FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

R. 97240

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL,

Y ALGUNOS OTROS:

POR DON EUGENIO DE TAPIA,

individuo de la inspeccion de Estudios, y Magistrado honorario de la Audiencia de Valladolid.

Tercera edicion,

Revista y corregida, y añadida con la Jurisprudencia Mercantil, con arreglo al Código de Comercio, que comprende los dos tomos del suplemento.

TOMO PRIMERO.

VALENCIA: IMPRENTA DE DON ILDEFONSO MOMPIÉ
DE MONTAGUDO.

AÑO 1837.

Esta obra es propiedad de Don Ildefonso Mompié de Montagudo, *del comercio de libros de Valencia; y está bajo la proteccion de las leyes que rigen en la materia.*

Se hallará en Valencia en su misma libreria, calle nueva de San Fernando n.° 19, junto al Mercado.

PROLOGO.

Las repetidas ediciones que hasta el dia se han hecho de la obra de Don José Febrero, intitulada: Libreria de Escribanos, ó Instruccion teórico-práctica para principiantes, *acreditan el justo concepto que merece, y el uso general que de ella se hace en el foro español. Es indudable que esta obra contiene abundante y sólida doctrina de jurisprudencia teórica y práctica; mas cualquiera que la haya examinado atentamente, no habrá dejado de notar que el autor no se propuso hacer unas Instituciones de derecho patrio, sino dar á los escribanos la competente instruccion en aquellos negocios que mas se ventilan en los tribunales, y en que se necesita la intervencion de estos secretarios ú oficiales públicos, como testamentos, contratos y otros actos civiles ò judiciales. Aun considerada bajo este aspecto la obra, se conoce que su autor la dejó incompleta: pues no se trata en ella del juicio criminal, siendo de tanta importancia; ni de los recursos de fuerza, que tan frecuentemente ocurren en el foro.*

Por otra parte no puede dudarse que muchas de las materias, contenidas en la Libreria de Escribanos, *no guardan entre sí la debida conexion por estar interpoladas con otras de diferente especie. No hay sino pasar la vista por el índice de cada tomo, especialmente de los de la primera parte, para echar de ver la mencionada inconexion y falta de orden. Despues del tratado de testamentos, con que el autor da principio sin otra preparacion, habla de los bienes gananciales; luego de la obligacion que tiene el sobreviviente de reservar ciertos bienes á*

los hijos del primer matrimonio en caso de pasar á segundas nupcias; en seguida de las dotes y arras; despues de las donaciones; y á continuacion de las renuncias de legítimas y futuras sucesiones. Claro es que esta última materia y la de reservacion pertenecen al tratado en que se ventilan los derechos hereditarios; al paso que las donaciones corresponden á la materia de contratos; y las dotes, arras y bienes gananciales tienen su propio lugar en un tratado sobre los efectos civiles del matrimonio, separado y anterior en un orden regular á la doctrina de testamentos.

Despues de haber hablado el autor de algunos contratos, mezcla entre el de ventas y el de sociedades ó compañías un tratado de mayorazgos, patronatos, capellanías y sus agregaciones. Siguen despues de las compañías los compromisos y las transacciones; luego la materia de poderes, cesiones y fastos; y á continuacion el tratado de prohijaciones, legitimaciones y emancipaciones, asunto dislocado é inconexo con lo anterior, y perteneciente á un tratado sobre la patria potestad, bajo el cual le colocaremos en su lugar debido. Pero aun sube de punto la inconexion en los capítulos siguientes al de legitimaciones: el inmediato á este trata de los perdones de injurias, del homenage, del acto para dar hábito militar, y de la espera de acreedores. ¿Pudieran reunirse en un mismo capítulo cosas mas discordantes? Pues el que sigue luego de las renunciaciones de oficios públicos ¿tiene por ventura alguna analogía con el anterior, ni con el siguiente que trata de las protestas y protestos de cambios?

A estos defectos tan palpables se agrega otro no menos perjudicial para el buen método y claridad de la obra, á saber: en la primera parte de ella, que toda es doctrinal ó de jurisprudencia teórica, se tratan ligeramente algunas materias, y luego vuelve á hablarse con extension de las mismas en la segunda parte, que contiene la doctrina sobre los juicios ó jurispru-

dencia práctica; como puede verse en el tratado de particiones, donde se halla mucha doctrina de testamentos, legados, dotes, arras, bienes gananciales, mejoras etc., que estaria mejor incorporada en los correspondientes lugares de la parte primera doctrinal. De esta dislocacion resultan dos inconvenientes: primero, que no se comprenden bien las materias, por estar diseminadas las de una misma clase en diferentes tomos: segundo, que mezcladas tantas y tan diferentes doctrinas con el método práctico, formalidades y trámites que se observan en los juicios de inventario y particion, resulta un tratado tan difuso, que en algunas ediciones ocupa dos tomos.

En los juicios solo debe tratarse del orden, método, fórmulas y diligencias con que el individuo ha de reclamar sus derechos ante un tribunal, y los procedimientos que en este han de observarse hasta la sentencia definitiva; pero los asuntos sobre que versa el juicio pertenecen á la jurisprudencia teórica, y su estudio ò conocimiento se da por supuesto en la práctica. En el juicio ejecutivo, por ejemplo, la accion del demandante ò actor está fundada en una obligacion personal que contrajo el deudor; mas no por esto cuando se trata de la práctica que se observa en dicho juicio, se enseña la doctrina relativa á las obligaciones ò contratos; porque esto ya se da por sentado, como que corresponde á otra parte de la jurisprudencia. Cuando se habla en el mismo juicio de la terceria de dote, tampoco se detienen los autores de práctica á tratar de las dotes en general por la misma razon.

¿Por que pues en los juicios de inventario y particion ha de tratarse de tutelas y curadurías, sin mas razon que la de estar obligado el tutor á hacer inventario de los bienes del pupilo? Con ocasion de este inventario, diferente del que se forma para averiguar los bienes del difunto en el juicio de particion, se engolfa el autor en una larga disertacion sobre tutelas y curadurías, muy juiciosa y atinada en verdad, pero muy agena del lu-

gar donde se halla. Lo mismo puede decirse de la dote. Para saber como ha de deducirse esta del caudal hereditario, ¿habrá de explicarse allí la doctrina relativa á las personas que tienen obligacion de dotar, y otros puntos que pertenecen á la primera parte doctrinal donde se trata de las dotes? Igual es el inconveniente respecto á los bienes gananciales y otras materias que por tratarse en la primera y segunda parte de la obra, se hallan á veces repetidas las unas, dislocadas las otras, y mezclado lo práctico con lo doctrinal, resultando de aquí harta confusion. Verdad es que al tratar de las particiones es menester precisamente tocar muchas materias doctrinales; pero sobre ser mas natural remitirse en la segunda parte á la primera, que no al contrario, debe dejarse solo en el tratado de particiones lo mas preciso, esto es, lo que conduzca á la práctica y mecanismo, por decirlo así, de la liquidacion y distribucion del caudal hereditario, mas no los principios ó doctrinas generales. Por otra parte son muchas las particiones en que no hay dote ni gananciales ni mejoras, como sucede en la herencia de un célibe ó soltero, y por consiguiente es inútil en tales casos aquel grande acopio de doctrinas.

Por estas causas se han descartado, en la presente edicion, del tratado de particiones el de tutela y curadurías, y otras materias, trasladándolas á su lugar correspondiente, y dejando en aquel las doctrinas ó puntos que tienen mas estrecho enlace con la liquidacion y distribucion del caudal hereditario: de este modo, al paso que quedará mas reducido el tratado de particiones, se facilitará el modo de ejecutarlas, por estar así los trámites de este juicio mas patentes y desembarazados de discusiones legales, que ofuscan á los partidores; quienes suelen ser, especialmente en los pueblos pequeños, sugetos que carecen de principios de jurisprudencia, y no se hallan en estado de estudiar ni aun de comprender un tratado difuso en que se mezclan tantas cuestiones de derecho.

Por lo que hace á otras materias, se han sacado tambien del lugar donde estaban, y se ha procurado ordenarlas para que tengan cierta conexion metódica; por ejemplo, en la parte 1.ª, capítulo 7, párrafo 4, que trata de las prendas é hipotecas, habla el autor con bastante extension de algunas acciones principales, excepciones, renunciacion de fuero, instrumentos ejecutivos, personas que pueden ò no ser presas por deudas, y otras cosas que pertenecen al tratado de juicios; y aunque en una obra de esta naturaleza no pueda guardarse un método tan exacto como en unas Instituciones de derecho, sin embargo, acercándose en lo posible al que en estas suele observarse, se ha adoptado el siguiente plan en la edicion que ahora se publica.

Tres son los objetos del derecho: 1.° *las personas consideradas segun el estado que tienen en la sociedad;* 2.° *las cosas con relacion al derecho que en ellas ò á ellas tiene el hombre;* 3.° *las acciones ò los medios que tenemos de reclamar lo que es nuestro ò nos corresponde, y el orden, método y formalidades que se observan en los juicios.*

Esta es la division adoptada por los mas célebres jurisconsultos antiguos y modernos, y con arreglo á ella se dividirá la obra en tres libros, subdivididos estos en títulos, capítulos y párrafos, distribuyéndose las materias del modo siguiente.

En el primer libro se tratará del estado natural y civil de las personas; de la patria potestad, y de los modos de adquirirla; del matrimonio; de las dotes, arras, bienes parafernales y gananciales; de las prohijaciones, legitimaciones y emancipaciones; de las tutelas y curadurías; de los oficios públicos; de los escribanos é instrumentos públicos; á que seguirá un apéndice sobre el pleito homenage y el acto para dar hábito militar, dos puntos de que habló Febrero, y que no debian por consiguiente omitirse, ni podian tener regular colocacion sino en el libro primero, donde tratándose de las perso-

nas consideradas en sociedad, no parecen del todo inoportunos.

Empezará el segundo libro con un tratado sobre las cosas *y su division general, con cuyo motivo se hablará de los propios y pósitos de los pueblos; se tratará luego del dominio, y de los modos de adquirirle; de la prescripcion; de las servidumbres; y de estas se pasará á la extensa materia de testamentos; á la cual seguirá la de mayorazgos, patronatos, capellanias y sus agregaciones; se explicará luego la de contratos; y á ellos seguirá un tratado de jurisprudencia mercantil.*

El tercer libro empezará con un título de acciones, interdictos y excepciones; y á continuacion se insertarán para uso de los letrados los modelos ò plantillas de pedimentos sobre las materias comprendidas en los libros primero y segundo, reservando solo para el tratado de los juicios aquellos libelos que versan meramente sobre los trámites ò sustanciacion de la causa por ser de diversa naturaleza la demanda que se entabla para pretender alguna cosa que en virtud de un derecho nos corresponde, y la que solo tiene por objeto el orden y las formalidades prescritas por las leyes para que los juicios no sean ilusorios; y á fin de que cualquiera pueda encontrar sin fatiga el modelo que necesite, se pondrá un índice en que se indique el objeto de cada demanda. Seguirá luego el tratado de los juicios, incluso el criminal, los recursos de fuerza y otros, insertando á continuacion de cada uno de ellos el correspondiente formulario para uso de los jueces, abogados y escribanos.

Algunos de los tratados contenidos en esta edicion son enteramente nuevos; otros que tocó por incidencia Febrero se han aumentado tomando la doctrina de otros autores de nota; y finalmente en muchos me he aprovechado de lo que añadieron á la obra original los editores de Febrero adicionado y reformado *presentándolo bajo nuevo orden segun el plan de esta refundicion.*

Los inteligentes conocerán cuan ardua es esta empresa, y

acaso graduarán de temeridad el haberla acometido, mayormente cuando el mismo reformador del Febrero, Don José Gutierrez, tenia por imposible el metodizar la doctrina del autor, reduciéndola á un cuerpo en que hubiese regularidad, orden y enlace, como se verá por el prólogo de su cuarta edicion, donde dice: sin embargo no aseguraremos haber reformado en un todo el método del autor, pues para esto seria necesario formar la obra de nuevo; *y mas adelante:* con todos estos capítulos y algunos otros colocados al principio de este tomo 1.° se nos ocurrió que podríamos dar algun sistema ó plan á la obra, que, aunque mejorada respecto al método en nuestro Febrero reformado, no *le tenia ni podia tener* por ser mas bien un conjunto ó una miscelánea de materias jurídicas sin el correspondiente enlace entre si. *Persuadido de esta insuperable dificultad el señor Gutierrez, aunque mejoró mucho la obra original con importantes adiciones, la dejó casi tan imperfecta como antes estaba en orden al método, procediendo de aqui la gran dificultad que experimentan para encontrar los asuntos en que quieren imponerse cuantos manejan el Febrero; bien que esto depende tambien de la falta de un buen índice general de materias. El autor de la presente refundicion no presume haber dado á la obra un plan tan metódico como el que pudiera tener si se hiciese de nuevo; pero se lisonjea de haber trabajado con algun fruto en esta parte, como echará de ver cualquiera que coteje esta edicion con las anteriores. Si por fortuna ha acertado en este punto tan esencial, espera ser tratado con indulgencia en cuanto á los desaciertos ó errores en que haya podido incurrir bajo otros aspectos, puesto que es casi imposible dejar de cometerlos en una obra tan extensa y complicada, en que ha sido necesario hacer tan notables alteraciones no solo para ordenarla bajo un plan general, sino tambien para metodizarla en cada una de sus partes ó tratados. Cuan improbo sea este trabajo no hay para que encarecerlo, pues se ofrece desde luego á la*

consideracion del menos advertido: no debiendo yo omitir á este propósito que para la composion de los dos primeros tomos me ha ayudado el señor Don Juan Nicasio Gallego, mi amigo, sugeto bien conocido por su mérito literario.

No se crea sin embargo que en medio de tan considerable reforma se haya desfigurado la doctrina del autor, pues al contrario se ha respetado con escrupulosidad; si bien cuando ha parecido demasiado inconexa ò confusa por su redundancia, ha sido forzoso tomarse mayor libertad para refundirla y ordenarla; pero en algunas materias que trató el autor mas metódicamente se ha conservado el texto íntegro, sin otra variacion que la de alterar los párrafos cuando ha sido necesario para dar el debido enlace á la serie de la doctrina.

§. 1.

2.

3.

4.

5.

6.

1.
bre s
posit
1.° c
el vi
mayo
2.
T.

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

TITULO PRIMERO.

DEL ESTADO DE LAS PERSONAS.

CAPITULO PRIMERO.

Del estado natural de las mismas.

§. 1. ¿Que se entiende por persona?
2. ¿Que dispone la ley acerca de los no nacidos ó que aun existen en el vientre de la madre?
3. Circunstancias que se requieren para que se juzgue natural y no abortivo el nacimiento.
4. Distincion de varones y hembras.
5. Distincion nacida de las diferentes edades.
6. Privilegio de restitucion concedido á los menores.
7. ¿En que se funda este privilegio?
8. ¿Que deberá probar el menor para conseguir la restitucion?
9. ¿Que tiempo concede la ley á los menores para pedir la restitucion?
10. ¿Como ha de conceder el juez la restitucion?
11. Casos en que deberá el juez denegar la restitucion.
12. De otras personas á quienes compete el beneficio de la restitucion.

1. Por persona se entiende en el concepto legal el hombre segun el estado que tiene por la naturaleza ó por las leyes positivas. Respecto al estado natural las personas se consideran: 1.° como ya nacidas, ó como concebidas solo y existentes en el vientre de su madre; 2.° como varones y hembras; 3.° como mayores ó menores de edad.

2. De los no nacidos dispone la ley, que cuando se trata

de su bien ó utilidad, se les tenga por nacidos (1). Asi que les corresponden los remedios posesorios, los de tenuta y restitucion *in integrum*, y las prerogativas que á los nacidos; por lo que les aprovecha como á estos todo lo que se practica en su favor (2); y aunque hasta que nacen no son tenidos por hombres ni herederos de sus padres, ni se les debe la legítima (3), ni pueden pedir tampoco su parte de herencia (4); tienen derecho para ser instituidos herederos, sustituidos, y nombrados sustitutos de otros, y dárseles tutor, ya nazcan varones ó hembras, entendiéndose todo con la tácita condicion de que salgan á luz (5); y luego que nacen, rompen el testamento de sus padres, si los han preterido ú olvidado (6). Pero es de advertir que el póstumo no revoca la donacion hecha por su padre hasta que nace, ni se le restituyen los frutos sino desde el dia de su nacimiento (7).

3. Para gozar de todo lo expresado en cuanto á la sucesion y otros efectos legales, como tambien para que se estime natural y no abortivo el nacimiento, han de concurrir precisa y simultáneamente en ellos cuatro circunstancias, en tanto grado, que una que falte, basta para privarlos del derecho de suceder á sus ascendientes: 1.ª que nazcan enteramente vivos, y con figura humana, aunque sean disformes ó defectuosos en algun miembro ó parte de su cuerpo (8); 2.ª que nazcan en tiempo habil ó legítimo, que es en el séptimo, nono ó décimo mes, y no dentro del octavo ni undécimo (*); bien que esto tiene su limitacion, cuyo discernimiento y explicacion incumbe á los físicos, y no es propia de este tratado. De esto tratan algo Lara *Compendium vitæ hominis*, cap. 10. num. 11., Matienzo en la ley 2. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 4. y otros. La 3.ª que despues de nacidos vivan veinte y cuatro horas na-

1 Ley 3. tit. 23. Part. 4.

2 Ley 3. tit. 23. Part 4. Lara *Compendium vitæ homin.* cap. 1. num. 4. cap. 2 y cap. 4.

3 Ley final ff *de assignat. liber.* ley fin. ff. *de collat. honor.*

4 Ley *Antiqui* ff. *si pars hæredit petat.* y ley *Utrum* ff *de reb dub.*

5 Ley *Placet.* ff. *de liber. et posthum.* §. *Servus etiam* al fin Institut. *de hæredib. instituend.* Lara, dicho cap. 2. num. 1 al 4. cap. 6 per tot. y cap. 11.

6 Ley 20. tit. 1. Part. 6. verb. *E estos fijos.* Ley 3. ff. *de injusto rupt. testam.*

7 Tiraquel. in leg. *Si unquam.* verb. *Susceptis liber* num. 144, 145. Lara, dicho cap. 7. num. fin.

8 Ley 5 tit 23. Part. 4. y ley 3. Cód. *de posthum hæred instituend.*

* Esta division de meses para tener los partos por legítimos ó ilegítimos es arbitraria é injusta. Léase la nota del Dr. Palacios al tit. 1. lib 1. pag 3 de las Instituciones del derecho civil de Castilla, por los señores Asso y Manuel, donde se verá desvanecida esta preocupacion con sólidas razones. La regla segura es que en cualquier mes en que nazcan los hijos, se tendrán por nacidos en tiempo habil, si no se prueba que no pueden ser hijos de aquel por quien adquieren el derecho que pretenden.

turales á lo menos. Y la 4.ª que sean bautizados antes de morir (1), aunque sea con agua que llaman de socorro. Si de un parto nacen varon y hembra, débese entender que el varon salió primero, pues que no se puede averiguar lo contrario (*). Si fuesen ambos varones, y no puede ser sabido cuál de ellos nació primeramente, entonces ambos deben haber aquella honra y el heredamiento que habria el que antes naciese, á quien dicen en latin *primogénito* (2) (**). Para formar idea de lo que se debe practicar en casos semejantes, y en el de que casada la viuda á pocos dias de muerto el marido, pariere dentro de un tiempo en que pudiese suscitarse la duda si el hijo es del nuevo marido ó del difunto, véase á Lara en el tratado referido, cap. 2 y cap. 12. num. 5. y sig., á Rojas *de incompatibilit.* Part. 2. cap. 4. y á los que citan.

4. Por lo que hace á la segunda distincion de varones y hembras disponen las leyes (3), que estas por razon del sexo no pueden obtener empleos ni cargos públicos, ni ser testigos en ciertos casos, ni gozar de otras prerogativas; mas en cambio no padecen perjuicio en sus negocios por ignorar el derecho (4).

5. En orden á la distincion nacida de la edad es de advertir que los menores pueden considerarse antes ó despues de la pubertad, la cual en los varones empieza á los catorce

1 Leyes 4 y 5. tit. 23. Part. 4. y 2. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec., y en ella Mat. *per omnes glos* Aceved. y otros; y en la 13 de Toro sus glosadores.

* Esta razon, tomada literalmente de la ley de Partida, es la única y la mas sabia que puede darse para un caso de duda. Lo que se dice por algunos autores de si el varon es mas fuerte, ó si perfeccionándose y animándose primero que la hembra, debe de consiguiente nacer primero, es una pura sutileza metafísica, ó si se quiere, una razon de congetura, segun el modo de pensar de algunos filósofos que han tomado por guia una perfeccion que ellos mismos no pueden concebir. *Febrero adicionado.*

2 Ley 12. tit 33. Part. 7.

** Cuando se hicieron las leyes de Partida no habia mayorazgos, ni estaba aun reconocida la primogenitura para las sucesiones. Si aconteciese hoy el caso de que naciendo dos varones de un parto, se dudase cuál habia sido primero, ¿se dividiria el mayorazgo? Esto parece lo mas conforme á la razon, porque cualquiera preferencia seria perjudicial é injusta, especialmente haciéndose en un tiempo en que todavia no se hallan desenvueltas las facultades físicas y morales del hombre. Mas adelante podria el padre tener motivos para determinar la sucesion; y tales serian una constitucion mas robusta, los mayores talentos y las virtudes; pero como podria caber un error en el juicio de estas calidades, seria muy expuesto en muchas ocasiones el dejarle absolutamente la eleccion. Sin embargo tal vez en política no convendria la division, especialmente respecto de un mayorazgo corto, cuyas rentas no bastasen para mantener á cada uno de los dos poseedores en aquel esplendor y categoría que quiso el fundador. En estas circunstancias ¿no sería conveniente poner término á la vinculacion, y reducir los bienes á la clase de libres? El caso es muy raro; y si sucediese, deberia consultarse con el Soberano. *Febrero adicionado*

3 Ley 4. tit. 4. Part. 3. y 6. tit. 33. Part. 7.

4 Ley 31. tit. 14. Part. 5.

años cumplidos, y en las hembras á los doce (1). Los que no han cumplido siete años se llaman infantes (2). *Infantiæ proximos* llamaban los romanos á los que estaban mas cerca de la infancia que de la pubertad, y á los otros *pubertati proximos*; y aunque en nuestras leyes no se hallan tales denominaciones sino con relacion á las romanas, admiten sin embargo iguales efectos que estas, siendo uno de ellos, que los próximos á la pubertad, esto es, los que han cumplido diez años y medio se consideran capaces de dolo, y por ello deben sufrir algunos castigos; mas no los próximos á la edad de la infancia (3). Finalmente es de advertir que se llaman púberos los menores que han llegado á la pubertad, é impúberos los demas.

6. A los menores concede el derecho un privilegio muy notable, llamado *restitucion in integrum*, cuando son perjudicados en sus tratos ó negocios. Es pues dicha restitucion la anulacion del negocio, ó reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño dichos menores (4) (*).

7. Fúndase este privilegio en que los menores por su poca experiencia y debilidad, como tambien por culpa ó malicia de sus tutores y curadores, estan expuestos á padecer frecuentes perjuicios.

8. Para conseguir el menor la restitucion ha de probar dos cosas: 1.ª que es menor, y 2.ª que ha recibido daño por su inexperiencia, por culpa del tutor ó curador, ò por engaño de otro (5), tanto en los actos judiciales, como en los extrajudiciales de cualquiera naturaleza que sean (6). En virtud de este remedio puede el menor renunciar la herencia despues de aceptada, manifestándolo asi á los acreedores que tenga contra sí la misma; y entonces el juez, visto el daño que resulta al menor, concede la restitucion, poniendo primeramente en seguridad las cosas pertenecientes á la herencia (7). Tratando de prescripciones, las de veinte años ò menos tiempo no corren contra los menores, sino en el caso de que hayan empezado contra sus predecesores, y entonces les compete la restitucion en cuanto al tiempo corrido durante su menor edad; pero las

1 Ley 12 y ult. tit. 16. Part. 6.
2 Ley 1. tit. 7. Part. 2. y ley 4. tit. 16. Part 4.
3 §. 18. Instit. *de obl. quæ ex delict. nasc.* Leyes 9. tit. 1. y 17. tit. 14. Part. 7.
4 Leyes 1. tit. 25. Part. 3 y 1. tit. 19. Part. 6. y leyes 1, 2, 3, 4 y 5. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.
* Por *menor* se entiende el que no ha cumplido veinte y cinco años.
5 Ley 2 tit. 19. Part 6.
6 Leyes 2. tit. 25. Part. 3. 3 y 5. tit. 19. Part. 6.
7 Ley 7. tit. 19. Part. 6.

de mayor tiempo corren contra todos los mayores de catorce años, aunque pueden rescindirse por medio de la restitucion (1).

9. Para pedirla concede la ley á los menores todo el tiempo de su menor edad y cuatro años despues, que suele llamarse el cuadrienio legal, pudiendo tambien hacer la misma demanda los herederos del menor (2); y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva (3). La restitucion no aprovechará á los fiadores del menor, excepto el caso en que interviniese engaño en el mismo negocio que motivó la fianza, pues entonces deberá resarcirse á beneficio del menor y de sus fiadores (4).

10. El juez ha de conceder la restitucion con conocimiento de causa, llamando ante si á la otra parte á quien se hace la demanda; y si se hallare que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fue hecho en daño del menor, debe volverle al estado en que antes se hallaba; de modo que cada una de las partes tenga á salvo su derecho como antes lo tenia (5).

11. El juez debe denegar la restitucion en los casos siguientes prevenidos por las leyes, y no en otros. 1.° Si el menor al tiempo de contraer ó celebrar el negocio dijere que es mayor de veinte y cinco años, y por su persona pareciese tal (6). 2.° Si el pleito se comenzare siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere cuando ya sea mayor (7). 3.° Si el huérfano habiendo ya cumplido diez años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, y lo mismo si cometiese adulterio siendo ya mayor de catorce años (8). 4.° Si habiendo seguido el menor, pleito contra alguno pidiendo se declarase ser su esclavo, recayese sentencia de que era libre (9). 5.° Si el deudor del menor le pagase la deuda con otorgamiento del juez; pero faltando esta circunstancia, aunque el menor malgaste el dinero, tiene el beneficio de la restitucion (10). 6.° Si el perjuicio que hubiese sufrido el menor por sus tratos proviniese de un acontecimiento casual, ó caso fortuito como llama el derecho, y no de culpa ó engaño de otro (11).

1 Ley 9. del mismo tit.
2 Ley 8. del propio tit.
3 Ley 2. tit. 25. Part. 3.
4 Ley 4. tit. 12. Part. 5.
5 Ley 1. tit. 25. Part. 3.
6 Ley 6. tit. 19. Part. 6. Leyes 2 y 3. Cod. *si min. se major diserit.*
7 Ley 2. tit. 25. Part. 3.
8 Ley 4. tit. 19. Part 6.
9 Ley 6. tit. 19. Part. 6. ley 9. §. ult. *Sit.* Cod. *si advers. liber.*
10 Ley 1. Cod. *si adv. solut.* Ley 4. tit. 14. Part. 5.
11 Ley 2. tit. 19. Part. 6.

7.° Si dada sentencia contra el menor le compitiese el remedio de nulidad de aquella (1). 8.° Si el menor, cumplidos los catorce años, jurase no usar de este beneficio para rescindir sus contratos (2); pero la ley que esto previene no está en observancia; sin duda por el grande abuso que pudieran hacer los menores de estos juramentos en perjuicio suyo. Tampoco se da restitucion de algunos términos dilatorios, llamados por esto *fatales*, como el de nueve dias para intentar el retracto de sangre ó abolengo (3); el de tres dias para suplicar de la sentencia interlocutoria (4); el de seis para tachar los testigos (5), y otros de que se hará mencion en el tratado de los juicios.

12. Compete el beneficio de la restitucion no solo á los menores, sino tambien á las iglesias, ciudades, universidades, á los concejos y al fisco, cuando reciben daño por negligencia ó engaño de otro, y esta restitucion debe pedirse dentro de cuatro años, contando desde el dia en que recibieron el daño; y si este fuese en mas de la mitad del precio, dentro de treinta años (6). Asimismo gozan de este privilegio los que sufren perjuicio por algun contrato que se les obligó á celebrar por fuerza, ó miedo grave, esto es, temor de muerte, herida, pérdida de su libertad ó buena fama (7). Compete ademas la restitucion á aquellos cuyas cosas han sido prescritas estando ellos ausentes por causa de guerra, decreto del Rey, estudios, cautiverio, romeria ú otra semejante; y se les cuenta el cuadrienio para pedirla desde el dia en que se restituyeron á sus hogares; y á sus herederos desde aquel en que se verificó su muerte durante la ausencia (8). Ultimamente, se concede la restitucion á aquellos que tratando de demandar alguna cosa á otro, la enagena este á quien sea mas poderoso, para que el demandante tenga un opositor mas formidable: si asi sucediere podrá el demandante usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la reparacion de perjuicios al que la enagenó, segun eligiere (9). Para dar entrada á esta clase de acciones es preciso que la enagenacion se haya hecho engañosamente, ó con dolo (10); y por tanto no habrá lugar á ellas cuando este falte (11).

1 Ley 1. tit. 25. Part. 3.
2 Ley 6. dicho tit. 19.
3 Ley 2. tit. 13 lib. 10. Nov. Rec.
4 Ley 1. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.
5 Leyes 4. Cod. *ex quibus caus. mayor.* y 10 tit. 19. Part. 6.
6 Ley 10. tit. 19. Part. 6.
7 Ley 56. tit. 5. Part. 5. Gregor. Lop. en la glos. 1. de la misma ley, y ley 7. tit. 33. Part. 7.
8 Leyes 10. tit. 23. y 28. tit. 29. Part. 3 y 4. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.
9 Leyes 30. tit. 2. y 15. tit. 7. Part. 3.
10 Ley 15 citada.
11 Greg. Lop. en dicha ley 15. glos. 2.

CAPITULO SEGUNDO.

Del estado civil de las personas.

§. 1. Clasificacion de los hombres segun el estado civil.
2. De los naturales de estos reinos, y de los extrangeros.
3. Prerogativas de los naturales.
4. ¿Como se pierde el derecho de naturaleza?
5. ¿Que está prohibido á los extrangeros?
6. Division segunda de vecinos y transeuntes. ¿Quien se llama vecino, y quien transeunte?
7. ¿Que derechos corresponden á los vecinos?
8. ¿Division tercera de nobles y plebeyos. ¿Que es nobleza, y de cuantos modos se adquiere?
9. Privilegios que disfrutan los nobles.
10. Cuarta division en eclesiásticos y legos. ¿Que se entiende por eclesiásticos, y qué por seculares ó legos?
11. Prerogativas de que gozan los eclesiásticos.
12. Ultima division de los hombres en libres ó esclavos. ¿Que disponen las leyes acerca de estos?
13. Los hombres libres pueden ser considerados bajo la patria potestad, en tutela ó curaduría, ó del todo independientes.

1. Clasificanse los hombres, segun el estado civil, del modo siguiente: 1.° naturales de estos reinos, y extrangeros; 2.° vecinos de algun pueblo, ó transeuntes; 3.° nobles, hidalgos, ó plebeyos; 4.° eclesiásticos y legos; 5.° libres, esclavos, ó libertos.

2. Dícese natural de España el que ha nacido en territorio español y es hijo de padres, ó por lo menos de padre que tenga tambien esta circunstancia, ó haya adquirido domicilio y vivido ademas diez años en alguno de los dominios de España (1) (*). Segun la ley citada al pie si un sugeto español

1 Ley 7. tit. 14 lib. 1. Nov. Rec. Esto se entiende de los hijos legítimos ó naturales, pues para que los espurios se digan naturales de España, es preciso que en la madre concurran las circunstancias referidas

* Por la ley citada se declaran los que son naturales de estos reinos, pero es para poder obtener en ellos beneficios eclesiásticos; pues hablando comunmente y con propiedad, *natural de estos reinos* se dice cualquiera con solo haber nacido en ellos, segun el *Diccionario de la lengua castellana*; y esto aunque sea hijo de extrangero, dice la ley 27 tit 27. lib.° de la Recopilacion de Indias Asi que yo no hallo ley que expresa y generalmente diga quiénes deben ser tenidos por *naturales de estos reinos* para todos los oficios, empleos y privilegios que gozan y pueden gozar los

empleado por nuestro gobierno en pais extrangero, ó residente en él por cualquiera causa, tuviere allá un hijo, será este reputado por español, pues se tiene por nacido en España, con tal que el padre esté como transeunte en dicho pais (1). A veces la palabra *naturaleza* no significa en las leyes de Partida lo mismo que en la citada de la Novis. Rec., sino que se entiende por vecindad (2).

3. Adquirida la *naturaleza* se hace el natural capaz de obtener todos los empleos públicos, y se obliga á prestar al Rey los servicios y deberes de que hablan las leyes (3). Prohíbese al natural de este reino, bajo pena de perdimiento de bienes y destierro perpetuo, salir fuera de él á estudiar, excepto en las universidades de Bolonia, Coimbra, Roma y Nápoles (4).

4. Este derecho de naturaleza se pierde de dos modos, á saber, por delito de traicion contra el Rey, y por desnaturalizacion ó renuncia voluntaria del natural por las causas que expresa la ley citada (5).

5. Los extrangeros no pueden como tales obtener beneficios eclesiásticos ó pensiones sobre ellos (6), alcaldías y regimientos ú otro cargo público en los pueblos (7), tener carnicerías, pescaderías ó panaderías en ellos, y andar por las calles ejerciendo el oficio de buhoneros (8). Finalmente no se puede hacer á favor de ellos donacion ni traspaso de villas, castillos ó jurisdicciones (9).

6. Pasando ahora á la segunda division, la palabra *vecino*, tomada en un sentido lato, significa el que habita en un pueblo, y es tenido y reputado por tal segun el concepto de sus habitantes, y esta clase de vecindad basta para ser testigo en los testamentos nuncupativos (10). Pero propiamente y en sentido riguroso se dice vecino *el que tiene establecido en algun lugar su do-*

naturales: solo hallo que segun la cosa de que se trata, asi son los requisitos que piden las leyes para que uno pueda reputarse ó no como *natural* en ella. En prueba de ello la ley 66. tit. 4. lib. 2. de la Rec. (leyes 3. tit. 21. 6 tit. 22. lib. 3. 1. tit. 11. lib. 6. y 8. tit. 26. lib 7. de la Nov.) dice que si viviese un extrangero seis años en España, casado con muger *natural*, sea admitido á los oficios de república, exceptuando el de corregidor, gobernador, alcalde mayor, regidor y otros de gobierno; y segun la misma ley son admitidos como cualquiera natural y vecino á los pastos y demas comodidades, con solo vivir veinte leguas tierra adentro, y ejercer algun oficio. *Nota del Dr. Palacios al cap. 2. tit. 5. lib. 1. de las Instituciones de Castilla por los señores Asso y Manuel.*

1 Ley 7. tit. 14. lib. 1. Nov. Rec.
2 Ley 2. tit. 24. Part. 4.
3 Part. 2. desde el tit. 12 hasta el 31.
4 Ley 1. tit. 4. lib 8 Nov. Rec.
5 Ley 5. tit. 24. Part. 4.
6 Ley 1. tit. 23. y 7. tit. 14. lib. 1. Nov. Rec.
7 Leyes 2 y 3. tit 5. lib. 7. Nov. Rec.
8 Ley 2. tit 5. lib. 7. Nov. Rec.
9 Leyes 6 y 7. tit. 5 lib. 3 Nov. Rec.
10 Acevedo en la ley 1. tit. 7. Nov. Rec.

micilio ó habitacion con ánimo de permanecer en él: este ánimo se prueba no solo con el trascurso de diez años, sino por hechos que lo acrediten, por ejemplo, si uno vende sus posesiones en un lugar, y compra otras en otro diferente adonde traslada su habitacion. Y mas claramente si fuere recibido como tal vecino por el ayuntamiento ó concejo de aquel pueblo, dando fiadores de que permanecerá en él diez años, y sujetándose á las cargas y tributos vecinales (1). Transeunte es el que vive ó se halla de paso en algun pueblo sin ser vecino de él.

7. Asi como á los vecinos solamente y no á los transeuntes deben cargarse los tributos vecinales, tambien es justo y está determinado por la ley, que solo los primeros obtengan los oficios de república de los pueblos donde tienen su domicilio, como tambien sus escribanías, mayordomías, y fieldades, con tal que sean naturales de estos reinos (2).

8. En orden á la tercera division de nobles y plebeyos, debe saberse primeramente que la nobleza es una calidad de distincion, la cual hace al hombre de una clase ó gerarquía superior á la del comun del pueblo. Unos la tienen de tiempo inmemorial, y es la mas calificada (3). Otros han justificado posesion de ella por espacio de veinte años en sí, sus padres y abuelos, al tenor de la ley de Córdoba, que es la 4. tit. 27. lib. 11. Novis. Rec. Y otros finalmente la tienen por declaracion ó privilegio que el Rey les ha otorgado. Hay ademas nobleza personal, de la que gozan los graduados de doctor, maestro ó licenciado en las universidades de Salamanca y Valladolid, y colegiales graduados en el colegio de la universidad de Bolonia (4), cuyo privilegio se extendió á los doctores, maestros y licenciados en teología, cánones y medicina de la universidad de Alcalá de Henares (5).

9. Los nobles disfrutan de los privilegios ó exenciones siguientes, que no son comunes á los plebeyos 1.ª Franquicia de tributos correspondientes á pecheros, aun respecto de los bienes que compraren á estos (6); no obstante deben contribuir para el reparo de muros, cercas, puentes y fuentes de los pueblos (7). 2.ª No deben ser encarcelados por deudas, á menos que

1 Leyes 2. tit. 24. Part. 4 y 6. tit. 4. lib. 7. Nov. Rec. Argumento de la ley 32. tit. 2. Part. 3. y Greg. Lopez en la glos. 12 de la misma. Acevedo en dicha ley 1. tit. 5. lib. 7. Nov. Rec.

2 Ley 6. tit. 4. y 1. tit. 5. lib. 7. Nov. Rec.

3 Ley 2. tit. 21. Part. 2. al fin.

4 Ley 14. tit. 8. lib. 6. Nov. Rec.

5 Ley 15. del mismo tit

6 Leyes 3. tit. 2. y 1 y 3. tit. 18. lib. 6. Nov. Rec.

7 Ley 5. del mismo tit. 18.

sean arrendadores ó recaudadores de tributos reales (1), ó que aquellas provengan de delito ó casi delito; bien que aun en tal caso han de estar en prision separada de la de los plebeyos (2). Tampoco pueden embargárseles por deudas sus casas, caballos, mulas ni armas, sin que puedan renunciar estas preeminencias, bajo la pena de diez mil maravedis al escribano que en las obligaciones ó contratos de los mismos pusiere estas renuncias (3). 4.ª No ser puestos à tormento (4). 5.ª No poder ser obligados á que se desdigan cuando injuriaren á otro, bien que en lugar de esto deberán sufrir otras penas (5). 6.ª Pueden por último usar de pistolas de arzon cuando vayan montados en caballo, y en trage decente interior (6).

10. Acerca de la cuarta division de hombres en eclesiásticos y legos, es de advertir en cuanto à los primeros, que unos se llaman regulares ó religiosos, y otros seculares. Regulares son, segun dice la ley 1. tit. 7. Part. 1., *aquellos que dejan todas las cosas del siglo, é toman alguna regla de religion para servir á Dios, prometiéndola de guardar.* Seculares se dicen, por el contrario, los que no han profesado ninguna de las religiones ú órdenes monásticas aprobadas, y comunmente son llamados clérigos. Tambien es de notar que regularmente se suele usar la voz seglar ó secular para designar al lego en contraposicion al eclesiástico.

11. Los eclesiásticos gozan segun nuestras leyes de las prerogativas siguientes. 1.ª Estan libres ellos y las iglesias de pagar el derecho de alcabala por las ventas ó trueques de sus bienes, aunque no de los que vendan por via de trato, grangería ó negociacion (7). Esta exencion de alcabala ú otros tributos no se entiende con los clérigos de menores órdenes, á menos que tengan beneficio eclesiástico. 2.ª Estan ademas exentos de las cargas personales, aunque tienen obligacion de contribuir para la construccion y reparo de puentes, caminos y otras obras de utilidad pública (8); bien que à esto no les puede apremiar el juez lego sino el eclesiástico. Con las leyes de Partida citadas concuerdan otras dos de la Novis. Rec., las cuales dicen que faltando bienes del concejo deben contribuir y ayudar en los pechos que son para utilidad ó bien de todo el pueblo (9). Segun Acevedo en el

1 Leyes 2 y 15 tit. 2. lib. 6 Nov. Rec.
2 Leyes 10 y 11. de dicho tit. 2.
3 Leyes 13 y 5 del mismo tit.
4 Ley 2. tit. 30 Part. 7. 2 y 22. de dicho tit. 2. lib 6 Nov. Rec.
5 Ley 1. tit. 25. lib. 12. Nov. Rec.
6 Ley 19. tit. 19. lib. 12. Nov. Rec.
7 Ley 8. tit. 9. lib. 1. Nov Rec.
8 Leyes 5ª y 54 tit. 6 Part. 1 Gregor Lopez en la glosa 5. de la 1. de estas leyes.
9 Leyes 6 y 7. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec

comentario de estas últimas leyes, si el clérigo no quisiere pagar el cupo que le corresponda para dichos objetos, puede el juez lego exigirlo ó cobrarlo de los mismos bienes; apoyándolo con dos decisiones, una de la Chancillería de Valladolid, y otra de la de Granada. 3.ª Asimismo gozan exencion de todo tributo por los bienes adquiridos antes del concordato celebrado en el año de 1737, aun en los comprados de pecheros (1); pero los que hayan pasado á los eclesiásticos ó manos muertas desde entonces, estan sujetos á las mismas cargas que cuando los poseian los legos, excepto los destinados á alguna primera fundacion. 4.ª Gozan de fuero particular, segun se verá en el libro 3.º donde se trata de los juicios.

12. Por lo que hace á la última division de los hombres en libres y esclavos, nuestras leyes disponen lo siguiente acerca de estos últimos. Los hijos siguen la condicion de la madre en cuanto á la libertad ó servidumbre; y por consiguiente, si la madre fuere libre, lo será tambien el hijo, aunque el padre viva en esclavitud. Y basta para esto que lo sea, ó al tiempo de parirle, ó que lo hubiese sido algun instante mientras llevase al hijo en el vientre (2). Los señores pueden disponer á su arbitrio de los esclavos, pero no maltratarlos; y si lo hicieren podrán estos quejarse al juez, quien averigua la la verdad, debe mandar que se venda el esclavo y se dé el precio al señor, sin que pueda jamas volver á su dominio (3). Será de este cuanto gane el siervo (4). Ningun judío, moro ni herege puede tener por siervo á un cristiano. Y si cualquiera de ellos tuviere siervo que profese otra ley, y se hiciere cristiano, luego que se bautiza adquiere la libertad, sin que recobre derecho en él su antiguo señor, aun en el caso de que él tambien se volviese cristiano (5). Siendo en el dia casi desconocida en España la servidumbre, tienen poco ó ningun uso las leyes antiguas que tratan de esta materia, y fueron hechas en tiempo de la dominacion mahometana, cuando era grande el número de esclavos. Por consiguiente seria excusado tratar de la manumision, bastando saber lo siguiente. El acto de dar libertad á los siervos se llamaba segun las leyes de Partida *aforrar*. Podia hacerlo el señor en la iglesia, ante el juez, ó en otra parte, en testamento y sin él, ó por carta (6). Hay tambien casos en que los siervos se hacen libres

1 Leyes 1 y 6. de dicho tit y 3. tit. 18. lib. 6 Nov. Rec.
2 Princ. Instit. *de ingen.* Ley 2. tit. 21. Part. 4.
3 Ley 6. tit. 21. Part. 4.
4 §. 3. Inst. *per quas personas cuique ac.* Ley 7. tit 21 Part 4.
5 Ley 8 del mismo tit.
6 Ley 1. tit. 22. Part. 4.

por alguna accion gloriosa, ó en castigo de la maldad de sus amos (1). En otra ley de Partida (2) se establece que aquel siervo que con buena fe se trata como libre por diez años en el lugar donde more el señor, ó veinte en otro, ó sin buena fe por treinta, sea libre.

13. Los hombres que siempre fueron libres, á quienes los romanos llamaban *ingenuos*, unos estan bajo la patria potestad, otros en tutela y curaduria, y otros totalmente independientes de persona alguna. De los primeros se tratará en los titulos siguientes.

1 Tit. Cod. *pro quibus caus serv. pro prom. lib. acq.* Leyes 5 y 6. dicho tit. 22.

2 Ley 7. del mismo tit. Part. 4.

TITULO II.

De la patria potestad, del matrimonio, de las dotes, arras, bienes parafernales y gananciales.

CAPITULO PRIMERO.

De la patria potestad, y de los diversos modos de adquirirla. De los esponsales y del matrimonio.

§. 1. ¿Que es patria potestad, y de cuantas causas dimana?
2. ¿Que son esponsales?
3. ¿De cuantos modos pueden celebrarse?
4. ¿Quienes pueden contraer esponsales?
5. El padre no puede desposar á las hijas sin su consentimiento.
6. Obligacion que resulta de los esponsales.
7. ¿Que es matrimonio?
8. Para su validacion es necesario el consentimiento.
9. ¿Como puede expresarse este?
10. Edad necesaria para contraer matrimonio.
11. De los impedimentos dirimentes.
12. Licencia de los padres, abuelos ó tutores necesaria para contraer matrimonio.
13. ¿Como se disuelve este?
14. De los efectos civiles del matrimonio.

Escrituras correspondientes á este capitulo.

1.ª De palabra de casamiento ó esponsales de futuro.
2.ª De apartamiento y disolucion de esponsales.
3.ª Licencia de padre á hijo para casarse.

1. Por patria potestad se entiende el poder y autoridad que tienen los padres sobre sus hijos legítimos, mas no las madres (1); y aunque por derecho de las Partidas se ampliaba este poder á los nietos y demas descendientes legítimos, está derogada esta disposicion por la ley 47 de Toro, la cual manda que el hijo ó hija casados y velados se tengan por emancipados en todas las cosas para siempre; por lo cual, si por el casamiento con velacion salen de la patria potestad, no pueden sus hi-

1 Leyes 1 y 2. tit. 17. Part. 4.

jos entrar en la de su abuelo, pues una vez que espira no revive sino por delito que el hijo cometa contra su padre, y por esta razon tampoco puede el abuelo substituir pupilarmente á sus nietos. La patria potestad puede dimanar de cualquiera de las cuatro causas que expresa la ley 4. tit. 17. Part. 4., y son las siguientes: 1.ª por el matrimonio celebrado segun manda la iglesia; 2.ª por sentencia del juez que fallare ser hijo legítimo aquel de quien se dudaba, 3.ª por delito que cometa el hijo contra el padre que le habia emancipado; 4.ª por adopcion ó prohijamiento; á que debe agregarse la 5.ª que es por legitimacion: de suerte que no hay patria potestad respecto de los hijos naturales incestuosos ni demas ilegítimos.

2. El mas noble y principal origen de la patria potestad es el matrimonio, al cual debe preceder cierta solemnidad que testifique la voluntad de los contrayentes, á cuyo acto llamamos desposorios ó esponsales, que son: el prometimiento que hacen de palabra hombre y muger cuando quieren casarse (1) (*). Los que esten privados del habla, podrán hacer esta promesa por señales evidentes ó por escrito (2).

3. Siendo los esponsales un mero pacto, pueden celebrarse con juramento ó sin él (3), y entre ausentes por procurador ó carta (4): y se hacen de cuatro modos, á saber, por *condicion*, v. gr. prometo casarme contigo si hicieres tal cosa; por *causa*, que es cuando se dice, prometo casarme contigo porque hiciste tal cosa; por *manera*, v. gr. te doy ó hago esto para que tú hagas tal cosa; por *demostracion*, como en este ejemplo, prometo casarme con N. que tiene tal ó tal circunstancia (5). Las condiciones deben ser honestas y conformes á la naturaleza del desposorio (6); pero si fueren torpes ó imposibles, no le vician ó anulan, y se tienen por no puestas (7). Los desposorios celebrados de cualquiera de estos modos no obligan sino cumplida la condicion, causa, manera ó demostracion con que se hicieron (8).

4. Pueden celebrar esponsales los que tienen edad para consentir; y por consiguiente, en cumpliendo siete años ya pueden ejecutarlo asi el varon como la hembra, y aun antes si despues de cumplidos los siete años se ratificaren en ello (9). Por falta

1 Ley 1. tit. 1. Part. 4.

* Aunque los esponsales deben preceder al matrimonio cuando se celebren, no por esto se infiera que no pueda contraerse matrimonio sin haber celebrado antes los esponsales.

2 Ley 5. tit. 2. Part. 4.

3 Ley 10. tit. 1. Part. 4.

4 Ley 1. del mismo tit.

5 Leyes 2 y 3. tit. 1. Part. 4.

6 Leyes 3, 4 y 5. tit. 4. Part. 4.

7 Ley 6. del mismo tit.

8 Ley 3. tit. 4. Part. 4.

9 Ley 6. tit. 1. Part. 4.

de consentimiento no vale la promesa que hiciere el demente, á menos que recobrando el juicio la ratificase (1).

5. El padre no puede desposar á las hijas sin estar ellas delante y prestar su consentimiento (2): mas si prometiere y jurare casar alguna de sus hijas con otro, y ellas consintieren, está en arbitrio del padre la eleccion de la hija, no habiendo señalado cuál de ellas prometia; y si una sola quedase viva, estaria obligado á casarla. Si despues de hecha la promesa señalase una, y el varon no quisiere á esta por muger, quedará el padre libre de la obligacion; pero si el varon antes de hacerse este señalamiento usare de alguna de ellas, deberá tomar por muger esta y no otra (3). Puede tambien hacerse que el desposorio tenga su efecto en el arbitrio del padre, diciendo alguno de los desposados: *te tomaré por muger ó marido si place á mi padre* (4).

6. Por los esponsales quedan mutuamente obligados el hombre y la muger, y cualquiera de ellos que se niegue á cumplirlo, puede ser obligado á ello por el tribunal eclesiástico (5); á menos que tenga alguna justa causa para no querer. De consiguiente una vez celebrados dos desposorios, y mientras no se disuelvan por alguna de las justas causas que hay señaladas en el derecho, son impedimento para otros esponsales; de manera que aun cuando los primeros se hubiesen celebrado sin juramento y los segundos fuesen confirmados por él, no quitarian estos la fuerza á los primeros (6).

7. Explicado ya lo correspondiente á los esponsales, pasemos al matrimonio. Este se define: *ayuntamiento ó enlace de hombre y muger hecho con intencion de vivir siempre en uno, guardándose mutua fidelidad* (7). Los católicos consideramos al matrimonio no solo como contrato, sino tambien como sacramento, observando religiosamente los efectos que por esta razon le corresponden.

8. Como contrato es necesario para su validacion el mutuo y libre consentimiento de varon y hembra, y por consiguiente no pueden contraerle los mentecatos ó dementes, á menos que teniendo lúcidos intervalos de razon, quisieren contraerlo en uno de ellos (8). Por la misma razon será nulo el matrimonio que se contraiga á impulso de miedo ó fuerza irresistible (9).

1 Ley 6. tit. 2. Part. 4.
2 Ley 10. tit. 1. Part. 4.
3 Ley 11. del mismo tit.
4 Ley 3 tit. 1. Part. 4.
5 Ley 7. del mismo tit.
6 Ley 8. tit. 1. Part. 4.
7 Ley 1. tit. 2. Part. 4.
8 Ley 5. tit. 2. Part. 4.
9 Ley 15. del mismo tit.

En consecuencia del mismo principio, si acaeciere que por importunidad diese el Rey carta ó mandamiento para que una muger haya de casar con alguno contra su voluntad, no deberá valer (1). Asimismo está prohibido á los grandes ó señores de vasallos el apremiar á cualquiera de ellos para que case contra su voluntad (2). Siendo tambien el error esencial contrario al consentimiento, faltará este, y por consiguiente no valdrá el matrimonio, si uno de los contrayentes errase ó se equivocase en cuanto á la persona del otro, aunque será válido si el error ó equivocacion recayere sobre la riqueza, condicion ú otras calidades accidentales (3) (*).

9. El consentimiento puede expresarse por palabras, ó por señas en los que fueren mudos (4). Puede tambien cualquiera sustituir ó dejar á arbitrio de otro, sea pariente ó extraño, el consentimiento para que este se case en nombre suyo, dándole poder especial para ello (5).

10. Ademas del consentimiento se requiere la edad prefijada por las leyes para contraer matrimonio, que es la de catorce años en los varones, y la de doce en las hembras, á no ser que en uno ú otro se anticipe la naturaleza para la procreacion, pues entonces se suple la falta de edad en consideracion à la aptitud física y moral (6); ó como suele decirse la malicia suple la edad. Mas para esto ha de preceder el juicio de la iglesia, el cual pertenece al obispo (7).

11. Tambien es necesario para celebrar válidamente el matrimonio que no medie alguno de los impedimentos llamados *dirimentes* (**), los cuales se refieren en la ley 13. y siguientes del tit. 2. Part. 4. Entre ellos se cuentan el error y la fuerza, de que ya se ha hablado: los demas son los siguientes: 1.° y de uso muy frecuente, el de parentesco natural ó de consanguinidad, sin limitacion de grados en la línea recta. En la transversal se extiende hasta el cuarto grado inclusive (8), lo que tam-

1 Ley 2. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.
2 Ley 3 del mismo tit.
3 Ley 10. tit. 2. Part. 4.
* A veces puede ser tan considerable el error accidental, que acredite la falta de consentimiento; como si uno se casase con una muger suponiéndola libre, y fuese esclava.
4 Ley 5. tit. 2. Part. 4.
5 La misma ley 5.
6 Ley 6. tit. 1. Part. 4.
7 Benedict. XIV. bul. *Magnæ nobis*. 51. tom. 2. bullar.
** Hay tambien impedimentos impedientes. Los esponsales, por ejemplo, son impedimento impediente, es decir, que si atropellando con él se contrajese matrimonio, se celebraria este ilícitamente, pero no se anularia. Llámase este impedimento de publica honestidad, y solo llega al primer grado.
8 De los grados de parentésco y modo de computarlos, se habla con extension en el capítulo del tratado de mayorazgos.

bien rige en el parentesco de afinidad, si este dimana de ayuntamiento ó enlace lícito, porque si es de ilícito, solo llega al segundo grado. Por la cognacion espiritual hay impedimento entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por otra, y lo mismo sucede en la confirmacion (1). 2.° La condicion que se pone contra la naturaleza ó fin del matrimonio (2). 3.° El voto solemne de castidad, esto es, el que hacen los religiosos profesando, y los clérigos ordenándose de epístola (3). 4.° El delito de homicidio del conyuge, ó adulterio, en los términos que lo explican los teólogos, y se expresa en la ley 19. tit. 2. Part. 4 5.° La diversidad de religion entre los contrayentes (4). 6.° El rapto de la novia (5). 7.° La impotencia de procrear (6). 8.° El modo clandestino de contraer matrimonio, esto es, el que se contra sin la asistencia del propio párroco ú otro sacerdote con su licencia ó del ordinario, y dos ó tres testigos (7). Está ademas establecido por ley en España que se confisquen todos los bienes á los que contraigen matrimonio clandestino, imponiéndoles tambien la pena de destierro de estos reinos, y fuera de esto la clandestinidad es causa de desheredacion (8). Ultimamente, el matrimonio rato y no consumado produce otro impedimento, llamado de pública honestidad, que llega hasta el cuarto grado.

12. Se necesita ademas en España para contraer matrimonio el consentimiento de los padres, abuelos ó tutores en los términos que expresa la Real pragmática-sancion publicada en Madrid en 28 de abril de 1803 (que es la ley 18. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.), la cual, como que debe servir de gobierno en una materia tan comun y frecuente, se traslada aquí, y es como sigue.= Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla é Indias sobre la pragmática de matrimonios de 23 de marzo de 1776, órdenes y resoluciones posteriores, y varios informes que he tenido á bien tomar, mando: que ni los hijos de familia menores de veinte y cinco años, ni las hijas de veinte y tres, á cualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso: los hi-

1 Concil. Trident. ses. 24. *de reform. matrim.* cap. 2 y siguientes.
2 Ley 5. tit 4. Part. 4.
3 Leyes 11 y 16. tit. 2. Part. 4.
4 Ley 15. tit. 2. Part. 4.
5 Ley 14 del mismo tit.
6 Ley 16 del propio tit.
7 Concil. Trident. ses. 24. *de reform. matrim.* cap. 1.
8 Ley 5. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

jos que hayan cumplido veinte y cinco años, y las hijas que hayan cumplido veinte y tres, podrán casarse á su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre: en defecto de este tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes, esto es, los varones á los veinte y cuatro, y las hembras á los veinte y dos, todos cumplidos: á falta de padre y madre, tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de este; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre, esto es, los varones á los veinte y tres y las hembras á los veinte y uno, todos cumplidos: á falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y á falta de los tutores el juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los veinte y dos años, y las hembras á los veinte, todos cumplidos: para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la Cámara, Gobernador del Consejo, ó sus respectivos Gefes, es necesario que los menores, segun las edades señaladas, obtengan esta despues de la de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la expresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion cuando lo soliciten de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi Real permiso, podrán los interesados recurrir á Mí, asi como á la Cámara, Gobernador del Consejo y Gefes respectivos, los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere Yo á bien tomar, ó la Cámara, Gobernador del Consejo ó Gefes creyesen convenientes en sus casos, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto; en las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso á los Presidentes de Chancillerías y Audiencias y al Regente de la de Asturias, los cuales procederán en los propios términos: los Vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes segun los requisitos que van ex-

presados, serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contrayentes. En ningun tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles: los Infantes y demas personas Reales en ningun tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias: todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi Real determinacion no estuvieren contraidos, se arreglarán á ellas sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no otra ley ni pragmática anterior (1).=Por Real cédula de 1.° de febrero de 1784 se mandó que no se admitan en los tribunales demandas de matrimonios, sin llevar la licencia paterna ó la declaracion judicial de irracional disenso. A consecuencia de esta Real cédula, y en vista de las frecuentes instancias de mugeres sobre esponsales contra los militares, se expidió una Real orden en 20 de febrero de 1787 mandando que antes de admitirse demanda de esponsales contra los oficiales ó soldados del Egército se haga constar la licencia Real ó de sus Gefes, y la paterna ó la resolucion del tribunal de ser irracional el disenso; y por otra Real orden de 2 de setiembre de 1817 se confirmó esto mismo, mandando que no admitan los jueces eclesiásticos demandas de esponsales sin las licencias prevenidas y el consentimiento paterno ó la resolucion judicial de ser irracional el disenso en los términos establecidos en la Real pragmática de 28 de abril de 1803, que comprende tambien á los jueces castrenses.

13. Disuélvese el matrimonio de dos modos, uno en cuanto al vínculo, y otro en cuanto á la cohabitacion. Siendo consumado, jamas se disuelve en orden al vínculo sino por la muerte de uno de los dos consortes (2). La separacion de los dos casados, ó el divorcio en cuanto á la cohabitacion, tiene lugar cuando media alguna justa causa, como enfermedad contagiosa, adul-

1 Véanse tambien las leyes 9, 11, 12, 13, 14, 16 y 17. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec; y sobre los impedimentos civiles léase tambien á Selvag. *Instit. can. discipl. legibus et consuetudin. Hispan. accommodat.* tom. 2. lib. 2. tit. 9.

2 Leyes 2 y 5. tit. 10. Part. 4.

terio, mal trato &c.; en cuyos casos podrán separarse los consortes con autoridad del juez competente. Si el matrimonio fuere rato y no consumado se disolverá tambien por la profesion religiosa de cualquiera de los dos (1).

14. Son muchos los efectos civiles del matrimonio, reduciéndose á estos los principales. En los cuatro años siguientes al dia en que uno se casare, está exento de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, alojamientos y otras; y en los dos primeros años de estos cuatro, estan asimismo exentos de todos los pechos reales y concejiles (2); y esta exencion será perpetua si llegaren á tener seis hijos (3) (*). El marido, aunque sea menor de veinte y cinco años, con tal que tenga diez y ocho cumplidos, puede administrar por sí mismo sus bienes y los de su muger, si esta fuere menor de edad (4). La muger no puede sin licencia de su marido presentarse en juicio, repudiar ninguna herencia que la corresponda por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, como tampoco celebrar contrato ni cuasi-contrato alguno, ni apartarse de los ya celebrados (5); bien que podrá el marido ratificar lo que sin su licencia hiciere la muger, y entonces será válido (6). Asimismo puede el marido dar licencia general á su muger para celebrar contratos, y para todo lo demas que no puede ejecutar sin su licencia, y valdrá cuanto hiciere con ella (7). Si el marido negare injustamente su licencia cuando fuere necesaria para estos ú otros objetos, puede el juez con previo conocimiento de causa obligarle á que se la dé, ó dársela él mismo si aquel, aun cuando fuese compelido, no quisiere hacerlo (8). Asimismo puede dar el juez dicha licencia con conocimiento de causa en caso de estar el marido ausente y no esperarse su próximo regreso, ó si corriese algun peligro en la tardanza, valiendo todo lo hecho con la licencia del juez, como si el marido la hubiera dado (9). Finalmente, otro de los efectos civiles del matrimonio, y entre todos el de mas importancia, es la comunicacion de bienes gananciales entre los cónyuges, de la cual se tratará en capítulo separado.

1 Ley 5. tit. 10 Part. 4.
2 Ley 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.
3 La misma ley.
* La ordinaria de recien casado se pide en el Consejo presentando la partida de casamiento: para la de seis hijos varones la de casamiento y las fees de bautismo de los hijos. Una y otro se despacha en la forma que trae Don Pedro Escolano en su Práctica del Consejo, tom. 1. cap. 9) y 9?.
4 Dicha ley 7.
5 Leyes 11. tit. 1. y 10. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.
6 Ley 14. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
7 Ley 12. del mismo tit.
8 Ley 13. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
9 Ley 15. del mismo tit.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1.ª ESCRITURA DE PALABRA DE CASAMIENTO Ó ESPONSALES DE FUTURO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco y Doña Juana de tal, de estado solteros, mayores de veinte y cinco años, naturales y vecinos de ella, hijos de &c. ya difuntos, dijeron, que para vincular y radicar honesta é indisolublemente el sumo amor que se profesan, y evitar los riesgos á que estan expuestos, y las infaustas consecuencias que puedan resultar en detrimento de sus conciencias, y ofensa de la Divina Omnipotencia, han deliberado contraer matrimonio, y por graves inconvenientes que les obstan para efectuarlo al presente, quieren ligarse con los esponsales de futuro, á fin de que ninguno pueda separarse; y poniéndolo en ejecucion, en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruidos del que en este caso les compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorgan que prometen y se dan mutuamente su fe y palabra de casarse por las de presente que constituyen legítimo y verdadero matrimonio, segun disposicion del concilio de Trento, para tal dia de tal mes y año, y que ninguno contraerá directa ni indirecta, tácita ni expresamente esponsales con persona alguna, sin que preceda licencia y consentimiento por escrito del otro contrayente, y si lo hiciere, sean nulos; y para su mayor estabilidad se dan sus manos derechas, y tales alhajas *(se expresarán las que sean)* en señal, las que pasan á su poder recíprocamente, de que doy fe: asimismo se obligan á no reclamar este contrato, y si lo hicieren, á mas de no ser oidos judicial ni extrajudicialmente, quieren ser compelidos á su observancia, como por sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben, obligan á ello sus personas y bienes, se someten á los señores jueces que de esta causa deben conocer conforme á derecho, renuncian todas las leyes y fueros de su favor, y asi lo otorgan y firman, á quienes doy fe y conozco, siendo testigos &c.

Nota. En esta escritura no puse pena contra el que se retracte, ni juramento de cumplir el contrato, ni tampoco renunciacion de la ley 39. tit. 11. Part. 5. que dice: que arrepintiéndose alguno de los contrayentes, no esté obligado á pagar la pena. La razon es porque si se ponen, como el que ha de relajar el jura-

mento y conocer de los esponsales es el juez eclesiástico á quien privativamente toca, puede suceder que por miedo de ser castigado el arrepentido como perjuro, y compelido á la satisfaccion de la pena, se case contra su voluntad, y resulten funestas consecuencias; por lo que no aconsejo al escribano que los ponga, pues el matrimonio no ha de hacerse por miedo de pena, sino por mutuo amor y consentimiento de los contrayentes, y el que se retracte, bastante tendrá que hacer y le costará el eximirse de celebrarlo, aunque no se le ligue tanto; como la experiencia lo acredita. Previniendo que si los contrayentes fueren menores ó hijos de familia, deberá intervenir en los esponsales el consentimiento paternal, segun se previene en la pragmática de 28 de abril de 1803.

Otra. Como si se introduce entre los casados la discordia, suelen vivir en continua guerra y buscar arbitrios para separarse, algunos escribanos, rebosando perfidia é ignorancia, tienen aliento para aconsejarles que por escritura pueden hacerlo; y para obviar los inconvenientes que pueden originarse, deben tener entendido que los casados no pueden ni deben separarse perpetua ni temporalmente por escritura ni sentencia de juez lego, y que para ello es preciso que intervenga la del eclesiástico con previo y maduro conocimiento de causa, como se prueba de los tit. 1 y 2. Part. 4. de los cap. *Porro* 3. *de divortiis; Cum iis*, 4; *Uxoratus*, 8. *Ad Apostolicam*, 13. *de convers. conjug.*, y de otros que expresan las causas que anulan el matrimonio y esponsales, y por las que se permite el divorcio: por consiguiente si tuvieren arrojo para autorizar instrumento de esta naturaleza, son acreedores á una correccion severa, sin que les sirva de disculpa alegar que los contrayentes lo quisieron, pues no deben hacer lo que es contra derecho y buenas costumbres, aunque lo quieran; pero si contrajeron solamente esponsales de futuro, pueden apartarse de ellos y de la accion que en su virtud les compete, sin intervencion del juez ni de otro, porque los esponsales dependen del libre asenso ó disenso de los contrayentes, y pueden deshacerse y remitirse uno á otro recíprocamente el derecho que tienen para obligarse á la celebracion del matrimonio, mediante no resultar por ellos vínculo indisoluble, como por este.

2.ª ESCRITURA DE APARTAMIENTO Y DISOLUCION DE ESPONSALES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco y Francisca de tal, vecinos de ella, di-

jeron que en tal dia, mes y año, contrajeron esponsales de futuro y se dieron mutua palabra de casarse *in facie Ecclesiæ*, y para su mayor firmeza se entregaron tales alhajas *(se expresarán las que sean)*, obligándose á que ninguno los contraería con otra persona sin consentimiento por escrito de el otro contrayente. Y mediante convenirles ahora apartarse de ellos, para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorgan que se apartan de los referidos esponsales, los que dan por disueltos, rescindidos, nulos y de ningun valor ni efecto, como sino los hubieran contraido; y los otorgantes recíprocamente uno al otro por libres é indemnes entera y absolutamente de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas, se dejan en plena libertad, y confieren el mas eficaz é irrevocable poder que necesitan para que cada uno use de ella, y se case ó elija otro estado á su arbitrio, sin licencia, intervencion ni consentimiento de el otro, del mismo modo que antes lo podian practicar sin diferencia, y como si jamas hubiera habido tales esponsales; á cuyo fin se desisten y separan de todas las acciones que para impedírselo les competian, las que dan por fenecidas y acabadas, se devuelven las referidas alhajas, y suplican á los señores Jueces competentes los hayan por apartados y libres enteramente para disponer de sus personas, segun les convenga. Y bajo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz, tal como esta ✠, se obligan á que jamas se pondrán impedimento, ni reclamarán esta escritura total ni parcialmente; y si lo hicieren, quieren que á mas de no oírseles en juicio ni fuera de él, se les compela á su observancia y condene en costas, y que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y firmezas, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato. Y al cumplimiento de este obligan sus personas y bienes, muebles, raices &c.: *proseguirá como la anterior.*

Nota. En esta escritura y en la de palabra de casamiento obligarán los otorgantes sus personas, pues son las que realmente quedan obligadas aun mas que sus bienes, y aunque sean nobles, no les sufraga el privilegio. Si cada uno, por no existir ambos en un pueblo, hiciere con separacion su apartamiento, el que lo haga primero, lo otorgará con la expresa calidad y condicion de que el otro se aparte tambien, y no en otros términos, porque de no prevenirse asi, puede aquel quedar ligado, y este en libertad; lo cual no es justo.

3.ª LICENCIA DE PADRE Á HIJO PARA CASARSE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Pedro de Meneses, vecino de ella, dijo: que Don Juan de Meneses, su hijo, menor de veinte y cinco años, procreado en su matrimonio con Doña Gertrudis de Ribas, tiene determinado casarse con Doña Matilde de los Rios, de estado soltera, hija de &c.: y para poder practicarlo, y que en el tribunal competente no se le oponga el mas leve obstáculo, me ha pedido la licencia y consentimiento que previene la Real pragmática de 28 de abril de 1803. Y mediante concurrir en la dicha Doña Matilde las circunstancias de igualdad en calidad y demas apreciables que para efectuar esta alianza y enlace se requieren, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que da y concede amplia licencia y facultad al mencionado Don Juan de Meneses, su hijo, para que sin incurrir en pena alguna, celebre segun orden de nuestra Santa Madre Iglesia su matrimonio con la citada Doña Matilde de los Rios, à cuyo efecto de su libre y espontánea voluntad, para que no se le ponga impedimento, presta su pleno consentimiento y beneplácito, el que se obliga en legal forma à no revocar ni reclamar con pretexto alguno, y si lo hiciere, no valga en juicio ni fuera de él, antes bien sea visto haberlo dado con mayores estabilidades, y à fin de que se le compela, da poder à los señores Jueces que de esta causa deben conocer, renuncia las leyes de su favor si acaso se retrajese, y asi lo otorga y firma, à quien doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, residentes en esta villa.

Nota. Los hijos de títulos de Castilla necesitan à mas del consentimiento de sus padres ó personas que deben dárselo, obtener licencia de la Cámara; y los de Grandes esta, y dar cuenta antes à la Real Persona; y si son militares, del Consejo de Guerra tambien: por lo que se relacionarán estas Reales licencias en el consentimiento de los padres, tutores ó personas que se las concedan, para que no haya embarazo; bien que no debe haberlo, respecto à que se han de presentar y hacer constar al juez eclesiástico, y asi nada importa aunque se omita su relacion.

CAPITULO SEGUNDO.

De las escrituras matrimoniales.

§. 1. Diversas clases de estas escrituras: 1.ª *promesa de dote y capital.*
2. De otra escritura llamada *consentimiento de ambos contrayentes*, que no está ya en uso.
3. Carta de pago y recibo que el esposo otorga á favor de su esposa de los bienes que lleva al matrimonio.
4. Escritura de capital que hace el marido de los bienes que lleva al matrimonio.

Modelos de escrituras correspondientes á este capítulo.

1.ª Decapitulacionesmatrimoniales.
2.ª Escritura de capital.

1. Las escrituras matrimoniales, ó que se hacen con motivo de los casamientos, tienen diversos nombres. Una se llama *Promesa de dote y capital*, que es de los bienes que la esposa ha de llevar al matrimonio por dote y caudal suyo propio, y de los que tiene el esposo, ó sus padres le han de dar para ayuda de mantener las cargas matrimoniales. Este contrato es conocido vulgarmente por el nombre de *Capitulaciones matrimoniales*, pues por evitar gastos, ò no hacer para cada cosa una escritura, otorgan esta, en la cual suelen intervenir los padres, tios ó curadores de los contrayentes, si los tienen, y no solo se pacta lo expuesto, sino la donacion *propter nuptias* que el esposo ó sus padres hacen á la esposa, de cuya extension trata la ley 87. tit. 18. Part. 3.; como tambien en qué especies han de llevar los contrayentes su dote y capital; que ha de dar el novio á la novia cada año por razon ó con título de alfileres, que es para vestirse y otras necesidades y adornos mugeriles, de lo que ha de poder ella disponer libre y absolutamente como dueña, y de lo que con ello adquiera tambien, no reputándose jamas lucrado en el matrimonio, ni debiendo incluirse en el inventario que se ejecute por muerte del novio, sino tenerse como bienes parafernales de la novia, y entenderse que los ha reservado para sí privativa y exclusivamente, y que con esta condicion los posee sin intervencion ni dependencia del novio ó marido. Asi se estila pactar entre los grandes, títulos y otras personas pudientes, y se observa el pacto nupcial, porque todo se estima como alimentos que el marido da á su muger, motivo por el cual hace suyo lo que ahorra. Asimismo estipulan la viudedad anual que ha de go-

zar la novia por muerte de su marido de los mayorazgos que posee, y que para ello sacará ú obtendrá este la competente facultad dentro de cierto término; y no haciéndolo, se la da poder en la capitulacion para que ella lo obtenga. Tambien suelen imponerse alguna pena convencional contra el que se retractare de lo estipulado, y despues que se casan ó el dia antes otorgan las respectivas escrituras de dote y capital, con referencia é insercion de las capitulaciones, porque estas no lo son, ni por ellas se califica lo que entraron en su matrimonio, sino solamente la promesa de lo que ha de ser. Del modo de extender la escritura trata la ley 84. tit. 18. Part. 3.; pero rara vez se ofrece, ni se hace separada, antes bien se inserta su contexto en la de capitulaciones por la propia razon que la de promesa de dote y capital.

2. Otra se llama: *Consentimiento de ambos contrayentes en casarse*, cuya extension trae la ley 85. tit. 18. Part. 3.; pero no se estila esta escritura, porque hoy se celebra el matrimonio ante el párroco y testigos, segun la disposicion del Concilio, y lo que suele hacerse, es darse los contrayentes al tiempo de otorgar las capitulaciones palabra mutua de casarse, ofrecerse ó entregar arras en señal de matrimonio, y pactar que han de celebrarlo con arreglo á lo prevenido por nuestra Santa Madre Iglesia, pues si falta este requisito incurrirán en las penas que la ley 5. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. impone á los que clandestinamente lo contraen; por cuya palabra mutuamente dada y aceptada, contraen esponsales de futuro, y quedan ligados para no poder casarse con otra persona sin previo consentimiento del otro contrayente; de cuyos esponsales ó palabra de casamiento, y para su apartamiento extenderé las correspondientes escrituras. Pero si son hijos de familia menores de veinte y cinco años, han de obtener la licencia de sus padres, segun y como se previene en la pragmática sancion de 28 de abril de 1803 (ley 18. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.) segun se ha dicho.

3. Otra es la carta de pago y recibo que el esposo estando próximo al dia del matrimonio, ó despues de contraido, otorga á favor de su esposa de los bienes que trae á su poder para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, ya sea voluntariamente, precediendo ó no capitulaciones, ó apremiado por el juez en caso de querer recibirlos y resistirse á su otorgamiento, pues al modo que si no quiere recibir la dote ó parte de ella, nadie le puede precisar á ello, del mismo modo recibiéndola se le puede estrehar á dar resguardo de lo que se le entrega. Pero es de advertir, que asi como el novio debe especificar las deudas

que tiene cuando se casa, si ha salido de la patria potestad, segun diré en el párrafo siguiente; de la misma manera debe hacerlo la novia en igual caso y circunstancias, pues lo que importen, es menos dote, y de omitirlos se perjudica al novio. De esta escritura trata la ley 86. tit. 18. Part. 3., y como regular y comun en la práctica la extenderé para instruccion del escribano (*).

4. La otra es el capital que hace el marido de los bienes que lleva al matrimonio, cuya escritura formaliza á su favor su muger por sí sola, ó juntamente con sus padres si los tiene, y en caso que estos no quieran intervenir, con su citacion judicial, para que cuando el matrimonio se disuelva, sepan los herederos de cada uno lo que llevó á él; qué aumentos ó menoscabos hay; y lo que legítimamente les toca: pues de no hacerlo, se contemplarán todos, excepto la dote, por gananciales; y si la muger muere antes, será perjudicado su marido; y muriendo despues, sus hijos, ó tendrán que justificar por otro medio lo que llevó al matrimonio para no serlo. Puede hacerse antes ó despues de casarse. Si se hace antes, no es menester que la muger jure no haber sido conminada por el esposo, porque no está bajo de su dominio, y no puede violentarla. Si la otorga despues, no necesita licencia de su marido, porque por el propio hecho de formalizarlo á su favor es visto dársela; y es mejor que lo otorgue despues, porque si lo hace antes, y está en su casa ó en la de sus padres ó de otro, no puede saber ni declarar si el marido futuro tiene ó no aquellos bienes, y sí despues de casada, como que ya los ha visto. Si precedió capitulacion al matrimonio, y en ella ó en la carta dotal se obligó á otorgar despues de casada el capital, tampoco necesita jurar que el marido no la violentó, pues la formaliza en cumplimiento de la obligacion contraida entonces, en cuyo tiempo estaba libre de su dominio, y no la podia violentar, y asi no es del caso el juramento. No ha de obligarse la muger á restituir al marido su importe, como algunos ignorantes suponen, confundiendo un instrumento con otro, sin distinguir los fines, efectos y naturaleza de cada uno, porque no los recibe ni se la entregan ni se la trasfiere su dominio, como al marido el de los suyos, ni tiene potestad para manejarlos, usar y disponer de ellos sin permiso del marido, ya sean ó no estimados, y por lo mismo no puede ser compelida á responder de lo que no recibe; por lo que se obligará únicamente á tener-

* Al fin del capítulo 5 de este título se hallará el modelo de la carta de pago y recibo de aquella, por corresponder mas bien allí que á este lugar.

los por caudal de su marido y fondo puesto por él en la sociedad conyugal, deduciéndose previamente su dote, arras y demas bienes que ella hereda, ó la donen durante el matrimonio, á fin de que el residuo se estime por lucrado y adquirido en dicho tiempo, y de lo que corresponda al marido se la satisfagan con la preferencia correspondiente las arras que la haya ofrecido, teniendo cabimiento en la décima. Concurrirá tambien el marido á esta escritura, declarará con juramento en caso de no estar bajo la patria potestad si aquellos bienes son ó no suyos, qué cargas tienen los raices y demas que admiten gravamen, á cuánto ascienden y que no estan sujetos á otra. Tambien dirá si tiene algunas deudas contra si y su importe, con expresion de no tener otras, obligándose á declarar y dejar apuntado lo que gaste en la cobranza de las que tenga á su favor para evitar perjuicios á su muger ó herederos en caso de que no haya mas gananciales, ó aun cuando existan; pues la corresponde la mitad de las expensas, y deben aplicársela, deduciéndose del capital del marido, pues á no haberlas hecho en la cobranza de sus créditos estarian existentes, y la tocaria su mitad. Si es viudo con hijos debe hacer descripcion, antes de volverse á casar, de los bienes que existan en su poder pertenecientes á estos, obligándosele á restituírselos para que no sean perjudicados en su legítima materna.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Pedro y Doña Juana de tal, su muger, Don Francisco, su hijo, Don Diego y Doña Elena, consortes, y Doña María, su hija, de estado doncella, todos naturales y vecinos de esta villa, y mayores de veinte y cinco años, y las referidas Doña Juana y Doña Elena en uso de la licencia marital prevenida por la ley 55 de Toro, que pidieron á sus respectivos maridos, y estos las concedieron para formalizar este instrumento, de que doy fe: dijeron que mediante la Divina voluntad, y para su santo servicio tienen tratado que los enunciados sus hijos contraigan matrimonio segun orden de nuestra Santa Madre Iglesia Católica Apostólica Romana, y determinado darles diferentes bienes á fin de que puedan mantener las obligaciones de su estado; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, dé su libre y es-

pontánea voluntad=Otorgan que pactan y capitulan lo siguiente:

Que los mencionados Don Francisco y Doña María se han de casar *in facie Ecclesiæ* tal dia, precedida la solemnidad que previene el Santo Concilio de Trento, por palabras de presente que constituyen legítimo y verdadero matrimonio, no resultando impedimento canónico ú otro accidental porque deba diferirse y velarse à su tiempo, para lo cual los expresados Don Diego y Doña Elena prometen al citado Don Francisco à su hija por esposa y muger; y estos á mi presencia se dan mutuamente su fe y palabra de futuro de casarse, de que doy fe, y se obligan á no retractarse, ni contraer esponsales con persona alguna sin previo consentimiento por escrito del otro contrayente, refiriendo en él esta condicion, y con licencia que sus padres les conceden, de que igualmente doy fe, se imponen la pena convencional de tantos reales, para que el que se aparte de su cumplimiento la satisfaga al otro, y pagada ó no, ó graciosamente remitida, quieren ser apremiados por todo rigor á celebrar el matrimonio y satisfacer las costas y daños que el infractor cause al otro interesado, cuya liquidacion defieren en su juramento, y se relevan de otra prueba, y mediante la licencia que los nominados Don Pedro y Don Diego han dado á sus hijos para imponerse pena, satisfacerla, y las costas y daños que se originen por su contravencion, y que estos ningunos bienes tienen al presente, quieren que se practiquen con ellos, y no con sus hijos todas las diligencias concernientes á su exaccion, á cuyo fin se constituyen principales pagadores, y sujetan á su integra resposabilidad y satisfaccion.

Que los prenotados Don Pedro y Doña Juana darán al citado Don Francisco su hijo tanta cantidad en tales especies en cuenta de sus legítimas, y los enunciados Don Diego y Doña Elena á su hija Doña María tanta en dote con la misma calidad en dinero y bienes muebles, una y otra para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, cuyas cantidades y bienes se obligan á entregarles para tal dia, víspera de el en que se casen, y no haciéndolo asi respectivamente, ninguno de sus hijos ha de ser compelido á casarse; y si por algun accidente no pudiere ser efectiva su entrega, queda á eleccion de estos el cumplir ó no la palabra dada, por cuyo motivo se han de anular como desde ahora anulan los esponsales contraidos.

El mencionado Don Francisco atendiendo á la honestidad, virtud y loables prendas de que está naturalmente adornada su futura esposa, y usando de la facultad legal que tiene, la ofre-

ce por aumento de dote ó en arras y donacion *propter nuptias*, segun mas útil y propicio la sea, si llegare á efectuarse el matrimonio, tanta cantidad, que confiesa cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han prometido, en los que, y en los demas que adquiriese constante él, se la consigna à su eleccion, y quiere que goce del privilegio concedido por derecho à esta donacion.

Que ha de otorgar á favor de su futura esposa carta de pago y recibo, asi de los bienes que sus padres la ofrecieron en dote y la entreguen, como de los demas que lleve á su poder, y la regalen otras cualesquiera personas, previniéndole con toda claridad, distincion y separacion, para que si sobreviviere á sus padres, no esté obligada á traer á colacion y particion con sus hermanos mas cantidad que la que le prometieron y dieron de su propio caudal, y en ella reiterará la donacion que la deja hecha, á todo lo cual se obliga en forma, como igualmente á formalizar á su favor escritura de aumento de dote, en el caso que sus padres mueran, de lo que por su fallecimiento la toque, á fin de que constando el importe de su legítimo haber, no sea perjudicada en él, y obre los efectos que haya lugar.

Y para que este contrato sea recíprocamente igual, se obligan dichos Don Diego y su hija á otorgar tambien á favor del enunciado Don Francisco el correspondiente capital de los bienes que lleve á su matrimonio, y demas que herede por muerte de sus padres ú otro motivo, á fin de que al tiempo de su disolucion se tengan y estimen por suyos propios, se deduzca antes que los gananciales y despues de la dote, arras y demas que herede la expresada Doña María, y ninguno sea perjudicado en su haber legítimo; y si el mencionado Don Diego no concurriese á su otorgamiento, se tenga y sea suficiente que lo firme la prenotada su hija, sin que se necesite otra diligencia, ni citacion judicial ni extrajudicial, ni por esta causa deje de obrar los efectos correspondientes, cuando al matrimonio se disuelva.

Los referidos Don Pedro, Don Diego y sus mugeres se obligan á no mejorar en el tercio de sus bienes por contrato entre vivos, ni en última disposicion á los demas hijos suyos; y si lo hicieren, quieren que no valga, y que la mejora se tenga y estime como no hecha, para lo cual se conforman con lo dispuesto por la ley 22 de Toro, previniendo que si les hiciesen algun legado, se ha de deducir del quinto, y no entenderse parte del tercio, aunque en él se exprese y mande lo contrario.

Aquí se pondrán las demas condiciones que los otorgantes quisieren, y proseguirá la escritura en la forma siguiente.

Con cuyas calidades y condiciones formalizan esta escritura los otorgantes, y al cumplimiento de su contexto obligan todos sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; dan amplio poder á los señores jueces de esta villa para que los compelan á él como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben; renuncian todas las leyes, fueros y derechos de su favor para que jamas les aproveche su auxilio; y las susodichas Doña Juana y Doña Elena renuncian la ley 61 de Toro, que dice: *(Aquí se pondrá la cláusula que extenderé en el cap. 29 § 16. tit. 4. del lib. 2: y luego dirá:)* Así lo otorgan y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

Nota. No puse en la escritura precedente de capitulaciones la solemnidad correspondiente á los contratos de menores, porque supongo que los esposos de futuro son mayores de veinte y cinco años, y que estan bajo de la patria potestad, pues no es incompatible que lo sean y lo esten; pero si fueren menores, no lo omitirá el escribano. Notarán algunos que solo hice mencion especifica de la ley 61 de Toro, y omití la renunciacion de las demas civiles que los escribanos acostumbran poner en los contratos de mugeres sin mas motivo que ser costumbre; y para satisfacer á su reparo, les digo que cuando la muger se obliga por su hecho propio por ser realmente principal obligada, y no fiadora, no tiene que hacer mas renunciacion que el hombre mayor de veinte y cinco años capaz de contraer, porque no la favorece en este caso la disposicion del Emperador Justiniano, y el senadoconsulto Veleyano, ni otra civil, canónica ni real, y antes bien queda obligada, como se prueba de unos textos civiles que citaré en dicho capítulo; excepto que haya dolo, violencia ó miedo grave que cae en varon constante, pues justificado, aunque sea hombre el contrayente, se anulará el contrato; á mas de que por la dote que promete á su hija, y donacion que hace á su hijo, queda obligada, segun consta de las leyes *Si dotare.* 12. Cod. *ad senatusconsultum Vellejanum*, y 4. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec., interviniendo para ello, si estuviese casada, licencia de su marido; con que en estas circunstancias es absurdo, y no viene al caso el renunciar leyes que no hay, y no versan en el asun-

to, y solo será bueno hacer la renunciacion, cuando se constituye fiadora; pero entonces ha de ser de la ley de Partida que se lo prohibe; bien que en algunos casos quedará obligada sin este requisito, como mas extensamente explicaré en el citado capítulo.

ESCRITURA DE CAPITAL.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisca Lopez, natural de ella, y muger de Pedro Rodriguez, vecino de esta villa, dijo: que en tantos de este mes contrajeron matrimonio, y antes de verificarlo pactaron que la otorgante habia de formalizar á su favor el correspondiente resguardo que acreditase los bienes y efectos que tenia y llevó á él; y cumpliendo con lo estipulado, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorada del que la compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorga, confiesa y declara que el referido su marido trajo á su matrimonio, y tenia por caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se pondrán los bienes por clases, precios y partidas, como en las escrituras precedentes.

Importan los bienes expresados tantos mil reales de vellon, salvo error de pluma y suma, de que la otorgante se da por contenta y satisfecha á su voluntad, y aunque no parecen de presente, por ser cierta y efectiva su existencia, y haberlos traido su marido y puesto por fondo en la sociedad conyugal, y tenerlos cuando se casaron, renuncia la ley 9. tit. 1. Part. 5. que trata de la entrega y recibo, los dos años que prefine para justificarla, y la excepcion que podia oponer de no haberlos traido, y otorga á favor de su marido el resguardo mas eficaz que á su seguridad conduzca (*Aquí se pondrá la declaracion de ser justa la tasacion, como en la primera escritura dotal, que está al fin del capítulo* 5 *de este título; pero no se ha de renunciar la ley* 16 *del tit.* 11. *Part* 4. *porque habla de la dote, y no del capital del marido, y este no goza del privilegio de aquella; y luego proseguirá en esta forma:*) En su consecuencia se obliga á tener por caudal del citado su marido todos los mencionados bienes, y los que herede y adquiera por donacion ú otro contrato lucrativo de algun pariente ó extraño, deducido primero el importe de la dote y arras del otorgante, y demas que por herencia, legado, donacion ó cesion recaigan en ella, para que á

ninguno se perjudique en los gananciales que pueda haber cuando el matrimonio se disuelva, á lo que quiere ser compelida por todo rigor legal; y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes dotales, parafernales, hereditarios y multiplicados, da amplio poder á los señores jueces de esta villa para que á todo la apremien como por sentencia &c. (*Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion de leyes que dejo extendidas en la escritura de capitulaciones, y el juramento que extenderé en el cap. 29. párrafo 16. tit. 4. del lib. 2., previniendo que si otorga el capital antes de casarse, no necesita juramento: y luego prosigue la escritura:*) Y el enunciado Pedro Rodriguez jura igualmente por Dios nuestro Señor, y á una señal de cruz en solemne forma, que todos los bienes contenidos en este capital son suyos propios; que no estan afectos á responsabilidad alguna; y que &c. (*Aquí tendrá presente el escribano lo que explique al fin del párrafo 4.° de este capitulo, y lo pondrá segun ocurra el caso, y sea el caudal; pues si el marido no tiene deudas á su favor, es superfluo decir que declarará las que cobre ó no, ni mencionar gastos de cobranza; y si los bienes son muebles, tampoco hay que hablar de cargas, y basta jurar que son suyos, y que no tiene deudas contra sí, ó expresar las que sean, y añadir que no tiene mas.*)

Nota. Omití en esta escritura la licencia de marido á muger, que previene la ley 55 de Toro, porque por el mismo hecho de otorgarla á su favor, es visto dársela, y este es uno de los casos en que no la necesita, como explicaré en el citado capítulo 29; pero conviene poner el juramento y declaracion del marido ó del novio, no porque el instrumento lo requiera precisamente para su validacion, sino para que la muger no sea perjudicada en los gananciales al tiempo de la disolucion del matrimonio, pues algunos dicen que son ricos, y si se averigua suelen ser muy pobres, por estar debiendo tanto ó mas que lo que tienen, y por medio del juramento se apura la verdad. Así sucedió en cierto capital que pasó ante mí, que habiéndome dado el marido futuro puntual razon de los bienes que poseía y sus precios, cuya tasacion excedia de veinte mil reales, le dije que habia de declarar con juramento qué deudas tenia contra sí; y aunque no le sentó bien esta proposicion porque no queria que se descubriesen, se vió precisado á darme razon de ellas, y quedó reducido su haber á poco mas de tres mil reales, y si no hubiera usado de esta precaucion, seria perjudicada gravemente su muger; pero prevengo que no basta poner el ju-

ramento en la escritura, sino que al tiempo de otorgarla debe recibirselo el escribano en solemne forma. Mas si el hijo está bajo de la patria potestad, y sus padres le entregan los bienes que lleva al matrimonio, es ocioso el juramento, porque como no puede haberlos gravado ni contraer sin la paternal licencia, y aunque contraiga para cuando se case ó herede, es nula la obligacion que constituya, como lo dice la ley 17. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. que insertaré en dicho capítulo; no es necesario su juramento ni concurrencia. Y se previene lo primero, que si la muger dota al novio, se ha de poner la dotacion por aumento del capital de este en la escritura, con la cláusula de que, aun cuando el novio muera antes que ella, tengan derecho al importe de la dotacion los herederos de él, y puedan exigirlo como donacion *propter nuptias*, hecha por contrato oneroso que obliga al novio à disponer de su persona; y si este nada lleva, se dirá que la novia le hace la donacion para que se tenga por capital suyo, y se obligará à su entrega, disuelto el matrimonio; todo lo cual se entiende no pactando otra cosa. Esta donacion y el instrumento deben hacerse antes de casarse para su estabilidad; expresando que si el novio muere antes, no se tenga por hecha durante el matrimonio; pues por derecho es nula: lo que tendrá presente el escribano para evitar dudas y pleitos. Y lo segundo, que si la novia es viuda y tiene sucesion legítima del anterior marido, no puede exceder la donacion que haga al novio en vida y muerte del quinto de sus bienes, de cuyo importe deberá enterrarla y hacer sus exequias funerales en caso que la sobreviva, existiendo la sucesion.

Otra. Precediendo capitulaciones matrimoniales al casamiento, pueden formalizarse las escrituras de dote y capital bajo de un contexto para evitar gastos à los interesados, hablando en la introduccion los dos, despues seguirá el marido solo con la recepcion de la dote y obligacion à responder de ella, y luego su muger con el otorgamiento del capital; volviendo á hablar los dos en la conclusion del instrumento, y obligacion general respectiva de cada uno à su cumplimiento. Lo mismo se puede practicar antes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones, pues ni para lo uno ni para lo otro hay prohibicion legal, por lo que es arbitrario en el escribano é interesados el hacer asi cada instrumento, ó separadamente.

CAPITULO TERCERO.

De la dote.

§. 1. Diversos nombres que se da á los bienes de los casados.
2. Definicion de la dote.
3. De cuantas clases son los bienes dotales.
4. Casos en que se trasfiere al marido asi el dominio civil como el natural de los bienes dotales.
5. ¿Cuando corresponde al marido el dominio civil solamente de los bienes dotales?
6. ¿En que tiempos puede constituirse y aumentarse la dote; y de cuántos modos puede esta darse?
7. ¿Cuando habrán de tenerse por aumento de dote y no por réditos las utilidades percibidas de la cosa dotal?
8. ¿Que clase de bienes puede llevar en dote la muger?
9. ¿Que deberá hacer la muger cuando el marido disipe ó desfalque su dote?
10. ¿Que requisitos son necesarios para que el marido pueda vender los bienes dotales inestimados?
11. Aunque la muger consienta la enagenacion de los bienes dotales no estimados hecha por el marido, deberá satisfacérsela el valor de ellos disuelto el matrimonio.
12. Si el marido no tuviere con que reintegrar los bienes dotales que vendió, ¿como podrá la muger resarcirse?
13. La obligacion de dotar es propia y peculiar del padre.
14. El padre está obligado á dotar á su hija natural.
15. La madre no está obligada á dotar á sus hijas de sus propios bienes.
16. El padrastro ó la madrastra no tienen obligacion de dotar á sus hijastras de sus propios bienes.
17. El hermano que tiene bienes en comun ó proindiviso con su hermana, se entiende que la dota de los que la corresponden, y no de los suyos propios.
18. Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de dote ni casamiento tercio ni quinto de sus bienes.
19. La dote debe pagarse de los bienes gananciales si los hubiere.
20. No habiendo gananciales se presume que el padre, si promete dote á su hija, lo hace de sus propios bienes, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella.
21. Si el padre habiendo casado una hija y dándola cierta dote, casare otra y la ofreciere tambien dote de

sus bienes y de los de la misma hija, se debe conceptuar dotada esta en iguales términos que aquella.

22. Aunque solo el padre dote á la hija, se deberá satisfacer la dote de los gananciales, aun cuando la madre no concurra ni preste su consentimiento.

23. Se entiende lo dicho en el párrafo anterior no solo cuando el padre dota de los mismos bienes ganados en el matrimonio, sino aun cuando se entregue á la hija dotada alguna finca que cualquiera de los consortes hubiere llevado al matrimonio.

24. La madre no puede prometer dote á su hija ni pagarla de los gananciales sin licencia del marido.

25. Si el padre no quisiere casar á la hija, siendo esta mayor de veinte y cinco años, podrá la madre dotarla con licencia de juez y conocimiento de causa.

26. Si despues de haber prometido cierta dote á la hija el marido y la muger juntos, renunciare esta los gananciales, ha de pagarse no obstante de ellos.

27. Si el marido y la muger habitaren en un pueblo donde no se comunican los gananciales, puede esta repetir de aquel lo que prometió en dote á la hija de ambos, aunque no lo haya protestado.

28. Tambien se ha de satisfacer de los gananciales la dote que el padre estando viudo ofreció á su hija.

29. Si el que da ó recibe la dote apreciada se sintiere agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio.

30. Por cuales causas gana el marido la dote que su muger llevó al matrimonio.

31. A quien pertenecen los frutos de la dote durante el matrimonio.

32. De la dote confesada, y de los efectos que produce dicha confesion.

33. Casos en que perjudica al marido ó le impone responsabilidad la confesion jurada hecha por contrato entre vivos.

34. La confesion del marido no perjudica á sus herederos forzosos ni acreedores, si la hizo en fraude de ellos.

1. Para la debida inteligencia de las materias que van á tratarse en este capítulo y el siguiente, es necesario advertir en primer lugar, que los bienes de los casados tienen diversos nombres, segun su diferente naturaleza. Unos se llaman *dotales*, y son los que la muger ú otro en su nombre entrega á su marido para ayudar á mantener las cargas matrimoniales. Otros se denominan *parafernales* ó *extradotales*, y son los que la

muger lleva al matrimonio sin incluirlos en los dotales, ó recaen en ella por algun título lucrativo despues de casada. De unos y otros se tratará en este capítulo y los siguientes. Otros se llaman *antifernales* ó *contradotales*, y son los que el marido señala á su muger por compensacion de su dote, de cuyos efectos, conveniencias y otras cosas trata Antonio Gomez en la ley 50 de Toro, num. 9 y siguientes; y por no necesitar saberlos el escribano, se omite su explicacion. En estos bienes tiene el marido el dominio y el usufructo. Otros se apellidan *propios*, y son los que cada cónyuge lleva al matrimonio, y hereda ó adquiere durante él por última voluntad ó por contrato lucrativo, y á estos llaman tambien *hereditarios*. En todos ellos tiene su dueño la propiedad y el dominio natural; pero los frutos y rentas que produzcan son comunes á entrambos consortes, y el marido los administra para sostener con ellos las cargas del matrimonio (1), si al tiempo de casarse no se hubiere pactado expresamente otra cosa entre los dos en cuanto á los parafernales, como pueden hacerlo. Finalmente otros se denominan *comunes*, *gananciales* ó *multiplicados*, y son los que adquieren los consortes durante el matrimonio por su trabajo, industria, compra ó en otra manera semejante mientras viven juntos. Pasemos ahora á explicar la primera especie de estos bienes.

2. Dote, entendida esta voz en el sentido jurídico, es lo que en dinero, alhajas ú otros bienes da la muger al marido, ú otro en nombre de ella, para ayudar á sostener con sus frutos ó producto las cargas del matrimonio.

3. Los bienes en que consiste la dote son de dos clases, á saber, *adventicios* ó *profecticios*. Adventicios son los que entrega al marido la muger misma, ó su madre, tio, primo ó pariente por línea materna, ó algun extraño en su nombre; ó bien los que la muger adquiere con su industria antes de casarse, ó los que la da algun extraño. Llámanse *adventicios*, porque no provienen del padre, abuelo ni otro ascendiente por esta línea. *Profecticios* son los que la da su padre ú otro pariente por línea paterna, ó algun extraño por respecto y atencion de su padre (2).

4. Aunque la dote es patrimonio propio de la muger, se transfiere irrevocablemente al marido asi el dominio civil como el natural de los bienes dotales en dos casos: 1.° cuando la dote consiste en bienes muebles que se consumen con el uso, y son los que se cuentan, miden y pesan, ó dinero; 2.° cuan-

1 Leyes 2 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. 2 Ley 2. tit. 11. Part. 4.

do aunque sean de otra clase, se le dan valuados con estimacion que causa venta, esto es, cuando se aprecian de tal suerte que se entregan al marido como vendidos por el precio en que se valúan. En ambos casos puede hacer de los bienes dotales lo que quiera como si fuesen suyos, y es de su cuenta y riesgo el incremento ó deterioro que tuvieren, aunque este no haya acaecido por culpa suya (1).

5. Pero cuando los bienes dotales son inmuebles y el marido los recibe sin apreciar ó con estimacion que no causa venta, esto es, que se hace solo para saber el valor de los bienes, pertenece á la muger el dominio natural irrevocable en ellos, como tambien su deterioro ó aumento, y el dominio civil, que es la administracion y el usufructo, al marido, quien no puede enagenar, obligar ni hipotecar dichos bienes, aunque su muger lo consienta; porque jamas se traslada á él su dominio natural y verdadero (2).

6. La dote puede constituirse y aumentarse asi antes como despues de contraer matrimonio, del mismo modo que la donacion hecha por el marido á la muger; y uno y otro han de tomar posesion de lo que mutuamente se den, y no de otra suerte, á menos que en el lugar de la celebracion del matrimonio haya costumbre contraria (3). Puede darse la dote puramente, ó bajo condicion, y á los plazos que se estipulen, debiendo observarse los pactos que imponga el que la diere, no siendo opuestos á derecho y buenas costumbres (4), al modo que en las donaciones, porque lo son en realidad. Si alguno dota á la muger con quien cree tener parentesco, y se casa, aunque despues se verifique no ser parientes, no puede demandar lo que la dió en dote, porque es una obra de piedad, y lo mismo sucede con otras hechas tambien por igual motivo (5).

7. A veces las utilidades que se perciben del fundo ó cosa dotal no provienen de fruto, ni deben estimarse por rédito, sino por suerte principal que aumenta la dote, como cuando el novio recibe antes de casarse algunos bienes fructíferos de la novia, y se está aprovechando de ellos sin darla de vestir ni otra

1 Esto se entiende verificándose el matrimonio, porque si no tuviere efecto, aunque los bienes dotales esten en poder del novio ó esposo, toca á la novia ó esposa el deterioro ó aumento de ellos. Leyes 7, 18 y 21. tit. 11. Part. 4.

2 Ley *In rebus.* 30. Cod. *de jur. dot.* Instit. in princip. *Quibus alienare licet vel non.*

3 Ley 1. tit. 11. Part. 4.

4 Leyes 10, 11, 13 y 30. al fin. tit. 11. Part. 4.

5 Ley 7. tit. 11. Part. 4.

cosa; en cuyo caso el importe de sus frutos es aumento, y no réditos de la dote (1).

8. La muger puede llevar en dote bienes raices, muebles, semovientes, deudas, derechos y acciones. Si es menor, y los bienes fueren raices, deberá intervenir licencia judicial para su entrega, pues no basta la de su curador; pero si son de las otras clases, es suficiente la de este (2).

9. Si la muger conoce que su marido disipa ó desfalca su dote, y viene á pobreza por su culpa, puede demandarle judicialmente que se la entregue ó afiance su responsabilidad, ó que se deposite en persona lega, llana y abonada, y se la acuda con sus frutos para alimentos, á lo cual debe deferir el juez; mas no la compete esta accion, cuando la deterioracion ó menoscabo no procede de culpa de su marido (3); bien que en todos casos se la admite la demanda, especialmente si este tiene otros acreedores, para que no pierda su dote ni quede indotada.

10. El marido no puede enagenar los bienes dotales inestimados de su muger, aunque esta lo consienta verbalmente, y para que valga su enagenacion ha de intervenir su anuencia ó permiso jurado (4), concurriendo por su hecho propio al otorgamiento y celebracion del contrato, jurándolo y haciendo la renuncia en los términos que se dirá cuando se trate de los contratos y del modo de obligarse en ellos las mugeres.

11. Aunque la muger consienta la enagenacion de los bienes dotales no estimados hecha por su marido, ó concurra al contrato, debe satisfacérsela el valor de ellos disuelto el matrimonio. Pero si celebra el contrato por sí sola con licencia de su marido y recibe el precio, no tiene derecho á que se la satisfaga despues el valor de dichos bienes, porque cuando procede por su hecho propio como principal y única otorgante, y el marido no concurre al contrato ni ejerce otro oficio que el de darle la licencia, ninguna ley la favorece, y sí solo cuando es fiadora de él ó de otro, ó con él de mancomun lo otorga (5).

12. Si el marido que vendió los bienes dotales no tuviere con que reintegrarlos, podrá la muger recobrar los mismos bienes ó su importe del comprador, á eleccion de este, haciendo previa excusion en los bienes del marido (6). Si la muger hu-

1 Leyes 7 y 12. ff. *de jur. dot.* y 7 y 28. tit. 11. Part. 4.

2 Ley 14. tit. 11. Part. 4.

3 Leyes *Si constante.* 34. ff. *solut matrim.* 1. tit. 9. Part. 3 y 29. tit. 11. Part. 4.

4 Ley 7. tit. 11. Part. 4. cap. *Licet mulieres*, y cap. *Cum contingat de jurejurand.* in 6. ley 1. ff *de fund. dot.*

5 Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 1.

6 Olea *de cess. jur.* tit. 5. quæst. 12. num. 11.

biere consentido la enagenacion con juramento, y entonces tenia el marido bienes con que reintegrarla de su importe, no puede repetirlo disuelto el matrimonio, aunque obtenga previa relajacion del juramento; pero si carecia de bienes el marido en aquella sazon, y la muger hubiese sido enormemente engañada ó perjudicada, puede reclamar precedida la relajacion, pues aunque no se pruebe haberla obligado con amenazas el marido, el respeto debido à este junto con la lesion basta para que se rescinda el contrato de enagenacion (1).

13. La obligacion de dotar es propia y peculiar del padre, quien puede ser apremiado á dotar á la hija que está en su poder, aunque ella no tenga bienes suyos, y quedará obligado por la dote que ofrezca si se verifica el matrimonio (2); bien que si la hija se casa contra la voluntad del padre antes de los veinticinco años con sujeto indigno de calidad ó en costumbres, no podrá ser obligado á dotarla en pena de su ingratitud é inobediencia, sino solo á darla los necesarios alimentos (3).

14. El padre natural está obligado á dar alimentos á sus hijos naturales (4); y por consiguiente lo está tambien á dotar á su hija natural, porque la dote sucede en lugar de alimentos (5). Lo mismo se entiende respecto del abuelo en el caso en que por derecho está obligado á dotar á la nieta (6), que es cuando ella no tiene bienes propios (7).

15. La madre, siendo católica (*), no está obligada á dotar á sus hijas de sus propios bienes, ya sean dotales ya parafernales. Asi que si ejerciendo el cargo de curadora de su hija y administradora de sus bienes la dotare, se entiende que la dota de estos y no de los suyos, á menos que asi lo exprese, por cuanto está exenta de esta obligacion. Lo mismo procede para con la abuela que es tutora de su nieta y administra sus bienes; y asi pueden imputarlas los que las dieron no solo en dote sino para su manutencion; porque teniendo aquellas bienes suyos de que poder

1 Alciat. in cap. *Cum contingat.* num. 2 y 8. Gutierr. in Authent *sacram puber.* num. 93 y 94. Covarrub. *de sponsalib* part. 2. cap. 2. § 6. num 4. et in cap. *Quamvis pactum.* part. 6. § 4. num. 7.

2 Ley 8 tit [illegible]. Part 4.

3 Ley *Qui à liberis* § *Si vel parens de liber. agnosc. arg.* cap. *Cum haberet de eo qui duxit.* Ferr. *Bibliothec.* verb. *dos,* num. 6 y 7.

4 Ley 5. tit. 19 Part 4. cap. *Cum haberet de eo qui duxit in uxor.*

5 DD in dict. ley. 1. ff. *solus matrim.*

6 Salicet. en la ley fin. Cod. *de dotis promiss.*

7 Ley 8. tit. 11. Part. 4. Gomez en la ley 50 de Toro, Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 10.

* Se dice católica, porque si fuere judía, mora ó de otra secta estará obligada á dotar á las hijas cristianas; como igualmente cualquiera que tiene en su poder alguna muger con todos sus bienes, si por servirse de ella y disfrutar su hacienda ó por otros fines intenta impedirla que se case. Ley 9. tit. 11. Part. 4.

vivir, no estan obligadas á criarlas ni á dotarlas (1). Pero si las ofrecieron en dote mas de lo que importan sus bienes, es visto haberlas prometido de los suyos el exceso (2); á menos que con error y en inteligencia de que los de la hija y nieta eran bastante cuantiosos, les hubiesen prometido tanto; pues probado el error, no estarán obligadas á la entrega del exceso, porque el error destruye el consentimiento (3). Y si no son curadoras ni administradoras de ellas, deben satisfacerlo de lo suyo; porque se presume haberlas hecho la oferta por razon del parentesco y afecto materno (4).

16. Ofreciendo el padrastro y la madrastra, ó el padre y la madrastra juntos, dote ó donacion al entenado ó hijastro de alguno de ellos, no se ha de entender que se obligaron por mitad de sus propios bienes, sino de los del entenado ó entenada; y si no los tenia, se presume que la prometieron con ánimo de repetirla. Y la razon es, porque asi como el padrastro no tiene obligacion de alimentar ni tener en su poder á los hijos de su muger, ni patria potestad sobre ellos; asi tambien por la propia razon, no es visto darles ni ofrecerles la dote ó donacion sino en los términos expuestos, à menos que claramente ó por vehementes conjeturas conste que su intencion fue no repetirla, y antes sí dársela de sus propios bienes (5).

17. Si muertos los padres habitaren hermano y hermana juntos poseyendo sus bienes en comun ó *proindiviso*, y durante esta proindivision se casare la hermana, y su hermano la dotare sin expresar de qué bienes, ¿se entenderá dotada de los suyos propios ó de los de su hermano? Aunque à primera vista aparezca que debe ser de los de este, lo contrario es cierto por las razones siguientes: 1.ª porque nunca se presume donacion (6); y siempre que pueda caber interpretacion á favor del donante y contra la donacion, debe asi entenderse (7); 2.ª porque el hermano que tiene bienes en comun con su hermana, se presume que la dota de los de ella como su administrador, y en-

1 Ley 6. tit. 19. Part. 4. y ley *Si quis à liberis*. §. *Sed si filius*. ff. *de liberis agnocend.*

2 Ley *Cum post mortem*. §. 1. et ibi glos. DD. ff. *de administrat. tutor.* Gom. en la 53 de Toro, num 14.

3 Acev. en la ley 8. tit. 9. lib. 5. Rec. num. 20.

4 Gom. en dicha ley 53 y num. 24. vers. *Si vero mater*. Baez. *de non meliorand. filiab.* cap. 11. num. 155.

5 Castill. en dicha ley 53. liter. G. pestext. in leg. *Si paterno* ff. *de negot. gest.* num. 6. Siguenz 2. *de claus.* lib. 2. cap. 13. num. 219.

6 Ley *Si cum aurum* 10. ff. *de solut.* Ley *campanus*. 47. ff *de oper. libertor.* y ley *Cum de indebito*. 25. ff. *de probation.*

7 Ley *Elegantes*. 24. §. *Qui reprobos*. ff. *de pignorat. act.*

tonces cesa la presuncion de donacion (1); 3.ª porque si expendiendo algo el padre en nombre de su hijo, mas se presume que lo hace de los bienes de este que de los suyos (2); con mayor razon se debe presumir del hermano.

18. Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de dote ni casamiento tercio ni quinto de sus bienes ni otra cosa alguna, ni se entiende ser mejoradas tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, y solo se les permite donarlas lo siguiente: el que tiene doscientos mil maravedís hasta quinientos mil de renta, puede darlas por sola una vez un cuento de maravedís en dote; el que pasa de los quinientos mil y llega hasta un millon y cuatrocientos mil maravedís, cuento y medio; y el que tiene millon y medio de renta, la de un año; y si tuviere mas, no deberá exceder de doce cuentos de maravedís, aunque su renta anual sea mayor, pena de perder el exceso (3); pues para dotar, y que la dote se considere suficiente, se ha de atender á los haberes del dotante, á los hijos que tiene, á la dignidad de las personas y costumbre de la tierra; de modo que si la dote no excede de la legítima, se tiene por suficiente, y excediendo, por inoficiosa (4). Lo mismo se ha de entender respecto de las nietas, aunque la ley no habla de ellas, porque versando igual razon, debe entenderse igualmente con ellas la misma disposicion legal, y por otras consideraciones que pueden verse en los autores (5).

19. La dote debe pagarse de los bienes gananciales si los hubiere, y no habiéndolos, si el padre y la madre juntamente hubieren ofrecido la dote, la satisfarán por mitad de sus bienes patrimoniales; pero si uno solo hiciere la oferta ó promesa, este será el que haya de entregarla por entero (6). No teniendo la madre obligacion de dotar á las hijas cuando no media promesa de su parte, puede pactar que si el padre falleciere, y no hubiere gananciales, se entienda no haber dotado ni prometido cosa alguna á la hija; pues si no lo estipula asi, se quedará esta con la mitad de la dote en cuenta de su legítima materna, y ademas percibirá íntegramente la paterna, careciendo por consiguiente la madre de aquella parte durante su vida.

20. No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre

1 Ley *Nesennius*. 24. ff. *de negot. gest.*
2 Ley ult. ff. *de hæredit. petit.*
3 Leyes 6 y 7. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.
4 Leyes *Quæro* 60 *Sive generalis*. 61, y *Cum post*. 69. §. *Gener*. ff. *de jure dot.*
5 Matienz. en la ley 1. tit. 1. lib. 5. de la Rec. glos. 1. num. 3, 4 y 5 Baez. *de non meliorand. filiab.* cap. 21 y 31. Gutier. lib. 2. *Pract.* quæst. 14.
6 Ley 4. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.

promete simplemente dote à su hija legítima, se presume prometérsela de sus propios bienes, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella (1). Lo mismo se entenderá aun cuando proteste que la dote de estos y no de los suyos, porque semejante protesta no le exime de la obligacion que le impone el derecho, cuando tiene facultades para dotarla (2). Por consiguiente se presume en ambos casos que la dota de sus propios bienes, y en lo que estos no alcancen, de los de la hija; à menos que él sea pobre, en cuyo caso es claro que promete la dote de los bienes de ella (3). Mas para evitar dudas es muy conveniente, y aconsejan los autores, que el padre declare cuanto le ofrece de sus bienes, cuando estos no alcanzan para completar la dote, y cuanto de los de ella; ó que la ofrezca cantidad cierta, computado è incluso en ella todo lo que la debe por sus bienes paternos y maternos, y que se exprese asi en la escritura dotal, en cuyos casos se observará el pacto (4): lo que tendrá presente el escribano para evitar pleitos.

21. Si el padre habiendo casado à una hija y dádola cierta dote, casare otra y la ofreciere tambien dote cierta de sus bienes y de los de la misma hija, se debe conceptuar dotada esta en iguales términos que aquella; por lo que si la dote primera se satisfizo de los bienes propios del padre y de los adventicios de la hija, se ha de satisfacer la segunda en la misma forma (5); porque se presume que el padre quiso guardar igualdad entre las hermanas (6); bien que puede dar á una hija mas dote que à la otra; y con tal que no exceda la dada à aquella de la legítima que la pueda corresponder por parte de su padre, valdrá; pero tendrá menos que percibir por muerte de este, y la menos dotada, mas (7); pues no está obligado à dar en dote todo lo que la ley permite, sino à guardar los límites que prefija el derecho en la dotacion de las hijas.

22. Aun cuando solo el padre dote à la hija ó haga donacion *propter nuptias* al hijo de ambos durante su matrimonio, se les deberá tambien satisfacer de los gananciales, sin embargo de

1 Ley fin. Cod. *de dotis promiss.* y ley *Profecticia.* §§. penult. y ult. *de jur. dot.*

2 Lo contrario se entiende cuando no es legítima la hija. Ley 8. tit. 11. Part. 4. y la glos. 2. ley final. Cod. *de dotis promiss.*

3 Ley fin. et ibi DD. Cod. *de dotis promiss.*

4 Hieron. Gabriel. consil. 156. num. 6. Lac. in Junior ibi num. 177 y 178. y otros varios.

5 Sucin. Senior y Ruin. in leg. 1. ff. *solut. matrim.* num. 144. et ibi. Rip. num. 93.

6 Ley final Cod. *communia utriusque jud.* y ley *Ut liberis.* Cod. *de collat.* Menoch. præsumpt. 15. num. 2.

7 Baez. *de non meliorand. filiab.* cap. 1. num. 25. y cap. 11. num. 161 y 162.

que la madre no concurra ni preste su consentimiento; pues por la ley está autorizado para ello; y asi puede ejecutarlo por sí solo, siendo los hijos de entrambos, y cabiendo en las gananciales, segun dice la misma ley citada en su segunda parte. Esto se entiende aun cuando en dotar se consuman todos los gananciales que entonces haya, si no exceden en la legítima que al hijo ó hija puede tocar, y no en otra forma, ni en mas, sin que la madre tenga accion para reclamarlo ni impedirlo. Lo primero, porque la obligacion de dotar de ellos á los hijos es carga del matrimonio para darles estado, y como tal comun igualmente al padre y á la madre. Y lo segundo, porque esta no adquiere dominio irrevocable en ellos hasta que aquel muere, como se verá tratando de los gananciales. Bien entendido que si la dote que el padre da á su hija, aunque sea de los gananciales, excede de la legítima que por su parte sola la puede corresponder, no valdrá en el exceso, porque no puede ser mejorada por esta razon en contrato (1), pues por él solo es dotada. Pero si no bastaren los gananciales, ó no los hubiere, pagará en este caso el padre de los suyos propios lo que falte, ó el todo de lo que prometió, en consecuencia de la obligacion que el derecho le impone de dotar á sus hijas, y la madre á nada estará obligada, como dice la misma ley, se entiende cuando de su parte no hubo promesa de dotar. Lo mismo sucederá si el padre al tiempo de dar ú ofrecer la dote ó donacion, expresare que es por cuenta de la legítima paterna, y no de la materna, y el hijo é hija la reciben en este concepto; porque entonces se entiende haber dado y ofrecido únicamente de lo suyo, y querido relevar á la madre de la contribucion con su mitad de gananciales; asi que se le cargará su total, y no á esta, á menos que todo el caudal paterno no alcance para cumplir la oferta; pues deberá suplir la madre lo que falte de su mitad de gananciales (y no de los patrimoniales), porque la obliga la ley á ello.

23. Milita lo dicho no solo cuando los padres dotan ó hacen donacion *propter nuptias* á sus hijos de los mismos bienes ganados, entregándoselos, sino aunque les entreguen alguna finca ó fincas que uno de ellos llevó á su matrimonio, ó durante este heredó; pues en ambos casos es visto que la dote y donacion en cuanto á su importe fueron hechas de los gananciales, no obstante que su asignacion y entrega fuesen de cosa propia de alguno de los dos, porque la ley citada habla indistintamente,

1 Baez. *de non meliorand. filiab.* cap. 11. num. 126. hasta 129.

y no debe atenderse á la materialidad de la cosa entregada; por lo que el dueño de esta sacará su importe como capital suyo antes que se dividan los gananciales (1); á menos que al tiempo de su entrega renuncie (como puede) el beneficio de la ley, y exprese que quiere no se estime por parte de gananciales, sino como cosa propia suya, de que hace irrevocable donacion al donatario ó dotada; pues entonces se observará el pacto, y todo lo entregado será por cuenta de lo suyo, y no de la mitad de gananciales de la madre, y asi se practica.

24. ¿Podrá la madre prometer dote á su hija sin licencia de su marido, y à consecuencia de su promesa habrá de pagarse de los gananciales? Algunos afirman que sí; pero la mas segura opinion es, que no, y que si lo hace, no vale; porque la ley 55 de Toro, que es la 11. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., la prohibe hacer contratos y causi contratos, y comparecer en juicio sin ella; siendo claro que en el hecho de dotar, ademas de privar á su marido de los frutos que le estan concedidos para satisfacer las cargas matrimoniales, daba lo que no era suyo.

25. Pero si la hija es mayor de veinte y cinco años, y el padre no quiere casarla, ó aunque no los tenga, si pudiendo y habiendo tenido proporcion, no la casó segun su esfera y costumbre del pais, entonces asi como en cumpliéndolos puede casarse contra la voluntad de su padre, y pedirle dote (2), porque por derecho está obligado á dársela, y no la madre (3); asi tambien esta con licencia del juez y conocimiento de causa podrá dotarla. Y lo mismo procederá estando ausente el padre y no esperándose su pronto regreso (4) (*).

26. Si despues de haber prometido cierta dote á su hija el marido y la muger juntos, renunciare esta los gananciales, se ha de pagar de ellos; y no bastando para completarla, deberá suplirse lo que falte de los bienes propios de ambos, no obstante la renuncia; porque por la promesa hecha antes de esta, quedó obligada eficazmente la madre en los mismos términos que su marido á la entrega de su parte (5), pues á ello la obliga la ley 53 de Toro, que es correctoria del derecho antiguo.

1 Ayor. part. 2. quæst. 40. num. 42 y 43. *de partit.*

2 Ley *Si filiam.* y Authent. *Sed si.* Cod. *de inoffic. testament.* et ibi DD. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 7. Part. 6. glos. 5 y 8.

3 Leyes 8 y 9. tit. 11. Part. 4. Ley final. Cod. *de dotis promiss.* ley *Qui liberos*, cit.

4 Morquech. *de divis. bonor.* lib. 2. cap. 17. num. 3 al 7.

* Sobre esta materia de casamientos puede verse el contenido de la Real pragmática de 28 de abril de 1803, que es la ley 18. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

5 Acev. en la ley 8. num. 15. tit. 9. lib. 5. Rec. Morquech. ibi num. 8.

27. Si marido y muger habitaren en un pueblo en que no se comunican los gananciales, puede esta repetir de aquel lo que prometió juntamente con él à la hija de ambos, aunque no lo haya protestado: porque en este caso es visto haber hecho la promesa no con ánimo de donar, sino de fiar à su marido, lo cual la está prohibido (1). Pero esto se entiende, excepto que sea rica, y la conste que su marido se halla imposibilitado de satisfacer todo lo que ofreció; pues entonces se conceptúa haberse obligado á suplir de sus propios bienes aquello à que no alcanzasen los de su marido (2).

28. Se ha de satisfacer tambien de los gananciales la dote que el padre estando viudo ofreció á su hija, y la donacion *propter nuptias* hecha al hijo, porque en duda se presume haberla hecho y prometido de ellos. Y aunque acerca de esto hay variedad de opiniones, es esta la mas equitativa y corriente en la práctica; porque la carga de dotar como débito causado y contraido durante el matrimonio, sigue los gananciales en él adquiridos; por lo que aunque esté disuelto, se debe pagar de lo que importen (3). Y lo mismo procede con la madre viuda dotante en cuanto á ellos, existiendo los bienes proindiviso, porque milita igual razon, y asi debe obrar la propia disposicion legal (4). Ultimamente debe advertirse que la dote, ya sea dada de los gananciales, ya de otros bienes por los padres juntos, no debe exceder de la legítima que por cada uno pueda corresponder á la hija, à causa de que esta no puede ser mejorada por razon de dote ni casamiento, como se ha dicho.

29. Si el que da ó recibe la dote apreciada se sintiere agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio ó lesion en cualquier cantidad que sea, aun cuando no exceda ni llegue á la mitad del justo precio, como sucede en las ventas, cuyo privilegio está concedido al contrato dotal en favor de la dote (5). La accion de repetir el engaño no prescribe mientras no llega el caso de la restitucion, á menos que al tiempo de constituirla se renuncie, porque la ley no prefine término para ello;

1 Leyes 61. de Toro, y *Si vir uxori.* §. fin. ff. *ad senatus consul.* Baez. *de non meliorand. filiab.* cap. 11. num. 41 y 42. Socin. consil. 5. num. 14. lib. 4. Morquech. ibi num. 10 y 11.

2 Baez. dicho num. 41. al fin. Morquech. dicho num. 11.

3 Castill. en la ley 53 de Toro, num. 2 y 43. Ayor. part. 2. quæst. 40. Greg. Lop. en la ley 6. tit. 10. part. 5. glos. 1. Matienz. en la 3. tit. 9. lib. 5. glos. 7. num. 9. y en la 8. glos. fin. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 19. num. 3. al fin. Acev. en la ley 8. num. 13 y 19. tit. 9. lib. 5. Baez. ibi num. 97 al 115.

4 Ley *A Titio.* ff. *de verbor. obligation.* y ley *Illud.* ff. *ad leg. aquil.* Morquech. ibi num. 13.

5 Ley 16. tit. 11. Part. 4. Gregor. Lopez en ella.

por lo cual si la muger hubiere llevado en dote bienes raices estimados, y el marido los cuidó y conservó de modo que al tiempo de su muerte no se conociere en ellos ruina ni menoscabo; y sin embargo los apreciadores nombrados por sus herederos y por su muger les dieren menos valor que el que se les dió al tiempo de celebrarse el matrimonio, deberá la muger tomarlos por este menor precio, sin que los herederos del marido sean responsables de esta disminucion, la cual pudo provenir al tiempo, ó de no haber tenido realmente los bienes dotales mas estimacion cuando los llevó, aunque hubiese sido mayor su valuacion, como regularmente sucede en todas las dotes, en que se tasa por veinte lo que solo podria venderse por diez: fuera de que no transfiriéndose al marido el dominio natural de los bienes raices, no debe tenerse en cuenta su valuacion, á menos que haya aumentos ó menoscabos conocidos, de los cuales haya sido causa el mismo marido.

30. Por tres causas gana el marido la dote que su muger lleva al matrimonio, y esta la donacion que en razon de él la hace su marido. La primera cuando al tiempo de casarse pactan que si alguno de los dos muere sin hijos, herede el todo ó parte de la dote y de la donacion el que sobreviva. La segunda por costumbre, de suerte que si en el lugar de su domicilio la hay de que falleciendo uno sin hijos, herede el otro lo que le donó, lo llevará, aunque nada estipulen. Y la tercera por adulterio que la muger cometa, por el cual gana el marido su dote y arras (1). Pero en los dos primeros casos está en contrario la práctica y costumbre de estos reinos; pues nada heredan, aunque el muerto no deje sucesion, á menos que conste expresamente de su última voluntad; y asi solo lleva la muger las arras en caso que quepan en la décima de los bienes del marido, ó las joyas ó vestidos si no exceden de la octava parte da su dote; por lo que no se hacen en el dia estas donaciones, y aunque se hagan no valen.

31. Durante el matrimonio pertenecen al marido los frutos de la dote de su muger, sea ó no estimada (2), con tal que concurran tres circunstancias: 1.ª que el matrimonio se haya celebrado segun el orden establecido; 2.ª que dicho marido tenga la posesion de la dote; 3.ª que sufra las cargas matrimoniales (3). Adviértase que de los bosques dotales, cuyo usufructo y utilidad consiste en cortar no solo las ramas sino los mismos árbo-

1 Leyes 23. tit. 11. Part. 4. y 15. tit. 17. Part. 7.
2 Ley *Pro oneribus*. Cod. *de jur. dot.* Ley *Dotis fructus*. ff. eod. tit.
3 Ley 25. tit. 11. Part. 4.

les, puede hacer la corta, en caso que de su tronco ó raices nazcan otros, mas no de los árboles frutales, à menos que se sequen ó pudran (1), y entonces deberá reponer otros. Respecto de las esclavas que se dan en dote, si se diere alguna apreciada, y el marido prometiese dar el precio de ella en caso de que el matrimonio se disolviere por muerte ó sentencia judicial, entonces será de su cuenta el daño ó provecho que acaeciese á la esclava; pero no entregándosele esta apreciada, pertenece à su muger el peligro (2). Tampoco es del marido lo que los siervos de la muger adquieren por donacion que alguno les hace, pero sí lo que ganan con su industria (3).

32. Hasta ahora se ha tratado de la dote legítima y numerada que efectivamente recibió el marido; pasemos à la confesada, esto es, à la que él mismo confiesa haber recibido, sin que por otra parte conste su entrega. Esta confesion produce los efectos siguientes. No constando su recibo sino por mera confesion hecha por el marido en testamento ó en otra última voluntad despues de contraido el matrimonio, y de tener en su casa á su muger, no es ni debe estimarse por dote, porque esta confesion, ya sea de cantidad cierta ó de otros bienes no prueba, antes bien se conceptúa hecha con ánimo de donar à la muger su importe, y por consiguiente se reputa como legado, que solo con la muerte se confirma (4); y asi aunque sea jurada, no perjudica á los acreedores del confitente en sus respectivos créditos, ni tampoco á los herederos legítimos de este en sus legítimas (5); por lo que solo tendrá cabimiento en el quinto, siendo hijos ú otros legítimos descendientes los herederos; y en el tercio, siendo ascendientes (que es de lo que en perjuicio de ellos se le permite disponer por las leyes 6 y 28 de Toro, como se dirá en el tratado de testamentos); y asi se deducirá respectivamente de dicho tercio ó quinto en cuanto alcancen, y no del acerbo del caudal inventariado, excepto que los interesados mayores se convengan en que se deduzca de este, en cuyo caso se expresará asi, para que no se atribuya à impericia ó malicia del partidor. Pero siendo extraños los herederos, se bajará del cúmulo de bienes, y no del quinto ni tercio, à menos que el testador lo mande, porque á excepcion de los referidos, todos los demas se gra-

1 Rebuf. in leg. *Sylva cædua. ff. de verb. significat.* vers. *Utilit.* Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 27. num. 11.
2 Ley 20. tit. 11. Part. 4.
3 Ley 25. tit. 11. Part. 4.
4 Ley 19. tit. 9. Part. 6. Roman. consil. 445. num. 9. Paul. de Castr. consil. 381. lib. 1. col. 3. Bursat. consil. 32. num. 4. 32 y sig. lib. 1.
5 Morquech. *de division. honor.* lib. 1. cap. 9. num. 12 y 13.

dúan por extraños, aunque sean sus parientes, y no tienen derecho á heredarle por testamento contra su voluntad: y asi puede dejarles poco ó nada, y deben contentarse con lo que les quede.

33. Si el marido hizo la confesion por contrato entre vivos, durante el matrimonio, no le perjudica, aunque sea jurada (1). Lo cual se limita y entiende: 1.° excepto que haya renunciado la excepcion de no haberse hecho el pago; 2.° que sino la renunció se halla pasado el tiempo de oponerla, que son dos años (2); 3.° que la haya hecho disuelto el matrimonio; pues en este caso le perjudicará, porque se presume hecha con ánimo de donar su importe à la muger ó à sus herederos; 4.° que haciéndola durante el matrimonio, esté la muger presente, pues entonces prueba contra él, á lo ménos se presume hecha con el ánimo expresado, y se estimará como si lo hubiera sido en contrato entre vivos (3), bien que no se confirmará con su muerte en el exceso de los quinientos sueldos de oro que la ley 9. tit. 4. Part. 5. prefine (4); 5.° que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido (5): en cuyos cinco casos le perjudicará su confesion. Pero sin embargo de que en estos casos perjudique al marido su confesion, si la hizo en fraude de sus acreedores ó de las legítimas de sus herederos forzosos, no prueba contra ellos, cuyo fraude se puede inducir de la cualidad de las personas, cantidad que confiese haber recibido, y de otras circunstancias y congeturas, por las que se prueba el dolo (6).

1 Menoch præsumpt. 12. num. 43 al 46. Covarr lib 1. *Var.* cap. 7. num. 5.

2 Menoch. ibi num. 47 y 49.

3 Alex. consil 45. num. 5 y 6. vol. 1. Socin consil. 67. num 2. vol. 1.

4 Jul. Clar. lib. 4. *Sentent.* §. *Donat.* num. 3 Menoch præsumpt cit num 39 y 40. Socin in leg. 1. num. 97 ff *solut matrimon* Salicet. in leg. *Donat. quas.* Cod. *de donat. inter virum et uxor.*

5 Covarr. lib 1. *Var.* cap. 7. num. 6. Menoch. præsumpt. 12. cit. num. 53. Gom. en la ley 50 de Toro. num. 52. vers. *Quod tamen limita.*

6 Mascard. *de probat.* lib. 1. conc. 362. Morquech. *de division.* lib. 1. y cap. 9. dicho num. 2.

CAPITULO CUARTO.

Del privilegio de la dote.

§. 1. Los bienes del marido estan hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote.

2. No será preferida la muger á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial ó general en sus bienes.

3. Tampoco será preferida la muger al acreedor posterior que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca ó alhaja determinada.

4. El privilegio de prelacion que compete á la muger por su dote contra los bienes del marido, se transfiere á sus hijos y herederos legítimos para su repeticion y cobranza, pero no á los extraños.

5. Aunque el marido confiese haber recibido la dote, si por otro medio no se justifica su numeracion y entrega, no gozará del privilegio dotal.

1. Los bienes del marido estan hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote, arras y bienes parafernales de su muger, cuyo privilegio y otros se concedieron á las mugeres por las grandes cargas matrimoniales que sufren, y son: el obsequio y reverencia al marido, el peligro de los partos, el cuidado, procreacion y crianza de sus hijos, el gobierno de su casa, la conservacion y aumento de sus bienes, y otras (1); y porque no esten indotadas, pues conviene á la república que se casen, para el aumento de la poblacion (2). Bajo de este supuesto paso á explicar en qué casos será ó no privilegiada la muger casada por su dote á otros acreedores de su marido, y para instruccion del escribano digo: que siempre que la entrega de los bienes dotales al marido se hace constar por instrumento anterior ó posterior al matrimonio, en que el escribano da fe de ella, ó por otro medio legal en que no interviene fraude ni dolo (pues

1 Ley *Assiduis*. 12. Cod. *qui potior. in pignor. hab.* Genes. cap. 3. Apost. ad Corinth. cap. 11. y ad Ephes. cap. 5.

2 Leyes 1. ff. *solut. matrim.* y 2. ff. *de jure dot.*

no basta probar que la muger los tenia antes de casarse, sino que tambien ha de justificar que los entró en la sociedad conyugal), será preferida por la hipoteca tácita à todos los acreedores anteriores que la tengan, y á los posteriores, aunque la de estos sea general expresa. Igualmente lo será al fisco; pues sin embargo de que este y la dote gozan de igual privilegio, el del fisco se entiende, cuando es anterior en tiempo, mas no dudándose de la anterioridad, ó siendo de un tiempo mismo, porque entonces prefiere la dote, excepto que el fisco esté en posesion de los bienes del deudor. El de la dote empieza desde que se contrae el matrimonio, y no desde la tradicion de los bienes dotales, aunque sea esta anterior, porque su fin es que el matrimonio se efectúe, y sirvan de ayuda los bienes para mantener sus cargas. Lo mismo sucede si es posterior, porque se retrotrae al tiempo en que el matrimonio se celebró, y por esto si la muger ú otro por ella ofrece al marido cierta cosa en dote, y despues de casados obliga este sus bienes à otro antes que la muger se la entregue, será preferida al acreedor posterior á la promesa dotal, y se retrotraerá la obligacion de responder de la dote al tiempo en que el matrimonio se celebró (1); aunque algunos dicen que al de la promesa, porque en él tiene su principio, y asi la carta de dote que se otorga en virtud de capitulaciones despues de casados los novios, goza del mismo privilegio que la que se hace antes de casarse con fe de entrega, porque como las capitulaciones preceden à la boda, y se expresa en ellas la dote que la novia ha de llevar y se promete al novio, se retrotrae al tiempo de la promesa, y en ella tiene su principio el privilegio dotal, verificándose el matrimonio y la tradicion real. Tambien será preferida á los acreedores posteriores simples sin cualidad prelativa de dominio, refeccion, funeral, &c. que tengan hipoteca especial expresa, porque es anterior en tiempo, y goza ademas del privilegio de prelacion; pues el acreedor primero que tiene hipoteca tácita, ó expresa general en los bienes de su deudor, prefiere al segundo que la tiene tácita, ò expresa especial sin privilegio en una ó mas fincas de él (2), porque cuando el acreedor segundo llega á adquirir la hipoteca es-

1 Leyes 33. tit. 13. Part. 5. *Licet.* 7. Cod *qui potior. in pignor. hab.* 2. Cod. *de privileg. Fisci.* Com. en la ley 50 de Toro. num 40. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 46. num. 10. versic *Hipotheca autem.* Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 7. *Cur. Philip* lib. 2. *Comer. terr.* cap 12. verb. *Prelacion.* num. 30 y 31.

2 Leyes *Cui generaliter.* 2. *Potior.* 11. al principio. § *Si colonus.* ff. *Si decreto.* 2. *Si generaliter.* 6. Cod. *qui potiores in pignor. habeant.*

pecial, ya se hallan sujetas la finca ó fincas por la general anterior á la responsabilidad de la dote, y asi debe ser pagada primero esta.

2. Mas no será preferida la muger á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial ó general en sus bienes, ni la segunda á la primera, porque esta es anterior en tiempo; pero esto se limita en cuanto à los bienes dotales de aquella, que existen y son conocidos, aunque se hayan dado estimados al marido, porque como ambas dotes son de igual privilegio y naturaleza, y los bienes de la muger segunda no perdieron la de dotales por haberse apreciado, ni esta trata de adquirir nuevo dominio en ellos, sino de recuperarlo, vuelve por lo mismo à ella, y es preferida en ellos à la primera (1); y asi no se darán á esta en pago de su dote; pero sino son conocidos, será satisfecha antes que la segunda; porque como no pueden separarse de los del marido por no distinguirse ni conocerse, se contemplan todos propios de este, por habérsele transferido su dominio, y de ellos deben ser reintegrados de sus créditos por su orden y graduacion sus acreedores, y el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho (2), cesando el privilegio de prelacion.

3. Tampoco será preferida la muger al acredor posterior que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca ó alhaja determinada, si la hipotecó especialmente á su responsabilidad, y no de otra suerte; pues en ella tendrá el acreedor derecho prelativo por la especial y expresa hipoteca (3); y es la razon, porque la hipoteca que dimana del acto es preferida como especial á todas las generales, y aunque el acreedor es posterior en tiempo segun la fecha del contrato, no lo es segun la obligacion é hipoteca, pues cuando el marido llega á adquirir el dominio y hacerse dueño de la alhaja, y esta empieza á ser obligada generalmente á la dote, ya el acreedor tiene hipoteca especial y anterior en ella, que es preferida á la general, en virtud del pacto con que se liga, y es lo mismo que si la alhaja hipotecada fuera su propio dinero, el cual no debe responder

1 Leyes 33. tit. 13. Part. 5. *In rebus* 30. Cod. *de jure dot.* y *Uxor. marito.* ff. *de donat inter vir. et uxor.* Gom. en la ley 50 de Toro. num. 42 y sig. Covarr. lib. 1. *Variar.* cap. 7.

2 Regla *Qui potior. de reg. jur.* in 6. y ley 27. tit. 13. Part. 5.

3 Leyes 27 y 30. tit. 13. Part. 5. y *Licet.* 7. Cod. *qui potior in pignor. hab.* Carleval *de judic.* tit. 3. disp. 28 Salg. *Labyr. cred.* part. 1. cap. 43. num. 34. *Cur. Philip. Comerc. terr.* cap. 12. verb. *Prelacion*, num. 16.

de la dote de la muger de su deudor, por no ester obligado á ello, y ser anterior; pero si presta el dinero para reparar nave, casa ú otro edificio, ó pagar su alquiler ó el del almacen en que estuviere la cosa, ó para conducirla de una parte á otra, ó satisfacer à los oficiales su trabajo, ó alimentar à los sirvientes ó al ganado, ó para otro beneficio suyo, será preferido à todos los acreedores anteriores del mutuario, mas no á la dote, arras, ni Fisco, á menos que sean posteriores (1). Si el acreedor dió su dinero para enterrar al marido, lo debe cobrar antes que la muger ni otro alguno cobren sus créditos, por ser preferido el suyo á todos los que el marido contrajo en su vida (2); de lo cual, y de otros acreedores trataré mas latamente en el juicio de concurso, adonde, como à su propio lugar, remito al lector.

4. El privilegio de prelacion que compete à la muger por su dote contra los bienes de su marido en concurrencia y perjuicio de los acreedores anteriores de este que tiene hipoteca tácita en ellos, y de los posteriores que la tienen general ó especial expresa, se transfiere à sus hijos y herederos legítimos para su repeticion y cobranza, mas no á los extraños; pues el que pasa únicamente à estos, es el de la tácita hipoteca, como remedio subsidiario concedido al contrato dotal, y no á la persona; porque aquel es personal, y este real (3), al modo que los herederos del pupilo tampoco lo tienen contra otros acreedores en los bienes de su tutor (4).

5. Pero aunque el marido confiese haber recibido la dote, si por otro medio no se justifica su numeracion y entrega, no gozará del privilegio dotal; y asi aunque perjudique totalmente al marido y à sus herederos extraños su confesion, mas no à sus acreedores; y á sus ascendientes y descendientes legítimos solo en el tercio ó quinto. Ademas padecerá los vicios de dote confesada y no recibida; se estimará por donacion entre marido y muger, hecha durante el matrimonio, la cual está reprobada por derecho; y aun se presumirá que el marido la constituyó de sus propios bienes por beneficiar á su muger y defraudar á sus acreedores y herederos forzosos; y que esta nada llevó al matrimonio. Esto procede y se entiende aunque su confesion sea jura-

1 Leyes 26 al fin. 27, 28 y 29 tit. 13. Part. 5. *Cur. Philip. Comerc. terr.* cap. 12. verb. *Prelacion.* num 95. y cap. 3. verb. *Hipotheca.* num. 33 y 34.

2 Ley 30 al fin. tit. 13. Part. 5. Gom. en la ley 30 de Toro num. 2.

3 Ley *Dabimus.* ff. *de privileg. dot. Cur. Philip. Comerc terr.* cap. 12 verb. *Prelacion.* num. 34. Gomez en la ley 30 de Toro num. 2. Gregor. Lopez en la ley 33. tit. 13. Part. 6 glos 6 y 7.

4 Gutierr. *de tutel* part. 2. cap. 16. Gonzalez lib. 5. *Decretal* num. 23 cap. 9. num. 3 y 4.

da, porque el juramento asertorio que recae sobre actos pasados, ni les da valor ni los confirma. Esto tiene lugar cuando se promete observar y no contravenir á algun pacto que se haga, ó contrato que se celebre (1); por lo que es muy util á la muger, que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fe de entrega antes de casarse para ser preferida á los acreedores de su marido. Se previene que por los demas bienes que la muger lleva fuera de los dotales, no goza del privilegio de prelacion (2).

1 Covarrub. lib. 1. *Variar.* cap. 7. Carleval *de judic.* tit. 3. disp. 34. Gomez en la ley 50 de Toro num 37 y sig. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 3 y 15. *Cur. Filip.* lib 7. cap. 12. verb. *Prelacion.* num. 38

2 Ley *Proculus.* ff. *de jure dot. Cur. Philip.* cap. cit. num. 32.

CAPITULO QUINTO.

De la restitucion de la dote.

§. 1. El marido está obligado á restituir la dote, y puede hacer esta restitucion en vida.

2. Disuelto el matrimonio debe volverse la dote á la muger, á menos de que habiéndosela dado un extraño hubiese puesto la condicion de que se le restituyese á él.

3. Modo de hacer la restitucion segun la diferente especie de bienes dotales.

4. Debe atenderse principalmente á lo que se haya pactado en la escritura dotal para hacer la restitucion.

5. No habiendo dejado dinero el marido, no estan obligados sus herederos á pagar en él la dote.

6. ¿A quien pertenece el incremento ó deterioro de los bienes dotales, cuando estos se entregaron al marido con estimacion que no causa venta?

7. ¿A quien corresponde dicho incremento ó deterioro, cuando el marido recibió los bienes dotales sin aprecio alguno?

8. Lo dicho en el párrafo anterior se entiende cuando no intervino obligacion en contrario.

9, 10 y 11. Continuacion del mismo asunto.

12. ¿Como deberá hacerse la restitucion de los bienes dotales no estimados, si el marido los hubiese vendido para pagar la deuda contraida durante el matrimonio, ó antes de casarse?

13. En cuatro casos toca indispensablemente al marido la pérdida ó deterioro de los bienes dotales no apreciados.

14. ¿Si estará obligado el marido ó sus herederos á restituir el importe de la dote, cuando esta consistió en créditos á favor de la muger, y aquel dejó de cobrarlos?

15 y 16. Continuacion de lo mismo.

17. ¿Quien deberá pagar los gastos originados del cobro de la dote consistente en deudas?

18. Continuacion de lo mismo.

19. Restitucion de la dote, que consiste en legado anuo, usufructo, pension ó rentas impuestas en fondo vitalicio.

20. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del pueblo donde se celebró el matrimonio.

21. Si el marido fuese pobre han de dejarle su muger ó sus herederos con que alimentarse sin exigirle mas de lo que pueda restituir.

22. Los bienes del marido quedan

obligados tácitamente, aun cuando no haya habido obligacion expresa, al pago y saneamiento de los bienes dotales.

23. La accion de repetir la dote no prescribe hasta que el matrimonio se disuelve.

24. El marido puede imponerse pena, llamada comunmente *arra*, para que se le exija la dote en caso de no restituirla cómo y cuándo debe.

25. Efectos de esta pena cuando se la imponen los esposos de futuro.

26. Efectos de la misma en los contratos.

27. El menor que promete y entrega la *arra* no queda obligado á su cumplimiento, porque le compete el beneficio de restitucion *in integrum*.

Escrituras correspondientes al tratado de la dote.

1.ª Carta de pago y recibo de dote.

2.ª Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales.

3.ª Carta de dote confesada.

4.ª Modo de extender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial.

1. Como la dote es patrimonio propio de la muger, está el marido obligado á restituirla. Esta restitucion puede hacerse por el mismo marido en vida, pues no está prohibido pagar en vida la deuda al que tiene obligacion de satisfacerla despues de muerto (1); sin que por efectuar la entrega deba decirse que son defraudados sus hijos en los frutos dotales que percibiria su padre, á no haber hecho la restitucion; pues ningun derecho le obliga á conservar la dote en su poder, ni á adquirir frutos por custodiarla si le incomoda su custodia y conservacion, como tampoco á restituirla si no quiere.

2. Disuelto el matrimonio debe haber la muger ó quien su accion y derecho represente, no solo la dote que llevó al poder de su marido ó su estimacion, si fue apreciada, y las arras que le ofreció, sino tambien la parte de gananciales que la toca, si al tiempo de casarse ó despues no los hubiese renunciado, y lo que por herencia, legado, donacion ó en otra manera semejante hubiese adquirido durante él. Pero es de advertir, que si el que dió la dote fue algun extraño, y al tiempo de darla puso la condicion de que muriendo la muger sin hijos se le habia de volver y restituir, ú otra semejante, debe observarse (2), porque el donante puede imponer en la donacion las condiciones posibles y honestas que quiera al tiempo de hacerla.

1 Ley *Post. mortem*, et ibi glos et DD. Cod. *de fideicom.* L. *Patrem.* ff. *quæ in fraud. credit.*

2 Leyes 26, 30 y 31. tit 11. Part. 4. ult. Cod. *solut matrim.* y leyes 1 y 4. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

3. Acerca del modo como haya de hacerse la restitucion de los bienes dotales, es necesario atender á la naturaleza de estos, y á la especie de dominio que en ellos tuvo el marido durante el matrimonio. Cuando los bienes dotales son muebles que se consumen con el uso, ó se dan valuados al marido con estimacion que causa venta, como entonces se le transfiere el dominio natural y civil de ellos, segun queda dicho, es solo deudor de la cantidad à que ascienden, y no de los mismos bienes; y asi aunque estos perezcan por incendio ú otro caso fortuito, disuelto el matrimonio habrá de restituirse de su propio capital, si no hubiese bienes gananciales, el mismo precio à la muger, la cual no puede ser compelida à recibir los bienes ni otros por ellos (1), sino quiere y si hay dinero.

4. Esto se entiende asi, con tal que en la escritura dotal no se haya pactado otra cosa, y por tanto debe examinarse bien su contexto para hacer la restitucion de los bienes dotales, teniendo presente que segun los términos en que haga la obligacion el marido, asi y no de otro modo quedará obligado (2); por lo cual aunque los bienes fuesen estimados, si se estipuló que disuelto el matrimonio habia de volverlos el marido segun estuviesen, ó su estimacion, à eleccion suya, y escogiese volver los mismos bienes, será de cuenta de la muger el deterioro de ellos, no probando que su marido tuvo la culpa de él, ó no habiendo recibido este á su cargo todo el daño que en ellos acaeciese (3). Si se obligó à restituir los mismos bienes, y hubiesen perecido algunos, cumplirá con entregar otros à justa tasacion; y lo mismo sucederá con los deteriorados, supliendo con otros su deterioro, sin que esté obligado à volver su estimacion en dinero, ni la muger tendrá accion á pedirlo. Eligiendo la muger ó sus herederos los bienes dotales, y no su precio, pueden repetirlos de los terceros poseedores á quienes su marido los haya enagenado, sin ser necesario hacer excusion en los de este (4). Si se obligó á volver la dote estimada, sin poner otra expresion, deberá restituir su estimacion, porque en el mismo hecho se obligó à ello (5); y aunque la reciba estimada, si se pactase que disolviéndose el matrimonio dentro de cierto tiempo la haya de entregar en las mismas especies que recibió, y por la propia estimacion, cumple

1 Leyes 18, 19 y 20. tit. 11. Part. 4.
2 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
3 Ley 18 al fin. tit. 11. Part. 4 ley *Plerumque*. § fin. ff. *de jure dot.* Ley *Quod si fundus*. ff. *de fundo dotali.*
4 Gomez en la ley 53 de Toro, num. 44. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap 4. num 9
5 Gregor. Lop. en la ley 18. tit. 11. Part. 4. glos. 1, 2 y 7.

con volverlas, y no debe ser apremiado à dar su precio (1). De todo lo cual se deduce, que segun se obligue el marido á la restitucion de la dote, asi habrá de cumplir lo estipulado.

5. Si el marido no hubiese dejado dinero, no estan obligados sus herederos á pagar en él la dote, ni en otros bienes que en los de la herencia; y asi deberá su viuda recibir en estos su importe á justa tasacion (2). Consistiendo la dote en muebles, no se les puede compeler á malvenderlos por darla dinero que no llevó al matrimonio, porque ningun perjuicio se la irroga, ni se pone de peor condicion que cuando se casó; pues si aun el mismo deudor no puede ser compelido, antes bien cumple con dar otros equivalentes à arbitrio del juez, con mayor razon no podrán serlo sus herederos, que aunque le suceden en todas las acciones y obligaciones, no contrajeron la de restituir en dinero la dote: y asi quedará al arbitrio y prudencia del juez como lo advierte Gregorio Lopez en la glos. 2. de la ley inserta, porque nunca dan, ni con mucho, por los bienes muebles el precio de su tasa, y el marido sale perjudicado siempre en ella por esta razon.

6. Si los bienes dotales hubiesen sido apreciados, no con aquella estimacion que causa venta, sino para saber su valor por si al tiempo de la disolucion del matrimonio se habian consumido ó deteriorado por culpa del marido, se ha de distinguir: si los bienes consisten en número, peso ó medida, debe restituir otros tantos de la misma calidad, especie, bondad, peso, medida y número, ó el valor que tengan otros iguales al tiempo que el matrimonio se disuelva, porque se le transfirió su dominio, no obstante la cualidad del aprecio (3). Pero siendo de otras especies, ó ganados, pertenecen à la muger el incremento ó decremento que experimenten, porque no se transfirió al marido su dominio; y asi no habiendo gananciales, no debe responder de ellos, con tal que pruebe no haber tenido culpa en que pereciesen ó se deteriorasen: pues no probándolo, está obligado á satisfacer su pérdida, menoscabo y deterioro con otros bienes equivalentes; y la razon es porque no solo se le contempla custodio y procurador de su muger, sino administrador de sus bienes dotales, y por su administracion estan obligados tácitamente los suyos propios (4); bien que si hay gananciales, se deducirán de

1 Ley *Si inter virum et uxor.* 24 Cod. *de jure dot.*

2 Ley 3, tit. 14. Part. 5 en las palabras: *Pero si acaeciese.* Authentic. *Hoc nisi debitor.* et ibi DD Cod *de solutionib.* Roland. *de inventar.* part 4 quæst. 24.

3 Ley 21. tit 11. Part. 4.

4 Ley *Siquis ex argentariis.* § *Prohibet.* ff. *de edendo* ley fin. § ult. ff. *de custodia reor.* Greg. Lop. en la 17. tit. 11. Part. 4. glos. 2. Gom. en la 50 de Toro. num. 43.

ellos, no como dote, sino como fondo entrado ó puesto en la sociedad, que debe separarse antes que se dividan las utilidades: lo cual, como justo y racional, se practica por costumbre en los reinos de Castilla (1), asi en este caso como en los precedentes.

7. Si el marido hubiese recibido los bienes dotales sin aprecio alguno, y fuesen de los que consisten en número, peso ó medida, y con el uso se consumen, le pertenece tambien su incremento y deterioro, porque sin embargo de no haberse valuado, se le transfirió su dominio; pero en este caso debe restituir á su eleccion otros tantos en número, especie, medida, peso y calidad, ó el precio que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio, y no el que tenian al de su recibo y contrato matrimonial, ya valiesen entonces mas baratos ó mas caros (2): y asi no habiendo gananciales lo pagará de sus propios bienes.

8. Lo cual se entiende cuando se obligó en estos términos, pues si su obligacion se circunscribió á volver otros tantos en número idénticos de la misma especie y bondad, deberá cumplirla, ya valgan mas baratos ò mas caros, porque la obligacion de volver el género nunca se extingue, y quien está al provecho, debe esta al daño; y aunque se le transfirió su dominio para usarlos y disponer de ellos á su arbitrio, fue con el gravamen de restituir otros de igual especie, calidad y bondad, mas no la especie misma ò su importe, segun le acomodase, porque la cualidad de su obligacion le priva de este arbitrio; pues segun el pacto asi queda obligado; y los pactos nupciales deben observarse no siendo opuestos á derecho y buenas costumbres (3).

9. No consistiendo en número, peso ni medida los bienes dotales entregados sin aprecio, sino en otras clases, ò en ganados no productivos, v. gr. mulas &c., toca á la muger su pérdida y deterioro; y asi no habiendo gananciales, cumple su marido con entregar los existentes segun se hallen; y de los perdidos, consumidos ó menoscabados sin su culpa no debe responder con su capital (4). Pero habiendo gananciales se deducirá de estos lo que valian, no como dote, sino como fondo puesto por la muger en la sociedad (5), regulándose prudentemente

1 Montalv. en la ley 1. tit. *de las gananciales*. lib. 3. del Fuero Real. Greg Lop. en la 18. tit. 11. Part. 4. glos. 3 al fin.

2 Ley *Res in dotem datæ*. ff. *de jure dot*. Ley 21. tit. 11. Part. 4. Gom. ibi cit. *Limita tamen*. Ayor. *de partition*. part. 1. cap. 7. num. 9 y 10.

3 Leyes 10, 11, 13 y 30 al fin tit. 11. Part. 4.

4 Leyes 18 y 21. tit. 11. Part. 4. y ley *Plerumque*. ff. *de jure dotium*.

5 Ley penult. tit. 10. Part. 5. Ley *Si merces* §. *Vis major*. ff. *locati*. Ley *Cum duobus*. §. *Quidam sagariam*. ff. *pro socio* Greg. Lop. en la 18. tit. 11. Part. 4. glos. 3, 4 y 8. Gom. en la 50 de Toro. num. 69. Gutierr. lib. 2. *Practicar*. quæst. 95. num. 16.

su valor segun costumbre de los reinos de Castilla.

10. Si los ganados son productivos, v. gr. cabras, ovejas, vacas, yeguas &c., ha de reemplazar de los hijos ó crias que procreen, otras tantas cabezas como de sus madres perecieron (1). Lo cual se entiende, ya haya llevado pocos ó muchos; pues la ley (2) no hace distincion alguna; por cuya razon ya hubiese llevado rebaño ó manada, ó menos todavía, ha de hacer el marido la restitucion y reemplazo con los hijos, segun queda expuesto. Y si no hubiere hijos ni gananciales, será de cuenta de la muger su pérdida, y no los pagará el marido de su capital; lo que al contrario habiendo gananciales, pues aunque no haya crias, sacará de ellos su valor, como fondo de la sociedad y no como dote (3), y es lo que se practica.

11. De estos ganados no apreciados que la muger llevó en dote ò heredó, si no hay crias, pero si otros gananciales, sacará el valor que tenian cuando se murieron, y no otras tantas cabezas, porque en las obligaciones de restituir la cosa si perece, sucede en su lugar la de restitucion de intereses ó su estimacion (4); y asi no tendrá derecho à pedir lo que valdrian si viviesran al tiempo de hacerse la particion de bienes, porque despues de muerta la cosa no puede tener incremento ni decremento; ni tampoco el valor que tenian cuando los trajo, porque hasta que murieron estaban por suyos, por no haberse transferido al marido su dominio irrevocable (5).

12. Habiendo vendido el marido los bienes dotales no estimados para pagar la deuda contraida durante el matrimonio, ó la suya primitiva que tenia antes de casarse, parece que su muger podrá elegir pretendiendo otros tantos, ó su estimacion especialmente si contra la voluntad de ella hizo la venta, porque contra el poseedor de mala fe, que vende lo ageno, se da esta eleccion al dueño (6). Sin embargo lo contrario es cierto; y asi no podrá elegir la muger, ni su marido estará obligado á satisfacer mas que el precio que por ellos recibió, pues no es poseedor de mala fe, por cuanto tiene en ellos y en lo demas de la dote inestimada dominio revocable (7). Y aun cuando no los hubiese lleva-

1 Dicha ley *Plerumque*. y leyes *Cum dotem*. y *Quoties*. Cod. *de jure dot.* y ley 21. cit. verb *Pero si acaeciese*. Ayor. dicho cap. 7. num. 10.

2 Ley 21. tit. 11. Part. 4.

3 Ayor. part. 3. quæst. 30. num. 104 cerca del fin.

4 Ley *Qui restituere*. ff. *de reivindication*. ley *In re furtiva*. y ley *Si servum*. §. *Bove*. ff *de condition furtiv.*

5 Ley *Divortio*. § *Ob donationes*. ff. *solut. matrim*

6 Ayor. part. 3. quæst. 30. num. 106 al principio y 107. vers. *Pero si el ganado*.

7 Ley *Doce ancillam*. Cod. *de reivindic.*

do en dote, sino que fuesen parafernales ó los hubiese heredado, como es su legítimo administrador (1), no se le puede argüir de poseedor de mala fe, por lo que deberá restituir su precio, y no los ganados ó cosas inestimadas (2).

13. Y para que no pueda dudarse cuando toca indispensablemente al marido el deterioro ó pérdida de los bienes dotales no estimados, digo que es de su cuenta y debe pagarlos en los siguientes casos: 1.° cuando se prueba que perecieron ó se deterioraron por su culpa (3); 2.° cuando se obligó à satisfacerlos, pues á cuanto se obliga el hombre à tanto queda obligado (4); 3.° cuando fueren muebles que se vendieron, ó se gastaron en servicio de su casa, excusándose con ellos de comprar otros precisos para ella (5); 4.° cuando haya gananciales en el matrimonio; pues al modo que si se aumenta su valor extrinseco se dividirá como gananciał el aumento entre ambos cónyuges, de la misma suerte si hubiere pérdida, habrá de deducirse de ellos, previniéndose que la estimacion ha de hacerse segun lo que justamente valian al tiempo que la muger los llevó, y no al de su restitucion (6).

14. ¿Estará obligado el marido ò sus herederos à restituir el importe de la dote cuando esta consistió en creditos á favor de la muger, y aquel dejó de cobrarlos? Para resolver esta cuestion es necesario hacer las siguientes distinciones. Si el deudor fuere el padre ú otro ascendiente, aunque el marido hubiese sido negligente en cobrar esta deuda, toca à la muger el riesgo ó pérdida que haya habido en la falta de cobro, porque los yernos é hijos no deben estrechar judicialmente á sus padres y suegros, como à los que no lo son; por lo cual no puede ser apremiado el marido ó sus herederos á la restitucion, atribuyéndole à culpa ó negligencia el no haber verificado el cobro (7).

15. Si el deudor fuere extraño habrá de distinguirse tambien; ò la deuda es necesaria ó voluntaria: si fuere necesaria por proceder de venta ó empréstito de alguna finca ó alhaja de la muger, ó de contrato oneroso celebrado à su favor, ó porque su hermano estaba obligado y condenado á dotarla (pues para el

1 Ley final. Cod. *de pact. convent.*
2 Ley *Divortio*, y §. *Ob donation.* ley *Item veniunt* §. *Simili modo.* ff. *de petit. hæredit.* Ayor. num. 107. vers. *Sed in casu præmisso.*
3 Ley 18 al fin. tit. 11. Part. 4. ley *In his rebus. solut. matrim.*
4 Ley *Pomponius.* ff. *de pact. dotalibus*, y leyes 18 tit. 11. Part. 4. y 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
5 Gomez en la ley 50 de Toro num. 43 y 44 al fin Palac Rub. in cap *Per vestras.* §. ult. num. 11. Ayor part. 1. cap. 7. num 6.
6 Gomez ibi Ayor. dicho num. 107.
7 Ley 15 tit. 11. Prrt. 4.

caso todos, excepto los legítimos ascendientes, se gradúan por extraños), estará obligado el marido à satisfacerla íntegramente si por su culpa ó negligencia no lo exigió de él (1).

16. Siendo la deuda voluntaria, es preciso hacer la siguiente subdivision: ò es *cierta y determinada*, v. gr. ofrece uno cierta alhaja mueble ó raiz, ò cantidad à la muger, esta la incluya en su dote, y el promitente ratifica al marido la oferta; ó es de cosa *indeterminada*, por ejemplo, ofrece dar à la muger alguna cosa ò cantidad, y dice al marido que le entregará lo que ofreció à su muger sin señalarlo. En el primero de estos casos si el marido fuere negligente en cobrar la deuda, y por esta omision diere lugar á que el promitente se imposibilite de pagarla, debe satisfacerla de sus propios bienes à la muger, siendo de su cuenta y riesgo, y no del de ella, su pérdida. En el segudo caso à nada está obligado el marido, pues no es de su cuenta y riesgo la pérdida, sino de la muger (2).

17. Ocasionándose gastos al marido en cobrar la dote consistente toda ó parte en deudas, se duda ¿si estos gastos la disminuirán ó serán de cuenta del marido? Sobre este punto estan discordes los autores: unos afirman que el marido debe sufrirlos y compensarlos con los frutos dotales: otros que deben ser de cargo de la muger: y otros conciliando entrambas opiniones resuelven que los grandes ó costosos deben imputarse á ella, y los pequeños ó módicos al marido (3).

18. Yo venerando el dictamen de todos, digo que me conformo enteramente con la segunda de dichas tres opiniones, como justa y arreglada; y que por consiguiente deben correr todos à cargo de la muger, disminuir su dote, y de ningun modo compensarse con los frutos dotales: 1.° porque estos se conceden al marido para soportar las cargas matrimoniales, y asi los hace suyos enteramente concurriendo las tres circunstancias que requiere la ley (4), y se han especificado en el párrafo 31. capitulo 3., en que se trató de los frutos dotales; 2.° porque la dote debe ser líquida y efectiva; por lo cual habiendo lesion ó perjuicio en el aprecio ò tasacion de ella, debe deshacerse en cualquier cantidad que sea, como se ha dicho; es asi que haciéndose gastos para que lo sean las deudas, se desfalca; luego debe disminuirse y reducirse á lo justo é intrinseco que el marido percibió por ser injusto que rea-

1 Ley 15. tit. 11. Part. 4 y ley *Si extraneus*. 33. ff. *de jur. dot.*

2 Dicha ley 15 tit. 11. Part. 4.

3 Greg. Lop. en la ley 15. tit. 11. Part. 4. glos. 2. y otros que cita. García *de expens.* cap. 13. num. 37 y sig.

4 Ley 25. tit. 11. Part. 4.

titnya lo que sin culpa suya no entró en su poder; 3.° porque si el marido hace expensas necesarias en la finca dotal, son de cuenta de la muger, y puede repetirlas, por corresponderle ademas de los frutos que produjo (1); es asi que estas son necesarias, y que por ellas se mejora la dote, pues se hace efectivo para la muger lo que antes no era, luego por la misma razon deben imputársela; 4.° porque si perdiéndose la deuda por no cobrarla el marido se le carga é imputa à culpa ó negligencia, y debe responder de su importe, ¿por que razon, haciendo gastos en su cobranza, v. gr. en pleitos (como regularmente acontece), ha de ser de su cuenta, y no disminuir la dote? ¿Y que culpa ó negligencia hay de su parte? No la alcanzo: y lo 5.° porque si marido y muger teniendo deudas contra sí cuando se casan, deben pagarlas de su privativo caudal, pues esto menos llevan al matrimonio, como se dirá en el tratado de particiones, ¿que razon de diferencia hay para que la muger no pague los gastos que en su utilidad hace el marido; y mas cuando si ella los hubiera hecho antes de casarse disminuirian su patrimonio, como que habian salido de él, y esto menos llevaria en dote? ¿Que ley manda lo contrario ó que los compense con los frutos? A la verdad, me causa admiracion el modo de opinar de los célebres jurisconsultos que lo contrario defienden. Por cuyas razones no me adhiero à su dictamen, y mayormente si la dote consiste en muebles y créditos de los que ningunos frutos percibe el marido, pues mas suelen servirle de carga, que de alivio, en cuanto tiene que responder de su valor si fueron estimados, porque en venta nunca dan por ellos, ni con mucho, el importe de su tasa, ni perecen para la muger, teniendo el marido con que reintegrarlos. Sin embargo para obviar estas dudas y perjuicios al marido, conviene que en la escritura dotal *se obligue á responder del importe líquido que de ellas cobre deducidos los gastos judiciales y demas que en su exaccion se le causen, de que llevará cuenta puntual, y no en otra forma.* Con esta cautela se precave todo daño y disputa, y por la cuenta que lleve el marido se verá lo que se ha de abonar de ellas como dote líquida á su muger, y no habrá lugar á la compensacion de gastos con los frutos dotales; lo que tendrá presente el escribano para prevenirselo, y con su anuencia poner esta cláusula en el contrato de recepcion ò capitulacion dotal.

19. Muchas veces llevan en dote las mugeres legado anuo,

1 Ley fin. tit. 11. Part. 4. y ley 3. ff. *de impensis in rebus dotalib. fact.*

usufructo, pension ó renta impuesta en fondo vitalicio ó empleo, y la práctica de la Corte en constituir la dote de estas cosas es: considerar por tal el importe de los diez años primeros siguientes al dia de la celebracion del matrimonio, haciendo capital de él, y obligándose el marido à restituirlo à su muger ó á sus herederos, aunque esta no viva los diez años; y si vive mas, hace suyo el producto, porque se contempla fruto de dote; pero yo no me conformo con esta práctica, que en mi concepto es muy desarreglada, y tengo por justificado y equitativo el que si la dote consiste en pension, legado anuo, ó renta vitalicia de capital puesto en fondo vitalicio, ó en otra manera semejante, se obligue el marido, si quisiere, à responder del importe de los diez años en el caso que su muger los viva, ó menos, segun pacten, si muere antes que se cumplan, y no de otra suerte, deducidos los gastos de cobranza, y tambien los réditos anuales à tres por ciento, respecto querer que sea capital lo que es fruto en realidad, constituyendo la obligacion solamente del residuo. Si es usufructo de casa ú otro edificio, debe hacerse la misma regulacion, deduciendo la tercera parte de su producto por razon de reparos menores, huecos y malas pagas, para que las otras dos sean efectivas, y dote líquido. Si es de tierras, viñas ú olivares debe observarse lo propio, sin hacerse mas deduccion que de los gastos de cobranza y réditos expresados. Si es empleo que el marido debe servir, se considerará por dote la mitad de la renta de los diez años, y se le dejará la otra mitad por el trabajo personal de servirlo; pero si muerta su muger ha de continuar en él, serán integros los diez años. Tambien podrá estipular cuando se case: *que en atencion a quedar siempre vivo, ileso y sin el menor menoscabo á la novia el derecho de percibir su renta ó pension anua, sin que por casarse se le disminuya; si falleciere testada ó intestada antes que el novio, no ha de ser obligado este á entregar á sus herederos legítimos ni extraños, ni estos poder pedirle jamas en juicio ni fuera de él, el todo ni parte de las anualidades que haya cobrado, antes bien se han de graduar y estimar en estos casos como desde ahora se gradúan y estiman por frutos de aquel derecho, á cuyo fin se les priva de toda accion para demandarlas; y solo en el de que el novio muera primero, se han de considerar por mas dote suya, y no por frutos, y ceder en su privativo beneficio las que percibá de las pactadas, y como tales deducirse su importe de los bienes que él deje; y que lo contrario sea nulo, de ningun valor ni efecto, como practicado contra este pacto nupcial, expreso*

y prohibitivo. Con esta cláusula no queda el novio tan perjudicado, ni debe darle cuidado el que despues de muerto se exijan ó no de su caudal las anualidades percibidas, pues lo que le interesa es que no le molesten en vida por su importe, y à la novia tampoco se irroga perjuicio, porque si sobrevive al novio, logra el abono de las que este cobró; por lo que pueden convenirse en este pacto, y como justo se deberá observar. Lo mismo podrá pactar entonces para con el legado vitalicio que le hagan durante su matrimonio, pues no pactándolo, no se tendrá por dotal el importe de las anualidades de él. Pero prevengo, que si al tiempo de casarse no se constituye esta dote, no se estimarán por dotales sus frutos decenarios ni parte de ellos en concurrencia de acreedores del marido, porque por el mismo hecho de no haberse pactado ni obligado á su restitucion, es visto haber querido la muger que no fuesen dotales ni parafernales, sino frutos de aquel derecho; por cuyo defecto se desestimaron en el Consejo en cierto pleito que seguí como apoderado de una señora sobre tercería dotal por el oficio de Don José Perez, escribano del número de Madrid en el año 1765. De esta clase de dote trata Olea con extension y acierto en su obra *de Ces. jur.* tit. 6. quæst. 2., otros varios.

20. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del lugar donde se celebró el matrimonio, y no à la del domicilio del marido; y si los cónyuges hicieren algun pacto antes ó al tiempo de casarse, no solo en cuanto à la dote y arras sino à los gananciales, debe observarse este, y no la costumbre (1).

21. Si el marido fuese pobre, le han de dejar su muger ó sus herederos con que alimentarse, y no deben reconvenirle por mas de lo que pueda restituir; antes bien cumple con hacer caucion de pagarla, si viniere á mejor fortuna (2); y aunque este privilegio es personal, y como tal parece que debe extinguirse con la persona, no es asi; pues gozan tambien de él sus hijos (3).

22. Aunque el que da ó promete la dote no obligue expresamente sus bienes à su pago y saneamiento, quedan sin embargo obligados tácitamente à su restitucion no solo los presentes sino los futuros del marido que la recibe (4). Si algun tercero la demanda ó deduce en juicio, y se la quita, no habiendo sido apre-

1 Leyes 24 y penult. tit. 11. Part. 4. y únic. §. *Cum autem*. 7. Cod. *de rei uxor. act.*

2 Leyes ult. tit. 11. Part. 4. *Patronus*, 17. *Non tantum* 20. cum seq. ff. *de re judic.* Gomez en la ley 50 de Toro.

3 Leyes *Quia tale*. 13. *Rei judicatæ*. 15. *Quia parentis*. 16. *Etiam filios*. 18. ff. *solut. mat.* y ult. al fin. tit. 11. Part. 4.

4 Ley 23. tit. 13. Part. 5.

ciada, pertenece el daño á la muger. Esta y el que dió la dote no estan obligados à sanearla cuando se constituyó con buena fe, ni por consiguiente há lugar la eviccion; pero si medió dolo, ó la dote se dió apreciada, ó empezó por promesa y obligacion de darla, y no por entrega, ò bien el que la dió se hubiere obligado à su eviccion y saneamiento, debe estar sujeto à esta obligacion y cumplirla (1).

23. No prescribe la accion de repetir la dote hasta que el matrimonio se disuelve, y la razon es porque no corre término ni prescripcion al que tiene impedimento legal, mientras este subsiste. Esto se entiende à menos que la muger, viendo que su marido se la disipa, no use de su derecho, pues por este silencio y tácito consentimiento puede prescribir y ser perjudicada. Lo mismo milita para con sus hijos estando fuera del paternal dominio; pero la de repetir los bienes parafernales prescribe (2).

24. El marido puede imponerse pena, para que se le exija en el caso de que no cumpla con la restitucion de la dote segun se obliga, á mas de las costas que se causen en su exaccion, lo cual se prueba de la ley 86. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar la escritura dotal; pero esta pena, y otra cualquiera que se ponga en los contratos, no debe exceder del duplo, no contando en ella la suerte principal (3), excepto en los censos. Llámase *arra* dicha pena, que es lo mismo que señal ó prenda, y diversa de las arras ó donacion *propter nuptias*, como se dirá en el cap. 7.° (4). Y para instruccion del escribano, digo, que esta arra, ya sea de dinero ó de otra cosa mueble ó raiz, puede ser ofrecida solamente por un contrayente al otro, como se prueba de la ley 84. tit. 18. Part. 3., y asimismo puede ser entregada.

25. Si los esposos de futuro, ú otro en su nombre la ofrecen, y por culpa de alguno de ellos no se efectúa el matrimonio, no por eso el que se retracte debe ser compelido á satisfacerla, porque es contra la libertad del estado matrimonial, y de apremiarle á su solucion podrán resultar graves inconvenientes, como se prueba de la ley 39. tit. 11. Part. 5. Si la entregan en la forma que expresa la ley citada en el párrafo anterior, no podrá repetirla el contraventor del pacto.

26. Pero en los contratos de venta, transaccion, compromi-

1 Ley 22. tit. 11. Part. 4 y ley 1. Cod. *de jur. dot.* Gomez lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 37.

2 Ley 1. al fin. Cod. *de annal. except.* y ley *In rebus*. 30. Cod. *de jure dot.* Auth. *Nisi triennial.* Cod. *de bon.* matern. y ley 8 tit. 29. Part. 3. Greg. Lopez en ella, y Covarrub. lib. 1. *Variar.* cap. 7. num. fin.

3 Leyes 10. tit. 5. lib. 4. del Fuero Real, y 247. del Estilo.

4 Ley 1. tit. 11. Part. 4.

so, y otros semejantes, si los contrayentes estipulan *que el que se aparte, ha de pagar la pena tantas cuantas veces quebrante el pacto, y que sin embargo pueda ser compelido á celebrar el contrato*, á todo queda obligado (1); por lo que me parece util y muy á propósito que cuando ocurra instrumento con pena convencional, en que los escribanos suelen poner esta cláusula: *Y quieren que se exijan incontinenti al que se apartare total ó parcialmente de lo pactado en esta escritura tantos reales de vellon, que por pena convencional se imponen mutuamente, y en que desde ahora se dan por condenados, sin mas sentencia, declaracion ni conocimiento de causa tantas cuantas veces lo quebrantare, sin remision, á cuya exaccion se ha de proceder ejecutivamente como por sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben, y á mas de esto se le compela á observar literal y especificamente esta escritura, ya se pague ó no dicha pena, ó graciosamente se remita, pues por el mismo hecho ha de ser visto haberla aprobado y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato:*: añadan la siguiente: *Y para su mas puntual é inviolable cumplimiento se conforman con lo dispuesto por las leyes* 34 *tit.* 11. *Part.* 5. *y* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Rec.*: y ordenada con este aditamento se obviará cualquiera duda que pueda suscitarse sobre su inteligencia.

27. Si el que promete y entrega la arra es menor, no queda obligado á su cumplimiento, porque le compete el beneficio de restitucion *in integrum*, á menos que jure que por su menor edad, lesion ni por otra causa no reclamará el contrato, ni pedirá la arra ni relajacion del juramento, pues en este caso queda obligado á su observancia, porque el juramento vigoriza, y hace válido el contrato, que sin él no lo es, á menos que ceda en detrimento de tercero, ó sea contra ley y buenas costumbres, y supla los efectos de la ciáusula: *rato manente pacto* (2).

1 Leyes 34. tit. 11. Part. 5. y 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

2 Leyes 28 al fin. tit. 11. Part. 5. 16. tit. 11. Part. 3. y 6. tit. 19. Part. 6. y Regla: *Non est obligatorium. de reg. jur. in* 6. Gutlerr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 60. num. 1. y *Canon. quæst.* tract. *de matrim* cap. 17. Salg. *Labyr. Cred.* part. 3. cap. 1. num. 120, 143 y 146.

Escrituras correspondientes al tratado de la dote.

1.ª Carta de pago y recibo de dote.
2.ª Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales.
3.ª Carta de dote confesada.
4.ª Modo de extender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial.

1.ª CARTA DE PAGO Y RECIBO DE DOTE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Albaro de Medina, de estado soltero, mayor que expresó ser de veinte y cinco años, y por sí propio se gobierna, natural de esta villa, é hijo legítimo de legítimo matrimonio de Pedro de Medina y de Ana Lopez, difunta, vecinos y naturales que fueron tambien de ella, dijo: que á honra y gloria de Dios y para su santo servicio, está tratado de casarse *in facie Ecclesiæ* con Rosa Crespo, del mismo estado y naturaleza, hija legítima y de legítimo matrimonio de Juan Crespo y Gabriela Diaz, asimismo difuntos, vecinos y naturales que igualmente fueron de ella, á cuyo fin precedieron las tres amonestaciones que manda el santo Concilio de Trento, y que la mencionada su futura esposa prometió llevar diferentes bienes, muebles y dinero, y entregarlos al otorgante, por dote y caudal suyo propio para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, con tal que formalice à su favor la correspondiente escritura, à lo que condescendió; y para que tenga efecto en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorga que recibe en este acto de la precitada su futura esposa por dote y caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aqui se ponen los bienes por clases, partidas y precios, con señales individuales; y prosigue la escritura.

Importan à una suma los bienes y dinero que comprenden las partidas precedentes, tantos mil reales de vellon (salvo error de suma y pluma), de los cuales el otorgante se da por contento y entregado à su voluntad, por recibirlos en este acto de la mencionada su futura esposa, á mi presencia y de los testigos que se nominarán, de que doy fe; y como real y efectivamente satisfecho de ellos, formaliza à su favor el resguardo mas firme y eficaz que à su seguridad conduzca; y declara que los bie-

nes referidos han sido valuados por personas inteligentes electas de conformidad de ambos interesados, y que en su tasacion no hubo lesion ni engaño, y en el caso que lo haya, del que sea, en poca ó mucha suma, hace á favor de su futura esposa gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable *inter vivos*, con insinuacion y toda la firmeza legal necesaria, y á mayor abundamiento aprueba y ratifica la citada tasacion, y se obliga á no reclamarla, y si lo hiciere, sea visto por lo mismo haberla aprobado nuevamente, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato à contrato, à cuyo fin renuncia la ley 16. tit. 11. Part. 4. que dice: *que si el que da ó recibe la dote apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el engaño en cualquier cantidad que sea, aunque no llegue ni exceda de la mitad del justo precio, como en las ventas*, y las demas leyes que le sean propicias, para que en ningun tiempo le sufraguen. Y en atencion á la virtud, honestidad y loables prendas de que está adornada su futura esposa, la ofrece por aumento de dote, ó en arras y donacion *propter nuptias*, segun mas util la sea, para en el caso que se efectúe su matrimonio, y no de otra suerte, tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente posee, y por sino tienen cabimiento, se los consigna en los mejores, mas bien parados y efectivos que adquiera en lo sucesivo, á su eleccion; y unida dicha cantidad á la dotal, asciende su total suma á tantos mil reales de la propia especie, los cuales se obliga á restituir y entregar en dinero efectivo á su futura esposa, ò à quien su accion tenga, luego que el matrimonio se disuelva por cualquiera de los motivos prescriptos por derecho, y á ello quiere ser apremiado por todo rigor, como tambien á la solucion de las costas que en su exaccion se causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba, para lo cual renuncia la ley penúltima de dicho título y Partida, y el término anual que le concede. Y para poder cumplir lo referido mas puntual y exactamente, se obliga tambien no solo á no disipar, gravar, hipotecar ni sujetar á sus deudas, crímenes ni excesos el importe de esta dote y arras, sino antes bien á tenerlo pronto para la restitucion, y que en todo evento goce del privilegio dotal. Y al cumplimiento de todo lo referido obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; da amplio poder á los señores Jueces de esta villa para que á ello le compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe; renuncia todas las le-

yes, fueros y privilegios de su favor; y asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

Nota. La escritura anterior es de dote estimada que causa venta, en la cual puse la obligacion de restituir su importe y no los bienes, porque como se transfiere su dominio al marido, y puede hacer de ellos lo que quisiere, solo cumple con dar su estimacion, y á ello se le puede apremiar; mas esto no quita que se añada esta cláusula: Y en el caso de que haya algunos existentes al tiempo de la disolucion del matrimonio, sino pudiere satisfacer en dinero el total importe de los muebles dotales ha de cumplir con restituir los que existan, y por la deterioracion que hayan padecido y por los consumidos, su valor en otros equivalentes á justa tasacion, segun los ha recibido, para que no sea perjudicada en su dotal haber. Esta cláusula es justa: bien que sin embargo de que no se ponga, siempre tiene la muger ó su heredero, derecho prelativo á los que llevó y existen, porque por la estimacion no pierden la naturaleza de dotales, como dejo expuesto; y aunque la es mas conveniente que la cláusula se ordene segun lo queda en la escritura, y que los bienes de su dote se estimen y entreguen apreciados al marido, con estimacion que cause venta, es mas gravoso á este recibirlos estimados, especialmente si son animales ó muebles que se deterioran, ó consumen con el tiempo y uso; y obligarse á restituir en dinero lo que no se le entrega en él, ni en plata ni oro, por su intrínseco valor, es muy duro y gravoso al marido, asi por no haberlo recibido en estas especies, como porque en venta nunca dan por los muebles, ni con mucho, el importe de su valuacion, al modo que es muy equitativo y arreglado hacer la paga en bienes equivalentes à justa tasacion, segun se le entregaron, pues no se pone de peor condicion su muger, ni se la irroga detrimento; y asi aconsejo al escribano que no ponga la cláusula de la restitucion en dinero del valor de los bienes muebles, excepto que el novio lo quiera, sino en otros equivalentes à justa tasacion. Pero si fueren raices, ò alhajas preciosas ú otras que no se consumen con el tiempo y uso, como los vestidos, se pondrá la cláusula de que se obliga à volverlos por el precio en que se estimaron al tiempo de la entrega, y en caso que por su culpa ú omision padezcan algun detrimento, á resarcirlo en dinero, probada que sea, y no en otros términos. De esta suerte se evitan muchos pleitos y perjuicios al marido y á sus herederos, pues pueden restituir las mismas alhajas, me-

diante no transferírseles el dominio de ellas; y si en la valuacion hubo agravio, reclamarlo al tiempo de su restitucion, especialmente no siendo inteligente en materia de tasaciones, al modo que siempre que en cualquier cuenta haya error, debe deshacerse. Pero se previene al escribano que si la novia es hija de familia, tiene mas hermanos, y ademas de la dote que sus padres la dan, lleva algunos bienes heredados de otra parte ó regalados por el novio ó por otras personas, deben ponerse en la escritura dotal con separacion y distincion, y expresarse en ella su importe y de qué proviene, para que por muerte de sus padres no tenga que colacionarlos todos como si provinieran de su caudal, ni sea por esta razon perjudicada, advirtiéndose que por muerte de estos, colacionará los que la den en cuenta de su legítima, y no los demas, pues de faltar esta claridad resultarán pleitos, á que no se debe dar lugar.

2.ª CARTA DE DOTE EN VIRTUD DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de tal, natural y vecino de ella, dijo: que está tratado de casarse con Doña María de tal, á cuyo efecto precedieron las tres amonestaciones que previene el santo Concilio de Trento, y entre los contrayentes y sus padres escritura de capitulaciones matrimoniales, que todos otorgaron en esta villa, á tantos de tal mes y año, ante Fulano, escribano Real, por la cual se obligaron á entregar á dicha Doña María, su hija, tanta cantidad en dote, y el otorgante á formalizar á su favor la correspondiente carta de pago y recibo, como entre otras cosas resulta de la citada escritura, cuya copia original se une á esta para documentarla, é insertar en sus traslados, y su literal tenor dice así:

Aquí la escritura de capitulaciones.

La escritura inserta concuerda con la que se halla en el protocolo de esta, de que doy fe, y en consecuencia de lo estipulado en ella, mediante aproximarse el dia del desposorio, y estar prontos los padres de la expresada Doña María á cumplir con la obligacion contraida, el otorgante en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que recibe ahora en contado de Don Diego y Doña Elena de tal, padres de la enunciada Doña María, por dote y caudal propio de esta, y en cuenta de sus legítimas los bienes siguientes.

Aqui los bienes como en la primera escritura dotal.

Importan los referidos bienes tantos mil reales de vellon, de que el otorgante se da por entregado, por haberlos recibido real y efectivamente en este acto de los expresados Don Diego y Doña Elena á mi presencia, y de los testigos infraescritos, de que doy fe; y como apoderado de ellos, formaliza á favor de su futura esposa y de sus padres el resguardo mas eficaz que á su seguridad conduzca, los da por libres é indemnes de su responsabilidad, por rota, nula y cancelada la escritura de capitulaciones, y por extinguida la obligacion que contiene, para que en ningun tiempo obre el menor efecto; y en su consecuencia declara que &c. *(Aqui se pondrá la declaracion de no haber lesion ni engaño en la tasacion de los bienes, como en la escritura primera de dote; y luego proseguirá:)* Y reiterando el otorgante la promesa de arras hecha en la referida escritura, desde luego ofrece de nuevo á su futura esposa por aumento de dote ó en arras y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, que confiesa cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han entregado, segun resulta del capital formalizado en este dia con arreglo à lo pactado en la quinta condicion de la citada escritura, cuya cantidad la consigna en ellos y en los que en lo sucesivo adquiera, y unida á la dotal compone y asciende su total suma à tantos reales, los que se obliga à restituir &c. *(Proseguirá como en la escritura primera de dote.)*

Nota. En esta escritura supongo que la novia no llevó mas dote que la que sus padres le dieron, por lo que no puse declaracion alguna, pero si llevare mas bienes por habérselos regalado sus parientes ó extraños, como suele suceder, se han de expresar con toda claridad, distincion y separacion, como dejo advertido en la nota puesta á continuacion de la primera escritura; porque de omitirlo, si tiene hermanos, querrán obligarla á recibirlo todo en cuenta de sus legítimas al tiempo de la particion, como si todo fuese patrimonial, à lo que no está obligada segun la ley 6. tit. 15. Part. 6., y la será difícil justificar despues el regalo. Tambien conviene que los padres de la novia lo declaren, y firmen la escritura dotal, para que los hermanos de esta no duden de la certidumbre del regalo, ni supongan que quisieron mejorarla en su perjuicio estándoles prohibido; lo que tendrá presente el escribano para prevenirlo à los interesados.

Otra. Supongo igualmente que la novia está bajo de la patria

potestad; pero si estuviere fuera de ella, y despues de casada entregare los bienes à su marido, y este se hallare por consiguiente apoderado de ellos, se otorgará la escritura de recibo, con confesion de él, y no con fe de entrega, pues es absurdo estando apoderado de ellos decir que su muger se los entrega, y dar fe de ello al escribano, como si los recibiera entonces de otra mano, lo que le prevengo para que no dé fe falsa, ni sea tenido por ignorante, pues la fe de entrega se ha de dar solamente cuando no los recibió, y no cuando antes de otorgar el recibo los tiene en su poder.

3.ª CARTA DE DOTE CONFESADA.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Lorenzo del Rio (*Aquí se pondrá su naturaleza, vecindad y filiacion.*) dijo: que en tantos de tal mes y año contrajo matrimonio *in facie Ecclesiæ* con Teresa Marin, de estado doncella (*Y aquí la naturaleza y filiacion de esta.*), la cual trajo à su poder por dote y caudal suyo propio diferentes bienes, que entonces se valuaron, y ascendió su valor à tantos reales, y de ellos ofreció otorgar à su favor el competente resguardo, y la prometió por aumento de dote ò en arras y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, y por la celeridad con que se casaron, graves ocupaciones y ausencia del otorgante, y otros motivos que ocurrieron, no pudo formalizarlo; y mediante tener ahora proporcion para ello, cumpliendo con la promesa hecha = Otorga y confiesa haber recibido real y efectivamente de la referida su muger, y que ella trajo por dote y caudal suyo propio los bienes siguientes:

Aquí se pondrán los bienes como en la escritura precedente.

Importan à una suma los bienes expresados tantos mil reales de vellon (salvo error), de que el otorgante se da por contento y entregado à su voluntad, por haberlos recibido de la mencionada su muger, y traido esta à su poder por dote y caudal suyo propio al tiempo que contrajeron matrimonio, cuya entrega ha sido cierta y efectiva, y por no parecer de presente, renuncia la excepcion de la *non numerata pecunia*, la ley 9, del tit. 1. Part. 5. que de ella trata, los dos años que prefiere para la prueba de su recibo, que da por pasados como si lo estuvieran, y las demas leyes que le favorecen, y otorga á favor de la precitada su muger el resguardo mas firme y eficaz que

à su seguridad conduzca; *(Proseguirá como la anterior hasta la oferta de arras; y entonces dirá:)* y cumpliendo con la oferta que hizo à su muger de tantos reales por aumento de dote ó en arras y donacion *propter nuptias*, desde luego en atencion à su virtud, honestidad y relevantes prendas, reitera, y siendo necesario le hace de nuevo dicha oferta, y confiesa que los tantos reales cabian entonces y caben actualmente en la décima parte de los bienes libres que posee, y en el caso de que no quepan, se los consigna &c. *(Proseguirá como la antecedente.)*

Nota. Si la dote consiste en dinero, se expresará la cantidad en el ingreso de la escritura, y lo propio se hará aunque consista en bienes muebles tasados, en caso que no se tenga presente especificamente los que fueron sino solo su importe, y si el marido quiere jurar haber sido cierta la entrega de ellos, bien puede, sin que el escribano incurra en pena por poner en la escritura el juramento.

4.° DEL MODO DE EXTENDER LA CARTA DE DOTE Y CAPITAL EN VIRTUD DE APREMIO JUDICIAL.

Cuando el marido es omiso, ó no quiere otorgar la carta de dote à favor de su muger, puede compelerle à ello el juez de su domicilio, ante quien en este caso ocurrirá la muger con pedimento presentando memoria ó relacion de los bienes que llevó al matrimonio y sus precios, haciendo expresion del dia, mes y año en que lo contrajo, de los motivos que entonces hubo para que su marido no otorgase à su favor carta de pago y recibo de ellos, de que la prometió formalizarla luego que se casasen, de que aunque ha pasado tanto tiempo, y le instó repetidas veces que la otorgase, no pudo conseguirlo, y de que está en descubierto y expuesta à ser perjudicada en su dotal haber; y pretendiendo que el juez mande que bajo de juramento declare si es cierto llevó á su poder por dote y caudal suyo cuando se casó los bienes contenidos en la memoria presentada, que entonces se valuaron é importaron la misma cantidad, y que de ellos la ofreció otorgar el correspondiente resguardo, y no lo cumplió, y estando negativo, que con su citacion se la reciba informacion de ello, y constando la certeza por uno ú otro medio, se le apremie à su otorgamiento. A esta pretension deferirá el juez, y evacuada la declaracion ó informacion, se hará en la escritura dotal relacion sucinta de estos autos, los que se unirán originales con la memoria, é insertarán en ella, y en lo demas

no se diferencia de la dote confesada. Si el marido se resiste al otorgamiento, se le acusan tres rebeldías, y en el último auto manda el juez que se tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos se la dé el conducente testimonio á la letra para su resguardo, lo cual perjudicará al marido y á sus herederos del mismo modo que si la otorgara. Se previene que estos autos deben protocolarse en las escrituras de aquel año, y que la muger no necesita licencia de su marido para comparecer en juicio à dicho efecto, porque usa contra él de sus acciones civiles, á fin de no ser perjudicada. Lo mismo puede practicar el marido cuando los padres de su muger no quieran concurrir con ella al otorgamiento de su capital, pues con su citacion puede autorizarla el juez para su otorgamiento, y por su rebeldía les perjudicará como si hubieran concurrido, y su importe se estimará por caudal del marido al tiempo de la disolucion del matrimonio.

CAPITULO SEXTO.

De los bienes parafernales.

§. 1. ¿Que son bienes parafernales, y á quien corresponde el dominio y los frutos de ellos?

2. Aunque dichos bienes no gozan del privilegio de antelacion que los dotales, tienen el de hipoteca tácita en los bienes del marido para su restitucion, cuando la muger se los entregó al marido.

3. No habiendo hecho dicha entrega, no estará obligado el marido ni su heredero á abonar á la muger el valor de dichos bienes, aun cuando estos se hayan deteriorado ó consumido en la casa consintiéndolo la muger.

4. De la enagenacion de los bienes parafernales.

1. Bienes parafernales son aquellos que ademas de la dote lleva la muger al matrimonio como suyos propios, ó los que adquiere durante él por cualquier título lucrativo, como herencia, donacion &c. Llámanse *parafernales*, de la diccion griega *parapherna*, compuesta de *para*, que significa casi ó cerca, y *pherna*, que en el idioma castellano equivale á dote; por cuya razon se llaman casi dotales, ó mas bien extradotales, cuya úl-

tima palabra tomada del latin se ha adoptado en castellano (1). En estos bienes tendrá dominio el marido si la muger se los entrega con esta intencion, y no de otra suerte.

2. Verificándose pues la entrega en estos términos, aunque dichos bienes no gozan del privilegio de antelacion ó preferencia que los dotales, sin embargo tienen el de tácita hipoteca en los del marido, quedando estos sujetos igualmente á la responsabilidad y restitucion de los parafernales. Por consiguiente la muger será en tal caso preferida á los acreedores anteriores y *chirografarios* del marido, como tambien á los posteriores que tengan hipoteca tácita ó general expresa. Por el contrario si la muger no se los entrega al marido para que los cuide y administre como los bienes dotales, sino que se los reserva y administra por sí, no gozarán del privilegio de tácita hipoteca; porque como ella retiene en este caso el dominio y usufructo de ellos, es de su cuenta y riesgo el deterioro que padezcan. Por consiguiente disuelto el matrimonio nada se la debe abonar de su importe, por no haber entrado en el fondo de la sociedad (2). Lo mismo procederá cuando se duda si se los entregó ó no, porque entonces se presume haber retenido su dominio (3); pues el marido en tanto queda obligado y es responsable, en cuanto recibe, y no mas; y como la muger puede retener el dominio de todos sus bienes fuera de los dotales, y hacer de ellos lo que quiera, en constando que los retuvo y no los entregó al marido, ni ella tiene accion á pedírselos, ni por consiguiente sus herederos, ni él obligacion de abonarla su importe sino existen. Así que si perecieron por caso fortuito, ó los empleó en algun negocio en que se perdieron, ó los impuso en el fondo vitalicio, todo es por su cuenta y riesgo, aunque suene concedida la licencia de su marido para ello; porque esta se da únicamente para que nadie tenga reparo en contratar con la muger, mas no para que quede responsable el marido á dichos bienes, sino se obliga á ello expresamente en la misma licencia ó en otro contrato, ni á parte alguna de sus frutos, que como accesorios siguen la naturaleza de lo principal, y ademas se constituyen comunes de ambos, como se dirá en su lugar.

3. No habiendo entregado la muger á su marido los bienes

1 Ley 17. tit. 11. Part. 4. ley *Si ergo.* §. *Dotis autem causa* ff. *de jur. dot.* ley fin. Cod. *de pact. convent.* ley *De his.* Cod. *de donat. inter. vir. et uxor.*

2 Dichas leyes, y ley *Hac lege* Cod. *de pact. convent.* DD. in leg. fin Cod. hoc tit. et in leg. 1. ff. *solut matrim.* Gregor. Lop. en la 17. de la Part. cit.

3 Ley 17. tit. 11. Part. 4. *E si las non diere al marido.*

parafernales, aun cuando los hubiese llevado á poder del mismo, y con el uso de ambos ó de su familia se consumiesen ó deteriorasen callando ó consintiéndolo ella, no tendrá obligacion el marido ni su heredero de abonarla ó pagar su valor ó estimacion (1), á menos que se haya hecho mas rico por este uso, pues entonces en cuanto se utilizó estará obligado (2); ó bien si hubiere gananciales, en cuyo caso sacará la muger el importe de dichos bienes como fondo puesto en la sociedad conyugal. Mas si el marido los consumiere en el uso de su casa y familia ignorándolo y no consintiéndolo su muger, está obligado á la íntegra restitucion de su valor, porque no se presume habérselos donado (3). Lo cual procede ya haya ó no gananciales; pues en caso de no haberlos, los deberá reintegrar de su capital, como deuda contra él con hipoteca tácita.

4. La enagenacion de los bienes parafernales hecha por el marido es una cuestion que tiene mas estrecho enlace con el tratado de particiones, donde se verá cómo debe hacerse la deduccion del importe de los referidos bienes, segun las diversas circunstancias de dicha enagenacion; y asi se omite aqui este punto por no anticipar la doctrina que corresponde á otro lugar.

1 Dicha ley *De his*. Angel. *in leg. Ubi adhuc*. Cod. *de jur. dot*. Gomez en la 50 de Toro, num. 44. vers. *Et ex superioribus*.

2 Ley *De his* cit. Gomez ibi vers. *Secunda conclus*.

3 Dicha ley *De his*. Gomez ibi. vers. *Tertia conclus*.

CAPITULO SEPTIMO.

De las arras.

§. 1. ¿Cuantas especies hay de arras?

2. El novio no tiene obligacion de dotar ó dar arras á la novia.

3. La muger hace suyas las arras, y por su muerte tocan á sus herederos.

4. En que tiempo pueden ofrecerse y aumentarse las arras.

5. En que casos podrá el marido enagenar las arras.

6. Pueden prometerse las arras no solo de los bienes presentes sino de los futuros.

7. Los menores pueden ofrecer arras en la cantidad permitida por la ley, sin que sobre esto tengan restitucion.

8. Para abonar ó no arras á la muger, y en qué cantidad, debe atenderse á lo capitulado en las escrituras nupciales.

9, 10 y 11. Tratan de lo mismo.

12. No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa siendo soltera, sino tambien viuda.

13. Ofreciendo el novio mas de la décima parte de sus bienes, no por via de arras sino como dote ú remuneracion de las prendas personales de la novia, valdrá como donacion remuneratoria.

14. Pueden ofrecerse arras del usufructo de los bienes vinculados.

15. En que tiempo se han de ofrecer estas arras para que la muger tenga derecho á pedirlas.

16. Cuando el novio y su padre ofrecen arras, si muere aquel y la cantidad prometida no cabe en la décima parte de los bienes que deja, ¿tendrá derecho la muger para repetir contra el suegro lo restante?

17 y 18. Si el novio ofreció en arras la décima parte de sus bienes creyendo que eran suyos, y despues le quitaron algunos en juicio, ¿tendrá cabimiento la oferta en mas que en la décima de los que realmente quedaron?

19. Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, podrá resarcirse del engaño no pagando todo lo que ofreció.

20. Las arras gozan del privilegio de hipoteca tácita en los bienes del marido.

21. Sino hubiere arras, y en lugar de ellas se dieren vestidos ó preseas, no deben estas exceder de la octava parte de lo que importe la dote.

22. Consumiendo ó deteriorando

la muger con el uso las preseas ó vestidos que su marido la dió despues de desposados, ¿podrá ella ó su heredero dejarlos y percibir las arras que la prometió el mismo?

23. ¿Que gana la esposa de presente ó futuro disuelto el enlace si el esposo la hubiere besado?

24. Continuacion del mismo asunto.

25. La esposa de presente ó futuro que entra religiosa, adquiere la mitad de todo lo que el esposo la hubiere dado.

26. Si la novia libre mayor de veinte y cinco años ofreciere algo al novio, quedan obligados sus bienes.

Escritura de arras correspondiente á este capítulo.

1. Hay tres especies de arras: 1.ª y de la que vamos á tratar, es la donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, ó en consideracion á sus prendas personales. A esta oferta ó dádiva llaman comunmente tambien donacion *propter nuptias*, ó dotacion, que antiguamente se llamaba *ante nuptias* porque se hacia antes del matrimonio, hasta que el Emperador Justiniano permitió que se pudiese hacer durante él. Su dominio pasa irrevocablemente á la muger, y por su muerte á sus herederos, como se verá despues; 2.ª lo que el esposo da simple y francamente à la esposa para su adorno, v. gr. anillos, aderezos &c.; ò esta á él, con esperanza y fin de casarse. Esta donacion se llama en latin *sponsalitia largitas*, y en ella puede el donante imponer condiciones á su arbitrio, y aunque no se exprese que es con el fin de casarse, se entiende así (1). Cuándo ganan ó no esta donacion los esposos, ya se siga ò no el matrimonio, lo trata Gomez en la ley 52 de Toro, num. 1. y sig., cuya explicacion omito por no ser necesaria al escribano; 3.ª lo que los esposos de futuro se prometen ó entregan antes de contraer matrimonio en señal ó prenda para hacer constar los esponsales de futuro, ó una especie de pena que se imponen para que la pague el que se aparte, y en lo antiguo se daban tambien para confirmacion del matrimonio (2), lo cual no se practica en el dia. Otra donacion suelen hacerse marido y muger despues de consumado el matrimonio, sobre cuya validacion ó insubsistencia, y de qué bienes puede ser hecha, véase el tratado de las donaciones.

1 Ley 2. tit. 11. Part. 4. Parlad. different. 125.

2 Parlad. ibi num. 6.

2. Hay una opinion bastante comun entre gentes poco instruidas de que el novio tiene obligacion de dar arras ó dotar á la novia; siendo asi que este es un acto meramente voluntario, pues no hay ley que lo mande; antes bien la del Fuero Real que lo permite (1) prescribió límites en esta materia mandando que ningun novio pueda dar ni prometer á la novia en arras ó donacion *propter nuptias* mas que la décima parte de los bienes libres que tenga; y no queriendo ofrecerla arras, tampoco puede darla en joyas ó preseas ni en vestidos (que la ley de Partida llama *donadíos*, y ahora *vistas*) ni en otra cosa, mas que la octava parte del importe de la dote que recibiere. Dicha ley del Fuero está confirmada por otras dos de la Nov. Rec. (2); en una de ellas se prohibe el poder renunciarse aquella; y que aunque se renuncie no valga su renunciacion, imponiéndose al escribano que autorice contrato con ella la pena de perdimiento de oficio, y que no pueda usarle mas, pena de falsario. En la otra se prohibe al Consejo de la Cámara dispensar en esto, anulando las facultades que en su contravencion se dieren, y se previene ademas que todos los contratos, pactos y promesas que se hicieren en fraude de lo dispuesto en dichas leyes, sean nulos, y que el exceso que se dé ú ofrezca, se pierda y aplique al fisco. De estas disposiciones legales se infiere que el novio ó esposo no tiene obligacion de dar arras ni otros donadíos, como joyas, vestidos &c. Pero si ofreciere arras, y tambien diere joyas ó preseas y vestidos à su esposa, viuda ó soltera, debe escoger esta cual de las dos cosas quiere (pues ambas no se lo permite la ley) dentro de veinte dias de requerida por los herederos de su marido, y no haciendo la eleccion toca à los herederos de este, y muerta ella la pueden hacer los suyos en el mismo término (3). Lo cual se entiende siempre que la novia hubiere incluido en su carta dotal las joyas, preseas ó vestidos, pues no siendo asi se deben considerar como donados despues del matrimonio en cumplimiento de la obligacion alimentaria del marido, por lo que se inventariaran y llevará las arras aplicándosela los vestidos ó joyas en parte de su haber hasta en lo que alcance.

3. La muger hace suyas las arras, y por su muerte tocan á sus herederos legítimos y extraños, sino dispone expresamente de ellas (4), ó no intervino pacto contrario al tiempo de su ofer-

1 Ley 2. tit. 2. lib. 3 del Fuero.
2 Ley 1. tit. 3. lib. 10 Nov. Rec.
3 Ley 7. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.
4 Leyes 1 y 2. tit. *de las arras*, lib. 3 del Fuero Real, y 2 y 3. tit. 3. lib. 10. Nov Rec.

ta, el cual puede poner entonces el promitente, y no despues á su arbitrio, ó bien hacerla simplemente, como que es donacion puramente graciosa y voluntaria procedente de su liberalidad.

4. Puede el marido ó esposo ofrecer arras à su esposa ó muger antes de contraer matrimonio, y aumentarlas despues si ella aumenta su dote, y valdrá la promesa, con tal que no exceda de lo que la ley permite, pues la constitucion ó señalamiento de las arras no se considera como donacion simple sino *propter nuptias* (1).

5. No debe el marido enagenar ni disipar las arras, aunque medie permiso de la muger, ni aun muriendo esta si dejare hijos y mientras estos vivan, à menos que se las haya dado apreciadas; ó que la muger concurra al contrato de su enagenacion y lo jure, renunciando al derecho hipotecario que tiene contra los bienes del consorte, como se dirá despues: la razon de esto es porque las arras tocan á los herederos de la muger, como queda sentado.

6. Aunque el novio no tenga bienes algunos cuando se case, puede prometer arras à su novia ó esposa de los que en lo sucesivo adquiera, y valdrá la promesa en la décima parte líquida de ellos, como dispone la ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real; pues entonces se atiende al tiempo en que se piden, y no al en que se prometieron (2); y asi se practica, porque á todos está permitido obligar sus bienes futuros como los presentes al cumplimiento del contrato que celebra.

7. Asi como el novio mayor de veinte y cinco años y capaz puede dar ú ofrecer arras á la novia, asi tambien el menor de ellos hasta en la cantidad referida, sin que sobre ello deba ser restituido, porque hace lo que cualquiera mayor advertido y prudente (3). Lo cual se entiende en dos casos: 1.° cuando no tiene curador para la administracion de sus bienes, pues teniéndolo, ha de intervenir su autoridad, y de lo contrario será nula la donacion y promesa (4), excepto que lo confirme con su silencio despues que sea mayor de ellos; 2.° cuando la donacion consiste en dinero, ó en cosas que guardándolas no pue-

1 Ley 1. tit. 11. Part. 4. Ley *Cum multi.* §. *Si igitur.* y 1. *Si constante.* Cod. *de donat. ante nuptias.* §. *Est et aliud* Institut *de donat.*

2 Gomez en la ley 50 de Toro, num. 13. Matienz. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 5. Baez. cap. 31. num. 10. Ayor. part. 1. cap. 7. num. 8.

3 Arg. leg. *Non videtur.* Cod. *de in integrum restitution.* Ley 1. Cod. *si adversus donation.*

4 Ley *Si curatorem habens.* Cod. *de in integrum restitut.* y ley 2. y ley *Mulier.* 28. Cod. *de jure dotium.*

den conservarse; pues consistiendo en bienes raices, no basta la concurrencia de su curador, por ser indispensable la licencia ó decreto judicial (1); bien que si esta no interviene, y pasan años despues de cumplidos los veinte y cinco sin reclamarla, se confirma y queda eficaz, al modo que la enagenacion de cosa inmueble que se hace por título oneroso (2).

8. Si el novio ofrece á su futura esposa cantidad cierta en arras, confesando que cabe en la décima parte de los bienes libres que entonces tiene, y caso que no quepa, haciéndole la consignacion en los que en adelante adquiera, aunque al tiempo de contraer matrimonio no cupiese en ella, si al de su disolucion tiene cabimiento, se la debe aplicar, ó lo que de ella quepa (3), al modo que cuando ninguno tiene, y le ofrece la décima de los que adquiera, como dejo sentado en el párrafo 6.; pues los pactos nupciales son válidos, y se deben observar no estando expresamente prohibidos por derecho (4). Lo propio milita si al tiempo de su oferta, expresa: *que en el caso de que su esposa muera antes que él, ha de entenderse nula la oferta, y no podérsele exigir su importe, aunque deje herederos forzosos.* O siendo viudo, y teniendo hijos del anterior matrimonio, dice: *que si su esposa falleciere antes que él, se entienda nula la oferta, y no pueda pedirsele jamas su importe por los herederos legítimos ni extraños que instituya, y solo por su muerte tengan derecho á él los hijos que procreare en ella, y cuando se haga la division de sus bienes, puedan exigirlo de estos como crédito privilegiado*: procediendo lo mismo respecto de cualquier otro pacto permitido que como donante quiera imponer, segun puede, en la donacion al tiempo de hacerla; por lo que para abonarla ó dejarla de abonar ó á sus herederos las arras, debe tenerse á la vista lo capitulado en las escrituras nupciales, y arreglarse á ellas.

9. Pero si en la escritura de promesa no habló el esposo de sus bienes presentes ni futuros, y solo dijo simplemente *que ofrecia en arras á su esposa tanta cantidad*, y al tiempo que se la prometió no cabia en la décima de sus bienes, ó por ser po-

1 Ley *Lex quæ tutores*. Cod. *de administrat. tutor.* y ley *Prædia*. Cod. *de prædiis minor.*

2 Ley final. Cod. *si major factus alienationem factam*. Gom. en la 50 de Toro, num. 14. Matienz. en dicha ley 2. glos. 1. num. 3. Covarr. *Pract.* cap. 28. num. 10.

3 Ayor. part. 1. cap. 7. num. 18. Rodrig. Suar. en la ley 1. y Montalv. en la ley 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.

4 Ley unica § *Illud*, Cod. *de rei uxoriæ action.* et ibi Barbos. Fontanel *de pact. nuptial.* part. 12. glos 84. num. 5. Gutierr. *de division.* lib. 8. cap. 5. num. 1 al 3.

bre ningunos tenia, no valdrá la oferta en la décima de los que despues adquirió; porque *en los contratos siempre se presume que cada uno quiere gravarse, y á su heredero, en lo menos que pueda, y las obligaciones no se deben ampliar fuera de la voluntad de los contrayentes, ni interpretarse en su detrimento con ampliacion sino con restriccion;* y asi á esto se reduce y debe reducir la suma ofrecida (1).

10. Se entiende lo explicado en el párrafo precedente aunque el novio obligue en la escritura sus bienes presentes y futuros; pues por esta obligacion general no se induce que quiso ampliar la promesa á mas de los que tenia cuando la hizo, porque esto mas es seguridad de la precedente, que ampliacion y extension de la promesa; y las palabras que se refieren á la ejecucion no alteran ni mudan la disposicion (2).

11. Si al tiempo que el marido ó esposo ofreció las arras á su futura esposa, y al de su muerte, tenia bienes, y la prometió indistintamente á su eleccion la décima parte de ellos, se ha de atender para su deduccion y abono al que sea mas util à la muger ó á sus herederos (3), porque tienen accion à elegir el que quiran, segun les convenga, con arreglo á la promesa y obligacion del promitente, cuya voluntad fue beneficiarla, para lo cual han de hacer constar qué bienes tenia en ambos tiempos; al modo que cuando la muger posee las arras que le dió su marido, incumbe à los de este probar que exceden de la décima, para anular el exceso (4). Y si su oferta se limitó á la décima de los que entonces tenia y eran suyos, no se debe ampliar á los que despues adquirió, porque no los obligó, ni por consiguiente la concedió accion á la de estos.

12. No solo puede el novio ofrecer arras á su futura esposa siendo soltera sino tambien cuando es viuda, sin diferencia, porque no se deben por derecho sino por pacto voluntario y contrato celebrado entre los dos, que debe observarse, por no haber prohibicion de que se la den ú ofrezcan; pero teniendo hijos de dos ó mas maridos la muger, no han de percibir los del uno parte alguna de las arras que el otro la ofreció, sino llevar cada

1 Ley *Semper in estipulationibus* ff. *de regul. jur.* Ayor. dicho num 18. vers. *Sed quid erit.*

2 Clementin. 1. *de præbend.* Alex. in leg. *Quæ dotis.* 34. num. 12. y Jason. num. 41. ff. *solut. matrim.* Covarr *in Rubr. de testam.* part. 2. num. 38. vers *Tertia conclusio.* Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 5. num. 34.

3 Castill. en la ley 50 de Toro, num. 9. vers. *Secundo casu.* Ayor. part. 1. cap. 7. num. 18.

4 Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. *de las arras*, lib. 3. del Fuero Real, fol. 6. vers *Circa hanc partem*, al fin. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 6. num. 7. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. num. 7 y 9.

uno las prometidas por su respectivo padre (1). Lo que se observará al hacer la particion, pues por haberse vuelto à casar debe reservárselas, como en su lugar diré. Y aunque la ley tercera del mismo título hace mencion de la manceba (que entonces llamaban asi à la que ahora doncella ó soltera), es porque por lo regular mas se ofrecen á las doncellas que à las viudas; pero si se dieren ú ofrecieren à estas, las harán suyas como aquellas (2). Y como la misma ley primera hablando con la muger, dice: *E si la muger habiendo fijos de aquel marido, finase, puede dar por su alma la cuarta parte de las dichas arras á quien quiera, é las tres partes finquen á los hijos de aquel marido de quien las hubo;* se duda, ¿si podrá mejorar á alguno de sus hijos procreados en aquel matrimonio, en el tercio y quinto del importe de las arras, ó legar el quinto á extraño; y por consiguiente si su total se deberá juntar con los demas bienes suyos para deducir el tercio, ó quinto, ó entrambos? Y digo que en ambos casos se debe juntar, no mandando lo contrario, ó no probándose estar en observancia la dicha ley (3); porque todos son bienes suyos, de los que no se ha de hacer distincion ni separacion, excepto que intervenga su precepto ó el uso contrario; lo cual he practicado y visto practicar.

13. Ofreciendo el novio à la novia mucho mas de lo que importa la décima parte de sus bienes no por via de arras sino como dote ú donacion, premio y remuneracion de sus prendas personales, como cuando se enlaza un viejo con una doncella de mérito, valdrá, porque es donacion remuneratoria que está permitida (4), y no simple, la cual está prohibida por derecho entre marido y muger (5); por lo que se la aplicará, con tal que, si tiene descendientes legítimos, no exceda del quinto, y si ascendientes, del tercio, en que respectivamente los puede perjudicar (6); pues careciendo de unos y otros la puede instituir heredera. Y sin embargo de que algunos dicen que esto es defraudar la ley socolor de remuneracion, porque una vez que

1 Ley 1. tit. *de las arras*, lib. 3. del Fuero Real.

2 Palac. Rub. *in repet.* fol. 7. col. 3. vers. *Advertendum* Rodrig. Suar. en dicha ley 1. fol. 25. vers. *Præmitte*. Gom. en la 50 de Toro, num. 13. cerca del fin. Ayor. *de partit.* part. 1. cap. 7. num. 31.

3 Escobar. comput. 1. num. 18 y 19.

4 Ley *Quod quidem.* 7. §. *Si vir.* ff *de donation. inter vir. et uxor.*

5 Ley 4. tit. 11. Part. 4. Leyes 1, 2. y 3. Cod. tit. Ayor. part. 1. cap. 7. num. 30 y 31. Gom. en la 50 de Toro, num. 66 y lib. 2. *Var.* cap. 4. num. 23. et ibi Aillon.

6 Garcia *de donation remunerator.* num. 42. Covarr. lib. 4. *Decretal.* part. 2. cap. 3. §. 3. Cevall. *in Specul. pract.* quæst. 273 y 50. Acev. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Rec. num. 11. Parlad. differen. 125. num. 10.

se conforma la novia en casarse con el viejo, ya se constituyen iguales, se debe seguir no obstante lo expuesto, excepto que se pruebe haberse hecho con el ánimo de cometer fraude, porque una cosa es dar dote, y otra muy diversa dar arras; y aunque la dote que el padre da á su hija, y las arras que el novio da ú ofrece á la novia, tienen tasa por las leyes Reales; mas no la que el marido ú otro extraño dan à la muger; y asi no excediendo en el caso propuesto del tercio ó quinto, valdrá, y para evitar disputas, se ordenará la cláusula de oferta en los términos siguientes: *que se la hace del quinto para que lo haya, la mitad, que es la décima, por via de arras y donacion* propter nuptias *con arreglo á la ley del Fuero, y la otra mitad, en caso de no revocarla, como donacion de parte de dicho quinto, segun se lo permite la ley* 28 *de Toro, ó como mas la convenga y haya lugar en derecho, para que sea eficaz y no se invalide en parte alguna.*

14 Aunque el novio no tenga bienes libres cuando se casa, puede, si quiere, ofrecer arras á la novia, no de los vinculados sin que intervenga Real permiso, ni de los sujetos á restitucion, sino de su usufructo ó aprovechamiento. Y para hacer esta regulacion, se tendrá presente su líquido efectivo producto anual, sacados los gastos, y lo que podrá vivir el novio segun su edad y robustez; y atendido esto, se formará un capital á la similitud del censo vitalicio personal, como si fuera de renta vitalicia (que por tal se gradúa el producto de los bienes vinculados) ó de dinero puesto en fondo vitalicio ó muerto, á razon de diez mil el millar, porque es por una vida, con arreglo á lo últimamente dispuesto acerca de estos censos (1) (*): v. gr. producen los bienes ocho mil reales anuos líquidos, y el marido segun su edad y robustez podrá vivir diez años, que por ocho mil en cada uno componen ochenta mil reales los réditos ó renta de los diez: en este caso se forma capital de ocho mil, que son la décima de los ochenta mil, los que, si quiere, podrá prometer por via de arras á su muger futura; y si se conceptuare que puede tener vida mas larga, podrá ser mayor la promesa proporcionalmente (2). Lo mismo podrá practicar con

1 Nota 2. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec.

* La nota 2 que cita el autor dice á razon de veinte mil el millar, y en la ley 6 del mismo título, en que se trata del precio de los censos de por vida, se previene que el precio justo de una vida se entienda á siete mil maravedís el millar.

2 Ayor. dicho cap. 7. num 26. Molin. *de primogen.* lib. 1. cap. 19. num. 41. Gutierr lib. 2. *Pract.* quæst. 17. al fin. Solorzan. *de Jure Indiar.* tit. 2. lib. 2. cap. 2. num. 51. Escobar. *de ratiociniis*, computat. 2. num. 5 y 6. y otros que citan.

otra renta, encomienda ó pension vitalicia que goce, y con las joyas, preseas y vestidos que la dé, con la diferencia de que la cuota de estas no debe exceder de la octava parte de la dote que con ella recibiere. Si el novio no viviere el tiempo regulado, deberá contentarse la novia con la respectiva parte que quepa en el que vivió, porque ni pudo ni tuvo bienes para ofrecerla mas arras antes ni despues de casarse, excepto que en este intermedio adquiera otros en que quepa lo ofrecido, y los obligue tambien á su satisfaccion, pues en este caso lo deberá percibir de todos, y en cuanto à las joyas y vestidos deberá volver el exceso, porque no pudo dárselo en contravencion de las leyes prohibitivas, sin embargo de que por estar consumado el matrimonio haga suyo todo lo que la dé su marido; pues esto se debe entender cuando la donacion no excede de los límites legales, mas no cuando es excesiva; pero si de otra parte tuviere el marido bienes en que quepa todo su importe, se la dejará íntegro, y asi deberá pactarse en el contrato nupcial para evitar dudas y pleitos.

15. Es de advertir que para que tenga derecho la muger à pedir estas arras, se le han de ofrecer al tiempo de casarse, pues disuelto su matrimonio, no puede pretenderlas à pretexto de que el marido pudo ofrecérselas, ni se la deben abonar, sino precedió el pacto; y aun cuando haya precedido, sino estan arregladas á la ley citada; pena de nulidad del contrato, y de privacion de oficio al escribano que lo autorice en otros t. ninos; y que tampoco pueda pedirse mas en juicio ni fuera de él.

16. Ofreciendo el novio y su padre, ú otro en virtud de poder de ambos, cantidad determinada en arras á la novia, si despues de casado muere antes que su padre, y la cantidad prometida no cabe en la décima parte de los bienes que deja, ¿la novia ya viuda tendrá que contentarse con lo que quepa, ó podrá repetir contra su suegro el resíduo? De los bienes de su marido sacará la décima, y por el resto le quedará el regreso contra su suegro, porque este se obligó en el todo igualmente que aquel, debiendo por consiguiente pagar lo que falte. Y no le servirá alegar que lo hizo en nombre de su hijo cuando le tenia en su poder, y que su obligacion no se extiende á mas que á las facultades de este; porque viene á ser como fiador suyo, y siendo oneroso el contrato matrimonial, que tal vez no hubiera otorgado la novia á no haber intervenido dicha oferta, debe responder el suegro de lo restante á falta de bienes su-

ficientes de su hijo; y á los de este, si los dejara, se cargará su importe en la particion de los de su abuelo, no disponiendo este otra cosa arreglada á la ley. Pero si en la escritura de promesa se limitare la oferta al caso en que quepa en la décima de los bienes que tenga el novio cuando muera, y no mas, entonces llevará únicamente lo que quepa, y de nada deberá responder el suegro.

17. Si el novio ofreció à la novia la décima parte de sus bienes libres en inteligencia de que eran suyos porque los poseia por tales con buena fe, y despues de casado le quitaron parte de ellos en juicio sus verdaderos dueños; parece que dejando herederos legítimos, no tendrá cabimiento la oferta en mas que en la décima de los que realmente le quedaron, porque el marido no pudo ofrecer décima de otros que de aquellos en que tenia pleno dominio; y siendo como es constante que la décima se entiende y debe deducir de lo líquido y efectivo del caudal del promitente, bajadas las deudas, por no llamarse ni ser suyo lo demas; se sigue que verificándose luego no serlo los que su legítimo dueño reivindicó y quitó al novio, no debe llevar décima de ellos la novia (1).

18. Pero no obstante estas razones, la opinion contraria tiene mayor séquito: lo primero, porque en el nombre de bienes se incluyen y comprenden los que poseemos con buene fe, aunque sean agenos (2); y lo segundo, porque por la oferta pudo condescender la novia en casarse, lo que tal vez no haria, á no intervenir, y no es justo sea defraudada; por lo que, y por ser deuda contra el caudal del marido contraida con buena fe en tiempo habil por contrato oneroso que obliga à disponer de la persona; dicen los autores (3), que valen las arras ofrecidas, aunque las facultades del marido se hayan disminuido por la razon expuesta, ó por otra, pues se atiende al tiempo de la oferta, y no al de su exaccion y peticion; al modo que cuando no tiene bienes algunos y ofrece de los que adquiera, se atiende al tiempo en que se piden, y no al de su promesa, y asi se la abonarán.

19. Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, ya sea porque realmente no la llevó, ò

1 Ayor. part. 1. dicho cap. 7. num. 22 al 25.

2 Ley *Bonorum appellatio.* 49. ff. *de verbor. signification.*

3 Gom. en la ley 50 de Toro, num. 13. vers. *Ex quo infertur.* Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. 2. lib 3. del Fuero Real. Baez. *de non meliorand. filiab.* cap. 28 num. 4. y cap. 31. num. fin. Matiens. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 4.

porque aunque aparezca importarla, los bienes en que consiste segun su valuacion, resulta lesion en esta, como regularmente acontece, ó por otro medio se verifica engaño, no está obligado á pagarla enteramente lo que en inteligencia de la dote que prometió llevar la ofreció en arras ó por aumento de dote (1); y asi le corresponderá excepcion de retencion de ello hasta en la cantidad en que fue engañado, por el dolo cometido (2). Lo cual entiendo cuando la oferta se hizo por atencion y contemplacion á la dote solamente, mas no cuando fue por la de la virginidad ó buenas prendas de la novia y honor del matrimonio, como regularmente se hace; y asi tendrá derecho á ella en este caso, hasta en lo que quepan arregladas á la ley del Fuero, aunque no se verifique la promesa ó ninguna dote lleve, pues la voluntad y obligaciones del hombre deben observarse en cuanto no se opongan á las leyes.

20. Las arras gozan del privilegio de tácita hipoteca, y no del de prelacion que tiene la dote; y la razon es porque en esta trata la muger de evitar su daño, y en aquellas de lucrarse y adquirir utilidad (3). Esto se entiende á menos que se den por aumento de dote, pues entonces se estimarán por tal (4) y gozarán del mismo privilegio y prelacion, aunque algunos fundados en una ley de Partida dicen que en todos casos gozan de él; pero esta opinion no debe seguirse.

21. No queriendo el esposo ó marido futuro dar ni ofrecer arras á su futura esposa, puede darla, como se ha dicho, joyas y preseas ó vestidos, siempre que no exceda su importe la octava parte de la dote verdadera, numerada, y no meramente confesada, que recibiere. Si la esposa no llevare dote, no ganará esponsalicias, porque falta la dote para tener consideracion y tasarlas. Si el novio que hace estas dádivas fuere viudo con hijos de otro matrimonio, no puede exceder en ellas del quinto de sus bienes, y si hubiere exceso, es nula la donacion en cuanto á este, aunque se vigorice con juramento, porque cede en perjuicio de tercero (5).

22. Consumiendo ó deteriorando la muger con el uso las

1 Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. *de las arras*, lib. 3 del Fuero Real. Ayor. dicho cap. 7. num. 34. Velasc. consult. 3. Gom decis. 370. num. 2.

2 Ley 3. Cod. *de donat. ante nupt.*

3 Leyes *Ubi adhuc* 29. Cod. *de jur. dot.* y *Assiduis.* 12. § *Hoc aut.* 2. Cod. *qui potior. in pignore, hab.* Gom. en la ley 50 de Toro, num. 41 y 78.

4 Auth. *de æqualitat. dot.* collat. 8. tit. 9. novel. 97. cap. 2. *Curia Philip. Comerc. terr.* cap. 12. verb *Prelation.* num. 32.

5 Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 14. num. 7. y sig. Matienz. ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 6.

preseas ó vestidos que su marido la dió estando desposados, ¿podrá ella ó sus herederos, disuelto el matrimonio, dejarlos, y elegir y percibir las arras que la prometió el mismo? Aunque parece que no, porque en esta eleccion se defrauda á los hijos y herederos de su marido; puede elegirlas, porque se lo permite la ley, y en usar de su derecho à nadie injuria ni defrauda (1). Pero en este caso afirma Ayora (2), que estará obligada, ó los suyos, á volver dichos vestidos tan buenos como el marido se los entregó, ó el importe de su deterioro; y la razon en que se funda, es, porque no se entiende restituida la cosa si se vuelve deteriorada y no se paga su menoscabo (3). Dudo de esta obligacion de la muger en el caso propuesto; y la razon es, porque el marido está obligado á vestirla y alimentarla segun su esfera y caudal; y como por usar los vestidos que la dió é hizo suyos, le ahorró otros, por eso me parece no tiene lugar la restitucion, pues la disposicion legal citada de que se vale, aunque cierta, habla en otros casos muy diversos, y asi no se puede contraer á este sin mucha violencia.

23. Cualquiera esposa de presente ó de futuro, disuelto el matrimonio, gana y debe llevar la mitad de todo lo que antes de consumarlo la dió su marido, si la besó despues de desposados, ya sea ó no precioso, preceda ó no el beso á la donacion, y esta se haga á la novia en su casa antes ó al tiempo de la boda ò velacion; pero si la besó antes del desposorio, nada ganará, porque el beso y cópula anteriores estan prohibidos; y si el matrimonio se consumó, lo debe llevar todo (4); lo cual se entiende, con tal que no exceda de la octava parte de su dote, y no en otros términos (5). Y si el marido no la besó, nada gana ni debe llevar, antes bien todo debe volver á los herederos de este; ni tampoco cuando por su culpa no se celebró el matrimonio (6). Por lo que respecta á cuales se llaman vestidos preciosos, cuales supérfluos y cuales cotidianos, se debe dejar al prudente arbitrio del juez, atendida la calidad, esfera,

1 Ley 13. tit. 33. Part. 7. ley *Nullus videtur*, y ley *Factum cuique suum*. §. *Non videtur*. ff. *de regul. jur.* ley 3. §. 2. ff. *de libero homine exhibend.*

2 Ayor. part. 1. cap. 7. dicho num. 35.

3 Ley *Sed mihi videtur*. 3. §. *Si red.dita*. ff. *commodati*. et ibi DD.

4 Leyes 3. tit. 11. Part. 4. y 3 tit. 3 lib. 10. Nov. Rec. Gom. en la 50 de Toro, num. 5 y 6. vera. *Sed his non obstantibus*. Gutier. allegat. 11. num. 5 y 7. Matienz. en la ley 4. tit. 2. lib. 5. Rec. glos. 3 y 6. num fin Ayor part 1. Cap. 7. num 38.

5 Ley 6 al fin. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. et ibi Matienz. glos 6. Acev. en la 4. cit. Castill. en la 52 de Toro, verb. *Sea precioso*, et ibi Gom. Arias, num 16

6 Dichas leyes 3. de Part. y 3. Nov. Rec. y ley *Cum veterum*. Cod. *de donation. ante nuptias*.

y caudal de las personas (1), y la costumbre del pueblo.

24. Milita y procede lo explicado en el párrafo precedente, no solo cuando la esposa es doncella, sino tambien siendo viuda: lo primero, porque versando la propia razon, es aplicable á este caso la misma disposicion legal. Lo segundo, porque la ley 3. citada habla general y absolutamente en cuanto dice: *Cualquiera esposa ora sea de presente ora de futuro*:::: y no distingue de viuda ni doncella (2). Lo tercero, porque ninguna prohibe al esposo que dé á la esposa las joyas ó preseas y vestidos: y lo que no está prohibido, se entiende permitido; antes al contrario por el hecho de tasar la cantidad á que han de ascender y de que no deben exceder, es visto concederle facultad para su donacion. Lo cuarto, porque el motivo de conceder á la esposa la mitad de lo que el esposo la donó, si la besó, es porque segun dice la ley 3. tit. 11. Part. 4. la esposa da el beso al esposo, y no se entiende que lo recibe de él, quedando por esto como avergonzada, y él al contrario complacido. Asi que debiendo tener el mismo pudor y honestidad la viuda que la doncella, se sigue que se la debe, y gana lo propio que esta en iguales circunstancias.

25. Por el ingreso en religion adquiere la esposa de presente ó de futuro la mitad de todo lo que el esposo la dió, del mismo modo que por la muerte de este (3): porque asi como el pacto de ganar la dote en caso de muerte, tiene lugar en el de entrar en religion (4); asi tambien debe tenerlo el de ganar la mitad de todo lo que el esposo la dió. Pero es de advertir que si el esposo enagenó las cosas que dió á su esposa, no será preferida á los acreedores que tengan hipoteca anterior en los bienes de él (5), lo que es al contrario en la dote, por el privilegio de prelacion que el derecho la concede (6).

26. Si la novia libre mayor de veinticinco años y sin descendientes ofreciere algo al novio, quedan obligados sus bienes, aun-

1 Palac Rub. *in Rubr.* §. 11. *De donation. inter vir et uxor.* Greg. Lop en la ley 33. tit. 11. Part. 4 glos. ultim al fin. Matienz. en dicha ley 4. glos. 5. num. fin.

2 Ley *de pretio.* ff *de publician. in rem. action.* et ibi glos. Socin. regul. 292. Ayor. part. 1 dicha, cap. 7. num. 33.

3 Ley *Deo nobis.* Cod. *de episcop et cleric.* Authent. *de sanctis episcopis.* §. *Sponsalibus.* collat. 9. et ibi glos. et DD. glos. in cap. *Decreta legalia.* caus. 37. quæst. 2.

4 Jason. in leg. *Si discesserit.* ff. *qui satisdare cogantur.* col. 2. num. 11. Gom. en la 50 de Toro, num. 11. Covarr. in 2. *de sponsalib.* cap. 7. § 4. num. 12. Palac. Rub. *in Rub. de donation. inter vir. et uxor.* §. 3. num. 5. y en la 52 de Toro. Matienz. en la 4. tit. 1. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 1.

5 Ley *De rebus.* 13. Cod. *de donat. ante nupt.*

6 Ley *Assiduis.* 17. Cod. *qui potiores in pignor. habent.* Gom. en la 50 de Toro, num. 8. vers. *Sexto quæritur.*

que al tiempo de la oferta no se exprese, porque en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse queda obligado (1), al modo que los bienes del novio lo estan á las arras ó donacion *propter nuptias* que hace à la novia (2); en cuyo caso se extenderá la cláusula en los términos que expresa la nota primera puesta á continuacion de la escritura de capital: bien entendido que aunque la oferta ó donacion que la novia soltera ó viuda sin hijos haga al novio, exceda de la décima ú octava parte de sus bienes, valdrá, por cuanto es hecha por contrato oneroso; con tal que no sea muy excesiva, mediante à que el derecho reprueba semejantes donaciones, como se dirá en el tratado de estas. Y aunque algunos afirman que las leyes que hablan con el novio deben entenderse con la novia, no me parece muy acertada esta opinion; porque ademas de no hablar directa ni indirectamente con ella, milita diversa razon, pues como dice la ley (3), las mugeres son naturalmente codiciosas, y sienten mucho desprenderse de lo que poseen, por lo cual no hubo necesidad de prohibirles que hiciesen donaciones; y al contrario los hombres, regularmente pródigos y arrebatados de un ciego amor, no se detienen en sus ofrecimientos y dádivas por complacer al objeto de su afecto, aunque sea en detrimento de sus parientes; por cuya razon fue preciso poner coto á su excesiva liberalidad. Debe advertirse tambien que si la novia da algo al novio, sabiendo que la está prohibido casarse con él, no puede demandársela despues (4); y si ambos con noticia del impedimento se dieren mutuamente algo, lo pierden, y toca al fisco (5). Ultimamente si la esposa diere algo al esposo de futuro y falleciere antes que el matrimonio se celebre, debe el esposo volver lo donado á los herederos de ella, ya la haya besado ó no, como dice la ley 3. tit. 11. Part. 4; y la razon que da la ley es la expuesta en el párrafo 24; y lo mismo dispone la 5. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, segun la que, si tuvo cópula con ella despues de casados, nada debe volverla, pues lo hace suyo, porque con el matrimonio se confirma la donacion (6).

En orden al modo de hacer la deduccion de las arras por muerte del marido, se hablará con extension en el tratado de particiones, donde se resolverán las dudas que pueden ocurrir sobre esta materia en algunos casos complicados, cuya explicacion es mas propia de aquel lugar.

1 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
2 Ley 23. tit. 13. Part. 5.
3 Ley 3. tit. 11. Part. 4.
4 Ley 50. tit. 14. Part. 5.
5 Ley 54. tit. 14 Part. 5.
6 Matienz en la ley 4. tit. 2. lib. 2. Rec.

Escritura de arras.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Fernandez, natural y vecino de ella, de estado soltero é hijo legítimo de &c. dijo: que está tratado de casarse *in facie Ecclesiæ* con Luisa Martinez del mismo estado, hija legítima de &c. y natural de tal parte, y que atendiendo á la honestidad, virtud y otras loables prendas que en ella concurren, determinó hacerla cierta donacion *propter nuptias*; y para que conste y tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorga que promete en arras y donacion *propter nuptias* á la expresada Luisa Martinez su futura esposa tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente tiene, y sino cupieren, se los consigna en los que en lo sucesivo adquiera, á su eleccion, para que gocen del privilegio concedido á esta clase de donacion, ó del que la sea mas favorable y útil, si se efectuare el matrimonio que tiene tratado, y no de otra suerte; y en el caso que este se disuelva por alguna de las causas prescriptas por derecho, se obliga, y á sus herederos, á satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, á cuyo fin los tendrá prontos para su entrega bajo la pena de tanto, que se impone en caso de contravencion, á la cual se obliga, y á la satisfaccion de las costas, intereses y daños que se originen en su exaccion á su futura esposa ó á quien la represente, cuya liquidacion defiere en su juramento, la revela de otra prueba y quiere ser apremiado por todo rigor legal. Asimismo se obliga á no revocar esta donacion y oferta, ni reclamarla con pretexto alguno, y si lo hiciere, sea visto por el propio hecho haberla aprobado y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato; y al cumplimiento de este obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones &c.

Nota. Si el novio da ú ofrece en arras á la novia alhaja raiz determinada, se expresarán sus linderos, valor, sitio y demas señales conducentes, y la conferirá poder para tomar posesion de ella; y para que no sea necesario tomarla, se pondrá la cláusula de *constituto*, que extenderé en otro capítulo, y en este caso puede tambien imponerse pena en defecto de cumplimiento del contrato, como se prueba de la ley 87. tit. 18. Partid. 3. que trae la forma de ordenar esta escritura. Si ofrece las arras

por aumento de dote, gozarán del privilegio de esta: y pactando *que si la novia muere antes, ningun heredero suyo ha de tener derecho á ellas, ni de poder demandárselas jamas, ni sus hijos, aunque los deje y lleguen á tomar estado, pues solo la novia ha de poder exigirlas de sus bienes en caso que le sobreviva, y ceder esta oferta en beneficio personal y privativo suyo; y para con sus herederos legítimos y extraños en testamento y abintestato entenderse nula y como no hecha, si fallece antes que el novio;* valdrá el pacto, y deberá observarse, y no estará obligado á entregarlas, ni su importe, á los herederos que ella instituya. Lo mismo se observará con otra cualquiera condicion permitida y honesta que imponga al tiempo de su oferta, como todo donante la puede imponer entonces.

CAPITULO OCTAVO.

De los bienes gananciales.

§. 1. ¿Que son bienes gananciales, y á quien corresponden?
2. Por derecho antiguo no los adquiria la muger.
3. Para adquirir la muger los gananciales no es precisa la cohabitacion.
4. Tampoco es preciso que la muger concurra á adquirirlos con su trabajo.
5. No son gananciales los bienes que el cónyuge adquiere por donacion personal ó legado.
6. Son gananciales los que proceden de compra, aunque se haga en cabeza del marido.
7. Casos en que no tiene lugar esta doctrina.
8. Son comunicables los frutos del usufructo de las fincas que uno de los cónyuges llevó en propiedad al matrimonio.
9. No se reputa ganancial el derecho de usufructo que tenga alguno de los cónyuges.
10. Tampoco es ganancial el usufructo que durante el matrimonio adquiere cualquiera de ellos.
11. Los frutos de un legado adquirido por un cónyuge son comunicables al otro.
12. Tambien son gananciales los frutos de los bienes litigados por un cónyuge, aun cuando no gane el pleito ni los perciba hasta despues de la muerte del otro.
13. Son igualmente gananciales los oficios de regidor, escribano y demas de esta clase comprados durante el matrimonio.
14. Las donaciones remuneratorias se comunican en el verdadero valor del servicio remunerado, mas no en el exceso de aquel.
15. El peculio castrense es comunicable cuando lo adquirió el marido á expensas del caudal comun.
16. Son tambien comunicables los productos del oficio cuasicastrense.
17. El precio de la finca que recobra el marido en virtud de contrato *de retrovendendo* durante el matrimonio es comunicable entre los dos consortes.
18. Casos en que son y no son comunicables los regalos que hacen á la muger los parientes del marido.
19. La posesion y dominio en los gananciales es ficto y revocable en la muger.
20. El dominio del marido en los gananciales es perfecto é irrevocable.
21. Tambien se adquieren gananciales durante el matrimonio ilegítimo contraido de buena fe.
22. No está obligada la muger por la fianza de su marido.

23. A no ser que la fianza sea de los dos, y por negocio perteneciente á la sociedad conyugal.
24. ¿Muerto uno de los cónyuges y durante la indivision, siguen adquiriendo gananciales sus herederos?
25. Razones en que se apoya la opinion contraria, y diferencias que hay entre la sociedad es conyugal y convencional.
26. Debe constituirse diverso derecho entre dichas sociedades.
27. Razones de esta doctrina.
28. Nuevas razones en su corroboracion.
29. Casos en que muerto el marido se entenderá continuada la sociedad conyugal, y tiene lugar la comunicacion de gananciales.
30. Otro caso en que esta sucede.
31. Sigue el mismo asunto.
32. Casos en que la comunicacion de los gananciales adquiridos durante la proindivision debe ser á prorata.
33. Casos en que se pierde el derecho á los gananciales.
34. Cuando uno adquiere para sí por donacion ó testamento.
35. Cuando la muger vive licenciosamente estando viuda.
36. Cuando renuncia esta los gananciales.
37. Objecion desvanecida.
38. Otra objecion disuelta.
39. Si hace la renuncia siendo viuda tambien es válida, á menos que sea menor de veinte y cinco años.
40. Cuando el marido ha hecho mejoras en fortalezas ó heredamientos de mayorazgos.
41. Cuando en la finca de un cónyuge el usufructo que era ageno se consolida con la propiedad.
42. Pero los frutos de todos los bienes de ambos cónyuges, cualquiera que sea su procedencia, son comunicables.
43. Cuando se separan marido y muger de comun acuerdo, cesa la comunicacion de gananciales; mas no si la separacion es por culpa del marido.

1. Dícense bienes gananciales *aquellos que el marido y la muger ó cualquiera de los dos adquieren ó aumentan durante el matrimonio por compra ú otro contrato, ó mediante su trabajo é industria, como tambien los frutos de los bienes propios que cada uno llevó al matrimonio, y de los que subsistiendo este adquieran para sí por cualquier título.* Así cuando no se acredita cuáles ó cuántos llevó cada uno, todos se reputan gananciales (1). Tales bienes son propios de entrambos cónyuges, ora provengan de donacion que el Rey u otro les haga en comun, ora de

1 Ley 1 y 4. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

compra ó contrato, aunque se celebre en cabeza de uno solo (1). La razon es porque por nuestras leyes, el marido y la muger se consideran una misma persona. Del propio modo son comunes las deudas, à menos que hayan sido contraidas antes de su casamiento, en cuyo caso deberá satisfacerlas el que las contrajo (2).

2. Esta comunidad de bienes y deudas no la reconocia el derecho antiguo, pues todos los bienes se presumia pertenecer al marido, llevando únicamente la muger los que justificaba ser suyos, à menos que tuviese arte ú oficio con que los adquiriese honestamente, en cuyo caso se la oía en juicio, y se le adjudicaban los que parecia justo (3). En Córdoba por antigua costumbre fundada en esta legislacion no adquiria gananciales la muger, sino mediante pacto expreso; pero actualmente, en virtud de la ley 13. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. que la abolió, se observa el mismo derecho que en Castilla. En la villa de Alburquerque, Jerez de los Caballeros y otros pueblos de su comarca, en que está vigente el fuero llamado del Bailío, son comunicables por mitad entre los cónyuges los bienes que se encuentran á la muerte de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales, aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna. Esto se entiende si no interviniere pacto en contrario (4).

3. Repútanse gananciales los bienes adquiridos durante el matrimonio, no solo cuando marido y muger cohabitan en un mismo pueblo y casa, sino aun que esten en diversos, con tal que subsista aquel, v. gr. si el marido está empleado, y la muger porque el clima es nocivo à su salud ó por otro justo motivo se queda en su patria, ó si en ella tiene algun tráfico, y el marido otro en otra parte; pues en estos y otros casos semejantes subsisten el matrimonio y la sociedad y union de sus voluntades, aunque no la de sus cuerpos, y asi todo cuanto ganen uno ú otro ó ambos, se deben comunicar y dividir por mitad (5), á pesar de que algunos creen que para esto es precisa la simultanea cohabitacion.

4. Lo mismo procede, ya lo ganen ambos ó el uno solo durante el matrimonio; pues aunque el uno nada trabaje, no deja-

1 Leyes 1. tit. 3. lib. 3 del Fuero Real y 207 y 223 del Estilo.

2 Leyes 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real y 203 del Estilo.

3 Ley 2. tit. 11. Part. 3. Matienz en la ley 1. tit. 2. lib. 5 Rec. *Quint Muc.* 51. ff.

4 Ley 12. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

5 Palac. Rub. *in Rubr. de donat inter vir. et uxor.* §. 64. num. 15. Gom. de Leon *in sua Centur.* cap. 1. num. 11. Acev. en la ley 2. num. 14 verb. *De consuno*, y en la 6 al fin. tit. 9. lib. 5. Rec. Mat. en dicha ley 2. glos. 1. num 42 y 43 Gom. Arias en la 12 de Toro, num. 15. Morqueeb. *de divis.* lib. 2. cap. 11. num. 3. García ibi num. 53 al 58.

rá por eso de participar de las utilidades, porque para este único objeto, mediante la legal concesion, son socios de compañía universal, en la cual no se impide la sociedad y participacion de las ganancias, por comerciar y trabajar el uno y nada hacer el otro, respecto á que se negocia con el caudal y á nombre de ambos, aunque suene uno solo (1).

5. Pero si alguno de ellos acredita los que heredó por testamento ó abintestato, ó le donaron ó legaron individualmente, ya sean muebles, raices ó de otra clase, sin excepcion, serán suyos privativamente, porque la adquisicion que proviene de la sucesion, no pertenece à la sociedad, como está resuelto en derecho (2).

6. Los bienes que como gananciales ó multiplicados se deben dividir con igualdad entre marido y muger son, no solo los que entrambos compran durante su matrimonio con el dinero y caudal comun (3), sino los que compra el marido por sí solo, ò su muger con su licencia tácita ó expresa, ya sea el dinero comun ó de cualquiera de los dos, pues de todos modos se les comunican en la forma expuesta (4), porque se atiende al tiempo de su adquisicion, y no á la persona en cuyo nombre suena la venta y aparecen comprados.

7. Lo cual se limita en estos casos: 1.° si con el precio del fundo de uno de los cónyuges vendido se compran otro ú otros, y en la escritura se expresa asi, ò se prueba por testigos ò por otro medio legal, ò lo confiesa el otro cónyuge (bien que esta mera confesion es prueba debil, porque se reputa donacion entre los dos, y solo con la muerte se confirma en lo que por derecho se permite), pues se subrogan estos en lugar de aquel, por cuya subrogacion quedan propios del que era dueño del vendido, ya valgan mas ya menos que este; y asi se han de estimar y aplicar como si estuvieran existentes y sin vender, y no por otro valor (5); 2.° si se trueca por otro, y se dice que se ha de subrogar en su lugar, pues se entenderá subrogado y sustituido, y se le adjudicará por el precio del permutado, ya sea mayor ó menor, y no por el que á la sazon tenga, y le haya dado el tiempo solo (6); 3.° si el marido con dinero dotal y con-

1 Alex. consil. 37. col. 2. Morquech. *de divis.* lib. 2. cap. 2. num. 29. y cap. 11. dicho num. 15 y 16.

2 Gom. en la ley 53 de Toro, num. 72. vers. *Tertius est.*

3 Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 19. num. 2.

4 Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. num. y 2. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 117. num. 3.

5 Morquech. dicho lib. 2. y cap. 11. num. 6. Mat. en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 4. vers. *Limita*, y num. 5.

6 Ley 11. tit 4 lib. 3 del Fuero Real. Rodrig Suar. en ella, vers. *Secundo limita.* Mat. ubi sup. num. 4. Acev. en dicha ley 2. num. 16.

sentimiento de su muger compra alguna finca raiz; pues en este caso se hará propia de ella, y ganará su señorío como comprada con su mismo dinero; pero sino interviene su consentimiento, y el marido la compra en su propio nombre, será dotal en subsidio solamente, que es en defecto de tener otros bienes el marido (1).

8. Se comunican igualmente entre marido y muger la comodidad y frutos del usufructo de alhajas ó fincas que uno de ellos llevó en propiedad al matrimonio, y durante este se consolidó con ella, por haber fallecido el que la usufructuaba, ò por otra causa ò motivo (2); pues se conceptúa haberla llevado en propiedad y usufructo.

9. Pero el derecho de usufructuar no se comunica à los socios, porque es personal, y como propiedad que pertenece á su legítimo dueño, se juzga provenir de la causa que esta, y es una misma cosa con ella, y no distinta; y cuando el fin tiene causa necesaria con el principio, se atiende à este, y no à aquel, porque no es cosa nueva, sino incremento de la primera, al modo que cuando el aumento intrínseco sobreviene à la misma cosa por su propia fuerza, virtud y naturaleza, v. gr. el marido lleva al matrimonio un fundo que vale mil reales, y durante el matrimonio llega al valor de dos mil, porque el tiempo se lo dió sin su industria, trabajo ni obra hecha en él: pues este valor intrínseco y aumento es propio y privativo del marido, y asi no se debe comunicar à su muger, ni por consiguiente tasarse por mas que el que tenia, y se le dió al tiempo que lo llevó. Aunque el derecho de usufructo ó de percibir los frutos ó disfrutar la comodidad es una cosa que no es comunicable, los mismos frutos ò comodidad del usufruto, que son cosa muy diversa de aquel, se comunican (3).

10. Lo propio milita cuando adquiere el marido despues de casado el usufructo de algunos bienes: v. gr. cuando de su primer matrimonio tiene un hijo en su poder, el cual heredó á su madre, ò sus parientes ò extraños le donaron algunas fincas; cuya propiedad y derecho de usufructuarlas le toca; pero la comodidad y sus frutos corresponden á su padre como tal, mientras exista en su poder, con obligacion de alimentarlo y darle

1 Ley 49. tit. 5. Part. 5. et ibi glos 8.

2 Palac. Rub. *in Repet rubr de donat. inter vir. et uxor.* §. 62. num. 13. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 1. 6. num. 4. Ayor. *de part.* part 6. cap. 8. num. 20. Morquech. dicho lib. 2. y cap. 11. num. 10. y lib. 4. cap. 5. num. 14.

3 Greg. Lop. en la ley 18. tit. 11. Part. 4 glos. 2. Gom. en la ley 50 de Toro, num. 78. y en la 70. num. 28. cerca del fin, y lib. 2. *Var.* cap. 15. num. 19.

educacion. En este caso aunque la muger segunda no tiene parte en el derecho de usufructuar por ser del padre, ínterin no sale el hijo de su dominio; pero sí en los frutos que las fincas producen mientras esté casada con él; y así llevará la mitad de los que durante su matrimonio haya, y no se bajará ni descontará de los gananciales para aplicarlo todo al marido (1), porque si la muger muere antes de salir el hijo del poder de su padre, queda en este el mismo derecho. Lo cual es corriente, y como opinion segura y mas comun se observa en la práctica.

11. Son comunicables tambien á los cónyuges los frutos de la parte de herencia ó legado que el testador dejó á alguno de ellos, y vencieron despues de su muerte, no obstante que sobre validacion del legado ó division de la herencia haya habido pleito, y tardado por este motivo en hacerse la particion y entrega; pues sin embargo que Ayora (2) afirma que el legatario ó coheredero los ha de llevar como la cosa legada, fundándose en que no se llama tener perfectamente la cosa mientras no se posee realmente, y en que los cónyuges no pusieron trabajo en su produccion, lo que es el motivo fundamental de la ley para que participen de ellos; no debe seguirse su dictamen. Lo primero, porque el legatario en el instante que fallece el testador, adquiere dominio en el legado, como específico (3), y desde el dia de su adquisicion se le deben los frutos (4), y especialmente desde la contestacion del pleito, que es cuando se constituye poseedor de mala fe el colitigante. Lo segundo, porque la ley no requiere ni pide precisa é indispensablemente que los cónyuges pongan su industria y trabajo material en su produccion, pues basta que durante su sociedad y union de voluntades se produzcan y devenguen; y la prueba de ello es el concedérselos hasta de los bienes castrenses y casicastrenses que no se les comunican (5), pues si su personal trabajo fuera indispensable, no se comunicarian los réditos, pensiones y otros, en que nada mas hacen ni tienen que hacer que percibirlos. Y lo tercero, porque la demora en determinarse el pleito no perjudica al cónyuge, ni por la sentencia adquiere cosa nueva, sino únicamente declaracion del derecho que tenia adquirido, como lo expresa una ley: es así que declara pertenecerle los frutos desde entonces; luego es lo mismo que si desde este tiempo hubiera empe-

1 Palac. Rub. en dicho §. 60. vers. *Unde lucra habita*, num. 11. al 13. y §. 65 al fin. Ayor. dicho cap. 8. num. 20 al 22. part. 1.

2 Part. 3. quæst. 29.
3 Ley 34. tit. 9. Part. 6.
4 Ley 37. dicho tit. 9. Part 6.
5 Véanse los §§. 15 y 16.

zado á percibirlos; y mas, habiéndose seguido el pleito á costa del caudal de ambos, por lo que se retrotrae á él.

12. Lo mismo procede cuando durante el primer matrimonio empieza el pleito sobre la pertenencia de ciertos bienes á alguno de los cónyuges; pues si muere antes de concluirse dejando hijos, se vuelve á casar el que sobrevive, y el pleito se termina durante el matrimonio segundo, percibirán íntegros los bienes los hijos del matrimonio primero, como tambien la mitad de frutos vencidos hasta la muerte del dueño de los bienes; mas los del segundo nada de su propiedad, y sí únicamente la parte que como herederos del sobreviviente les corresponda con los del primero en la otra mitad de frutos (1).

13. La estimacion ó valor de los oficios de regidor, escribano, procurador, alguacil y otros enagenados de la Corona, que durante el matrimonio compran los cónyuges, se les debe comunicar en los propios términos, porque estos oficios por costumbre de estos reinos y tácita permision del Soberano se venden, dan en pago y hace ejecucion en ellos, y como transmisibles á los herederos se colacionan al modo que otros bienes, y se les aplican en las particiones (2). Es de advertir que aunque los consortes los hayan comprado por poco, si al tiempo de la particion tienen mayor valor, se han de adjudicar por el que entonces se les dé, y no por el que tuvieron, (pues su intrínseco aumento toca á la sociedad conyugal, al modo que la tocaria el decremento si lo tuviesen), y de la mitad debe participar la muger.

14. Pero las donaciones remuneratorias solo se comunican entre los cónyuges, cuando el uno pruebe que el donatario no recibió mayor cantidad que el precio del trabajo ó servicio que se remuneró con ellas, y que este se contrajo durante el matrimonio (3), pues en cuanto se les igualen, y no en mas, se les comunicará: y si exceden, tocará el exceso á aquel á quien se donaron (4), quedando al prudente arbitrio del juez en caso de duda la regulacion del valor de estos méritos, atendidas las pruebas y conjeturas que haya (5).

15. Asimismo se comunica á entrambos cónyuges lo que el marido adquiere en la guerra (que se llama *peculio castrense*), ó

1 Garcia *de acquæstu conjugali*, num. 190 al 195. Guerreir. *de divis.* lib. 6. cap. 15. num. 30.

2 Gom. en la ley 29 de Toro, num. 21. Matienz. en la 5. tit. 9. lib. 5. glos. 4. num. 6.

3 Bertrand. consil. 138. num. 21. part. 2. vol. 2. Menoch. consil. 79. num. 20. et *de arbitr.* cas. 34. lib. 2.

4 Covarr. in cap. *Cum officiis*, num. fin. *de testam.* Gregor. Lop. en la ley 3. tit. 10. Part. 5. glos. 7.

5 Alciat. *de præsumpt.* reg. 1. præs. 16. num. 3. y respons. 584. num. 5. Menoch. dicho cas. 134 al fin.

el Rey le dona en remuneracion de los servicios que le hizo en ella. Lo cual se entiende cuando sirvió sin sueldo, y se mantuvo á expensas del caudal de los dos, en cuyo caso los deben dividir por mitad; pero si gozó sueldo y con él se mantuvo, y no con los bienes comunes, nada tocará á la muger de la donacion que el Rey le hizo, ò cosa que adquirió en la guerra (1). Previniendo que lo donado por el Rey se entiende en cuanto equivalga á los servicios hechos en la guerra à expensas de ambos, pues si excede á estas, no se comunicará el exceso á la muger, cuya opinion es verídica y segura (2). Pero lo que fuera de campaña ahorra de su sueldo, ya esté ò no jubilado ò retirado del servicio, y lo que con él compre y lucre, será comunicable á entrambos: lo primero, porque de ello no habla la ley, y lo que esta no prohibe, es visto permitirlo, y lo que prohibe en una cosa, se entiende permite en todas las demas; y lo segundo, porque este sueldo se le da por razon de alimentos, es fruto ó emolumento del empleo que obtiene (como lo que ganan el juez, abogado, escribano y otros), y no donacion regia de las que habla la ley, que regularmente son permanentes y permisibles, ya consistan en utilidad ó en honor, v. gr. la heredad, título, señorío, oficio, privilegio y otras cosas semejantes.

16. Al modo que lo que el marido adquiere en la guerra, es comunicable à la muger en el caso propuesto, lo es tambien lo que gana con los oficios de juez, abogado, escribano y otros semejantes, durante el matrimonio, pues estos oficios son *cuasi-castrenses*, y lo que producen son frutos, los cuales de cualquier calidad que sean les corresponden por mitad (3); pero su propiedad que son los mismos oficios, ó la facultad de ejercerlos, si el Rey los concede al marido toca privativamente á este, y asi nada llevará su muger (4).

17. El precio de la finca, que antes de casarse tenia vendida el marido con el pacto de *retrovenderla*, y despues de casado recupera en virtud de este pacto, es igualmente comunicable à entrambos cónyuges, mas no la finca; y asi en la particion se ha de aplicar esta al marido, porque á ella ningun derecho compete à su muger, y si únicamente á la mitad del precio con que se recuperó, como que salió del fondo comun.

1 Leyes 2 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Maticnz. en la ley 3. cit glos. 4, 5 y 6. y en la 5. glos. 2 y 3.

2 Acev. en las leyes 3 y 4. tit. 9. lib. 5. Rec. Morquech. dicho num. 45. al fin.

3 Véase lo dicho en el párrafo 1. de este cap.

4 Leyes 3 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Gom. en la ley 50 de Toro, num. 72. vers. *Quartus est.* Rod. Suar. en la 2. de dicho tit. y lib. del Fuero.

18. Si los parientes del marido regalan à su muger al tiempo de casarse ó despues algunas joyas, vestidos, dinero ú otra cosa, ó por el contrario los de esta á aquel, ¿estos bienes ò su importe se estimarán por capital del donatario, ò de aquel por cuya contemplacion se dan? ¿ò serán comunicables á entrambos (1)? Para evitar dudas conviene distinguir ocho casos. El primero, si en el dia de la boda dan algo á la novia los consanguíneos del novio, se entiende en caso de duda que se lo dan por contemplacion de este, y por consiguiente que él se lo da, pues asi como lo habian de regalar á él, lo regalan á ella, por lo que se reputa *donacion esponsalicia*, y como tal, si el novio la hubiese besado, ganará la mitad de lo donado, y si el matrimonio se consumó, lo hace suyo todo, y se la debe aplicar con arreglo à la ley Real; pero sino intervino beso ni consumacion, á nada tiene derecho, ni sus herederos. Y lo propio milita para con los parientes de la novia respecto del novio ó esposo de presente, en cuanto à reputarse donado por contemplacion de ella (2), y no á lo demas, pues en él no se atiende à si consumó ó no el matrimonio, y fue ó no besado. El segundo, si los consanguíneos de cada uno dan algo á su consanguíneo, lo hace suyo tambien este, y nada debe participar el cónyuge, ya se lo den en el dia de la boda ó despues. Y lo mismo procede si se lo dan algunos amigos, lo cual está expresamente decidido por la ley (3); y asi en este caso de ley, y no en los demas que motivan la discordia de los autores, es indisputable (4). El tercero, si los del uno donan al otro cosa que es adecuada solamente á su sexo, v. gr. à la muger un adorno para la cabeza, ó al marido un caballo, pertenece tambien al donatario, porque se presume donada por mera contemplacion suya, y no del cónyuge consanguíneo del donante, y que esto lo hacen por la complacencia que tienen en la union de su matrimonio, enlace y alianza con el donatario (5). El cuarto, si se da al tiempo de la boda ó durante el matrimonio por amigos ó extraños, es comunicable á entrambos socios, si no expresa lo contrario el donante, porque no versa la razon de aficion por consanguinidad (6). El quinto, si en la donacion hecha al uno se hace mencion del otro, v. gr. *Lego à María tal cosa*

1 Ayor. *de partit.* part 1. cap. 8. num. 18. García *de acquæstu conjugali*, desde el num. 107. Palac. Rub. *in Repet. rubr.* §§. 31 y 44.

2 Gom. en la ley 50 de Toro, num. 67. Palac. Rub *in Repet. rubr.* §. 43.

3 Ley 2. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

4 Gom ibi García, num. 115. Guerreir. ibi num 88.

5 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 120. num. 14.

6 García ibi num. 114. Guerreir. ibi num. 90.

por estar casada con mi primo Juan: ó á Maria muger de mi hijo, ó por el parentesco que tengo con su marido Pedro. Se contempla donacion hecha por el cónyuge como esponsalicia; por lo que si la muger fue besada, ganará la mitad, y si se consumó el matrimonio, su total, segun queda sentado (1), no expresando otra cosa el donante. El sexto, si hay costumbre en el pueblo ó provincia de que el donatario haga suyo lo donado por los parientes del otro consorte, se observará la costumbre; pero el donatario debe probarla no siendo universal ó notoria; pues de lo contrario se presume en duda donacion hecha por contemplacion del otro cónyuge (2). Septimo, cuando no aparece por consideracion de quien se donó, y hay costumbre de regalar á la novia los parientes del novio, como sucede en la Corte, pertenece al donatario, por que se presume hecha la donacion por su respeto, y no por el de la sociedad cónyugal; pero debe probar la costumbre, si de ella se duda (3). Y el octavo, es cuando consta que los parientes del uno quisieron que el otro hiciese suyo lo que le donaron, ó al contrario, en cuyo caso cesa toda dada, y lo llevará aquel á quien fue su voluntad pasase.

19. A la muger casada se comunica y transfiere en hábito y potencia el dominio y posesion revocable y ficta de la mitad de los bienes que durante el matrimonio gana y adquiere con su marido; mas despues que este fallece, se le transfiere irrevocable y efectivamente, de suerte que por su fallecimiento se constituye dueña absoluta en posesion y propiedad de la mitad que deje (4), al modo que en los socios convencionales lo dispone la ley (5). Por esto à la muger no solo la está prohibido donar sus bienes dotales y gananciales durante el matrimonio, sino tambien dar limosna sin licencia de su marido, excepto en cuatro casos, de los cuales estan expresos tres en la ley 12. tit. 23. Part. 1. y son: el primero de sus bienes parafernales ó extradotales no entregados al marido; el segundo, de pan y vino ú otra cosa de comer que tenga en su despensa, para remediar en el dia la indigencia de algun pobre, pero esto ha de ser con moderacion y en el firme concepto de que su marido no lo llevará à mal, y no de otra

1 Guerreir. ibi num. 91. Roland. consil. 10. num. 8. vol. 1.

2 Fontanel. *de pact. nuptial.* claus. 11. glos. unic. ex num. 3. Guerreir. ibi num. 92 y 93.

3 Duard. *de societat.* lib. 2. cap. 3. quæst. 4. num. 25. num. 34. Fontan. ibi num. 28. Garcia ibi num. 122.

4 Gom. en la 50 de Toro, num. 76. en la 60 num. 1. y en la 77. num. 2. y lib. 2. *Var.* cap. 5 num. 3. Greg. Lop en la 55. tit 5. Part. 5. glos. 2. vers *Et facit hoc.* Covarr. lib. 3. *Variar.* cap. 19.

5 Ley 47. al fin. tit. 28. Part. 3. en las palabras: *Otrosí decimos, que toda ganancia.*

suerte; el tercero, para socorrer la extrema necesidad de alguno, que á no remediársela perecerá, en cuyo caso aunque su marido se lo prohiba, debe darle limosna, porque mas obligada está à obedecer á Dios que lo manda por piedad, que à su marido que se lo prohibe inhumanamente; y el cuarto, de lo que su marido la señala en los contratos nupciales con titulo de alfileres para vestidos, y otros adornos mugeriles, como sucede á las señoras principales, pues lo hacen suyo privativamente en virtud del pacto, y pueden disponer de ello como quieran sin intervencion ni licencia de su marido, y asi se observa como pacto nupcial justo entre aquellas; para lo cual estan autorizadas todas las demas mugeres.

20. El marido no necesita la disolucion del matrimonio para constituirse real y verdadero dueño de todos los gananciales, pues durante este, tiene en el efecto su dominio irrevocable; y asi los puede administrar, trocar, y no siendo castrenses ni cuasicastrenses, vender y enagenar á su arbitrio, cesante el doloso ánimo de defraudar á su muger, como se prueba de la ley (1). Por lo que mientras el marido vive y no se disuelve su matrimonio ó no hay divorcio, no debe decir la muger que tiene gananciales, ni impedirle el uso lícito de los que adquiera à pretexto de que la ley la concede la mitad, porque esta concesion se entiende para los casos expresados, y no en otros. En cuanto á si el marido podrá donarlos, hay variedad en los autores: sin embargo mi opinion, conforme con la de Acevedo, y conciliatoria de la de otros jurisconsultos, es que la donacion será válida, siempre que sea á sus consanguíneos, ó tan moderada que no irrogue grave perjuicio á su muger; la razon es porque mayor trabajo tiene aquel en adquirirlos que esta en conservarlos.

21. No solo en el matrimonio legítimo y verdadero se comunican á los casados los bienes que ganan con su industria mientras dura aquel, sino tambien los que adquieren durante el putativo ó tenido por legítimo, con tal que de buena fe crean que lo era (2); pero no vale en este caso la donacion simple, ni la sucesion recíproca abintestato (3).

22. No está obligada la muger por la fianza que su marido haga (4). Por lo que si fió à alguno, pagó por él y no recuperó lo pagado á causa de ser pobre, se le imputará en cuenta de su primitivo haber, porque el fiar es enagenar y perder, y el mari-

1 Ley 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.
2 Gom. ley 50 de Toro, num. 69. vers. *Quod extende*, cap. 2. *de donat. inter vir. et uxor.*
3 Gom. ibid. num. 77.
4 Ley 2. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

do no tiene obligacion de fiar; y como si lo hace, es en fraude conocido de la muger, y ninguno de los socios puede enagenar mas que su parte segun derecho, por eso debe satisfacerlo de su propio caudal, y no del comun de lo multiplicado. Aunque es constante que las deudas que contrae uno de los socios, subsistiendo la sociedad, se deben satisfacer del caudal de ella (1); esto se entiende cuando provienen de negocio de la misma sociedad, mas no cuando es por el suyo privativo: y asi el un socio no debe atribuir al consocio el daño que por su culpa le causó (2). De suerte que siempre que por culpa conocida del marido experimentan notable decremento ó desfalco los bienes de la sociedad conyugal, ó se gravan con censo ó de otra forma, debe pagarlo de su privativo haber, y no su muger, como en cuanto à los socios convencionales está dispuesto por derecho (3), pues el daño que un socio causa por su culpa al otro, no se compensa con lo que su industria gana.

23. Pero si el marido entró en algun arrendamiento ó negocio con otro, ambos se fiaron, y creyendo utilizarse se perdieron, y el consocio no tuvo de que satisfacer la parte en que salió alcanzado, por lo que la satisfizo aquel, no se le ha de imputar en la suya este daño y pérdida; antes bien debe ser de cuenta de la sociedad conyugal, en cuyo nombre entró en el negocio, porque fue eventual, y no tuvo culpa ni lo hizo con intencion de perjudicar à su muger: y asi como perdió pudo ganar, y quien está à lo uno debe sufrir lo otro; y mayormente habiendo sido recíproca entre los dos la fianza, en cuyo caso ninguno se grava (4).

24. Muerto uno de los cónyuges, si el otro tuvo algun tiempo en su poder los bienes comunes, y adquirió utilidades con ellos ó con sus frutos, parece que estas se deben comunicar por mitad entre él y los herederos del difunto, en los mismos términos que si al tiempo de morir se hubiese hecho la particion, porque se presume tácitamente continuada la sociedad por la proindivision y la aquiescencia de los interesados (5), al modo que en el contrato de arriendo, si el arrendatario concluido el tiempo pactado, subsiste en el terreno, pues se entiende con-

1 Ley 7. tit. 10 Part. 5.

2 Rodrig Suar. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real. Palac. Rub. *in Repet.* §. 65. num. 63. Matienz. en la ley 3. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 1 y 2. Garcia *de acquestu conjugali.* num. 149.

3 Ley 7. tit. 10. Part. 5.

4 Avor. part. 1. cap. 8. num. 10 y sig. Morquech lib 2. cap 13. num 12 al 14.

5 Palacios Rub. *de donat. int. vir et uxor.* §. 62 num. 25. Greg Lopez en la ley 10 tit 10. Part. 5 ley 6 tit. 4 lib 3 del Fuero Real. Cast. en la ley 16 de Toro, num. 52.

tinuar en él por el mismo precio (1). Pero esto se entiende cuando el difunto dejó bienes productivos, porque si fueron trastos ó ropas, cumplirá el cónyuge superviviente con entregar la parte del difunto à sus herederos en el estado en que estuvieren, no teniendo estos derecho à las ganancias que por cualesquiera títulos adquiriere el primero, puesto que no han coadyuvado à ellas, ni con su caudal ni con su industria.

25. Sin embargo, como la ley citada que establece la division de las referidas ganancias à partes iguales, se funda en la semejanza que tiene para este efecto el matrimonio con la sociedad convencional, muchos son de opinion que no debe hacerse asi, sino que el cónyuge vivo llevará las utilidades à prorata de su haber, y no à medias; la razon es, porque si bien la sociedad conyugal y convencional convienen en algunas cosas, se diferencian: lo primero, en que la convencional se contrae por el consentimiento de dos ó mas personas con el único fin y objeto de ganar (2): y la conyugal es principalmente por el de la procreacion, amor y union, y no por el de las ganancias (3), y siempre se debe atender al fin principal con que se hace; y asi esta sociedad acerca de los gananciales es incidente, y no propiamente sociedad, porque no se constituye principalmente por razon de ellos, sino del matrimonio (4). Lo segundo, en que la sociedad convencional al modo que se forma por mutuo consentimiento de los socios, se disuelve por su disenso ó consentimiento contrario (5); pero la conyugal ó legal en cuanto à los gananciales, se hace únicamente por costumbre aprobada por la ley (6), y no introducida en todas partes. Y aunque la muger pueda renunciar los gananciales, como dejo sentado, mas no la sociedad conyugal en cuanto à la habitacion, por el vínculo indisoluble, que de la consumacion del matrimonio resulta (7). Lo tercero, en que en la sociedad convencional se debe observar igualdad entre sus individuos; por lo que si uno pone el fondo, y otro la industria y trabajo, debe ser este igual à aquel, y si no lo es, llevará mas ó sufrirá mayor pérdida el que mas ponga (8): pero en la conyugal no se observa esto; y asi ya lleve uno mucho ó nada, y trabaje ó no, ha de participar de la mitad de utilidades, segun asimismo dejo sentado. Lo cuarto, en que el ca-

1 Ley 20. tit. 8. Part. 5.
2 Ley 1. tit. 10 Part 5.
3 Ley 3. tit. 2 Part. 4.
4 Alex. consil. 40. vol. 2 al fin.
5 Ley *Nihil tam naturale. ff. de regul. jur.*
6 Ley 1. tit. 4. lib. 10. Nov Rec. et ibi Matienz glos. 3.
7 Genes. cap. 2 al fin. Matth. cap. 5 y 19.
8 Ley 7. tit. 10. Part. 5. Menoch. *de arbitr.* cas. 125. lib. 2.

pital de la muger no debe perecer ni disminuirse, sino antes bien conservarse: lo cual es contra la naturaleza de la sociedad, pues si hay pérdida, todos deben participar de ella à proporcion del fondo ó capital y trabajo ó industria que pusieron (1). Lo quinto, en que en la sociedad convencional ninguno de los socios puede enagenar las cosas de la compañía sin consentimiento de los consocios, excepto las que son vendibles y estan destinadas à este efecto: pero en la conyugal puede el marido enagenar todos los gananciales sin licencia de su muger, cesante el dolo por defraudarla (2), segun dejo advertido. Y sexto, en que en la sociedad conyugal no se comunican en los reinos de Castilla las herencias, legados y donaciones, que por testamento, abintestato, ó por contrato lucrativo recaen en cada uno de los socios (3): lo que es al contrario en la universal convencional, pues todos los bienes de estos son mutuamente comunicables, excepto el débito, señorío y jurisdiccion de alguno de ellos, a menos que este lo permita expresamente (4); y asi es mera sociedad en cuanto à la ganancia inducida por la costumbre, y aprobada por la ley; y no propiamente la que por derecho se requiere para que asi se pueda titular (5).

26. Entre las sociedades conyugal y convencional hay muchas y notables diferencias, y por lo mismo debe gobernar y constituirse diverso derecho en caso de duda ó falta de uso de la ley del Fuero: pues si por solo quedarse el supervivente con todos los bienes se juzgase renovada y tácitamente continuada la conyugal, se seguiria que el que apenas tenia capital ni gananciales, llevaba la mitad de frutos de los bienes que por uno y otro respeto tocasen al consocio ó à sus herederos; ó que si tenian igual haber, se comunicaba su industria al que ninguna ponia, lo cual es absurdo y contra la naturaleza de la sociedad; pues para que esta se entienda tácitamente renovada deben intervenir los mismos modos y cualidades que en la primera (6).

27. Se seguiria tambien que con solo el consentimiento del supervivente se renovaba, y esto es contra derecho, el que en todo contrato requiere el de todos los contrayentes, pues no basta el de uno de ellos solo; por lo que la sociedad se contrae

1 Dicha ley 7. tit 10 Part 5. Morquech. lib. 2. cap. 3. num. 6 y sig. y cap. 15. num. 12.
2 Ley 5 tit. 4 lib. 10. Nov. Rec.
3 Leyes 2, 3 y 5. tit. y lib. dichos.
4 Leyes 6 y 7. tit. 10 Part 5.
5 Burg de Paz Junior. quæst. 11. num. 54. Gutierr lib. 2. *Pract.* quæst. 18. num. 7. Matienz. en la ley 2. glos. 3. num. 10. tit 9 en la 5. glos. 1. num. 3. y en la 4. glos. 3. num. 1 dicho tit. y lib. 5. Rec.
6 Ley 10. tit 8, Part 5. Bursat. consil. 321. num. 60. vol. 3.

con el de todos los socios (1); ni de la mera comunion en habitacion, comida y posesion de bienes, se induce precisamente haberla para que sean comunicables en los mismos términos que si el difunto viviera, los que se ganan: y una vez que la conyugal fue inducida por causa del matrimonio, cesando este, debe cesar tambien aquella, y no extenderse à otras especies en ella no contenidas, porque siendo contraida por tiempo, se debe acabar luego que este espira, por entenderse prohibido y no producir despues efecto alguno (2).

28. A mas de que para renovarse y contraerse sociedad tácita entre los hermanos, ó entre el nieto y su tio, hermano de su padre, se requieren actos que fuera del derecho, leyes y reglas de ella no se pueden hacer, y los principales son tres. El primero, que vivan juntos continua y diariamente, ó por largo tiempo, y gasten de una misma masa y caudal, y que esté proindiviso este sin llevar cuenta y razon. El segundo, que todas las ganancias ó utilidades que resulten y de cualquiera parte provengan, se les comuniquen con igualdad. Y el tercero, que jamas se pidan ni den cuenta los socios unos à otros acerca de ellas, sus cosas ni bienes, sino que todo se aumente, gaste y emplee como si fuera de uno solo. Y faltando alguno de estos tres requisitos, no se juzga contraida ni tácitamente renovada la sociedad; y la razon es porque estos actos no pueden ser hechos fuera de las leyes (3). Y lo mismo se debe entender entre el padre, madre y sus hijos, por la propia razon, por lo que se requieren actos promiscuos; y el marido ó la muger cuando muerto el uno, administra el que queda los bienes de los dos, es visto hacerlo mas por si y en su nombre, que en el ageno.

29. Supuesto lo referido, muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre su viuda y herederos legitimos al modo que cuando él vivia, ó muerta la muger, entre los hijos casados ó emancipados y su padre, en cuatro casos: el primero, si se convienen en hacer asi la division, ó se pactó en los contratos nupciales. El segundo, en los pueblos en que haya esta costumbre sin interrupcion, ó esté en uso inconcuso la ley del Fuero que asi lo dispone, y en que se fundan los autores, lo cual se probará por otras

1 Ley 1. tit 10. Part. 5.
2 Anchar. consil. 118. col. 2. Decio consil. 61. num. 14
3 Anchar. consil. 303. Angel. consil. 112. Castill. *de usufruct.* cap. 3. num. 123. Matienz. en la ley 2. glos. 1. num. 26. tit. 9. lib. 5. Rec.

particiones que en ellos se hayan hecho; pero no probándose concluyentemente, no; porque las leyes de los Fueros deben estimarse por tales solamente en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la 1.ª de Toro (1). El tercero, cuando todos los bienes redituables ó dinero que dejó el difunto son adquiridos por él y por su viuda durante el matrimonio, pues como su mitad la toca, debe percibir igualmente las utilidades que mientras esten proindiviso resulten, y estar tambien à las pérdidas que haya, porque puso igual fondo, y en el instante que fallece su marido adquiere en la mitad de ellos el dominio perfecto, el cual la presta título y derecho no solo para que se la apliquen muebles, raices y otros redituables, sino tambien para la adquisicion de la mitad de sus frutos, como producidos por igual capital, el modo que à los herederos de su marido para la mitad; bien que lo que cada uno haya consumido en sus alimentos, se le deberá descontar de su haber, pues debe alimentarse de lo suyo.

30. Lo mismo digo aun cuando no sean todos gananciales, si hay algunos fructíferos ó redituables superlucrados en el matrimonio; pues la mitad de los frutos que estos produzcan en el expresado intermedio, será para la muger por la propia razon, ó para sus herederos ya sean legítimos ó extraños si murió antes que su marido, y todos subsistieron en poder de este proindiviso. Lo cual se entiende tambien no obstante que se hiciese inventario, y se le constituyese depositario de ellos; porque este depósito lleva embebida la tácita calidad de administracion, y los bienes redituables no necesitan custodiarse, pues nadie los ha de llevar, y sí administrarse y cuidarse; por lo que no puede el marido quedarse con la parte de los frutos líquidos que toquen à los herederos de su muger; bien que será digno de alguna remuneracion por el trabajo de administrarlos. Pero de lo que produzcan los privativos del marido, nada percibirán los herederos de su muger, porque con la muerte de esta espiró la sociedad, y ningun dominio tiene en ellos, que es el que presta título para la adquisicion de frutos, y asi todos le tocan como único dueño. Y el cuarto, cuando concurren los tres requisitos expresados, à saber: que toda la hacienda esté proindiviso y vivan juntos continua y diariamente de una misma masa ó caudal sin llevar cuenta ni razon: que todas las utilidades que resulten, se comuniquen indistintamente con igualdad, ya provengan de los

1 Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. y glos. 1. num. 16.

bienes de la herencia ó de otra parte, de modo que entren en el fondo y globo comun: y que jamas se pidan, tomen ni den cuenta los socios unos à otros acerca de ellas; sino que todo se adquiera, aumente, gaste y emplee como si fuera de uno solo, segun se practicaba cuando vivia el marido. Y concurriendo todos estos requisitos, gozará la viuda de la mitad de gananciales del mismo modo que si su marido viviera, porque estos actos no se pueden hacer fuera de los límites y reglas de la sociedad, y con ellos se conceptuará renovada y tácitamente continuada la conyugal (1), al modo que la convencional.

31. Lo expuesto en el párrafo anterior tiene lugar, ya los herederos del marido difunto mayores de veinte y cinco años sean hijos y descendientes de ambos ó extraños, porque sin embargo de que con estos no tiene conjuncion de sangre, como los actos expresados no se pueden hacer fuera del nombre de sociedad, y se ignora lo que à cada uno toca, se entiende continuar y subsistir esta como antes, y asi debe observarse lo mismo con unos y otros.

32. Pero si no se probare la costumbre y uso de la ley del Fuero, ni todos los bienes son gananciales, y falta el unánime convenio de los partícipes, ó algun otro de los requisitos mencionados, concibo que la participacion de los gananciales no debe ser por mitad, sino á prorata, ó que la viuda solo tendrá derecho à ser alimentada en los casos, forma y término que se expresan en su respectivo lugar, sin que obste alegar, que se contempla permanecer en su anterior matrimonio, pues esta razon versará en cuanto mire à su utilidad, no à su daño (2); y la sociedad ha de ser para daños y provechos, porque de lo contrario será leonina (3). A mas de que si à la viuda se le sigue detrimento de continuar en ella, no se la podrá obligar à resarcirlo, sin nuevo y expreso consentimiento, y asi no debe conceptuarse que hay tal sociedad por ser repugnante que subsista en cuanto al lucro, y no en cuanto à las pérdidas (4). Tal es mi sentir por los fundamentos expresados, previniendo que en cuanto à los frutos que produzcan durante la proindivision los bienes adventicios de los hijos que estan bajo la patria potestad, ya sean mayores o menores, no hay division que hacer, pues tocan por derecho al padre, el cual siendo legítimo administrador

1 Matienz. en dicho num. 16 Guerreir. *de divis.* lib 6 cap 6 num 37 y 44 al 48, y otros muchos que cita

2 Pinel. in leg. ult. Cod. *de bonis maternis.*

3 Ley 4. tit. 10. Part. 5.

4 Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. num. 16.

de los bienes de sus hijos, no contrae sociedad con estos (1).

33. La regla general que hace comunes los gananciales no tiene lugar en varios casos. El primero, cuando la novia subsiste en su casa, sin haber ido à habitar con su marido, y este adquiere bienes con su caudal y su industria. Pero si percibió antes la dote de su muger, y con él los grangeó, se comunicarán à ella. Es verdad que algunos jurisconsultos no son de esta opinion, fundados en que la cohabitacion es indispensable, y en que si en lugar de resultarle ganancias al marido, menoscaba ó pierde la dote que recibió, tiene que reintegrarla de su propio caudal, por habérsele transferido el dominio, y mucho mas si la recibe en dinero. Sin embargo me inclino al parecer contrario, ya porque la sociedad se supone contraida entre los que negocian juntos, aunque vivan separados, ya tambien porque interviniendo dinero es visto estar contraida entre los dos esposos aun antes de la simultánea cohabitacion (2). El segundo, cuando se divorcian por culpa de uno de ellos; pues el que la tuviere, nada llevará (3). El tercero, cuando cometen delito de lesa Magestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos. Se reputan por gananciales todos los aumentados, hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aunque este sea de tal calidad, que por derecho incurra en la pena el agresor (4). Pero si la muger es adúltera, ó se vuelve mora, judía ú de otra secta, pierde no solo los gananciales, sino su dote y arras, y se hacen del marido; aunque si este tuviere hijos de ella, deben heredar esta parte de bienes, la cual no es comunicable à los hijos que tenga de otra muger (5), y lo mismo la sucederá si contra la voluntad de su marido se va à la casa de hombre sospechoso (6), porque se presume adúltera. Si el marido apostatase, incurre en la misma pena de perdimiento de los bienes gananciales. Adviértase, que no solo adquiere el marido en propiedad cuantos bienes tenga la muger adúltera en el momento en que la acuse de este delito, sino todos los que adquiera por cualquier título durante el proceso, de modo que únicamente pertenecerán à la muger los que

1 Castill. *de usufruct.* cap. 3. num 18.

2 Montalvo en dicha ley 1. de Fuero, glos. 1. Palac Rub en la 10 de Toro, num. 12. Covarr. *de spons* part. 2 cap 7. §. 1. num. 6. Cast. en la ley 17 de Toro, verb. *Durante el matrimonio*:::: Matienzo en la 2. tit. 9. lib 5 Rec. glos. 1. num. 11.

3 Gom. á la ley 50 de Toro. num. 72. vers. *Ex quibus notabiliter*:::: Mat. en la citada ley 2. glos. 1 num. 53 y sig.

4 Leyes 10 y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

5 Leyes 6. tit. 25. Part. 7 y fin. tit. 2. lib. 3 del Fuero. 23. tit. 11. Part. 4. 15. tit. 17. y 6 tit. 25. Part. 7 y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

6 Leyes fin. tit. 2. lib. 3 del Fuero, y 15. tit. 17. Part. 7.

agencie desde el pronunciamiento del fallo en adelante. Fúndase esta doctrina en muchas y poderosas razones, pero las principales son, que la ley 17 de Toro no excluye ninguna especie de bienes, y que la declaracion del adulterio se verifica en la sentencia y no antes, por lo cual este es el momento de aplicar la pena.

34. El cuarto, cuando uno de los dos los adquiere por donacion que el Rey ú otro le hace, ó por sucesion *ex testamento* y donacion de algun extraño, ó *ex testamento* ó *abintestato* de sus consanguíneos, pues probando ser suyos por alguna de estas causas, no tiene el consorte parte en ellos (1); y la razon es, por no ser visto haberles donado ni dejado à los dos, sino à él solo; fuera de que la adquisicion que se hace por sucesion, no pertenece à la sociedad, ni por consiguiente es comunicable à los socios. El quinto, cuando son castrenses, ó provienen de salario ó estipendio militar. Esto se limita, si los adquieren à expensas de ambos, pues entonces al modo que estas son comunes, deben serlo los salarios, porque son sus frutos, y estos de cualquier calidad que sean se comunican igualmente entre los casados.

35. El sexto, cuando la muger vive deshonestamente estando viuda. Entonces no solo pierde los gananciales, sino que debe restituirlos à los herederos de su marido, aunque sean extraños (2). El séptimo, cuando la muger los renuncia antes, al tiempo ó despues de haberse casado. En este caso valdrá el pacto ó renunciacion asi de los presentes como de los futuros, pero no debe pagar deudas (3).

36. Si durante el matrimonio renuncia los adquiridos y que se adquiriesen en lo sucesivo, tambien valdrá, pues puede hacerlo sin necesitar licencia de su marido, porque esta renuncia cede à favor de él, y no la está prohibida; pero debe jurar la escritura, para no poder reclamarla (4); y asi ya los renuncie en el matrimonio ó despues de disuelto, se acrecen al marido; y por el contrario renunciándolos este, se acrecen à la muger, por ser ambos conjuntos à este efecto con conjuncion legal (5).

37. Y aunque se objete que la donacion entre marido y mu-

1 Leyes 2 y 4. tit. 4. lib 10. Nov Rec. Gom. en la 50 de Toro, vers *Secundus*, y *Tertius est*::::

2 Leyes 5 y 1. tit 4. lib 10 Nov Rec.

3 Ley 9 tit. 4 lib. 10 Nov Rec. Morquech. *de divis one bonor.* lib. 2. cap 5. num. 8. y cap 6 num 1 y 2 Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. *de las gananciás* lib. 3 del Fuero. Gom. y Cast. en la 60 de Toro.

4 Palac. Rub. *in Rub. de donation. inter vir. et uxor.* § 47. num. 13. 19 y 20. y § 63 num. 2 fol. 40. Avendañ. ibi glos. in cap 2 *de donat. inter vir. et uxor.* Burg. *de paz*, quæst. 9 num. 11. Gom. y Castill. en le ley 60 de Toro.

5 Gom. lib. 1. *Var.* cap 10. num. 28. vers. *Ex quo singulariter infero.*

ger está prohibida para que no se despojen del mutuo amor que se deben tener, que solo con la muerte del donante se confirma y que por lo mismo es nula la renuncia, no obsta, porque esto se entiende cuando por ella se constituye mas pobre el donante en cuanto disminuye su patrimonio, y el donatario mas rico porque aumenta el suyo; pero cesando este motivo, queda firme, porque no es propiamente donacion ni diminucion de su caudal, sino desistimiento de adquisicion, ó renunciacion del lucro que podria y tenia esperanza de adquirir, lo cual es muy diverso (1).

38. Tampoco obsta el alegar que esta adquisicion no es hecha por última voluntad sino por contrato, en el cual no há lugar el derecho de acrecer, porque cuando la conjuncion proviene de la concesien del Príncipe, vale tambien y há lugar este derecho en los contratos, como sucede en este, en el que la adquisicion y sociedad en cuanto á los gananciales provienen de la ley y liberalidad, disposicion y concesion del legislador, que la estableció (2). Y últimamente no obsta alegar que el dominio y posesion de los gananciales se transfieren á la muger sin necesidad de tradicion luego que se adquieren, porque esta traslacion durante el matrimonio no es mas que una ficcion. Lo propio milita en cuanto al miedo reverencial, porque este solo no es suficiente para invalidarla, pues debe ser grave que intimide al varon constante, cual se requiere por derecho para la rescision de los actos y contratos; por lo que para estirpar todo escrúpulo conviene que la jure en forma solemne ante escribano.

39. Y si siendo viuda y mayor de veinte y cinco años los renuncia, con superior razon valdrá, y no estará obligada á pagar deudas, como dejo sentado. Pero si es menor, necesitará licencia judicial, precedido maduro examen de si la es util ó nociva la renuncia, para que sea válida, pues no basta la de su tutor ó curador, porque al menor está prohibido no solo enagenar y perder lo que tiene, sino tambien dejar de adquirir (3). Y lo propio milita antes de casarse, ò durante el matrimonio en caso de ser menor. Si la muger acepta los gananciales una vez, ya no podrá repudiarlos, y estará obligada á pagar las deudas, aunque excedan del importe de aquellos. No faltan sin embargo autores que opinan que en el referido caso puede renunciarlos (4).

40. El octavo, cuando el marido con Real permiso, ó sin él, hace

1 Leyes 4, 5 y 6. tit. 11. Part. 4.
2 Gom. lib. y cap. dichos num. 1 al 5.
3 Leyes 60 de Toro, 5 y 8. tit. 19. Part. 6. Gom. en la 60 de Toro, vers. *Nec etiam obstat.* y lib. 2. *Var.* cap. 14. num. 13, 14, 15 y 27.
4 Gut. lib. 4. *Pract.* quæst. 68.

reparos y mejoras en las fortalezas y cercas de las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo, pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia tocarles, ni el de mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad (1).

41. El nono, cuando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas, de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella, porque como proviene de la misma causa porque se adquirió la propiedad, y se consolida con ella, no se contempla cosa distinta, y asi no tiene estimacion el usufructo adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge, antes bien se gradúa para este efecto como si la hubiera llevado en propiedad y usufructo á su matrimonio; pero los frutos que las alhajas producen, se comunican á los casados, y deben servir para ayudarles á mantener las cargas matrimoniales (2).

42. Aunque uno de los casados lleve al matrimonio, ó adquiera durante él, mas bienes que el otro de cualquier calidad que sean, sin excepcion ni distincion de castrenses, cuasicastrenses, adventicios ni profecticios, se comunican por igualdad a entrambos todos los frutos que producen (3), porque estos no gozan del privilegio que los bienes referidos.

43. El décimo, cuando marido y muger se separan de comun acuerdo por cualquiera causa mediante legítima dispensacion, pues en este caso cada uno de los dos hace exclusivamente suyos los bienes que adquiera en lo sucesivo. Lo mismo sucede cuando la separacion proviene del voto recíproco de castidad; y la razon es porque en uno y otro caso queda la sociedad conyugal de todo punto disuelta (4). Pero si la muger por malos tratamientos de su marido se separa de él, y no hacen vida conyugal, no pierde los gananciales que en este tiempo grangee su esposo, aunque la separacion se haya realizado á instancias de ella, y mucho menos si el marido la echa de su casa sin causa justa, pues en esta materia es regla general que el mal proceder nunca debe redundar en beneficio del culpable ni en perjuicio del inocente.

1 Ley 5. tit. 17. lib 10. Nov. Rec. Gom. en la 46 de Toro. Mat. en la 6. citada glos. 3.

2 Leyes 3 y 5. tit. 4 lib. 10. Nov. Rec. Gomez en la 50 de Toro, num. 78. y lib. 2. *Var.* cap. 15. num. 21. Cast *de usuf.* cap. 76 Covarr. *de matrim* part. 2. cap. 7. §. 1. num. 11.

3 Leyes 3 y 5 tit 4 lib 10. Nov. Rec.

4 Cast en la ley 16 de Toro, vers. *Quæro insuper.* Matienzo ley 2. tit. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 45.

TITULO III.

De las prohijaciones, legitimaciones y emancipaciones.

CAPITULO PRIMERO.

De las prohijaciones.

§. 1. ¿Que cosa es prohijar? De la arrogacion y la adopcion.
2. Todo hombre libre que está fuera del poder paterno puede prohijar, teniendo las circunstancias que requiere la ley.
3. La muger solo puede prohijar en un caso.
4. De las personas que no pueden prohijarse.
5. Efectos de la arrogacion.
6. Efectos de la adopcion.

1. Explicada ya la doctrina relativa al matrimonio y á sus principales efectos civiles, trataré del segundo modo de adquirir la patria potestad, que es la prohijacion ó adopcion. Prohijar es: recibir uno por su hijo al que verdadera y naturalmente lo es de otro (1). La prohijacion puede hacerse de dos maneras, que son: *por otorgamiento del Rey*, ó *por el del juez*. La que se hace por autoridad Real se llama *arrogacion*, que quiere decir: prohijacion de hombre que no tiene padre, ó si lo tiene no está en su poder (2). La que se hace con autoridad judicial se llama *adopcion*, que es lo mismo que prohijacion de hombre que tiene padre carnal, y está en su poder; la cual puede hacerse teniendo ó no padre el prohijado: si lo tiene, conviene que el hijo, ya sea natural ó legítimo, consienta la prohijacion de palabra ó callando, y no contradiciéndola; pero sino lo tiene, ó aunque lo tenga, sino está en su poder, es preciso que la consienta expresamente, pues no basta que calle (3); y por esta prohijacion nace impedimento canónico para contraer matrimonio (4).

2. El hombre libre que está fuera del poder paterno puede

1 Proem. y ley 1. tit. 16. Part 4.
2 Leyes 7. tit. 7. y 1. tit. 16. Part. 4.
3 Leyes 7. tit. 7. y 1. tit. 16. Part. 4.
4 Leyes penult. y ultim. tit 7. Part 4. Covarr. *de matrim.* cap. 6. Molin. *de just. et jur.* disput. 227.

prohijar, concurriendo en él las circunstancias que la ley 2. tit. 16. Part. 4. prescribe en esta forma: *Pero há menester el que quisiere esto facer, que haya todas estas cosas: que sea mayor que aquel á quien quiere prohijar de diez y ocho años, é que haya poder naturalmente de engendrar, habiendo sus miembros para ello, é non seyendo tan de fria natura, porque se le embargase.* Por lo cual aunque sea impotente por enfermedad, por haberlo castrado á la fuerza ó por otro accidente, no se le prohibe prohijar, respecto á no haberle imposibilitado la naturaleza (1).

3. La muger no puede prohijar sino con licencia del Rey, y entonces solo en el caso que expresa dicha ley 2., y es cuando haya perdido un hijo en servicio del Rey ó de la patria.

4. Nadie puede prohijar al siervo aunque esté manumitido (2); ni el tutor á su menor, á menos que no sea despues de haber cumplido veinte y cinco años, y en este caso ha de intervenir beneplácito del Rey, y no de otra suerte (3). El menor de siete años no puede ser prohijado, porque carece de la competente capacidad para consentir; pero siendo mayor de ellos y menor de catorce puede serlo con licencia del Rey, y no en otros términos, informándose previamente el Rey de si el prohijador es pobre ó rico, pariente ú extraño, si tiene ó no hijos legítimos que le hereden, y edad para poder engendrar, si es de buena vida y fama, qué bienes pertenecen al prohijado, y si consiente serlo; y si por este examen é indagacion conoce que le es util la prohijacion, puede concederle licencia para hacerla, obligándose el prohijador por escritura ante escribano público, y dando seguridad de entregar todos los bienes del prohijado á la persona que debe heredarlos en el caso que muera dentro de la edad pupilar; y aunque el Rey no le mande constituir la obligacion, debe hacer la entrega, pues el acto de la prohijacion no puede perjudicar el derecho que los parientes tienen á heredar abintestato al prohijado (4). Las mismas diligencias debe practicar el juez para la adopcion.

5. Tal fuerza tiene la prohijacion hecha por via de *arrogacion*, que por el mismo hecho de ser prohijado el que está sin padre, pasa al poder del prohijante con todos sus bienes, y este no puede echarle de él sin que preceda alguna de las causas que expone la ley 7. tit. 16. Part. 4. en esta forma: *E non le*

1 Ley 3. tit. 16. Part. 4.
2 Ley 5. tit. 16. Part. 4.
3 Ley 6. tit. 16. Part. 4. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 9. num. 12.
4 Ley 4. tit. 16. Part. 4.

puede sacar de su poder el porfijador aquel quel porfijare, si non fuere por razon derecha á tal, que la pueda probar ante el juzgador. E esto podria facer por dos razones, la una es cuando el porfijado face tal tuerto ó tal cosa porque se ha de mover á muy gran saña aquel quel porfijó. La otra es cuando á tal porfijado como este establece alguno otro su heredero en su testamento só tal condicion, diciendo asi: Yo establezco á Fulano por mi heredero si le sacare de su poder aquel que le porfijó. Y aunque por alguna de dichas causas salga de su poder, está obligado á volverle todos los bienes que hubiere llevado, y si le echa ó exhereda sin motivo justo, debe restituírselos; y las ganancias que adquirió mientras estuvo en su poder, excepto el usufructo que produjeron, y ademas tiene derecho el prohijado á la cuarta parte de sus bienes despues de su muerte (1), si carece de descendientes legítimos, pues habiéndolos solo le tendrá al quinto.

6. Pero si la prohijacion es por via de *adopcion*, no pasará el adoptado al poder del adoptante, à menos que sea su descendiente (2), y si pasa por algun motivo, puede echarle de él con causa ó sin ella, y entonces nada heredará de los bienes del prohijador, excepto que muera abintestato sin descendientes (3); y de esto se prueba que el adoptado tampoco heredará cosa alguna de los bienes del adoptante contra su testamento (4). Y aunque la ley 9. tit. 16. Part. 4. permite al adoptado heredar los bienes del adoptante extraño igualmente con sus descendientes, como si fuese su hermano carnal, está derogada en esta parte, pues solo heredará el remanente del quinto, sino dispone de él, que es lo que puede dejarle en virtud de la ley 28 de Toro, porque la legítima no puede ser gravada, ni los extraños constituidos por herederos ni heredar juntamente con los legítimos como se dirá en su lugar.

1 Ley 8. tit. 16 Part. 4.
2 Ley 9. tit. 16. Part. 4.
3 Ley 8. tit. 16. Part. 4.
4 Greg. Lop. en la glos fin. de la ley 8. tit. 16. Part. 4. vers *Et adverte*: Gutierr. *de matrim.* cap. 102.

CAPITULO SEGUNDO.

De las legitimaciones.

§. 1. ¿Que es legitimacion?
2. ¿Cuántas clases hay de hijos ilegítimos?
3. De la legitimacion hecha por merced del Príncipe.
4. De las dispensas hechas por el Papa á los ilegítimos para obtener órdenes, beneficios y dignidades eclesiásticas.
5. Legitimacion de los hijos naturales por el siguiente matrimonio.
6. Legitimacion de los mismos hecha por testamento.
7. Idem por instrumento ó contrato hecho en vida.
8. Reconocido un hijo natural, lo quedan tambien los demas que el padre haya tenido en la misma manceba.
9. La hija natural se legitima por contraer matrimonio con el que ejerce algun empleo honorífico.

1. El tercer modo de adquirir la patria potestad es la *legitimacion*. Legitimar es hacer como de legítimo matrimonio al que realmente no lo es, quitándole el legal impedimento que le priva de obtener y gozar las preeminencias concedidas á los legítimos, y poniéndole en el estado de estos. Diferénciase la legitimacion de la dispensacion, en que esta es solamente para casos y cosas determinadas; pues aquella siendo plenísima, sirve para todo, porque deroga y quita en la raiz el impedimento (1). La dispensacion pues, es relajacion del derecho comun, hecha con conocimiento de causa por el que tiene potestad de dispensar. Y se puede considerar de cuatro modos, que expresa Ferraris en la palabra *dispensatio*, y omito por no importar al escribano.

2. Los hijos ilegítimos son de dos clases, *naturales* y *espurios*. Se llaman naturales en lo antiguo los procreados por hombre y muger solteros que vivian juntos y no tenian impedimento para contraer matrimonio, siendo la muger una sola (2). Hoy se da este nombre á los hijos cuyos padres al tiempo de su procreacion y concepcion, ó al de su nacimiento, estan hábiles para contraer matrimonio sin dispensacion, ya vivan ó no juntos en una misma casa, y la muger sea ó no una sola, con tal que si el padre no la tiene en su

1 Covarr. *de matrim.* part. 1. cap. 8. §. 8. Gutierr. *de matrim. Quæst. canon.* cap. 74.

2 Tit. 13 y 14 Part. 4. ley unic. Cod. *de concubin.*

casa, los reconozca por sus hijos, con arreglo á la ley 11 de Toro, que es la 1. tit. 5. lib. 10. de la Nov. Rec. Hijos *espurios* son todos los demas ilegítimos, y se distinguen con varios nombres. Unos se llaman *adulterinos ó notos*, y son los procreados de muger casada y hombre que no es su marido, ya esté ó no casado con otra (á los cuales la ley 9 de Toro llama tambien de *dañado y punible ayuntamiento*, porque la madre por el adulterio incurre en pena de muerte natural.) Impropiamente se llaman tambien asi los que el casado procrea en muger viuda ó soltera, que se nombra *barragana*, los que por otro nombre se llaman *bastardos*, por no ser habidos en su propia muger, por lo cual bastardean, pues aunque él es casado, la muger no; y tambien se llaman bastardos los que el noble tiene en muger plebeya, ò el plebeyo en ilustre. Otros se llaman *nefarios*, y son los que procrean los ascendientes en sus descendientes; v. gr. el padre en una hija. Otros *incestuosos*, que son los habidos entre parientes transversales en grado prohibido, sin que precediese la debida dispensacion, sabiendo el impedimento; ó aunque lo ignoren ó bien no le haya segun los sagrados Cánones, siempre que contrajeren matrimonio que la iglesia reputa clandestino; pues en este caso, sin embargo de que no lo haya, son ilegítimos, y el matrimonio nulo, y por tal lo tiene declarado el santo Concilio de Trento. Otros *sacrílegos*, que tambien llama la ley de *dañado ayuntamiento* aunque no *punible*, y son los hijos de clérigo ordenado *in sacris*, y los de frailes, freiles y monjas profesos, ya sea por acceso entre sí, ya con seglares. Finalmente otros se denominan *manceres* ó mancillados, y por tales se reputan los que nacen de rameras públicas nobles ó plebeyas que se prostituyen à todo hombre, y por eso se ignora quien es su padre, por cuya razon son de peor condicion que los demas, y los que con propiedad se llaman espurios.

3. Esto supuesto, los hijos ilegítimos pueden ser legitimados por varias personas, que son los Reyes, Emperadores y Príncipes soberanos en sus respectivos dominios à peticion de sus padres, y siéndolo, gozarán desde la legitimacion en adelante de las honras y preeminencias concedidas á estos, como si hubieran nacido de matrimonio legítimo; pero no podrán ser clérigos, ni obtener dignidad eclesiástica en virtud de esta legitimacion, porque los Príncipes seculares no tienen jurisdiccion ni potestad para dispensar en las cosas eclesiásticas (1).

1 Ley 4. tit.

Tampoco gozarán del privilegio de hidalguía si sus padres no la gozan, por cuya razon deben pagar todos los pechos y contribuciones que satisfarian no habiendo sido legitimados (1); ni esta legitimacion perjudica à los legítimos descendientes en sus derechos hereditarios, como se dirá en el título de los testamentos, cuando se trate de la sucesion de unos y otros; pero no se diferenciarán de los legítimos en cuanto á gozar de las honras y preeminencias correspondientes á estos (2) (*).

4. El Papa puede dispensar en toda la cristiandad, ó habilitar á los ilegítimos que fueren libres, para que reciban órdenes y obtengan beneficios y dignidades eclesiásticas; y como Príncipe soberano de sus estados tiene tambien potestad de legitimar para todo á sus vasallos (3).

5. Los padres pueden legitimar á sus hijos naturales casándose con la muger en que los hubieron, ó bien llevándolos á la corte del Rey ó al concejo de la ciudad ó villa en que habitan, ò á otra, entregándolos de su propia voluntad à su servicio, y diciendo públicamente que son sus hijos habidos en tal muger soltera, nombrándola, por cuyo acto quedan legitimados si se convienen y aceptan la entrega de sus padres, lo cual pueden hacer estos aunque los tengan legítimos (4). Tambien quedan legitimados si se ofrecen ellos espontáneamente à servir al Soberano ó á la ciudad ò villa diciendo de quien son hijos, y si sus padres no los tienen legítimos; pero si los tuvieren no se legitimarán por este acto (5).

6. Pueden igualmente los padres legitimar à sus hijos naturales por testamento, sino los tienen legítimos, diciendo: *que quieren que F. y Z. sus hijos naturales procreados en Fulana, de estado soltera, sean sus herederos legítimos;* en cuyo caso si acudieren despues al Rey para que confirme esta disposicion testamentaria, ha de hacerlo, y ellos serán habidos por legítimos (6).

7. Tambien se les permite legitimarlos por instrumento en sanidad; pero para que valga esta legitimacion, no han de expresar en él que son sus hijos naturales, sino que son sus hijos y los conocen por tales; pues si lo expresaren no valdrá, co-

1 Leyes 5 y 6. tit. 5. lib. 10 Nov Rec.
2 Leyes fin tit. 15 Part. 4. y 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.
* Por la ley 2. tit 4. lib. 4. Nov Rec. se da facultad á la Cámara para que sin consulta pueda habilitar á hijos de clérigos y bastardos para tener oficios y gozar honras, y á los mismos clérigos para dar alimentos á sus hijos.
3 Ley 4. tit. 15. Part. 4.
4 Ley 5. tit. 15. Part. 4.
5 Ley 8 tit 15. Part. 4.
6 Ley 6. del mismo tit.

mo lo dice terminantemente la ley 7. tit. 15. Part. 4. Y la razon es porque presume el derecho que hubo matrimonio; y mientras no se pruebe lo contrario serán habidos por legítimos y no por naturales (*).

8. Si el padre procreare varios hijos en una manceba, y reconociere solamente á uno de ellos por su hijo, quedarán legitimados por este reconocimiento los demas (1).

9. Contrayendo matrimonio la hija natural con el que ejerce empleo honorífico de los principales de alguna ciudad ó villa, queda por este mero hecho legitimada (2).

* Las leyes romanas establecieron tres modos de legitimar, esto es, por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la curia, y por rescripto del Príncipe, y aun algunos de sus intérpretes añadieron otro, á saber, en el caso de que el padre en su testamento ú otro instrumento firmado por tres testigos, nombrara á alguno por hijo. Las leyes 4 y posteriores del tit. 15. Part. 4. siguiendo á las romanas hablaron determinadamente de la legitimacion por ofrecimiento á la curia, y por instrumento público; pero acerca del primero de estos dos modos dicen nuestros jurisconsultos no estar en uso, ni ser compatible con el actual gobierno municipal de los pueblos; y en cuanto al segundo opina Gregor. Lop. en la glos. 7. de la ley 7. de dicho tit. 15. que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que legitimacion verdadera. Así que en rigor solo hay en España dos modos de legitimar, esto es, por el siguiente matrimonio, y por rescripto del Príncipe (Sala *Ilustracion del derecho Real de España*, lib. 1. tit 6 num. 1 y 2.)

Adviértase que por un Real decreto de 5 de enero de 1794 (que es la ley 1. tit. 37. lib. 7. Nov. Rec.) son tenidos por legitimados en el dia, á virtud de la autoridad Real, y por legítimos para todos los efectos civiles, á los expósitos que no tienen padres conocidos.

1 Ley 7. tit. 15. Part. 4. Greg. Lop. en ella. Covarr. *de matrim.* cap. 8. §. 7.

2 Ley 8. tit. 15. Part. 4.

CAPITULO TERCERO.

De los principales efectos civiles de la patria potestad, y de las obligaciones mutuas entre padres é hijos.

§. 1. Durante la patria potestad no puede el hijo celebrar contrato con su padre, sino en cosas pertenecientes al peculio castrense ó cuasicastrense.
2. De cuantas clases es el peculio, y sus diferencias.
3. Los padres estan obligados á educar á sus hijos, y razones en que se funda esta obligacion.
4. La muger tiene obligacion de criarlos hasta la edad de tres años.
5. La referida obligacion del padre se extiende solo á sus hijos legítimos y naturales.
6. En consecuencia de esta obligacion y dominio pueden los padres servirse de sus hijos sin que estos tengan accion á pedirles salarios.
7. Por las mismas razones puede el padre empeñar la persona de su hijo si se hallare en extrema necesidad.

1. Explicado lo concerniente á la patria potestad, resta hablar de los principales efectos civiles de ella, y de las mutuas obligaciones que hay entre padres é hijos. No pueden estos mientras esten bajo la potestad del padre celebrar con él contrato alguno, sino del peculio castrense y cuasicastrense, pero en saliendo de aquella valen los que ambos celebren (1).

2. Para inteligencia de lo dicho en el párrafo anterior debe saberse que los bienes de los hijos son de cuatro clases, á saber: *profecticios, adventicios, castrenses, y cuasicastrenses:* los profecticios son los que adquieren con el caudal de sus padres, ó les vienen por su respecto ó línea, de los cuales toca á estos la posesion, propiedad y usufructo, y son suyos privativamente, porque los ganan estando bajo de su poder (2). Los adventicios son los que ganan los hijos por industria ú obra de sus manos, ó por donacion y herencia de sus madres, ó de alguno de los parientes de estas, ó de extraño, ó por ventura ó hallazgo de tesoro, ú otra manera semejante, y el usufructo de ellos es del padre por razon de la patria potestad; pero la propiedad toca pri-

1 Leyes 2. tit. 5 6 tit. 11. Part. 5. y 8. tit. 11. lib. 1 del Fuero Real.

2 Ley 6. tit. 17. Part. 4.

vativamente á los hijos. Llámanse *adventicios* porque no vienen del padre, ni por su línea ni respeto, ni son adquiridos con los suyos, y así el padre está obligado á defenderlos en juicio, conservarlos íntegros y restituirlos á sus hijos cuando se casen; y si se mantienen solteros, debe haber el usufructo que produzcan mientras lo esten (1). Los *castrenses* se llaman así, porque este adjetivo castrense se deriva del substantivo latino *castra*, que se entiende de tres maneras: la primera y mas comun es todo castillo, fortaleza y lugar cercado de muros: la segunda el ejército unido para pelear, y la tercera es la corte del Emperador, Rey ó Príncipe soberano. Los bienes que tengan los hijos en alguno de estos lugares en el Real servicio, son suyos en posesion, propiedad y usufructo, y ningun derecho tienen á ellos su padre, madre, hermanos ni otro pariente, por lo que pueden hacer de ellos lo que quisieren durante su vida (2); pero por última disposicion se han de arreglar á lo que manda la ley 6 de Toro, sobre lo cual véase á Greg. Lopez en la 6. tit. 17. Part. 4. glos. 8. versic. *Hodie*:: Los *cuasicastrenses*, (cuyo nombre se les da por semejarse á los castrenses) son los que adquieren los maestros que enseñan públicamente alguna ciencia, y los jueces y escribanos del Rey, regidores y otros por razon de oficio público honorífico que ejercen, é igualmente la donacion que el Rey ú otro señor de vasallos les hace; en los cuales tiene el hijo el mismo dominio que en los castrenses (3). Tambien reputan algunos por cuasicastrenses los que se ganan por enseñar las siete artes liberales, que son: gramática, retórica, dialéctica, aritmética, música, geometría y astronomía, y por razon de dignidad ó beneficio eclesiástico; aunque á la verdad no encontré textos que por tales declare á los que se adquieren por dichas siete artes.

3. Tienen obligacion los padres de criar á sus hijos por tres razones: la primera, de naturaleza, porque son su misma sangre, por la cual se mueven tambien los irracionales á criar á los suyos; la segunda, por el amor que les profesan; y la tercera, porque las leyes divinas y humanas lo mandan así (4). Deben criarlos dándoles no solo el alimento necesario para su conservacion, vestido y calzado y lo demas necesario para la vida, sino educándolos y proporcionándoles la debida instruccion así en la religion y la moral como en alguna ciencia, arte ú oficio (5).

1 Ley 5. tit. 17. Part. 4.
2 Ley 6. tit. 17. Part. 4.
3 Ley 7. tit. 17. Part. 4.
4 Ley 2. tit. 19. Part. 4.
5 Dicha ley 2. Eccles. cap. 4. num. 12. y cap. 7. num. 25.

4. La madre debe criarlos hasta la edad de tres años, que llaman *de la lactancia*, y el padre despues de ellos; pero si aquella no puede por su indigencia, tiene obligacion el padre de darla lo necesario para ello; y si se divorcian, toca al culpado, siendo rico, su manutencion, ya sean mayores ó menores de dicha edad, y al inocente tenerlos en su poder y custodiarlos (1). Mas si el padre es pobre, y la madre rica, debe esta criarlos de sus propios bienes antes y despues de la lactancia; y si ambos son pobres, estan obligados á ello sus abuelos y visabuelos paternos por su orden; previniendo que los hijos y demas descendientes tienen igual obligacion con sus ascendientes pobres (2).

5. Esta obligacion civil y natural del padre se extiende solo á sus hijos legítimos, y natnrales; pero no la civil á los demas ilegítimos, pues á estos deben alimentar sus madres, y ascendientes por esta línea, teniendo medios para ello: y la razon es, porque la madre siempre es conocida, y el padre no; bien que por derecho natural y equidad canónica á todos debe este dar alimentos; mas si los hijos son ingratos á sus padres, causándoles daño en su vida, honra ó hacienda, ó tienen lo necesario para alimentarse, cesa la obligacion de los padres y madres, y lo mismo procede de aquellos para con estos, por ser recíproca entre todos (3).

6. En consecuencia de esta obligacion y dominio, pueden los padres servirse de sus hijos, sin que estos tengan accion á pedirles salarios; por lo que cumplen con mantenerlos y educarlos segun su esfera y posibilidad (4). Pueden asimismo ponerlos á pupilage con maestros que los enseñen, y estos deben hacerlo sin ocultarles cosa alguna de la ciencia, arte ú oficio que profesan, á fin de que se instruyan á satisfaccion de inteligentes, y á este efecto se les permite castigarlos, de suerte que no los lisien en sus cuerpos, pena de los daños (5). De esta clase de contratos suelen hacerse escrituras con varios pactos: por la que extenderé se instruirá el escribano para las que le ocurran. El que quisiere cerciorarse radicalmente de esta materia, vea los autores que se citan (6). En cuanto á lo que se debe practicar cuando el hijo demanda al padre para que le mantenga, y este niega ser su hijo, véase la ley fin. tit. 19, Part. 4. Y por lo

1 Leyes 3 y 4. tit. 19. Part. 4.
2 Ley 4 citada.
3 Leyes 5 y 6. tit. 19. Part. 4. cap. *Cum haberet.* 8. *de eo, qui duxit in matrimonium quem polluerat adulterio*, cerca del fin.
4 Ley 3. tit. 20. Part 2.
5 Ley 11. tit. 8. Part 5.
6 Lara *de vita homin.* cap. 13. num. 60 y sig. Barbos. vot. 2. num. 11. Castill. de Almans. cap. 66. num. 61. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 5.

respectivo á los niños expósitos y otros que crian algunos extraños el título 20 de dicha Partida.

7. En virtud de la misma potestad y dominio, puede el padre empeñar á su hijo si se halla en extrema necesidad de hambre, é imposibilitado de redimirla de otra suerte, ó cercado de enemigos en defensa de algun castillo, sin tener que comer; todo lo cual se le prohibe á la madre; y el hijo empeñado saldrá del domínio del que lo recibió en empeño pagando el importe de este y lo que hubiese gastado el que le tuvo por prenda en enseñarle alguna ciencia, arte ú oficio, segun regulacion de peritos (1).

CAPITULO CUARTO.

Del modo de acabarse la patria potestad.

§. 1. ¿Por cuales causas se acaba la patria potestad?
2 y 3. Continuacion de lo mismo.
4. ¿Que es emancipacion?
5. La emancipacion ha de ser para todo y no para una sola cosa.
6. ¿Por que causas puede ser apremiado el padre á emancipar al hijo?
7. El hijo, aunque emancipado, no puede demandar al padre sin su licencia, sino por sus bienes castrenses ó cuasicastrenses.

Escrituras correspondientes á este título.

1.ª Diligencias para la adopcion.
2.ª Escritura de adopcion.
3.ª Instrumento de legitimacion.
4.ª Escritura de emancipacion.
5.ª Escritura de aprendiz.
6.ª Escritura de pupilo.

1. Por siete causas espira la patria potestad: la primera por muerte natural del padre (2), pues en falleciendo es claro que no puede dominar á sus hijos. La segunda por muerte civil, la cual es una pena que se le impone judicialmente por haber cometido algun delito enorme, ya sea condenándole para siempre á trabajar en las labores del Rey, v. gr. presidios, arsenales y minas, ó á servir á los que trabajan en ellos, por lo que se llama *siervo de pena*; ó cuando es desterrado para siempre á isla ú otro lugar determinado, y se le confiscan sus bienes, por lo que le llamaban *deportado* (3); pero siendo *relegado*, como decian los romanos (que es el desterrado para siempre ó por

1 Leyes 8 y 9. tit. 17. Part. 4. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 14. num 4.
2 Ley 1. tit. 18. Part. 4.
3 Ley 2. tit. 18. Part. 4.

tiempo cierto á algun pueblo, pero sin que se le confisquen sus bienes), no pierde la patria potestad ni su hacienda, nobleza ni libertad, ni tampoco se le prohibe testar (1).

2. La tercera cuando es *banido ó encartado* (segun llama la ley), que es el que cometió algun delito grave, está prófugo, y se le emplaza por edictos para que se presente, y por no presentarse, le condena el juez en rebeldía á que no entre en el lugar de su domicilio, ni en su término ó provincia, ó le impone mayor pena, ó le confisca sus bienes: y se le tendrá por deportado ó relegado, segun sea la sentencia contra él proferida (2). La cuarta por haber cometido el pecado de incesto, ó casádose con parienta suya dentro del cuarto grado, sin dispensacion, estando viuda, teniendo ciencia cierta del impedimento canónico, ó con religiosa profesa (3).

3. La quinta por obtener el hijo alguna de las once dignidades del reino, que son: *Consejero, Proconsul, Prefecto pretorio, Juez mayor de ciudad cabeza de reino, Adelantado mayor, Questor* (que es el que recauda las rentas Reales, no como arrendador, sino como oficial, de quien el Rey hace gran confianza, ó el que le lee las cartas que le escriben, y las leyes que se establecen antes de publicarse), *Alferez mayor, Chanciller, Mayordomo, Fiscal y secretario del Rey* (4) (*). La sexta por casarse y velarse el hijo, pues en el instante que se casa y vela en faz de la santa Madre Iglesia, y no de otra suerte, sale de la patria potestad para siempre en todas las cosas, asi útiles como perjudiciales, y jamas reincide en ella, aunque quede viudo, hace suyo íntegramente el usufructo de sus bienes adventicios, sin que su padre pueda quedarse con el todo ni parte de él: y si mientras vive lo percibe, y no se lo pide el hijo, deben abonárselo, y entregarle su importe los herederos, porque es visto que por la reverencia á su padre no se lo demandó, no debiendo inferirse de su silencio que se lo donase (5).

4. La séptima causa es la *emancipacion*, la cual es *libre potestad que el padre da á su hijo legítimo para que sin su inter-*

1 Ley 3. tit. 18. Part. 4.
2 Ley 4. tit. 18. Part. 4.
3 Ley 6. tit. 18. Part. 4.
4 Leyes 7. á la 14. tit. 18. Part. 4.
* La mayor parte de estas dignidades no existen en el dia; pero algunos autores tomando argumento de las que en dicha ley se mencionan, son de opinion que los señores fiscales, tesorero del Rey, gefes de palacio ú de algun cuerpo Real, ó de alguna provincia, administradores generales de rentas, y otros semejantes á estos, saldrán de la patria potestad.
5 Ley 3. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec. Gut. lib. 2. *Pract* quæst. 10. num. 4. *de jur. confirm.* part. 1. cap. 4. num. 18 y sig. Acevel. en la ley 9 del tit. 1. lib. 5. Recop. num. 26. Gom. en las leyes 47 y 48 de Toro.

vencion trate, contrate, comparezca en juicio, y haga todo lo que podria practicar sino tuviera padre, á cuyo fin le aparta de su dominio. Para que sea válida han de concurrir tres circunstancias: la primera, que el hijo tenga siete años cumplidos, pues antes de ellos no puede ser emancipado sin Real permiso (1) (*). La segunda, que las justicias den cuenta al Consejo con los instrumentos de justificacion de las causas de la emancipacion, y en vista de su aprobacion y licencia puedan proceder luego á declararla, pues hoy está prohibido, pena de nulidad, que se hagan emancipaciones sin este previo requisito (**); lo cual se entiende, ya sea soltero mayor ó menor de veinte y cinco años el hijo, porque la disposicion Real no distingue (2). Y la tercera, que despues de impetrada la licencia acudan padre é hijo personalmente, y no por procurador, al juez ordinario de su domicilio, y á presencia de este diga el padre que emancipa y aparta de su poder á su hijo, y este que acepta la emancipacion; en virtud de cuyo espontáneo consentimiento debe el juez mandar al padre que otorgue la correspondiente escritura, é interponer á ella y á lo que el emancipado practique, su autoridad para su mayor validacion (3). Pero en la práctica no es preciso que las justicias den cuenta al Consejo antes que se otorgue la escritura; basta que precedida la justificacion de las causas, se otorgue la emancipacion con insercion de ella, y luego se presente en el Consejo solicitando en su virtud la aprobacion, sin que necesite acudir despues al juez ordinario, pues asi lo he visto en una que obtuve por encargo, y expresando en la emancipacion que para

1 Ley 16. tit. 18. Part. 4.

* Parece que antes de esta edad no podrá tener efecto la emancipacion sin cédula de la Cámara dispensando la edad.

** La venia y suplemento de edad es independiente de la emancipacion, y habrá de solicitarse en recurso separado. Por la Cámara se despachan estas venias ó suplementos de edad desde los diez y ocho hasta los veinte años, y desde los veinte al veinte y cinco en el Consejo. Véase la *Práctica de introducirse y despacharse estos recursos en Don Pedro Escolano, tom. 1. cap* 98. Por el auto acordado 20. tit. 9. lib. 3. (ley 4. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.) se dispuso que las justicias ordinarias no declarasen ni pudiesen declarar estas emancipaciones, sin dar cuenta primero al Consejo con los instrumentos de las justificaciones y causas de ellas, sin cuyas circunstancias se darán por nulas. El motivo de esta disposicion fue el notorio perjuicio que se seguia de las emancipaciones que hacian los padres, pues siéndoles permitido ejecutarlas ante cualquiera juez ordinario, estos sin examinar las causas ni reparar en los daños y malas consecuencias que de estas se seguian al bien público del estado, pasaban libremente á emancipar sus hijos, y una vez verificadas les hacian los padres donacion de todo, ó la mayor parte de los bienes, resultando de esto, que muchos de ellos por la mala educacion no cuidaban despues del socorro de sus padres, y se negaban totalmente á los hermanos defraudados en la emancipacion y en la donacion.

2 Auto 20. tit. 19. lib. 3. Recop.

3 Leyes 15, 16 y 17. tit. 18. Part. 4.

que valga y pueda usar de ella el emancipado ha de preceder aprobacion del Consejo (*).

5. La emancipacion ha de ser para todo, y no para una cosa sola, porque la patria potestad es individua, y una vez que espira, es en el todo, y el hijo que sale de ella no reincide en el dominio paterno, aunque cese la causa porque se eximió de él (1), á menos que sea ingrato á su padre, tratándole mal de palabra ú obra (2), que en este caso volverá á su poder, no obstante que lo haya emancipado. En premio de la emancipacion puede el padre retener para sí la mitad del usufructo de los bienes adventicios que su hijo tenia antes de ser emancipado, y no de los que despues adquiera; antes bien si su hijo se casa luego, deberá volverle la mitad que se reservó, porque por legal disposicion le pertenecen enteramente los bienes adventicios, sin que su padre pueda retenerlos (3) ni su usufructo.

6. Por cuatro causas puede ser apremiado el padre á emancipar á su hijo: la primera, por tratarlo con excesiva rigidez y severidad. La segunda, por compeler á sus hijas á que se prostituyan, y á los hijos á que sean ladrones ó cometan otros delitos. La tercera, por aceptar el legado que alguno le hizo con la condicion de que emancipase á su hijo. Y la cuarta, por disi-

* Para obtener la aprobacion del Consejo se acude con un pedimento, diciendo: N. en nombre y en virtud de poder, que presento, de N., natural y vecino de tal parte, ante V. A., como mas haya lugar digo: que enterado el padre de mi parte de su industria y aplicacion á las labores del campo, ha merecido que se le conceda su emancipacion, por concurrir ademas en su persona las calidades y circunstancias que se requieren de edad y juiciosa conducta, y resultar utilidad al vecindario, y ningun perjuicio á sus hermanos por lo limitado de los bienes que le ha dado en el acto de la emancipacion, como consta de la escritura que presento; y para que esta tenga su entera validacion y firmeza, suplico á V. A., que habiéndola por presentada, se sirva aprobarla en todo y por todo, y mandar que con su insercion se libre la Real provision correspondiente &c. Este pedimento se lleva al repartidor, quien le encomienda al escribano de Cámara que se halla en turno, y por este se da cuenta en la Sala primera de Gobierno, y con vista de lo que se expone y pide por el señor fiscal para la debida instruccion del asunto, se expide una provision para que la justicia del mismo pueblo ejecute el informe y diligencia acordada. Se entrega esta provision bajo de recibo al procurador mismo que firmó el pedimento, y venido el informe y diligencias, se junta con el antecedente, y hace presente en la Sala primera de Gobierno, donde se acuerda que pase al señor fiscal, á cuyo agente se entrega bajo de recibo, y devuelto á la escribanía de Cámara, se da cuenta de su respuesta en la misma Sala por el relator, y extiende el auto en esta forma. Se aprueba en la forma ordinaria la escritura de emancipacion, otorgada por N. á favor de su hijo N., sin perjuicio de la venia de edad de este, sobre que debe usar separadamente de su derecho, con cuya declaracion y los insertos necesarios, se le expida el despacho correspondiente. Devuelto á la escribanía de Cámara el expediente se expide el despacho.

1 Gom. en la ley 47 de Toro, num. 2.
2 Leyes 4. tit. 17. y fin tit. 18. Part. 4.
3 Leyes 15 al fin. tit. 18. Part. 4. y 48 de Toro. Gom. en esta, num 6. Acev. en la 9. tit. 11. lib. 5. Recop. num. fin.

par el padrastro los bienes de su entenado mayor de catorce años, prohijado por él (1).

7. Aunque el hijo esté fuera de la patria potestad, no puede demandar judicialmente á su padre sin su licencia, sino por sus bienes castrenses y cuasi castrenses; y para reconvenirlo por los adventicios, lo que se practica es poner en el primer pedimento esta cláusula: *precedida la venia en derecho necesaria*, con la cual se le permite usar contra él de sus acciones civiles, pero no de las criminales de que le resulte infamia, muerte ó perdimiento de miembro: y lo propio milita para con los nietos y demas descendientes legítimos (2), en los cuales se incluyen los yernos, porque representan á sus mugeres, previniendo que si el pedimento no contiene dicha cláusula, no debe admitirlo el escribano.

Escrituras correspondientes á este título.

1.ª PEDIMENTO Y DEMAS DILIGENCIAS PARA LA ADOPCION.

Francisco Lopez, vecino de esta villa, ante V., como mas haya lugar, digo: que con motivo de hallarme viudo en edad avanzada con caudal considerable y sin herederos forzosos ni esperanza de tenerlos, he resuelto adoptar á Juan Ibañez, hijo de Andres Ibañez, difunto, el cual está pobre y huérfano, y tiene catorce años de edad, como consta de la certificacion de su bautismo que presento, y consiente ser adoptado: mediante lo cual, y que de ejecutarse la adopcion se le sigue notoria utilidad, para que tenga efecto = A V. suplico se sirva haber por presentada dicha certificacion: mandar se me reciba informacion al tenor de este pedimento: y constando su certeza en la parte que baste, deferir á mi pretension, y concederme licencia para formalizar la escritura de adopcion correspondiente, interponiendo á ella su autoridad y judicial decreto para su mayor estabilidad, pues así procede de justicia que pido, y para ello &c.

AUTO.

Por presentada la certificacion que se refiere: recíbase la informacion que esta parte ofrece ante el presente escribano, á quien para ello se da comision en forma, y hecha se traiga pa-

1 Ley 18 tit. 18. Part. 4.
2 Leyes 3. tit. 2. Part. 3. y 11. tit. 17. Part. 4.

ra proveer: el señor N., corregidor de esta villa de tal, lo mandó à tantos de tal mes y año. = Don N. = Ante mí N.

INFORMACION.

Testigo primero.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, yo el escribano de su número, usando de la comision que por el auto precedente me está conferida, y con arreglo al pedimento presentado por Francisco Lopez, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, de Antonio Perez, vecino de ella, el cual lo hizo como se requiere, y bajo de él prometió decir verdad y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento referido, dijo: que conoce de vista, trato y comunicacion al mencionado Francisco, y á Juan Ibañez, hijo de Andres Ibañez, difunto, por cuya razon sabe y le consta que el enunciado Francisco es anciano, rico, de buena vida y fama, que no tiene descendientes ni otro heredero legítimo: y que el prenotado Juan ya habrá cumplido catorce años de edad, porque segun hace memoria, nació en el de tantos, sobre lo que se remite á la partida de su bautismo: y parece al declarante que de adoptarlo el expresado Francisco se le seguirá mucha utilidad y beneficio, pues cumpliendo como buen hijo adoptivo, le instituirá por su heredero, y le quedará lo suficiente para subsistir con decencia, de lo que actualmente se halla imposibilitado, porque está pobre, huérfano, y no tiene oficio con que ganar de comer: que es lo que sabe, puede declarar, y todo la verdad bajo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica, y lo firma (ó no firma por no saber), expresa tener tantos años poco mas ó menos de edad, que con ninguno le tocan las generales de la ley, de que le pregunté, doy fe. = Antonio Perez. = Ante mí N.

Conforme á este testigo han de declarar otros dos, y luego corresponde el siguiente

AUTO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don N., corregidor de ella, habiendo visto estos autos, hecho comparecer á su presencia á Francisco Lopez y Juan Ibañez, contenidos en

ellos, y examinado la voluntad y consentimiento de ambos, tomó de la mano al citado Juan, y lo entregó al enunciado Francisco, el cual lo recibió por su hijo adoptivo, y en su consecuencia le concedió amplia facultad para que otorgue la escritura de adopcion con las cláusulas por derecho prescriptas para su estabilidad, interpuso á ella su autoridad en legal forma, mandó que estos autos se unan á su protocolo, é incorporen en sus traslados para documentarla, y lo firma, de que doy fe.=Don N. Ante mí N.

2.ª ESCRITURA DE ADOPCION.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que con motivo de hallarse anciano, sin herederos legítimos ni esperanza de procrearlos, y con caudal copioso, determinó adoptar á Juan Ibañez, hijo de Andres Ibañez, difunto, y á este fin, precedidas las diligencias prescriptas, impetró licencia del señor D. N., corregidor de esta villa, que con los demas autos obrados se une á esta escritura para documentarla, é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor dice asi: (*Aqui se copian los autos, y luego prosigue la escritura.*) Concuerdan los autos insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que doy fe, y usando el otorgante de la licencia que incluye el último, de su libre y espontánea voluntad, en la mayor via y forma que haya lugar en derecho=Otorga que recibe por su hijo adoptivo al nominado Juan Ibañez, y en su consecuencia promete y se obliga á tratarlo, educarlo, cuidarlo y alimentarlo como si fuera su hijo legítimo, y á instituirlo por su heredero en el caso que subsista en su poder al tiempo de su fallecimiento, y si por natural olvido ó por otra causa no lo hiciere, quiere que sea habido por instituido, como desde ahora le instituye por tal, y que en dicho caso herede sus bienes íntegramente. Asimismo se obliga á que si el citado Juan heredare ó le donaren algunos mientras esté en su compañía, y luego saliere de ella, se los entregará sin desfalco, ó á quien sea parte legítima para su percibo, incontinenti que sea requerido, y consiente ser apremiado por todo rigor legal no solo á su entrega, sino á la solucion de las costas, daños y perjuicios que en su exaccion se le causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y le releva de otra prueba. Igualmente se obliga á no reclamar esta escritura, ni alegar excepcion, aunque le favorezca, y si lo hiciere, no se le

admita judicial ni extrajudicialmente, y sea visto por el mismo haberla aprobado y ratificado, á cuyo fin da amplio poder á los señores jueces &c. (*Aquí se pondrán las generales y prosigue*:) Y el mencionado Juan Ibañez, que está presente, enterado de esta escritura, dijo que acepta la adopcion que contiene, y en reconocimiento de hijo adoptivo se hincó de rodillas, besó la mano al enunciado Francisco Lopez, y le dió las gracias por el beneficio de haberle adoptado: y ambos asi lo otorgaron, y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos &c.

Nota. No puse en esta escritura la cláusula de *donacion en sanidad de todos los bienes del adoptante*, como Don Pedro Melgarejo, Argüello, Ribera, Palomares y otros autores que he visto, lo hicieron, sin tener presente que la ley 69 de Toro prohibe donar todos los bienes, aunque sea solo los presentes: que las 91 y 92. tit. 18. Part. 3, que traen la formr de extender las escrituras de arrogacion y adopcion, no la contienen: y que es contra la naturaleza de este contrato, porque teniendo potestad el adoptante para echar de su poder al adoptado, y exheredarle con causa ó sin ella (lo que no puede hacer con el arrogado, por ser preciso intervenga causa justa para ello), se priva por la donacion en sanidad de exheredarle (pues como irrevocable será rubsistente, y no podrá revocarla sino por las causas que se explicarán en el tratado de las donaciones), y de usar de la facultad que le concede la ley 8. tit. 16. Part. 4: y aunque las referidas 91 y 92. tampoco contienen la institucion de heredero, por no ser necesaria, á causa de que si el adoptante echa de su poder ó exhereda al adoptado, como se le permite, nada llevará de sus bienes, y sino lo hace y muere abintestato sin herederos forzosos, le heredará; no obstante, es bueno que se ordene con ella, porque de esta suerte se entienden revocadas sus disposiciones testamentarias anteriores, y se evitan dudas.

Otra. Don Pedro Melgarejo en su Compendio de escrituras públicas extendió una de adopcion otorgada por marido y muger, en la cual hallé tres reparos: 1.° la cláusula de donacion arriba expresada; 2.° que supone intervenir muger, y no explica el motivo que previene la ley 2. tit. 16. Part. 4.; y 3.° que carece de la Real licencia, asi por lo respectivo á la muger, como al adoptado, que supone es menor de catorce años; pues ambos la necesitan, segun queda sentado en los párrafos 3 y 4. cap. 1. de este título, y la adopcion del menor de esta edad ha de hacerse ante el Rey, ó con su beneplácito: lo que tendrá presente el escribano para no cometer absurdos.

Otra. Si el adoptado tiene padre, ha de consentir este la prohijacion, y acudir con el adoptante al juez: se harán los autos á nombre de los dos, y en el de licencia se omitirá la cláusula de la entrega del adoptado, que hace el juez al adoptante, y pondrá en su lugar esta: *Que el padre se desapodera del dominio y patria petestad que ha tenido y tiene sobre su hijo, y en señal de verdadero desapoderamiento lo toma de la mano, y lo entrega al adoptante, y este lo recibe por su hijo adoptivo.* Y si interviene licencia del Rey, se ha de insertar en la escritura, y en este caso no se necesitan autos ni otra diligencia judicial, porque el Rey antes de darla se informa de todo, y la concede con conocimiento de causa.

3.ª LEGITIMACION.

Las legitimaciones suelen hacerse por el Rey á peticion de los padres, que se reducen á un memorial concebido sustancialmente en los términos siguientes:

SEÑOR.

Don Francisco de Guzman y Solís, vecino de tal parte, con el debido respeto á los Reales Pies de Vuestra Magestad, dice: que há tantos años que está casado con Doña Gertrudis de Mendoza, de la cual no tuvo hijos, ni tiene esperanza de procrearlos; y mediante hallarse con uno que siendo soltero engendró en Fulana del mismo estado, á quien reconoce por su hijo natural, el cual es benemérito, y promete segun su buena inclinacion y talentos practicar cuanto sea del mayor agrado y servicio de Vuestra Magestad; en esta atencion = Suplica rendidamente á Vuestra Magestad se digue hacerle la merced de legitimarlo, habilitándole en forma para que sea habido y reputado por legítimo, y como tal pueda heredar al suplicante en defecto de legítimos, sucederle en los vínculos, mayorazgos y demas en que sucederia si hubiera nacido de legítimo matrimonio, y gozar de todas las honras, preeminencias y prerogativas concedidas á los que lo son, sin diferencia; cuya gracia espera de la innata piedad de Vuestra Magestad, y en ello recibirá merced.

Nota. En virtud de este memorial, firmado por el padre, si el Rey, y en su Real nombre el Consejo de la Cámara, condesciende con su pretension, se le despacha por la secretaría de aquella la carta ó cédula de legitimacion, de cuya extension tra-

ta la ley 9. tit. 18. Part. 3., y por no tocar al escribano la omito. Tambien puede el padre hacer la súplica en instrumento, pero por no estilarse omito tambien ordenarlo.

4.ª ESCRITURA DE EMANCIPACION.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Fernandez, vecino de ella, dijo: que por el mucho amor que profesa á Juan su hijo legítimo, mayor de catorce años, y deseo que tiene de sus aumentos, conociendo que es bastante apto y capaz para gobernarse y administrar sus bienes, ha deliberado emanciparlo, á cuyo fin impetró la correspondiente licencia del Real Consejo, que me entrega original para unir á esta escritura é incorporar en sus traslados, y su literal tenor dice asi: *(Aquí la licencia.)* Concuerda la licencia inserta con la que está en el protocolo de este instrumento, de que doy fe, y usando de ella el otorgante, y hallándose con dicho su hijo en presencia del señor D. F., corregidor de esta villa, de su espontánea voluntad, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que alza, quita y se abdica y desprende enteramente del dominio y patria potestad que hasta ahora ha tenido sobre la persona y bienes del referido Juan su hijo, y en su consecuencia le confiere el mas amplio, eficaz é irrevocable poder, licencia y facultad para que desde hoy en adelante comercie, trate, contrate, comparezca en juicio, y administre por sí, ó por sus apoderados, los bienes que adquiera, y los que le entrega en este acto, y son: *(Aquí se expresarán los que le diere.)* De todos los cuales, y de los que por cualquier motivo, causa ó razon le pertenecieren en lo sucesivo, use y disponga á su arbitrio por contrato entre vivos, ó última voluntad, segun permiten las leyes de estos reinos, sin dependencia ni intervencion del otorgante, como de cosa suya propia, adquirida con justo y legítimo título: formalice las escrituras conducentes: pida judicialmente lo que le convenga: y practique cuanto pueden hacer el otorgante y otro cualquiera libre de todo dominio y potestad; á cuyo fin desde ahora se desiste, quita y aparta entera y absolutamente del derecho que como padre tenia y podia tener el usufructo de todos los mencionados bienes, y lo cede, renuncia y traspasa enteramente en el prenotado su hijo, y siendo necesario, le hace de él gracia y donacion pura é irrevocable en sanidad con insinuacion y demas firmezas legales, y pide á dicho señor corregidor la aprue-

be, é interponga á ella para su mayor estabilidad y validacion la autoridad de su oficio: y en señal de verdadera emancipacion tomó de la mano al nominado su hijo, y lo soltó y apartó de sí á mi presencia y del expresado señor corregidor, de que doy fe. Y le confiere igual poder para que en fuerza de los títulos de propiedad de los bienes donados, que tambien le entrega en este acto, tome y aprenda la posesion real, actual, corporal ò *cuasi* de ellos; y para que no necesite tomarla, me pide que de esta escritura le dé copia autorizada, con la cual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla aprehendido, y trasferídosele, y en el ínterin se constituye por su inquilino tenedor, y precario poseedor en legal forma. Y se obliga á no revocar ni reclamar total ni parcialmente esta emancipacion no interviniendo ingratitud de parte de su hijo, que el otorgante deberá probar; y si lo hiciere, á mas de no ser oido en juicio ni fuera de él, sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado: da poder á los señores Jueces de esta villa para que le compelan á su cumplimiento, como por sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe, y renuncia todas las leyes, fueros y derechos de su favor. Y el mencionado Juan, que está presente, enterado de esta escritura, dijo que acepta la emancipacion que contiene, para usar de ella; estima la merced que su padre acaba de hacerle, por la cual le tributa las debidas gracias: se da por entregado de los expresados bienes y títulos de su pertenencia; y de ellos formaliza á su favor el resguardo correspondiente: y ambos asi lo otorgan y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos N. N., vecinos de esta villa. Y el enunciado señor Corregidor aprueba esta emancipacion, há por insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que incluye, y á todo y á lo que en su virtud practique el emancipado, interpone su autoridad y judicial decreto: manda que se den al interesado las copias y testimonios que pidiere: y tambien lo firma, de que doy fe. De la extension de esta escritura trata la ley 93. tit. 18. Part. 3.

Nota. Si el padre no da bienes algunos á su hijo, se ha de omitir la donacion que contiene la escritura anterior, la cláusula de constituto, y la entrega y recibo de ellos y sus títulos con la insinuacion. Si en premio de la emancipacion se reserva para sí algo del usufructo de sus bienes adventicios, se expresará y pondrá en lugar de la cláusula de donacion de usufructo. Si la licencia del Consejo no manda que el juez ordinario intervenga en la emancipacion, se omitirá su concurrencia, bien que no

dañará. Y si la escritura se otorga antes, se ha de expresar en ella que para usar el hijo de la emancipacion, y que sea válida, se deberá aprobar previamente por el Consejo, sin cuyo indispensable requisito ha de ser ineficaz, como dejo expuesto al fin del número 4. de este capítulo.

Otra. Si concurre alguna de las cuatro causas, porque el padre puede ser compelido á emancipar á su hijo, dará pedimento este, exponiendo al juez la causa, y la utilidad que se le sigue de ser emancipado, y pretendiendo se le reciba informacion de todo, y constando por ella su certeza, mandará el juez á su padre que lo emancipe, y sino quisiere, le apremiará á ello, y otorgará la escritura, relacionando é insertando en ella los autos: omitiendo la cláusula *de que lo emancipa de su espontánea voluntad*, porque es compelido, y lo demas que queda prevenido en la nota anterior, segun ocurra; y puesta la aceptacion, interpondrá el juez su aprobacion, como en la escritura precedente se ha hecho: y para esta emancipacion me parece que no es precisa la venia del Consejo, porque se hace de justicia por favor de la libertad y utilidad del emancipado, y la otra por mera gracia, en la que puede haber dolo y resultar perjuicio, por cuya razon quiso el Consejo tomar conocimiento de las emancipaciones gratuitas.

5.ª ESCRITURA DE APRENDIZ.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Diego de la Cuesta, vecino de ella, dijo: que tiene un hijo llamado Alonso, de tanta edad, y ha determinado ponerlo en casa de Fernando Perez, maestro carpintero, de habilidad conocida, el cual se convino en admitirlo por su aprendiz, y para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que entrega dicho su hijo al mencionado Fernando Perez por su aprendiz, á fin de que le enseñe el oficio de carpintero que ejerce, en el tiempo y con las condiciones siguientes:

Que en el discurso de tantos años, que cumplirán en tal dia de tal mes del que vendrá de tantos, ha de enseñarle el oficio referido perfectamente, sin ocultarle cosa alguna asi de teórica como de práctica, de suerte que aplicándose, esté capaz al fin de ellos para ser examinado, aprobado y ejercerlo por sí, sin intervencion, documentos ni direccion de persona alguna, y nada ignore de lo que á él sea concerniente: y para que aprenda,

ha de poder corregirle y castigarle prudente y moderadamente, sin herirlo ni lisiarlo, pena de los daños, y si lo hiriere ó maltratare, ha de ser motivo suficiente para sacarlo de su poder.

Que todo el tiempo referido ha de tener en su casa y compañía al expresado Alonso, y darle el alimento diario, ropa limpia, cama, y no otra cosa, del mismo modo que si fuera hijo suyo, y à este fin el enunciado Alonso ha de hacer no solo lo perteneciente á dicho oficio, sino lo que se ofrezca á su maestro, sea decente y no le impida aprenderlo, ni le ocupe el tiempo que debe estar empleado en él.

Que si cumplidos los tantos años no estuviere habil y capaz para regentar por sí solo dicho oficio en los casos y cosas que le ocurran á satisfaccion de inteligentes, ha de poder el otorgante sacarlo de su casa, y ponerlo con otro maestro, para que à costa del citado Fernando acabe de enseñarle é instruirle en sus reglas y operaciones, y queriendo impedirlo este, le ha de tener en su casa por oficial, y como tal pagarle por cada dia de trabajo tanta cantidad, segun se acostumbra pagar á los demas oficiales que ejercen el mismo oficio, y á ello se le ha de poder apremiar en legal forma.

Que si dentro de un año, contado desde hoy, conociere dicho maestro que el hijo del otorgante no tiene suficiente capacidad para aprender el referido oficio, ó no se aplica, ha de tener obligacion de darle cuenta para que lo dedique à otro, de suerte que no pierda mas tiempo, ni por su omision y silencio se le irrogue detrimento alguno, pena de satisfacerle el que se estime; previniendo que por el trabajo de enseñarle en el año nada le ha de pagar en atencion á poder servirse de él, y no darle salario ni vestido.

Que al instante que el prenotado Alonso esté examinado y aprobado, se obliga el otorgante á satisfacer à su maestro tanta cantidad en una sola partida por el trabajo de haberle enseñado su oficio perfectamente, à cuya solucion ha de poder compelerle por todo rigor, y à la de las costas y daños que por falta de puntual pagamento se le ocasionen, deferida su liquidacion en su relacion jurada, sin otra prueba de que le releva; pero mientras no esté aprobado, no ha de ser apremiado à su total ni parcial satisfaccion, y los gastos del examen quedan de cuenta y cargo del otorgante.

Que si el enunciado Alonso falleciere, ó se imposibilitare de proseguir el referido oficio antes que espiren los tantos años,

no ha de tener obligacion el otorgante à dar á su maestro cosa ni cantidad alguna por su enseñanza, ni tampoco pedirle judicial ni extrajudicialmente lo que le haya entregado á cuenta de esta.

Que si enfermare en casa de su maestro, le ha de cuidar este y tenerle en su casa, á menos que el otorgante quiera llevarlo à la suya; pero nada le ha de costar la botica, médico, cirujano, ni mantenimiento necesario para su enfermedad y convalecencia, pues todo queda de cuenta y cargo del otorgante; y de la del enunciado maestro únicamente el trabajo personal de su asistencia.

Que si se huyese ó ausentase de casa de su maestro sin motivo grave, ha de buscarlo el otorgante, y volverlo à ella, y el tiempo que faltare, estar demas de aprendiz, de suerte que todo este tiempo y el que estuviere enfermo no se ha de incluir en los años estipulados, porque estos han de ser íntegros sin descuento, aunque esté perfectamente instruido antes de cumplirlos, ó diga que quiere aprender otro oficio que le sea mas util, pues no se ha de alterar este contrato con otro motivo ni pretexto que el de absoluta ineptitud, excesiva rigidez, falta de darle el alimento necesario, ó por emplear á su hijo en lo que no debe.

Que si dicho su hijo tomare ó llevare de la casa de su maestro alguna ropa, alhaja ó dinero, constando la certeza por confesion de aquel, ó por informacion fidedigna, pagará à este el otorgante su importe, ò le volverá lo que hubiere tomado sin excusa ni dilacion, y los daños que se le irroguen por esta causa, deferido el importe de estos en su relacion jurada sin otra prueba, de que le releva: en cuyo caso queda al arbitrio del maestro el conservar en su casa ó despedir al aprendiz, no obstante que su padre le reintegre de todo. *(Aquí se pondrá lo demas que pacten los interesados, y luego la obligacion y aceptacion siguiente:)* Y habiendo oido à la letra, y entendido esta escritura el referido Fernando, dijo que recibe por su aprendiz al prenotado Alonso, y se obliga á enseñarle dicho oficio con toda perfeccion por la mencionada cantidad, sin pedirle mas, y á observar este contrato y sus pactos en lo que le corresponde sin la mas leve tergiversacion, á lo cual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho; y ambos otorgantes dan poder á los señores jueces &c.

6.ª ESCRITURA DE PUPILO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, padre y legítimo administrador de la persona y bienes de Juan Lopez, y Fernando suarez, maestro de primeras letras, vecinos de ella, dijeron: que para que el citado Juan se instruya en estas y en los dogmas católicos, resolvió su padre ponerlo á pupilo en casa y compañía del expresado maestro, á cuyo fin se convinieron los dos en lo que este le ha de enseñar, dentro de qué tiempo, y cuánto ha de llevar cada año por su trabajo, manutencion y asistencia: y para que tenga efecto, y en todo tiempo conste, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Otorgan el mencionado Francisco que entrega á su hijo al enunciado Fernando, y este que lo recibe por pupilo, bajo de los pactos y condiciones siguientes.

Que el prenotado Fernando ha de instruir radicalmente en los rudimentos y dogmas de nuestra santa fe católica al nominado Juan, y en leer, escribir y contar dentro de tantos años, que empiezan en este dia y cumplirán en otro tal del mismo mes y año de tantos, reprenderle cualesquiera acciones inmodestas y defectos que tenga, castigarle con moderacion y prudencia, hacer que frecuente los santos Sacramentos, y observe lo que debe como buen católico sin ocultarle cosa alguna, y á este fin tenerle en su casa y compañía, mantenerle de todo lo necesario (excepto el vestido y calzado, que queda de cuenta de su padre), segun dicho maestro se mantuviere, y darle cama, ropa limpia y demas asistencia, como si fuera hijo suyo.

Que por cada año de los expresados le ha de satisfacer el otorgante tantos reales, parte de ellos por razon de enseñanza, y lo restante por la comida, cama y asistencia, pagados por mes ó medios años, segun quisiere recibirlos, á cuya solucion se le ha de poder compeler por todo rigor, y á la exaccion de las costas que se le causen por no ponerlos puntualmente en su casa y poder.

Que si en el mencionado tiempo no le instruyere con la perfeccion debida, ha de volver y restituir á su padre todo lo que haya recibido por su enseñanza, sin descuento, mas no

por la comida; y para que esto no suceda, si viese que no es capaz, tendrá obligacion de avisarle è informarle de su inep. titud dentro de tantos meses, y no haciéndolo, acreditará que el no aprender depende de culpa ó negligencia suya, y no de incapacidad del pupilo, por lo que no ha de tener disculpa para eximirse de la restitucion de lo que haya percibido por razon de enseñanza, y de los daños que se le irroguen, y à su hijo por esta causa. *(Aqui se pondrán los demas pactos que hicieren, y luego la aceptacion del maestro y obligacion, como en la escritura precedente, la cual puede servir de regla al escribano para la ordenacion de esta.)*

TITULO IV.

De la tutela y curaduría.

CAPITULO PRIMERO.

De la tutela.

§. 1. Definicion de la tutela y curaduría.
2. Quienes pueden nombrar tutores por testamento ó contrato en sanidad.
3. Quienes pueden ser nombrados tutores.
4. Las mugeres no pueden ser tutoras, á excepcion de la madre y abuela del pupilo.
5. Esta tutela de la abuela y la madre dura solamente mientras se mantienen viudas.
6. Se entiende lo dicho en el parrafo anterior aun cuando el marido difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela.
7. De la tutela testamentaria.
8. La madre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos y naturales instituyéndolos herederos, y confirmando el juez dicho nombramiento.
9. El abuelo paterno puede dar tutor en los mismos términos á sus nietos, con tal que estos no hayan de recaer en la potestad de su padre.
10. De la tutela legítima.
11. Todos los consanguíneos del pupilo pueden ser obligados á admitir la tutela, excepto la abuela y la madre.
12. Pena del pariente que no quiera admitir la tutela sin causa legítima cuando por derecho le toca.
13. De la tutela dativa.
14. ¿Quienes deben pedir al juez que provea de tutor al pupilo cuando no le tiene?
15. El juez debe discernir las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos, para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes.

1. Como los menores carecen de la experiencia y discernimiento necesarios para saber conducirse, dispusieron las leyes por su propia utilidad, por la del estado y con el objeto

de que siendo huérfanos de padre, no los engañasen ni perjudicasen los mayores, que se les proveyese de personas aptas que cuidasen de las suyas y de sus bienes, á las que se dió el nombre de *tutores y curadores*, ordenando ademas que los tutores se diesen á los pupilos, y los curadores à los púberos ó adultos; y asi dice la ley 1. tit. 16. Part. 6. que la tutela *es guarda, que es dada é otorgada al huérfano libre menor de catorce años, é á la huérfana menor de doce años, que non se puede nin sabe amparar.* Y curador, segun la ley 13 del mismo titulo y Part., es *aquel que dan por guardador á los mayores de catorce años, é menores de veinte y cinco, seyendo en su acuerdo*, de que se deduce que la tutela es lo mismo que guarda y defensa, y tutor lo propio que defensor y guardador de huérfano pupilo, ó menor de catorce años; por lo que este debe recibir por tutor el que se le dé, aunque no lo pida ni quiera, porque se le da principalmente para la custodia y defensa de su persona, y secundariamente para la de sus bienes (1); y como el pupilo no puede obligarse civilmente ni testar, tiene facultad su tutor de celebrar por sí solo á nombre de él los contratos que se ofrezcan y le sean útiles, precediendo para ello las solemnidades legales. Pero el curador se da al huérfano púbero, y tambien à los fatuos, locos y desmemoriados, sin embargo de que estos sean mayores de veinte y cinco años, como lo dice dicha ley 13, á los que se deben agregar los pródigos declarados, que por su prodigalidad y desordenada conducta son reputados por locos; y asi el cuidado del curador se dirige principalmente à la custodia y administracion de los bienes del púbero, y accesoria ó secundariamente à la de su persona. Igualmente se nombran curadores ó defensores à los bienes de los ausentes mucho tiempo de su patria, cuyo paradero se ignora; à los de los cautivos; á los del difunto, cuando está yacente ó sin aceptar su herencia; y á los de otros (2).

2. Los que tienen facultad legal para testar, pueden, aunque sean menores, nombrar en su testamento ú otra última disposicion legítima, ó contrato en sanidad, á los sugetos que les parezca y no tengan prohibicion (ya sean libres ó siervos) por tutores de sus hijos pupilos legítimos, y naturales, nacidos y póstumos, que esten en su poder. Careciendo de ellos, pueden darlos tambien á los huérfanos extraños que instituyen herederos, sino los tienen, cuyo nombramiento deben hacerles para

1 Ley 1. tit. 16. Part. 6.

2 Garcia *de expensis*, cap. 20.

todo, y no para una cosa sola, simplemente ó con condicion, por tiempo determinado ó sin prefijarlo, y con señales claras, que no se dude quien es el nombrado, ni se equivoque ni confunda con otro del propio nombre y apellido, pues si llegasen à confundirse, ninguno de ellos podria ejercer la tutela. Nombrando el testador por tutor de sus hijos à su siervo, no solo lo será, sino que por este nombramiento queda libre, no obstante que no le conceda expresamente la libertad; nada de lo cual sucederá al siervo ageno que sea nombrado (1). Pero de cualquiera de los modos expresados que sea hecho, se ha de seguir invariablemente la voluntad arreglada del testador, y este puede consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produzcan sus bienes, no siendo muy pingües y excesivos à lo que segun su esfera pueda gastar en su educacion y manutencion, en cuyo caso no tiene que dar cuenta de su producto, como asi se practica en la Corte, y con dicha consignacion se discierne el cargo á los nombrados.

3. Asi como todos los que son capaces de testar pueden nombrar tutores; pueden serlo del mismo modo todos, excepto los siguientes: 1.° el menor de veinte y cinco años (lo cual se entiende aun que esté casado, porque la ley habla indistintamente y el matrimonio no le da capacidad para cuidar de otro); y por consiguiente la madre del huérfano, sino los tiene, pues mientras los cumple, debe el juez proveer à este de curador que administre sus bienes (2); 2.° el mudo, sordo, ciego total, loco, fatuo, desmemoriado, y prodigo declarado; 3.° los deudores y acreedores del pupilo, á menos que los nombre el mismo testador, ò lo sean de poca cantidad, ó su madre ó abuela; 4.° el que administra rentas Reales, ínterin no esté solvente de su administracion; 5.° el caballero ó soldado mientras existe empleado en el Real servicio; 6.° el accidentado habitual, é impedido de ejercer la tutela; 7.° los obispos, los monjes y demas religiosos profesos y los clérigos seculares; pero à estos solo se prohibe serlo de los extraños, mas no de sus parientes. Si lo son de estos, han de acudir ante el juez competente dentro de cuatro meses desde que sepan el nombramiento, a aceptar y jurar la tutela (3). Tampoco pueden ser tutores el exco-

1 Leyes 1, 3, 6, 7 y 8. tit. 15. Part. 6. glos. 1. en dicha ley 3. Gutierr. *de tutel.* part 1. cap 6, 10, 11 y 23.

2 Ley fin. Cod. *de legitim. tutorib.* Gutierr. dicha part. 1. cap 7. num 27 hasta el fin. Lara *Compendium vitæ hominis.* cap. 19. num. fin.

3 Leyes 4 y 14. tit. 16 y 2 al fin tit. 17. Part. 6. Authent. *Minoris debitor.* Cod. *qui dare tutor vel curator.* Olea *de cession. jur.* cit. 2. quæst. 6. num. 8.

mulgado de excomunion mayor, el que mudó su condicion, v. gr. si de rico vino à pobre; pues aunque sea nombrado por el padre, no debe confirmarlo el juez; y el fiador del deudor del pupilo (1).

4. El oficio de tutor y curador es público y personal (2), y como las mugeres carecen regularmente del juicio, reflexion, constancia y experiencia que los hombres, las prohibió el derecho ser tutoras, excepto à la madre y abuela del pupilo, à las cuales lo permite, por el entrañable y cordial afecto que profesan naturalmente à sus hijos y nietos; porque respecto que estos han de heredarlas, presume cuidarán mejor que los demas consanguíneos y extraños, de sus personas y bienes; cuyo permiso, aunque sean nombradas en el testamento, se entiende y es con tal que se obliguen à no volverse á casar, mientras tengan la tutela, y renuncien las leyes que prohiben á las mugeres obligarse por otro, á fin de que nadie recele tratar con ellas en negocios peculiares de sus hijos y nietos (3); de cuyas leyes se tratará en su lugar. El padre no puede prohibir à la madre honesta y juiciosa que sea tutora de sus hijos, excepto que les nombre tutor en su testamento, por cuyo solo medio la puede privar de la tutela (4). Tampoco puede gravar al tutor que da á su hijo, à que administre sus bienes con el consejo de persona determinada, à menos que nombre tambien à la madre por tutora, porque no le puede disminuir la potestad que la ley le concede (5).

5. Esta tutela de la madre y abuela dura solamente ínterin se conservan viudas, pues si se casan segunda vez, entre las penas que por esto las estan impuestas, lo es una la de que pierdan al instante que se casen, no solo la tutela legítima, sino la testamentaria, porque en ambas versa identidad de razon (6); y así es nulo todo cuanto practiquen como tales tutoras, porque ya no lo son. Esto procede en tanto grado, que sin embargo de ser dura y muy sensible la separacion de los hijos de la compañía de sus padres (7), ya sea ò no sospechosa la madre ò abuela, se debe sacar no obstante de su poder al pupilo y sus bienes; y son responsables no solo los de ellas sino los del marido con quien respectivamente casen (aunque este no los obligue expresamente), à los desfalcos que por la mala versacion

1 Gutierr. dicha part. 1. cap. 20. num. 6, 23, 27 y 29.
2 Ley 1. Cod. *quando mulier tutel. offic fung' poss.*
3 Ley 4 tit. 16 Part. 6.
4 Lara, dicho cap. 9. num. 16.
5 Ley *Titium et Mævium.* 48 ff *de administrat. tutor.*
6 Ley 5. tit. 6. Part. 6. Gutierr. dicha part. 1. cap. 9 num 16.
7 Ley *Possessionum divisiones.* 11. Cod. *communia utriusque judicii.*

y administracion padezcan los del pupilo; pues el derecho desconfia mucho de la muger que se vuelve á casar, porque suele amar tanto al nuevo marido, que por complacerle se presume que no solo le dará los bienes de sus hijos, sino que olvidándolos enteramente, y degenerando en madrastra, consentirá su muerte (1), como repetidas veces lo acreditó la experiencia. Si estando viudas dicen al juez que quieren casarse, y le hacen que provea de tutor à sus hijos, no recuperarán la tutela, aunque despues de dada á otro muden de parecer, y no se casen (2); ni tampoco aunque casándose, enviuden del marido segundo, sino en subsidio, que es cuando sus hijos no tienen tutor ó no lo pueden tener, ó no es idóneo, y no de otra suerte (3), en cuyo caso las podrá reelegir el juez.

6. Esto se observa aun cuando el difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela; porque en detrimento de tercero, que son los mismos hijos à quienes las leyes quisieron defender, carece de potestad el marido para hacer que su voluntad prevalezca contra lo que justamente estas ordenan (4); por lo que si la madre nunca quiso la tutela, pasará al tutor legítimo mas cercano en grado de consanguinidad que sea idóneo, en caso de no haber otro nombrado por el padre del pupilo. Lo propio sucederá si la aceptó y luego se casó (5); pero si habiéndola aceptado acude el juez diciendo que intenta casarse, y pidiéndole que dé tutor á sus hijos, en este caso será tutor dativo, y preferirá al legítimo (6); y este tutor dativo aun cuando case con ella despues, no perderá la tutela, porque el padrastro bien puede tenerla, si es útil à su hijastro. Lo mismo procederá nombrándolo la madre en dicho caso, ó cuando lo consienten los tutores testamentarios, ó parientes del pupilo, ò el menor púbero capaz le elige por su curador de su motu propio y sin sugestion de su madre, ó el electo por el testador se constituyó de peor condicion y conducta que cuando le nombró (7). Para con el padre nada de lo expuesto milita; y asi aunque se

1 Ley 19 al fin. tit. 16. Part. 6 y 3. tit. 7. lib. 3 del Fuero Real; y ley 1. Cod. *ubi pupillus educari debeat.* Lara, dicho cap. 19. num. 24 y 25.

2 Baez. *de decim. tutor.* cap. 4. num. 52. Gutier. dicha part. 1. y cap. 9. num. 1.

3 Gutierr. ibi num 26 y 27. Rojas Almansa *de incompatibilit.* disp. 3. quæst. 10. num. 57. Lara ibi num. 39.

4 Gomez en la ley 15 de Toro, num. 11 al fin. Acev. en la 3. tit. 1. lib. 5. Recop. num. 5. Matienz. en esta, glos. 2. num. 9.

5 Ley 2. Cod. *qui petant tutores.*

6 Gom. ibi num. 12. Matienz. ibi, num. 11. Gutierr. ibi num. 21. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 16. glos. 3.

7 Ley fin. Cod. *de contrario judicio tutel.* Gutierr. part. 1. cap. 3. num. 78 al 82.

vuelva à casar, no pierde la tutela y administracion de los bienes de sus hijos, porque en él cesa la razon de la prohibicion legal; su ánimo es mas estable y constante que el de la madre, y no está sujeto á esta, como ella á él (1).

7. La tutela es de tres maneras: testamentaria, legítima y dativa (*), y de las mismas tres son por consiguiente los tutores que pueden tener los huérfanos (2). Se llama testamentaria la que en testamento ó en otra última disposicion legítima y perfecta da el testador al impúbero ó pupilo (3), pues no siendo legítima la disposicion, es menester que el juez confirme el nombramiento para que sea válida; y esta tutela es preferente à las otras dos (4). El padre puede dar puramente, á tiempo ó dia cierto, ó con condicion concerniente ó no al acto, uno ó mas tutores consanguíneos ó extraños de los no privados de serlo, no solo á sus hijos legítimos nacidos, aunque los herede, ya esten ó no en su poder, y á los póstumos, sino tambien á los naturales que instituye herederos, ó á quienes lega algunos bienes, y á los extraños que instituye, porque el que nombra al pupilo por heredero, se tiene en lugar de padre; bien que el de los naturales y extraños, para poder ejercer la tutela, debe ser confirmado por el juez (5); de lo que se deduce que siendo legítimos los hijos, no es necesaria esta confirmacion, y que sin ella podrá usar el oficio de tutor el que nombre el padre sin que en su ejercicio se le deba poner impedimento por este defecto, porque ninguna ley ordena la confirmacion judicial en dicho caso, como en todos los demas; bien que lo mejor es que lo confirme, á menos que el testador les confiera la facultad de administrar sin dicha confirmacion, en cuyo caso no será necesaria. Si nombra á la madre y á un extraño juntamente, ambos serán tutores (6); pero al hijo espurio no puede

1 Ley *Generaliter*. Cod. *de Secund. nupt.* y ley fin. Cod. *de bon. matern.* Gutierr. dicho cap. 9. num. 22. Matienz. ibi. num. 10.

* Seria mas propio usar de las palabras *legal y judicial* para designar las especies de tutela conocidas por los jurisconsultos con los nombres de legítima y dativa. Legal es lo que está autorizado por la ley, lo que dimana de ella: legítimo lo que no es contra la ley. Aun tengo por mas impropia la voz *dativa*, pues ni siquiera es castellana. Sin embargo seguiré la nomenclatura del autor en este y otros casos en que convendria variarla por no apartarme del uso comun.

2 Ley 2. tit. 16 Part. 6.

3 El tit. ff. *de testament. tutel.*

4 Ley 1 Cod. *de confirm. tutor.* Bas *Theat. jur.* part. 1. cap. 32. num 5. Valenz. consil. 35 num. 3 y 4.

5 Leyes 3 y 8 tit. 16. Part. 6. ley *Pater* ff. *de testament. tutel.* ley fin. Cod. *de confirm. tutor.* Gutierr. dicha part. 1. cap. 3. num. fin. y cap. 11. num. 1 y 5. Lara, dicho cap 19 num. 19, 29, 52 y 53.

6 Greg. Lop en la ley 4 tit. 16. Part. 6. glos 9. Gutierr. part. 1. dicha, cap. 8 num. 20.

darle tutor en su última disposicion ni de otra forma, porque no es conocido por hijo suyo (1); ni tampoco al natural, cuando nada le deja (2). Advierto sin embargo: lo primero, que cuando el padre natural nombra tutor à los hijos que no estan en su dominio, aunque se lo da inutilmente, debe no obstante ser confirmado por el juez sin inquisicion, excepto que haya causa para no confirmarlo (3). Lo segundo, que no puede gravar al tutor de su hijo à que administre con consejo de otro, excepto que nombre tambien á este por contutor (4); porque carece de facultad para disminuirle la potestad que una vez electo le confiere la ley, é impedir que la disposicion de esta surta su efecto en favor de otro.

8. La madre puede en la propia forma nombrar tutor à sus hijos legítimos, y naturales huérfanos de padre, y debe confirmarlo el juez, no teniendo prohibicion de serlo y siendo en lo demas idóneo, con tal que los instituya sus herederos; pues si únicamente los instituye por legatarios, no se lo deberá nombrar, y si lo nombra, será habido por tutor testamentario en el solo caso de confirmarlo el juez y no de otra suerte (5). Si el padre y la madre naturales dan respectivamente tutor distinto á su hijo, y ambos tutores concurren á la tutela, será preferido cada uno en la administracion de los bienes que el que le nombró dejó al hijo; y si no concurren à un tiempo, administrará el nombrado primero, y no el que lo sea en segundo lugar, porque al que lo tiene no se le debe dar (6). En cuanto à los abuelos maternos y demas ascendientes por esta línea se observará lo que queda expuesto acerca de la madre (7).

9. El abuelo paterno puede dar tutor en los propios términos á sus nietos nacidos y póstumos, con tal que no hayan de recaer en el dominio de su padre (8). Puede tambien el testador que carece de descendientes y descendientes legítimos dar tutor, de cualquiera de los modos expresados en el párrafo 2.°, á los pupilos extraños huérfanos de padre, que instituye herederos, si no lo tienen, pero el nombrado, aunque sea idóneo, no puede

1 Greg Lop. en la ley 8. tit. 16. Part. 6. glos. 1 al fin. Gutierr. dicho cap. 11. num. 2.

2 Ley *Naturales*. 7. ff. *de confirm. tutor.* Gutierr. part. 1. *de tutel.* cap. 4. num 15.

3 Ley 1. y ley *Filio* 6. ff. *de confirm. tutor.* Gutierr. dicha part. 1. y cap. 3. num. 17.

4 Ley *Titium et Mævium*, 18 ff. *de administration tutor.*

5 Ley 6. tit. 16. Part. 6.

6 Angel. en la ley final. Cod. *de confirm. tutor.* Gutierr. part. 1. y cap. 4. dichos. num. 17.

7 Gutierr. ibi num. 11.

8 Ley 3. tit. 16 Part. 6. ley 1. ff. *de testament. tutel.* y § *Permissum.* Institut. *de tutel.*

usar la tutela, sin que preceda discernimiento ó confirmacion del juez, como dejo expuesto (1); y lo mismo sucede al nombrado por el padre en codicilo (2), cuya confirmacion en ningun caso sirve para suplirle sus defectos, sino solamente para autorizarle y darle facultad cumplida y perfecta, à fin de que evacue plenamente su encargo, y no se le oponga la excepcion de ilegitimidad de persona.

10. Tutela legítima se llama la que la ley concede à los parientes del pupilo por falta de la testamentaria (3): de modo que habiendo tutor testamentario, aunque sea extraño, no tiene lugar el legítimo, no obstante que viva la madre del pupilo (4), pues puede preterirla y excluirla el testador, si deja tutor á sus hijos, y no en otros términos; de que se deduce que la madre viuda podrá excluir al abuelo, y elegir á un extraño por tutor de sus hijos, sin que el abuelo pueda agraviarse de la pretericion y exclusion. Los parientes consanguíneos mas cercanos del pupilo por ambas líneas tienen derecho á serlo cuando su padre ó madre no le dejaron persona señalada que le cuidase, ó esta no quiso serlo, y no hay mas nombradas, ò la que lo fue, murió, se ausentó ó faltó por otro motivo, y no en otros términos (5); y asi esta tutela sigue en dichos casos las reglas de la sucesion. Infiérese de esto que la madre sin embargo de que sea espuria, aunque no es preferida á los tutores testamentarios, ya sean parientes del pupilo ó extraños, pero sí al abuelo y abuela paternos, y á todos los demas consanguíneos, y como mas allegada si quiere ser tutora de sus hijos huérfanos, será admitida antes que todos, con tal que siendo espurios, no sea ella ilustre, ni procedan los mismos de dañado ayuntamiento por su parte (6). No queriendo admitir la tutela la madre, ó habiendo fallecido esta, ha de entrar la abuela, si la quiere: y por falta ó voluntad de ambas, debe serlo el pariente que segun la inmediacion de grado tenga derecho á heredarle (7).

11. Todos los parientes pueden ser compelidos à admitir la tutela, excepto la madre y abuela, y la de estas se llama *anòmala*, irregular y extraordinaria, porque es permisiva, y no coac-

1 Ley 8. tit. 16. Part. 6. Gutierr. cap. 4. dicho, num. 12 y sig. y cap. 11. num. fin

2 Ley *Testamento*, 3. ff. *testamentaria tutel* Parlad. different. 14. num. 14.

3 El tit. ff. *de legitim. tutorib.*

4 Gutierr. Partid. 1. *de tutel.* cap. 2. num. 6.

5 Gutierr. ibi num. 7. y cap. 12. num. 4.

6 Gom. en la ley 14 de Toro, num. 10. y sig Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 8. num. 9 al 11.

7 Leyes 4 y 9 tit. 16 Part. 6. y ley *Si plures.* ff. *de legitim. tutorib.* Gutierr. dicho cap. 8. num. 4 al 9. y num. 18. Lara *Compend. vitæ homin.* cap. 19. num. 14 y 15.

tiva, como la de los demas consanguíneos, y por eso se diferencian las dos. Asi es que cuando el pupilo tiene muchos parientes transversales iguales en grado, que carecen de legítima excusa para no admitir la tutela, todos serán tutores y administrarán sus bienes; pero para evitar disturbios entre ellos, deberán elegir entre sí cual ha de ejercerla, y no queriendo, ó no concordando en el que ha de ser, pueden echar suertes; y en su defecto nombrar el juez al que de ellos contemple mas idóneo y dé mayores seguridades, y aquel á quien toque la suerte ó que fuere electo, será el tutor; y lo propio se observará siendo testamentarios, por lo que administrará uno y los demas se tendrán por honorarios (1). Adviértase que entre los consanguíneos transversales no se debe atender à la predileccion de líneas, sino à la mayor utilidad del pupilo, porque la ley no distingue de agnados ni cognados para este caso, y asi son admitidos todos omnímoda é indistintamente, siendo mayores de veinte y cinco años, idóneos, seguros y sin prohibicion legal de ser tutores (2); bien que concurriendo abuelo y abuela maternos, egercerán la tutela igualmente; si fueren madre y abuelo paterno preferirá aquella à este; y concurriendo padre y abuela paterna ó materna, será preferido el padre, el cual, si es natural, preferirá igualmente á la madre natural (3).

12. No queriendo el pariente, á quien por derecho toca la tutela, admitirla, sin tener legítima excusa para ello, ó no pidiendo al juez dentro del año de la muerte del padre del pupilo, que provea á este de tutor, es de su cuenta el daño que por su renuncia y omision se siga al pupilo, aunque no se le interpele, y pierde la sucesion á sus bienes si aquel fallece antes de entrar en la pubertad, ó intestado dentro de esta, y tambien el derecho á la sustitucion pupilar directa, mas no á la oblicua ó fideicomisaria; y lo mismo procede por su culpa ó negligencia en cuidar al pupilo y administrar bien sus bienes (4).

13. Tutela *dativa* es la que à falta de la legítima y de la testamentaría da el juez al pupilo, para que no padezca detrimento

1 Ley 11. tit. 16. Part. 6. et ibi glos. 1. Authent. *de hæredibus abintestato venientib.* cap. fin. collat. 9. Gutierr. cap. 8, y num. 18. dichos, y cap 14. per tot. Lara ibi num. 18 Parlad. differ. 99. num. 7. Montan. *de tutel* cap. 15. num 8.

2 Authent. *de hæredibus*. cit. cap. *Ex his*, y Authent. *Sicut*. Cod. *de legitim tutoríb* Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 2. num. 15.

3 Lara, dicho cap. 19. num. 17. Gutierr. cap. 8. dicho num. 12 al 16.

4 Ley 12. tit. 16. Part 6. Gutierr. *de tutel.* part. 4. cap. 16. num 32. Gom. en la 15 de Toro, num. 18. Tello en la 16. num. 27. Parlad. ibi num. 8.

en su persona y bienes; y asi solo há lugar en dicho caso (1); pero ha de ser dada simplemente, y no con condicion que no concierna al acto, ni á dia cierto, ó desde tal dia, como lo puede ser la testamentaria (2); y la razon es, porque el acto legítimo no admite dia ni condicion, y el hecho del testador en lo que esté defectuoso, puede ser suplido por el juez; pero el de este nadie lo puede suplir sino él mismo, por lo que se requiere que lo ejecute pura y perfectamente (3). Mas si la condicion es anexa al mismo acto de dar la tutela, v. gr. *Si el tutor se obligare á administrar como debe; si afianzare la tutela con toda seguridad* &c., la puede poner el juez en el nombramiento, porque esta no es verdadera condicion, sino prevencion que le hace para que practique lo que se le dice, y que de no practicarlo, no se le discernirá la tutela (4).

14. Los parientes mas cercanos del pupilo deben pedir al juez que le provea de tutor cuando no le tiene, como queda expuesto. En defecto de parientes pueden pedírselo los amigos del pupilo ó él mismo, y por el de unos y otros cualquiera del pueblo en que este viva ó nació ó su padre, ó de aquel en que tiene la mayor parte de sus bienes, ya esté presente ó ausente, y aunque lo contradiga. Y si nadie lo pide, y el juez conoce que está desamparado, puede nombrárselo de oficio en virtud de la potestad que le concede el derecho; y fuera de los tres jueces referidos, ningun otro puede dárselo. Pero si todos se lo nombraren prevalecerá el nombramiento del que constare haberlo hecho primero; y no pudiendo indagarse cual fue, por ser hechos todos en un dia, valdrá el del juez del domicilio del huérfano (5). La práctica es discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaría. Se advierte lo primero, que el nombramiento de tutor al hijo primogénito de Grande compete al Rey ó Magistrado, á quien para hacerlo diere especial comision y facultad (6); bien que al del señor del pueblo en que fallece, puede discernir la tutela y dar tutor el juez de él, porque la jurisdiccion para nombrarlo se puede prorogar de consentimien-

1 Leyes 2 y 12. tit. 16. Part. 6. y el tit. ff. *de tutor et curator*

2 Ley *Muto.* 6. §. *Sub conditione* ff. *de tutor.* Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 11. dicho ñum. 6.

3 Ley *Actus legitimus.* ff. *de regul. jur.* Gutierr. ibi num. 7.

4 Decio en dicha ley *Actus legitimus.* num. 8 y 9. Gutierr. ibi num. 8.

5 Dicha ley 12. tit. 16. Part. 6. Greg. Lop. en ellas glos. 11, 12 y 13. Gutierr. part. 1. cap. 16. *de tutel.* num. 2 al 31. y num. 136 al 140.

6 Ley 17. tit. 1. lib. 6. Nov. Rec. y ley 1. Cod. *de tutor. et curator. ilustr. personar.*

to de las partes (1). Lo segundo, que la tutela se puede discernir en dia de precepto cuando por la ley no se requiere que se confirme con inquisicion ó conocimiento de causa, y en caso de necesidad aunque se requiera este (2).

15. El juez debe discernir ó confirmar las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes, sin que se les oponga la excepcion de ilegitimidad de persona, y no mediando este previo requisito, nada deben hacer, y si lo hacen no valdrá; bien que la madre podrá administrar sin el discernimiento, en lo que se diferencia de los demas tutores testamentarios (3). Se limita esto para con el que nombra el padre á sus hijos legítimos, por la razon expuesta en el párrafo 7, ó para el caso en que el testador ordenó en su testamento ó en otra disposicion válida, que sin decreto judicial pudiese el tutor mezclarse en la administracion, pues en este caso lo podrá practicar sin él, porque el testador puede mandarlo asi (4), y su arreglada voluntad se tiene por ley (5), y debe observarse si no es contra esta, y no en otros términos (6). Es de advertir: lo primero, que aunque siendo muchos los tutores y curadores pueden dividir entre sí la administracion, el derecho de la tutela y curaduría pasa à cada uno por entero, ya sean testamentarios legítimos ó dativos; y asi cuando no está dividida, basta la autoridad de uno en cualquier acto ó negocio, y lo mismo sucede con los curadores *ad litem* para la defensa de algun pleito; mas cuando lo está, se requiere la de aquel à quien pertenece la administracion (7). Y lo segundo, que sin embargo de que el testador los releve de dar cuenta, si administran de propia autoridad sin discernimiento del juez, deberán darla, y no surtirá efecto la relevacion, porque esta se entiende cuando tienen la administracion válida y les compete de derecho, que es cuando la confirma el juez, y no antes ni de otra suerte (8).

1 Parlad. differ. 99. num. 10.

2 Ley *Qui habet.* §. *Quolibet.* ff. *de tutel.* Lara, dicho cap. 9. num. 72.

3 Leyes 4, 6 y 8. tit. 16. Part. 6. ley 4. ff. *de authorit. tutor.* Gutierr. *de tutel.* part 1. cap. 5. num 6. Lara, dicho cap. 19. num. 52 y 53.

4 Ley *Cui eorum*, et ibi glos. 1. ff. *de postuland.* Gutierr. dicho cap. 5. num. 7. al 10.

5 Cap. *Ultima voluntas.* 13. quæst. 2. Authent. *de nuptiis.* cap. 2. vers. *Disponat.*

6 Ley *Testandi.* 13. Cod. *de testam.* Gutierr. part. 1. *de tutel.* cap. 8 num. 94.

7 Ley *Tutela legitim.* §. *Si duo*, y ley *Si plures*, ff. *de legitim. tutor.* Gom. en la 38. de Toro. Lara num. 6. cap. 24. num. 38.

8 Ruin. consil. 70. num. 7. vol. 4. Gutierr. part. 13. *de tutel.* cap. 1. num. 18.

CAPITULO SEGUNDO.

De la curaduría.

§. 1. ¿A que personas se da el curador, y para que efecto?
2. La curaduría legítima no la establece el derecho sino para el furioso ó el mentecato.
3. En los pleitos y actos judiciales ha de intervenir indispensablemente curador.
4. Lo dicho en el párrafo anterior no milita en las causas espirituales y beneficiales.

1. La curaduría es la que se da al varon mayor de catorce años, y à la hembra de doce, que no tienen curador (pues al que lo tiene, no se debe dar otro sin causa), y la que se da al pupilo interinamente, en el único caso de ausencia ó de temporal incapacidad ó impedimento del tutor legítimo ó testamentario que es nombrado solo. Igualmente se da á los mayores de veinte y cinco años que son locos ó desmemoriados, y á los pródigos declarados, que por su prodigalidad y falta de sindéresis se gradúan de locos, por no saberse conducir como sensatos y cuerdos (1). Se diferencia la *tutela* de la *curaduría*: 1.° en que el tutor se da al pupilo solamente: y el curador á este, al que no lo es y á otros que quedan referidos al fin del párrafo primero del capítulo anterior; 2.° en que el tutor se da principalmente para la custodia de la persona del pupilo, y en segundo lugar para la de sus bienes: lo cual es al contrario en el curador; 3.° en que el tutor se da al pupilo, ya lo quiera ó no: pero el curador no se da al púbero, si no lo quiere, á menos que sea para pleitos; 4.° en que el tutor es de tres clases, testamentario, legítimo y dativo; pero el curador es solamente dativo, excepto para el furioso; 5.° en que el tutor se da en testamento: pero el curador regularmente no (2); y 6.° en que el curador se puede dar para un acto ó cosa sola (3): pero el tutor ha de ser para todo, y no para cierta cosa (4), excepto para la aceptacion de herencia, lo

1 Ley 13. tit. 16. Part. 6. Princip. Instit. *de curator.* leyes 15 y 16. ff. *de tutor. et curator. dat.* Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 19. num. 1 al 6.

2 Glos. magna en la ley *Ventri*, 20. ff. *de tutorib. et curator. dat.*

3 Ley *Non tantum.* ff. *de tutor. et curator. dat.* Baez. *de decim. tutor.* cap. 17. num. 3.

4 Ley 1. tit. 16. Part. 6.

cual es especial en este caso (1). Y convienen ambas en que las obligaciones del tutor y curador para utilidad del menor son las mismas sin la mas leve diferencia.

2. La curaduría legítima no la establece el derecho sino para el furioso ó mentecato (2); y siéndolo el padre, sin embargo de que los descendientes carecen de potestad para sustituir ejemplarmente á sus ascendientes, porque ninguna disposicion legal se la confiere, se le puede dar por curador á su hijo, capaz, mayor de veinte y cinco años y de buena conducta, el cual será preferido al extraño (3). No se debe dejar en testamento la curaduría, como queda expuesto; pero si el padre la deja á su hijo, debe confirmarla el juez si le parece apto para evacuar su encargo, y puede ser compelido à admitirlo. Los púberos capaces no estan obligados ni deben ser compelidos á recibir contra su voluntad curador para la administracion de sus bienes y otras cosas, actos y negocios extrajudiciales; ni tampoco puede ser apremiado alguno á admitir la curaduría, excepto que intervenga urgente necesidad de que lo sea el que se nombre (4). No se infiera de lo dicho que los púberos no necesitan absolutamente de curador; que se pueden gobernar, tratar y contratar sin tenerlo; quedar obligados natural y civilmente, y poder ser compelidos como si fueran mayores, sin diferencia; sino que no se les debe precisar ni compeler á que reciban al que se les dé, antes bien lo han de nombrar por sí mismos á su eleccion, y siendo idóneo y cual se requiere para desempeñar la curaduría, debe aprobarlo el juez; de que se deduce que si no quieren que continúen en la curaduría despues que espira la tutela, el tutor ó curador que les dejó su padre en su testamento, podrán nombrar otro, y deberá admitirlo el juez, siendo cual debe ser; pero una vez que lo reciban, pueden ser compelidos à estar bajo de su custodia hasta los veinticinco años, no probando causa legítima para eximirse de ella (5), ya sea por mala versacion ú otro obstáculo de parte del curador, ó por casarse ú obtener venia de la Cámara para gobernarse los púberos teniendo la competente edad. La razon de no darse á estos curador en

1 Ley *Cum in una*. 17. §. *Tutor*. ff. *de appellation*. Gutierr. *de tutel* part. 1. cap. 19. num 9 y 10.

2 Ley *His qui* 12. §. 1. ff. *de tutor. et curator. dat.* y leyes 1. §. 1. y 2. Cod. *de curator furios.*

3 Ley 13. tit. 16. Part. 6.

4 Ley 13. tit. 16. Part. 6 Gutierr. dicho cap. 19. num. 13 al 16. y num. 30. Baez. *de decim.* cap. 16. num. 23. Lara *Compend. vitæ homin.* cap. 24. num. 15 y sig.

5 Greg. Lop. en la ley 13. tit. 16. Part. 6. glos 2. Baez ibi cap. 3. num. 16. Gutierr. dicho cap. 19. num. 18.

testamento, y á los pupilos sí, es porque al modo que estos no pueden testar, ni por consiguiente instituir heredero, por lo que debe heredarlos el que su padre les da en su testamento por medio de la sustitucion pupilar, ó la ley por falta de nombramiento de este; del mismo modo deben recibir y tener por su tutor al que su padre ó la ley les concede; pero el varon y la hembra púberos, como tienen facultad para testar y nombrar heredero, pueden elegir tambien á su arbitrio curador de sus bienes (1). De lo que pueden hacer ó no los menores pupilos y adultos, ya tengan ó no curador, y cuándo será ó no válido el contrato que celebren con su asistencia ó sin ella, se tratará en el cap. 29. tit. 4. del lib. 2.

3. En los pleitos y actos judiciales ha de intervenir indispensablemente curador, el cual ó el tutor, si el menor fuere pupilo (bien que careciendo este de tutor, se le puede proveer de curador para ellos y para otros negocios), deben, y no el menor, personarlos por sí propios y no por procurador: y hallándose imposibilitados de practicarlo, pueden sustituir por su cuenta y riesgo la curaduría, eligiendo procurador que los defienda, y especificando el pleito en el poder que le confieran (2). Los menores púberos deben tambien, ya sean actores ó demandados, y la causa civil ó criminal, nombrar por sí curador *ad litem* que los defienda en ella, y resistiéndose á nombrarlo, puede el juez por su contumacia elegirlo, á fin de que no sea ilusorio y nulo el juicio por falta de persona legítima que comparezca en él, porque el menor no lo es para comparecer por sí, ni en las causas profanas ó temporales puede constituir procurador, por lo que debe hacerlo en su nombre su curador, ó tutor, ó el procurador que estos nombren (3); y el juez puede de oficio dar curador *ad litem* al mayor de veinte y cinco años, que despues de principiado el juicio se volvió loco (4).

4. Lo expuesto en el párrafo anterior no milita en las causas espirituales y beneficiales, en las que se reputan mayores los púberos, y asi en unas y otras, si no tienen padre pueden comparecer por sí en juicio y constituir procurador con especial mandato ó poder para cada una por no ser bastante el ge-

1 Ley *Divus*. §. fin. ff. *qui petant. tutor. vel curator*. Gutierr. cap. 19. cit. num. 29. Parlad. diff. 99. num. 5 y 6.

2 Ley 96. tit. 18. Part. 3. Gutierr. *de tutel*. part. 1. cap. 19. num. 21 al 24.

3 Ley 13. tit. 16. Part. 6. Leyes 2 y 3. Cod. *qui legitimam personam*.

4 Ley *Sancimus neminem* 20 §. *Sed et siquis administr. tutor*. Lara *Compendium vitæ homin*. cap. 24. num. 18.

neral, lo cual no se permite á los pupilos, por lo que estos necesitan quien los represente en ellas (1). Y se advierte lo primero, que el curador *ad litem* pedido simple y generalmente para los pleitos y causas que ocurran al menor, debe ser dado por el juez del pueblo en que este tenga su domicilio, por razon de su orígen ó habitacion (2); pero si el menor lo pide para la que ya está principiada ó movida, lo ha de ser por el que entiende en ella (3). Lo segundo, que puede otorgar y autorizar con su menor las obligaciones y otros contratos de este que se originen por incidencia ó ejecucion del pleito, porque esto no es acto ó cosa nueva ni diversa; y tambien los que sean antecedentes para él, si no tiene tutor ó curador para la administracion de bienes, y no de otra suerte (4); pues el curador para pleitos no es mas que para la defensa del menor en juicio, por lo que ya tenga este ó no curador para la administracion de sus bienes, carece de potestad aquel para autorizar sus contratos, excepto los referidos (y estos en el solo caso de no tener curador para la administracion de sus bienes, porque si lo tiene, debe concurrir, y no el curador *ad litem*); y en cuanto á otros, siempre que el juez le habilite especialmente para ellos con previo y maduro examen y conocimiento de la utilidad ó necesidad por falta del que administra los bienes, y no de otra forma, y el practicar lo contrario es un error clásico, que produce nulidad notoria; lo que tendrá presente el escribano para no admitirlo. Y lo tercero, que el curador para pleitos puede ser removido y revocado en cualquier tiempo, porque se equipara al procurador ó apoderado, lo cual no se puede hacer con el que administra los bienes, ni con el tutor sin causa probada (5), como dejo expuesto.

1 Cap. fin. *de judic.* in 6. Lop. alleg. 70. num. 6. Cardos. *In Prax. judic.* num. 24. Lara, dicho cap. 24. num. 44 al 46.

2 Ley 1. y todo el tit Cod. *de in litem dando tutore vel curatore.*

3 Dicha ley *Sancimus*, §. *Sed et si* cit. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 14. num. 17. vers. *Si vero agatur.*

4 Felin. consil. 16. num. 3. Gracian. *Discept.* cap. 279. num. 5 y 6. y cap. 360. num. 27. Lara, 24 dicho, num. 20 al 24.

5 Ley *Si quis eum* §. *Julianus*, ff. *de procurator* Baez. *de decim.* cap. 17. num. 19. Gutierr. cap. 19 dicho num. 76. Lara cap. 24 cit. num. 28.

CAPITULO TERCERO.

Obligaciones de los tutores ó curadores.

§. 1. Los tutores y curadores para poder desempeñar su encargo deben jurar antes que cumplirán exactamente las obligaciones anexas al mismo.

2. Deben ademas afianzar, aunque sean muy ricos, para la responsabilidad de la tutela ó curaduría.

3. La obligacion de dar fianzas seguras se entiende para con los tutores y curadores legítimos, aunque sean la madre y la abuela.

4. Discernida la tutela y curaduría, han de hacer los tutores y curadores inventario solemne y especifico de los bienes de los menores.

5. Aunque no está prefijado término por el derecho para principiar y concluir dicho inventario, lo han de hacer lo mas pronto que puedan; y si tardaren mucho en ejecutarlo, podrán ser removidos como sospechosos.

6. Si dejaren de hacer el inventario por dolo ó sin causa legítima, deberán satisfacer á los menores el daño ó pérdida que estos prueben habérseles ocasionado.

7. Tambien serán responsables al resarcimiento del daño é interes si ejecutaren mal el inventario, y este daño se probará por el juramento judicial que contra ellos haga la parte interesada.

8. Por el dolo del tutor no há lugar regularmente dicho juramento contra sus herederos.

9. Los tutores y curadores deben dar la correspondiente educacion á los pupilos y alimentarlos de los frutos de su hacienda.

10. No deben vender, trocar, donar, empeñar ni enagenar los bienes raices, ni los muebles preciosos del menor, sino para ciertos gastos indispensables.

1. Ya sean testamentarios, legítimos ó dativos los tutores y curadores, para la administracion de los bienes, deben antes de apoderarse de la persona y bienes del menor, y de que se les discierna la tutela y curaduría, jurar en manos del juez ó del escribano à quien este comisione, y obligarse á que evacuarán fiel y exactamente el oficio ó cargo de tales, cuidando del huérfano y de sus bienes, como deben, llevando cuenta y razon individual, clara y expresiva de todo lo que produzcan estos, y de los verdaderos y efectivos gastos que en su

conservacion y reparos, y en la educacion y alimentos del mismo menor hagan, para darla cuando se les mande con apronto del alcance líquido que contra ellos resulte, sin perjudicarle ni dejarle indefenso, pena de los daños que por su culpa, omision ó negligencia se le irroguen, y tomando para el acierto el competente consejo, en lo que el suyo no baste, de letrados y peritos que puedan y sepan dárselo (1). El curador para pleitos ha de jurar el cumplimiento de lo que le toca (*).

2. Como suele haber tutores y curadores infieles ó negligentes en la administracion de estos cargos (2), estableció el derecho para que el huérfano tenga de que reintegrarse, y no sea defraudado, que no solo juren sino que afiancen, aunque sean muy ricos, la responsabilidad de la tutela y curaduría, así en cuanto al alcance que contra ellos resulte en sus cuentas, como en orden à los daños que por su culpa, omision ó negligencia se le irroguen, obligándose à ello el fiador en subsidio del tutor, hecha previa excusion en los bienes de este: y no afianzando con bastante seguridad, no se les ha de discernir la tutela ó curaduría, es nulo cuanto ejecuten, y se les puede privar de la administracion (3). Advierto que en la recepcion de estas fianzas debe tener el juez mucho cuidado, pues por defecto de esto se da à los menores accion subsidiaria contra él (4); porque lo mismo es admitirlas malas ó insuficientes, que no recibirlas (5); bien que si al tiempo de la recepcion fueren buenas, no tendrá el juez responsabilidad, sin embargo de que los fiadores decaigan despues de fortuna, por no estar obligados á los casos fortuitos, ni debérselos imputar estos, ni tampoco serle gravoso y nocivo su oficio (6). Los curadores para pleitos tambien suelen dar fianzas; pero aunque no las den, no será nulo el acto, porque no administran, ni tienen que hacer inventario ni dar cuenta como los otros (7), por lo que son ligeras y aparentes las que dan.

1 Ley 9 tit. 16. Part. 6. ley *In bonorum.* ff. *de bonor. posses.* Lara *Compend. vitæ homin.* cap. 19. num. 54. al 56 y num. 65. Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 12. num. 31.

* El juramento, obligacion y discernimiento de la curaduría para pleitos, se hallarán en el tratado de particiones entre las diligencias que se practican para formalizar el inventario, por haber puesto Febrero el caso de esta curaduría *ad litem* en un menor interesado en una herencia.

2 Authent. *Ut qui obligatas*, cap. *Quoniam autem.* Montan. *de tutel.* cap. 32. reg. 7. num. 3.

3 Ley 9. tit. 18 Part. 3. ley 9. tit. 16. Part. 6. leyes 2 y 3. Cod. *de tutor. qui satis non dedit.* Gutierr. cap. 12. cit. num. 10 al 19. Castill. *de usufruct.* lib. 1. cap. 3. num. 213.

4 Ley 1. § ultim. y ley *Quod ad hæredem.* ff. *de magistratib. conveniend.*

5 Ley *Quoties* ff. *qui satisdare cogant.* Lara ibi num. 60.

6 Dicha ley 1. §. *Si magistratus.*

7 Lara cap. 24. num. 29 al 31.

3. La obligacion de dar fianzas seguras y saneadas los tutores y curadores para administrar los bienes, que queda referida en el párrafo precedente, se entiende para con los *legítimos*, aunque sean la madre y la abuela; bien que la fianza de estas basta que sea en cuanto puedan, pues por el amor que profesan à sus hijos y nietos, y porque les han de dejar su hacienda (1), presume el derecho que lejos de disiparles su patrimonio, se lo conservarán y aumentarán; por cuyos motivos se las ha de tratar con indulgencia, y no pedirles fianzas tan cuantiosas como á los demas parientes tutores, sino las que buenamente puedan. Lo mismo procede para con los *dativos* que precedida inquisicion y conocimiento, nombra el juez inferior por falta de legítimos, porque en él no reside la suprema potestad que en los tribunales supremos para eximirlos de darlas (2). Pero los *testamentarios* ya sean legítimos ó extraños, y confirmados ó no por el juez no estan obligados à afianzar, porque nuestro derecho y el comun los exime, sin embargo de que sean nombrados en testamento inválido; pues por el hecho de nombrarlos el testador, aprueba su fe y diligencia en el cuidado y administracion de la persona y bienes del huérfano (3); y mucho menos lo estarán si los releva de fianzas, cuya relevacion, aunque nada necesaria, suele ponerse à mayor abundamiento en las últimas disposiciones, y es conveniente para evitar dudas y disputas con ignorantes, por lo que el juez debe ejecutar su voluntad; y lo mismo procede para con el curador dejado en testamento, siendo de probidad y buena conducta, y no de otra suerte. Se limita esto en dos casos: 1.° cuando el tutor es de mala fama y no lo conoce el testador, pues á saberlo no es creible que lo hubiera elegido, y asi no está obligado el juez à seguir su voluntad, para que no sea defraudado el menor, cuya utilidad es la que principalmente debe mirar (4). Y 2.° cuando son nombrados muchos en el testamento, y uno de ellos quiere administrar por sí solo, en cuyo caso está obligado este á dar fianzas á los contutores de la indemnidad del pupilo y de ellos; excepto que el testador le hubiese conferido especialmente la facultad para la administracion (5).

1 Ley *Nihil*. 50. ff. *de bonis libertor.* Lara, dicho cap. 19. num. 70. Gutierr. cap. 12. cit. num. 16.

2 Gutierr. dicho cap. 12. num. 25 al 30.

3 Ley *de creationibus*. 27. Cod. *de episcopali audientia*. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 14 num. 19. al fin. Gutierr. part. 1. *de tutel.* cap. 5. num. 1 al 3. Surd. decis. 91. num. 2.

4 Ley 1. Cod. *de confirm. tutor.* Gutierr. ibi num. 4. Lara, dicho cap. 19. num. 7, 8 y 59.

5 Gutierr. dicha part. 1. cap. 5. num. 5.

4. Los tutores y curadores no solo estan obligados á jurar y dar fianzas, sino tambien à hacer despues de discernida la tutela y curaduría, y no antes, inventario solemne, formal y especifico, ante escribano público y testigos, de todos los bienes muebles, raices, créditos, derechos y acciones correspondientes al menor, à costa de este, sin que sea necesaria la presencia del juez à él, lo cual se entiende sin embargo de que su padre los releve de ejecutarlo, pues no será obedecido (no obstante decir algunos lo contrario), porque cede en detrimento de su hijo, y se da lugar á ocultacion: cuyo inventario tiene tal fuerza, que no se les admite contradiccion, aun en el caso de que pongan en él mas de lo que tenia, y quieran probarlo al tiempo de dar la cuenta de su tutela ó curaduría (1); y no se deben poner los débitos que el menor tiene contra si, sino los que son á su favor.

5. Para principiar y concluir dicho inventario, ningun término les prefine el derecho, y solo manda que lo formalicen lo mas breve que puedan, despues que se les discierna la tutela, y que de esta se les pueda remover por sospechosos, si tardan mucho tiempo en hacerlo, sin tener impedimento justo; pero no les impone otras penas (2). La práctica es entregarles los bienes por inventario antes que empiecen el uso de su oficio, á cuya responsabilidad se obligan en el instrumento que otorgan, y con esta cautela y diligencia se evita todo fraude y sospecha de ocultacion.

6. Si por dolo y no por imposibilidad ni otra causa justa omiten los tutores y curadores la formacion del inventario de los bienes de sus menores deben satisfacer á estos el daño ó pérdida que prueben habérseles irrogado (3); por lo que si algunos animales perecieren, ú otros bienes se deterioraren durante su mora y omision dolosa, estarán obligados á resarcirles su deterioro y pérdida (4). Milita esto mismo no solo cuando à haber hecho el inventario en tiempo debido no hubieran perecido los bienes, sino tambien en el caso contrario; pues sin embargo de que el deudor de especie cierta se exime y liberta de su solucion y entrega, si perece (5); no obstante, si es

1 Leyes 99 y 120. tit. 18. Part. 3. y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real. Gutierr. *de tutel.* part. 2. cap. 1. num. 14, 30 y 35 al 41. y num. 81.

2 Ley 15. tit. 16 Part. 6. ley *Tutores*, et ibi glos. Cod. *de administrat. tutor.* Ayor. *de part.* part. 1. cap. 2. num. 17. Guerreir. *de inventar.* lib. 1. cap. 2. num. 18. Gutierr. *de tutel.* part. 2. cap. 1. num. 10, y 81 al 84.

3 Ley *Tutor, qui repertorium.* ff. *de administrat. tutor.* Ayor. ibi num. 18.

4 Ley *In ratione.* 30. ff. *ad leg. falcid.* Guerreir. ubi proxime, num. 19.

5 Ley *Si ex legati causa* 23. ley *Si homo mortuus*, y ley *Si impossibilis.* ff. *de verbor. oblig.*

moroso, debe satisfacer el precio de ella, aun cuando á haberse inventariado en tiempo legítimo hubiese igualmente perecido (1).

7. Pero aunque en tiempo debido hayan hecho el inventario, si no lo formalizaron con la rectitud, pureza, claridad é individualidad debidas, segun se dirá en el tratado de inventarios y particiones; ó por dolo y sin causa justa, no incluyeron en él todos los bienes y créditos tocantes á sus menores; ó los pusieron tan oscura y confusamente que ni se les puede reconvenir por cosa cierta; serán responsables igualmente al daño è interes, el cual se probará por el juramento judicial que contra ellos haga la parte interesada capaz de jurar, estando cierta de lo que jura y pide, y concurriendo en ella los demas requisitos que explicaré cuando trate del juicio civil ordinario; pues es lo mismo que sino lo hubieran hecho (2). Adviértase ademas que antes de hacer el inventario no pueden administrar ni practicar cosa alguna el tutor ni curador, y si la practican es nula, incurren por derecho en infamia, y se les puede remover por sospechosos (3); bien que la costumbre es aprobar lo que hicieren antes de la formacion del inventario, sin atender á otra cosa mas que á si les está discernido el cargo para tenerlos por partes legítimas.

8. Por el dolo del tutor no há lugar regularmente al juramento contra sus herederos (4); y la razon es, porque no estan obligados sino por lata ó grave culpa cometida en la administracion de la tutela (5); no obstante que los tutores lo estan por la leve (6); pues las acciones penales no se transmiten ni transfieren contra ellos por el delito de su causante, sino lo que se da para perseguir la cosa (7). Pero esto se limita, cuando el pleito se contestó con el tutor; en cuyo caso se puede jurar en juicio contra sus herederos (8). En cuanto á si el testador puede ó no relevar al tutor de dar cuenta de su tutela, y

1 Cardos. *in prax. judic.* verb. *Debitor.* num. 19. Menoch. præs. 438. lib. 5. Vela dissert. 33, num. 39. y 42. Guerreir. ibi num. 20 al 22.

2 Ley 1. ff. *de his qui in testament. delent.* Ayor. ibi num 19 y 21. Lara cap. 19. cit. num. 57. Gutierr. part. 2 y cap. 1. dicho num. 5 al 8 y num. 17 al 19.

3 Ley *Tutor qui repertorium.* cit. ley fin. §. *Illud procul dubio.* Cod. *de arbitr. tutel.* y ley 15. tit. 16. Part. 6. Gutierr. ibi num. 58 y 59.

4 Ley *Alio jur.* y ley final. Cod. *de in litem jurando.* Ayor. ibi num. 20.

5 Ley 1. Cod. *de hæredit. tutor.*

6 Ley *Quidquid*, Cod *de arbitr. tutel.*

7 Ley *Pupillum.* §. *In hæredem.* ff. *de regul. jur.*. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 3. num. 7.

8 Ley 6. tit. 11. Part. 3. Mascard conclus. 411. num. 13. Gutierr. dicho cap. 1. num. 28 Guerreir. *de inventar.* lib. 4. cap. 1. num. 72 y 73.

si valdrá ó no la relajacion y remision, véase á Gutierrez *de tutel.* part. 3. cap. 1. num. 32 al 48. que lo explica bien, y se resuelve por la negativa. Lo que queda explicado acerca del inventario y administracion de bienes de menores que deben hacer sus tutores y curadores, milita para con los administradores de bienes de hospitales, y otros que tienen que dar cuenta; por lo que omito tratar de ellos, como tambien de los prelados eclesiásticos (1).

9. Finalmente los tutores y curadores para administrar haciendo verdadero oficio de padres del menor, deben darle educacion poniéndole con maestros que le enseñen las ciencias, arte ú oficio correspondiente á su calidad, talento y haberes. Deben asimismo alimentarlo de los frutos de su hacienda todo el tiempo que esté á su cuidado, segun lo ordene su padre ó su abuelo, ó el juez en su defecto; darle casa ó habitacion, que será la que su padre le haya destinado, y si no se la señaló, se criará en la de su madre; y no teniendo madre, ó casándose esta, en la que el juez elija, pues no es preciso que esté en la del tutor; pero de ninguna suerte lo ha de ser en la del pariente que puede heredar sus bienes, por la presuncion de que maquine contra su vida por apoderarse de ellos. Habrán tambien de imponer el dinero que tenga, para que produzca y no esté ocioso, ya sea á censo, ó comprando fincas, para que no se les haga cargo de morosidad, pues serán responsables á los intereses que empleado podia rendir; vender los frutos á tiempo oportuno, llevando cuenta de los vendidos en cada uno, y á qué precios; cuidar de su hacienda y administrarla, procurando no solo su conservacion sino su incremento, como si fuera suya propia, ó mejor; dar estado á la pupila, señalándola dote competente (2); y en los negocios y contratos que juntamente con él celebren con tercero, interponer su autoridad para su mayor validacion; mas no si contraen por sí con el mismo menor (3); pues el curador para administrar los bienes carece de potestad para celebrar por sí solo contratos con tercero por su menor, y asi han de intervenir los dos en él; lo que es al contrario en el tutor que se da á su persona, la cual no puede obligarse civilmente en la edad pupilar como en la pubertad, segun se verá cuando se trate de las obligaciones y contratos. Adviértase que

1 Véase á Guerreir *de inventario.*

2 Leyes 16, 17, 19 y 20. tit. 16. Part. 6. Baez. *de decim. tutor.* cap. 2. Gutierr. *de tutel.* part 2. cap. 3, 8, 9 y 11. Lara *Comp. vitæ homin.* cap. 19.

3 Ley 17. tit. 16. Part 6. ley. 1. y ley *Pupillus.* ff. *de authoritat. tutor.*

el tutor que administra despues de la pubertad, está obligado por la accion de voluntario procurador, y no por la tutela (1).

10. No deben vender, trocar, donar, empeñar ni enagenar los bienes raices del menor, ni aun los muebles preciosos, sino que sea para pagar las deudas de su padre, casar otros hijos de este, ú otras cosas indispensables, y aun en este caso con otorgamiento del juez, precedido examen y conocimiento de causa, y de si se le sigue utilidad, ó hay necesidad de practicar algo de lo expuesto (2), ni comprar alhaja alguna suya sino con expresa licencia judicial y consentimiento de los contutores, si los hay, y para utilidad del menor: pues de lo contrario queda á este la reclamacion contra ellos dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad (3); ni tampoco hacer compromiso, transaccion de las causas y negocios claros sin la referida licencia; pero sí de los dudosos (4). Las obligaciones de los tutores y curadores; el modo de dar sus cuentas; qué descargos se deben ó no admitir á estos, y á otros administradores de bienes agenos, y otras cosas, y especies útiles, se pueden ver en los autores que cito (5).

1 Ley *Si tutor post pubertatem*. 13. ff. *de tutel*.

2 Leyes 14. tit. 11. Part. 4. 4. tit. 5 y 8. tit. 13. Part. 5. y 18. tit. 16. Part. 6. Gutierr. part. 2. *de tutel*. cap. 5, 6 y 21.

3 Ley 4. tit 5. Part. 5. y ley 10. tit 12. lib. 10. Nov. Rec., y en ella Matienz. glos. 1 y 2.

4 Gutierr. dicho cap. 5. num. 28 al 31. Hermosill. en la ley 4. tit. 40. Part. 5. per omnes glos.

5 Gutierr. *de tutel*. part. 1. en toda la 2. y en la part. 3. cap. 1. Sigüenza *de claus*. cap. 62. Escobar. *de ratiocin*.

CAPITULO CUARTO.

De los modos de acabarse la tutela y curaduría.

§. 1. Causas porque se acaban la tutela y curaduría.
2. Del tutor y curador sospechoso.
3. Causas porque el tutor y curador pueden ser removidos por sospechosos.
4. Fenecida la edad pupilar no está obligado el tutor á recibir la curaduría, pero debe dar cuentas al menor, y luego que este cumpla veinte y cinco años, se las debe dar su curador.
5. Si el tutor no hubiese dado cuentas ni entregado los bienes y papeles al menor, está obligado en el tiempo de la pubertad á seguir las causas ó negocios conexos con los empezados en la edad pupilar.
6. De las excusas para no admitir la tutela: unas son voluntarias, y otras necesarias.
7. Las excusas deben manifestarse al juez del pueblo ó territorio en donde estuviere hecho el nombramiento, dentro de cincuenta dias al en que tuvieren noticia judicial de él.

1. La tutela y curaduría se acaban por las siguientes causas: 1.ª por cumplir veinte y cinco años de edad el menor, con la diferencia de que la tutela termina á los doce en las hembras, y á los catorce en los varones, y luego entra la curaduría hasta los veinte y cinco; 2.ª por el destierro, cautiverio ó esclavitud y muerte del tutor y curador ó del huérfano; 3.ª por la prohijacion de cualquiera de ellos; 4.ª por cumplirse la condicion y tiempo porque el tutor testamentario fue nombrado; 5.ª por excusas legítimas que el tutor tenga para no admitir ó no continuar en la tutela, ó el curador en la curaduría (1), de las que trataré en los párrafos 6 y 7.

2. Se acaba tambien la tutela y curaduría cuando se remueve al tutor y curador por *sospechoso*; y se llama asi el que usa de fraude en su oficio ó encargo, ó tiene mala conducta, aunque sea acaudalado (2); pero debe tenerse presente: lo primero, que el pobre por solo serlo, no es sospechoso, si tiene buena conducta, lo cual no procede respecto del rico, si la suya es desarre-

1 Ley 21. tit. 16. Part. 6. 2 Dicha ley 21.

glada; pues no obstante su opulencia puede ser acusado y removido de la administracion, aunque ofrezca fianzas, porque estas no le contendrán para que no disipe ni malgaste los bienes del menor, y las mejores fianzas son la buena direccion y las costumbres arregladas. Mientras dura la acusacion se ha de nombrar curador interino al menor, al cual debe el culpable resarcir el daño que le haya irrogado, y por su mala versacion se constituye infame; bien que no incurrirá en infamia, si es acusado solamente de omiso (1). Y lo segundo, que estan obligados á acusarlos la madre, abuela, hermana y ama que crió al menor, cuya obligacion se las impone por razon del mayor afecto que deben profesarle para evitar su daño y procurar su utilidad. Puede acusarlos tambien cualquiera del pueblo, ya sea varon ó hembra, y aun el mismo menor, siendo púbero, con consentimiento de sus parientes, pero no siendo pupilo; y la acusacion se ha de instaurar ante el juez del lugar en que el huerfano tiene sus bienes. No habiendo quien los acuse, y siendo evidentes los perjuicios que le causan, puede el juez de oficio y autoridad propia removerlos, pedirles cuentas, y entre tanto nombrar otro que cuide de él y de su hacienda (2). Ultimamente, los parientes del mismo huérfano por su orden son responsables, en subsidio, de la mala versacion y administracion del tutor y curador, si viéndola ó sabiéndola, no dan cuenta al juez para que se la quite (3).

3. Las causas porque el tutor y curador pueden ser tenidos por *sospechosos*, y por consiguiente removidos de la tutela y curaduría, son estas: por haber sido tutor ó curador de otro huérfano, y malversado su hacienda, ó enseñádole malas costumbres; por haberse descubierto despues de electo que era enemigo del huérfano ó de sus parientes; por decir delante del juez que no tiene que darle de comer, y verificarse ser falso; por no hacer inventario de sus bienes; por no defenderle ni á su persona en juicio y fuera de él; por esconderse, y no querer parecer luego que supo el nombramiento (4); por no hacer de las rentas del huérfano la provision necesaria para alimentarle; por vender ó empeñar sin decreto judicial algunos bienes de los que sin que este preceda, le está prohibido; por

1 Ley 1, 3 y 4. tit. 18 Part 6 Gutierr. *de tutel* part. 2. cap. 18. num 10 al 13. Parlador lib. 2 cap. 12. num. 2.

2 Leyes 2 y 3. tit. 18. Part 6. Gutierr. dicho cap. 18. num. 3 al 23.

3 Ley *Si plures. ff. de administrat. tutor.* Parlador. differ. 99. num 6.

4 Leyes 1. tit. 18. Part. 6. verb. *E las otras sospechas.*

privarle inconsiderablemente de alguna herencia, renunciándola en su nombre; y por otras varias causas (1), por las cuales el tutor y curador pueden ser removidos de la tutela y curaduría, pues su obligacion en orden á cuidar del menor es igual, y lo explicado acerca del uno milita para con el otro. Es de advertir, no obstante, que aunque el tutor dado por el padre sea sospechoso, no se le removerá, si este no lo ignoraba (2); y lo mismo procederá siendo pródigo, aunque el padre no tenga veinte y cinco años (3); pues á tanto llega la presuncion y confianza que la ley tiene en orden á su consejo y amor hácia sus hijos (4); bien que por nueva causa posterior á su muerte, ó ignorada por el padre antes de esta, no debe el juez confirmar el nombramiento de tutor que les haga (5).

4. Fenecida la edad pupilar por haber llegado á la pubertad el huérfano, no está obligado su tutor á recibir la curaduría, ni puede ser compelido á continuar en el cuidado y administracion de sus bienes si no quiere, aunque su padre lo haya nombrado en su testamento (6); pero debe dar cuentas de la tutela al curador que le suceda, y si fuere removido por sospechoso, al que nombre el juez, y luego que el menor cumpla los veinte y cinco años, se las debe dar su curador. A la responsabilidad de los daños que ambos le irroguen, no solo estan obligados sus bienes y los de sus herederos en cuanto lo son, sino tambien los de sus fiadores desde el dia que respectivamente aceptan la tutela y curaduría, hasta que dan cuenta con pago de ella (7); cuyos fiadores, aunque pretendan que el tutor y curador los exoneren de la fianza, no lo conseguirán ni deberán ser oidos, porque esta se constituye por tiempo determinado, cual es el de la tutela y curaduría (8); lo que no militará para con los del censuario, á causa de graduarse de perpetua la contribucion de los réditos, por estar en su libre arbitrio y voluntad la redencion del censo (9). Si los fiadores advierten que el tutor ó

1 Ley *Tutor.* 3. ff. *de suspectis tutorib.*

2 Ley *In confirmando.* 8. y ley *Utilitatem.* 10. ff. *de confirm. tutor.*

3 Ley *Tres tutores.* 55. §. ultim. ff. *de administrat. tutor.*

4 Ley *Si plures.* 3. §. *Quamvis.* 3. ff. *de administrat. tutor.*

5 Ley *Amicissimos.* 36 ff *de excusationib.* Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 3. num. 12 y part. 2. cap. 18. num 2.

6 Ley 3. en las palabras *Otrosí decimos*, tit. 17. Part. 6. Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 21. num. 30. Lara, dicho cap. 19. num. fin.

7 Leyes 23. tit. 13. Part. 5. y 21. tit. 16. Part. 6. Gutierr. part. 2. *de tutel.* cap. 16 y 19. y part. 3. cap. 1. per tot.

8 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 13. num. 10. vers. *Tertio infero.* Lara, cap. 19. cit. num. 64.

9 Censio *de censib.* part. 2. cap. 2. quæst. 1. art. 4. num. 7. Lara ibi.

curador se conduce mal en la administracion de los bienes, para no estar expuestos á sufrir perjuicio, le deben acusar de sospechoso y pedir se le separe de la dicha administracion (1).

5. Si el tutor no ha dado cuenta de su administracion, ni entregado al curador los bienes y papeles que tenia del menor, está obligado en la pubertad á proseguir las causas y cosas conexas con la principiada en la edad pupilar (2); mas no si hubiere dado su cuenta y hecho la entrega (3), excepto que lo pretenda el contrario, y no el púbero (4). Para que no se le pueda compeler á continuar en la tutela y entrar en la curaduría, no solo debe pedir é instar que se dé curador al púbero, sino presentar su cuenta, hacer la entrega referida, y no mezclarse entre tanto en cosa alguna, porque sino se le podrá compeler á la continuacion (5). Asi es que el tutor que despues de la pubertad continúa la administracion, está obligado por la accion de tutela todo el tiempo que administró; pero no si despues de acabada la tutela y curaduría, se mezclare en ella, pues entonces lo estará por la de procurador voluntario (6): ni tampoco lo está su fiador á lo que en este último tiempo practicó espontáneamente, sin tener precision ó necesidad (7).

6. En general todos pueden ser compelidos á admitir el gravoso cargo de la tutela, porque es oficio público y necesario (8); pueden, no obstante, eximirse y excusarse muchos de su admision (9). Las excusas para no admitirla, son de dos clases: *necesarias* y *voluntarias*: las *necesarias* competen á aquellos á quienes el derecho prohibe ser tutores y curadores, los que quedan expresados en los párrafos 3 y 4. cap. 1.; y las *voluntarias* se admiten en juicio por una de tres razones: por privilegio de que goza el nombrado, por impotencia, y por honestidad. Por *privilegio* se pueden excusar de ser tutores y curadores los que tienen ó han tenido cinco hijos varones legítimos vivos, sin embargo de que en la guerra hayan perdido alguno ó algunos de ellos; los comisionados por el Rey, ó por su república durante

1 Parlad. lib. 2. cap. 12.

2 Ley unic. Cod *ut causæ post pubertatem*. Baez. *de decim.* cap. 2. num. 133.

3 Ley *Ita autem*. §. fin. ff. *de administrat. tutor.*

4 Ley *Creditor* §. ultim. ff. *de appellat.*

5 Dicha ley *Ita autem*. §. *Si tutor*. et ibi DD. Gutierr. *de tutel* part. 2. cap. 19. num. 1 al 16. y num. 19 y 20.

6 Ley *Si tutor post pubertatem*. 13. ff. *de tutel. et ration. distrahend.* Gutierr. dicho cap. 19. num. 12.

7 Ley *Lucius*. §. *Paulus*. ff. *de administrat tutor*. Gutierr. cap. 19. cit. num. 2.

8 Ley *Si quis tutor*. ff. *quando appellandum sit*. Gutierr. part. 1. *de tutel* cap. 1. num. 21.

9 Ley 2. tit. 17. Part. 6.

su ausencia, pues restituidos á su patria, se les debe entregar el menor con sus bienes, y hasta que pase un año, contado desde el dia de su regreso, no se les puede obligar á tomar otra tutela, si no la quieren; y los jueces, mientras ejercen la judicatura; á todos los cuales se exime del cargo referido, si se verifica la excusa antes de aceptarlo, mas no despues de aceptado; los maestros públicos de gramática, retórica, filosofía, teología, jurisprudencia ú otra facultad, que se hallen en actual ejercicio en su patria ó fuera de ella; y los caballeros ó soldados que estan sirviendo al Rey (1). Por *impotencia* se puede excusar igualmente el que tiene tres tutelas; pero esta excepcion ó excusa no aprovecha al padre para no admitir la de su hijo (2), y asi aunque tenga las tres, puede ser compelido á su admision, ni al que tiene dos tutelas y una curaduría de bienes juntamente, le puede eximir de la cuarta tutela ó curaduría (3); el muy pobre que ha de vivir precisamente de su personal trabajo; el enfermo habitual, el que no sabe leer ni escribir; y el mayor de setenta años. Y por *honestidad* se puede excusar el que movió pleito al padre del huérfano sobre servidumbre, ó al contrario; el que tiene que demandar á este sobre su herencia ó parte de ella; el que tuvo enemistad con su padre, si no se hallan reconciliados (4); y el marido, pues este por el motivo que da la ley 3. tit. 17. Part. 6. no debe ser nombrado guardador de los bienes de su muger menor, antes sí pedir al juez la provea de otro que no sea sospechoso, porque el menor no se constituye mayor por el matrimonio, para libertarse de tener curador (5), ni para dejar de gozar del beneficio de restitucion, si es perjudicado, bien que en el dia, segun se ha dicho, puede el marido á los diez y ocho años cumplidos administar sus bienes y los de su muger, sin necesitar para ello habilitacion ó venia de la Cámara (6); lo que no podrá hacer siendo soltero, porque necesita tener veinte el varon, y diez y ocho la hembra, y obtener la habilitacion, precediendo los requisitos necesarios, como se dirá en su lugar. Debe excusarse de la curaduría el que despues de contraido matrimonio es dado por curador de su nuera, á fin de

1 Leyes 2 y 3. tit. 17. Part. 6.

2 Ley *Amicissimos.* §. *Lucius.* ff. *de excusat. tutor.*

3 Ley 1. Cod. *qui honore tutelæ se excusant.* Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 17. num. 10.

4 Ley 2. tit. 17. Part. 6.

5 Parlad. lib. 1. *Rer.* cap. 12. Gregor. Lop. en la ley 3. tit. 15. Part. 2. Rodrig. Suar. en la 9. tit. 11. lib. 1. del Fuero. Gutierr. *de tutel* part. 1. cap. 20. num. 34.

6 Ley 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

evitar incurrir en infamia, si administra mal, y es condenado por esto en juicio (1) (*).

7. Para que unos y otros sean relevados, y no compelidos á aceptar el oficio y cargo de tutores y curadores, deben antes de su aceptacion patentizar su excusa al juez en donde estuviere hecho el nombramiento, y pedirle que dé otro tutor ó curador al menor, lo cual han de practicar dentro de cincuenta dias siguientes al en que tuvieron noticia judicial de él, si no dista mas de cien millas del pueblo en que residen (tres de las cuales hacen una legua (2) (**), y por consiguiente las cien componen treinta y tres y un tercio), y excediendo de ellas la distancia, tienen de término un dia mas por cada veinte millas de exceso, y treinta despues de ellos. El expediente acerca de la admision de excusa se debe terminar dentro de cuatro meses contados desde el dia en que se principió el término, y sustanciarse con el curador que se nombre al menor, para que no alegue indefension. El que se sintiere agraviado de la declaracion del juez, puede interponer apelacion en la forma ordinaria. No excusándose dentro de dicho término, es visto haber aceptado el cargo (3). Débese por tanto advertir: 1.° que si el tutor ó curador administra ó consiente que se le confirme la tutela ó curaduría, ninguna excusa le sirve para dejar de ejercerla, excepto que se haga contra su voluntad la confirmacion (4); 2.° que para eximirse del cargo, tampoco aprovecha la de no hallar quien le fie, á menos que con ella concurran circunstancias que lo acrediten (5); 3.° que aunque el recien casado se excuse de su aceptacion pretextando que dentro del año nupcial le liberta de él una ley del antiguo testamento (6), no se le debe admitir esta excusa, por-

1 Ley *Licet.* 17. Cod. *de excusat. tutor.* Gutierr. dict. cap. 20. num. 31. part. 1.

* Como es regular é indispensable que para la remocion y admision de las excusas de los tutores haya conocimiento de causa, se ha de confesar que al juez incumbe discernir si el caso propuesto es absolutamente de ley, reflexionando cuanto resulte del proceso, de conformidad que su determinacion, confirmada por la Superioridad, será firme.

2 Ley 4. tit. 17. Part 6. Gregor. Lop. en ella, glos. 1.

** Real orden de 26 de enero de 1821, circulada en 20 de febrero del mismo año. „Para que la legua corresponda próximamente á lo que en toda España se ha llamado y llama legua, que es el camino que regularmente se anda en una hora, será dicha legua de veinte mil pies, la que se usará en todos los casos en que se trate de ella, sea en caminos reales, en los tribunales, y fuera de ellos." *El pie es el tercio de la vara, y se divide en diez y seis dedos.*

3 Ley 4. tit. 17. Part 6. Gutierr Part. 1. *de tutel.* cap. 21. num. 33 y 34.

4 Ley *Cujus.* ff. *de excusat. tutor.* Gutierr. dicho cap. 21. num. 35.

5 Gutierr. cap. 21. cit. num. 36.

6 Deuteronom. cap. 24.

que los preceptos judiciales y ceremoniales de la Ley escrita, que no son relativos á la moral, estan abolidos por la de Gracia, y no tienen actualmente fuerza de leyes; y asi esto se observará solamente en donde estuviere recibido por costumbre inconcusa (1). Y 4.° que el tutor testamentario que recusa la tutela, pierde el legado y lo demas que el testador le dejó, cuando se conoce que lo hizo porque la admitiese, mas no si aparece que no fue hecho con este motivo, y que por consecuencia no es inherente al cargo de tal (2).

1 Cap. fin. distinct. 6 Parlad. differ. 5. num. 1 y 2. y differ. 99. num. ultim.

2 Gutierr. part. 1. *de tutel.* cap. 22.

CAPITULO QUINTO.

De la décima que han de percibir los tutores y curadores por su administracion.

§. 1. Los tutores y curadores cumpliendo como deben, pueden percibir por sí propios la décima parte de los frutos que produzcan los bienes de los menores.

2. No corresponde décima al tutor ni curador del Rey y otras personas poderosas que tienen rentas pingües, como tampoco á otros que se designan.

3. La décima se entiende de los frutos de todos los bienes, ya existan en los dominios donde les está concedida, ya en territorio donde segun las leyes allí vigentes es gratuita la administracion.

4. La décima se entiende así de los frutos naturales como de los industriales y civiles.

5. No debe exigir décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor.

6. Si estando maduros en el campo los frutos, acabase la tutela ó curaduría pueden el tutor y curador prohibir al menor que se los lleve sin intervencion suya, por la parte que en ellos les corresponde.

7. De la décima no deben deducirse los gastos que el tutor ó curador haga en la administracion de los bienes del menor.

8. De las tierras y demas fincas que producen los frutos naturales han de rebajarse los gastos de su cultivo, diezmos y otros indispensables: y del residuo ha de sacarse la décima.

9. Para la computacion de la décima no han de bajarse las cargas anuales con que estan gravados los bienes del menor.

Escrituras correspondientes á este título.

1.ª Forma de extender los autos de tutela y curaduría.

2.ª Notificacion, aceptacion y juramento del curador.

3.ª Discernimiento de la tutela y curaduría.

1. Segun nuestras leyes los tutores y curadores mientras cumplan como deben, pueden percibir y tomar por sí propios la décima parte de los frutos que produzcan los bienes de sus menores, durante el oficio, y los que recojan ó hayan percibido cuando espire (1). No solo pueden llevarla la madre, hermanos

1 Ley *Qui fundum.* § *Si tutor.* ff. *de usucap.* Leyes 3. tit. 3. lib. 4 del Fuero Juzgo, y 2. tit. 7. lib. 3 del Fuero Real. Gutierr. *de tutel.* part 3. cap. 14. num. 18 y sig. Baez. *de decim. tutor.* cap. 1. Parlad. different. 130. §. 11. num. 8.

y demas consanguíneos del pupilo ó púbero, y los extraños, sino tambien su padre, cuando es su tutor y administra bienes de él, de los que no le concede su usufructo el derecho, porque está obligado á recibir su tutela, aunque tenga otras tres, segun dejo expuesto en el párrafo 6. cap. 4., á sufrir todas las demas cargas que los otros tutores, y asimismo á hacer inventario y dar cuenta como estos; aunque no lo está cuando es su administrador legítimo por derecho y efecto de la patria potestad, pues en este caso hace suyo el usufructo de sus bienes adventicios, por cuyas razones no debe ser de peor condicion que ellos (1), sin embargo de las que expone Baeza (2) para excluirle de su percibo, y que solo deberán tener lugar cuando todos los frutos son necesarios ó no alcanzan para alimentar á su hijo. Esta décima se debe á los tutores y curadores desde el dia en que saben que estan nombrados, siéndolo puramente, y si lo son con condicion, desde el en que esta se verifica, con tal que administren fielmente, y no de otra suerte (3). Tambien deben llevarla el curador del púbero capaz, porque versa idéntidad de razon que en el tutor; el del loco, fatuo ó menteçato y pródigo declarado; el del póstumo, cuyos bienes administró antes y despues de nacer (4); y el hijo nombrado curador de su padre ó madre furiosos (5); porque tienen el propio trabajo, y estan obligados á dar cuentas, aunque este último no tan estrechas como los demas.

2. No corresponde décima al tutor ni curador del Rey, Magnates y otras personas poderosas que tienen rentas pingües; ni al curador de bienes del ausente, cautivo ni difunto, porque se equipara al procurador, al cual no se debe; y asi á todos estos se asigna un salario moderado y proporcionado á su trabajo (6); ni al curador de cierta cosa, porque la ley habla del universal que está obligado á cuidar de la persona y bienes del menor, á hacer inventario de ellos y practicar otros actos útiles á este, á los que no lo está aquel; ni al que ignorando la tutela, administra solamente como amigo, pues se le deberán abonar las expen-

1 Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 4. num. 1 al 8.

2 Baez. *de decim. tutor.* cap. 4. num. 10 y sig.

3 Gutierr. part. 3. dicha, cap. 42. num. 2. Baez. *de decim.* cap. 13 y 33. num. 7 al 13.

4 Escobar. *de ratiocin.* cap. 28. num. 4. al 9. num. 15 al 18. y num. 29 al 36. Gutierr. part. 3. y cap. 3. num. 9. y sig y cap. 17. num. 16. Baez. *de decim.* cap. 3, 4 y 5. y cap. 6. num. 27 al 39.

5 Baez. cap. 4. dicho, num. 31 y sig. Gutierr. part. 3. cap. 4. num. 9 al 11.

6 Lara *Compendium vitæ homin.* cap. 16. num. 20. y cap. 19. num. 74. Gutierr. part. 3. *de tutel* cap. 11, 17 y 21. Baez. ibi cap. 10. num. 9 y fin. y cap. 16. num. 1 al 26 Escobar. ibi num. 37 y 38.

sas útiles, y un salario moderado á arbitrio del juez, ni tampoco al que lo es para pleitos, porque no administra; bien que al de los bienes sitos en algun pueblo, se le deberá de los frutos de ellos, porque en esta parte es contutor (1). En cuanto á si se debe ó no al tutor putativo, al honorario y al que no administra, véanse los autores que cito (2).

3. Los tutores y curadores para administrar no solo deben percibir la décima de los frutos de los bienes que su menor posee en los dominios en donde les está concedida, sino tambien de los que tiene en otros, en los que segun las leyes es gratuita su administracion, y nada les compete por esta; y la razon es porque cuidan y deben dar cuenta de los unos del mismo modo que de los otros; puede extender sus efectos la costumbre de aquí por razon de la persona del menor á cualquiera parte en que esten sitos; y la ley habla general é indistintamente, y se dirige á la cosa ó finca: y cuando el estatuto es real, comprende las mismas sin diferencia de situacion (3). Lo cual procede, ya los fundos patrimoniales den fruto una vez solamente al año, ó dos ó mas, pues de todos pueden exigir por sí propios la décima, porque la ley no la limita á un fruto anual, y la misma razon milita para percibir la del segundo, que para la del primero, y así en todo debe obrar su concesion (4); y procede en tanto grado, que ya los nombre ó no el testador, no puede prohibirles que la perciban, ni gravarles en ella: lo primero, porque el hombre no puede quitar el beneficio concedido por la ley ó costumbre (5); y lo segundo, porque á nadie se debe privar del derecho que le compete, sin que preste su beneplácito y consentimiento (6), ni obligar á que trabaje sin premio ó recompensa, siendo digno de él (7); con la advertencia de que aunque sean muchos los tutores ó curadores, no deben llevar mas que una décima, la cual se ha de repartir entre todos á proporcion de su trabajo, ó segun se convengan (8).

4. No se limita la décima referida á los frutos naturales pro-

1 Gutierr. part. 3. dicha, cap 18. Escobar. cap. 28. cit. num. 14, 24, 25 y 41. Baez. cap. 17. ex num. 5.

2 Baez. *de decim.* cap 6. num. 12. y 13. Escobar. *de ratiocin.* cap. 28. Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap 6, 8 y 13.

3 Ley *Rescripto* al fin ff *de munerib. et honorib.* Baez. *de decim.* cap 34. num. 7 al 9 Gutierr. part. 3. cap. 41 num. 1. al 3. *de tutel.*

4 Baez ibi cap 30. num. 7 al 14. Gutierr. dicha part. 3. cap. 38.

5 Authent. *de nupt.* cap. *Si autem* 33 al fin. collat. 4.

6 Ley 13. tit. 33. Part. 7. ley *Id quod nostrum.* ff. *de regul. jur* Gutierr part. 3. cap 5. num 59. Baez. ibi cap 5. num. 47.

7 Luc. cap. 10. Deuteronom. cap. 25. Apost. 1. ad corinth.

8 Gutierr dicha part. 3. cap. 16. num. 4 al 14.

dúcidos y percibidos por el tutor y curador, mientras subsisten la tutela y curaduría, sino que se amplía á los industriales y civiles, que son réditos, pensiones é intereses de acciones, giro, comercio y negociacion de cualquiera clase que sean. Cuando los frutos que produzcan los bienes del menor apenas alcancen ó no basten para la manutencion de este, no se deberá décima al tutor, segun Gutierrez en el tratado *de tutel.* part. 3. cap. 12., aunque Baeza en el lugar citado defiende lo contrario.

5. No debe exigir décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor (y por tales se entienden no solo los raices, semovientes y muebles, sino los frutos cogidos y separados del suelo al tiempo del fallecimiento del testador, y las deudas, derechos y acciones que tenga á su favor, todos los cuales se deben inventariar en este concepto), porque de ellos no se la concede la ley, sino de los frutos posteriores que cogió y cobró, pues de los réditos y pensiones que no cobró, no se le debe, aunque esten vencidas cuando espira la tutela, porque en la produccion y cobranza de ellas no puso trabajo; y la consignacion que la ley le hace, es por remuneracion y con atencion á esta: ni de los partos de las siervas, porque estos no son frutos sino aumento de su patrimonio, y solo se llaman frutos los que renacen y son aptos para alimentar al hombre, ya sea por su naturaleza, ó empleándolos en algun uso, como el dinero que produce utilidad traficando con él (1), y ademas de esto, porque siendo como es el hombre criatura hecha á imagen y semejanza del Criador (2), seria oprobio el incluirlo y contarlo en el número de los brutos (3); ni del aumento que sobreviene á los predios del menor, porque no es fruto, y porque los tutores y curadores no son mas que unos administradores, y la décima se les debe no como verdaderos usufructuarios y por título lucrativo, sino como acreedores por el oneroso, que es su trabajo; y asi la percibirán solamente de los frutos del aumento. Lo propio milita respecto del tesoro que se halla en la casa ó fundo del menor, porque es aumento de su patrimonio, al modo que lo es de la dote, y no fruto dotal el que se halla en la casa ó predio de la muger casada, por lo que no lo hace suyo su marido. Tampoco ha de percibir décima de lo que se dona al menor, porque no es fruto: ni de lo que este gana con su arte, oficio ó industria, que tampoco

1. Ley *In peculium*, y ley *Itaque*. fin. ff. *de usur.* Baez. ibi cap. 23. num. 4, 7 y 9 al 25. y cap. 24. num. 9 y 10. Gutierr. dicho cap. 30 per tot.
2. Ley *Justissime*. ff *de edilit. act.*
3. Ley 23. tit. 31. Part. 3.

lo es, sino trabajo personal suyo (1): ni de los réditos ilícitos (2): ni de los frutos del beneficio ó capellanía eclesiástica que goza (3); bien que en cuanto á estos si el padre del menor dejó locado el beneficio, podrá el tutor exigir la décima de los frutos que de él recoja (4). Tampoco llevarán la décima íntegra de los frutos maduros, y pensiones pendientes y vencidas cuando empieza la tutela ó curaduría, porque no son frutos, sino parte integral de las fincas que los producen: pero percibirán á prorata segun su trabajo; porque aunque se llaman y parece son parte de ellas, esto se entiende hablando impropiamente. Lo mismo procede con los frutos naturales que estaban pendientes y mostrados al tiempo que la tutela ó curaduría (5) espiraron, si aquellos se cogieron despues de acabada, y solo se prorateará segun su trabajo, deducidas todas las expensas, inclusas las de recoleccion, porque por este algun premio merecen, y es justo dárselo; y el mismo prorateo se hará cuando mueren antes que cumpla ó espire el año, por no ser razonable que despues de haber administrado, y sido responsables con sus herederos y fiadores á las resultas de la tutela y curaduría, se quede sin remuneracion su trabajo, por el mero y accidental acaso de acabarse la tutela ó morir antes que coger dichos frutos; y con las utilidades que produzca la industria, v. gr. una ferrería, pues si el hierro está en perfecta disposicion de venderse cuando espira la tutela ó curaduría, se les deberá la décima íntegra de lo líquido de su valor, bajados previamente los gastos de compra de la vena, carbon, jornales de operarios, y demas cosas sin las que no se puede hacer el hierro, porque el importe de todas es fondo ó caudal del menor, del que corresponde; y si no está en perfecta disposicion, se hará un prorateo prudencial y equitativo, atendido el trabajo puesto. En cuanto á si de las canteras y minerales de donde se extraen piedras y metales; de los exemplares que se sacan de los protocolos, de los bosques de donde se cortan árboles, y de otras cosas que no renacen por su naturaleza, deberán ó no percibir décima los tutores y curadores, véanse los autores que cito (6).

6. Si estando maduros en el campo y separados ó no del

1 Baez. *de decim.* cap. 24. num. 4 al 11. y num. 18 hasta el fin. Gutierr. part. 3. *de tutel.* cap. 25 y 30.

2 Gutierr. ibi cap. 31.

3 Baez. dicho cap. 24. num. 1 al 3. Gutierr. cap. 32

4 Parlad. diff. 130. §. 11. num. 5 y 6.

5 Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 15. num. 1. Escobar. *de ratiocin.* cap. 3. num. 22 al 26. Gutierr. dicha part. 3. cap. 36. num. 23 y fin. y cap. 41.

6 Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 25 y 27. Baez. *de decim.* cap. 25.

suelo los frutos espirare la tutela, puede el tutor prohibir al menor ó al curador de este, que los lleven y se cojan sin su intervencion (1), pues el que tiene parte en el fruto por razon de décima, parece tenerla en el fundo ó cosa que lo produce. Y si el menor, ya mayor, no quiere darla á su curador, puede este retener los bienes que tenga de aquel hasta que se la pague (2). Advierto lo primero, que si el tutor y curador son acreedores del menor por alguna cantidad, pueden reintegrarse de ella por sí mismos en dinero ó en bienes muebles (3); pero si quieren tomar en pago bienes inmuebles ha de ser observando las solemnidades que en la venta de los de menores se requieren, y de otra suerte no valdrá (4), porque la dacion en pago se estima por venta, y se subroga en su lugar (5). Y lo segundo, que la décima se ha de pagar en los mismos frutos, pues no basta ofrecer su estimacion, si existen (6), y no sacarse precisamente de cada cosa, sino á arbitrio de buen varon, atendiendo á su cualidad y á si admite ó no division cómoda, de modo que sea de bueno, malo y mediano; pues cuando por disposicion del hombre ó de la ley se debe alguna cuota, se ha de deducir en los términos expresados (7).

7. De la décima referida no se deben deducir las expensas ó gastos que el tutor y curador hagan en la administracion de los bienes de su menor, porque de deducirse ó compensarse con ella las pagarian de su propio trabajo, y no la percibirian íntegra, lo que no manda ninguna ley, antes bien la del Fuero Juzgo citada, prosiguiendo dice: *E si algunas despensas ficier por los negocios de lo so por los hermanos, móstrelo ante el juez, é cóbrelo de lo de sos hermanos comonalmente:* lo cual se entiende, aunque por ser labradores cultiven con sus manos y por su cuenta las fincas ó predios tutelares, pues pueden cobrar y deducir su trabajo por el cultivo, porque una cosa es labrarlas por sí, y otra muy diversa administrarlas: la décima se les concede por su administracion, y no por las labores del cultivo, por el que cualquiera les pagaria las que hiciese en las suyas (8); y los frutos se entienden de lo que sobra; deducidos previamen-

1 Ley 2. Cod. *quando et quibus quarta pars debeat.*

2 Ley 1. § *Præterea* ff. *de contrar. et utili action. tut* Baez. cap. 31. *de decim.* Gutierr. part. 3 dicho cap. 39.

3 Ley *Quoties* § *Sicut.* ff. *de administrat. tutor.*

4 Ley *Magis puto.* ff *de rebus cor.* ley *Si prædium* Cod. *de prædiis minor.*

5 Ley *Si prædium.* Cod. *de eviction.*

6 Baez. *de decim* cap. 32. num. 2 al 16. Gutierr. part. 3. *de tutel.* cap. 40 num. 3.

7 Dicha ley 2 Cod. *quando et quibus quarta pars.* Gutierr. cap. 40. cit. num. fin. Baez dicho cap. 32. num. 7. Escobar. *de ratiocin.* cap. 20. num. 1 al 7

8 Baez dicho cap. 21. num. 15 al 25. y cap. 29. num. 1 al 6.

te los gastos (1). Pero no podrán cobrar, ni deducir las que hicieron en ir á aceptar la tutela fuera de su pueblo, porque son inherentes y anexas al mismo oficio, y las hacen por coaccion de la ley; ni de las que satisficieron al sugeto ó sugetos de quienes se valieron para la administracion, pues deben pagarles su trabajo de su décima, ó practicarlo por sí; porque de lo contrario seria gravado injustamente con ellas el menor (2): ni tampoco los gastos de caballería y alimentos de sus personas hechos en ir lejos á cobrar las rentas ó evacuar otros negocios de su menor, porque tienen salario por ello, que es la décima, lo cual no sucederá al tutor, curador ni á otro administrador que no lo tenga señalado, pues estos pueden exigirlos (3).

8. De las tierras, viñas, olivares, huertas y demas fincas que se labran y cultivan de cuenta del menor, y que dan los frutos que se llaman naturales, se deben bajar los gastos del cultivo, como siembra, cava, poda, recoleccion y demas regulares, hechos cada uno segun la costumbre del pueblo, y tambien el diezmo que se paga á Dios; y de los ganados el costo de criarlos y mantenerlos, incluso el salario de los pastores (porque todos estos gastos son capital del menor); y del residuo que es el fruto, ha de sacar el tutor una décima parte para si, y las nueve restantes para el menor. En las casas y otros edificios se han de bajar los reparos menores indispensables para su habitacion y pago de alquileres y rentas, sin cuyos reparos no habria quien las alquilase ni habitase; pues todo se llama y es fruto, lucro y utilidad lo que queda deducidos los gastos, y de esto es de lo que la ley le concede la décima (4); y haciendo de este modo la deduccion, contribuyen ambos á prorata, como que el uno pone el capital y el otro su trabajo. En los artefactos industriales, como la ferrería, que en el párrafo 5.° puse por ejemplo, se han de bajar los gastos de compra de primeras materias, jornales de operarios, conduccion y demas cosas necesarias, sin las que no puede conseguirse ni verificarse lo que se intenta, porque todo esto es caudal del menor, ó de quien por él lo haya suplido, y no fruto ni producto. Si para continuar, sostener ó aumentar el tráfico, comercio ó industria, buscó dinero el tutor, se ha de deducir

1 Ley *Fructus*. ff. *solut. matrim.* ley 1, Cod. *de fruct. et litis. expens.* y ley *Quod in fructus*. 46. ff. *de usur.* Gutierr. part. 3. dicha, cap 37. num. 2 al 4.

2 Ley *Nesennius*. ff. *de negot. gest.* Baez. dicho cap. 24. num. 26 y 27.

3 Ley 1. §. *Si pupillis*, y §. *Item sumptus*. ff. *de tutel. et rationib.* Parlad. differ. 130. §. 11 num. final. Garcia *de expens.* cap. 20. num. 15. Gutierr. part. 3. dicha, cap. 2. num. ult.

4 Ley *Si aparte*. §. penult. ff. *de hæreditat. petit.* Gutierr. dicha part. 3, cap. 37.

ante todas cosas como caudal ageno, y tambien los intereses pagados y que se deban de él, segun lo pactado con su dueño; porque este dinero contribuyó al mayor lucro y utilidad del tráfico ò negocio, ò por lo menos á su conservacion; y de no deducirse antes resultaria que el tutor se utilizaba del caudal que no era de su menor, y que este pagaba no solo la décima sino los intereses integros, en lo que se le irrogaba detrimento: lo propio milita cuando el tutor acredita que lo suplió y fue necesario, y que no se hallaba reintegrado, porque ninguna ley le obliga á suplirlo. No se han de bajar los gastos hechos en los reparos mayores de las casas y demas edificios (cuya regulacion de si son mayores ò menores queda à arbitrio del juez (1), atendidos su importe, los fines de su ejecucion, y el estilo y costumbre del pais), porque aunque se debe ejecutar de sus alquileres y productos, se dirigen principalmente dichos gastos de reparos á la duracion y utilidad de los edificios y de su dueño (2); y de practicarse esta deduccion se seguia que el tutor ó curador contribuia con su trabajo y pérdida de lo que merecia por él, á las mejoras è incremento de los bienes de su menor, á las que no está obligado, sino solo á su conservacion.

9. Por lo respectivo á si se han de bajar tambien ó no las cargas anuales con que los bienes del menor estan gravados, discordan los autores. Unos dicen que sí (3), fundándose en que el importe de ellas es cosa agena, y la décima se ha de exigir de lo líquido de los frutos que, pagadas, percibe y hace suyo el menor para sus alimentos, porque esto es lo que aprovecha de ellos, de los que y no de los demas se la concede la ley. Pero sin embargo la opinion contraria es la corriente, y la que he visto practicar siempre: lo primero, porque ninguna ley dice que para entenderse frutos, y serlo, se han de deducir las cargas, sino los gastos (4); y la del fuero concede indistintamente al tutor la décima de los frutos, sin hablar de cargas. Lo segundo, porque las cargas de las fincas y los gastos de los frutos se diferencian mucho, y no debe sacarse consecuencia de unas cosas para otras diversas y separadas (5). Lo tercero, porque el tutor res-

1 Garcia *de expens.* cap. 11. num. 16. y cap. 20. num. 23. Gutierr. dicha part. 3. cap. 1. num. 157. Baez. cap. 21. cit. num. 28.

2 Gutierr. dicho cap. 37. num. 6. Menoch. cons. 64. num. 32. lib. 1. Paris cons. 94. num. 25. lib. 2.

3 Baez. *de decima tutor* cap. 27. num. 9. y sig. y Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 34.

4 Ley *Quod in fructibus.* ff. *de usur.*

5 Ley final. ff. *de calumn.* y cap. 2. de *translat. prælat.*

pecto de la décima se asemeja al usufructuario, el cual percibe integramente los frutos de la finca sin deduccion de cargas, porque no le toca su solucion, sino al dueño (1). Lo cuarto, porque no solo trabaja para recoger los frutos líquidos que ha de percibir el menor, sino aquellos de que se han de pagar las cargas, y tiene este mayor trabajo, y el de satisfacerlas; y seria injusto que despues de aumentársele este, se le minorase el premio; pues las cosas que sirven para el aumento no deben ser causa del decremento (2). Lo quinto, porque por su trabajo se estima como acreedor: es asi que cuando hay bienes suficientes del deudor para pagar á todos sus acreedores, no se disminuye el rédito del uno por el del otro: luego tampoco debe disminuirse la décima. Lo sexto, porque si el menor fuera mayor, y administrara, tendria el trabajo de la administracion, y las pagaria como obligado, por ser inseparables de los mismos bienes mientras no se liberten: y pues no lo tiene, antes bien el tutor trabaja por él, y merece compensacion por el suyo, debe satisfacerlas, y á este su décima, que es lo que por él le señala la ley. Lo mismo procede con los gastos de pleitos, derechos de cartas de pago y otros semejantes, que son indispensables para defender su hacienda, exaccion y cobranza de sus rentas y productos, como lo he visto declarado en juicio. Lo cual se limita cuando el menor tiene que pagar cada año alguna cuota de los mismos frutos (3): pues en este caso se deducirá la cuota antes que la décima del tutor, porque no es del menor. Lo que queda explicado acerca del premio de los tutores y curadores, y deduccion de gastos, milita para con los administradores, á quienes por no estar asignado salario, se abona la décima de lo que cobran; pues se gobiernan por las mismas reglas, á falta de ley especial que de ellos trate, no obstante no tener mas que el trabajo de administrar, ni por consiguiente igual responsabilidad y cuidado de persona alguna; excepto que en la asignacion de la décima, ó en el poder, se le conceda facultad especifica para exigirla de todo lo que cobren y produzcan los bienes, pues en este caso nada tendrán que bajar para su deduccion, y todas las expensas mayores y menores serán de cuenta del dueño, porque asi lo quiere (4).

1 Ley *Qui concubinam*, §. *Qui artes*, ff. *de legatis*. 3.

2 Clementin. *Exivi de Paradis*.

3 Escobar. *de ratiocin.* cap. 30. num. 20.

4 Sobre todo lo explicado véase á Baeza *de decima tutori jure hispanico præstanda*, á Gutierr. *de tutel.* part. 3. y á Escovar. *de ratiocin.* cap. 27. hasta el 30, ambos inclusos.

Escrituras.

1.ª FORMA DE EXTENDER LOS AUTOS DE TUTELA Y CURADURÍA DE BIENES.

PEDIMENTO.

María Fernandez, viuda de Antonio Albarez, vecino que fue de esta villa, ante Vm., como mas haya lugar, digo: que el expresado mi marido falleció tal dia, bajo del testamento que otorgó ante F., escribano Real, en el que instituyó por sus herederos á José y Antonio Albarez, nuestros hijos, procreados en nuestro matrimonio, que se hallan en la edad pupilar, y por una de sus cláusulas me nombró por tutora y curadora de las personas y bienes de ambos, relevada de fianzas, segun se acredita del testimonio que presento: en cuya atencion, á Vm. suplico se sirva haberlo por presentado, y por lo que resulta de la cláusula en él inserta, discernirme el cargo de tal tutora y curadora con la expresada relevacion, y mandar se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo; pues es justicia que pido, y para ello &c. = María Fernandez.

AUTO.

Por presentado el testimonio que se refiere, y por lo que de él resulta, se aprueba el nombramiento con relevacion de fianza hecho por Antonio Albarez en esta parte de tutora y curadora de los bienes de José y Antonio Albarez, menores, hijos de ambos: notifíquesela, acepte, jure y se obligue, y hecho se traiga para discernirla el cargo. El señor Don F., corregidor de esta villa de tal, lo mandó, á tantos &c.

2.ª NOTIFICACION, ACEPTACION, JURAMENTO Y OBLIGACION DE LA CURADORA.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano hice notorio el auto anterior á María Fernandez en él contenida en su persona, y enterada, dijo: acepta el cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Albarez sus hijos, menores, procreados en su matrimonio con Antonio Albarez su difunto marido; y bajo del juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga á usarlo bien y fielmente, y á que cuidará, educará y enseñará á

dichos sus hijos, y administrará sus bienes como debe, arrendando los raices á las personas por los tiempos y precios que les sean mas útiles y ventajosos, y los defenderá en todos los pleitos que se les muevan ó necesiten promover con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas y seculares, practicando en su razon las diligencias conducentes; y para la mejor direccion y acierto tomará parecer y consejo de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dársele, á fin de que ningun daño se irrogue á los menores ni á sus bienes por su culpa, omision ó negligencia: tendrá libro de cuenta y razon de su administracion, para darla con pago siempre que se le mande: y hará todo lo demas á que un buen tutor y curador de bienes está obligado, y lo mismo que los menores practicarian por sí mismos, si tuvieran la edad competente para gobernarse: á todo lo cual se obliga con sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros, da amplio poder al señor Corregidor, que es y fuere de esta villa, y á los demas señores Jueces que de esta causa deban conocer conforme á derecho, para que á todo la compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe; renuncia las leyes y fueros de su favor; y asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

Nota. Si el tutor ú curador de bienes fuese electo de oficio del juez, ó el curador propuesto por los menores púberos, debe afianzar á satisfaccion del mismo juez. De las fianzas que presenta el tutor ó curador, conviene dar traslado al curador *ad litem*, si lo hay, para que oyéndolo el juez, las apruebe, y no quede en descubierto el escribano; pues de recibirlas este sin preceder dicho requisito, puede quedar responsable, porque es visto recibirlas por su cuenta y riesgo; y de practicarse lo expuesto, lo quedan el juez y el curador para pleitos, bien que el derecho impone solamente la responsabilidad al juez; pero lo que abunda no daña. Prevengo lo primero, que las fianzas se han de proponer por pedimento, y obligarse el fiador en la aceptacion y juramento, ó en instrumento separado. Y lo segundo, que en la obligacion anterior no puse renunciacion de las leyes del Emperador Justiniano, Senadoconsulto Veleyano, Toro, Madrid, Partida y otras, que los escribanos ignorantes ponen en todos los contratos de mugeres indistintamente, porque no vienen al caso ni favorecen á la muger libre y capaz que por sí misma se gobierna, y constituye la obligacion por su hecho pro-

pio como principal, siéndolo realmente, lo cual advierto al escribano para que no incurra en errores, como hasta ahora lo han hecho todos.

3.ª DISCERNIMIENTO DE LA TUTELA Y CURADURÍA DE BIENES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor Don F., corregidor &c., habiendo visto la aceptacion, juramento y obligacion precedentes, dijo: discernia y discierne á María Fernandez, viuda de Antonio Albarez, el oficio y cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Albarez, menores, sus hijos, y la confiere amplio poder para que mientras subsista viuda, los gobierne, alimente, eduque y enseñe, poniéndolos con maestros que lo practiquen en lo que por sí no pueda instruirlos: administre sus bienes, arrendando los raices á las personas por los tiempos, precios y con los pactos que estipulare y sean mas útiles y cómodos á los referidos menores; y fenecidos unos arrendamientos, haga otros de nuevo, conservando á los inquilinos y colonos, ò despojándolos siempre que haya causa legal para ello; y formalice las escrituras de arrendamiento y su prorogacion con las cláusulas y estabilidades congruentes. Para que pida y tome cuentas á los que deban darlas à los menores, las que estando arregladas, consienta y apruebe, y si contuvieren agravios, los exponga y aclare hasta que queden sin el mas leve. Para que perciba y cobre de su Magestad (que Dios guarde) y de sus tesoreros y demas personas, todas las cantidades de maravedis, granos, aceites, vino, lana, seda y otras especies y semillas que toquen á los menores, y deban percibir por escrituras, arrendamientos, vales, cuentas, transacciones, compromisos, sentencias, letras, sueldos, propinas, censos, juros, efectos, consignaciones, legados, herencias, cesiones, lastos, y por otra cualquier causa, motivo ó razon, sin reservacion ni limitacion, aunque aqui no se exprese; y de lo que percibiere y cobrare, formalice á favor de ellos recibos, cartas de pago y demas resguardos que les convengan, y lastos á los que pagaren, por otros, como sus fiadores ó mancomunados. Para que otorgue redenciones, y subrogaciones de los censos que pertenezcan à los menores, percibiendo sus capitales, y volviéndolos á imponer sobre fincas libres productivas, seguras y saneadas, de modo que no perezcan. Para que defienda á los expresados menores y á sus bienes en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tengan, y en lo sucesi-

vó se les ofrezcan con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas y seculares de todos estados y dignidades, siendo autores ó demandados, á cuyo fin comparezca en juicio, y presente pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, pidiendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones, juramentos, y presentando alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, de letras y de firmas, y nombramientos de peritos para ellas y para otras cosas, y reconocimientos que se ofrezcan: forme artículos, é introduzca recursos, los que prosiga ó se aparte de su prosecucion: decline jurisdiccion de los jueces incompetentes: acuse rebeldías: pretenda y goce ó renuncie términos y prorogaciones de ellos: redarguya de falsos, civil y criminalmente los instrumentos que produjeren los colitigantes: tache y contradiga todo lo que por estos se presentare, dijere y alegare: concluya, oiga actos y sentencias interlocutorias y definitivas; consienta las favorables, y apele y suplique de las gravosas y perjudiciales: gane Reales provisiones, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos, los que haga leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan: y últimamente haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que conduzcan hasta conseguir plenamente cuanto solicite á beneficio de los enunciados menores, y ejecutoria con ejecucion de ella, y las que estos, si fueran mayores, practicarian por sí sin excepcion; y en lo que su consejo no baste, lo tomará de letrados y personas de ciencia y conciencia, que sepan dársele; y tendrá libro de cuenta y razon con cargo y data, para darla siempre que se le pida, pues para todo lo expresado y lo incidente y anejo le confiere el prenotado señor Corregidor el mas amplio y eficaz poder con libre, franca y general administracion, y facultad de que pueda sustituir por su cuenta y riesgo esta curaduría, ó en virtud de ella conferir poderes especiales para las cosas en que por sí misma no pueda intervenir, revocar los sustitutos y apoderados, y elegir otros las veces que quisiere; y á todo cuanto practique por sí ó por medio de sus apoderados y sustitutos en utilidad de los nominados sus hijos, interpone su Merced la autoridad de su oficio, cuanto puede y há lugar en derecho, á fin de que tenga mayor validacion, y manda que de este discernimiento se la den los testimonios que pida, y que es-

tos autos se protocolicen en los registros de mi el presente escribano, y lo firma, de que doy fe.=

Nota. El discernimiento de tutela ó curaduría de bienes, es un poder que el juez confiere al curador ó tutor, para gobernar y cuidar de las personas de los menores y sus bienes, y defenderles en juicio, y asi es mucho mas que el curador *ad litem*, que solo es para los pleitos, y habiendo curador de bienes, es superfluo el para pleitos, sino que sea en los casos en que aquel es interesado con el menor; v. gr. en la particion de bienes hereditarios, ó en los de cuentas de su encargo, y mala versacion de él, sino hay otro tutor ó curador de bienes, y en otros semejantes, pues entonces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el tutor ó curador de bienes es parte y colitigante con este, y no puede hacer por él contra sí; pero para todo lo demas puede verificarlo y sustituir la curaduría, ò dar poder á quien en su nombre lo practique todo, sin necesidad de gravar al menor con dietas ó salarios ociosos del curador para pleitos, excepto en los casos expresados, como dejo expuesto. Los autos de esta curaduría deben protocolarse como los instrumentos, porque á la verdad lo son, y pueden tener tracto sucesivo por los que en su virtud se formalicen, al modo que la curaduria para pleitos queda con ellos, por limitarse á lo judicial.

Otra. Si el menor posee algun oficio, v. gr. de escribano, procurador &c., que por su menor edad no puede ejercer, se ha de conceder facultad al tutor ó curador de bienes, para que durante ella nombre quien lo sirva; pues al menor y muger no se despachan títulos en sus cabezas, por estar impedidos de servirlos. Si goza patronatos eclesiásticos, y tiene beneficios ò capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su presentacion hasta que cumpla los siete años, y pasados, para que concurra á hacerla con el mismo menor, ò la apruebe, pues la que haga sin este, no sirve porque en cumpliendo los siete años, puede hacerla por sí y comparecer en juicio sin autoridad del curador para las cosas beneficiales y espirituales. Y si el menor llegó á la pubertad, no tiene potestad el tutor para presentar sin consentimiento, porque los tutores no se dan á los menores para los negocios espirituales y eclesiásticos, ni en esto dependen de ellos.

TITULO V.

De los oficios públicos, y de las renunciaciones de ellos.

CAPITULO PRIMERO.

De los oficios públicos enagenables.

§. 1. Los oficios públicos son de privativa regalía del Soberano.
2. Cuando el Rey vende los oficios públicos, transfiere al comprador el dominio de ellos.
3. Necesitándose para el desempeño de algun oficio público la correspondiente idoneidad, debe sacarse el título que la acredite en el sugeto.
4. Debe pagarse ademas la media anata para ejercer el oficio.
5. En los oficios públicos pueden distinguirse dos especies de dominio.
6. Muerto el dueño de un oficio, no se divide este entre sus herederos en cuanto á su uso y ejercicio.
7. Cuando el Rey da en administracion algunos de estos oficios, la merced se entiende respecto de los emolumentos, mas no en cuanto à la facultad de ejercer.
8. Concediendo el Rey privilegio perpetuo, ó por juro de heredad, de algun oficio, cada sucesor es un administrador nuevo que necesita de nuevo título para administrar.
9. Circunstancias que se requieren para que sea válida la renuncia de un oficio.
10. Los oficios públicos no pueden vincularse sin expreso Real permiso.
11. Si podrán pasar ante un mismo escribano las escrituras de renuncia, en caso de verificarse esta.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1.ª Nombramiento de teniente de regidor y alferez mayor.
2.ª Renuncia de oficio de escribano.

Apéndice á este capitulo.

Real cédula de 13 de noviembre de 1817, relativa à los oficios enagenados de la Corona.

1. Los oficios públicos son de privativa regalía del Soberano, y le pertenecen en propiedad, pudiendo por consecuen-

cia disponer de ellos à su arbitrio (1). Son invendibles por su naturaleza, y estan fuera de todo comercio; y solo las urgencias del Estado han motivado muchas veces su enagenacion, justificándose en tan imperiosas circunstancias la necesidad de este recurso, que lleva implícita la calidad de reversion, indemnizando al poseedor: de aqui es que en caso de duda se entiende que en tales enagenaciones, se traspasa lo menos que puede enagenarse, por ser materia de rigurosa interpretacion (2).

2. Cuando el Rey vende los oficios públicos, transfiere su dominio en el comprador (3); y este como subrogado en su derecho à virtud de la venta, puede venderlos, arrendarlos, cederlos, renunciarlos, hipotecarlos, y usar de ellos libremente segun su magestad podia antes de enaganarlos, sin necesitar los arrendatarios ó sirvientes de los nuevos dueños mas titulo para ejercerlos que su nombramiento, à menos que en ellos se exprese otra cosa, al cual se podrá llamar Real título de su Magestad (*). No estan obligados los dueños à conservar à los sirvientes en su administracion, ni estos á servir contra su voluntad, porque son como criados suyos; bien que en justicia se les ampara y mantiene en sus empleos, especialmente siendo honoríficos, con tal que no se pruebe una de tres causas, que son: mala versacion por culpa ó negligencia suya, inhabilidad, ó utilidad pública de su remocion. Finalmente no se necesita causa alguna para removerlos cuando el dueño quiere servir personalmente dichos oficios.

3. Cuando para desempeñar el oficio se necesita ademas de legalidad y buen proceder la correspondiente idoneidad en el

1 Ley 1. tit. 20. lib. 8. Rec. de Indias, y tit. 25. lib. 4. de la de Castilla.

2 Por Real cédula de 9 de noviembre de 1799 (ley 15. tit. 8 lib. 7. Nov. Rec), mandándose observar en ejecucion de las órdenes de 24 de junio de 1797, y 5 de setiembre de 1798, se previno que los dueños de oficios enagenados sirviesen con la tercera parte de su valor para las cajas de reduccion de vales. Tambien tendrá lugar en los oficios donados por la Corona á manos muertas la Real cédula de 17 de diciembre de 1802, sobre los quindenios.

3 Ley *Venditæ vero res*. 41. Instit. *de adquir. rer. domin.* Noguerol alleg. 14 num. 3.

* En apoyo de esta doctrina cita Febrero las leyes 4 y 5. tit. 25. lib. 4. 18. tit. 3. lib. 7. y autos 49. tit. 19 lib. 2. y 16 tit. 5. lib. 3. de la antigua Rec. que son las leyes 1. tit. 6, 11, 15 y 19. tit. 15. y 11. tit. 21. lib. 7. de la Nov., en las cuales, lejos de decirse que baste el nombramiento del dueño para ejercer el oficio, se previene que haya de preceder al intento la aprobacion Real, y que el que lo contrario hiciere, pierda por el mismo hecho el salario ó quitacion que de dicho oficio le perteneciere. Lo que sin duda quiso decir Febrero es, que el sirviente, arrendatario ó sustituto no necesita un nuevo título de pertenencia, sino que basta el primordial del dueño; mas para ejercer el oficio es necesario confirmacion de la Cámara, como dice el mismo autor mas adelante; y asi se salva toda contradiccion. Verdad es que en una de las leyes (la 19. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec) se previene que los corregidores puedan nombrar sus tenientes, y que les baste este nombramiento para ejercer sus oficios; pero es claro que aqui no se trata de oficios enagenados de la Corona, que es la cuestion presente.

sugeto nombrado, como sucede en el de escribano, debe hacerla constar al Príncipe, Ministro ó tribunal que tiene diputado para su examen, sacando título, que viene á ser una aprobacion de la suficiencia y aptitud del sugeto á cuyo favor se despacha, para que use del oficio, y sea reputado por oficial público en ejercicio, porque el mero nombramiento del dueño no asegura ni acredita la idoneidad del sirviente sino la propiedad y dominio del oficio (1). En suma, la institucion y colacion, por decirlo asi, de todo oficio público, esté ó no enagenado, especialmente para el efecto de confiarse al nombrado la fe pública, revestirle del caracter de oficial público y dar la competente autorizacion á sus funciones, es una regalía suprema que nunca se entiende transferida á los particulares, quienes solo pueden adquirir el derecho de obtener, nombrar ó proponer. El examen de la idoneidad es consiguiente à esta regalía, sin cuya autorizacion faltaria en cada vacante la calidad pública al empleado y sus funciones.

4. Ademas ha de pagar el nombrado por una vez la media anata, que es el dos y medio por ciento del valor del oficio, y la tercera parte de utilidades y aprovechamientos, si los tiene, como cuando se concede por juro de heredad (2); á menos que el oficio esté relevado de esta carga, por haber sido creado antes del establecimiento de ella ó por gracia especial (3). Lo mismo habrá de pagar el dueño si quisiere ejercer el oficio, y de lo contrario no se le permitirá el ejercicio de sus funciones.

5. En los oficios públicos de cualquier clase que sean, pueden distinguirse dos dominios, uno en el precio y las utilidades, y otro en la facultad ó potestad de ejercer las funciones personales de oficio. El primero es de libre comercio; mas no el segundo: porque requiere habilidad ó industria, la cual no se hereda, sino la propiedad de oficio: asi que cada oficial ha de tomar precisa é inmediatamente del Príncipe ó tribunal competente el título para servirlo; pues el derecho de percibir sus emolumentos no le viene del título para ejercer, sino del título para gozar las utilidades, que son diversos; pues que este consiste en la merced ó venta, y aquel en la suficiencia (4); de modo, que sino sacaren dicho título ó confirmacion de la Cá-

1 Leyes 15 y 19. tit. 15 lib. 7. Nov. Rec. Carden. de Luc. *de reg.* dist. 17.

2 Cap. 1 del reglam. de media anata.

3 Si los oficios hubieren sido creados antes del 22 de mayo de 1734, en que se estableció la media anata, no la pagan, y lo mismo cuando se acredita tener privilegio para no satisfacerla. Escolano, *Practica del Consejo*. tom. 2. cap. 46. seccion 5.

4 Carden. de Luc. *de regalib.* disc. 1. num. 3. 2, num. 1º. 7, num. 7 y 8. 12, num. 3. 13, num. 6. 16, num. 3. 17, num. 6.

mara, se les podrán secuestrar sus rentas hasta que le obtengan y paguen la media anata, si no estan relevados de su pago. Y por cuanto muchos dueños de oficios que no requieren idoneidad ni examen de ella, no obtienen título en su cabeza por no pagar la media anata, y pasan á venderlos; prevendrá el escribano al comprador, que no desembolse el precio hasta que obtenga y le entreguen dicho título; pues de lo contrario se expone á que no se le expida á su favor sin que pague todo lo atrasado de las precedentes sucesiones, quedando asi gravado en todo ello.

6. Aunque muerto el dueño de un oficio se divide este entre sus herederos en cuanto á su valor y dominio, mas no en cuanto á su uso y ejercicio, porque como no pueden todos servirle, solo se expide el título al que de ellos es mas idóneo, representando el derecho de los demas; y si todos fueren ineptos por impedimento de edad, sexo ú otro, con su nombramiento ó con el de su tutor se despacha cédula interina de propiedad al que elijen y es apto para ejercerlos. En suma, el oficio es uno solo, aunque lo obtengan muchos sucesivamente, asi como un beneficio ó una capellanía de sangre, que es una sola aunque en virtud del derecho á su colacion la tengan muchos sucesivamente.

7. Cuando el Rey da en administracion alguno de estos oficios, aunque haga merced al agraciado de sus rentas y emolumentos, la cual indican y manifiestan los títulos en aquellas palabras: *Por hacer bien y merced á vos F.*, mas no se extiende á su ejercicio, porque este mas bien es cargo que merced (1); y asi la administracion por su naturaleza no pasa de la vida del cesionario, por entenderse que para aquella se ha atendido á la capacidad ó industria de la persona (2).

8. Concediendo el Rey privilegio perpetuo de algun oficio (que es una gracia ó merced llamada *por juro de heredad*) cada sucesor es un administrador nuevo, el cual necesita de nuevo título para administrar; porque, como dice Salgado (3), se considera un nuevo oficio, aun cuando se conceda á dos sucesivamente en el mismo privilegio; y nadie puede darle el título, sino el Rey como dueño. Por consiguiente sin dicho título, y sin haber pagado la media anata, á menos que esté relevado de pagar-

1 Lesio *de just. et jur.* lib. 2. cap. 33. dub. 4. num. 25

2 Carden. de Luc. *de regalib.* disc. 5. num. 2 y 3. y *de offic. venal.* cap. 13. num. 1. Montan *de reg. offic* num. 1, 2 y 5.

3 Salg. *Labyr. credit.* part. 2. cap. 27. num. 76 y sig.

la (1), no se le permitirá ejercer el oficio. Tampoco podrá nombrar teniente sin expresa facultad (no obstante poder venderlos, arrendarlos y enagenarlos), á menos que se le hubiese dado aquella al tiempo de la concesion, para que con solo el título fuese admitido á su ejercicio, y no tuviese necesidad de confirmacion ni pagar media anata, como cuando lo concede su Magestad á un lugar ó comunidad, en cuyo caso no se le concede la administracion sino el oficio (2); pero aun entonces si este requiere industria ó idoneidad, debe el teniente sacar cédula de la Cámara; por cuya razon la secretaría de esta antes de expedirla se cerciora de dos cosas: la una de que el pretendiente (si es el concesionario) tiene á su favor la pertenencia (3), y si es su teniente que se halla con ella el que le nombró, haciéndole exhibir ó presentar el título original de ella, que se le devuelve luego; y la otra que es idóneo para ejercer el oficio, á cuyo fin toma informes secretos, ó precede examen de la habilidad y suficiencia del oficial (4).

9. Si la concesion por juro de heredad se hubiere hecho con la precisa y gravosa calidad de renunciarse, para que la renuncia sea válida ó eficaz, y el renunciante y renunciatario no pierdan el oficio, ni recaiga en el fisco, se requieren las circunstancias siguientes: 1.ª que el renunciante viva despues de hecha veinte dias contados desde aquel en que la hiciere 2.ª Que el renunciatario se presente con ella por sí ó por medio de apoderado ante su Magestad dentro de treinta dias; notándose

1 Montan. *de reg. offic.* num. 2.

2 Leyes 11. tit. 5. lib. 4. 1, 2, 8 y 9. tit. 6. 11 y 19. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.

3 Ley 15. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.

4 Los nombrados por los dueños de las escribanías de número, juzgado, rentas y otras comisiones que en la mayor parte estan enagenadas por juro de heredad, y pertenecen á comunidades ó particulares, no pueden asimismo usar del oficio ni ejercerle sin acudir primero al Consejo para obtener la aprobacion del nombramiento, pagar la media anata y sacar su título. El interesado debe presentar el nombramiento original, el de su antecesor, con la aprobacion que obtuviere del Consejo, para justificar la facultad y posesion, que el dueño tenga, de hacer semejantes nombramientos, ó en defecto de la aprobacion, copia auténtica del privilegio de poder nombrar, como tambien la fe de bautismo en que conste tener veinte y cinco años, ó dispensa de la Cámara del tiempo que le falte, otra de práctica de cuatro años, segun y del modo que se dice tratando de los notarios de reinos, y asimismo informacion de limpieza de sangre, y de vida y costumbres, un testimonio ó certificacion de la contaduría de la provincia de los vecinos útiles que haya en el pueblo para cargar al agraciado la media anata, y otro testimonio de las escribanías que hubiere, para repartir entre ellas esta media anata. Con estos papeles se presenta el pretendiente en el Consejo, pidiendo se le admita á exámen, que hallándole hábil, se le mande despachar el título ó certificacion correspondiente para el uso y ejercicio de su oficio; y despues de visto el expediente por el señor fiscal, examinado el pretendiente, hallándole hábil y aprobado el nombramiento, hecho el juramento y pagada la media anata, se le despacha el título. *Febrero adicionado.*

que respecto de los escribanos no se les admite la renuncia sin estar aprobados por el Consejo. 3.ª Que el renunciante presente el título en cuya virtud ejerció el oficio, y el acto de recepcion y posesion que se le dió, para cancelarle, y que no use mas de él so pena de perderle, pues sino lo presenta todo no se le admitirá la renuncia. El secretario que sin preceder estos requisitos despacha la provision, incurre por la primera vez en la pena de tres mil maravedis; por la segunda en la de seis mil, y por la tercera en la suspension de oficio á voluntad de su Magestad. 4.ª Que en el término de noventa dias despues de presentada la renuncia ante el Rey ó su Real Cámara, saque el título del oficio pena de nulidad de la renuncia. 5.ª Que en el término de sesenta dias siguientes, el sugeto á quien se hiciere merced del oficio, se presente con los títulos en el ayuntamiento de la ciudad, villa ó lugar en que le ha de ejercer, tome la posesion de él pena de perderle, aunque alegue que la ignoraba (1); pero si la concesion fuere con calidad de renunciarle en vida ó muerte, sin que el renunciante haya de vivir los veinte dias, ni sean precisos los demas requisitos expresados (pues de ambos modos suele haber concesiones), no hará reversion á la Corona ni se perderá por su defecto.

10. Se previene tambien lo primero, que los oficios renunciables no se pueden vincular sin expreso Real permiso, y si se vinculan es nula su vinculacion, y recaerán en el fisco. Lo segundo, que los dueños de las escribanías y receptorías de las audiencias pueden renunciarlas con la condicion de: *Si el Rey quisiere proveer, y sino que retienen en sí el oficio*: cuya cláusula se acostumbra poner en todos los oficios renunciables, para que los renunciantes no se perjudiquen en dicho caso.

11. Sucede á veces que los dueños de estos oficios que no quieren ejercerlos ó no son aptos para ello, los renuncian á favor de otros, y para no perder su propiedad, hacen estos contrarenuncia, resguardo ó retrocesion, declarando en ella ser de los renunciantes, y pertenecerles su dominio y propiedad plenamente sin embargo de la renuncia, que dan por nula é ineficaz para que jamas por su virtud puedan apropiárselos ni pretender el mas leve derecho á ellos. Dudándose en semejante caso si ambas escrituras pueden pasar ante un mismo escribano, en atencion á que parece simulada la primera, y si incurrirá en pena el escribano por autorizarlas; digo respondiendo á esta du-

1 El tit. 8. lib. 7. Nov. Rec.

da, que pueden pasar ante él no otorgándose en un mismo acto y dia: lo primero, porque no hay legal prohibicion, lo segundo, porque si intervino simulacion entre los contrayentes, no consta al escribano, por lo que no se le debe inculpar de que hizo contrato simulado, à menos que á un propio tiempo se otorguen ambos; pues habiendo intervalo pueden mudar de parecer, y deshacer lo hecho en el dia anterior; y aun cuando despues se verifique que hubo dicha simulacion, será para que el contrato se declare nulo por defecto de los contrayentes, mas no para que el escribano incurra en pena por autorizar los dos contratos; al modo que el remate de una finca se hace ante un escribano, y el sugeto en quien se remató, declara despues ante el mismo, haber hecho la postura con caudal de otro, y se lo cede pidiendo se despache à favor de este la venta. Lo tercero, porque à nadie resulta perjuicio, antes sí beneficio à entrambos contrayentes, conviene saber; al dueño en no perder la propiedad del oficio, y al renunciatario la habilitacion para poder mantenerse. Asi que mediando intervalo de tiempo pueden pasar ante un mismo escribano sin que incurra en pena porque no la tiene impuesta, ni le está prohibido autorizarlos; lo que tendrá presente para cuando le ocurra, pues muchos que carecen de principios no se atreven, y otros no se detienen en autorizar los dos contratos à un mismo tiempo. Las reglas que deben observarse en esta materia se hallan especificadas en la circular de 22 de diciembre de 1795 (ley 12. tit. 8. lib. 7. Nov. Rec.) y capítulos de la instruccion insertos en ella, que podrán consultarse cuando hubiere alguna duda. Tambien se tendrá presente el Real decreto de 6, y cédula del Consejo de 9 de noviembre de 1799 (ley 15. tit. 8. lib. 7. Nov. Rec.)

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1° NOMBRAMIENTO DE TENIENTE DE REGIDOR Y ALFEREZ MAYOR.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, D. Francisco de Navia, regidor perpetuo y alferez mayor de tal ciudad, dijo: que su Magestad (que Dios guarde) por su Real cédula expedida en el Real sitio de Aranjuez à tantos de tal mes y año, firmada de su Real mano, y refrendada de Don N. su secretario, fue servido despacharle título de regidor perpetuo y alferez mayor de dicha ciudad en lugar de Don Alonso de Navia, con facultad de nombrar teniente, tener voz

y voto en su ayuntamiento, entrar con espada y daga en él, y ocupar lugar preeminente junto à la justicia con precedencia à todos los regidores; y mediante hallarse imposibilitado de ejercer el mencionado oficio, y concurrir la calidad y circunstancias que para su desempeño se requieren en Don F., vecino de la enunciada ciudad, usando de la facultad que le está concedida=Otorga que elige y nombra por su teniente al prenotado Don F., à quien confiere la que es necesaria para que en su lugar sirva; durante su imposibilidad ó voluntad, el expresado oficio de regidor y alferez mayor, sin diferencia: goce y haya los honores y emolumentos que le competen: acuda y presencie à los ayuntamientos y funciones públicas y peculiares de la ciudad: tenga voz y voto, ocupe el lugar preeminente despues de las justicias en ellos, segun y como el otorgante presenciaria y lo tendria: y practique todo cuanto corresponde à este como tal alferez mayor y regidor, sin limitacion, ni permitir se le perjudique en sus regalias, pues para todo le da amplio poder y facultad: y para que la referida ciudad no le ponga obstáculo en su uso y ejercicio, suplica à su Magestad se digne aprobar y confirmar este nombramiento, y expedir à favor del nominado Don F. la cédula correspondiente; mediante estar el otorgante en posesion por habérsela dado la expresada ciudad à consecuencia de dicho Real título en tantos de tal mes y año, ante F., escribano de su ayuntamiento, que à este fin exhibirá: y haber por firme este nombramiento obliga sus bienes &c.

Nota. Para que el teniente obtenga la aprobacion de la Cámara, ha de dar memorial en papel sellado del sello cuarto mayor, hablando con su Magestad presentar su fe de bautismo legalizada, y el nombramiento: exhibiendo el título original del oficio con la posesion dada al que le nombra, y no testimoniados, porque no se le admitirán, y suplicar à su Magestad se sirva mandar se le despache la competente cédula; en cuya vista la secretaría de la Cámara pide de oficio informes secretos à la ciudad ó villa en donde ha de ejercer el oficio, y dándolos buenos, se le expide la cédula, de la cual se toma la razon en las contadurías que previene, y paga la media anata, sin cuya solucion no surte efecto à menos que de ella esté relevado: y luego que lo hace constar, se le devuelve el título y posesion que exhibió, para entregarlos al dueño del oficio; y con sola la cédula Real le admite la ciudad el uso y ejercicio de él, y no es menester sellarla como el título. Por este nombramiento puede el escribano extender todos los que ocurran, pues como para or-

denarlos ha de tener presentes los títulos de los dueños, verá por ellos las facultades que tienen y actos que han de practicar, y lo que conviene mudar.

Otra. Los sucesores en los oficios de regidor, escribano, procurador y otros que se sirven con Real título, deben presentar con memorial en la secretaría de la Cámara el testamento, venta ó documento en virtud del que recayó en ellos, su partida de bautismo é informacion de limpieza, y tambien idoneidad si la requiere el oficio, y título original expedido al último dueño, el que se queda en el expediente; y si por haber recaido en hembra ò menor, lo hubiere servido interinamente alguno, se ha de presentar igualmente la cédula que à favor de este se despachó; y si esta ó el título original se perdieron, se pretende por la misma secretaría con memorial à su Magestad que mande dar copia del que esté perdido, por la oficina del Real sello, la cual hace las veces del original, y se presenta luego como si fuera este; y no basta presentar el de confirmacion, en que se libertó de la incorporacion à la Corona, pues este no sirve para que en su virtud se expida el que se solicita, ni debe salir jamas del poder del dueño. Los tenientes de estos oficios no pueden ser removidos de su ejercicio, excepto que haya causa grave, y se pruebe y declare, ó que los dueños quieran ejercerlos por *sí*; por lo que si estos fallecen dejando hijos menores, puede su tutor como tal nombrar quien los sirva, mientras los varones llegan à edad competente, y las hembras se casen con quien sea apto para servirlos, con cuya calidad se despachan las cédulas á los tenientes, exhibiendo à este efecto el título original, el que se les devuelve para entregarlo al que los nombró, y presentando su fe de bautismo y demas documentos necesarios con el nombramiento. Pero aunque el varon mayor ó el marido de la hembra por ser hábiles pretendan el título en su cabeza, no se les expedirá si el oficio está proindiviso, porque ninguno es dueño de él, ni por consiguiente será removido de su uso el extraño sirviente; y asi es preciso que se aplique en la particion à uno de ellos, el cual, ó si es hembra su marido, puede solicitar el título en su cabeza como dueño, acreditando serlo y presentando todos los documentos referidos. Y lo propio sucederá aunque la madre sea su tutora, y se case con sugeto idóneo, si el oficio no es suyo, ó no se le adjudica judicialmente ó por convenio de sus hijos mayores. Lo que prevengo á los interesados para que no hagan gastos inútiles ni pierdan tiempo.

2.ª RENUNCIA DE OFICIO DE ESCRIBANO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que por merced que su Magestad (que Dios guarde) fue servido hacerle en tal parte, á tantos de tal mes y año, de que se le despachó Real título firmado de su Real mano, y refrendado de Don N., su secretario, está ejerciendo el oficio de escribano de número de esta villa; y mediante hallarse imposibilitado de continuar en su ejercicio, para que no falte quien lo use y sirva, en la mayor via y forma que por derecho haya lugar = Otorga que renuncia el mencionado oficio en manos de su Magestad y á favor de Juan de tal, vecino de esta villa, persona en quien concurren la habilidad, fidelidad, pureza de costumbres y demas calidades y circunstancias que para su desempeño se requieren: por lo que suplica á su Magestad se digne hacerle merced de él, y mandar se le dé el competente título, precedida la aprobacion del Consejo; pero si su Magestad no fuere servido concedérsela, ó aunque se lo conceda, si no fuere admitido el renunciatario á su uso y ejercicio por alguna causa que se le obste é ignora el otorgante, ó no cumpliere con lo que previenen las leyes de estos reinos para la validacion de las renuncias de oficios públicos en el término que prescriben, desde luego usando de la legal facultad que le está conferida lo retiene en sí para ejercerle del mismo modo que hasta ahora, y ha de ser visto no haberlo renunciado: en cuyo testimonio asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco; siendo testigos &c.

Nota. Algunos pueblos tienen privilegio para proveer los oficios de escribano, y en este caso se hará la renuncia en manos de su ayuntamiento, y no de su Magestad, dándole el tratamiento de Señoría ó el que se acostumbre. Las renuncias de oficios de regidores, jurados y otros, no se diferencian de la anterior, sino en que no se pone la cláusula: *Precediendo la aprobacion del Consejo*, porque no requieren examen de suficiencia, y en todas puede el escribano poner la obligacion del renunciante á haberlas por firmes, y las demas cláusulas generales que en otros instrumentos.

Apéndice á este capítulo.

Por Real cédula de 13 de noviembre de 1817 está determinado lo siguiente, en orden á los oficios enagenados de la Corona.

ARTÍCULO 1.° Todos los oficios enagenados de la Corona son á ella reversibles, y pueden ser tanteados, aunque hayan sido vendidos con la cláusula de perpetuos, y de no poder serlo ó cualquiera otra que parezca lo prohiba, conforme á lo resuelto en Real cédula de 11 de noviembre del año próximo pasado.

2.° Todos los dueños y poseedores de los referidos oficios que quieran, ínterin su vida, continuar sirviéndolos, é impedir que ninguna persona, pueblo ò comunidad se les tantee, pueden en el término de tres meses, contados desde la publicacion de esta mi Real resolucion, impetrar y obtener mis Reales cédulas para servirlos por el tiempo expresado, aprontando en recompensa de esta gracia aquel servicio que, en proporcion á su clase, gradúe la oficina del valimiento, que está á cargo del Almirante, presidente del referido mi supremo Consejo de Hacienda.

3.° La cantidad que satisfagan por esta gracia se destina al establecimiento del Crédito público, para que la invierta en los fines de su ereccion.

4.° Cumplidos que sean dichos tres meses, no concederá el expresado mi Almirante presidente la gracia referida, ni admitirá recurso alguno sobre el particular.

5.° La expresada gracia no se concederá en ningun oficio mas que una sola vez, y los sucesores no podrán obtenerla, aun cuando la soliciten ofreciendo un nuevo servicio.

6.° La cantidad que el dueño ò poseedor satisfaga por la citada gracia no aumenta el precio de egresion y valimiento del oficio, y asi pueden ser tanteados despues de la muerte del que la obtenga, satisfaciendo solo el tanteante el valor de la venta primitiva y valimiento con arreglo á las leyes y órdenes que rigen en esta materia, las que quedan como estaban en toda su fuerza y observancia.

7.° Se permite à toda persona tantear todo oficio enagenado, con la calidad de servirle por solo los dias de su vida.

8.° El dueño ó poseedor del expresado oficio, à quien se le tantee al tenor del artículo anterior, tiene la preferencia de servirle por sí ò por teniente durante los dias de su vida, siempre que deduzca esta accion en el término de un mes, contado desde que se le haga saber la demanda y notifique el despacho para la presentacion de los títulos, haciendo remision del valor del oficio; debiendo quedar este consumido verificado el fallecimiento.

9.° Si el tanteante ofreciere, ademas de la satisfaccion del precio de la egresion y valimiento del oficio, el servicio que el

Almirante presidente le designare con destino al Crédito público, se tendrá por subsistente la demanda, á menos que el dueño dentro del término de dos meses de la notificacion, ademas de lo referido en el anterior artículo, se allane á aprontar el mismo servicio, en cuyo caso será igualmente preferido.

10. Los oficios que sean tanteados, pasados los tres meses de la publicacion de esta mi Real resolucion, serán inmediatamente consumidos luego que se consigne el precio de la egresion con arreglo á las leyes y práctica establecida, sin que se admita á sus dueños y poseedores ninguna accion que se dirija á entorpecer se verifique.

CAPITULO SEGUNDO.

De los oficios concejiles ò de república.

§. 1. Division de los oficios concejiles entre nobles y plebeyos donde hay mitad de oficios.
2. Varias clases de alcaldes.
3. Tiempo que dura el oficio de alcalde.
4. De los alcaldes ordinarios.
5. ¿Que circunstancias se necesitan para ser alcalde ordinario?
6. Requisitos necesarios para poder ser reelegidos los alcaldes ordinarios.
7. De los regidores.
8. Requisito de nobleza en los regidores segun los estatutos de algunos pueblos.
9. Prohibicion que tienen de votar los regidores menores de edad.
10. Prerogativa de regidor decano.
11. A quién corresponde el conocimiento de las disputas que se suscitan entre los regidores sobre precedencia.
12. De las elecciones para los oficios de ayuntamiento.
13, 14 y 15. Tratan de lo mismo.
16 hasta el 27. De la insaculacion.
28. Cómo han de servirse los oficios perpetuos de regidor y demas enagenados de la Corona.

1. Los empleos concejiles se dividen entre nobles y plebeyos, donde hay mitad de oficios por ejecutoria ó costumbre, que en unos pueblos se limita á los alcaldes ordinarios y regidores, y en otros se extiende al alcalde de la hermandad y procurador del comun, alternando anualmente con el estado general. Para el establecimiento de hijosdalgo en alguna poblacion es necesario que sean vecinos de ella, al menos tres meses, y entre ellos no hay precision de que pase el hueco que exige la ley res-

pecto á los del estado general, de que se hablará despues. Establecido una vez el estado de hijodalgo le conserva uno tan solamente en cuanto á sus preeminencias; de suerte que, acabado su oficio, puede no solo ser elegido para otro sino tambien continuar en el mismo; y asi se libra en el Consejo sin contradiccion despacho para la reeleccion, segun la carta ejecutoria que hubiese. Si los empleos exceden á los nobles, se depositan los que estos no pueden desempeñar á nombre del estado de hijosdalgo en sugetos beneméritos del general, á no ser que haya nobles de privilegio, como oficiales militares, doctores, licenciados y abogados; pues entonces los regentarán estos sin la calidad de depósito. Asi se ha decidido una duda de nuestros autores en la chancillería de Granada.

2. Entre las varias clases de alcaldes hay los de sacas ó de adelantamiento; los de la hermandad, que pueden ser reelegidos sin interrupcion por no tener voto en concejo (1); los ordinarios (2) y los pedaneos en las aldeas, quienes solo tienen jurisdiccion para conocer de las causas de seiscientos maravedis (3). Las alcaldías ordinarias, pedaneas y de la hermandad deben darse á vecinos con casa poblada.

3. Los oficios de alcaldes son anuales; y si durante el año falleciere ó se ausentase alguno de ellos, ocupa su lugar el regidor mas antiguo ó de privilegio por el tiempo restante.

4. Los alcaldes ordinarios que en calidad de tales tienen jurisdiccion ordinaria para conocer en primera instancia, ocupan á falta de alcalde mayor el lugar preeminente en los concejos, y tienen facultad para juzgarse recíprocamente en lo civil siendo demandados, pero en los asuntos criminales han de dar cuenta al tribunal superior del territorio.

5. Para ser alcalde ordinario se necesita tener veinte años de edad, y no es preciso que sepa leer ni escribir, siempre que sea hombre capaz, y concurran en él las circunstancias necesarias en todos los oficiales de justicia, á saber: que no sea infame de hecho ni por derecho, ciego, mudo, sordo, loco, enfermo habitual, acusado por delito público, litigante con el concejo, deudor del pósito, propios ó caudales públicos por plazo cumplido, ó fiador de otros por ellos, acreedor à la república, responsable á la Real Hacienda, abastecedor del público, ó fiador de ellos, hijo de familias, pobre de solemnidad, administrador,

1 Tit. 4. y tit. 12. lib. 3. Rec. y ley 1. tit. 26. lib. 8. Rec. ó 1. tit. 41. lib. 12. Nov. Rec.

2 Tit. 9. lib. 3. cit.

3 Ley 25. tit. 9. dicho lib. 3.

dependiente ó paniaguado del señor del pueblo (1), sea prelado, monasterio ó caballero, que le dé racion, quitacion ó ayuda de costa, bajo las penas establecidas en la ley recopilada (2).

6. Para ser reelegidos los alcaldes ordinarios ha de haberse pasado el hueco de tres años, y para serlo los demas empleados el de dos; aunque en el estado de hijosdalgo por escasez de estos puede hacerse la reeleccion pasado un año (3). Declarada nula la eleccion de alcalde en quien no llegó á servir la vara mas de la tercera parte del año, puede ser elegido para el inmediato.

7. Despues de los alcaldes ocupan los regidores por su orden el primer lugar en los consistorios. En algunas ciudades hay dos clases de ellos, una con el nombre de veinticuatros y otra con el de jurados, cuya autoridad ó facultades se ciñen á lo que les esté concedido por privilegios, estatutos de las ciudades, provisiones Reales ó costumbre.

8. Los estatutos de algunos pueblos requieren nobleza en los regidores; estos son perpetuos en algunas poblaciones, bienales en otras, y en algunas mixtos.

9. El regidor menor no puede dar su voto por medio del curador, y por dispensa que obtenga de la Cámara no votará ni será incluido en el turno de comisiones y suerte de millones, sino que solo tendrá entrada en el cabildo y recibirá las espórtulas, segun se decidió en el Consejo para con el ayuntamiento de Madrid en el año de 1735.

10. El regidor decano goza entre otras prerogativas la de quedar con la jurisdiccion por muerte, ausencia ó vacante del corregidor ó alcalde mayor en los pueblos donde no hay oficios de preeminencia, como teniente de corregidor para las enfermedades y ausencias de este, ó alguacil y alferez mayor con privilegio de reasumir la jurisdiccion.

11. Son frecuentes las disputas de precedencia que suelen suscitarse entre los regidores, y su conocimiento corresponde exclusivamente á los jueces seculares.

12. En cuanto á elecciones de oficios de ayuntamiento, está determinado lo siguiente por Real cédula de 17 de octubre de 1824. En el 1.° de octubre de cada año deberán reunirse en todos los pueblos del reino los individuos del ayuntamiento, y á pluralidad de votos propondrán tres personas para cada uno de los oficios de alcaldes, regidores y demas de república, inclu-

1 Real orden del Consejo de 31 de marzo de 1768.

2 Ley 4. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.

3 Ley 9. tit. 4. lib. 7. Nov. Rec.

sos los de diputados del comun, procuradores, síndico general y personero, alcaldes de barrio y otros que hasta 1820 se hacian por los pueblos y sus vecinos, cuyas propuestas las remitirán inmediatamente à su respectivo tribunal territorial; entendiéndose tal la Sala de Alcaldes de la Real Casa y Corte por lo correspondiente á la compresion de las diez leguas del rastro de ella; de suerte que para el 15 del mismo octubre hayan de estar reunidas en ellos respectivamente las de todos los pueblos de sus distritos; exceptuándose de la anterior regla los oficios de diputado y personero de Madrid, cuyo nombramiento es de atribucion del Consejo á propuesta del ayuntamiento; y el nombramiento de alcaldes de barrio que ha de ejecutarse por la Sala de Alcaldes de Real Casa y Corte; debiendo hacerse lo mismo en las poblaciones donde hay chancillerías ó audiencias.

13. Dichos tribunales territoriales desde el momento que reciban las propuestas dispondrán que formándose expedientes, se tomen los informes necesarios de personas de probidad y amantes del gobierno monárquico, sobre las circunstancias y conducta moral y política de los propuestos, su idoneidad, opinion pública que gocen, y si se hallan libres de toda tacha legal; con cuyas noticias harán respectivamente la eleccion para los oficios de cada pueblo; y los mismos tribunales expedirán á los electos los títulos correspondientes á nombre del Rey, extendiéndolos en papel del sello de oficio, y sin exigir por ellos derecho alguno; cuidando que esta operacion quede ejecutada en el dia 15 á lo mas del mes de diciembre de cada año. Estas elecciones y títulos se remitirán en seguida á cada pueblo para que abriéndose en el dia 28 del propio diciembre, pueda el ayuntamiento cesante poner en posesion á los alcaldes, regidores y demas elegidos, de suerte que empiecen á ejercer sus oficios precisamente en el dia 1.° de enero siguiente.

14. En los pueblos donde haya mitad de oficios para el estado noble, continuará esta costumbre, aunque sujeta la eleccion à las mismas formalidades; y en defecto de personas para ejercer los oficios correspondientes al mismo estado noble, se pondrá en depósito segun práctica establecida.

15. En aquellos pueblos en que por efecto de sus circunstancias ó prepotencia de algun partido se advierta hallarse vinculados en una familia ó partido los oficios de república, quedará expedito el solicitar, mediando justas causas, la insaculacion en los propios términos que se practica en el dia.

16. Este medio de la insaculacion es muy usado en el reino

de Murcia, en las provincias de la Mancha y Extremadura; y aunque en la legislacion de Castilla é Indias no se halla ninguna disposicion particular sobre insaculacion, hablan de esta el derecho de Navarra (1) y algunos autores aragoneses, valencianos y catalanes. La insaculacion viene á ser »una eleccion por suerte donde cada uno de los comprendidos, cuya industria fue buscada y apoyada, viene por su propia persona, siendo la *extraccion* vulgarmente llamada de *insaculacion* una como ejecucion y cuasi consumacion de la eleccion rata precedente."

17. Por tanto, antes de la insaculacion deben examinarse las circunstancias de los sugetos con la misma prolijidad que para las elecciones ordinarias, haciendo division de personas por estados donde haya mitad de oficios, y excluyendo à los inhabilitados que ya se han referido, à los tesoreros y administradores de la Real Hacienda y à los concejales del año en que se hace la insaculacion por parcialidades; de modo que las cualidades de las personas han de atenderse al tiempo de la insaculacion, y de nada sirve que al de la extraccion no tengan ningun obstáculo.

18. La insaculacion se hace, ó de la manera que prescribe la Sala á los comisionados, quienes han de tomar antes informes secretos de personas imparciales y de probidad en el pueblo y sus circunvecinos, y hacer una lista de los sugetos que conceptúen capaces de servir los oficios de justicia, formando una pieza separada de los informes originales sobre sus cualidades; ó solo con la asistencia del juez de comision para autorizar con sigilo el acto, bien recibiendo los votos, casa y calle hita, ó convocando al vecindario para cabildo abierto, como se hace para los nombramientos de comisarios electores de diputados y personero del comun.

19. En el primer caso insacula el juez comisionado las personas que le parecen mas aptas, hábiles é imparciales, segun lo exijan las circunstancias actuales del pueblo, y sean necesarias para los cinco ó mas años de la insaculacion, haciendo un escrutinio en que fuera de aquellos se insacula una para cada clase de empleo supernumerariamente en papel y bola de diverso color que las demas, la cual supla la falta de la que falleciese ó se imposibilitase, y todas se colocan en una arca, cajon ó cántaro, ó en distintos preparados à este fin; de modo que si el arca es una sola, comprende diferentes divisiones por oficios rotuladas, y cada una de ellas encierra un saco ó bolsa que contiene el nú-

1 Leyes de los títulos 10 y 13. lib. 1. de su Rec.

mero de bolas competentes á cada empleo para el quinquenio ó tiempo que ha de durar la insaculacion.

20. En estas bolas que tienen la misma forma y agujero que un grano de rosario, se halla introducido un billete ó cédula con el nombre de la persona insaculada, dia en que se hace la insaculacion, y media firma del comisionado en estos términos: »N. insaculado para alcalde por su estado noble. Villa de &c., à tantos &c. Comisionado."

21. Los extremos del agujero de la bola se hallan tapados con cera, para que no se salga la cédula hasta que con hierro à modo de punzon deba ser sacada públicamente: costeándose todos estos instrumentos del caudal de propios, cuando la insaculacion se decreta de oficio; y si á instancia de parte, se hacen à costa de la que lo solicita, ó de los culpados segun los méritos del expediente.

22. Evacuada esta diligencia se cierran el arca, cajon ó cántaros con tres ó mas llaves segun la costumbre ó resolucion de la Sala, y se entregan à las personas que tienen derecho à custodiarlas, las cuales en muchos pueblos son el regidor decano, el alcalde actual de primer voto, el alferez ó alguacil que le tengan preeminente, el cura párroco ó el escribano; sobre cuyo punto hay una variedad que no puede sujetarse à una sola regla.

23. Repartidas las llaves se deposita el arca, en algunos pueblos en el archivo de la iglesia parroquial, y en otros en el de las casas consistoriales, que es lo mas regular. Despues se remiten todas las diligencias originales cerradas y selladas á la Sala para que se custodien en la escribanía de Cámara con el correspondiente sigilo; por manera que yerran frecuentemente los letrados sus recursos contra la insaculacion pidiendo que esta se entregue à los interesados para impugnarla, sin hacerse cargo de que como secreta por su gravedad é importancia, está reservada solamente para el tribunal, quien acostumbra à instancias del fiscal de su Magestad denegar á los interesados la publicacion, y mandar que usen de su derecho en forma.

24. En el segundo caso se procede à votar por el concejo abierto, ó por cada vecino, casa y calle hita, á las personas que se necesiten para llenar el número de los que han de insacularse por ambos estados para los oficios de voto en el ayuntamiento, segun se practica en las elecciones ordinarias; y finalizado el acto pasa el comisionado à hacer por sí solo el escrutinio de las diez personas que resultan ser insaculables con mas votos para alcaldes en el quinquenio, y de las necesarias para regido-

res; de forma que extractadas las continúa en cédulas separadas, segun se ha expresado en el primer caso, añadiendo solo el número de votos que correspondieron á cada una, y concluyendo en los mismos términos la diligencia.

25. La extraccion se hace, ó por el comisionado de la Sala cuando esta lo estima necesario atendidas las circunstancias del pueblo, ó por el mismo concejo en el último dia de cada año, á cuyo fin se convocan todos sus individuos, y asisten las personas que tienen las llaves del arca, que se abre á presencia de todos, principiando á extraer la bolsa de la primera division, que es la de alcaldes por el estado noble, separando despues de abierta aquella, la bola que indica por su color ser supernumeraria, volviendo á incluir las demas que se cuentan públicamente, y de las cuales extrae un niño de tierna edad elegido á este fin, y sacando de su centro el billete que contiene, le lee en voz inteligible la persona mas autorizada del congreso, lo cual extiende asi el escribano en el testimonio que principia á poner de toda la diligencia desde la citacion á cabildo hasta finalizar el acto de extraccion de todos los concejales que han de componer el ayuntamiento en el año inmediato, y volver el arca á su lugar.

26. Si la persona que se extrae hubiese fallecido, ó tiene alguna tacha impeditiva y notoria, vuelve á introducirse en su lugar habiendo sacado otra. Si todos tienen igual suerte, entra entonces la bola supernumeraria de distinto color, y consumida esta se consulta á la Sala con testimonio individual de todo el suceso, para que con audiencia fiscal dé la providencia que exijan las circunstancias del caso.

27. En muchos pueblos divididos en dos ó mas partidos de que no hay vecino libre por la prepotencia de algunos, puede no alcanzar la insaculacion para desarraigar en sus concejales el espíritu de parcialidad, que con agravio del bien público y de la recta administracion de justicia, origina los odios implacables de las familias, las ofensas atroces, y aun las heridas y homicidios; por lo que en tan delicados casos el Consejo, las chancillerías y audiencias á quienes competa, precediendo los informes ó las instrucciones necesarias, y teniendo presentes todas las circunstancias, proveerán de remedio oportuno y conveniente.

28. Finalmente está prevenido en dicha Real cédula de 17 de octubre de 1824, que los oficios perpetuos de regidor y demas de los ayuntamientos enagenados por la Corona, hasta tanto que se incorporen á ella con arreglo á las leyes y órdenes vigentes,

se sirvan precisamente por sus propios dueños, y que no haciéndolo por no querer ó no poder por su menor edad, insuficiencia ú otro impedimento legítimo, no puedan cederlos ni nombrar tenientes los que tengan esta facultad sino á personas que ademas de estar adornadas de las calidades personales de estatutos de cada oficio, cuenten por lo menos con mil pesos de renta anual de bienes suyos propios para los de regidor en las poblaciones de primer orden, y la de mil ducados vellon en las de segundo, para que puedan mantenerse decorosamente, entendiéndose por las primeras las que lleguen á cuatro mil vecinos, y por las segundas las que no los tengan; y asi proporcionalmente con respecto á otros oficios. No sirviendo por sí los propietarios ni haciendo su nombramiento en tenientes precisamente de las circunstancias expresadas, quedarán dichos oficios sin servirse, no siendo de urgente necesidad; y siéndolo se propondrán y nombrarán anualmente por las reglas dadas para los demas, debiendo tambien los agraciados tener con que mantenerse honrosamente.

TITULO VI.

De los escribanos y de los instrumentos públicos.

CAPITULO PRIMERO.

De los escribanos.

§. 1. Explicacion de la palabra escribano, y definicion del oficio de este.
2. Requisitos para que todo escribano pueda ejercer su oficio.
3. Lo que debe tener presente el escribano para no incurrir en pena, ni dar lugar á que se anulen los actos que autorice.
4. Lo que está prohibido á los escribanos de Cámara del Consejo.
5. Los notarios eclesiásticos no pueden usar oficios entre legos en materias temporales.
6. Pena de los escribanos que entregan diminuto algun proceso en grado de apelacion ó remision.
7. Pena en que incurren por no signar anualmente y tener en custodia segura los registros de escrituras que pasan ante ellos.
8. Pena de los escribanos que hacen escrituras entre los legos sobre cosas profanas en que el lego se somete á la jurisdiccion eclesiástica.
9. Pena del escribano que usa su oficio con jueces eclesiásticos ó conservadores contra legos, excepto en los casos permitidos por derecho.
10. Los escribanos no pueden ser abogados de las partes, ni tratar en oficio de regatonería, ni solicitar pleito alguno.
11. Pena de los escribanos de número y concejo que salgan fiadores ó abonadores de rentas Reales, propios y carnicerías, ó que las arrienden en el lugar en que ejercen sus oficios.
12. Los escribanos no pueden recibir en su poder por via de depósito ni en otra forma dinero tocante á penas de Cámara, gastos de justicia ú obras pias.
13. Tampoco pueden hacer escrituras de cosas que se miden, no siendo por la medida de Toledo, y en granos por la de Avila.
14. Los escribanos Reales deben decir en la suscripcion de dónde son vecinos, y no usar su oficio sin haber presentado el título en el ayuntamiento, bajo pena de perderlo. Tampoco pueden actuar ni autorizar

contratos ni testamentos en los pueblos en que hay escribano de número.

15. Otras escrituras que no pueden otorgarse ante los escribanos Reales.
16. Casos en que los escribanos no deben llevar derechos.
17. En los pueblos donde hay copia de escribanos, ninguno de estos puede admitir demanda que ponga ante él su hermano ó primo hermano. Cómo han de hacer los testimonios en las causas de apelacion.
18. Pena impuesta al escribano que no ponga fe del dia y hora en que se trabe la ejecucion. Debe tambien examinar por sí mismo los testigos en las causas.
19. No debe el escribano por sí ni por tercera persona buscar dinero para la imposicion de censos llevando interes con título de correduría ni otro alguno.
20. En qué términos deben los escribanos dar á las partes copias de las escrituras que ante ellos pasaren.
21. Deben poner fe con su signo y firma de los derechos que llevaren, en la espalda de los procesos.
22. ¿Que deben practicar los escribanos cuando salgan á hacer ejecucion ó diligencias á otros pueblos fuera del de su residencia.
23. ¿A que escribanos corresponde dar á los arrieros los testimonios firmados de la justicia, del trigo y demas semillas que compraren?
24. Obligacion de los escribanos de concejo.
25. En qué tiempo y de qué modo han de dar los escribanos fe y testimonio de cuanto pase ante ellos siéndoles pedido por la parte interesada?

Adicion á este capítulo.

26. Del oficio de notario del reino.
27. Gracias que se hacen de estos oficios pagando los docientos ducados del *fiat* y los diez de media anata.
28. ¿Que necesita justificarse para que se despache notaría de reinos, ó título del oficio de receptor, á las personas que se designan?
29. Diligencias que deben practicarse despues de obtenido el título en la Cámara.
30. Tiempo en que el escribano de número puede renunciar este oficio y disfrutar la gracia de la notaría de reinos.
31. De los notarios numerarios de los juzgados eclesiásticos.

1. *Escribano*, segun la ley 1. tit. 19. Part. 3., *tanto quiere decir como ome que es sabidor de escribir;* y distingue dos

clases, una de los que escriben y sellan las cartas y privilegios Reales, y los llama de la Corte del Rey; y otra (que es de la que va á tratarse) de los públicos de las ciudades, villas y lugares del reino (1). Estos son no solo los que saben escribir, sino los que ejercen el arte de la escribanía, que es oficio honorífico (2) con autoridad pública y Real concedida por el Soberano para que en juicio y fuera de él sea creido lo que testifiquen. Tambien se les llama *secretarios y notarios*. Secretarios porque por su oficio estan obligados á guardar secreto en todo lo que concierne á él y á la utilidad del Rey y de su reino (3); y *notarios* por las notas ó minutas que toman de lo que las partes tratan á su presencia, á fin de ordenar los instrumentos con arreglo á su convenio y á su derecho (4); cuyas notas firmaban en lo antiguo los contrayentes, y servian de protocolo, lo cual

1 Leyes del tit. 19. Part. 3. y 3. tit. 8. lib. 1. del Fuero Real.

2 Los escribanos nobles é hijosdalgo no pierden por ejercer este oficio los privilegios de la hidalguía, y en consecuencia tienen el tratamiento de *Don*, cuyo distintivo se les concede justificando debidamente su nobleza. La práctica que se observa en esta solicitud es presentar pedimento firmado de procurador, de este tenor: N. en nombre, y en virtud de poder que presento de N., escribano de número y ayuntamiento, rentas, &c. ante V. A. parezco y digo: que mi parte es hijodalgo notorio, como hijo de N. y nieto de F., en cuya posesion y goce se halla, y está reputado como tal noble, sin cosa en contrario, segun resulta mas por menor de los documentos que en debida forma presento; y respecto de estar justamente mandado por V. A. en repetidas ocasiones, que á los escribanos que esten en la posesion y goce de nobleza, se les dé el tratamiento de *Don* para no degradarles del distintivo que les corresponde por su clase y nacimiento, y estimular á otros á que sigan semejante profesion; suplico á V. A que habiendo por presentado el poder y demas documentos, en su vista, y por lo proveido en iguales instancias, se sirva conceder á mi parte su licencia y permiso para que en los actos é instrumentos que actúe como tal escribano, se pueda firmar con el distintivo de *Don* = De este pedimento se da cuenta en la Sala primera de Gobierno, y sin embargo de que se acredite la nobleza por los documentos presentados, deseando el Consejo instruir y justificar el asunto con toda imparcialidad y seguridad, se acuerda el decreto siguiente: Madrid &c. Líbrese despacho cometido á la Justicia de tal parte, para que haga que por ante escribano, y en forma, y con citacion del procurador síndico de aquel pueblo, se cotejen y comprueben con sus originales los documentos presentados por este interesado, poniendo á continuacion testimonio de lo que resultase y copia del título en cuya virtud ejerce esta parte el oficio de escribano de número ó ayuntamiento de dicha villa, expresando si tiene la aprobacion del Consejo, y ha pagado lo correspondiente al derecho de la media anata, y ejecutado lo remitirá al Consejo, informando al mismo tiempo de acuerdo con el ayuntamiento si este interesado se halla ó no actualmente en la posesion y goce del estado de hijodalgo, con lo demas que se ofreciere y pareciere para la debida instruccion del Consejo.

Para la ejecucion de esta providencia se expide un despacho con arreglo á su tenor, y venido el informe y diligencias se pasa al señor fiscal, de cuya respuesta se da cuenta en la Sala primera de Gobierno, y resultando el goce de nobleza, no poniéndose reparo por el señor fiscal, se provee el siguiente decreto: Madrid &c. Por lo proveido se concede permiso á este interesado para que en sus escritos se pueda firmar con el distintivo de *Don*, expidiéndose al efecto la provision correspondiente.

3 Ley 8. tit. 9. Part. 2. y leyes 2 y 5. tit. 19. Part. 3.

4 Ley 9. tit. 19. Part. 3.

está abolido, como se dirá despues tratando del modo de hacer los instrumentos. En el título se da tambien á los escribanos el nombre de notarios de los reinos ó Reales.

2. Los requisitos necesarios para obtener alguna persona el empleo de escribano son: que tenga veinte y cinco años cumplidos de edad, y que sea examinado en el Consejo, sobre cuyas dos cosas no puede dispensarse (1). A consecuencia de esto, segun una resolucion de aquel supremo tribunal (2), quien pretenda recibirse de escribano, ha de presentar su fe de bautismo legalizada, y certificacion ó testimonio formal de cuatro años de práctica dado por el mismo escribano con quien la hubiere tenido, en que se exprese si ha sido continuada ó interrumpida, y si está ó no capaz el pretendiente; pues solo podrá admitirse justificacion de testigos para acreditarlo, en caso de haber fallecido el escribano ó escribanos que habian de dar dicho documento; y asi para lo uno como para lo otro ha de citarse el procurador síndico del pueblo en que se hubiere tenido la práctica, informando ademas sobre ello su Corregidor ó Justicia, y quedando todos responsables. Si el interesado no vive en Madrid, deberá presentar tambien testimonio de la matrícula de la parroquia ó parroquias en que hubiese morado. Los nombrados para escribanías numerarias por los dueños de las jurisdicciones y demas á quienes correspondan han de tener testimonio ó certificaciones de las intendencias ó cabezas de partido del último estado del vecindario que se hubiese hecho, para que á su respecto paguen la media anata, y del número de escribanos numerarios que hubiese en cada pueblo y jurisdiccion donde han de actuar, con expresion de las escribanías que estan en uso y no le tienen por haberse disminuido el vecindario, ó si por su aumento hay mas oficios que los de su antigua creacion. Supuesto el examen y la aprobacion del Consejo, es indispensable asimismo el nombramiento ó título despachado por la Cámara, y ambos requisitos son tan necesarios que se exigen forzosamente, aun cuando se tenga nombramiento de número, ayuntamiento ó juzgado (3). Asi es que cuando el duque de Medinaceli, conde de Solterra, y cabildo eclesiástico de Vich obtuvieron decreto de manutencion de la posesion en que se hallaban, de que los escribanos nombrados por ellos en sus territorios de la corona

1 Autos acordados 21, 22 y 23. tit. 25. lib. 4. Rec. ó notas 5 y 6. y ley 10. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.

2 Comunicada á las capitales de provincia y cabezas de partido en 12 de agosto de 1757.

3 Real decreto de 19 de mayo de 1764.

de Aragon ejerciesen sus oficios con solo su nombramiento, seguido despues plenariamente este asunto en el Consejo, declaró el Rey por punto general, que á los dueños de las escribanías numerarias ó locales de dicha Corona solo competia el nombramiento, por cuya razon no podian ejercer aquellas los nombrados sin preceder el examen del Consejo, despacho del título, y el pago de la media anata y demas derechos establecidos, de suerte que en todo habia de observarse lo dispuesto en la ley 2. tit. 25. lib. 4. Rec. ú 8. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. y autos acordados que trataban de la materia, sin perjuicio de las facultades y reglas tocantes á los colegios de escribanos (1).

3. Dos cosas debe saber y tener presentes el escribano: 1.ª lo que no debe hacer por estarle prohibido bajo pena, para no incurrir en ella; pues por lo demas si la ley no se lo prohibe, aunque el contrato se anule por algun acto ilegal de los contrayentes ó por otro motivo, no resultará cargo contra él, porque en dando fe *de que asi lo otorgan* cumple, y en ellos está el ver lo que hacen aconsejándose de letrados que los dirijan; 2.ª lo que ha de hacer y de qué modo, para que el acto no se anule ni cause perjuicio á los otorgantes, ni él sea tachado de ignorante. De lo primero se tratará en este título, lo segundo se explicará difusamente en el discurso de esta obra, y especialmente cuando se hable de los testamentos y contratos.

4. Esto supuesto los escribanos de Cámara del Consejo no pueden recibir por fiadores de los jueces de comision á sus compañeros ni á los relatores y procuradores del Consejo, ni tampoco á los oficiales que los jueces llevan consigo á las comisiones (2).

5. Los de las iglesias ó notarios apostólicos no pueden usar oficios entre legos en materias temporales, pena de perder la mitad de sus bienes y ser desterrados de estos reinos (3); ni los del número y concejo llevar salarios de iglesias, monasterios ni de persona alguna, pena de privacion de oficio (4).

6. Los escribanos ante quienes pasan los procesos de que se apela al ayuntamiento, deben entregar los originales, y no por compulsa, dentro de los dos primeros dias que se dan para sentenciarlos á los jueces que han de conocer del negocio (5). Cuan-

1 Real cédula de 17 de octubre de 1769.
2 Ley 4. not. 6 tit. 10. lib. 4 Nov. Rec.
3 Ley 2. tit. 14. lib. 2. Nov. Rec. Véase tambien la ley 6 del mismo tit. y sus notas, en que dandose varias reglas sobre su número y modo de despacharles sus títulos, se renueva esta disposicion.
4 Ley 16. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.
5 Leyes 9 y 10. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

do entregan algun proceso en grado de apelacion ó remision, ha de ser íntegro y no diminuto, pena de perder el oficio y pagar el interes á la parte, pues se le puede seguir perjuicio de no ir entero todo el pleito; y sin mandato del juez no deben dar auto alguno de él, ni copia de tal auto legalizada; y dándolo con su mandato han de decir que se sacó, y que los otros autos quedan en su poder (1).

7. Todos los escribanos deben signar anualmente y tener en custodia segura los registros de escrituras que pasan ante ellos, pena de diez mil maravedis y suspension de oficio por un año (2): poner á continuacion de la última, testimonio de los folios que comprende el protocolo, y dar fe de que ante ellos no pasaron para sus registros otras algunas. Asimismo deben extender todo el contexto de ellas en pliegos enteros sellados con el sello cuarto mayor, y no en papel comun, y en idioma castellano, de modo que no solo lo entiendan los otorgantes sino tambien los testigos instrumentales, para que en caso de duda puedan deponer de su contexto; expresar claramente y no en abreviaturas ni con palabras equívocas ni ambiguas ni por guarismo el dia, mes y año, el pueblo ó lugar en que se otorga (pues no es preciso se especifique el sitio, casa ó parage del pueblo ó lugar, porque la ley habla disyuntiva y no copulativamente, ni la hora, porque no lo manda), los otorgantes, testigos presenciales, condiciones, pactos, sumisiones y renunciaciones de los contrayentes, leerlas luego á presencia de estos y de los testigos, los cuales sabiendo y pudiendo firmar, las firmarán, y si no, un testigo instrumental á su ruego, haciendo mencion en la escritura de que este firmará por el otorgante; y si se añade, quita, testa ó enmienda algo al tiempo de su otorgamiento, se ha de salvar antes de las firmas para evitar toda sospecha de fraude, segun lo manda la ley; pues no salvándose en esta forma, se les debe hacer cargo en la visita, y estando salvado no, porque ninguna ley lo manda ni les impone pena. Sus copias no han de contener mas que el protocolo, excepto la suscripcion, signo y firma del escribano, ni este poder darlas, aunque tome en minuta, nota ó memorial, la razon del contexto de la escritura, como antiguamente se hacia, sin que esten extendidas primero en el protocolo, ó corregidas á presencia de las partes si quisieren asistir; y debe hacerse la suscripcion de las copias en la forma que prescribe la ley 54. tit. 18. Part. 3. para que se estimen y tengan por ori-

1 Ley 4. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

ginales. El protocolo debe estar encuadernado, bien custodiado y foliado, pena de nulidad de la escritura, privacion de oficio, no poder obtener otro, y de pagar el daño á los interesados (1). Si conocen á los otorgantes deben dar fe de su conocimiento, y si no, no hacer la escritura, á menos que presenten dos testigos que digan que los conocen, de lo cual y de donde estos son vecinos han de hacer mencion en ella, y sentar sus nombres: y ejecutando lo contrario, se les puede imponer pena pecuniaria por no cumplir el precepto de la ley prohibitiva (2); pero si no se encuentran testigos que los conozcan, basta que el sugeto á cuyo favor se celebra el contrato, como que le interesa, y no á otro, se dé por contento y satisfecho de su conocimiento, y lo firme, con lo cual cesa el fin de la prohibicion legal, como se practica; bien que por ninguno de dichos defectos se anulará, porque la ley no la anula por ellos.

8. Los escribanos que hacen escrituras entre los legos sobre cosas profanas, ó no pertenecientes á la iglesia, en que el lego se somete á la jurisdiccion eclesiástica, pierden el oficio (3): y si autorizan obligacion con juramento de dar, hacer ó pagar alguna cosa ó cantidad el cristiano á otro, ó á judío ó moro, á mas de ser nula, deben perder el oficio y la mitad de sus bienes, y quedan inhábiles para obtener otro tal (4), á menos que el juramento recaiga sobre la confesion de si hubo intereses y á cuanto ascienden, y no sobre la obligacion misma, como se dirá en el capítulo de los préstamos; pero se permite interponer juramento en los arrendamientos de rentas de iglesias, monasterios, prelados y clérigos de ellas, y á los labradores el que con él se obliguen á pagar los diezmos y rentas eclesiásticas, y se sometan á esta jurisdiccion por dicha causa (5); y tambien al clérigo, aunque el otro contrayente sea lego, y en los contratos de menores, comunidades, concejos, mugeres casadas, compromisos, dotes, arras, ventas, donaciones, enagenaciones perpetuas, y en otros varios que se verán en el discurso de esta obra, sin que el escribano incurra en pena por autorizarlos con él (6); pero siempre que pueda omitirlo no lo ponga, pues el tit. 18. de la Part. 3. que trata de las escrituras y las trae extendidas, en ninguna lo pone, porque con las cláusulas correspondientes á la naturaleza

1 Ley 9. tit. 19. Part. 3 leyes 1, 4 y 10. tit. 23 Nov. Rec. Otero *de officialib reip.* part. 2. cap. 10. Parlad. lib 2. *Rer.* cap. 20.
2 Ley 9. tit. 23. lib 10. Nov. Rec.
3 Ley 7. tit. 1. lib 4. Nov. Rec.
4 Ley 6 tit. 1. lib. 10 Nov. Rec.
5 Ley 6. tit. 1. lib. 10 y 3. tit. 22. lib. 12. Nov Rec.
6 Ley 7. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

de cada una, estima el derecho por firme el contrato, y se evitan funestas consecuencias, como se dirá hablando de los compromisos y transacciones.

9. El escribano que usa su oficio con jueces eclesiásticos ó conservadores contra legos, excepto en los casos permitidos por derecho, incurre en infamia, debe perder la mitad de sus bienes y ser desterrado por dos años del lugar de su domicilio (1); y si da fe, y presencia como tal la colacion de grados de bachiller, licenciado ó doctor, en virtud de rescripto ó breve apostólico, ó de otra manera, incurre en la pena de destierro de estos reinos, pierde la mitad de sus bienes y queda inhabilitado para usar el oficio (2).

10. No pueden los escribanos ser abogados de las partes ni favorecerlas en los pleitos que ante ellos penden (3); ni tratar en oficio de regatoneria, pena de perder el de escribano (4); ni tampoco solicitar pleito alguno de los de Cámara, de los Consejos y audiencias, ni los de la Corte, de los Juzgados de dichos Consejos (que hoy llaman de provincia y comisiones) ni los del número, ni los criados de unos ni otros (5); y las razones son las que expone la ley 8. tit. 5. Part. 3. Pero á los escribanos Reales no está prohibido solicitar ò ser agentes en pleitos y negocios en que no actúan, porque no tienen el poder y valimiento que los referidos, ni pueden irrogar perjuicio á las partes como ellos, ni hacer mas oficio en dichos negocios y pleitos que el de un mero apoderado ó agente, con instruccion mas que algun otro para saber seguirlos y evitar á sus principales muchos daños que por ignorancia les causen los que no lo son, y asi se practican en la Corte; por lo que no está prohibido se entiende permitido, y ademas no estan ligados ni sujetos como los otros, y por consiguiente no se pueden distraer de sus obligaciones, ni perjudicar por esta razon à los interesados.

11. Los del número y concejo no pueden ser fiadores ni abonadores de rentas Reales, propios y carnicerías en el lugar en que ejercen sus oficios, ni arrendarlas por sí ni por medio de otra persona, pena de privacion de ellos y de perder la cuarta parte de sus bienes, lo que deben jurar al tiempo que son recibidos á su uso y egercicio (6); y por carga de su oficio tampoco puede llevar derechos de las escrituras y procesos que autorizare por lo respectivo al concejo el escribano de este, á menos

1 Leyes 7. tit. 1. lib. 2. Nov. Rec.
2 Ley 1. tit. 8. lib 8. Nov. Rec.
3 Ley 6. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.
4 Ley 10. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.
5 Ley 11 tit. 21. lib 5. Nov. Rec.
6 Ley 7. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.

que sentenciado el pleito, quiera el concejo traslado del proceso, pues en este caso debe pagarle los legítimos (1).

12. Ningun escribano puede recibir en su poder por via de depósito ni en otra forma maravedises tocantes à penas de Cámara, gastos de justicia ú obras pias, pena de pagar lo que recibiere con el cuatro tanto, aunque la partida esté sentada en los libros (2) (*), ni ser tesorero de rentas Reales en el lugar en que usare su oficio, pena de perderlo y pagar cincuenta mil maravedís (3). Los depósitos de dinero y de otras cosas que las justicias mandaren hacer, no han de verificarse en el escribano de la causa que diere motivo al depósito, pena de pagar diez mil maravedises para los propios del pueblo el juez que lo mandare, y otros tanto el escribano que los recibiere (4); y en los pueblos en que hubiere oficio de depositario, debe el escribano de ayuntamiento tener libro en que siente y tome la razon de cualquier depósito que se haga antes de su entrega (5).

13. Los escribanos no pueden hacer escrituras de cosas que se miden, no siéndo por la medida de Toledo, y en granos por la de Avila, pena de perder el oficio; ni autorizar aquellas en que una ó mas personas pongan bienes en cabeza de otro en perjuicio de la Real Hacienda, ó en fraude de las leyes, administracion de justicia ó engaño de tercero; y de las hechas deben dar noticia á las justicias dentro de quince dias, pena de privacion de oficio y otras (6) (**). Tampoco pueden admitir poderes de los señores jurisdiccionales en los pueblos de señorío (7).

14. Los Reales deben decir en la suscripcion, de donde son vecinos, y no usar su oficio sin haber presentado el título en el ayuntamiento, pena de perderlo, y por la presentacion no se les han de llevar derechos (8). No pueden actuar ni autorizar contratos ni testamentos y últimas voluntades en los pueblos en que hay escribano del número, pena de privacion de oficio, pagar veinte mil maravedis y de nulidad del instrumento (***).

1 Ley 6. tit. 35. lib. 11. Nov. Rec.

2 Leyes 1. tit. 14. y 16. tit. 27. lib. 4. Nov. Rec.

* Lo que dicen estas leyes es, que haya un receptor de penas de Cámara, y un libro donde los escribanos sienten las condenaciones que se hicieren, so pena de pagar el duplo y ser suspendidos de oficio por seis meses.

3 Ley 8. tit. 5. Part. 3.

4 Ley 1. tit. 26. lib. 11 Nov. Rec.

5 Ley 2 del mismo título.

6 Leyes 1 2. tit. 9. lib. 9. Nov. Rec.

** El escribano en las escrituras ó instrumentos que otorgue debe ajustarse á lo prevenido sobre medidas y pesos en la ley 5. tit. 9 lib. 9. Nov Rec.

7 Art. 8. de la ley 32. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec.

8 Ley 13. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.

*** Para esta prohibicion se tuvieron presentes tres razones: primera, porque los protocolos no se extraviasen ni perdiesen respecto no tener los Reales oficio público en que archivarlos; segunda, porque los numerarios estan ligados y sujetos á ser-

pero sí dar fe de los autos extrajudiciales, y tambien de los judiciales, siendo elegidos por los corregidores para recibir quejas y las primeras informaciones de los delitos, á fin de mandar prender à los que resulten reos, con tal que entreguen luego los autos al escribano del número ó crimen si lo hubiere (1). En las aldeas donde no residen escribanos numerarios, y en la Corte, chancillerías y sitios Reales, les está permitido autorizar todos los referidos instrumentos. Asimismo podrán actuar con los alcaldes de sacas y hermandad, jueces de comision y pesquisidores, y autorizar las obligaciones ó autos que dimanen de estos negocios, y las pertenecientes à las rentas Reales, en caso que no haya propietario ò teniente (2). Pero en Madrid los escribanos de su número compraron à su Magestad el privilegio de que los Reales no pueden autorizar escrituras de fundaciones de mayorazgos, vínculos, patronatos, memorias, aniversarios y de censos perpetuos y al quitar, ventas de ellos y de casas, villas, jurisdicciones, tierras, montes, dehesas, alcabalas y juros, y asimismo de capitulaciones matrimoniales y dotes, interviniendo en ellas vínculos ó mayorazgos, pena de ser habidos por falsarios, y de nulidad de ellas; cuyo privilegio se les despachó en 9 de junio de 1636, y mandó observar por los tribunales de la Corte; bien que por el no uso de él en todo lo que comprende, lo han perdido en esta parte, y asi las autorizan los Reales aseguran lo la alcabala en los contratos que la causan, y protocolando en los de aquellos las escrituras, ó dejándolas en sus registros; segun cada uno quiere, y ni se dan por nulas si se les impone pena, porque hoy hay archivo general en donde se custodian sus protocolos, y no hay ningun riesgo de que se pierdan; à mas de que los títulos que se les expiden son privilegios posteriores, y no se lo prohiben, deduciéndose de aqui que se lo permiten y derogan el de aquellos; fuera de que se sigue mucho beneficio á los otorgantes y aun á la Real Hacienda de que los escribanos Reales autoricen las escrituras, como se verá en el párrafo inmediato.

15. Tampoco pueden otorgarse ante los escribanos Reales;

vir al pueblo en que lo son, como que contratan con él, lo cual no sucede á los Reales, que son libres y pueden usar ó no de su oficio, siendo justo que por dicha sujecion no se defraude á los numerarios de sus derechos; tercera, por las cargas que estos tienen en razon de sus oficios en el pueblo, las cuales serian mas gravosas sin la debida compensacion. No obstante, segun Febrero en la parte 2. lib. 3. cap. 2. párrafo 1. num. 29, cesa la prohibicion por la costumbre, tolerancia y consentimiento, aunque no cita ley para apoyar esto, ni es conforme á la disposicion terminante de la ley 7. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

1 Leyes 3. tit. 15. lib. 7. y 7. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 2. tit. 32. lib. 12. Nov. Rec.

aunque sea en la Corte y chancillerías, escrituras de venta y permuta de bienes raices, imposiciones de censos, ni otros contratos que causan alcabala, pena de privacion de oficio y de pagar esta con el cuatro tanto, pues deben pasar ante los del número de las ciudades, villas y lugares en cuya jurisdiccion estan las heredades que se venden, truecan y ascensúan; y en caso de no haber escribano público en ellos, ante el de Realengo mas cercano del mismo partido, el cual debe dar en cada mes copia signada y firmada de las referidas escrituras á los arrendadores, fieles y cogedores, con juramento de no haber pasado ante él otra alguna, y testimonio siempre que estos se lo pidan; previniendo que si se prueba haber ocultado ó dejado de incluir en el testimonio mensual alguna partida, debe pagar lo que importe la alcabala de ella con el cuatro tanto (1); mas no obstante, se otorgan en la Corte ante los escribanos Reales todas las expresadas escrituras, y despues las protocolan en los oficios de número ó provincia que les parece ó en sus registros; pues con el motivo del perjuicio que se irrogaba á los arrendadores, de observárse el privilegio y precepto legal, por ciertas causas que alegaron, pretendieron y se mandó por el señor Don Pedro Colon de Larreategui, del supremo Consejo y Camara, y por otros señores jueces privativos de este negocio, que los escribanos Reales y los de número y provincia no diesen copias de las escrituras que causan alcabala, sin que se les hiciese constar por carta de pago de los arrendadores estar satisfecha; de cuya providencia se prueba que no solo pueden autorizarlas sino dar las copias despues de satisfecha la alcabala, porque cesa el motivo de la prohibicion legal; y asi se observa hoy por haber archivo general de protocolos, y por las demas razones expuestas; pues no obstante los esfuerzos que han hecho, no han podido conseguir que se imponga la prohibicion á los Reales que se domicilian en la Corte, en sus títulos, que es el único medio de impedir su otorgamiento ante ellos. A mas, de que los numerarios de Mrdrid no tienen cargas concejiles como los de los demas pueblos, y asi no se les perjudica como á estos. Tambien pueden dar fé y testimonio en los lugares de señorío por lo tocante á la moneda forera, aunque haya numerarios (2).

16. Los escribanos no deben llevar derechos á los monasterios de religiosos del Carmen, Santo Domingo, San Francisco

1 Ley 14. tit 12. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley. 17. tit. 33. lib. 9. Rec.

y San Agustin reformados en la observancia, ni á los de monjas de cualquier orden que lo esten, ni á los hospitales de estos reinos, de los procesos y autos que ante ellos pasaren; ni á los procuradores fiscales, ni á sus apoderados en las causas fiscales, ni de ejecuciones que se hicieren por los bienes ó maravedis que aplicaren al fisco (1); ni tampoco á los que probaren ser pobres; previniendo que si estos estan presos, no se les debe detener en las cárceles, ni tomar su ropa, ni apremiar á que den fiador para la paga de derechos, ni hacerse esta de limosna que se da y está destinada para su manutencion en la carcel (2).

17. En los lugares en que hay copia de escribanos ninguno de estos puede admitir demanda que ponga ante él su hermano ó primo hermano, ni permitir las justicias que actúen en el pleito como procuradores ó abogados, el padre, hijo, yerno, hermano ó cuñado del escribano ante quien pende la causa (3). Y si en las civiles y criminales se interpone apelacion, deben los escribanos en los testimonios de esta poner puntual relacion de la demanda, cantidad, reconvencion si la hubiere, y sentencia dada, pena de suspension de oficio por dos meses (4).

18. Todo escribano debe poner fe del dia y hora en que se trabe la ejecucion, pena de nulidad de esta, y de pagar el interes á la parte (5); y examinar por sí mismo los testigos, y no por sus criados y sirvientes, sin que esté presente á ello otro alguno; y en caso de tener justo impedimento, si el pleito se principió ante él, podrá nombrar otro escribano de la propia audiencia que lo ejecute, y no habiéndose principiado, debe nombrarlo la justicia (6).

19. Ningun escribano debe por sí ni por tercera persona buscar dinero para que los concejos, universidades y personas particulares impongan censos, llevándoles interes con título de correduría ni otro alguno (7): ni los del número y ayuntamiento pueden usar de estos oficios en caso de tenerlos arrendados, pena de perderlos; y los propietarios que deben servirlos por sí mismos sin poder arrendarlos ni darlos en confianza, no perteneciendo á muger ó menor por justos títulos, tampoco pueden ser admitidos á su uso y ejercicio, sin que hagan constar

1 Leyes 5. tit. 35. lib. 11. y 5. tit. 17. lib. 5 Nov. Rec.
2 Leyes 20, 21, 22 y 23. tit. 38. lib. 12. Nov. Rec.
3 Ley 6. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.
4 Ley 18. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.
5 Leyes 14, 15, 16 y 17. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.
6 Ley 7. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.
7 Ley 17. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec.

tener de patrimonio la tercera parte del valor del oficio, bajo de igual pena (1).

20. Los escribanos deben dar à las partes copias de las escrituras que ante ellos pasaren, dentro de dos dias siguientes al en que se las pidieren, si contienen dos pliegos, y excediendo de ellos, dentro de ocho, pena de pagarles el interes y daño que se les irrogue en la dilacion, y de cien maravedis mas por cada dia que tardaren y las detuvieren. Pero hasta que se las pidan no estan obligados á dárselas; y pidiéndoselas, aunque sea años despues de su otorgamiento, pueden suscribirlas como originales, expresando el dia y año en que las sacan, y dar cuantas copias quieran, siendo de las contenidas en el párrafo 12 del capítulo siguiente, y no de las prohibidas. Deben asimismo poner al pie de las escrituras y al margen del protocolo, qué dia se sacaron y en qué papel, con expresion del sello, dando fe de ello, pena por la primera vez de cien mil maravedis y privacion de oficio, y por la segunda, de incurrir en las impuestas contra los falsarios (2); sin que baste decir que las dieron en el sello correspondiente, pues han de especificar cual es, y siempre que alguna de las partes lo pida, se ha de poner y depositar un traslado autorizado de la escritura en el archivo de la ciudad, villa ó lugar, con tal que el escribano ante quien se otorgue, la ponga, y se tome la razon dentro de tercero dia, expresándose en la escritura que la parte lo pidió (3). Y si la escritura pertenece á ambos interesados, puede dar á cada cual su copia, ó á uno solo aunque el otro no la pida (4). Pero en la suscripcion de cada copia deberá expresar para quién es, y en el protocolo notar á quien la dió, por si es tal que á una de las partes no se deba dar mas que una, v. gr. en la venta en que el comprador se obliga á pagar á plazos, ó constituye censo reservativo del precio de lo vendido.

21. Deben tambien poner fe con su signo y firma de los derechos que han llevado y llevaren, en el reverso ó espalda de los procesos y escrituras que dieren firmadas á las partes, y que no han cobrado mas por sí ni por interpuesta persona, pena de volver el exceso á los del Real arancel con el cuatro tanto, y de incurrir en las establecidas contra los falsarios: y de lo que importen los derechos deben dar á las partes recibo ó carta de pago, sentar lo que las justicias llevaren, y estas no firmar

1 Leyes 8 y 9. tit. 6. lib. 7 Nov. Rec.
2 Leyes 3. tit. 23. y 2. tit. 24 lib. 10. Nov. Rec.
3 Ley 9. tit 23. lib. 10. Nov. Rec.
4 Ley 5. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

mandamientos, escrituras ni carta alguna en que no vayan puestos; y cuando los escribanos no los llevaren, lo han de sentar de su mano en el proceso ò escritura (1).

22. Los escribanos que salieren à hacer egecuciones ó diligencias á otros pueblos fuera del de su residencia, deben entregar los papeles originales al propietario de la causa luego que las concluyan ó se retiren, y no cumpliéndolo, se les hará cargo particular en la residencia (2); y aunque hagan en un dia muchas ejecuciones, no pueden llevar mas derechos que por un camino y dia de ocupacion (3). Tambien deben entregar á los receptores de penas de Cámara los mandamientos, sentencias ó ejecutorias que haya en ejecucion de condena de ellas, para que soliciten su cobranza (4).

23. A los escribanos de ayuntamiento, y no á otro, corresponde dar á los arrieros los testimonios firmados por la justicia, del trigo y demas semillas que compraren, ò sus dueños envian á vender à otra parte, para que por ellos se les arregle su acarreo conforme al número de fanegas y distancia de leguas (5); cuyas leguas se entienden comunes y vulgares, y no legales; y en justicia se deben juzgar asi, como lo manda la ley (6), en todos los pleitos que ocurran. Deben las justicias de oficio, precedida la informacion necesaria, hacer constar individualmente qué valor han tenido los granos en los mercados de sus respectivos pueblos, y el escribano de ayuntamiento ò concejo tenerlo siempre de manifiesto para dar las certificaciones que le pidan de sus precios (7).

24. Tienen obligacion los escribanos de concejo de dar parte al señor fiscal del Consejo, si ha intervenido precio, dádivas ò promesas en los oficios que se han de dar ò elegir por votos en el mismo concejo, ò si se admitió à su uso à los electos sin haber hecho el juramento de no haberlos obtenido por estos medios, pena de perder el oficio (8): y asimismo la tienen de hacer dos libros à costa de los concejos, uno de papel de marca mayor en que han de escribir todas las cartas, cédulas y ordenanzas Reales enviadas á las ciudades, villas y lugares, sobre cualquiera causa ò razon que sea; y otro en pergamino, y sentar en él à la letra todos los privilegios de sus respectivos lugares y sus

1 Leyes 17. tit. 20. 8 y 9. tit. 35. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 11. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.
3 Ley 28 tit. 2. lib 4. Rec.
4 Leyes 2. tit. 34 lib. 5. Nov. Rec.
5 Ley 6. tit. 19. lib. 7. y nota al pie de ella.
6 Ley 3. tit. 35. lib. 7. Nov. Rec.
7 Ley 4. tit. 8 lib 10. Nov Rec.
8 Leyes 7 y 8 tit. 4. lib. 7. Nov. Rec.

tierras, y las sentencias dadas á su favor, no solo en razon de sus términos sino de otras cosas tocantes al bien comun, con una tabla al principio, en que se mencionen los privilegios y sentencias, pena de cinco mil maravedis por cada vez: é igualmente deben sentar en el libro de concejo los padrones de las monedas ó impuestos que se mandaren repartir; cuyos padrones ningun otro escribano puede tener ni recibir, á menos que tenga especial facultad y provision Real para ello, pena de perder el oficio y otras (1).

25. Los escribanos deben dar fe y testimonio de todo cuanto pase ante ellos, siéndoles pedido por la persona interesada, dentro de tres dias siguientes, aunque sea con respuesta de juez ó de otro, y estos no respondan, pena de pagar à la parte el daño ó interes, y de cien maravedis por cada dia que lo detuvieren (2); lo cual se entiende extendiendo el testimonio en el mismo dia y entregándolo á la parte dentro de tres, segun sentir de Acevedo en la ley citada, y de otros. Pero ocurre la duda de si el escribano podrá ó no dar testimonio de conversacion que pase ante él, pues veo que se multa frecuentemente à los que lo dan sin autos de juez, y que aunque el interesado acuda á este para que mande darlo, no accede á ello, y sí solo á que el escribano declare como testigo. Lo cierto es que habiendo buscado de intento con cuidadosa atencion ley prohibitiva, no la hallé; antes sí que pueden dar fe de ello, como se acredita de la citada, de la 4. tit. 2. lib. 7. Nov. Rec. que dice que los de concejo no tienen voz ni voto en él, y deben usar solamente sus oficios para dar fe de lo que ante ellos pase, y de otras que omito, pues de no permitírseles darlo, puede irrogarse perjuicio á las partes, por no tener tal vez otra justificacion para probar su intencion, y no hacer igual prueba su dicho como testigos, que su testimonio; y por lo mismo, siendo el escribano de buena vida, fama é integridad, y dando el testimonio dentro del término legal, se le debe creer y no multar. Una cosa es que en las causas criminales no lo den, porque no es razon que sirvan de instrumento para acalorar y fomentar la discordia y encono (aunque à veces conviene para que se castigue á los reos), y otra que se les multe porque lo dan, respecto á que lejos de haber legal prohibicion, les impone pena la ley citada, si tardan mas de los tres dias en darlo: es verdad que en multarlos pro-

1 Leyes 3. tit. 2. lib. 7. y 1. tit. 22. lib. 6. Nov. Rec.

2 Ley 3. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

vendrá tal vez de que algunos son ligeros en dar testimonio voluntario de todo en cualquier tiempo que se les pida; pero á estos se debe castigar, no por darlo sino por darlo fuera del término prefinido por la ley. Como quiera, no siendo posible resolver esta duda ni combinar el precepto legal con los judiciales, aconsejo al escribano que no dé testimonio de cosa alguna sin tener á que remitirse, ni tampoco de conversacion ó dicho de alguno, aunque en el acto se lo pida la parte, interin el juez no se lo mande, y de esta suerte evitará que se le multe, pues la razon cede al poder, y contra este no la hay. Las prohibiciones y penas legales en cuanto á los contratos de labradores, hijosdalgo, menores, hijos de familia aunque sean mayores, arras, joyas y otras, se pondrán en sus respectivos lugares, y asi se omiten aqui por no repetirlas. En el índice alfabético que se pondrá al fin de la obra, se hallará cuanto á esta materia corresponde.

26. *Adicion.* Aunque el oficio de notario de reinos es un oficio público muy diferente del de escribano de ayuntamiento, del número, juzgado &c. se hallan tan unidas las mas veces las funciones de unos y de otros, y se dan tanto la mano las disposiciones legales que tratan de ellos, particularmente la de renuncias, y la practica de la expedicion de los respectivos títulos, que no parecerá impertinente dar una noticia de lo que se observa en la de este oficio. La creacion y nombramiento de escribanos Reales ó notarios es prerogativa de la Corona, expidiéndosele por la Cámara al interesado que obtuvo esta gracia con el servicio de doscientos ducados, que se llama *fiat*, una Real cédula que se presenta al Consejo junto con los demas papeles correspondientes, que son: 1.° fe de bautismo en que conste tener veinte y cinco años cumplidos, ó dispensa de la Cámara del tiempo que le falte: 2.° otra de práctica de cuatro años con testimonio formal del escribano con quien la hubiere tenido, con expresion de si ha sido continuada ó con intermisiones, si está capaz ó no, admitiendo solo por testigos la misma justificacion en el caso que haya fallecido el escribano ó escribanos con quienes hubiese practicado; uno y otro con citacion del procurador síndico del pueblo donde hubiese tenido la práctica informando sobre ello el Corregidor y Justicia del mismo, con calidad de quedar todos responsables. Lo mismo deben ejecutar los de Madrid, añadiendo solo los forasteros la matrícula de las parroquias; 3.° informacion de limpieza de sangre recibida en el pueblo de su naturaleza, con citacion del procurador síndico general y

personero del comun, é informe de la justicia de la buena vida y costumbres del pretendiente, sus calidades é inteligencia para el oficio que se le encarga.

27. Desde que en el año de 1777 se hizo el ejemplar de despacharse Real cédula á favor de un interesado para notario y escribano Real de los reinos con calidad y restriccion de haber de residir en una de tres determinadas villas y de ejercer el oficio solamente en ellas, de que se le despachó título con esta limitacion, pagando los docientos ducados del *fiat* y los diez de media anata, han sido muchos los que han logrado despues iguales gracias con la misma calidad y restriccion pagando los docientos ducados del *fiat* y los diez de media anata.

28. Para evitar los inconvenientes que se experimentaron de la ocasion que se daba con las renuncias para multiplicarse los escribanos por la gracia de notaría de reinos, que sin pagar *fiat*, á título del oficio tienen anexas las escribanías numerarias de muchas ciudades y villas de los reinos de Castilla, y á las receptorías del número de la Corte, chancillerías, audiencias y adelantamientos, sobre que pueden verse los autos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11 y 17. tit. 25. ley 4. Rec., ó leyes 5, 6. 20, 23, 24, y notas 3, 13 y 15. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec., se mandó últimamente que en adelante no se librasen ni despachasen licencias á los referidos escribanos del número ni receptores del número de la Corte, chancillerías, audiencias y adelantamientos, para que renunciando sus oficios pudiesen continuar en el uso del de notario de reinos, hasta haber servido en ellos diez y seis años. Auto 15 de dicho título. Está declarado y mandado que no se despache notaría de reinos ò título del oficio á ningun receptor, escribano de provincia, número, adelantamientos, ni otros, á cuyos oficios pertenezca y toque dársela (no habiendo de entrar en propiedad el que la hubiese de ejercer ó estuviese ejerciendo por nombramiento del propietario), sino justificando primero pertenecerle por venta, herencia, renuncia ó en otra forma; en cuyo caso y teniendo el hueco de los diez y seis años, se les dé en cabeza del propietario.

29. En virtud de estas disposiciones, obtenido en la Cámara el título de escribano numerario ò de receptor, lo ha de presentar original el pretendiente en el Consejo con los demas documentos prevenidos para los escribanos Reales. Si no hay reparo en ellos, sobre lo cual pasa el expediente al señor fiscal, se le admite à examen, y hallándole habil se le manda dar la certificacion correspondiente para el uso y ejercicio del oficio,

y que à título de él se le despache la notaría de reinos en la forma ordinaria. Despues hace el juramento, y por la escribanía de Gobierno à donde pasa el expediente, se comunica aviso al secretario del Consejo de Hacienda, à fin de que se ponga en tesorería general la cantidad de tres mil setecientos y cincuenta maravedís, importe de la notaría de reinos, à título del oficio, por suponerse pagada la correspondiente à la numeraria despachada por la Cámara: puesta en el expediente la carta de pago, de que se ha de tomar la razon en la contaduría general de valores, se expide la certificacion y título.

30. Al fin de los diez y seis años puede renunciar el oficio y disfrutar la gracia de la notaría de reinos, acudiendo al Consejo para poder continuar en el uso y ejercicio de la misma, aunque renuncie el oficio de escribano del número. No ofreciéndose reparo al señor fiscal à quien pasa tambien este expediente, se manda librar à favor del interesado la provision ordinaria que pide.

31. En cuanto à si los notarios de asiento numerarios de los juzgados eclesiásticos han de ser notarios de los reinos, se han de tener presentes la Real pragmática de 18 de enero de 1770, (ley 6. tit. 14. lib. 2. Nov. Rec.) y la circular de 28 de enero de 1778, en que á consecuencia de Real orden se declaró que la gracia, que su Magestad se dignó conceder por la referida pragmática à los notarios mayores ó de asiento, del *fiat* de la notaría de los reinos no fuese precisa sino voluntaria á favor de los que quisiesen solicitarla.

CAPITULO SEGUNDO.

De los instrumentos.

§. 1. De cuantas clases son los instrumentos.
2. Requisitos para que haga fe el instrumento público otorgado en los reinos de Castilla.
3. Número de testigos que deben presenciar el otorgamiento de los contratos.
4. Calidades que deben tener dichos testigos.
5. No hace fe el instrumento otorgado por escribano en quien concurre alguno de los defectos que allí se expresan.
6. Tampoco hace fe ni trae aparejada ejecucion el instrumento que no está signado por el escribano ante quien se otorga.
7. Tres clases de instrumentos públicos, à saber, protocolo ó registro, copia original y traslado.
8. Del registro ó protocolo.
9. El protocolo es la matriz, origen y fuente de donde se sacan todas las copias ó traslados que piden las partes.
10. De la copia original, y requisitos que debe tener.
11. Del traslado y sus circunstancias.
12. De las copias que puede dar el escribano sin decreto judicial.
13. Del mismo asunto.
14. Qué deberá hacer el interesado en la escritura cuando el escribano ha muerto y no consta ni parece en su protocolo la escritura matriz por haberla perdido ú otro motivo.

Real cédula sobre el uso del papel sellado.

1. Los instrumentos son auténticos, publicos y privados. El auténtico es el que firman y sellan el Rey, los arzobispos, obispos, prelados, duques, condes, marqueses, maestros de las órdenes militares, y otros grandes señores y los cabildos, universidades y concejos: se llama asi porque está autorizado por el mismo que lo hizo, y contiene hecho suyo privativo y no ageno; y porque por él, y no por un tercero, tiene autoridad cierta (1). Tambien se llama auténtico lo que está comprobado por la autoridad de muchos, y lo que se halla en el archivo público y lo demas que refiere Gregorio Lopez en la glos. 1. de la ley 1. tit. 18. Part. 3. Este instrumento prueba contra el que

1 Covarr. *Pract.* cap. 19. num. 1.

lo mandó sellar si lo reconoce, mas no à su favor; sobre lo cual véase la ley 114. tit. 18. Part. 3. en los dichos, y sus diez glosas primeras. Instrumento público es el que autorizan los escribanos de los pueblos ante testigos, y contiene hechos y cosas agenas que pasan à su presencia; y ambos hacen fe y plena probanza en cuanto à su contexto (1): como igualmente el que autoriza el escribano de cabildo ó concejo (que es propiamente fiel de fechos, si por él es nombrado y no tiene Real título), en las cosas à él concernientes (2); bien que hoy à entrambos llama vulgarmente auténticos. Del privado se tratará cuando se hable de la prueba que puede hacerse en juicio por medio de los instrumentos.

2. Para que haga fe el instrumento público otorgado en los reinos de Castilla han de concurrir en él, à mas de las cuatro circunstancias necesarias para la validacion de los contratos, de que se hablará cuando se trate de estos, los requisitos siguientes: 1.° que se otorgue ante escribano de número del pueblo, y no ante los Reales, excepto en aquellos casos en que à estos es permitido, segun se dijo en el capítulo anterior, párrafo 15.; 2.° que se haga en registro protocolo de pliego entero del sello cuarto (ya sea suelto cada pliego, segun en la Corte se estila, ò metido por cuadernos uno en otro; pero esto no lo manda la ley ni dice mas que pliego entero), y que las copias se saquen del literal, y finalmente en el papel sellado que la ley Real prescribe para cada contrato ò instrumento segun su calidad y cantidad (3); 3.° que al principio ó fin del instrumento (pues la ley no distingue) se expresen el dia, mes, año y lugar ò pueblo en que se otorga, los nombres y apellidos de los contrayentes y de los testigos que presencien su otorgamiento ò publicacion, y la vecindad de unos y otros; pero no es preciso que se especifique el lugar, sitio ó parage del pueblo ò lugar, porque la ley no lo previene, antes bien habla disyuntivamente en cuanto dice: *Y el lugar ó casa donde se otorgan*: bien que lo que abunda no daña; 4.° que lo firmen los otorgantes, y sino saben ó no pueden, uno de los testigos instrumentales à su ruego, y no otro, diciendo al final del mismo instrumento que un testigo firmará por ellos, à causa de no saber ó no poder, y expresando el motivo de su imposibilidad; pero aunque los otorgantes sean muchos, y

1 Leyes 1. y 114. tit. 18 Part. 3.
2 Ley unic. tit. 26 lib. 4. de la Rec.
3 Leyes 1. tit. 23 y 1 y 2. tit. 24. lib. 10. Nov. Rec. Al fin de este título se hallará la última Real cédula sobre las reglas que han de observar para el uso del papel sellado.

ninguno sepa firmar, no es necesario que cada testigo firme por cada uno, porque la ley no lo manda: basta que uno firme por todos, excepto en el testamento y codicilo cerrados, y asi se practica; 5.° que antes de las firmas se raquen y salven sin sospecha las enmiendas, adiciones, testaduras y entrerenglonaduras que tenga; 6.° que lo firme y autorice, y selle ó sigue el escribano, y dé fe de que conoce al otorgante; y no conociéndolo, que con juramento depongan de su conocimiento dos de los testigos instrumentales que expresen ser el mismo que suena, y de aquel nombre y apellido, sin fraude, y que firmen tambien el instrumento por esta razon (1); à los cuales ó à lo menos à uno debe conocer, y en este caso dar fe de su conocimiento, pues cuando conoce al otorgante, no necesita darla de ellos, ni conocerlos porque la ley no lo manda; ó que el sugeto à cuyo favor se formaliza, se dé por satisfecho del conocimiento del otro contrayente, como que le importa, y à nadie mas, el saber con quien contrae para no ser perjudicado, y que lo firme igualmente; ó un testigo por él si no sabe; pues como la fe del conocimiento se estableció à su favor con el objeto de evitar engaños y perjuicios, en dándose por contento de él, cesan y se verifica el fin de la ley, y asi se practica; bien que aunque la fe y la deposicion de los testigos ò el beneplácito del contrayente falten, no se anulará el instrumento, y solo será cargo arbitrario y pecuniario contra el escribano, por no cumplir el legal precepto, porque la ley no lo invalida ni le impone pena, pero basta que se lo prohiba para que no lo haga (2); sin embargo le advierto, que si à ninguno de los otorgantes conoce, no ha de suponer ni firmar que tienen los nombres que dicen tener, sino decir, *que expresarom llamarse asi*, lo cual es muy diverso, y de esta suerte no se le podrá argüir de que dió à entender que los conocia; y lo mismo ha de practicar en el examen de testigos cuando no los conoce. Del mismo modo se le puede exigir pena arbitraria, y mucho mas crecida, por no autorizar el instrumento, porque por este defecto y omision no es ni se le tiene por público, sino por privado, ni de él se puede dar copia que pruebe en juicio; y si el escribano ha muerto, necesitan probar su contexto por otro medio los interesados, à quienes de este punible descuido ó malicia se irrogan gravísimos daños, que deben resarcirles los herederos del escribano; 7.° que este signe todas las escrituras,

1 Leyes 54 y 114. tit. 18. Part. 3. 1 y 2. tit. 23. y 2. tit. 24. lib. 10. Nov. Rec.

2 *Cur. Philip.* part. 1. §. 17. num. 30.

porque el signo ó sello es el caracter Real que las vigoriza; pero esto solo se practica en las copias, pues en cuanto á los protocolos se signa el de cada año á su final, cuyo signo comprende y corrobora todos los instrumentos dentro de él otorgados; 8.° que el instrumento no esté roto ó cancelado en parte sustancial, como son los nombres y apellidos de los otorgantes, escribano, testigos, firmas, signo, cosa, cantidad, plazos, pactos, fecha y lugar de su otorgamiento; pues si lo está, ó en abreviatura, y no puede tomarse el verdadero sentido de su contexto; ó aun cuando se entienda, si está enmendado ó testado, y no salvo sin sospecha antes de las firmas; ó la cantidad ó fecha por guarismo ó con letras iniciales, poniendo una sola por nombre ó cantidad, v. gr. A. por Alonso, C. por ciento, no hará fe (1). Esta forma y solemnidad debe observarse exacta y puntualmente por el escribano para que no se le haga cargo cuando se le visite, ni el instrumento se anule, ni cause perjuicio á los contrayentes, y no la puedan remitir ni renunciar estos; porque á todos está prohibido inmutar y alterar lo dispuesto por derecho (2); bien que si el instrumento contiene diversos capítulos, y alguno de ellos está viciado solamente, no se viciarán por él los demas, porque en lo divisible no se vicia lo util por lo inutil; y lo mismo sucede cuando alguno está oscuro y confuso, si por otro se puede percibir el verdadero sentido de su contexto (3). Por lo tocante á si el instrumento se podrá extender en latin ó en otro idioma que el castellano, de lo cual no hallé ley ni autor que trate, digo que no, y que el protocolo ha de extenderse en el idioma vulgar, aunque el escribano posea el de los otorgantes, en caso de ser este extrangero, y la razon es porque como instrumento público que se otorga ante testigos, debe leerse ante estos, y estos enterarse de cuanto contenga para deponer en caso de duda de su contexto (lo que no podrán hacer no extendiéndolo), como tambien para obviar siniestras y voluntarias interpretaciones; y aun cuando los testigos posean el propio idioma y lo entiendan, deberá hacerse lo mismo; porque de lo contrario, se lo harán traducir al escribano al tiempo de la visita, y como instrumento público debe estar escrito en el idioma que usa la gente del pueblo y provincia en que se formaliza; y asi los magistrados y otros jueces literatos y los abogados poseen el latin, y hacen que los instrumentos latinos se traduzcan al vulgar, co-

1 Leyes 111. tit. 18. 7. y 12. tit. 19. Part. 3. y 1. tit. 23 lib 10. Nov. Rec.
2 Ley 32. tit. 9. Part. 6.
3 Gom. en la ley 45 de Toro, num. 14. Ciriac. controvers. 408. Menoch. lib. 5.

mo diariamente lo vemos; y lo propio debe observarse con los documentos que se insertan en los instrumentos, para evitar el gasto de traducirlos á su costa, si los visitadores no lo entienden; bien que el escribano puede sacar copia testimoniada traducida, y ponerla con ellos, si posee el idioma, y no hay traductor público que los traduzca. Pero en cuanto à las copias de ellos no hay inconveniente en que el escribano las dé traducidas en otro idioma que entienda, porque como estan otorgados segun deben, y el escribano en la copia no hace mas que dar fe de que concuerda con el protocolo, y por ser acto privativo suyo no hay necesidad de testigos que lo testifiquen, se ha de estar à su fe, mientras no se pruebe lo oontrario: al modo que en los protestos de cambios, que se copian en el idioma en que se hallan, y no hay mas testigos ni solemnidad que la fe del escribano, ni es necesaria, por ser unos meros testimonios que no requieren otra.

3. En cuanto à los testigos que deben presenciar el otorgamiento de los contratos, (cuya asistencia á él se estableció para evitar toda sospecha de falsedad, y asegurarlos mas, y la fe del escribano) dice una ley de partida (1) que concurran tres ó dos escribanos por ellos y que escriban sus nombres en el instrumento, que es lo mismo que firmarlo; y aunque de otras tres leyes de Partida posteriores (2) se prueba ser suficiente dos testigos, no obstante, lo mejor es que lo presencien tres, como se practica; y sobre todo se estará á la costumbre de la provincia.

4. Estos testigos deben ser precisamente varones hábiles para testificar (y no locos, ciegos, mudos, absolutamente sordos ni con otro defecto legal) y mayores de catorce años, ó á lo menos, entrados en ellos (3), y siendo menores de esta edad, no los debe admitir el escribano; y aunque la muger en todo puede serlo, excepto en testamento ó en otra última disposicion (4), no se la admite por tal en los contratos. No es preciso que los testigos sean vecinos del pueblo en que se otorga el instrumento, porque ninguna ley lo previene como en el testamento nuncupativo, ni concurren para ello los motivos que para este; bien que debe expresarse en él de donde lo son, para que testifiquen de él si se dudase de su otorgamiento. Los religiosos profesos pueden ser testigos de cualquier instrumento, disposicion testamentaria y acto civil, porque ninguna ley civil ni canónica se

1 Ley 54. tit. 18. Part. 3.
2 Leyes 111, 114, 119. tit. 18. Part. 3.
3 Ley 9. tit. 16. Part. 3.
4 Ley 17. tit. 16. Part. 3. y leyes 1 y 9. tit. 1. Part. 6.

lo prohibe; lo cual se entiende aun en el caso de que no tengan licencia de sus prelados, pues para lo que la necesitan es para testar, tratar y contratar, y deponer en juicio lo que ante ellos pasó, como se dirá tratando de la prueba judicial por testigos, mas no para serlo en los instrumentos.

5. No hace fe el instrumento que autoriza el escribano públicamente excomulgado (1); y si no lo está, el que se otorga ante él à su favor ó de su muger, padre, madre, hijo, hermano, yerno, suegro y de otros parientes hasta el cuarto grado, porque es sospechoso; pero el que se otorga ante él contra ellos ó contra sí mismo, la hace (2), como tambien el que autoriza como apoderado de alguno á favor de otro, observando en su extension y otorgamiento las solemnidades y formalidad prescriptas por derecho, sin faltar cosa alguna, y haciendo protocolo. Bajo este supuesto puede otorgar su testamento y codicilo, y ventas, trueques, donaciones, obligaciones y demas contratos á favor de un tercero, y como apoderado sustituir el poder, y formalizar los instrumentos para lo que se le conceda facultad en él, sin necesidad de valerse de otro escribano; y la razon es porque puede ser considerado bajo dos conceptos, uno público y otro privado, y aunque son realmente distintos, mas no incompatibles cuando no actúa à su favor ni al de las referidas personas, al modo que puede hacer de juez y escribano con comision, como se practica.

6. Tampoco hace fe ni trae aparejada ejecucion el que no está signado por el escribano ante quien se otorga, aunque lo firme, antes bien se reputa por privado; y la razon es, porque el signo es el sello ó caracter Real que lo vigoriza y da autoridad pública, y es esencial para que la haga y sea creido: por lo mismo está mandado que los escribanos signen cada año los registros que en él hicieren, pena de suspension de oficio por uno y de diez mil maravedís (3). Y esto se prueba tambien del título que se les expide, en el que su Magestad dice: *Y mando que todos los poderes, ventas, censos, compromisos, transacciones, testamentos, codicilos, obligaciones y otras cualesquiera escrituras que ante vos pasaren y se otorgaren, á que fuéredes presente, y en que fuere puesto el dia, mes, año y lugar donde se otorgaren, y los*

1 Ley 117 del Estilo. Parlad. lib. 2. *Rer.* cap 20. num 24. Barbos. *in Collectar.* cap. *Decernimus, de sentent excomunicat* in 6 num 8.

2 Parlad. lib. 2. *Rer.* cap. 20. num. 23. Greg Lop. en la ley 3. tit. 19. Part. 3. glos 6. Pareja *de edition. instrum.* tit. 5. resolut. 1. num. 17.

3 Ley 54 tit 18 Part 3. leyes 1 y 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

testigos que á ello se hallaren presentes, y vuestro signo tal como este, que ya os doy, de que mando useis como tal mi escribano, valgan y hagan fe judicial y extrajudicialmente &c. : lo cual no milita respecto de los fieles de fechos electos para con los concejos, que por no tener título ni autoridad Real, no pueden como tales signar ni autorizar instrumentos, y sí solo las cosas que pasaren en juicio ante sus jueces (1), y las peculiares del concejo: ni tampoco respecto de los escribanos de Cámara del Consejo, chancillerías y audiencias Reales, pues estos certifican y no dan fe ni signan los despachos ni certificaciones. Y se previene lo primero, que el escribano que tomó la nota, razon o minuta del instrumento no debe cometer ni delegar á otro la facultad de extenderla ni de concluirla (2), como tampoco confiar á su amanuense la toma de ella, sino tomarla por sí para cerciorarse de la voluntad y convenio de los contrayentes, y extenderlo con arreglo à ella. Lo segundo, que jamas debe variar de signo, ni mudar la forma de la firma que echó al tiempo de su aprobacion, sin expresa Real facultad, porque no es suyo, sino del Rey que se lo dió, en virtud de cuya concesion ejerce autoridad pública (3); de lo contrario debe ser reprendido; y resarcir á los interesados los daños que se les irroguen, porque el instrumento no merece fe, por no poderse comprobar en caso de dudarse si es ó no suyo, ni se reputará por público sino por privado. Y lo tercero, que aunque el escribano tenga título honorario del secretario del Rey, debe signar los instrumentos y testimonios que ante él pasen como escribano, porque como mero secretario carece de facultades para autorizar instrumentos públicos, y el signo es de esencia del instrumento y lo corrobora; por cuya razon, y porque en el protocolo de cada instrumento no se pone, se manda que al fin de cada año se signe el comprensivo de todos los que durante él pasaron ante el escribano, cuyo signo los autoriza todos, y asi se pone à su final (4); por consiguiente en lo que autoricen como escribanos han de usar del signo y dar fe: y en lo que como secretarios, certificar y firmar, y no exponer los instrumentos à que no sean creidos por defecto del signo.

7. Los instrumentos públicos son de tres clases que se distinguen con los siguientes nombres, à saber: 1.ª protocolo ó registro; 2.ª copia original; y 3.ª tratado. El protocolo es la escri-

1 Ley 3. tit. 19 Part. 3. et ibi glos. 7.
2 Covarr. *Pract.* cap. 2. num 4.
3 Arg. Authent. *de instrument. cautel.* y su glos. 5.
4 Leyes 54 y 55. tit. 18. Part. 3. et ibi glos.

tura matriz, original ó primera, en que el escribano nota brevemente la sustancia del acto ó contrato para poderla extender despues con arreglo á derecho y al convenio de los contrayentes (1), segun antiguamente se practicaba: y tambien se llama asi el libro en que se escribe la primera matriz ò escritura original de los instrumentos que las partes piden.

8. El registro es el libro en que se extienden los instrumentos protocolos y privilegios para remover y comprobar ó confrontar las copias que de ellos se sacan en caso de perderse, romperse ò dudarse de su tenor, lo cual se prueba de la ley 8. tit. 19. Part. 3.; pero hoy se usa indistintamente de las voces ò palabras protocolo y registro, entendiéndose por una misma cosa; y no solo se llama asi el libro comprensivo de las escrituras de un año, dos ó mas, sino à cada una de estas en particular. Aunque en lo antiguo se otorgaban por las meras notas, razones ó minutas que los escribanos tomaban y las partes firmaban, segun dejo expuesto, y estos extendian y daban luego las copias con arreglo à lo sustancial del contrato, como se previene por la ley 9. tit. 19. Part. 3., de cuyo método se originaban dudas, pleitos y perjuicios; para evitarlos se abolió justa y sabiamente este modo de escriturar por la señora Reina Doña Isabel en la pragmática que estableció en Alcalá el año de 1503, á 7 de junio, que es la ley 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec., la cual prescribe la forma de ordenar y otorgar los instrumentos y dar sus copias: cuya disposicion es la que se observa.

9. El protocolo ó registro es la matriz, origen y fuente de donde se sacan todas las copias ó traslados que piden las partes, y por él se disuelven las dudas que en ellas ocurren (2), que es el fin para que fue introducido, y no para otro alguno. Debe estar siempre en poder del escribano ante quien pasó (3), y este custodiarlo, y signarlo al fin del año como se ha dicho, y asimismo poner en él fe ó nota de si ha dado copia de su contexto, segun lo ordena la ley 54 al fin. tit. 18. Part. 3.; y conteniendo todos los requisitos expresados en el párrafo segundo de este capítulo y en el nueve del anterior, hace plena fe en orden al efecto para que se introdujo; de modo que en caso de duda mas se debe estar à él que al trasunto (4). Pero presentado en juicio

1 Spigell. y Calvin. *Lexic. jurisdic.* en la palabra *Protocollum*.

2 Leyes 8 y 9. tit. 19. part. 3. y ley 4 y 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

3 Covarr. *Practic.* cap. 19. Castill. lib. 2. Molin. *de hispan. primogen.* lib. 3. cap. 13. num. 44. Parej. *de edition. instrum.* lib. 1. resol. 3. §. 3.

4 Speculator. *de instrum. edit.* § *Videndum*, num. 4. Mascard. conclus. 4. num. 1. y conclus. 1255. num. 2. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. lin. 2. num. 14 al 17.

no la hará, porque no se estableció para esto, y porque carece del signo ó caracter Real que autorice y debe contener todo instrumento público para ser creido en él segun la ley.

10. El instrumento conocido entre los jurisconsultos por original (bien que el que con propiedad se debiera llamar asi es el protocolo ó registro, como queda sentado) es la primera copia que literal y fielmente se saca de este por el escribano que lo hizo y autorizó, la cual debe estar suscrita por él con arreglo à lo dispuesto en la ley 54. título 18. Part. 3., y no dada por concuerda, segun algunos practican por ignorancia, para que no se dude que es la original y primera, ni se le objete el defecto de la suscripcion, como forma ordenada por la ley, si en su virtud se pide ejecucion, segun he visto objetar y estimar en juicio, y convertir este en ordinario. Se llama *copia original* por tres razones: 1.ª porque es sacada de la fuente ó matriz; 2.ª porque es el orígen de todos los ejemplares, trasuntos ó traslados que de ella se puedan sacar y traducir; 3.ª porque es dada, suscrita y autorizada por el escribano que hizo, perfeccionó y autorizó el protocolo: y faltando alguno de estos indispensables requisitos, ya no es ni se la debe titular copia original; pero conteniéndolos hace plena fe en juicio, trae aparejada ejecucion, y no debe redargüirse de falsa civilmente, porque es *prueba probada y acabada ó perfecta*; la que no se induce de la deposicion de testigos, como del instrumento público, pues por aquella no se prohibe ni excluye probar lo contrario por otros testigos ó por otro medio, lo cual no sucede con el instrumento (1); bien que puede ser redargüida absoluta y criminalmente si en la realidad es falsa y suplantada; de lo cual se tratará difusamante en el libro tercero cuando se hable de la prueba judicial hecha por instrumentos. Pero no hace fe judicialmente, aunque esté autorizada por otro ó por mas escribanos y ninguna copia se haya sacado del registro, ni la pluralidad de signos la da mayor vigor, porque como todos no tienen mas que una autoridad, y el escribano no puede hacer válido lo que el derecho estima nulo; es lo mismo que si uno solo lo autorizara. Lo cual se entiende aun cuando la dé su heredero sucesor en su oficio, à menos que se coteje ó compruebe, ó que para darla intervenga precepto judicial con citacion de parte, si es de los que la requieren. Y sin embaago de que habiéndose entregado à su heredero los protocolos y papeles con

1 Bogund. *Biblioth.* en la palabra *probatio*, num. 7.

intervencion de la justicia, no necesita el judicial precepto para darla, no siendo de las que le está prohibido y expresaré en el párrafo 13; no obstante, no hará fe en juicio sino se comprueba con citacion contraria, y el registro anual no está foliado ni signado à su final, como debe, por el escribano ante quien se otorgó el instrumento (1). Bien que si ninguna de estas se redarguye de falsa por la parte contra quien se producen, no es necesaria su comprobacion, porque es visto aprobarlas y no dudar de su veracidad.

11. *El traslado ó egemplar (que vulgarmente se llama testimonio por concuerda)* es el que por exhibicion se saca de la copia original ó de la que hace veces de tal, aunque no sea la primera. Este traslado, trasunto ó ejemplar estando autorizado por el escribano ante quien se sacó el instrumento hará fe, porque milita la propia razon para ser creido, que si se sacara del protocolo (2), no obstante que siendo dado por exhibicion no se deberá titular original ni traerá aparejada ejecucion. Pero si lo es por otro escribano, ya lo saque del protocolo, ó por exhibicion de la copia original, no hace fe regularmente en juicio contra quien lo produce, ni en su virtud se debe despachar ejecucion, porque no la trae aparejada, y si se despacha, es nula; ni tampoco sirve ni puede darse en su vista la posesion de la herencia ó mayorazgo, aunque el escribano que lo sacó afirme estar sin sospecha el original, y al tiempo de sacarse no haya ningun adversario cierto á quien citar. Lo cual se entiende excepto que se dé con autoridad judicial y citacion personal de este, ó por edictos solemnes si à ninguno se conoce: ó que precedida dicha citacion se compruebe con el protocolo, ó de consentimiento de ambas partes, en cuyo caso las perjudicará, como tambien à sus sucesores (3).

12. Algunos escribanos estan persuadidos que de todas las escrituras que ante ellos pasan, pueden dar à las partes cuantas copias les pidan, sin ser necesario precepto judicial: otros que sin que intervenga este, ninguna pueden dar mas que la primera: y otros que en pasando el año de su otorgamiento no pueden poner suscripcion en ellas sino *concuerda*. Para que no ignoren lo que les está permitido y prohibido, digo: que de las escritu-

1 Ley 55. tit. 18. Part 3. y leyes 6 y 10. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Parej. cit resol. 3. y tit. 5. resol. 1. num 12. Covarr *Pract.* cap. 21. num. 3 y 4. Salg. *de retent.* part. 2. cap. 20. num. 60.

2 Covarr. ibi num. 2. vers. *Quid si fiat.* Mascard concl. 712. num. 35 Molin. lib. 3. *de primogen.* cap. 13. num. 44. al 49.

3 Covarr. ibi num. 5.

ras de poder, ventas, cambio, donacion, testamento, poder para testar, codicilo, compañía, redencion de censos ó gravamen, cartas de pago, renuncias, lastos, esperas, adopcion, emancipacion, contratos de obra y demas, en cuya virtud no tiene accion el acreedor à pedir la deuda tantas cuantas veces parezca, ni puede resultar perjuicio à la otra parte, puede y debe el escribano ante quien pasaron, dar á los verdaderos interesados, y no à los que no lo sean, todas las copias que quieran y le pidan, sin que para ello sea necesario precepto judicial, (al modo que cuando está rota y piden copia de ella lo manda la ley 12. tit. 19. Part. 3.), como lo ordena la 19. tit. 10. de la misma Partida. Lo cual se entiende sin citar à la otra parte, y sin que la que pretende tenga que probar habérsele perdido la primera (1): y se entiende tambien en cualquier tiempo que le pida la copia ò copias, ya sea dentro ó fuera del año de su otorgamiento; primero, porque la ley no se lo prohibe; y segundo, porque las leyes hablan indistinta y absolutamente, sin prefinir ni limitar tiempo; por lo que solo dándolas en año diverso, deberá añadir en la suscripcion la fecha en que las da, aunque ninguna se haya sacado del registro; y todas serán y deberán llamarse originales, y harán veces de tales, porque han salido de la fuente ó matriz, y sido autorizadas por quien hizo el protocolo y tuvo facultad y potestad legal para darlas por sí sin decreto judicial (2); y porque en dar fe de haberse hallado presente à su otorgamiento no falta à la verdad, por haber sido asi, y tener en su poder el protocolo en donde consta; pero ni el que le suceda en su oficio y papeles, ni otro alguno, deben darlas sin que preceda auto del juez á pedimento de parte interesada, ya haya dado ó no copia el que las hizo y ante quien se otorgaron.

13. Y si la escritura es de aquellas en cuya virtud se puede pedir la deuda tantas cuantas veces parezca la original, v. gr. la obligacion de dar, pagar ò hacer alguna cosa, las de imposicion de censo, arrendamiento &c., ó la que puede dañar á la otra parte, no debe dar por si ó por autoridad propia el escribano ante quien se otorgaron, ni otro alguno, mas copias que la primera, ya sea ó no en el año en que se otorga, aunque el acreedor ó interesado la solicite con pretexto de habérsele perdido, ú otro, pena de perder el oficio, y de pagar á la parte

1 Speculat. *de instrumen. edition.* §. *Postquam.* Gregor. Lop. en la ley inserta, glos. 2.

2 Panormit. y otros en el cap. 1. *de fide instrument.*

que la otorgó, ó á quien la represente, el daño ó interes; cuya copia será la única que debe llamarse original y se estime por tal, porque como está prohibido al escribano dar mas que la primera, no puede verificarse que haya otras originales que esta, y asi debe poner en el protocolo la nota de haberla dado para que conste y no se le olvide. Lo cual se entiende á menos que precedan los requisitos siguientes: 1.° ha de acudir el acreedor al juez ordinario del pueblo en donde está otorgada, afirmando con juramento que la copia original se le perdió ó quemó sin culpa ni malicia suya; 2.° que ignora su paradero, si fue perdida; 3.° que no está reintegrado de su crédito; y 4.° obligándose bajo del mismo juramento á exhibirla al escribano ante quien pasó, si la hallare, para que la rompa y cancele, y á no usar jamas de ella, mediante lo cual pretenderá que mande darle otra copia. En vista de esta solicitud debe mandar el juez que se cite ó haga saber al deudor, y si este confiesa el débito, ó dentro de tercero dia no se opone á la intentada por el acreedor, deferir á ella, y al escribano dar la copia á continuacion del pedimento, auto y citacion, y no separadamente. Si el deudor comparece, alega que pagó la deuda y se opone por lo mismo á que se dé la escritura, le ha de conceder el juez término suficiente para que lo pruebe, y no acreditándolo en él, mandar que se dé al otro la copia; mas no, si justifica el deudor que le remitió la deuda, ó que por habérsela satisfecho, le entregó la escritura y por eso existe en su poder. Y si el juez despues de citado y oido el deudor manda dar segunda copia, debe el escribano en cumplimiento de su obligacion poner nota en el protocolo con relacion de todo, para que en lo sucesivo conste que se dió, el acreedor no pueda cobrar dos veces su crédito, si parece la primera, y evitar pleitos y perjuicios al deudor, lo cual es conforme á derecho (1): bien entendido que si el juez por no ser letrado, ó aunque lo sea, la mandare dar, ha de hacerle presente el escribano la prohibicion de las leyes, y su precepto, y que en otros términos no se debe dar, para que haga citar y oiga á la parte adversa, y no se la irrogue perjuicio. Pero de los demas instrumentos no necesita poner mas nota que de haber dado la copia original con expresion del sello del papel, aunque los interesados le pidan muchas, porque no traen perjuicio próximo ni remoto, no hay prohibicion ni precepto, ni por consiguiente necesidad de notarlas.

1 Leyes 10 en las palabras *Mas si la carta*, y 11, tit. 9. Part. 3. y ley 5. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

En cuanto á la suscripcion, digo que en todas las que se saque del protocolo que hizo y autorizó, ya sea en el año en que se otorgaron, ó en otro, debe ponerla, y dar fe de haber presenciado su otorgamiento, como lo manda la ley 54. tit. 18. Part. 3., que extiende la forma de suscribirlas en estos términos: *E cuando esto oviere escrito debe dejar un poco de espacio en la carta é dende ayuso facer y su signo, é escribir y su nome de esta manera: Yo fulano, escribano público de tal lugar, estaba delante cuando los que son escritos en esta carta ficieron el pleito ó la postura ó la vendida ó el cambio ó el testamento ó otra cualquier, asi como dice en ella, é por ruegos é mandado de ellos escribí esta carta pública, é puse en ella mio signo é escribi mi nome.* Pónese la suscripcion en estas copias, porque todas son originales, no hay prohibicion legal y la fe es verdadera; mas no, si es traslado de la copia original, pues entonces la ha de dar de que está conforme ó concuerda con esta, à la que se debe remitir, y no al protocolo; y lo mismo procede si es traslado de otro traslado ò ejemplar. Se previene que aunque las copias esten escritas de varias manos ó letras, no importa, porque à mas de que ninguna ley lo prohibe ni las anula, ni manda que hayan de ir precisamente de una, se salva y evita cualquier sospecha en diciendo el escribano al pie cuantas hojas van de una letra y cuantas de otra, y rubricándolas todas como acostumbra y debe practicar; pues quien las da el vigor y la autoridad, no es el amanuense que las escribe, sino el que las firma y autoriza; y lo mismo digo en cuanto à los protocolos y otros instrumentos ó testimonios. Igualmente se previene que si la copia es voluminosa, debe escribirse en cuadernos iguales, y en el primero y último ponerse pliegos sellados de un mismo sello, segun sea la cantidad y calidad del instrumento, y en su intermedio comun, de modo que el signo y firma se pongan en el segundo sellado, y todos los pliegos de los cuadernos de ella han de ir metidos uno dentro de otro, y no sueltos. Y últimamente se previene que si bajo una firma estan comprendidas diversas partidas de bautismo, casamiento, muerte ú otras cosas que entre sí no tengan conexion, y el escribano saca testimonio á la letra de alguna, debe sacar tambien la firma, porque esta corrobora y se ha puesto para todas y para cada una en particular: v. gr. en un libro de bautismo, en cuyos folios hay muchas partidas y solo una firma al pie de todas, por acostumbrar practicarlo asi el cura como lo he visto; pero debe relacionar lo que resulte del libro en cuanto al estilo del firman-

te; todo lo cual tendrá presente el escribano principiante para no errar. Finalmente si la escritura se daña ó rompe de modo que no puede leerse tan bien como cuando se sacó, se observará lo que manda la ley 12. tit. 19. Part. 3.

14. Cuando el escribano ha muerto, y no consta ni parece en su protocolo la escritura matriz, por haberla perdido, ó por otro motivo, y el interesado en ella tiene la copia original, puede presentarla al juez, y pretender que comprobado su signo y firma se mande protocolizar, y de ellas se den los traslados conducentes, à los cuales interponga su autoridad; y à mayor abundamiento que se reciba informacion de su otorgamiento con los testigos instrumentales, si viven, y de la legalidad y descuido del escribano ante quien pasó; en cuya vista deferirá el juez à su pretension; servirá de registro la copia original, siendo de buena fama el escribano que la autorizó; se protocolizarán y unirán á ella los autos obrados, y de todos se darán copias à los interesados. Y se previene que la ley 2. tit. 16. lib. 10. de la Nov. Rec. dice que cualquiera copia de censo autorizada y sacada del registro, se tenga por original en caso de perderse el protocolo; y lo mismo milita para con otro cualquiera contrato, y asi se observa; acerca de lo cual véase á Covarr. *Pract.* cap. 19. num. 3.

REAL CÉDULA SOBRE EL USO DEL PAPEL SELLADO.

Habiendo explicado las obligaciones de los escribanos y los requisitos que deben tener los instrumentos públicos para que hagan fe, resta decir lo que está prevenido en orden al uso que ha de hacerse del papel sellado.

Primeramente por el Ministerio de Hacienda se expidió en 13 de junio de 1823 una orden circular mandando lo siguiente. Las letras de cambio de cualquier género y calidad, sean primeras, segundas, terceras ó duplicadas, que no emanen del gobierno legítimo, sus tesorerías, administraciones y autoridades, para el pago, giro ó cobranza de caudales y efectos de la Real Hacienda, se escriban desde 1.° de junio del mismo año en papel sellado, dispuesto para solo este efecto: que se hagan cinco clases de este papel en la forma siguiente. La primera, de precio de dos reales vellon para las letras de cantidades hasta dos mil reales. La segunda, de cuatro reales para las de dos mil hasta ocho mil. La tercera, de seis reales para las de ocho mil hasta diez y seis mil. La cuarta, de diez reales para las de diez y seis mil hasta veinte mil. Y la quinta, de veinte reales para las de veinte mil

arriba. Que se den dos ejemplares à los que tomen papel de la primera y segunda clase, y tres à los que lleven de las restantes, sin exigirles mas de lo que corresponde à un solo ejemplar. Que las letras que no esten escritas en el papel sellado correspondiente à la suma de su importe, no tengan mas fuerza que la de un instrumento comun y privado, ni gocen de los beneficios especiales concedidos à las letras, endosos y aceptaciones del cambio del comercio; reintegrando el tenedor á la Real Hacienda el precio del papel sellado que debió usar, y que ademas pague por via de multa el tres tanto del valor del papel en que debió ponerse la letra. Que las cartas órdenes, libranzas del comercio se den en papel del sello correspondiente, pagando lo mismo que las letras de cambio, y con sujecion à lo dispuesto con respecto á estas.

Por Real cédula dada en Aranjuez à 12 de mayo de 1824 se determinó lo que sigue.

Artículo 1.° Todos los instrumentos que hayan de presentarse en juicio y en oficinas Reales, eclesiásticas ó de señorio, para hacer fe y tener curso, se han de extender en una de las clases de papel que se mencionarán, prohibiéndose la admision y curso de los que carezcan de este requisito, bajo la responsabilidad de quien los presente y reciba, los cuales incurrirán en la pena señalada en el Real decreto y cédula de 23 de julio de 1794.

2.° Los falsificadores de los sellos incurrirán en las penas de los falsificadores de moneda, y en las declaradas contra los que introducen moneda falsa en estos reinos, segun las leyes de la Recopilacion.

3.° Se formarán siete clases de sellos: uno con el nombre de illustres: otro primero: otro segundo: otro tercero: otro cuarto mayor: otro cuarto de pobres, y otro para despacho de oficios. Cada uno de ellos tendrá la inscripcion que declare la clase á que corresponde y su valor. Tambien tendrá las armas Reales y el busto del Soberano. El tipo variará cada año.

4.° Se prohibe el uso de rubricar papel blanco à pretexto de faltar el sellado. Igualmente se prohibe rubricar papel del sello diferente del que se requiere para cada instrumento, en atencion à que estando surtidas las datarías, no debe experimentarse falta de papel sellado de todas clases.

5.° Se hará como hasta ahora la impresion de los sellos y busto Real en papel que se ha de sellar para España y para los dominios de Indias, pues no ha de haber otra diferencia que la de los precios, como se especificará mas adelante.

6.° Los precios del papel sellado serán los mismos que hoy tiene, à excepcion del del sello de ilustres, que tendrá el de sesenta reales.

7.° Las Reales cédulas, provisiones y demas papeles donde haya de ponerse la firma Real refrendada por mis secretarios, y las provisiones Reales despachadas por cualquier Consejo, tribunal ò junta, se han de escribir en papel del sello de ilustres: y las cédulas ordinarias que no sean de mercedes, honores, privilegios y oficios perpetuos ó renunciables, y se dieren à instancia de parte, se han de escribir en papel del sello tercero.

8.° Las cédulas ó provisiones sobre contrato ó asiento que toque à la Real Hacienda ó à otras personas deben escribirse en papel del sello que por su calidad y cuantía corresponda al contrato principal.

9.° Las certificaciones, despachos ó cualquiera documento justificativo de gracia ó merced que deba despacharse por las oficinas de la Cámara ó Consejos, deben escribirse en sello de ilustres, y si contuviesen mas de un pliego, los intermedios serán del sello cuarto.

10. Los títulos de regidores, receptores, procuradores, alguaciles mayores, escribanos numerarios de audiencias ó de cabildos, y todos los demas oficios perpetuos ó renunciables de provision ó confirmacion de grandes, títulos comendadores ó comunidades religiosas, se extenderán en papel del sello de ilustres: los demas nombramientos de oficios inferiores en papel del sello cuarto.

11. Los títulos de las clases referidas en el artículo anterior que se expidan por las ciudades de voto en Cortes, se extenderán en papel del sello de ilustres. Los de las mismas clases que expidan las ciudades y villas que no tengan aquel honor, irán en sello primero: y los de los oficios inferiores en unas y otras en papel del sello cuarto.

12. Para los títulos, testimonios, certificaciones ó nombramientos de oficios que los administradores, arrendadores, tesoreros ó receptores de Hacienda Real dan à los guardas, comisarios, ejecutores, verederos, diligencieros ó alguaciles de dichas comisiones, se usará del sello tercero. Todos los demas superiores á estos se escribirán en el del sello de ilustres. Los que fuesen provistos por los administradores y arrendadores de los estados que estan puestos en administracion ó secuestro en virtud de auto judicial, deberán obtener sus títulos en papel del sello tercero.

13. Los títulos, testimonios y certificaciones de nombramientos de priores, cónsules, receptores, tesoreros y asesores de los consulados, se escribirán en papel del sello de ilustres: los de escribanos, con inclusion de los de flotas, armadas y naos marchantes, en el del sello primero; y los inferiores á estos en el del sello tercero.

14. Los títulos, testimonios, certificaciones ò nombramientos que se expiden por el concejo de la Mesta se extenderán en papel del sello de ilustres.

15. Todo nombramiento militar, testimonio ó certificacion justificativa de él, siendo destino que tenga tratamiento de Señoría ó Excelancia, se escribirá en papel del sello de ilustres.

16. Asimismo los títulos, nombramientos, testimonios ó certificaciones de los oficios militares de mar ó tierra, es à saber, los superiores de generales, mariscales de campo, coroneles, almirantes, sargentos mayores, capitanes, ayudantes, maestres de naos ó de plata, pilotos principales así de navios de guerra, como mercantes, nombrados por Mi ó por otras personas ó tribunales á quienes tocase su nombramiento, se escribirán en papel del sello de ilustres. Los demas inferiores desde el alferez inclusive en el del sello cuarto mayor.

17. En las oficinas militares de cuenta y razon, como las de provisiones, hospitales y demas, se expedirán los títulos de gefes en papel del sello de ilustres: los de oficiales mayores en el del sello primero: y los de los demas, en el del sello tercero.

18. Los títulos de oficios de pluma militares, como los de veedor, contador ó pagador, se escribirán en papel del sello de ilustres: y los demas inferiores á estos, en el del sello tercero.

19. Los títulos ó nombramientos de los oficios ó ejercicios que nombrasen los secretarios y contadores de los Consejos ó juntas, se pondrán en papel del sello segundo.

20. Las certificaciones que se dieren á cualquiera soldado de sus servicios, plazas, puestos ú otras cosas, y las patentes, licencias y suplementos, si fuesen de los oficios superiores referidos en los artículos 15, 16, 17 y 18, se despacharán en papel del sello de ilustres; y si de los inferiores, en el del sello cuarto.

21. Todos los títulos ó nombramientos de oficios ó comisiones que tengan cuarenta mil reales de sueldo, y se expidan por los Consejos, chancillerías, audiencias, tribunales, juntas ó corporaciones aprobadas por la Real Autoridad, se escribirán en sello de ilustres: los que pasen de treinta mil reales y no lle-

guen à cuarenta mil, se pondrán en papel del sello primero: y los inferiores en el del sello cuarto.

22. Las certificaciones ó testimonios que se diesen por los oficios de secretarios, contadores, escribanos ú otros ministros ò justicias para cualquier efecto, se escribirán en papel del sello cuarto.

23. Las licencias para ir à Indias, para salir navíos y para comerciar en géneros que necesitan licencia, deberán ir en papel del sello de ilustres.

24. Las cartas de examen de los oficios que dan los gremios ò los pueblos, irán en papel del sello primero. Las licencias para tener tiendas, tabernas, figones, bodegones, fondas y demas casas de trato, se darán en papel del sello segundo.

25. Las escrituras públicas de fundaciones de pósito, administraciones, tutelas, ventas de bienes, censos y tributos y de redenciones de ellos; las de donaciones, obligaciones fianzas y conocimientos ante escribanos, y otro cualquier género de escrituras públicas de cualesquiera contratos entre cualesquier personas, y las que toquen à la Real Hacienda y ministros ò justicias, que fuesen de dar ò de recibir, ó en otra forma, sean de cualquier género, calidad ò nombre, aunque los nombres de los tales contratos no esten expresados en este artículo, siendo sobre cantidad de mil ducados arriba, en una ó muchas sumas, en dinero, especie ú otro cualquier efecto, género ó cosa, se habrán de escribir en papel del sello de ilustres: las que bajaren de mil ducados hasta ciento, en el del sello segundo: y las que fuesen de menos de ciento, en el del sello cuarto, regulándose por el principal à razon de veinte mil al millar los valores de las escrituras que fuesen sobre rentas, para que segun esto se les aplique el papel del sello que les perteneciere.

26. Las escrituras de obligaciones, asientos de ventas ó arrendamientos, obras, tasaciones ú otros cualesquiera contratos, en que por su calidad y naturaleza no se puede nombrar precio, se usará del papel del sello segundo, y en las que se otorgasen sobre frutos, mercaderías ú otras especies, se regularán por la tasa, si la hubiere, y no habiéndola, por la estimacion comun, para aplicarles el papel sellado que les tocare, conforme al importe de las cosas ú obligaciones que se contraten.

27. Las escrituras que contuviesen cantidad incierta, como transacciones, renunciaciones de legítimas, ú otros derechos inciertos, y las de lesiones ó compromisos, se regularán, si hay sentencia sobre que recaigan, por la cantidad de ella, para que

si fuese de mil ducados, y de ahí arriba, se extiendan en papel del sello de ilustres: si bajase hasta ciento, en el del sello segundo; y si bajase de ciento, en el del sello cuarto. Y no habiendo sentencia, se considerará la cantidad del pedimento y demanda en la forma que queda dicha para las escrituras que recaen sobre sentencia.

28. Las escrituras de empréstito ó permuta de cualquiera géneros ò especies, aunque no se señale su precio, se escribirán en papel del sello de ilustres.

29. Las escrituras públicas de cartas de pago ó finiquito de cuentas que pasasen de mil ducados; y de ahí arriba, se otorgarán en papel del sello segundo: las que bajasen de mil ducados hasta ciento, en el del sello tercero: y si bajasen de ciento, en el del sello cuarto.

30. Las escrituras de fianzas y abonos, si fuesen sobre cantidad señalada de mil ducados, y de ahí arriba, se pondrán en papel del sello de ilustres: si bajasen hasta ciento, en el del sello segundo: y si bajasen de ciento, en el del sello cuarto.

31. Las fianzas que no fuesen sobre cantidad señalada, se escribirán en papel del mismo sello que el en que se escribió el contrato principal sobre que se otorgaron.

32. Las fianzas que se dan por los jueces de comision ú ordinarios, por los tutores, administradores, receptores, tesoreros, ejecutores, comisarios, maestros de naos, ó de plata, ú otros cualesquiera oficiales para asegurar la buena y fiel administracion de sus oficios y obligarse á dar cuenta con pago de sus administraciones, se escribirán en el mismo papel sellado en que se escribieron los títulos de sus oficios.

33. Las fianzas y obligaciones que se diesen en el Consejo de las Ordenes ò en otro cualquier Consejo, tribunal, comunidad ó juzgado sobre los depósitos que se hacen para las pruebas de calidad, se extenderán en papel del sello de ilustres.

34. Para mayor claridad y evitar alguna duda que pudiese ocurrir sobre el contenido de los artículos anteriores desde el 24 hasta el 32, ambos inclusive, se previene: que todas las escrituras y demas instrumentos públicos que pasen ante escribano, y quedan mencionados en ellos, sobre materia que exceda de veinte mil reales, ó sobre concesion de honores, se extenderán en papel del sello de ilustres: desde mil ducados hasta veinte mil reales en el del sello primero: de quinientos ducados à mil, en el del sello segundo: y los de quinientos ducados en el del sello tercero.

35. Las fianzas de mil y quinientas doblas de la segunda suplicacion, y la de estar y pagar juzgado y sentenciado, se otorgarán en papel del sello segundo: las de las leyes de Toledo y de Madrid que se sigan sobre mas de mil ducados, en el del sello primero: de mil hasta quinientos en el del segundo: y de quinientos abajo, en el del tercero. Y se previene que si en la clase de las primeras pasase alguna de la suma de veinte mil reales, se extenderá en papel del sello de ilustres; y ademas, que los abonos se deberán escribir tambien en el propio papel que se hubiesen escrito las fianzas.

36. Los poderes que otorgaren los grandes para administrar se extenderán en papel del sello de ilustres: los que se otorguen por estos y por los particulares para cobrar mas de mil ducados, en el del sello primero: y los de esta cantidad abajo en el del sello segundo. Los que se otorguen para seguir pleitos, se escribirán en papel del sello tercero.

37. Las posturas de oficios, ventas, prometidos, pujas, aceptaciones, traspasos, declaraciones, cesiones y remates, se harán en papel del sello tercero; pero las escrituras de obligacion principal de rentas, si versasen sobre la cantidad de mil ducados, y de ahí arriba, se extenderán en papel del sello primero: si bajasen hasta ciento, en el del segundo: y si de ciento, en el del cuarto.

38. Las obligaciones que hacen los escribanos de usar bien y legalmente de sus oficios cuando se examinan, se pondrán en papel del sello segundo. Las protestaciones extrajudiciales, y los embargos y desempeños, en el del sello tercero: y los requerimientos para pagos de juros ú otras deudas, en el del sello cuarto.

39. Los registros y fletamentos de navíos se extenderán en papel del sello de ilustres; y lo mismo los registros de minas y despachos que sobre ellos se dieren. Todos los demas registros de cualquiera especie y géneros se escribirán en papel del sello tercero.

40. Los fletamentos ó seguros de navíos, mercaderías ó dineros, si importasen veinte mil reales ó mas, se escribirán en papel del sello de ilustres: de mil ducados á quinientos, en el del sello primero: de quinientos á ciento, en el del segundo: y de ahí abajo en el del tercero.

41. Los testamentos y codicilos abiertos en que haya mejora de tercio y quinto se pondrán en papel del sello primero. Si estas ó los legados pasasen de veinte mil reales, en el del sello

de ilustres; los demas, en que no haya disposicion que llegue á esta cantidad, en el del sello tercero. Si hubiese fundacion de vínculo, patronato, mayorazgo ó fundacion civil ó eclesiástica, se extenderán en papel del sello de ilustres. Las Reales gracias para cualquiera clase de amortizacion de bienes civil ó eclesiástica, y las escrituras ó contratos entre vivos que sobre ellos se otorguen, se escribirán en el sello de ilustres.

42. Todos los testamentos ó codicilos cerrados, de cualquier género ó calidad que sean, se escribirán en papel sellado con el sello cuarto enteramente, sin que tengan pliego alguno que no lo esté, mediante que han de servir de protocolos; y los originales, y sacas de copias testimoniadas que se ha de dar à las partes despues de abierto el testamento ó codicilo, se escribirán segun lo que queda dispuesto acerca de los testamentos abiertos.

43. Los testamentos cerrados podrán escribirse tambien en papel comun; pero con la precisa calidad de que los escribanos, despues de haberlos abierto, saquen copia del protocolo escrita toda en pliegos del sello cuarto, y poniéndola en el registro testificada con el protocolo original: los traslados que dieren irán signados en papel del sello cuarto.

44. Las particiones, hijuelas, divisiones de bienes, tasaciones, adjudicaciones y almonedas, se extenderán en papel del sello que corresponde á su cuenta, empezando desde la de cien ducados.

45. Los testamentos de los pobres que mueren en los hospitales se harán en papel del sello cuarto de pobres, si no contienen manda ó legado; pero si la contuviesen, se extenderán en el que corresponde segun la cuantía de que testen. Los legados y mandas *ad pias causas* se regularán conforme à lo prevenido en el artículo 29: los traslados de los testamentos de pobres en papel del sello cuarto; y siendo pobre de solemnidad, en el del sello de esta clase.

46. Lo dicho acerca de las escrituras y demas instrumentos que van especificados se entenderá no solo para las primeras sacas, que llaman originales, sino tambien para las demas sacas ó traslados que de ellos se hiciesen, aunque se haya verificado el otorgamiento antes de la fecha de este mi Real decreto, escribiéndose en los pliegos que quedan aplicados y asignados à cada instrumento; de modo que el primero y último pliego sean del sello correspondiente á la cuantía y calidad del contenido, y los demas pliegos intermedios sean del sello cuarto en lugar

del papel blanco comun ú ordinario, cuyo uso en los pliegos intermedios quedará abolido desde ahora, sustituyéndose en su lugar por regla general el del sello cuarto, y con la prevencion de que bajo de un sello no se podrá escribir mas que un solo instrumento de una contextura.

47. Los instrumentos y despachos que se hayan de escribir en papel del cuarto sello podrán ir en medio pliego sellado, cabiendo en él la contextura del instrumento y despacho; y en el caso contrario se escribirán en pliego entero del mismo sello cuarto, siéndolo tambien los demas que fuere preciso añadir.

48. Todos los mencionados instrumentos, recaudos y despachos que se hicieren y otorgaren ante escribanos ó notarios de estos reinos han de quedar registrados y protocolizados en poder de los mismos funcionarios, escribiéndose íntegramente los protocolos y registros en papel sellado del sello cuarto, sin que en los tales registros ó protocolos haya ningun pliego que no sea sellado; pues con este requisito, y con que sea del sello correspondiente el primer pliego en la primera y demas sacas sucesivas, queda afianzada y asegurada en lo posible la legalidad y fidelidad de los instrumentos.

49. Para que se eviten fraudes tendrán los escribanos obligacion de poner al pie de las escrituras, despachos y recaudos que formalicen el dia en que se sacan, y como se sacaron en el pliego sellado de la clase correspondiente, anotando lo mismo al margen de los protocolos, y dando fe de ello. Todo lo cual guardarán y cumplirán los expresados escribanos y notarios, pena de cien mil maravedís, aplicados por terceras partes à la Cámara, juez y denunciador, y con la de privacion de oficio por la primera vez, y por la segunda incurrirán en las penas impuestas à los falsarios. Y se declara que en los registros y protocolos que se han de escribir en papel del sello cuarto puedan insertarse uno ó mas instrumentos, aunque sean de diferentes personas.

50. Los libros de los ayuntamientos de las ciudades y villas de voto en Cortes y honorarias: los de las capitales de provincia: los de las santas iglesias metropolitanas y catedrales: los de los consulados y compañías de comercio autorizadas por el gobierno, y de las de seguros de cualquiera clase, serán del papel del sello cuarto, excepto el primero y último pliego, que serán del sello primero. Los libros de los comerciantes y de las compañías de comercio particulares, y los de los gremios y cofradías, serán del sello cuarto, con el primero y último pliego

del tercero. Los libros de actas de los ayuntamientos, los de las iglesias colegiatas y parroquiales: los de conocimientos de dar y tomar pleitos, consultas, expedientes, informes ú otros cualesquiera cuadernos de secretarios, escribanos de Cámara, relatores, procuradores y agentes solicitadores: los de entradas y salidas de presos: los de vistas y acuerdos: las propuestas de ternas en Aragon: y las ordenanzas de cuerpos gremiales, que se impriman, se extenderán en papel del sello cuarto; con la calidad de renovarse todos los años los que no se imprimen. Los libros de conocimiento de los fiscales serán de papel de oficio.

51. Todos los autos judiciales interlocutorios hasta la sentencia definitiva, peticiones, memoriales de partes, alegaciones, notificaciones y otros cualesquier que se presenten en juicio, se han de escribir en pliego sellado del sello cuarto: y los autos, decretos y otras cualesquiera diligencias que se manden hacer, y los pregones que se diesen en las vias ejecutivas, en las ventas judiciales y en las almonedas, se podrán continuar en el mismo papel en que estuviese escrito el auto; y cuando no cupiesen en él, se proseguirán en otros del mismo sello cuarto.

52. Cualesquiera peticiones que se hayan de leer judicialmente, y en que se haya de poner decreto, se han de escribir en papel del sello cuarto.

53. Los mandamientos de ejecucion deberán escribirse en papel del sello segundo, como tambien los mandamientos de pago, siendo la cantidad porque se ejecuta de cien ducados arriba, y de ahi abajo se escribirán en papel del sello cuarto.

54. Asi lo ejecutarán y observarán literalmente los escribanos en lo sucesivo con arreglo á la Real pragmática de 17 de enero de 1744, bajo las penas en ella señaladas, sin interpretacion alguna, ni á pretexto de ponerse á continuacion de los autos y no formar protocolo. Lo propio ejecutarán en las fianzas de saneamiento por lo tocante al traslado que de ellos se sacase para poner en los autos, debiendo ser su registro en papel del sello cuarto, y la saca en el que le corresponda con respecto à la cantidad porque se hubiese trabado la ejecucion.

55. Las solturas se escribirán en papel del sello cuarto. Las probanzas judiciales y las demas que se hiciesen para presentar en juicio ante cualesquiera Consejos, tribunales y justicias, se escribirán en papel del sello segundo el primero y último pliego, y los intermedios en el del sello cuarto.

56. En las compulsas de autos en apelacion se usará para los

intermedios del papel del sello cuarto, y los pliegos primero y último serán del sello segundo.

57. Las pruebas é informes de nobleza, y los autos ó sentencias definitivas, aprobándolas ó reprobándolas, se escribirán en papel del sello de ilustres. Las de limpieza de sangre y sus definitivas se pondrán en papel del sello cuarto, empezándolas y concluyéndolas con pliegos del sello primero.

58. Los memoriales ajustados de los relatores en negocios entre partes llevarán la primera y última foja del papel del sello tercero. Los papeles en derecho irán todos en el del sello cuarto.

59. El uso del papel de oficio continuará como hasta aquí, y con las mismas aplicaciones que ha tenido desde su creacion.

60. Se permite como hasta ahora el uso de papel de pobres, entendiéndose por estos los que hagan justificacion de tales con tres testigos ante escribano aprobado, y con autoridad judicial, si los asuntos fuesen contenciosos; ó por informe de su párroco ó de su diputacion, si las solicitudes fuesen de otra clase. La informacion judicial se extenderá en papel del sello cuarto; y si el pleito fuese sobre intereses, y el pobre obtuviese sentencia consentida ó ejecutoria de ella, abonará el importe del papel consumido en el proceso.

61. Gozarán de este beneficio las comunidades y establecimientos de beneficencia que tengan este privilegio: los jornaleros y braceros que se mantienen con su jornal y no tienen propiedad que produzca trecientos ducados: las viudas que no tengan viudedad que exceda de cuatrocientos: los pósitos pios administrados por eclesiásticos: y las diputaciones de caridad en sus recursos y libros. Pero no podrá usarle el que tenga vínculo, legado vitalicio, memoria ó capellanía, sueldo por el gobierno, ó renta de cualquiera clase que pase de trecientos ducados.

62. Todos los memoriales que se diesen al Rey sobre cualesquiera negocios ó pretensiones han de extenderse en papel del sello cuarto. Los que se diesen por cualquiera de los ministerios, y los que se hayan de ver en cualquiera Consejo, tribunal ó junta, han de ir en papel del sello cuarto, sin cuyo requisito no se recibirán ni decretarán. Lo mismo se observará con los que se presenten en el Consejo de Estado, en el de Guerra, en la Cámara y en los demas tribunales ó juntas sobre cualesquiera pretensiones; no entendiéndose esto con los escritos que se diesen solamente para hacer recuerdo de los negocios ó pretensiones.

63. Para asegurar la perpetuidad (igualmente que la comodi-

dad de los interesados) de algunos documentos, como son los privilegios, cédulas, ejecutorias, despachos y otros documentos que se acostumbran escribir en pergamino, estos se sellarán con los particulares que para el efecto se depositarán en persona señalada, como lo son los chancilleres de mis Consejos, chancillerías y audiencias, aplicando à cada uno de dichos documentos el sello correspondiente á su calidad, y mudándose los sellos cada año.

64. Todas las provisiones de llamamiento y autos que expidiesen por el tribunal de la contaduría mayor de cuentas para darlas, deberán escribirse en papel del sello cuarto, asignado á los despachos de oficio en la forma siguiente.

65. Las relaciones juradas que se presenten por las partes para dar sus cuentas, irán en papel del sello cuarto todos los pliegos que comprendan.

66. Los finiquitos ó certificaciones que de ellas se diesen, irán en papel del sello cuarto, si el cargo fuese de menos de cien ducados; si fuese de cien ducados hasta mil, se usará del papel del sello segundo; y si de mil ducados, y de ahí arriba, se extenderá en papel del sello primero.

67. Los libros de cargo encuadernados y sus manuales de cargos de pliego agujereado, el de ejecutores, el de memorias y asientos, el de receptor de alcances, y los libros de alcances, y otros cualesquiera que sirvan para mas de un año, y estan formados y corren en la contaduría mayor de cuentas, se sellarán con el sello reservado al fin de lo escrito de cada libro, para que no se pueda escribir en ellos ninguna otra partida; permitiéndose poner las necesarias adiciones y notas al margen de las partidas ya escritas en los referidos libros. Los que se hubiesen de hacer nuevos de las clases insinuadas serán del papel sellado aplicado á los despachos de oficio, y al principio de cada uno de ellos se pondrán auto por los ministros del tribunal en el cual se declarará el año de la formacion del libro, el sello y el número de las hojas, si fuese encuadernado ò agujereado; de cuyos libros se usará del modo siguiente: los que hubiesen de servir para mas tiempo de un año, correrán hasta que se acabe el papel con que en el principio fueron formados, y en el año en que se concluyesen se cerrarán con el sello reservado al final de las últimas partidas en la forma dicha mas arriba, haciéndose otros del papel sellado del año en que se cerraron. Y si los libros fuesen de aquellos en que no hay inconveniente concluir cada año, se cerrarán tambien en fin del que acaba en la forma

que queda dicha, formándose otros para el año siguiente con el sello que en él hubiese de correr; y pudiendo ponerse en unos y otros las notas y adiciones que se ofreciesen en la forma arriba referida.

68. Los libros de las secretarías y contadurías del Consejo y de la contaduría general de valores, como son el de la razon, el de relaciones y el de mercedes: y los de la escribanía mayor de rentas, como son los de quitaciones y rentas, los de sueldos, de penas de Cámara y otros cualesquiera que perteneciesen al dicho Consejo, deberán quedar en el oficio donde se originasen los despachos la copia y registro en pliegos del sello cuarto; y en cuanto al despacho original, sacas y recetas que se diesen à las partes, se guardará lo dispuesto en la Real cédula de 15 de diciembre de 1637, con las declaraciones, interpretaciones y limitaciones de la pragmática sancion de 1744, y en los demas oficios donde se tomase la razon del despacho se escribirá en papel comun, como se acostumbra; entendiéndose esto mismo en todas las secretarías, contadurías, veedurías, proveedurías, pagadurías y otro cualquiera oficio y ejercicio de papeles que pertenecen ó dependen de los Consejos, tribunales, juzgados, juntas, comisiones y diputaciones del reino y sus ciudades; y por los dichos Consejos, juntas, tribunales, comisiones y diputaciones se darán las ordenes necesarias para que se guarde este orden.

69. Las escrituras y obligaciones que hiciese mi tesorero general, en que no hay parte interesada de quien se puedan y deban cobrar los derechos que se dan en ellas, del dinero que entra en las arcas, y de las partidas que son entrada por salida; y las que diesen los pagadores de mis casas Reales y los receptores de los Consejos, del dinero que recibiesen de la Real Hacienda para distribuirlo; y todos los libros de sus oficios, se han de formar enteramente con papel sellado para los despachos de oficio. Y en cuanto à las cartas de pago que los demas tesoreros, receptores, pagadores y administradores de la Real Hacienda dieren por los recibos de las partidas de dinero que cobran y entran en su poder, deberán escribirse en pliegos del sello cuarto, formándose enteramente con papel de esta clase los libros de sus oficios.

70. las obligaciones de los encabezamientos generales de las ciudades, villas y lugares, que hacen los ayuntamientos y los gremios de ellas, se extenderán en papel del sello cuarto, pudiendo hacerse consecutivamente en un mismo pliego las que cupiesen en él.

71. El repartimiento que por menor hacen los gremios se hará en papel del sello cuarto. En el propio sello irán los mandamientos que cumplido el plazo se dan para que paguen todas las personas contenidas en las copias de los encabezamientos, usándose tambien del mismo en los que se dan para ejecutar los particulares, y en todos los despachos relativos à los encabezamientos, como los de posturas, pujas, remates, traspasos, fianzas, abonos, recudimientos y otros cualesquiera que causan lor arrendamientos que se hacen de los ramos de rentas por menor, observándose la Real cédula de 15 de diciembre de 1637, à que se refiere la pragmática sancion de 1744.

72. Las cédulas que se diesen de cantidad señalada de maravedis de merced ó de ayuda de costa se escribirán en papel del sello tercero, no llegando à cien ducados; y en el del sello primero las que fuesen de cien ducados ó mas. Las que se despachen para pagar por la Real Hacienda, no llegando á cien ducados, se extenderán en el del sello cuarto; y si fuesen de cien ducados ò mas hasta mil, en los del sello segundo: las que fuesen ò excediesen de esta cantidad en el del sello primero. Las libranzas ó provisiones que se diesen en virtud de dichas cédulas, y no llegasen à cien ducados, se extenderán en papel del sello cuarto; y las que fuesen de esta cantidad ó excedieren de ella, en el del tercero. Y asi las cédulas como las libranzas que se diesen para limosnas, se despacharán en papel del sello de oficio.

73. Las cédulas de aprobacion de las partidas apuntadas ò libradas por billetes de los presidentes ó gobernadores del Consejo de Hacienda se harán en papel del sello de oficio; las que se despachasen en aprobacion de las escrituras que las partes otorgan sobre asientos, ventas, transacciones, arrendamientos y otros cualesquiera contratos que suelen ponerse al respaldo ó al pie de dichos documentos, por ser parte integrante de los contratos, se pondrán, cuando fuese necesario añadir pliegos, en el papel del sello en que estuviesen las mismas escrituras.

74. En las cédulas que se dan à los asentistas y otras personas para consignarles por mayor la cantidad que han de haber por razon de asientos, débitos ó mercedes, se guardará lo prevenido en el artículo 72; pero las libranzas que en virtud de dichas cédulas se despachen de partidas pequeñas sobre efectos ó ramos de las rentas Reales, se escribirán en pliego del sello tercero.

75. El auto ò billete que el Consejo diere en el señalamiento de las medias anatas, se pondrán en papel del sello cuarto, poniéndose al respaldo el recibo del tesorero, y dándose por la

contaduría en papel del mismo sello la certificacion acostumbrada de haberse pagado aquel derecho. Todos los otros despachos que antecediesen à la primera paga, se escribirán en papel comun; y en cuanto à los memoriales, peticiones, provisiones, cédulas, comisiones, fianzas, obligaciones, libranzas y otros cualesquiera despachos se guardará lo dispuesto en este mi Real decreto.

76. Los libros de los pósitos han de estar en papel del sello cuarto, excepto el primero y último pliego que serán del sello primero, renovándose los libros todos los años. Las cuentas de estos establecimientos, inclusa la copia que queda en el archivo, se formará en papel del sello cuarto. Las licencias para sacas de trigo y dinero se pondrán al margen del memorial en que se soliciten. Todos los demas actos, escrituras, ejecuciones, apremios, testimonios y obligaciones se han de extender en papel del sello cuarto.

77. En las oficinas principales de la Corte y en las de las provincias, en las cuales deben formarse libros (aunque sean en folio) de cargo y data de efectos ó caudales, contratos con las Rentas, y demas objetos que exigen una rigurosa intervencion, se usará en ellos de papel comun, à excepcion de la primera y última hoja que será del papel del sello cuarto de oficio, observándose precisamente la circunstancia de estamparse en la primera hoja el destino del libro, hojas que contiene, inclusas las del sello, y firmándola con firma entera los gefes principales; las restantes hojas se rubricarán por los mismos. Todos los demas libros de asiento particular, ó que para su gobierno lleven los tesoreros, contadores y administradores de todas rentas, podrán ser de papel comun; pero siempre foliados y rubricados por sus respectivos gefes.

78. Todos los documentos que se expiden por las oficinas de mi Real Hacienda para uso del servicio, inclusas las relaciones juradas con que los administradores y tesoreros rinden sus cuentas, deberán estar extendidos en papel del sello cuarto de oficio, como asimismo las certificaciones y finiquitos.

79. Las guias, licencias de sacas, pasaportes y salvoconductos de mercaderías, frutos, ganados y bestias para dentro de estos reinos, se harán en papel comun, y para los reinos extrangeros, en papel del sello primero. Pero siendo los interesados personas que vivan dentro de las tres leguas de la raya y al contorno de los puertos secos, y entren y salgan à comerciar de unos à otros reinos, habiendo de volver los ganados y bestias

que registraron, se harán las guias en papel comun. Y si volviesen, y los derechos de la extraccion no importasen el valor de medio pliego del sello de ilustres, se harán las guias en papel del sello cuarto.

80. Los registros y contraregistros de mercaderías en los puertos secos y mojados se pondrán en papel del sello cuarto.

81. Las certificaciones ó testimonios que se diesen por las contadurías, secretarías y escribanías, siendo á instancia de parte ó dependiente, se harán en papel del sello cuarto; y si fuesen puramente de oficio ó à instancia fiscal, en papel de oficio: guardándose la misma distincion en los informes que diesen al Consejo ó al tribunal.

82. Las escrituras públicas de cartas de pago, asi en el registro como en las copias, se otorgarán en papel del sello cuarto, y de las otras clases superiores, con las distinciones que hacen las leyes á proporcion de la entidad; pero en las que fuesen de puras limosnas concedidas sobre las Rentas, y las de recompensas á los eclesiásticos en la administracion del Excusado, nunca se usará mas que del papel del sello cuarto.

83. Todos los títulos, testimonios, certificaciones, nombramientos de oficios que dan y despachan los intendentes, subdelegados, administradores generales, tesoreros, contadores ó arrendadores de Rentas, asi de guardas como de comisarios, ejecutores, veedores, diligencieros y alguaciles, se extenderán en papel del sello tercero: los demas oficios superiores en el del sello primero; pero en los que se despachan en virtud de órdenes Reales y sirven con sola carta orden de los directores generales, no se hará novedad.

84. En los demas puntos no especificados en estas reglas concernientes al uso del papel sellado en la administracion y oficinas de Rentas, se observará lo dispuesto en las leyes, proponiéndose los casos dudosos á la Direccion general de aquellas para que los resuelva, ó si fuere necesario los consulte á mi Consejo de Hacienda.

85. Para ocurrir á los inconvenientes que resultarian de reducirse los negocios y contratos à las confianzas y créditos privados en perjuicio de los funcionarios públicos y riesgo de la justicia de las partes, prevengo que todos los contratos y obligaciones que se escribiesen en dichos documentos privados, si se sellasen con el sello que le corresponde, segun su calidad y cantidad, consiguiente á lo que se ha ordenado respecto de las escrituras públicas, tendrán relacion á todos los créditos perso-

nales y quirografarios que esten escritos en papel comun sin sello, graduándoles despues de las escrituras públicas, y dándoles lugar entre sí mismos conforme à su antelacion, sin que por esto sea visto dar á las cédulas y escritos privados mas fuerza, fe ni autoridad, de la que por derecho tienen y deben tener.

86. Ni en los puestos de esta Corte ni en las demas receptorias de los partidos del reino se recibirán otros pliegos errados que los de los cuatro primeros sellos, que en el mismo acto de escribirse, formarse ó extenderse los despachos, instrumentos y actos judiciales se hubiesen errado, y por ningun caso aquellos cuya primera hoja se haya llegado á escribir enteramente para continuar en papel blanco ó sellado.

87. Tampoco se recibirán los que en el mismo pliego se verifique la errata, acabado todo el instrumento con las refrendatas y suscripciones que le cierran, ni los que llegasen á estar cosidos, ni los pliegos y medios pliegos que en asuntos y materias contenciosas se hayan firmado por los abogados ó procuradores, ni los que se hallen con decreto de los Consejos y juntas, ó con auto de los juzgados ordinarios; porque todos estos no son errados por accidente ó casualidad, y el admitirlos causaria fraudes y abusos. Lo mismo se observará con los pliegos que se devuelven impresos con el nombre de errados, cuyo recibo perjudicaria à la Real Hacienda.

88. Debiendo guardarse la regla establecida para el recibo de los sellos cortados de los mismos cuatro primeros sellos, no se recibirá ninguno de los juzgados ordinarios y oficiales públicos, sino únicamente los que se errasen por accidente en los despachos de los Consejos, juntas, chancillerías y audiencias, y aun estos estando rubricados de los secretarios, contadores, escribanos de Cámara y oficiales de papeles de los mismos tribunales, à quienes solo se permite esta confianza, y no à los demas juzgados ordinarios y oficiales públicos, à los cuales tampoco comprende para este caso la posterior Real declaracion, à consulta de mi Consejo de Castilla, de 14 de diciembre de 1744; pues en ella no se trató de sellos cortados, sino solamente de la admision de lo errado, sin distincion de los cuatro sellos.

89. Siendo el sello de oficio determinado y establecido precisamente con aplicacion á ciertas causas, y con expresa prohibicion para otras, no se hará comun su venta, sino facilitarse à los que lo necesiten y puedan gastarlo con el pago de su valor al contado. Y mediante que lo primero se ejecuta con los Consejos, tribunales y juntas, como tambien con las oficinas de es-

ta Corte, à excepcion de la Sala de Alcaldes de mi Real Casa y Corte, se deberá proveer á esta, como dimanada de dicho Consejo, de las resmas que necesitare hasta la cantidad que tiene asignada y recibe anualmente el escribano de Cámara de gobierno del mismo Consejo, por cuya mano se proveerá al de la Sala.

90. Y en atencion à que por la disposicion del artículo antecedente no queda en la Corte tribunal ni comision á que se deba surtir del referido sello de oficio, sino es el juzgado ordinario del corregidor, sus tenientes y gobierno del ayuntamiento, deberá acudir el primero al tesorero particular de este derecho, para que entregue à la persona que diputare las resmas que del papel de oficio necesite, cuyo importe pagará de contado, celando que no se gaste ni consuma en otras causas que en aquellas para que está establecido; previniéndose lo mismo á los presidentes de las chancillerías y audiencias, intendentes y corregidores de los partidos adonde se remita papel sellado; con insercion del artículo que trata de este sello, para su puntual observancia.

91. Como al fin del año podrá quedar porcion de papel sellado en poder de varias personas que serian defraudadas en el coste, por no servir para el año siguiente, se deberán entregar à los Consejos ó persona nombrada por ellos desde 1.° hasta 15 de enero inclusive, admitiéndoseles y dándoles en su lugar otro del año corriente, segun el valor y tasa de cada uno, con la circunstancia de que los que se volviesen pasado el citado plazo no se hayan de admitir ni cambiar por otros; y las personas en cuyo poder se hallaren, pasado dicho término, incurrirán en las penas impuestas à los que introducen moneda falsa, para que con esta prevencion se consiga el fin de la legalidad.

92. Debiéndose entender comprendida en esta mi Soberana determinacion todos y cualesquiera géneros de instrumentos, escrituras, cédulas, despachos, títulos, privilegios y demas documentos que se usan y pueden usar en estos reinos; si alguna se omitiere, se ha de regular por la razon y comparacion de las expresadas, segun la calidad y cantidad que mas convenga con su naturaleza, consultándome los Consejos, chancillerías, audiencias, juntas y demas tribunales en cualquiera duda, para tomar la resolucion conveniente.

93. Cuando hubiesen de presentarse en juicio cartas particulares ú otros papeles que por su naturaleza no deben estar en

papel sellado, se acompañarán otros tantos pliegos ó medios pliegos, en los que se pondrá la nota de reintegro.

94. Las letras de cambio se despacharán en la misma forma y precios que se ejecuta en el dia.

95. No son comprendidas en el artículo anterior las letras ó libranzas que se giren por mis Reales tesorerías.

96. Estará de venta el papel sellado de pobres, y de su uso y admision serán responsables respectivamente el que lo presente y el que lo admita.

97. Queda derogada la cédula del año de 1794 (1) en todo lo que se oponga á este mi Soberano decreto, por haberse refundido en él la parte de los artículos que quedan vigentes.

98. Asimismo derogo cuanto las llamadas Cortes han dispuesto sobre este punto.

99. En todas las oficinas y dependencias por donde deban correr estas materias habrá ejemplares de este mi Real decreto para conocimiento de todos los interesados.

100. La Direccion general de rentas procederá sin demora à tomar las disposiciones que estan en sus facultades para que tenga pronta ejecucion lo prevenido en los anteriores artículos; y se comunicará el presente decreto à mi Consejo Real à fin de que lo haga circular y cumplir en la parte que le toca. Tendreislo entendido y lo comunicareis à quienes corresponda para su cumplimiento. = Está rubricado de la Real mano.

1 Ley 11. tit. 24. lib. 10. Nov. Rec.

APENDICE AL LIBRO PRIMERO.

Del pleito homenage, y del acto para dar hábito militar.

§. 1. ¿Que es pleito homenage, por quien, y en qué casos se presta?
2. De las Ordenes de caballería, y ¿quienes pueden darlas?
3. No estan excluidos los hijos de escribanos de poder obtener alguna de dichas Ordenes.

Escrituras correspondientes á este apéndice.

1.ª Pleito homenage.
2.ª Homenage en jura de Príncipe.
3.ª Acto para dar hábito militar.

DEL PLEITO HOMENAGE.

1. El homenage es *hacerse uno hombre de otro, darle seguridad de cumplir lo que pone á su cuidado y guardarle fidelidad* (1). Cualquiera, ya sea ó no caballero hijodalgo puede hacer pleito homenage, y se practica regularmente cuando se jura algun Príncipe, ó encarga á alguno la custodia de castillo ó fortaleza, y en otros casos que suelen ocurrir entre personas privadas, asi por vasallage ó conservar amistad como por cumplir algun contrato. Este acto se reduce á una palabra y promesa jurada de ejecutar con toda fidelidad lo que se le encomienda; y se hace en manos de un caballero hijodalgo ó de juez que tenga jurisdiccion ordinaria completa (2), y el infractor queda infame (3).

ACTO PARA DAR HABITO MILITAR.

2. La compañía de hombres nobles destinados para la defensa de la patria se llamaba antiguamente *caballería*, que quiere decir, compañía de hombres fuertes y escogidos para superar y tolerar trabajos por el *pro comunal* de la tierra (4). De las virtudes, circunstancias y propiedades de que deben estar adornados los caballeros, tratan las leyes 4, 6, 7, 8, 9, 10, 17, 19, 21 y 22. tit. 21. Part. 2. En España el Rey como gran Maestre de la insigne orden del Toison, de la Real y distinguida de Carlos III, y de las cuatro militares que son: Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa; y tambien la Reina, y no otro, pueden armar ca-

1 Ley 4. tit. 25. Part. 4.
2 Leyes 6 y 7. tit. 18. Part. 2. y tit. 26. Part. 4.
3 Ley 4. tit. 6. Part 7.
4 Ley 1. tit. 21. Part. 2.

balleros sin las ceremonias que previenen las leyes de Partida (1); pues lo que regularmente se practica es cometer el Rey el acto á un comendador de la orden, librando para ello su Real provision. El que lo ha de ser de todas seis, debe probar hidalguía y limpieza de sangre, y ademas para estas cuatro, hacer vigilia la noche anterior en una iglesia, y al dia siguiente oir misa.

3. Antes que se estableciesen, segun hoy lo estan, las cuatro Ordenes militares ó de caballería, se elegian hombres que supiesen tolerar los grandes trabajos que se padecen en la guerra, y sin piedad combatiesen á los enemigos de la religion y de la patria. Despues se sustituyeron sugetos de mayor pundonor, que titularon de buen linage (2) (*), de modo que aunque los pretendientes á los hábitos fuesen nobles, valientes, leales, beneméritos y de probidad, les obsta para su obtencion el oficio de sus progenitores. Por los estatutos de las Ordenes se excluía del goce de esta distincion á los hijos de los escribanos, igualándolos con los artesanos y menestrales; pero habiéndose quejado al Rey un capitan, hijo de escribano de Cámara, y de nacimiento ilustre, por habérsele objetado este llamado defecto, su Magestad, hecho cargo de la injusticia y agravio que se le irrogaba, comunicó al Real Consejo de las Ordenes con fecha de 7 de octubre de 1785 un Real decreto, en el cual dice lo siguiente: *Declaro que no obsta ni debe obstar para la obtencion de los hábitos de dichas Ordenes, sin embargo de cuanto enuncian y expresan sus estatutos, la calidad de escribanos (sea de la clase que fuere) en los padres ó ascendientes del pretendiente, y mucho menos la de escribano de Cámara de mis Consejos, chancillerías y demas tribunales superiores, por la confianza y distincion de sus empleos, y por lo que conviene honrar la fe pública en todos, para que no se desdeñe la nobleza de unos oficios de que en mucha parte dependen el honor, la vida y los intereses de los vasallos. Y así es mi voluntad que proceda el Consejo á la aprobacion absoluta de los procesos de pruebas de*

1 Ley 6. tit. 1. lib. 6. Rec.

2 Ley 2. tit. 21. Part. 2.

* Para ser admitido en cualquiera de estas cuatro Ordenes militares, debe el agraciado presentar testimonios que acrediten nobleza de sangre de su padre y madre, y de los abuelos de ambos, ser nacido él, sus padres y abuelos de legítimo matrimonio. Tambien se requiere que ni él ni sus padres y abuelos hayan ejercido oficios mecánicos y viles, ni tengan raza de judío, moro, herege ni villano, y si despues de tomado el hábito, se descubriese en el agraciado algunos de estos defectos, le será quitado.

Las mismas calidades se requieren para la Real orden de Carlos III, conforme á la institucion aprobada por su Magestad en el año de 1804.

los sugetos en quienes concurran las expresadas circunstancias, siempre que se hallen adornados de las demas de limpieza y nobleza que se requieren: que publique la aprobacion de las pruebas del capitan Don Felipe Villavicencio: y que se le expida el título ó despacho correspondiente en la forma regular y de estilo, no haciéndose mencion en él del empleo de su padre que hasta ahora se ha tenido por defecto, sin embargo de no hallarse literalmente expresado en los estatutos de las Ordenes militares. Tendráse entendido en el Consejo de las Ordenes para su cumplimiento. En San Ildefonso 7 de Octubre de 1785. *A Don Manuel de Aispun.* De los requisitos y ceremonias para armar caballeros trata la ley 14. tit. 21. Part. 2., de los que se instruirá el escribano por el acto que extenderé. Omito explicar la materia de *feudos*, porque en esta monarquía no los hay: y la de *vasallage*, porque no se estila hacer escrituras de esta clase.

Escrituras de este apéndice.

1.ª PLEITO HOMENAGE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de Andrade, caballero hijodalgo, vecino de ella, estando en presencia del señor Don N., corregidor de ella, dijo: que su Magestad (que Dios guarde) le nombró por Alcaide de tal fortaleza, y mandó que antes de tomar posesion haga pleito homenage, segun coresponde, como consta de su Real cédula y título, despachado en tal parte, á tantos &c., y en su cumplimiento requirió con ella à dicho señor corregidor, el cual usando de la comision que se le confiere, cogió con sus manos las del otorgante, y este teniéndolas juntas, bajo juramento que hizo por Dios nuestro Señor en solemne forma, segun fuero de estos reinos, prometió una, dos, tres veces, y las demas en derecho necesarias, guardar y defender la referida fortaleza en paz y en guerra todo el tiempo que esté á su cuidado, y morir por su defensa; ser fiel y leal á su Magestad como buen vasallo, y cumplir exacta y puntualmente sus Reales órdenes sin oposicion, y todo cuanto como caballero hijodalgo debe, pena de incurrir en las impuestas por legales disposiciones y demas arbitrarias contra los infractores del *pleito homenage*, en que desde ahora se da por condenado, lo contrario haciendo: y de haberlo prometido y jurado asi, lo pidió por testimonio; y firma con dicho señor Corregidor, á quienes doy

fe conozco, siendo testigos N. N. y N., vecinos de esta villa.

Nota. Algunos suelen fundar mayorazgos con la condicion de que el que haya de poseerlos esté obligado á hacer pleito homenage en manos de un caballero hijodalgo, antes de tomar posesion de ellos; y si sucede este caso, prometerá con juramento observar ó cumplir exactamente todas las condiciones con que el mayorazgo está erigido sin alterarlas, tergiversarlas, interpretarlas ni oponerse á ellas con pretexto alguno, aunque tenga causa legítima para ello, pena de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no cumplen el pleito homenage.

2.ª HOMENAGE EN JURA DE PRINCIPE.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Antonio de tal, conde de &c., dijo: haber llegado à su noticia que el Rey nuestro Señor (que Dios guarde) mandó celebrar Cortes, y convocar à las ciudades y villas que tienen voto, grandes y títulos de Castilla para la jura de Príncipe de Asturias, que se ha de hacer al Serenísimo señor Don F. de Borbon, hijo primogénito de su Magestad, y respecto no poder concurrir personalmente, por los achaques habituales que padece, à tan debido como solemne acto, desde luego, cumpliendo en la forma posible con la obligacion en que está constituido. — Otorga por sí, y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores, que reconoce al expresado Serenísimo señor Don F. de Borbon, hijo primogénito de su Magestad, por Príncipe de Asturias, y como tal, inmediato sucesor à estos reinos de Castilla, Leon, Aragon &c. y demas agregados, unidos y pertenecientes, y para despues de los dias de la vida de su Magestad Católica (que la Divina prospere dilatados años) por Rey y legítimo Señor y sucesor natural propietario en estos dominios: y desde ahora para entonces le rinde la obediencia, reverencia, fidelidad y vasallage que como buen súbdito y leal vasallo está obligado à dar y guardar respectivamente à su Príncipe, Rey y Señor natural: promete cumplir con la mayor puntualidad todas las órdenes que le dé, y cuanto sea de su Real servicio: y jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en legal forma, y por los santos Evangelios que estan en un misal abierto en que puso sus manos, no oponerse à ello, ni contravenirlo con ningun pretexto ni motivo; y si lo hiciere, quiere incurrir en las penas impuestas por leyes Reales contra los traidores é infractores de los juramentos, y como tal castigado: y para mayor seguridad de lo que deja prometi-

do, en la via y forma que mejor haya lugar en derecho, hace fe y pleito homenage una, dos, tres veces, y las demas que se requieran, en manos del señor Don Antonio de tal, caballero hijodalgo (*Aqui se expresará su empleo ó dignidad.*), segun fuero de estos reinos, de observar exacta é inviolablemente todo lo que ha jurado y prometido, sin faltar en cosa alguna ni en lo demas que como caballero hijodalgo está obligado á practicar en servicio de su Rey y señor natural; y si lo contrario hiciere, desde ahora se da por incurso en las referidas penas, y en las que incurren los transgresores de los pleitos homenages hechos á su Principe soberano: y el expresado señor Don Antonio aceptó dicho juramento y pleito homenage en nombre del Serenísimo señor Don F., Príncipe de Asturias, legítimo sucesor en estos reinos; y ambos lo pidieron por testimonio: é yo el infraescrito escribano doy fe haber sido presente á todo lo mencionado, y de que conozco á los señores otorgantes que lo firman, siendo testigos F. F. y F., vecinos de esta villa.

3.ª ACTO PARA DAR HABITO MILITAR.

En el nombre de Dios Trino, Uno y Omnipotente, y de la Serenísima Reyna de los Angeles María Santísima, Madre de nuestro Señor y Redentor Jesucristo y Señora nuestra, concebida sin pecado original. Amen. Estando en la iglesia del convento de tal Orden de caballería de esta ciudad de tal, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano y testigos que se denominarán, Don Antonio de tal, vecino de tal parte, requirió al señor Don Francisco de tal, comendador de dicha Orden, con una Real cédula y provision firmada de su Magestad, y refrendada por Don F., su secretario, su data en el Real sitio de tal, á tantos de tal mes de este año, cuyo literal tenor es el siguiente. (*Aqui la provision.*) Y habiendo visto la Real provision inserta el expresado señor Comendador, á quien viene cometida, la tomó en sus manos, besó y puso sobre su cabeza descubierta, y enterado de su contexto dijo: que la obedece con el respeto debido como carta de su Rey y Señor natural, y que está pronto á cumplir cuanto por ella se le manda: y en continente se acercaron los dos y otros caballeros de la misma Orden que estaban presentes, al altar mayor de la enunciada iglesia, de los cuales dicho Don Antonio eligió por padrinos á Don Pedro y Don Jaime de tal, y por constar al señor Comendador que el mencionado Don Antonio ha tenido vigilia la noche próxima precedente en

tal iglesia, y oido misa hoy en esta, cumpliendo con lo prevenido en la citada Real cédula, le armó caballero, segun costumbre de estos reinos en la siguiente forma: mandó á sus padrinos que le ciñesen espada y le calzase cada uno una espuela dorada, y habiéndolo hecho, sacó el expresado Don Antonio la espada de la vaina, y entonces le preguntó tres veces el señor Comendador: *si queria ser caballero*, y respondió: *si quiero.* Y despues le recibió juramento, el que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, y por los santos Evangelios, que estaban en un misal abierto, sobre los cuales puso sus manos, y bajo de él prometió morir por la defensa de nuestra santa Fe Católica, por la de su Rey y Señor natural y por la de su patria; y en vista de esta promesa el nominado señor Comendador tomó la espada del referido Don Antonio, le tocó con ella en la cabeza, diciendo tres veces: *Dios os haga buen caballero, y deje cumplir lo que habeis prometido y jurado*, y se la puso en la cinta. Luego los caballeros padrinos y otros de la misma Orden, que presenciaron el acto, vistieron sus mantos de sarga blanca con la cruz de su hábito, y el señor Comendador puso á dicho Don Antonio otro igual, y estando este hincado de rodillas sobre una almohada de terciopelo carmesí, le manifestó un libro abierto en que estan escritos los estatutos de su Orden, y le hizo varias amonestaciones sobre su observancia; y habiendo ofrecido cumplirlo todo inviolablemente, le echó su bendicion: y el prenotado Don Antonio lo pidió por testimonio que firma con el señor Comendador, á quienes doy fe conozco, siendo testigos F. F. y F. &c.

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS COSAS.

TITULO PRIMERO.

DIVISION GENERAL DE LAS COSAS.

DEL DOMINIO Y DE LAS SERVIDUMBRES.

CAPITULO PRIMERO.

Division de las cosas. De los montes, dehesas y pastos.

§. 1. Definicion y division de las cosas.
2. De los montes, dehesas y pastos.
3. Disposiciones relativas á los montes y términos de concejo.
4. Continuacion del mismo asunto.
5. ¿A quien compete el conocimiento de las causas que se susciten sobre esta materia?
6. Providencias relativas á la conservacion de las dehesas.
7. Disposiciones acerca de pastos, y prescripcion de estos.
8. El uso de pastos es comun á todos los vecinos.
9. ¿Como se entiende concedido el derecho de pastos á los pueblos y á los particulares?
10. Providencias para la conservacion de pastos.

1. Llámase *cosa* todo aquello que puede servir al hombre de algun uso ó utilidad, sea por derecho divino ó humano, natural ó civil, público ó privado. Dividense las cosas en divinas y humanas: las primeras son las cosas sagradas, religiosas y santas, que estan fuera de comercio, y por nadie pueden ser adquiridas fuera de algunos casos particulares, cuyo tratado pertenece al derecho canónico. De las cosas humanas hay cuatro clases.

1.ª Las *comunes*, que sirven à los hombres y demas vivientes, como el aire, el agua llovediza, el mar y sus riberas (1). 2.ª Las *públicas*, que pertenecen á los hombres en general, como rios, puertos, caminos públicos, de que pueden usar no solo los naturales de aquella tierra donde se hallen sino tambien los extrangeros (2), á menos que haya alguna ordenanza municipal, ley ó costumbre que limite ó impida este uso á cierta clase de personas. 3.ª Las cosas *propias* del comun ó concejo de algun pueblo, entre las cuales hay algunas de que puede usar cada vecino, y otras de que no pueden hacer uso alguno. Las primeras son las fuentes, plazas donde se celebran las ferias y mercados, arenales de las riberas de los rios, ejidos, pastos, carreras ó sitios destinados para correr caballos, montes, dehesas y otros lugares semejantes, que sirven para el uso comun (3). Las segundas son los campos, viñas, huertas, olivares y otras heredades, los ganados y demas cosas que dan algun fruto ó renta; pues aunque corresponden en comun á los moradores del pueblo à quien pertenezcan, no puede cada individuo por si aprovecharse de ellas; bien que sus frutos y rentas deben emplearse en beneficio comun del mismo pueblo (4). 4.ª Las *cosas particulares* que pertenecen señaladamente à cada hombre, pudiendo adquirir ó perder el dominio de ellas.

2. Entre las cosas públicas destinadas al uso comun de los vecinos se han contado en el párrafo anterior los montes, dehesas y pastos; acerca de cuyas tres cosas se dirá lo mas necesario, compendiando las providencias relativas à cada una.

3. En orden à los montes y términos de concejo está determinado lo siguiente por nuestras leyes. 1.° Todo término ó monte ocupado debe restituirse al concejo à quien pertenecia; y una vez restituido, no pueden enagenarse ni romperse sus ejidos (5). 2.° De esta restitucion no ha de exceptuarse el oficial que fue de concejo, pena de perdimiento de oficio y de inhabilitarse para obtenerlo, cuyo juicio y modo que los jueces han de observar en esta restitucion, se prescriben en la ley 5. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec. y modificaciones que expresan las leyes 6 y 7 del mismo título. 3.° Estos términos ocupados ó vendidos sin licencia Real de diez años atras al de 1551 se deben reducir à pasto (6). 4.° Las

1 Ley 3. tit. 28. Part. 3.
2 Ley 6. tit. 28. Part. 3.
3 Ley 9. de dicho tit. 28.
4 Ley 10, allí.
5 Ley 2. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec.
6 Ley 4. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec.

viñas, huertos ó edificio hecho en término realengo ó concejil, con licencia del concejo de la ciudad, villa ó lugar, no ha de derribarse ni destruirse, sino que aquel que lo posea, deberá pagar un censo á razon de cinco maravedís por cada aranzada de viña, y asi respectivamente (1). 5.° Que los edificios restituidos por mala ocupacion no se destruyan, ni talen los montes ya plantados que se hubieren restituido, salvo si fueren tan grandes que puedan los pueblos cortar leña; lo cual deberá ejecutarse dejando en los árboles *horca y pendon* para que vuelvan á criar, y no cortándose jamas por el pie, quedando los mas pequeños para pasto (2). Todo lo que se extendió á los montes de particulares. 6.° Que no se hagan mercedes de los términos públicos por el Rey, Consejo ni jueces (3). 7.° Que las justicias no den tierras de los términos sin Licencia Real (4).

4. Para la conservacion de los montes, como un objeto de tanta utilidad, estan tomadas las providencias siguientes. 1.ª Que se atienda al plantío de los árboles, segun la calidad del terreno, conservándose los montes viejos, y poniéndose guardas para ello, á cuyo fin las justicias visiten cada año dichos montes y cuiden de que se ejecuten las penas expresadas en la ordenanza (5), la cual ha de ser confirmada por el Consejo (6). 2.ª Los corregidores que sean omisos en el cumplimiento de estas leyes, pierdan la tercera parte de su sueldo (7). Todo esto se expresó mas en las ordenanzas de 7 y 12 de diciembre de 1748, mandando que no se cortasen árboles sin permiso de la justicia, y con tal que por cada arbol viejo se plantasen tres renuevos. Ademas se veda toda tala y quema de alamedas públicas, montes, bosques &c., y se manda que cada vecino plante cada año cinco árboles en los sitios que mejor pareciere al corregidor; y no habiéndolos, se siembre bellota á su discrecion. Esta ordenanza se extendió á los montes de los particulares por Real cédula de 18 de octubre de 1763 (*).

5. El conocimiento de las causas que se susciten sobre esta materia pertenece al juez subdelegado, que es el corregidor

1 Ley 2. tit. 22. lib. 7. Nov. Rec.
2 Ley 1. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec.
3 Ley 8 tit. 21. lib 7. Nov. Rec.
4 Ley 9. tit. 21. lib 7. Nov. Rec. Los montes comunes en Aragon por una Real orden de 1773 se pueden romper con licencia del ayuntamiento del pueblo, y si este no se la da, acude á la Real audiencia, que la concede cuando hay justa causa.
5 Ley 2. tit. 24 lib. 7 Nov. Rec.
6 Ley 6 tit. 3. lib. 7. Nov. Rec.
7 Ley 3. tit. 24. lib. 7. Nov Rec.
* Puede verse tambien la Real cédula é instruccion de 1748, en que se dieron las mas acertadas providencias para la conservacion de árboles y montes.

del partido y el ministro del Consejo que está señalado para las causas de recursos. Si las causas no exceden de veinte ducados, pertenecen à la justicia ordinaria de cada pueblo respectivamente; y si excedieren de esta cantidad, al corregidor del partido, con apelacion al Consejo (y no à otro tribunal), el que tiene diputado un señor ministro del mismo Consejo, segun la division de las provincias. Este ministro es un subdelegado general de la provincia ó provincias que tiene à su cargo.

6. Por lo que hace à la conservacion de dehesas, se hallan las siguientes disposiciones en la ley 9. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec. 1.ª Que se reconozcan y apeen las dehesas por las justicias con dos comisionados, uno del Consejo y otro del concejo de la Mesta. 2.ª Que estos señalen la cantidad, el dueño de dichas dehesas y los ganados que puedan sustentar. 3.ª Que con asistencia del fiscal nombrado por la Mesta, del alcalde entregador (*) y del escribano, se haga fe y vista de ojos de lo que se hubiese rompido. 4.ª Que se anoten en libros las dehesas de cada pueblo, y de ellas se remitan relaciones à las respectivas chancillerías, y la relacion general se guarde en el Consejo, y otra igual en el concejo de la Mesta. 5.ª Que las dehesas rompidas sin licencia desde el año de 1590, y las que se rompieren concluido el termino, se reduzcan á pasto, y para evitar estos rompimientos está mandado por cédulas Reales de 30 de diciembre de 1748 y 13 de enero de 1749, que absolutamente no se concedan facultades para romper dehesas, y que las rompidas veinte años antes se reduzcan à pasto.

7. En materia de pastos se atiende principalmente á la costumbre inmemorial, pues aunque la ley 7. tit. 29. Part. 3. dice que no se prescriben las cosas públicas, como dehesas, ejidos &c., esto no se entiende de la prescripcion inmemorial (1). Por consiguiente, si se suscitare disputa ó pleito sobre si los baldíos pertenecen al señor del lugar ó al concejo, deberá estarse á la posesion inmemorial (2). Aunque los actos de los particulares no perjudican regularmente a la comunidad, podrán adquirirse, no obstante, los pastos por hechos de sus vecinos (3). Los pastos y términos de los lugares yermos y despoblados deben agregarse ó adjudicarse à los lugares inmediatos (4).

* Por Real cédula de 1796 cesaron los alcaldes entregadores, como se verá cuando se trate de la Mesta.

1 Otero *de pascuis*, cap. 17.

2 Otero allí, cap. 9. num. 18.

3 El mismo, cap. 20 y 21.

4 El mismo, cap. 23. desde el num. 14 al 18.

8. Fuera de esta posesion inmemorial, el uso de los pastos es comun à cualquiera vecino que tenga casas ó posesiones en el pueblo (1). En el número de los vecinos se comprenden tambien los aldeanos de la ciudad ó villa (2); pero los que no fuesen vecinos, no podrán usar de los pastos. Asi que el guarda de estos, aunque no tiene jurisdiccion, puede aprendar los ganados que no fueren del lugar; pero estos ganados aprendados no deben maltratarse, retenerse ni encerrarse, y solo se obligará à satisfacer el daño, justificado con apreciadores, testigos &c., y la pena que el pueblo impusiese (3). La accion para apenar es popular, y asi cada vecino puede mover pleito sobre ello (4), y los gastos del pleito se pagarán de los bienes del concejo (5). Debe no obstante el pueblo que abunde de pastos conceder al pueblo vecino que está falto, los que le sobran (6). Los carreteros pueden con sus bueyes y mulas pacer de camino en los términos públicos, y aun cortar leña para guisar y madera para reparar y componer los carros si se les rompiese alguna pieza (7). Ultimamente está mandado que en los montes que se quemaren no se entre à pacer hasta que el Consejo informado provea lo conveniente (8).

9. El derecho de pastos concedido à un pueblo es perpetuo, y se reputa por raiz, sobre el cual se puede constituir censo (9); y si se concediere à un particular, solo se entiende para las cabezas de ganado que tuviere al tiempo de la concesion (10). Puede tambien el pueblo arrendar las yerbas, en cuyo caso debe pagarse alcabala por participar este contrato algo del de venta (11); y este arrendamiento solo puede tenerlo el que mantuviere ganado, con la condicion de solo arrendar la yerba necesaria, y una tercera parte mas (12); y si le sobrase, podrá darla en arrendamiento á otro por el mismo precio, y no mas, en que el la arrendó (*).

1 Ley 9. tit. 28 Part. 3. Debe advertirse, que por cada millar de ovejas y carneros deben tenerse seis vacas de cria, y cualquiera puede llevar al pasto concejil, destinado para solo el ganado de labor, una vaca cerril de cria con dos pares de bueyes ó uno de mulas. *Ley 7. tit. 25. Lib. 7. Nov. Rec.*

2 Ley 2. tit. 18. lib. 6. Nov. Rec.

3 Leyes 7. tit. 4. lib. 4. del Fuero Real. y 1. tit 25. lib. 7. Nov. Rec.

4 Ley 10. tit. 11. Part. 3.

5 Ley 5. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec. Otero, cap. 29.

6 Otero *de pascuis.* cap. 29.

7 Leyes 3 y 4. tit. 28. lib 7. Nov. Rec.

8 Ley 7. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec.

9 Otero, cap. 23. num. 3. y cap. 27. num. 8 y 9.

10 Otero, cap. 24.

11 Otero, cap 36.

12 Ley 6. tit 25. lib. 7. Nov. Rec.

* En el capítulo siguiente se toca tambien esta materia, à la que se dará mayor extension cuando se trate del contrato de *arrendamiento*, y alli se hablará en un apéndice del concejo de la Mesta.

40. Para la conservacion de los pastos estan dadas las siguientes disposiciones. 1.ª El corregidor debe visitar los términos para tomar demarcacion de los pastos, con citacion de los interesados (1), castigando à los que quitan ó confunden los linderos con las penas designadas en las leyes (2). 2.ª Si se enagenaren los términos ó baldíos de un pueblo, debe ser preferido para la compra el que tiene parte, á cualquiera otro, por el tanto (3). 3.ª No pueden adehesarse los términos de Avila, y de las ciudades, villas y lugares del reino de Granada, cuya providencia cree ser general á todo el reino. Lagunez *de fruct.* part. 1. cap. 7. num. 82.

1 Otero, cap. 28. num. 2 y 3. ley 12. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec.

2 Dicha ley 12.

3 Ley 55. tit. 5. Part. 5.

APÉNDICE A ESTE CAPITULO.

Sobre los límites de las heredades: sacado del tomo primero de Febrero reformado.

§. 1. El tiempo oscurece por lo comun los límites de las heredades, de lo cual se originan pleitos.
2. En ellos se ha de atender en primer lugar á la posesion.
3. A falta de posesion se atiende á los monumentos antiguos.
4. Otro medio de aclarar las dudas sobre límites de pueblos es el pago de diezmos y derechos de alcabala.
5. Entre las conjeturas es una la direccion recta de los mojones.
6. La mayor proximidad á un pueblo que á otro es otra conjetura respetable.
7. La confrontacion de las señas, nombre y distancia de los mojones conduce tambien á la averiguacion de la verdad.
8. Las escrituras de amojonamientos con presencia del plano del terreno forma plena probanza en estos juicios.
9. Para que las visitas de amojonamientos causen estado es precisa la convocacion de todos los interesados.
10. Tambien contribuyen á la prueba en ellas los testigos fidedignos y de mayor edad.
11. ¿Cuales merecen mayor crédito entre los testigos?
12. ¿Como deben conducirse los peritos en esta materia?
13. ¿Como y por quien ha de hacerse el reconocimiento del terreno?
14. Cuando hay otras pruebas suficientes no debe decretarse reconocimiento local con asistencia del juez.
15. ¿Cuales mapas ó planos merecen mas fe en estos casos?
16. En los casos en que no se puede hallar la verdadera linde, el juez dispone la division *ex æquo et bono*.
17. Declarados los linderos, el que los traspasa comete despojo.
18. En muchos casos conviene cortar tales pleitos por medio de justas transacciones.
19. Modo de solicitar provision ordinaria de apeo en el Consejo.

1. El trascurso de los tiempos y el descuido ó malicia de los hombres suelen dar ocasion á que se pierdan y confundan los antiguos límites y mojones de las heredades, sobre los cuales se mueven pleitos obstinados y costosos, ya entre los due-

ños de tierras confinantes, ya entre los pueblos vecinos (*). Su dificultad consiste en la falta de pruebas que acrediten la verdadera y antigua linde, pues siempre se ha de buscar esta circunstancia, y con tal objeto concurren comisionados en los casos dudosos, los cuales no tienen facultad para dar ni quitar terreno, sino para aclarar y señalar los que, segun se justifique, deban considerarse como dote de cada poblacion, à fin de disfrutar sus pastos y demas aprovechamientos.

2. Para restablecer los términos perdidos, se ha de atender en primer lugar à la posesion, á cuyo fin deben presentar los interesados todos los documentos que conduzcan à acreditarla (1).

3. A falta de posesion ó de pruebas competentes de la misma pueden justificarse las lindes por medio de monumentos antiguos, como zanjas y árboles, censos anteriores al pleito, autoridades de escritores, y tambien por la fama pública, presunciones y otras circunstancias. Mas contra tales testimonios hay una prueba superior, que es la que se funda en las sucesiones, y aumento ò disminucion de las heredades por la voluntad y contratos de los poseedores.

4. Entre los diferentes medios à que se puede recurrir en las dudas acerca de los términos de los pueblos es uno el pago de los derechos de alcabala, y el de diezmos que han adeudado los terrenos que se litigan, pues por ellos se acredita el pueblo á que han pertenecido. Tambien es otro la indagacion de la Autoridad que haya ejercido en los mismos jurisdiccion civil ó criminal, prendando ganados, y multando á los pastores que indebidamente se hubiesen introducido á pastar en ellos.

5. Hay igualmente que atender á varias conjeturas no despreciables en caso de faltar pruebas mas convincentes. Tal es la direccion de los mojones, pues siempre que se dividen términos, se guarda la línea recta. Si los mojones estan claros, y siempre se han conocido asi, este solo hecho es una prueba, pues la posesion inmemorial es un título que tiene fuerza de privilegio.

6. La mayor proximidad á un pueblo que á otro es en casos dudosos otra conjetura que debe tenerse en consideracion, pues

* Es de advertir que los pueblos no pueden enagenar sus términos y pastos sin licencia del Rey, quien es reputado como dueño de todos ellos, y solo concede su uso en la forma que tiene por conveniente, reservándose la propiedad. *Leyes* 234 *del Est.* 2. *tit.* 1. *Part.* 2. 15. *tit.* 4. *Part.* 5. *y* 11. *tit.* 7. *lib.* 7. *Rec Otero* de pascuis, *cap.* 11. *Elizond.* Pract. for. *tit.* 3. *pag.* 107. *num.* 1.

1 La mayor parte de estas reglas estan sacadas de la Pract. for. de Elizond. tit. 2 y 3.

se presume que los términos adyacentes á cualquiera poblacion pertenecen à su término, por manera que para gozar los vecinos de otra mas distante el beneficio de sus pastos y aprovechamientos necesitan acreditar su derecho (1).

7. Otra prueba conjetural es el hacerse ó no mencion de los mojones en los instrumentos de propiedad, dándose en ellos à entender que el término que se litiga parte límites con el del pueblo que lo disputa, ó que está dentro ó fuera de ellos. No menos contribuye à apurar la verdad la confrontacion de las señas, distancia, direccion y nombre de los mojones mismos.

8. »Las escrituras de amojonamientos, dice el señor Elizondo (2), prueban plenamente en estos juicios, donde la vista de ojos y paño de pintura (*plano*) que se levanta sobre el terreno con presencia de las escrituras y de las declaraciones de los apeadores, suministra la mas apreciable autoridad en los juicios de division de términos (3), sin que nombrados una vez por las partes puedan despues recusarles."

9. »Para que las visitas y mojoneras causen un estado inalterable es necesario se citen los pueblos y personas particulares á quienes puedan perjudicar de algun modo, pues en otra forma pueden de su propia autoridad quitar ó mudar cualesquiera mojones que se hubieren puesto dando cuenta á la justicia."

10. »Los confines ó mojones por donde se parten y dividen términos se prueban por aquellos testigos que mas se conformen con los instrumentos y se conocen mas fidedignos, á cuyo grado se elevan los de mas edad, que regularmente deponen con circunstancias de grave recomendacion, como son la fama pública, y con primeras y segundas oidas, dando autores que prueban plenamente."

11. »Entre los testigos fidedignos merecen un particular aprecio los vecinos labradores, pastores, ganaderos y rústicos de los lugares inmediatos que tengan entero conocimiento de los sitios, mojones y términos comprendidos bajo de ellos, y sobre que se sufran los litigios, habiendo aquellos visto guardas en los mismos terrenos, cuyo acto como jurisdiccional prueba la que tenga el magistrado que les paga, sucediendo lo mismo por la expresion que hagan de haber visto, saber ó constarles las de licencias para cortas y rozas en aquellos sitios, asistiendo los denunciados á las causas y pagando las penas."

12. »La experiencia nos enseña en muchos juicios de confi-

1 Ley 9. tit. 28. Part. 3. 12 y 13.
2 Tomo 3. pag. 109 y 110. num. 7, 11.
3 Ley fin. tit. 15. Part. 6.

nes, dice el autor citado en otro lugar (1), el vicio comun de los peritos de no contenerse estos dentro de los canceles de su propia arte, en lo que no deben ser creidos; de modo que para evitar las diligencias y contiendas que suelen ocasionar estos excesos, acostumbran los jueces doctos prescribir á aquellos un modo preciso, al cual sujetándose en sus reconocimientos, digan categóricamente lo que entiendan, afirmando ó negando el hecho que motiva la duda: siendo no menos frecuentes en la práctica faltar en el ejercicio de la propia arte ó pericia á las reglas de esta, no distinguiendo por ejemplo, asi en los predios rústicos como en los urbanos para su estimacion, ó cuando tratan de venderse ó reclamarse por nulidad de su venta ó adjudicacion, si son antiguos ó modernos, infructíferos ó fructíferos, ó capaces de fructificar al auxilio de la industria y del tiempo, debiendo dar concluyentes razones y causas que hagan verosimil su dicho para ser creido sobre unos hechos, donde solo deben ser elegidos para declararlos y resolverlos por su influjo de una prueba rigorosamente subsidiaria, cuando por otra via no pueda descubrirse la verdad."

13. »Establecidas ya las reglas mas frecuentes en el foro sobre el juicio de los peritos, descendemos al acto del reconocimiento sobre el terreno, á instancia de las partes, y con asistencia del juez inferior ó del relator y escribano de Cámara en las chancillerías y audiencias, levantando un paño de pintura, segun lo exija la gravedad del asunto, haciéndose saber á las partes el dia y hora en que ha de puntualizarse por si quisieren asistir, ó sus abogados, á la diligencia, de modo que sin citacion de las partes padece el acto una notoria nulidad."

14. »Por estos principios entendemos que en todos aquellos casos donde puedan tenerse por suficientemente probados la situacion y estado de la cosa por peritos y testigos, sin contrariedad y diversidad, ó por mapas topográficos ú otras especies de justificacion, no han de decretar los jueces los reconocimientos con su asistencia, que siempre ha de entenderse subsidiaria, por excusar las dietas y otros gastos que son insoportables á los contendentes, y debe la prudencia judicial por todas las vias evitarles."

15. »Entre los mapas para las controversias de confines, situaciones é identidades de las cosas litigiosas es preciso distinguir los públicos de los privados, esto es, los geográficos de los

1 *Pract. univ. for.* tom. 4. pag. 230 y 231. num. 27, 28, 29 y 30.

topográficos (*), impresos para la utilidad pública, ó hechos por pura conveniencia de las partes, sin consentimiento reciproco de ambas, ó con su citacion, audiencia y asistencia judicial, en cuyos únicos casos merecen fe, no reclamándose su error, y haciéndose este manifiesto con presencia del terreno: siendo rarísimo el caso en que no litigando los límites de un reino, provincia ú obispado, y sí otros particulares, se valgan los interesados de los mapas geográficos, ya por no designar estos individualmente los mojones y límites, y ya tambien por la diversidad de sus autores, mas ó menos clásicos, y del tiempo en que se hicieron, el cual influye à variar el sistema de los objetos, como respectivamente observamos, y podemos decir lo mismo de los hidrográficos (**), concluyendo en este punto con manifestar ahora que en los casos sujetos á la inspeccion ocular del juez no está obligado á pasar por la declaracion de los peritos contraria á aquello que él mismo recibió por sus sentidos corpóreos en las cosas pendientes de solo este juicio."

16. »Si los términos en todo ó en parte no pueden cómodamente dividirse, dice finalmente en otro lugar el citado autor (1), bien porque son oscuros los derechos probados por los contendentes en posesion y propiedad, ó bien por otra alguna causa, puede el juez dirigir los nuevos términos de otra suerte, por adjudicacion y condenacion *ex æquo et bono* para quitar de en medio la oscuridad, à cuyo fin deberá ir él mismo à las heredades, ò dar comision à cualquiera escribano, si se hallare justamente ocupado, para que con citacion de las partes declaren los peritos por su medida los términos de las heredades, cuya declaracion impone fin à la controversia de sus posesiones."

17. »Despues de declarada la cuestion de division de términos, si se atreviese alguno de los interesados à usurpar al otro parte de su fundo, incurre en las penas establecidas por derecho contra los que despojan á los poseedores."

18. »Como de las causas suscitadas entre los pueblos vecinos suelen originarse muchos males, bien privados bien públicos, será muy conveniente poner términos à ellos en los casos dudosos por medio de unas justas y arregladas transacciones que sofoquen las contiendas, aseguren el derecho de los pueblos, y cu-

* Mapa geográfico es aquel en que se describe toda la tierra, ó alguna parte considerable de ella, como provincia, reino &c, y topográfico aquel en que solo se describe algun sitio ó lugar.

** Mapa hidrográfico es descripcion de las aguas ó parte de estas.

1 Tomo 2. pag. 120.

ya contravencion sea refrenada con la satisfaccion ó indemnizacion de todos los perjuicios que se causen en lo sucesivo.

19. »En el Consejo y Sala primera de Gobierno pueden cualesquiera comunidades y particulares solicitar, presentando pedimento y poder, la provision ordinaria de apeo, la cual no se despacha para el reino de Aragon ni principado de Cataluña, por expresar sus fueros y constituciones la forma de practicarse los cabrebes y apeos, aunque sí para el reino de Valencia, para el cual se expide, como en Castilla, con solo la diferencia de que como al mismo tiempo que la comision para el apeo la piden para el cabrebe, no se da la comision á las justicias ordinarias, como en Castilla, conforme á la ley de Toledo, sino á la persona de letras que se nombra por el señor Presidente ó Gobernador del Consejo, por comprenderse dos puntos entre sí distintos, pues al de cabrebe pertenece un formal reconocimiento de censos y otros derechos perpetuos, y al de apeo corresponde lo que en sí explica, que es apear y deslindar las tierras y heredamientos con las regulares apelaciones al tribunal superior del territorio (1)."

1 Escolano, *Práctica del Consejo*, tom. 1. cap. 96.

CAPITULO SEGUNDO.

De los propios y arbitrios de los pueblos.

§. 1. ¿Que son propios y que se entiende por arbitrios?
2. ¿A cargo de quien está el ramo de propios y arbitrios?
3. Cargos que abraza la administracion de propios.
4. Repartimiento de pastos y tierras concejiles.
5, 6, 7. Continuacion de lo mismo.
8. Obligacion que tienen las juntas de propios de cuidar que se aumente el producto de estos.
9. Inversion de fondos.
10. Continuacion del mismo asunto.
11. Imposicion de censos é inversion del sobrante de propios.
12. Dos por ciento que ha de sacarse del producto de propios para el pago de sueldos.
13. Formacion de cuentas.
14, 15, 16. Tratan de lo mismo.
17. ¿A que está limitada la jurisdiccion de los intendentes sobre propios?
18. Los jueces y escribanos han de actuar de oficio en todo lo relativo á propios.
19. En la exaccion de réditos de censos pertenecientes á las iglesias contra seculares, toca á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de las ejecuciones.
20. Real cédula de 21 de diciembre de 1812 sobre enagenaciones de fincas de propios.

Adicion.

Otras Reales órdenes relativas á propios.

1. Llámanse *propios* aquellos bienes que por algun título pertenecen al comun de cada pueblo, y cuya renta está destinada á la conservacion del estado civil y establecimientos municipales de los concejos. Tambien se comprenden bajo el mismo nombre de propios, aquellas cosas declaradas por tales en general ó por valor de ellos en algunas Reales órdenes. *Arbitrios* son ciertos derechos impuestos con facultad Real sobre abastos y géneros comerciables en los pueblos que ó carecen de propios ó son estos tan escasos que no alcanzan para las atenciones municipales.

2. El ramo de propios y arbitrios está á cargo de una direccion general creada por su Magestad en Real decreto de 3 de abril de 1824, con inmediata y única dependencia de la secretaría del despacho de Hacienda. Hay ademas en cada pueblo una junta para entender en el gobierno de los propios y arbitrios, la cual debe componerse segun Real orden de 16 de febrero de 1762, del alcalde primero, regidor decano, síndico procurador y apo-

derados de los acreedores censualistas, si los hubiere, con aprobacion del Consejo ó audiencia; y no habiéndolos, ó estando hechas las concordias con esta circunstancia, ò manejándose los propios por el ayuntamiento, ha de entrar tambien el regidor tercero. Donde los regidores sean perpetuos, deben turnar entre sí de dos en dos años, de suerte que en cada uno se nombre uno á quien instruya el que quede del anterior, y ambos desempeñen el encargo (1) (*). En las mismas juntas han de tener asistencia y voto absoluto los diputados del comun en los mismos términos que se les concedió para el punto de abastos en un auto acordado (2), y los personeros han de asistir sin voto para pedir lo conveniente (3).

3. La administracion de los propios y arbitrios abraza tres cargos principales, en cuyo buen desempeño se cifra el acertado gobierno de este ramo. 1.° Arrendamiento ò subasta de los pastos y tierras labrantías de propios ò concejiles. 2.° Inversion de los caudales de propios y arbitrios. 3.° Formacion de cuentas.

4. En orden al repartimiento de pastos y tierras labrantías de propios ò concejiles ha de observarse lo siguiente. Todas las tierras labrantías deben repartirse entre manos legas, exceptuada la senara en los pueblos donde se cultiva de vecinal. En primer lugar se ha de repartir una suerte de ocho fanegas por cada yunta á los labradores de una, dos ò tres, que carecen de tierras suficientes para emplearlas. En segundo lugar ha de darse á los braceros y toda gente acostumbrada á las labores del campo una suerte de tres fanegas, si la piden, en el parage menos distante de la poblacion, aunque la perderán si dejan de beneficiarla, ò no satisfacen la pension. A los pastores y artistas con yunta propia de labor debe repartírseles como á labradores de una yunta, y no teniéndola han de reputarse en la clase de braceros ò jornaleros. Si hecho el primer reparto sobran tierras, ha de hacerse segundo, y mas, hasta que todos tengan las que puedan labrar, y si todavía sobrasen ò no se necesitasen algunas, se sacarán à subasta admitiéndose forasteros, sin que pueda nadie pasarlas à otra mano (4).

1 Nota 19. tit. 16. lib. 7. Nov. Rec.

* En todo este título citado se trata de los propios y arbitrios.

2 Real orden de 5. de mayo de 1766.

3 Acuerdo del Consejo de 20 de noviembre de 1762, y decreto del mismo de 2 de diciembre de 1767.

4 En una Real provision de 30 de enero de 1788, ó nota 18 tit. 25. lib. 7. Nov. Rec., se manda que en el repartimiento anual de las yerbas de propios se guarde, en cuanto sea posible, á los ganaderos la costumbre que hubiesen tenido de acomodar sus ganados en los terrenos concedidos en anteriores repartimientos hasta en aquella porcion que les corresponda en calidad y cantidad con proporcion á los demas ganaderos.

5. Los comisarios electores de parroquia nombrarán los tasadores que con intervencion de la junta de propios regulen el tanto que ha de pagarse à estos por cada suerte sin perjuicio de sus caudales, sobre lo cual deben celar los corregidores del partido, quedando en libertad los pueblos en que los vecinos tienen derecho de cultivar los montes ò términos comunes, para poder practicarlo. Tampoco se ha de cargar pension alguna en las tierras concejiles de aquellas poblaciones, en que ni son de propios, ni tienen sobre sí arbitrio alguno, ni jamas se ha pagado. Para las roturas prohibidas por la ley debe solicitarse la licencia del Consejo. En las dehesas de pasto y labor donde esta se hace à hojas, cada vecino ha de tener la mitad de la suerte en una y la otra mitad en la otra (1).

6. Los mismos comisarios han de nombrar tambien tasadores, que con igual intervencion tasen la bellota y yerba, cuya tasacion ha de publicarse con término de quince dias, para que en ellos pidan los vecinos, y se les repartan por la tasa los pastos ò bellota que necesiten para sus ganados, haciendo constar que lo son; y no habiendo para todos, han de dividirse proporcionalmente, atendiendo à los de menor número, que no pueden salir à buscar dehesas à territorios extraños. Cuando en los pueblos algunos vecinos tengan tan corto número, que no pueda repartírseles terreno separado, ha de señalarse el competente para que todos los de esta clase puedan meter sus reses regulando su precio à diente y por cabezas. Si por no haberse pedido rompimiento en todo ó parte, quedan, despues de acomodados todos los vecinos, pastos sobrantes de una ú otra especie, se sacarán à subasta por el precio de la tasa, se admitirán forasteros, y rematarán en el mejor postor: no debiéndose admitir nueva tasa, tanteo ni preferencia sobre el precio del remate, por privilegiado que sea el ganado, y solo podrán usar los interesados de los remedios ordinarios de derecho (2). Se han de estimar por extraños à los vecinos de los pueblos inmediatos, y no ha de concedérseles en los sobrantes, que se saquen à subasta, preferencia ni tanteo, sino es que los tengan por leyes municipales ò por especial privilegio (3).

7. Las juntas deben formar una relacion del valor que hubiesen tenido las tierras propias y concejiles de labor, pastos y bellota en cada quinquenio, para que en vista de aquella hagan la tasa los tasadores del siguiente; y cuando estos conozcan en los

1 Real provision de 26. de mayo de 1770.
2 Provision cit.
3 Real decreto de 14 de enero de 1771.

pastos y frutos de bellota, no en las tierras labrantías, que no pueden tener igual valor que en el quinquenio anterior, subsistiendo el que regulen conveniente, se dará cuenta al intendente con una declaracion formal de los tasadores, donde expresen la causa ó causas de la rebaja, para que resuelva lo que mas convenga, y nombre, si le parece, otros tasadores forasteros (1).

8. Han de procurar las juntas municipales que los productos tengan todo el aumento posible, ó al menos que no se disminuyan, pues si se justifica colusion en la subasta ó repartimiento, ocultacion ó desmembracion de alguna parte de los rendimientos, ó que con título de adebala ó sobreprecio se disminuya el producto legítimo para invertirle arbitrariamente las juntas en usos no permitidos, serán responsables de su importe con la pena del cuatrotanto. A fin de que se logren tales aumentos, han de cuidar de que se saquen á pública subasta en tiempos oportunos, y se admitan las posturas y mejoras que hicieren personas conocidas ó abonadas, con exclusion de los capitulares ó dependientes de ayuntamiento y junta que no deben tener parte directa ni indirecta (2) (*). Las juntas no pueden celebrar estos arrendamientos por mas tiempo que el de un año, excepto que se halle ampliado al de tres en alguna provincia ó pueblo por orden general ó particular; pero si en algun lugar se cree conveniente hacerlos por mas tiempo, se representará á la Superioridad. Los arrendadores han de dar fianzas bastantes y libres de toda otra responsabilidad, en la inteligencia de que las juntas quedan por su admision responsables á la quiebra; y en la administracion, cuando por falta de pastos sea necesaria, han de observarse las reglas prescriptas en la instruccion del año de 45, y demas órdenes de la coleccion de cédulas de propios (3), presentando en la cuenta general la particular del ramo ó ramos que

1 Decreto de 23 de diciembre de 1771.

2 Con arreglo á las provisiones de 30 de octubre de 1765 y 5 de mayo de 1766, y á lo prevenido en el auto del Consejo de 13 de enero de 1779, deben cuidar los corregidores de que cada año se hagan en el lugar público acostumbrado los remates de los abastos despues de pregonados y publicados, despachando primero avisos y requisitorias á los pueblos circunvecinos, y fijando edictos, de suerte que venga á noticia de todos, y puedan admitirse las posturas que se hicieren, informados de la libertad de su admision, sin que se utilicen con perjuicio del comun los regidores, parientes ni paniaguados, aprovechándose del exceso en el precio de lo que debe servir para la subsistencia y manutencion de los pueblos.

* Véase en orden á abastos el tit. 17. lib. 7. Nov. Rec., donde se trata de esta materia.

3 Se imprimió y comunicó en el año de 1773; pero en el de 1803 se comunicó de Real orden otra nueva coleccion, en que se refunde la anterior, añadiendo las providencias expedidas desde el citado año de 73.

se administren con intervencion del contador, y en su defecto del escribano de ayuntamiento (1) (*).

9. En cuanto á la inversion de fondos han de pagarse: 1.° los jornales del comisario y mozos que han de acompañar á los quintos, como tambien el prest, pan y gratificacion de dos reales diarios, que han de darse al sorteado, desde que se le tome la filiacion, aunque esto ha de reintegrarlo el oficial de la caja particular; y no habiendo propios en el pueblo han de sacarse tales gastos de los del mas próximo con calidad de reintegro (2). Tambien se han de sacar del caudal de propios el pan y prest correspondiente á todos los mozos que se alisten ante las justicias voluntariamente para el ejército ó marina hasta el dia de su marcha y del destino dado para el ministerio competente (3). Pero los asentistas proveedores del ejército han de pagar á los pueblos de contado todo género de provisiones que suministren á la tropa por los precios corrientes, sin causarles gastos ni detencion en su cobranza (4). 2.° Los reparos menores que necesiten los edificios y fundos del comun, y en cuanto á los mayores representará la junta á la Superioridad, formando para cada una un expediente con la debida justificacion. 3.° Repa-

1 Circular de 31 de enero de 1793, cap. 8, 9, 10, 11 y 12, ó ley 27. tit. 16. lib. 7. Nov. Rec.

* Estas disposiciones del Consejo son ciertamente muy loables y utilísimas para la agricultura y fomento de la poblacion: pero permítasenos decir con un sabio magistrado español que aun lo serian mucho mas «si los repartimientos se hiciesen en todas partes, y de todas las tierras y propiedades concejiles, si se hiciesen por constitucion de enfiteusis ó censo reservativo, y no por arrendamientos temporales aunque indefinidos; y en fin, si se proporcionase á los vecinos la redencion de sus pensiones y la adquisicion de la propiedad absoluta de sus suertes: sin estas calidades el efecto de tan saludable providencia será siempre parcial y dudoso; porque solo una propiedad cierta y segura puede inspirar aquel vivo interes, sin el cual jamas se mejoran ventajosamente las suertes: aquel interes que identificado con todos los deseos del propietario es el primero y mas fuerte de los estímulos que vence su pereza, y le obligan á un duro é incesante trabajo.» Tampoco hay ningun óbice para que no puedan hacerse ventas libres y absolutas de los terrenos concejiles cuando hubiese compradores que las prefiriesen al censo, enfiteusis ó arrendamiento; pues ademas de que impuesto su precio en los fondos públicos daria á los concejos una renta mayor y mejor administrada, nada importaria tuviesen que cubrir los vecinos por repartimiento los gastos municipales, habiéndose antes enriquecido, y hallándose de consiguiente en situacion mas ventajosa que la anterior para poder hacerlo.

Lo dicho de las tierras concejiles podria y aun deberia extenderse á todos los baldíos del reino, los cuales solo sirven para pastos; y son sin embargo muy atendidos en el tit. 7. lib. 7. de la Recop., cuyas leyes manifiestan bastantemente cuan arraigado ha estado muchos siglos el sistema rural pecuario, y ha sido preferido al agravio Los baldíos metidos en cultivo darian sin duda alguna una utilidad y unas riquezas asombrosas á toda la nacion, con especialidad á las tan fértiles Andalucías, donde no sin dolor de todos los buenos patriotas son inmensos tales terrenos. *Febrero reformado.*

2 Ordenanza de reemplazo de 3 de noviembre de 1770, art. 37. num. 4. y art. 40. num. 1.

3 Circular de 28 de febrero de 1793.

4 Real orden de 12 de setiembre de 1768.

ros y mantenimiento de iglesias ú otras obras pias en donde las primicias estan secularizadas; no debiendo los obispos ó sus visitadores en las visitas de sus diócesis exigir de los pueblos cantidad alguna con título de procuraciones, salarios ú otro, no obstante cualquiera costumbre, y solo cobrarán los derechos de los interesados segun arancel (1). Ademas los visitadores y otros jueces eclesiásticos no han de ocasionar á los propios gastos indebidos, ni tomar conocimiento sobre sus caudales con el pretexto de estar obligados en favor de causas pias, porque para esto deben acudir los interesados ó sus administradores á la justicia ordinaria. 4.° Se han de costear tambien de los propios los gastos que ocurran en su administracion, los de obras públicas, fiestas, proclamaciones de Reyes, funerales de personas Reales en las ciudades de voto en Cortes, invirtiendo en ellas mil reales de dichos fondos (2); mas no los lutos de las justicias y regidores, pues los han de costear ellos mismos (3); matanza de langosta, provision del pósito no bastando los caudales de este, salarios de médicos, cirujanos, albéitares, contrastes públicos, maestros &c.; y ademas se repararán las casas de pósitos Reales, y se mantendrán las castas de caballos (4).

10. Está declarado por el Consejo que son limosnas voluntarias las consignaciones hechas á los regulares para la predicacion de cuaresma, celebracion de misas, enseñanza pública, y otros actos piadosos, pudiendo en consecuencia valerse las justicias para lo dicho de otras comunidades ó de personas particulares (5). No obstante en una Real cédula (6) se dispone que no se impida á los pueblos el dar de sus propios á los conventos de observantes de San Pedro de Alcántara y capuchinos la limosna que comunmente llaman *situado*, y tambien las que segun constituciones sinodales deban percibir los conventos en cualquier pueblo por los sermones de cuaresma, adviento y semana santa, ó celebracion de misas que esten á su cargo.

11. En punto á censos, los pueblos no han de imponer ninguno contra sus caudales sin facultad Real, porque se excluirán absolutamente de las cuentas: ni las justicias han de permitir se reparta su importe entre los vecinos, aunque los capitales se hayan invertido en beneficio comun, pues serán responsables los que acuerden su imposicion (7). Lejos de esto el sobrante de

1 Real orden de 31 de julio de 1770.
2 Circular de 15 de agosto de 1766
3 Real decreto de 27 de junio de 1716.
4 Instruccion de 1770.
5 Circular de 7 de setiembre de 1770.
6 De 11 de febrero de 1787, art. 5.
7 Circular del Consejo de 3 de julio de 1761.

los propios y arbitrios ha de dividirse en tres partes, dos para la redencion de capitales de censo, y una para pago de atrasos de sus réditos, habiendo de preferirse en ambos casos al acreedor que haga mayor baja ò remision, para cuyo efecto las juntas municipales pasarán noticia formal de sus existencias à los acreedores censualistas ò sus apoderados, citándolos por el término preciso de dos meses para formalizar sus proposiciones, con apercibimiento de que cumplido se procederá à constituir en depósito judicial el caudal sobrante por cuenta y riesgo de los acreedores, y de que cesará desde el mismo dia el curso de la pension sin diferencia de personas ni cuerpos. Las proposiciones de bajas que se hagan han de remitirse al intendente para que determine cuales han de admitirse (1).

12. Del producto de todos los propios y arbitrios del reino se ha de sacar un dos por ciento para el pago de sueldos de los que entiendan en este ramo (2), cuya contribucion se extendió al importe de los repartimientos ò contribuciones impuestas à los pueblos à falta de propios y otros arbitrios, y al sobrante del de los puestos públicos y ramos arrendables de rentas Reales (3). Fuera de dicho dos por ciento se han de pagar ocho maravedis por la satisfaccion del aumento de sueldo hecho al procurador general del reino (4).

13. Por lo respectivo à cuentas (*) han de formarse anualmente las de los productos de los propios con distincion de cada una, siendo el cargo todo el producto, y reduciéndose la data à libramientos despachados por la justicia conforme à la dotacion de gastos hecha por el Consejo con intervencion del contador, y no habiéndole, el escribano ò fiel de fechos, como tambien al quince al millar que se abona al tesorero, y à los gastos indispensables de administracion. Las cuentas han de remitirse formalizadas dentro de un mes de cumplido el año al intendente, quien hallando los cargos justificados, y las datas conformes al reglamento del Consejo, despachará el correspondiente finiquito, y de lo contrario pondrá en pliego à media margen los reparos que se le ofrezcan y los remitirá à las justicias para que satisfagan. No haciéndolo en el término preciso de un mes, se han de excluir de las cuentas las partidas separadas, y se

1 Circular del Consejo de 25 de setiembre de 1767.

2 Instruccion de 30 de julio de 1760, art. 19.

3 Adicion al art. 19 cit.

4 Orden de 2 de noviembre de 1769.

* De la cuenta y razon en punto de propios y arbitrios trata extensamente la ley 13 con sus notas, tit. 16. lib. 7. Nov. Rec.

procederá de oficio y sin ocasionar gastos al pueblo hasta hacer aquellas efectivas sin instancia alguna. Fenecidas las cuentas ha de dar el contador certificacion del cargo, data y sus resultas, y el intendente lo dirigirá al Consejo, el cual si lo tiene por conveniente puede pedir las originales, que debe remitirle el intendente, quedándose con noticia puntual de ellas para tener presentes sus resultas. Esto se dispone en la instruccion del año de 60; pero es indispensable referir lo que se ha mandado despues acerca del artículo de cuentas. Reconocidas estas anualmente por las juntas municipales, han de comunicarse al ayuntamiento y procurador síndico para que puedan adicionarlas antes de pasar á la intendencia (1). El escribano ò fiel de fechos de ayuntamiento, que lo es de la junta, debe poner á continuacion de las cuentas testimonio ò certificacion que acredite se halla real y verdaderamente en el arca de tres llaves el caudal que resulte de aquella á favor de los fondos públicos, lo cual firmarán tambien los individuos de la junta, y de lo contrario, ademas de ser responsables de lo que no existe, ha de castigárseles severamente. Bajo la misma pena ha de certificarse que los propios no han tenido mas valor que el expresado en las cuentas: que los arrendadores á cuyo cargo han estado, no han contribuido con adehalas ni gratificaciones: y que la justicia no ha recurrido à otros arbitrios ni medios, ni usado de repartos para gastos del comun, ni otros fines fuera de lo permitido en la instruccion de millones del año de 25: expresando tambien si se han hecho algunas cortas en montes, árboles ò dehesas, y si se incluye en las cuentas su producto (2).

14. Las nóminas ò estado de las cuentas han de contener por el orden que va á expresarse, los capitales de los censos existentes contra propios en fin de diciembre del año anterior; los que se hubiesen redimido con el sobrante; el importe de atrasos y deudas existentes en dicho tiempo contra los caudales públicos; las que se hubiesen satisfecho; los caudales existentes por sobrantes del año; deudas en segundos contribuyentes y deudas en primeros. Para evitar la prolijidad y confusion que causaria comprender las existencias en granos, y por la incertidumbre de su valor, ha de procederse á su venta cuando mejor parezca á la junta de propios, aunque sin pasar del mes de junio, remitiendo inmediatamente á los intendentes testimonios de aquellas con distincion de es-

1 Acuerdo del Consejo de 4 de febrero de 1765.

2 Acuerdo del Consejo de 27 de noviembre de 1766.

pecies y precios, y de quedar su importe en arcas, por cuyo medio se vendrá en conocimiento de todo lo resultante en dinero (1).

15. A principio del mes de julio de cada año han de remitir los intendentes certificacion de haberse presentado en las contadurías todas las cuentas, y satisfecho en un todo el tanto por ciento de su producto (2). Para este efecto, cuando algun alcalde de la junta de propios no hubiese presentado las cuentas en todo el mes de mayo, el intendente ha de hacerle comparecer y tenerle preso, nombrando al mismo tiempo persona que pase à la formacion de las cuentas à costa de cuantos resulten ser reos en la morosidad; bien que si el presidente de la junta fuese el corregidor ò alcalde mayor, solo se ha de multar en docientos ducados, que han de exigirse bajo la misma mancomunidad (3).

16. Las justicias y juntas han de procurar que en principio de febrero de cada año se hagan la formacion, entrega y presentacion de las cuentas en las contadurías sin admitir excusa, llevándolo à efecto por los medios prevenidos en la orden de 18 de agosto de 69. Si en algun pueblo ocurriese justo motivo para no hacerlo, lo representará la junta à la Superioridad por medio del intendente, y se ampliará el término que se crea necesario, y à fin de que el atraso de los arrendatarios no ocasione el de las cuentas, solicitarán los mayordomos el pago, cumplidos que sean los plazos de las escrituras, y si no lo hacen en quince ò veinte dias, han de acudir à las justicias y juntas para los apremios, debiendo responder y dar por cobradas las rentas cada uno en su año, à no ser que la Superioridad conceda esperas, las cuales se datarán como no cobradas, si exceden aquellas de los dos meses primeros del año siguiente al de su venta, expresando el motivo, nombre del deudor, y finca ò ramo de que procede la deuda, y acompañando las diligencias judiciales hechas en tiempo y forma para su cobranza. Lo mismo ha de observarse en los débitos antiguos, formando dos relaciones, una de los restos ò rezagos de primeros contribuyentes y otra de segundos ò alcances contra mayordomos anteriores ú otras personas à cuyo cargo estuvo la cobranza. Los arrendamientos se celebrarán de años enteros à concluir en diciembre, y en los que no pueda hacerse asi, como en pastos y yerbas, se considerará únicamente en la cuenta del año el importe del plazo ò plazos que se venzan dentro de él, reservando el resto para el siguien-

1 Circular de 23 de febrero de 1768.
2 Acuerdo del Consejo de 1772.
3 Acuerdo del Consejo de 16 de noviembre de 1771, que se renovó en 1773.

te; mas si se hubiese de pagar en una sola vez, se incluirá en las cuentas del año en que debe hacerse segun la escritura ò reparto que se formase. Los alcances se han de cobrar por los mayordomos ò personas que deben dar las cuentas al mismo tiempo de presentarlas, pues no se admitirán de otro modo, y en caso necesario se les apremiará à cumplirlo, siendo responsables las mismas juntas de la falta de cumplimiento. Con las cuentas se han de poner en tesorería los alcances ò sobrantes al tiempo de hacer las justicias el pago de la contribucion, reservando en arcas alguna parte à juicio de los intendentes para los gastos precisos que puedan ocurrir hasta el vencimiento de los primeros plazos de las rentas corrientes conforme à lo acordado en 12 de enero de 1793, y orden expedida en su virtud (1).

17. La jurisdiccion de los intendentes sobre propios y arbitrios está limitada à cuidar de su mejor administracion con arreglo al artículo quinto de la instruccion de 1760 (2), esto es, han de procurar que los ramos arrendables se saquen anualmente à pública subasta y rematen en el mayor postor, evitando que las justicias y sus parientes tengan parte directa ni indirecta en tales arriendos; y que se den con la mayor pureza y exactitud las cuentas en los demas ramos que sea preciso administrar, entrando el producto de unos y otros en poder del mayordomo ò depositario de propios. Las audiencias y chancillerías no han de entender en cosa alguna relativa à propios y arbitrios (3), y los jueces ordinarios que tienen el primer conocimiento sobre ellos en lo contencioso por un Real decreto (4), solo han de otorgar las apelaciones para el Consejo (5).

18. Los jueces y escribanos de ayuntamiento han de actuar de oficio y sin derechos ni gratificacion en todo lo respectivo al gobierno público, al desempeño del Real servicio, à la junta de los mismos propios, su administracion, recaudacion y distribucion; fuera de que el escribano solo puede llevar à los postores arrendatarios derechos por las escrituras de remate, y con arreglo à arancel, y no mas, aun cuando el remate comprenda diversos sugetos ò efectos, siempre que todos formen un mismo

1 Circular de 31 de enero de 1793, cap. 1. &c y 7.

2 Véanse las leyes 11, 12 y 13. tit. 16. lib. 7. Nov. Rec.

3 En los pleitos sobre apeo ó deslinde, despues de tasadas las cosas por mandato de la chancillería ó audiencia, ha de pasarse oficio con certificacion de su importe al intendente, quien en su vista acuerda el pago, cuyo documento con los competentes recibos sirve en las cuentas de legítima data. Decreto del Consejo de 10 de setiembre de 1774.

4 De 12 de mayo de 1772.

5 Real decreto de 12 de setiembre de 1771.

hacimiento. Tambien puede llevar conforme á arancel los derechos de particulares por los recursos que promuevan tratando de sus intereses contra los caudales públicos (1).

19. Habiéndose quejado varios corregidores de que los jueces eclesiásticos libran despachos con conminacion de censuras para la paga de réditos de censos impuestos á favor de capellanías sobre los propios y arbitrios, mezclándose en la exaccion de réditos de censos pertenecientes á las iglesias contra seculares, se declaró que siendo estos los reos ó demandados, tocaba á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de las ejecuciones, aunque los actores fuesen obras pias, sin otra reserva que de las instancias de diezmos contra los primeros contribuyentes (2).

20. Por último debe tenerse presente la Real cédula de 21 de diciembre de 1818 sobre enagenaciones de fincas de propios hechas desde la invasion de Bonaparte, en que se establecieron las disposiciones siguientes.

1.ª Se declaran nulas y ningunas de ningun valor y efecto todas las enagenaciones de propios, comunes y baldíos á que no haya precedido justa causa de necesidad para atender á las urgencias en que se hayan visto los pueblos con ocasion de la pasada guerra, cuyo requisito deberá constar de los mismos acuerdos de los ayuntamientos, insertos en sus respectivos libros con las formalidades legales.

2.ª Se declaran igualmente nulas y de ningun efecto y validacion todas aquellas en que no haya intervenido tasacion y aprecio de su legítimo valor en venta y renta al tiempo de ejecutarse por medio de peritos inteligentes é imparciales, y que no hayan sido los mismos alcaldes, regidores, escribano y demas individuos de ayuntamiento.

3.º Asimismo se declara la propia nulidad é insubsistencia de todas las que voluntariamente no se hayan sacado á pública subasta sin saber si habria ó no postores que las pujasen.

4.ª Idéntica suerte sufran todas aquellas fincas subastadas, cuyo producto no haya cubierto siquiera las dos terceras partes de su tasacion.

5.ª No sean de mejor condicion ni se les dé valor alguno á todas las enagenaciones en que hubiere intervenido cualquier dolo ó fraude.

6.ª Todas las fincas contenidas en los cinco artículos precedentes se devuelvan á sus antiguos dueños; y los compradores,

1 Acuerdo de 23 de julio de 1768. 2 Acuerdo de 23 de junio de 1766.

supuesta su mala fe, repitan por el valor de lo anticipado y mejoras hechas contra quien mejor vieren convenirles.

7.ª Los intendentes cuidarán de que se verifique á la mayor brevedad dicha devolucion de fincas á los pueblos sin perjuicio de las demas providencias que correspondan, segun el grado de malicia, dolo ó fraude que hubiese intervenido en dichas enagenaciones, dando cuenta de todo á mi Consejo por medio del contador general de propios y arbitrios para los efectos convenientes.

8.ª Todas las demas enagenaciones ejecutadas durante el tiempo de la dominacion enemiga sin alguno de los vicios y defectos que vienen expresados en los cinco primeros artículos, queden válidas, firmes y subsistentes; y sus poseedores no sean inquietados ni molestados bajo título ni pretexto alguno, tildándose y borrándose el sello del intruso en las escrituras de venta y demas celebradas bajo su gobierno, y poniéndose la nota de habilitacion en la forma que se expresa en el artículo 9.º de mi Real cédula de 19 de febrero de 1815.

9.ª Los pueblos á quienes por tales enagenaciones haya resultado algun déficit para atender á sus cargas y obligaciones precisas, propongan inmediatamente por mano de los intendentes los medios que consideren mas oportunos para suplirle, ya sea el de la adquisicion de algun propio con el sobrante de sus arbitrios, ya el de repartimiento de algun terreno inculto concejil ó baldío, ya el de cerramiento de tierras de pan llevar y de labor, ya el acotamiento de pastos comunes y no necesarios ni para ellos ni para los comuneros, ya el plantío de algunas viñas, y otros en que se dejen salvas la igualdad y exenciones debidas á la agricultura, industria, comercio y navegacion.

10. Al tiempo de hacer los ayuntamientos tales proposiciones acompañarán un estado circunstanciado de todos sus propios y arbitrios, su valor en venta y renta, cargas y atenciones de reglamento, ú otras impuestas posteriormente con aprobacion del mi Consejo.

11. Cotejando los intendentes estos estados con los asientos que obren en las contadurías principales, oyendo á estas y tomando las demas noticias que tuvieren por convenientes, remitirán estos expedientes originales, ordenados metódicamente y sin confusion, con su informe, á la contaduría general de propios y arbitrios, manifestando al mi Consejo todo cuanto crean oportuno para que se puedan aprobar ó negar los propuestos por los ayuntamientos.

12. Y últimamente la expresada contaduría general de propios y arbitrios, uniendo desde luego todos los antecedentes que puedan ilustrar dichos expedientes, y guardando el mismo orden de claridad y oportunidad, dará cuenta sin detencion al referido mi Consejo para que por este se acuerde su aprobacion ó denegacion, ó bien se les dé el curso correspondiente.

En Real orden de 29 de agosto de 1817 se sirvió su Magestad resolver por punto general que todos los propios del reino se sujeten y comprendan en la contribucion como todos los demas bienes de particulares.

Por otra Real orden de 30 de julio de 1819 se sirvió su Magestad declarar que aunque la riqueza territorial de los propios de todos los pueblos está sujeta á la contribucion general, no lo está el producto de los arbitrios que se les conceden para suplir las necesidades comunes.

En 22 de julio de 1819 se expidió una Real cédula prescribiendo las reglas que han de observarse para la venta de los baldíos, que ya estaba resuelta por Real decreto de 5 de agosto del año anterior, con varias gracias para el fomento de la poblacion y agricultura.

En otro Real decreto de 31 de agosto del mismo año se sirvió su Magestad conceder varias gracias á las corporaciones ó particulares que emprendiesen rompimientos de terrenos incultos y la construccion de nuevos canales de riego.

CAPITULO TERCERO.

De los pósitos.

§. 1 y 2. Del origen, gobierno y administracion de los pósitos.

3. Objeto de los pósitos.

4. Real cédula de 2 de julio de 1792 y reglamento inserto en ella para la buena administracion de los pósitos.

5. Del nombramiento de depositario.

6. Formalidades que deben observarse para la seguridad del dinero de los pósitos.

7. Continuacion del mismo asunto.

8. Como deberán custodiarse los granos del pósito.

9. Libros de cuenta que deben existir en el arca donde se custodia el dinero del pósito.

10. Los caudales y granos del pósito no deben invertirse en otros fines que los de su instituto.

11. Repartimiento de granos á los labradores.

12. Formalidades que han de observarse para dicho repartimiento.

13. Si no bastare la tercera parte de granos que se destinan al repartimiento para la sementera se podrá ampliar este.

14. El repartimiento se ha de pasar al corregidor ó alcalde mayor del partido.

15. Los labradores han de otorgar fianzas para el reintegro de los granos que reciban.

16. Los restantes granos que se reserven en el pósito, se han de distribuir y repartir á los labradores en los tiempos de su mayor urgencia.

17. Cumplidos los plazos señalados para el reintegro ¿que deberá hacerse?

18. Continuacion de lo mismo.

19. No podrá suspenderse por acuerdo de la junta la ejecucion de los plazos cumplidos.

20. ¿Que deberá hacer el depositario cumplido el tiempo de su oficio?

21, 22 y 23. Continuacion de lo mismo.

24. La junta celará que el trigo repartido á los vecinos no se invierta en otra cosa que en la sementera.

25. Hecha la entrega del trigo del repartimiento, y el pósito cerrado, no se volverá á abrir sino para cosas urgentes.

26. El resto de trigo ó harina que quedare existente despues de los repartimientos se ha de conservar hasta los meses mayores.

27. ¿Que deberá hacerse en el caso de haber de panadear el trigo del pósito?

28, 29, 30 y 31. Tratan de lo mismo.

32. ¿Que deberá hacerse si consumido el trigo que tenia el pósito en el repartimiento y panadeo, fuese necesario para continuar este y socorrer al pueblo comprar otros granos?
33. Debe escogerse el tiempo mas conveniente para la compra de granos.
34. ¿Que deberá practicar la junta en caso de ser necesario ó conveniente comprar el trigo en otro pueblo?
35. Los individuos de la junta, escribanos y fieles de fechos percibirán el uno por ciento por la cobranza y reintegro de los pósitos.
36. Jornal que debe pagarse al medidor.
37. Para satisfacer estas asignaciones contribuirán los labradores y pegujareros con un cuartillo de celemin por cada fanega que sacaren.
38. Para el pago de sueldos de las oficinas de pósitos se mandó que todos los pósitos contribuyesen del modo que allí se expresa.
39. Trata de lo mismo.
40. De los pósitos de Madrid, Valencia y otras ciudades.
41. No se apremie ni despache ejecuciones sobre reintegro de pósitos en los meses de abril, mayo y siguientes hasta la cosecha.
42. El escribano debe tener bien custodiado todos los documentos relativos al pósito.
43. Obligaciones de los corregidores en orden al cuidado de los pósitos.
44. Reales ordenes posteriores relativas á pósitos.

1. Los pósitos ò graneros públicos de los pueblos deben su origen á convenios de los vecinos de algunos pueblos, ó à fundaciones particulares de personas caritativas. En el establecimiento de ellos se formaron ordenanzas para su gobierno, pero decayendo de dia en dia por la inobservancia de ellas, expidió una pragmática (1) el señor Don Felipe II. prescribiendo lo que habia de observarse para la conservacion y fomento de los pósitos bajo la direccion del supremo Consejo de Castilla, lo cual confirmó despues el señor Don Felipe III. (2). En el reinado del señor Don Fernando VI. se creó un superintendente general (3) de todos los pósitos del reino, y esta superintendencia general se ha restablecido por Real decreto de 31 de mayo de 1824 al pie que tenia en 7 de marzo de 1820. Por otro Real decreto de 14 de junio de 1824 se restableció tambien la direccion general de pósitos.

1 Ley 1. tit. 20. lib. 7. Nov. Rec.
2 Ley 62. tit. 4. lib. 2. Rec.
3 Real decreto de 16 de marzo de 1751, ó nota 6. tit. 20. lib. 7. Nov. Rec.

2. Hay ademas en los pueblos una junta á cuyo cargo corre el gobierno y administracion de sus pósitos, compuesta del corregidor ó alcalde mayor realengo ó de las órdenes, y no habiéndole, del alcalde ordinario, alternando si son dos, de un regidor en calidad de diputado, de un depositario ó mayordomo y del procurador síndico general, à los cuales se han agregado despues el diputado del comun mas antiguo y el procurador síndico personero de cada pueblo (1).

3. Tres son los objetos de utilidad pública que han tenido desde tiempo antiguo los pósitos, á saber: 1.° socorrer à los labradores que tenian necesidad de trigo para la sementera; 2.° facilitar socorro à los mismos en los meses que llaman mayores, à fin de que por falta de granos no dejasen de hacer en tiempo la recoleccion de frutos, ó se viesen en la dura necesidad de tomar prestado para pagar en las mismas eras à precios ínfimos; 3.° proporcionar entre año à todos los vecinos abundancia de pan por medio de panaderos, ó surtir de trigo al pueblo à precios moderados, y contener la alza perjudicial que en tiempo de carestía solia causar la codicia.

4. Para el buen gobierno y administracion de los pósitos se expidió la citada Real cédula de 2 de julio de 1792 insertando en ella un largo reglamento formado por el Consejo, à quien dió su Magestad tan importante encargo, y de él hemos extractado las disposiciones mas notables (*).

5. En sus primeros artículos trata de la formacion de la junta, previniendo entre otras cosas que para depositario pueda ser nombrado cualquiera del pueblo sin distincion de estado, de acreditada honradez, inteligencia, abono y conducta, que no tenga otros oficios ó empleos públicos incompatibles con la asistencia al del pósito y cumplimiento de sus obligaciones.

6. Luego trata de las formalidades que deben observarse para la seguridad del dinero correspondiente al fondo del pósito, debiendo haber para este objeto un arca con tres llaves diversas en su construccion y uso, de las cuales se entregará una al corregidor, alcalde mayor ú ordinario, que deba presidir la junta, otra al regidor diputado y la tercera al depositario ó mayordomo.

7. El ayuntamiento pleno con asistencia del procurador sín-

1 Real cédula de 2 de julio de 1792, cap. 1. y circular de octubre del mismo. Aquella es la ley 4. tit. 20. lib. 7. Nov. Rec.

* Las notas que acompañan se han sacado de la obra que publicó el Doctor Don Lorenzo Guardiola, intitulada: *Manual de gobierno y administracion de los pósitos del reino*: en Madrid, año de 1804, cuarta edicion.

dico general ha de elegir y señalar la casa ó sitio mas seguro para colocar dicha arca, debiendo asistir á este acto, como á todos los demas y á las juntas de pósitos, el escribano que nombrare el mismo ayuntamiento general, atendiendo siempre à que sea persona libre de otros encargos que le impidan asistir al del pósito y desempeñar sus obligaciones.

8. Los granos de trigo y otras semillas de que se componga el pósito han de custodiarse en paneras destinadas à dicho fin con puertas firmes y seguras, las cuales deben tener tres llaves diversas, como las del arca del dinero, debiendo concurrir los encargados de ellas para la entrada ó salida del dinero ò de los granos, los cuales han de recibirse y entregarse por unas mismas medidas (1), que son, en los reinos de Castilla, Leon y Andalucía por el pote general que corresponde al de Avila, y en la corona de Aragon por aquellas medidas que se usen comunmente en cada pueblo.

9. En el arca donde se custodia el dinero del pósito deben existir dos libros foliados y rubricados del corregidor ó alcalde, diputado, depositario y escribano, en los cuales se han de sentar las partidas que entren y salgan, firmándolas en aquel acto los cuatro referidos: y para la buena cuenta y razon de los granos deben formarse otros dos libros foliados y rubricados del mismo modo; los cuales han de custodiarse en un arca con tres llaves, que deben entregarse á las personas expresadas de la junta.

10. Ni los caudales ni los granos se invertirán en otros fines que los de su instituto y destino, bajo la responsabilidad de los que acordasen y ejecutasen lo contrario, y de ser castigados con la pena correspondiente à las circunstancias de su malicia.

11. Siendo el primer objeto del pósito socorrer à los labradores con granos para sembrar y empanar las tierras que á este fin han preparado, y debiendo hacerse el repartimiento con la igualdad posible, con proporcion á las tierras y á la necesidad que tengan dichos labradores, acordará la junta del pósito en el tiempo próximo al de la sementera, que à su nombre se publique por edicto ó bando, segun la costumbre que hubiere, que los vecinos labradores, pegujareros ó pelentrines (2) que necesi-

1 Sobre la igualacion, uso uniforme y general de las pesas y medidas españolas, sus dimensiones, materia y forma mas conveniente para su exactitud y conservacion, habla la circular de 20 de febrero de 1801.

2 *Pelentrin* ó pelantrin (voz usada en el reino de Sevilla) es el labrador de cortos ó medianos caudales de labor y sementera. *Diccionario de la lengua castellana.*

taren trigo, centeno ú otras semillas de las que se compone el fondo del pósito para sembrar las tierras que tuvieren preparadas, presenten en el término que se les señalare en el edicto ó bando relacion jurada, y firmada por sí ó por un testigo à ruego, de las fanegas de tierra que tengan barbechadas y preparadas para la siembra, con expresion de los sitios y parages, el trigo ó semilla que tengan propio, y el que necesiten del pósito para completar su siembra; pues únicamente se han de repartir granos á los que no los tuvieren propios, ó en la parte que los suyos no alcancen à completar las siembras.

12. Concluido el término del edicto ó bando, y pasados tres dias que por último y perentorio se les puede expresar para que presenten sus relaciones, se pasarán estas á dos labradores ó personas de inteligencia y honradez nombradas por la junta del pósito, para que informándose de la verdad de dichas relaciones en todas sus partes, formen el repartimiento de lo que se puede dar á cada labrador, prefiriendo los que estuviesen solventes de las obligaciones anteriores á favor del pósito por haber reintegrado el todo ó la mayor parte de los granos y dinero referidos; y atendiendo asimismo à los mas pobres y necesitados.

13. Aunque por regla general se destina la tercera parte de los granos existentes en el pósito al repartimiento para la sementera, si esta no se pudiese completar con el contingente de la tercera parte, se podrá ampliar el repartimiento à mayor suma de fanegas, acordándolo con uniformidad ó por mayor número de votos la junta, con expresion de la causa justa y urgente; y con esta previa declaracion y acuerdo, procederán los dos labradores ó personas inteligentes nombradas à distribuir por repartimiento los granos señalados, y los remitirán á la misma junta para su aprobacion; y mereciéndola, publicarán por nuevo edicto ó bando, que si algun labrador quisiere saber el contingente que le ha correspondido en dicho repartimiento, acuda en el breve término que se le señale por punto general, al escribano del pósito, quien deberá manifestar el repartimiento; y en el caso de sentirse agraviados, expondrán el agravio con claridad y distincion, y se pasará, cumplido dicho término, à los peritos nombrados, los cuales lo enmendarán ó reformarán si lo hallaren, ó declararán no haberlo.

14. Precedidas estas formales y exactas operaciones, remitirá la junta dicho repartimiento al corregidor ó alcalde mayor del partido, como subdelegado nato por la ley, el cual, sin cau-

sar dilaciones ni gastos, dará su licencia, á no hallar grave y notorio inconveniente para que se lleve á efecto dicho repartimiento.

15. Antes de entregar á los labradores el trigo que les haya cabido, otorgarán y afianzarán sus obligaciones á reintegrarlo al tiempo y plazo acordado con las creces pupilares de medio celemin por fanega, de las que no se excederá, aunque haya uso, costumbre ú orden anterior que señale mayor cantidad (1). Estas obligaciones y fianzas (2) se escribirán y sentarán en un libro que ha de haber en cada pósito con solo este destino, y firmándolas el principal y fiadores, y no sabiendo, un testigo á ruego, con el escribano, que dará fe de haber pasado así; podrán ser ejecutados por el rigor de las leyes, como si procediesen dichas obligaciones de escrituras guarentigias, sin diferencia de que el número de fanegas de trigo ú otras semillas exceda de veinte fanegas ó mas, excusándose por este medio el otorgamiento de escrituras separadas y los mayores gastos que se causaban á los pobres labradores, como lo disponia el capítulo 29 de la Real instruccion de 31 de mayo de 1753.

16. Los restantes granos que se reserven en el pósito, se distribuirán y repartirán á los labradores necesitados en los tiempos de su mayor urgencia, como se ha practicado en los meses de abril y mayo, y en el de agosto, guardándose la igualdad y exactitud prevenida por el primer repartimiento de granos; y en estos dos últimos de que trata este capítulo se podrá socorrer á los labradores necesitados con algun dinero del que exista en arcas, bajo las obligaciones y solemnidades indicadas, que deberán reintegrar en la misma especie de dinero ó en granos de los que cogiesen en aquella cosecha á los precios corrientes, dejando esto á su eleccion (3), y llevándolos al pósito, así co-

1 Por el capítulo 30 de la instruccion de 30 de mayo de 1753 se pagaban las creces púpilares con variedad, esto es, desde medio celemin hasta uno por cada fanega; pero en el dia, segun el presente reglamento, solo se paga medio celemin en todos los pósitos que no se hallen arreglados ó reducidos á un fondo fijo, y en estos solo un cuartillo de celemin por cada fanega de trigo. Hoy rige tambien la circular de 26 de setiembre de 1807, por la que se aumenta un cuartillo de celemin por fanega á la crez que actualmente se paga, y uno por ciento en los repartimientos de dinero.

2 Por una orden del Consejo de 12 de diciembre del propio año de 1794, en expediente formado á representacion del subdelegado de pósitos de Jaen, se manda entre otras cosas, que no se admitan fianzas en fincas de bienes vinculados, para los repartos de granos, ni se comprendan en estos los poseedores de mayorazgos, á menos que no presenten fianzas con arraigo.

3 Auto acordado 8. tit. 25. lib. 5. Rec. Véase á Martinez en su *Libreria de Jueces*, tom. 1. cap. 3. num. 102. y tom. 7. lib. 4. tit. 21. §. 3. num. 216. y lib. 5. tit. 25. num. 340.

mo deben llevar los que hayan recibido en la misma especie desde la era, sin entrojarlos ni encerrarlos en sus casas (1).

17. Cumplidos los plazos en que deben hacer las reintegraciones en granos ó dinero, el escribano ó fiel de fechos, de acuerdo con la misma junta, formará una nómina ó librete de los deudores, con expresion de sus fiadores y de los granos ó dinero que deben reintegrar, con arreglo á lo que conste en las partidas del libro y asientos, y rubricado dicho librete por el escribano, se entregará al depositario ó mayordomo, dejando este su recibo, para que haga las diligencias mas activas á que se verifique la cobranza ó pago de lo que cada labrador ó vecino estuviere debiendo en granos y dinero.

18. Pasado el término que para estas cobranzas y reintegros le debe señalar la junta, dará cuenta á ella el depositario de lo que haya recibido, y se pondrá en el arca ó paneras con las formalidades expresadas (2); y resumiendo el escribano lo que hubiesen quedado debiendo del todo ó parte dichos labradores, formará otro librete de estas resultas de acuerdo con la junta, y autorizado con la firma del mismo escribano, se entregará al procurador síndico general, para que á nombre y en representacion del pósito pida judicialmente ante el corregidor, alcalde mayor ú ordinario, que presidiere la junta, ejecucion en forma contra los respectivos deudores, haciéndose expedientes separados para evitar toda confusion; y con testimonios de la partida que se pidiere y constare en el libro, se despache la ejecucion, y se vaya por ella adelante conforme á las leyes; y dada la sentencia de remate (3), si apelare el deudor para el subdelegado general de los pósitos, le admita la apelacion conforme á derecho, y proceda á ejecutar el pago bajo la responsabilidad del pósito por via de fianza de la ley de Toledo.

19. No podrán suspenderse por acuerdos de la junta ni por providencias del corregidor ó alcalde mayor del partido la eje-

1 Circular de julio de 1772, ibi: *y el de que no se levanten los frutos de las eras hasta la consecucion*; y circular de julio de 1799.

2 En los cap 8 y 9 de este reglamento.

3 En los remates de arriendos de efectos ó ramos de estos fondos públicos se debe tener presente la circular de 15 de julio de 1796, en que se previene por punto general, que concluido y cerrado el remate que se celebre para cada uno de los efectos ó ramos de pósitos, solo pueda admitirse por las respectivas juntas la puja del cuarto permitida por la ley para los bienes de comunidad y menores, y no otra alguna, con ningun motivo ni pretexto, y con la precisa calidad de hacerse la insinuada puja dentro del término de los noventa dias que la misma ley previene, en cuyo caso se saquen nuevamente bajo de ella á pública subasta por el término de nueve dias para su remate en el mayor postor, en el que se ha de verificar precisamente el arriendo, sin accion á nueva puja ó mejora."

cucion de los plazos cumplidos, á no habérseles concedido espera general (1) ó particular por el Consejo, á quien privativamente corresponde esta facultad con las seguridades acordadas por las leyes.

20. El depositario ó mayordomo, cumplido el tiempo de su oficio, y dentro de tercero dia siguiente, precedida medicion y recuento del grano y dinero, con intervencion de la junta y asistencia del escribano ó fiel de fechos que actúe en los del pósito, hará entrega al sucesor de todo lo que resulte existente de ambas especies, con las escrituras, libros y papeles pertenecientes á él, dando el escribano fe de esta entrega, y firmando la diligencia el nuevo depositario con los individuos de la junta, á cuyo nuevo depositario, en caso de no evacuarse en un solo dia la medida de granos, se le entregará la llave que tenga el diputado, ó se pondrá sobrellave: y concluida esta entrega se dará testimonio al depositario que acabe para que le sirva de recado legítmo de sus cuentas.

21. Luego que esté hecha la entrega de los caudales y efectos existentes en el pósito, el depositario que acaba ordenará su cuenta con asistencia del diputado, y firmada por los dos, la presentarán por ante el escribano ó fiel de fechos á la junta, y vista en esta dará traslado al procurador síndico del comun, para que dentro de tercero dia ponga los reparos que en ella hallare, y diga lo que tenga por conveniente.

22. Evacuado el traslado del procurador síndico, si no se le ofrecieren reparos en dicha cuenta, la aprobará la junta con la calidad de por ahora y sin perjuicio, y proponiendo agravios los sustanciará y determinará conforme á derecho, otorgando las apelaciones ante el juez subdelegado, sin perjuicio de lo que sea ejecutivo; y de proceder, si resultase algun alcance, contra el depositario y demas que sean responsables, sin recurso ni apelacion.

23. Aprobadas las cuentas como queda prevenido, dejando de ellas copia testimoniada en el archivo del pósito, y formando separada pieza de autos para la reintegracion de los alcances

1 Con motivo de haber pedido espera Don Juan Molina y otros vecinos de la villa de Trujillanos, mandó el Consejo en orden de 18 de junio de 1793, que las moratorias concedidas en general á los pueblos ó partidos que hacian constar sus necesidades, no debian extenderse á los individuos de justicia y ayuntamiento de ellos, pues estos deberán solicitarlas en particular en el Consejo en los términos correspondientes, para evitar de este modo los perjuicios que podian resultar de comprenderlos; y es de advertir, que cuando se conceden moratorias, deben entenderse sin perjuicio del pago de las creces pupilares, y con la calidad de que se renueven las obligaciones que siempre llevan consigo el nuevo cargo de erez.

liquidos, se remitirán las originales con los recados de justificacion al corregidor del partido en todo el mes de enero, para que por este medio, y sin dilacion se dirijan á la contaduría general de pósitos, á fin de que por ella se vean y liquiden, y con su informe se tome la providencia conveniente.

24. La junta celará que el trigo repartido á los vecinos no se invierta en otra cosa que en la sementera, ni permitirá que se les embargue por deuda ni obligacion alguna, sea de la clase ó privilegio que fuere, aunque voluntariamente lo quieran entregar, pena de que practicando lo contrario se procederá contra los contraventores y consentidores á la restitucion del trigo, y á sacarles cincuenta ducados de multa á cada uno.

25. Hecha la entrega del trigo del repartimiento, y el pósito cerrado, no se volverá á abrir si no es para reconocer si necesita algun reparo, traspalar los granos, ó ver si tienen riesgo de malearse ó perderse; en cuyo caso tomará la junta la providencia correspondiente á su remedio, practicando de su propia autoridad las obras ó reparos que no excedan de cien reales, y pasando de esta cantidad, dará cuenta al corregidor del partido para que providencie lo que convenga, ó representará á la Superioridad lo que se le ofrezca, y en ambos casos, despachado el libramiento en la forma que adelante se dirá, recogerá los recibos el depositario para el abono de la partida, y de lo contrario no se les admitirá (1).

26. El resto de trigo ó harina que quedare existente despues de los repartimientos se ha de conservar hasta los meses mayores, en los cuales la junta representará al corregidor ó alcalde mayor del partido lo que convenga practicarse; para que bien informado de lo expuesto provea lo conveniente acerca del panadeo ó repartimiento de granos, venta ó renuevo, hasta la cantidad que le pareciere.

27. En el caso de haberse de panadear el trigo del pósito, si hubiere panaderas que lo tomen al precio corriente y justo, se les venderá sentado en los correspondientes libros las fanegas de trigo que se sacan, y las partidas de maravedis que se introduzcan en el arca: y si se lo entregasen al fiado en el pueblo de corta vecindad ó consumo, será solo lo suficiente para el abasto de ocho dias, y con fianzas seguras, y de su cuenta y riesgo interin que los satisfacen, y de otro modo no se les dará.

28. No habiendo panaderos ni panaderas que compren el tri-

1 Corresponde al cap. 32 de dicha instruccion de 1753.

go del pósito, para averiguar los panes que produce, dispondrá la junta se haga uno ó mas ensayos, sacando de la copa, centro y falda del monton las fanegas que tengan por conveniente, y reducidas á pan, formando la cuenta de los que salieren de flor, medianas ó hogazas, y de lo que importare el salvado, como tambien el coste que todo haya tenido, se arreglará de acuerdo con el ayuntamiento el precio del pan, y entregará el trigo al que mas diere por fanega, procurando que no le mezclen con otro, y que el pósito consiga las mayores utilidades que pudiere con respecto al precio corriente que tenga el trigo (1), y lo mismo se ha de hacer en los pósitos que sean de centeno ó de otra semilla, observando en pueblos cortos lo prevenido en el párrafo antecedente en cuanto à saca y asiento en los libros.

29. En los pueblos de crecida vecindad donde se consuma mucho pan, se dará el trigo á los panaderos ó panaderas todos los dias, ó á tercero, que es el tiempo en que el depositario ha de haber recogido y puede tener en su poder el dinero que haya producido el panadeo, y lo ha de entrar en el arca en la forma y modo prevenido (2), pena de que contraviniendo se le castigará conforme á derecho, y á los demas individuos de la junta que no lo solicitaren.

30. Siempre que por no haber otro medio sea preciso que el pósito administre el panadeo de su cuenta, será del cargo del depositario tener un cuaderno separado en donde siente las partidas de trigo que se sacaren, y rebajados gastos, forme la cuenta de su producto líquido en el pan cocido, aechaduras y salvado, la cual ha de tomar y aprobar la junta con asistencia del procurador síndico, y original ha de servir por recado de la cuenta.

31. Cuando se haya de alterar el precio, ya sea subiendo ó bajando el pan del pósito, se hará con acuerdo del ayuntamiento, y ha de empezar á correr el nuevo precio despues que esté consumida la última partida que se dió para el panadeo y no antes.

32. Si consumido el trigo que tenia el pósito en el repartimiento y panadeo (que se ha de regular como va dicho, de modo que consiga alguna utilidad, segun las circunstancias del tiempo y precio corriente) fuese necesario para continuar el panadeo y socorrer al pueblo, comprar con lo que haya producido otro

1 Cap. 6. de dicha ley 9. tit. 5. lib. 7. Rec. ibi: »con el mayor beneficio y aprovechamiento del pósito, que fuere posible."

2 En los artículos 8, 9 y 10 de dicha Real cédula de 2 de julio de 1792.

trigo, se venderá de forma que se saquen la costa y gastos, con beneficio del pósito, y si se repartiese entre los labradores, como se practica en algunas partes, se les venderá al fiado por el mismo precio, coste, costas y beneficio, obligándose con fiador abonado á pagarlo en dinero á la cosecha: y si en este tiempo, porque le sea mas util quisiere pagar en trigo, se le admitirá al precio medio que entonces corra, sobre lo que celará el procurador síndico no haya colusion ni fraude, poniendo supuestos y fingidos precios, con apercibimiento de que se procederá á lo que haya lugar.

33. Habiendo dinero en el pósito acordará la junta con el procurador síndico el tiempo que tenga por mas conveniente para la compra de granos, y si el pueblo fuese de cosecha, y tuviere cuenta hacer en él la compra, la encargará al depositario, diputado, procurador síndico, ó á la persona que le parezca, la cual ha de practicar los contratos con los labradores, sentando en un cuaderno los nombres de los vendedores, las fanegas que comprase y el precio de ellas; y cuando las introduzcan en el pósito, se sentarán y firmarán en el libro de entradas de granos, y del mismo modo en el de salida de maravedis, los que hubieren importado, y por ellas se pagasen.

34. En el caso de que no sea pueblo de granos, ó que tenga mas conveniencia (1) comprarlo fuera, nombrará la junta de su cuenta y riesgo persona de experiencia y confianza que vaya á ejecutarlo á los lugares que señalaren, y la cantidad de maravedis que á este fin se le entregase será por medio de un libramiento firmado de los individuos de la junta y del escribano ó fiel de fechos, del cual tomará la razon el contador donde le hubiere, pena que lo contrario haciendo, será de cuenta y riesgos de los que le acordaren, no se abonará al depositario en sus cuentas, y se procederá contra todos á la exaccion de penas y á lo demas que haya lugar en derecho, dejando ademas el encargado de la compra del trigo del dinero que se le entregare para ella el resguardo correspondiente en el arca, y en él se obligará á hacer bien y fielmente la compra, y dar cuenta con pago del coste del trigo ó centeno y portes, y para que la lleve con la debida formalidad, se le entregará un cuaderno rubricado de los individuos de la junta con el escribano ó fiel de fechos: en que ha de sentar partida por partida la compra, á quien la hizo; de

1 Siempre se ha de procurar que el pósito consiga en sus compras de granos las mayores utilidades posibles, con respecto al precio corriente.

dónde es vecino, en qué dia, á qué precio y qué cantidad de fanegas, como tambien las contratas de carreteros y arrieros que se obligaren á las conducciones, y en qué precios, y si no practicare dicha compra por algun inconveniente que acaezca, volverá al arca inmediatamente el dinero que se le hubiese entregado, por cuyo trabajo se le señalará la competente remuneracion.

35. En consideracion á la fatiga que tendrán los individuos de la junta y los escribanos y fieles de fechos en la *cobranza y reintegro* de los pósitos, se les remunerará con el uno por ciento que se les signó por Real orden de 1.° de mayo de 1790 sobre las cantidades de granos y dinero que efectivamente entraren en sus paneras y arcas en lugar del señalamiento que les estuvo hecho en lo antiguo, sin perjuicio de librarles las gratificaciones à que se hiciesen acreedores por la buena administracion que acrediten las cuentas anuales. El importe á que ascienda este uno por ciento se distribuirá en siete partes, en esta forma, una al juez, otra al diputado, otra al procurador síndico, dos al depositario, y otras dos al escribano ó fiel de fechos, y todos darán recibo expresivo de las porciones que les hubiere tocado, para que acompañándolo à las cuentas sirva de justificacion y abono legítimo con declaracion expresa de que para el goce de esta asignacion, y de las dotaciones hechas en algunes pósitos à sus interventores y escribanos, ha de verificarse su personal asistencia à todas las entradas y salidas de granos y dinero, sin la cual no deben percibirlas; como tampoco los que tienen dotacion, aquella parte que les tocaria, si no la tuviesen, la cual quedará à beneficio de los pósitos (1).

36. Al medidor por las fanegas que mida de entrada y sali-

1 Formado expediente á representacion del corregidor de Ubeda sobre la duda que se le ofreció acerca de los derechos que deban exigirse por las aprobaciones de repartimientos de granos y testimonios de reintegraciones de pósitos, se sirvió el Consejo acordar, en orden de 1.° de diciembre de 1797, que se continuase en la observancia del capítulo 70 de la antigua instruccion de 1753, segun se practicaba en todo el reino, cuyo tenor es el siguiente. » Por cuanto ha habido muchos excesos en los derechos que han llevado los corregidores, alcaldes mayores y escribanos de las capitales por las licencias que han dado á los pueblos para el repartimiento de los pósitos: ordeno que en los que se componen de una fanega hasta ciento, lleven por la licencia ó licencias que se concedieren, tres reales de vellon, y no mas dos por recibir la cuenta, y uno por el testimonio de la reintegracion; y la misma cantidad llevará el escribano: por los que tengan de fondo desde ciento hasta doscientos noventa y nueve, llevarán cuatro reales y medio por la licencia ó licencias que se concedieren para repartir, y tres por recibir las cuentas y testimonios de reintegraciones; y en los que pasen de trecientas fanegas, han de llevar tres reales por cada licencia, uno por el testimonio de reintegracion, y cinco por la cuenta."

da, se le pagará el jornal que se acostumbra dar à un bracero cada dia de los que se ocupare en la medicion de granos de los mismos pósitos, del caudal de estos, dando recibo para acompañarlo à las cuentas, como está prevenido en la citada Real orden de 1.° de mayo de 1790.

37. Como para satisfacer estas asignaciones no tienen los pósitos de fondo fijo mas que el aumento que general y naturalmente (1) produce el grano en las paneras por el efecto del cuidado de los interventores en hacer traspalarlo à los tiempos oportunos, contribuirán los labradores y pegujareros con un cuartillo de celimin por cada fanega que sacaren, sin embargo de que cuando se fijaron se les dispensó de creces, por ser este el único medio de asegurar que los fondos se mantengan sin menoscabo de aquel número de fanegas en que quedaron, como se mandó en dicha Real orden de 1.° de mayo de 1790 (2).

38. Para la satisfaccion de los sueldos de subdelegacion y su juzgado, direccion, contaduría general y demas gastos que se ocasionan en el gobierno de los pósitos, se les exigió hasta fin de diciembre de 1789 solo un maravedí por fanega, y por no haber sido suficiente su producto á cubrir dichos sueldos y gastos por el aumento que se hizo de oficiales, se mandó por Real orden de 4 de enero de 1791, que todos los pósitos, de fondo de trescientas fanegas arriba, contribuyesen desde 1.° de enero de 1790 en adelante con dos maravedis por cada una, y por cada veinte reales del dinero que tuviesen los pósitos, uno y otro por ahora, cuya exaccion se mandó continuar por el presente reglamento (3); debiendo remitirse en cada año el importe de su

1 Por el auto acordado de 22 de mayo de 1610, que es el primero, tit. 25. lib. 9. Rec. (nota 4. tit. 20. lib. 7. Nov. Rec.) está declarado, que de las creces naturales del trigo se deben hacer cargo al mayordomo del pósito; y aunque este auto habla del pósito de Madrid, es extensiva su disposicion á todos los del reino, segun el actual reglamento y el capítulo 10 de la instruccion de 30 de mayo de 1753, ibi: »Las creces naturales que sin duda produce el trigo traspalándolo en tiempo oportuno, como lo tiene acreditado la experiencia." De suerte, que no hay duda que el trigo en las paneras tiene creces, por efecto del cuidado de los interventores; y asi resulta de muchas cuentas de pósitos que he visto; y lo reconoce tambien la Real Academia española, en su Diccionario de la lengua castellana, pag. 271, ibi: »Creces.... el aumento que adquiere el trigo en la troje, traspalándole de una parte á otra." (*Circular de 24 de noviembre de 1801, num. 12. §. 3. ibi:* y aun naturales que produce el trigo.)

2 Este párrafo y los dos anteriores son en todo conforme á la Real orden que se cita de 1.° de mayo de 1790.

3 Sin perjuicio de esto mandó el Consejo en orden de 24 de abril de 1798, que de todos los pósitos del reino sin distincion, y por una vez, se exigiesen diez y siete maravedis por cada fanega de trigo, y otros diez y siete por cada veinte reales de los fondos que resultasen por la última cuenta que hubiesen formado, con calidad de reintegro, y un tres por ciento de interes mientras se verificaba de los productos

total contingente á la capital, à disposicion del corregidor ó alcalde mayor del partido, que tendrá el cuidado de remitirlo ó librarlo à las órdenes del director ó contador general de pósitos, para que dispongan su cobranza y entrega al tesorero de pósitos en la Corte, bajo las formalidades y reglas que se observan en el dia, y dicho corregidor, visto el fondo que por las cuentas resulta tener el pósito, siendo conforme y arreglado, dará su recibo à la persona que lo entregare.

39. Los gastos expresados en los párrafos antecedentes se han de pagar del caudal del pósito, y para ello si no se hallase dinero en el arca, se venderán en los meses mayores las fanegas de grano equivalentes al precio mayor que se pueda (1).

40. Como los pósitos de Madrid, Valencia, Málaga, Cartagena, Montepio de Sevilla, y otros de esta clase se gobiernan segun los paises por distintas reglas, porque su principal destino ha sido y es el de la compra y venta de granos para abastecer al pueblo, precaver los repentinos accidentes y contener su precio cuando toman aumento, teniendo contaduría formal é intervencion, se mandó en el mismo reglamento que continuasen por ahora sin novedad en el manejo y gobierno de dichos pósitos, bajo las ordenanzas que tuvieren, y tomando de esta instruccion lo que pudiere conducir.

41. Para evitar las extorsiones y perjuicios de que se han quejado algunos deudores à los pósitos, de los procedimientos de las justicias para la cobranza de los descubiertos que no pudieron pagar al tiempo de la cosecha, no se apremiará ni despacharán ejecuciones sobre reintegros de los pósitos en los meses de abril, mayo y siguientes hasta la cosecha ó recoleccion de frutos del agosto, exceptúando únicamente los segundos contribuyentes, y alguno otro que no siendo labrador se considere que puede pagar, y deja de hacerlo por algunas particulares circunstancias; pero aun en estos casos y contra estos segundos con-

que habian de rendir los arbitrios establecidos en la Corte para su satisfaccion, y se dió facultad à las juntas de pósitos para que no teniendo en arcas dinero existente vendiesen el grano necesario à cubrir su cuota parte.

1 Debe advertirse que por estas ventas de granos y otras semejantes que hacen los pósitos para los fines de su instituto y cumplimiento de sus respectivas obligaciones, no deben los administradores de rentas Reales exigir los diez y seis maravedís por cada fanega que cita la instruccion que se les dió con fecha de 21 de setiembre de 1785. *Real orden de 10 de octubre de 1787.* Y asi tambien lo ha declarado el Consejo en auto de 11 de febrero de 1801, con motivo de la venta de granos acordada por la junta del pósito de la villa del Carpio para satisfacer la cuota del cuartillo de real, impuesta por la circular de 26 de setiembre de 1800, y suplir entre otros gastos los de administracion del mismo pósito.

tribuyentes y demas exceptuados no se ha de despachar ejecucion en dichos meses sin formar expediente, dar cuenta al Consejo y esperar su resolucion.

42. El escribano ó fiel de fechos de la comision de pósitos de cada pueblo cuidará de tener bien custodiados y reunidos la instruccion, órdenes y demas documentos correspondientes al pósito para mejor gobierno y despacho de estos asuntos, y en cada una de las cuentas pondrá indefectiblemente la nota de las licencias que se hayan concedido à su pueblo para el repartimiento, panadeo ó renuevo de sus granos, á fin de que con esta formalidad no se ofrezca reparo en lo que justamente se haya pagado.

43. Los corregidores ó alcaldes mayores deberán observar con gran vigilancia los abusos que advirtiesen en los pósitos, y las providencias que estimen oportunas para su remedio dando cuenta à la Superioridad. Sin perjuicio de esto al finalizar su tiempo formarán una relacion separada de la que se les encarga en el capítulo 6.° de la instruccion de Escala de corregidores (1) respecto à los demas ramos de su manejo, expresando en cuanto al de pósitos quedar cumplidas las obligaciones por los pueblos de su partido, con la entrega de cuentas hasta aquel tiempo, las providencias que se han tomado á propuesta suya, y los medios que con la experiencia se les hayan ofrecido para adelantar y mejorar la direccion, gobierno y administracion de los pósitos con utilidad de los labradores y demas vecinos de los pueblos; cuya relacion dejarán cerrada y sellada al que quedare regentando la jurisdiccion para que la entregue al sucesor, ó la harán directamente à este si llegase antes que se retire el cumplido, recogiendo en uno y otro caso el recibo correspondiente, y presentando en la Cámara testimonio que lo acredite; sin cuyo requisito no podrán ser promovidos, ni admitirseles pretension para ello, y ademas se les hará cargo en la residencia de cualquiera omision ó negligencia que hubiesen tenido en este asunto.

44. Posteriormente á dicha Real cédula de 2 de julio de 1792 se han expedido otras resoluciones de su Magestad sobre asuntos relativos à pósitos, que apuntaremos brevemente.=Por Real decreto de 17 de marzo de 1799 se mandó exigir para atender á las urgencias del Real erario el veinte por ciento ó la

1 Cap. 6 de la Real cédula de 21 de abril de 1783; cap. 73 de la Real cédula de 15 de mayo de 1788, en que se inserta la instruccion de lo que deben observar los corregidores y alcaldes mayores del reino.

quinta parte del fondo de los pósitos del reino. = A consulta del Consejo pleno de Castilla de 12 de setiembre de 1800 se sirvió el Rey mandar que se exigiese y cobrase anualmente un cuartillo de real por cada fanega de grano y peso fuerte que tuviesen de fondo todos los pósitos Reales, y de particular fundacion que hay en el reino, destinando su producto al fondo de consolidacion de vales y cajas de extincion y descuento; y al mismo tiempo resolvió su Magestad, que para reponer los pósitos paulatinamente de las sumas sacadas de sus fondos en distintos tiempos para las urgencias del Estado y otros objetos de utilidad pública, se aumentase en todos ellos un cuartillo de celemin por fanega à la crez que à la sazon pagaban los sacadores, y un uno por ciento en los repartimientos de dinero. = Por Real cédula de 11 de abril de 1814 se mandó lo siguiente: »1.° Que de todas las deudas escrituradas y pendientes à favor de los pósitos desde el año de 1807 hasta el agosto de 1814, cuyas creces no se hubiesen reintegrado, se exija y cobre solamente la crez correspondiente à un año, regulando el importe de ella conforme à las órdenes que regian en el año de 1808. 2.° Que desde el agosto de 1814 en adelante solo se exija la crez de medio celemin por fanega de grano y el rédito de un tres por ciento en el dinero, para que con su producto puedan los pósitos atender á sus gastos y à la reposicion de sus quebrantos, y asimismo al pago del cuartillo de real en cada fanega de grano y peso fuerte, impuesto à favor de la caja de consolidacion de vales en Real resolucion, á consulta del mi Consejo de 12 de setiembre de 1800, comunicada en circular de 26 del mismo mes; quedando condenado á los pósitos el pago de lo que por razon de dicho cuartillo de real en fanega y peso fuerte hayan dejado de satisfacer en estos seis últimos años al ramo de consolidacion. 3.° Que por el contingente devengado desde 1808, solo se exija el de un año respectivo à los fondos que resulten en la cuenta que los pueblos deben formar y remitir hasta fin de diciembre de 1813, como está mandado en la circular de 30 de agosto último. 4.° Que las cantidades de granos y dinero que los pueblos y ayuntamientos hubiesen sacado de los pósitos para raciones y suministros à las tropas, se reintegren á ellos con la brevedad que exige el fomento de la agricultura à que se dirigen estos fondos, para cuyo fin propongan los ayuntamientos los medios que estimen mas suaves, prontos y equitativos, con expresion de las partidas extraidas para los referidos suministros, y que se estuviesen

debiendo à los pósitos de sus respectivos pueblos."=En Real orden de 1.° de junio de 1816 tuvo à bien el Rey mandar, que mientras no se designen por su Magestad expresa y terminantemente los fondos de pósitos, no se hagan las órdenes extensivas á ellos, ni se incluyan en los caudales públicos aplicados á la subsistencia de las tropas.=Ultimamente en otra Real orden de 24 de noviembre de 1817 mandó su Magestad lo siguiente: »El Rey nuestro Señor, teniendo presente la naturaleza de los pósitos del reino, su procedencia y objeto de conservacion y bien comun, semejante en todo al de los montes de piedad, se ha servido resolver, à consulta del Consejo Real y supremo, que no esten sujetos por ahora à la contribucion general; pero sí à presentar las noticias de sus fondos cuando se forme la estadística del reino."

CAPITULO CUARTO.

Del dominio y de los modos de adquirirle.

§. 1. ¿Que cosa es dominio, y de cuantas especies?
2. ¿Por cuantos modos se adquiere el dominio?
3. ¿Como se adquiere por ocupacion?
4. ¿Como se adquiere por invencion ó hallazgo?
5. Los mostrencos deben aplazarse por edictos, y si no parece el dueño, se aplican á obras públicas.
6. El tesoro que se encuentra pertenece al Rey, á excepcion de su cuarta parte que es para el denunciador.
7. ¿Como se adquiere el dominio por agregacion?
8. ¿Como se entiende la agregacion industrial?
9. ¿Que reglas se han de observar respecto de la formacion de una nueva especie con materia agena?
10. ¿Que disponen las leyes sobre la mezcla de materiales propios y agenos?
11. La entrega de las cosas es de tres maneras, corporal, ficticia y simbólica.
12. ¿Cuales modos de adquirir se llaman originarios, y cuales derivativos?
13. ¿Que cosa es prescripcion, y por qué se introdujo?
14. Circunstancias que se requieren para que tenga lugar.
15. El título debe ser verdadero.
16. ¿En que consiste la buena fe?
17. ¿Que es posesion, y de cuantas maneras?
18. De la posesion continua y no interrumpida.
19. ¿Quienes pueden adquirir posesion?
20. La posesion se pierde de dos modos.
21. Para prescribirse una cosa ¿que tiempo ha de poseerse?
22. La doctrina anterior se entiende de la prescripcion del dominio.
23. ¿En que términos se prescriben las acciones?
24. El tiempo necesario para la prescripcion de las acciones no es uno mismo para todas ellas.
25. Acciones que se prescriben en término de tres años.
26. De las cosas que no se prescriben por imposibilidad legal anexa á las mismas.
27. De las personas contra quienes no corre la prescripcion.

1. Se llama dominio *el derecho que el hombre tiene de disponer de una cosa y percibir las utilidades que produzca, segun su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador ó algun convenio.* Dividese en directo y util, porque pue-

den muy bien estar separadas estas dos especies de dominio y pertenecer á distintas personas. El *directo* consiste en poder disponer de la cosa, y el *util* en el derecho á utilizarse de su producto.

2. El dominio se adquiere de varios modos, que tienen su origen, unos en el derecho de gentes, y otros en el civil. Los primeros se reducen á cuatro, que son: *la ocupacion, la invencion* ó hallazgo, *la accesion* ó agregacion y *la tradicion* ó entrega. Los segundos son: *la prescripcion, la herencia, la donacion* y demas contratos por los que nos hacemos dueños de las cosas agenas.

3. Por *ocupacion* se entiende *la aprension que hacemos de las cosas materiales que no son de otro, con ánimo de retenerlas.* Asi es que cada uno hace suyo lo que caza, ó pesca; pero no los animales domésticos ó domesticados, como perros, gallinas, pavos, abejas encerradas en colmenas &c., porque ya tienen dueño. Sin embargo, la libertad de cazar y pescar está limitada en España por Real cédula de 16 de enero de 1772 (1), en la cual se prohibe generalmente el cazar desde 1.° de marzo hasta el 1.° de agosto, y todos los meses del año en los dias llamados de fortuna ó de nieve. Solo se exceptúan los dueños de sitios vedados ò sus arrendadores, quienes pueden cazar conejos en ellos desde el dia de San Juan Bautista hasta 1.° de marzo. Se prohibe tambien el uso de galgos en el expresado tiempo de veda, extendiéndose esta prohibicion à los viñedos hasta hallarse cogido el fruto. Tambien está vedado en todo tiempo el cazar con perdices de reclamo, lazos, perchas, orzuelos, hurones, redes y demas artificios que descastan la caza; bien que las redes se permiten en la caza de codornices y otras aves de paso, aun en tiempo de veda. La pesca en aguas dulces se prohibe asimismo desde 1.° de marzo hasta fin de junio con cualquier instrumento que no sea la caña.

4. Por *invencion* ó hallazgo se adquiere el dominio de las cosas que se encuentran casualmente sin dueño conocido, ó que se hallan desamparadas por este con ánimo de no volver á poseerlas (2). Esta última circunstancia es absolutamente precisa para adquirir el dominio; y asi no tiene lugar la adquisicion en las cosas muebles que se arrojan al mar por miedo ó peligro de naufragio (3), ni en las heredades ò casas que el dueño deja des-

1 Nota 5. tit. 30. lib. 7. Nov. Rec.
2 Ley 5. tit. 28. Part. 3.
3 §. 47. *de rer. div.*

amparadas sin atreverse à ocuparlas por temor de ladrones ó enemigos (1).

5. Respecto de los bienes llamados *mostrencos*, que son las fincas que se hallan perdidas sin saberse quién es su dueño, deben pregonarse por espacio de catorce meses, para que llegando à noticia del que lo fuere, las pueda reclamar, y si pasado este tiempo no pareciere, se procede à su venta y se aplica su producto á la construccion y conservacion de caminos, segun Real decreto de 27 de noviembre de 1785 (2).

6. La adquisicion de un tesoro, esto es, de dinero escondido que no se sabe à quién pertenece, es propia del Rey, dándose la cuarta parte al inventor ó denunciador (3). Tambien tocan al Rey las minas de oro, plata ú otro metal, y las salinas, reservándose á los descubridores cierta parte, segun la diversidad de circunstancias, como puede verse en la ley 1.ª y siguientes del tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

7. Dominio por *agregacion* es el derecho que se adquiere al aumento que recibe una cosa nuestra, y se divide en natural é industrial. Natural es la agregacion que se verifica por obra de la naturaleza por si sola; industrial, la que procede de la industria del hombre. A la primera clase pertenecen: 1.º los partos de los animales, y son de aquel de quien fueren las hembras (4). 2.º El acrecimiento paulatino que causan los rios en las heredades que estan á sus orillas, y se llama derecho de aluvion; mas no el que procede de una avenida repentina, arrancando árboles ó parte del terreno de alguna finca agena, pues esto pertenece al dueño de esta, y no al de la heredad á que quedó adherida (5), á menos que tardase tanto tiempo en reclamarlo, que la incorporacion fuese constante y perfecta. En este caso la parte agregada es del dueño de la heredad, con obligacion de dar al otro, à juicio de peritos, el importe del menoscabo que sufriesen (6). 3.º Las islas que de nuevo aparecen en un rio, las cuales son de la heredad frontera en la orilla de donde está mas próxima la tal isla; partiéndose entre los dueños de las fincas que hacen frente en una y otra orilla, en caso de que esté á igual distancia de ellas (7). Tambien acrece al dueño del campo vecino el terreno que deja un rio cuando mu-

1 Leyes 49 y 50. tit. 28. Part. 3.
2 Ley 6. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.
3 Ley 3. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.
4 §. Inst. *de rer. div.*, 19. ley 25. tit. 28. Part. 3.
5 Ley 26 tit. 28. Part. 3.
6 Greg. Lop. en dicha ley 26. glos. 6 y 7.
7 Ley 27. tit. 28. Part. 3.

da de madre, sin que tenga derecho à ninguna reclamacion el de las heredades, que por este accidente ocupa de nuevo el rio, pues las pierde sin remedio, á excepcion del caso en que la entrada del rio en ellas sea efecto de una inundacion pasagera (1). El arbol pertenece siempre al dueño del campo en que nace.

8. La agregacion industrial consiste en la union ó adherencia de una cosa agena á la propia; v. gr. un pie á una estatua del mismo metal, la escritura al papel, la tabla ó lienzo á una pintura, el edificio al suelo. El que unió la cosa propia á la agena, si lo hizo de mala fe, pierde lo que era suyo, y si de buena, tiene derecho al valor de lo agregado. Pero se previene, que en este particular hay casos y circunstancias muy diversas á que atender, y que segun fueren, inducen diferente derecho: por ejemplo, el que edifica en terreno propio con materiales agenos, debe devolver al dueño de estos el duplo de su valor. Por tanto deben verse las leyes que se citan (2).

9. Tambien corresponde á la agregacion industrial la formacion de una nueva especie con materia agena; v. gr. si de las uvas se hiciese vino; de la plata un vaso &c. Si formada la especie no pueden reducirse á su primitivo estado las cosas de que se construyó, serán del que la hizo con buena fe, pagando el valor de la materia á su dueño. Si fuese posible reducir la referida materia á su primer estado, debe restituirse á su antiguo dueño, quien ha de satisfacer los gastos ocasionados en formar la nueva especie; pero si en esto se procedió de mala fe, perderá el que lo hizo la obra y los gastos (3).

10. La última especie de agregacion industrial es la mezcla de materias de una misma especie ó de distintas, sobre lo cual disponen nuestras leyes lo siguiente: el que mezcla de intento lo propio con lo ageno, nunca hace suyo esto último, aunque proceda de buena fe. Si por casualidad ó voluntad de sus respectivos dueños se mezclaren las cosas, serán comunes pudiendo aquellas desunirse, pero no siendo acto posible, cada uno conservará el dominio en su parte (4).

11. La *tradicion* ó entrega de las cosas es de tres maneras: *corporal*, *ficticia* y *simbólica*. La *corporal* es cuando se entrega realmente la cosa en manos del que la compra ó adquiere por otro título. La *ficticia* cuando no interviene entrega real y

1 Ley 31. tit. 28. Part. 3.
2 Leyes 16. tit. 2. y 38. tit. 28. Part. 3.
3 Ley 23 tit. 2. Part. 3.
4 Ley 31. tit. 28. Part 3.

verdadera en el acto de trasladar el dominio, como sucede, por ejemplo, cuando uno enagena la cosa que tiene prestada à otro. La *simbólica* es cuando se entrega una cosa en señal de otra, cuyo dominio se quiere transferir; v. gr. si se dan las llaves del granero en que está encerrado el trigo que se vende.

12. Se advierte que de los cuatro modos de adquirir, de que hemos hablado, los tres primeros se llaman *originarios*, porque por ellos entra en el dominio de alguno lo que no tenia dueño ó habia dejado de tenerlo. El cuarto se dice *derivativo* por cuanto por él se transfiere el dominio de un dueño à otro.

13. De los modos de adquirirlo por derecho civil, el primero es la *prescripcion ó el derecho que nace de la posesion no interrumpida de una cosa por el tiempo que las leyes prefijan*: ó mas propiamente es una excepcion perentoria, por la cual el poseedor de buena fe puede repeler despues del tiempo prevenido por derecho al que pretende el dominio de la alhaja que dice ser suya y de que está mucho tiempo desposeido (1). Introdújose la prescripcion: lo primero, por el bien público, à fin de que el dominio de las cosas no estuviese mucho tiempo ó casi siempre incierto (2); lo segundo, para evitar los innumerables y perpetuos litigios que de lo contrario se podian originar (3); lo tercero, para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarian lo que de buena fe disfrutaban (4); y lo cuarto, para castigar la desidia de los que sean morosos en recuperar sus bienes (5); por lo que deben imputarse à sí mismos la pérdida de ellos (6). Pero es de advertir que donde está prohibida la enagenacion lo está tambien la prescripcion ó tolerancia, que es enagenacion tácita, y se comprende en el nombre general de enagenacion (7).

14. Para que tenga lugar este modo de adquirir el dominio, son necesarias las circunstancias siguientes. 1.ª Título de adquisicion, es decir, que se tenga la cosa por compra, donacion, herencia ú otro contrato de los que transfieren dominio. 2.ª Buena fe. 3.ª Posesion continuada. 4.ª Tiempo prescripto por la ley. 5.ª Capacidad del que prescribe y de la cosa prescripta, es decir,

1 Todo el tit. 26 *de præscription. decretal.* el tit. 6 Instit. *de usucap et longi temporis præscription.* y el tit. ff. 1. *de usurpation et usucap.*

2 Ley *Bono public.* 1. ff. *de usurpat.*

3 Ley *Usucap.* 5. ff. *pro suo.*

4 Ley *Cum notissimi.* Cod. *de præscript.* 30 *vel* 40 *annor.*

5 Ley *Ut perfectius.* 2. ff. *de annali exception.* cap. *vigilanti de præscript.*

6 Ley *Quod quis.* ff. *de reg. jur.*

7 Ley *Alienationis.* 28. ff. *de verborum signification.*

que el poseedor no tenga impedimento para prescribir, ni aquella para ser objeto de la prescripcion (1).

15. El título ha de ser verdadero, y así el que tenga una cosa creyéndola suya por estar persuadido que se la dieron, no podrá obtener prescripcion de ella, à menos que esta creencia provenga de hecho ageno que no le es imputable; v. gr. si hubiese dado orden à su agente ó procurador para comprarla, y este la entregare suponiendo haberla comprado, pues en este caso tiene lugar la prescripcion (2).

16. La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa que es dueño de ella por haberla adquirido legalmente. Así no tendrá buena fe el que comprare una cosa, advirtiéndole el dueño de ella que no era del vendedor; ni el que compra algo perteneciente à huérfano, loco ó procurador de otro, sobornándolos con engaño. Por las leyes romanas bastaba al poseedor la buena fe al tiempo de adquirir la cosa, excepto el caso de compra en que era tambien precisa al tiempo de contratar, doctrina que se adoptó en la de Partida (3); pero nuestros mas celebres jurisconsultos son de opinion que en este particular se debe seguir en España el derecho canónico, por el cual está establecido que la buena fe debe durar hasta el complemento de la prescripcion (4), apoyándose tambien en una ley del reino, cuyo espíritu encuentran conforme con la indicada doctrina (5).

17. La posesion se llama la *tenencia derecha que ome há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento* (6); es decir, el poderio legal que el hombre tiene en las cosas habidas corporalmente ó con la voluntad. Es de dos maneras, una natural y otra civil ó por otorgamiento de derecho. La natural es cuando se tiene la cosa corporalmente, como una casa, un relox &c. La civil es cuando no corporalmente sino con la voluntad se tiene la cosa; v. gr. si uno sale de su casa ó heredad con ánimo de no desampararla (7). Las cosas incorpóreas se poseen por el uso de las mismas y la tolerancia de sus dueños; de esta clase son los derechos, las servidumbres &c.

18. La posesion, como se ha dicho, debe ser *continuada* (8); es à saber, que no se haya interrumpido, ora sea naturalmente perdiéndola el que la tenia, ora civilmente que es cuando alguno emplaza ó pone demanda al poseedor sobre dicha cosa.

1 Leyes 6 y 7. 9 y 18. tit. 29. Part. 3.
2 Leyes 14 y 15. tit. 29. Part. 3.
3 Ley 2. tit 29. Part 3.
4 Cap. uit. extra *de præscriptione*.
5 Ley 2. tit. 8 lib. 11. Nov. Rec.
6 Ley 1. tit. 30. Part. 3.
7 Ley 2. ibid.
8 Ley 9. tit. 29. Part. 3.

Por cualquiera de estos dos modos queda cortada la prescripcion, y debe empezar de nuevo (1). Mas por la muerte del poseedor ni por la enagenacion de la cosa no se interrumpe la posesion en el nuevo dueño, si en él subsiste la buena fe (2).

19. Es capaz de adquirir posesion todo hombre de sano juicio, no solo por su persona sino por medio de otro que tenga su poder, si en él se reunen los dos requisitos necesarios, que son voluntad ó intencion de adquirirla y acto corporal de ocupacion, ó por lo menos presunto en los términos que se dijo hablando de la tradicion simbólica; esto es, por medio de un signo que acredite la posesion (3). Por lo mismo no pueden ganarla por sí los arrendadores, comodatarios, depositarios y otros semejantes que tienen la cosa en nombre ageno(4), ni los que entran por fuerza en la cosa ó la roban, porque su tenencia no es legal (5).

20. La posesion se pierde de dos modos. 1.° Siempre que la cosa se reduzca á tal estado que no pueda tenerse corporalmente ni con la voluntad. 2.° En los bienes raices ó fincas se pierde si el poseedor es arrojado de ellas por fuerza, ó si no estando presente se las usurpa otro, y le impide la entrada, ó bien si viendo que se apoderan de sus bienes, lo consiente no impidiendo tal usurpacion. Pero aunque en estos casos se pierda la posesion, no el dominio; y asi puede demandar el despojado á quien tenga sus bienes (6), pues para ello estan en uso los juicios sumarios de momentánea posesion, llamados asi por la brevedad con que en ellos se decide; y fueron introducidos para evitar las discordias que se originaban sobre quién habia de poseer. Estos juicios, llamados interdictos, se explicarán en su lugar oportuno.

21. El tiempo que es menester poseer una cosa para prescribirla es el de tres años si fuere mueble, y el de diez si fuere inmueble ó raiz, y el dueño contra quien corre la prescripcion está en la misma provincia; mas si está fuera de ella, se necesitan veinte (7). Tambien se prescribe por posesion inmemorial, la cual se prueba por medio de testigos de buena fama, que deponen haber visto poseer la cosa por espacio de cuarenta años, y que lo oyeron á sus mayores, sin que nunca viesen ni oyesen

1 Leyes 29. tit. 29. Part. 3. y 6. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 16. tit. 29. Part. 3.
3 Leyes 6, 7, 8 y 9. tit. 30. Part. 3.
4 Leyes 22. tit. 29. y 5. tit. 30. Part. 3.
5 Ley 10 tit. 30. Part. 3.
6 Leyes 19. tit. 28. y 14 y 17. tit. 30. Part. 3.
7 Leyes 9 y 18 tit. 29. Part. 3.

cosa en contrario. Por esta posesion se adquiere el señorío de ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion, aunque no la suprema que corresponde al Rey, ni los tributos (1).

22. El tiempo referido basta para la prescripcion de la cosa, y por él se adquiere su dominio; mas para ganar la posesion es suficiente un año y un dia; de modo, que si á este tiempo se agrega título y buena fe en faz y paz de quien la demanda, no está obligado el poseedor á responder sobre la posesion (2).

23. Aunque en el lenguage adoptado generalmente se dice que se prescriben las acciones ó el derecho que alguno tiene para demandarnos, conviene advertir que el efecto de esta prescripcion es enteramente opuesto á la idea que parece expresarse; pues lejos de adquirirse ninguna especie de dominio por semejante prescripcion, queda la accion extinguida y sin fuerza alguna, resultando una excepcion al que prescribe.

24. No todas las acciones se prescriben por igual espacio de tiempo. Asi el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por diez años: la accion personal y la sentencia ejecutoriada dada sobre ella por veinte años. Si acompañare hipoteca á la obligacion, ó esta fuese mixta de personal y real, se necesitan treinta años para prescribir la deuda. Esta es la disposicion terminante de la ley 5. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec., la cual ni otra alguna de este código hablan de la prescripcion de la accion meramente real, y por tanto debemos atenernos á la ley 21. tit. 29. de la Part. 3., en la cual se prefijó el término de treinta años para prescribir la accion real.

25. Prescribense en tres años las acciones siguientes. 1.ª La que corresponde á cualquiera que haya servido á otro para cobrar su estipendio ó salario. 2.ª La que compete á los boticarios, confiteros, joyeros y otros tales por el importe de sus géneros y hechuras. 3.ª La que tienen los letrados, procuradores y agentes para pedir sus salarios (3). El modo de contarse estos tres años se entiende, de los sirvientes, desde el dia en que fueron despedidos, y de los demas, de aquel en que percibieron los servicios ó efectos, advirtiéndose que para impedir esta prescripcion basta cualquiera peticion de la deuda, aunque sea extrajudicial (4) (*).

1 Leyes 4, 6 y 9. tit. 29. Part. 3. y 1. tit. 7. lib 5. Rec.
2 Ley 6. tit. 8. Part. 3.
3 Leyes 9 y 10. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.
4 Ley 10. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

* Se ha hablado aqui ligeramente de la prescripcion en materia de acciones, reservando para cuando se trate de estas, de las excepciones y de los juicios, la correspondiente doctrina que se explicará con la debida extension.

26. Las cosas que no pueden ser prescriptas por incapacidad legal de serlo, son primeramente las que se llaman de derecho divino; esto es, las sagradas, religiosas ó santas, y el hombre libre (1). Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de los pueblos que estan destinados al uso comun de sus vecinos (2). Las cosas forzadas ó robadas (3): las de los menores de veinte y cinco años: las de los hijos que estan bajo la patria potestad: y las dotales (4); á menos que á pesar de ser el marido pródigo callase la muger, sin pedirle la restitucion de su dote.

27. No corre la prescripcion contra los hijos de familia, mientras estan bajo del dominio paterno, excepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle á que se la dé. Ni contra la muger casada para recuperar su dote y arras, excepto que sabiendo se la disipa su marido, sea morosa en usar de su derecho; pero sí por sus bienes parafernales, pues para pedirlos puede hacer que el juez apremie á su marido á que la dé licencia (5). Ni contra los menores de veinte y cinco años, mientras lo son, á menos que sean sucesores de alguno mayor, contra el cual haya empezado á correr, bien que pueden ser restituidos, pidiendo restitucion dentro de los cuatro años siguientes al dia en que acabó la menor edad. Lo propio milita para con el Rey ó concejos y comunidades, pretendiéndola dentro de los cuatro siguientes á su cumplimiento (6); y para con el ocupado en servicio del Rey ó concejo, ó en escuelas, cautiverio, ó en otra cosa semejante, pues ha de ser restituido del tiempo de esta prescripcion, pidiendo la restitucion dentro de los cuatro años despues que cesó su ocupacion, y su heredero dentro de los cuatro siguientes al dia en que supo haber fallecido (7) (*).

1 Ley 6. tit. 29. Part. 3.
2 Ley 7. ibid.
3 Ley 4. ibid.
4 Ley 8. tit. 29. Part. 3.
5 Ley 3. glos. 5. tit. 29. Part. 3. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 8. num. 8. Paz, tom. 1. part. 1. temp. 2. num. 32.
6 Ley 9. tit. 19. Part. 6. Covarr. *in regul. possessor.* part. 3. §. 3. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 12. num. 3 y 7.
7 Ley 7. tit. 29. Part. 3. y ley 10. tit. 19. Part. 6.
* Véase lo que se dijo acerca de la *restitucion in integr.* en el cap. 1. tit. 1. del lib. 1. desde el §. 6 al 12 inclusive.

CAPITULO QUINTO.

De las servidumbres.

§. 1. Division de las servidumbres en reales y personales, y definicion de cada una de estas especies.
2. Subdivision en rústicas y urbanas.
3. De las urbanas.
4. De las rústicas.
5. Especies de servidumbre personal.
6. Del usufructo.
7. En qué cosas puede constituirse.
8. Diferencias entre el usufructo y el uso.
9. Obligaciones peculiares del usufructuario.
10. Del derecho de habitacion.
11. ¿Quien puede imponerse servidumbre?
12. La servidumbre es una calidad inherente á la cosa en que está constituida, y es indivisible de su naturaleza.
13. ¿En que cosas no puede constituirse servidumbre?
14. ¿De cuantos modos pueden constituirse las servidumbres?
15. De los modos de acabarse ó extinguirse las mismas.
16 y 17. Continuacion de lo mismo.

1. Ademas del dominio suele tener el hombre ciertos derechos parecidos á aquel en las cosas agenas: de esta clase son las *servidumbres*, ya reales y ya personales. Servidumbre real es el derecho y uso que tiene el hombre en los edificios ó heredades agenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas (1). Servidumbre personal es el derecho ó uso que uno tiene en la cosa agena para utilidad de su persona, y no precisamente á favor de la finca ó heredad (2).

2. Las servidumbres reales se subdividen en urbanas y rústicas. Urbana es la que se debe ó está constituida en utilidad de los edificios que sirven para habitacion (3). Rústica la que se debe á las fincas destinadas á la agricultura (4).

3. Las servidumbres urbanas pueden ser de muchas clases, segun los diversos gravámenes que el propietario quiera sufrir en sus edificios; pero las mas conocidas y frecuentes son las que siguen. El sufrir una casa la carga ó el peso de otra, como pilar ó columna que sostenga alguna viga de la casa agena, el

1 Ley 1. tit. 31. Part. 3.
2 La misma ley.
3 Ley 2 del mismo tit.
4 Ley 3, alli.

horadar la pared, abrir ventana para que entre la luz, recibir una casa el agua del tejado de la otra que vaya por canal ó caño, el no poder levantar mas su casa para que no quite la vista ó la luz á la agena, y finalmente el poder entrar por la casa ó el corral ageno para entrar en la propia ó salir de ella (1).

4. Tambien pueden ser tantas las especies de servidumbres rústicas, cuantas sean las clases de utilidad que pueda prestar una finca à otra; pero las mas comunes son las siguientes. 1.ª El derecho de *senda*, esto es, quien tiene á su favor esta servidumbre puede pasar por la heredad agena para ir á la suya ó salir de ella, solo ó acompañado, siempre que vaya uno tras de otro; pero no podrá entrar carretas ni llevar bestia cargada á mano. 2.ª El derecho de *carrera*, segun el cual puede uno llevar por la heredad agena carretas ó bestias cargadas, en lo que se distingue de la anterior servidumbre. 3.ª El *derecho de via*. Quien tiene à su favor esta servidumbre podrá hacer todo lo expresado, y ademas llevar madera ó piedras arrastrando, y todo lo que hubiere menester en beneficio de su hacienda. La *via* debe tener la anchura en que las partes hubieren convenido, y si no la señalaron, la de ocho pies de ancho y diez y seis si hubiere vuelta (2). 4.ª El derecho de conducir agua por heredad agena, en cuyo caso debe el que tiene este derecho mantener á su costa la acequia, cauce, arcaduces ó caños, y evitar todo perjuicio á la heredad por donde pasaren (3). 5.ª El derecho de beber en fuente ó pozo ageno para sí, sus labradores y bestias de labor ó ganados; y el que goza de este derecho le tiene tambien para entrar y salir de la heredad donde está el agua siempre que lo hubiere menester (4). 6.ª El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ó dehesa agena (5). 7.ª El derecho de sacar cal, arena, piedras ú otro material que se encuentre en heredad agena, para labrar en la propia (6).

5. Las especies de servidumbre personal son el *usufructo*, el *uso* y la *habitacion*. *Usufructo* es el derecho de usar y gozar de todos los frutos de la cosa agena sin deteriorarla. *Uso* es el derecho de usar y gozar con limitacion de los frutos de la cosa agena sin deteriorarla. *Habitacion* es el derecho de habitar en casa agena con la compañía que uno tuviere, y de alquilarla.

6. Dividese el usufructo en *natural*, *industrial*, *legal y convencional*. *Natural* se llama aquel cuyos frutos produce la na-

1 Ley 2. tit. 31. Part. 3.
2 Ley 3. tit. 31. Part. 3.
3 Ley 4. tit. 31. Part. 3.
4 Ley 6 del mismo tit.
5 Dicha ley 6.
6 Ley 7 del mismo tit.

turaleza, aun cuando el hombre no ponga su industria, como el de muchas plantas. *Industrial* el que no se conseguiria sin la industria del hombre; v. gr. el de las tierras, que si no se siembran no producen. *Legal* el que la ley concede, como el que tiene el padre en los bienes adventicios de sus hijos. Y *convencional* el que proviene de la concesion del hombre por contrato ó última voluntad (1).

7. El usufructo puede constituirse en bienes raices, en muebles que no se consumen, pero se deterioran ó envejecen con el uso, v. gr. trastos de casa, ropas, alhajas de plata, oro &c., ó en las cosas que se consumen con dicho uso, como aceite, vino, trigo y demas semillas, pues aunque en ellos no se verifica propiamente el usufructo, porque necesaria y cotidianamente han de consumirse, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropiamente usufructo este uso, como tambien en los semovientes; v. gr. ciervos, bueyes, vacas, ovejas y otros ganados.

8. Diferéncianse el usufructo y el uso: lo primero, en que el que tiene el usufructo gana y hace suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos de la cosa que usufructúa, y los puede vender, arrendar y enagenar, aunque no el derecho de usufructuar, porque es personal y no transitivo; pero el que no tiene sino el uso de una cosa, puede aprovecharse solamente de lo que necesite para su gasto, y el de su casa; mas no para vender ni dar á otro el sobrante, ni enagenar ni empeñar la cosa en que tiene concedido el uso. Lo segundo, en que el que tiene el usufructo, debe hacer á expensas de los frutos los reparos, labores y demas cosas necesarias á la conservacion de las alhajas y bienes que usufructúa, y satisfacer de ellos las pensiones anuales; pero el que tiene solamente el uso, á nada está obligado, á menos que la cosa sea tan pequeña que él solo la disfrute enteramente y se aproveche de todo su producto, pues en este caso á todo lo estará.

9. Aunque tanto el usufructuario como el usuario no deben deteriorar la cosa en que está constituido el usufructo ó el uso (2); sin embargo, el usufructuario está ademas obligado á mantenerla y cuidarla bien, de manera que si fuere casa ha de repararla, y si heredad, labrarla y cultivarla bien. Si el usufruc-

1 El usufructo segun queda explicado es el que los jurisconsultos llaman *formal*, para distinguirlo del *causal*, denominando asi al que disfruta el dueño en su propiedad; pero este realmente no es usufructo, pues para serlo ha de considerarse separado de aquella.

2 Ley 22. tit. 31. Part. 3.

to consistiere en ovejas y algunas se murieren, debe suplir estas faltas con otras tantas crias. Ademas, debe pagar cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa de que percibe los frutos (1) (*).

10. El derecho de habitacion que es la última de las servidumbres personales, no debe confundirse con el *uso* de una casa. Por el primero puede aquel á cuyo favor está constituido habitar la casa y alquilarla á quien le parezca, con tal que sea persona que haga buena vecindad (2); pero por el mero uso no puede habitarla mas que el usuario, su familia y algun huesped, mas no alquilarla á otro (3).

11. Ninguno puede imponer servidumbre en una heredad ó edificio sino el dueño (4), reputándose tambien por tal el enfiteuta que solo tiene el dominio util (5), y si la heredad fuere de muchos, todos han de otorgarla cuando la ponen. Si unos la otorgaren y otros no, aquellos no pueden resistir el uso de ella; pero estos pueden contradecirla, asi por su parte como por la de los otros; y si luego consintiesen en ella, valdrá como si desde el principio la hubiesen otorgado todos (6): debiendo decirse lo mismo en cuanto al predio dominante.

12. La servidumbre es una calidad tan inherente á la cosa en que está constituida, ya se considere pasivamente como carga, ya activamente como derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, antes bien pasa al nuevo poseedor (7). De aqui es que el dueño de una servidumbre no puede enagenarla separadamente sin la cosa á que está afecta, pues aquella es de tal naturaleza que no puede apartarse de esta á menos que lo consienta el dueño del predio sirviente. Sin embargo aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, puede conceder á otro el agua que ya tuviere en su campo para que aquel riegue el suyo (8), pues en tal caso no concede la servidumbre que consiste en el derecho de conducir el agua por la heredad agena, sino el agua ya conducida, en lo que no se grava ni perjudica al dueño del predio sirviente. Tambien son individuas las servidumbres, esto es, no pueden dividirse, y por consiguiente si fueren muchos los here-

1 Dicha ley.

* Tratándose en este capítulo de las servidumbres en general, no se ha tenido por conveniente insertar en él toda la doctrina de Febrero relativa al usufructo, que se hallará en el tratado de testamentos y en capítulo separado con este título: *del usufructo en las herencias y legados.*

2 Ley 27. tit. 31. Part. 3.
3 Ley 21 del mismo tit.
4 Leyes 9 y 13 del propio tit.
5 Ley 11, allí.
6 Ley 10 del mismo tit.
7 Leyes 8 y 12. tit. 31. Part. 3.
8 Dicha ley 12.

deros, ya del predio dominante, ya del sirviente, se debe entera á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos (1).

13. Las servidumbres no pueden constituirse en las cosas sagradas ó religiosas, ni en las destinadas al uso comun de los pueblos, como mercados, plazas, ejidos y otras semejantes (2).

14. De tres modos pueden constituirse las servidumbres (3), á saber: 1.° por contrato ó concesion entre vivos; 2.° por testamento ó última voluntad; 3.° por prescripcion, usando de ellas el tiempo determinado por la ley, que es diferente segun la clase de servidumbre, pues hay unas que se llaman *continuas* y otras *discontinuas*. Continuas son aquellas de que usamos cada dia, y discontinuas las que no usamos diariamente, sino de tiempo en tiempo. Las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y las segundas por tiempo inmemorial (4); á menos que el que prescribe tenga justo título dimanado de algun tercero, pues entonces bastará el tiempo ordinario de diez ó veinte años (5). El tiempo para prescribir se empieza á contar desde que comienza el uso de la servidumbre si esta fuere afirmativa, v. gr. el derecho de poner viga en la pared agena; y desde que el prescribente prohibe al otro usar de la libertad, en las servidumbres negativas, por ejemplo, la de prohibir al vecino que levante mas su casa. El uso de la servidumbre en el que trata de prescribir, ha de ser continuo, con buena fe, sin fuerza ni ruego y con ciencia del dueño del predio sirviente, la cual sirve de justo título y de tradicion; bien que si el prescribente apoyase su uso en título justo, bastaria su buena fe con el lapso ó trascurso del tiempo legal, sin necesidad de la ciencia del dueño (6).

15. Piérdense ó se extinguen las servidumbres de varios modos, á saber: 1.° por la confusion de los dominios, esto es, por hacerse de un mismo dueño la cosa que sirve y aquella á que sirve; y aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se renueva la servidumbre por este mero hecho (7); 2.° por la remision ó condonacion que hace el dueño del campo á quien se debe la servidumbre (8), bastando que esta remision sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al que la debe

1 Leyes 9 y 18 del mismo tit. 31.
2 Ley 13. del mismo tit.
3 Ley 14 del propio tit.
4 Ley 15. tit. 31. Part. 3. Greg. Lop. en la glos. 3.
5 Gregor. Lop. en la glosa 12 de la misma ley. Ant. Gom. ley 2. cap. 15. num. 27. *Variar.* vers. *Advertendum.*
6 Gregor. Lop. en la glosa 3 de la ley 15. tit. 31. Part. 3. Anton Gom. dicho cap. 15. num. 27. vers *Servitus.*
7 Ley 17. tit 31 citado.
8 La misma ley 17.

hacer algo que impida su uso (1); 3.° por impedirse el uso de la servidumbre urbana á vista del que la tiene en diez años, y en veinte si estuviere ausente (2); pero si fuere rústica se perderá por el no uso inmemorial siendo continua, y por el no uso en el espacio de veinte años si fuese discontinua (3). Adviértase que si la servidumbre se debiese á un predio comun ó de varios dueños, usando de ella uno de ellos la conserva tambien para el otro ú otros que no la usaron, y en el caso que partiesen entre sí el predio, solo perderá el derecho á la servidumbre aquel que no usase de ella despues de la division (4).

16. El usufructo ademas de extinguirse tambien como las servidumbres reales por la confusion de dominios ó consolidacion, esto es, adquiriendo el usufructuario el dominio de la cosa ó al reves; por la remision; y por no usarse en el espacio de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, se acaba ademas por las siguientes causas. Por muerte ó destierro perpetuo del usufructuario (5). Por enagenar este su derecho de usufructo á un tercero, en cuyo caso se pierde y pasa al propietario; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de frutos, pero no el mismo derecho que él tiene, porque es personal é intransmisible (6). Por destruirse la cosa que se usufructuaba á causa de algun accidente ó caso fortuito, por ejemplo, si fuere una casa y se quemase (7), siendo de advertir que el usufructuario no podrá reedificarla sin licencia del dueño. Ultimamente por cumplirse el plazo por el cual fue adquirido ó concedido. El usufructo legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo se acaba por el casamiento de este.

17. El *uso* se extingue por los propios modos respectivamente (8), y en cuanto á la habitacion dice la ley 27. tit. 31. Part. 3. lo siguiente: *E non puede omè perder el derecho que ha ganado en la morada* (este es el derecho de habitacion) *fueras ende tan solamente por su muerte ó quitándola sin premia en su vida.*

Ademas de los modos referidos con que logramos la adquisicion de las cosas singulares ó particulares, hay uno que es universal, pues con él se adquiere por un solo acto la universalidad ó conjunto de diferentes bienes, cual es la herencia de que se va á tratar en el título siguiente.

1 Ley 19 del mismo tit. 31.
2 Ley 16, allí. Esto se entiende si el que debia la servidumbre impidiese el uso de ella con buena fe, pues á no ser asi, no se perderia por tal impedimento, aunque fuese de diez á veinte años.
3 Dicha ley 16.
4 Ley 18 del mismo tit.
5 Ley 24 de dicho tit. 31.
6 Dicha ley 24 y 43. tit. 8. Part. 5.
7 §. 1 Instit. *de usu et habit.* Ley 25. tit. 31. Part 3.
8 Ley 29 del mismo tit. 31.

TITULO II.

De las sucesiones hereditarias.

CAPITULO PRIMERO.

Del testamento, de sus diversas especies y requisitos.

§. 1. ¿Que es testamento?
2. Facultad de otorgarle, y su importancia.
3. Es de dos maneras, solemne y privilegiado.
4. El solemne puede ser nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado.
5. El abierto puede otorgarse ante escribano, ó sin él, y en qué forma.
6. Calidades requeridas en los testigos.
7. ¿Como ha de entenderse la vecindad?
8. ¿Cuando se dirá vecino el extrangero?
9. Los legatarios pueden ser testigos del testamento en que se les dejan legados.
10. El escribano debe ser de los del número del pueblo en que se otorgue el testamento.
11. ¿Que es testamento escrito ó cerrado, y cuántos testigos ha de haber en él?
12. ¿Que deberá hacerse cuando el testador no sabe ó no puede firmar?
13. Cuando ninguno de los testigos sabe firmar es nulo este testamento.
14. Circunstancias que se requieren para la validez del testamento otorgado ante escribano.
15. En los testamentos simultáneos de marido y muger no son menester mayor número de testigos que para el de uno solo.
16. Requisitos necesarios para el testamento del ciego.
17. ¿Cuales necesita el testamento privilegiado?
18. ¿Que debe hacerse para elevar un testamento á instrumento público?
19. El que no tiene prohibicion de testar puede hacer cuantos testamentos quiera.
20. Tienen esta prohibicion los impúberos, mas no por eso se dirá que mueren intestados.
21. La tienen el loco y el desmemoriado.
22. El pródigo, el sordo y mudo por naturaleza.
23. El condenado á muerte ó deportacion, en lo que prohiba la sentencia, los dados en rehenes, los condenados por autores de libelos, y los hereges declarados.

24. Los hereges tolerados no estan inhibidos de testar.
25. Lo estan los siervos y los usureros públicos.
26. Los canónigos reglares, los religiosos profesos y caballeros de San Juan que no han obtenido licencia.
27. Los excomulgados vitandos.
28. Los clérigos pueden testar de todos sus bienes.
29. No pueden hacerlo los obispos de los emolumentos de su obispado.
30. Los peregrinos pueden hacer testamento.
31. Tambien los extrangeros con arreglo á los convenios vigentes.
32. Los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad no pueden testar sin licencia de sus padres, sino con limitacion.
33. La licencia del Rey habilita á los que no pueden testar, y la presencia del mismo excusa de otros testigos.
34. Para que el testamento solemne produzca sus efectos son precisas cuatro cosas.
35. Otros requisitos que debe tener, aun cuando su falta no lo invalide.
36. De otras varias cosas que puede contener un testamento.
37. Causas porque un testamento puede declararse nulo.

1. Testamento es »un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face, estableciendo en él su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte (1)."

2. La facultad de hacer testamento se reputa por derecho público (*), siendo propio del civil el establecer las solemnidades de que debe estar adornado. La importancia de hacer cada uno justa, clara y valedera distribucion de sus bienes impone al hombre la obligacion de saber las formalidades que pide el derecho para un acto tan trascendental, y la de otorgarle en perfecta salud, implorando para su acierto los auxilios del cielo y el consejo de personas doctas y timoratas, pues las consecuencias de una disposicion ilegal ó poco meditada son de todo punto irreparables.

3. El testamento es de dos maneras, *solemne y privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos y formalidades prescriptas por el derecho para su firmeza, y cuya observan-

1 Ley 1. tit. 1. Part 6.

* Es de derecho público y no privado, ya porque nadie puede testar sino se lo permite la ley, ya porque el testamento ha de otorgarse siempre con las solemnidades que previenen las leyes, y no segun el arbitrio y capricho de los testadores, aun cuando no pueda dudarse de su voluntad. *Febrero reformado.*

cia obliga á la generalidad de los hombres. El privilegiado es el que por especial privilegio se considera válido, aun cuando carezca de aquellos requisitos, como el que los militares otorgan en campaña.

4. El solemne puede otorgarse de dos modos, por lo cual se divide en *nuncupativo ó abierto, y en escrito ó cerrado.* Nuncupativo es aquel en que el testador publica su voluntad, ya sea de viva voz, ya por medio de un escrito que él mismo lee, ó bien hace leer al escribano si asistiere al acto, ó à cualquiera de los testigos, en términos que lo oigan cuantos previene la ley que esten presentes.

5. Este testamento puede otorgarse ante escribano público, ó sin él. Si se otorgase ante escribano deben estar presentes á lo menos tres testigos vecinos del lugar donde el testamento se hiciere. Si no se quisiere hacer con intervencion de escribano, deberán asistir al acto por lo menos cinco vecinos del lugar. Si no pudieren ser habidos cinco testigos vecinos del lugar, ni tampoco escribano, bastará la asistencia de tres vecinos del tal lugar. Pero si no fueren vecinos, son necesarios siete testigos, cuyo número suple el defecto de vecindad y la falta de escribano, con tal que tengan las calidades que el derecho requiere (1).

6. Estas calidades que han de concurrir en los testigos, y sin las cuales no es válido ningun testamento abierto ni cerrado, ni tampoco ninguna otra disposicion testamentaria, sea la que fuere, no las expresa el derecho, el cual determina únicamente las tachas ó defectos que los inhabilitan. Por tanto podrán ser testigos todos los que estuvieren libres de cualquiera de ellas. La ley prohibe que puedan serlo los que han sido condenados por canciones injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, ó por ladrones, homicidas, traidores al Rey, ú otros delitos semejantes: los apóstatas de nuestra santa religion, aun cuando hayan vuelto al seno de la iglesia: los menores de catorce años: las mugeres: los locos durante su locura: los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos: los sordos y los ciegos: los hermafroditas, en quienes no predomine el sexo varonil: y por último los siervos; pero si alguno reputado por libre interviniere como testigo en un tetamento, y luego se verifica que es esclavo, no por esto se habrá de anular (2). Ademas de estas tachas que son generales para todos los casos, hay otras

1 Ley 1. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec.

2 Leyes 17. tit. 16. Part. 3. y 9 y 10. tit. 1. Part 6.

que solo inducen inhabilidad respectiva. Tal es la de los hijos que no pueden ser testigos en los testamentos de sus padres y demas ascendientes, ni estos en los de sus descendientes. Tampoco pueden serlo el heredero ni sus parientes dentro del cuarto grado de afinidad y consanguinidad (1). Disputan los jurisconsultos, si debe preceder como requisito indispensable la rogacion hecha por el testador, ú otro en su nombre, á los testigos, y cómo ha de ser esta; pero lo cierto es que la ley de Partida que previene la rogacion, debe entenderse únicamente en cuanto á que aquellos hayan de ser llamados y requeridos á fin de que sepan el acto que van á presenciar.

7. Por vecino se entiende el natural de estos reinos que tuviere casa en el pueblo propia ó alquilada y la habita con su familia; que está en ánimo de permanecer en él por algun tiempo, aunque no sea el de diez años, ni posea bienes raices, con tal que sufra las cargas de los demas que lo son. Asi estan reputados por vecinos en la Corte, que es donde en este punto se suscitan dudas mas frecuentes, todos los que ejercen en ella cualquier oficio ó destino estable ocupando alguna habitacion en su cabeza, aunque no tuvieren familia. Pero el que está en posada, ó es pretendiente de aquellos, que no tiene ánimo de permanecer en ella mas tiempo que el que durare su pretension, no se reputará por vecino, aun cuando estuviere con su familia, y ocupe habitacion en su nombre. Tampoco son vecinos los hijos que viven bajo la patria potestad, ni los criados y demas dependientes que moran en la casa de sus amos (2); pero no es lo mismo cuando viven fuera de ella, ocupando habitacion en su nombre, pues en tal caso se tienen por verdaderos vecinos.

8. Tambien es vecino el extrangero que habiendo obtenido privilegio de naturaleza en estos reinos, ó convertidose á nuestra santa fe, establece su domicilio en ellos; ó bien obtiene vecindad por peticion propia en algun pueblo fijando en él su residencia, ó se arraiga adquiriendo en él bienes raices, ó viene á ejercer de asiento algun oficio mecánico ó de industria, ó en el concejo obtiene oficios públicos ó cargos que solo pueden tener los naturales, ó goza de los pastos y demas provechos propios de los vecinos, ó habita casa por espacio de diez años, abierta y en su nombre. En fin cualquiera que segun derecho y Reales órdenes haya adquirido naturaleza, si en él concurren

1 Leyes 9 y 11. tit. 1. Part. 6.
2 Matienz en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Nov. Rec.

las demas circunstancias que constituyen vecindad en los mismos naturales (1). La vecindad de los testigos debe probarla el interesado en la validez del testamento, si alguno se la negare (2).

9. Los legatarios pueden ser testigos en los testamentos en que se les dejan legados (3), y tambien los fideicomisarios y ejecutores testamentarios siempre que se haga escritura pública: si no se hace y fuesen llamados como testigos para probar el testamento, podrán igualmente presentarse como tales, con tal de que entre ellos nada se trate de la herencia (4). Pero si los testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del difunto, haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos en el testamento en que se les nombre, por razon de que el heredero está imposibilitado de serlo. Los clérigos *in sacris* y los religiosos profesos pueden tambien ser testigos, porque no hay ley ninguna que se lo prohiba; mas en todo caso será conveniente excusar, siempre que se pueda, valerse de ellos para evitar controversias y cavilaciones voluntarias.

10. Cuando en el testamento interviene escribano deberá ser de los del número del pueblo en que se otorgue, pena de nulidad (á excepcion de la Corte y chancillerías), pues asi lo previenen las leyes 3 y 7. tit. 15 y 23. lib. 7 y 10. Nov. Rec. prohibiéndolo á los escribanos Reales; pero puede haber caso en que por resultar graves inconvenientes de la asistencia de un escribano del número se declare válido el testamento autorizado por un escribano Real, aunque siempre es mas seguro salvar dichos inconvenientes por medio de mayor número de testigos hasta el completo que la ley requiere. No pudiendo ser habidos siete testigos no vecinos, serán suficientes cinco y ademas el escribano idóneo, porque este se reputa por dos, con lo cual se verifica el número de los siete, y asi se practica.

11. Testamento escrito ó cerrado es aquel en que el testador presenta un papel cerrado con lacre, oblea ó cosa equivalente, declarando que en él se contiene su última voluntad. Esta declaracion ha de hacerse indispensablemente ante un escribano y siete testigos de las calidades referidas, bajo pena de nulidad; pero no pide la ley vecindad en ellos (5). Nada importa que este testamento sea escrito por el testador ó por otro en su nombre en caso que aquel no sepa ó no quiera escribirle, ni tam-

1 Ley 3. tit. 11. lib. 6. Nov. Rec.
2 Matienz. á la ley 1. glos. 5. num. 13. tit. 4. lib. 5. Rec.
3 Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 8. num. 9 al 11.
4 Florez de Men. *Var.* lib. 1. quæst. 1. num. 25.
5 Ley 2. tit. 18 lib. 10. Nov. Rec. Mat. en ella, glos. 2 y 3.

poco el que esté en papel blanco ó sellado: lo indispensable es que lo entregue al escribano para que extienda el otorgamiento en su cubierta, y que á su presencia lo signe y firme con todos los testigos, diciendo á estos: *Este es mi testamento; ruégoos que escribais en el vuestros nombres.* Prescribe esta solemnidad la ley 2. tit. 1. Part. 6., la cual manda ademas que lo sellen con sus sellos, lo cual no está en observancia. El que los testigos hayan de ser siete, todos los cuales firmen juntos con el testador y el escribano, lo dispone la ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., que es la que puntualmente se observa.

12. Si el testador no supiere escribir, firmará por él un testigo, y lo mismo se hará si sabiendo no pudiere verificarlo; pero valdrá su firma si alguno le ayudare y guiare la mano en presencia de todos los demas (1). Tambien es válido el otorgamiento cuando alguno ó mas testigos hasta el número de seis no saben escribir, con tal que uno sepa y firme por los otros: lo cual se practicará en esta forma: *Testigo á ruego del otorgante: Pedro Rodriguez.* = *Fui testigo: Pedro Rodriguez.* = *Testigo á ruego de Juan Fernandez: Pedro Rodriguez.* = *Testigo á ruego de Diego Rubio: Pedro Rodriguez* &c. El escribano ha de expresar en el otorgamiento que este testigo firmará por el testador, por sí y por los testigos restantes con motivo de no saber ó no poder, y luego lo suscribirá, signará y firmará segun manda la ley, de modo que sean ocho las firmas, y ademas la suya y su signo. Autorizado el otorgamiento lo entregará al testador para que lo guarde ó dé á guardar á la persona que quisiere; mas no debe custodiarse por el escribano en calidad de tal hasta que abierto y publicado adquiera la de instrumento público, de que hasta entonces carece.

13. Cuando entre los testigos no se hallare siquiera uno que sepa firmar es nulo el testamento cerrado ó *in scriptis*, pues no basta que el escribano firme por sí y por los testigos, y mucho mas si no supiere ó no pudiere el testador, y tambien firmare el escribano en nombre de este, porque ninguna ley le autoriza para tales casos (2). Y aun que es verdad que si lo hiciere no incurrirá en pena alguna por no haberla impuesto el derecho, son las referidas firmas un requisito tan esencial que el testamento en que no las hubiere será nulo, y aquel reputado por ignorante (3).

1 Greg. Lop. ley 1 tit. 1. Part 6 glos. 11. Mat ley 2. tit. 4. lib. 5. Rec
2 Ley 2. tit. 1. Part. 6. Ley 103. tit. 18. Part. 3.
3 Gom. ley 3 de Toro, num. 31.

14. Tres circunstancias deben concurrir precisa y simultáneamente en el otorgamiento ante escribano, y en la publicacion de un testamento ó última voluntad, para que no se invalide. La primera, que todos los testigos vean y oigan hablar al testador, por lo cual el ciego y el sordo no pueden serlo, como queda dicho, sin que de este requisito puedan dispensar la peste ni otros riesgos. La segunda, que entiendan perfectamente todo el contenido de su disposicion, si el testamento es abierto; y la fórmula del otorgamiento, si fuere cerrado. Y la tercera, que mientras se lee, otorga y publica, esten todos presentes sin faltar uno, pues son tan necesarias estas circunstancias, que no es suficiente que algunos oigan parte de lo leido, y otros lo restante, ni que el testador manifieste á cada uno de ellos con separacion su voluntad en diferentes dias ú horas. Todos juntos la han de oir íntegramente de su boca; de lo contrario serán testigos singulares y no contestes, por lo cual no harán prueba ni habrá testamento (1); y esta es la razon porque el escribano debe cuidar de no omitir la menor formalidad, pues la falta de cualquiera de ellas anularia el acto (2). Es tambien indispensable que el testador hasta concluir el otorgamiento no se ocupe en negocio diferente, pena de invalidar el primero, á menos de obtener privilegio especial para hacerlo asi (3). Tampoco deben separarse los testigos por ser un acto solo é indivisible, que no admite semejantes intermisiones (4). Finalmente tanta importancia tienen las solemnidades del testamento, que bien observadas no puede ser rescindido, aunque para ello intervenga rescripto del Príncipe; y si el testador quiere despues mudar en él la menor cosa, debe guardarlas todas otra vez como si de nuevo testase (5).

15. Para todos los testamentos abiertos ó cerrados de marido y muger ó de otras personas que testen junta ó separadamente (ya sean los herederos legítimos ó extraños), deben intervenir en su formacion las respectivas solemnidades y número de testigos que corresponde, sin que por ser dos ó mas los otorgantes se necesite número mayor (6).

16. El ciego no puede hacer testamento cerrado (7), sino precisamente nuncupativo ó abierto, y en él eran necesarios por la

1 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. Matienz. en la misma glos. 4. Gom. 3 de Toro.

2 Gom. 3 de Toro, num. 32.

3 Ley 3. tit. 1 Part 6.

4 Cast. 3 de Toro, verb. *Intervenga.*

5 Mat. en la 2. citada, glos. 2 hasta la 7. y en la 3 de Toro, Gom. y Burg. de Paz.

6 Burg. de Paz en dicha ley 3 de Toro num. 1230. Cast. ibi. verb. *Siete testigos.*

7 Ley 14. tit. 1. Part. 6.

ley 14. tit. 1. Part. 6. siete testigos y escribano público; pero esta ley se halla moderada por la ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., la cual previene que haya cinco testigos por lo menos; mas no hay precision de que sean vecinos del lugar, con tal que el testamento se otorgue ante escribano, pues como este es reputado por dos, resultan siete, cuyo número releva en todo testamento de la circunstancia de vecindad. Pero no será válido, si por no haber mas vecinos del lugar se otorgase en presencia de tres testigos que tuvieren dicha calidad, aunque intervenga escribano, y en esto se diferencia este testamento del nuncupativo comun. Debe firmarle á ruego del ciego uno de los testigos, como en toda clase de instrumentos previene la ley (1), pero no es preciso que le firmen los demas testigos, pues este requisito solo es esencial en el testamento cerrado, y no en el abierto, porque no se observa en esta parte la ley 14. tit. 1. Part. 6., que mandaba que el escribano y testigos lo sellasen y firmasen. La práctica es que firme un testigo por el ciego, y el escribano por sí, nombrándose los demas al fin, del mismo modo que en el testamento general (2). Pero dicha ley no está derogada en la parte que previene, que á falta de escribano debe haber en el testamento del ciego ocho testigos y uno que lo escriba por el otorgante.

17. El testamento privilegiado es, como se ha dicho, el que por especial privilegio pueden otorgar los militares sin sujetarse á las formalidades y requisitos que exige el solemne. Nuestra legislacion ha sido varia en orden à las personas que gozan de esta concesion, casos en que les compete y circunstancias requeridas para su validez. Pero hoy está en uso la Real cédula de 24 de octubre de 1778 (3), en que se manda que todos los individuos del fuero de guerra puedan otorgar por sí su testamento en papel simple, firmado de su puño *ò de otro cualquier modo en que conste su voluntad*, ó bien hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, usando á su arbitrio en la parte dispositiva de las facultades que les da la ley militar, ú observando las leyes civiles. Sobre este punto hay que prevenir dos cosas: 1.ª que si otorgan su testamento ante escribano en calidad de tal, deben concurrir á él los testigos que la ley previene, por cuanto en tal caso no usan del privilegio concedido al fuero de guerra; 2.ª que por amplias que sean las facultades que les da este para otorgar del modo que quisieren su testamento,

1 Mat. ley 2. tit. 1. Part. 6. glos 8. num. 3 y final.
2 Mat. en dicha ley 2. glos. 8. num. 3. y final.
3 Ley 8. tit. 18 lib. 10. Nov. Rec.

no deben ni pueden excusar aquellos requisitos que la razon y la ley natural tienen por necesarios para que conste con alguna seguridad la verdadera voluntad del otorgante. Esto no se conseguirá si, testando el militar de viva voz, no hubiere dos testigos con que acreditarlo, testimonio tenido en todas las naciones por prueba plena, el mismo que pide la ley de Partida (1) y el que implícitamente requiere la citada Real cédula en las palabras *de cualquier modo que conste su voluntad*, porque por un solo testigo nada consta. Otro tanto sucederá si escribe su última disposicion en la arena ó en el escudo con su sangre. Cuando no habrá necesidad de los dos testigos será en el caso que hiciere testamento en papel firmado de su mano; pero no se dispensará de la prueba extrínseca de que aquella es su firma, la cual habrá de quedar al juicio y prudencia del juez, quien pesará las circunstancias del testador, heredero y demas que contribuyan á aclarar y rectificar el punto; pues la informacion de peritos no constituye prueba en razon de que solo pueden deponer de la semejanza y no de la identidad de la firma.

18. Para dar á cualquier testamento la calidad de instrumento público deben comparecer los testigos á presencia del juez, y deponer acerca de la voluntad del testador, si se trata de un testamento nuncupativo; pero si se trata del cerrado solo testificarán de su otorgamiento, pues ignoran sus disposiciones. El privilegiado no necesita otro requisito que el reconocimiento del juez.

19. Cualquiera persona de ambos sexos, que no esté comprendida en las excepciones de la ley positiva ni imposibilitada por la natural, puede hacer cuantos testamentos quisiere hasta su muerte (2), y no menos dar poder y comision á otra ú otras personas á fin de que en su nombre ordenen su testamento, ó concluyan el que hubiere empezado á hacer, como tambien revocar los anteriores, y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen sino en dia determinado.

20. Estan privados de testar los impúberos; es decir, los varones que no han cumplido catorce años de edad, y las hembras que no han cumplido doce (3). Pero si murieren antes, no se dirá por eso que murieron intestados, pues hablando con propiedad solo corresponde esta denominacion á los que fallecen sin hacer testamento pudiendo, ó á los que le hicieron y fue de-

1 Ley 4. tit. 1. Part. 6.
2 Ley 25. tit. 1. Part. 6.
3 Ley 13. tit. 1. Part. 6.

clarado nulo por alguno de los defectos que invalidan tales actos: los impúberos para este efecto se consideran como si no existiesen.

21. Tampoco pueden testar el loco y el desmemoriado mientras lo fueren; pero es válido el testamento que otorgaron completamente antes de contraer la referida dolencia (1), y tambien el que el loco hiciere en sus lúcidos intervalos. Si alguno tachare de nulidad este testamento, deberá probar que el otorgante estaba á la sazon falto de juicio, por medio del escribano y testigos que se hallaban presentes.

22. El pródigo, contra quien ha recaido prohibicion judicial de manejar sus bienes: el mudo y sordo por naturaleza, á menos de que sepa escribir y en efecto lo escriba, dándolo á leer al escribano, ó á alguno de los testigos si no le hubiere (2). Tampoco puede testar el hermafrodita, si en él no prevalece claramente el sexo varonil.

23. Los condenados á muerte ó deportacion solo pueden testar por sí ó por apoderado, de aquellos bienes que permite la sentencia (3); y lo mismo sucede con el traidor declarado (4). A los que se dan en rehenes (*), á los condenados por libelos infamatorios, y á los que han sido declarados por hereges, no se les permite testar.

24. Pero respecto de los hereges tolerados y sobre los cuales no haya recaido sentencia judicial declaratoria, no hay prohibicion alguna. Asi el escribano y testigos deberán prestarse sin reparo á los testamentos de los hereges tolerados en virtud de convenciones solemnes, como sucede con los ingleses, holandeses y americanos de los Estados Unidos, que tienen asegurado este derecho en los tratados celebrados con España: otro tanto debe decirse, y con mayor razon, respecto de los extrangeros no católicos habilitados para residir y establecerse en España por fines de utilidad pública. Sobre lo cual se expidió una Real orden en 8 de setiembre de 1797.

1 Ley 13. tit. 1. Part. 6.
2 Ibidem
3 Ley 3. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.
4 Ley 16 al fin. tit. 1. Part. 6.

* En el dia los rehenes asi como los prisioneros conservan todos los derechos de ciudadanos, y por consiguiente la facultad de testar. Lo mismo debe decirse de los cautivos, mayormente cuando la ley 8. tit. 21. Part 2. prohibe que ninguno de otra creencia pueda tener siervo cristiano. Este es el parecer del reformador del Febrero; mas no se sabe en qué lo funda, cuando las leyes que mandan lo contrario no han sido derogadas, y la que él cita no habla del asunto La razon porque se prohibe testar á los cautivos es la falta de libertad. Asi en constando que obraron libremente, es válida su disposicion y no de otro modo. Esta es la regla que debe seguirse, y la misma que con mucho juicio establece la ley 6. tit. 29. Part. 2.

25. Tampoco pueden testar los siervos, aunque al tiempo de hacerlo gozasen del concepto de libres, si en realidad se averigua despues que no lo eran (1). Igualmente estan imposibilitados de testar los usureros públicos, á menos que restituyan ó den fianza de restituir las usuras, pues de no hacerlo asi la ley los declara infames y los priva hasta de sepultura eclesiástica (2).

26. Los canónigos reglares y demas religiosos profesos tampoco queden testar, ni los ermitaños que viven bajo regla aprobada (3). Lo mismo sucede á los religiosos, bailíos, comendadores y capellanes de encomiendas de la orden de San Juan de Jerusalen, ó sean caballeros de Malta, ora esten en sus conventos ó fuera de ellos, á menos que obtengan licencia para ello, en cuyo caso pueden testar del quinto (4) (*).

27. Los excomulgados vitandos no podrán tampoco testar, especialmente si permanecen mas de un año en la excomunion; pero sí podrán hacerlo los tolerados, por cuanto el concilio Constanciense y la extravagante de Martino V. que empieza: *Ad vitanda scandala....* les concede el privilegio de tratar con los fieles á invitacion de estos, y el de ejercer actos jurisdiccionales. De los primeros hay quien opina que pueden testar por no estar expresamente excluidos por el derecho (5), fundándose en que siendo el testamento un acto puramente civil debemos atenernos á la letra de la misma. Por tanto sienten que si la comunicacion con ellos está prohibida por las leyes eclesiásticas, serán los testigos contraventores de ellas; pero no será nulo el testamento (6).

28. Los clérigos seculares pueden testar de sus bienes *patrimoniales, cuasi patrimoniales é industriales;* aunque en los reinos de Castilla testan por costumbre de los que ganan por razon de la iglesia, y como está mandada observar por una ley recopilada (7), disponen de todos sin diferencia alguna. Se extiende esta facultad á los que habiendo sido religiosos profesos han obtenido su competente secularizacion; segun se declaró en 1786 con audiencia fiscal por la primera Sala del Consejo.

1 Ley 16 al fin. tit. 1. Part. 6.

2 Leyes 9 tit. 13. Part. 1 4. tit. 6. Part. 7, y 4 tit. 22. lib. 12. Nov. Rec. Gom. ley 3 de Toro.

3 Leyes fin. tit. 21. Part. 1, y 17. tit. 1. Part. 6. Sobre esta materia véase á Gom. ley 3 de Toro. num. 12.

4 Pio V. *In motu proprio*, ann. 1568. Greg XV. dec 85 y 119.

* Téngase presente en este asunto la Real cédula de 17 de abril de 1802, por la cual el Rey se declaró gran Maestre de la orden de San Juan por lo relativo á los dominios de España.

5 Gom ley 3 de Toro, num. 15.

6 Perez in tit. *Qui testamentum facere poss.* num. 14.

7 Ley 12. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

29. Los arzobispos y obispos tampoco pueden testar de los bienes adquiridos por renta ó emolumentos de sus obispados, ni enagenarlos por contrato, aun cuando se les permite donarlos en vida á sus parientes, criados y demas (1). Pero pueden testar de los patrimoniales, ó adventicios en la forma que quisieren (2). Para esto deben los promovidos á obispados hacer inventario de sus bienes propios en el juzgado del colector general de espolios, juez privativo de este ramo, pues alguna vez se han contentado con hacerle ante los corregidores, y se ha declarado nulo (*).

30. Los peregrinos y romeros tienen facultad de testar como quisieren (3); si fallecieren intestados, debe la justicia del lugar en que acaezca su muerte, inventariar y depositar sus bienes, gastando lo preciso en su entierro, y dando cuenta al Rey ó á quien ejerza su autoridad, para que disponga del sobrante entre sus consanguíneos si los tuviere, y á falta de ellos en obras pias, pues nunca han de recaer en el fisco (4).

31. Todo extrangero puede igualmente hacer testamento de sus bienes, sin que nuestras leyes les hayan impuesto restriccion alguna. Segun los tratados hechos con Francia estan los súbditos de ambas naciones en aptitud de vender, dar, cambiar, enagenar ó disponer de otra manera, asi por contrato entre vivos como en última voluntad, de los bienes y efectos muebles é inmuebles existentes en unos ú otros dominios. Las mismas estipulaciones han mediado con respecto á los ingleses, holandeses y turcos, estando en algunas de ellas acordado, que los respectivos ministros ó cónsules se encarguen de dar á los bienes de los individuos de su nacion el destino que al morir dejaren mandado en su testamento, y lo mismo en caso de fallecer intestados. De esto se deduce que siendo comprendidos los peregrinos y romeros en los enunciados pactos, se deben entender con ellos todas las franquicias estipuladas en los mismos, y asi solo se observarán las leyes arriba citadas con aquellos que pertenezcan á naciones con quienes no hubiere ningun tratado especial (**).

1 Ley fin. tit. 21. Part. 1.
2 Leyes 2 y 3. tit. 21 Part. 1.
* En el artículo 8 del último concordato se obligó su Santidad á no conceder en adelante á ningun prelado por benemérito que fuese, facultad para testar de los frutos ó espolios de sus iglesias episcopales, aun en favor de causas pias. *Febrero reformado.*

3 Leyes 30. tit. 1. Part. 6. y 2. tit. 30. lib. 1. Nov. Rec.
4 Leyes 31. tit. 1. Part. 6 y 5. tit. 30. lib. 1. Nov. Rec.
** Con respecto á los extrangeros pertenecientes á alguna de las naciones, con quienes la nuestra no ha celebrado ningun convenio sobre este particular, se tendrán presentes las juiciosas observaciones del

32. Tampoco pueden testar libremente los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad, aun cuando por su edad estuvieren aptos para ello, pues necesitan licencia de sus padres ó abuelos, á menos que sea para disponer de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses ó cuasicastrenses, segun lo resuelve una ley recopilada (1). Pero si los hijos de familia fallecieren en pais extrangero se procederá en orden á la disposicion testamentaria de sus bienes con arreglo á los pactos celebrados con aquel gobierno; pues si para el efecto de testar se estipula que sean considerados los extrangeros en dicho pais como los mismos naturales, y estos pudieren testar aun cuando sean hijos de familia, igual facultad gozarán los españoles que tengan la misma calidad; mas esto solo se entiende de los bienes que alli posean.

33. Si el que tiene legal prohibicion de testar, pidiere y obtuviere licencia del Rey para hacer testamento, y en su virtud lo otorgare con arreglo á derecho, será válido, aunque la licencia sea posterior al otorgamiento. La razon es porque no considerándose perfecto el testamento sino despues que fallece el testa-

reformador de Febrero, que transcribimos para instruccion del escribano en el caso remoto, que tenga que hacer uso de ellas. Como el extrangero, dice, permanece ciudadano de su pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en pais extraño, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos segun las leyes del estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que estan situados. El extrangero pues tiene por derecho natural la libertad de hacer un testamento. En cuanto á la forma ó solemnidades prescriptas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á menos que ordene otra cosa la ley de su estado, en cuyo caso tendrá precision de seguir las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte, porque si un viagero lo hace y envia válido á su pais con arreglo á las leyes del mismo, es igual que si lo hubiera otorgado en él. Tocante á las disposiciones testamentarias debe decirse, que las concernientes á los bienes raices han de adoptarse á la legislacion del pais en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el testador tiene en su patria. Pero respecto de los bienes muebles que el extrangero tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente la cualidad de ciudadano. Permaneciendo el extrangero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres y de cualesquiera de sus bienes muebles; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside y de que no es ciudadano. Por lo tanto un hombre que teste y muera en pais extrangero, no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes muebles que le señalan las leyes de su nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales: estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se extienden á mas, por lo que el testador estando fuera de este no está sometido á ellas, ni los bienes que estan igualmente fuera del tal territorio. Asi el extrangero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa, respecto de los bienes que en él posee.

1 Ley 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

dor, el Real permiso subsana cualquier defecto anterior á la muerte. Si alguno consiguiese del Rey la gracia de hallarse presente á la formacion de su testamento, será válido este, aun cuando no le hubiere presenciado ningun otro testigo (1).

34. Para que el testamento solemne se considere tal y produzca todos sus efectos, son precisas cuatro cosas. 1.ª Que el testador tenga capacidad natural y legal de testar al tiempo de otorgarle, y voluntad libre para disponer de sus bienes (2). Si perdiese esta capacidad, ó se inhabilitase por alguna de las causas que expresa el derecho, no tendrá fuerza el testamento á menos que rehabilitado el testador lo confirme de nuevo. 2.ª Que nombre heredero habil para serlo, pues si no lo fuere ó si no hubiere aquel instituido á ninguno, no valdrá el testamento sino como última voluntad, y se declarará abintestato en orden á la institucion; pero serán válidas las mandas, mejoras y demas disposiciones que contenga conformes á derecho, y pasarán sus bienes á los que abintestato deben heredarle, ó al fisco en su caso (3). 3.ª Que conste de las solemnidades prescriptas por la ley como forma sustancial (4) y que quedan expresadas, pues sin su observancia todo es nulo. 4.ª Que se confirme con la muerte del testador, y acepte el heredero su herencia, pues si no la aceptare, pasará á los herederos abintestato, á menos de haberle aquel nombrado sustituto, pues en tal caso pertenecerá á este (5). Estas cuatro cosas constituyen la perfeccion legal del testamento y su validez perpetua é indestructible.

35. Ademas debe tener otros requisitos que contribuyen á su mayor claridad, ó que prescribe la ley ó la costumbre; pero su omision no invalida el testamento en manera alguna. Tales son la invocacion divina, la protestacion de la fe, señalamiento de sepultura y hábito, misas y mandas forzosas, filiacion y naturaleza del testador, declaracion de bienes y deudas, matrimonios que contrajo, dotes y arras de sus mugeres, hijos que haya tenido y su estado actual, y anticipaciones que les hubiere hecho, eleccion de testamentarios, revocacion de otras disposiciones anteriores, y por último cuantas declaraciones tenga por oportunas. Las relativas á acreditar la religion, naturaleza y enlaces del testador pueden suplirse con informacion de testigos, párroco &c. En orden á sepultura dispondrá el heredero ó los

1 Ley 5. tit. 1. Part. 6.
2 Ley 13. tit. 1. Part. 6.
3 Ley 1. tit. 18 lib. 10. Nov. Rec.
4 Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 4 y 14 ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.
5 Ley 1. tit. 18 lib. 10. Nov. Rec. Matienz. en ella, glos. 14. num. 2. y sig.

testamentarios, y sino se enterrará en su parroquia. El mismo arreglará el funeral conforme á las circunstancias del testador y usos del pais, y hará la parte de los testamentarios, si no los hubiere, cumpliendo las mandas piadosas, á lo cual en caso de omision le apremiará el obispo, como ejecutor legal de todas ellas (1). Las forzosas tampoco importa nada que se hayan omitido en el testamento, pues tienen su cuota determinada y notoria. Tampoco es precisa la revocacion del testamento anterior aunque lo hubiese, pues uno y otro deben cumplirse en cuanto no esté el primero en contradiccion con el último, en cuyo caso se ha de observar este. Si en ambos hay institucion de heredero, se partirá entre ellos la herencia, à menos que alguno de los dos crea tener mejor derecho, y entonces lo ventilará en juicio.

36. Ademas de las disposiciones referidas pueden contener los testamentos otras varias, como son legados ó mandas gratuitas, fundaciones de vínculos, memorias, capellanías, patronatos, agregacion de bienes á los mismos, mejoras, declaraciones, consignaciones, sustitucion de herederos y legatarios, nombramiento de tutores con relevacion de fianzas ó sin ella, siempre que sea para todo y no para una cosa, no solo á sus hijos pupilos legítimos y naturales, nacidos y póstumos, sino tambien á los extraños que instituyere simple ó condicionalmente, designando el tiempo segun su voluntad, y dar poder para nombrarles tutor. Puede igualmente dividir sus bienes, aplicando á su arbitrio los que quiera y á quien quiera (2), á cuya disposicion deberán conformarse, si no hubiere herederos forzosos ó no fuere en perjuicio de estos, pues la legítima de los mismos debe quedar salva en cantidad y calidad. Los extraños deben contentarse con lo que el testador les deje, y cumplir las honestas y posibles condiciones que les imponga. El modo con que ha de extenderse el testamento y el orden que ha de guardarse en su formacion se expresará en el capítulo que trate de las prevenciones á los escribanos en esta materia, y sobre todo en la plantilla de las escrituras correspondientes á la misma, que se insertan al fin.

37. Por varias causas puede declararse nulo el testamento, aun cuando el testador no lo revoque. La primera, *por defecto del mismo testador*; v. gr. si es pupilo, siervo, monge profeso, pródigo declarado, loco furioso ó mentecato, ó tiene otra prohibicion de las que dejo explicadas; pues concurriendo en él alguno de

1 Conc. Trid. ses. 22. cap. 8. *de reformatione.*

2 Leyes 1. tit. 1. 16 y 19. tit. 3. Part. 6.

estos defectos ó impedimentos no puede testar, ni por consiguiente vale el testamento que ordene, ni tampoco los legados ni fideicomisos que contenga, porque el que tiene prohibicion de testar, la tiene para disponer de sus bienes de cualquier modo que sea. Pero es de advertir que si el hijo llega á la pubertad, puede testar con arreglo á la ley 6.ª de Toro de la tercera parte de lo que posea y tenga suyo, en perjuicio de sus ascendientes, no obstante que exista en poder de su padre, como si estuviera fuera de él (1); lo cual no sucedia por derecho comun ni por el de las Partidas, pues estando bajo de la patria potestad le prohibian testar y hacer codicilos (2). La segunda, *por error del mismo testador;* que es cuando el que puede testar y testó, erró ó se equivocó en la persona nombrada; v. gr. si instituyó á uno en el concepto de ser su hijo legítimo, adoptivo ó ilegítimo, ó á otro en el de ser su consanguíneo, no siéndolo realmente; en cuyos casos y otros semejantes no vale la institucion, porque falta la voluntad y consentimiento del mismo testador, por haber errado en la causa eficiente y final, que es la institucion del heredero (3); pero los legados y fideicomisos que el testamento contenga serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos (4); lo cual no sucederá si yerra el nombre del legatario, como se dirá en su lugar. La tercera, *por voluntad imperfecta y no consumada del testador;* para cuya inteligencia es de advertir que el testamento puede ser imperfecto por razon de su voluntad, por falta de solemnidad de testigos, ó por no haberse hecho publicacion de él. Se dice imperfecto por razon de voluntad, cuando el testador no la explicó; v. gr. cuando consta que quiso testar por escrito, á cuyo fin hizo llamar al escribano, y habiendo principiado á dictarlo por sí, falleció sin concluirlo y sin que se publicase ante los testigos; y por la de solemnidad, cuando lo tiene extendido enteramente y muere antes que se lea ó que se concluya su lectura á presencia de todos los testigos, y por consiguiente antes de decir, *que asi lo otorga*; ó cuando á su publicacion no interviene el número de testigos prescriptos por la ley; en cuyos casos serán nulos el testamento, los legados, los fideicomisos, y demas disposiciones que contenga (5): lo primero, porque su

1 Ley 5 de Toro, que es la 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.
2 Ley 13. tit. 1. Part. 6.
3 Ley 12. tit. 3. Part. 6.
4 Gom. en la 24 de Toro, num. 4. *Decima et fir aliter*. Matienz. en la 8 tit 6. lib. 5 [illegible], num 3.
5 Gom. en la 3 de Toro, num. 107. Florez de Buena, lib. 1. *Var.* quæst. 1. num. 28 y 43.

lectura ó publicacion ante los testigos es sustancial (1), y del todo necesaria en cualquier instrumento para que se estime válido (2); lo segundo, porque antes de su publicacion no se acredita la constante y última voluntad del testador, respecto no poder probarse ni saberse, à causa de que al tiempo de publicarse puede mudar, quitar, añadir y alterar lo que le parezca como varias veces sucede (3); lo tercero, porque aunque esté extendido, puede contener algunas cosas diversas de las que el testador quiso ó quiera cuando lo otorga; y lo cuarto, porque no hay perfeccion de voluntad, si esta no se halla explicada del modo que la ley ordena y apetece. La cuarta, *por incapacidad del heredero instituido*; v. gr. cuando estaba muerto natural ó civilmente, ó por otro motivo se hallaba imposibilitado, inhabil é incapaz de percibir la herencia. En este caso aunque por caducar la institucion, se rompia en todo el testamento segun derecho comun, y no valian los legados ni fideicomisos (4), lo mismo que en el que carecia de institucion (5), no sucede asi por el nuestro que lo ha corregido en esta parte (6); y asi aunque el testador no nombre heredero, ò este por su incapacidad y prohibicion legal no lo sea, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas y todo lo demas que el testamento contenga, siendo arreglado á derecho, si à su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que legalmente se requiere y el testador está capaz para testar, y no de otra suerte, rompiéndose y anulándose solamente en cuanto á la institucion (*). La quinta, *por pretericion ó exheredacion*, que es cuando el testador deja de nombrar por su heredero á un hijo descendiente legitimo suyo, ó le exhereda sin causa legal, en cuyos casos, sin embargo de que por derecho comun antiquísimo tampoco valian los legados ni fideicomisos, hoy son válidos, é igualmente lo es la mejora de tercio y quinto, y cuanto incluya el testamento, si consta de la solemnidad referida (**).

1 Leyes 103. tit. 18. Part. 3. ibi: *Debe ser leido y fecho ante siete testigos::::* y 23. tit. 1. Part. 6.

2 Ley 1. tit 23. lib. 10 Nov. Rec.

3 Gom. ibi, num 18 y 19.

4 Ley 3. et per tot. tit 4. *de his qui pro non scriptis habent* ley 1. Cod. *de hæredib. instituend.* y ley únic. §. *Et cum triplici* §. *In primo*, y §. *Pro secundo*. Cod. *de caduc. tollend.*

5 Ley fin §. *Illud*. Cod. *de codicil.* ley 1. ff *de jure codicillor.* y ley *cohæredi.* §. *Cum filiæ*, ff. *de vulgar. et pupilar. substitutione.*

6 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. y en ella Matienz. glos. 14. num. 81.

* En virtud de la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. si fuese instituido heredero un incapaz, como dice el autor, valdrán las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley debe leerse la única tit. 10. de los testamentos del ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera segun se halla en él.

** Si el testador no hizo mencion de algun hijo, por ignorar que lo tenia, ó que su muger estuviese en cinta, no solo se

Solo se irrita en lo concerniente á la institucion (1); y si contiene la cláusula codicilar surtirá los efectos que explicaré cuando trate de ella. Por manera que segun nuestro derecho, aunque el testador no haya instituido heredero, no se debe decir que murió intestado, por ser visto estar llamados à su herencia por la ley los que abintestato deben heredarle, como se prueba por las palabras de la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. (2). La sexta, *por falta de adicion ó admision de la herencia*, que es cuando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia expresamente. La séptima causa porque se puede anular el testamento es *por la arrogacion ó legitimacion* del heredero del testador. Y la octava es *por falta de publicacion del testamento*: la cual se hace de dos maneras: una despues de la muerte del testador cuando el testamento se formalizó en escritura, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente sin ella ante estos; y la otra estando vivo, à la que llaman vulgarmente *otorgamiento*, y consiste en que esten expresos el pueblo, dia, mes y año en que se otorgó, y los testigos por sus nombres y apellidos, con todas las solemnidades de que se ha hablado.

romperá ó anulará el testamento en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en cuanto á las mejoras de tercio y quinto, mandas y sustitucion pupilar, dice Gomez en la ley 24 de Toro, num. 3, porque la disposicion de esta ley solo debe tener lugar cuando el padre con cierta ciencia omite ó desbereda algun hijo, pero no cuando procede con ignorancia. Infiérese, segun parece, de esta doctrina, que anuladas las mejoras, los demas hijos no mejorados podrán percibir á beneficio del derecho del omitido, mas de lo que su padre les dejó, al paso que el mejorado no solo quedará sin aquella porcion de bienes de las mejoras, sino de la que perciban los demas hijos no mejorados. De esta manera puede decirse que se destruye todo el testamento, y se sucede abintestato. Yo, aun estando por esta opinion, salvaria el derecho del hijo omitido, y en lo demas observaria el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 21 de Toro Entiendo tambien la doctrina de Gomez, cuando el padre murió sin saber que tenia otro hijo, ó que dejaba su muger preñada; pero no cuando lo ignoraba al tiempo de hacer testamento, y sabiéndolo despues no lo revocó. *Febrero adicionado.*

1 Ley 24 de Toro, que es la 8. tit 6. lib. 10. Nov. Rec.

2 Matienz. en dicha ley 1. glos. 16. num. 47. y glos. 14. num. 7.

CAPITULO SEGUNDO.

De los herederos en general.

§. 1. Importancia legal de la institucion de heredero.
2. ¿Que se entiende por heredero, y quiénes pueden serlo?
3. La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo.
4. En su institucion debe explicarse el testador claramente.
5. Pero no es precisa la institucion nominal si se refiere á codicilo.
6. El testador puede instituir heredero simple y condicionalmente.
7. Hay condiciones que invalidan la institucion.
8. Nueva division de las condiciones.
9. La institucion á dia cierto es válida.
10. El heredero que se apodera de la herencia sin autorizacion judicial teniendo coherederos, la pierde.
11. Las herencias se adquieren *por testamento ó abintestato*.
12. Los herederos son universales ó particulares.
13. Subdivídense en forzosos ó legítimos, necesarios y voluntarios. ¿Cuales se dicen forzosos?
14. ¿Quienes se llaman necesarios?
15. ¿Cuales se dicen voluntarios ó extraños?
16. ¿Quienes son herederos sustitutos?

1. Es la institucion de heredero parte tan principal de todo testamento, que cuando se omitia ó se invalidaba aquella, era este totalmente nulo por derecho comun, y lo mismo sucedia cuando el instituido no aceptaba la herencia. Por las leyes de España no sucede asi, pues en tales casos valen y subsisten las mandas y demas disposiciones testamentarias, sin otra diferencia que darse al testamento el nombre de codicilo ó de última voluntad (1). Debe sin embargo el escribano advertir al testador, que no omita el nombramiento de heredero, para evitar á los que hayan de serlo el perjuicio de gastar en las diligencias para legitimar sus personas, á fin de pedir la herencia *abintestato*.

1 Ley. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

2. Llámase heredero el que despues de la muerte de alguno ha de suceder en sus bienes, ya en virtud de testamento, ya abintestato, apoderándose y disponiendo de ellos à su arbitrio como verdadero dueño (1); pero no deberá llamarse tal, mientras no acepte la herencia, aun cuando conste su institucion. Puede ser heredero cualquiera individuo ó corporacion que no esten comprendidos en las excepciones de la ley. Asi pueden serlo el Rey, la Reina, el fisco, la ciudad, villa, comunidad, el capaz, el loco, mudo, sordo, ciego, clérigo, monge, lego, y todo hombre ó muger libre ó siervo que no está por derecho privado de heredar (2).

3. Debe el testador hacer la institucion de heredero en testamento y no en codicilo (3), pues si la hace en este no valdrá directamente, sino como fideicomiso: es decir, que se declarará por última voluntad suya, y entrará en la herencia el heredero abintestato, quien deberá restituirla al instituido en el codicilo, reservando la parte que en su caso deba deducirse (*). Ademas, si se nombra al heredero simplemente en el testamento, no debe imponérsele despues condicion ni sustituto en el codicilo ni en otra cosa, y aunque se haga no valdrá sino en la forma que se dirá en el párrafo 5; bien que el escribano no incurrirá en pena alguna por autorizarle.

4. En la institucion de heredero debe el testador explicarse en términos claros, designándole por su nombre y apellido, de modo que no pueda dudarse quién es; pero no con palabras que denoten algun defecto infamatorio, porque en tal caso seria nula la institucion (4), como tambien si lo hiciese por medio de señas y ademanes, ó dejase el nombramiento à voluntad de alguno (5), pues debe manifestar la suya por sí mismo, so pena de que se tenga la institucion por captatoria, ó se declare nula. Llamase captatoria la institucion que tiene por objeto obligar á otro á que use de liberalidad con el testador, como si testare diciendo: *instituyo por heredero á Pedro en la parte que Pablo me instituya á mi.* Sin embargo será válida la institucion cuando preguntado por el escribano ú otra persona no sospechosa, si

1 Ley 1. tit. 3. Part. 6.
2 Ley 2. tit. 3. Part. 6
3 Ley 7. tit. 3. Part. 6.
* Para que valga la institucion de heredero hecha en codicilo, es indispensable segun la citada ley 7, que en este ruegue ó mande el testador á los que hayan de heredarle, que entreguen sus bienes al instituido en el codicilo. De otra manera seria nula la institucion, y no valdria ni aun indirectamente ó por fideicomiso.
4 Leyes 6, 10 y 11. tit. 3. Part. 6.
5 Ley 11. tit. 3. Part. 6.

instituye por su heredero á fulano, responde de viva voz, que si, aun cuando no pronuncie su nombre (1) (*).

5. Pero no es preciso que lo instituya por su nombre y apellido en el testamento, con tal que diga en él que nombra por su heredero al sugeto que designará en el codicilo (2); pues esta manera de instituir no encierra nulidad alguna. Lo mismo se dirá si en el testamento se refiere à alguna memoria testamentaria, en la cual consta el nombre del instituido, porque tales memorias se consideran como parte del mismo testamento, siempre que no se dude que son del testador (3). Por lo cual si en el testamento dice, v. gr. que su heredero perciba la herencia con las condiciones y gravamen, y en los bienes y forma que se expresará en el codicilo ó memoria testamentaria, que quiere se estime por parte de su testamento, valdrá la designacion de bienes y el gravamen y condicion que contenga el codicilo ó memoria, porque no es en ellos donde grava á su heredero, sino en el testamento á que se refiere, el cual despues aclara segun ofreció (4). Pero si yerra el nombre del heredero, y creyendo instituir à uno nombra à otro, es nula la institucion (5), sobre cuyo punto puede leerse à Gregorio Lopez en la ley 13. tit. 3. Part. 6., donde se suponen algunos casos en que opina por la validez de semejante nombramiento. Lo mismo se ha de decir, si instituye à alguno en el concepto de ser hijo suyo legítimo, legitimado ó adoptivo, ó de ser pariente, no siéndolo en realidad, pues por el error ó equivocacion falta la voluntad y consentimiento del mismo testador (6); mas los legados y fideicomisos que el testamento contenga, serán válidos mientras no conste haber padecido tambien igual equivocacion en ellos (7).

6. El testador puede instituir heredero no solo simple y absolutamente, sino bajo de alguna condicion. Llámase condicion la cláusula que suspende el efecto de lo que quiere hacerse ó se promete hasta que se verifique algun acontecimiento futuro. El efecto natural de toda condicion es que verificada esta, valga lo

1 Ley citada Gom. Ley 3 de Toro, num. 109. Castilla. lib. 1. *de contr.* cap. 20.

* El que quiera enterarse á fondo de los casos en que el testador dispone válida ó invalidamente de sus bienes, contestando sí ó no, por hallarse muy agravado, lea á Florez de Mena, lib. 1. *Var.* quæst. 1. num. 45 hasta el 51.

2 Leyes 7 y 8. tit. 3. Part. 6.

3 Matienz. ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

4 Matienz en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 16. num. 13.

5 Ley 12. tit. 3. Part. 6.

6 Ley 12. tit. 3. Part. 6.

7 Gom ley 24 de Toro, num. 1. vers. 10. y Matienz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Rec.

dispuesto ó prometido, como si fuese hecho pura y absolutamente; y si no se verifica, es inválido, quedando todo en suspenso hasta su cumplimiento (1). Siendo frecuentísimo su uso en testamentos y contratos, y muy varias sus especies y efectos, es conveniente hablar de ellas en este lugar. Dividense en *posibles é imposibles*. Posibles son aquellas cuyo cumplimiento no presente imposibilidad alguna; y al contrario las imposibles. Estas se subdividen en imposibles por naturaleza ó por derecho, y en imposibles de hecho. De la primera clase son aquellas que la naturaleza misma resiste, como si dijésemos: *nombro heredero á Juan si toca el cielo con la mano*: y tambien las que estan expresadas en términos imposibles de entender. Por derecho lo son las contrarias á la ley, á la honestidad, piedad y buenas costumbres; como si uno dijese: instituyo à Pedro mi heredero, con condicion *de que le queme la casa á Fulano, ó deje morir de hambre á su propio padre* (2). Las condiciones imposibles, ya sea por naturaleza ó por derecho, nada importan en los testamentos, y asi el heredero ó legatario á quienes se imponen, entran desde luego en el goce de su herencia ó manda, como si hubiesen sido nombrados absolutamente (3). Mas no sucede asi en los contratos, que celebrados bajo condicion imposible, son enteramente nulos por derecho romano, y no menos en España, aun cuando no conste de ley expresa, pues es doctrina de los mejores intérpretes (4). La razon de la diferencia consiste en que se supone que los que de este modo contratan, hablan de burlas, suposicion que no puede hacerse en la formacion de un testamento, en cuyos momentos está tan próxima la muerte.

7. Sin embargo hay algunas que vician é invalidan la institucion, y son las imposibles de hecho; v. gr. *instituyo á Pedro por mi heredero, si diere á Juan un monte de oro*. Lo mismo sucede con aquellas en tales términos dudosas que se oponen á los fines de la institucion, como por ejemplo: *instituyo á Juan por mi heredero, si Pedro fuese mi heredero*; porque ninguno de los dos puede empezar á serlo antes que el otro (5) (*). Estas se llaman *perplejas*.

1 Ley 1. tit. 4. Part. 4. ley 26. *de cond. just.* ley 8. *de per. et com. rei vend.* §. 3. Inst. *de inut. stipul.*

2 Ley 3. tit. 4. Part. 6.

3 Ibid.

4 Greg. Lop. glos. de la ley 17. tit. 11. Part. 5. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 11. num. 60.

5 Ley 5. tit. 4. Part. 6.

* El reformador de Febrero desaprueba esta division, y no halla justo el efecto legal de las condiciones imposibles de hecho y de derecho en orden á los testamentos y contratos. Tiene sobrada razon; pero al cabo estas disposiciones legales no estan derogadas.

8. Las condiciones posibles se subdividen en varias clases, como *casuales*, *potestativas necesarias* y otras; pero sus efectos son iguales: es decir, todas deben cumplirse en los mismos términos que disponga el testador. La institucion es válida, y el heredero entra en la herencia desde el momento que la condicion se verifica. En las necesarias, como si *mañana sale el sol*, el instituido percibe la herencia desde luego, porque de necesidad se ha de verificar la condicion. Si la condicion es tal, que no pende su cumplimiento de la voluntad sola del instituido, sino que ademas se requiere la agena, entrará en la herencia cuando justifique que por su parte ha hecho suficientes diligencias para cumplirla. En las instituciones condicionales se admite fianza cuando consiste en el instituido el cumplimiento de la condicion, y dada que sea, percibe la herencia desde luego (1).

9. Si el testador hace la institucion à dia ó tiempo cierto, como: *nombro à Pedro mi heredero desde ó hasta el dia de San Juan de tal año*, es válido el nombramiento, mas no la designacion del plazo (2), á menos que el testador sea caballero ó soldado que está en el Real servicio. Lo mismo sucede si aunque el dia sea *incierto* se ha de verificar forzosamente, como *á la muerte de fulano*. En este caso, sea quien fuere el testador, la institucion vale, y el heredero entrará en la herencia como si no existiese tal cláusula (3).

10. El que entra en la herencia sin autorizacion judicial, habiendo otros coherederos, pierde por el hecho mismo el derecho à ella. Mas si se entrometió sin derecho alguno, debe restituir cantidad doble de la que hubiere tomado, en pena de la intrusion, sobre lo cual procederá breve y sumariamente la justicia sin forma de proceso, ejecutando la pena con resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, despues de poner en pacífica posesion de sus bienes á los legítimos herederos (4).

11. De dos maneras pueden los hombres llegar à adquirir los bienes de los difuntos: *por testamento* y *abintestato*. Los herederos por testamento son los que el testador nombra por tales, (ya sean ó no sus parientes) para que le sucedan en todos sus bienes, acciones y derechos. Los herederos abintestato son los mas cercanos parientes del difunto que no dejó testamento otorgado, ó lo hizo tal que fue declarado nulo, ó invalidado legalmente.

1 Leyes 7 y 14. tit. 4 y 22. tit. 9. Part. 6.
2 Ley 15. tit. 3. Part. 6.
3 Ley 15. tit. 3. Part. 6.
4 Ley 3. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.

12. Dividense los herederos *por testamento* en *universales y particulares*. Los universales son los que suceden al testador no solo en sus bienes sino tambien en sus obligaciones. Los particulares son los que le suceden en alguna finca determinada, ò en alguna accion ó efecto particular de cualquiera especie. Este no queda responsable à las cargas y obligaciones del testador, las cuales son de cargo del heredero universal, como quien por derecho representa en todo su persona.

13. Subdivídense los herederos en *forzosos ó legítimos necesarios y voluntarios* (1). Los forzosos son los parientes del testador por línea recta, para cuya inteligencia es de advertir, que el parentesco natural ó de consanguinidad tiene tres líneas, dos rectas y una transversal. La primera línea recta es la que tomando principio del testador baja derechamente por generaciones, como es la de sus hijos, nietos, biznietos y demas hasta lo infinito, y esto se llaman *descendientes*. La segunda línea recta es la que sube de generacion en generacion directamente desde el testador á sus padres, abuelos, bisabuelos y demas, los cuales se llaman *ascendientes*. La línea transversal es de los colaterales, como hermanos, primos, tios, sobrinos &c. Son pues los *descendientes* y los *ascendientes* legítimos del difunto herederos forzosos en su caso, y se dicen legítimos porque nacen con las condiciones que exigen las leyes civiles y canónicas (2). Llámanse *forzosos*, porque hay obligacion en el testador de instituirlos, cuando falta motivo legal para su desheredacion, y si no lo hiciera, podrian anular el testamento en esta parte alegando la preterician.

14. De los herederos necesarios hay poco que saber, porque no existen ya en nuestra legislacion, y solo se mencionan por mera noticia. Llamábanse necesarios en el derecho romano y de las Partidas los siervos del testador que este instituía por herederos, y se les daba este nombre porque estaban obligados á admitir, aunque no quisiesen, la herencia de su señor, y á pagar las mandas y deudas que dejase, no solo del importe de aquella sino de todos sus bienes habidos antes ò despues de su fallecimiento, en recompensa de la libertad que adquirian en virtud de la institucion (3).

15. Herederos voluntarios ó extraños son todos los que no estan comprendidos en la línea recta descendente ni ascenden-

1 Ley 21. tit. 3. Part. 6.
2 Leyes 1 y 2. tit. 13. Part. 4. y 21. tit 3. Part. 6.
3 Ley 21. tit. 3. Part. 6.

te del testador, porque aun cuando sean parientes suyos no tienen derecho á sus bienes, ni por ser olvidados ó preteridos en él les corresponde accion ni querella, á no ser en un caso muy singular.

16. Hay tambien herederos sustitutos, que son aquellos á quienes se transfiere la herencia por disposicion del testador, siempre que los principales la repudian, ó fallecen antes de entrar en ella, ó en edad ó en estado de no poder testar. De unos y otros se tratará en capítulo separado (*).

* Cómo hayan de conducirse los herederos en la aceptacion de la herencia y formacion de inventario, y en qué penas incurren faltando á la debida legalidad en esta materia, se explicará en el tratado de inventarios y particiones.

CAPITULO TERCERO.

De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento.

§. 1. Diferencia entre las dos líneas de herederos forzosos.
2. En la línea de los descendientes legítimos ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador.
3. Esto se verifica aunque se casen *in articulo mortis*.
4. Lo mismo sucede aunque entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio subsecuente haya mediado otro matrimonio.
5. Compréndense los hijos de los clérigos de menores, si despues se han casado sus padres.
6. Tambien los nietos, hijos de un hijo natural, respecto de sus abuelos.
7. Son tambien legítimos los que nacen de infieles convertidos, antes de la conversion de los mismos.
8. Igualmente son legítimos los póstumos.
9. Circunstancias que han de concurrir en los hijos legítimos para ser herederos forzosos de sus padres.
10. La institucion de estos ha de ser directa y no fideicomisaria.
11. Debe igualmente estar concebida sin condicion ni gravamen.
12. Lo dicho hasta aqui se entiende tambien respecto de los nietos, biznietos y demas. ¿Que es heredar *in capita* é *in stirpem*?
13. ¿Que parte debe dejar el testador á sus descendientes legítimos, y de qué otra parte puede disponer?
14. ¿Que cosa es la *legítima*, y cuando se llama diminuta ó corta?
15. Los hijos no tienen derecho á su legítima sino despues de muerto su padre.
16. Pero si el padre quiere puede dársela en vida.
17. El padre puede revocar siempre que quiera la distribucion que hubiere hecho de las legítimas de sus hijos.
18. Distincion de casos cuando el padre quiere que sea irrevocable la distribucion en vida de la legítima de sus hijos.
19. Doctrina diversa cuando estos se hallan bajo la patria potestad.
20. El juramento que hacen los hijos de no reclamar mayor porcion de su legítima, los imposibilita de hacerlo.
21. Pero si no hay juramento podrá repetir el aumento que le corresponda.

1. Aunque se dijo en el capítulo anterior, que eran herederos forzosos los individuos comprendidos en las líneas rectas

del testador, hay entre unos y otros notable diferencia. La línea de los descendientes legítimos es la preferida, y siempre que haya alguno dentro de ella excluye á los que se hallen en las otras líneas.

2. Entre los descendientes ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador, sin distincion de varones y hembras, y se llaman asi porque nacen segun ley y disposicion de nuestra Santa Madre Iglesia. Pueden ser de tres clases: unos nacidos y procreados durante el matrimonio verdadero de sus padres, para el cual no tuvieron impedimento canónico. Otros, que naciendo igualmente de padres bien y legalmente casados, resultó despues entre estos algun impedimento canónico, que ignoraban ambos, ó al menos uno de ellos. Y otros, que habiendo nacido de padres solteros y libres de impedimento canónico para contraer, se casaron despues, porque el subsiguiente matrimonio legitima los hijos; y si la madre era sierva, recobra por este medio su libertad (1) (*).

3. Se verifica lo expuesto, aunque se casen al tiempo de su muerte, y por esto no haya esperanza de que puedan procrear (2). Mas no cuando el impedimento es cierto y perpetuo, v. gr. en el castrado que está imposibilitado de tener sucesion, pues ni puede casarse, ni aun cuando lo verifique vale el matrimonio (3). Lo mismo sucede si el que está próximo á morir, decrépito, ó de tal modo ha perdido el uso de sus sentidos que no puede prestar su consentimiento para contraer matrimonio, en cuyo caso ni este vale ni los hijos se legitiman (4) (**).

4. Tambien se legitiman por el matrimonio subsecuente, y entran á heredar con los hijos legítimos, los que despues de nacidos de muger soltera ó viuda se casó su padre con otra muger, si muerta esta contrajo matrimonio con la madre de los referidos; y es la razon porque para la legitimacion de los hijos no toman en cuenta las leyes el tiempo medio, sino los extre-

1 Leyes 1. tit. 13. Part. 4. ? y 4. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real.

* Entiéndase que los hijos legitimados que la ley considera legítimos, y concurren como herederos forzosos de sus padres y abuelos en primera línea excluyendo á la de los ascendientes, son únicamente los que se legitimaron por el matrimonio posterior de sus padres; mas no los legitimados por rescripto del Príncipe, pues estos no concurren á la herencia con los legítimos, segun terminantemente lo previene la ley 12 de Toro, que es la 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., añadiendo que en orden á honores y preeminencias no se diferencian de los primeros.

2 Cast. en la ley 21 de Toro, num. 25. y Cifuentes, num. 15. Gom. ley 12 de Toro, num. 56.

3 Gom. ibid. vers. *Sed advertendum.*

4 Gom. num. 58. vers. *Secundo.*

** Se exceptúa el caso en que se justifique haberse contraido el matrimonio en fraude del sustituto ó fideicomisario llamados á la sucesion, pues aunque aquel es válido, no da derecho á la herencia.

mos, que son estar en aptitud sus padres para casarse sin dispensa cuando los procrearon, y verificarse despues en cualquier tiempo su matrimonio (1).

5. Repútanse igualmente como legítimos los hijos del clérigo de menores, habidos en su concubina, si posteriormente se casó con ella, perdiendo el beneficio (2), y se amplía y há lugar aun en el caso de que concurran en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto y adulterio, pues prevalece el favor del matrimonio (3), porque como basta que en uno de los dos tiempos, que son la generacion del hijo ó su nacimiento, esten sus padres libres de impedimento canónico para contraer, segun la ley 11 de Toro; aunque cuando fue engendrado interviniese el incesto y adulterio de sus padres, si cuando nació habia muerto el marido de su madre, ò la muger de su padre, y estaba obtenida la dispensacion, y casados los dos, se removieron ambos impedimentos; y asi nació en tiempo habil para ser reputado por hijo legítimo y de legítimo matrimonio. Y si obtenida la dispensacion no se hubiesen casado, se legitimará por el subsecuente, porque cuando nació ya eran libres sus padres, y mediante la dispensa anterior se hallaban ya tan aptos para contraerle como si jamas hubiera habido impedimento alguno.

6. Esta doctrina comprende tambien á los nietos: por lo que si el abuelo tuvo algun hijo natural en muger soltera ò viuda, y este otro hijo legítimo, y despues de muerto el hijo natural, se casa el abuelo con la referida muger, se legitimará el nieto para con su abuelo, y como legítimo le sucederá del mismo modo que si el matrimonio se hubiese verificado en vida de su padre (4).

7. Tambien son legítimos los que nacen de infieles, que despues se convierten á nuestra santa religion, aunque esten en el grado prohibido por derecho canónico, porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no estan sujetos á las leyes canónicas hasta que se reducen al gremio de la iglesia (5).

8. Son tambien hijos legítimos los póstumos, esto es, los que nacen despues del fallecimiento de sus padres (6), por cuya razon dice el derecho que el que deja à su muger en cinta, no

1 Gom. dicha ley 12. num. 60.

2 Covarr. *in Epitome de sponsal.* part. 2. cap. 8. Greg. Lop. ley 1. tit. 13. Part. 4. glos. 9.

3 Vasquio *de succesion.* part. 1. lib. 3. §. 22. Morquech. *de div.* lib. 4. cap. 6. num. 24.

4 Gomez en la ley 12 de Toro, num. 62. vers. *Sed his non obstantibus.*

5 Cap. *Gaudemus.* 15. *Qui filii sint legitimi.*

6 Ley 20. tit. 1. Part. 6.

muere sin hijos, y siendo sus madres libres y no siervas, ò aun cuando sean siervas al tiempo de su nacimiento, si al de su concepcion eran libres, no solo se tendrán por libres, sino que gozarán y les competirán todos los privilegios que à los nacidos. Lo mismo sucederá si cuando los conciben son siervas, y al tiempo de parirlos estan manumitidas, porque el hijo sigue la condicion de su madre, excepto en cuanto á los honores civiles, que sigue la de su padre, si nace despues que los obtuvo y no antes (1). Para que se tengan por legítimos es preciso que los pára su madre à lo mas à los diez meses despues de la muerte de su marido, y que à este tiempo viva en su compañía; pues si nacen, aunque no sea sino un dia entrado en el onceno mes, no se reputarán por legítimos, pero sí naciendo dentro de los siete (2) ò de los nueve, que es lo comun; bien que suele haber partos verdaderos de once meses, lo que pocas veces sucede: véase acerca de este punto à Lara *de vita homin.* cap. 10 (*).

9. Para poder heredar los descendientes legítimos à sus ascendientes, y llamarse naturalmente nacidos y no abortivos, han de nacer vivos enteramente, como se indicó en el cap. 1. tit. 1. lib. 1., y vivir despues veinte y cuatro horas naturales à lo menos, ser bautizados antes de morir, aunque solo fuese por medio del agua de socorro; y por último han de haber venido al mundo con figura racional, en términos que no quedase duda de que pertenecian á la especie humana. Si no se verifican estas tres circunstancias no podrán heredar à sus ascendientes, aun cuando expresamente los instituyan por sus herederos.

10. La institucion que los padres deben hacer en sus hijos legítimos es la directa y no la oblicua ó por fideicomiso. Llámase directa cuando en su virtud puede admitirse ò pedirse la herencia sin ministerio de otra persona, y oblicua siempre que es precisa la intervencion de tercero.

11. Dicha institucion ha de ser íntegra y sin condicion ni gravamen, por lo cual no admite coherederos extraños. Por tanto si alguno de estos fuere instituido, será su nombramiento ineficaz y nulo (3). Unicamente respecto del póstumo se verifica haber una condicion tácita, que es la de que se haya de realizar su nacimiento. Luego que esto sucede se le dan todos los

1 Ley 1. tit. 1. lib. 6. Rec.
2 Ley 4. tit. 23. Part. 4. Lara *de vita homin.* cap. 10 Menoch. lib. 2. præsumpt. 52. Rojas *de incomp.* part. 2. cap. 4.
* Véase lo que sobre este punto se dijo en el cap. 1. tit. 1. lib. 1.
3 Leyes 7. tit. 1. Part. 6 y 1. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real. Leyes 17 al fin, tit. 1, 4 y 7. tit 11 y 11. tit. 4. Part. 6.

remedios posesorios de tenuta y restitucion *in integrum*, que le competen (1), para lo cual basta que no tengan impedimento legal al tiempo de morir el que los instituye, aun cuando antes le tuvieran.

12. Lo dicho hasta aqui no solo se entiende de los hijos legítimos, sino tambien de los nietos, biznietos y demas descendientes directos del testador, todos los cuales son sus herederos forzosos en su caso, excluyendo los de mas próximo grado á los mas remotos, y pueden anular el testamento de su ascendiente, si no los instituye, ó si los olvida en él, que es lo que se llama pretericion. Asi en caso de tener hijos vivos no podrá instituir por herederos á sus nietos, hijos de estos, sino que los hijos distribuirán entre si la herencia á partes iguales (salvas las mejoras de que se hablará despues). Esto es lo que se llama heredar *in capita ó por cabezas*. Pero si los nietos del testador son hijos de algun hijo difunto, deberá el abuelo instituirles en la parte que hubiera correspondido á su padre si viviera, y esta la dividirán entre sí á partes iguales: de modo que entre todos juntos en representacion de su padre muerto heredarán tanta porcion como cada uno de sus tios. Esto es lo que se llama heredar *in stirpem ò por estirpes*.

13. Explicado el orden y forma en que el testador debe instituir á sus descendientes legítimos, resta decir qué parte de herencia debe dejarles; pues aunque las leyes reconocen en ellos un derecho á la totalidad del caudal de sus ascendientes, sin embargo han permitido siempre á los padres el que puedan disponer en favor de extraños ó de su alma en alguna parte de sus bienes. La ley 17. tit. 1. Part. 6, que en este particular daba á los ascendientes bastante amplitud, fue moderada por otras del Fuero Real, que solo les concedian la facultad de disponer libremente de un quinto de su caudal en vida, y de otro en muerte (2). Pero despues la ley 28 de Toro redujo la facultad de aquellos á disponer en vida ó muerte de solo el quinto (3), prohibiendo que la suma empleada en ambas ocasiones exceda de la cuota referida (*).

1 Lara *de vita homin* cap. 2.

2 Leyes 9. tit. 5. y 7. tit. 12. lib. 3 del Fuero Real.

3 Ley 8 tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

* En el obispado de Ciudad-Rodrigo es costumbre inconcusa que los ascendientes puedan legar la cuarta parte de sus bienes, aun cuando tengan hijos legítimos. Y no faltan autores que concedan la misma facultad fuera de dicho obispado á los padres que no dejan mas hijos, que un póstumo, fundándose en la ley 3. tit. 12. lib. 3 del Fuero Real; pero no es asi, porque estas leyes no tienen lugar sino donde estan en constante observancia, como lo manda la 1 de Toro, y la citada no lo es-

14. De lo dicho se infiere que los bienes todos de sus ascendientes, á excepcion del enunciado quinto, forman la *legítima* de sus descendientes, y se llama asi porque está designada por la ley, no pudiendo defraudarles el testador de la parte mas mínima de ella. Pero puede aumentar en vida ó en muerte la porcion de alguno ó algunos de ellos, con menoscabo de los demas, en la tercera parte de su caudal, y esto es lo que se llama mejorarlos en el tercio. Cuando la legítima consiste en la totalidad de la herencia distribuida por igual entre los descendientes se llama *plena ò completa*: cuando algunos de estos la reciben con el menoscabo del tercio, por haber el ascendiente mejorado en él á otro ú otros, se llama legítima *corta ò diminuta*. Asi se ve que aunque el tercio se considera legítima por cuanto toca necesariamente á los herederos forzosos, no tiene en realidad concepto de tal sino respecto del mejorado. Como el padre es libre en dejar el quinto de sus bienes á un extraño, con mayor razon puede disponer de él en favor de alguno ó algunos de sus hijos, aun cuando lo haya mejorado en el tercio, y esto es lo que se llama mejorarle en tercio y quinto. De todo lo cual se habla extensamente en el capítulo de las mejoras.

15. No se debe á los hijos su legítima sino despues de la muerte de su padre, y asi no está obligado á dársela en vida, ni aun cuando esten presos y la necesiten para pago de alguna multa ó condena que se les haya impuesto (1). Sin embargo creen algunos que hay casos en que tienen los padres obligacion de satisfacer ciertos gastos ó penas impuestas á sus hijos, fundándose en razones que no son despreciables (2).

16. Pero si el padre quiere es dueño de entregar á sus hijos en vida la legítima que les corresponderia en caso de muerte, aun cuando estos lo resistan y no la quieran (3), porque aquel plazo se estableció en favor de los padres, y por tanto lo pueden renunciar. Sin embargo no deberán hacerlo cuando se expongan á que redunde en perjuicio de ellos, como si fuesen menores ó pródigos, pues estan obligados á evitarles cuanto pueda serles nocivo (4).

17. Puede por consiguiente hacer en vida la distribucion, y

tá en parte alguna. Al contrario, por las leyes 3. tit 23. Part. 4. y 70 tit. 1. Part. 6. el póstumo en cuanto concierne á su utilidad se considera como nacido.

1 Menchac. *in Authentic. novissim. Cod. de inoffic. test.*

2 El adicionador de Febrero en nota al num 10. § 1 cap. 1. lib 2 part 2.

3 Menchac. *de succession. creat.* §. 7.

4 Velasc. *de partit.* cap. 21. num. 6.

tambien revocarla despues de hecha y de entregados los bienes en ella contenidos, á menos que no exprese su voluntad de que sea irrevocable. Si lo expresa será considerado el acto como una donacion *inter vivos*; pero de lo contrario no tendrá otro concepto que el de última voluntad anticipada, y es sabido que las últimas voluntades son revocables hasta la muerte (1).

18. Si dice que quiere sea estable é irrevocable para siempre, se ha de distinguir: ó los hijos entre quienes se efectúa la particion estan bajo de la patria potestad ó no. Si no existen por hallarse casados ó emancipados por su padre ó por la ley ó rescripto del Príncipe, valdrá y no se podrá revocar, porque por la tradicion que les hace de los bienes, se les transfiere irrevocablemente el dominio de ellos (2).

19. Pero si existen, se podrá revocar, porque no se les transfiere su dominio, y es nula la donacion que sus padres les hacen estando en su poder (3). Previniendo que si por esta particion no consiguió algun hijo la legítima íntegra que le correspondia atendidos los bienes que al tiempo de formalizarla tenia su padre, no le dañará, antes bien podrá repetir el residuo asi de ellos como de los posteriormente adquiridos ó aumentados (4).

20. Valen en tanto grado la asignacion de bienes hecha por el padre entre sus hijos mayores y la tradicion que de sus legítimas les hizo en vida con cláusula y juramento de que no han de pretender mas de los paternos, sin embargo de que se aumenten despues, renunciándolos expresamente, que ya se multipliquen ó disminuyan, ni el hijo tendrá repeticion contra los referidos bienes aumentados, ni el padre contra los dados al hijo, ni aunque la intenten deben ser oidos, porque el juramento confirma y vigoriza el pacto (5).

21. Pero si no interviene pacto jurado de no pretender suplemento de legítima de los bienes que despues de la tradicion aumente el padre, aunque esten discordes los autores acerca de si los hijos podrán ó no pedirlo, la mas segura opinion es que pueden, y que creciendo las facultades de sus padres debe creer

1 Ayor. part. 3. quæst. 10. Morquech. *de divis. bonor.* lib. 4 cap. 3. num. 5 y 6.

2 Gom. en la 17 de Toro, num. 21. vers. *Sed his non obstantibus.*

3 Ley 3. tit. 4. Part. 5. Velasc. *de part.* cap. 21. dicho num. 13 y 14.

4 Buet. decis. 62. num. 8. Tell. en la ley 23 de Toro, num. 13. Velasc. dicho cap. 21. num. 17.

5 Palacios Rub. *in Rubr.* §. 16. num. 16. Menchac. *de succession. creat.* §. 18. num. 80. Molin. *de primogen.* lib. 2. cap. 13. num. 5.

tambien su legítima, no obstante que al tiempo que se hizo la particion hubiesen recibido íntegra la que con atencion á los bienes paternos les correspondia entonces, porque se debe regular segun los que tienen al tiempo de su muerte unidos con ellos, y no segun otros. Nada sirve alegar que siendo esto asi, tendrá el hijo dos legítimas, una al tiempo de la particion y otra despues de la muerte de su padre, pues en el efecto no es mas que una entregada en dos tiempos y veces, porque la asignacion primera lleva la tácita condicion, con tal que los bienes paternos no se aumenten (1).

1 Velase *de partit.* cap. 21. desde el num. 19. Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 5.

CAPITULO CUARTO.

De las mejoras.

§. 1. ¿Que son mejoras y de cuantas especies? ¿quien puede hacerlas?

2. El mejorante puede designar la finca ó alhaja de la mejora.

3. El que mejora en términos genéricos se entiende que mejora en tercio y quinto.

4. Los padres no pueden mejorar á sus hijas por razon de dote.

5. Los padres pueden mejorar por razon de dote á su hija natural, no teniendo hijos legítimos.

6. La madre tampoco puede mejorar á su hija por razon de dote, ni por otro contrato sin licencia del marido.

7. En qué caso puede el abuelo mejorar á su nieta por razon de dote ó casamiento.

8. La prohibicion de mejorar á las hijas por razon de dote se entiende solo por contrato entre vivos.

9. El pacto de mejorar ó de no mejorar es válido.

10. Si el que hace la promesa de mejorar, no la cumple, y es por contrato oneroso, estará únicamente obligado á resarcir el daño.

11. Pero si el pacto ó promesa fueron espontáneos, deberá cumplirse.

12. Si el interesado en el pacto de no mejorar consiente en la renuncia de este beneficio, cesa aquella prohibicion.

13. Al hijo, en cuyo favor se hizo el pacto de mejora, sucederán en ella sus hijos, si el primero muere antes que su padre.

14. Esta doctrina no se opone á la ley que permite al abuelo mejorar á sus nietos.

15. Los padres por ninguna promesa renuncian el derecho de disponer del quinto de sus bienes.

16. La promesa de no mejorar á un hijo se extiende á los nietos hijos de este.

17. La promesa de no mejorar á un hijo no se extiende á los demas.

18. Excepcion de esta regla.

19. La facultad de mejorar se extiende á los abuelos respecto de sus nietos.

20. El ascendiente no puede mejorar á su hijo único ni imponer sobre su herencia ningun gravamen.

21. El gravamen impuesto cuando el hijo no era único, cesa cuando llega á serlo.

22. Pero el hijo único podrá ser mejorado con cierta condicion.

23. Otro caso en que es válida la mejora del hijo único.

24. Las madres y abuelas pueden mejorar á sus descendientes estando viudas, ó teniendo bienes libres.

25. Si muerto el marido no confirma la viuda la mejora

hecha en vida de aquel sin su licencia, es nula.

26. La consignacion determinada de la mejora la ha de hacer por sí mismo el mejorante.

27. Debe sin embargo hacerla de modo que no cause á los demas coherederos grave perjuicio en su legítima.

28. Al mejorado debe entregarse la mejora en los mismos bienes que el mejorante designó.

29. Cuando la finca no tiene cómoda division serán libres los no mejorados en satisfacer la mejora en dinero ó de otro modo.

30. Pero entre herederos extraños elegirá el mejorado los bienes que tenga por conveniente.

31. ¿De que gravamen es susceptible el tercio?

32. El gravamen impuesto en la mejora de un hijo cesa cuando el padre hace simplemente la misma mejora en otro hijo.

33. La entrega de cantidades hecha por el padre á un hijo emancipado para edificar en terreno de este, se reputa mejora tácita.

34. Lo mismo sucede cuando le redimen de cautiverio, y en otros casos.

35. Se entiende que hay mejora respecto de los hijos nombrados por el padre en la institucion de heredero, cuando no nombra á otro ú otros hijos.

36. La finca poseida por el padre con gravamen de restitucion no se toma en cuenta para las mejoras.

37. El mejorado puede repudiar la herencia y aceptar la mejora.

38. Muerto uno de los mejorados acrece á los otros su parte en la mejora.

39. Otro caso en que acrece al mejorado la parte de otro difunto.

40. Otro caso diferente en que hay derecho de acrecer.

41. Aceptada la mejora y entregada la escritura, vuelve á la propiedad del padre la parte del mejorado que muere.

42. La donacion por testamento ó entre vivos en qué casos se presumirá mejora, y en qué casos no.

43. Las mejoras son válidas, aun cuando se rescinda el testamento por preterícion ó desheredacion.

44. Son válidas dos mejoras en el quinto en favor de dos herederos forzosos.

45. Hasta qué punto está obligado el mejorado á sufrir el gravamen del pago de deudas impuesto por el mejorante.

46. El mejorado en tercio y quinto que recibió en vida los bienes de su mejora, estará obligado á pagar el funeral del mejorante.

1. Llámase mejora *la porcion de sus bienes que deja el ascendiente á alguno de sus herederos descendientes, ademas de*

los que lè corresponden á partes iguales con todos los otros. La mejora puede ser *expresa ò tácita.* Expresa, cuando se emplea la palabra *mejoro* ú otra equivalente: tácita, cuando se hace simple donacion por mera liberalidad; en cuyo caso se considera mejora, y no se debe rebajar de la legítima del agraciado (1). Divídese tambien la mejora en *simple y condicional.* Es simple la que se hace absolutamente, y condicional la que lleva consigo alguna condicion ó carga. Las mejoras pueden ser del *tercio* solo, del *tercio y quinto*, ó de cualquiera cantidad menor que los dos. Las diferencias legales entre unas y otras se irán explicando por su orden en el discurso de este capítulo. El que tiene potestad de testar, puede disponer de sus bienes en la cantidad y forma que se le antoje, si testa entre extraños; pero no es libre de hacer lo que guste teniendo herederos legítimos, pues solo le está permitido en los términos siguientes. El padre, madre, abuelos y demas ascendientes directos pueden mejorar por una sola vez en vida ó muerte á alguno ó algunos de sus hijos, nietos y descendientes legítimos (aunque vivan los padres de estos) en el tercio y remanente del quinto de sus bienes libres, ya lo hagan por testamento ú otra última disposicion, ya por contrato entre vivos. Podrán igualmente vincularlos imponiendo sobre el remanente del quinto el gravamen que quisieren, pero no sobre el tercio, el cual, como se reputa por verdadera legítima, no puede sufrir mas gravamen que el de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso. No menos estan autorizados á arreglar el orden de sucesion al referido vínculo, anteponiendo ó posponiendo las personas que gusten en cada grado, con tal que observen en el modo y forma las reglas y condiciones que las leyes determinan (2). En orden á la cantidad vinculable concedian estas amplia libertad á los testadores; pero como por la Real cédula de 14 de mayo de 1789 no puede fundarse ningun mayorazgo, aunque sea por via de agregacion ó mejora de tercio y quinto, á no ser con las circunstancias que en ella se expresan, es ya indispensable observarlas. Una de las principales es que llegue ó exceda la renta de la nueva vinculacion de la cantidad de tres mil ducados, por lo cual quedan derogadas en esta parte las disposiciones precedentes (3). La mejora del tercio entre descendientes legítimos se entiende no solo en orden á la propie-

1 Tello en la ley 26 de Toro, num. 1. Matienz en la 10. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 1.

2 Leyes 2 y 11. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. Rej. de Alm. *de incompat.* disp. 2. quæst. 3. num. 8

3 Ley 12. tit. 17. lib. 10 Nov. Rec. Véase sobre esto el tratado de mayorazgos, cap. 2.

dad de los bienes que la constituyen, sino al usufructo de los mismos, ya porque el tercio es verdadera legítima, como queda dicho, y ya tambien porque las leyes no hacen distincion alguna. Por tanto si el ascendiente mejora en el tercio y quinto de su caudal á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, dejando á otro ú otros el usufructo por tiempo fijo ó indeterminado, será nula esta segunda concesion por lo relativo al tercio, y solo tendrá efecto en el quinto, sobre el cual determinará el testador lo que se le antojare, ya sea entre parientes ó extraños, ya gravándole como gustare, y ya vinculándole, siempre que sus rentas lleguen á la cantidad de la ley citada y se observe cuanto dispone, pues tiene para ello total y absoluta licencia.

2. Tambien puede el testador prefijar por sí mismo la finca ó fincas en que ha de consistir la mejora del tercio y quinto y el dinero con que debe satisfacerse; pero si esta consignacion no alcanza para el cupo de la mejora, se atenderá al modo y términos en que se haya explicado el testador. Si dice v. gr. *mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de todos mis bienes, y para parte de pago le consigno tales fincas*, nombrándolas, deberá suplirse lo que falte de los demas de su herencia, porque la mejora consiste en este caso en la totalidad del tercio y quinto, y no en las alhajas consignadas, que solo deben entrar como parte (1). Lo cual se entiende asi, aunque el testador omita la palabra *todos*, y diga solo de *mis bienes*, porque la indefinida equivale á la universal. Pero si el testador dijo: *mejoro á mi hijo Pedro en tal y tal finca por razon del tercio y quinto*, en este caso no debe suplirse del resto de sus bienes la cantidad que fuere para el completo, porque es claro que no quiso el testador mejorarle mas que en el valor de dichas alhajas (2). Mas si estas excedieren de la suma que corresponde al tercio y quinto, quedará revocada la mejora en el exceso, el cual se aplicará al mejorado como parte de la cuota que debe percibir en igualdad con los demas coherederos. Y si todavia fuere mayor el exceso que la porcion que le cabe de la herencia, devolverá el sobrante en especie ó en dinero si la finca no tuviere cómoda division (3). Entre herederos extraños no hay semejante obligacion, debiéndose observar siempre la voluntad del testador en todas sus disposiciones.

3. Mejorando genéricamente el padre á un hijo en contrato ó

1 Cifuentes en la ley 17 de Toro.
2 Gomez ley 17 de Toro, num. 14.
3 Ley 10. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

última voluntad, sin expresar si es en el tercio ò en el quinto, diciendo solamente: *mejoro á mi hijo fulano*, lejos de viciarse esta mejora por la incertidumbre que trae consigo, es válida, y se entiende mejorado el hijo en tercio y quinto, que es cuanto la ley le permite. La razon es porque está manifiesta su voluntad de favorecerle en todo aquello que está en su mano, y segun un axioma de derecho los favores en caso de duda deben entenderse con amplitud.

4. Aunque los padres pudiendo estan obligados por derecho à dotar à sus hijas legítimas existentes en su dominio, ya sean ò no ricas (1); no obstante, en ninguna cosa pueden mejorarlas, ni prometérsela con título de mejora, por razon de dote ni por la de casamiento (2): ni aun cuando las prometan el tercio ó quinto se entienden mejoradas en ellos, ni en algunos de ellos tácita ni expresamente por contrato entre vivos, como lo preceptúa la ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. en su 2.ª parte: porqué por virtud de este pacto y promesa se priva el padre de testar á su arbitrio, y recae en la hija la parte de la mejora que podia dejar à sus hermanos, y se habia de dividir entre ellos, ó tocar à uno solo (3); y esto es defraudar indirectamente la ley prohibitiva, y ser mejorada tácitamente la hija. Lo cual se entiende ya esté casada ó soltera esta, y se la entreguen antes de casarse ò despues de casada por via de aumento (4): pues la que se constituye durante el matrimonio se llama propiamente dote, sin embargo de que no haya intervenido promesa. Se entiende igualmente ya sea la dote para contraer matrimonio, ó para entrar en religion ò profesar si es novicia, aunque ningun hermano varon tenga, y las demas hermanas esten casadas excepto ella, y aun cuando al tiempo de dotarla sea única, si despues procrea su padre mas hijos, pues se revocará en el exceso de su legítima, de modo que quede igualada con ellos. Y asimismo se entiende, no obstante que el padre haga la donacion à la hija con la calidad y obligacion de restituir el exceso al hijo que nazca: pues sin embargo de esta condicion y gravamen no valdrá, porque se hace por razon de matrimonio, cede en detrimento de sus hermanos, y es en fraude de la ley que lo prohibe y anula los pactos contrarios (5). Por lo que si la dote que las da su pa-

1 Ley 8. tit. 11. Part. 4.

2 Gutierr. *de juram. conf.* part. 1 cap. 59. Mat. ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec.

3 Acev. en la ley 6. tit. 6. lib. 5. Rec. num. 24. Gutierr. *de juram. conf.* par. 1. cap. 59.

4 Baez. *de non melior. filiab.* cap. 5. num. 11 al 23.

5 Baez. ibi, cap. 14 num. 6 al 21.

dre excede de la legítima que las puede corresponder cuando muere, atendido el valor líquido y efectivo de sus bienes unido con el de su dote, deben restituir el exceso á sus hermanos, por no transferírselas su dominio, y no se les imputará en el tercio ni quinto, ni en parte de ambos ni de alguno: lo uno porque siempre que la ley resiste y anula algun contrato, se impide la traslacion del dominio, y ninguna obligacion natural ni civil nace de él (1); y lo otro porque para dotar, y que la dote sea cóngrua y no se gradúe de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, à su calidad y condicion, y à la de la dotada y su marido, à los hijos con que el donante se halla y à la costumbre del pueblo (2). Pero bien puede mejorarlas haciéndolas alguna donacion simple por mera liberalidad; y cesando todo fraude valdrá, porque la ley inserta reprueba solamente las mejoras por via de dote ò matrimonio, á causa de ser excesivas, mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario seria correctiva de las que permiten dichas donaciones (3).

5. Careciendo un padre de hijos legítimos, y teniéndolos naturales, parece que no podria mejorar à una hija natural por via de dote ni casamiento, porque no debe ser de mejor condicion que la legítima, y porque la ley citada, no solo se estableció á favor de los hijos à fin de que no fuesen perjudicados en sus legítimas, sino al de sus padres, para evitar que estos por dotar inmoderadamente à sus hijas se empobreciesen; cuya razon milita para con las naturales igualmente que para con las legítimas, y asi deberia gobernar y observarse la misma disposicion; pues aunque cada uno es dueño de sus bienes, y puede hacer de ellos lo que quiera, conviene à la república que no sea pródigo ni abuse de ellos imprudentemente. Pero á pesar de eso lo cierto es que puede mejorar por via de dote á su hija natural en la forma que quisiere. Lo primero, porque la ley prohibitiva habla de las legítimas y no de las naturales, por lo que no se amplía ni debe ampliar á estas su prohibicion. Lo segundo, porque manda que el padre no pueda dar tercio ni quinto à su hija legítima por via de dote ni casamiento, ni se entienda mejorada tácita ni expresamente por contrato en sanidad, y estas palabras no cuadran ni convienen à otros hijos que à los legítimos, á quienes su pa-

1 Ley *Frater à fratre*, ff. *de condit. indebit.* Baez ibi, cap. 36. num. 4. Acevedo en la ley 3. tit. 2. lib. 5. Rec. num. 21 y 22.

2 Ley *Filiæ*. 41. ff. *de leg.* Decio consil. 277. vers. *Tamen his.*

3 Gutierr. *de juram. confirm.* cap. 50. num. 15.

dre puede mejorar, y se debe la herencia y legítima; por lo que, y por no deberse estas á los naturales, ni ser herederos de sus padres contra su voluntad, ni (ya haya ó no legítimos) tener mas derecho que al quinto, que es lo que teniendo estos, puede dar à aquellos ò dejarles por via de alimentos; es visto haber querido que su prohibicion no se entendiese con otras hijas que con las legítimas. Y lo tercero, porque aunque el padre haga donacion de todos sus bienes, no pueden revocarla los naturales, como legítimos: y si carecen de potestad para impugnar y revocar la donacion inmensa, tampoco la tendrá para revocar la mejora que no lo es; por cuyas rozones el padre que no tiene hijos legítimos, puede mejorar en contrato por via de dote ò casamiento à sus hijas naturales (1).

6. Como la madre (siendo católica) no está obligada à dotar à sus hijas, parece que podria mejorarlas por via de dote ò casamiento; pero tampoco lo puede hacer, porque la ley enunciada emplea las palabras: *Ninguno puede dar ni prometer* &c. por lo cual es claro que está comprendida del mismo modo que el padre (2). Pero hay respecto de ella una prohibicion que no tiene este, y es que la madre tampoco puede mejorar à las hijas naturales por razon de dote ni casamiento, aun cuando no tenga hijos legítimos, porque à falta de estos obtienen los naturales privilegios de ligitimidad, y son herederos forzosos de su madre *ex testamento* y *ab intestato*. Pero si tiene hijo ò hija legítima, solo podrá disponer del quinto en favor de los naturales, del mismo modo que si fueran extraños. Los hijos legitimados son tambien preferidos á los naturales como se dirá en su lugar.

7. Discuerdan los autores sobre si la ley prohibitiva de mejorar por via de dote ó casamiento á las hijas, comprende al abuelo respecto de sus nietas. La opinion mas fundada es que si la nieta es hija de hija, no podrá su abuelo mejorarla, por la regla general de que estando uno privado de suceder, lo estan tambien sus descendientes, y ciertamente no hay razon para que la tal hija sea de mejor condicion que su madre (3). Pero si la nieta es hija de hijo, podrá mejorarla, porque sucede en los derechos de su padre, el cual como varon no debe estar comprendido en una ley que solo habla de las hembras (4).

8. Aunque queda sentado que las hijas legítimas no pueden ser mejoradas en tercio, quinto ni en otra cosa alguna por sus

1 Baez. *de non meliorand. filiab.* cap. 13. num. 2 al 9.
2 Baez. ibid. cap. 11. num. 11 al 25.
3 Baez. ibi, cap. 7. num 36.
4 Tello en la ley 17. de Toro, num 75.

padres tácita ni expresamente, por prohibirlo la ley inserta, se circunscribe y limita esto al tiempo y caso de que habla, que es por contrato en sanidad; pero no por testamento ò por otra última voluntad, pues en esta no solo pueden mejorarlas sino hacerlas legados como á sus hijos sin diferencia, porque la legal prohibicion no se amplía á las últimas disposiciones (1): y pueden tambien confirmar la dote inoficiosa hecha sin sospecha de fraude, y mandar que la hija la lleve íntegra en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima; porque por su confirmacion convalece (2). Y la razon porque no se prohibe que en última disposicion sean mejoradas es porque si las mejora en contrato, como este es irrevocable segun las leyes 17 y 22 de Toro, se causa grave daño no solo al mejorante, porque queda privado de sus bienes sin poder reclamar ni arrepentirse, sino á los demas hijos, porque son defraudados en sus legítimas; pero en testamento ú otra última voluntad es al contrario, pues puede enmendar, revocar y anular la mejora en él hecha, y ningun perjuicio se le causa, por no surtir efecto hasta despues de su muerte; por lo que cesando la razon de la prohibicion, debe cesar la ley prohibitiva (3): y una cosa es contraer, y otra testar (4). Pero es de advertir que la validacion de la mejora á favor de las hijas en testamento ú otra última voluntad se entiende con tal que en contrato no se haya estipulado ó precedido promesa de hacerla; pues si precedió, y haciendo el testador mencion de la promesa en el testamento constituye la mejora, no valdrá, porque se conceptúa hecha en fraude de la ley, y en consecuencia de la obligacion primera. Y lo propio milita aunque no haya precedido promesa de mejorar à la hija, si estaba tratado ya su matrimonio, y por razon de este la mejora ò hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá (5).

9. Como de la convencion y pactos justos de los contrayentes reciben la ley los contratos, y á cuanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado (6); por esto prometiendo absolutamente por contrato en sanidad el padre, madre ú otro ascendiente legítimo mejorar á algun hijo ó descendiente suyo por via

1 Baez. tit. cit. cap. 20. num. 6 al 11. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 2. num. 4. y glos. 3. num. 2.

2 Morq. *de divis.* lib. 4. cap. 13. num. 43.

3 Martienz ibi. Baez. ibi, num. 3 y 14.

4 Ley *Verba contraxerunt*, ff. *de verbor. signific.*

5 Ayor. *de partit.* part. 2. quæst. 2. Baez. ibi, num. 15. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 59. dicho num. 16, y otros.

6 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

de casamiento ó por otra causa onerosa, ò no mejorar á ninguno en tercio ni quinto, y otorgándose sobre esto escritura pública (1) (pues no basta la privada en cuanto al pacto de no mejorar, y sí à la promesa de mejorar) (2), debe observarse el pacto, segun lo ordena la ley 22 de Toro, que es la 6. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. Lo cual se entiende, ya el contrato oneroso se haga con tercero ó con el hijo solamente, pues debe el ascendiente cumplir la promesa (3).

10. Si el padre promete por via de casamiento ò por contrato oneroso no mejorar à hijo alguno, y acepta su hija y yerno la promesa, si procediese contra esta parece deberá pagarles el daño que por su contravencion les causó, pues en las obligaciones de hacer ó no hacer sucede en su lugar el interes; y no será obligado à cumplir el pacto, ni incumbe à la hija el que lo cumpla ò no; por lo que reintegrándola de lo que la tocaria, á no haber contravenido á él, no puede pretender otra cosa, ni aunque la pretenda se le debe oir, porque los pactos se establecieron para que cada uno consiga lo que le interesa (4).

11. Pero si el contrato y promesa de no mejorar fue absoluto, sin haber precedido causa alguna para hacerlo mas que la mera voluntad del padre dirigida à solo el fin de que todos sus hijos consiguiesen su legítima íntegra y completa, y le heredasen con igualdad, deberá observar el pacto, y por consiguiente á ninguno de sus hijos, nietos ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere será nulo é ineficaz (5). Mas no obstante véase lo explicado en el párrafo 4.° acerca de las hijas, pues será lo que se observe.

12. Si el hijo á cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar à los demas lo remitiere y consintiere que su padre ò madre mejoren al que quieran, ó falleciere en vida del mejorante sin descendientes, pueden mejorar á otro hijo, porque este pacto fue meramente personal, hecho con solo aquel hijo, en virtud del cual ningun derecho adquirieron los otros. Al contrario si falleció en vida de su padre dejando hijos ò descendientes, pues entonces á ningun hijo puede mejorar, porque todos estos en-

1 El modo de probar el contexto de la escritura en caso que esta y su protocolo se pierdan se dijo en el capítulo sobre los instrumentos de que debe y puede dar copia el escribano.

2 Matienz. en la ley 2. tit. 16. lib. 5 *Reg* glos. 2.

3 Ayor. part. 2. quæst. 14. num. 43 y 44. Matienz. en la ley 6. glos. 2. num. fin. tit. 6. lib. 5.

4 Ayor. dicha part. 2. quæst. 15.

5 Gom. en la ley 22 de Toro, num. 27. Ayor. quæst. 15. vers. *Si vero prom.* Mat. en dicha ley 6. tit. 6. lib. 5. glos. 1. num. 4. etc. ibi Acev. num. 9.

tran en el lugar de su padre muerto, y como que juntos le ocupan, deben suceder en todo el derecho que le compete (1).

13. Cuando el padre ó la madre prometieron mejorar à uno de sus hijos, y este no remitió el pacto y derecho en su virtud adquirido, y murió en vida del padre ò madre, con quienes lo hizo, sin dejar descendientes, pueden mejorar à cualquiera de los otros hijos; pero no si dejó hijos ú otros decendientes legítimos, pues entonces estarán obligados á mejorar á todos sus nietos hijos de este hijo difunto, y no à uno de ellos solamente, porque todos juntos entran à ocupar el lugar de su difunto padre, y suceder en el derecho que le competia; y asi se ha de dividir igualmente entre todos la mejora, y no llevarla uno solo (2).

14. Lo cual procede sin embargo de que la ley 18 de Toro permite al abuelo que pueda mejorar à cualquiera de sus nietos y descendientes, ya esté vivo ò no su padre, pues la disposicion de esta ley se entiende cuando no precedió el pacto de no mejoras; pero habiendo precedido, no puede el abuelo mejorar á sus nietos sin expreso consentimiento de su hijo en vida, ni despues de muerto este, porque como queda expuesto, todos los nietos entran à ocupar su lugar, y suceden en todo el derecho, en que á vivir sucederia, y cada uno en su respectiva parte solamente (3).

15. Aunque el padre ò la madre prometan por causa onerosa no mejorar á sus hijos ni decendientes en el tercio y quinto de sus bienes, pueden disponer por su alma, ó á favor de causas pias ó en lo que quisieren, del quinto de ellos, porque en este caso solo el tercio es legítima necesaria de todos sus hijos, y asi no pueden dejar este à uno, ó á mas; sino que lo han de partir igualmente, por haber adquirido en virtud del pacto igual derecho á él, que à los demas bienes; pero el quinto no lo es, por lo que como hacienda suya tienen facultad de usar de ella á su arbitrio, y de lo contrario quederian intestables (4).

16. Prometiendo por causa onerosa ó simplemente el padre ò madre en escritura pública no mejorar à alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco á sus nietos ni à otro descendiente de este hijo, porque cuando consta de la voluntad del testador,

1 Gom. ibi, num. 24. vers. *Sed his non obstant.* Ibi Palac. Rub. y Tell. Acev. en dicha ley 6. tit. 6.

2 Gom. ibi, num. 24. Tello, num. 19. 20. Matienz. en dicha ley 6. glos. 7.

3 Palac. Rub. ibi, col. 6. Cast. en dicha ley 22. num. 30. Gom. dicho num. 24. vers. *Nec. obstat.*

4 Gom ibi, num. 26. Angul. en la ley 6. glos. 6. num. 2. Acev. ibi, num. 6 al fin.

se comprenden siempre en el nombre de hijos los nietos y demas descendientes, aunque sea en materia odiosa por militar la misma razon: y en el presente caso consta de su voluntad, pues teniendo mas afecto al hijo, que al nieto y á otro descendiente, por la menor distancia de grado, una vez que prometen no mejorarle, es visto no querer mejorar tampoco al nieto, porque versa la propia y aun superior razon (1). Si los ascendientes se obligan à no mejorar á ningun descendiente, y luego lo mejoran, la mejora es nula: por igual razon, si habiendo prometido mejorar, no cumplen la promesa en su testamento, se entenderá válida (2). Si dicha mejora se pactó que fuese simple y absoluta, no podrá despues ser gravada de modo alguno (3).

17. Sin embargo de que el padre y la madre hayan prometido no mejorar à cierto hijo, pueden mejorar à otro, porque su promesa se circunscribió solamente á él, y no se amplió á los demas; por lo que no debe obrar fuera de su intencion, pues la causa limitada produce efecto limitado: es asi que el testador se limitó y prohibió especifica y determinadamente no mejorar á cierto hijo: luego por no haberse extendido á otros hijos y descendientes su prohibicion, podrá mejorarlos (4).

18. Pero si la razon ó causa final de la promesa de no mejorar à aquel hijo, mira y tiene su tendencia à favor de todos los demas (v. gr. porque sucedan igualmente), y en la promesa se expresa, á ninguno de ellos podra mejorar, porque en este caso la causa general produce efecto general.

19. La facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos se entiende aun cuando sean procreados en diversos matrimonios: extendiéndose igualmente à los abuelos, los cuales pueden mejorar à sus nietos y demas descendientes legítimos, no solo en el quinto sino hasta en el tercio de sus bienes, aun cuando sus hijos, padres de los referidos nietos, esten vivos. Asi lo dispone la ley 18 de Toro, que es la 2. tit. 6. lib. 11. Nov. Rec. (*). Y no solo se amplía esta facultad á mejorar un hijo, nieto ó descendiente, sino à dos ò mas, con tal que quede alguno que no

1 Mat. en dicha ley 6. glos. 1. num. 4. Acev. en ella, num. 9. Cifuentes en la ley 22 de Toro. Gom. en ella, num. 27.

2 Ley 8. tit. 6 lib. 10. Nov Rec.

3 Ley 6. tit. 6. lib. 10 Nov. Rec.

4 Angul. en dicha ley 6. glos. 2. num. 1. Matienz. en ella, glos. 1. num. 3. Gom. en la 22. num. 29.

* Este caso es el único que conviene con la definicion dada de las mejoras, y es excepcion de la regla general. En efecto, en la mejora de los nietos, viviendo sus padres, se desmiente el principio de que para ser mejorado en el tercio es menester ser heredero, y de que el tercio es parte de la legítima, de que nunca se puede defraudar á los forzosos.

esté mejorado, pues la mejora supone predileccion. Asi podrá el abuelo mejorar al nieto que sea hijo de su hijo único, porque siempre hay dos personas entre las cuales se puede optar (1). Cuando el abuelo mejora á alguno de sus nietos, cuyo padre fuere disipador, puede privar à este del manejo de los bienes que forman la mejora, siempre que haga constar aquel defecto; pero no del usufructo de los mismos, el cual pertenece en todo caso al padre del nieto mejorado (2).

20. Pero si el ascendiente no tiene mas que un hijo ú otro descendiente legítimo no puede mejorar á este ni à nadie en el tercio de sus bienes, ni imponerle ningun gravamen, á menos que para ello intervenga facultad Real, ò que siendo mayor de veinte y cinco años consienta en ello con juramento de no reclamar. La razon es porque el único descendiente en el grado mas próximo ha de suceder forzosamente en todos los bienes de su ascendiente, à excepcion del quinto, suponiendo las leyes que por lo menos ha de haber dos con derecho individual de ser mejorados, cuando permiten la mejora del tercio (3).

21. Esta doctrina tiene lugar aunque en el pacto de tal se haya impuesto el gravamen de vinculacion ó restitucion si no naciere mas que un hijo; ò sea hecha la mejora por contrato en cantidad irrevocable; ò el mejorado lo haya sido en última disposicion, habiendo muchos descendientes, pues si todos fallecieren, y al tiempo de la muerte del mejorante se hallare único, cesará el gravamen, y todos los bienes de sus ascendientes (excepto el quinto) serán legítima suya; porque esta se debe regular segun el tiempo de la muerte; y como al de ella lo es, y no puede haber mejora por faltar sugeto en quien se verifique y por no consumir ni surtir su efecto hasta entonces; por eso el gravamen se entiende no impuesto (4).

22. Si un padre mejora á su hijo único con la condicion de *si otro hijo ó hijos le naciesen* será válida tambien la mejora y gravamen, porque el acto que puede ser hecho puramente, se puede hacer con condicion (5); por lo que si el hijo único fuere mejorado simplemente por sus padres convalecen la mejora y gravamen luego que nace otro hijo, del mismo modo que si despues de nacido hubiera sido hecha; pues toda disposicion que

1 Covarr lib. 1. *Var.* cap. 19. num. 4. Tello, ley 18 de Toro, num. 3.
2 Salgad. *labyrint. cred.* part. 4 cap. 15. Molin. *de primog.* lib. 1. cap. 16.
3 Ley 11. tit. 4. Part. 6. Baez. *de non melior. filiab.* cap. 9. num. 6.
4 Angul. en dicha ley 11. glos. 10. num. 6 y 7. al fin. Castill. lib. 3. *Controv.* cap. 13. num 51. y sig.
5 Molin. dicho lib. 2. cap. 3. num. 7. y cap. 11. cit. 9.

siendo puramente hecha no tiene vigor, se entiende ordenada con la tácita condicion con que vale el acto (1): y este cuando no puede valer puramente, se resuelve en condicion. Y lo mismo procede, aunque en la mejora no ponga la condicion referida, si le nacen despues mas hijos, porque es visto haberla hecho con la esperanza de procrearlos y en perjuicio suyo; y como hasta que fallece no tiene derecho á la mejora el mejorado, y al tiempo de su fallecimiento ya estan nacidos, convalece esta y queda firme (2); pues el padre pudo revocarla, y respecto no haberlo hecho, quiso que subsistiese, y manifestó que tuvo mas aficion á aquel hijo que á los otros.

23. Tambien es válida la mejora del hijo único cuando el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que lo importan, sin reservarse su usufructo, y este percibe sus frutos, los cuales equivalen al gravamen (3). Y lo propio milita si la hace de tercio y quinto, con la condicion de que si el hijo no consintiere el gravamen del mayorazgo hecho en el tercio, no lleve el quinto, pues entonces ó deberá consentir el gravamen del tercio ó perderá el quinto (4).

24. Las madres y abuelas, aunque no pueden mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo por contrato sin licencia de su marido, tienen facultad de hacerlo estando viudas: y tambien cuando estan casadas, si sus bienes son libres de tal suerte, que su marido no tiene el usufructo de ellos, pues teniéndolo, aunque será válida la mejora por lo tocante á su perfeccion y firmeza, y no se podrá revocar, siguiéndose su tradicion ó haciéndola por contrato ó causa onerosa con tercero; pero no en cuanto á privar á su marido de su usufructo, pues este debe quedarle para superar las cargas matrimoniales (5); porque cuando alguno dona ó lega algo, se entiende donar y legar solamente el derecho que tiene en la cosa legada, salvo siempre el de otro (6).

25. Pero si el marido asiente á la mejora despues, ó si muerto este la confirma la viuda, será válida. Si esta no la confirma quedará ineficaz, por la razon general de que el tiempo no legi-

1 Morquech. lib. y cap. cit. num. 9. Baez. dicho cap. 9. num. 60.

2 Baez. dicho cap. 9. num. 14 al 18. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 19. num. 2 al 4.

3 Molin. dicho lib. 2. y cap. 11. num. 4. Morquech. ibi, num. 12.

4 Molin. ubi supr. num. 8. Baez. dicho cap. 9. num. 21.

5 Ley 25. tit. 11. Part. 4. Matienz. en la 2. tit. 6. lib. 5. glos. 1.

6 *Si domus*. 71. §. *Si fundus*, y *Non quocumque*. 82. §. 1. *ff. de leg.* 1. Gom. ley 18 de Toro, num. 3. Cast. en ella, num. 2. Matienz en dicha ley 2. tit. 6. y glos. 1. num. 2 y 3.

tima lo que desde un principio es nulo. Tampoco servirá que la muger al tiempo de hacer la mejora renuncie la ley 55 de Toro, que es la que le obliga á pedir licencia á su marido, por cuanto las renuncias han de ser de lo favorable, y no de lo adverso.

26. Aunque puede el mejorante consignar la mejora en fincas determinadas, como se dijo en el párrafo 2.º, esta consignacion la ha de hacer por sí mismo, y no servirá que la encargue á otros, pues lo prohibe la ley 19 de Toro, que es la 9. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.; y la razon es porque la facultad y declaracion de ánimo es cierto derecho personalísimo coherente á la persona del ascendiente, por lo que no se puede ceder ni cometer á otro (1).

27. Esta asignacion parece debe hacerse de suerte que los demas hijos no sean gravados en sus legítimas, ni por ella se les defrauden estas (2), como sucederia en caso de ser hecha la asignacion en todo lo mejor, mas fructífero y permanente, con presuncion de dolo por defraudar á los no mejorados; pero en este caso se debe reducir á albedrío de buen varon, y entenderse hecha la asignacion, no precisamente en todo lo referido y que lo peor sea para estos, sino en lo bueno, y que quede tambien para ellos, por no ser justo que despues de ser mejorado el hijo, lleve los bienes mejores y fructíferos, y que sus hermanos despues de no serlo, quedándose con sola su legítima diminuta, lleven lo peor é infructífero. Si el testador manda que pueda el mejorado tomar de propia autoridad los bienes de su mejora, lo podrá hacer. Si prohibe que la tome hasta que los testamentarios cumplan sus disposiciones, tambien será obedecida su voluntad, en cuanto no sea contra derecho.

28. Si el testador ha señalado en bienes determinados la mejora de tercio y quinto, ó del uno de estos solo, se ha de entregar al mejorado ó legatario (ya sea legítimo ó extraño) en los propios bienes en que se la señaló, y no en dinero. Lo cual se entiende, excepto que estos no puedan dividirse cómodamente, v. g^r. cuando naturalmente no admiten division, porque por la naturaleza tienen sus fines destinados, sin los cuales el individuo no puede subsistir, á la manera del siervo, el caballo &c. ó cuando no se puede hacer la division sin daño de los mismos bienes, como sucede en el horno, molino, nave y otras cosas semejantes, pues en estos casos se le puede dar en dinero, para

1 Gom. en la ley 19 de Toro. num. 2.
2 Covarr. in cap. *Raynaldus*. §. 2. num. 5 al fin *de testam.* Mat. ley 3. dicho tit. 6. lib. 5. glos. 1. num. 2.

evitar que con la division sea dura y nociva la separacion. Y si no la señaló, se ha de dar en la parte de hacienda que dejare. Asi lo ordena la ley 20 de Toro, que es la 4. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec., la cual reforma el derecho comun en cuanto disponia que tuviese el heredero facultad de pagar los legados en dinero (1).

29. Pero es de advertir que cuando la hacienda no tiene cómoda division por alguna de las razones expuestas en el párrafo antecedente, no estan obligados los no mejorados á dar precisamente en dinero el tercio ó quinto á los que lo son, porque no les compele á ello la ley, antes bien lo deja á su arbitrio y voluntad, respecto no dice que *deben*, sino que *puedan*; y asi la pagarán en dinero ó en otros bienes de la herencia segun quisieren, como cuando no se la señala, sin que el mejorado tenga accion á pedir que se le dé indispensablemente en dinero (2).

30. Pero cuando la mejora recae en herederos extraños á falta de legítimos, el mejorado debe llevar indistintamente su mejora en los bienes que dejó el testador, y el heredero no tiene derecho á elegir, porque si teniendo descendientes, y dejando el quinto á extraño, debe haberlo este en los propios bienes del testador, como dice la ley; con superior razon siendo todos extraños lo deberá llevar, pues para el caso lo mismo es que sea el quinto, que el cuarto, tercio ú otra cuota ó parte de bienes. A mas de que cuando hay algunos casos de ley nueva, la disposicion de esta en uno se entiende y amplia á los demas (3).

31. Aunque la legítima de los hijos y descendientes legítimos no puede ser gravada ni aun con condicion por sus padres (4), si estos dejaren á algunos mas porcion que la que por ella les corresponde, se les permite poner en el exceso condiciones posibles y honestas (5). Y respecto no ser legítima rigurosa de todos el tercio, si sus padres lo dejaren á alguno ó algunos, pueden imponer en él para siempre ó por tiempo señalado á su arbitrio, en contrato ó en última voluntad, sin distinguir de cuarta ni quinta generacion, el gravamen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso, y no otro alguno en propiedad ni usufructo, con los vínculos, sumisiones y sustituciones que les parezca, con tal que sea con arreglo á las disposiciones legales, y principalmente á la Real cédula de 14 de mayo de 1789 de que se habló en el párrafo 1.° de este capítulo. Pero en el quinto no

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 21.
2 Gom. en la 20 de Toro, num. fin. vers. *Sed advert.*
3 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 21. vers *Advertend tamen est.*
4 Ley 7 al fin. tit. 1. ley 11. tit. 4. y leyes 4 y 5. tit. 11. Part. 6.
5 Dicha ley 11. tit. 4. Part. 6.

solo pueden poner el gravamen referido, sino otro cualquiera posible y honesto, y hacer lo que quisieren de él, sin estar obligados á observar el orden y llamamientos expresados, porque es suyo privativo; ninguna ley les precisa á ello, ni sus descendientes tienen el mas leve derecho á que se lo deje (1).

32. Si el padre mejora á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes por última voluntad, y le impone el gravamen de restituirlo á otro hijo ó descendiente en época determinada, y despues en el artículo de la muerte hace simplemente las mismas mejoras en favor de otro hijo, quedará removido el gravamen impuesto al primero, porque en el hecho mismo de no haberlo expresado se entiende haber sido su voluntad removerlo (2).

33. Será mejora tácita de un hijo emancipado el que su padre le entregue cierta cantidad de dinero para que plante viña ú olivar en suelo suyo, ó fabrique edificio; y tambien cuando compra alguna cosa en nombre del hijo y se la entrega (3).

34. Lo mismo procede si su madre lo redime del cautiverio (4): ó si no teniendo ni administrando bienes suyos, le da alimentos; pues se presume que lo practica movida de piedad, y con ánimo de hacerle donacion (5), cuya presuncion es por razon de la sangre y conjuncion de personas, y por favor de los alimentos, en los cuales se considera grande equidad y estudio de los padres para que sus hijos no perezcan, y asi no se les deben imputar en su legítima estas y otras donaciones semejantes, sino estimarse por mejorados en ellas hasta en lo que permite la ley, no constando lo contrario de la voluntad del donante. De lo cual se trata mas latamente en el punto de las colaciones.

35. Se entiende que hay mejora, cuando el padre testando entre hijos, nombra á uno ó mas por sus universales herederos, preteriendo absolutamente ó injustamente exheredando á los restantes, ó instituyendo á todos, pero dejando á alguno ó algunos menor parte de herencia que la que por sus legítimas debe corresponderles; en cuyo caso aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos, no solo percibirán su legítima, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio y quinto, si el testamento contiene la *cláusula codicilar*, cuyos efectos se explican en

1 Avendaño en la ley 27 de Toro. Angul en dicha ley 11. glos 3 y 16.
2 Cast en la ley 27 de Toro, num. 11. vers. *Sed quæro*
3 Masc. conclus. 551. num. 52 y 53. vol. 2. *de probat.*
4 Decio consil. 628. num. 8. Alciat. regul. 1. præsumpt. 32. num. 2. Menoch. *de arbitr.* cas. 88. num 29.
5 Ley penult. tit. 12. Part. 5.

su capítulo correspondiente, y la solemnidad de testigos que prefine la ley, y no de otra suerte; y los preteridos, ya sean los que á la sazon viven, ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, y no fueron nombrados específica ni genéricamente, ó los injustamente exheredados ó perjudicados en su legítima, percibirán únicamente esta diminuta, porque su padre careció de potestad para privarles de ella, gravársela y desfalcársela (1); pues la cláusula codicilar hace que el testamento valga del modo que por derecho puede valer, que segun el nuestro es el expuesto: sobre lo cual he visto caso práctico asi resuelto; pero nombrándolos, aunque no sea sino genéricamente, no procederá lo explicado.

36. Si el padre ó la madre estando poseyendo alguna finca con el gravamen de no enagenarla y con obligacion de restituirla á cualquiera de sus hijos, mejorasen á alguno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleciesen sin hacer la restitucion ni mencionar la finca, no llevará en ella el mejorado la parte que le cabria en la mejora, sino que por igual se repartirá entre todos. La razon es porque la mejora se entiende en los bienes propios del mejorante, y la finca no lo era: ademas la omision de su restitucion individual hace que se presuma que quiso se distribuyese entre todos, pues el gravado á restituir indistintamente á alguno de su familia, puede hacer la restitucion á dos ó mas individuos de ella (2).

37. El mejorado en tercio ó quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, satisfaciendo primero de prorata las deudas del difunto, y quedando obligado en los mismos términos á las que puedan aparecer en lo sucesivo (3); pero en la deduccion de la mejora se ha de atender al valor de los bienes á la muerte del testador, y no al que tenian en el tiempo en que fue mejorado (4).

38. Mejorando el padre ó la madre por última disposicion en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos fallece ó repudia su parte, ó por otro motivo deja de llevarla, se acrece á los demas mejorados; por lo que dividirán entre sí la mejora íntegra, como si solos lo hubieran sido, porque fueron conjuntos en la cosa y palabras; pues lo mismo se observa en los legados (5).

39. Lo propio milita cuando son conjuntos solamente en la

1 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 86.
2 Ayor. part quæst 27.
3 Ley 5. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.
4 Leyes 3 y 7. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.
5 Ley 33. tit. 9. Part. 6.

cosa, v. gr. si dice el testador: *mejoro á mi hijo Pedro en tercio y quinto de mis bienes*; ó *le lego tal heredad*, y luego dice tambien: *mejoro á mi hijo Juan en el tercio y quinto de mis bienes*; ó *le lego la misma heredad*; ó cuando lo son en las palabras: v. gr. si dice: *mejoro ó lego á mis hijos Pedro y Juan en el tercio y quinto de mis bienes por partes iguales*: pues en todos estos casos si el uno fallece ó repudia su parte, ó interviene otro motivo por el cual no deba llevarla, se acrece al otro (1).

40. Y si los mejoró por contrato en sanidad, se ha de distinguir: ó fue revocable ó irrevocable la mejora: si fue revocable, sin entregarles la posesion de los bienes de su importe ni escritura en que se hizo, há lugar tambien el derecho de acrecer entre ellos, porque esta mejora es á manera de legado, y en cierto modo retiene la naturaleza de hecha en testamento ó en otra última voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la cual, y no antes, se confirma (2); pues aunque por derecho comun no há lugar el de acrecer en los contratos lucrativos (3), porque en ellos se hace interpretacion estricta, y en las últimas voluntades lata (4), y segun el mismo derecho y el de las Partidas (5), solo ciertas personas podian estipular por otro; pero hoy como por la ley recopilada (6) estan corregidos en esta parte ambos derechos, y segun ella puede uno prometer por otro (7), debe tener lugar el de acrecer en la mejora referida, pues en los contratos lo tiene (8), y principalmente concurriendo, como en este caso concurren el afecto y amor del padre, que obran mucho acerca de este derecho (9). Por lo que si el testador lega cierta cantidad en dote á dos ó mas hijas juntamente, muerta la una, há lugar el derecho de acrecer á favor de la viva: y asi la llevará íntegra, como si todo se la hubiera legado, pues esto proviene de la voluntad del testador, el cual se presume que asi lo hubiera hecho y mandado (10).

1 Leyes cit. Morq. *de div.* lib. 3. cap. 10. num. 1 al 3.

2 Palac. Rub. en la ley 41 de Toro, num. 2. Greg. Lop. en la 43. tit. 5. Part 5. glos. 5.

3 Ley *Si mihi et tertio.* ff. *de verbor. obligat* ley *Aquam.* ff. *quemadmodum servitutes amittant* Ley *Si duo patroni.* ff. *de jurejurand.*

4 Ley *In testam.* ff. *de regul. jur.* ley *Quidquid astringendo.* ff *de verbor. obligation.*

5 Ley 7. tit. 11. Part. 5 Ley *Stipulatio ista.* §. *Alteri.* ff. *de verbor. obligat.* y §. *Si quis alium* Institut. *de inutil. stipulat.*

6 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

7 Rodrig. Suarez en la ley *Quoniam in prioribus*, quæst 8 col. 4. Cod. *de inoffic. testam.* Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 14. num. 13. Greg. Lop. en la 7. tit. 11. Part. 5. glos. 1 y 2. en la 18. tit 5. Part. dicha, glos. 1.

8 Gutierr. *in Repet.* leg. unic. Cod. *quando non petentium partes*, num. 86. Ayllon ad Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. num. 8

9 Men. lib. 4. præsumpt. 149 al fin.

10 Palac. Rub. in cap *Per vestras.* §. 24. num 8. Men. præsumpt. 149 al fin, lib. 4.

41. Pero si el padre ó madre mejoraren por contrato irrevocable en sanidad á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes, entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptaren, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos (por cuya razon recaerá toda su hacienda en su padre, como su legítimo y único heredero segun la ley 6 de Toro), aunque el que sobreviva pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque cuando la herencia ó mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, pues este por razon de la parte vacante y presunta voluntad del testador se introdujo: y como por la tradicion de la escritura y su aceptacion se transfirió con igualdad en los hijos mejorados la posesion y dominio de los bienes de la mejora, cada uno consigue su porcion, y por tanto cesa el derecho de acrecer, excepto en el usufructo (1): por eso no debe el que sobrevive llevar mas que la parte que aceptó, que es la mitad de la mejora, pues la otra mitad se hizo del padre en virtud de dicha ley.

42. Si los padres hicieren donacion por testamento de alguna cantidad ó finca á cualquiera de sus hijos sin emplear la palabra *mejora*, se entiende mejorado en aquella, si no excediere del tercio y quinto, pues si excediere se le descontará en parte de su herencia, como queda dicho (2). Lo mismo sucederá si la donacion fue *inter vivos*, siempre que no se hable de ella en el testamento, pues si en él expresan los testadores en su respectivo caso, que lo que le donaron se traiga á colacion y particion á cuenta de su legítima, se entenderá que no quisieron mejorarle.

43. Las mejoras de tercio y quinto son válidas, aunque el testamento del que las hizo se rescinda por pretericion ú omision, ó bien por desheredacion, del mismo modo que se ha dicho acerca de otras disposiciones que tienen siempre valor como últimas voluntades (3).

44. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura *inter vivos* á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento ó última voluntad, y no dispone del tercio, serán válidas ambas mejoras, sin embargo de que la ley 28 de Toro prohibe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte (4). La razon es porque si tiene facultad para mejorar á alguno ó algunos de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, claro es que debe tenerla para disponer de los dos

1 Greg. Lop. en la ley 33. tit. 9 Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10 num. 6.
2 Ley 10. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.
3 Ley 8. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.
4 Gom. en la ley 17 de Toro, num. 22.

quintos, los cuales componen menor cantidad que el quinto y tercio, redundando el exceso en beneficio de los otros herederos, cuya legítima respectiva recibe aumento y no gravamen (1).

45. Si mejora únicamente en el tercio á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, mandando que el mejorado pague algunas mandas ú otros gastos, y no ha dispuesto del quinto, estará obligado este á sufrir dicho gravamen hasta la cantidad del quinto, y no mas, porque el exceso es parte del tercio, y este legítima de los coherederos, á que no se ha de tocar en detrimento suyo.

46. Si los bienes del tercio y quinto se entregaron en vida al mejorado en uno y otro, tendrá este obligacion de pagar los gastos del funeral y misas, pero no los legados que dejó dispuestos el testador, porque no tuvo libertad de dejar ninguno. Pero si al tiempo de la donacion impuso al mejorado *inter vivos* en tercio y quinto la condicion de pagar los legados de su testamento, tendrá que cumplirla hasta donde alcance el quinto, y no mas. Se advierte que si los mejorados son muchos, y el testador no expresa entre ellos diferencia alguna, debe distribuirse igualmente entre todos la mejora.

1 Mat. en la ley 12. tit. 6. lib. 5. Rec.

CAPITULO QUINTO.

De la revocacion de las mejoras.

§. 1. Los padres pueden por su sola voluntad revocar la mejora del tercio, ya sea hecha entre vivos ó en testamento, hasta su muerte.

2. La revocacion se hace por medio de palabras, ó por hechos, cual es la enagenacion.

3. Se presume revocada la mejora, cuando el mejorante se desapropia de la finca ó alhaja en que consiste, á menos que sea por urgencia ó causa onerosa.

4. Si el mejorante compra una finca con el dinero en que hizo mejora, y luego la vende, se presume revocada esta.

5. Si el padre lega ó dona á un hijo finca en que esté mejorado otro en tercio y quinto, se revoca la mejora en el importe de la finca.

6. Mejorado un hijo con el fin de que se case, y muere la novia, se entiende revocada la mejora.

7. Excepcion de la doctrina precedente.

8. Si mejorado un hijo, se enemista despues con su padre, cesa la mejora.

9. Si un padre mejora á su hijo único, y le nacen despues otros, parece revocarse la mejora.

10. Razones que hacen mas probable la opinion contraria.

11. Casos en que la mejora es irrevocable.

12. Siempre se tiene por revocable la mejora del quinto.

13. ¿Será ó no revocable la mejora de que se está en posesion, respecto de los bienes futuros que adquiera el mejorante?

14. Sobre el mismo asunto.

15. La mejora se convierte en donacion irrevocable, cuando entregada la cosa en que consiste, no se hace mencion de mejora ni del instrumento en que fue hecha.

16. Si un hijo es mejorado en testamento y otro en codicilo se sostendrán á partes iguales ambas disposiciones.

17. Lo mismo sucede si las dos mejoras se hicieron en un mismo instrumento.

18. Si el padre mejora á un hijo en créditos, y luego los cobra y con su importe compra una finca, se entiende la mejora sustituida en ella.

19. Si es mejorado el hijo en testamento, y en codicilo se le lega una finca diciendo que se contente con ella, cesa la mejora.

20. Si la finca de la mejora sirve despues de hipoteca, no se revoca la mejora, á menos que el empeño sea tan cuantioso que equivalga á venta.

21. Si un padre vende la finca

en que ha mejorado á un hijo, y mas adelante la vuelve á comprar, convalece la mejora.

22. Si un padre vende la finca de la mejora y con su importe compra otra, se subroga la segunda en su lugar.

23. Se conceptúa cláusula revocatoria de una mejora el que despues exprese el padre querer que sus herederos partan la herencia con igualdad.

24. Casos en que se revocan las mejoras por ingratitud.

25. Esta accion es personal del mejorante: casos en que compete tambien á sus herederos.

1. No porque los hijos y demas descendientes legítimos sean mejorados por contrato ó por última voluntad se hacen al instante dueños de los bienes de la mejora en términos que esta sea irrevocable. Los mejorantes pueden revocarla del tercio hasta su muerte, bien sea por su libre y espontánea voluntad, bien porque hayan los mejorados incurrido para ello en alguno de los excesos porque la ley les impone dicha pena. Hablaremos por su orden de uno y otro caso. Del primero trata la ley 17 de Toro, que es la 1. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. diciendo: *Cuando el padre ó la madre mejorare á alguno de sus fijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes, en testamento ó en otra postrimera voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos, ora el fijo esté en poder del padre que fizo aquella mejoría ó no, fasta la hora de la muerte la puede revocar cuando quisiere* &c. Lo cual se entiende, aunque le entreguen la posesion de los bienes en la mejora contenidos, si la hicieron en testamento ó en otra última voluntad, y mucho mas si hacen mencion de esta, porque la entrega, como accesoria á la disposicion en cuya virtud se hace, sigue su naturaleza y vicisitudes (1). Pero téngase entendido que la revocacion de la mejora ha de aparecer muy clara, y que la prueba le toca á quien afirma que existe.

2. La revocacion se puede hacer de dos modos: el primero, *por palabras expresas*, y entonces no hay duda que es válida por la ley, pues para ello concede facultad al mejorante; y respecto usar de esta, cesa la mejora. El segundo modo es de *hecho*, que es por la enagenacion, en cuyo caso cesa tambien; porque si por las palabras se revoca, con superior razon por la enagenacion de la cosa donada, por ser mas poderosa la enagenacion

1 Gom. en la ley 17 de Toro, num. final. Matienz. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 4. Hieron. Gabriel. conf. 105. num. 4. lib. 1.

que consiste en hecho, que la que consiste en meras palabras (1). Si la mejora se hizo de cuota cierta, v. gr. del tercio en general, y enagena dicha cuota el mejorante, se entiende revocada la mejora; si solo enagena parte de ella, la mejora quedará disminuida en la cantidad enagenada. Para que la enagenacion de la mejora induzca revocacion ha de ser hecha por título lucrativo, pues esta supone voluntad libre; pero no si fue por título oneroso, porque supone necesidad mientras no se pruebe lo contrario (2).

3. Si la mejora está consignada en finca ó alhaja se presume revocada cuando despues la enagena el mejorante voluntariamente (3). Lo cual se entiende aunque la enagenacion sea inutil (4); mas no por la promesa de venderla, ni por arrendarla por tiempo largo (5). Pero si tiene necesidad de hacer la enagenacion, ya sea por urgencia propia ó por otra causa onerosa, no se revocará, pues en duda se presume haberla tenido, á menos que se pruebe lo contrario (6).

4. Si el padre mejora á un hijo suyo en cierta suma que tiene en parte determinada, v. gr. en un cofre, y con ella compra despues una finca y la vende, se contempla revocada la mejora, porque ya no existe el dinero ni lo que con él se compró y subrogó en su lugar. Pero si la finca permanece en su poder al tiempo que muere no se presume revocada, y asi llevará el hijo la finca (7), porque no está consumido lo que se halla empleado en el cuerpo del patrimonio. Y lo propio milita si la trueca por otra.

5. Si un padre lega ó dona á un hijo cierta cantidad ó finca, y despues mejora á otro en tercio y quinto, se entenderá revocada la mejora en el importe de la suma donada ó legada; previniendo que siempre que por el legado no se revoque la mejora se debe dar al mejorado el importe de la cosa legada, salvas las legítimas de sus hermanos (8).

6. Cuando el padre mejoró á algun hijo en el tercio de sus bienes para en el caso de que se casase con cierta muger, si esta fallece antes de verificarse el matrimonio, se conceptua revoca-

1 Matienz. en la ley 10. tit. 6. lib. 5. glos. penult num. 8.
2 Ley 40. tit. 9. Part. 6 al fin. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 56.
3 Leyes 17 y 40. tit. 9. Part. 6.
4 Covarr. *de testam.* part. 2. num. 21. y part. 3. num. 19.
5 Alex. conf. 136. num. 3. y cons. 188 al fin, lib. 6. Menoch. præs. 167. num. 45 y 93. lib 5.
6 Ley 40 al fin, tit 9. Part. 6. Tello en la 17 de Toro, num. 122. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 56.
7 Menoch. cons. 141. num. 34. vol 2.
8 Matienz ley 10. tit. 6. lib. 5. Rec. Leyes 17 y 40. tit. 9. Part. 6.

da la mejora, porque la causa impulsiva y final de hacérsela su padre fue el mismo matrimonio, el cual cesando ó no verificándose, cesa la mejora (1).

7. Lo cual se entiende excepto que conste haber sido hecha no solo por causa del matrimonio sino por contemplacion del hijo, pues en este caso no se revoca la mejora por no verificarse el matrimonio (2); y en duda mas se presume hecha por atencion al hijo que al casamiento (al modo que el legado que se conceptua hecho por afecto al legatario), porque el amor del padre hácia su hijo influye y estimula á creer que por este lo hizo, asi como el del marido hácia su muger (3).

8. Si despues de haber mejorado el padre á su hijo intervino entre los dos grande enemistad, se presume revocada la mejora (4). Lo cual procede aunque luego otorgue codicilo, y en él ninguna mencion haga de ella, pues todavía se juzga revocada (5), y segun la comun y mas verdadera opinion, aun cuando el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él (6), excepto que despues se reconcilien, pues por la reconciliacion convalece (7).

9. Si el padre hace á su hijo único mejora revocable del tercio y quinto de sus bienes, y le entrega la mayor parte de estos, y luego le nacen otros hijos, ¿se revocará esta donacion y mejora en todo ó parte por su supernacencia? Parece que sí (8), porque aunque la donacion que se hace con consentimiento de dos no se puede revocar sin el del donatario, una vez perfecta es irrevocable, y si se revoca no obstante por el superveniente nacimiento de los hijos, con superior razon y mas facilidad se debe revocar la mejora que con sola la voluntad del mejorante puede ser revocada como el legado (9).

10. Sin embargo de lo expuesto y de las razones de los autores citados, no es lo que en el presente caso se debe seguir, por lo que no se revocará la donacion ó mejora por la mera su-

1 Decio cons. 485. num. 7. y cons. 601. num. 2. Anchar. cons. 137. num. 2. vers. *In dubio*. Socin. Junior. cons. 58. num. 2. cons. 64. num. 4. lib. 3. y cons. 108. num. 5 y 6. vol. 1.

2 Menoch. cons. 156. num. 10 y sig. lib. 2. Cephal. cons. 429. num. 34 y sig. lib. 3. y Ruin. cons. 38. num. 6. lib. 2.

3 Decio cons. 601 al fin. Socin. Senior cons. 69. num. 5. lib. 1. Menoch. cons. cit. num. 9. Morquech. lib. 3. cap. 4. num. 29 al 31.

4 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 56. Menoch. cons. 30. num. 17. lib. 1.

5 Aretin. cons 93. num. 5. Mantic. *de conject.* lib. y tit. dichos, num. 2.

6 Pal. Rub. *in Rubr. de donat.* §. 70. num. 9. y §. 78 num. 57. Covarr *in Rubr. de testam.* part. 2. num. 10. vers. *Ex premissis*. Mantic. ubi sup. num. 9 y 14.

7 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12, y num. 56 dichos. Menoch. præsumpt. 170. num. 13. lib. 5.

8 Ley 8. tit. 4. Part. 5.

9 Socin. cons. 93. Alex. cons. 41. num. 6. vol. 1.

pernacencia de mas hijos al mejorante, porque por ellas no son gravados en su legítima necesaria ó rigorosa, y cuando el padre la hizo fue con el conocimiento de que podia procrearlos, y asi en cuanto á la sustancia vale desde el principio, aunque el hijo mejorado sea único: bien que entonces no puede llamarse propiamente mejora; pero esto no vicia la sustancia de la donacion, y solo hace que la mejora que al principio vale como donacion, se sostenga y conserve como mejora por voluntad del mejorante, para en el caso de tener mas hijos. Y aunque es constante que por el posterior nacimiento de estos, al donante se revoca la donacion (1), esto es cuando la hizo á extraño y no los tenia; pero siendo hecha á hijos la revocan los hermanos supervenientes en cuanto al aumento de su legítima solamente: quiero decir, que la parte que á estos toque de legítima, llevará de menos el mejorado, porque son mas partícipes interesados en número á la herencia, y cuantos mas á menos les toca.

11. Aunque el mejorante puede revocar la mejora hecha en sanidad lo mismo que en testamento, se exceptúan cuatro casos en que la ley no se lo permite, y la mejora se hace irrevocable. El primero, cuando el mejorante puso por sí mismo en posesion al mejorado de la cosa en que le consignó la mejora, y si es de cuota (v. gr. el tercio), de los efectos que lo componen; ó *fictamente*, que es por cláusula de *constituto* (qué cláusula sea esta se explica en el párrafo 13). El segundo, cuando le entrega ante escribano la escritura de mejora. El tercero, cuando el contrato se celebró con un tercero y medió causa onerosa, como casamiento ú otra semejante (2). En estos tres casos es irrevocable la mejora, á menos que el mejorante se reservase por cláusula expresa la facultad de revocarla, ó concurra alguna de las causas por las que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas. El cuarto caso (del cual no habla la citada ley) es cuando el instrumento que se hace se afirma y corrobora confusamente, siempre que no sea contra las buenas costumbres, ni redunde en perjuicio de tercero (3).

12. Discuerdan los autores acerca de si puede haber mejora irrevocable respecto del quinto, pues la ley habla solo del tercio. Los que niegan la irrevocabilidad en este caso, se fundan en que siendo el quinto lo único de que un padre puede disponer con libertad, se quedaria sin bienes, y por consiguiente im-

1 Ley 8. tit. 4. Part. 5.
2 Ley 17 de Toro.
3 Tello, Gomez y Cifuentes, en la ley citada. Angulo *de melior* en la ley 1. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 8. y sig.

posibilitado de testar, sobre cuyo punto véanse los autores (1).

13. Si el padre y la madre ó algunos de ellos mejoraron á un hijo en el tercio de sus bienes, le entregaron la posesion respectiva de los que tenian y lo completaban, y despues adquirieron otros muchos, en cuyo caso se amplía á ellos esta mejora; se pregunta, ¿si serán revocables respecto de los adquiridos posteriormente, de que no le entregaron ni por falta de existencia en su poder pudieron entregarle la posesion, y por consiguiente si podrán revocarla? Y se responde que si la mejora fue hecha por causa onerosa de matrimonio, y no se limitó á ciertos bienes, ni miró mas á los que entonces tenian que á los que despues adquiriesen, ó si le entregaron la escritura de mejora, no la pueden revocar; ni tampoco si le entregaron simple y genéricamente la posesion de esta, de tal suerte que se puede extender á los bienes futuros: v. gr. *constituyéndose poseedores de ella en nombre del hijo;* porque siendo como es propio de la naturaleza de la mejora el que se amplíe á estos, surte el mismo efecto la cláusula de *constituto* y se extiende á los adquiridos despues, ya el mejorante diga expresamente: *que se constituye poseedor de la mejora por los presentes y futuros*, ó ya la haya hecho simplemente y solo diga: *que se constituye poseedor en nombre de su hijo*, pues en ambos casos versa la misma regla y razon (2).

14. Y si le entregaron la posesion de la mejora, limitada solamente á los bienes presentes, y despues adquirió otros, en los cuales se juzga mejorado el hijo, parece que en cuanto á estos será revocable por la limitacion expresa de tradicion de posesion á los presentes. Pero no obstante de ningun modo se puede revocar, porque por lo mismo que es perfecta é irrevocable respecto de los bienes presentes, lo es tambien respecto de los futuros, y se amplía á estos (3).

15. Si el padre ha mejorado en testamento, donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad á un hijo y despues le entregó los bienes de la mejora, sin hacer conmemoracion ó mencion de ella ni del instrumento en que se hizo, se convierte por la entrega en verdadera donacion en sanidad, y se constituye irrevocable; pero si se hizo conmemoracion de ella y del instru-

1 Gom. ley 17 de Toro, num. 10. Greg. Lop. en la 3. tit. 4. Part. 5. Gutierr. ley 2. tit. 6. lib. 5. Rec. y otros.

2 Gom. en dicha ley 17. num. 11 y 12. Greg. Lop. en la 5. tit. 13. Part. 5. glos. fin. y en la 9. tit. 30. Part. 3. glos fin Tiraquel. *de cons.* part. 1. ampliat. 32 num. 1. Matt. en la 2. tit. 9. ley 5. glos. 3. num. 19. y en la 1. tit 6. glos. 4. num. 11.

3 Gom ibi num. 13. Molin. *de prim.* lib. 4. cap. 2. num. 21.

mento, se puede revocar; y tambien aunque no la haga si al instante que lo otorgó se los entregó, porque es visto habérselos entregado en virtud y á consecuencia de él, por lo que debe seguir su naturaleza (1).

16. Si un padre mejoró en su testamento á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto, y despues en codicilo á otro, no se entiende haber revocado la mejora en el codicilo, y por consiguiente ser excluido de su percibo el primero, y que el segundo solo ha de llevarla, mientras no lo exprese; antes bien concurrirán ambos igualmente á su goce, como si á un propio tiempo y en una cláusula fueran mejorados, al modo que se debe hacer en el legado del fundo hecho en estos términos.

17. Lo mismo procede con mayor razon si en el propio testamento ó en otro acto incontinenti celebrado hiciere el padre mejora ó prelegado á dos hijos con separacion; pues aunque no se niega que puede mudar su voluntad y revocarlo, no se presume haberlo hecho mientras no lo diga, porque el amor de él para con sus hijos es igual regularmente, y no es creible que sin motivo quisiese retractarse al instante de lo que acababa de practicar (2).

18. Si el padre mejora á un hijo en el tercio, ó en él y en el quinto, y por parte de su importe le consigna los créditos que tiene contra ciertos deudores, y despues de hecha la mejora, cobra y deposita su importe, ó con él compra alguna finca ú otra cosa, no se entiende revocada la mejora en esta parte; antes bien el dinero depositado, ó la finca con él comprada y existente en su poder al tiempo de su muerte, se subroga en lugar de los créditos, y así la llevará el mejorado (3).

19. Mejorando el padre á un hijo en testamento, si despues en codicilo le lega una finca y manda que se contente con esta, se presume revocada la mejora; y así por razon de mejorado no llevará mas que la finca, ya equivalga ó no su valor el de mejora. Pero si en el mismo testamento le hiciere legado de la finca no se juzgará revocada la mejora, pues no se presume

1 Acev. en la ley 1. tit. 6. lib. 5. Rec. num. 28. Gom. ibi num. 24. y lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 4. Matienz. en dicha ley 1. glos. 4. num. 26 y 27. Morq. ley 3. cap. 6. desde el num. 63 al 71, Covarr. *in Rubr. de testam.* part. 2. num. 21. Molin. dicho cap. 2. num. 19.

2 Alex. cons. 47. num. 18. vol 1. Corn. cons. 308. vol. 1. Matienz *de conject. ultim. volunt.* lib. 12. tit. 1. num. 2. Masc. *de probat. vol.* concl. 128. num. 13 y 14.

3 Masc. concl. 1281. num. 89. y 132. Menoch. cons. 254. num. 3. lib. 3. Alex. cons. 169. num. 4. lib. 6. Morq. *de divis.* ley 4. cap. 4. num. 36.

que incontinenti mudó de parecer, antes sí que le legó la finca señalándola por parte de ella (1).

20. Y si despues de haberle mejorado ó legado la finca en testamento la hipotecó á cierta cantidad que sobre ella impuso, no se contempla por este empeño revocada la mejora ó legado; y así el heredero debe pagar el empeño y entregar la finca al legatario ó mejorado (2). Lo cual se entiende excepto que esté empeñado en tanta cantidad que no pueda haber esperanza de satisfacerla, pues entonces se contempla revocada, porque se juzga vendida por ella, y así á nada mas está obligado.

21. Si el padre enagena voluntariamente la finca en que habia mejorado á su hijo, y despues de enagenada la compra y existe en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalece la mejora, porque la consanguinidad y amor paterno inducen esta presuncion.

22. Si el padre mejora á alguno de sus hijos y señala la mejora en alhaja cierta, y despues la vende y compra otra, se subroga esta en lugar de aquella. Y si lo mejora en cosas ciertas suyas propias y ademas en una que es agena, con la condicion de: *si fuere suya al tiempo de su muerte*, porque tal vez pensaba comprarla, y con efecto la compra despues y entrega al mejorado, se entiende tocar á la mejora, y entregada como por parte de esta; y si la vinculó quedará tambien vinculada la tal alhaja (3).

23. Se conceptúa revocada la mejora ó legado hecho por el testador á uno de dos herederos suyos por la hecha posteriormente al otro cuando expresa que la hace porque se guarde igualdad entre ellos, y así ambos heredarán igualmente. Y si la hace á entrambos por una misma causa, y revoca luego la del uno, expresando que hace luego la revocacion porque se observe igualdad entre ellos, es visto ser revocada tambien la del otro aunque no lo diga (4).

24. Habiendo hablado de la revocacion de las mejoras por la libre y espontánea voluntad del mejorante, resta tratar ahora de la que procede de haber incurrido el mejorado en alguno de los excesos à que por la ley está impuesta dicha pena. El primer caso es cuando el mejorado deshonra al mejorante de palabra. El segundo por haberle acusado de delito que merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimiento de la ma-

1 Paul. cons. 106. vol. 1. Corn. cons. 308. num. 1. vol. 4. Decio cons. 7. num. 21. vol. 2.

2 Ley 40 al medio, tit. 9. Part. 6.

3 Greg. Lop. en la ley 40. tit. 9. Part. 6. glos. unic. vers. *Quid autem.*

4 Mantic. *de conject.* tit. 5. lib. 12. num. 30 y 39.

yor parte de sus bienes ó destierro. La tercera por haber puesto en él sus manos airadas. Y la cuarta por haberle hecho grave daño en sus bienes, ó imaginado su lesion ó muerte. Por estas causas como efectos de ingratitud, puede el mejorante revocar la mejora; pero es menester que las declare y pruebe en juicio (*). Sin embargo el ingrato hará suyos los frutos percibidos, porque la mejora fue válida en su principio, y solo tendrá que restituir los devengados desde la contestacion de la demanda. Véase á Hermosilla en la ley 10. tit. 4. Part. 5. glos. 8. num. 20.

25. La facultad de revocar las mejoras por ingratitud corresponde únicamente al mejorante, por ser personal. Sin embargo hay casos en que puede competir á sus herederos: à saber, cuando aquel se quejó de la ingratitud judicialmente; cuando murió principiado el pleito, ó haciendo gestiones para principiarle; y por último cuando el mejorante ignoró la injuria, ó le faltó tiempo de hacer la acusacion por haberla sabido tarde. El que desee mayor instruccion puede ver á Hermosilla y otros jurisconsultos que tratan expresamente de esta materia.

* La razon de exigirse pruebas para que valga la revocacion del mejorante, siendo asi que este puede hacerla por sola su voluntad, nace de la injuria que irroga al mejorado con la acusacion de ingratitud.

CAPITULO SEXTO.

De la sucesion de los descendientes legitimados, adoptivos é ilegítimos á los bienes de sus ascendientes y colaterales.

§. 1. Razon de tratar aqui esta materia.

2. Aunque á los hijos naturales les deben dar sus padres colocacion y alimentos, no gozarán concepto legal mientras no sean reconocidos.

3. Los hijos naturales que se legitimsn por rescripto del Soberano heredan solo el quinto á voluntad de su padre, si los tiene legítimos.

4. Esto se entiende si en el rescripto no se le da expresamente concepto de legítimo.

5. A falta de legítimos puede el legitimado heredar á su padre, y este instituirle, aunque tenga legítimos ascendientes.

6. Si la legitimacion contiene limitaciones se atenderá á ellas.

7. Aunque teniendo hijos legítimos no suceden al padre por testamento sino en el quinto, los naturales legitimados gozan de la nobleza de este.

8. Los hijos prohijados ó adoptivos son excluidos de la herencia del padre no solo por los legítimos sino por sus ascendientes.

9. Los arrogados, á falta de hijos legítimos, sucederán al prohijante por testamento y abintestato, si en la arrogacion no se expresa lo contrario.

10. A falta de hijos legítimos puede el padre nombrar herederos á los naturales, aunque no esten legitimados, y tenga legítimos ascendientes. Si muere intestado sucederán en la sexta parte, y de su madre son herederos forzosos.

11. Pero si en su testamento los excluye el padre, á nada tienen derecho; mas si lo hace la madre pueden anular su testamento.

12. Si el padre tiene descendientes legítimos puede dejar el quinto á los naturales; pero no sucederán abintestato en cosa alguna ni al padre ni á la madre.

13. Los hijos espurios que han obtenido dispensacion pueden heredar á su padre á falta de legítimos, aunque tenga legítimos ascendientes.

14. Los espurios sin dispensacion heredan por testamento el quinto de los bienes de su padre, si tiene herederos forzosos; y abintestato, nada. Diferencia con respecto á la madre.

15. A falta de legítimos heredarán al padre en el quinto por testamento, y á la ma-

dre en todo, asi por testamento como abintestato.

16. Por nuestras leyes estan los padres obligados á criar y alimentar á su hijo espurio, y los abuelos por equidad canónica.
17. Limitaciones de esta obligacion.
18. La misma obligacion tienen los herederos de los padres del espurio.
19. Los padres satisfacen esta obligacion dejándole el quinto.
20. En la herencia de un hijo natural prefiere el hermano legítimo al que no lo es.
21. Al hijo natural muerto abintestato, que solo tiene consanguíneos por parte materna, le heredarán estos segun la prerogativa de su grado.
22. Otro caso relativo á estas herencias colaterales.
23. Si el hijo natural muerto intestado deja dos hermanos maternos, uno natural y otro legítimo, le heredarán á partes iguales.
24. Otro caso relativo á estas sucesiones.
25. Los espurios no suceden abintestato á los parientes de su padre, ni al contrario.
26. Los espurios de dañado ayuntamiento no suceden abintestato á sus hermanos ni demas parientes por línea materna.
27. Entre los hijos naturales y espurios y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos.
28. Observaciones acerca de los ilegítimos de todas clases.

1. A falta de hijos legítimos entran en la herencia de sus padres los naturales legitimados, y algunas veces los que no lo estan, anteponiéndose á la línea de los ascendientes. Esta es la razon porque se ha colocado en este capítulo la doctrina sobre la sucesion de los referidos, reuniendo en él cuanto conviene saber no solo en orden á la forma y casos en que pueden tener parte los ilegítimos en la herencia de sus padres y abuelos asi por téstamento como abintestato, sino tambien en la de sus parientes colaterales.

2. A los hijos naturales (*) deben dar educacion y alimentos no solo su padre y madre, sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ambas líneas (1). Mas para que gocen del concepto legal de hijos naturales debe su padre reconocerlos por tales formalmente, en caso de haberlos tenido en distintas mugeres, ó en el de no haber tenido públicamente en su casa á la

* Acerca de los hijos naturales y demas ilegítimos véase el cap. 2. tit. 3. lib. 1. de las legitimaciones.

1 Leyes 1 y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. Part. 4. y 11 al fin. tit. 13. Part. 6.

madre si fue una sola; porque si cohabitó con ella, y reconoció á uno de sus hijos, se suponen reconocidos todos (1), y sin otro requisito estarán aptos para gozar de la hidalguía de su padre, aun cuando su madre no la tenga (2). Se advierte que reconocidos una vez no puede el padre volverse atras de lo hecho (3).

3. Cuando los hijos naturales se legitiman por privilegio del Soberano, si el padre deja hijos ó descendientes de legítimo matrimonio, nacidos antes ó despues de la legitimacion, no puede heredarle el legitimado sino en el quinto de sus bienes, si quiere dejárselo, y no de otra suerte. Y lo propio milita aunque ningun hijo tenga procreado ó nacido durante el matrimonio, si tiene alguno legitimado por el subsecuente, pues este es verdaderamente legítimo, y como tal excluye al legitimado por rescripto, que se reputa extraño en competencia de los otros, segun se prueba de la ley 12 de Toro, que es la 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Y se previene que el documento de esta legitimacion debe ir autorizado por el capellan mayor de su Magestad, ó por uno de los capellanes continuos de su Real capilla que tengan racion y quitacion, en cuya secretaría se toma la razon, y sin este requisito no vale, como se advierte en las que se expiden por la Cámara.

4. Lo cual se entiende, excepto que el Príncipe diga expresamente en su privilegio, *que suceda el legitimado con los hijos legítimos sin diferencia, y a esten nacidos antes de la legitimacion ó nazcan despues;* pues en este caso sucederá igualmente con ellos en la herencia de su padre, porque el Soberano de cierta ciencia y plenitud de potestad ó poder absoluto puede habilitarle, y disminuir la legítima de los legítimos. Pero si la concesion carece de la referida cláusula, no concurrirá con estos á la sucesion, ni les causará detrimento alguno, porque se presume que el Príncipe no quiso perjudicarlos, y que á saber que el padre los tenia, no hubiera legitimado al ilegítimo, á lo menos para sucederle (4).

5. No habiendo hijos legítimos, puede el natural legitimado por privilegio heredar á su padre, y este instituirle por heredero, aunque tenga padre ú otros ascendientes legítimos ó parientes (5); porque se reputa y en todo y por todo es habido en es-

1 Ley 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.
2 Ley 1. tit. 11. Part. 7.
3 Matienz. en la ley 9 de Toro, num. 1.
4 Tello en la 12 de Toro, num. 3 y 4. Matienz en la 10. cit glos. 2. num. 2, 3 y 4. Gom. en dicha ley 12. num. 67. vers. *Si vero sunt.*
5 Perez en la 22. tit. 3. lib. 1. Ordenam. col. 163 cerca del fin. Cifuent. en la 12 de Toro, num. 2. Mont. en la 17. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real. Decio cons. 258. num. 5. Matienz. en dicha ley y glos. num. 1.

te caso como verdaderamente legítimo para suceder por testamento y abintestato, y para los demas efectos de la la legitimidad: por lo que si fuese preterido puede decir de nulidad del testamento; y si exheredado sin causa justa quejarse y usar de todos los remedios concedidos á los legítimos contra el testamento de su padre, no solo estando legitimado al tiempo que lo otorgó, sino aunque lo sea despues de otorgado (1) (*).

6. Pero si la legitimacion se coarta y limita á suceder por testamento ó sin perjuicio de los descendientes ó ascendientes, ó en aquello que quisiere el padre del legitimado, nada obra contra la voluntad de este, por lo que contra ella no le sucederá (2). Y si se hace sin perjuicio de los que deben suceder abintestato, sucederá por testamento el legitimado, no habiendo legítimos; y abintestato no excluirá á otros que al fisco ó viuda del difunto (3). Previniendo que si la legitimacion falta y es de ningun momento, pertenece la herencia á los herederos abintestato, los cuales deberán entregar los legados, y no recaerá en el fisco (4).

7. Aunque teniendo hijos legítimos los padres, no pueden sucederles los legitimados por privilegio, si son naturales, sino en el quinto, no obstante no se diferenciarán de aquellos en la nobleza y demas honores civiles que competen á los legítimos, ni tampoco en suceder por testamento y abintestato á los parientes, como verdaderos legítimos, y así gozarán de aquellos y heredarán á estos, segun lo dice dicha ley 12 de Toro en su 2.ª parte: *Pero en todas las otras cosas, asi en suceder á los parientes como en honras y preeminencias que hán los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nacidos de legítimo matrimonio* (5).

8. Los hijos adoptados ó prohijados por sus ascendientes les suceden como los legítimos, en caso que los adoptantes carezcan de ascendientes y de hijos ó descendientes legítimos;

1 Covarr. lib. 4. *Var.* cap. 21. Dueñ reg 350. Gom. en dicha ley 12, num. 66. Matienz. en dicha ley 10. glos. 7. num. fin.

* Se advierte que aunque no hay ley que expresamente diga ni determine lo que en este párrafo se contiene sobre el goce de dichas prerogativas, verificada la legitimacion ó dispensa, puede deducirse de las leyes 10 y 11 de Toro. *Febrero adicionado.*

2 Alex. cons 30. num. 5 lib. 4 y cons. 189 al fin, lib. 5. Alciat. *in Rubr. de liber. et posthum* col. 4. et ibi Socin. num. 12. y Jason. num. 14. Paul. cons. 260. num. 1. al fin, lib. 2. Rip. in leg. *Inter cætera*, num. 47 y 48. ff. *de liber. et posth.* Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 6. num. 50. Matienz. ibid. glos. 1. num. 6.

3 Riminald. cons. 446. num. 45 al 47.

4 Decio cons. 288. num. 4.

5 Avendañ. *in Diction.* verb. *Hijos legítimos.* Perez en la ley 1. tit. 1. lib 4. Ordenam. col. 1328. Matienz. en dicha ley 10. tit. 8. glos. pen. num. fin.

pero si tuvieren ascendientes que por derecho, á no haber intervenido la adopcion, les heredarían abintestato, les sucederán y no los adoptados (1). Lo mismo procede con los extraños adoptados, los cuales heredarán solamente abintestato al adoptante en defecto de legítimos, mas no à sus consanguíneos ni contra su testamento (2).

9. Los arrogados ò prohijados por via de arrogacion sucederán al prohijante por testamento y abintestato si careciere de legítimos, á menos que el Príncipe ordene en su privilegio que sucedan con estos, pues entonces le sucederán (3). Y si el arrogador hecha de su poder al arrogado, está obligado á darle ó dejarle la cuarta parte de sus bienes (4); excepto que tenga descendientes legítimos, pues en este caso se limitará al quinto por via de alimentos, porque en el exceso no puede perjudicar á los legítimos, aun cuando tiene obligacion de alimentar á los que no lo son (5).

10. A los hijos naturales, aunque no esten legitimados, puede el padre instituirlos por herederos á falta de legítimos, ó dejarles la parte que gustare de sus bienes, aun cuando tenga legítimos ascendientes (6). Y si no hicieren mencion de ellos en el testamento, es carga de los herederos el consignarles alimentos, cuya regulacion será á juicio de hombres buenos (7). Igual facultad tienen los abuelos en beneficio de sus nietos naturales. Si el padre muere intestado, sucederá el hijo natural, no en la sexta parte de sus bienes, como establece la ley 8. tit. 13. Part. 6., sino en el quinto, que es lo que los padres pueden dar en vida ó dejar en muerte á sus hijos ilegítimos por razon de alimentos, en caso de estar en obligacion de dárselos, segun lo previene la ley 10 de Toro (*). Mas por lo relativo à la madre es muy diferente la doctrina, pues los hijos naturales son sus herederos forzosos á falta de legítimos *ex testamento* y *abintestato* (8). Por tanto si careciendo de legítimos no hace mencion en su tes-

1 Ley ultim. al fin, tit. 16. Part. 4. et ibi glos. fin. Acev. en la 1. tit. 8. lib. 5. Rec. num. 64.

2 Ley 8. tit. 16 Part. 4. verb. *E lo que dijimos*, et ibi glos. 5. y leyes 9 y fin. et ibi glos. 3. tit. 16 Part 4.

3 Ley 8. tit. 16. Part. 4. y glos. de la sig. Glos final de la ult. tit. 15.

4 Ley 8. tit. 16. Part. 4.

5 Leyes 10 y 28 de Toro. Greg. Lop. en dicha ley 8. glos. 2 y 5.

6 Ley 6. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

7 Ley 8. tit. 13. Part 6.

* Febrero dice aqui que los hijos naturales heredan abintestato el quinto de los bienes de su padre á falta de legítimos citando la ley 10 de Toro. En otro lugar dice que solo heredarán la sexta parte con arreglo á la ley de Partida. Esta opinion parece la mas cierta y racional, pues la disposicion de la ley de Toro habla de la sucesion *ex testamento* y no *abintestato*, por lo cual no es aplizable su doctrina á este caso.

8 Ley 5 tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

tamento de los hijos naturales, ó los deshereda injustamente, pueden anularle del mismo modo que los primeros. Sin embargo valdrá en este caso la institucion de la madre en todo lo que por derecho puede valer, que es el quinto, porque en lo que haya lugar debe cumplirse la voluntad de la testadora, y es máxima constante que lo util no se vicia por lo inutil.

11. Pero si en última disposicion excluye el padre expresamente á sus hijos naturales de la sucesion á sus bienes ó los exhereda, á nada tienen derecho, ni les compete accion alguna contra su testamento (1). De lo cual se deduce que si el heredero nombrado repudia la herencia del padre, recaerá en los ascendientes legítimos de este, y no pasará à los hijos naturales; y la razon es porque la herencia repudiada no se trasmite al que por su incapacidad legal es un extraño en la sucesion (2).

12. Si los padres tienen descendientes legítimos, podrán heredar los hijos naturales *ex testamento* el quinto de sus bienes; pero *abintestato* no sucederán à ninguno de los dos en parte alguna de su herencia (3).

13. Los hijos espurios se legitiman tambien por rescripto Real, que se llama dispensacion. Los que han obtenido esta gracia pueden heredar à su padre, y este instituirles aun cuando tenga legítimos ascendientes, pues en virtud de ella consiguen todos los derechos del natural legitimado, á excepcion de la nobleza y preeminencias de sus padres, si en el mismo rescripto no se expresa (4).

14. Los hijos espurios que no han alcanzado dispensacion pueden heredar de su padre *ex testamento* el quinto de sus bienes, si tiene herederos forzosos ascendientes ó descendientes, y lo mismo de su madre, si tiene hijos legítimos; pero si han nacido de clérigo ordenado *in sacris*, fraile ó monja profesa, nada permite la ley que les dejen ni el uno ni el otro (5). *Abintestato* no les sucederá en cosa alguna (*).

1 Glos. in leg. 1. ff *de bonor. posses. cont. tabul.* Greg. Lop. en la ley 8. tit. 13. Part. 6. glos. 8. Gom. en la 10 de Toro, num. 11. Covarr. *de matrim.* part. .. cap. 8. §. 4 num. final. Castillo dicha ley de Toro, num. 46.

2 Ley *Si quis filium.* §. *Primo.* ff. *de acquirenda hered.* Castill. ibi num 47 y 48.

3 Leyes 5 y 8. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

4 Avendañ. *in Diction.* verb. *Hijos legítimos.* Matienz. en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. pen. num fin.

5 Dicha ley 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

* Asi es la verdad, y la reconoce Febrero en el párrafo 3. cap. 1. lib. 2. part. 2. diciendo: *ninguno de estos hijos espurios sucede por testamento ni abintestato á su padre directa ni oblicuamente, ni tienen derecho á pretender su respectiva herencia ni à quejarse de la preterícion.* Pero se le olvidó lo que dejaba dicho en su párrafo 7. cap. 1. part. 1., donde sienta una doctrina enteramente contraria. *A los hijos espurios,* dice, *que no lo son de clérigo* in sacris, *fraile ó monja profesos, les compete* ex testamento *y* abintestato *el derecho al quinto*

15. Pero si no hubiere hijos legítimos, la anterior disposicion aunque es la misma con respecto al padre, por lo relativo à la madre es muy diferente, pues en este caso la heredará el hijo espurio *ex testamento* y *abintestato* con solas dos excepciones. 1.ª Si por haberle tenido incurrió en pena de muerte, en cuyo caso podrá dejarle el quinto de sus bienes. 2.ª Si lo es de clérigo de orden sacro ó fraile profeso, pues entonces nada podrá legarle (1).

16. Los hijos espurios no tenian derecho por las leyes romanas à ser alimentados por sus padres; pero por las nuestras deben estos atender à su sustento (2): obligacion que igualmente les impone el derecho canónico (*). Asi no podrá privarse à los primeros de sus alimentos por pacto, costumbre, ley municipal, ni por expresa prohibicion de los padres en su testamento; bien que si el pacto es jurado y los espurios renuncian su derecho, únicamente se les deberán en el caso extremo de que, de no hacerlo asi, perezcan de necesidad, y entonces pueden reclamar la transaccion ó renuncia. La misma obligacion tienen los abuelos y bisabuelos por equidad canónica en defecto de los padres, y cuando aunque los tuvieren esten pobres y los primeros ricos. Pero por derecho Real solo tienen obligacion á alimentar à sus descendientes espurios los ascendientes por parte de la madre, á falta ó imposibilidad de esta; y la razon es por la mayor seguridad que hay del parentezco en este caso que en el precedente (3).

17. La obligacion de los padres à sustentar á sus hijos espu-

de los bienes de su padre ó madre, que los tienen legítimos, con el cual satisfacen la obligacion de alimentarlos que les impuso naturaleza. Esto no es verdad, ni está apoyado en ningun fundamento, pues si bien hay obligacion de darles alimentos, la cual comprende al padre y á otros en su caso, el derecho que á ellos tienen no es como herederos. El padre podrá dejarles el quinto por via de alimentos; pero si quiere dejarles menos lo podrá hacer, con tal que sufrague al indicado objeto. Si tuvieran los espurios derecho al quinto como herederos, lo podrian reclamar aunque tuviesen con que vivir, y no es cierto. Por otra parte si tienen bastante para sustentarse segun su clase con una sexta ú octava parte de la herencia, no tiene el padre ni el heredero obligacion á darles mas.

1 La misma ley 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. y la anterior.

2 Ley 1 y 2. tit. 19. Part. 4 Matienz. en la ley 8. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1.

* Tambien en esta doctrina está Febrero en contradiccion consigo mismo, pues habiéndola establecido en la part. 1. cap. 1. §. 2. enseña despues en la parte 2. lib. 2. cap. 1. §. 3. que no tiene el padre ninguna obligacion de dar alimentos à su hijo espurio por nuestras leyes, citando la 5. tit. 19. Part 4. Ademas de ser esta opinion opuesta á la equidad, pues el tal hijo ninguna culpa tiene de su condicion, la ley citada no exime al padre del deber de sustentar al espurio, sino solo al abuelo. Lejos de hacerlo asi, todas las leyes que inculcan la obligacion de alimentar y criar los padres á los hijos hablan siempre en general y sin excluir á ninguno de ellos. Véanse la 1 y 2. del mismo título.

3 Matienz. ibid. num. 24 al 27.

rios tiene dos limitaciones: 1.ª cuando en ellos concurren las causas que para desheredar á los legítimos prescriben las leyes, y mas si su ingratitud para con sus padres los constituye reos de muerte; 2.ª cuando los hijos tienen con que vivir, ó se pueden mantener con su oficio ó industria sin desdoro de sus personas (1), en cuyo caso cesa la obligacion por faltar la indigencia en que está apoyada.

18. No se circunscribe únicamente al padre, y en su caso á los demas ascendientes, la obligacion de alimentar á sus hijos espurios, sino que se extiende á los herederos de aquel (2). Lo mismo sucede cuando los alimentos se deben por disposicion de alguno, ya sea en contrato ó en última voluntad, pues la carga de alimentar pasa à los herederos de aquel que se obligó (3), aunque lo sea el fisco por tácito fideicomiso ó por otra causa, ò el donatario de todos los bienes; mas no al comprador privado ni á cualquier otro que en virtud de algun contrato particular los hubiese adquirido (4).

19. La obligacion que tienen los padres de alimentar à sus hijos espurios la satisfacen dejándoles el quinto de sus bienes en los casos en que, segun hemos dicho arriba, pueden hacerlo. Del referido quinto una vez que los hijos lo perciban, tienen facultad de disponer à su arbitrio, segun lo previene la ley 10. de Toro, que es la 6. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., excepto en tres casos. El primero, cuando de la tácita ó expresa voluntad del testador se colige que no quiso que pasase el quinto à los herederos de su hijo espurio: el segundo, cuando le hace algun legado de renta anual por los dias de su vida: el tercero, cuando impone al hijo espurio la obligacion de restituir à otro despues de su muerte los bienes que le deja por via de alimentos, en cuyo caso no puede disponer del sobrante de los mismos (5). Si el espurio no dispusiere del quinto que le adjudicaron por razon de alimentos, pasará à sus herederos y no volverá à los de su padre (6).

20. Sentada esta doctrina legal sobre el modo de heredar los hijos ilegítimos à sus descendientes y ascendientes, resta decir qué reglas han de seguirse en la sucesion de sus consanguíneos. Respecto de los naturales hay formal resolucion en la ley final, tit. 13. Part. 6. de cuyo contexto se deduce que muerto abintes-

1 Matienz. ibid. num. 16 y 17.
2 Gom. en la ley 9 de Toro, num. 39. Covarr. ibi, num. 14.
3 Gom. ibid. al fin.
4 Matienz. ibid. num. 19 al 22.
5 Matienz. en dicha ley 8. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 4 y 5.
6 Matienz. ibid num. 6.

tato el hijo natural sin sucesion, si deja dos hermanos hijos de su mismo padre, el uno natural y el otro legítimo, preferirá este á aquel, porque en él concurren las dos cualidades de naturaleza y de derecho, y en el natural la de naturaleza solamente. Si el hijo natural es solo, sucederá en el todo á su hermano tambien natural como su pariente mas cercano; pero el natural por línea paterna no heredará à los legítimos ni à los demas parientes por esta línea intestados. Dejando un hijo natural de parte de madre solamente, y otro natural ó legítimo de parte de padre, será preferido el natural de parte de madre, como que es conocida y cierta, al natural y al legítimo de parte de padre, que no lo es. Y à falta de hijo legítimo y natural de parte de padre ningun otro pariente por línea paterna heredará al natural (1).

21. Si muriere abintestato el hijo natural, dejando solamente parientes por parte materna, le heredarán segun la prerogativa de su grado: y por consiguiente si estos fallecieren sin sucesion legítima, los heredará como si fuera legítimo, porque por parte de su madre son verdadera é indubitadamente consanguíneos por la certidumbre del parto, como lo dice la ley inserta al fin y otras (2), lo que no sucede por parte de su padre.

22. Y si dos hijos naturales de una misma madre fallecieren dejando cada uno un hijo legítimo ó natural, y despues muriere abintestato sin sucesion uno de estos primos, le heredará el otro que sobrevive, y será preferido à todos los demas cognados mas remotos, aunque sean legítimos, porque entre ellos hay cognacion próxima, y asi deben suceder segun la inmediacion de parentesco y prerogativa de grado, como se prueba de los finales períodos de la ley inserta.

23. Falleciendo intestado sin sucesion el hijo natural por parte materna, si dejare dos hermanos, uno natural y otro de legítimo matrimonio de la propia madre, no preferirán uno al otro, antes bien concurrirán ambos y le heredarán con igualdad, porque estan en igual grado, pues la ley 9 de Toro habla y se debe entender cuando se trate de suceder à la madre, en cuyo caso el legítimo prefiere al natural; mas no cuando se trata de sucederse los legítimos y naturales entre sí: por lo que se ha de estar à la disposicion del derecho comun, como no corregido ni derogado en esta parte, que ordena que no sea preferido el

1 Gomez en la citada ley 9 de Toro, num. 46 y 47. Greg Lop en la ley inserta.
2 Gomez en dicha ley 9 de Toro, num. 48 Covarr. *de sponsalib.* part. 2. cap. 8. §. 5. col penult.

hijo legítimo al natural en la sucesion de los bienes de su madre: luego tampoco deberá serlo en la de los de su hermano, y asi concurrirán ambos (1).

24. Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento ni descendientes legítimos dejando dos hermanos, uno hijo natural de su padre y madre, y otro tambien natural de la misma madre pero de diverso padre, le heredará el hermano natural entero, por la doble conjuncion y cualidad, y preferirá al uterino, porque tiene predileccion legal como mas conjunto (2), al modo que para con los hermanos legítimos está dispuesto en derecho.

25. Los espurios, de cualquier clase que sean, no sucederán abintestato á los parientes de su padre, ni estos à ellos, porque por la máxima incertidumbre de la filiacion y parentesco por parte paterna no se reputa haber agnacion ni cognacion entre ellos (3).

26. Asimismo no sucederán los espurios de dañado ayuntamiento à los hermanos ni parientes suyos por línea materna, porque si no suceden à su madre ni esta à ellos, tampoco deben suceder à sus parientes por su línea, ni estos heredarlos (4).

27. Entre los hijos naturales y espurios y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos, y asi se debe guardar igualdad entre ellos: de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder à sus padres y parientes, y deben ser alimentados por ellos, es igual el derecho de los segundos para suceder á los primeros, como ya se dijo en el capítulo citado.

28. Acerca de los hijos ilegítimos de todas clases debo por último hacer dos advertencias: 1.ª que aunque el padre declare en su testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados los herederos á entregársela, à menos que lo justifiquen por otros medios legales, porque se presume que lo hace por beneficiarlos perjudicando á sus herederos legítimos (5); 2.ª que la ilegitimidad no inhabilita á los que la tienen para ejercer cualquiera oficio ó arte indistintamente, á excepcion de los empleos de juez ó escribano, segun la ley 9. tit. 23. lib. 8. Nov. Rec., la cual deroga cuantas leyes, sentencias, estatutos, usos y costumbres sean contrarios à esta declaracion.

1 Gom. dicho num. 48. vers. *Dubium tamen est.* Avendañ. en la ley 9. de Toro, glos. 2. num. fin. Acev. en la 7. tit. 8. lib. 5. num. 4.

2 Matienz. ley 6. tit. 8 lib. 5 glos. 4. num 10. Greg. Lop. en la fin. tit. 13. Part. 6 glos. 6 Gom. en dicha ley 9. num. 49.

3 Gom. ibid. dicho num. 46.

4 Gom. ibi, num. 50. vers. *Sed teneo.* Cifuentes en dicha ley 9 de Toro, num. 2. Tello en ella, num. 34. vers. *Ex ultimis verbis.* Matienz en la 7. tit. 8. lib. 5. glos. 8 Acost. in cap. *Si pater*, vers. *Omnia*, num. 43. *de testam* in 6.

5 Ley. 3. tit. 14. Part. 3.

CAPITULO SEPTIMO.

De la sucesion de los ascendientes legítimos á los bienes de sus descendientes por testamento.

§. 1. Por nuestras leyes los ascendientes son herederos forzosos de sus descendientes á falta de sucesion en todos sus bienes, à excepcion del tercio.

2. El orden que en esto se observará es el que se expresa en la referida herencia abintestato.

3. Comprende del mismo modo à los que esten bajo la patria potestad, que á los emancipados.

4. Las leyes de Partida que permitian á los hijos disponer del total de sus bienes castrenses estan derogadas.

5. De la ley 6 de Toro nacen dos dudas: primera, sobre consignacion del tercio.

6. Resolucion de ella.

7. Segunda, sobre si en el tercio podrá un hijo disponer de la propiedad y usufructo.

8. El hijo puede disponer de sus bienes cuando el padre entró y profesó en alguna religion, y en otros casos.

9. El pacto reciproco de heredarse celebrado entre marido y muger no es permitido al hijo en perjuicio de su padre.

10. No solo sucederán los ascendientes á los descendientes á falta de hijos, sino cuando estos son desheredados.

11. Pero esta sucesion no se extiende á los mayorazgos ni al enfiteusi.

12. No sucederán los ascendientes que han hecho renuncia jurada, ó han dado licencia de testar de otro modo al descendiente, ó bien han consentido en la pretericion.

1. Como la patria potestad era perpetua y omnímoda por derecho romano, se habla muy poco en él de la sucesion de los ascendientes, quienes mal podian heredar los bienes de que nunca dejaban de ser dueños. Unicamente cesaba la patria potestad por la emancipacion; pero aun en este caso se reservaban siempre los padres los derechos de patrono, uno de los cuales era la herencia muriendo sus hijos sin sucesion y abintestato. Nuestras leyes comprenden la segunda línea recta, que es la de los ascendientes legítimos (*), entre los herederos forzosos, im-

* La legitimidad de los ascendientes no se ha de entender de su propia persona, sino respecto de la de los descendientes á quienes han de heredar, y así nada

poniendo à sus descendientes la obligacion de instituirlos por falta de sucesion (1) en todos sus bienes *adventicios y profecticios*, *castrenses y cuasicastrenses*, sin exceptuar los adquiridos por el hijo ordenado *in sacris* por razon de la iglesia (2), á excepcion del tercio de todos ellos, del cual pueden los descendientes disponer à su arbitrio asi en vida como en última voluntad (3).

2. Asi à falta de descendientes legítimos y legitimados deberán aquellos instituir à sus ascendientes, observando el orden y reglas que se dirá hablando de esta herencia abintestato, pues son las que se observan por testamento.

3. Esta obligacion de los descendientes legítimos comprende del mismo modo à los que estan bajo la potestad de sus descendientes, que à los emancipados; y unos y otros pueden disponer de la tercera parte de sus bienes en favor de propios ó extraños, imponiendo en ella las condiciones honestas y posibles que juzguen conveniente, en los mismos términos en que el ascendiente en su caso dispone del quinto.

4. Y aunque las leyes 6 y 7. tit. 17. Part. 4. permiten al hijo disponer en propiedad y usufructo de todos sus bienes castrenses y cuasicastrenses, estan derogadas por las siguientes palabras de dicha ley 6 de Toro: *en todos sus bienes de cualquier calidad que sean*; las cuales le obligan à disponer de solo el tercio de tales bienes, del propio modo que de los adventicios (4): lo mismo entiendo de los donados por el Rey al descendiente, y de los adquiridos por razon de la iglesia (5). Igual disposicion contienen las ordenanzas militares con respecto á los que gozan del fuero de guerra (6).

5. De la referida ley nacen dos dudas. La primera versa sobre si los descendientes podrán consignar el tercio dejándolo à alguno de sus ascendientes ó á extraño. Antonio Gomez en la ley 29 de Toro, num. 4. dice: que si lo dejan á ascendiente, pueden; mas no, dejándolo á extraño: lo uno porque los ascendientes deben haber su legítima, que son las dos terceras partes de la herencia en todos los bienes hereditarios del difunto, y lo

importa que el padre sea natural ó espurio, si su hijo es legítimo, que es lo que se requiere para que pueda heredarle, como lo prueba Tello en la ley 6 de Toro, num. 6.

1 Ley 1. tit 20. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 12. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 6 de Toro.

4 Avendañ. en dicha ley, glos. 7. Greg. Lop. en la 6. tit. 17. Part. 4.

5 Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 4. num. 78.

6 Ordenanzas de 1768, art. 17. trat. 8. tit. 11.

contrario seria imponerles gravamen; y lo otro porque dicha ley 6. no lo dice, ni otra alguna.

6. Venerando como debo su dictamen, el mio es, que ya lo deje á ascendiente ò á extraño, puede consignarlo. Lo primero, porque la ley no lo prohibe, y lo que no está prohibido se entiende permitido. Lo segundo, porque el ascendiente en este caso se reputa extraño, respecto á que se le deja el tercio, no como legítima que se le deba, sino como legado voluntario. Y si al último no puede consignarse, ¿por que razon podrá ejecutarse con el primero, no habiendo ley alguna que lo disponga? Por consiguiente ò á entrambos ò à ninguno ha de poder hacerse la consignacion. Lo tercero, porque cuando versa identidad de razon, debe obrar la misma disposicion legal: es asi que cuando el ascendiente deja el quinto á extraño, lo puede consignar, no obstante ser su descendiente heredero de prerogativas mas grandes, como dejo sentado: luego no solo con igual sino con superior razon puede consignar el tercio cuando lo deja á extraño, y debe militar por consiguiente la propia disposicion para uno que para otro.

7. La segunda duda es, si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, ò solamente en propiedad, y si este ha de quedar ò no reservado al padre mientras viva. Para comprender bien esta cuestion conviene advertir, que el hijo estando bajo la patria potestad no tiene dominio alguno sobre el usufructo de sus bienes, sino solo la propiedad de ellos. Asi lo expresa la ley 5. tit. 17. Part. 4. Infiérese de esto, que aunque pueda disponer de la propiedad del tercio por donacion ó contrato entre vivos, no puede enagenar el usufructo en manera alguna; y no menos que ni aun por testamento puede hacerlo. Los jurisconsultos que opinan de este modo se fundan en la citada ley, que reserva al padre, durante su vida, el usufructo de los bienes del hijo, por lo cual no puede enagenarle sin licencia suya, de cuyo dictamen es Sigüenza (1). Los que opinan en favor de la libertad del hijo para enagenar en su testamento el usufructo, se apoyan en la ley 6 de Toro, de que va hecha mencion, añadiendo que por su muerte sale el hijo de la patria potestad, de donde deducen que no obrando sus efectos ningun testamento sino despues de muerto el testador, no tiene lugar la ley de Partida. Esta opinion es la mas justa y la que está en práctica, pues aun

1 Sigüenz *de clausulas*, lib. 2. cap. 1.

cuando no sea cierto que por la muerte se adquiera la exencion de la patria potestad ni ningun otro derecho, la ley 5 de Toro (1), posterior à la de Partida, hace al hijo *sui juris*, ó independiente, para que teniendo la edad de doce ó catorce años (segun fuere hembra ó varon) pueda hacer testamento, como si estuviese fuera de su poder: y como en ella no se hace distincion alguna entre propiedad y usufructo, parece conforme á razon, que este accesorio siga la condicion de lo principal.

8. Puede el hijo disponer tambien de sus bienes en propiedad y usufructo cuando su padre entró en religion y profesó; ó por ser disipador se le quitó la administracion de los bienes de su hijo; ó si por delito que cometió es *deportado*, que se llama asi al desterrado para siempre á las labores del Rey, v. gr. presidio, arsenales, minas, galeras, carcel perpetua, ó cuando es *banido ó encartado*, que es el prófugo por delito, y porque no parece, se le emplaza por edictos, y en rebeldía es condenado, en cuyos casos espira el usufructo, y despues de extinguido no renace (2).

9. Si el hijo casado y su muger hicieron pacto reciproco de que aquel que sobreviviese hubiera de suceder al muerto en todos sus bienes en caso de no dejar descendientes legítimos, ¿valdrá este pacto, y podrá en su virtud dejar de instituir á sus ascendientes? Dicen que sí varios autores (3); pero no me adhiero à su dictamen: primero, porque siendo un honor el nombre de heredero es justo que los hijos le den à sus padres, y la desheredacion es siempre una especie de injuria; y segundo, porque dicho pacto se graduaria por el que las leyes romanas llaman *de invicem succedendo*, que por derecho está reprobado (*).

10. No solo sucederán los ascendientes à sus legítimos descendientes careciendo estos de hijos ú otros descendientes legítimos, sino aunque los tengan, si por causa legal probada los exheredan é instituyen á un extraño por su heredero, pues en este caso los ascendientes como preteridos pueden romper el testamento, quejándose de la preterición, y pretendiendo se les declare por herederos y excluya al extraño instituido, lo cual conseguirán, y entrarán en la herencia; bien que la tercera parte de ella, que es de lo que dicha ley 6 de Toro les permite testar

1 Ley 4. tit. 18. lib 10. Nov. Rec.

2 Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 4. num. 30 al 40.

3 Gut. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 3. num. 27. Cast. in procm. leg *Tauri*, num. 4 y 5.

* Puede haber ciertamente hermandad y comunicacion de bienes entre marido y muger en dos casos; pero su explicacion no es propia de este lugar.

(como queda dicho en los dos primeros párrafos), será para el extraño, pues ya que su voluntad no puede valer en el todo, valdrá y se cumplirá en lo que por derecho há lugar.

11. Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgos ni en enfiteusi, porque estos no se defieren por derecho hereditario, sino de sangre, à menos que otra cosa esté dispuesta en su constitucion (1). Y lo mismo se observa en los feudos, pues el padre y abuelo no suceden al hijo ó nieto que tiene feudo y muere sin hijos (2).

12. Tampoco sucederán los ascendientes à sus descendientes cuando renunciaron con juramento la herencia y derecho hereditario que tenian à sus bienes (3). Ni cuando el hijo dispone de todos sus bienes à favor de otro cualquiera, y para ello precede licencia jurada de su padre. Ni cuando este consiente el testamento en que su hijo le omite ò pasa en silencio, y deja á otro por su heredero, ó dispone íntegramente de sus bienes por su alma, ó en otra cosa (4).

1 Mat. en la ley 1. glos. 3. num. 11. y glos. 5. num. 2. tit. 8. lib. 5. Rec. Greg. Lop. en la ley 7. verb. *Los que suben*, tit. 26. part. 4. y en la 4. glos. 1. tit. 13. Part. 6.

2 Ley 7. tit. 26. Part. 4. et ibi glos. cit.

3 Acev en la ley 1. num. 65 al 69. tit. 8. lib. 5. Rec. Gutierr. in cap. *Quamvis pactum de pact.* in 6.

4 Gutierr. y Acev. ubi supr.

CAPITULO OCTAVO.

De los herederos extraños por testamento.

§. 1. Division de esta materia.

2. Son herederos estraños los parientes por linea transversal, y los que no tienen parentesco alguno con el testador.

3. Caso único en que los hermanos del testador pueden anular su testamento.

4. El testador que no tenga herederos forzosos puede instituir por tales á todos los que guste, sean ó no sus consanguineos.

5. El testador puede distribuir su herencia en cuantas partes quisiere, é instituir sus herederos de tres modos.

6. Primero, cuando designa la porcion que ha de llevar cada uno.

7. Instituyendo el testador á uno en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes, se supone habérselos dejado.

8. Si dividiendo la herencia en cuatro porciones, nombra herederos de las tres y no dispone de la cuarta, la partirán entre sí.

9. ¿Como se entenderán otras varias divisiones que haga el testador?

10. Decision de un caso de institucion ambigua.

11. Decision de otro caso igualmente dudoso.

12. La regla general es la interpretacion mas racional y probable de la voluntad del testador.

13. Instituyendo el testador por heredero á uno en la parte que tiene designada en otro documento, si no hubiese tal designacion, es nula la institucion; pero si se refiere á señalamiento futuro, es válida, aunque no la hubiere.

14. Los nombrados herederos en una finca sin otra disposicion, dividirán entre sí la herencia por igual, pero la finca segun dispuso el testador.

15. ¿Que deberá hacerse cuando instituye á dos copulativamente en una cosa, y á un tercero en otra, sin mas institucion?

16. Segundo modo de instituir, que es señalando la parte de unos y de la de otros.

17. Caso resuelto en esta especie de institucion.

18. Cuando el testador nombra heredero de todos sus bienes, y luego á otro en el resto de su hacienda, este no tendrá nada.

19. Tercer modo de instituir, que es sin señalar partes á ninguno.

20. ¿Como se entiende el lenguage divisorio?

21. ¿Cuando los herederos han de suceder simultánea ó sucesivamente, y por cabe-

zas ó ramas? (*in capita* ó *in stirpem*).

22. Catorce casos en que se sucede por igual y simultáneamente. Primer caso.
23. Segundo y tercer caso.
24. Cuarto, quinto y sexto caso.
25. Séptimo caso.
26. Octavo caso.
27. Noveno caso.
28. Décimo y undécimo caso.
29. Duodécimo caso.
30. Décimotercio y décimocuarto caso.
31. Excepciones de la doctrina del párrafo 21.
32. Segunda excepcion de dicha doctrina.
33. Tercera excepcion.
34. Cuarta y quinta excepcion.
35. Sexta excepcion.
36. Séptima excepcion.
37. Octava excepcion.
38. Nona excepcion.
39. Siendo uno instituido por su nombre, y otros de un modo colectivo, aquel tomará la mitad, y estos repartirán lo restante.
40. Excepciones de esta doctrina.
41. Si alguno instituye genéricamente á sus hermanos, quedan excluidos los medios hermanos.
42. Pero si solo tiene un hermano entero, partirán la herencia todos.
43. Si instituye á alguno por su nombre, y con él á otros que no han nacido, heredarán á partes iguales.
44. Si es instituido un hermano y los hijos de otro, partirán todos la herencia con igualdad, como los haya nombrado uno por uno.
45. Si alguno instituye por herederos á sus hermanos, no por eso se han de entender instituidos los hijos de otro hermano muerto.
46. De los herederos usufructuarios.
47. De los herederos fideicomisarios.
48. Para que sea válida la institucion de los herederos extraños, han de carecer de impedimento legal en tres tiempos.

1. Como no todos los testadores tienen herederos legítimos ó forzosos, por cuyo defecto suelen repartir su hacienda entre sus parientes ú otros totalmente extraños, dividiré la materia de este párrafo en tres puntos: en el primero trataré de los que se llaman herederos extraños, y cuáles puede instituir el testador; en el segundo, de cuántas maneras puede hacer la institucion, y cómo se ha de dividir entre ellos su herencia; y en el tercero, cuando le sucederán ó no igualmente y á un propio tiempo, ó por orden sucesivo.

2. Llámanse herederos extraños los que no son descendientes ni ascendientes del testador: y asi se comprenden bajo dicho nombre no solo aquellos pue no tienen parentesco alguno con

este, sino tambien los parientes transversales, inclusos sus hermanos. No hay duda en que procederá mas justa y cristianamente el testador en beneficiar en su testamento á sus parientes pobres, si los tuviere, con preferencia á otros que no lo sean; pero el derecho le da facultad para disponer de sus bienes en perjuicio suyo (1).

3. Como los extraños ningun otro derecho tienen á los bienes del testador, que el que les da la voluntad del mismo, jamas pueden anular su testamento (2). Solo compete este derecho á los hermanos del testador, en el caso de que instituya por herederos á sugetos de mala vida ó infames, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espurios, usureros, clérigos pública y continuamente amancebados, y otros cuya designacion es arbitraria en el juez. Entonces les compete la accion de querella (*), y no vale la institucion, siendo probado el defecto del instituido (3), excepto que hayan maquinado contra su vida, ó acusádole de crimen que trajese consigo pena capital ó perdimiento de miembro, ó héchole perder la mayor parte de sus bienes, ó poniendo los medios para que los perdiese; pues por cualquiera de estas tres causas verificadas, no solo no pueden intentar la querella, aunque el hermano haya instituido heredero á algun infame, sino que si murió abintestato serán repelidos, y nada podrán heredar de él (4).

4. Por lo tocante al segundo digo: que careciendo el testador de herederos forzosos puede instituir á uno ó á muchos extraños, ya sean ó no consanguíneos suyos, con tal que por derecho no tengan prohibicion de heredar, é imponerles las posibles y honestas condiciones que guste, las que para entrar en la herencia deben cumplir, ó dar caucion y seguridad de que las cumplirán, ó practicarán para ello las competentes diligencias (5).

5. Digo asimismo que aunque el derecho romano dividia la herencia en doce onzas ó partes, puede dividirla el testador en

1 Leyes 1. tit. 6. lib. 3 Fuero Real, y 2 y 12. tit. 7. Part. 6.

2 Ley 2. verb. *E todos los otros*, y ley 12. tit. 7. Part. 6.

* Esta querella es la que se llama *de inoficioso testamento*, la cual tiene lugar cuando el preterido ó desheredado pretende ser falsa la causa de desheredacion alegada por el testador, ó bien cuando esta ha sido hecha sin expresarse causa alguna. Probándose la falsedad de la causa en el primer caso, ó el grado de parentesco que constituye heredero forzoso al preterido sin ella, se rescinde el testamento como *inoficioso*, esto es como hecho contra los oficios de piedad que median entre padres é hijos, segun se verá en el título de las acciones.

3 Ley 2. verb. *Fueras ende*, tit. 8. Part. 6.

4 Dicha ley 12. verb. *Pero tres razones*, y ley 2. cit. verb. *Pero si este hermano*. Cast. *Controv.* lib. 2. cap. 19.

5 Leyes 7 y 14 tit. 4. Part. 6.

las que quisiere, é instituir á sus herederos de tres maneras: 1.ª señalando á todos lo que han de percibir de sus bienes; 2.ª á unos sí, y á otros no; 3.ª á ninguno (1): y de cada una procedo á tratar ordenadamente, exponiendo varios casos para ilustracion de esta materia.

6. Primero, cuando el testador señaló á todos sus herederos las partes ó porciones que de su herencia han de percibir; en cuyo caso se debe repartir enteramente entre ellos, de modo que nada quede vacante, y todos le representen en el todo (2). Y si habiendo dividido parte de ella, dejó algo sin repartir, se ha de aplicar esto à los herederos instituidos à proporcion de lo que les señaló en la parte distribuida (3).

7. Instituyendo el testador à uno por su heredero en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes en aquel testamento, ni aunque despues haga otro nombra heredero en él, debe llevarlos todos el particular instituido; sin embargo de serlo solo en cosa determinada, porque se entiende universal; y asimismo cumplir los legados y pagar las deudas que dejare (4); pues de no heredarlos todos, se verificaria que el testador moria en parte testado y en parte intestado, lo cual es absurdo y repugna (*). Pero si en testamento posterior establece nuevo heredero, llevará solamente el anterior la cosa en que fue instituido, y el del segundo el resto de la herencia, con tal que este último no contenga revocacion del precedente, pues si la contiene ó el testador manda otra cosa, nada llevará el del primero (5).

8. Si el testador divide la herencia, v. gr. en cuatro porciones, instituyendo por iguales partes á tres herederos en las tres, y no haciendo mencion de la cuarta, deben llevar esta con

1 Leyes 16 y 18. tit. 3. Part. 6 Guerreir. *de division.* lib. 5. cap fin. num. 2, 3 y 4.

2 Gom. lib. 1. *Var* cap. 10. num 14. Not. lib. 2. *Comment. jur. civil.* tit. 15. ex num. 17.

3 Guerreir. *de division.* lib. 5. cap. fin. num. 38.

4 Ley 14. tit. 3. Part. 6.

* Esta doctrina de Febrero se apoya en el derecho romano, segun el cual nadie podia morir parte testado y parte intestado (ley 7. *de divis. reg. jur.*), de cuyo axioma procedia el derecho de acrecer que estableció la ley 1. §. 4. *de hær. inst.*, y en lo que la siguió nuestra ley de Part (14. tit. 3. Part. 6) Pero muchos de nuestros jurisconsultos son de opinion, que ya no debe observarse por estar corregida por la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. segun la cual valen los legados, aunque falte la institucion de heredero, verificándose por este medio, que es posible morir en parte testado y en parte intestado, y tambien que no es la institucion de heredero cosa tan necesaria entre nosotros, como lo era entre los romanos, pues faltando la institucion era todo nulo. Asi muchos opinan que en el caso que el autor propone, debe el instituido en cosa determinada heredar esta, y no mas, pasando el resto de la herencia á quien tocaria abintestato, y debiendo seguirse la misma regla en todos los casos en que por derecho comun y de las Partidas corresponderia el derecho de acrecer. Este y otros puntos de igual importancia y ambigüedad convendria mucho que una nueva ley los aclarase.

5 Ley 14. cit. y ley 21. tit. 1. Part. 6.

igualdad los instituidos en las tres; y si no lo fueron igualmente, llevará cada uno de la vacante la que segun la institucion le corresponda proporcionalmente (1): y lo mismo se debe observar en los legados (2). Pero si el testador instituye cuatro herederos, y à cada uno en cuatro partes de la herencia, se ha de dividir esta en diez y seis, y llevar cada uno las cuatro que dice el testamento (3).

9. Dividiendo el testador su herencia en mas de las doce onzas ó partes en que el derecho la divide, v. gr. instituyendo à uno en ellas, y á otro en seis, llevará las dos terceras partes el instituido en las doce, y el de las seis la otra tercera parte, ya nombre primero à este que á aquel, ó al contrario (4). Y si instituye à uno en las doce, y à otro en mas de las seis, v. gr. en ocho, diez &c., y consta que quiso dividir su herencia en mas de las doce partes, decrecerá para el de las doce, por ser visto haber querido que no percibiese las que dejó al otro, antes sí darlas á este; y asi en los casos propuestos se dividirá en veinte ó veinte y dos partes segun sea la institucion, de las cuales llevará las doce, y el otro las ocho ó las diez. Y si á cada uno dejase doce, partirán por mitad toda la herencia, porque por el hecho de no dividirla el derecho en mas de doce onzas ó partes, haber instituido el testador dos herederos, y dejado á cada uno las mismas doce que son su total, es visto haber querido que este decreciese para ambos con igualdad, y por consiguiente que le heredasen por mitad. Sin embargo la norma mas segura será el sujetarse en todo á la disposicion del testador, el cual puede dividir su herencia en cuantas partes quiera, sin sujetarse para esto á la ley de Partida.

10. Nombrando herederos el testador en esta forma: *instituyo á Pedro por mi heredero en la mitad de mis bienes, y á Juan en la otra mitad*, y añadiendo luego: *y en la misma parte que instituyó á Juan sea heredero Francisco*, no se dividirá la herencia en tres partes iguales, sino que Pedro llevará la mitad de ella, y Juan y Francisco la otra mitad con igualdad: porque las palabras del testador manifiestan haber querido que estos se reputasen por uno, que como juntos percibiesen y dividiesen entre sí la mitad de su herencia, y que Pedro como único llavase la otra mitad.

11. Diciendo el testador en la institucion de esta suerte:

1 Ley 17. verb. *E aun decimos*, tit. 3. Part. 6.
2 Ley 33. tit. 9. Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 2. num. 3. y cap. 12. num. 20.
3 Ley 18. tit. 3. Part. 6.
4 Ley 19. tit. 3. Part. 6.

nombro á Pedro, Diego y Juan por mis herederos, al primero, al segundo, al tercero, y á cualquiera y á cada uno de ellos en todos mis bienes y herencia; es visto que quiso instituirlos con igualdad, y que el nombrado primero no tuviese mas derecho que el segundo ni tercero; y asi percibirá cada uno la tercera parte de la herencia (1): por lo que si en caso de duda fueren preguntados los testigos instrumentales, y dijeren que fueron instituidos pero que no se acuerdan en cuantas partes, se debe interpretar que lo han sido igualmente (2).

12. Lo mismo procede y se debe practicar cuando alguno fue instituido heredero en alguna cuota ó porcion de la herencia, y se duda en cuanto por no estar especificada; pues entonces se han de dividir los bienes del instituyente segun la mas verosimil intencion de este, que debe investigar prudentemente el juez, regulando su arbitrio por la disposicion de las leyes (3).

13. Instituyendo el testador por su heredero á uno en la parte que en su codicilo ó en su primer testamento le tiene señalada, si ningun señalamiento se encuentra en estos, se entiende excluido de su sucesion, y asi nada percibirá. Y lo mismo procede si le instituye en la que otro tiene nombrado al mismo testador, y se verifica que no hay tal institucion. Pero si este se refiere al tiempo futuro, v. gr. le instituye en la parte que le señalará en su codicilo ó en otra cosa ó instrumento, aunque se verifique que nada le señaló, llevará su herencia, porque se reputa instituido en todas; y si son muchos la dividirán igualmente como instituidos sin partes (4).

14. Si el testador nombra á algunos por herederos de ciertas fincas ó de otra cosa, ya sea en partes iguales ó desiguales, y omite nombrar heredero del residuo de sus bienes, se entienden instituidos tambien estos; y asi se han de dividir con igualdad entre ellos; pero en la finca ó cosa señalada llevarán las partes que les asignó. Lo mismo se ha de observar si instituye á dos, al uno en una finca y al otro en otra, ó en cosa determinada, y no dispone del resto de la herencia entre ellos, ni elige otros; bien que cada uno llevará ademas la cosa en que fue instituido (5).

1 Ley 19. tit. 3. Part. 6. *E si acaesciese.* Greg. Lop. en dicha ley 19. glos. 4 y 5.

2 Decio cons. 252. num 3. vers. *Nec obstat.* Mantic. *de conject.* lib. 4. tit. 9. num. 4. Creve. cons. 65. num. 4.

3 Mans. *de testam. valid. et invalid.* tit. 6. quæst. 22. num. 1. Guerreir. *de division.* lib. 5. cap. fin. num. 50.

4 Ruin. lib. 2. cons. 176. num. 4. vers. *Addem facit.* Menoch. lib. 4. præsumpt. 18. Guerreir. ibi, num. 54 y 55.

5 Ley 14. palabras: *Otrosí decimos*, tit. 13. Part. 6.

15. Pero si instituye á dos por herederos juntamente, v. gr. en una finca, y en otra cosa á otro solo, y no nombra mas herederos ni dispone del resto de sus bienes, se debe distribuir la herencia en dos partes, de las cuales los dos llevarán la una por mitad, y ademas la finca en la propia forma, y el otro íntegramente la cosa en que fue nombrado, y la otra mitad de la herencia; excepto que el testador mande que todos le hereden igualmente, pues entonces se dividirá esta por terceras partes (1).

16. La segunda manera como puede instituir herederos el testador, y su herencia se ha de dividir entre ellos, es cuando nombra varios, señalando á unos las respectivas partes que han de percibir, y á otros sin señalarles cosa alguna, en cuyo caso llevarán aquellos las que les señaló y en que fueron instituidos, y estos el resto de la herencia, ya importe mas ó menos que lo que toque à los otros (2).

17. De lo expuesto se deduce que si el testador instituye à cuatro por sus herederos, mandando que el uno lleve la mitad de la herencia y el otro la otra mitad, y no señalando á los otros dos cosas ni parte alguna, heredarán aquellos, à quienes instituyó en partes ciertas, la mitad de la herencia y no mas, la que partirán entre sí igualmente; y los otros, à quienes nada señaló, la otra mitad, la que partirán tambien en igual forma, ya sean instituidos juntos, ò al principio, medio ò fin del testamento (3).

18. Cuando el testador instituye à uno por heredero de todos sus bienes, y despues á otro, mandando que este lleve el resto de su herencia; el primero los llevará todos y el segundo nada, porque nada le queda que heredar; y asi en cuanto á este será ilusoria y se frustrará la institucion; excepto que el primero sea incapaz absolutamente de heredar, y el testador diga que en la parte que no puede haber, instituye al otro, pues entonces llevará todo el segundo, y el incapaz nada (4). Pero si la incapacidad es limitada, puede ser instituido para cuando cese y pueda percibir la herencia.

19. Y la tercera manera como el testador puede instituir herederos, y se ha de dividir su herencia entre ellos, es cuando los instituye sin partes, que es sin señalarles las porciones que

1 Dicha ley 14. verb. *E si por ventura el testador ficiese.*

2 Ley 17. en las palabras. *E si acaesciese*, tit. 3. Part. 6. Barri *de succession. testat. et intest.* ley 2. tit. 7. num. 6.

3 Dicha ley 17. en las palabras. *Otrosí decimos*, y Barri ibi, num. 7.

4 Dicha ley 19. palabras: *Otrosí decimos*, hasta el fin.

de ella han de llevar. En cuyo caso todos la deben partir igualmente, porque asi se conceptúan instituidos; y en duda se presume que lo mismo amé á unos que á otros, y que quiso observar igualdad entre ellos (1); pues la disposicion indeterminada, que se refiere á muchos extremos, los mira simplemente y con igualdad.

20. Dividiendo el testador su herencia en dos ó tres partes, se han de entender dos ó tres de doce, á menos que otra cosa conste de su voluntad. Si hace mencion de alguna cuota, v. gr. tercera, cuarta, quinta, sexta &c., se entiende de la tercera, cuarta, quinta ó sexta de la herencia. Si alguno pide dos partes de la herencia sin declarar mas, se entiende tambien de doce que es su total; y si pide una se entiende pedir su mitad (2).

21. El tercero y último punto de este párrafo (que es bastante oscuro y delicado, porque muchas veces hay que recurrir á conjeturas, y los autores suelen discordar por esta razon) se reduce á si los herederos instituidos por el testamento le sucederán ó no igualmente y á un propio tiempo, ó por orden sucesivo, y si por cabezas ó por ramas: y para su inteligencia digo: lo primero, que aunque nombre á muchos de grados distintos, v. gr. *si instituye á Pedro su amigo, y al hijo y nieto de este*, deberán sucederle igualmente y al mismo tiempo, y no por orden sucesivo, sin embargo de militar entre ellos diversos grados, y algun orden de naturaleza y caridad; y la razon es que por el hecho de instituirlos de esta suerte se concepúa que lo mismo amó à unos que à otros (3).

22. Se amplia esto à los catorce casos siguientes. El primero, no solo cuando los instituidos fueron absolutamente extraños, sino aunque hayan sido consanguineos del testador, á quien si hubiese muerto intestado, heredarian por recaer en ellos la sucesion abintestato, pues sin embargo de que lo sean, si llama copulativamente á todos, y no hace distincion de las partes que cada uno ha de heredar, y cuando, le sucederán á un tiempo y con igualdad, sin diferencia (4).

23. El segundo es cuando nombró por sus herederos á su hermano é hijo de este, ó à él, ò à los de otro hermano muerto, pues se dividirá entre todos por iguales partes la herencia: por-

1 Ley 17. tit. 3. Part. 6.

2 Greg. Lop. en la 16. tit. 3. Part. 6. glos. 1.

3 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 2. num. 4. vers. *Sexto et finaliter*. Cras. in § *Inst.* quæst. 20. num. 10. Harp. ad Clarum in §. *Testamentum*, quæst 10. num. 3. Guerreir. *de divis.* lib. 5. cap. fin. num. 7.

4 Mans. *de testam. valid. et invalid.* tit. 6. quæst. 16. num. 5. Fachin. *Controv.* lib. 12. cap. 41. Guerreir. ibi, num. 8.

que cuando la aficion del testador recae indistintamente en todos los instituidos, se contemplan llamados juntamente, y no por orden sucesivo (1). El tercero es cuando instituyó, v. gr. á su hermano y á algunos hijos de este, llamándolos por sus propios nombres, pues sucederán tambien igualmente y al mismo tiempo, y no por orden sucesivo (2); porque por el hecho de llamar á estos por sus nombres y no á los otros, es visto haberlos amado mas por algun motivo singular que á ello le impelia.

24. El cuarto es cuando instituyó á su hermano, y con limitada especificacion, ó usando de nombre apelativo, á sus hijos, v. gr. si nombra solamente á los nacidos, sin embargo de que su madre estuviere embarazada, ó aunque no se hallase en este caso, se podia esperar por su edad y aptitud para procrear, que pariese mas; ó cuando nombra á los emancipados, no obstante que el padre tenia otros en su poder; pues sucederán con su padre igualmente, y no por orden sucesivo (3). El quinto cuando instituyó á su hermano y á los hijos que entonces tenia, y no esperaba procrear mas (4). El sexto cuando dijo: *instituyo á mi hermano con sus hijos*, porque esta preposicion *con* es apelativa (5).

25. El séptimo es cuando hizo la institucion con palabras, que segun las reglas gramaticales no se pueden entender sucesiva sino simultáneamente, v. gr. *instituyo á mi hermano Pedro y á sus hijos por mis herederos*: pues heredaran todos á un mismo tiempo, y no por orden sucesivo, porque la palabra *herederos* no conviene al hermano solo sino tambien á sus hijos (6).

26. El octavo cuando instituyó á un tio suyo hermano de su padre, y á un primo hijo de otro hermano de este, pues aunque el tio y hermano preceden al primo en la edad y orden de la naturaleza y generacion, y abintestato lo excluyen de heredar, no obstante en este caso serán admitidos igualmente á la herencia y no por orden sucesivo segun la pregrogativa de grado (7).

27. El noveno cuando el testador instituyó á muchos sin nombrarlos por sus nombres, sino bajo del colectivo de muchas personas de un mismo grado: pues deben ser admitidos todos juntamente, y heredar por iguales partes, v. gr. *instituyo á los hi-*

1 Guerreir. ibi, num. 9 y 10. Menoch. lib 4. præsumpt. 70 num 16.
2 Guerreir. ibi, num. 11.
3 Guerreir ibi, num. 12.
4 Guerreir. ibi, num. 13.
5 Guerreir. ibi, num. 20. vers *Secuserit.*
6 Menoch. dicha præsumpt. 70. y lib. 4 num. 34. Gutierr. ibi, num. 22.
7 Cres dicho num 3. Mans. dicha quæst. 16. num. 6. Guerreir. ibi, num. 23.

jos ó hermanos, porque entre estos no hay ni se presume tenerles mayor afecto, y asi como conjuntos se estiman por uno (1).

28. El décimo cuando instituyó á muchos por herederos con modo colectivo, y á otro solo con el distributivo, v. gr. *instituyo á Francisco y á cualesquiera hijos suyos por mis herederos*, pues es lo mismo que si á cada uno de estos nombrara y llamara singularmente á la herencia; por lo que se dividirá igualmente entre todos (2): lo cual procede aunque los hijos instituidos con su padre esten emancipados (3). El undécimo cuando hizo la institucion llamando á uno y á sus hijos y prohibiendo que los bienes saliesen de la familia (4).

29. El duodécimo cuando instituyó á muchos con nombre colectivo, y entre ellos á un tercero que estaba contenido bajo del mismo nombre, v. gr. *instituyo á los hijos de Francisco y á Antonio por mis herederos*. En tal caso si este es uno de los hijos de Francisco, sucederá en igual parte que los demas sus hermanos (5); porque cuando se conoce el afecto é inclinacion á los instituidos, y se dirige hácia ellos, se entienden llamados para heredar al propio tiempo y no por orden sucesivo (6).

30. El décimo tercio es la sustitucion hecha á los sustitutos por sus propios nombres expresos: pues como en este caso se presumen instituidos igualmente, se ha de dividir del mismo modo entre ellos la herencia (7). Y el décimocuarto en los legados y fideicomisos, en los cuales los instituidos ó nombrados en partes señaladas son admitidos con igualdad (8).

31. Lo dicho en el párrafo 21 se limita lo primero, cuando el testador instituyó v. gr. á su hermano y á sus hijos, y esperaba que procrease otros; pues le heredarán por orden sucesivo, porque se conceptúan llamados asi á la herencia, y se presume que no solo quiso llamar á los que entonces estaban nacidos, sino tambien á los que habian de nacer, para que ninguna diferencia hubiese entre todos (9).

30. Lo segundo, cuando llamó á su hermano y á sus hijos,

1 Mans. supr. num. 7. Guerreir. num. 21.

2 Menoch. præsumpt. 8. num. 7 y 16. Guerreir. ibi, num. 28, 29 y 30.

3 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 36 al fin, lib. 4.

4 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 18.

5 Menoch. ubi supr. num. 21 y 22.

6 Menoch. dicha præsumpt. 70. num. 16. lib. 4.

7 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 6 Fusar. *de substitut.* quæst. 477. num. 1 y 2. Guerreir. dicho lib. 5. y cap. fin. num. 25

8 Guerreir. ibi, num. 26.

9 Guerreir. ibi, num. 14.

y al tiempo que formalizó el testamento ningunos tenia nacidos, pues se contemplan llamados tambien por orden sucesivo, porque como no los conocia, no es creible les profesase el amor que á su padre, ni por consiguiente que quisiese igualarlos á este, para que á un propio tiempo heredasen con él (1).

33. Lo tercero, cuando instituyó á su hermano y á los hijos nacidos y que habian de nacer de él (2), ó á sus hijos y descendientes; porque bajo del nombre de descendientes se comprenden no solo los hijos, sino los nietos, biznietos y demas posteridad suya hasta su extincion (3); ó á sus hermanos y los suyos, porque este nombre suyos comprende lo mismo que el de hijos: y asi en estos tres casos heredarán todos por orden sucesivo (4).

34. Lo cuarto se limita cuando nombró á su hermano y á sus herederos, porque viviendo este no puede tener heredero en el efecto, y en el nombre genérico de *herederos* no solo se comprenden el primero sino los de este y demas que siguen (5). Lo quinto, cuando instituyó á su hermano ó á sus hijos, pues estos heredarán despues que su padre, porque la *ó* es disyuntiva, y asi impide que hereden juntamente con él (6).

35. Lo sexto, cuando instituyó á su hermano y á sus hijos con palabras, que atendidas las reglas de gramática, no pueden entenderse sino sucesivamente, v. gr. *instituyo por mi universal heredero á Pedro mi hermano y á sus hijos*, pues estos deben heredar por orden sucesivo, que es despues de muerto su padre, porque la palabra *heredero* no conviene sino al hermano, que es uno, ni se extiende á los hijos, que son muchos, sino por el orden expuesto (7).

36. Lo séptimo, cuando son instituidos muchos *colectiva ó copulativamente*, si de las palabras con que el testador hace la institucion se colige haber querido que no acudiesen todos á un propio tiempo sino por orden sucesivo, v. gr. *instituyo á Pedro y á su hijo y heredero*, y entonces ningun hijo tiene: pues en este caso es visto que el hijo y heredero que llegue á tener han de heredar por orden sucesivo (8).

37. Lo octavo, cuando son nombrados por herederos mu-

1 Guerreir. ibi, num. 15.
2 Guerreir. ibi, num. 16.
3 Covarr. in cap. *Raynutius*. §. 2. num. 6 *de testam.* Guerreir. ibi, num. 17.
4 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 26. Guerreir. ibi, num. 18.
5 Guerreir. ibi, num. 19.
6 Guerreir. ibi, num. 20.
7 Decio cons. 215. num. 2. vers. *Prima respondit*. Guerreir. ibi, num. 21.
8 Cras in §. *Institutio*, quæst. 20. num. 5. Guerreir. ibi, num. 27.

chos, entre los cuales no solo media el orden de afecto, caridad y sucesion, sino que concurre la necesidad de ser instituidos, v. gr. si hijo y nietos lo son por la mera partícula copulativa; pues siéndolo por alguna palabra mas conyuntiva, v. gr. *juntamente*, sucederán igualmente y no por orden sucesivo (1).

38. Y lo nono y último se limita la referida conclusion cuando son instituidas varias personas, entre las cuales media el orden de caridad, y por alternativa son llamadas á la sucesion (2); ó son llamados muchos, el uno por su propio nombre, y sus descendientes por una diccion ó palabra colectiva de muchos grados, v. gr. *instituyo á Pedro y á sus hijos y descendientes* (3); ó cuando se hace la institucion por su nombre colectivo que comprende diversas personas y grados, v. gr. si el testador instituye á la familia y á los agnados, hijos y descendientes, en cuyos casos serán admitidas por orden sucesivo segun la prerogativa del grado (4).

39. En cuanto á si sucederán por cabezas ó por ramas digo que si el testador instituye muchos herederos, al uno simplemente por su propio nombre, y á los demas con modo colectivo ó bajo la coleccion de muchas personas que no descienden de él, no heredarán todos con igualdad, antes bien el instituido por sí solo y por su propio nombre llevará la mitad de la herencia, y todos los demas juntos la otra mitad que dividirán entre sí igualmente, v. gr. si dice: *instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos: ó Pedro sea mi heredero, y Juan y Francisco sean mis herederos.* Y la razon es porque todos los conjuntos se reputan por una persona y no ocupan mas que un lugar, y el disyunto por sí solo otro, y por lo mismo debe llevar tanto como los demas (5). Y lo mismo procede cuando es hermano del testador el instituido solo, que abintestato debe heredarle, y los instituidos colectivamente son hijos de este hermano; bien que acerca de este hay variedad de opiniones (6).

40. Se limita lo expuesto cuando el testador añade á la institucion alguna diccion ó palabra, por la cual se conoce que qui-

1 Mantic. *de conject.* lib. 4. tit. 9. num. 19. Mans. quæst. 16. num. 19 y 25. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 2. num 4. Canc. part. 1. *Var.* cap 8. num. 97. Guerreir. ibi, num. 32 y 33.

2 Mans. ibi, num. 28. Guerreir. ibi, num. 34.

3 Cras. dicha quæst. 20. num. 14. Mans. dicha quæst. 16. num. 29. Guerreir. ibi, num. 35.

4 Guerreir. ibi, num. 36. Mantic. ibi, Mans. ibi, num. 30.

5 Guerreir. ibi, num. 28 y 29. Cras. dicha quæst. 20. num. 15. Mans. ibi, num. 11. Menoch. ibi, num. 15.

6 Boer. decis. 185. num. 16 al fin, lib. 1.

so heredasen todos uniformemente, v. gr. si dice: *instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales*, en cuyo caso heredarán todos con igualdad. Lo cual se entiende, excepto que sean instituidos en diversas oraciones, v. gr. *instituyo por mi heredero á Pedro, y á los hijos de Juan instituyo tambien por mis herederos en iguales partes, ó igualmente por extirpes.* En estos casos, sin embargo de la palabra que al parecer los hace conjuntos, llevará Pedro la mitad de la herencia, y los otros la otra mitad; porque la diccion *por iguales partes* recae sobre los hijos de Juan, y los une entre sí, y no á Pedro con ellos (1).

41. Si el testador instituye genéricamente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, seran admitidos solamente los enteros á la herencia ó legado (2); y la razon es: 1.° porque en duda se supone haber querido disponer con arreglo á derecho, segun lo cual son preferidos los hermanos enteros (3); 2.° porque la causa del que murió testado se ha de juzgar en duda por las reglas que rigen abintestato (4); y 3.° porque mayor aficion se presume para con los hermanos por ambas líneas, que para los medios hermanos (5).

42. Esto se entiende en caso que el difunto tenga varios hermanos enteros, pues si solo tuviere uno de esta clase, por el hecho de llamar ó instituir á sus hermanos en plural y no convenir la pluralidad á uno solo, se conceptúan tambien llamados é instituidos los medios hermanos. Y lo propio milita y procede cuando interviene la causa de conservar la agnacion en la familia (6).

43 Se instituye á Pedro y á los hijos que nazcan de su hermana Juana (ó de otra muger que nombra) y nacen dos ó mas, deben heredar todos igualmente; porque no se puede imputar culpa al testador en no haber nombrado á cada uno por su nombre, respecto no estar nacidos, y por derecho se presume que á estarlo los nombrara. Lo cual es al contrario cuando lo estan y no los nombra sino con modo colectivo; pues se presume que quiso fuesen tenidos por uno, y que por consiguiente heredasen solo todos juntos.

1 Not. ibi, num. 16. Cras. dicha quæst. 20. num. 16. Mans. dicha quæst. 6. num. 12. Guerreir ibi, num. 29.

2 Paal. de Castro in leg. fin. Cod. *de verb. significat.* Gom. en la § de Toro.

3 Ley 5. tit. 13. Part. 6.

4 Menoch. cons 187. num. 40.

5 Menoch. præsumpt. 75. num. 19 y 20. lib 4

6 Menoch. ubi supr. al fin.

44. Y si instituye por sus herederos á un hermano suyo y á los hijos de otro hermano muerto, no con modo colectivo ó copulativo sino nombrándolos por sus propios nombres, sucederán cada uno de por sí con su tio, y asi la herencia se dividirá entre el tio y sobrinos con igualdad; pues en toda materia es principio y regla de derecho, que cuando muchos son nombrados colectiva ó copulativamente en alguna disposicion, se admiten virilmente ó con igualdad (1).

45. Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos, ó haciéndoles algun legado, parece que son llamados tambien al legado ó herencia los hijos de otro hermano suyo muerto, porque representativamente se tienen por hermanos, y suceden en su derecho y lugar. Pero lo contrario es lo cierto; y asi no serán admitidos los sobrinos. Lo primero, porque no hizo mencion de ellos. Lo segundo, porque en la disposicion del testador mas se debe considerar la propincua aficion y proximidad de grado que la remota, y atender mas á su mente que á las palabras con que se explica. Lo tercero, porque en el nombre apelativo de hermanos vienen y se comprenden solamente los existentes en segundo grado, y no los ulteriores (2).

46. Entre los herederos extraños se comprenden los *usufructuarios*, que son los que instituye el testador para que gocen del producto y uso de sus bienes por tiempo determinado, ó por el de su vida, pasado el cual se incorpora el usufructo con la propiedad, y pertenece al heredero de la misma, que por esto se llama propietario.

47. Compréndense igualmente los fideicomisarios ó fiduciarios que son los que el testador instituye para que entreguen la herencia á la persona ó personas que designa. Tambien hay quien instituye heredero con fideicomiso, dejando en realidad heredera á su alma sin expresarlo asi en el testamento, recomendando al fideicomisario bajo sigilo natural el modo y forma de la distribucion de la herencia, prohibiendo á cualesquiera jueces ú otras personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando por último que en caso de que alguno lo intente ó se entremeta en el negocio, no se entienda ser fideicomisario, sino que se tenga y repute por absoluto heredero.

1 Gom. ibi, num. 16.
2 Gom. ibi num. 17. Covarr. *Pract.* cap. 38. num. 4. Velasc. *de jure emphiteut.* quæst. 40. num. 31. Acev. en la ley 4. tit. 8. lib. 5. Rec. num. 6.

48. Para que sea válida la institucion de los herederos extraños han de estar libres de impedimento legal en tres tiempos: 1.° cuando son instituidos; 2.° cuando muere el testador; 3.° cuando aceptan la herencia; pues si en alguno de ellos le tuvieren, no heredarán, y en su lugar será heredero aquel á quien por derecho corresponda (1). Cuando el heredero extraño es inhabil para el manejo de sus bienes, es libre el testador de encargar la administracion de ellos á quien le parezca con postergacion del padre de su heredero, si no mereciese su confianza.

1 Ley 22. tit. 3. Part. 6. Véanse las dos limitaciones que trae Greg. Lop. en ella.

CAPITULO NONO.

De los herederos abintestato.

§. 1. Por cuatro causas hay herencia abintestato.

2. Medio de evitar el perjuicio de quedar intestado por la tercera causa.

3. Duda resuelta sobre la validez de una institucion comprendida en la tercera causa.

4. Por cualquiera de dichas causas que alguno fallezca intestado, deben heredarle sus parientes naturales.

5. Sucederán en primer lugar los hijos legítimos del difunto.

6. No solo los nacidos en vida del dicho sino tambien los póstumos.

7. Entre los hijos legítimos se comprenden los legitimados por el matrimonio subsecuente.

8. Esto se entiende aunque sus padres hayan contraido el matrimonio en la vejez, y haya habido otro matrimonio intermedio.

9. A falta de hijos legítimos heredarán los nietos, y despues sus biznietos y descendientes hasta lo infinito. Qué es heredar *in capita* y heredar *in stirpem*.

10. Para heredar los nietos han de haber sido concebidos en vida del abuelo.

11. Sobre la sucesion de los ilegítimos.

12. Al que muere abintestato sin descendientes le heredarán sus padres.

13. A falta de padres le heredarán los abuelos por cualquiera línea.

14. Si alguno al morir no tiene padres sino abuelos, heredarán estos á partes iguales.

15. Concurriendo los cuatro abuelos, heredarán por ramas.

16. Los hermanos del difunto no concurren con los abuelos á la herencia

17. Aunque por cada línea concurra un ascendiente, no llevará cada uno los bienes de su línea.

18. Caso dudoso de herencia entre ascendientes.

19. A falta de descendientes y ascendientes heredarán *ab intestato* los parientes por línea transversal. En esta sucesion hay que atender: primero, á la proximidad del grado.

20. Segundo, que los grados se han de contar por el cómputo civil.

21. Tercero, que no hay primer grado en esta línea.

22. Cuarto, que en esta sucesion solo tienen lugar los parientes dentro del cuarto grado.

23. Quinto, que entre los parientes de un mismo grado son preferidos los que

tienen doble parentesco.

24. Los hijos de un hermano entero del difunto prefieren á los hijos de un medio hermano.

25. De primos carnales en adelante ya no se atiende á si hubo hermandad media ó entera.

26. Caso en comprobacion de esta doctrina.

27. Sexto, que el derecho de representacion en la línea transversal tiene lugar únicamente hasta el tercer grado.

28. Séptimo y último, que los hermanos tienen por derecho varios nombres que distinguen su procedencia.

29. Los hermanos varones ó hembras suceden con igualdad á sus hermanos muertos abintestato.

30. Modo de heredar entre hermanos vivos y los hijos de otro hermano muerto.

31. Modo de heredar los sobrinos carnales del difunto.

32. Duda sobre si siendo desiguales estos heredarán *in capita* ó *in stirpem*.

33. Deben heredar *in capita*, y por qué.

34. Otro caso de sucesion entre sobrinos del difunto y los hijos de otro hermano del mismo que repudió la herencia.

35. ¿Como será la sucesion del que muere dejando un tio y algunos sobrinos hijos de un hermano difunto?

36. ¿Como será la sucesion del que muere dejando un tio, hermano de su padre, ó madre y algunos primos, hijos de otro tio muerto?

37. ¿Como será la sucesion del que muere dejando sobrinos carnales y tios hermanos de su abuelo?

38. ¿Como será la sucesion del que deja hermanos y medios hermanos?

39. A falta de hermanos enteros y sus hijos, heredan los medios hermanos.

40. Pero si hay hijos del hermano entero excluyen al medio hermano.

41. Si solo quedan medios hermanos por ambas líneas, heredarán segun su línea respectiva.

42. ¿Como será la sucesion entre sobrinos carnales, hijos de medios hermanos, en concurrencia con alguno de sus medios tios?

43. De los bienes troncales.

44. Condiciones precisas para que haya lugar esta sucesion.

45. ¿Que bienes deben volver al tronco?

46. Mediante la ley del Fuero Real vuelven hasta los del padre del difunto.

47. Entre los bienes troncales se cuentan los censos.

48. Pero este Fuero no se amplía á los bienes de fuera del territorio en que se observa.

49. El heredero troncal debe pagar á medias con el heredero regular las deudas del difunto.

50. En las herencias abintestato

en que constare haber herederos que pueden entrar en posesion, no ha de haber intervencion de juez.

51. Si los herederos son menores, podrá el juez nombrarles tutor.

52. Cuando las mugeres quedan pobres tienen derecho á la cuarta marital.

1. Herencia abintestato es aquella en que se sucede por la ley, y no por disposicion del difunto. Esto se verifica en cuatro ocasiones: 1.ª cuando el que tiene facultad legal de hacer testamento no lo hace: 2.ª cuando lo otorga faltando á las solemnidades requeridas por derecho; 3.ª cuando despues de haber hecho legalmente el testamento, nace al testador algun hijo, del cual no hizo mencion en particular ni en general, en cuyo caso valen los legados; 4.ª cuando hecho legalmente el testamento, omitió el testador la institucion de heredero ó el que instituyó no quiso aceptar la herencia; bien que subsistirán en ambos casos las mandas y demas disposiciones testamentarias.

2. Para evitar el perjuicio que resulta de la pretericion ú omision del hijo sobreviniente (que es el tercero de los modos indicados) se ordenará la institucion en esta forma: *instituyo y nombro por mis herederos en partes iguales á Pedro y Juana mis dos hijos legítimos, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que por su orden y grado deban heredarme con arreglo á derecho.* De esta manera asegurará el testador su institucion, aunque se case muchas veces y no vuelva á otorgar nuevo testamento, pues comprende á cuantos hijos pueda tener en adelante. Véase en este punto el capítulo 23 de la cláusula codicilar.

3. Dúdase si será válida la institucion que solo comprenda genéricamente á los hijos que no existen, como si se dijere: *instituyo por mis herederos á los hijos que tuviere en mi matrimonio.* Mi opinion es que semejante institucion es nula, y que el que muriere sin reformarla fallecerá intestado, porque el heredero debe existir al tiempo que es instituido.

4. En todos los casos en que alguno fallece *abintestato* entran á heredarle sus parientes, porque la ley presume que el difunto los hubiera instituido si hubiese otorgado testamento: y por esta razon se suelen llamar los transversales *legítimos* herederos en un sentido lato; pero nunca *forzosos*. Este parentesco debe ser natural; pues el espiritual, que es el que proviene del bautismo y de la confirmacion, y el legal, que nace de la adopcion, no sirven para este efecto.

5. Sentados estos principios, si alguno fallece abintestato le heredarán por el orden siguiente: el hijo ó hijos legítimos que tuviere á partes iguales, sin distincion de agnados ni cognados, que son varones ó hembras, esten ó no bajo la patria potestad (1).

6. No solo los hijos vivos y nacidos deben heredar á sus padres abintestato, sino tambien los *póstumos* que son los que al tiempo que aquellos fallecen, existen en el vientre de sus madres; y asi para el referido efecto se les conceptúa como nacidos en vida del padre de todos (2); y en lo que les es favorable gozan de las prerogativas de aquellos, segun senté en el capítulo de la sucesion de los descendientes legítimos, párrafo 8 de este título. Pero para ello han de concurrir las circunstancias que se expresaron en el párrafo citado.

7. La sucesion de los hijos á sus ascendientes legítimos se entiende no solo de los que han sido concebidos y nacidos despues de casados sus padres, sino de los que nacieron antes y fueron legitimados por el subsecuente matrimonio, por ser tal la virtud y eficia de este, que en el todo los iguala á los referidos sin excepcion (3).

8. Lo cual procede aunque sus padres se casen despues, siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear; ó antes de casarse con sus madres intermedie otro matrimonio con alguna, ya muerta; ó sean hijos de clérigo de menores beneficiado habidos en su concubina, si despues se casa con ella dejando el beneficio; ó el padre no haya tenido en su casa la muger en quien los procreó, con tal que al tiempo de su nacimiento esten libres uno y otro para poderse casar sin dispensacion, no obstante que al de su concepcion no lo estuviesen; pues en todos estos casos se legitimarán los hijos naturales por el subsecuente matrimonio, y sucederán por testamento y abintestato á sus legítimos ascendientes (4): porque el matrimonio posterior se retrotrae por ficcion y disposicion legal al tiempo de su nacimiento.

9. A falta de hijos heredarán sus nietos, y á falta de estos sus biznietos hasta lo infinito, todos en los mismos términos que se ha dicho respecto de los primeros. Si el difunto deja hijos y nietos, estos no heredan sino cuando ha muerto su pa-

1 Leyes 3. tit. 13. Part. 6. y 6 de Toro, que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.
2 Ley 20 tit. 1. Part 6.
3 Ley 1. verb. *Otrosí son legítim.* tit. 13. Part. 4.
4 Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 6. num. 17 al 24.

dre, y en este caso heredarán todos juntos la cantidad que hubiera heredado su padre si viviera; y la distribuirán entre si á partes iguales; de modo que tales nietos tendrán juntos igual porcion de la herencia de su abuelo, que cualquiera de sus tios, que es, como ya se dijo, heredar por estirpes. Si el difunto muere teniendo tres nietos, uno de un hijo muerto y dos de otro, el primero tomará la mitad de la herencia, y los otros dos la otra mitad en representacion de sus padres respectivos (1).

10. Lo cual se entiende cuando nacieron, ó á lo menos fueron concebidos, en vida de su abuelo ó del ascendiente de cuya sucesion se trata, como sucede à los póstumos; pues no siéndolo, no le sucederán ni se subrogarán en el lugar de su padre, porque ningun parentesco tienen con él.

11. Habiéndose reunido en el capítulo 6 de este título toda la doctrina legal acerca de la sucesion de los hijos ilegítimos por testamento y abintestato à los bienes de sus padres, abuelos y parientes, puede consultarse su doctrina, que no se pone aquí por evitar repeticiones.

12. Por tanto siguiendo el orden de sucesion legítima digo: que despues de los hijos, que tienen esta calidad, y de los legitimados, entrará á suceder el sustituto pupilar expreso, pues si el padre sustituye pupilarmente en sus bienes á su hijo impúbero, y este muere en edad de no poder testar, llevará su herencia el sustituto, y no su madre ni otro ascendiente, á quienes abintestato tocaba heredarle (2). La razon es porque la ley de Toro concede solamente à los ascendientes la herencia de sus descendientes cuando estos mueren con testamento y abintesto: y respecto no fallecer de ninguna de estas maneras el pupilo; con testamento, por no haberlo hecho, ni abintestato, por carecer de capacidad y potestad para hacerlo; ni tampoco testar el padre por su hijo sino en nombre propio como bienes suyos privativos, al modo que si este hubiera muerto antes é instituídole por su único heredero por no tener madre; es visto haber dejado en su vigor las leyes que le conceden la facultad de sustituirlo, y excluir de la herencia por medio de la sustitucion pupilar à su madre y demas ascendientes maternos. A mas de que la ley nueva habla generalmente, no deroga ni corrige los casos especiales de la antigua (3); y aun cuando fuera correctoria, no

1 Leyes 3. tit. 13. Part. 6. 6 de Toro, y 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

2 Leyes 6. tit. 5 y 3 al fin. tit. 9. Part. 6. Gom lib. 1. *Var.* cap. 4. num. 7. vers. *Non obstant.* y num. 8. et ibi Ayllon num. 9 y 10.

3 Parlad. diff. 50. §. 2. num. 7.

se extenderia por identidad ó mayoría de razon, excepto que la en que se fundan estuviese expresa en ella, y militase en el caso à que se intentase extender (1); y respecto no comprender el presente la 6 de Toro, no se deberán dar à la madre las dos partes de la herencia y la otra al sustituto, como quieren los que dicen que el padre testa por el hijo, y que si este pudiera testar lo practicaria asi, pues es suponer y fingir una voluntad y capacidad que no hay. Por cuyas razones y por otras que dan los autores, mientras no se deroguen las leyes que permiten la exclusion de la madre, ó se declare y amplie la sexta citada (lo cual seria muy util para cortar disputas y decisiones arbitrarias), parece se debe observar en el todo la sustitucion pupilar como uno de los efectos de la patria potestad; y solo siendo pobre la madre, concibo tendrá derecho à que el sustituto la alimente por equidad y humanidad mientras subsista viuda, si la herencia lo permitiere, en caso que su marido no la haya dejado cóngrua sustentacion, ó á la cuarta marital que en este caso la concede el derecho (*).

13. A falta de todos los dichos heredarán abintestato los padres del descendiente difunto à partes iguales; pero no sus abuelos (2); porque entre ascendientes no se sucede por representacion sino por la mayor proximidad de parentesco, y no concurrirán los hermanos del difunto con los padres en esta herencia, segun lo previene una ley de Toro reformando otra de Partida (3). Asi cuando el difunto deja padre solo ó madre sola, heredará todos sus bienes, y los abuelos nada.

14. Si alguno muere abintestato sin dejar descendientes ni padres, pero sí abuelos por cualquiera linea, heredarán estos con igualdad; y si no hubiere mas que un abuelo por una linea, y hay dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de la herencia

1 Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. glos. 1. num. 11.

*, El reformador del Febrero impugna esta opinion, teniéndola por descabellada, siendo la suya que no debe heredar el sustituto pupilar en competencia con la madre del testador. El editor del Febrero adicionado la reprueba tambien, pero sin hacer total exclusion del sustituto. Está bien, dice, que el padre señale en su testamento por medio de la sustitucion un heredero á su hijo. Sin embargo, ¿puede compararse un extraño, ni aun un consanguíneo con la madre que le trajo en su seno, le crió y alimentó? Luego es casi evidente que no puede el sustituto excluirla de la sucesion Siendo por otra parte principio legal, que no se vicia lo util por lo inutil, y que hay actos que deben interpretarse, valdrá la sustitucion en cuanto á la tercera parte de la herencia, de que podia disponer el hijo á su arbitrio, la cual deberá llevar el sustituto; pero las otras dos serán de la madre como heredera forzosa. Esta opinion nos parece la mas justa y racional, mientras no haya una ley que aclare en este punto las que estan vigentes.

2 Leyes 4 tit. 13. Part. 6. y 6 de Toro.

3 Ley 4. tit. 13. Part. 6.

como estos dos juntos, de modo que el primero llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los dos segundos la otra mitad; pero nada los hermanos del muerto, porque nunca concurre la línea transversal con la recta (1). Si deja un abuelo por una línea y un bisabuelo por la misma ó por otra, toda la herencia será del abuelo, con exclusion absoluta del bisabuelo, como se dijo de los padres con respecto à los abuelos.

15. Concurriendo à la sucesion dos abuelos por una línea y dos por lo otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, y heredarán por ramas, y por consiguiente los de la una llevarán la mitad que dividirán entre sí, y los de la otra la otra mitad. Y lo mismo se entiende para con los ulteriores ascendientes.

16. Aunque el difunto deje hermanos ó sobrinos, hijos de estos, no concurrirán con los abuelos ni demas ascendientes à la division de la herencia ni habrán parte en ella: porque estan en grado mas remoto, como lo ordena la ley 7 de Toro, que es la 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Lo cual en esta parte corrige la de Partida inserta y otras que lo permitian.

17. Si por una línea concurre un ascendiente y otro por la otra, y ambos en igual grado, parece se deberá hacer distincion y separacion de bienes, quiero decir, que el ascendiente por parte paterna llevará los que por esta línea poseia el nieto ó descendiente de cuya sucesion se trata, y el materno los de esta. Pero no será asi; pues ambos partirán indistintamente todos los que por entrambas y por otra cualquiera razon gozaba el difunto, sin diferencia de que sean adquiridos por una ú otra, ó castrenses, cuasi castrenses ó de otra clase (2), y la razon es porque despues que los bienes estan unidos é incorporados en el patrimonio de alguno se confunden y pierden el nombre; por lo que no se admite distincion ni separacion de ellos sino en los casos expresos en derecho.

18. Queda sentado que cuando concurren dos ó mas ascendientes de igual grado partirán la herencia de su descendiente intestado por iguales partes. Pero se duda ¿si en caso de tener el padre ó abuelo el usufructo de sus bienes, serán ó no preferidos à los demas? Para lo cual es de presuponer que aunque por derecho antiquísimo nada de cuanto adventicio adquirian los hijos existentes en el dominio paterno era para ellos, pues

1 Leyes 4. tit. 13. Part. 6. y 6 de Toro.
2 Cast. ley 6 de Toro, glos. 1. Gom. en ella, num. 10. vers *Sed his non obstantibus*. Greg. Lop. ley 4. tit. 13. Part. 6 glos. 2. Mat. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 3. num. 7. y glos. 5 num 1. Cuman. cons. 21. Corn cons 94 lib. 1. cons. 7. lib. 3. y cons. 164. lib. 4.

todo correspondia en plena propiedad y usufructo á su padre mientras los tenia en su poder (1), pero por estatutos posteriores se dejó à aquellos la propiedad de sus bienes adventicios, y à este se concedió su usufructo durante la patria potestad (2). Supuesto lo referido digo: que si concurren dos ó mas ascendientes à la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo en sus bienes, debe ser preferido en él, y llevarlo por toda su vida; y la razon es porque al modo que por muerte de cualquiera extraño propietario no se extingue ni acaba el usufructo, tampoco por la del hijo se extingue el que su padre ò abuelo tienen adquirido en sus bienes (3). Bien que hoy mediante la disposicion de las leyes 47 y 48 de Toro, por las cuales el hijo casado y juntamente velado sale de la patria potestad, como si estuviera emancipado, y hace suyos los frutos de sus bienes sin que su padre se los pueda retener, en muy pocos casos se puede verificar lo expuesto (4).

19. De las tres líneas propuestas en el capítulo 2 de este título, que tienen derecho à suceder abintestato, es la última la de transversales ó colaterales, en cuya sucesion hay que advertir: lo primero, que los parientes transversales deben suceder à su transversal difunto que murió intestado, segun la prerogativa y proximidad de grado con él: por lo que el que al tiempo de su muerte se halle mas cercano, obtendrá la prelacion en heredar los bienes libres que dejó; y si hay muchos en un mismo grado, y con la propia calidad, todos concurrirán igualmente sin distincion de agnacion ni cognacion, pues no hay preferencia ni diferencia entre las líneas masculina y femenina para este efecto, como por derecho comun antiguo la habia, en lo cual está derogado: y asi la hembra próxima excluye al varon remoto (5).

20. Lo segundo, que los grados de parentesco respecto de la sucesion, contratos y otros actos semejantes fuera del matrimonio, se han de computar segun la forma y modo inducido por derecho civil y no por el canónico (6); y asi para conocer cuál es el pariente mas cercano, se debe hacer siempre la cuenta principiando desde el colateral que quiera suceder, y ascendiendo

1 Pinel in leg. 1. Cod. *de bon. matern.*
2 Ley 5. tit. 17. Part. 4.
3 Mat. ley 9. tit. 1. glos. cit. y en la 1. tit. 8. glos. 3. num. 18. Gom. en la 6 de Toro, num. 11.
4 Gom. ley 6 de Toro, num 11 y 12. y en la 48. Avendañ. ley 6 de Toro, glos. 6 num. 2. Matienz ley 1. tit. 8. lib 5. Rec. glos. 3. num 1 al 12.
5 Covarr. *in Epitom. succes.* num. 11. Mat. ley 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 4. y 5. Gom en la 8 de Toro, num. 2 y 3.
6 Antunez Portugal *de donation. reg.* part. 3. cap. 19. num. 41. Covarr. *de sponsal* part. 2. §. 6. num 8 Guerrer. *de divis.* lib. 4 cap 7. num. 7. Escobar. num. 3. comput. 23. al

hasta el padre ó ascendiente comun, de quien todos los pretendientes provienen, y descendiendo despues hasta el pariente difunto de cuya sucesion se trata, sobre lo cual véase el tratado de mayorazgos, donde se habla de este punto con mayor extension.

21. Lo tercero, que sin embargo de que entre los colaterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para sucederse, y se suceden igualmente (1); pero no estan en primer grado de consanguinidad entre sí, sino en segundo, porque en esta linea no hay grado primero, y por lo mismo siempre se empieza á contar desde este para la sucesion y saber en cuál se hallan los que pretenden heredar al pariente intestado (2).

22. Lo cuarto, que entre los ascendientes y descendientes legítimos há lugar la sucesion abintestato en bienes libres hasta lo infinito; pero no sucede así entre los colaterales, pues lejos de ampliarse se coartaba y limitaba por el derecho de las Partidas hasta el décimo grado: de modo que desde este en adelante, sin embargo de que se encontrasen parientes, no tenian derecho á heredar los bienes del que murió intestado, antes bien recaian en el fisco (3); y hoy en estando fuera del cuarto grado civil, recaen los bienes en él, y así solo tienen derecho los hermanos, primos y sobrinos carnales del que falleció intestado á heredar sus bienes (4) (*).

23. Lo quinto, que aunque en esta línea son admitidos igualmente los parientes que estan en un mismo grado, como queda sentado, no obstante, si en alguno de ellos concurre ó interviene doble conjuncion ó cualidad mayor que en los demas, será preferido, sin embargo de que todos se hallen en el propio grado, v. gr. cuando el difunto deja hermanos enteros y medios; pues los enteros entrarán á suceder y llevarán toda su herencia, y los medios nada (5).

24. Lo mismo procede si el difunto deja sobrinos hijos de dos hermanos, el uno entero y el otro medio; pues los del entero, representando á su padre le heredarán y preferirán á sus primos hijos de su medio tio (6): é igualmente preferirán á este,

1 Ley 5. tit. 13. Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 1. num. fin.

2 Ley 3. tit. 6. Part. 4. Mat. ubi proxime. Greg. Lop. en la misma.

3 Ley 6. tit. 13. Part. 6. cerca del fin. Covarr. ubi supr. num 2ª. Mat. ibi, num 5. 2. Gom. en dicha ley 8 de Toro, num 5.

4 Leyes 1. tit. 11. lib. 2. y 6. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

* Véase lo que sobre este punto dice el Dr. Don Juan Sala en su obra: *Ilustracion del derecho Real de España*, lib. 2. tit. 8. num 11.

5 Ley 5. tit. 13. Part 6.

6 Greg. Lop. en dicha ley 5. Covarr. *in Epitom. succes* num. 7. Gom. Arias en la ley 8 de Toro, num. 14 y 19. Tello en ella, num 4 y 5. y Gom. num. 7. vers *Imo quod magis est.* Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 7.

no obstante estar en grado mas cercano, porque suceden por representacion de su padre, que si viviera lo excluiria (1).

25. Pero es de advertir y tener presente que esta mayor cualidad de conjuncion se extiende únicamente à los hijos de los hermanos enteros del difunto, que son primos carnales, los cuales representando las personas de su padre ò madre preferirán á su tio, ya sea uterino ó consanguineo, sin embargo de ser su grado mas distante, y no se amplía á otros parientes ulteriores; por lo que si alguno muere abintestato sin dejar ascendientes, descendientes, hermanos ni hijos de este, y sí solamente un tio hermano entero de su padre, otro tio hermano uterino de este; ò por el contrario, uno entero y otro consanguíneo, no será preferido el entero, antes bien ambos serán admitidos igualmente à la sucesion por estar en igual grado, y no considerarse ni estimarse la cualidad y prerogativa de doble conjuncion fuera de los hermanos y sus hijos (2).

26. Lo propio milita por la misma razon si á la sucesion concurren hijos de hijos de hermano, pues sucederán todos igualmente al hermano de su abuelo, aunque algunos de ellos desciendan de hermano entero. O si el difunto deja muchos primos, hijos de varios hermanos de su padre, que estan en cuarto grado, pues no obstante que algunos sean conjuntos procedentes de hermano entero y los otros de medio hermano, serán admitidos todos con igualdad, y se atenderá solamente á que existen en un mismo grado de parentesco; lo que no sucederá si son hijos de sus propios hermanos. E igualmente con superior razon procede lo expuesto en cada uno de los grados ulteriores ó mas distantes (3).

27. Lo sexto, que la representacion es un derecho, en virtud del cual los descendientes son llamados á la sucesion de sus ascendientes hasta lo infinito para entrar á ocupar su lugar, y percibir lo que el ascendiente inmediato percibiria del suyo si viviera; pero los transversales lo son únicamente hasta el tercer grado de su transversal (4); por lo que en la linea de los ascendientes no se admite ni há lugar: y para que la haya en los

1 Ley 5. tit. 13. Part. 6. en las palabras *E sobre todo decimos*.

2 Dicha ley 5 al fin. Greg. Lop. en ella, glos. 1. Tello en la 8 de Toro, num. 4. Gom. en esta, num. 6. y Avendañ. glos. 2. num. 2. Matienz. en la 5. tit. 8 lib. 5 glos. 1. num. 8. Covarr. *in Epitom. success.* num 9.

3 Paul. de Castro in Authent. 1. *Post fratres*, num. 4. Corn. ibi, col. 1. Gom. dicho num. 8. vers. *Et ideo*, Covarr. y Matienz. ibi Morquech. *de divis.* lib. 4. cap. 7. num. 2 al 4.

4 Robles *de reprœsent.* lib. 1. cap. 3. num. 2. Sous. in leg *Fœminæ.* ff. *de regul. jur.* num. 197 al 295. Guerreir. *de divis.* lib. 4. cap. 6. num 1.

transversales hasta el referido grado, que son primos carnales, debe concurrir precisa è indispensablemente con ellos algun tio de igual cualidad de conjuncion, y no de otra suerte: y aun en este caso en ellos empieza y concluye sin pasar mas adelante (1). Lo cual se entiende á falta de verdadera costumbre contraria, pues si la hubiere se observará.

28. Y lo séptimo y último, que los hermanos tienen diversos nombres en derecho: unos se llaman *hermanos enteros* por ser hijos de un mismo padre y madre: otros *consanguíneos ò paternos*, y son los de un padre y de diversas madres: otros *uterinos ò maternos*, y son los de una propia madre, porque estuvieron en su vientre y los engendraron distintos padres: y otros *medios hermanos*, ya sea por consanguinidad ó uterinidad; quiero decir, por haber sido engendrados por diferentes padres en una madre, ó paridos por diversas madres y engendrados por un solo padre.

29. En los lugares de estos reinos en que no se observa fuero particular, ni hay costumbre de que los bienes de los interesados vuelvan al tronco, y la raiz á la raiz, si el difunto tiene hermanos enteros y ningun ascendiente ni descendiente, le sucederán con igualdad sus hermanos, ya sean todos varones ó hembras, ó de ambas clases: pues no se atiende á la cualidad de la agnacion ó cognacion, ni prefiere la una á la otra (2), como queda sentado.

30. Si deja un hermano entero uno ó mas hermanos y sobrinos carnales, hijos de otro hermano ó hermanos tambien enteros, heredarán por sí cada uno de los hermanos; y los sobrinos representando á sus padres muertos, por líneas: quiero decir, que se hará la cuenta de cuantos hermanos son entre vivos y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte ó porcion que tocaria á sus respectivos padres y estos llevarian si vivieran, pues los representan, entran en su lugar y lo ocupan (3).

31. Si no tiene hermanos vivos, y sí sobrinos hijos de dos ó mas hermanos enteros muertos, heredarán cada uno de por sí, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion ni cognacion, como se prueba de la ley 5. tit. 13. Part. 6.

1 Ley 5 al princip. tit. 13. Part. 6. y ley 241 *de Estilo*

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

3 Ley 5 cit. y ley 8 de Toro, que es la 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

32. La disposicion de esta ley y la de la 13. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real parece debe entenderse cuando los sobrinos, hijos de cada hermano, son iguales en número, no cuando son desiguales, v. gr. de un hermano uno, de otro dos, de otro tres ó mas &c.; pues como que lo representan los de cada uno, heredan por líneas, que es solamente la parte que, si viviera llevaria cada hermano del difunto. Sobre lo cual hay diversidad de dictámenes, por no distinguir las dos leyes citadas, ni la octava de Toro, que dice: *Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios* in stirpem *y no* in capita.

33. Pero el que debe seguirse es: que ya sean muchos ó pocos, é iguales ó desiguales en número, deben suceder á su tio en cabeza propia: lo primero, porque indistintamente lo ordenan las leyes citadas, y cuando no distinguen no debemos distinguir; lo segundo, porque la 8 de Toro no habla de este caso, sino de cuando concurren los sobrinos con los tios, y asi no es correctoria de ella; y lo tercero, porque todos los sobrinos estan en igual grado; y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es cuando está vivo algun hermano de este, que tambien concurre á heredar, y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion y que no sean excluidos, y asi solo en este caso le tiene y en él se extingue: mas no cuando son solos, pues entonces no tienen á quien representar porque les falta el fomento para la representacion, por lo que entran á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos que estan en igual grado (1); y es lo que como justo se observa.

34. Y si concurriendo hermano del muerto y sobrinos hijos de otro hermano de ambos tambien muerto, repudiare el hermano vivo su parte de herencia, y tuviere hijos, no se acrecerá esta á sus sobrinos hijos de otro hermano muerto, antes bien la llevarán los hijos del repudiante, y por consiguiente se dividirá igualmente toda la herencia del difunto intestado entre todos sus sobrinos, hijos de sus dos hermanos: y la razon es porque los hijos del repudiante y los del otro hermano estan en igual grado ó lugar, y entran por su propio derecho como parientes mas inmediatos y no por el de sus padres, y asi se conceptúa al repudiante para este caso como si no existiera, y á sus hijos co-

1 Greg. Lop. en dicha ley 5 glos. 3. Cast. en la 8 de Toro glos. 1. Cifuent. en ella, num 4. Tello num. 3. Avendañ. glos 1. Gom. Arias num. 3 y 4. Matienz. en la 5. tit. 8 lib. 5. glos. 1. num. 11 y 12. Molin. *de primog.* lib. 3. cap. 7. num. 21 y 22.

mo á los del otro hermano muerto: y por esta razon y por las expuestas en el párrafo inmediato heredarán todos cada uno por su propia persona (1).

35. Muriendo alguno, y dejando un tio, hermano de su padre ò de su madre, y asimismo hijos de un hermano suyo ya difunto, parece que todos concurrirán igualmente, porque cada uno está en tercer grado, y los hijos del hermano no suceden representativamente sino cuando concurren con otro hermano vivo del difunto. Pero no obstante serán preferidos al tio los hijos del hermano del muerto, aunque sean medios hermanos: lo primero, porque la línea de los descendientes aun respecto de los colaterales siempre se reputa mas cercana, y por derivacion natural debe ser preferida á la superior tambien de ellos; y lo segundo, porque el hijo del hermano representa indistintamente al padre del difunto, y para heredar es lo mismo que si este viviera, porque toma sus veces y se subroga en su lugar, ya concurra con otro hermano vivo del difunto, ó con los hijos de otro hermano muerto de este: y en los ascendientes no hay representacion (2).

36. Si deja un tio hermano de su padre ò madre y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre ó madre (que son sobrinos carnales del tio vivo) no entrarán estos á la sucesion, y sí solo el tio, porque está en grado mas cercano, y los sobrinos en el cuarto (3).

37. Falleciendo un tio hermano de padre, si concurren á heredarle sobrinos hijos de un hermano suyo, y quiere concurrir tambien un hermano de su abuelo ó abuela paterno ó materno, será excluido el hermano de los abuelos, y heredarán los hijos del hermano del muerto, por la representacion de su padre y por hallarse en grado mas inmediato; lo cual se entiende aunque sean medios hermanos (4).

38. Si deja el difunto varios medios hermanos consanguíneos ó uterinos, que es por la línea paterna ó materna, y otros enteros, ó por ambas líneas, nada llevarán los medios hermanos ni sus hijos, antes bien toda la herencia será para los enteros, los cuales obtendrán la preferencia por la doble conjuncion (5), como he sentado en los números anteriores.

1 Greg. Lop. en dicha ley 6. glos. 2. Covarr. *in Epitome success.* vers. *Decima conclus.* Matienz. en dicha ley 3. glos. 1. num. 18

2 Gom. en la ley 8 de Toro, num. 14. vers. *Sed his non obstantib* Matienz. ibi, num. 19. Parlador. lib. 2. *Rer quotidianar.* cap. 15.

3 Decio cons 444. vol. 4. Parlad. ibi.

4 Gom. en dicha ley 8. num. 14. Mat. ibi, num 19.

5 Ley 5. tit. 13. Part. 6. verb. *E sobre todo.*

39. Pero faltando estos y sus hijos, si tiene solamente hermano ó hermanos consanguíneos ó uterinos le heredarán en el todo indistintamente. Lo cual procede aunque el difunto deje tio hermano de su padre ó madre, por cuya línea poseía los bienes, pues los medios hermanos como mas inmediatos parientes de su hermano entero, prefieren al tio que está mas distante, y así sucederán en todos sus bienes de cualquiera calidad y parte adquiridos, sin diferencia de título ni líneas (1).

40. Si deja sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, lo excluirán no obstante estar en grado mas cercano que ellos, y llevarán toda la herencia: y la razon es porque si su padre viviera lo excluiria por la mayor cualidad de conjuncion doble de parentesco con el difunto; y respecto representar los sobrinos la persona de su padre deben excluir tambien à su medio tio por la propia razon (2).

41. Y si deja solamente medios hermanos, unos por una línea y otros por la otra heredarán los de la consanguínea ó paterna los bienes que por ella poseia el difunto, y los de la materna ò uterina los que por esta gozaba: y si tenia algunos mas adquiridos por arte, oficio ú otro título los partirán igualmente, como se prueba de la ley 6. tit. 13. Part. 6. Y en cuanto à las deudas pagará cada uno las que contrajo por razon de sus respectivos bienes el difunto; y si no consta por cuales las causó, las satisfarán todos à prorata de los que hereden (3).

42. Del mismo modo sucederán á su difunto tio los hijos de los hermanos uterinos y consanguíneos, representando las personas de sus padres, ya concurran entre sí solos ó con algun medio tio suyo, con la diferencia de que concurriendo entre sí heredarán por cabezas, y si interviene su medio tio por ramas, porque versa la propia razon que cuando son enteros, y ninguna ley ordena otra cosa en este caso; pero en los nietos y demas descendientes de estos no há lugar esta distincion ni separacion de bienes, ni en los tios hermanos de padre ó madre, ó de otros ascendientes, cuando concurran á heredar à sus sobrinos; y asi todos se dividirán con igualdad entre los que sean y esten en su propio grado, sin diferencia de adquisicion, sea por el título que fuere, porque en derecho no se halla preceptuado lo contrario, ni respecto de ellos se hace distincion de bienes,

1 Matienz en dicha ley 5. glos. 1. num. 9.

2 Ley 5 al fin. tit. 13. Part. 6. Gom. en la 8 de Toro, num. 7. vers. *Imo quod magis est.* Gom. Arias en ella, num. 19. y Avendañ. glos 2. num. 2. Mier. *de majorat* part. 2. quæst. 7. num. 8. Mat. ibi, num. 7.

3 Greg. Lop. en la ley 6. insert. glos. 2.

por cuya razon no se llaman paternos ni maternos, como entre los hermanos y sus hijos por estar mezclados y confundidos, y no considerarse sino proximidad de grado, ni deberse ampliar ni entender sino de los derechos expresados (1); por lo que los medios hermanos del difunto excluirán al tio hermano del padre ó madre de este, como mas propincuos, ya haya heredado de su padre ó madre, hermanos de su tio, ó de otra parte, los bienes que dejó.

43. Aunque la referida doctrina es la general, hay territorios en los cuales es costumbre que vuelvan al tronco los bienes de los que mueren sin descendientes legítimos, la cual tiene origen en el derecho romano, ó mas bien en la variedad de interpretaciones que los jurisconsultos daban á la ley 3 del Código, *de bonis quæ liberis*. Introdújose en Castilla, estableciéndola ó confirmándola el Rey Don Alonso en el Fuero de Sepúlveda, y dióle mayor fuerza la ley 10. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real, que dice: *el abuelo que fue del padre herede lo que fue del padre, y el abuelo que fue de la madre herede lo que fue de la madre.* Y aunque la ley 4. tit. 13. Part. 6. derogó las anteriores, mandando que en caso de morir un hijo sin testamento y sin dejar descendientes ni hermanos, *que entonce el padre é la madre deben heredar egualmente todos los bienes de su fijo*, no por eso dejó de observarse la anterior costumbre en algunos pueblos, por no haberse admitido generalmente las leyes de Partida. Queriendo pues los Reyes Católicos respetarla, exceptuaron al establecer la ley 6 de Toro, los pueblos en que aquella estuviese en observancia (2); y asi se practica en Sepúlveda, Molina y otros varios.

44. Para la inteligencia de esto es de advertir: lo primero, que es preciso se pruebe claramente el uso y observancia del Fuero (3), porque el uso y costumbre consisten en hecho, y debe probarlo el que los alega (4); lo segundo, que el precepto de esta ley se entiende abintestato, y no por testamento, pues de lo contrario se impediria al testador la libertad de testar (5). lo cual se limita en el caso de que la costumbre sea volver los bienes al tronco, y la raiz á la raiz; pues entonces procederá

1 Gom. en la ley 8 de Toro, num. 8. vers *Item adde prosequendo materiam.* Greg Lop. en la ley 6 tit 13 Part. 4. glos 1. Matienz en la 5 tit. 8 lib. 5. glos. 1. num. 12. Covarr. *in Epitom. success.* num 8.

2 Ley 1. tit. 20. lib 10. Nov. Rec.

3 Surr. in Proem. leg. *For.* art. 6. Burg. de Paz en la ley 1 de Toro, num. 108. Greg Lop. en la 7. tit. 2. part. 1. glos. 4.

4 Greg. Lop. ibi.

5 Rojas. *in Epitom. success.* cap. 30. num. 11. Gom. en la ley 6 de Toro, num. fin. vers. *Sed his non obstantibus.*

tanto por testamento como abintestato (1); y lo tercero, que no es suficiente que el fuero comprenda al pueblo en que se quiere usar, pues es preciso que esté robustecido con la costumbre de usarse y guardarse, y en otros términos no vale, ni se debe juzgar por él, como lo ordena la ley 1 de Toro.

45. Conviene examinar ahora, ¿que bienes raices deben volver al tronco segun este fuero? ¿Han de ser solamente los que el difunto intestado heredó de sus ascendientes superiores, v. gr. bisabuelos, abuelos, ó los que su padre y madre adquirieron; ó tambien los qué el mismo difunto hubo de otra parte? Y parece que deberán volver solamente los que le provinieron de sus ascendientes: porque las palabras *volver al tronco*, denotan con propiedad haber provenido de aquel adonde han de regresar.

46. Pero mediante la ley del Fuero Real inserta, se incluirán no solo los que adquirieron los abuelos y demas ascendientes, sino los que compró y heredó su padre. Y lo propio milita, segun Avendaño (2), para con los que el hijo adquiere de otra parte; bien que dudo de esto, porque ni la ley lo dice ni de ella se colige.

47. Entre estos bienes troncales se deben numerar los censos perpetuos, porque siguen la naturaleza de bienes raices, y asi deben volver al tronco sin disputa; pero no los redimibles (3), sin embargo de que Ayora (4) afirma que sí: y la razon es porque estos bienes no son raices, ni mas que un dinero puesto á interes con seguridad y prohibicion de pedirlo al que lo da, hasta que el que lo recibe quiera devolverlo, y el que lo da ningun dominio tiene en la finca afecta á su responsabilidad, y sí solo hipoteca en ella y derecho à percibir sus réditos; y si se redime el capital, no hay finca raiz, y queda únicamente el dinero, que es la cosa mas movible que hay. Lo cual se entiende, excepto que en el pueblo haya costumbre contraria.

48. No se amplia la disposicion de este fuero à los bienes raices existentes fuera del territorio en donde se usa, ni à personas de quienes ninguna mencion hace, ni á los bienes muebles aunque esten en el mismo pueblo, ni tampoco á los que la muger lleva en dote estimados con estimacion que causa venta, pues como se transfiere al marido su dominio, puede volverlos

1 Avendañ. ley 6 de Toro, glos. 11. num. 8.
2 Dicha ley 6. glos. 11. num. 15 al 23.
3 Avendañ. en dicha ley 6 de Toro, y glos. 11. num fin. Sigüenz. *de clausul.* lib. 2. cap. 11. §. 37. num. 291. y otros que citan.
4 Part. 3. quæst 28.

ò su estimacion, sin que muerto el hijo se le obligue precisamente á su devolucion (1).

49. Por conclusion de esta materia digo: que asi el heredero de los bienes troncales como el de los demas pagarán á prorata las deudas del difunto, no el troncal solo, porque ambos son verdaderamente herederos y no legatarios, este en virtud del fuero municipal, y aquel por la ley de Toro.

50. En las herencias abintestato en que constare haber herederos que pueden desde luego entrar en su posesion, no deben intervenir los jueces asi eclesiásticos como seculares, sino que se entregarán integras á los herederos, en los términos y casos que previene la ley 13. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., siendo de cargo de estos hacer el entierro, exequias y demas sufragios, segun la costumbre del pais y clase del difunto. Mas si en esto anduviesen omisos, entonces y no antes podrán compelerles à ello sus jueces propios, sin que se entrometan á inventariar ni hacer ninguna otra gestion en los bienes de la herencia (2). Pero si no hubiere parientes conocidos, entenderá del asunto la Superintendencia general de bienes mostrencos y abintestato, por medio de los jueces subdelegados de la misma, y con apelacion al Superintendente general; para lo cual debe denunciarse el hecho al juez, ya sea por algun alguacil del juzgado ya por otra persona, y aquel proceder al inventario, depósito y custodia de los bienes, llamando á los que tengan ó crean tener derecho á ellos, por medio de edictos, y aplicándolos despues à quien correspondan, segun las leyes citadas (3). El nombramiento de dicha Superintendencia general dejó sin uso la Real cédula de 9 de octubre de 1766, que daba el conocimiento de las herencias abintestato á las justicias ordinarias con apelacion á las chancillerías y audiencias (4).

51. Si los herederos son menores, y no tienen tutor que pida el inventario, ó está ausente, podrán los jueces respectivos nombrarles tutor ò defensor, y mandar inventariar y depositar en persona segura, con asistencia de este los bienes *abintestato*, con el fin de evitar su extravio, y entregarlos despues á los herederos sin deduccion del quinto ni otra cosa; mas no deberán los jueces asistir al inventario, segun mas extensamente se dice en el juicio de particiones.

1 Leyes 18, 19 y 20. tit. 11. Part. 4. Sigüenz. lib. cap. y §. cit. num 81.
2 Ley 14 tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.
3 Real instruccion de 17 de agosto de 1786, cap. 7.
4 Nota 1. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

52. Cuando las viudas quedan muy pobres, y sus hijos ricos con la herencia de su padre, tienen derecho á la cuarta parte de los bienes de su marido, con tal que no exceda de cien libras de oro (1), y esto es lo que se llama la *cuarta marital*. Este derecho no tiene lugar en tres casos, á saber: cuando la viuda vive licenciosamente; cuando se casa segunda vez; y cuando queda usufructuaria (2). En caso de casarse segunda vez, antes ó despues del año de viuda, perderá la propiedad de los bienes que le tocaron por su cuarta marital, y se trasmitirá á los herederos del marido; pero el usufructo de dichos bienes lo tendrá por toda su vida (3). Muchos autores dan igual accion al viudo pobre, y aunque parece que hay la misma razon en este caso que en el otro, no he visto que en la práctica se haya adoptado su opinion.

1 Ley 7. tit. 13. Part. 6.
2 Greg. Lopez, en dicha ley 7.
3 Castil. en la 6 de Toro, Gratian *Discept. for.* cap. 120.

CAPITULO DECIMO.

De las sustituciones de herederos.

§. 1. ¿Que es sustitucion, y en cuantas especies se divide?
2. ¿Que es sustitucion vulgar?
3. ¿Que debe hacerse cuando la institucion es desigual?
4. De la sustitucion pupilar.
5. De la sustitucion del póstumo.
6. La sustitucion pupilar es manifiesta ó tácita.
7. Si tiene el testador dos hijos, uno mayor y otro menor de catorce años, muerto el segundo no le heredará el primero por sustitucion pupilar, sino por parentesco.
8. No puede el abuelo sustituir pupilarmente á su nieto.
9. Puede el padre sustituir pupilarmente á un hijo desheredado.
10. ¿Que sucede en la sustitucion pupilar de un hijo arrogado?
11. El sustituto pupilar queda dueño absoluto de los bienes del pupilo.
12. El padre por medio de la sustitucion pupilar puede privar á la madre de la sucesion de sus bienes.
13. ¿Por cuantas causas fallece la sustitucion pupilar?
14. ¿Que es sustitucion ejemplar?
15. ¿Que orden debe guardarse en esta sustitucion?
16. Puede ser sustituido ejemplarmente el que tuviere incapacidad de testar.
17. ¿Por cuantas causas fallece esta sustitucion?
18. ¿Que es sustitucion compendiosa?
19. ¿En que bienes herederá la madre al pupilo, si estando sustituido muere impúbero?
20. Se aclara el punto antecedente.
21. ¿Que es sustitucion brevilocua?
22. ¿Que es sustitucion fideicomisaria?
23, 24, 25, 26 y 27. Casos relativos à la doctrina de esta sustitucion.
28. ¿Que han establecido nuestras leyes en este punto?
29. Autores que lo han tratado mas extensamente.
30. El sustituido sucede al heredero en toda la porcion en que fue instituido este.
31. Excepcion de esta regla general.
32. Un grado de sustitucion declara otro grado.
33. Resolucion de varios casos.
34. Otro caso resuelto.
35. La designacion de los sustitutos por su propio nombre ó por el apelativo no induce diferencia.
36. Observacion de la partícula *con* en las sustituciones.

37. Caso dudoso de varios herederos y sustitutos.
38. Excepcion de la doctrina antecedente.
39. Otro caso y su resolucion.
40. Sobre si la condicion impuesta al heredero comprende tambien al sustituto.

1. Sustitucion se llama el nombramiento de otro heredero para que este perciba la herencia á falta del instituido en primer lugar. Es de dos maneras, *directa* y *oblicua ò indirecta*. Por la primera percibe el sustituto la herencia sin intervencion de nadie, y por la segunda la obtiene por medio de otra persona. La sustitucion de heredero en general se divide en seis especies, que son: *vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria*. En la primera, segunda, cuarta y quinta entra en la herencia el sustituto en representacion del heredero, por lo cual debe este ser nombrado primeramente y despues aquel. En la tercera y sexta el sustituto representa la persona del testador. Toda sustitucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo.

2. La sustitucion vulgar es *aquella que directamente se puede hacer á todos y por todos* (1): la cual es de dos maneras, *expresa ó tácita*. Expresa, como cuando se dice: *instituyo á Juan por mi heredero, y si este no lo fuere á Antonio*. Si el primero muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere aceptarla, pasará al segundo, y lo mismo sucederá si al último se hubiese nombrado otro ú otros sustitutos, los cuales deberian suceder en su respectivo caso (2). Tácita, como en el siguiente ejemplo: *nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan para que el que me sobreviva sea mi heredero*. Si á la muerte del testador viven todos, llevarán la herencia á partes iguales, y si uno solo estuviere vivo la percibirá íntegramente.

3. Si el testador instituye, v. gr. á tres por sus herederos, al uno en la quinta, al otro en la sexta y al último en la octava parte de su caudal, y alguno de ellos muere ó no admite la suya, le heredarán los otros, no con igualdad, sino con proporcion á la cuota que á cada uno hubiese designado el testador (3): y la razon es porque la sustitucion sigue las mismas reglas que la institucion. Esta doctrina general tiene dos excepciones: 1.ª cuando el testador dispone lo contrario; 2.ª cuando del gravamen impuesto igualmente á los herederos se colige otra

1 Leyes 1 y 2. tit. 5. Part. 6.
2 Covarr. *de test.* Gom. lib. 1. *Var.* cap. 111. num. 14.
3 Ley 3. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 3.

cosa (1). De todo lo dicho se infiere que la sustitucion vulgar fallece y caduca luego que entra en la herencia el primer instituido.

4. Sustitucion pupilar es *aquella que hace directamente el testador á sus hijos legítimos impúberos, que estan bajo su patria potestad y no han de recaer por su muerte en la de otro.* Nadie sino el padre puede hacer esta sustitucion, y para que sea válida se requieren seis condiciones: 1.ª que el pupilo sea descendiente legítimo del testador; 2.ª que esté bajo su potestad, y no fuera de ella, á menos que sea póstumo; 3.ª que sea menor de catorce años si es varon, ó de doce si fuere hembra, pues despues de cumplirlos, ya pueden testar por sí aun cuando subsistan en la patria potestad (2); 4.ª que sea instituido ó legítimamente desheredado; bien que la sustitucion valdrá, aun cuando haya sido desheredado, ú omitido sin causa; 5.ª que despues de la muerte del testador se haga *sui juris*; es decir, que no caiga en el dominio ó potestad de otro; 6.ª que entre efectivamente en la herencia paterna (3); pues si muere antes que su padre, caduca la sustitucion, y este se hace dueño de sus bienes y no el sustituto. Pero advierto que aunque esta sustitucion se haga en una sola cosa ó fundo, se extiende á todos los bienes del pupilo siendo hecha directamente (4), al modo que la institucion directa en una cosa se extiende tambien á la universalidad de la herencia (5).

5. Aunque el padre no tiene potestad sobre el póstumo hasta que nace, ni antes de este momento se le debe la legítima, puede no obstante ser instituido pupilarmente porque en realidad existe: tambien puede ser nombrado sustituto del heredero, y es la razon porque en todo lo favorable se le considera nacido (6).

6. La sustitucion pupilar puede ser *manifiesta ò tácita.* Es sustitucion manifiesta la siguiente: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años; y si llega á heredarme y muere antes de cumplirlos, nombro á Juan por su heredero.* Tácita es esta: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años, y á Juan y Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere mi heredero lo sea de mi hijo.* Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma: *ins-*

1 Greg. Lop. en dicha ley 3. glos. fin.
2 Leyes 5. tit. 5. Part. 6 y 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.
3 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. num. 2.
4 Gom. ibi. num 13.
5 Ley 14. tit. 3. Part. 6.
6 Avendañ. resp. 28 num. 2. Lara *de vita hom.* cap. 6. num. 21.

tituyo por heredero á Pedro mi hijo legítimo, que está en la edad pupilar; y si no fuere mi heredero establezco por tal á Francisco en su lugar. En cuyos casos falleciendo el hijo en la edad pupilar, heredará el sustituto no solo los bienes del testador sino los que por otra cualquier razon le toquen, y entrará en ellos por la sustitucion pupilar tácita ó manifiesta (1).

7. Pero esto no procede cuando el testador tiene dos hijos, uno mayor de catorce años y el otro menor, y los nombra por sus herederos diciendo: *que si alguno de ellos muere antes de entrar en la herencia, ò no quiere ser su heredero, lo sea el otro en su lugar;* pues si el menor quisiere serlo, y entrase en la herencia, y muriese antes de la pubertad, no puede el mayor entrar en ella por la sustitucion pupilar tácita sino por la proximidad de parentesco: la razon es porque debe guardarse igualdad entre ellos, y respecto no poder concurrir en el hermano mayor las dos sustituciones pupilar y vulgar, es arreglado que en el menor se observe la pupilar, y en su consecuencia que el mayor le herede abintestato como pariente mas cercano, al modo que el menor le heredará, si entra en la herencia paterna, y su hermano muere intestado sin legítima sucesion, porque cesa la sustitucion vulgar por haber sido heredero. Lo propio se ha de observar cuando algun extraño es instituido por heredero sustituto junto con el hijo menor del testador (2).

8. Por derecho comun y de las Partidas (3) está concedida al abuelo la facultad de sustituir pupilarmente á su nieto legítimo; pero actualmente carece de ella: y es la razon, porque como su hijo por el mismo hecho de casarse y velarse sale de su poder, y se estima por emancipado segun la ley de Toro (4), y el nieto jamas entró en él, antes bien con la muerte de su padre se hace *sui juris* (5); por eso carece de facultad para sustituirlo pupilarmente, como que esta es un efecto de la patria potestad. Por esta razon tampoco puede sustituir pupilarmente al extraño que instituye heredero, pero sí vulgarmente. Mas si el hijo no está velado, no saldrá del paterno dominio, y por consiguiente tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto por derecho comun y de las Partidas, entrará el nieto en la patria potestad de su abuelo, y no en la de su padre, á causa de faltarle la velacion, por cuyo defecto no salió de ella; y aunque se vele despues de nacido su hijo, solo su abuelo tendrá el derecho sobre él de patria potes-

1 Ley 5. tit. 5 Part. 6.
2 Ley 5. tit. 5. Part. 3.
3 Ley 5. tit. 5. Part. 6.
4 Ley 47 de Toro, que es la 3. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.
5 Ley 7. tit. 18. Part. 4.

tad. Si este fallece, entra el padre á ejercer sus derechos; pero si muriese tambien, entonces el hijo se hará suyo para todos los actos civiles (1): todo lo cual tendrá presente el escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo y se precian de hábiles.

9. Llega á tanto la patria potestad, prescindiendo de otras facultades à ella anexas, que aunque el padre desherede á sus hijos pupilos por alguna de las causas que el derecho prefine, puede sustituirlos pupilarmente en sus bienes, y en los que hereden de sus madres y de otros parientes, y tambien gravar al sustituto en los que adquieran por cualquier razon, con tal que no sea en los de su madre, pues en estos le está prohibido gravarle con manda que deje á otro, por lo que el sustituto no está obligado á obedecer al sustituyente, ni por consiguiente à entregar la manda al legatario (2). Pero para desheredarlos han de tener à lo menos diez años y medio cumplidos, de suerte que esten próximos à entrar en la pubertad, que empieza desde los doce y catorce años respectivamente, porque no presume el derecho que de menor edad cometan delitos que los hagan dignos de la desheredacion, á causa de faltarles el discernimiento y uso de la razon (3).

10. Si alguno prohijase un hijo de otro, menor de catorce años, en aquella manera que es llamada en latin *arrogatio*, y despues le dejase sustituto en su testamento otro alguno en lugar de este menor, en aquella manera que es dicha *sustitucion pupilar*, tal sustituto como este no heredará en los bienes del menor, à excepcion de aquella parte que este debia heredar de derecho en los bienes del que le prohijó, que es la cuarta parte de lo que tenga, ó aquello que le hubiese dado algun amigo del que lo prohijó. Pero en cuanto á los otros bienes que viniesen al menor de su padre natural ó legítimo, ó de otra parte, los heredarán los parientes mas cercanos, si su padre natural no hubiese ordenado alguna cosa en razon de ellos en su testamento (4).

11. Queda tan dueño de los bienes del pupilo en sustituto que sucede en ellos por virtud de la sustitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de veinte y cinco años, capaz de testar y sin herederos legítimos, le instituyera por su heredero en testamento perfecto. Esto se entiende no teniendo prohibicion de serlo; pues si la tiene, no gozará la herencia, antes bien

1 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 10. num. 3. Gom. 1. *Var.* cap. 4. num. 2. et ibi Ayllon.

2 Leyes 6. tit. 5. y 3 al fin. tit. 9. Part. 6.

3 Leyes 6. tit. 5. Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. num. 3.

4 Ley 9. tit. 5. Part. 6.

pasará á los que deben heredar abintestato al pupilo (1). El sustituto muriendo este, ha de aceptar no solo los bienes que le tocan por la parte de su padre, sino los que le correspondan por la de su madre, ó le dejen sus parientes ú otro extraño; pero esto solo tiene lugar cuando el sustituto fue establecido por heredero juntamente con el menor. Entonces como que le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion ni aceptacion parcial (2). Cuando el testador diere sustituto al menor solo en la manera pupilar, y no lo estableciere por heredero juntamente con él, si este vive y quiere ser heredero en los bienes de su padre y entra en ellos, corresponde que el sustituto sea heredero, asi en la herencia del testador como en los otros bienes del menor si muriese antes que sea de edad. Tendrá muy presente el escribano esta doctrina, y extenderá la cláusula de esta suerte: *instituyo por heredero de todos mis bienes á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años; y si falleciere antes de cumplirlos, nombro por su heredero á Juan, á quien sustituyo para que le suceda no solo en los mios, sino en los demas que durante su pupilar edad adquiera y recayeren en él, asi por parte materna como por sus consanguíneos y por otra cualquiera persona y título universal y particular, aceptándolos todos, y no en otros términos.*

12. Puede el padre del pupilo, segun el derecho comun y el de las Partidas, excluir á la madre de este de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar; pero ha de ser expresa y no tácita (3). Esto al parecer repugna á la ley 6 de Toro, en la cual ordenando: *que los ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos ex testamento y abintestato*, solo se permite al hijo que fallece bajo testamento disponer de la tercera parte de sus bienes. Sin embargo bien meditada la materia, hay bastantes razones para salvar esta contradiccion; que en la realidad no existe, porque son distintas personas de las que hablan unas y otras leyes. La ley comun y la de Partida tratan de si el padre dando sustituto á su hijo menor podrá excluir á la madre de los bienes que debian pertenecerla por su falta; y la de Toro se dirige á decir, en qué cantidad puede disponer de sus bienes el hijo que tiene edad y poder para testar. Aun prescindiendo de las personas, y contrayéndose á las mismas palabras de la ley de Toro, no se halla semejante contradiccion. En el caso, dice, que

1 Ley 7. tit. 5. Part. 6.
2 Ley 8. tit. 5. Part. 6.
3 Ley 12. tit. 5 Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. num. 8.

los descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarlos, es cuando podrán disponer de la tercera parte de sus bienes, aunque tengan ascendientes; y como el sustituto pupilar es uno de los que tienen este derecho, se sigue que solo cuando no haya sido el hijo sustituido pupilarmente, ó fallece dentro de la pubertad, entrarán á heredarle los ascendientes que tengan este derecho. Por lo dicho podrá reconocerse cuál es el espíritu de la ley de Toro, y que cuando el padre da sustituto à su hijo, ha excluido à la muger de este de lo que de otra manera pudiera pertenecerla. Por otra parte el padre no tiene obligacion á dejar heredera á la madre, ni esta, como que no se la debe la legítima por derecho natural, puede decir de inoficioso el testamento por la preterícion. Lo mismo debe entenderse con respecto á los abuelos maternos. Pero como si el hijo fallece antes, le heredan sus padres, igualmente haciendo el padre testamento por él, no puede privar à la madre de mas que de la tercera parte de sus bienes, que es de lo que el mismo hijo puede disponer en uso de la permision de la ley 6 citada; y si muere despues que su padre, quieren muchos se entienda fallecer intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo. Sin embargo como hoy se hallan tan limitados los derechos de la patria potestad, y varían mucho los autores en cuanto á si el padre testa en su nombre, ó lo hace en el de su hijo, de quien son los bienes; convendria para evitar dudas y pleitos que el Soberano declarase lo que se debia practicar. Mientras llega este caso, si el padre quiere que el sustituto no quede privado de todo puede añadir á la cláusula de sustitucion lo siguiente: *y en caso que esta sustitucion no se verifique en el todo, quiero que valga á lo menos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la que lego al citado F en propiedad y usufructo para desde el dia siguiente al de su fallecimiento.* Con esta adicion no se le privará de la tercera parte, como no conteniéndola he visto privarle por faltar la voluntad expresa del hijo; circunstancia esencial para que sea válido el legado.

13. Fallece y queda ineficaz la sustitucion pupilar por siete causas. La primera, cuando los pupilos llegan á la pubertad. La segunda, cuando pierden la libertad, v. gr. siendo cautivos: ó el derecho de ciudad, por ejemplo, siendo desterrados para siempre fuera de su patria: ó el de familia, v. gr. siendo emancipados ó prohijados, y pasando à poder del prohijador: ó saliendo por otro motivo del dominio de su padre natural; pero si este fuere cautivo, no espirará la sustitucion hecha antes de serlo. La tercera, cuando

pierden la ciudad y la familia, mas no la libertad. La cuarta, cuando el testamento en que se hizo la sustitucion, se rompe y anula por alguna causa legal. La quinta, cuando el testador hace otro perfecto con revocacion de los precedentes. La sexta, por la supernacencia de algun hijo ò hija, de quienes su padre no hizo mencion especifica ni genérica en dicho testamento. Y la séptima, por no aceptar el pupilo la heredad paterna; pero si despues se arrepiente, se le debe restituir, y entonces revive la sustitucion (1); bien que hoy no se verifica esta causa, porque los tutores de los pupilos aceptan la herencia con beneficio de inventario, y estos en nada se mezclan. Para la perfecta inteligencia de esta materia conviene saber: lo primero, que la edad pupilar en los varones llega hasta los catorce años, y en las hembras hasta los doce en todos los casos, segun se ha dicho, excepto en cuanto à los alimentos; por lo que si se dejan estos à algun menor hasta que llegue à la pubertad, se entiende en el varon hasta los diez y ocho años, y en la hembra hasta los catorce, lo cual se estableció asi por razon de piedad á beneficio de los menores, y porque hasta esta respectiva edad no se les considera en aptitud de poder mantenerse con su trabajo ò industria (2); lo segundo, que si el sustituto muere antes que el instituido, no trasmite en otro el derecho que tenia à suceder por la sustitucion pupilar, excepto en algunos casos que pueden verse en los autores.

14. Sustitucion ejemplar *tanto quiere decir como otro establecimiento de heredero, que es fecho á semejanza del que es fecho al huérfano; é puédenla facer los padres é los abuelos á los que descienden de ellos cuando son locos ó desmemoriados, estableciéndoles otros por herederos si muriesen en la locura.* Pueden hacerla el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ambos sexos, ya esten en su poder, ó casados ó emancipados; y tambien la madre à los naturales, cuando se les debe su legítima; pero no à los espurios: y à los legítimos si se conserva viuda, pues pasando á segundo ò tercero matrimonio, es opinable si podrá ò no; acerca de lo cual véase à Gomez lib. 1. *Var.* cap. 6. num. 9. et ibi Ayllon, num. 10. El padre no puede sustituir ejemplarmente à sus hijos espurios ni à los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *ejemplar* por-

1 Ley 10. tit. 5. Part. 6.
2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. num. 1. Menoch lib. 1. præsumpt. 157. num. 37. Escobar. comput. 4.

que se hace á imitacion y ejemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, y si falleciere en la locura ò fatuidad que padece, establezco por su heredero á Juan su hermano*: en cuyo caso, muriendo el hijo en la demencia ò fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes (1).

15. Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente este orden: 1.° nombrar por sustitutos à los hijos del loco, fátuo ò desmemoriado, pues aunque los tenga puede ser sustituido ejemplarmente: á falta de ellos á los nietos y demas descendientes por su orden y grado: no teniéndolos, á sus hermanos enteros ò medios, con tal que sean de la línea del ascendiente que los sustituye, y à los hijos que los muertos hayan dejado, pues entran en su lugar y los representan: y en defecto de todos á los extraños, como dice la ley 11. tit. 5. Part. 6. *Pero si este loco á quien dan el sustituto oviere fijo ò nieto ò alguno de los otros que descendiesen por derecha liña de él, debénlos sustituir en su lugar, é non otros: é si alguno de estos non oviere, entonce le pueden dar por sustituto á su hermano si lo oviere, é si non oviere hermano, puédenle dar por su sustituto otro extraño* (2). De esta ley se colige que por medio de esta sustitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la sucesion de los bienes del loco ò fatuo: sobre lo cual hay variedad de opiniones. Yo soy de dictamen que no puede hacerlo, porque en esta sustitucion no tiene su vigor la patria potestad, como en la pupilar, sino solo la legal determinacion y concesion: que por lo mismo debe observarse la de la 6 de Toro, que es posterior, y ser llamados á la herencia los ascendientes antes que los hermanos del loco y que el extraño. El que quisiere instruirse de los fundamentos de estas opiniones lea los autores que se citan (3), pues para evitar prolijidad omito explicarlos.

16. Pueden tambien el padre y la madre sustituir ejemplarmente, observando el orden expresado, á sus hijos mudos, y totalmente sordos por naturaleza ó por enfermedad, que no saben leer ni escribir, y que estan incapaces de testar; pero no si lo son por enfermedad, y saben leer y escribir, porque tienen ap-

1 Leyes 1 y 11. tit. 5. Part 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 6. num. 6. et ibi Aylon. num. 7.

2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 6. num. 7.

3 Greg. Lop. ley 11. tit. 5. Part. 6. verb. *Otro extraño* Covarr. *de testam.* cap. *Raynutius.* §. 6. num. penult. Gom lib. 1. *Var.* cap. 6. num. 7 y 9.

titud para manifestar su voluntad por escrito, del mismo modo que si no lo fueran (1).

17. Espira y acaba la sustitucion ejemplar por una de tres causas. La primera, cuando el loco, fátuo ó desmemoriado recobra su juicio ó memoria, y no vuelve despues á su locura; pues de lo contrario, convalece la sustitucion, porque es visto no haberse extinguido, sino cesado por algun tiempo. La segunda, cuando le nace despues hijo ó hija; y la tercera, cuando el que la hizo la revoca por testamento posterior (2). Adviértase que los descendientes no pueden sustituir ejemplarmente á sus ascendientes, sin embargo de que pueden ser sus curadores, porque ningun derecho les concede esta facultad, como afirman Gomez lib. 1. *Var.* cap. 6. num. 10. y otros.

18. La sustitucion compendiosa *es un establecimiento de heredero que es fecho en breves palabras;* ó para explicarme con los autores, *es una sustitucion directa que comprende y puede comprender á todos los herederos instituidos en todos tiempos, edades y bienes que el testador les deja: ó una sustitucion que bajo del compendio de palabras contiene diferentes sustituciones por los varios tiempos en que pueden verificarse* (3). El padre puede hacerla á sus hijos impúberos que están en su poder, y se ordena en esta forma: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, y en cualquier tiempo que muera sea su heredero Juan.* En este caso si el testador es caballero ó soldado, y el hijo tiene madre, y muere dentro de la edad pupilar, heredará el sustituto todos los bienes de este por virtud de la sustitucion pupilar que se verifica en esta, y su madre nada. Si fallece sin testamento estando en la pubertad, llevará su madre únicamente la tercera parte de la herencia de su hijo adquirida por cualquier título, y las sepulturas que le pertenecieron por línea paterna, y los demas bienes serán para el sustituto; mas si el testador caballero nombra por su heredero á alguno que no fuese de los que desciendan de él, y lo sustituye, llevará el sustituto la herencia en cualquier tiempo que este muera.

19. Si el testador no es caballero, y el hijo á quien sustituye muere en la edad pupilar, llevará tambien el sustituto toda la herencia, y la madre del pupilo nada; y si fallece dentro de la pubertad, todo será para su madre, y en su defecto para sus

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 6. num. 3, 4 y 10.

2 Ley 11 al fin. tit. 5. Part. 6. Gom. cap. 6. num. 11. verb. *Dubium tamen.*

3 Covarr. *de testam.* cap. *Raynutius* § 9. num. 2. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 7 num. 1.

parientes mas cercanos. Pero si el testador dice: *instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años, y en cualquier tiempo que muera, sustituyo en su lugar á Juan, ó quiero que Juan sea su heredero*; en este caso, muriendo dentro de la pubertad sin sucesion legítima, llevará su madre las sepulturas que le tocasen por la línea paterna y la tercera parte de sus bienes, y el sustituto las otras dos: todo lo cual es conforme á una ley de Partida que de ello trata (1).

20. Pero en mi concepto no debe seguirse hoy esta doctrina en cuanto ó no heredar la madre enteramente á su hijo que muere intestado sin legítima sucesion, dentro de la pubertad: porque la ley 6 de Toro manda indistintamente, sin excepcion de personas, que los ascendientes sean legítimos herederos *por testamento y abintestato* de sus descendientes legítimos. El padre no puede sustituir pupilarmente à su hijo capaz de testar; pues entrando en la pubertad, cesa la sustitucion, y una vez que el padre muere, espira tambien la patria potestad, de tal modo que jamas revive (2); y si se observase la disposicion de la ley de Partida, quedaria en esta parte sin efecto la de Toro, que es posterior. Véanse sobre este punto á Gomez y á los autores que cita.

21. La sustitucion brevílocua ò recíproca *es una sustitucion directa que se hace mútuamente á algunos herederos instituidos ó desheredados por defecto de otros*. Llámase *brevílocua*, porque se hace brevemente ó con pocas palabras. Solo el padre tiene potestad de hacerla á sus hijos pupilos; y la cláusula se ordena de esta suerte: *instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos, menores de catorce años, y los hago mútuamente sustitutos uno del otro*. Y de esta otra: *instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos, que estan en la edad pupilar, y los sustituyo de forma que el uno sea heredero del otro*. En esta sustitucion se incluyen cuatro, dos vulgares y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar ò de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido (3) (*).

22. *Sustitucion fideicomisaria tanto quiere decir como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, dejando la herencia en su mano, para que la dé á otro* (4). Esta sustitucion

1 Ley 12. tit. 5. Part. 6.
2 Ley 1. tit. 18. Part. 6.
3 Ley 13. tit. 5. Part 6. Gom. lib. 1. *Var* cap. 8.
* La ley de Partida, de que está tomada la doctrina sobre esta sustitucion, no dice que solo el padre pueda hacerla respecto de sus hijos pupilos, y asi la opinion de Febrero no debe prevalecer contra aquella.
4 Ley 14. tit. 5. Part. 6.

es oblicua, porque el verdadero heredero no percibe directa é inmediatamente la herencia del testador, sino por medio de otro instituido con el gravámen de restituirla. Se llama fideicomisaria, porque es puesta en la fe de alguno. Puede hacerla todo aquel que tiene potestad para testar: y es en esta forma: *instituyo por mi heredero á Pedro, y le ruego ó quiero ó mando que esta mi herencia que yo le dejo, que la tenga tanto tiempo, é que despues que la dé é entregue á Juan.*

23. Instituyendo el testador muchos herederos, é imponiendo á uno el gravamen de que entregue su parte á los coherederos, no han de percibirla estos igualmente, sino con respecto á la institucion (1).

24. Si el fideicomisario muere antes de la adicion ò entrega de la herencia, pasa á sus herederos el derecho que le compete, si la sustitucion es pura, mas no si es condicional (2).

25. El heredero gravado condicionalmente ò para cierto dia, tiene obligacion, si el testador no lo prohibe, de dar cuentas al fideicomisario despues de la entrega; en cuya atencion deberá aquel formar inventario como principal fundamento de ellas, y dar á este una copia por la cual conste qué es lo que ha de entregarse llegando el tiempo, ó verificándose la condicion (3).

26. Gravándose al heredero en la entrega de la herencia *cuando él quiera*, vale la susticion, y habrá de entregarse aquella despues de su muerte, por suponerse que antes no quiere, y porque se acaba la voluntad con la vida (4). Tambien ha de entregarse la herencia en dicho tiempo en el caso de dudarse cuando deba hacerse la entrega (5).

27. Cuando el testador instituye heredero universal á un descendiente legítimo ó natural, sea varon ò hembra, y manda que se entregue la herencia despues de su muerte à un extraño ó á otro descendiente del testador, se entiende gravado con la condicion tácita *si no tuviere hijos ó descendientes* (6); pero si el heredero es extraño ó descendiente, ha de decirse lo contrario, como asimismo siempre que el gravado tenga hijos y lo sepa el testador (7).

28. Nuestras leyes han dicho muy poco acerca de esta materia de sustituciones fideicomisarias. Unicamente tenemos la 14. tit. 5. Part. 6. que la define, y establece *que el que es rogado de*

1 Ley 3. tit. 5. Part. 6.
2 Gom. tit. 1. cap. 5. num 9.
3 Gom. ibi, num. 10.
4 Gom. ibi, num. 27.
5 Parlad. differ. 17. num. 6.
6 Ley 10. tit. 4. Part. 6.
7 Gom. ibi, num. 32, 35 y 26.

esta manera, debe dar la herencia al otro como el testador manda, sacando para si la cuarta parte de toda la herencia, la 8. tit. 11. de la misma Partida, en que se explica cómo y en qué casos debe hacerse esta retencion, y la 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. en que se dice *que si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro alguno, á quien sustituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciare la herencia del legado, el sustituto ó sustitutos lo pueden haber todo.* Esta ley ha corregido en este punto las del derecho comun, que invalidaban los fideicomisos por la falta de aceptacion del heredero y lo dispuesto en la 14. tit. 5. Part. 6. en cuanto á que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar á ello el juez del lugar.

29. Nuestros autores han hablado largamente acerca de la materia, distinguiendo los casos en que puede tener lugar esta sustitucion, y los derechos de los herederos fiduciarios, y de los fideicomisarios, á quienes podrá ver el lector, y especialmente á Gomez y Ayllon en el tom. 1. *Var.* cap. 5. Solo diré aquí para inteligencia y gobierno del escribano, que la sustitucion fideicomisaria tiene lugar únicamente entre herederos extraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomiso.

30. Si el testador nombra á uno por su heredero y lo sustituye, es visto que tiene la misma aficion al sustituto que al instituido, por lo que la parte ó porcion que deja al heredero se entiende repetida en la sustitucion, y esa misma llevará en su caso el sustituido (1).

31. La excepcion de esta regla general es la manifestacion contraria del testador; por lo que si instituye por heredera en cierta cantidad á una hija, y por universales herederos á sus hijos varones, y manda que si alguno de ellos muere lleven los demas su parte, no entrará la hija en la sustitucion: porque habiendo manifestado mayor amor á los hijos por el hecho de nombrarlos herederos universales, se presume que esta preferencia se extiende á la sustitucion (2). Y si instituye v. gr. á Pedro, y Juan y á sus hijos, y Pedro muere dejando algunos hijos, no pueden estos llevar mas que su padre llevaria si viviera: porque no se presume que el testador les profesó mayor afecto (3).

32. Al modo que la sustitucion se declara por la institucion

1 Ley 3. tit. 5. Part. 6.

2 Paul. de Castro, cons. 123. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 5. Part. 6.

3 Alex. cons. 69. Mantic. *de conjectur.* tit. 1. num. 20. lib. 5. Decio cons. 186. col. penult. num. 4.

precedente, y la voluntad del testador se colige de probables conjeturas; del mismo modo un grado de sustitucion declara otro grado (1). Lo cual procede y se entiende, á menos que entre la institucion y sustitucion se patentice militar diversidad (2): y asi la cláusula puesta al fin de las sustituciones se refiere á todos los grados, cuando no se da ó señala razon de diferencia, por lo cual se debia referir mas à uno que à otro (3).

33. Procede tambien lo referido en la sustitucion pupilar: por lo que si el testador la hace de esta suerte: *cualquiera que sea mi heredero, lo sea de mi hijo menor de catorce años*, llevarán los sustitutos la porcion en que el menor fue instituido. Y si dice: *cualquiera que sea mi heredero y Pedro, lo sean de mi hijo impúbero*, y los herederos instituidos à mas del hijo pupilo son dos, dividirán la herencia por terceras partes, como que con Pedro son tres. Y si fuesen tres, por cuartas partes, falleciendo el pupilo en edad de no poder testar. Pero si dice: *Pedro juntamente con sus hijos y Diego sean mis herederos*, en este caso, como por naturaleza el padre y sus hijos se entienden por una persona y estan nombrados copulativamente, llevará la mitad de la herencia, y Diego la otra mitad.

34. Teniendo el padre cuatro hijos, los dos púberos de la muger primera, y otros dos de la segunda, uno púbero y otro impúbero; instituyéndolos igualmente, y sustituyéndolos para que hereden al impúbero en caso que fallezca en la edad pupilar; muerto el testador, y aceptada su herencia por todos, si fallece luego abintestato sin sucesion uno de los dos hermanos, hijos de la primera muger, y despues el pupilo en la edad pupilar, se duda ¿como heredarán á este su hermano entero púbero, y el otro medio hermano consanguíneo que heredó tambien á su hermano entero; y si este llevará dos partes, una por sí y otra por su hermano difunto, ó solamente una por sí? Y se responde que llevará únicamente la parte que por sí le corresponde, y el pupilo heredó de su padre; y no la que á vivir su hermano difunto llevaria este, porque por haber muerto antes que el pupilo, no adquirió derecho á ella; y asi no le aprovecha la que heredó de su hermano entero, para el efecto de percibir la que le tocaria del pupilo si le hubiera sobrevivido (4).

35. Lo cual se entiende, ya sean nombrados los sustitutos por sus propios nombres ó por apelativo. Bien que algunos afir-

1 Castill. lib. 2. *Controv.* cap. 4. num. 37.
2 Mantic. dicho tit. 1. num. 22.
3 Cravet. cons. ult. num. 14. Maseard. conclus. 1306. num. 11. al 15. lib. 3. *de probation.* Mantic. ibi. num. 23.
4 Mantic. *de conjectur.* lib. 5. tit. 10.

man que si lo fueron por sus nombres propios, heredarán con igualdad (1), porque en duda se presume que la sustitucion fue hecha con nombres apelativos. Pero en los legados no se atiende esta diferencia de nombres propios ó apelativos.

36. Cuando el testador instituye á uno por su heredero, y lo sustituye nombrando por sustituto á su hermano con sus hijos, deben concurrir estos y el hermano à un propio tiempo: porque la palabra *con*, liga y ata mas que la conyuntiva *y*, y asi el padre llevará la mitad de la herencia, y sus hijos la otra mitad (2); y estos no heredarán mas, porque como fueron llamados con modo colectivo, se reputan por una persona. Lo cual se entiende, excepto que el testador diga que los sustituye igualmente, ò que los nombre por sus propios nombres, diciendo: *sustituyo á Pedro mi hermano, y á Diego, Juan y Francisco sus tres hijos,* pues entonces sucederán igualmente (3).

37. Instituyendo el testador tres ó cuatro herederos, y para despues de la muerte de todos sustituyendo otros dos ó tres; si muere cualquiera de los instituidos, deben ser admitidos por iguales partes los sustituidos á heredar lo que cupo á este en la particion con los demas herederos, y de esta parte se ha de adjudicar á cada uno la suya: porque los instituidos no parecen sustituidos recíprocamente, sino llamados à heredar por su parte proporcional segun los que son (4). Y lo propio milita cuando fue fecha la sustitucion al último, que muriese de los herederos, pues el sustituto heredará á este, y no los coherederos (5).

38. Todo lo cual se entiende, excepto que los instituidos sean personas que segun la verosimil intencion del testador excluyan á los sustitutos, v. gr. cuando instituye á sus hijos y descendientes, y les da por sustitutos á extraños, pues es presumible que amó mas á sus hijos y descendientes, y que quiso anteponerlos á los extraños; por lo que muerto alguno ó algunos de aquellos sin sucesion, les sucederán sus hermanos, ó los nietos del testador que les sobrevivan, porque se conceptúan recíprocamente sustituidos. Lo cual se verifica en los descendientes, y tambien en los transversales entre sí, pues pueden suceder abintestato á su coheredero (6).

1 Mascard. conclus. 1346. vol. 3. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 5. Part 5. glos. 3.

2 Boer. decis. 185. num. 16. Alex. cons. 55. vol. 4. Menoch. præsumpt. 18. num. 15. lib. 4.

3 Alex. cons. 55. cit. Aflict. dec. 309.

4 Paul. de Castr. vers. ult. Alex. vers. *Tertio casu.* Paul. ibi al fin. Menoch. cons 85. num. 45. lib. 1. y cons. 3. num. 24. lib. 4.

5 Menoch. præsumpt. 62. num. 41. lib. 4.

6 Paul. cons. 301. y 434. lib. 1. Covarr. in cap. *Raynutius de testam.* §. 8. num. 8. Menoch. dicha præsumpt. 62. num. 35.

39. Si el testador, para despues de la muerte de todos los herederos que instituyó, nombró por sustitutos del último que falleciese, á algunos en toda la herencia ó bienes que les dejó, se conceptúa haber recíproca sustitucion entre los mismos instituidos; por lo que la parte y porcion de los que van muriendo se ha de dividir entre ellos á prorata segun fueren instituidos (1); y la razon es porque el último gravado á restituir toda la herencia no puede hacer la restitucion, á menos que preceda la sustitucion recíproca, sin la cual no viene á recaer en él, y por este defecto está imposibilitado de restituir; y así es visto que el testador quiso sustituir á todos, á fin de que la herencia llegue al sustituto del último que falleciese.

40. Procedo ahora á explicar si la condicion puesta al heredero instituido se entenderá ó no repetida en el sustituto y pasará á él; y digo que regularmente no pasa, antes bien se entiende instituido puramente, excepto que en él se repita. Y para la mas clara inteligencia de lo expuesto, digo: que cuando la condicion causal fue puesta nominada, restrictiva y personalmente al instituido, v. gr. *instituyo á Pedro por mi heredero, y le doy por sustituto á Juan, y quiero que el mismo Pedro me herede si tal nave viniere de la América;* en este caso no se juzga repetida la condicion, porque con estas palabras respectivas y personales significa el testador que quiere imponerla solamente al primer heredero, y no al segundo, porque la impuesta á cierta persona no se extiende á otra ni estima repetida en ella segun derecho. Lo propio milita cuando se impone á cierto grado ó persona ya nombrada, v. gr. *instituyo á Juan por mi heredero si tal nave regresare de la América; y del mismo Juan doy por sustituto á Pedro.* Y cuando fue puesta al heredero instituido, el cual de otra suerte fue instituido por fideicomiso, v. gr. *instituyo á Juan, y si falleciere sin hijos varones, sustituyo á Pedro, y de este doy por sustituto á Francisco*; pues entonces se entienden nombrados activa y no pasivamente, y sustituidos vulgarmente en el fideicomiso. Pero cuando la condicion causal fue puesta á todos los grados, y llamados en el testamento así por institucion como por sustitucion, v. gr. si el heredero dice: *instituyo y sustituyo á todos mis herederos, si tal nave viniere de la América*, se juzga repetida, y que todos son nombrados del mismo modo, porque la condicion mira á todos los grados

1 Ley 3. tit. 5. Part. 6 Covarr. ibi, num. 2. Menoch. ibi, num. 1.

y personas. Si la condicion potestativa coherente á la persona fue puesta al heredero instituido, no se presume repetida en el sustituto, v. gr. diciendo el testador: *instituyo mi heredero á Juan si se casare con María, y le doy por sustituto á Pedro.* Pero si la que no es coherente á la persona (como lo que consiste en dar) fue puesta al instituido, v. gr. *instituyo á Juan si diere cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro sustituto á Pedro,* se entiende repetida en el sustituto, y por consiguiente impuesta á Pedro la que se impuso á Juan. Y si la condicion y gravamen se imponen despues de los grados de institucion y sustitucion, comprenden á los instituidos y sustitutos, y se presumen juntos, y repetidos en todos y en cada uno (1).

CAPITULO UNDECIMO.

De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.

§. 1. Pueden aceptar ó repudiar la herencia los mayores de veinte y cinco años que sean *sui juris* por sí mismos ó por procurador.

2. Para aceptar ó repudiar la herencia concede el Rey por lo comun un año, pero el juez inferior no puede extenderse á mas de nueve meses.

3. Para evitar el heredero ser perjudicado acepta la herencia á beneficio de inventario.

4. El que no lo hace está obligado á pagar las deudas y mandas del testador hasta con sus propios bienes.

5. Gestiones del heredero, en virtud de las cuales se entiende haber aceptado la herencia.

6. Hasta cumplirse nueve dias despues de la muerte del testador no se pueden reclamar las deudas ni los legados.

7. Se admite la herencia expresa ó tácitamente.

8. Se repudia verbalmente ó por escrito.

1. Son libres de aceptar ó repudiar la herencia que les pertenezca *ex testamento ó abintestato* los mayores de veinte y cinco años y que no estén sujetos á otro, con tal que lo veri-

1 Menoch. lib. 4. præsumpt. 178.

fiquen por sí mismos ó por medio de procurador, haciéndolo llanamente y sin condicion alguna (á excepcion del Rey ó concejo). Si se halla el heredere en poder de su curador por falta de edad ò por incapacidad legal de cualquiera clase, lo hará este en su nombre. El menor de catorce años que no está bajo la patria potestad puede aceptar la herencia con permiso del juez, y no de otro modo. Si el heredero es mayor de catorce años y menor de veinte y cinco puede aceptarla por sí y entrar en ella, siempre que no tenga padre ni curador (1). Mas si le fuere gravosa, le queda el arbitrio legal de reclamarla despues por via de restitucion, y repudiarla con licencia judicial y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole el juez al estado que tenia antes de la adicion ó aceptacion (2). Si el dueño de los bienes murió intestado, debe pedir su heredero ante todas cosas lo declare por tal, y luego aceptar ó repudiar la herencia; pues sin que preceda aquella declaracion judicial, no debe ser admitido en juicio.

2. Para la admision ò renuncia de la herencia, suele el Rey conceder un año al heredero, sea por testamento ó intestado; pero el juez ordinario del pueblo del difunto, ó del territorio en que está la mayor parte de la herencia, no pueden conceder mayor plazo que el de nueve meses ni menos que cien dias, del cual disfrutan todos los herederos que hay en cada herencia, traspasando à los suyos en caso de muerte la parte de dicho plazo que faltaba por cumplir. Si es heredero extraño, y fallece despues de cumplido y antes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo á ella; pero siendo legítimo, debe percibirla (3), pues para los tales no hay prescripcion, y en cualquier tiempo pueden aceptarla.

3. Para que el heredero legítimo ó extraño no se perjudique en caso que el testador haya dejado mas deudas que bienes; y no tenga precision de pedir término, se ha establecido que pueda hacer inventario formal de ellos, y haciéndolo con las solemnidades de la ley y dentro del plazo que esta previene, acepta la herencia con este beneficio, en cuya virtud solo queda obligado á satisfacer las deudas hasta donde alcance el caudal (4). Llámase *inventario* un instrumento en que se escriben los bienes que se encuentran por muerte de alguno, por embargo ú

1 Leyes 1, 2, 13 y 15 tit. 16. Part. 6.
2 Ley 7. tit. 19. Part. 6.
3 Leyes 1, 2 y 13 y 15. tit. 6. Part. 6.
4 Leyes 5 y 7. tit. 6. Part. 6.

otro motivo, lo cual se practica en el pueblo del difunto, y ante su juez con presencia de escribano. Las circunstancias y efectos del inventario se explican menudamente en el tratado de particiones, como lugar mas oportuno.

4. Mas el heredero que acepta la herencia llanamente, ó entra en ella sin hacer inventario con la competente justificacion y dentro del término legal, debe pagar enteramente por el hecho mismo no solo las deudas sino los legados que dejó el difunto, á lo cual quedan obligados sus propios bienes en caso de que no alcancen los de la herencia.

5. El heredero que con malicia oculta ó sustrae alguna cosa en la formacion del inventario debe restituir el duplo si fuere extraño (1); pero siendo legítimo se entiende por este hecho haber aceptado la herencia, quedando obligado á todo é imposibilitado de repudiarla. Lo mismo sucede cuando constándole que está muy cargada de deudas compra para sí en cabeza de otro bienes del difunto (2).

6. No pueden los acreedores del difunto tomar cosa alguna de propia autoridad, ni emplazar á los herederos por las deudas que dejó, hasta cumplirse nueve dias despues de su fallecimiento, y estar concluido el inventario de sus bienes, bajo la pena de devolver lo que hubieren tomado y perder su derecho, y de nulidad de cualquiera fianza, renovacion ó prenda que interviniere. Pero si tienen recelo de ocultacion, disipacion ó fuga, deben pedir al juez que den fianzas de no hacerlo, lo que harán los herederos á satisfaccion del mismo (3). Tampoco pueden los legatarios pedir sus mandas dentro del referido término, ni el heredero tiene obligacion á dárselas hasta que esten pagadas las deudas y hechas las demas deducciones á que por derecho haya lugar (4).

7. El heredero puede admitir la herencia manifiesta ó tácitamente. Manifiestamente es por pedimento, escritura ó de palabra: tácitamente, tomando los bienes, vendiéndolos, arrendándolos y disponiendo de ellos como dueño. En uno y otro caso ya no la puede repudiar, y queda responsable al cumplimiento de las disposiciones del testador y demas cargos, aun cuando no basten los bienes heredados. Pero tiene el arbitrio de manifestar al juez que el encargarse de los bienes, el inventariarlos ó cualquiera

1 Ley 9. tit. 6. Part 6.
2 Ley 12. tit. 6. Part. 6.
3 Ley final, tit. 13. Part 1.
4 Ley 7. tit. 6. Part. 6. Greg Lop. en dicha glos. 2.

otra gestion, la hace con el fin de que no se pierdan ó deterioren, mas no con intencion de ser heredero; con lo cual á nada queda obligado (1).

8. Tambien puede repudiar la herencia vervalmente ó por escrito antes de entrar en ella; pero una vez renunciada no puede demandarla, á menos que sea menor. Si lo fuere podrá reclamarla en cualquier tiempo, aun cuando los bienes hayan sido enagenados. Tambien puede hacerlo el descendiente del difunto, no obstante haberla repudiado; pero lo ha de hacer dentro de tres años, y no han de estar enagenados los bienes (2). Si los herederos son extraños, y alguno de ellos repudiare la herencia, aquel ò aquellos que quisieren aceptarla deben hacerlo en su totalidad, pues no permite la ley renunciacion ni aceptacion à medias (3).

1 Ley 11. tit. 6. Part 6.
2 Ley final, tit. 6. Part. 6.
3 Ley 18. tit. 6. Part. 6.

CAPITULO DUODECIMO.

Del derecho de acrecer en las herencias.

§. 1. Origen del derecho de acrecer y de no decrecer.
2. ¿Que es derecho de acrecer y de no decrecer?
3. Diferencias entre uno y otro.
4. ¿Quienes se dicen conjuntos?
5. De los conjuntos en la cosa.
6. De los conjuntos en las palabras.
7. Diferencia entre unos y otros conjuntos.
8. ¿Cuales son los totalmente disyuntos?
9. ¿Cual se llama herencia caduca ó defectuosa?
10. En la institucion clandestina del indigno no há lugar el derecho de acrecer.
11. Segundo modo de caducar la herencia.
12. Tercer modo.
13. Razones inductivas del derecho de acrecer.
14. Casos en que hay derecho de acrecer entre los herederos legitimos. Casos primero y segundo.
15. Caso tercero en que se verifica lo mismo.
16. Sobre si acrece ó no à sus hermanos la legítima del hijo desheredado.
17. Sobre el derecho de acrecer entre herederos extraños.
18. ¿Habrá este derecho si el testador lo prohibe expresamente?
19. Opinion mas segura en el punto anterior.
20. Casos que aclaran la materia.
21. Los instituidos desigualmente acrecerán á prorata.
22. El heredero universal, que por haber aceptado parte de la herencia se entiende aceptarla toda, no la hace suya por derecho de acrecer, sino por el de institucion.
23. Esta doctrina tiene lugar en seis casos. Primero.
24. Segundo.
25. Advertencia sobre el cumplimiento de la condicion.
26. Caso tercero.
27. Cuarto caso.
28. Quinto caso.
29. Si entre dos herederos extraños, uno acepta y otro repudia su parte, acrece al primero.
30. El sustituto es preferido al conjunto en la sustitucion vulgar expresa y en la tácita comprendida en la pupilar.
31. Lo mismo sucede cuando son varios los herederos y los sustitutos.
32. Cuando hay heredero fideicomisario para que entregue la herencia à dos, si el uno la repudia pasará al otro.
33. Lo mismo será si el heredero no quiere percibir la parte que acrece á él, pues habiendo aceptado la suya debe aceptar la otra.
34. Si el testador deja sus bienes

al incapaz, es nula la institucion: mas no caduca la herencia.
35. Cuando son mas de dos los coherederos, ¿quien es preferido en el derecho de acrecer?
36. Primera consecuencia de la resolucion del caso precedente.
37. Consecuencia segunda.
38. Consecuencia tercera.
39. En el derecho de acrecer no hay distincion entre hermanos y medios hermanos, ni tampoco por sustitucion pupilar y brevilocua.
40. Duda sobre preferencia entre el conjunto real y el verbal.
41. Resolucion de dicha duda.
42. El conjunto es preferido al disyunto.
43. Si un heredero que murió despues de admitida la herencia, tiene derecho de acrecer á la parte repudiada por su coheredero, lo trasmitirá á sus herederos.

1. Establecido entre los romanos el principio legal de que nadie podia morir en parte testado y en parte intestado se introdujeron el derecho de acrecer y el de no decrecer, como medios de obviar à los inconvenientes de aquella máxima. Derivároнse de alli à la legislacion de las Partidas; pero sea porque entre nosotros no se observa el rigor de aquel principio, ó porque las fórmulas que ordenan las instituciones de herederos prestan poco motivo para ello, lo cierto es que son rarísimas las ocasiones en que hay que hacer uso de los referidos derechos. Sin embargo por si alguna vez se ofreciere, no estará demas una ligera instruccion sobre este punto.

2. Llámase derecho de *acrecer* el que tiene un heredero de hacer suya la parte de la herencia que deja de percibir su conjunto. Derecho de *no decrecer* es el que tiene de conservar su parte ademas de adquirir la agena, quedándose por ejemplo uno solo con los bienes que habian de repartirse entre dos (1).

3. Se diferencian el derecho de acrecer y el de no decrecer: lo primero, en que à los que vienen por el de acrecer no se acrece contra su voluntad la porcion del que no la quiere: lo que es al contrario à los que vienen por el de no decrecer, pues aquel à quien desde el principio se dejó el todo, no puede aceptar ó repudiar parte sino el todo ò nada; y de no hacerlo no será admitido. Lo segundo, en que los que vienen por el de acrecer, estan obligados á aceptar la parte deficiente ó defectuosa con su gra-

1 Cane. part. 3. *Var.* cap. 22. num. 4. Petr. Greg. part. 3. *Stig. jur.* lib. 46. cap. 11. num. 3.

vamen y cargas, y à sufrir estas; y los otros no. Y lo tercero, en que el de acrecer tiene lugar entre los conjuntos en la cosa; y el de no decrecer entre los que lo son en la cosa y palabras, ó solamente en estas (1).

4. Y para que se sepa quienes se llaman en derecho conjuntos, y de cuántas maneras lo son, y cuáles no, debo advertir que unos lo son con conjuncion *real* y *verbal*, que es en la cosa ó herencia à cuyo goce son llamados y en las palabras: otros lo son solamente *en la cosa*: y otros *en las palabras*: y otros omnímodamente *disyuntos* ó separados. *Conjuntos real y verbalmente* son y se llaman los que el testador instituye simplemente por sus herederos ó legatarios en una misma cláusula y oracion, sin asegurarles la parte ó porcion que han de percibir en la herencia ó legado.

5. *Conjuntos* solamente *en la cosa* son aquellos à quienes el testador deja una misma herencia en diversos períodos ó cláusulas, v. gr. si en una dice: *instituyo á Juan por mi heredero*, y despues en otra: *instituyo á Pedro por mi heredero*. Pues como deja la herencia á cada uno de por sí separadamente, y ninguno puede titularse ni entenderse heredero universal, porque dos ó mas no pueden ser dueños por el todo, de necesidad se deduce que deben dividirla y concurrir á su percibo por mitad; y por consiguiente que son *conjuntos en la cosa* solamente, ya que en las palabras ó modo de ser instituidos fueron separados, y en distintas cláusulas nombrados al goce y obtencion de la misma cosa (2).

6. *Conjuntos* solo *en las palabras*, se llaman aquellos à quienes el testador en una misma cláusula ú oracion instituye (ya sea ó no igualmente) por sus herederos ó legatarios, señalando à cada uno y separándole con ellas la parte ó porcion que ha de percibir de la herencia ó legado, y no simplemente sin señalársela, v. gr. diciendo: *instituyo á Juan y Francisco por mis herederos en partes iguales*. Pues estos por ser instituidos en una misma cláusula y oracion se llaman *conjuntos en las palabras*; y por no serlo simplemente en cuanto al percibo de la herencia, sino en diversas y separadas partes ó porciones, aunque iguales, no se gradúan ni titulan conjuntos en la cosa.

7. Y sin embargo de que cuando el testador hace la institucion con igualdad, parece no hay diferencia entre los conjuntos

1 Petr. Greg ibi, num. 4. *Conjuncti re tantum.* Merveh. *de succession. progess.* §. 1.
2 Gom. dicho cap. 10. num 24. vers.

en la cosa y palabras, ò en estas solamente, pues aunque no diga: *por iguales partes ó porciones*, se entiende por derecho, porque en los contratos, sentencias y últimas disposiciones la conjuncion *y* puesta entre las personas divide igualmente entre estas los efectos de la disposicion (1); no obstante, como falta la division del hombre, y solo interviene la de la ley, no se llaman conjuntos en la cosa y palabras, como cuando hace simplemente la institucion.

8. Y omnímodamente ò del todo disyuntos y separados son aquellos à quienes el testador deja la herencia ó legado en diversas cláusulas y oraciones, y en distintas y separadas partes ó porciones, v. gr. instituyo à Juan por mi heredero en la mitad de mis bienes ò herencia, y à Pedro en la otra mitad (2).

9. *Herencia caduca* es aquella que del legítimo heredero pasó al extraño (3): y como la caducidad puede verificarse en todo ó parte de ella, y cuando son dos ó mas los instituidos deseará saber el escribano de cuantas maneras se induce, para su instruccion digo: que la parte que se ha de acrecer al conjunto, se puede llamar defectuosa ó caduca de tres modos: el primero cuando se tiene por no escrita, v. gr. si el testador instituye por sus herederos à dos ò mas, de los cuales el uno ya habia muerto naturalmente al tiempo del testamento, pues su porcion se acrece al otro, y se estima del propio modo que si no hubiera sido instituido. Y lo mismo procede si estaba muerto civilmente, v. gr. por haber sido deportado, ó condenado à minas ó carcel perpetua, ó si era religioso profeso de San Francisco, que nada puede poseer ni heredar, pues su parte se tiene por no escrita, y se acrece al coheredero, ò si era hijo indigno è incapaz de heredar aunque sin delito personal (como sucede à los nefarios y demas espurios) y paladinamente fue instituido, en cuyos casos tambien se tiene por no escrita su parte, y se acrece al conjunto coheredero en defecto de sustituto, pues este es preferido como expresamente llamado por el testador à la obtencion de la herencia y el conjunto por tácita voluntad suya y derecho de acrecer; por lo que entrará despues del sustituto si este no la quiere ó falta ó no puede obtenerla; y faltando uno y otro, pasa á los herederos abintestato del instituyente.

10. Pero si clandestina y ocultamente instituye al indigno, v. gr. nombrando à otro, y encargándole reservadamente entre-

1 Gom. ibi, num. 26.
2 Gom. ibi. num. 26. vers. *Disjuncti.*

gue aquella parte al hijo incapaz de heredar, se le debe quitar y aplicar al fisco y no al conjunto. Y lo propio milita cuando por delito de instituido falta su porcion, pues tampoco pertenece al conjunto ni á los herederos abintestato sino al fisco (1).

11. El segundo modo es cuando aquella parte ò porcion se hace y constituye casi caduca, v. gr. por haber instituido el testador por herederos à dos ó mas, de los cuales el uno vivia al tiempo de la institucion, pero estaba muerto al de su fallecimiento; en cuyo caso se acrece al coheredero como si en todo lo hubiera sido solo.

12. Y el tercero es cuando caducó, v. gr. por haber instituido dos ó mas herederos, de los cuales el uno estaba vivo no solo al tiempo del testamento sino al del fallecimiento del testador, pero despues repudió su parte y murió sin aceptarla; en cuyo caso no pudo trasmitirla ò transferirla à sus herederos, porque por la repudiacion ò falta de adicion no la hizo suya, y asi se acrece al coheredero conjunto.

13. Tres son las razones inductivas del derecho de acrecer, ò las causas porque se estableció: la primera, para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado; la segunda, para que el heredero represente en todo al difunto como debe; y si son muchos, todos y cada uno por su parte; pues de no acrecérsele los demas bienes del testador, seria representado parcial y no totalmente este (2); y la tercera, porque esta institucion se amplía y extiende virtualmente á los bienes de que el testador no dispuso, à fin de que el heredero particular ó instituido en una cosa sola, se vea y estime instituido simple y universalmente en todas, como si de la señalada no hubiese hecho mencion el instituyente.

14. El derecho de acrecer compete à los herederos legítimos y à los extraños. Respecto de los primeros debo sentar tres casos. El primero, si los hijos son instituidos solamente, no hay duda que há lugar, y asi la parte que uno repudie acrece á la legítima de los demas por las razones expuestas en el párrafo antecedente. El segundo, si son instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudian su parte ó por otro motivo faltan, tampoco la hay de que se acrecen estas á los extraños por las propias razones (3).

15. El tercero es cuando siendo instituidos juntamente con

1 Gom dicho cap 10. num. 26. y 30.
2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. num. 8 y 9.
3 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. num. 37. Gracian. *Discept. forens.* cap. 178 Larrea decis. 36. num. 11. Cancer. part. 3. *Var.* cap. 22. ex num. 177.

extraños, repudia alguno de los hijos su parte de legítima, ó por otra causa no la percibe, se duda si la llevarán sus hermanos ó los extraños, ó estos y aquellos omnímoda y simultáneamente. Entonces se acrecerá solamente à los hijos: lo primero, porque el extraño nunca se entiende ser heredero sino legatario, y ya el testador lo instituya junta ò separadamente con sus hijos dejando à estos su legítima y à aquel el quinto, ó no distinguiendo ni diciendo lo que este y ellos han de percibir, siempre se conceptúan instituidos en diversas partes ó porciones, que son los hijos en su legítima y el extraño en el quinto; por lo que aquellos son conjuntos en la cosa y en las palabras, y el extraño omnímodamente disyunto; y cuando falta alguna parte se acrece mejor à los conjuntos de ambos modos que al que lo es solamente de un modo. Lo segundo, porque aunque quiera decirse que todos son conjuntos con igual conjuncion, no obstante, los hijos lo son con conjuncion legal en su legítima, por lo que la parte repudiada debe acrecer à los hermanos, y estos obtener la prelacion, como que les compete derecho mas potente y vigoroso. Y lo tercero, porque en cualquier tiempo que se haga la repudiacion, se retrotrae al de la muerte del testador, como si no tuviera aquel hijo ò hijos repudiantes, y sí únicamente à sus hermanos aceptantes; y asi à estos toca como à sus únicos herederos (1).

16. Por lo tocante á cuando el hijo es exheredado justa ó injustamente, si se acrecerá ó no su parte á sus hermanos instituidos herederos con privilegio de tales, de suerte que en ella se pueda imponer gravamen; suponiendo, como incontrovertible é indubitado, que el hijo no puede ser gravado en su legítima (2) digo: que si fuere justamente exheredado, se acrecerá à los demas hermanos su parte de herencia, que se juzga la misma con la legítima de estos; y no estan sujetos à restitucion, porque la legítima de los hijos se mide y gradúa segun la sucesion abintestato. Es asi que el hijo justamente exheredado nada puede conseguir abintestato de los bienes de su padre; luego sus hermanos percibirán la legítima como si le sucedieran abintestato, y por trasmision y conjuncion legal vendrá à ellos, porque la justa exheredacion remueve el obstáculo; y asi debe tener y estimar por desheredado en el todo de su legítima. Ademas de que en la querella de inoficioso testamento, removido el obstá-

1 Gom. dicho num. 37. Merlin. *de legitim.* lib. 1. tit. 1. quæst. 2. num. 11. y tit. 4. quæts. 5. Gracian. regul. 357. num. 1.

2 Ley 11. tit. 4. Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 11. num. 31.

culo y tambien uno de los herederos, há lugar el derecho de acrecer à favor de los demas. Luego se debe decir lo mismo en el suplemento de legítima, que es mas favorable que la querella, por lo que excluido el hermano por la exheredacion deben sus hermanos conseguir mas facilmente el beneficio del derecho de acrecer. Pero si no fue exheredado justamente, no se les acrecerá, porque él y ellos son llamados por diverso derecho, como que los herederos son instituidos en testamento y el exheredado fuera de testamento, y entre los que lo son por distinto derecho no há lugar el de acrecer. Lo que es al contrario cuando se les instituye en menor parte que su legítima, pues pueden pedir suplemento de ella (1).

17. Con respecto al derecho de acrecer entre herederos extraños procederé con distincion de casos. Caso 1.° Instituyendo el testador por heredero á un extraño en cierta cuota ó cosa particular, y falleciendo sin nombrar heredero universal, ni disponer del residuo de sus bienes, debe percibir este el instituido en aquella, no por derecho de acrecer sino por virtud y extension de la institucion, del mismo modo que si en todos lo hubiera sido: porque el que lo es en cosa cierta sin haber otro coheredero, se entiende serlo universal segun derecho (2). Y si nombra coheredero del resto de sus bienes, los llevará; y el instituido en cosa cierta se entenderá legatario de ella solamente. Previniendo que si el coheredero universal es instituido bajo de condicion, no puede el instituido en cosa cierta ocupar ni apoderarse de los demas bienes de la herencia pendiente la condicion (3).

18. Si el testador no solo no dispone del resto de sus bienes ni nombra coheredero universal, sino que prohibe expresamente ó manda que no se acrezcan ni los lleve el instituido en cosa cierta, se duda ¿si, no obstante esta prohibicion, se le acrecerán? Acerca de lo cual hay dos sentencias diametralmente opuestas: la una dice que vale la prohibicion, y se vicia la disposicion; y que por consiguiente se estimará haber muerto abintestato por la perplejidad y repugnancia que incluye de querer que el heredero perciba cierta parte de sus bienes, y que no lle-

1 Ley 5. verb. *Otrosi decimos*, tit. 8. Part 6 Spin. *in Specul. de testament.* glos. 9. ex num. 23.

2 Ley 14. tit. 3. Part. 6 Covarr. in cap. *Raynutius*, §. 1. num. 9. Card. *de jure acresoend.* illat. 25. num. 41. Ayllon ad Gom. lib. 1. *Var.* cap. 2. num. 22. y 23. y cap. 10. num. 10. Gracian. regul. 357. num. 3.

3 Rota apud Farinac. par. 1. decis. 265. num. 9. Surd *de aliment.* tit. 2. quæst. 15. num. 98 Ayllon, dicho cap. 10. num. 10. vers. *Item adde quod eum*, y *Item adde quod si quis.*

ve los demas, ni se le acrezcan respecto no dejarlos á otro.

19. Y la otra (que es la mas segura y corriente) afirma que sin embargo de la prohibicion se le acrecerán por necesidad de derecho: porque el testador no puede prohibir ni impedir que las leyes tengan fuerza y vigor contra su disposicion, ni contra el derecho de acrecer, para que no muera en parte testado y en parte intestado, ni su voluntad tiene virtud contra ellas (1); y porque todo pacto ó protestacion contra la naturaleza y sustancia del acto no lo vicia, antes bien el mismo pacto es el viciado; y asi en este caso se vicia la prohibicion, y no la principal institucion y disposicion (2).

20. Lo cual se entiende cuando el heredero fue instituido por palabras directas, v. gr. diciendo el testador: *nombro ò instituyo por mi heredero en tal cosa á Juan.* Y se limita: lo primero, si lo fue por palabras oblicuas, v. gr. *dejo ò lego á Juan tal cosa*, ó por otras semejantes: en cuyo caso se reputa por mero legatario: mas no si estas palabras *dejo ó lego* apelan ò recaen sobre la universidad de bienes, v. gr. *dejo ò lego á Juan mis bienes*, pues inducen institucion directa, y es lo mismo que si dijera: *instituyo ò nombro á Juan por heredero de mis bienes.* Y lo segundo, cuando el testador le dió coheredero universal en el residuo ó en cuota cierta de sus bienes, en cuyo caso se estima tambien como mero legatario; y asi los llevará el coheredero, à menos que este repudie la herencia ó muera sin haberla percibido, pues entonces viene á ser como si no hubiera sido instituido; por lo que se acrecerá al que lo fue en cosa cierta, para que el testador no muera en parte testado y en parte instestado (3).

21. Siendo muchos extraños instituidos desigualmente en cierta cuota ó parte de bienes, y no habiendo coheredero universal, se acrecerá á cada uno el resto de ellos á proporcion de lo que en la cuota le toca: lo que al contrario siéndolo en cosa cierta particular y cada uno en diversa porcion de ella; pues entonces los demas bienes se acrecen á todos con igualdad, sin atencion al valor de la parte señalada á cada uno en la cosa, bien que de esta percibirá la que le señaló expresamente el testador; y la razon es porque el legado de la cosa y la cuota ó parte asignada á cada uno en ella se detrae de derecho de la institucion, como si de ella

1 Ley 32. tit. 9. Part 6.
2 Gom. lib 1. *Var.* cap. 10. num. 10. vers *Quæro tamen*, num. 11. vers. *Tumen prima opinio*, et ibi Ayllon, num. 10 y 11.
3 Gom. ibi. num. 12 y 13. y cap. 2. num. fin. et ibi Ayllon, num. 22 hasta el fin.

ninguna mencion se hiciera, y por eso todos se gradúan instituidos simplemente, y como tales con igualdad (1).

22. Instituyendo el testador à algun extraño por heredero universal de todos sus bienes, si este admite ó acepta alguna cosa ó parte de su herencia, es visto aceptarla toda: y asi conseguirá las demas partes, no por derecho de acrecer propia y rigorosamente sino por el de la institucion, y por la verdadera disposicion y expresa voluntad del difunto; y la razon es para que sea representado este en el todo y no en parte solamente; y porque la aceptacion de la herencia consiste en el ánimo, y cuando el heredero hace acto ó gestion que con arreglo á derecho no puede practicar sino como tal, es visto conformarse con este y aceptar en el todo la herencia. Y lo propio milita cuando es sucesion universal abintestato, y acepta solamente una parte de ella.

23. Lo explicado en el párrafo inmediato há lugar en seis casos: el primero, no solamente cuando es instituido simple y universalmente sino por partes distintas y separadas, v. gr. en una cláusula y oracion en la mitad, tercera, cuarta, quinta ú otra parte ó cuota; y en otra ú otras cláusulas en el residuo de la herencia: pues entonces admitiendo la una, es visto admitir las demas, y asi se le acrecen.

24. El segundo, aunque en una parte sea instituido puramente, y en otra à cierto dia ó con condicion: pues admitiendo la pura, se constituye heredero igualmente de la condicional, que ha de recaer en él con el tiempo, ya se cumpla ó no la condicion, y asi en vano es esperar el cumplimiento de esta, respecto à que nada obra ni impide la adquisicion que es necesaria, pues siendo eventual la suspende solamente (2).

25. Pero si en la parte condicionada tuviese sustituto se debe esperar el cumplimiento de la condicion: pues no verificándose, la llevará este; y si se verifica, toca al heredero, al cual se acrecerá sin nueva aceptacion, mediante haber aceptado la parte pura: y aunque se verifique despues de su muerte, la llevará su heredero y no el sustituto, no por virtud de la institucion condicional, porque esta no es trasmisible, sino por la del derecho de acrecer despues que la condicion se verificó.

26. El tercero, aun cuando el tal heredero acepte una parte y repudie expresamente la otra: pues se constituye here-

1 Gom. dicho cap. 10 num. 14.
2 Gom. dicho cap. 10 num. 17. Cevall. quest. 807. num. 3. Mascard. liter. A, conclus. 45. num 6. Mantic. *de conjectur.* lib. 2. num. 19.

dero por el todo, y por derecho de acrecer consigue la repudiada: y lo mismo procede en los legados (1).

27. El cuarto, sin embargo de que el heredero instituido en partes diversas ó separadas tenga sustituto vulgar en la que quiere repudiar: pues aun entonces, si aceptó la una, no puede repudiar la otra; antes bien, ya quiera ó no, debe llevarlas ambas: y la razon es porque el difunto debe ser representado en el todo uniformemente y con la misma cualidad, y no con cualidades diversas ó contrarias en su representacion, como lo son los grados de institucion y sustitucion (2).

28. El quinto, aunque el tal heredero sea sustituto pupilar de un hijo del testador: pues una vez que admitió la herencia por haber fallecido el hijo en la edad pupilar, no puede repudiarla despues (3). Y el sexto, en el hijo respecto de su legítima: pues no puede admitirla sola y repudiar los demas bienes (4).

29. Instituyendo directamente el testador à dos ó mas extraños por sus herederos, ó sucediéndole abintestato como parientes suyos, si el uno acepta su parte y el otro repudia la suya, ó por haber muerto ú otro motivo falta su persona para poder percibirla, se acrece al aceptante. Lo cual se entiende no habiendo sustituto nombrado por el testador, como lo dice la ley 18. tit. 6. Part. 6., pues habiéndolo, es preferido al conjunto, por ser mas poderosa que el derecho de acrecer no solo la sustitucion expresa sino la tácita. Y la razon es porque el sustituto vulgar viene à heredar por propia y expresa voluntad del testador, y el conjunto por la tácita y presunta.

30. No solo milita y se entiende lo expuesto en la sustitucion vulgar expresa sino en la tácita comprendida en la pupilar: por lo que si el testador instituye dos ó mas hijos suyos por herederos, de los cuales el uno es impúbero, y lo sustituye pupilarmente, y repudia su parte de herencia, ó por otro motivo falta, la llevará el sustituto por virtud de la sustitucion vulgar comprendida tácitamente en la pupilar, y no el coheredero ó conjunto por el derecho de acrecer (5).

31. Lo mismo que queda sentado procede cuando en testa-

1 Gom. ibi, num. 19. Connan. *Comentar.* lib. 10. cap. 8. num. 6. Pichard. *in Relection.* tit. *de adquirend. hæreditat.* cap. 28.

2 Gom. dicho cap. 10. num. 20. Duaren. *de jure accrescend.* cap. 3. Gutierr. in leg. unic. Cod. *Quando non petentium artes.* num. 10.

3 Fusar. *de substitut. pupillar.* quæst. 151. Pichard. dicho cap. 28 num. 75.

4 Gom. dicho num. 20. vers. *Quinto extende.* Cevali. quæst. 711. ex num 3. Pichard. ibi, ex num 57.

5 Gom. dicho cap. 10. num. 36 ex vers. *Et in tantum hoc est verum.* Larrea decis. 61. Cancer. Part. 3. *Var.* cap. 3. num. 228.

mento perfecto instituye muchos herederos, y los sustituye mutua y recíprocamente: pues si los unos admiten sus partes ó porciones, se le acrecen las de los que repudian las suyas; y asi deben aceptarlas, ya quieran ó no, porque el derecho de acrecer há lugar tambien entre los instituidos y mutuamente sustituidos.

32. Procede tambien lo expuesto en el párrafo 19. en los fideicomisos universales; por lo que, si el testador instituye à uno por heredero con la obligacion y gravamen de restituir la herencia à dos ó mas, y uno de estos repudia su parte, no la llevará el fiduciario (que es el instituido y gravado à su restitucion), antes bien pasará al conjunto que aceptó la suya (1); y no solo procede entre los conjuntos instituidos, sino tambien aun cuando entre ellos ninguna conjuncion haya.

33. Esta doctrina tiene lugar aunque los herederos conjuntos ò disyuntos resistan ó no quieran percibir aquella parte que falta por estar gravada, ó por ser repudiada, ò por otro motivo; pues si han aceptado la suya deben aceptar tambien la otra. Y la razon concluyente es porque los herederos deben representar necesariamente en el todo al difunto; si son muchos, cada uno por su parte, y todos juntos por el todo; y si en uno solo, en el todo: y esta representacion no puede hacerse en parte, y en parte no; porque asi como el hombre no puede estar naturalmente vivo en parte y en parte muerto, asi tampoco por la ficcion de la ley que imita à la naturaleza, puede estar representado en parte y en parte no; pues lo que es imposible naturalmente lo es fictamente. Y no solo debe ser representado como quiera, sino uniformemente y con la misma cualidad, y no otra; porque al modo que estando vivo no recibe cualidades diversas ni contrarias, tampoco muerto debe recibirlas en su representacion. Bien que aunque la parte repudiada ó defectuosa se acrezca por derecho al aceptante que resiste percibirla; no obstante, si este quiere repudiar lo que aceptó para que no le compelan à admitir la otra, puede; pero de no, la ha de tomar precisamente (2).

34. Si el testador deja su herencia al que es incapaz absolutamente de suceder en ella, v. gr. al religioso ó convento de San Francisco, ó al que está muerto, se gradúa por nula la institucion, es lo mismo que si no se hiciera y se tiene por no es-

1 Gom. dicho cap. 10. num. 23. cit. num. 27. vers. *Unde dico.*
2 Ley 18. tit. 6. Part. 6 Gom. cap. 10.

crita, y asi debe pasarà los herederos abintestato del instituyente, no habiendo conjunto ó sustituto; del mismo modo que si no hubiera semejante institucion (1). Pero si la deja al indigno, no sucederá lo propio, porque este es capaz de dominio, aunque el fisco le prive de él en pena del delito, y puede suceder y adquirir no obstante que está privado de retener lo que adquiere; lo cual no milita para con el incapaz, pues este no puede adquirir ni tener lo adquirido (2). De lo cual se sigue que la herencia dejada al incapaz, se queda en el estado que tenia antes de la institucion; y el testamento en que esta se hizo, en el que se hallaba antes de hacerla, y con el vigor que tendria si no la contuviese: y por consiguiente no puede ser caduca ni erecticia; caduca, porque en su principio fue nula; y erecticia, por carecer de delito, y no ser indigno el instituido, pues el derecho de suceder por virtud de los testamentos y el de poderlos romper tienen tan estrecha conexion y coherencia entre sí, que el que no puede suceder por ellos carece de potestad para romperlos (3): y se sigue tambien que para llamarse caduca con propiedad la herencia, ha de ser dejada al que puede adquirirla, y despues por su muerte civil ó natural, ó por no aceptarla, no la tuvo; pues si es incapaz de adquirir al tiempo de la institucion, será nula esta, y no hará caducidad de herencia sino nulidad de institucion: que si es dejada al indigno por delito personal, la llevará el fisco, y no el conjunto ni los parientes del instituyente; y si no cometió delito, se acrece al conjunto en defecto de sustituto, y á falta de estos la llevarán los herederos abintestato del testador, excepto en el caso propuesto en el párrafo 10, pues entoncen toca al fisco por el fraude que cometió el instituyente, en dejársela clandestina ú ocultamente en cabeza de otro.

35. Siendo mas de dos los coherederos ¿cual será preferido en el derecho de acrecer? Digo que al modo que en la sucesion abintestato obtiene prelacion la doble ó geminada conjuncion ó vínculo de la sangre, quiero decir, que el hermano ó hermanos enteros se prefieren á los medios hermanos (4); del mismo modo los conjuntos real y verbalmente prefieren al que en una de estas dos cosas lo es solamente: por lo que si el testador en una misma cláusula y oracion instituye por sus herederos á Pedro

1 Portugal *de donat.* part. 3. cap. 29. num. 3 y 8 y otros que cita.

2 Cujat. in lib. 6. Cod. tit. 35. ibi *Indignus est capax jure: incapax effectu: incapax vero est incapax jure et effectu.*

3 Molin. *de primogen.* lib. 2. cap. 9. num. 42 y 43

4 Ley 5 al fin, tit. 13. Part. 6.

y à Juan, y en otra á Diego; y uno de los dos primeros repudia su parte, ó por alguno de los motivos expuestos falta ó caduca; se acrece al otro y no à Diego: porque los primeros son conjuntos real y verbalmente, que es en la cosa y palabras, y el segundo no lo es mas que realmente; que es en la cosa ó herencia, y por tácita y presunta voluntad del testador se conceptúa predilecto y primeramente llamado à la obtencion de la parte vacante.

36. De lo expuesto se deduce: lo primero, que si el testador instituye á uno, v. gr. á Pedro y á sus hijos ó à los de otro heredero que nombra (en cuyo caso Pedro se estima instituido en la mitad, y sus hijos ó los de otro heredero en la otra mitad, à menos que entre ellos medie el orden de caridad y necesidad, pues entonces es visto instituirlos por orden sucesivo y no simultáneo, v. gr. si instituye à un hijo suyo propio y à los de este, que son sus nietos), y uno de los hijos y herederos llamados colectiva y copulativamente repudia su parte, ó por otra causa falta, se acrece à los otros hijos y herederos juntamente llamados, y no à Pedro instituido por sí solo: porque aunque todos son conjuntos real y verbalmente, pero lo son con mayor conjuncion los hijos y herederos, por ser llamados no solo juntamente sino con modo colectivo (1).

37. Lo segundo, que si alguno fallece abintestato dejando un hijo vivo y nietos hijos de otro hijo muerto (al que suceden representativamente), y uno de estos nietos repudia su parte, ó por otra causa falta, se acrece á sus hermanos y no á su tio hermano de su padre: porque aunque todos son llamados y conjuntos con conjuncion legal mediante la disposicion de la ley, son no obstante mas conjuntos entre sí los nietos por estar llamados con un modo colectivo, estimarse por uno, ocupar todos un lugar, y ser parientes mas propincuos; y así procede entre ellos el derecho de acrecer por naturaleza de la sucesion, para que se observe la prerogativa del grado de parentesco que ocupan (2).

38. Y lo tercero, que si el padre fallece dejando dos ó mas hijos de una muger y otros dos ó mas de otra, y uno de ellos repudia su parte, parece deberá acrecerse solamente à los hermanos germanos, porque se juzgan conjuntos entre sí con doble vinculo y conjuncion, y no á los medios hermanos. Pero sin em-

1 Jason ibi, col. 33. num. 121. Crot. col 4. num. 46.

2 Castill. *de usufruct.* cap. 48. num. 39 y sig. Cancer. part. 3. *Var.* cap. 22. ex num 32.

bargo no será asi; pues todos serán admitidos à su percibo y à todos se acrecerá con igualdad. Y aunque es constante que muerto uno de ellos son preferidos los hermanos germanos, y le suceden segun los textos citados y otros, esto se entiende en la herencia que ya tienen adquirida y es suya propia: mas no en la que no adquirieron y les proviene por sucesion y derecho de acrecer de la persona de su padre, pues entonces todos son admitidos, y se les acrece con igualdad, porque respecto de su padre todos son igualmente conjuntos (1).

39. Lo propio milita en la sustitucion *brevilocua*; por lo que si el padre, teniendo hijos de dos mugeres, los sustituye mutuamente, y la parte del uno es repudiada ó caduca, no se contemplan instituidos en ella y llamados solamente los hermanos enteros, sino indistintamente todos los habidos y procreados en ambas mugeres (2). Y lo mismo sucede en la *pupilar*, pues sustituyéndolos pupilarmente, y muriendo algunos en esta edad, le sucederán igualmente por virtud de ella todos los hermanos enteros y medios sin preferencia (3).

40. Siendo conjuntos dos ó mas en las palabras, v. gr. cuando el testador dice: *instituyo á Pedro y Juan por mis herederos en iguales partes*, y otro en la cosa ó herencia, porque en otra cláusula y oracion dice simplemente: *instituyo á Francisco por mi heredero* (en cuyo caso todos se conceptúan instituidos por terceras partes), si uno de los dos primeros repudia su porcion, ó por otro motivo falta ó caduca, parece por una parte que se debe acrecer al conjunto de las palabras: lo primero, porque la conjuncion verbal se causa por la propia é inmediata voluntad del testador, y la real por la unidad y sociedad de la cosa; y lo segundo, porque los *merè* conjuntos verbalmente se reputan una misma persona y cuerpo. Y por otra parte parece debe obtener la prelacion el realmente conjunto y no el verbal, porque viene por derecho de no decrecer: y asi á primera vista, como llamado à toda la herencia ó cosa *absolutamente*, aunque por concurrir con otros no lleve mas que una parte, si falta la de alguno, retendrá la suya y obtendrá la de este; porque al parecer le asiste derecho mas poderoso que à él.

41. Pero sin embargo de todo lo expuesto (que muchos

1 Gom. lib. 1. *Var.* dicho cap. 10. num. 31. vers. *Sed in hoc contrarium* Covarr. *Pract.* cap. 38. num. 2. Martinez. en la ley 5 tit. 8 lib. 5. Rec. glos. 1. num. 10.

2 Gom. cap. num. y vers. cit.

3 Aretin. in dict. leg. *Lucius*, col. fin. Covarr. y Gom locis citat Menoch præsumpt. 75 ex num. 8. lib. 4. Ayllon ad Gom. in dict. num 31.

han creido y seguido), ninguno de los dos se preferirá al otro, antes bien serán admitidos ambos igualmente al percibo de la parte defectuosa ó vacante: lo primero, porque como en virtud de la institucion y por voluntad del testador tienen ambos en el afecto iguales partes en la herencia, les debe tocar por la propia razon y voluntad la misma porcion en la vacante en virtud del derecho de acrecer; y lo segundo, porque en derecho no está dispuesto que uno prefiera al otro, ni que una conjuncion tenga mas vigor que la otra (1).

42. Concurriendo un conjunto de cualquiera de los tres modos explicados, y otro omnímodamente disyunto, será preferido aquel á este. Y si todos fueren omnímodamente disyuntos, ninguno obtendrá la prelacion; por lo que se dividirá entre todos la parte vácua ó caduca (2). Y la razon es para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado, la cual tiene bastante virtud y eficacia para inducir el derecho de acrecer en la sucesion por testamento.

43. Muerto uno de los herederos instituidos despues de haber admitido su parte de herencia, ó antes que espire el tiempo legalmente concedido para su admision, si el coheredero antes ó despues de la muerte del otro repudia la suya, ó por otro motivo falta, se acrece à los herederos del muerto. Lo primero, porque las razones inductivas del derecho de acrecer expresadas en el párrafo 13, versan y tienen lugar en este caso para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado; lo segundo, porque este derecho tiene su tendencia à la parte admitida y à su cualidad; y asi la defectuosa la sigue, y se le acrece, consolidándose entrambas y constituyéndose de igual naturaleza; y lo tercero, porque cuando la porcion ó lucro se difiere inmediatamente à alguno por la ley, se transfiere à sus herederos, aunque no la haya aceptado (3).

1 Gom ibi, num. 31. vers. *Sed his non obstantibus* Ayllon ad Gom. ibi.

2 Gom ibi, num. 33 y 34. Cancer. part. 3. *Var.* cap 22. num. 176. Duaren. *de jure acrecend.* lib. 2. cap. 4. Monoch. *de sucession. creation.* §. 10. num. 125. Castill. *de usufruct.* dicho cap. 48. num. 39. y sig.

3 Gom. ibi, num. 35. Gutierr. in leg. unic. Cod. *Quando non petentium partes.*

CAPITULO DECIMOTERCERO.

De los desheredamientos.

§. 1. ¿Que es desheredar?
2. Causas que autorizan la desheredacion de los hijos: poner manos airadas en sus padres, maquinar contra su vida, ó acusarlos de crimen capital.
3. Infamarlos, abusar de su madrastra ó de la manceba pública de su padre, usar de hechicerías.
4. No dar fianzas por el padre preso, impedirle testar ó hacer legados.
5. Hacerse juglar por dinero no siendo su padre, ó lidiar con hombre ó fiera contra su voluntad. Otro caso relativo á la desheredacion de la hija.
6. No recoger ni alimentar al ascendiente loco.
7. No redimirle de cautiverio ó andar omiso en procurarlo.
8. Volverse judío, moro ó herege. Doctrina legal sobre el clérigo herege.
9. Para la desheredacion han de provar la causa el desheredante ó su heredero. Si consiente en aquella el desheredado no puede reclamar.
10. Causas porque pueden ser desheredados los ascendientes.
11. Causas porque se pierde la herencia sin desheredamiento.
12. De la desheredacion de los hermanos del testador.

1. Despues de hablar de los que deben ser instituidos herederos, trataremos de las causas porque pueden ser desposeidos de la herencia, aun despues de haber entrado en ella. Desheredar á un individuo *es privarle del derecho que tenia de heredar á alguno de sus ascendientes ó descendientes legítimos;* de lo cual aparece que con respecto á los herederos extraños no puede haber desheredacion. Esta debe hacerse nombrando el testador al desheredado por su nombre y apellido, ó con otras palabras que no dejen duda de la persona que quiere designar (1), siendo ademas indispensable que sea total y absoluta, pues si mediare condicion, o fuere solo de una porcion de la herencia será nula, por el antiguo principio de que ninguno puede ser en parte heredado y en parte desheredado (2) (*).

1 Ley 3. tit. 7. Part. 6.
2 Ley 3 al fin tit. 7. Part. 6.
* El reformador de Febrero opina que estando modificada por nuestras leyes la referida máxima, no hay ninguna imposibilidad en que la exheredacion pueda ser

2. Por varias causas pueden los padres desheredar à sus hijos, á saber: por poner en ellos las manos airadas para prenderlos ó herirlos, por maquinar contra su vida por cualquier medio que fuere, por causarles grave daño en su hacienda, y por acusarlos del crimen que merezca pena de muerte ó destierro. Exceptúase el caso en que el crimen sea de lesa Magestad, y lo justifique el acusador (1).

3. Por infamarlos en términos que quede menoscabada su reputacion, por tener acceso carnal con su madrasta ó con otra muger que su padre tuviere paladinamente por amiga, por ser hechiceros ó encantadores ó vivir con los que lo fueren (2).

4. Por resistirse á fiar en cuanto pudieren à su padre preso por deudas; lo que no se entiende con las mugeres estándoles, como les está, prohibido el ser fiadoras; por impedirle que haga testamento, ó bien que deje á otro algun legado, en cuyo caso podrá acusarle el legatario, y probado el delito, perderá el primero su herencia, y será del Rey. El legatario percibirá el legado, como si realmente hubiera estado expreso en el testamento, asi que pruebe la violencia que se hizo al testador, y voluntad que tenia de mandarle el legado (3).

5. Por lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad de su padre: ó hacerse juglar, no siéndolo este: por resistirse (siendo hija) á casarse en conformidad con la voluntad de su padre, á pesar de dotarla segun sus posibles y su clase, si despues se hace ramera; pero sino repugna el casamiento, y por diferirlo su padre hasta pasar de los veinte y cinco años, se hace despues ramera, ó se casa contra su voluntad, no podrá desheredarla. Por la ley 9. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. se impusieron varias penas à los hijos que se casaren contra la voluntad de sus padres, reputando este exceso por justa causa de desheredacion, quedando ademas privados los contrayentes y sus hijos de todos los efectos civiles, como el derecho de pedir dote ó legítima, suceder como herederos forzosos asi en los bienes libres como en las vinculaciones y patronatos. Posteriormente se publicó la pragmática sancion de 28 de abril de 1803, que queda referida en el capítulo del matrimonio; pero como nada habla de penas à los contraventores, se supone que dejó en pie las impuestas por la ley antecedente.

parcial; pero por plausibles que sean sus razones, nuestros jurisconsultos de mayor crédito estan conformes en la doctrina del autor.

1 Ley 4. tit 7. Part. 6.
2 Ley 4 tit 7. Part. 6.
3 Ley 4. tit. 7. Part. 6.

6. Por no recoger y alimentar al ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, y por no querer encargarse de su cuidado, cuando un extraño que le ha recogido por caridad, le ruega que lo haga, y él no quiere hacerlo. En este último caso, si el ascendiente muere intestado, debe llevar el extraño todos sus bienes, perdiéndolos el descendiente, quedando nulo el testamento anterior hecho antes de la demencia, en que dejaba á este por heredero, y valiendo únicamente las mandas que contenga (1).

7. Por no redimir á su ascendiente cautivo, ó ser descuidado en proporcionar, pudiendo, su redencion. En este caso puede desheredarle en su testamento hecho despues del cautiverio, y si muere en él intestado, se apoderará de sus bienes el obispo de su diócesis, inventariándolos y distribuyendo su producto en la redencion de cautivos. Si antes de ser cautivo el ascendiente dejó otorgado testamento, en que nombraba heredero al ascendiente que despues rehusó rescatarle, será nula la institucion y válidas las demas disposiciones. Mas para incurrir el heredero en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años; sin que le sirva de disculpa que el cautivo no le hubiese autorizado para disponer de sus bienes à fin de rescatarle, porque esta es accion y obligacion que tiene por derecho (2). Los demas parientes del cautivo estan sujetos à la misma pena.

8. Por volverse judío el descendiente cristiano, ó bien moro ó herege, siendo su ascendiente católico; pero no podrá desheredar el ascendiente que profese alguna secta al descendiente católico, por la sola razon de serlo. Si tuviese el ascendiente varios hijos, de los cuales unos fueren católicos y otros no, heredarán estos únicamente, debiendo entregar á los otros su legítima en el solo caso de convertirse á nuestra santa fe, pero reteniendo como propios los productos de la misma. Si alguno fuere clérigo ó herege, siendo tambien hereges todos sus parientes por línea recta y transversal hasta el décimo grado, heredará la iglesia sus bienes, con tal que los demande dentro del año siguiente al dia en que se hizo tal declaracion. Pero si aquel fuere lego, ó dejare la iglesia pasar el año sin pedir sus bienes, los heredará el Rey (3) (*).

1 Ley 5. tit. 7. Part. 6.
2 Ley 6 tit. 7. Part. 6.
3 Ley 7. tit. 7. Part. 6.

* Aunque la pragmática sancion de 23 de marzo de 1776, en que se impuso entre otras la pena de exheredacion á los hijos que se casen sin licencia de sus padres, fue en parte derogada por otra de 28 de abril de 1803, nada declara en orden á penas á los contraventores, de lo cual se

9. Para que valga el desheredamiento de los descendientes, no solo han de expresar sus ascendientes las causas, sino probarlas los mismos ó bien el heredero que instituyeren; pues de otro modo no es válido (1). Pero si el desheredado consiente en la desheredacion en cualquier manera, no puede reclamar despues ni tiene accion á ser oido en juicio sobre este asunto (2). Si el testamento en que hay desheredacion es revocado por el testador, ó se rescinde y anula por cualquiera causa, es nula tambien la desheredacion en él contenida (3). Para ser desheredado es necesario ademas tener por lo menos diez años y medio de edad; por lo mismo nunca puede serlo el póstumo (4).

10. Tambien pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes legítimos por las siguientes causas: 1.ª por acusarlos de delito que los exponga á muerte ó mutilacion, excepto que sea de lesa Magestad; 2.ª por maquinar su muerte en cualquiera forma; 3.ª por acceso carnal con su muger ó su amiga; 4.ª por impedirle disponer de sus bienes segun derecho; 5.ª por maquinar su padre la muerte de su madre, ó esta la de aquel; 6.ª por no proporcionar alimentos á su descendiente loco ó desmemoriado; 7.ª por no redimirlos de cautiverio, pudiendo, en la forma misma que se dijo del descendiente; 8.ª cuando el ascendiente es herege y el descendiente católico (5). Estas causas, y no mas, probadas legalmente, son las que reconoce el derecho por suficiente para la desheredacion de los padres y abuelos (6).

11. Aunque cuando no intervenga desheredacion, hay varias causas por las cuales se pierde tambien la herencia. 1.ª Cuando el testador ha sido muerto por obra ó consejo de alguno de los compañeros del heredero, y este sabiéndolo entra en la herencia antes de quejarse judicialmente del agresor; pero si le mataron gentes extrañas, no perderá la herencia aunque entre en ella antes de querellarse, con tal que lo verifique dentro de cinco años despues de ocurrida la muerte: en cualquiera de los dos casos pasa la herencia al Rey. 2.º Si abre el testamento antes de acusar á los que mataron al testador, estando cierto de conocerlos: mas si no tienen certeza de que sean ellos los que cometieron el delito, ó aunque la tenga, si es hombre rústico,

deduce que subsisten las de la primera. Sin embargo se reservó á los hijos el derecho de pedir las causas en juicio sumario, y el juez debe decidir si son ó no justas. *Febrero adicionado*

1 Leyes 8 y 10 tit. 7. Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 11. num. 15.

2 Ley 6. tit. 8. Part. 6. Greg. Lop. en ella, glos. 2.

3 Ley 2. tit. 7. Part. 6.

4 Ley 2. tit. 7. Part. 6.

5 Ley 11. tit. 7. Part. 6.

6 Ley 8. tit. 7. Part. 6.

en quien debe suponerse ignorancia del derecho, no la perderá por dicha causa. 3.ª Si el testador ha muerto por otra culpa, ó consejo de su heredero. 4.ª Por haber tenido este acceso con la muger de aquel. 5.ª Si el hijo dice de falsedad del testamento en que es instituido, y por sentencia final resulta ser legítimo, y lo mismo sucederá si fuere personero ó abogado en la instancia que se fallare del modo referido, á menos que lo haga por precepto del Rey, ó como curador de algun huérfano. 6.ª Si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia à un incapaz de heredar sabiendo que lo es. En todos los casos enunciados pasará al Rey la herencia, y si versaren respecto del legatario perderá este su legado (1).

12. Como los hermanos no son herederos forzosos, no es menester causa alguna para que sean desheredados; pero hay caso en que tienen derecho á la herencia, que es cuando el hermano testador instituye por heredero á un hombre de mala vida, ó que sea legalmente infamado. En este caso podrán los hermanos anular el testamento y tomar la herencia, si el testador no ha desheredado á alguno de ellos por las tres causas que expresa la ley 12. tit. 7. de la Part. 6, segun se dijo en el capítulo de los herederos extraños.

CAPITULO DECIMOCUARTO.

De los que tienen prohibicion de heredar.

§. 1. No pueden heredar los deportados, condenados perpetuamente á las minas &c.
2. Los traidores, sus cómplices, y los hijos varones de los primeros.
3. Los religiosos de San Francisco, el que no ayudó á su señor pudiendo, el confesor del testador, y otros. Entre los imposibilitados de heredar, unos se llaman indignos y otros incapaces.

1. No deben heredar ni ser instituidos por herederos los desterrados para siempre, que llaman *deportados*: los condenados á servir perpetuamente en las minas ó labores del Rey; aunque muchos con Antonio Gomez juzgan que pueden ser instituidos herederos, y heredar abintestato, à menos que en la sentencia se les prive de esta capacidad, á pesar de las leyes de Parti-

1 Leyes 13. tit. 7. Part. 6. y 11. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Greg. Lop. en dicha ley 13.

da que solo les permiten ser legatarios: el herege declarado por tal en juicio: el que con cierta ciencia se hace bautizar dos veces: los cristianos que apostatan de nuestra santa religion: la cofradía ó ayuntamiento eregidos contra derecho, ó contra la Real voluntad: el nacido de dañado ayuntamiento, que es de parientes dentro del cuarto grado, sabiendo sus padres el impedimento; ó de clérigo ordenado de orden sacro, fraile ò monja profesos, ó de muger casada con otro (1).

2. Tampoco deben serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo estan privados de hereder á sus padres, sino á cualquiera otro pariente ó extraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus padres (2) (*). En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion: los bienes de todos estos recaen en el fisco, excepto que toquen á tercero, v. gr. muger ú otro acreedor; y sus hijos quedan infamados para siempre (3).

3. Los religiosos de San Francisco, asi de observancia como de reforma, y sus conventos no pueden ser herederos (4): sobre lo cual véase el capítulo 26. párrafo 23: asimismo no puede serlo el que vió herir, matar ó cautivar à su señor, y no lo socorrió, pudiendo, ni tampoco el alevoso (5). El confesor que asiste al testador en su última enfermedad no puede heredarle ni haber manda, fideicomiso ni otra cosa suya, ni su iglesia, convento ni deudo, ni vale lo que estando en la enfermedad les deja; y el escribano que autoriza semejante disposicion incurre por la primera vez en pena de doscientos ducados y suspension de oficio por dos años, y por la segunda en doble multa y privacion de oficio; y cada uno de los testigos instrumentales en la de veinte ducados (6). A los eclesiásticos é iglesias está prohibido adquirir bienes raices por testamento, compra ó en otra manera, sin licencia del Rey, ó retener sin ella los que llegaren á sus manos por testamentos, aniversarios y capellanías (7); pero esto no está en observancia. Infiérese de todo lo dicho, que de los

1 Leyes 4. tit. 3. Part. 6. y 4. y 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

2 Leyes 1. tit. 2. Part. 7. y 1 y 2 tit. 7. lib. 12. Nov. Rec.

* En las precedentes ediciones de Febrero, dice *de sus madres*, pero la ley 2. tit. 3. Part. 7. (edicion de la Academia de la Historia) dice terminantemente: *pero las fijas de los traidores bien pueden heredar fasta la cuarta parte de los bienes de sus padres*: sobre cuyo punto nada hallan las leyes 1, 2 y 7. tit. 7. lib. 12. Nov. Rec., que igualmente se citan en algunas ediciones del autor.

3 Dichas leyes citadas.

4 Clementin. *Exivi*, vers *Quia igitur de verbor. significat.* Concil. Trid. sess. 25. cap. 3. *de regularib.*

5 Ley 11. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

6 Ley 15 tit 20. lib. 10. Nov. Rec. y nota 1 de la ley 16. dicho tit.

7 Auto 2. tit. 10. lib. 5. Rec.

que tienen prohibicion de heredar, unos se llaman *incapaces* y otros *indignos*. Los indignos son aquellos que aunque por derecho no se les prohibe ser instituidos, se les quita la herencia y se aplica al fisco ó à los parientes abintestato, como son los nacidos de dañado ayuntamiento. Y de los incapaces, unos lo son absolutos, y otros limitada ó respectivamente: los que lo son absolutamente, son los que tienen prohibicion de testar por delito que cometieron; y los otros, los que en ciertos casos no pueden ser instituidos (1).

CAPITULO DECIMOQUINTO.

De la revocacion del testamento.

§. 1. De las causas por qué el testamento se desata ó invalida.
2. Se revoca por testamento posterior.
3. Hay casos en que vale el primero: y cuales sean estos.
4. ¿En que términos debe expresarse la revocacion para evitar toda duda?
5. No debe el escribano insertar la cláusula revocatoria sin enterar de sus defectos al testador.

1. El testamento puede revocarse ó desatarse. Se *revoca* cuando el testador manda en otro testamento perfecto y posterior que no valga el precedente. Se *desata* por varias causas, à saber: cuando no instituye heredero; cuando despues del testamento ó de la muerte del testador, le sobreviene algun hijo; por decaer del estado que antes tenia; y otras que expresan las leyes 18, 19, 20, 21 y 22. tit. 1. Part. 6. La mudanza de estado de que hablan es lo que se llama por derecho romano *capitis diminutio*, la cual era de tres clases, *máxima, media y mínima.* El que quiera puede leer las leyes citadas, pues teniendo entre nosotros poca ó ninguna aplicacion esta doctrina, no hay para que detenernos en ella.

2. El testamento no se invalida ni revoca por largo tiempo que haya trascurrido desde que se otorgó; pero la mudanza de voluntad del testador le autoriza para revocarle, lo cual podrá hacer cuantas veces quisiere, aun cuando se obligue á no hacerlo, pues en esto no puede imponerse á si mismo ley alguna (2). Asi deberá cumplirse el último que hiciere, pues dos testamen-

1 Murillo, lib. 3. tit. 26. *de testam.* num. 244.

2 Ley 25. tit. 1. Part. 6. Gom. en la ley 3 de Toro, num. 89

tos perfectos no pueden subsistir. Esto no solo tiene lugar cuando una persona testa por sí sola, sino cuando testan dos de conformidad, como marido y muger, pudiendo el que sobrevive revocar su testamento, lo mismo que si hubiere testado solo (1). Si en el que otorgaron de conformidad marido y muger se nombran mutuamente usufructuarios, instituyendo á otro por heredero de los bienes de entrambos, y muerto uno de los cónyuges revoca el viudo su testamento instituyendo nuevo heredero, estará obligado á devolver al que heredó los bienes del cónyuge difunto el usufructo que de ellos tenga percibido.

3. Mas aunque lo general es que el testamento posterior revoca el anterior, hay dos casos en que este prevalece. El uno, cuando se otorga el segundo por creer el testador que el heredero instituido en el primero ha fallecido, expresando que su creencia es la que le impele á otorgar aquel, pues la herencia será del primer heredero si realmente vive, y solo valdrán del testamento último las mandas y demas disposiciones que contenga (2). El otro caso es cuando el primer testamento tiene cláusulas derogatorias generales ó particulares, de que no se hace mencion en el segundo. Las generales son estas, por ejemplo: *quiero que este testamento sea válido, y no otro que antes tenga hecho ni el que haga despues de él, pues los revoco y anulo todos enteramente excepto el presente.* Las particulares son v. gr. *quiero que este testamento, y no otro que antes ó despues haya otorgado, sea válido, excepto que el posterior á este contenga á la letra tales palabras* (las cuales deben individualizarse), *pues si las contuviere, ha de ser subsistente el último y no este ni los precedentes.* Con esta prevencion será ineficaz el último, si carece de las palabras, á menos que en él instituya herederos legítimos, y en el primero un extraño, como se prueba de la ley 22. tit. 1. Part. 6., que en su segunda parte dice: *la otra es cuando el testador dice asi: este mio testamento que ahora fago, quiero que vala para siempre, é non quiero que vala otro testamento, que fuese fallado que oviese fecho ante de este nin despues. Cá si acaeciese que este á tal mudase su voluntad, é ficiese otro testamento, non quebrantaria por ende el otro que oviese ante fecho.*

4. Pero como estas disposiciones se presumen cautelosas, y de ellas resultan infaustas consecuencias, se duda si la revoca-

1 Barg de Paz, cons. 2. Ferrar. ibi, num 8.

2 Ley 21. tit. 1. Part. 6.

cion regular del último testamento es suficiente para anular los precedentes que contengan cláusulas derogatorias, porque muchas personas por miedo, reverencia y eficaz persuasion y sugestion hacen testamento con ellas, instituyendo por sus herederos à los que no quieren que lo sean. Y para que no haya necesidad de especificar las palabras del primer testamento, á fin de que quede revocado, evitar toda duda, y que el testador pueda testar libremente, y explayar su voluntad á satisfaccion, se ordenará la revocacion en estos términos: *y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga, aunque haya sido formalizada con solemne juramento, de no ser revocada, y contenga los mayores vínculos, firmezas, penas, palabras, oraciones y cláusulas derogatorias por derecho permitidas, y cualesquier pretextos y fundamentos para derogar esta (de todo lo cual, por no acordarme ni de su solemnidad y particularidades, no hago especifica mencion, pero lo doy aqui por inserto, como si literalmente lo fuera), ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento, que por ser ordenado con pleno uso de mi libre albedrio, y no los demas, como lo juro en solemne forma legal, quiero y mando que se estime y tenga por tal, y por mi última deliberada voluntad en la via y forma que para su mayor estabilidad y validacion mejor haya lugar en derecho. En cuyo testimonio asi lo otorgo ante el presente escribano en esta villa de* &c.

5. Con esta cláusula me persuado quedará revocado el primero, aunque contenga juramento de no serlo y cláusulas ó palabras derogatorias que no se inserten en el último; pues sin embargo de que la referida ley 22. no dice expresamente que queda revocado aunque no se haga específica mencion de las palabras, tampoco previene que se inserten: como se reconoce de su contexto: *fueras ende si el testador dijese en el postrimero testamento señaladamente que revocaba el otro, é que non tuviese daño á aquel testamento que agora facia, las palabras que dijera en el primero.* Véase á Ferraris *Bibliothec.* verb. *Testamentum*, art. 5. y à los que cita. Se previene al escribano que para ordenar el testamento con dichas cláusulas debe instruir previamente al testador de sus efectos, y ponerlas de su orden y no de *motu propio*, pues de lo contrario será responsable en el fuero interno de los perjuicios que se causen á los verdaderos interesados. En cuanto á si el testamento que un enfermo

otorgue con esta cláusula: *si fallezco de esta enfermedad instituyo á Fulano por mi heredero*, será subsistente en el caso de que convalezca, véase á Gomez en la ley 3 de Toro, número final.

CAPITULO DECIMOSEXTO.

Del poder para testar.

§. 1. ¿Que es poder para testar?
2. ¿Quienes pueden darle?
3. Si el apoderado no testa, el causante muere intestado.
4. El comisario debe ceñirse á las facultades que le confiera el testador.
5. Sin embargo puede mejorar y sustituir á personas inciertas entre ciertas.
6. No es delegable el poder para testar.
7. Si el testador no nombra heredero ¿que puede hacer el comisario?
8. Hecho una vez el testamento el comisario no puede alterarle.
9. Puede darse poder para concluir un testamento empezado.
10. El comisario debe concluir su comision en término perentorio.
11. Puede el testador conceder próroga del término legal.
12. Siendo varios los apoderados se hará lo que disponga la mayoría de ellos.
13. El poder para testar requiere las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo.

1. El poder para testar *es un acto, por el cual da comision el testador á alguna persona para ordenar y declarar su voluntad última, y disponer á su arbitrio de sus bienes.* El comisario (pues asi se llama la persona apoderada) puede tambien obtener del testador la facultad de llevar á ejecucion sus disposiciones testamentarias, y en este caso será *comisario y ejecutor testamentario* al mismo tiempo (1). Confieren poder para testar los que no quieren ó no pueden disponer circunstanciadamente de sus cosas, y lo hacen asi por no morir intestados.

2. Todo el que tiene facultad de testar puede dar dicho poder à cualquier individuo, varon ó hembra, que no tenga imposibilidad de ser apoderado de otro, á fin de que en su nombre ordene su testamento con arreglo á las prevenciones que alli se expresen ó le tenga comunicadas (2).

1 Carpio *de executorib.* lib. 1. cap. 1. num. 44.

2 Ley 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

3. Como el poder no es testamento, ni por tal se estima, si el comisario muere sin haberle otorgado, el poderdante habrá muerto abintestato, y le heredarán aquellos á quienes en este concepto corresponda. Lo mismo sucederá si dos sugetos se han dado poder mutuamente para testar el uno por el otro, y muere en tal estado cualquiera de los dos. La herencia del muerto no se hará abintestato, si usando del poder testa en su nombre el que queda vivo; pero este morirá intestado si no hace nueva disposicion.

4. El comisario y apoderado debe ceñirse á las expresas facultades que el testador le ha conferido, y asi no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, sustituciones, desheredamientos ni demas, sin que le conceda en el poder facultad específica é individual para cada una de estas cosas. Respecto de las personas, tampoco podrá nombrar por sí la del heredero ó herederos, aun cuando exprese el poderdante, que pueda instituir á quien le parezca, pues esta designacion la debe hacer por sí mismo el testador, como se dijo hablando de la institucion directa en el capítulo 2 de este título (1).

5. Pero respecto de otras personas, como las mejoradas, desheredadas, sustituidas, puede el comisario nombrar á quien guste entre las designadas colectivamente por el testador, pues no se requiere en este caso la designacion directa; y esto es lo que se llama *designacion genérica*, ó bien *nombrar persona incierta de ciertas*. Asi podrá decirle que entre sus hijos mejore al que tenga por conveniente, ó que entre sus deudos elija por tutor de su pupilo al que juzgare mas á propósito para ello (2).

6. No puede el apoderado delegar su comision en otro, si el testador no lo expresa en el poder, señalándole tambien personas determinadas en que elegir el delegado; pues sin este requisito no há lugar la delegacion: y lo mismo sucede en orden á nombrar ejecutores testamentarios. Si la comision se da al que obtiene cierta dignidad, en términos que se conozca no ser por consideracion personal del sugeto que la ocupa, se trasfiere al sucesor en caso de muerte ú otro evento: como si dijese, por ejemplo, doy poder para testar en mi nombre al decano del colegio de Abogados de Madrid.

7. Si el testador muere abintestato por haber omitido en el poder la individual designacion de heredero, no podrá hacer mas

1 Ley 1. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.
2 Maticuz en la ley 5. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 3. Gom. en la ley 33 de Toro, num. 4.

el comisario que pagar sus deudas, y aplicar en bien de su alma el remanente del quinto de la herencia; pues todo lo demas se ha de repartir entre sus parientes. En caso de no tenerlos se invertirá todo el caudal á beneficio de su alma, sin que el comisario tenga facultad para darle otra aplicacion, á menos que el poderdante deje viuda, á la cual entregará la parte que le corresponda de derecho (1). Tampoco la tiene para consignar la mejora, aun cuando en el poder genérico de testar se la conceda el testador, por estarle prohibido por la ley (2); pero si el poder es especial para el hecho solo de mejorar á alguno de sus descendientes en cantidad determinada, creen varios autores que puede hacerlo (3).

8. Tampoco puede revocar en lo mas mínimo el testamento que hizo el poderdante, ni el que en su nombre otorgó el mismo comisario, aunque se reservase expresamente en él la facultad de revocarlo; ni menos hacer despues ningun codicilo, añadir, quitar ni declarar el testamento otorgado: todo lo cual han prohibido las leyes con el fin de evitar fraudes (4).

9. Cuando habiendo instituido heredero el testador en su testamento, da poder á otro para que lo concluya, no puede este disponer mas que del quinto de los bienes despues de satisfechas las cargas; y si lo hiciere no valdrá á menos que en el poder conste semejante licencia (5). Esta disposicion legal convence de que un testamento puede empezarse en vida del testador y concluirse despues de su muerte (6).

10. El comisario debe despachar su comision en cuatro meses perentorios desde la muerte del testador, si reside en el mismo pueblo; seis si está fuera de él, pero dentro del reino; y un año si se encuentra en pais extrangero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento, y practicado lo demas para que se le confirió el poder, no podrá ya usarle ni pedir término, aunque alegue que no habia llegado á su noticia la disposicion del testador, el cual se entenderá haber muerto intestado. Pero si este nombró heredero, ó dispuso específicamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evacuarlo todo, y si no lo hiciere, se tendrá por hecho (7) y será válido: de modo que pasado el término solo puede llevar á efecto las disposicio-

1 Ley 2. tit 19. lib. 10. Nov. Rec.
2 Ley 3. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.
3 Tello, Castillo y Gomez, en la ley 19 de Toro.
4 Leyes 4 y 5. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec. Matienz. en ella glos 3 y 4.
5 Ley 6. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.
6 Cast. lib. 4. *Controv.* cap. 40. num. 40.
7 Ley 33 de Toro, que es la 3. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

nes *especificas* del poder; pero no las *genéricas*, como en el caso de hacerlo dentro de los límites referidos.

11. Como la ley de Toro fue establecida en beneficio del testador, y no prohibe á este la prorogacion del término, puede hacerla en el poder, tanto para que ejecute sus disposiciones como albacea, cuanto para que disponga y declare lo que le tiene comunicado, otorgando su testamento, á cuyo fin renuncia todo lo que ceda en su privativo beneficio (1). De este modo podrá evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedad del comisario, irrogarian al heredero y demas interesados, si dejase pasar el término establecido. Asi no deberá detenerse el escribano en ordenar el testamento siempre que contenga el poder cláusula prorogatoria del plazo legal, aunque esté pasado; pero si carece de ella no debe autorizarlo sino para las gestiones arriba dichas.

12. Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, se observará lo que determine la mayor parte, y en caso de morir, no querer ó no poder alguno evacuar su comision, se refunde su derecho en los que quedan. Si la discordancia es de igual número por cada opinion deberán elegir por tercero al gobernador, corregidor ó alcalde mayor del pueblo, y en su defecto al alcalde ordinario, decidiendo á la suerte cuál haya de ser en caso de que hubiere dos ó mas de esta última clase; y unidos los comisarios con el juez decidirán á pluralidad de votos lo que deba hacerse (2).

13. En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos, que en el del testamento nuncupativo (3); se ha de insertar y relacionar el poder en el testamento que en su virtud ordene para documentarlo; y el comisario declarará no estarle revocado ni limitado, y que el testador falleció sin hacer ninguna disposicion. Véase al fin la plantilla de este instrumento.

1 Gom. en la misma, num. 2.
2 Ley 38 de Toro, que es la 7. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.
3 Ley 39 de Toro, que es la 8. tit. 19. lib. 10. Nov. Rec.

CAPITULO DECIMOSEPTIMO.

De los testamentarios.

§. 1. ¿Que se entiende por testamentarios ó albaceas.
2. No pueden ser albaceas los que tienen prohibicion de testar.
3. ¿De cuantas clases son los ejecutores de últimas voluntades?
4. Los testamentarios pueden demandarjudicialmentelos bienes del testador, ¿y en que casos?
5. Los testamentarios universales estan obligados á inventariar los bienes de la herencia.
6. Término en que deben evacuar su encargo.
7. Deben dividir entre sí el legado que les deje el testador.
8. Si no cumplen su encargo pierden la manda.
9. No deben los albaceas percibir salario alguno por su comision.

Nota sobre la declaracion de pobre.

1. Testamentario, albacea, cabezalero ó ejecutor de últimas voluntades *es aquel de quien el testador hace confianza, ó es instituido por derecho para cumplir lo que en su testamento ó en otra última disposicion deja ordenado.* Puede hacerle este encargo estando presente ó ausente al tiempo que le nombra (1), ya sea á uno ó á muchos, á su heredero ó extraño, clérigo ó lego (2). Su oficio es piadoso y privado: por su muerte no pasa á su heredero; y así no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun concediéndosela, no valdrá en todos casos (3), especialmente si con su mal proceder contrajo el testamentario algunas obligaciones, pues entonces queda obligado á su cumplimiento, aunque haya delegado su encargo (4). En cuanto á las cosas en que conviene el oficio de testamentario con el de juez véase al Doctor Francisco Carpio en el prefacio del tratado que escribió *de exsecutor. et commisar. testamentar.*, y por lo tocante á si por incertidumbre se vicia el nombramiento de testamentarios véase el lib. 1. cap. 16., donde hace varias distinciones.

1 Proem. y ley 1. tit. 10. Part 6. Carp. lib. y cap. 1. *de exsecutorib. et commissar. testam. num.* 36.

2 Ferrar. *Biblioth.* verb. *Testamentum.* art. 3. num. 50. y otros que cita. Carp. ibi, cap. 2.

3 Cap. 2. §. *Sane de testam.* in 6. Carp. dicho lib. 1. cap. 19 y 20.

4 Bart. in leg. *A filio* 15. num. 3. ff. *de alim. et cibar. legat.*

2. No puede ser albacea (regularmente hablando) el que tiene prohibicion de testar: por lo que estan privados de serlo el loco, el sordo mudo por naturaleza ó por accidente, el ciego, el alevoso, el herege y traidor declarado, el siervo y el condenado á muerte civil ó natural, el judio, el infiel, el religioso profeso sin licencia expresa de su prelado, y los de San Francisco aunque la tengan; bien que podrán ser nombrados para dar consejo á los demas albaceas, pues esto no les está prohibido (1). Tampoco pueden serlo la muger, ni el menor (2); pero sin embargo la muger lo es por costumbre inconcusa y generalmente observada, y por derecho canónico no se la prohibe (3). Igualmente puede serlo el mayor de diez y siete años, porque de esta edad le permite el derecho (4) ser procurador en cualquier negocio extrajudicial, y asi en cumpliéndolos no se le excluye de este encargo, antes bien por costumbre se le tolera, como á la muger, no obstante la prohibicion de la ley del Fuero Real que se cita, porque estas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la 1 de Toro. Véase á Carpio en dicho lib. t. cap. 7 y 8. que lo trata latamente con distincion de casos. Asimismo puede serlo el escribano que autoriza el testamento; porque á mas de no estarle prohibido, no adquiere otra cosa que trabajo y responsabilidad en cumplir la voluntad del testador, y tener que dar estrecha cuenta de su encargo, y asi no se le debe hacer cargo de crimen que no comete, como algunos visitadores de escribanos poco instruidos lo practican, por abultar cargos que no hay. Pero si le resulta comodidad, no podrá serlo (5), y se tendra por no escrito, excepto algunos casos.

3. Los ejecutores de últimas voluntades son de tres clases (como los tutores de huérfanos), á saber: *legitimos testamentarios y dativos*. Los legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador. Los testamentarios son los que este elige en su testamento, ó en otra última disposicion. Los dativos son los que nombra de oficio el juez ó magistrado en caso que el electo en el testamento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los testamentarios y dati-

1 Ley 8. tit. 5. lib 3. del Fuero Real, cap. *Religiosus exsecutor.* 2. *de testam.* in 6. Clem. *Religiosis de testam.* Clem. *Exivi. §. Verum etiam. De verbor. signific.* y *§. Verum tamen,* al fin. Carp. ibi, cap. 5. y 14.

2 Ley 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, et ibi glos.

3 Matienz. en la ley 5. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 8. num. 5. Ferrar. ibi, num. 51 Carp. lib. 1. cap. 6.

4 Ley 19 al fin. tit. 5. Part. 3. cap. *Qui generaliter.* 5 *§.* fin *de procuratorib.* in 6. Matienz. en la ley 14. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 1. num 6. Ferrar. *Biblioth* verb. *Testamentum,* art. 3. num. 52. y otros que cita.

5 Carp. lib. 1. cap. 10. per tot.

vos se dividen en *universales y particulares*. Los universales son los electos para evacuar íntegramente la voluntad del testador, y distribuir todos sus bienes á pobres, ó en otras obras pias ó profanas; y sobre si son ó no tenidos en lugar de herederos, y en qué casos, véase á Carpio *de exsecutorib.* lib. 3. cap. 9. per tot. Los particulares son los que este nombra para cumplir únicamente lo concerniente á su alma, legados ú otra cosa particular, todos los cuales no deben ser compelidos á evacuar su encargo (regularmente hablando) á menos que lo acepten expresa ó tácitamente, ni á su admision, porque esta es libre y voluntaria en ellos; pero una vez aceptado, estan obligados á evacuarlo (1): ni tampoco pueden conmutar lo que se deja á causas pias en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador se puede cumplir justa y cómodamente (2), á menos que intervenga autoridad del Papa ó del respectivo supremo Príncipe por causa justa y necesaria (3).

4. Por tres causas pueden los testamentarios demandar judicialmente los bienes del testador á su heredero ó al que los tenga en su poder, aunque lo resista. La primera, cuando la manda es para obras pias, ó para socorro de huérfanos ú otras personas. La segunda, cuando el testador lega alguna cosa á otro juntamente con ellos. Y la tercera, cuando les confiere poder amplio para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes, á fin de cumplir lo que deja dispuesto (4); bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere (5). Se previene que aunque en todos los testamentos aparece dada la facultad á los testamentarios *para apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad*, no deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo á su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los testamentos por estilo y no por precepto de los testadores; por lo que no debe tener mas vigor, que para lo referido, ni los escribanos ponerla sino con la limitada expresion de lo que el testador les encarga especificamente; fuera de que el heredero es el verdadero testamentario, como dice el señor Covarrubias, y contra él debe pro-

1 Carp *de exsecutorib. et commissar testament.* lib. 1. cap. 17. num. 2 al 11. cap. 19. *de testam.* Covarr. en el num. 3. Ferrar. *Biblioth.* verb. y art. cit. num. 46. y 62.

2 Cap. *Nos quidem* 3. *de test.* cap. *Ultima vocunt.* 4. caus. 13. quæst. 2. Clem. *Quia contingit.* 2. *de relig. domib.* Ferrar. ibi. num. 69.

3 Cap. *Conquæstus.* 16. *de foro comp.* Conc. Trid. sess. 22. cap. 6. *de reformat.* Begnud. *Biblioth.* verb. *Testam.* num. 140.

4 Ley 4. tit. 10. Part. 6.

5 Dicha ley 4. al fin.

ceder de oficio el juez eclesiástico por lo concerniente á lo pio, y el Real á pedimento de los interesados en legados y otras cosas; y no es justo que un extraño, ó aunque sea pariente, se apodere con el especioso título de testamentario de los bienes de herederos legítimos ó forzosos; pues estos deben percibirlos directamente del testador, y no por mano y restitucion de otro. Pero si son extraños los herederos, intervendrán los albaceas en aquello para lo que les autorice el testador, bien que suele ser bastante comun darles amplias facultades en todo lo relativo al cumplimiento de su voluntad, y es muy conveniente para evitar disputas. (Al fin de este título va inserta la planta ó modelo de las cláusulas que en tal caso suelen extenderse.) Sin embargo de ellas, y de que podrán en el caso referido hacerlo todo, como testamentarios universales, no tienen facultad para perjudicar á los herederos en la cuarta falcidia, á menos que el testador prohiba que se saque, y mande que se contente con el sobrante, aunque les toque menos que á los legatarios, y que en este caso unos y otros se estimen por sus herederos particulares; porque como es dueño absoluto de sus bienes, y ninguno de estos herederos tiene derecho á ellos, puede gravárselos é imponerles todas las posibles y honestas condiciones que quiera, las que deberán cumplir, y de lo contrario perderán la herencia. Pero aunque el testador confiera á los testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subasta ó almoneda, como lo manda la ley 62. tit. 18. Part. 3. al fin, para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

5. Están obligados los testamentarios universales, y no los particulares, á hacer inventario ó descripcion formal ante escribano y testigos de los bienes del testador, y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque les releve de ello, y sean regulares (1); sobre lo cual he visto varias ejecutorias del Consejo, y por eso lo puse en la cláusula que copio al fin. El obispo de su diócesi puede compelerlos, siendo negligentes, al cumplimiento de las disposiciones piadosas que contenga el testamento, sin embargo de que se lo prohiba el testador (2); porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho

1 Auth. *Licet* Cod. *de episcop, et cler.* su glos *Nov* 31. Clem. *Religiosis, De testament.* Reinf lib. 3. tit. 26. §. 25. num fin. Ferrar. *Biblioth.* verb. *Testamentum.* art. 3. num. 60 Carp. *de executorib.* lib. 3. cap. 10. y otros cita.

2 Ley 7. tit. 10. Part. 6 cap. *Nos quidem.* 3. *Si hæres.* 6. y *Tua nobis.* 17. *de testam.* y su glos. vers. *Interdicis.*

público, civil ó eclesiástico (1): y si se resisten, cumplirlo por sí, ó elegir otros: y lo mismo procede cuando el testador no los nombró, si su heredero no lo cumple, pues este lo es; y cualquiera del pueblo tiene acci n para darle cuenta (2).

6. Tienen de término para cumplir su encargo el que prefine el testador, ya sea mayor ó menor que el legal, y si ninguno les señala, deben evacuarlo lo mas breve que puedan. Si no pueden concluirlo con tanta brevedad, les concede el derecho un año contado desde el dia de su muerte; y si son muchos, y todos no pueden ó no quieren intervenir en él, vale lo que uno ó dos ejecuten (3); y para precaver este inconveniente se conferirá á cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la cual el primero que empiece á usar de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin que tenga precision de avisar á los demas, ni estos que mezclarse en cosa alguna.

7. Si el testador lega alguna cosa ó cantidad para todos los testamentarios, deben dividirla con igualdad; y en caso de fallecer alguno de ellos, ó no aceptar su encargo, se acrece á los otros en la misma forma. Si lega algunas cosas para redimir cautivos, y no elige albaceas, ha de percibirlas el obispo, é invertirlas en dicho destino; y aunque segun nuestro derecho Real (4) debe entregárselas por inventario el juez secular, y el obispo dar cuenta á este (pasado el año) de haberlas empleado en la redencion, no se observa esta legal disposicion, pues el obispo no da tal cuenta, antes bien si el heredero no cumple, elige albaceas, ó le compele al cumplimiento.

8. Los testamentarios que fueron amonestados para cumplir su encargo, si no lo hacen por descuido ó malicia, y por esta causa se les priva judicialmente de él, pierden por el mismo hecho lo que el testador les legó, excepto que sean hijos suyos, pues con ellos no se entiende esta pena (5). No solo incurren en ella los testamentarios, sino el que tiene en su poder el testamento cerrado, y no lo manifiesta á la justicia dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento; pero si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le irrogue, y dos mil maravedis á la Real Cámara (6); y si compran algo de los bienes del difunto, á mas de ser nula la venta, incurren en la pena del cua-

1 Ley 32. tit. 9. Part. 6. y *Nemo potest*, 55. ff. *de leg.* 1.

2 Ley 7. tit. 10. Part. 6. Covarr. *de testam.* num. 8. Mantic. *de conject.* lib. 3. tit. 1.

2 Ley 6. tit. 10. Part. 6.

4 Ley 5. tit. 10. Part 6. Greg. Lop. en ella, glos. 5 y 6. Gutierr. *de tutel.* part. 8. cap. 45. num. 20.

5 Ley 8. tit. 10. Part. 6. Matienz. en la ley 7. tit. 4. lib. 5. Rec. glos 5. num. 6.

6 Ley 5. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

tro tanto, aplicado al fisco: y lo mismo sucede en los tutores (1).

9. En cuanto á si se deberá ó no dar salario á los testamentarios por su trabajo, estan discordes los autores. Unos afirman que sí: otros dicen que no se debe al nudo ó mero ejecutor que ha de espedir brevemente su comision; pero que si esta tiene tracto sucesivo con encargo de administracion, sí. Y otros lo niegan absolutamente: y esta opinion es la segura. Lo primero, porque entre el testador y el ejecutor de su última voluntad se celebra verdadero contrato de mandato, que consiste no en la cosa ó hecho sino en el consentimiento y buena fe; por lo que se puede celebrar entre presentes y ausentes, y se induce de las palabras: *ruego, quiero ó mando*, del mismo testador (2). Lo segundo, porque el oficio de testamentario es privado, por cuya razon no puede ser compelido á su aceptacion el mandatario; bien que esta es libre y voluntaria en él, pero una vez que lo aceptó, está obligado á cumplir el mandato, pues lo que al principio es gracioso se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato, como que trae su origen de oficio, confianza, amistad ó piedad, es gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiria en locacion: por lo que siendo gratuito, y aceptándolo el comisario ó ejecutor, es visto por su aceptacion que se obliga á evacuarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea ó no oficial que viva de su trabajo, y la ejecucion de su encargo tenga ó no tracto sucesivo con cargo de administracion, no se le debe salario, porque lo resisten la naturaleza del contrato, el nombramiento hecho simplemente, y la aceptacion subsecuente. Esto se entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el testador y el ejecutor ó comisario, ó que este acostumbre locar su trabajo, y por conjeturas se colija que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el testador le encargaria el cumplimiento de su voluntad, pues en estos casos por tácita convencion entre los dos le señalará el juez á su prudente arbitrio el competente salario, atendidas la cuantidad y cualidad del negocio, y la ocupacion ó trabajo; y no se graduará de mandato sino de locacion. Pero lo que expenda de su caudal en lo tocante á su comision se le debe pagar (3). Es de advertir que aunque el testamento se rompa por pretericion ó

1 Ley 1. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 24. tit. 12. Part. 5. et ibid. glos. 1 á la 4.

3 Véase á Carpio *de exsecutorib. et commissar. testamentar.* lib. 3. cap. 11. per tot., que con presencia de cuanto escribieron Baeza, Parladorio, Espino, Acevedo, Escobar y otros, lo resuelve en la forma expuesta, y es lo que concibo se debe seguir, y siempre he visto practicar.

desheredacion, ó el testador no haya instituido heredero, ó este no haya querido aceptar la herencia, vale el nombramiento de testamentarios, y todo lo demas que el testamento contenga, si consta de la solemnidad legal de testigos (1). Su oficio espira con su muerte; con la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre los dos; por impedimento, locura ó fatuidad del mismo testamentario; por remocion de su oficio por sospechoso; por el trascurso del tiempo, ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella; y por haber cesado la causa porque fue constituido.

Nota sobre la declaracion de pobre.

Llámase declaracion de pobre el testamento que otorga el que no tiene bienes; y está reducido á declararlo asi, y á rogar al cura párroco ó á otras personas, que le manden enterrar por caridad, y hagan por su alma el bien que pudieren. En este particular hay que advertir dos cosas: 1.ª que se requieren para su validez los cuatro requisitos que quedan expresados en el capítulo del testamento, párrafo 34; 2.ª que el pobre puede instituir heredero, ordenar mejoras y sustituciones, y hacer legados de los bienes que pueda adquirir en lo sucesivo. (Véase á Gomez en la ley 3 de Toro, num. 16.)

1 Ley 1 tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. Carp. *de executorib.* lib. 1. cap. 25. num. 39 y 40.

CAPITULO DECIMOCTAVO.

De las mandas ó legados.

§. 1. ¿Qué es manda, y quién la puede hacer?
2. Se dividen en *forzosas y voluntarias; genéricas y específicas.*
3. Las mandas ó legados pueden hacerse de varias maneras.
4. En el legado hecho *puramente* corresponden tres acciones al legatario.
5. ¿Que es legado á *dia cierto*?
6. ¿Cual se dice á *dia incierto*?
7. Si el legatario muere antes de llegar el dia, pasa el legado á sus herederos.
8. Caso en que se trasmiten los legados á *dia incierto* á los herederos del legatario.
9. Caso de un legado hecho á una hija natural que muere antes de tomar estado.
10. Resolucion del caso antecedente.
11. Del legado condicional.
12. La condicion es expresa ó tácita.
13. Diferencia entre la condicion de hecho y derecho.
14. De los legados modales.
15. Cumplido el precepto del testador adquiere dominio irrevocable el legatario.
16. Legados hechos por demostracion.
17. Legados causales.
18. El legado causal vale, aunque ignore el testador la falsedad de la causa.
19. De los legados alternativos.
20. Las condiciones copulativas deben cumplirse todas.
21. Las condiciones copulativas, que miran á un mismo fin, no es preciso que se cumplan todas.
22. La condicion puesta á muchos basta que la cumpla uno de ellos.
23. La condicion se debe cumplir en forma específica.
24. Cuando hay duda sobre si la condicion impuesta al legatario se entiende tambien con el sustituto, debe estarse á la negativa.
25. En las condiciones potestativas pasa la obligacion al sustituto.
26. En todo legado se ha de entregar la cosa legada con todas sus pertenencias.
27. Al legatario toca sufrir igualmente el menoscabo que hubiere.
28. Caso en que no tiene lugar el legado de una casa.
29. El testador puede legar los bienes de su heredero.
30. Excepcion de la doctrina antecedente.
31. Pueden tambien legarse las cosas agenas.
32. Igualmente puede legarse la alhaja que está empeñada.
33. Al dueño de una alhaja empeñada por deudas en poder del testador, puede este legar la alhaja referida.

34. El testador puede legar á su acreedor la deuda pendiente.
35. Pueden legarse las cosas que no estan nacidas.
36. El heredero debe buscar á su costa la cosa legada.
37. Las cosas incorpóreas pueden tambien legarse.
38. El que lega una cosa en que no tiene pleno derecho, no lega otra cosa que la accion que en ella compete al legante.
39. Consecuencias de la antecedente doctrina.
40. En el legado de dos cosas de una misma especie en favor de dos individuos elegirá el primer legatario.
41. Cuando se hace un legado á un hijo futuro, y nacen dos, ¿qué se debe hacer?
42. Otro caso semejante.
43. Caso en que un legatario tiene derecho al valor del legado, y al legado mismo.
44. En el caso anterior se ha de pedir el precio antes que la cosa.
45. En el legado de varias cosas con sus accesorios, ¿que regla debe seguirse?
46. ¿Como se ha de entender el legado de lana y lino?
47. Cuando de dos cosas legadas á diversos individuos no se encontrase una, partirán entre sí el valor de la otra.
48. La cosa legada dos veces no debe entregarse mas que una.
49. Si un testador lega en codicilo á un sugeto igual cantidad á la que habia legado al mismo en el testamento, llevará una y otra.
50. El legado de ropas y otros efectos se entiende de los que tiene el testador cuando hace el tal legado.
51. ¿Que diferencia hay entre legar á los hijos y á las hijas de otro.
52. Lo aumentado sin conocimiento del testador á la cantidad legada no se comprende en el legado.
53. Los efectos que se agreguen á otros que han sido legados por estar en sitio determinado, no serán del legatario.
54. En el legado del trigo que tiene el testador en su panera, se entenderá el que aparezca al tiempo de su muerte.
55. El legado de valor igual á la herencia se cumplirá partiéndola el heredero y el legatario.
56. ¿Cuando estarán los herederos obligados á pagar el legado *in solidum*?
57. ¿Cuando estarán obligados á pagarle á prorata?
58. Otro caso de un legado, en que el testador exime de su pago á uno de los herederos.
59. El legado hecho á dos herederos desiguales se dividirá por igual.
60. Si un legado con gravamen se menoscaba, se hará rebaja en el gravamen.

61. No puede el legado aceptarse y repudiarse á medias.
62. Excepcion de la doctrina antecedente.
63. Nuevo caso en que hay igual excepcion.
64. Los herederos del legatario no pueden aceptar y repudiar á medias su parte.
65. El legado concebido en diferentes cláusulas puede ser en parte aceptado y en parte repudiado.
66. Lo mismo sucede si una cláusula sola comprende cosas distintas.
67. El legatario que elige entre dos cosas no pueden volverse atras.
68. Si no se convienen en la eleccion dos legatarios, echarán suertes.
69. Si el legatario compra la cosa legada, subsiste el legado, á menos que la compre al heredero, sabiéndolo á ciencia cierta.
70. Lo mismo sucede cuando el legado es condicional.
71. Si el legatario compra al heredero la cosa legada, con ignorancia, tiene derecho á su valor.
72. El legado á que está obligado el heredero obliga tambien al sustituto.
73. El testador puede legar á su deudor el importe de la deuda.
74. La confesion de deuda en testamento basta para el legado; pero no se estima prueba suficiente en favor del acreedor como deuda.
75. En la liberacion de deuda no se entiende mas que lo vencido.
76. El legado de liberacion de deuda puede ser de cuatro modos.
77. Efectos del legado de liberacion de deudas.
78. El legado que se ha de entregar á voluntad del heredero, debe entregarle, muerto este, el que le suceda asi que entre en la herencia.
79. Tambien puede legarse la libertad.
80. El legado hecho á un muerto, creyéndole vivo, no se trasmite á su heredero.
81. El que deja mas de cinco hijos, ¿podrá legar el quinto de sus bienes á un extraño?
82. Si un testador teniendo hijos legítimos lega el quinto á dos extraños, ¿cual legado de estos será el que valga?
83. Decision de este caso.
84. Sobre el mismo asunto.
85. ¿En que punto debe entregarse la cosa legada al legatario?
86. Los legados debe hacerlos el legante por sí mismo.
87. ¿Que ha de hacer el escribano con las memorias testamentarias en que hay legados?
88. No puede legarse lo que es propio de los reyes sin su permiso, ni tampoco los edificios ni otros bienes comunes de los pueblos.

89. No se pueden legar al inepto los castillos y heredamientos Reales.

90. Los legados por señas son nulos.

1. La manda ó legado es *una dádiva que hace el testador en su testamento ó codicilo en favor de alguno, ó por bien de su alma.* Todo el que es apto para testar, lo es tambien para hacer legados, y el que no tiene prohibicion de ser heredero puede adquirirlos (1); pero aunque la tenga al tiempo que se hace el legado, si al del fallecimiento del testador carece de ella, se le considera idóneo para admitirle (2)(*). Por tanto no pueden percibir mandas el deportado ó desterrado para siempre, ni los hijos varones del traidor contra el Rey ó el estado; pero se exceptúan de aquella regla los condenados á servir por tiempo ó por toda su vida en las minas ú otras obras Reales, á quienes aunque incapaces de ser herederos, les permite la ley obtener legados (3). Ademas si el testador deja alguna manda al que nombre por tutor de sus hijos, la perderá sino acepta este encargo (4).

2. Los legados ó mandas se dividen en *forzosas y voluntarias. Forzosas* se llaman las que estan impuestas como un gravamen de la herencia, y son cierta contribucion para objetos piadosos, como la conservacion de los santos lugares de Jerusalen, redencion de cautivos, y otros semejantes. En ellas se atiende á la práctica del pais, y su importe es proporcionado á los posibles y voluntad del testador; pero no han de bajar de treinta y seis maravedís, á menos que sea un pobre de solemnidad. En Madrid y dentro del radio de ocho leguas es manda forzosa dejar por lo menos cuarenta y ocho maravedís en favor de los santos hospitales de aquella Corte (**). *Voluntarias* son las que dependen de la voluntad del testador; y de estas unas son *genéricas* y otras *especificas*. Las *genéricas* son las que no designan cosa alguna individual y determinada, y tambien las que estan sujetas á número, peso y medida, como trigo, aceite, un caballo. Las *es-*

1 Ley 1. tit. 9. Part. 6.
2 Ley 1. tit. 9. Part. 6.
* Legatario es aquel en cuyo favor se hace el legado.
3 Ley 4. tit. 3. Part. 6.
4 Ley 17. tit. 7. Part. 6.
** En Real cédula de 16 de setiembre de 1813 se mandó que todos los testamentos que se otorgasen en esta monarquía, contengan una cláusula de manda forzosa, á saber, de doce reales de vellon en las provincias de la Península é islas adyacentes, y tres pesos en las de América y Asia, á fin de aliviar á las familias que hubiesen padecido en la guerra de la independencia.

pecíficas denotan individualmente la cosa legada, como *la casa que tengo en tal calle, ó el caballo negro;* dando de ella tan terminantes y claras señales que no dejen duda. En las *génericas* no adquiere dominio el legatario hasta el momento en que el heredero se las debe entregar; pero en las *específicas* lo adquiere desde la muerte del testador.

3. De seis maneras puede hacer los legados el testador: 1.ª *puramente;* 2.ª *á dia cierto;* 3.ª *con condicion;* 4.ª *bajo de cierto modo;* 5.ª *con alguna señal ó demostracion; y* 6.ª *con causa* (1).

4. Se entiende hecho puramente el legado, cuando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion ni calidad, que suspenda el pedirlo ni entregarlo: y asi al que alega no ser puramente hecho, incumbe la obligacion de probar la condicion, dia ó calidad puestos en él. Tres acciones (que son *personal por testamento, hipotecaria y reivindicacion,* segun sea el legado) competen al legatario, á quien se hace *puramente,* contra el heredero del testador. De suerte que si es específico se trasfiere su dominio en el legatario inmediatamente que fallece el testador, aunque aquel muera antes que el heredero de este entre en la herencia ó tome posesion de ella, y no haya tradicion de la cosa legada, y por consiguiente le compete la reivindicacion como dueño (2). Y si es género ó de cantidad, le compete accion personal é hipotecaria; pero no la de reivindicacion ni otra real, porque antes de su tradicion no hay traslacion de dominio (3).

5. Se dice legado *á dia cierto,* cuando el testador lo hace (ya sea de cosa ó cantidad) señalando el dia ò tiempo en que se ha de entregar, y se puede pedir; en cuyo legado, v. gr. *mando á Pedro cien ducados para la próxima Navidad,* antes que llegue el dia nace la accion de pedirlo y la obligacion de pagarlo, y se trasfiere su dominio en el legatario y sus herederos despues de muerto el testador, aunque el legatario fallezca antes que el heredero acepte la herencia (4): asi puede pagarlo este antes que venga el dia ó tiempo prefinido; porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la traslacion de dominio.

6. Y si el dia es incierto, v. gr. *mando á Pedro cien pesos para cuando cumpla veinte y cinco años, ó Juan tenga veinte,* ninguna accion ni obligacion nace hasta que viene el dia; porque puede no verificarse y se estima por condicion; y asi há lugar en

1 Ley 2. tit. 4. Part. 6.
2 Ley 34. tit. 9. Part. 6.
3 Gom. cap. 12. cit. num. 7. per tot.
4 Ley 34. tit. 9. Part. 6. cit.

este legado lo que en el condicional, en el cual es preciso cumplirla para percibirlo, porque el dia incierto hace condicion en los testamentos (1), y antes que el dia llegue no se trasfiere el dominio de la cosa legada en el legatario. Previniendo que si el testador deja al menor algun legado ó fideicomiso para cuando sea de edad legítima, ò pueda administrar sus bienes, se entiende para cuando tenga veinte y cinco años. Lo cual procede aunque impetre la venia para su administracion (2).

7. Pero si el legatario muere antes que llegue el dia, pasa á sus herederos el legado, como si fuera puro (3) (*). De lo cual se sigue que si el testador hace legado en estos términos: *lego á María cien ducados, los que tendrá en su poder mi heredero, y se los entregará cuando tome estado*, y muere la legataria antes de tomar estado, se trasmite á sus herederos: lo primero, porque el legado hecho bajo de esta condicion se hace pura ó simplemente, y despues se difiere su solucion para el tiempo de tomar estado; en cuyo caso no contiene condicion, sino dia y dilacion para pedirlo ó entregarlo; y lo segundo porque siempre que la condicion no se impone á la sustancia del legado, sino à su ejecucion ó entrega, es trasmisible (4); y asi en este caso la voluntad del testador no fue privar de él á la legataria por no tomar estado, sino antes bien en cualquier evento beneficiarla, y que incontinenti adquiriese derecho à él; y para que no lo gastase, que su heredero lo tuviese en depósito mientras lo tomaba, pues de lo contrario lo expresaria; por lo que muerta la legataria, se trasmite á su heredero el legado, y se le debe entregar, porque cesó la causa de tenerlo en su poder el depositario.

8. Haciendo el testador muchos legados, y diciendo en el mismo testamento, que quiere se entreguen despues de la muerte de su muger, si los legatarios fallecen antes que esta, ¿se trasmitirán ó no á sus herederos? Parece que sí, porque el dia incierto está puesto á la tradicion de ellos, y no hace relacion á la disposicion testamentaria. Pero en este caso se debe distinguir: si el testador habla sin adversativa, v. gr. diciendo: *y quiero que dichos legados se entreguen despues de la muerte de mi muger*, se trasmitirán por las razones expuestas á los herederos de los

1 Ley 31. tit 9. Part. 6.
2 Gom. ibid. num. 58.
3 Gom. ibi, num. 57. vers. *Aliquando et secundo.*
* Cuando el legado es del usufructo de alguna finca, nunca pasa á los herederos del legatario, á menos de expresarlo asi el testador, porque este legado es personal por su naturaleza.
4 Mantic. *de conjectur.* lib. 11. tit. 18. num. 21.

legatarios que murieron antes. Y si se explica con adversativa, v. gr. *pero quiero que no se entreguen, sino despues de la muerte de mi muger*, no se trasmitirán, porque la palabra *sino* tiene la naturaleza de adversativa y exclusiva, y por ella se constituye condicional el legado: y como los legatarios murieron antes de verificarse la condicion, no adquirieron derecho á los legados: por lo que tampoco sus herederos lo tendrán (1).

9. Si el padre teniendo hijos legítimos mandó á una hija natural, v. gr. mil ducados para casarse, cuya cantidad cabia en el quinto, y antes de tomar estado muere la hija viviendo su madre, parece que los hijos legítimos llevarán el legado, y no la madre: por no haberse cumplido la causa, modo ó condicion puesta por su padre; porque segun derecho no se debe, aunque se deje con nombre de dote; por ser lo mismo el legado hecho bajo condicion, faltando esta, que el hecho bajo de cierto modo, si este no se cumple; y no se debe, pues cesando la causa del legado, que fue el matrimonio, cesa su efecto, y haciéndolo el testador para un efecto no se debe convertir en otro; y asi el hecho por el padre se ha de emplear en el casamiento, y faltando este por muerte de la hija, no deberá tener derecho á él su madre.

10. No obstante lo expuesto, lo contrario se debe hacer: lo primero, porque el legado fue puro y no modal ni condicional, respeto á que dijo el testador: *para casarse*, y no *para que con ellos se casase*: y cuando el modo puesto por el testador mira solamente á la comodidad del legatario, no está obligado este á cumplirlo, ni por este defecto dejará de percibir el legado. Lo segundo, porque el padre puede legar á su hija natural el quinto de sus bienes aunque tenga hijos y otros descendientes legítimos, y esta puede disponer libremente de él segun la ley 9 de Toro. Y lo tercero, porque la hija tenia derecho á los alimentos, y en parte de pago de estos es visto haberle hecho su padre el legado, y asi debiéndosele en vida puede retenerlo, ó su heredero por via de excepcion, la cual concede el derecho á quien da la accion; por lo que aunque la hija no quiera casarse, se la debe el legado, y puede retenerlo y disponer de él (2).

11. *Bajo condicion* se pueden hacer el legado é institucion, v. gr. *lego á Pedro tal alhaja, ó le instituyo por mi heredero, si hiciere esto ó si tal cosa sucediere.* Y para la perfecta inteligencia debo sentar: lo primero, que la palabra *si*, indica condicion,

1 Castill. en la ley 27 de Toro, num. 45.

2 Ayor. part. 2. quæst. 7. vers. *Sed nunc. accidenter.*

y la *para*, modo (1); lo segundo, que la condicion es un acto ó futuro evento, en el cual se confiere la disposicion, à fin de que sea válida ó inválida. Véase lo que se dijo acerca de la institucion condicional en el párrafo 6 y siguientes del capítulo 2 de este título, pues es la misma doctrina.

12. Solo añadiré que las condiciones no siempre son *expresas*, pues las hay tambien *tácitas*, como si se lega el fruto de una viña, en cuyas palabras se embebe la condicion de que el tal fruto haya de nacer; ó bien cuando la manda consiste en una renta anual, pues se supone que el legatario viva.

13. Tambien debo advertir que cuando la condicion es de hecho, como de ir à cierta parte, ó alcanzar tal dignidad, no basta que se cumpla ignorándolo aquel à quien se impone. Lo que no sucede si la condicion es de derecho, pues con tal que se cumpla, el legatario percibirá su legado, aun cuando lo ignore.

14. Hay tambien legados que se llaman *modales*, y son aquellos en que la cosa legada se deja para un objeto ò fin determinado, v. gr. *dejo á Juan una viña para que con su producto ayude á su madre*. Del legado *modal* al *condicional* hay la diferencia de que en el primero no se suspende la entrega de la cosa, y en el segundo sí (2).

15. Cumpliendo el legatario el precepto del testador, adquiere dominio irrevocable en la cosa legada; pero antes de cumplirle y aunque dé fianza, se le trasfiere solamente el revocable: de suerte que sino se cumple, debe restituirla con frutos (3). El legado *modal* se trasmite à los herederos del legatario, y tambien la obligacion de dar fianza de cumplirle. Cuando hay ambigüedad en las expresiones del testador, deben antes tenerse por modales que por condicionales.

16. Se hacen tambien los legados con *demostracion*, lo cual sucede cuando el testador pone à la cosa legada alguna señal, lugar ó cantidad, por la cual es conocida: en cuyo caso si la demostracion es verdadera, vale el legado; y si es falsa tambien vale regularmente, y no la vicia, ni la disposicion en que se hizo, v. gr. *lego á Pedro tal cosa que compré á Juan, ó me donaron;* pues aunque no fuese comprada ni donada, sino adquirida de otra suerte, vale el legado. O si dice: *lego á Pedro tal alhaja porque me hizo tal servicio*; pues sin embargo de que no haya hecho lo que el testador supone, vale el legado y se debe

1 Parlad. differ. 147. num. 1.
2 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 11. num. 37.
3 Greg. Lop. ley 21. tit. 9. Part. 6. glos. 10.

al legatario. Y la razon es porque la demostracion ó extrínseca solemnidad puesta en él no es necesaria, por lo que no debe viciarlo, pues la que interviene en algun acto sin que para su validacion se requiera, no lo vicia. Lo cual milita no solo cuando el legado es específico, sino de cantidad, si se lega esta como cuerpo ó especie y existe, pues vale; pero sino existe, es nulo, v. gr. si el testador dice: *lego á Pedro tanta cantidad que tengo en tal arca ó gaveta*, y no se encuentra, no vale el legado, porque no consta de tal cuerpo ó especie legada (1).

17. Pueden asimismo ser *causales* ó hacerse con causa los legados, v. gr. si el testador dice: *lego á Pedro tanta cantidad por haberme hecho tal obsequio*, en cuyo caso vale el legado, aunque no le hubiese hecho el obsequio: pues no se requiere expresion de la causa cuando se hace por mera liberalidad; y asi sin embargo de que sea falsa, no lo vicia ni anula (2).

18. Lo cual se entiende ya sepa ó ignore el testador que la causa es verdadera ó falsa, excepto que su heredero pruebe que á saber que no era verdadera, no haria el legado al legatario; pues entonces esta excepcion lo vicia. Y se puede probar *verdadera* ó *presuntivamente*: *verdaderamente*, si el testador lo dijese ó protestase delante de testigos; y *presuntivamente*, cuando la causa mira á la consanguinidad ó afinidad, v. gr. *lego á Pedro tanta cantidad porque es mi consanguíneo*, en cuyo caso no siéndolo no vale el legado (3).

19. Y últimamente pueden ser hechos los legados è instituciones con modo alternativo, v. gr. si dice el testador: *Pedro ó Juan sea mi heredero: á Pedro ó á Juan doy ó lego tal cosa ó quiero darla: ó quiero ó mando que sea libre, ó tutor de mis hijos*. En cuyos casos se duda ¿como han de ser admitidos estos nombrados? Y la solucion es que todos sean admitidos igual y copulativamente: porque la alternativa puesta entre personas honradas se resuelve en copulativa. Lo que es al contrario cuando se deja alguna cosa á una persona sola, diciendo: *á Pedro lego tal ó tal cosa*, pues entonces se estima la *ó* por disyuntiva, y asi no percibirá mas que una de ellas. Pero es de advertir que lo referido se entiende de este modo: que si el legado ó comodidad que se deja es dividuo, se admite á cualquiera de los legatarios por su parte, y asi entre todos se dividirá con igualdad; y si es individuo, al modo que la libertad, tutela, servidumbre,

1 Gom. cap. 12. num. 74 y 75.
2 Ley 20. tit. 9. Part. 6.
3 Gom. ibi, num. 76.

jurisdiccion, mayorazgo ú otra dignidad, se admite á cada uno en el todo (1).

20. Poniendo el testador al legatario ó heredero muchas condiciones juntas en forma copulativa, que tienen su tendencia á diversos fines, deben cumplirlas todas para adquirir derecho, y poder pedir y percibir el legado ó herencia, v. gr. *mando á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si diere tanto á pobres, fuere en romeria á tal santuario é hiciere tal iglesia.* Y si las pone apartadas, v. gr. *mando á Pedro tal cosa, si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romeria*, basta que cumplan cualquiera de ellas, para poder haber y llevar el legado ó herencia, porque estan puestas con modo disyuntivo (2).

21. Lo propio milita cuando aunque esten puestas con modo copulativo, miran á un solo fin, v. gr. si Pedro muriere sin hijos y fuere presbitero, sea mi heredero Juan, ó sustituyo á Juan: pues como la mente del testador es proveer de sustituto por la carencia de los hijos, que se induce asi del presbiterato como de la muerte, basta que sea presbitero para que se verifique la carencia, y que el sustituto pueda llévar la herencia. Y lo mismo procede en la sustitucion (3).

22. Si pone una condicion á muchos, basta que cualquiera de ellos la cumpla, ó en él se verifique, para ser válida la institucion ó legado. Y si instituye muchos herederos ó legatarios, á unos con condicion, y á otros sin ella, percibirán estos inmediatamente la parte de herencia ó legado que les toque, como instituidos pura ò simplemente, y aquellos nada, hasta que cumplan la condicion. Lo cual se entiende, excepto que habiendo practicado en tiempo oportuno las conducentes diligencias, no puedan conseguir su cumplimiento, por no pender de culpa suya; pues en este caso es suficiente que pongan de su parte todos los medios correspondientes à su consecucion, porque se tiene por cumplida la condicion (4).

23. El legatario debe cumplir en forma específica (regularmente hablando) la condicion posible que el testador le impuso, segun quiso, pues no basta que la cumpla de otra suerte, ni en modo equivalente: y la razon es, porque la condicion voluntaria y su cumplimiento consisten en hecho, y este es coheren-

1 Gom. en la 40 de Toro, num. 68 cerca del fin.
2 Ley 1. tit. 9 Part. 6.
3 Alex. cons. 100. vol. 4. *Incipiens visa parte testamenti.* Greg. Lop en dicha ley 13. glos. 1.
4 Ley 22. tit. 9. Part. 6.

te à la persona y no pasa á otro; lo cual es al contrario en la necesaria para la validacion del acto (1).

24. En cuanto à si la condicion puesta al legatario se entiende repetida al sustituto, debe atenderse al significado natural de las palabras del testador, que son las que expresan su voluntad. Conviene advertir que en caso de duda la disposicion se debe reputar simple y pura.

25. Sin embargo si la condicion es de aquellas cuyo cumplimiento pende de la voluntad, que son las que suelen llamar *potestativas*, pasa la obligacion al sustituto, el cual hará cuanto esté de su parte para que la condicion se cumpla. Pero si la condicion es de tal manera que pende del acaso, no se trasfiere. Lo mismo sucede cuando es personal del legatario, como, *con tal que se case, ò que se haga médico*, pues no pasa de modo alguno al sustituto (2).

26. En todo legado no solo debe entregar el heredero al legatario la cosa específica é individual que mandó el testador, sino cuanto á ella pertenezca, y el incremento que haya tenido hasta el dia en que se le entregue, segun lo manda la ley 37. tit. 9. Part. 6 (*). Esto se entiende, si el testador no ha dispuesto otra cosa. Pero si la cosa legada era agena, y lo sabia el testador, nada se dará al legatario por razon del aumento que pueda haber tenido (3). Tambien se puede legar el usufructo de parte de los bienes del testador por tiempo determinado, como por el de la vida del legatario; y en tal caso la propiedad no pertenece á este, sino á quien haya dispuesto el testador, al cual volverá el usufructo, cumplido que sea el plazo porque fue separado de aquella. Cuando el usufructo se lega por cierto número de años se llama legado ánuo. Se previene que no se puede legar el usufructo sino de bienes propios del legante.

27. Al modo que el aumento de la cosa legada por el testador pertenece á su legatario, le pertenece tambien su diminucion ó menoscabo; por lo que si despues de haberle legado una casa, finca ú otra cosa enagenó parte de ella, no llevará mas que lo que quedó sin enagenar. Y lo propio milita si la casa se arruinó, pues llevará solamente el area ó solar en que estaba edificada, que es el resíduo.

1 Gom. cap. 12. num. 77.

2 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 12. num. 37 y 80.

* Segun la ley citada son del legatario los frutos del legado desde el dia que el heredero aceptó la herencia, y no desde aquel en que murió el testador, disposicion que no es conforme con el principio que se establece en el párrafo 4.

3 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. [illegible] 16

28. Pero si el testador la levantó ò reedificó despues de arruinada, no tiene derecho á ella el legatario, porque es casa nueva, la cual ni su suelo no le estan legados; y asi es visto haber revocado el legado y mudado su voluntad, excepto que deje algo sin reedificar, pues de esto se le deberá el area (1). Téngase presente que en el caso dicho y en el del número anterior se supone que el legado es una casa, pues si lo que el testador legase fuese no mas que una árca ó solar, y luego edifica en ella una casa, esta será del legatario, como aumento sobrevenido al legado (2).

29. Puede legar el testador no solamente sus bienes sino tambien los del heredero que instituye, ya tenga ciencia ó ignorancia de que pertenecen á este, y valdrá el legado, y estará obligado su heredero á entregarlo al legatario ó su estimacion; pero en este no se trasfiere de derecho su dominio, como cuando lo legado es propio del legante.

30. Se entiende lo expuesto cuando no hay mas herederos instituidos que uno, ó aunque sean muchos es gravado especialmente uno de ellos solo á la tradicion del legado; lo que al contrario si son muchos y todos gravados á restituir ó entregar la alhaja que pertenece al uno, pues el dueño de esta por lo que le toca en la herencia solo estará obligado parcialmente á entregarla, ó su estimacion (3).

31. Tambien puede legarse la cosa agena; y si al tiempo de legarla sabe que lo es, y acredita luego esta ciencia el legatario, vale el legado, y el heredero está obligado á comprarla; y si su dueño no quiere vendérsela, á darle su valor. Pero si ignora que es agena, no vale el legado, ni por consiguiente está obligado el heredero á dar su valor ó estimacion al legatario extraño; lo que al contrario si es consanguíneo ò su muger, pues vale, y el heredero debe entregarle su valor, porque se presume que aunque supiera que era agena, se la hubiera legado por la aficion que media entre los dos. Y lo mismo procede si lega lo ageno á un amigo íntimo ó à criado suyo, pues ya sepa ó no que lo es, vale el legado, porque versa la propia razon (4).

32. Igualmente puede legar lo que tiene empeñado ú obligado á alguno por menos de lo que vale, en cuyo caso debe su heredero desempeñarlo y entregarlo al legatario. La misma obliga-

1 Gom. ibi vers. *Simil.*
2 Ley 37. tit. 9. Part. 6. Gom. 1. *Var.* cap. 12. num. 41.
3 Gom. cap. 12. num. 14. Greg. Lop. en la ley 10. tit 9 part. 6. glos. 2.
4 Ley 10. tit. 9. Part. 6. en las palabras: *Otrosí decimos* etc. Gom. ibi, num. 13.

cion tiene si lo estaba por el tanto ó por mas de su valor, ya supiese ó no el testador, que al tiempo de legarlo estaba empeñado. Pero si cuando lo legó ignoraba el empeño, y el importe de este era menor que el valor de la alhaja, debe desempeñarla el legatario, pues es visto que solo del exceso le hizo el legado. Así se prueba de la ley 11. tit. 9. Part. 6. Lo cual se entiende, excepto que el legatario sea su conjunto, ó persona tal, que de cualquiera suerte siempre se la hubiera legado, pues entonces debe el heredero redimirla y entregársela libremente por la razon arriba expuesta.

33. Puede asimismo legar á su deudor la alhaja ó prenda que este le habia entregado y tenia en su poder por via de seguridad del débito, y valdrá el legado; pero á los herederos del testador queda salvo su derecho para repetir contra el deudor por lo que debia: porque no es visto habérselo remitido, sino haberle legado solamente el derecho de prenda y dejado libre del empeño la alhaja (1). Lo cual se entiende, á menos que sea otra la voluntad del testador; bien que esta no se presume, excepto que la pruebe el legatario.

34. Y si suponiendo el testador estar debiendo á alguno cierta suma, aunque fuese incierto, se la legase, se entiende haberse convertido en legado, y que su ánimo fue legársela, y para ello supone que la debia, y deberá dársela el heredero; y si fuese cierto el débito, tambien deberá dársela, y no mas: porque es visto haber querido pagárselo y compensarlo, pues la causa falsa no vicia el legado (2).

35. Del mismo modo puede legar las cosas nacidas y que no han nacido ni existen, v. gr. hijos de siervas y ganados, frutos de tierras, árboles &c., con tal que se espere que han de nacer; y verificado su nacimiento valdrá el legado (3); porque pueden ser donadas, vendidas, hipotecadas, y por cualquier contrato enagenadas; y aunque el legado de estas cosas se puede llamar condicional, no lo es para el efecto de impedir la trasmision de lo legado (4).

36. Si el testador legó alguna cosa existente en otra parte, que dudaba si estaba ó no viva, debe el heredero dar caucion y seguridad al legatario de que la buscará y averiguará su existencia; y verificada esta, se la entregará; á cuyo efecto practicará á su costa las competentes diligencias, de suerte que el le-

1 Ley 16 tit. 9. Part. 6.
2 Leyes 19 y 20 tit. 9. Part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 20.
3 Ley 12 tit. 9 Part. 6.
4 Gom. cap. 12. num. 24.

gatario nada tenga que expender (1). Y lo mismo procede cuando el testador sabe que existe, pero está en parage remoto; pues el heredero debe buscársela á sus expensas y entregarla al legatario (2).

37. Puede legar en igual forma las cosas incórporeas, v. gr. los derechos y acciones que le competen contra algunos, y las servidumbres de personas, casas ó fincas agenas; y valdrá el legado. Pero es de advertir que si despues de legado el débito reconviniere al deudor sobre su solucion y lo exigiere de él, se entiende revocado el legado: y asi no está obligado su heredero á entregar su importe al legatario; lo que al contrario si el deudor lo satisficiere de su propia voluntad sin serle pedido, pues vale, y el heredero tiene obligacion de entregárselo; y la razon es porque respecto haberlo satisfecho sin demandárselo el testador, es visto que este quiso recibirlo y tenerlo guardado para el legatario (3).

38. Legando simplemente el testador una finca ò cosa en que solamente tiene derecho adquirido, ó esperanza cierta ó probable de adquirirla ó parte en ella, es visto y se entiende que lega únicamente el derecho ó parte que de ella le compete, y asi por lo demas nada debe dar su heredero al legatario, ni á este compete la mas leve accion sobre ello. Esto se entiende cuando hizo mencion del dominio ó derecho, diciendo: *lego á Pedro tal cosa mia, ó el derecho que en ella me toca*, pues si sin hacer la mencion dice: *lego á Pedro tal cosa*, en este caso comprándola despues toda, se debe dar íntegra al legatario (4).

39. De lo expuesto se deduce: lo primero, que si el testador tiene solamente el usufructo en la cosa, y la lega simplemente, es visto legar el usufructo, y que por consiguiente nada debe dar su heredero al legatario, porque el usufructo espira y se extingue con su vida (5). Lo segundo, que si posee la cosa en *enfiteusi*, este ha de acabar con su vida, y lo lega tambien simplemente, tampoco toca cosa alguna al legatario, porque se refiere al derecho que en ello tiene; y como este se extingue por su muerte, nada queda que entregarle, y por consiguiente no hay legado. Lo tercero, que si el padre lega una finca ú otra cosa de los bienes adventicios de su hijo en que tiene únicamente el usufructo legal, es visto que no lega mas que el derecho que en

1 Ley 12. tit. 9. Part. 6.
2 Greg. Lop. en la ley 12. cit. glos. 2.
3 Ley 15. tit. 9. Part. 6.
4 Arg. leg. *Si ex toto*. ff. de leg. 1. cap. 12. num. 15. et ibi 3. Ayllon num. 17.
5 Gom. ibi, vers. *Ex quo notabiliter infero*.

ella le compete; y asi nada de él ni de su estimacion se debe al legatario. Lo cuarto, que si el poseedor del mayorazgo lega simplemente alguna finca de él, ó el marido alguna dotal, tampoco es visto legar mas que el derecho que en ella le compete, y ha de perecer con su vida; y asi no se debe su estimacion al legatario (1). Y lo quinto, que si el testador instituye muchos herederos y grava al uno á que dé al otro la alhaja hereditaria, se juzga gravado solamente á dar su parte que es el derecho que en ella tiene, y no obligado á comprar á los coherederos las suyas y dársela entera.

40. Teniendo el testador muchas cosas de una especie, v. gr. caballos, mulas ú otras, y legando una de ellas á un sugeto, y otra á otro, sin distinguir, si una es mas preciosa que la otra, y discuerdan sobre quien ha de elegir, el legatario nombrado primero hará eleccion: lo primero, porque por serlo en primer lugar se conceptúa mas predilecto; y lo segundo, porque reputándose este legado, y siéndolo, de cosa incierta de ciertas, en el cual toca la eleccion al legatario, pertenece al primero como mas amado del testador (2).

41. Si el testador lega cantidad cierta al hijo ó hija que le naciere, y nacen dos ó mas, parece que cada uno llevará íntegra la legada. Pero se ha de distinguir: si la legó simplemente, deben llevarla todos y dividirla igualmente entre sí, pues no se ha de inducir multiplicacion de legados; y si hizo el legado distributivamente diciendo: *si algun hijo ó hija me naciere, le lego tanta cantidad*, debe llevarla cada uno totalmente, porque es visto haberla legado enteramente á cualquiera de ellos (3).

42. Y si teniendo facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes en el hijo único con que á la sazon se halla, lo funda con efecto, y por estar su muger preñada dice, *que al hijo ó hija que le nazca, lega*, v. gr. *mil ducados por via de alimentos*, y le nacieren dos gemelos varones ó hembras, ó varon y hembra, no se ha de dividir la suma legada entre los dos póstumos, antes bien cada uno la debe percibir íntegra (4).

43. Siendo legada á un sugeto una misma cosa en el testamento de uno, y á otro en el de otro, si uno de estos dos legatarios sucede despues al colegatario, puede conseguir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su valor ó estimacion, sin que le obste el concurso de dos causas lucrati-

1 Gom. cap. y vers. dichos.
2 Gom. cap. 12. num. 18. Burg de Paz cons 27. num. 21.
3 Gom. cap. cit. num. 19.
4 Greg. Lop. ley 32. tit 9. Part. 6. glos. 3. vers *Item porie quod habens.*

vas, porque en su origen no proviene este de una sola persona, sino de diversas, de las cuales los derechos y acciones que las competian se refundieron y consolidaron en una sola (1): y cuando esto se verifica lo puede pedir todo.

44. Pero es de advertir que para conseguir la cosa legada, y tambien su valor, ha de pedir y percibir primero este, porque si pide y consigue aquella, de modo que se aposesiona quieta y pacíficamente de ella, no tiene derecho á pretender despues su precio (2): y la razon es porque recibiendo antes la cosa, consigue todo el derecho y pleno dominio que se le debe, el cual no recibe aumento (3): y recibiendo solamente su estimacion, no consigue mas que el precio de ella, que es muy diverso, y facilmente se pierde y consume, por lo que puede pedir despues al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella (4). Y lo propio milita por idéntica razon cuando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa à uno, pues si quiere percibirla y su valor, debe demandar y exigir este antes que aquella (5).

45. Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó género, expresando la cualidad ó accesorio que solamente se halla en algunas de ellas, v. gr. diciendo: *lego todos mis siervos con su peculio: lego todas mis esclavas con sus hijos: todos mis caballos con sus jaeces ó aderezos: todas mis fincas con sus instrumentos* &c., llevará el legatario todos los de aquel género ó especie, ya lo tengan unos, y otros no: y la razon es porque aquella cualidad se pone aumentativa y declarativamente, para que se dé tambien al legatario con la cosa principal á que está aneja ó adherida, y no limitativamente, para que se le entregue solamente la cosa en que no se halla. Lo cual procede, excepto que el testador lo limite expresamente diciendo: lego mis siervos que tienen peculio: mis anillos que tienen piedras: mis caballos que tienen jaeces, aderezos &c., pues entonces se observará su voluntad, porque se entienden legadas únicamente las que tienen la cualidad ó accesorio (6).

46. Cuando el legado es simplemente de *lana*, se comprende la que está trasquilada y separada del cuerpo del animal, ora

1 Gom. cap. cit. num. 20. vers. *Et idem est.* Men. dicho lib. 4. præsumpt. 173. num. 2, 8 y sig.
2 Ley 44 tit. 9. Part. 6.
3 Ley *Non ut ex pluribus.* ff. *de regul. jur.*
4 Gom. lib. y cap. cit. num. 38. vers. *Item adde quod idem est.*
5 Dicha ley 44. tit. 9. Part. 6.
6 Gom. cap. 12. num. 30.

esté lavada ó sucia, ora hilada ó por hilar: mas no la teñida ó hecha tela (1). Pero el lino, aunque esté teñido o hecho lienzo, se comprende en el legado (2) (*).

47. Si el testador lega á uno una finca determinada ú otra cosa especifica, y á otro cierta cantidad de dinero, y en su herencia se encuentra solamente el fundo ó cosa legada, parece que el legatario de esta será preferido, porque en él se considera derecho mas poderoso por razon del dominio que de ella se le trasfirió con la muerte del testador; ó que el nombrado primero lo será como mas predilecto. Pero nada de esto se hará: y así la dividirán á prorata de lo que la misma cosa y la cantidad legada importen (3): pues la voluntad del testador, que quiso beneficiar á ambos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

48. Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa especifica, v. gr. casa, viña ú otra á un legatario en un testamento, no está obligado su heredero á dársela ni su estimacion, mas que una vez. Lo mismo procede si le lega cosa consistente en número, peso o medida: pues tampoco se entiende multiplicado el legado, y así solo llevará una suma, á menos que pruebe haber querido que fuesen dos legados, y que percibiese ambas sumas (4).

49. Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo ó en otra escritura, deberá su heredero entregarlas ambas, no probando este lo contrario de su voluntad. Mas no, si se la legó segunda vez por alguna cierta causa. Pero si las cantidades son diversas y desiguales en el número, las llevará ambas el legatario: porque es visto haber querido multiplicar el legado, ya le legue primero la mayor que la menor, ó esta que aquella. Y lo propio milita si le legó dos, la una puramente, y la otra con condicion: pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado por la nueva y distinta calidad añadida, excepto que de su disposicion se infiera lo contrario (5). De suerte que siempre que el testador varia el modo de hacer el legado á un mismo sugeto, ya sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa,

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 12. num. 36.
2 Gom. lib. num. 38.
* La opinion mas comun es que en este caso aparece claro la que el testador quiso beneficiar, se entiende una sola vez el legado que se da en dos ocasiones diversas, pero no cuando se repite el legado en una misma ocasion, se entiende en ambas el legado.
3 Gom. lib. num. 39. et ibi Antonius num. 37. Castill. lib. 3. *Controvers.* cap. 51.
4 Leg. 1. cap. de Legat. II.
5 Rot. Decis. 366. de Regulis Juris, n. 1 vers. Item si vero.

es visto que quiere multiplicar el legado, y asi llevará, y se deberán dar ambas sumas al legatario (1).

50. Si el testador dice: lego mis vestidos ó mi plata, caballos, siervos &c., se entiende legar los que tiene cuando hace el legado, y asi el legatario no tiene derecho á mas que á ellos, aunque despues adquiera ó tenga muchos mas: pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa, y no se amplía al futuro. Y lo mismo se entiende si erige mayorazgo de todos sus bienes, sin mas expresion; pues no vienen ni se comprenden en él los que despues adquiera (2).

51. Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno que tiene tambien hijos varones, ó legando á sus hijos cuando igualmiente tiene hijas, ¿en uno y otro caso se entenderá con todos el legado? El primero lo llevarán solamente las hijas, porque bajo el nombre de hijas no se comprenden los varones; lo que al contrario en el segundo caso, pues participarán tambien de él. Y la razon es porque en el género masculino se comprende el femenino; y no aquel en este (3).

52. Haciendo legado el testador de lo que tiene en cierta parte ó lugar, si en él puso despues, ú otro de su consentimiento ó por su mandado, algunas cosas mas, toca todo al legatario, y se le debe entregar. Lo que al contrario si este ú otro sin ciencia de aquel las hubiere puesto: pues de ellas nada debe llevar, porque no vienen en el legado; y asi solo lo que el testador tenia, puso ó metió, ú otro de su consentimiento ó en virtud de su precepto, será lo que lleve.

53. Pero si el testador manda, v. gr. sus vestidos ú otras cosas suyas de cierto género, que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras del mismo género, si no son suyas, no las llevará el legatario (4). Y la razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y esto es lo que lega, y no mas; y en el expresado en el precedente párrafo se refiere á lo que está en aquel parage que señala, y asi ya sea ó no suyo, lo debe llevar todo, ó la estimacion de lo ageno: porque es visto que asi lo quiso.

54. Si lega el testador à su muger ó á otro, v. gr., el trigo que tiene en su trox, panera ó en otro parage, y despues de legado lo consumió, y en su lugar puso otro, pertenece este al le-

1 Gom. cap. 12. num. 38.
2 Greg Lop. en la ley 32. tit. 9. Part 6. glos. 3. col. antepenult. vers. *Quid autem si quis faciat majoriam.*
3 Decio *de regul jur.* in leg. *Fœmina* num. 122.
4 Gom ibi, num. 49.

gatario, y se le debe dar hasta la concurrente cantidad, y no mas: y la razon es porque se presume que su intencion y voluntad fue subrogarlo en lugar del que tenia y gastó; y por consiguiente dejar subsistente el legado (1).

55. Cuando lega á alguno tanto cuanto habrá ó habrán el heredero ó herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero ó herederos la otra mitad: porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Y si le lega tanto cuanto tiene uno de los herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido (2); porque en duda se entienden gravados en cuanto menos sea posible, segun derecho (3).

56. Imponiendo simple y absolutamente el testador á sus herederos el gravamen de dar al legatario, v. gr. *ciento*, estan obligados á dárselos entre todos, y no cada uno de por sí *in solidum*. Lo mismo procede si instituyendo muchos herederos dice: *mando que mi heredero dé á Pedro ciento*: porque esta proposicion es indefinida, y por ignorarse cuál es el gravado, respecto nombrar muchos, equivale á la universal; y asi todos deben darle á prorata los ciento (4).

57. Pero sucederá al contrario si el testador dice: *cualquiera de mis herederos dé á Pedro ciento*: pues entonces todos y cada uno de por sí estan obligados á dárselos totalmente, porque por este modo distributivo de hablar, es visto haber querido gravar omnimodamente á todos y á cada uno á la solucion de los ciento que legó; y asi tantos cuantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario (5).

58. Instituyendo el testador muchos herederos, y legando cierta suma á un legatario, si eximió de su solucion á uno de ellos, estan obligados los demas instituidos á pagársela íntegramente de las partes que les corresponden en la herencia, sin deduccion de la del exento, del mismo modo que si este no fuera instituido, y no con respecto á que lo es: de suerte que la satisfaccion del total importe del legado se ha de dividir entre los herederos á ella gravados.

59. Siendo instituidos varios herederos en partes desiguales, si el testador deja algun legado á dos de ellos, y los nombra

1 Legat Gom. cap. 12. num. 50.
2 Castill lib. 4. *Controvers.* cap. 33 y 44. Covar. lib. 1. *Var.* cap. 13. num 9. vers. *Sexto subinfertur.*
3 Ley *Semper in obscuris*, 9. y ley *Semper in stipulat.* 34. al fin. ff. *de regul. jur.*
4 Gom ibi, num. 51. vers. *Et idem est*, et ibi Ayllon num. 54.
5 Gom. ibi, vers. *Secus tamen est*, al fin.

por sus propios nombres, v. gr. *á Pedro y Juan mis herederos lego tal cosa, ó tanta cantidad, ó tal alhaja*, llevarán y dividirán igualmente entre sí el legado, no obstante la desigualdad de la institucion. Pero si los nombra con nombres apelativos, v. gr. *á mis herederos Pedro y Juan lego tal cosa ó cantidad* &c. la partirán á proporcion de la institucion (1). Y lo mismo procede cuando los grava á dar ó pagar algun débito ó legado (2). De suerte que la dificultad viene á consistir (segun conciben los autores) en si el testador los nombra ó grava por sus propios nombres antes de titularlos herederos; pues nombrándolos deben llevar la mejora ó legado, ó hacer el pago por iguales partes; y nombrándolos primero con el apelativo de *herederos*, á proporcion de la institucion; bien que yo no advierto diferencia en los dos modos de nombrarlos, para que varie su obligacion y la institucion.

60. Si un legado que tiene consigo algun gravamen se declarase en parte nulo, el gravamen deberá sufrir una rebaja proporcionada á la pérdida del legatario.

61. No puede el legatario aceptar en parte y en parte repudiar el legado que en una cláusula y oracion le hizo el testador; ya sea cosa señalada, v. gr. un vestido, ó de universidad de bienes, v. gr. una cabaña, pues aunque en esta se comprenden muchas ovejas, carneros y otras cosas, se entienden y estiman por un solo cuerpo y legado; y así lo ha de aceptar ó repudiar enteramente: y la razon es porque la voluntad del testador, como una é individua, no se puede dividir (3).

62. En caso que una misma cosa se haya legado á dos individuos, si el uno fallece y el otro es su heredero, puede aceptar del legado la parte que le corresponde, y repudiar la tocante al colegatario; y al contrario, si á uno de los dos se impuso gravamen por el testador, y al otro no; excepto que manifiestamente conste haber querido este que el uno llevase la cosa, y el otro su estimacion, pues entonces el legatario que sucede al otro lo conseguirá todo, porque hace veces de dos personas (4), y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida íntegramente en este el de ambos, y puede pedirlo (5).

63. Muriendo el legatario despues que el testador, sin aceptar ni repudiar el legado, si dejo varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar su parte, aunque los otros no quieran la

1 Gom. lib., num. 47.
2 Gom. lib., vers. *Et ibi m est.*
3 Ley 10 tit. 9. Part. 6.
4 Arg. leg. *Si plurib.*, ff. *de legat.* 1.
5 Gom. cap. 12. num. 20.

suya, ya sea la manda de una cosa sola ó de universidad de bienes: y la razon es porque el legado y su accion y obligacion se dividen proporcionalmente entre ellos, y así puede cada uno aceptar ó repudiar su parte, porque acepta y repudia todo lo que le toca (1). Bien que lo repudiado no se acrecerá á los aceptantes, porque se contemplan conjuntos con conjuncion legal, la cual no causa ni induce derecho de acrecer (2).

64. Pero ninguno de los herederos del legatario podrá aceptar ó repudiar parte de la que le corresponde, porque cualquiera heredero representa al difunto por la suya; por lo que al modo que el que lo es por el todo, no puede aceptar en parte y en parte repudiar; del mismo modo tampoco puede el suyo dividir la suya, porque seria representar parcial y no totalmente al difunto, lo cual es absurdo (3).

65. No milita lo expuesto cuando el testador hace el legado en diversas cláusulas y oraciones, pues entonces se permite al legatario, que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le acomode: y la razon es porque en este caso, como ya el testador dividió su voluntad, cesa el superior motivo, vienen á ser muchos los legados separados, y por tales se conceptúan y estiman (4): y así con uno que acepte, ya le representa en el todo.

66. Lo mismo procede si le hace legado de muchas cosas señaladas en una cláusula, pues puede aceptar la que quisiere, y dejar las demas. Pero si le lega dos, la una con gravamen y la otra sin él, v. gr. *cien pesos y un siervo, con tal que dé libertad á este*, entonces no há lugar la admision de la una sin la otra; y en este caso, si no quiere libertar al siervo, no llevará la cantidad legada, y sin embargo quedará libre este (5).

67. Dejando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse y tomar despues la otra, porque no se le permite; si deja la eleccion á albedrío de tercero, y este no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea (6). Pero si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que eligió, por ser agena, podrá elegir, pedir y tomar otra cosa, si no hubiese hecho la eleccion (7).

68. Si deja á dos junta ó separadamente una de sus cosas,

1 Dicha ley 36. tit. 9 Part. 6.
2 Greg. Lop. en dicha ley 36. tit. 8. Part. 6 glos. 5. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. num. 42 y cap. 12. num. 33.
3 Gom dicho num. 33.
4 Gom num. 33. cit
5 Dicha ley 36.
6 Ley 25. tit. 9 Part. 6.
7 Lop *de incompatib.* part. 3. cap. 8 num. 87 y 88.

diciendo: que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes, y elegir aquel à quien toque, el cual está obligado à pagar al otro la parte que del valor de aquella cosa le corresponde, segun albedrío de hombres buenos. Y si la tal cosa fue legada à uno, dejando la eleccion à su voluntad, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discuerdan en ella, deben hacer lo propio (1).

69. Comprando el legatario, ó adquiriendo por otro título en vida del testador ó despues de muerto, la cosa que este le legó (y no era suya) del vendedor dueño ó de otro tercero, ya sea con ignorancia ó ciencia de que le estaba legada ó era agena, no pierde el legado, y asi puede pedir su valor y estimacion, ya se la haya legado pura ó condicionalmente (2). Mas si la compra á su heredero no puede pedir su valor, porque es visto renunciar el legado.

70. Si es del testador la cosa que legó condicionalmente ó á dia cierto, y durante su vida ó despues de ella la compró ò adquirió de su heredero el legatario con ignorancia ò ciencia pendiente el dia ó la condicion, puede pedir tambien su precio ó estimacion luego que llegue el dia, ò la condicion se cumpla, pues el derecho de futuro no se puede renunciar.

71. Y siendo legada puramente, si el legatario durante su vida ó despues de ella la compra ó adquiere ignorantemente del heredero, no pierde el legado, y asi puede pedir su valor; pero si se la compra con cierta ciencia de estarle legada, lo pierde, por ser visto renunciarlo.

72. Si el testador instituye heredero, y lo sustituye gravándole con algun legado, es visto ser gravado tambien el sustituto en la herencia, y asi este debe dar al legatario el mismo legado que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetido, ya sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria la sustitucion. Lo cual procede, excepto que de la voluntad del testador aparezca tácita ò expresamente lo contrario, v. gr. cuando grava al instituido con que dé una cosa al legatario, y al sustituto con otra diversa: ó cuando la causa, por la que gravó al heredero, cesó en el sustituto: ó cuando sustituyó en alguna parte de la herencia al mismo legatario: ò cuando por otros semejantes modos y conjeturas se conceptúa no haber querido gravarle. Y lo mismo procede cuando dice: *mi heredero ó cualquiera que sea mi here-*

1 Ley 26. tit. 9. Part. 6. y Ayllon en el mismo lugar, num. 39.
2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 17. num. 36.

dero, dé á Juan tal cosa ó cantidad: pues siendo muchos los herederos, á todos comprende el gravamen de dar lo que el testador manda (1).

73. El testador puede libertar à su deudor de lo que le debe, ya sea el débito civil ó natural, ò juntamente natural y civil, ò perpetuo ò à tiempo cierto, y valdrá el legado, ya lo haga específicamente à alguno, ò genéricamente à todos sus deudores: pues tanto vale la disposicion general en cuanto al género, como la especial ò particular en cuanto à la especie; y el de liberacion no solo aprovecha al deudor y à sus herederos, sino à su fiador; pero no al contrario, haciéndose á este, pues á ninguno de aquellos aprevecha (2).

74. Pero es de advertir que la confesion del débito hecha en testamento ò en codicilo no lo prueba, ni el testador puede ser reconvenido en vida por él, porque tiene solamente vigor de legado, excepto que sea jurada y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte, pues los herederos deben estar al juramento de su causante en estos casos (3); y asi el sugeto à cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por él, si no lo justifica por otros medios legales, porque se resuelve en legado ó fideicomiso por tácita voluntad del difunto, que para hacerlo supuso haber débito, por lo que se puede pedir como legado.

75. Por la remision ò liberacion del débito hecha en contrato ò en última disposicion, es visto ser remitido el puro vencido y de presente, mas no el condicional ò à cierto dia, excepto que otra cosa se exprese (4); y en la general solo vienen y se comprenden los débitos personales á favor del difunto, pero no los reales ò hipotecarios; por lo que si uno posee alguna cosa de este, sobre la cual podia ser reconvenido por la reivindicacion ò por otra accion real, no se entiende remitida ni comprendida en el legado de remision, y asi el heredero puede repetirla del poseedor (5).

76. De cuatro maneras puede ser hecho el legado de liberacion del débito: la primera, *expresamente;* la segunda, diciendo el testador: *dejo ó lego á Juan mi deudor lo que me debe;* la tercera, diciendo; *mando ó gravo à mi heredero á que no pue-*

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 17. num. 36. y Ayllon en el mismo lugar num 39.

2 Gom. dicho cap. 12. num. 82 vers. *Item adde quod prædicta.*

3 Valenzuel. cons. 174 num. 27 y 28. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 2. cap. 6. num. 5.

4 Gom. ibi, num. 82. vers. *Item adde quod facta.*

5 Gom. dicho num. 82 vers. *Item adde quod in tali.*

la pedir á Pedro lo que me debe; y la cuarta, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para su seguridad (1). Previniendo que si el testador lega á un tercero el instrumento del débito, es visto legarle el mismo débito en él contenido, y gravar á su heredero á que se lo entregue, y le ceda las acciones correspondientes para su exaccion y cobranza, á cuya cesion está obligado (2). Y lo mismo sucede en los contratos, si el tal instrumento se vende, dona, ó por otro título se trasfiere: pues se entiende vendida, donada ó trasferida la cosa ó accion en él contenida (3).

77. El efecto que produce la liberacion del débito es que si el legatario deudor es reconvenido sobre él por el heredero del testador, le compete esta excepcion, y puede compelerle á que le libre del pacto y obligacion, é implorar el oficio del juez para que declare que nada le debe, y le imponga perpetuo silencio.

78. Si legase alguna cosa en esta forma: *mando á Pedro tal alhaja* (nombrándola) *para que la haya cuando mi heredero quisiere*, y el heredero fallece sin haberla entregado, ni prefinido al suyo dia para su entrega, debe este darla al legatario inmediatamente que entre en la herencia del testador. Mas si dice: *mando á Pedro tal alhaja para que la haya si quisiere*, en este caso aunque vale la manda, no obstante, si el legatario muere sin haberla pedido ni dicho que la queria, no puede su heredero demandarla despues al testador (4).

79. Una de las cosas que se pueden legar es la libertad á quien carece de ella. *Libertad se llama el poder que el hombre tiene para hacer lo que quiera si las leyes no lo prohiben.* El derecho romano y el de las Partidas establecen los casos en que se puede conceder á los siervos por testamento, donacion ó contrato, y cuando se reservaba el señor sus derechos de patrono; pero en el dia son raros los casos en que pueda tener aplicacion esta doctrina.

80. Si el testador hace algun legado á un muerto, creyendole vivo, ó si aquel á quien se lo hace ha fallecido ó sido desterrado perpetuamente antes de la muerte del testador, no está obligado el heredero de este á dar cosa alguna al de aquel (5).

81. Dejando alguno cinco ó mas hijos legítimos puede dudarse si tendrá facultad para legar el quinto á un hijo natural ó espurio, ó bien á un extraño, ó en beneficio de su alma. Algunos

1 Gen. [illegible] *Tratado* [illegible]
2 Ley [illegible]
3 Ley [illegible]
4 Ley 38, tit. 9, Part. 6.
5 Ley 39, tit. 9, Part. 6.

autores le niegan tal facultad por la razon de que el legatario seria de mejor condicion que los herederos legítimos, tocándole de la herencia mas parte que á estos (1). Pero en realidad la puede hacer, puesto que el que á los hijos toque poco ó mucho no invalida el acto, siempre que no sufran agravio en su legítima, y en este caso ninguno se les hace, pues toman todos los bienes á excepcion del quinto, que es lo que la forma (2).

82. Si lega el testador el quinto á dos extraños teniendo herederos legítimos, ¿cual de los dos legados valdrá? Se debe distinguir: si la disposicion primera fue irrevocable, será preferida por no poderse revocar por la segunda (3). Lo cual procede ya la primera donacion se haya hecho por via de cuota, ó de cosa ó cantidad cierta, porque en uno y otro caso versa igual razon, y asi debe obrar la misma disposicion, y hacerse el propio juicio; por lo que de muchas donaciones irrevocables precedentes se completará el quinto, y se revocarán solamente las últimas como inoficiosas (4).

83. Si las disposiciones fueron revocables, ya se hayan hecho por via de legado en testamento, ó por donacion revocable en sanidad (pues porque se confirman con la muerte, y tienen el vigor y efecto del legado, se debe hacer de ambas el mismo juicio), se han de distinguir tres casos: el primero, cuando fueron hechas por via de cuota del quinto; en cuyo caso los legatarios y donatarios serán conjuntos en la cosa, que es en este; y en ella habrá lugar el derecho de no decrecer, y lo demas que les corresponde, á menos que de la voluntad del donante aparezca lo contrario, que es que no lleve el primero y sí el segundo. Y aunque en la cantidad legada á muchos parece que el testador multiplica el legado, no es asi, pues mas se adapta el del quinto á legado de cierta especie en el presente caso, porque como no puede disponer de mas que de uno, no pueden verificarse una y otra disposicion en el otro, ya sean ambas en testamento, ó en donacion revocable, ó una en esta, y otra en aquel, por militar la misma razon; y asi lo dispuesto acerca de los conjuntos en la cosa procede en los conjuntos en la cuota, cuando el testador no puede disponer de mas que de esta. Pero si las disposiciones fueron hechas por via de cuotas diferentes, y ambas menores que el quinto, v. gr. á uno el quinto, y á otro el sexto, á uno el

1 Escobar comp 3.
2 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 107.
3 Tello en la 25 de Toro, num. 1.
4 Ang. en dicha ley 12. num. 5 y 6.

octavo, y á otro el séptimo &c., se prorateará el quinto entre todos.

84. El segundo caso es cuando una disposicion fue del quinto por via de cuota, y la otra de cierta especie y cantidad, en cuyo caso la de cierta especie y cantidad disminuirá la del quinto: lo primero, porque siempre se entiende legado bajo la conmemoracion de otros legados que de él se hayan de deducir, y así lo es en el residuo, bajados estos; y lo segundo, porque aunque se deje simplemente como legado genérico, se disminuirá por el específico, pues siempre lo deroga y disminuye (1). Y el tercero es cuando todos fueron iguales por via de cantidad ó cosa cierta; en cuyo caso se disminuirán los legados confirmados con la muerte, hasta el valor del quinto (2).

85. El heredero debe entregar la cosa legada al legatario en uno de tres lugares, á saber, ó donde habita el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de la herencia, ó donde existiere la cosa legada; pero si expresa el testador el lugar en que haya de hacerse la entrega, se cumplirá su disposicion. Si se mueve pleito entre los dos antes de entregarse el legado, debe pagar las costas el heredero, y si despues de la entrega, el legatario (3). Si la cosa legada fuere quitada en juicio, no puede el legatario usar de la accion de eviccion contra el que la vendió al testador, á menos que el heredero, que es á quien esta corresponde, le ceda su derecho. Por último si en las cosas legadas hay frutos pendientes y mostrados al tiempo de la muerte del testador tocan al legatario, como parte del fundo; pero no sucede así cuando estan separados (4).

86. No debe el testador dejar al arbitrio de otros las mandas, sino hacerlas por sí mismo con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del legatario ni de la cosa legada (5): ni tampoco la eleccion de la persona del legatario, porque seria voluntad captatoria; pero puede dejar á su heredero ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale; en cuyo caso valdrá, porque no se deja á la voluntad de otro la subsistencia del legado, sino la cualidad ó eleccion de la persona, que es una cosa accesoria (6) (*). Para que sean válidas se han de hacer en tes-

1 Cifuentes en la ley 30 de Toro, num. fin.
2 Castill. en la ley 29 de Toro, num. 32.
3 García *de expens.* cap 17.
4 Castill. *de usufruct.* lib. 1. cap. 42.
5 Leyes 11. tit. 3. y 9, 28 y 29. tit. 9. Part. 6.
6 Gom. en la ley 40 de Toro, num. 48.
* El autor se equivoca en decir que seria voluntad captatoria, pues para que

tamento, en poder para testar, ó codicilo (1); pero segun la práctica generalmente recibida se hacen tambien en lo que llaman memoria testamentaria no solo legados sino mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores, y todo lo demas, excepto la institucion de heredero, y siendo escrita ó firmada de mano del testador, y citándose en el testamento ó en poder para testar, se estima por parte del testamento.

87. El escribano puede sin auto de juez protocolar esta memoria, por la misma razon que protocoliza el testamento, mediante que se considera como una parte de él: puede insertarla en el que otorgue en virtud de poder para testar; y dar de todo á los verdaderos interesados las copias y testimonios que le pidan. Sin embargo si el testador lo previene, deberá preceder el auto de juez para la protocolizacion; y para que no se presuma que el escribano suplantó la memoria, pondrá nota en ella de habérsela entregado el heredero, ó persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla; y si no sabe, que la presente al juez para que lo mande, y se eviten dudas. Si el escribano ha muerto, deberá tambien preceder auto de juez dado á instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del testamento, á fin de que se sepa en dónde se halla; y cuando se saque testimonio de ella, se hará relacion del testamento de que es parte, á efecto de que no se crea que es un papel simple; y es lo que se practica en la Corte por los inteligentes. El que quiera instruirse del concepto que merecen estas memorias ó disposiciones privadas vea los autores que se citan (2).

88. No se puede legar lo que es propio de los reyes sin su Real permiso: ni los bienes de las iglesias; ni las plazas, ejidos ni otras cosas comunes de las ciudades, villas y lugares: ni los mármoles, pilas, puertas y demas cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad: y si las lega, no vale la manda, ni su heredero está obligado á darlas ni su estimacion al legatario. Tampoco vale la de siervo cristiano á judío, moro ó herege, ni la de cosa que aunque puede ser legada cuando se manda, muda

se gradúe de tal es forzoso que el testador se proponga conseguir alguna ventaja. La verdadera razon de estas disposiciones es el evitar el abuso de la confianza puesta en tales mandatarios.

1 Ley 34 al principio, tit. 9. Part. 6.

2 Card. de Luca *Tract. de testam.* disc. 1 y 2. num. 2, 3 y 5. disc. 6. num. 6. disc. 14. num. 4. y disc. 15 y 78. Menoch. con. 95. num. 24. Julio Caponio discept. 202 num. penult. Ciriac. controv. 444. num. 7. 23 y 25. versic. *In proposito*, y num. 82 y 88. Mantic. *de conject. ult. volunt.* ley 1. tit. 7. num. 7.

despues de estado ó condicion, v. gr. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego á poder de la iglesia, sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo ni su valor (1).

89. Asimismo no puede legar el testador castillo, villa, aldea ni heredamiento, que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerlo: si sabiendo su ineptitud le lega el heredamiento, debe darle su valor el heredero; pero si la ignoraba, no está obligado á darle cosa alguna (2).

90. Algunas veces no pudiendo los testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren ejecutarlo por señas; pero asi como la institucion de heredero no se puede hacer de esta manera aunque el testador haya perdido la facultad de hablar, tampoco las mandas, legados ni cualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las cuales no tuvieron por bien admitir la ley romana que aprueba para casos semejantes estos signos tan arriesgados y falibles. La ley 3 de Toro, que exige para el codicilo las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, viene tambien en apoyo de este pensamiento. No obstante si en conformidad de las leyes romanas que siguen muchos autores, llegase el caso de otorgarse una disposicion de esta clase, hará el escribano muy particular expresion del estado en que se hallaba el testador, de las preguntas que se le hicieron, quién se las hizo, y con qué señas contestó. Véase acerca de este punto á Gomez en la ley 3 de Toro, números 112 y 113, á Matienzo en la 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 16, y á los que este cita. Tambien es nulo el legado cuando el testador yerra el nombre del legatario, y creyendo nombrar á uno nombra en su lugar á otro diferente, aunque hay casos en que valdrá (3) (*).

1 Ley 13. tit. 9. Part. 6.
2 Ley 14. tit. 9. Part. 6.
3 Ley 12. tit. 3. Part 6 y sig. Véase á Greg. Lop. en ella.

* Se advierte que si bien es nulo el legado cuando interviene error acerca de la persona del legatario, es válido cuando se yerra el nombre propio de la cosa legada, v. gr. si esta es un buey, cuyo nombre equivoca el testador; pero si el nombre equivocado no es el propio de la cosa sino el apelativo de la misma, el legado es nulo, por ejemplo, si legando el buey que está en tal sitio, lo que alli estuviere fuera un caballo. (Ley 28. tit. 9. Part. 6).

CAPITULO DECIMONONO.

Del derecho de acrecer en los legados, y de la revocacion de los mismos.

§. 1. En los legados hay derecho de acrecer, y cuándo.
2. No há lugar este derecho cuando los legados estan divididos por el testador.
3. Cuando los legatarios son conjuntos legal y verbalmente, hay derecho de acrecer en unos casos, y en otros no.
4. Sobre el gravamen de la parte repudiada.
5. Sobre el mismo asunto.
6. Otros casos acerca del gravamen.
7. Excepcion de la doctrina antecedente.
8. La parte repudiada acrece al comprador de la otra parte.
9. El testador revoca los legados cuantas veces quiera.
10. Por la grave enemistad se revoca el legado.
11. Tambien se revoca cuando la cosa perece sin culpa del heredero.
12. Se revoca igualmente por la enagenacion de ella por el testador en contrato lucrativo.
13. Hay revocacion cuando la cosa legada se trasforma de tal modo que se convierte en otra diversa.
14. Doctrina sobre el legado de un carro.
15. No hay revocacion por hipoteca de la cosa legada.
16. Tampoco cuando fue legada la alhaja y su valor, y esta se enagena.

1. Há lugar por voluntad del testador al derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciendo el legado de una cosa íntegra á dos ó mas personas juntamente en una cláusula, v. gr. *mando á Pedro y Juan una viña que tengo en tal parte* (porque esto se llama conjuncion real y verbal), ó en cláusulas separadas: v. gr. diciendo el testador en una: *mando á Pedro tal viña*, y en otra cláusula: *mando á Juan la misma viña* (porque esto se llama conjuncion en la cosa y disyuncion en las palabras, como que forman diversas cláusulas); por lo que si uno de ellos muere antes que el testador, ó viviendo este renuncia la parte que en el legado le corresponde, ó acaece otro motivo que obste para su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro ó mas conjuntos, y se les debe entregar (1): y la razon es porque de la conjuncion expresada resulta cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al le-

1 Ley 33. tit. 9. Part. 6.

gatario sobreviviente, y se conceptúa que si fuera solo, le dejaria el legado íntegro, y así es visto haberlo sustituido vulgarmente en la parte que al otro tocaba, y no quiso ó no pudo percibir (1).

2. No há lugar el derecho de acrecer cuando no hay conjuncion, que es cuando el testador lega cosas distintas, ó divide la legada por partes ciertas y diversas, v. gr. *lego á Juan la mitad de tal viña y á Pedro la otra mitad*: pues en este caso cesa la razon expuesta en el párrafo antecedente, y ninguno adquiere mas derecho que á la parte que le deja: y así renunciándola, se incorpora en la herencia.

3. Tampoco há lugar cuando entre los legatarios hay conjuncion legal solamente, si no consta por disposicion del testador, v. gr. si el testador lega alguna cosa al siervo de dos ó mas señores, y uno de estos la repudia, no se acrece al otro su propiedad; porque el derecho de acrecer no puede caer en un sugeto solo; ni hay ni se presume conjuncion que lo induzca entre ellos y el testador, sino la ley; ni aficion de este á ellos, porque no son conjuntos ni llamados por él en la cosa ni por las palabras. Lo que al contrario, si hace el legado á dos ó mas siervos de un señor, porque son conjuntos y llamados por el testador expresamente, y con especificacion de que la parte del uno acrezca al otro, há lugar entre ellos dicho derecho (2). Y lo mismo procede cuando el legado se tiene por no escrito, pues se acrece al socio conjunto.

4. En cuanto á si la parte que uno repudia, ó le tocaba y falta que aceptar, ha de pasar y acrecerse, ó no, al conjunto con la carga impuesta por el testador ó sin ella, debo sentar que en las herencias universales pasa indistintamente con ella al coheredero ó sustituto: y la razon es porque aquella carga ó gravamen mas parece impuesta á la herencia que á la persona (3).

5. En los legados particulares, siendo conjuntos real y verbalmente los legatarios, si el uno no estaba vivo al tiempo del testamento, se acrece su parte al conjunto ó sustituto, si así lo dispone el testador, ó vuelve á los herederos del testador sin el gravamen (4), porque este no tiene raiz ó fundamento en que pueda afianzarse, y por eso se anula (5).

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. num. 38. Cras in §. *Jus acrescendi*, quæst. 10. Castill. *de usufruct.* cap. 48 num. 3 y sig.
2 Gom. dicho cap. 10. num. 39.
3 Cras. ibi, quæst. 29. Cancer. part. 2. *Var* cap. 22. num. 192 y sig.
4 Cardos. *de jure acrescend. in præludiis*, num. 15 al 17. Cancer. ubi supr.
5 Gom. cap. 10. num. 43. vers. *Secunda conclusio.*

6. Si uno de los legatarios estaba vivo cuando se otorgó el testamento y muerto al tiempo que falleció el testador, sucede al contrario: pues se acrece su parte al legatario conjunto ó sustituto, si asi es conforme á la voluntad del testador, y si no, vuelve á los herederos del testador con el gravamen, porque este fue válido al principio de su imposicion, mediante vivir el legatario al tiempo del testamento, por lo que dura y se conserva despues (1). Y lo mismo procede cuando vivia al tiempo del testamento y al del fallecimiento del testador, y despues fue excluso por la repudiacion ó por otra causa: porque ya tuvo raiz ó fundamento en su persona, y valió y se conservó.

7. Pero si los legatarios son conjuntos solamente con conjuncion real, pasa sin la carga al conjunto: porque el mero conjunto en la cosa legada no la adquiere del otro por derecho de acrecer, sino por su propio derecho y persona, mediante la voluntad y llamamiento del testador; y por el de no decrecer se conserva en él, y la retiene despues que el conjunto no la quiso (2).

8. Vendiendo ó enagenando uno de los legatarios conjuntos la parte de su legado, si el legatario repudia la suya, se acrece y pasa la que este repudió al comprador ó particular sucesor, y no al legatario conjunto: porque en este caso ningun derecho directo queda en este como en el heredero por la herencia, ni militan las razones inductivas del de acrecer; y asi la parte se debe acrecer á la parte. Acerca de otros varios casos en que no hay derecho de acrecer véase á Gregorio Lopez en la ley 33. tit. 9. Part. 6. glos. 6. *Nunc vero* &c.

9. Como la voluntad del testador puede variar hasta la muerte, puede revocar expresa ó tácitamente, siempre que quiera, los legados que hizo. *Expresamente* cuando en la misma disposicion, ó en otra posterior, dice que los revoca; ó revoca la disposicion en el todo, ó solo en cuanto á ellos; ó la cancela por sí propio, ó manda á otro que la cancele: mas no si este lo hace sin su orden (3). Y *tácitamente* cuando se infiere y presume de su voluntad (4). Lo cual procede aunque haya hecho tradicion de ellos, pues los puede revocar siendo hechos en última disposicion: mas no si lo son por contrato en sanidad (5).

1 Gom. dicho cap. y num vers. *Tertia conclusio.*
2 Gom. ibi, vers. *Advertendum est.*
3 Ley 39. tit. 9. Part. 6.
4 Gom. cap. 12. num. 56. Castill. lib. 4. *Controvers.* cap. 37. num. 11 al 38. y cap. 59 num. 8 y 9. Cancer part. 3. *Var.* cap. 20. num. 353 y sig. Covarr *in Rubr. de testam* part. 3. num. 19.
5 Gom ley 17 de Toro, num. fin.

10. Se entienden revocados, aunque no los revoque, cuando despues de hechos se originó enemistad capital y no leve entre el testador y el legatario; pero si luego se reconciliaren, se renuevan y convalecen por la nueva y tácita voluntad del legante.

11. Lo mismo procede cuando la cosa legada se pierde ó muere despues sin culpa del heredero, ni negligencia en su custodia: y dudándose si por su culpa se perdió, ó con su ciencia se escondió, debe dar seguridad de que hallada que sea la entregará. Y se entiende haber tenido culpa cuando no la guardó ni hizo guardar como sus mismas cosas, ó de intento tardó en entregarla, ó en esto tuvo negligencia: pues entonces perece por su culpa (1).

12. Igualmente se entiende revocado cuando por contrato lucrativo (v. gr. donacion) enagenó verdaderamente el testador en su vida la cosa despues de legada; pero si fue por contrato oneroso (v. gr. venta) y lo hizo por su mera y libre voluntad, se entiende tambien revocado: mas no si ha sido por necesidad (que en duda se presume), á menos que el heredero pruebe no haberla tenido (2). Lo cual se amplia aunque despues de enagenada la redima ó compre al que se la compró.

13. En los propios términos se entiende revocado el legado cuando lega lana, madera ó cosa semejante, y despues hace paño de la lana, y casa, nave ú otra cosa de la madera: porque dejan de ser lo que eran, y se trasforman en otras cosas (3).

14. Legando el testador un carro ó carreta que tiene su mula ó bestia para tirar de él, lo debe haber el legatario con esta, aunque de ella ninguna mencion haga cuando se lo lega. Pero si la bestia se muere, se revoca el legado, excepto que el testador en vida ponga otra en su lugar: pues entonces subsiste y queda firme por la subrogacion de esta en el de aquella (4); y asi se le debe entregar todo (*).

15. No se revoca el legado cuando despues de hecho empeña é hipoteca el testador la cosa legada; antes bien su herede-

1 Ley 41. tit. 9 Part. 6.
2 Leyes 17 y 40. tit. 9. Part. 6.
3 Ley 42. tit. 9. Part. 6. y leyes *Si cui lana*, y *Lana legata*. ff. *de legat.* 3.
4 Dicha ley 42. verb. *Otrosí decimos.*

* Tan extraño parece que legado el carro, se entienda legada la mula, como que muerta esta, subsiste el legado del carro; pero al cabo es doctrina deducida del derecho romano, del cual se trasladó á las leyes [illegible] que siguen los mejores intérpretes, no está derogada; y sobre todo ofrece en la práctica pocos inconvenientes, pues cuando la voluntad del legante es limitarse á legar el carro, lo expresa asi; y lo mismo hace cuando quiere que se comprenda la mula. Por tanto rarísima vez se verificará tal generalidad ó ambigüedad en el modo de explicarse el testador, que haya que poner en uso unas opiniones que no dejan de parecer repugnantes.

ro está obligado á desempeñarla y entregarla libremente al legatario, como he sentado en el párrafo 32 del capítulo antecedente: pues aunque la prenda ó hipoteca es especie de enagenacion, pero no lo es propia, plena y perfecta, porque no pasa su dominio al que da el dinero, antes bien queda en su dueño; lo que es al contrario en la verdadera venta y enagenacion: por lo que si se empeña por tanto como vale, y no hay esperanza de redimirla ó pagarla, es visto revocarse el legado, porque se supone vendida por ella (1).

16. Tampoco se revoca cuando legó la cosa y su valor, pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion. Ni cuando sin embargo de haberla enagenado, no la entregó, porque como subsiste en su poder, no se trasfirió su dominio por falta de tradicion. Ni cuando el nombre de la cosa legada y enagenada se impuso á otra, y el testador se refiere al tiempo de su muerte, v. gr. *lego mi siervo Juan que sea mio al tiempo de mi muerte*; pues si el que entonces tenia se llamaba asi, y lo enagena, y despues compra otro, y le pone el mismo nombre, vale el legado. Ni cuando no obstante que lo enagene lo recupera despues, y se remite al tiempo de su muerte: lo que al contrario si habla de presente. Ni cuando es legado de libertad: pues si el testador la lega á su siervo, y lo enagena voluntariamente y luego lo redime, se restaura su libertad. Ni tampoco pueden revocar ni repetir el testador ni sus herederos los legados que pagaron, á pretexto de haber sido hechos en testamento impuesto por razon de solemnidad y de ignorar esta excepcion que les favorecia, á menos que sean soldados, mugeres, menores ó labradores rústicos, pues á estos sufragarán dichas excusas (2).

1 Gom. ibi, num. 56. vers. *Secundo intellige.*

2 Ley 31. tit. 14. Part. 5. et ibi glos. 1.

CAPITULO VIGESIMO.

Del usufructo en las herencias y legados.

§. 1. ¿En que se diferencia el usufructo del legado ánuo?

2. ¿Debe el usufructuario pagar las deudas del propietario?

3. Si procede de última voluntad debe pagarlas.

4. Excepcion de esta doctrina.

5. ¿Quien debe pagar los réditos del censo impuesto sobre la finca de que se tiene el usufructo?

6. El usufructuario debe satisfacer las cargas de la finca.

7. ¿Que debe hacerse en el usufructo recíproco de marido y muger cuando el cónyuge viudo lo revoca?

8. El usufructuario de bienes que se consumen con el uso debe dar fianzas.

9. El testador no puede remitir las fianzas al usufructuario.

10. ¿Que se entiende por fianza de usar la cosa á juicio de buen varon?

11. El usufructuario no puede enagenar el derecho de usufructo; pero sí los frutos que produzca, disponiendo de ellos como dueño.

12. Tambien son suyos los productos de los ganados, y en qué forma.

13. Cuando el rebaño deja de serlo, se extingue el usufructo.

14. Son igualmente suyas las ganancias de los siervos.

15. ¿En que términos puede el usufructuario disponer de los bienes que se consumen con el uso?

16. ¿Como dispone de los que con el uso se deterioran?

17. ¿A que fianza y restitucion está obligado respecto de los referidos bienes?

18. Sobre el mismo punto.

19. ¿En que casos no está obligado el usufructuario á la fianza susodicha?

20. ¿Puede el propietario remitir la fianza al usufructuario por contrato?

21. El testador puede mandar á uno de sus herederos que dé fianzas por el usufructuario.

22. Casos en que no hay obligacion en el usufructuario de dar fianzas.

23. El testador puede dejar á varios individuos el usufructo de sus bienes igual ó desigualmente.

24. Cuando se lega á uno la propiedad y á otro el usufructo, corresponde la mitad de este al primero.

25. Excepcion de la doctrina antecedente.

26. Cuando al usufructuario se le lega el usufructo de una finca, se entiende legarle el de los aperos de su labor.

27. Si el testador tiene herederos forzosos, solo podrá legar el usufructo de la quinta parte de sus bienes.

28. Opinion de algunos autores sobre el punto precedente.

29. Al heredero usufructuario tocan los frutos existentes de los mismos bienes, otorgando de ellos competente fianza.
30. Pero si estan mostrados ó pendientes, los hace suyos sin obligacion de fianza ni restitucion alguna.
31. Caso dudoso en esta materia.
32. Cuestion sobre si en el usufructo de todos los bienes se comprenden los venales.
33. Opinion mas probable acerca de dicha cuestion.
34. Del derecho de acrecer en el usufructo.
35. En el usufructo hay derecho de acrecer aun despues de aceptado por el conjunto, si luego lo repudia.
36. Si marido y muger donan sus bienes reservándose el usufructo, no acrece la parte del cónyuge muerto al cónyuge que sobrevive.

1. El usufructo se diferencia del legado ánuo: lo primero, en que aquel se deja regularmente al usufructuario por toda su vida; pero el legado ánuo se hace solamente por ciertos años; y lo segundo, en que el usufructuario no hace suyos los frutos que deja pendientes cuando fallece, pues como personal se extingue con su persona, por lo cual para que sus herederos los puedan percibir, es indispensable que antes de su muerte esten cogidos ó separados del suelo; pero al que tiene legado ánuo tocan, aunque no lo esten; y asi muriendo despues de entrado el año, puede dejar íntegros los frutos de este á su heredero, porque los pendientes ó maduros aumentan el legado (1).

2. Como el usufructo ha de ser de los bienes propios del que lo concede, ¿se duda si el usufructuario de todos debe ó no pagar las deudas de este y los legados que haga? Y digo lo primero, que si el usufructo fue constituido por contrato en sanidad, no está obligado á satisfacerlas, ni sobre su solucion puede ser reconvenido, porque la accion y obligacion personales no siguen al particular sucesor y deudor. Y asi en este caso deben ser reconvenidos el propietario ó sus herederos; y no teniendo con que satisfacerlas, se venderá la alhaja en propiedad y usufructo, en caso que esté hipotecada á su seguridad; pues no estándolo, se venderá solamente la propiedad, á menos que se pruebe fraude en el deudor que enagena el usufructo, en cuyo caso este y aquella se venderán (2).

3. Y lo segundo, si se constituye en última voluntad está

1 Parlad. different. 29. num. 3. Castill. *de usufruct.* cap. 8.
2 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15. num. 8. Cras. *in* §. *Legatum.* quæst. 25. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 2. Menoch. lib. 4. præsumpt. 143. Castill *de usufruct.* cap. 59.

obligado el usufructuario á pagarlas de los bienes de la herencia, ya esten ó no hipotecados á su satisfaccion, y tambien los legados ánuos, y á costear el entierro y funeral del testador: porque el legado de usufructo se entiende únicamente de los bienes propios del que lo deja, de los cuales es válido; y no de los agenos que existen en su poder, ó á que es responsable (1): pues no se llaman ni son bienes del testador, sino el residuo líquido que deducido lo ageno sobra, y de esto se entiende usufructuario (2).

4. Se limita lo que se acaba de decir cuando el testador legó solamente á uno el usufructo de cierta finca, ó de otras cosas determinadas, ó de la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte, ú otra cuota de sus bienes: pues entonces no se han de pagar de ellos las deudas, sino de los demas de la herencia; y no queriendo satisfacerlas de estos el heredero propietario, lo ha de hacer de los suyos propios. Lo cual se entiende, excepto que el testador mande lo contrario, ó se infiera de su voluntad: pues en otros términos no está obligado el legatario al débito hereditario, sino solamente el heredero (3).

5. Si el testador dice: *dejo por heredero universal de mis bienes á mi hermano Pedro, para que los goce y posea por toda su vida, y para despues de este instituyo por heredero de ellos á Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andres*, y sobre sus bienes tiene impuesto censo al quitar, ¿á quien pertenece la satisfaccion de sus réditos anuales? Sobre lo cual hay variedad en el modo de pensar. Unos afirman que el instituido por su vida es verdadero heredero, con la obligacion de restituir despues de ella al otro heredero la herencia como fideicomiso (4). Y otros (á cuyo dictamen me inclino) dicen que no es heredero verdadero, sino solamente usufructuario (5).

6. Y como de ser heredero fiduciario con obligacion de restituir la herencia, ó usufructuario, resulta notable diferencia, porque siendo heredero gravado puede retener la cuarta *trebeliánica* de lo líquido, deducidas deudas, mas no siendo usufruc-

1 Gom. ibi. Parlad. lib. 2. *Rer. quotid.* part. 4. cap. fin §. 2. num. 8.

2 Gutierr. lib. 5. *Pract.* quæst. 3. num. 17 al 20.

3 Ayor. part. 2. quæst. 21. num. 67. Morquech. *de divis. bonor.* lib. 4. cap. 11. num 98 hasta el fin. Guerreir. *de inventar.* lib. 4. cap. 2. desde el num. 25. y Castill. *de usufruct.* cap. 58 y 59.

4 Jason in leg. *Extraneum.* Cod. *de hæredib. instituend* Greg. Lop. ley 15. tit. 3. part. 6. glos. 1. Molin. *de primog.* lib. 1. cap 14. num. 11. Gom. lib. 1. *Var.* cap 2. num. 9.

5 Paul. de Castr. cons. 460. Paul. de Montepío in leg. *Titia*, §. *Titia cum nubere.* ff *de legat.* 2. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 5. Parlad. dicha different. 29. num. 13.

tuario; se sigue de aqui, que el usufructuario, aunque no está obligado á pagar de su usufructo las deudas de la herencia, tiene que satisfacer rédito ánuo de la misma comodidad, ó frutos que de ellos percibe, porque de su producto líquido bajadas cargas es de lo que se instituyó usufructuario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que existen los frutos pendientes, tributo, gabela y otras cargas, aunque hayan sobrevenido al usufructo (1), por ser una cosa el pagar el gravamen anual de los mismos frutos, y otra muy diversa el liberar de él los bienes de la herencia, como seria satisfacer las deudas de esta, á lo que no está obligado; por lo que si redime el censo, puede su heredero retener los bienes hasta que el propietario le entregue su capital, y si no quiere pagar el rédito, y da lugar á que por él se ejecuten los bienes, puede el propietario redimirlo y retenerlos para sí despues de pagarlo (2).

7. Otorgando testamento de conformidad marido y muger, instituyéndose recíprocamente por usufructuarios, y para despues de sus dias por heredero á otro; si muerto el uno revocare el que sobrevive, como puede, su testamento (3), deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia del difunto: y la razon es porque en los contratos, en que há lugar la revocacion ó penitencia, no debe percibir lucro el que se vuelve atras; y siendo creible que el difunto se convino en dejar al que sobrevive el usufructo de sus bienes, porque iustituyó por heredero al otro, como él: una vez que se arrepintió y cesó la causa, debe tener lugar la repeticion de frutos por este (4); y asi sus herederos se lo pagarán.

8. Para poder gozar el usufructuario el usufructo que se le dejó de los bienes que no se consumen con el uso, ya sean muebles ó inmuebles, debe dar fianza, caucion ó seguridad de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservándolos de modo que por su culpa ó negligencia no se pierdan ni deterioren, y restituyéndolos, segun se le entregan, cuando espire el usufructo. Lo cual procede hasta para con el marido que es usufructuario de los de su muger (5) (*).

1 Ley 22. tit. 31. Part. 3. verb. *E si diezmo ú otro tributo*, et ibi glos. 5.

2 Parlad. different. 29. dicho num. 17 al fin.

3 Suar. in leg. *Quoniam in priorib. limit.* 5. ad leg. *Fori.* Alciat. in leg. *Licet.* Cod. *de pact.* Burg. de Paz, cons. 2.

4 Parlad. quæst. 7. per tot.

5 Ley 20. tit. 31. Part. 3. Castill. *de usufruct.* cap. 17. num. 4. y cap. 19.

* El usufructuario está obligado tambien á afianzar que usará de la alhaja ó finca con buena fe sin hacer en ella cosa alguna por la cual padezca detrimento, ó se pierda. Dicha ley 20, 21 y 22. tit. 31. Part. 3.

9. No puede el testador remitirle esta fianza, si le deja el usufructo en última voluntad: lo primero, por evitar el dolo futuro, pues seria motivo de que abusando de la remision disipase los bienes, como que se le ponia en la ocasion de delinquir (1). Lo segundo, porque su voluntad es que el usufructuario conserve la propiedad de ellos para el propietario; y no pudiendo haber seguridad de que esto se verifique, si no interviene la fianza ó caucion, es visto que por esta razon no puede remitirla. Y lo tercero, porque siendo así que su ánimo es no dejarle mas que el usufructo, se sigue de remitírsela, que le concede tácita facultad para usar á su arbitrio de los bienes, cuya propiedad quiere por otra parte esté siempre ilesa y salva para el propietario: lo cual implica (2).

10. El modo de usar el usufructo à arbitrio de buen varon es cuidar de los bienes muebles y tratarlos como suyos, y en cuanto á los raices, labrar las tierras á los tiempos oportunos, y á toda ley, como buen labrador, plantar árboles en lugar de los que se sequen, pierdan y arranquen, y hacer en las casas y demas edificios los reparos que necesiten para su conservacion, y evitar su ruina; y si las arrienda el usufructuario (pues puede hacerlo), que sea persona de buena vida (3); y en estos términos ha de constituir la fianza. En cuanto á si el usufructuario podrá ó no hacer cortas en los árboles de los montes ò bosques dados en usufructo, cuya utilidad consiste en cortarlos, y en que de sus raices ó del tronco renazcan otros, véase á Gutierrez (4).

11. Al usufructuario pertenecen los frutos naturales y civiles de los bienes de que se le deja el usufructo, y como dueño de ellos puede arrendarlos, donarlos y disponer de ellos á su arbitrio (5); pero no es dueño de enagenar el derecho de usufructo, y si lo hiciere, le perderá y pasará al propietario. De las casas, molinos y edificios, son suyos los alquileres; pero á costa de estos ha de repararlos de lo necesario para su conservacion temporal. Previniendo que el usufructuario convencional no está obligado á hacer los reparos mayores, que conciernen á su perpetua utilidad: pues estos tocan al propietario; por lo que si en

1 Gutierr. in leg. *Nemo posset*, 55. ff. *de legat.* 1. num. 279. Roland. *de inventar.* quæst. 36. num. 1. quæst. ult. num. 2. y cons. 92. num. 2. lib. 1. Molin *de primog.* lib. 1. cap. 15. num. 27. Castill. *de usufruct.* cap. 11. num. 2. y cap. 15.

2 Castill. dicho cap. 15. num. 30 y 31. *Pagas forens.* cap. 15. num. 239. Guerreir. *de invent.* lib. 4. cap 2. num. 24.

3 Leyes 22 y final. tit. 31. Part. 3.

4 *De tutelis.* Part. 3. cap. 27.

5 Leyes 20 y 27. tit. 31. Part. 3. Dicha ley *Usufructo legato.*

ellos hiciere gastos grandes puede repetirlos de este, como que los hizo en su nombre, y como su procurador: lo propio milita en las hechas en pleito por defender ó reivindicar los bienes (1). Lo cual es al contrario en el usufructuario legal, v. gr. el padre que tiene el usufructo en los bienes de su hijo, pues está obligado à ejecutarlos (2). Y sobre cuáles se llaman reparos mayores ó menores se debe dejar al arbitrio del juez para que los gradúe, atendida la cualidad de la cosa, sus frutos ó producto y los gastos, y no de otro modo: acerca de lo cual, y de si estará ó no obligado á los gastos de pleitos, véase al señor Castillo (3). Pero es de advertir que aunque al usufructuario corresponden todos los frutos de los bienes que usufructúa, mas no el aumento, sino en cuanto al usufructo: porque sigue la finca á que se agrega, y toca al propietario; y asi ni aun de este aumento tendrá el usufructo, si está separado de ella (4), porque no se le dejó el testador, por no ser suyo cuando murió (*).

12. De los bienes semovientes productivos, v. gr. vacas, yeguas, cabras, ovejas, abejas &c., debe percibir tamdien el usufructuario, y le tocan, no solo la lana, leche, miel, cera y manteca que producen, sino las crias ó hijos que procrean; pero en caso de fallecer ó inutilizarse las madres, aunque sea sin culpa suya, está obligado á sustituir y reemplazar de los mismos hijos otras tantas cabezas como las muertas ó inutilizadas; y lo mismo procede con los peces que existen en los estanques, pues pueden pescar y matar algunos (5) porque nacen otros, y por la subrogacion de los cuerpos de estos se renuevan y perpetúan los primeros peces del estanque, y las madres de las crias de los demas animales productivos referidos, y se contemplan los mismos (6). Lo cual en cuanto á las madres muertas se entiende cuando se le deja genéricamente el usufructo de algun rebaño; pues siendo solamente de algunas cabezas ó animales en particular, no tiene obligacion de conservarlas, ni en caso de fallecer, de suplir las que se mueran, porque con su muerte se extingue

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15. num. 7. vers. *Item adde*, et ibi. Ayllon num. 8 vers. *Quod usufructuarius*. Greg. Lop en la ley 22. tit. 31. Part. 3. glos. 1 y 7. Pinel. in leg. 1. Cod. *de bon. matern.* part. 2. num. 72.

2 Gom. ibi, vers *Nec obstat.*

3 *De usufruct* cap 55, 56 y 67.

4 Baez. *de decima tutor.* cap. 24. num. 10.

* Es de advertir que el tesoro hallado en el fundo que usufructúa el usufructuario, no es fruto sino aumento del fundo; y asi el propietario ó el usufructuario que lo halle, llevará la cuarta parte, y no mas, haciendo lo que preceptúa la ley 3. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

5 Cæpola *de servit. rusticor. pradior.* cap. 42 num. 6.

6 Gutierr. *de tutel* part. 3. cap. 27. num. 25 al 28.

su usufructo (1); y si no nacieren hijos, no estará obligado al reemplazo ó suplemento (2). Y lo mismo milita cuando no son animales productivos, v. gr. bueyes, caballos, machos, carneros, sin sus hembras, por lo que muriéndose, se extingue su usufructo por la propia razon, y porque por diligente que sea el hombre, no depende de él la conservacion de su vida: y asi no estará obligado á su restitucion ni á la de su valor, excepto que haya tenido culpa en su muerte.

13. Si habiéndose legado un rebaño al usufructuario pereciesen tantas cabezas que ya deje de serlo, y no se le pueda graduar de tal, se extingue su usufructo: mas no si una ú otra fallece. Y sobre cuando se diga que es ó no rebaño, se debe dejar al arbitrio del juez sabio y prudente, atendida la costumbre del pais, y haberes del testador (3).

14. Corresponde igualmente al usufructuario, y hace suyas las obras que los siervos ejecutan, ó lo que ganan y adquieren con su industria y trabajo: mas no lo que alguno les lega ó dona, á menos que conste de la voluntad del donante. Asimismo no le corresponden los hijos que las siervas procrean: porque estos no son frutos sino aumento de los bienes que usufructúa, el cual cede á favor del propietario, que es su dueño, y el usufructuario no tiene dominio, cuasi dominio ni otro derecho que el de servidumbre en dichos bienes; y ademas de no ser frutos los que no renacen, siendo como es el hombre dignísima criatura, y la causa de la produccion del fruto natural, seria absurdo y oprobio el que se le numerase entre los brutos y comparase con ellos; por cuyas razones, aunque es mas tener el usufructo que el fruto de la cosa (4), no son suyos los partos de las siervas (5).

15. De los bienes que se consumen con el propio uso, por no poderse conservar mas de tres años, y consistir en número, peso ó medida, v. gr. aceite, miel, vino, trigo y demas semillas, puede usar tambien y disponer á su arbitrio. Pero como el usufructo de ellos es el uso de las mismas cosas, y no pueden usarse ni usufructuarse sino gastándolas y consumiéndolas (por lo que se llama *cuasi usufructo*), para constituir la fianza el usufructuario se deben apreciar previamente por lo justo; y

1 Castill. *de usufruct.* cap. 27. num. 11 al 15. Gom. cap. 15 cit. num. 7. et ibi Ayllon, dicho num. 8.

2 Ley 21. tit. 11. Part. 4. glos. in §. *In pecudum*, Institut. *de rerum division.*

3 Connan. *Commentar. jur.* lib. 4. cap. 2. num. 5. Castill. ibi, num. fin.

4 Baez. *de decima tutor. præstanda*, cap. 23. num. 4.

5 Ley 23. tit. 31. Part. 3.

hecho, la constituirá de volver el precio en que se valuaron; y si no se aprecian ha de ser de restituir otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número, cuando espire el usufructo (1), y no constituirse alternativamente en cualquiera de los dos casos, como con equivocacion afirman algunos. Y si es dinero, ha de darla de volver la misma cantidad que recibió (2).

16. Y de los que no se consumen, sino que se deterioran y envejecen con el uso, v. gr. alhajas de plata, oro, diamantes, vestidos, tapices, cortinajes, ropa blanca, trastos ó muebles de casa, coches y otras semejantes (en los que no puede constituirse propia y adecuadamente el usufructo, porque nada producen sino impropiamente), pertenece igualmente el usufructo al usufructuario, y debe dar fianza de usarlos à arbitrio de buen varon (3).

17. ¿Pero en que términos ha de hacer su restitucion, y constituir por consiguiente la fianza? Está obligado, segun unos, à volver la estimacion que se les dé; porque tasándose, se le trasfiere su dominio, y pasa á la clase de legado de cantidad. Segun otros, cumple con restituirlos en el estado en que se hallen al tiempo que el usufructo espire: y solo estará obligado à responder de su deterioro en caso que por su culpa ó negligencia lo padezcan, y no de otra suerte (4). Y à la verdad este parecer es conforme à la intencion del testador, que quiso beneficiar el usufructuario, pues en todas estas cosas nada mas tiene que el mero uso; y de estar obligado á volverlos en su estimacion, lejos de experimentar utilidad, se le causaba perjuicio, carga y gravamen en custodiarlos, conservarlos, y pagar en dinero lo que vendidos no sacará por ellos, como sucede, pues nunca se da en venta por los muebles la cantidad de su aprecio, antes bien se baja la tercera ó cuarta parte, ó la mitad, segun su calidad, hechura y estado. Y asi me adhiero à esta segunda opinion, que he visto practicar siempre (5).

18. Pero si los referidos bienes muebles perecen y se consumen enteramente, aunque sea sin dolo ni culpa del usufructuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que constituyó la fianza y recibió su usufructo: porque ha de usarlos y disfru-

1 Castill. *de usufruct.* cap. 17. num. 9 al 19. Gracian. regul. 279. num. 6.

2 Castill. ibi, num. 7 y 8.

3 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15 cit. num. 3. Ayllon ibi, num. 4. vers. *Magna est autem.*

4 Ayor. *de partit.* part. 2. quæst. 24. num. 74. Parlad. diff. 29. num. 23. Fachineo lib. 8 *Controv.* cap. 41.

5 Castill. *de usufruct.* cap. 17. desde el num. 24 y cap. 51. Cancer. part. 3. *Var.* cap. 20 desde el num. 211. Ayor. part. 2. y varios otros.

tarlos, reservando siempre su propiedad y sustancia; y de aniquilarse ó perecer está obligado á su estimacion, y mas cuando puede conservarlos, pues se presume que à lo menos tuvo negligencia culpable en dejarlos perecer, y no los usó á arbitrio de buen varon; por lo que conviene que antes que se le entreguen, se estimen por lo justo en venta con su intervencion (1). Lo cual concibo no debe militar para con los animales no productivos, por la razon expuesta en el párrafo 12.

19. No está obligado el usufructuario á dar la fianza expresada, si es tan pobre que por solo serlo, no encuentra quien le fie; en cuyo caso siendo de buena vida y costumbres, basta su caucion jurada de usar los bienes á arbitrio de buen varon, como es obligado, y restituirlos á su tiempo segun por derecho se manda. Pero si es sospechoso de fuga, ó de conducta irregular, ó forastero, se deberán secuestrar y depositar en persona lega, llana y abonada á arbitrio de juez, ó en el propietario de quien perciba el usufructo, y por cuya recta administracion no perezca, ni se deteriore la propiedad (2); y esto es lo mas seguro.

20. Aunque siendo constituido el usufructo en última voluntad, no puede el testador remitir la fianza, ni relevar al usufructuario de darla, porque está prohibido por las razones expuestas en el párrafo 9; pero si se constituye por contrato en sanidad, dicen los autores (3), que se puede remitir: yo dudo de la certidumbre de su opinion, porque la ley (4) romana, de que se deduce esta doctrina, al parecer dice que lo mismo se debe practicar en un caso que en otro, á lo que me inclino.

21. Si el testador lega á alguno el usufructo de sus bienes, y manda á uno de sus herederos que afiance al usufructuario, si extinguido el usufructo pagare algo por este el heredero que constituyó la fianza, no tendrá por ello accion ni repeticion contra los coherederos: porque no lo hizo de su orden ni en su nombre, sino en cumplimiento del precepto del testador (5). Y lo mismo que queda expuesto en cuanto al legatario de usufructo, se debe observar en otros casos por la razon mencionada, pues de lo contrario con facilidad podia el testador eludir y

1 Parlad ibi, num. 24.

2 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15 num. 3. vers. *Item adde.* Salgad. part. 1. *Labyr.* cap. fin. num. 158. Castill. *de usufruct.* cap. 18. per tot. Cancer. part. 3 *Var.* cap. 20. ex num. 218. Barbos *in collectan.* lib. 4. Cod. *de usufruct.* num. 6.

3 Menoch. *de succession. creat.* lib. 1. §. 7. num. 34. Gom. ibi, vers. *Et adde quod prædicta satisdatio.* Castill. *de usufruct.* cap. 15. Guerreir. *de inventar.* lib. 4. cap. 9 num. 16 y 17.

4 Ley 4. Cod. *de usufruct.*

5 Jason in leg. *Quod dictum*, ff. *de pact.* num. 10. Fabian *de emption. et venditione* part. 3 al principio, num 63.

defraudar por este medio las leyes que le prohiben remitirle la fianza (1).

22. No necesita el usufructuario dar la fianza en cuatro casos: el primero, cuando no se duda que ha de venir á él ó sus herederos la propiedad de los bienes; el segundo, cuando el fisco queda por usufructuario, porque siempre es idóneo para pagar y volver los bienes al propietario; el tercero, cuando el padre tiene el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, que por *derecho pleno* le toca, pues para disfrutarlos no se le pide, porque ningun derecho le obliga á darla; y el cuarto, cuando el usufructo no ha de volver al propietario ó verdadero heredero del testador.

23. El testador puede dejar à uno solo ò à muchos el usufructo de sus bienes, y todos lo gozarán con igualdad ó segun la parte que señale, porque es divisible y puede competirles parcialmente, y asi pueden dividirlo entre sí, ò arrendarlo y partir el producto del arrendamiento. Pero si lo lega á muchos alternativamente por años, será preferido el que antes esté nombrado, y deberá gozarlo primero que el segundo, y asi los demas por su orden (2); y si alguno de estos fallece antes que le toque entrar al goce, no tendrán derecho alguno á él sus herederos, porque no lo adquirió por su muerte anticipada.

24. Puede legar tambien simplemente ò sin condicion á un sugeto la propiedad de una finca y á otro el usufructo, en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad íntegra sino la mitad del usufructo, y el usufructuario la otra mitad de este; de modo que ambos acudirán igualmente á su percibo, no mandando el testador lo contrario. Y la razon es porque la finca consiste en la propiedad y el usufructo juntamente; y como por el hecho de legar al uno la finca, es visto legarle no solo la propiedad sino el usufructo, que es el todo integral; y legando este solamente al otro, parece que le lega tambien la finca que legó à aquel; por eso como conjuntos en la misma cosa (que es el usufructo), concurren y son admitidos igualmente á su percepcion y disfrute (3).

25. Pero no sucederá esto cuando génerica y universalmente lega à uno ciertos bienes, v. gr. siervos, caballos &c., ó le instituye por heredero usufructuario de todos sus bienss, y des-

1 Roman. singular. 798. Segur. in leg. *Si ex legati causa*, num. 73. ff. *de verbor. obligation.* Parlador. dicha different. 29. num. 21.

2 Gom. dicho cap. 15. num. 41. et ibi. Ayllon.

3 Gom. dicho cap. 15. num. 5. Castill. *de usufruct.* cap 47. num. 1 al 4.

pues lega á otro alguna cosa de las de aquella especie, ú otra determinada en propiedad y usufructo: porque este legado específico deroga el génerico en aquella parte, y separa de él la cosa legada. Ni cuando lega à uno cierta cosa íntegra, y luego á otro parte cierta de aquella cosa, v. gr. el fundo íntegro al primero, y despues la tercera, cuarta, quinta ó sexta parte de la propia finca al segundo (1). Ni tampoco cuando lega á uno el usufructo de todos sus bienes, y à otro el de una finca solamente; pues aquel no concurrirá con este: porque aunque el género se deroga por la especie, esto se entiende cuando ambos recaen sobre un mismo derecho, mas no recayendo sobre derecho diverso (2).

26. Si el testador lega el usufructo de un fundo ó una finca al usufructuario, es visto legarle no solo el goce de sus frutos ó su usufructo, sino tambien el de los instrumentos y aperos necesarios que tenia diputados para labrarla, v. gr. mulas ó bueyes, arados &c. Y lo propio milita si tenia trigo separado y destinado para sembrar en ella, pues todo se entiende comprendido en el legado de usufructo bajo la obligacion de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza (3) (*).

27. Dejando el testador por herederos de todos sus bienes á sus hijos, y por usufructuaria de ellos á su muger ó á otro extraño, valdrá el legado del usufructo en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente sin compensacion con la propiedad: pues porque quiera que su muger goce de él íntegramente, no se les debe imponer gravamen en su legítima, ni perjudicar en la propiedad y usufructo de esta (4), la cual no se comprende en aquel, à menos que conste de la voluntad del testador. Y lo mismo procede en cuanto al tercio para con los ascendientes legítimos (5).

28. Y aunque Ayora (6) y otros dicen que el legado de usufructo de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor ó estimacion no exceda del quinto de la hacienda

1 Carcer. part. 3. *Var.* cap. 20 ex num. 11. Gom. dicho cap. 15. num. 5.

2 Mantic. *de conject.* lib. 9. tit. 6. num. 23. Menoch. lib. 4. præsumpt. 140. num. 36. Castill. *de usufruct.* dicho cap. 47. num 13 al 16

3 Greg. Lop. en la ley 20. tit. 31. Part. 3. glos. 8. Menoch. cons. 140. num. 21 al 23.

* El reformador de Febrero tiene por improbable este caso, y el adicionador tratando de justificar al autor se explica en términos ininteligibles. Ciertamente el caso es raro, y el que quiera enterarse de las razones en que se funda dicha doctrina puede leer á Gregorio Lopez en la ley 20. tit. 31. Part. 3. glos. 8.

4 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 11. num. 26. vers. *Sed his non obstantibus.*

5 Merquech. *de divis.* lib. 4. cap. 11. num. 44 al 56. Gutierr. lib. 5. *Pract.* quæst. 18. num. 4 al 12.

6 *De partition.* quæst. 21. num. 70 hasta el 75.

del testador, y se fundan en que puede dar su importe al legatario en dinero ó en los mismos bienes, y á los herederos de su legítima en propiedad y usufructo, haciendo la regulacion y computacion por la vida del usufructuario, segun la forma por derecho prescripta en casos semejantes, porque lo útil no se vicia por lo inútil (1); y siempre es visto que el testador elige los medios, por los que valga el acto y no se frustre su voluntad; esto se entiende cuando claramente consta que quiso se hiciese la compensacion, pues en este caso valdrá el legado existiendo los hijos y compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras cuatro partes, de tal suerte que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto, debe consentir el legado del usufructo de todos los bienes en cuanto no exceda de aquel su importe, ó contentarse con su legítima en propiedad y usufructo; pero en caso de duda, y no constando cual fue la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número precedente, como opinion mas comun y conforme à nuestro derecho (2).

29. Cuando el testador deja à alguno el usufructo de todos sus bienes, se comprenden en el legado no solo los mismos bienes muebles y raices, sino los frutos cogidos y separados del suelo, y las rentas ó pensiones que de ellos dejó vencidas: porque todos son herencia del difunto, y asi tocan al legatario ó usufructuario como tal, y los debe llevar otorgando la respectiva fianza; y si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y de su importe constituirla, pues estas no son frutos. Lo cual se entiende ya sean propias del testador ó agenas las fincas sembradas, pues siendo arrendadas deberá pagar el arrendamiento del fruto como hipotecado tácitamente à su responsabilidad.

30. Pero si al tiempo de su muerte estan pendientes y mostrados en las porciones ó árboles, los debe percibir para sí sin obligacion de afianzar ni de restituirlos: pues los hace suyos porque se contemplan una misma cosa con estos é incremento de ellos, à causa de ser inseparables, y no cosa distinta ni separada, atendido el estado actual de las fincas, y no en otro concepto, ni hablando absolutamente (3), y el derecho no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre. Lo cual

1 Regla *Utile per inutile. De regul. jur.* in 6.

2 Castill. *de usufruct.* cap. 45. num. 14 y 15. Gutierr. dicho lib. 5. y quest 18. ex num. 13. Morquech. *de divis. honor.* lib. 4 cap. 11. desde el num. 44.

3 Gom. en la 40 de Toro, num. 74. vers. *Quint. facit.*

se entiende no mandando el testador lo contrario, ò no disponiendo de ellos en otra forma, pues entonces se debe observar su voluntad (1).

31. Si el marido dejó à su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre estos cierta porcion de dinero, y sus herederos ignorando lo que habia dispuesto por estar muy distantes lo dieron á censo, ò lo emplearon en algun tráfico, negocio ó compañía; ¿ podrá la muger pretender por razon del legado de usufructo, y se le deberán entregar todos los réditos ó utilidades del dinero dado á censo ó empleado, ó solamente su capital? Respondo que no llevará cosa alguna por razon de los réditos ó utilidades: y la razon es porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que deja al tiempo de su muerte, y no despues que se aumentó con las utilidades que produjo (2).

32. Dejando simplemente el testador à su muger ó à otro el usufructo de todos sus bienes muebles, se duda si se comprenden los venales ó mercaderías destinadas para vender. Unos (3) dicen que no, y que asi no llevará el usufructo de ellos, porque no es visto estar comprendidos en el legado general. Otros (4) convienen en lo mismo, excepto que todos los bienes del testador sean venales, pues en este caso se comprenden en el usufructo, y asi lo llevará de ellos el usufructuario.

33. Y otros conciliando las opiniones afirman que si el testador dice que deja ó lega el usufructo *de todos sus bienes*, sin limitar ni exceptuar algunos, se comprenden todos, aunque sean venales, porque quien todo lo abraza nada excluye, y que si omite la palabra universal *todos*, no se comprenden los venales, por lo que solo de los demas llevará el usufructo (5). Bien que aunque omita la palabra *todos*, y diga solamente *lego el usufructo de mis bienes, ó lego mis bienes muebles*, concibo que deben entenderse todos sin excepcion, ó todos los de la clase que especifica, porque la palabra ó proposicion indefinida equivale á la universal (6), y en el legado de usufructo se comprenden muchas cosas.

34. Al modo que en cuanto à la propiedad y pleno dominio há lugar el derecho de acrecer, del mismo modo en el usufructo,

1 Castill. *de usufruct.* cap. 42.
2 Avor. part 2. quæst. 22. num. 76.
3 Parlad. diferent 29. dicha, num. 20. Ayor. part. 2. quæst. 14. num 78
4 Alex en la ley *Generali*, inserta §. 1. Jason en la 1. Cod. *de verbor. significat.*
5 Menoch. lib. 4. præsumpt 137. num. 6. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 5. Decio en la ley 1. num. 18 ff. *de regul. jur.* Guerreir. *de divis.* lib. 5 cap. 3. num 73.
6 Covarr. Pinel y Menoch. ubi supr. Castill. *de usufruct.* cap. 36, 37 y 38.

con la diferencia y ampliacion de que aunque en la propiedad no lo tiene entre los conjuntos con conjuncion legal, en el usufructo es al contrario, pues lo tiene como derecho personal coherente à la persona, á la cual se mira y atiende siempre, y mientras vive dura el derecho y causa de su adquisicion. Pero no habiendo conjuncion de personas por la ley ni por el hombre, ni há lugar á la propiedad ni usufructo.

35. Sin embargo de que en la propiedad cuando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia no se acrece al otro, en el usufructo es al contrario; por lo que si el testador deja à dos ó mas por usufructuarios, aceptan todos sus partes, y despues de aceptadas repudia uno de ellos la suya, ó se muere, ó falta por otro motivo, se acrece su porcion al otro, y no se consolida con la propiedad hasta que todos fallecen, y se extingue el usufructo (1), porque en la propiedad, una vez adquirida, está perfecta y consumada la adquisicion; pero el usufructo no se adquiere plena y perfectamente, porque tiene causa y trato sucesivo que es al dueño à quien debe pasar, el cual ha de esperar hasta que se consolide; y mientras tanto, como no hay adquisicion plena y perfecta, no tiene lugar el derecho de acrecer, sino como en cosa imperfecta y no plenamente adquirida; y por eso se puede llamar mas poderoso el derecho de acrecer que el de la consolidacion (2).

36. Si marido y muger hicieren donacion à alguno de todos sus bienes, reservándose su usufructo, y muriese uno de los donantes antes que el donatario, ¿tocará ó no al que sobrevive todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer, y lo gozará durante su vida, ó solamente la mitad? No há lugar este derecho en el caso propuesto, y por consiguiente percibirá el donatario íntegramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, y el sobreviniente nada mas que el de los suyos privativos; porque el difunto ninguna parte le dejó en el usufructo de los que le pertenecian (3); pero si la hubiese dejado, se observará su voluntad.

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10 num. 40.
2 Castill. *de usufruct.* cap. 48. Gom. dicho cap. 10. num. 42. et ibi Ayllon.
3 Parlad. different. 29. dicha, num 19.

CAPITULO VIGESIMOPRIMERO.

De las cuartas trebeliánica y falcidia.

§. 1. Motivos que indujeron al establecimiento de estas disposiciones legales entre los romanos.
2. ¿Que abuso se procuró cortar por medio del Senadoconsulto trebeliánico, y qué es cuarta trebeliánica?
3. Nuestras leyes adoptaron esta disposicion, y en qué términos.
4. Lo dicho se entiende del fideicomisario extraño: mas no si fuere hijo del testador.
5. Si el heredero fideicomisario no acepta espontáneamente su cargo, no há lugar á la cuarta trebeliánica.
6. Abuso que atajó la ley falcidia, y cuál fue su disposicion.
7. Si el testador tiene herederos forzosos, no há lugar la cuarta falcidia.
8. No puede deducirse de los legados aplicables á obras pias, á militares en campaña &c.
9. Si la cosa legada no admite cómoda division, se sacará la cuarta parte del valor en que se aprecie.
10. A la rebaja de la cuarta falcidia debe preceder la formacion de inventario y pago de deudas, pena de perder el derecho à ella.
11. Otros casos en que se pierde este derecho, y cláusulas que debe emplear el escribano para evitar ambigüedades.

1. Habiéndose observado entre los romanos que los testadores se valian de dos medios para defraudar de la herencia á los mismos herederos que instituian, resultando á estos mas bien perjuicio que utilidad de semejantes instituciones, se trató de cortar este abuso por medio de leyes oportunas.

2. Uno de estos medios era nombrar heredero fideicomisario mandándole que entregase la herencia á otro ú otros, de modo que él se quedaba sin derecho á la mas leve parte de la misma. Para ocurrir à este inconveniente se estableció el Senado consulto trebeliano, por el cual se mandó que el heredero fideicomisario pudiese deducir para si la cuarta parte de los bienes del testador, y es la que se llama *cuarta trebeliánica*.

3. Nuestras leyes adoptaron esta disposicion, declarando el modo de deducir la cuarta trebeliánica, que es el siguiente: si el testador lega al heredero alguna cosa, debe tomarse en cuen-

ta su valor para la deduccion de aquella. Lo mismo se hará con el importe de los frutos de la herencia que hubiere percibido antes de entregarla, en términos que si estos ascendieron al valor de la cuarta parte del caudal, no tiene derecho á una nueva deduccion. Si los frutos excedieren del valor de la cuarta parte, los hará suyos el fideicomisario, si el testador mandó entregar la herencia á dia cierto, y lo ejecutó aquel, y tambien si la retuvo por omision del heredero en pedirla; pero si fue moroso en entregarla por utilizarse de su producto, deberá restituir al heredero el exceso del importe de este (*).

4. Lo dicho acerca de los frutos de la herencia se ha de entender respecto del fideicomisario extraño; pues si este fuere hijo del testador, hará suyos los productos que diere la herencia antes de entregarla, sin que se tomen en cuenta de su legítima, la cual debe sacarse íntegra del cuerpo del caudal, aunque el testador lo haya dispuesto de otro modo (1).

5. El derecho de deducir la cuarta trebeliánica se entiende en el caso de que el fideicomisario acepte voluntariamente su cargo; pues si lo hiciere apremiado por el juez, nada podrá deducir. Se previene que en todo caso debe el fideicomisario contribuir al pago de las deudas del testador á prorata de la cuarta que percibe.

6. El segundo abuso consistia en distribuir de tal modo en legados la herencia, que no le quedaba al heredero cosa alguna. Para atajarle se promulgó la ley falcidia, llamada asi del tribuno Cayo Falcidio que la propuso, y en ella se mandó que cuando al heredero le quedase en la herencia menos de la cuarta parte de su importe, pudiese retener para sí esta cuarta parte, deduciéndola de los respectivos legados ó fideicomisos (2). Por dicha ley, que está en observancia entre nosotros, el heredero extraño, cuya herencia se halla tan recargada de mandas que le queda menos de la cuarta parte de su valor, puede retener en su virtud hasta la cuota referida, sacando la cuarta parte de cada una de las mandas, y apropiándosela por la sola razon de haber sido nombrado heredero (3). Mas para hacer la deduccion se ha de atender al valor de los bienes al tiempo de la

* El reformador de Febrero omite este tratado por considerarle inútil, pero nuestras leyes que adoptaron esta doctrina, estan vigentes, y en nada se opone á ellas la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., que aquel cita.

1 Ley 8. tit. 12. Part. 6.

2 Tit. Cod *ad leg. falcidiam*, cap. *Quadam*, 6. dist. 2.

3 Ley 1. tit. 11. Part. 6.

muerte del testador: porque sus aumentos ó desfalcos posteriores son de su cuenta, y no de la de los legatarios (1).

7. Si el testador tiene herederos forzosos, no há lugar la cuarta falcidia: porque debiendo llevar estos completa su legítima, nunca caben otros legados que los que en su caso admita el tercio ó el quinto, segun queda explicado (2).

8. Tampoco puede deducirse, segun nuestras leyes, de las mandas hechas á lugares piadosos, socorro de pobres ó redencion de cautivos: ni de lo que se lega á un militar que está en campaña, aunque nada le quede al heredero (3): ni de lo que entrega este por mandato reservado del testador al que tiene prohibicion de heredar; pena que impone la ley al heredero por haberle obedecido en lo que no debia (4): ni de lo que queda vinculado: ni de la dote que un marido lega á un tercero para que le entregue á su muger: ni de lo que mande dar de sus bienes à alguna para que la sirva de dote.

9. Si la cosa legada no tiene cómoda division, se deducirá la cuarta parte del valor en que se aprecie, y no podrá el heredero tomar todo un legado por razon de la cuarta de los restantes sin consentimiento del legatario: pues en rigor solo le corresponde la cuarta parte de cada uno de ellos (5). Si paga por entero algun legado por creer que el remanente de todos ellos es bastante, no puede menos de cumplir los que faltan, á menos de descubrirse alguna deuda de que no habia noticia, pues en este caso retendrá de los que no esten satisfechos la parte que sea menester para cubrir su cuarta (6).

10. A la deduccion de la cuarta falcidia debe preceder la formacion de inventario y el pago de deudas. Si omite el heredero su formacion no tiene derecho á ella, y debe cumplir íntegramente los legados y pagar á los acreedores del difunto (7). Si las mandas estan pagadas y no las deudas, deben estos repetir primero contra los legatarios y despues contra el heredero (8).

11. En los casos en que pudiera deducir el heredero la cuarta falcidia, perderá el derecho á retenerla cuando maliciosamente cancelare el testamento ó las mandas, ó bien ocultare ó negare alguna cosa de las legadas, ó el testador le prohibiere *expresamente* su deduccion (9). Mas si no estando expresa

1 Leyes 1 y 3. tit. 11. Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 26.
2 Leyes 17. tit. 1. y 4. tit. 11. Part. 6.
3 Ley 4. tit. 11. Part. 6.
4 Ley 5. tit. 11. Part. 6.
5 Ley 2. tit. 11. Part. 6.
6 Ley 6 tit. 11. Part. 6.
7 Leyes 2 y 7. tit. 11. Part. 6.
8 Ley 7. tit. 6. Part. 6.
9 Ley 6. tit. 11. Part. 6. Greg. Lop. en ella.

la prohibicion, el nombramiento de heredero está concebido en la cláusula de estilo: *y despues de cumplido y pagado todo lo contenido en este testamento, en el remanente de mis bienes muebles, raices y derechos nombro por mi heredero á Pedro* &c., podrá deducir este la cuarta parte, aunque muchos autores dicen que debe contentarse con lo que le quede. Mi opinion se funda: 1.° en que la ley se la concede por solo el hecho de ser instituido, y no debe ser de peor condicion que los legatarios, sino al reves; 2.° porque dicha cláusula se extiende asi por costumbre, y no por voluntad de los testadores; 3.° porque en el hecho de no usar estos la facultad que les da la ley para prohibir al heredero la deduccion de la cuarta, es visto habérsela concedido. Para evitar dudas cuidará el escribano de extender la institucion de herederos extraños, diciendo: *nombro por heredero de mis bienes, raices, derechos y acciones que se hallen al tiempo de mi muerte á Pedro* &c., suprimiendo las cláusulas anteriores (1).

CAPITULO VIGESIMOSEGUNDO.

De los codicilos.

§. 1. Que cosa es codicilo.
2. No debe nombrarse heredero en el codicilo.
3. Los codicilos pueden ser dos ó mas sin perder ninguno su validez.
4. El codicilo puede ser abierto ó cerrado.

1. El codicilo *es un escrito que hace el testador despues de otorgar el testamento, con el fin de aclarar ó mudar algunas de las disposiciones en él contenidas.* De esta definicion se infiere que el testamento debe preceder, pues el codicilo no es mas que una especie de apéndice que lo aclara ó rectifica. Sin embargo, la ley de Partida reconoce tambien por codicilo el que se otorga antes del testamento, en cuyo caso es válido cuando asi lo expresa el último: mas si no se hiciere mencion en él del tal codicilo, quedará enteramente revocado. Cuando se otorgó el codicilo, y despues no se hizo ningun testamento, seserá válido aquel, á menos que se revoque por otro codicilo posterior (2). El que es capaz de testar puede hacer codicilo, con

1 Véase á Greg. Lop. en la ley citada, glos. 3.

2 Leyes 1 y 3. tit. 12. Part. 6.

tal que intervenga en su otorgamiento el número de testigos que se expresará mas adelante.

2. No debe el testador nombrar directamente heredero en el codicilo (1); bien que si lo instituye, se estimará por testamento, aunque se llame codicilo (2). Tampoco debe quitar la herencia al que instituyó en el testamento, ni imponer condicion al que fue instituido sin ella en él, excepto que en este diga *que lleve la herencia con las condiciones y en la forma que expresará en el codicilo, y no de otra suerte*, en cuyo caso valdrá la condicion, porque solo declara en el codicilo la que es, mas no se la impone, lo cual es muy diverso; y fuera de este caso, aunque se la imponga, no está obligado á cumplirla, ni por este defecto dejará de percibir la herencia. Tampoco puede mudarlo, ni desheredar á sus herederos forzosos; pero podrá manifestar el delito que contra él cometieron, pues si fuere de los expresados en el capítulo de los que tienen prohibicion de heredar, y se probare, perderá la herencia. Asimismo no puede hacer sustitucion mandando que si el heredero nombrado en el testamento muere antes de entrar en la herencia, le suceda en ella el que instituya en el codicilo: porque esto es hacer segunda institucion, lo cual le está prohibido (3); mas no obstante, se le permite nombrar indirectamente heredero universal, que es por fideicomiso, rogando ó mandando al instituido en el testamento, que entregue la herencia al que establece en el codicilo; bien que aunque no se lo mande ni ruegue, tiene obligacion de entregársela, quedándose con la cuarta trebeliánica, si es extraño, y siendo forzoso, con su legítima, y dándole aquello de que el testador puede disponer, que es del tercio ó quinto, segun sea (4), pues la institucion directa hecha en el codicilo ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar se convierte en fideicomisaria (5). Pero se previene que aunque nombre directamente heredero en el codicilo, no incurrirá en pena el escribano por autorizarlo, porque ninguna ley se la impone ni se lo prohibe. Igualmente puede declarar y especificar en el codicilo el nombre del que quiere sea su heredero, y señalar en él al nombrado en el testamento la parte y porcion de herencia que ha de percibir y en qué bienes, si en este expresó que lo declararia

1 Ley 2. tit. 22. Part. 6. et ibi glos. 1.

2 Greg Lop. en la ley 2. tit. 12. Part. 6. glos. 1. Maticnz en la 2. tit. 4. lib. 5. Rec. glos 9. num. 19. Roman. cons. 31. num 3 y cons. 183. num. 5.

3 Leyes 10. tit. 18. Part. 3, 7 y 8. tit. 3. y 2. tit. 12. Part. 6.

4 Leyes 7 y 8. tit. 3. y 2. disp. 12. Part. 6. Parlad. different. 14 num. 10 y 11.

5 Ayllon ad Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. num. 8. vers. *Quod directa*; y otros que cita.

y se la designaria en aquel, y no de otra suerte, en cuyo caso llevará lo que le designe y no mas: si nada le señala, heredará todos sus bienes; pero si los herederos instituidos en el testamento son dos ó mas, partirán igualmente la herencia (1). Lo propio milita en memoria testamentaria citada en el testamento, y no de otra suerte, como dejo dicho en el párrafo 5 del capítulo 2 de este título: porque en ella no se altera la sustancia de la institucion, solamente se trata del señalamiento de la cuota y de la calidad de bienes, lo cual es muy distinto y no está prohibido. Tambien puede nombrar en el codicilo tutor á sus hijos; pero deberá despues confirmarlo el juez para que pueda usar de la tutela (2), lo que no es preciso siendo nombrado en testamento.

3. Ninguno puede hacer dos testamentos de modo que ambos valgan, porque por el segundo perfecto se revoca el primero, como dejo sentado; pero sí dos codicilos ó todos los que quiera, sin que el segundo se revoque por el primero, sino en lo que sean contrarios, ó que la revocacion sea expresa en el todo (*). La razon de disparidad consiste en que en los codicilos se legan ó dejan solamente cosas singulares, por lo que pueden legarse unas en uno y otras en otro, y subsistir todas sin repugnancia ni contrariedad; pero en los testamentos se deja necesariamente la herencia, que es sucesion en todo el derecho del testador difunto, y por eso se rompe el testamento primero por el segundo, á causa de no poder subsistir ambos con la contrariedad de dejarla toda á cada uno, ni por consiguiente verificarse ser íntegramente heredero de ella. Sin embargo de que des-

1 Ley 9. tit. 3. Part. 6.

2 Ley *Testamento*, 3. et ibi Bald. ff. *de testamentar. tutel.* Parlad. differ. 14. num. 14.

* Un codicilo no anula otro codicilo que se hizo antes, como no se revoque expresamente, ley 3. tit. 12. Part. 6, ó en lo que sean contrarios. Lo mismo debe decirse de un testamento en que no hubiere institucion de heredero, el cual no revocará ni el codicilo que se hizo antes ni otro testamento anterior, en que tampoco hubiere institucion de heredero, á menos que lo revoque expresamente, ó en lo que sean contrarios. Un testamento en que no hay institucion de heredero es un codicilo ó una última voluntad, y no es otra cosa. No habiendo institucion de heredero, se entiende que el testador quiso morir intestado, y que gravó á sus parientes inmediatos con el pago de las mandas y el cumplimiento de las demas disposiciones. Pero un testamento propio y verdadero se anula por otro tal posterior, aunque no se haga mencion de él. El testamento posterior con institucion de heredero no anula el codicilo anterior, como no le revoque expresamente. Esta es la gran cuestion decidida por los emperadores Severo y Antonino, pues el jurisconsulto Papiniano juzgaba ser necesario para la subsistencia de este codicilo, que el testador manifestase en el testamento permanecer en la misma voluntad. No habiendo en nuestras leyes una que decida esta cuestion, habrá de debatirse forzamente en juicio, cuando ocurra este caso. *Febrero adicionado.*

pues de hecho el codicilo nazca hijo ò hija al testador, no se romperá total ni parcialmente por esta causa; pero el testamento sí por la preterición ó supernacencia de alguno (1), excepto que la institucion se ordene en la forma prevenida en el párrafo 2 del capítulo 9 de este título.

4. El codicilo puede ser abierto ó cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, como lo dice la ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. ibi:::: *Y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ò abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento.* Se puede revocar el codicilo como el testamento, interviniendo en su revocacion la solemnidad que en su formacion, y lo propio milita en la donacion por causa de muerte, y en otras últimas voluntades. Pero se duda si esta legal disposicion debe entenderse solo para los codicilos abiertos ò ampliarse à los cerrados, respecto no distinguir la ley, y tratar esta de su solemnidad á continuacion de la que prefine para el testamento cerrado. Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos y el escribano, y cinco si no son vecinos; y otros, que son precisos los cinco, y que firmen con este, como en el testamento escrito (2). Pero para quitar dudas y escrúpulos, haga el escribano que presencien el otorgamiento los cinco, pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad, pues por las leyes de Partida (3) se requieren los mismo cinco, las cuales deben firmar con el escribano encima del cuaderno, como en el testamento cerrado; y no pudiendo encontrarlos lo expresará en el otorgamiento para que conste.

1 Leyes 20. tit. 1. y fin. tit. 12. Part. 6.
2 Matienz. ley 2. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 9. num. 3 y sig. Gom. en la 2a ley 3 de Toro, num. 26. vers. *Quæro tamen*:::
3 Leyes 1, 2 y 3. tit. 12. Part. 6.

CAPITULO VIGESIMOTERCERO.

De la cláusula codicilar.

§. 1. ¿Que es cláusula codicilar? Puede ser tácita ó expresa.
2. Primer efecto de esta cláusula, dar valor á los legados hechos en testamento escrito que no se otorgó con las solemnidades de la ley.
3. Segundo, dar validez á la institucion del heredero extraño hecha en testamento escrito y falto de solemnidades, y en qué términos.
4. Tercero, convertir en fideicomisaria la institucion de un extraño hecha en perjuicio del heredero legítimo.
5. Cuarto, convertir en mejora la preferencia de los herederos universales instituidos indebidamente por preterícion ó menoscabo de sus coherederos.
6. Quinto, asegurar al heredero nombrado directamente en codicilo la parte de que hubiera podido disponer el testador en favor suyo, salvo el derecho de los herederos abintestato.
7. Dar firmeza á la sustitucion pupilar hecha en codicilo, salvo el derecho de los consanguíneos.

1. La cláusula *codicilar* es casi desconocida para muchos escribanos, y otros la ponen solo por estilo ignorando los efectos que produce. Diré lo muy necesario para instruccion de unos y otros, remitiéndome á los autores que cito y tratan de la materia con toda extension. Esta cláusula es de dos maneras *expresa* y *tácita*. La expresa se pone de esta suerte: *si este testamento por falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como codicilo*. Y la tácita es aquella en que se dice: *si este testamento no vale como tal, valga del mejor modo que pueda valer ó que por derecho haya lugar*. Se entiende pues en tres casos, aunque se omita: el primero, cuando el testamento contiene la tácita referida; el segundo, cuando se liga con juramento, ya sea jurando el testador *que quiere se observe todo cuanto en él ordena*, ó mandando á su heredero *que jure cumplirlo y pagarlo* (1); y el tercero, cuando testa entre hijos y descendientes legítimos. Esta cláusula suple tambien muchos defectos en los testamentos, pues que cuando por derecho sean nulos,

1 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 62 y 74. Gom. Arias en ella, num. 71 y 72.

valdrán, si la contienen, en cuanto codicilos; en los cuales conviene ponerla, y la *de que el testamento hecho antes, valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en el codicilo*. De esta suerte serán firmes uno y otro en lo que no se opongan, como advierte Parlad. different. 14. num. 15., y lo practican los inteligentes.

2. Seis son los efectos de esta cláusula. El primero es que si el testamento escrito carece de la solemnidad prescripta por el derecho Real, y no de la de los codicilos ni de la cláusula referida, valdrán todos los legados que contenga, y los herederos abintestato estarán obligados à darlos à los respectivos legatarios; pero no si no la contiene.

3. El segundo es que si el testador por no tener herederos forzosos instituye á un extraño en testamento cerrado, y este no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero si de la de los codicilos y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal, que quiere decir, que los sucesores abintestato del testador, se apoderarán de la herencia, deberán restituirla al extraño instituido, como si à ellos los hubiese gravado expresamente por fideicomiso, y retendrán para si la cuarta trebeliánica: porque mediante la cláusula codicilar es visto que el testador grava tácitamente á sus herederos abintestato à restituir por via de fideicomiso todo lo que dispuso por palabras directas en testamento menos solemne. Se previene que estos dos efectos solo pueden verificarse hoy en el testamento escrito, porque segun la ley 3 de Toro, el nuncupativo y el codicilo requieren igual solemnidad de testigos.

4. El tercero es que si el padre ú otro ascendiente no instituyó con cierta ciencia, ó injustamente deshereda á algun descendiente legitimo, é instituye por heredero á un extraño, razon por la cual se irrita y se anula despues su testamento, se convierte la institucion del extraño en fideicomiso; de suerte que el descendiente no instituido, ó sin causa legitima desheredado, está obligado á restituir al extraño el remanente del quinto, que es de lo que segun la ley 28 de Toro pudo su padre disponer, y no mas; y si el no instituido ó desheredado fue ascendiente, le restituirá el tercio que en virtud de la 6 de Toro tuvo facultad de dejarle.

5. El cuarto es que si el padre testa entre hijos ú otros descendientes legitimos, y nombra á uno de ellos ó à mas por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente desheredando á los restantes, ó instituyendo á todos por tales, de-

ro dejando á algunos menor parte de herencia que la que por su legítima debe tocarles, aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos no solo percibirán su legítima sino que se reputarán y tendrán por mejorados en el tercio y remanente del quinto, que es en lo que la ley 18 de Toro permite á su ascendiente mejorarlos; y los preteridos, ya sean los que viven entonces ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, ó los injustamente desheredados ó perjudicados en su legítima, solo percibirán esta íntegra, porque su padre no tuvo potestad de desfalcársela ni gravársela; pero si los preteridos nacen despues de la muerte del testador, habrá sus dificultades en cuanto á ser gravados en el tercio, porque si hubieran nacido antes y vivieran, podria ser que no los dejase de instituir ni los gravase, y para evitarlas conviene ordenar la institucion en los términos que dejo dicho en el párrafo 2 del capítulo 9.

6. El quinto es que si consta que alguno quiso hacer codicilo, y le hizo efectivamente con la solemnidad competente y con institucion directa de heredero, no dejará de ser válido, conteniendo la cláusula codicilar: y asi los herederos abintestato, siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto; si son ascendientes, las dos terceras partes de ella; y siendo parientes, la restituirán al nombrado en el codicilo reteniendo la cuarta trebeliánica, porque se reputa por fideicomiso: lo que no sucederá si el codicilo carece de la citada cláusula, pues el heredero nombrado en él nada llevará.

7. Y el sexto efecto es en cuanto á la sustitucion pupilar, pues si el padre sustituye pupilarmente á su hijo ó hija en codicilo, mediante ser de solemnidad y forma de esta sustitucion que se haga en testamento y no en codicilo, pasará la herencia del pupilo á los parientes que deben heredarle abintestato; pero tendrán que restituirla al sustituto, reteniendo para sí la cuarta trebeliánica, y entonces se tendrá el sustituto por heredero fideicomisario del pupilo, y estimará como si hubiera sido instituido por este siendo adulto. Los referidos seis efectos se reducen á dos, el uno acerca de la solemnidad, y el otro acerca de la voluntad. El que quisiere mayor instruccion sobre esta cláusula vea los autores citados (1); pues para la del escribano me parece suficiente lo expuesto.

1 Gom. en la 3 de Toro, num. 75 al 88. Ant. *Thesaur.* decis. 141. Ferrar *Biblioth.* verb. *Testam.* art. 4. num. 20 y sig. Mat. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 9. Parlad. different. 248. num. 7 y sig.

CAPITULO VIGESIMOCUARTO.

De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.

§. 1. La propiedad de los bienes, que por título gracioso obtuvo la muger de su marido, pasa á los hijos si se casa de segundas nupcias.

2. Tambien se reservan á los hijos los bienes que la madre haya heredado de alguno de ellos abintestato.

3. La obligacion de reservar los bienes indicados se extiende á cuantas veces se case, segun los respectivos hijos que tenga en cada matrimonio.

4. Dicha obligacion se amplía á los bienes dados á la viuda por parientes de su marido ó bien por extraños por consideracion á este.

5. La reservacion es pena impuesta al marido, lo mismo que á la muger, por su facilidad en contraer nuevo matrimonio.

6. Esta pena subsiste aun cuando hayan muerto los hijos del primer matrimonio, con tal que hayan dejado sucesion.

7. Los bienes reservables son únicamente aquellos que proceden de la línea del cónyuge difunto.

8. La viuda que se casa está obligada á afianzar los bienes muebles y raices para continuar en la tutela.

9. El viudo en su caso debe solo afianzar los bienes muebles.

10. Cuando no alcancen los bienes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio y á la dote de la segunda muger, ¿que se hará?

11. Resolucion del caso antecedente.

12. La muger que se casa dentro del año de su viudedad tiene que devolver la mitad del lecho á los hijos del primer matrimonio, si se cuenta entre los bienes gananciales.

13. Hay varias excepciones de la regla general de reservacion. Excepcion primera. Cuando el hijo heredó de algun pariente ó extraño.

14. Excepcion segunda. Cuando por testamento dejó el hijo algun legado á su madre.

15. Excepcion tercera. Cuando la donacion del marido no fue lucrativa sino remuneratoria.

16. Excepcion cuarta y quinta. Cuando obtuvo licencia del Soberano para contraer de nuevo, ó quedó viuda antes de cumplir veinte y cinco años.

17. Excepcion sexta. Cuando el marido le dió expresa licencia para volverse á casar.

18. Excepcion séptima. Cuando se la dieron ó consintieron sus hijos, siendo mayores de veinticinco años.
19. Primer caso de los varios comprendidos en la séptima excepcion.
20. Segundo caso.
21. Tercer caso.
22. Cuarto caso.
23. Quinto caso.
24. Sexto caso.
25. Siempre que segun la anterior doctrina no está la viuda obligada á la reservacion, hace suyos los indicados bienes.
26. Lo mismo sucede si no tuvo hijos ni descendientes.
27. En caso de reservacion esta no se extiende al usufructo de los bienes reservables.
28. Caso en que se corrobora esta doctrina.
29. De los bienes gananciales no hay reservacion.
30. Se resuelve un caso dudoso sobre la materia de reservacion.
31. La enagenacion de los bienes reservables es válida durante la vida del que la hizo.
32. Diferencia que hay en esto entre el viudo y la viuda.
33. Por las segundas nupcias no se pierde el usufructo que haya dejado de sus bienes el cónyuge del difunto al vivo, y asi no estan sujetos á reservacion.

1. La propiedad de todos los bienes que la muger hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso, legado, donacion entre vivos, ó por causa de muerte, ó por cualquiera otro título gracioso pasa necesariamente á sus hijos del primer matrimonio, si contrae segundas nupcias; y asi está obligada á reservárselos. Por lo mismo no puede disponer de ellos en manera alguna, antes bien sus bienes propios sirven de fianza ó hipoteca del importe de aquellos, debiendo prestar caucion suficiente, y administrarlos á arbitrio de buen varon (1): pues en el hecho de casarse pierde la propiedad, y solo conserva el usufructo hasta su muerte. Verificada esta se distribuirán entre los hijos con igualdad ó á prorata, segun el testamento de su padre.

2. Igualmente está obligada la viuda á la reservacion de los referidos bienes, aun cuando por muerte de alguno de sus hijos los haya heredado abintestato, pues siempre son propiedad de los restantes: en lo cual se atenderá á dos cosas: primera, que hayan recaido en la madre por sucesion, y no de otro modo; segunda, que sean de la procedencia que designa el párrafo antecedente.

1 Leyes 25. tit. 13. Part. 5. y 1. tit. 2. lib. [illegible] Real.

3. La obligacion de reservar no solo procede la primera vez que se casa una viuda, sino todas las demas en que vuelve á enviudar y á casarse de nuevo; por lo que debe reservar á cada hijo todo lo que por título gracioso hubo de su respectivo padre.

4. Se amplía igualmente la referida obligacion á lo que los parientes de sus maridos ú otros extraños la dieron por mera contemplacion de ellos como causa inmediata. Lo mismo procede en caso de dudarse si la donacion fue ó no hecha por su consideracion: lo primero, porque cuando esta consta claramente, ó por la cantidad y cualidad de lo donado se puede percibir, se conceptúa donado por el mismo marido, y para él se adquiere; y lo segundo, porque al modo que si la muger recibe donacion *propter nuptias* de alguno por el marido tiene obligacion de reservarla como si de este proviniera (1), del mismo modo otra cualquiera donacion. Lo propio milita para con el marido en cuanto á lo que le den los parientes de su muger por contemplacion de esta; bien que algunos opinan lo contrario (2): de consiguiente si la donacion se hizo á la muger en concepto de hacerse al marido, deberá reservarla, porque es lo mismo que si á él se le hiciera; y no de lo contrario. Pero no hay reservacion de los bienes procedentes de cualesquiera donaciones que hicieron á la viuda ó viudo por consideracion personal, ni de los que por industria ó título oneroso hubiesen adquirido.

5. La reservacion es una pena impuesta á la viuda por su facilidad en pasar á segundas nupcias. Esta pena comprende del propio modo y sin ninguna excepcion á los viudos (3).

6. Las penas impuestas á los padres que teniendo hijos se casan mas de una vez, los comprenden aunque estos fallezcan, si dejan nietos ó biznietos de aquellos; y así pueden reivindicar la parte que á su padre ó asceadiente se debia reservar, y los abuelos y demas ascendientes estan obligados á su reservacion, porque la razon es igual, y por consiguiente debe obrar la misma legal disposicion (4).

7. Los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes legítimos no son todos los que estos hubieron de

1 Gom. en la ley 5 de Toro, num. 7. vers. *Sed his non obstantib.*
2 Morquech. lib. 1. cap. 12. num. 9. Rip. in leg. *Fœminæ*, num. 55. y alli Alveric. cerca del fin. Roman. cons. 405.
3 Ley 7. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.
4 Rip in dict. leg *Fœminæ*, num. 8. Cast en la 15 de Toro, y Tello Fernandez en ella, y en la 6. num. 20. Cast. *de usufruct.* cap. 2. num. 12. Guerreir. *de divis.* lib. 2. cap. 14. num. 59 Parlad. differ. 121. §. 2 num. 2. vers. *Quin et de avo.* Matien. en dicha ley 3. y glos. 2. num. fin.

cualquier parte y por cualquier título, sino solamente los de aquella línea y persona á quien por haberse casado hicieron la injuria; v. gr. si la abuela hubo algo de su primer marido, ya sea por habérselo donado ó dejado, ó por haber heredado abintestato á alguno de sus hijos de este matrimonio, estará obligada, volviéndose á casar, á reservar á los otros hijos de dicho matrimonio, ó á los nietos hijos de ellos, lo que hubo de su marido, y lo que heredó del hijo muerto intestado que recayó en él por muerte de su padre; mas no lo que el hijo muerto adquirió por otro título, parte, línea, medio ú persona que no sea de su ascendiente: pues de ello se constituye dueña su madre, especialmente si se casó despues de su muerte; y ni los hijos sobrevivientes, ni sus nietos hijos de estos, tienen derecho á que se lo reserve (1); por lo que si el hijo que murió intestado despues de su padre heredare á un hermano de este, que es su tio, no estará obligada su madre á reservar á los demas sus hijos, hermanos enteros del muerto, la herencia que su tio consanguíneo le dejó, porque no le vino por la línea ni persona de su padre, el cual por haber muerto antes que su hermano nunca tuvo derecho á ella, sino por su tio que es línea diversa, y asi cesa la obligacion de reservacion, porque en casarse no hace injuria á su cuñado, ni por consiguiente á los demas hijos sobrevivientes; lo que seria al contrario, si el tio hubiera muerto antes, y su herencia recaido en el padre, y por muerte de este pasado á sus hijos. Lo mismo se dirá de los bienes habidos ó heredados por la viuda del marido, de quien no haya tenido hijos, pues no tiene que reservárselos á nadie (2).

8. Si el padre nombró en su testamento á la madre por tutora de sus hijos, aunque no está obligada á afianzar, como tampoco los demas tutores testamentarios (3); no obstante, como por el hecho de contraer segundas nupcias pierde la tutela, y aunque haya sido electa en el testamento paterno tiene obligacion de dar cuenta, debe por consiguiente afianzar por los muebles y raices para continuar en ella, excepto que sea de los bienes heredados de algun hijo muerto abintestato (4).

9. No procede lo expuesto para con el padre, pues sin em-

1 Parlad. differ. 121. §. 2. num. 4 y 5. Greg. Lop. en la ley 26. tit. 13 Part. 4 glos. 4. Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5 glos. 2. num. fin. Acev. en la 4. dicho tit. y lib. num. 58. y en la 6. tit 9. dicho lib. num. 2.

2 Rip. ibi. quæst. 3. Parlad. different. 121. §. 1. num. 9.

3 Greg. Lop. en la ley 9. tit. 16. Part. 6. glos. 5.

4 Ley 5. tit. 16. Part. 6 et ibi. glos. 2. Véase á Parlad. differ 121. §. 2. declarat. 8, y asimismo á Greg. Lop. y Matienz. que son de mi dictamen.

bargo de que se case muchas veces no pierde la administracion ni usufructo de los bienes libres y vinculados de sus hijos mientras existen en su poder, antes bien lo hace suyo íntegramente; por lo que no debe afianzar en cuanto à los raices, ya los haya de su muger por legado ó contrato lucrativo, ó por herencia testada ó intestada del hijo, y sí solo por lo concerniente á los muebles, respecto de los cuales es igual á la viuda (1). Bien que jamas he visto que el viudo de buena conducta haya sido obligado á dar fianza de ningunos bienes muebles ó inmuebles, sino solo de hacer su inventario, aprecio y particion (2).

10. Todo lo dicho tiene lugar cuando al fallecimiento del cónyuge supervivente quedan bienes bastantes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio el importe de los que heredó su padre de su hermano ó hermanos difuntos, y á la última muger la dote, arras y demas derechos que le pertenecen, ó bien cuando existen en su ser los bienes reservables. Pero supongamos el siguiente caso. Queda un viudo con tres hijos, de los cuales mueren despues dos, cuya legítima materna hereda su padre, y esta procede de la dote de la difunta. Supóngase igualmente que este viudo se vuelve á casar, y despues fallece sin dejar en su ser los bienes que fueron de su primera muger, ni los que trajo en dote la segunda, sino que deja en dinero ú otros efectos una suma que no alcanza para todos. Se pregunta ahora: ¿quien será preferido? ¿el hijo del primer matrimonio por la legítima materna, que de sus hermanos heredó su padre y debió reservarle por haber perdido la propiedad contrayendo segundas nupcias, ó la muger última ó sus hijos que reclaman su dote?

11. En este caso parece que será preferido el hijo del matrimonio anterior, porque el privilegio dotal no solo compete á la muger contra los bienes de su marido, sino á sus herederos legítimos; de suerte que en concurrencia de dos dotes la que es primero en tiempo lo es en derecho por ser créditos de una naturaleza, y gozar ambas del mismo privilegio de prelacion: solo tendrá preferencia la segunda en los bienes dotales conocidos que existan. Pero en mi concepto lo contrario es lo cierto: lo primero, porque el hijo que sobrevive al tiempo que su madre murió, no tuvo mas derecho, como uno de tres, que á la tercera parte de la dote, ni puede adquirirlo despues por estar satisfecho de ella, por lo que la accion que le compete, no es dotal si-

1 Acev. en la ley 4. tit 1. lib. 5. num. 49. Cast. *de usuf.* cap. 8. num. 92.

2 Cast. *de usuf.* cap. 3. num. 92.

no hereditaria provenida de la muerte abintestato de sus hermanos, de quien es heredero; pues en el instante que ellos ó su padre, como su legítimo administrador, se apodera de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la accion y privilegio de dote, por no trasmitirse este al heredero de su hijo ni á otros, ni revivir despues que espiró, y solo será dotal cuando él ó su descendiente legítimo por no hallarse reintegrado de su legítima materna ó abolenga la pretende. Lo segundo porque para repetir los bienes referidos le concede la ley únicamente tácita hipoteca sin privilegio de prelacion contra los de su padre; y aunque es primera en tiempo á la de la dote segunda, como la de esta tiene el de antelacion segun derecho (1) á todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe serlo tambien por su dote la muger segunda á quien compete. Y lo tercero, porque el padre en el instante que fallecen sus hijos se hace dueño de sus bienes en virtud de la ley 6 de Toro, y la reservacion á que le obligan las leyes citadas en los números precedentes, no es otra cosa que una pena que le imponen porque vuelve á casarse, pues se presume que amará mas á la muger segunda y á sus hijos, y por enriquecerlos defraudará á los de la primera; por lo que pierde su propiedad, y pasa al hijo que sobrevive, el cual por beneficio de la ley es heredero forzoso abintestato de sus hermanos, como consanguíneo mas cercano, y viene á ser lo mismo que si murieran despues que su padre sin testamento, ni tener mas bienes que los maternos, por lo que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio ni antelacion que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la tácita hipoteca. Y aunque se diga que los hereda inmediatamente de su madre, y no de sus hermanos, esto es alucinarse, y querer confundir la luz con una pura ficcion y sofistería, pues no puede haber inmediacion donde hay física interposicion de personas. Tampoco sirve decir que este caso está comprendido virtualmente en la regla de que en *concurrencia de dos dotes la primera en tiempo lo es en derecho*, porque á mas de no estarlo y deberse entender la legal disposicion segun suena, se ve que á la dote se conceden expresamente dos privilegios, uno de tácita hipoteca, y otro de prelacion; y á los bienes reservables, ò (hablando con propiedad) al hijo contra los del padre, el de tácita hipoteca solo. Si los estimara dotales, se los concederia igualmente, como se prueba del hecho mismo de

1 Ley 33. tit. 13. Part. 5.

no estar obligado el padre á reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y de que cuando la madre hace la reservacion, no proceda la accion del hijo por razon de dote, porque los del padre no gozan del privilegio dotal, por no ser dotales, sino por accion penal, y de reivindicacion de bienes propios poseidos por un tercero con cargo de restitucion y prohibicion de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables existen, pues entonces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dejó su madre, tener dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido este un mero usufructuario obligado á devolverlos.

12. La muger que se casa dentro del año de la viudedad está obligada á restituir á los herederos de su marido la mitad del lecho cotidiano, si se deduce de los gananciales, como habiéndolos debe deducirse, y si no los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, á volverlo enteramente á los hijos procreados en aquel matrimonio: pues por ser hacienda de su padre, les pertenece en posesion, propiedad y usufructo (1): y aunque algunos afirman que solo tiene obligacion de reservárselo, y ha de gozar de su usufructo durante su vida, no me confirmo con su dictamen, porque la ley 6. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que de esto trata y está en uso, y no derogada, no dice tal cosa, segun se prueba de su contexto::: *si el marido ó la muger muriere, el lecho que habian cuotidiano, finque al vivo: é si se casare, tórnenlo á particion con los herederos del muerto.* Sobre lo cual véase el tratado de particiones. La propia obligacion tiene el marido en caso de volverse á casar; por lo que si al tiempo de hacerse la particion estan casados otra vez (ya sea dentro ó fuera del año de la viudedad, pues la ley no distingue), no se les debe abonar; y asi se ejecutorió años pasados en el Consejo. Se previene que aunque el testador legue al cónyuge que sobrevive el quinto, se le debe entregar el lecho ó su importe, porque se le concede el derecho, y es deuda contra sus bienes á falta de gananciales.

13. No es tan amplia y absoluta la conclusion sentada en los primeros párrafos de este capítulo, que no padezca sus limitaciones, por lo que la obligacion de hacer la reservacion impuesta por el derecho al padre y á la madre, cesa en los siete casos siguientes: el primero, cuando el hijo, aunque haya muerto el

1 Ley 4. tit. 6 lib. 3 del Fuero Real. quæst. 93, 94 y 95. Montalv. en ella. Gutierr. lib. 2. *Pract.*

testador, heredó algo de sus abuelos ó de algun pariente ó extraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó lo adquirió con su industria, ó recayó en él por otro título que no sea de sucesion de su ascendiente; porque de esto no habla ni se comprende en la disposicion legal; y asi lo hacen suyo absolutamente sus padres (1): aunque en cuanto á lo de los abuelos hay quien sienta lo contrario (2).

14. El segundo, cuando el hijo muere testado, pues tampoco está obligada la madre á reservar lo que en su testamento la dejó con título de institucion ó legado; porque entonces sucede principalmente mediante su expresa voluntad, como si fuera extraño; y asi puede dividirse entre los hijos de todos sus matrimonios: lo que al contrario cuando muere intestado; porque no interviene este, y sí la mera decision y concesion legal (3). Bien que atendida la disposicion de la ley 6 de Toro dudo que haga suya mas que la tercera parte, de que el hijo puede disponer libremente, y en lo que se verifica sucederle mediante su expresa voluntad: pues de las otras dos es su heredera forzosa tanto por testamento como abintestato, sin diferencia, ya quiera ó no el hijo dejárselas; por lo que no le sucede en ellas por su mera voluntad, como en la tercera, sino por disposicion de la ley; y asi me parece que estarán sujetos á la reservacion.

15. El tercero, cuando su marido la dió algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud &c.: porque esta donacion no es lucrativa, sino remuneratoria; y asi se aplicará y será comunicable á todos sus hijos (4). Pero esto se entiende cuando real y verdaderamente hay desigualdad notable entre el marido y su muger, ya sea en edad, calidad ó en otra cosa semejante, y consta claramente que solo por este respeto y por via de remuneracion la hizo la donacion, y no en otros términos; y asi aunque hoy se estila pretextar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia para ofrecerla arras el novio, sin embargo de que ninguna desigualdad haya entre los dos, no se eximirá de hacer la reservacion en caso de no verificarse, por no ser propiamente donacion cual se requiere para llamarse remuneratoria, á causa de faltar los mo-

1 Gom. en la ley 15 de Toro, num. 2. vers. *Dubium tamen*. Matienz. en la ley 3. glos. 2. tit. 1. lib. 5. num. fin.

2 Parlad. different. 121. cit. §. 2. num. 5 al 7.

3 Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 15 y 16. et ibi Acev. num. 4 al fin. Gom. dicho num 2 al principio.

4 Rip. in leg. *Fœminæ*, num. 44. Cod. *de secund. nupt.* quæst. 17. Pal. Rub. *de donat. inter vir et uxor.* §. 50. num. 35. Covarr. *de matrimon.* part. 2. cap. 2. num. 2 y 3. Guerreir. *de divis.* lib. 2. cap. 14. num. 69 al 87.

tivos realmente constitutivos de la remuneracion legítima y verdadera (1).

16. El cuarto, cuando precedió y obtuvo licencia del Soberano para volverse á casar; pues como legislador puede remitirle esta y las demas penas impuestas á las viudas que contraen segundas nupcias, segun expresamente está decidido en derecho (2). El quinto, cuando quedó viuda, siendo menor de veinte y cinco años, aunque despues de casada segunda vez se hiciese mayor de ellos; porque la menor edad la releva de la pena de los que se vuelven á casar, como dicen los autores (3). Bien que acerca de esto hay sus dificultades, porque las leyes hablan generalmente, y no distinguen de menor ni mayor, ni la conceden expresamente este privilegio, y asi será por equidad y no de justicia.

17. El sexto, cuando su difunto marido la concedió licencia expresa para volverse á casar; pues puede remitirle la pena (4), y respecto saberlo y consentirlo, no se le hace injuria (5). Y lo mismo procede si al tiempo de hacerle la donacion, expresa que en ningun caso quiere quede obligada á reservarla ni su importe, sino que la haga suya, como si fuera patrimonio; porque siempre que hay bienes unidos con pleno derecho al patrimonio de alguno, se confunden, y pierden el nombre de quien fueron; y asi no se debe hacer distincion ni separacion de ellos sino en los casos legalmente expresos.

18. Y el séptimo, cuando los mismos hijos siendo mayores de veinte y cinco años la concedieron licencia y consintieron su casamiento; pues como establecida á su favor esta pena, se la pueden remitir tambien (6). Pero para la mas clara y perceptible inteligencia de este caso, saber cómo se entiende y ha de ser esta licencia, y cuándo por su concesion se perjudican ó no los hijos, es indispensable hacer distincion de los que pueden ocurrir.

19. El primer caso es cuando los hijos mayores de edad consienten que su madre pase á segundas nupcias, y la remiten y perdonan expresamente toda la injuria que en ello les hace, ó todo su derecho. En cuyo caso es incuestionable que nada pier-

1 Ley 7 al fin. tit. 14. Part. 4. Guerreir. num. 81 al 84 del lugar citado.

2 Ley fin. tit 12. Part. 4

3 Cifuent en la ley 15 de Toro. Jason en la *Minoribus* al fin. ff. *de his quibus ut indigni*. Boer. decis. 185. Gom. en dicha ley 15. num. 6.

4 Matienz. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. num. 5.

5 Regla 25. tit. 34 Part. 7.

6 Gom. dicho num. 6. vers. *Et idem etiam est*. Castill. *de usufruct.* cap. 2. num. 93.

de, antes bien retiene y adquiere para sí en propiedad y usufructo todos los bienes que de su primer marido tenia en su poder, y los que por sucesion de sus hijos habian recaido en ella, y provenido de la sustancia del padre de estos (1).

20. El segundo es cuando los hijos tambien mayores consienten simplemente que su madre se case, pero no renuncian expresamente el derecho y beneficio que la ley les concede: y en este caso se deberá decir lo mismo que en el anterior, pues por el hecho de consentir el matrimonio es visto remitir su derecho; por lo que este consentimiento simple surte el efecto de que su madre se exime y liberte de la obligacion de reservacion, que à no intervenir tendria (2). Lo que queda expuesto en estos dos casos en cuanto à los hijos mayores milita y procede para con los menores, interviniendo la autoridad de sus tutores para prestar su consentimiento y hacer la renuncia, y probándose causas legítimas y seguírseles utilidad del casamiento de su madre, y no en otros términos (3).

21. El tercero, cuando los hijos aunque fuesen mayores, y estuviesen presentes, callaron, y ningun acto ni gestion hicieron, por el cual se infiera haber consentido en el matrimonio: pues entonces su mera presencia no les perjudica, ni por ella se prueba su asenso, y por lo mismo no se liberta la madre de la pena de reservacion (4); aunque una cosa es honrarla con asistir á su boda, y otra y muy diversa renunciar el derecho que la ley les concede, lo cual no es presumible mientras no conste (5). Sin que los hijos necesiten hacer protesta para dejarlo ileso (6); porque si esta fuese necesaria, y su silencio y asistencia los perjudicasen, jamas se verificaria tener lugar la pena de reservacion (7).

22. El cuarto, cuando los hijos mayores presenciaron el matrimonio segundo, y aunque no lo consintieron expresamente ni renunciaron su derecho, pero intervino con su presencia algun acto positivo exterior de su parte, por el cual manifestaron su voluntad y consentimiento; en cuyo caso es visto consentir tá-

1 Angul cons. 396. col 4. num 4. vers. *Hæc autem regula.* Decio cons. 209. num. 7. Menoch. cons. 237. num. 16 al 18. lib. 3.

2 Menoch. ibi, num. 16 y sig. y otros que cita.

3 Gaill. lib. 2. *Observat pract.* observat. 98. num. 22. Menoch. dicho cons. 237. num. 22 al 24.

4 Menoch. lib. 3. præsumpt. 29. num. 90.

5 Parisiens *in Anotat. ad Dec.* cons. 205, verb *Volente.* Rip. in leg. *Si unquam*, Cod. *de revocand. donation.* quæst. 42. num. 108 al fin.

6 Baez. *de non meliorand. filiab.* cap. 20. num. 59.

7 Baez. dicho cap. 10. num. 88. Parisiens. loco citat. Boer. decis. 185. num. 23. Fulgos. cons. 73.

citamente, y asi se perjudican por haber practicado acto por el cual se arguye su voluntad, porque no era regular lo hiciesen á no haber prestado su consentimiento interior, pues la voluntad se declara por los hechos igualmente que por las palabras (1), y aun mejor se da á entender por aquellos que por estas: los hechos manifiestan el efecto; y las palabras suelen proferirse á veces contra la voluntad del que las dice (2). A mas de que el que está presente y calla, es visto consentir aun en lo que le perjudica, si con su presencia concurre por su parte á algun acto positivo externo, y mucho mas entre los conjuntos (3).

23. El quinto, cuando los hijos que asistieron á la boda nada consintieron expresa ni tácitamente, pero despues la ratificaron de una de estas dos maneras; pues pierden tambien el beneficio de la ley del mismo modo que si al tiempo en que se celebró hubiesen consentido, por ser lo propio lo uno que lo otro en cuanto al efecto (4). Lo cual se entiende no solo cuando la ratificacion es expresa, sino cuando es tácita, v. gr. cuando en su vida no se quejan de las segundas nupcias: ó habitan familiarmente con su madre, ó la aman y á su padrastro: ó en vida ó muerte les donan algo: ó por otras conjeturas se infiere su asenso (5); pues si la ratificacion hecha con las palabras expresas es suficiente, debe serlo tambien la que se colige de las obras, porque estas la inducen mas vigorosa que aquellas (6). Previniendo que si los hijos no se quejan en vida del tránsito de su madre á segundas nupcias, sabiéndolo, y sin quejarse fallecen, no trasfieren á sus herederos este derecho que tenian adquirido, antes bien por su silencio es visto habérselo condonado y remitido, cuya queja basta que sea extrajudicial (7).

24. Y el sexto, cuando los hijos no estuvieron presentes á la celebracion del matrimonio segundo, de suerte que no pudieron consentirlo tácita ni expresamente; pero si luego llegó á su noti-

1 Tiraquel *de jur. constitut. part.* 3. limit. 30. num. 12. Gravet. cons. 159. num. 5. Menoch. cons. 110. num. 1. y cons. 121. num. 90. lib. 2.

2 Menoch. cons. 5. num. 16 lib. 1. Socin. Junior. cons. 38. num. 13. lib. 1.

3 Clementin. 1. *de procurat.* Abb. in cap. *Cum virum, in tertio notabili, De regularib.* Alciat y Jason in leg *Cum proponas*, Cod. *de pact* Boer. decis. 185. num. 20.

4 Angel. cons. 95. Anton. Gabriel, lib. 3. *Commun. opinion.* tit. *de secund. nupt.* conclus. 1. num. 36. Baez. dicho cap. 10. num. 96.

5 Roland. cons. 92. num. 20 y sig. lib. 1. y cons. 81. num. 13. lib 3. Decio cons. 205. num. 5 al 7. Parisiens. cons. 29. ex num. 82. lib. 3. Bursat. cons 12. num. 42. lib. 1. Surd cons 91. num. 21 y 22. lib. 1.

6 Menoch. cons. 507. num. 15. lib 6. Abb. cons. 116. in 2. part. Bursat. cons. 40. num. 18. y cons. 118. num. 14. lib. 1.

7 Rip. in dict. leg. *Fœminæ*, quæst. 14 y 16. vers. *Facid quod.* Anton. Gabriel, in tit. *de secund nupt.* conclus. 1. num. 23. Guerreir. *de division.* dicho lib. 2. y cap. 14. num. 60 y 61.

cia, y remitieron á su madre la injuria, ó renunciaron expresamente su derecho, es indudable que por la renunciacion se perjudicaron, y que la madre adquirió la propiedad de los bienes reservables. Y lo propio milita si la ratificacion es tácita é intervinieron los actos, conjeturas ó signos por los cuales se induce, como queda expuesto en el precedente caso, pues faltando estos respectivos requisitos, y habiendo intervenido la ausencia de los hijos, está sujeta la madre á la pena legal, y para no incurrir en ella, es indispensable algun consentimiento de ellos (1).

25. En los casos expresados en que la madre no está obligada á hacer la reservacion á sus hijos, hace enteramente suyos los bienes que heredó de estos ó de su marido; por lo que puede usar y disponer de ellos á su arbitrio, y asi se dividirán entre todos los de sus matrimonios con arreglo á su voluntad, como si los hubiera llevado en dote, ó no se hubiera vuelto á casar. Lo mismo procede cuando se casó dos veces solamente, y despues de viuda recayeron en ella los bienes de alguno de los hijos del matrimonio segundo: lo uno, por la razon expuesta; y lo otro, porque no hace injuria al cónyuge muerto, ni á sus hijos; y cesando esta debe cesar la disposicion; y asi los hace suyos, y puede repartirlos entre todos los hijos de sus dos matrimonios (2).

26. Y si no tiene hijos del precedente ó precedentes matrimonios, ni descendientes de ellos, tambien hace suyo todo cuanto la dieron ó dejaron sus respectivos anteriores maridos, y como dueña puede disponer de ello á su arbitrio, segun los textos citados se lo permiten, no habiendo fuero ó costumbre de que vuelva al tronco.

27. La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de los bienes que su marido la dona ó deja, no procede para con su usufructo, pues es dueña absoluta de él; y asi aunque sea tanto, que con él compre y adquiera otros, no está obligada á reservarlos à sus hijos, ni se entienden provenir ni provienen de la sustancia paterna como la propiedad, por no haber sido de su padre; por lo que puede disponer de ellos entre los de todos sus matrimonios, como de los patrimoniales, pues las leyes bastante proveyeron á favor de los hijos en preceptuar la reservacion de la propiedad, en la cual, como procedia del padre, eran defraudados; y no quisieron ampliar su

1 Castill. *de usufruct.* cap. 2. num. 110 al 126. inclus. Morquech. dicho cap. 12 num 8. Guerreir. dicho cap. 14. num. 55 al 58. lib. 2.

2 Covarr. *in Epit. success.* num. 9 y 10.

precepto á los frutos, porque estos nunca fueron ni pudieron ser de este sino de la reservante, como ganancia adquirida despues de su muerte (1).

28. Aunque la madre viuda herede á algun hijo que haya muerto, y despues se case otro de los vivos, no pierde por eso ni debe restituirle el usufructo que desde que se volvió á casar percibió de los bienes de su difunto hijo, hermano de los otros, antes bien debe gozarlo por toda su vida: porque lo hace suyo, y no está comprendido en el que la ley 48 de Toro concede al hijo casado, como admirablemente lo funda Castillo (2).

29. Nada de los bienes que padre y madre adquieren y multiplican mientras estan casados, deben reservar á los hijos de sus anteriores matrimonios, antes bien los hacen suyos plenamente por ser de industria y trabajo, que es título oneroso; y asi aunque se casen muchas veces, pueden disponer de los que en cada matrimonio adquieren al modo que de los patrimoniales, como se prueba de la ley 14 de Toro, que es la 6. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. (3).

30. Muriendo sin sucesion legítima algun hijo del anterior matrimonio despues de haber heredado á su padre, si hiciere testamento, y segun lo permite la ley 6 de Toro dejare la tercera parte de sus bienes á uno de sus hermanos enteros, y las otras dos á su madre, y esta se volviere á casar ó al tiempo de su fallecimiento estuviere casada, y el hermano legatario del tercio muriere intestado sin sucesion, por cuya razon le hereda su madre abintestato, ¿estará obligada á reservar á los hermanos enteros sobrevivientes la tercera parte que abintestato heredó de este último, y él hubo de su hermano difunto? No, porque esta tercera parte no proviene inmediatamente de la sustancia del padre sino del hermano, del cual se hizo despues de su aceptacion, como patrimonio adquirido de otra parte, y por su aceptacion dejó de ser herencia del padre, de quien primero habia sido, pues hubo interposicion de dos personas (4).

31. Si la madre enagena los bienes raices que está obligada á reservar á sus hijos, parece debe perderlos, y que estos pueden quitarlos á sus poseedores en su vida, al modo que el usu-

1 Castill. ibi, num. 37. Merlin *de legitim.* lib. 4. tit. 2. quæst. 1 hasta la 4. Guerreir. ibi, num. fin. Parlad. §. 2. num. 16. differ. cit.

2 *De usufruct.* dicho cap. 2. num. 50 al 55.

3 Gom. en la 14 de Toro, num. 3. vers. *Ex quibus videbatur.* Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst 95. num. 12 y 14. Matienz en la 6. tit. 9 lib. 5. glos. 2 num. 1.

4 Castill. *de usufruct.* dicho cap. 2. num. 60 al 69.

fructuario, que enagenando los que usufructúa ó el derecho de usufructuarlos, pierde el usufructo, el cual se consolida con la propiedad y pasa al propietario. Pero no obstante, lo contrario es lo cierto: y asi valdrá la enagenacion durante su vida, y se revocará despues de su muerte; porque puede suceder que los hijos mueran antes que su madre, y que por consiguiente los herede, lo cual es especial en la madre en este caso, y no milita para con otro usufructuario; bien que si los enagena antes de casarse, y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo habil su enagenacion, puede reivindicarlos de los que los posean, sin necesidad de hacer excusion en los maternos (1).

32. Aunque subsistiendo viudo el padre es igual á la madre en el privilegio, no obstante, casándose, si enagenare algunos bienes de los hijos de su anterior matrimonio, ya sea antes ó despues de casado, no pueden estos reivindicarlos del tercero poseedor mientras viva su padre, ni tampoco despues, si aceptan su herencia, sin hacer previa excusion en los paternos, pues como herederos universales estan obligados á observar los contratos celebrados por su causante, y asi solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra su poseedor; pero si la renuncian, no necesitan hacer la excusion para intentar su repeticion (2).

33. Por pasar á segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido la dejó de sus bienes simplemente, y sin condicion de conservar viudedad, ó con la de que lo gozare mientras viviese. Y lo propio milita para con el marido si su muger lo deja por usufructuario. Ni tampoco si se lo lega con la condicion de *si viviere casta y honestamente*, sin añadir *si permaneciere en su viudedad*, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente (3).

1 Gom. en la ley 15 de Toro, num. 5. vers. *Dubium tamen est*, y vers. *Item adde.*

2 Ley 24. tit. 13. Part. 5. et ibi glos. 9, 10 y 11. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 8. num. 5. Pinel. in leg. 1. Cod. *de bonis maternis.* part. 3. num. 21.

3 Castill. *de usufruct.* dicho cap. 2. num. 127. hasta el fin. Gom. en la ley 15 de Toro, num. 9.

CAPITULO VIGESIMOQUINTO.

De las diligencias que deben practicarse para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir á instrumento público los abiertos.

§. 1. El que tiene en su poder algun testamento cerrado debe presentarle á la justicia dentro de un mes despues de la muerte del testador.

2. El interesado en un testamento puede pedir por sí ó por procurador, que se abra y publique.

3. A la abertura precederá el examen de los testigos, y reconocimiento de sus firmas.

4. ¿Que deberá hacerse cuando no puedan ser habidos todos los testigos?

5. ¿Como se suplirá su falta si todos han muerto?

6. Antes de publicado un testamento son nulos los contratos que se celebren sobre cosas de la herencia.

7. ¿En que caso no debe dar el juez copia del testamento?

8. ¿Que deberá hacer el heredero para llevar á efecto un testamento nuncupativo, hecho sin escribano, ó verbalmente?

1. Dejo ya explicado todo cuanto concierne à la solemnidad de los testamentos y codicilos cerrados. Paso à expresar dentro de qué término está obligada la persona, en cuyo poder existen, à manifestarlos à la justicia; en qué pena incurre si no lo hace; quién es parte legítima para pedir su apertura, y cómo debe pedirla; por qué juez se han de abrir, y cómo; y si antes de publicarse podrá hacerse transaccion ó concierto sobre su contexto. El que tiene en su poder el testamento cerrado bajo de que falleció el que lo otorgó, debe presentarlo ante la justicia ordinaria del pueblo en que este murió, dentro de un mes siguiente al dia de su muerte, y no cumpliéndolo, pierde el legado que le dejó, el cual se ha de distribuir por su alma; y no habiendo legado, debe pagar al interesado el daño que se le cause, y dos mil maravedís à la Real Cámara, sin excepcion de personas. No se exime de este cargo el clérigo con pretexto de ser lego el juez; porque lo es competente, segun está declarado en

la Real cédula de 13 de junio de 1775, y en las leyes que se citan (1).

2. El que tiene interes en el testamento, ú otro en su nombre con su especial poder, puede pedir se abra, expresando haber fallecido el testador bajo de él, jurando no pedirlo de malicia, y sí solo por presumir que es interesado, ó la parte á quien representa; cuyo pedimento debe dar ante el juez ordinario secular, y no ante otro. Estando en el lugar el testamento, dispondrá el juez que se traiga inmediatamente para abrirlo, y si está en otro, prefinir plazo al sugeto que lo tenga, para que lo presente (2).

3. Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer à su presencia los testigos instrumentales, los cuales bajo de juramento que les recibirá (porque la ley no lo permite cometer su examen al escribano ni á otro por ser este un acto personalísimo) reconocerán sus firmas y la del testador, ó del que por este ó por algunos de ellos firma, é igualmente el testamento ó cuaderno que se les manifieste, y dependrán de su fallecimiento por haberlo oido, ó visto cadaver, y no sabiéndolo, pondrá el escribano fe de él á continuacion del auto con expresion de haber conocido vivo al testador, y estar al parecer muerto; y si no lo conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto, pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir; y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el juez que el testamento ò cuaderno en nada está sospechoso, debe abrirlo ante el escribano y los testigos, y entregarlo á este para que lo lea y publique delante de todos, y despues de abierto y publicado, reducirlo á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga ó estime por testamento y última voluntad del difunto; que se den á los interesados en él los traslados y testimonios que pidieren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del escribano ante quien se abra, interponiendo á todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio cuanto haya lugar en derecho, pues hasta que se abra no se debe tener ni estimar por escritura pública, ni lo es por no haberse publicado su contexto.

4. No pudiendo ser habidos todos los testigos referidos,

1 Leyes 1 y 2. tit. 2. Part. 6. y 5 y 6. 2 Ley 2. tit 2. Part. 6. tit. 18 lib. 10. Nov. Rec.

basta que comparezca la mayor parte (que à lo menos han de ser cuatro), y despues lo ha de enviar à los demas para el mismo efecto, si estan en otro lugar, ó enfermos, ó son personas muy condecoradas ú honradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dejar por eso de abrirlo. Si no pueden comparecer todos ni la mayor parte, y el juez conoce que de esperarlos y omitir su apertura, resultará perjuicio, debe llamar hombres buenos, abrirlo ante ellos, y mandarlo trasladar y leer, y que los tales hombres lo firmen, y luego volver á cerrarlo, y sellarlo: y despues que vengan los testigos instrumentales, manifestárse lo para que lo reconozcan en la forma prevenida. Si practicadas estas diligencias no resultase cosa en contrario, las mandará unir á las otras, y que de todo se dé traslado à los interesados, ó de lo que à cada uno corresponda. Hasta aqui la ley de Partida (1).

5. Pero si han fallecido todos los testigos (como puede suceder) ó se cree asi, ó se hallaren ausentes sin saber su paradero, se debe hacer informacion de ello; de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si ha muerto, de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y hacer fe de sus deposiciones; y si alguno conoce sus firmas, que las reconozca, ó se comprueben (pues todo conduce para la mayor estabilidad del testamento); y luego el juez lo mandará abrir en la forma explicada (2): y si quisiere rubricará sus hojas, sin embargo de que no es preciso, previniéndose asi en la diligencia de apertura. Si el escribano ante quien se otorgó, vive, está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo y firma; bien que no es rigurosamente necesario por no mandarlo las leyes. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

6. No puede hacerse pacto, concierto ni transaccion antes de la publicacion del testamento cerrado sobre la herencia ó los legados que tiene, y si se hace es nula, porque puede haber dolo y ser engañado el interesado en ellos (3); por lo que aunque uno afirme con juramento que el testador le legó cierta cosa, demande al heredero sobre su entrega, y en virtud del juramento se la dé, si despues de abierto resulta ser incierto, debe restituirsela (4). El juez debe mandar que se dé traslado íntegro del

1 Ley 3. tit. 2. Part 6.
2 Bas *Theat. jur. prud.* part. 1. cap. 5 y 6.
3 Ley 1. tit. 2. Part. 6. y *De his controversiis.* ff. *de transact.*
4 Ley 25. tit. 11. Part. 3.

testamento à los herederos del testador; y à los demas interesados en él de solo lo que les pertenece; sin mencionar el dia, mes ni hora en que fue hecho, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida (1). Lo que actualmente se practica es dar testimonio al interesado con insercion à la letra de la cláusula que le compete, cabeza y pie del testamento, y nada mas, de lo cual no resulta perjuicio, falsedad ni fraude.

7. Prohibiendo el testador (por motivos que le asistan, y no necesita manifestar, ni deben indagarse) que su testamento ò parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ó que se publique y dé traslado de clásula determinada que señala, debe observarlo asi el juez; y si este entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé, aunque el testador no lo haya prohibido (2); y por eso es buena prevencion, que el juez sin separarse de la presencia de los testigos y escribano, lo lea para sí, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los doctos y expertos, que saben su oficio.

8. Si el testamento está dispuesto en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos hábiles para serlo, la presentará el heredero al juez con pedimento, expresando si el testador la escribió, ó quién, lo que pasó en aquel acto, y que por no haber escribano en el pueblo (ó por el motivo que haya habido) formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció bajo de ella, y pretenderá que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por testamento nuncupativo y ultima voluntad del difunto lo que contiene la cédula, se den à los interesados las copias y los testimonios correspondientes, se protocolice todo en los registros del escribano ante quien se presente, y que à ello y à sus tratados interponga el juez la autoridad de su oficio en legal forma. En vista de este pedimento y cédula la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo, dará otra providencia, por la cual lo declarará todo por testamento nuncupativo y ultima voluntad del difunto, y deferirá á lo demas pretendido; de lo que se instruirá el escribano por las diligencias

1 Leyes 103. tit. 18. Part. 3. y 5. tit. 2. Part. 6.

2 Leyes 5 y final, tit. 2. Part. 6.

que se insertarán á continuacion. Si el testador lo dispuso de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, à excepcion de que en el pedimento se ha de presentar: *Que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, omitir la presentacion de cédula, porque no la hay, y declaradas por testamento, valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos: todo lo cual es conforme à una ley de Partida (1), que no está derogada ni corregida; y es lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante notario meramente eclesiástico.

1 Ley 4. tit. 2. Part. 6

CAPITULO VIGESIMOSEXTO.

Prevenciones á los escribanos para el acierto de las materias de este titulo.

§. 1. El escribano debe instruir al testador en lo que este ha de hacer segun derecho.

2. Cláusula perteneciente á fundaciones de obras pias, que es nula por derecho.

3. Otra que tambien lo es, sobre que no deban dar cuenta los tutores.

4. No vale tampoco la cláusula derogatoria del fuero ó costumbre del pueblo del domicilio ó del arraigo.

5. La cláusula que prohibe al propietario la accion de obligar al usufructuario á que inventarie los bienes del primero, es nula, á excepcion del caso en que le nombre heredero de ellos.

6. De las varias especies de fianzas que debe dar el usufructuario.

7. ¿Que fianzas se deben dar de muebles y otras cosas que se consumen con el uso?

8. ¿Cuales deben darse por razon de animales no productivos?

9. La cláusula sobre que no se quite á la viuda la tutela de sus hijos, aun cuando se case segunda vez, es nula.

10. Advertencia sobre el testamento de los extrangeros.

11. El nombramiento de futuro en orden à heredero, no es válido.

12. El testador puede prohibir que se abra su testamento cerrado, ó parte de él, hasta el tiempo que tenga á bien prefijar.

13. Lo mismo puede hacer en testamento nuncupativo, á cuyo fin se conservarán cerradas las hojas que no deben publicarse.

14. El testamento puede otorgaese á cualquiera hora del dia ó de la noche.

15. No debe el escribano designar persona al testador cuando le pregunte á quién instituye por heredero.

16. ¿Como debe conducirse el escribano cuando el testador no pueda pronunciar con claridad?

17 ¿Que debe hacer cuando el testador padece demencia con lúcidos intervalos?

18. ¿Como ha de haberse con el testador que no habla ni entiende el idioma?

19. ¿Por que razones no puede el escribano autorizar un testamento cerrado en que es instituido heredero?

20, 21 y 22. ¿En que manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento?

23. ¿Que legados ó limosnas son válidas cuando se hacen en favor de los religiosos de San Francisco?
24. Sobre el legatario del tercio entre los ascendientes.

1. Debe instruir el escribano al testador de lo que previenen las leyes á fin de que arregle á ellas sus disposiciones, pues aunque tenga libre voluntad de hacer de lo suyo lo que le parezca, siempre es con sujecion á derecho.

2. Está reprobada por ley la cláusula siguiente: *prohibo á los árzobispos, obispos ó sus vicarios, que celen sobre el cumplimiento de las cargas y administracion de bienes de la capellanía ó memoria de misas que dejo fundadas, y mando que si se entrometiesen en su conocimiento se conviertan en otros fines los bienes afectos á ella, y en este caso la revoco y anulo en todas sus partes.* Es nula esta cláusula: 1.° porque ningun testador puede privar á la jurisdiccion eclesiástica del conocimiento y accion que le conceden los sagrados cánones en las mandas piadosas; 2.° porque una vez erigidos los bienes en capellanía ú otra fundacion eclesiástica, aceptados por esta jurisdiccion y sujetos á ella, no queda facultad al dueño de desposeerlos de la nueva condicion legal que han adquirido; 3.° porque dicha cláusula se opone á los mismos bienes del testador, que son asegurar la fundacion hecha y la aplicacion de sus bienes á su debido objeto; pues si se inhibiese de su vigilancia en estos puntos á quien de derecho corresponde, se cometerian fraudes que hiciesen ilusorias dichas disposiciones. La revocacion que incluya la cláusula inserta, no tiene lugar despues de confirmada y aceptada la fundacion, pues ya no es dueño de volverse atras el que la hizo.

3. Tampoco debe cumplirse la cláusula en que los testadores suelen prohibir *que á los tutores de las personas y bienes de sus hijos se les pida cuenta de su manejo é inversion;* pues el derecho manda que la den.

4. Si el testador manda *que no valga la costumbre y fuero que hay en el lugar de su domicilio, ó de él en que tiene bienes en cuanto á lo que en su testamento deja ordenado y dispuesto, y que se observe solamente el contexto de su testamento, y no la costumbre y fuero,* no se observará su voluntad: y la razon es porque ninguno puede derogar el derecho público y costumbre inconcusamente observada, que tiene fuerza de ley, y sólo podrá hacerlo cuando es personalísimo á el mismo; por lo que en este caso será lo mejor que vincule los bienes á título de má-

yorazgo, pues se entra à su obtencion y goce por derecho de sucesion con arreglo al llamamiento, y no por derecho hereditario, como en los libres, que segun el fuero de la tierra deben volver al tronco, y la raiz à la raiz.

5. Se estimará por irrita y nula, *si dejando á alguno por heredero usufructuario de sus bienes, y á otro por propietario, manda que este no pueda competer á aquel á inventariarlos, ni dar fianzas de restituírselos, y usar de ellos como es obligado;* porque el que adquiere derecho à su propiedad, en el instante que el testador fallece es el propietario, el cual queda por legitimo y verdadero dueño de ellos, y por esta razon puede pedir, y se le debe dar, la posesion de su dominio directo desde entonces, y la del util para desde el dia siguiente al en que el usufructo espire, pues mientras dura está suspenso; por finalizada se consolida con la propiedad, y no necesita el propietario tomar nueva posesion para gozarlo; por lo que puede competer al usufructuario à la formacion del inventario ó descripcion de los bienes, con asistencia suya, y à que dé fianzas saneadas de restituírselos y no disiparlos, y le entregue los titulos de su pertenencia, si los tiene: pero si ademas del usufructo de los bienes le deja por heredero de algunos, no necesitará inventariar estos últimos.

6. Las fianzas son de varias especies: si los bienes que ha de usufructuar son raices, v. gr. tierras, viñas, olivares, huertas, montes, dehesas ó ganados productivos, en quienes se verifica propiamente el usufructo, porque producen, y su producto es distinto y se separa de la propiedad; ó casas, que aunque por su naturaleza no producen, se verifica en ellas no solo usufructo, sino uso y habitacion ó comodidad, ha de darla de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservando su propiedad de tal suerte que por su culpa ú omision no se destruyan ni deterioren para volverlos y restituirlos à sus herederos en el mismo estado que los recibió, y el modo de usarlos à arbitrio de buen varon es labrar las tierras, viñas y olivares como buen labrador, y si algunas cepas, olivos ò árboles se secan ò arrancan, plantar otros, dar de comer y tratar bien à los ganados, y si algunos fallecen, reemplazarlos con los hijos que procreen, y hacer en las casas y edificios para su subsistencia y conservacion los reparos menores que necesiten, v. gr. retejos, blanqueos, compostura de puestas y ventanas, y otras semejantes que cada uno no exceda de ciento y cincuenta reales; pues los mayores,

v. gr. si se hunde la casa ò parte de ella por caso fortuito, ó amenaza ruina alguna pared, y todos los que exceden de dicha cantidad, segun la comun práctica y estimacion de la Corte, son de cuenta del propietario, el cual como dueño debe ejecutarlo del mismo modo que si la usufructuara, porque estos reparos no solo miran á que la casa no se deteriore sino à que no perezca. Todo lo cual se entiende, á menos que la ruina provenga de culpa ú omision del usufructuario, que entonces puede ser compelido á repararla à sus expensas ò del inquilino, pues estará obligado á lo mismo, porque debe saber y mirar á quién la alquila, y cómo la usa; sobre lo cual véase á Castillo *de usufruct.* capitulo 15. y siguientes.

7. Si son muebles ó cosas de las que se cuentan, miden ó pesan, y se consumen enteramente con el uso, en el cual consiste su usufructo, y guardándolos no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. gr. vino, trigo, aceite, miel y otras semejantes (por lo que su usufructo se llama *cuasi usufructo*), y el testador los deja en su casa, trox ò bodega, podrá el usufructuario dar la fianza alternativa, que es de restituir la cosa reservada: quiero decir, que si estos bienes se valúan y aprecian, como debe hacerse, al tiempo que se entregan al usufructuario, la dará de restituir el mismo valor y estimacion; ú otros tantos del propio género, calidad y bondad; si no se valúan, de volver otros iguales en especie, número, peso, medida y valor; y si es dinero, la cantidad misma que recibe: y la razon es porque de estos bienes se le trasfiere el dominio, y puede hacer lo que quisiere, lo que no sucede con los expresados en el número precedente. Pero si cuando el testador fallece, no estan cogidos ni separados del suelo, sino pendientes y mostrados en el campo ó árboles que los producen, nada de ellos debe restituir el heredero usufructuario, ni por consiguiente dar fianza, porque por el mismo hecho de haber sido instituido por heredero, los hace suyos, y como tales se contemplan parte del difunto, y no cosa distinta; ademas que el derecho no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre. Pero si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y de su importe constituir la fianza alternativa mencionada. Lo cual procede ya sean propias del testador ó agenas las fincas que los producen; pues siendo locadas, cumple con satisfacer su arrendamiento del fruto, como hipotecado tácitamente por ministerio legal á su solucion, al mo-

do que lo pagaria el testador, y asimismo debe pagar las demas cargas de las alhajas, aunque hayan sobrevenido al usufructo (1), y á ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho debe sufrir el gravamen (2).

8. Si el usufructo es de animales no productivos, v. gr. machos, bueyes &c., en los cuales se verifica mero uso, debe dar la fianza *de usarlos á arbitrio de buen varon, sin estar obligado á responder de su estimacion, pérdida, muerte ni deterioro, á menos que provenga de culpa suya.* Lo mismo ha de practicar con los muebles que no se consumen ò aniquilan, sino que se envejecen y deterioran con el uso, v. gr. trastos de casas, vestidos y otros semejantes: porque en ellos se verifica solamente uso, y debe obrar la propia disposicion legal; por lo que si con el continuado uso se mueren ò consumen algunos, ò ponen en estado tan deplorable que quedan inútiles, cumple con restituirlos de la suerte en que se hallen, y no está obligado á responder de los que perecieron sin su culpa (3); pues de lo contrario se verificaria que el testador no le deja mas que trabajo en custodiarlos y conservarlos, y que lejos de beneficiarle, le perjudica. Se previene que cuando uno de los cónyuges queda por usufructuario de los bienes del otro, debe hacer inventario ò descripcion, particion y separacion de todos con asistencia del propietario ò de quien su poder tenga, para que se sepa los que entra á usufructuar, y sus herederos han de restituir; pues de no hacerlo asi, servirá de confusion y pleitos, y con dificultad se podrá averiguar el caudal de ambos: y asimismo que si los bienes ò parte de ellos consisten en tierras que estan barbechadas ò sembradas, y no se ve el fruto, se han de dividir por mitad, como gananciales, las labores y semillas echadas en ellas; lo que no deberá hacerse estando los frutos pendientes y mostrados.

9. Es reprobada por derecho la voluntad del testador en cuanto manda: *que aunque su muger se case segunda vez no pierda ni se la quite la tutela y administracion de los bienes de sus hijos* (4): porque suele amar tanto al nuevo marido que olvida enteramente el cuidado de ellos, y aun muchas veces maquina su daño (5). Lo mismo sucede respecto de la abuela, y asi no solo se quitará á las dos la tutela, sino que se sacarán los hijos y nietos de su poder, quedando sus bienes y los del nuevo marido tácitamente obligados á la responsabilidad del deterioro que hayan pade-

1 Ley 22. tit. 31. Part. 3.
2 Ley 13. tit. 33. Part. 7.
3 Castill. *de usufruct.* cap. 17, 18 y 77. Ayor. *de partit.* part. 2 quæst. 24.
4 Ley 5. tit. 16. Part 6.
5 Ley 4. tit. 16. Part. 6.

cido los de sus hijos, durante la tutela. Si estos quedan huérfanos de padre en la edad pupilar sin tutor, y su madre no pide al juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos, en caso que mueran intestados; y lo mismo sucede à los parientes que deben heredarlos *abintestato* (1).

10. El extrangero no domiciliado en el reino donde vive à la sazon que hace su testamento debe tener presente que si la ley, estatuto ò costumbre de él habla simple é indistintamente, se amplía y extiende à todos los que lo habitan, aunque no sean regnícolas, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida; pero si habla con cierto número de personas, no está obligado à observarla, y solo deberán ceñirse à ella aquellos con quienes habla determinadamente, porque en las cosas que miran à la solemnidad del juicio, se atiende únicamente al lugar donde se celebra el acto; mas en las que conciernen á la sustancia y decision de la causa, al lugar y fuero de la persona actora, pues la ley no puede legitimar la del que no es súbdito suyo (2). Si está domiciliado y tiene bienes en el reino y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme à las leyes de él, y de estos segun las de su patria, y no de todos de un mismo modo: porque la ley ò estatuto no puede extender sus efectos fuera de los límites à que se extiende la potestad del legislador, ni por consiguiente comprende à los bienes situados fuera de ellos, ni à persona que no es en aquella parte súbdita suya. Lo mismo procede para con el hijo de familia que fallece en otro reino (3) en cuanto à poder ò no testar como he sentado en el párrafo 32 del capítulo 1 del testamento. Lo propio deberá observar por idéntica razon, aunque no sea extrangero, si posee bienes en provincia que se gobierna por algun fuero especial ò municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragon y Cataluña; pues con arreglo à este y à las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Si está connaturalizado, el rescripto de connaturalizacion servirá de regla para lo que se debe practicar: pues el Príncipe, como legislador y viva ley, puede dispensarle que teste de ambos modos de los bienes situados en sus dominios, y no fuera de ellos.

11. Si el testador nombra heredero en su testamento ò en poder para testar en esta forma: *quiero que sea mi heredero el sugeto ò persona, cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un*

1 Leyes 5 y 12. tit. 16. Part 6. Greg. Lop. en dicha ley 12. glos. 3 y 4. Gutierr. *de tutel.* part 1. cap. 5 y 19.

2 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 20.

3 Acev. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. Rec. num. 15. Gom. en la ley 5 de Toro, num. fin.

papel ò memoria que está en tal gaveta, ò en poder de fulano (nombrándolo), *ò el que Pedro tiene instituido en su testamento*, y concurre à su otorgamiento el competente número de testigos que oigan esta expresion, no se detenga el escribano en autorizarlos; pues siendo arreglados, verificándose el nombramiento en papel, y no dudándose de la fe de la memoria ò cédula privada, serán válidos; pero no si hablare de futuro, v. gr. *quiero que sea mi heredero el que escribiere de mi puño, ò que fulano instituyere:* la razon es porque en este caso no se nombra persona cierta como en el otro (1).

12. Puede prohibir el testador que su testamento cerrado ò la parte que de él lo sea, se abra y publique hasta el dia que prefine (2); y por consiguiente puede ser en parte abierto y en parte cerrado un mismo testamento. El motivo porque los testadores suelen imponer esta prohibicion, es porque si tienen algun hijo pupilo, ò loco ò fatuo, y lo sustituyen ò le dejan algun legado, nombrando à otro à su goce en caso que fallezca dentro de la pubertad, ò que sea incapaz de testar, no maquine su muerte el sustituto por heredarle (3): y la cláusula se ordena en el otorgamiento de esta forma: *mando que hasta tal dia de tal mes y año, de ningun modo se abran ni publiquen tales hojas,* (ha de expresar cuántas son) *cosidas* (ò cerradas, segun esten) *dentro de este cuaderno: que se cumpla inviolablemente lo que en sus cláusulas dejo dispuesto y ordenado: y que lo demas del citado testamento se abra y publique con la solemnidad prescripta por derecho luego que se verifique mi fallecimiento: y encargo al señor juez que de su apertura conociere, no altere ni permita se tergiverse ni interprete total ni parcialmente esta disposicion; porque asi conviene, y es mi deliberada voluntad.*

13. Si el testamento es nuncupativo, se han de cerrar las hojas que el testador prohibe que se publiquen, y en lo que queda abierto expresar con toda claridad las que son, y cuántas cláusulas contienen; pero no su contexto. Si el testador puede escribirlas ò firmarlas, lo ejecutará, porque esto es lo mas seguro. La solemnidad de cinco testigos no vecinos, ò tres que lo sean, es suficiente en su otorgamiento. Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo

1 Gutierr. *Repet. leg. Nemo potest*, num. 248. y lib. 2. *Pract.* quæst. 41. num. 4 y 5. Cast. lib. 4. *Controv.* cap. 20. num. 29 y sig. Mantic. *de conject* ley 4. tit. 4. num. 6 y sig. Alhared. *de conject mente defuncti*, ley 3. cap. 2. §. 1. num. 2. Matienz ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 16. num. 13.

2 Leyes 5 y 6. tit. 2. Part. 6.

3 Ley 6. tit. 2. Part 6.

solamente la cláusula que dejo extendida en el párrafo precedente.

14. El testamento, como acto puramente extrajudicial, puede otorgarse de dia y de noche, al modo que los contratos. Cuando el escribano tome la minuta ò razon de él para extenderlo, ha de estar solo con el testador sin permitir que otro alguno, aunque sea su confesor, lo presencie sin su expreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestion, especialmente si se halla enfermo, y dejarle en libertad de explayar su voluntad, y descargar libremente su conciencia, pues la experiencia ha acreditado que de lo contrario suelen hacerse unas disposiciones violentas, repugnantes y perjudiciales, que no sirven de otra cosa que de discordias y pleitos. Nadie ha de saber su contexto, si es abierto, hasta el acto del otorgamiento que deben presenciar únicamente los testigos; pero si la enfermedad se agrava de manera que no dé tiempo para tomar la razon, entonces podrán asistir estos à la toma de la razon, y la firmarán à fin de que, precedidas sus contestes disposiciones, se reduzca à escritura pública, y se declare por testamento y última voluntad del testador, como si la hubiera hecho en cédula ante ellos sin escribano; y aunque para evitar estos gastos puede este extenderlo con arreglo à ella, leerlo luego ante los mismos testigos, y hacer que lo firme uno de ellos en el protocolo, por estar ya otorgado formalmente, quedándose con la minuta por lo que pueda ocurrir si se dudare de su contexto, lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de extendido. Pero sin embargo de que el testamento sea nuncupativo, à nadie mas que al testador mientras vive debe manifestarlo, ni revelar su contexto, no obstante que para ello se pretexte que es instrumento público, pues se llama asi porque se otorga ante persona con autoridad pública y testigos; pero no es público para otros mas que para estos, por lo que tampoco debe dar copia ni testimonio, ni parte de él à otro que al testador; y despues de su muerte solo à los interesados, y únicamente de la parte que les corresponda (1).

15. El escribano debe preguntar indiferentemente al testador: *á quién deja por su heredero*, sin nombrarle ni traerle à la memoria sugeto alguno, ni hacerle señas, pues la pregunta ha de ser verbal, clara, y en términos generales, para que de esta suerte se conozca que la respuesta es producida y nacida de su

1 Ley 103. tit. 18. Part. 3.

libre voluntad. Sin embargo si él ó cualquiera otra persona, que no sean interesados ni sospechosos, se le nombrasen: diciéndole: *si instituye por heredero á fulano*, y responde que sí á presencia de los testigos, bastará: porque ya manifiesta su voluntad, y no la confiere en la de tercero, como dicen los autores (1), y dejo expuesto.

16. Si le llaman para hacer el testamento del que está convulso y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable, es lo mismo que si nada profiriera, porque no se le entiende, ó del que ha perdido enteramente el habla, que es propiamente mudo, no autorice semejantes disposiciones: porque es preciso que el testador manifieste su voluntad con palabras claras y perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciéndolas con la cabeza (2); bien que algunos dicen que son suficientes, pero yo no seguiré esta opinion por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronunciacion, y tambien cuando sabe leer y escribir, y escribe por sí mismo su testamento. Todo lo referido no se entiende de los codicilos, pues estos pueden hacerse por señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma Gomez en la ley 3 de Toro, número 111, apoyándolo con varios textos civiles; pero aconsejo al escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena.

17. Queda explicado que el loco puede testar principiando y concluyendo su testamento durante los lúcidos intervalos. Y para evitar dudas y controversias sobre si lo hace ó no dentro de ellos, dirá el escribano á algun hijo ó pariente de él, que acuda al juez haciendo relacion de la enfermedad del paciente, y que algunas veces está en su acuerdo, con la solicitud de que dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad, con asistencia de médico y cirujano que previamente declaren con juramento si está ó no capaz, y estándolo ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos, y todo se ponga por testimonio; y obtenida la judicial facultad, declararán conforme á la ley el médico y cirujano si está ó no en su juicio, y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, y no de otra suerte (pues no se ha de fiar de lo que otros dicen, sino de lo que vea y advierta por sí para

1 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 110 y sig. Matienz. en la 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 16. num. 4 al 9. Cast. lib. 4. *Controv.* cap. 27. num. 14. Mantic. *de conject.* lib. 2. tit. 6. num 9.

2 Gom en la ley 3 de Toro, num. 110. Covarr. cap. *Cum tibi*, num. 4. *de testam.*

dar fe), á su presencia y á la de los testigos prevenidos por la ley ó mas, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero, y otras cosas, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, ó no vengan al caso, para cerciorarse mas bien de la sanidad actual de su juicio y de la firmeza de su voluntad, y practicará todo lo demas que le dicte su prudencia, y sea conducente á evitar dudas, portándose con la mayor madurez, imparcialidad y reflexion, sin dejarse llevar de pasion ni interes, è irá extendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á extender una cláusula antes que satisfaga á la anterior. Si sabe y puede firmar, hará que lo firme con todos los concurrentes que supieren, y luego lo autorizará; y evacuado todo, se presentará al juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el examen de todos los concurrentes al acto.

18. Si el testador ni habla ni entiende el idioma del escribano, escribirá por sí mismo su testamento á presencia del escribano y testigos. Si no pudiese escribir, porque su enfermedad no se lo permita, se buscará un sugeto que entienda su idioma, y le dictará su disposicion; despues la leerá por sí mismo el testador, ó se la leerá el intérprete; y la firmará. Los testigos y el intérprete firmarán tambien, y rubricarán á mayor abundamiento todas las hojas, y el escribano autorizará en forma este testamento, expresando en él todo lo ocurrido. En un caso semejante lo que importa es asegurar la identidad del papel donde está escrita y consignada la voluntad del testador; y esto se consigue por el medio indicado, evitándose en lo posible los fraudes que pueden cometerse en los testamentos de extrangeros que no entienden el idioma del pais en que testan. Si en el pueblo hubiere un intérprete autorizado por el gobierno, deberá buscársele con preferencia; ó por mejor decir, solo en su falta es cuando otra persona cualquiera inteligente en la lengua del testador hará sus veces. El interesado en la herencia solicitará que se traduzca esta disposicion, que los testigos reconozcan sus firmas y depongan lo que pasó ante ellos, y que el juez la declare por testamento. Es verdad que los testigos no podrán serlo de lo que no entendieron, pero servirán sus dichos para probar que no se cometió fraude alguno antes ni despues del otorgamiento.

19. Por dos razones no puede el escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero. La primera, porque el heredero y fideicomisario universal tienen prohibicion

de ser testigos, y de escribirse por herederos en el testamento segun el senadoconsulto livoniano (*), y el escribano hace veces en él de dos testigos. La segunda, porque su aprobacion y autoridad se requiere esencialmente para su validacion; pero puede autorizar su testamento cerrado y nuncupativo por sí con la solemnidad legal, porque como trata de su propio negocio á nadie daña (1). Tambien puede autorizar el nuncupativo en que es establecido heredero, interviniendo la solemnidad de testigos, y demas requisitos prescritos por la ley cuando no concurre escribano, y deponiendo luego los mismos testigos de su tenor, como si ante ellos solos lo formalizara en cédula (á cuyo efecto firmarán el protocolo, y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion ó engaño); porque la fe y autoridad que se da al testamento no consiste solo en que el testador permita que un tercero se instituya ó escriba por su heredero, sino en que lo presencien los testigos necesarios, y les manifieste su voluntad, á fin de que si se duda de su contexto, puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede con otro cualquier instrumento que no sea á su favor, haciendo protocolo, y observando la solemnidad y formalidad prevenidas por derecho, porque en el escribano concurren dos conceptos, uno público y otro privado, y puede usar de ambos en un mismo acto, como tambien separadamente, ó en distintos, de cada uno (2).

20. Se duda si en el testamento ó en otra última disposicion es requisito preciso para su estabilidad que el escribano dé fe del conocimiento del testador, ó bastará que depongan de él dos de los testigos instrumentales, al modo que para los contratos lo manda una ley recopilada (3). Algunos autores dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el testador es ó no el mismo que expresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y otros siguen la contraria opinion, porque el testamento no es contrato obligatorio, del que pueda irrogarse perjuicio á tercero, sino una manifestacion de la última voluntad que el testador tiene potestad de revocar hasta su muerte.

* Aunque la prohibicion del senadoconsulto livoniano no está adoptada expresamente en ninguno de nuestros cuerpos legales, se halla admitida en la práctica por nuestros tribunales superiores. Véase á Elizondo *Práctica univers for.* tom. 3. num. 3 pag. 80 *Febrero reformado*

1 Fragoso *de regimine Reipublicæ*, part. 1. lib. 5. disp. 13. §. 11. num. 314 y sig. Molin. *de justit. et jur* tit. 1. disp. 125. num. 2, 3 y 5.

2 Angel. *in § Idem juris*, num. 32. Institut. *de excepcion.* Parlad. lib. 2. *Rer. cap.* 20. num. 23.

3 Ley 2. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Matienz. en la 2. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 7. num. 6.

21. Mi dictamen, conformándose con el de estos autores, es que ninguno de los dos requisitos es preciso, y que aun cuando la ley 54. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice::: *é debe ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los omes á quien face las cartas, quién son, é de qué lugar, de manera que non pueda hi ser fecho ningun engaño*, y la 2. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. manda al escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no la haga ni reciba, á menos que presente dos testigos que digan que la conocen, expresando de dónde son vecinos, y que si las conociere dé fe de su conocimiento; esto debe entenderse en los contratos, y aun en estos conviene mas esta diligencia á los contratantes por el perjuicio que se les puede causar de ignorar con quien contratan, que no al escribano, pues este no sirve de otra cosa que de autorizarlo y ordenarlo conforme á derecho para su mayor estabilidad, y de un testigo público, á fin de que los contrayentes no puedan retraerse; por lo que en diciendo *que lo otorgaron asi y expresaron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fe de ello, parece que á nada mas estará obligado; y si cuando el escribano y testigos no conocen á los otorgantes, se da por contento aquel á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no corre riesgo ni se anula, aunque carezca de este requisito, ni resultará cargo contra el escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley. Si esto procede en los contratos, con mas razon debe tener lugar en los testamentos y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero, por lo cual aunque carezca de los requisitos mencionados, no los anulan las leyes citadas ni otra alguna, y seria cosa durísima que por no contenerlos fuese nulo el testamento, ó no pudiese el testador manifestar su voluntad y descargar su conciencia.

22. Esta opinion se funda ademas en que si alguno de dichos requisitos fuera sustancial y de esencia para la validacion de los testamentos y últimas voluntades, lo prevendrian las leyes recopiladas y de Partida que tratan de su ordenacion y solemnidad (1); no permitirian otras que los peregrinos y romeros testasen, ni realmente podrian testar, porque en tierra extraña de nadie son conocidos (2). Por estas razones soy de sentir, y acon-

1 Leyes 1 y 2. tit. 18. lib. 10. Nov Rec. 103. tit. 18. Part. 3.

2 Leyes 30. tit. 1. Part. 6, y 2. tit. 30. lib. 1. Nov. Rec.

sejo al escribano, que aunque no conozca al testador, ni haya quien le conozca, no deje de autorizar su testamento, pues es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia, que el que muera intestado. Pero para poder dar fe de su conocimiento, ya sea en contrato ó última disposicion, no es menester que sea de su lugar, ni que le haya tratado desde niño, basta que lo haya visto y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener, y que por tal es conocido.

23. Sin embargo de que los religiosos de San Francisco son incapaces de adquirir y retener bienes temporales, y de ejercer por sí ninguna accion civil, como no se les prohibe admitir para uso y sustento las limosnas de los fieles, para evitar que no extendiendo, como corresponde atenta su regla, las cláusulas de herencias y legados que les dejen, queden privados de ellos, debo advertir al escribano, que si los legados son de trigo, cebada, aceite, vino ó bienes muebles, de los que pueden usar lícitamente en propia especie para su sustento, ó para otra cualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, cálices, casullas, albas y otras cosas para decir misa; sábanas, mantas, colchas y colchones para la enfermería; libros para estudiar; sitio para fundar, ensanchar ó alargar su convento, ó hacer huerto para su uso &c., valen, ya se hagan á los conventos ó á cualquiera de sus religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, v. gr. una vacada, yeguada, manada de ovejas, colmenas, barras de plata, oro, armas ú otras semejantes, tierra, viña, olivar, casa, censos ú otros derechos perpetuos, y se las dejan *para que las posean y usen, ò las vendan por sí mismos, y con su producto remedien sus urgencias*, no vale el legado, ni pueden admitirlo; y asi para que no carezcan de esta limosna, ni la voluntad del testador deje de cumplirse, ha de extender la cláusula en esta forma: *mando que tal cosa* (la que sea) *se dé al síndico de tal convento de San Francisco, para que en nombre de la Silla Apostòlica, ò en el mio, la trueque, venda ò enagene, y con su precio remedie las necesidades de sus religiosos; cuya manda y limosna le hago en los términos, via y forma que mejor lugar haya en derecho, á efecto de que no caduque, antes bien sea válida y admisible, y logren el alivio que les deseo.* Tambien puede mandar el testador á sus testamentarios que hagan lo mismo que el síndico, dándoles poder para ello; porque lo contrario es opuesto á la mendicidad

apostólica; por cuya razon no pueden admitir herencias ni legados dejados en otra forma, segun lo tienen declarado varios Sumos Pontífices. Del mismo modo se ha de poner la cláusula de legado de débitos que el testador tenga á su favor, ó de dinero que quiera dar de limosna á los religiosos ó à sus conventos. Y si quisiere imponerles alguna carga de misas ú otra, se expresará en la cláusula la que sea. Pero de lo que se les deja para la sacristía ó culto divino, ya sea ó no perpetuo, no tienen prohibicion de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo cual tendrá presente el escribano, consultando en caso de duda, si el tiempo se lo permitiere, con religiosos de la orden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas de los fieles; y para mayor seguridad podrá ver el manual de escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, añadido á la exposicion de la regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro, en cuyo manual trae extendidas muchas cláusulas, y explica latamente lo que se debe observar para el fin referido, y otros.

24. Estan persuadidos los escribanos que el legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente en los mismos términos que su ascendiente, y bajo este concepto ordenan la cláusula de institucion, nombrando à ambos por sus herederos en su respectivo haber, en esta forma: *instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera parte de todos mis bienes, para que los hayan y hereden* &c.; pero no solo es un error hacer la institucion en estos términos, sino llamarle heredero al legatario. Lo primero, porque con los ascendientes y descendientes legítimos ningun extraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la ley 7. tit. 1. Part. 6, la cual, aunque no habla sino de descendientes, se debe extender à los ascendientes, porque la ley 6 de Toro manda que sean sus herederos legítimos y les sucedan igualmente *ex testamento* y *abintestato*. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiara la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario como heredero particular, cuando segun la ley debe pasar à los demas herederos *abintestato* del descendiente estimándose por no hecho el testamento en el efecto. Y lo tercero, porque si entre legatarios no hay derecho de acrecer, à menos que el testador legue à dos ó mas juntos una misma cosa, que entonces si alguno de ellos renuncia su parte, ó muere antes que el testador, ó acaece otro

motivo que le obste su percibo, se acrecerá á los demas (1); con mucha menor razon podrá haberlo entre heredero legítimo y legatario extraño. De consiguiente es impropio el nombre de *heredero*, y muy propio y adecuado el de *legatario*. El tercio en este caso es *legado; y mejora* entre herederos forzosos instituidos. Con este conocimiento tendrá el escribano particular cuidado de poner los legados en cláusula separada, no comprendiendo por ningun caso á los legatarios bajo el nombre de herederos.

1 Ley 33. tit. 9. Part. 6.

CAPITULO VIGESIMOSEPTIMO.

De las renuncias de légitimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los religiosos y religiosas.

§. 1. ¿Que cosa es renuncia?
2. ¿En qué conviene con la cesion, y en qué no?
3. ¿En qué concuerda con la repudiacion, y en qué se diferencia?
4. ¿De cuántas maneras son las renuncias?
5. ¿Que son renuncias extinctivas ó abdicativas?
6. ¿Cuando se dicen reales y cuándo personales?
7. Del origen de la legislacion de las herencias de los monasterios.
8. De aqui se derivó la sucesion de los religiosos en los mayorazgos.
9. Disposiciones de la legislacion Goda sobre esta materia.
10. Disposiciones de los Fueros Viejo y Real.
11. Disposiciones de las leyes de Partida.
12. Los conventos no son herederos de los parientes de los religiosos profesos que fallecen intestados.
13. ¿Que debe observarse acerca de los bienes que posee un novicio antes de profesar?
14. Para dejar el novicio sus bienes al monasterio necesita licencia de todos sus herederos forzosos.
15. Disposiciones del santo concilio de Trento en esta materia.
16. La renuncia abdicativa ha de ser de presente y de futuro.
17. En ella debe trasladarse inmediatamente el dominio al renunciatario.
18. Este contrato puede afianzarse por medio del juramento.
19. Prevenciones que puede hacer el novicio acerca de su renuncia.
20. El contrato ó pacto *de succedendo* es nulo.
21. Las renuncias corroboradas con juramento son irrevocables: mas solo pueden perjudicar al que las hace.

Escrituras concernientes á este capítulo.

1.ª Diligencia primera sobre pretension á entrar religiosa, que llaman tratado primero.

Nota. A esta diligencia se siguen otras dos que se llaman tratado segundo y tercero, y en este admiten á la novicia.

2. Escritura de recepcion, en la cual se inserta copia de los tres tratados y la licencia del superior.
3. Renuncia de monja.

Notas 1.ª y 2.ª

1. La renuncia es *un acto voluntario por el cual el que lo ejecuta, abdica y separa de su persona el derecho ò privilegio*

que actualmente le compete ò *puede competirle en lo sucesivo.* Puede hacer renuncias el que está en aptitud de testar, tratar y contratar, y esta facultad se limita à los casos, personas y derechos expresados en las leyes, de modo que la renuncia de un derecho no se extiende à otro, aunque sea acerca de la misma cosa, ni puede perjudicar à tercero.

2. La renuncia conviene con la cesion en que se requieren para su validez las mismas cláusulas, y en que en una y otra hay desprendimiento de algun derecho; pero se diferencian en que para la cesion han de concurrir necesariamente la voluntad del cedente y la del cesionario, y ademas justa causa para que se trasfiera el derecho cedido, en vez de que la renuncia solo pide la voluntad del renunciante con la cual se perfecciona. Tambien se diferencian en que el fin y efecto esencial de la renuncia es la privacion y abdicacion espontánea del que la hace; y el de la cesion es la traslacion del derecho à la persona del cesionario por la justa causa que obliga à hacerla (1).

3. Tambien es especie de repudiacion; pero se diferencia en que esta recae sobre derecho recientemente adquirido por gestion agena, y la renuncia puede ser de los que tengamos por nosotros mismos, ò esperemos tener en adelante. En la renuncia nos desprendemos, y en la repudiacion no admitimos (2).

4. Las renuncias unas son *traslativas ò trasmisivas*, y otras *abdicativas ò extinctivas* (3). Se llaman *traslativas* las que comprenden los bienes, derechos y acciones que el renunciante tiene adquiridos, y se le han deferido, los que por una especie de donacion ó cesion implícita trasfiere en el renunciatario, y de consiguiente se presupone un derecho radicado, y una adquisicion à lo menos intelectual y momentánea en la persona del renunciante, de donde se deriva, y por su representacion pasa à la de aquel à cuyo favor se constituye la renuncia, al cual aprovecha solamente (4). Estas renuncias ó repudiaciones, que por lo regular se constituyen con cesion de derechos, mas son cesiones que renuncias, respecto de que en nada se diferencian de la cesion.

5. Por extinctivas ó abdicativas se gradúan aquellas en que el renunciante, que nada cierto ni determinado da ni trasfiere de

1 Gallerato *de renunciat.* cap. 4. num. 5, 6 y 26.

2 Gallerato ibid. cap. 2. num. 2 hasta el 40.

3 Card. de Luc. *de renunciat* disc. 1. num. 5. disc. 3. num. 7. y en la *Summ.* num. 12 y 15. Olea *de cession. jur.* tit. 1. quæst. 2. num. 15 y sig. Donadeo tom. 2. cap. 49. dicho, num. 143. Noguerol. allegat. 6.

4 Card. de Luc. disc. 1. y num. 5. dichos, y disc. 7. num. 2.

presente en el renunciatario porque nada tiene ni posee, aparta para siempre de su persona cualquiera derecho que en lo futuro le pueda venir, queriendo no se cuente con él para cosa alguna, que se le estime como no existente en el mundo; y por consiguiente que aunque esté vivo, no se le contemple ni tenga por parte en las sucesiones *ex testamento* y *abintestato* que puedan recaer en él, antes bien se defieran y pasen á sus inmediatos parientes. Estas son las propias y verdaderas renuncias, porque por ellas se induce y verifica una simple y nuda privacion, exclusion y absoluto desapropio y desprendimiento que el renunciante hace de sus derechos, sin trasferirlos ni cederlos á persona determinada (1). De estos principios se deduce que una misma renuncia puede ser traslativa y tambien adjudicativa ó extinctiva á un propio tiempo con diversos respectos. Traslativa en cuanto á los bienes y derechos que el renunciante tiene adquiridos, se le han deferido, y le pertenecen cuando la constituye, lo cual es verdadera repudiacion de ellos: y abdicativa ó extinctiva por lo concerniente á los que al tiempo de renunciar no tiene adquiridos; pero pueden corresponderle en lo sucesivo por causa de presente ó de futuro (2).

6. Se subdividen en *reales* y en *personales*. Son reales las que el renunciante formaliza movido no por atencion y afecto á ciertas y determinadas personas, sino por un motivo general y absoluto, y por un eficaz deseo de desprenderse, desapropiarse y abdicar ó apartar enteramente de sí todos los bienes, herencias y derechos que tiene y en él pueden recaer en lo sucesivo *ex testamento* y *abintestato* de parientes y extraños, ya sea con la mira y objeto de servir mejor á Dios, ó por otra causa absoluta y universal. De suerte que por estas renuncias se abdica y desprende el renunciante de todos sus bienes y derechos presentes y futuros, y de la esperanza de ellos, y los traspasa en el renunciatario tan plena y eficazmente, que aunque este muera intestado, y aquel viva, no reviven ni vuelven á él, excepto que intervenga nueva causa y derecho, ó que cese la de la renuncia; ni tampoco pasan á otra persona ni comunidad por su representacion, ni estas tienen el mas leve derecho á ellos (3). Por personales se entienden las que se constituyen en contemplacion y á favor de una ó mas personas ciertas y determinadas, á las que se restringen y limitan en tanto grado, que faltando estas antes

1 Olea quæst. 2. cit. num. 17 y 18. Card. de Luca ibi, num. 5. dicho.
2 Card. de Luc. *de renunciat.* disc. 6. num. 13.
3 Galler. *de renunciat.* lib. 2. cap. 5. y otros que cita.

que el renunciante, y habiendo aptitud y capacidad en este para adquirir entonces, hace suyos otra vez los bienes que ha renunciado, y la renuncia queda inutil é ineficaz en este caso, como si no la hubiera constituido, especialmente en herencias y derechos no deferidos al tiempo de hacerla, excepto que en ella disponga otra cosa (1); por lo que conviene que manifieste claramente su voluntad, á fin de evitar siniestras interpretaciones y decisiones arbitrarias. Todas las expresadas renuncias pueden ser hechas por causa de presente y de futuro, como las cesiones, con las que se confunden en la práctica y comun inteligencia, y por consiguiente se puede renunciar, al modo que ceder, el derecho de futuro con causa de futuro, y la esperanza de él; pero para que este derecho se realice y sea efectivo, es indispensable que el renunciante tenga la capacidad y aptitud referidas al tiempo que se verifica recaer en él, porque si carece de ellas, ó está muerto civil ó naturalmente, asi como no puede adquirirlo, tampoco puede trasmitirlo á otro por las razones que expondré hablando de las cesiones.

7. Supuestas las acciones y derechos que pueden ó no ser cedidos y renunciados (de que se hablará tratando de las cesiones); y las clases de renuncias que los autores distinguen, antes que explique las solemnidades que hoy son indispensables en las que otorgan los que entran en religion, tengo por necesario decir alguna cosa acerca del origen que tuvieron las herencias y sucesiones respecto de los monasterios y de los religiosos. Las iglesias en tiempo de Constantino podian adquirir bienes *ex testamento*; pero no consta que sucediesen *abintestato* hasta una época muy posterior (2). Por varias leyes del código de Justiniano aparece que el que entraba en religion podia disponer de sus bienes antes de profesar del modo que gustase, y que si no lo hacia ni tenia hijos, los adquiria el monasterio, perdiendo por la profesion la facultad de testar: que teniendo hijos, y no habiéndoles dejado su legítima, podia testar á su favor despues de profeso, con tal que dejase á beneficio del monasterio la parte correspondiente á uno de los hijos, pues por tal se reputaba: que por el hecho de entrar en religion no podian los padres desheredar á su hijo, debiendo dejar salva su legítima en la que sucedia tambien *abintestato* (3).

8. De estas disposiciones del derecho romano se derivó sin

1 DD. supra citat.
2 Ley 1. Cod. *de sacros. Eccles.*
3 Ley 55, y Authent. *Nunc autem.* Cod. *de episcop.* Nov. 5. cap. 5. 76. cap. 1. y 123. cap. 38. Authent. *Si quæ mulier.* Cod. *de sacros. Eccles.*

duda la práctica observada hasta ahora en nuestros tribunales de admitir á los monges profesos á la sucesion en los fideicomisos y mayorazgos, cuando expresamente no los excluye el fundador, ni tienen servicio anejo incompatible, si bien no falta quien les niegue con mucha razon esta capacidad. Pero aun cuando la tengan, no debe inferirse de esto que pueden suceder *abintestato* en los bienes libres. En los mayorazgos se atiende principalísimamente á la voluntad del fundador, quien puede excluir ó no á los monges; pero en las sucesiones *abintestato* se ha de atender á la ley, la cual interpretando la voluntad del difunto, presume que no querria instituir á un individuo que se reputa por muerto para el siglo, y menos á un extraño, con preferencia á sus parientes, cual es el monasterio, en quien para siempre habria de radicarse la sucesion. Por testamento no es lo mismo, pues no hay entrada á dicha presuncion cuando consta que el testador ha querido que herede el monge, y por consiguiente el monasterio por la incapacidad de aquel. En la sucesion al mayorazgo es tambien menor el inconveniente por cuanto su posesion acaba con la vida del monge, y pasa á quien toca segun los llamamientos, en vez de que la herencia *abintestato* quedaria para siempre como propiedad del monasterio.

9. La primera ley que se observó en España (pues nunca tuvo en ella vigor el código ni las novelas de Justiniano) en esta especie de sucesiones es la de Leovigildo (1) que dice así: *los clérigos é los monges é las monjas que no han heredero asta séptimo grado, é que non mandan nada de sus cosas, la iglesia á quien servian lo debe haber todo.* De ella se infiere que la iglesia ó monasterio no pueden heredar *abintestato* de un monge que tiene parientes dentro del séptimo grado; y que no pudiendo en este caso suceder al monge, menos podrán heredar á sus padres y parientes. Posteriormente Recesvinto y Egica volvieron á mandar la exclusion del monasterio en competencia de los parientes (2), y esta disposicion fue constantemente observada en estos dominios, confirmada por varios reyes, y recordada en 1778 á la chancillería de Granada para la decision de los negocios de esta naturaleza (3).

10. Ademas de las leyes citadas hay otras muchas, como la 2. tit. 2. lib. 5 del Fuero Viejo, la 10. tit. 5. lib. 3 del Fuero Real, la 11. tit. 6. lib. 3., y la 1. tit. 6. lib. 4 del mismo, todas

1 Ley 12. tit. 2. lib. 4 del Fuero Juzgo.
2 Leyes 2 y 3. tit. 5. lib. 3 del Fuero Juzgo.
3 Real cédula de 15 de julio de 1778.

las cuales inculcan la exclusion de los monasterios en las herencias de los religiosos en concurrencia con sus parientes, y los códigos que las contienen estan en todo su vigor, como verdaderos cuerpos de leyes patrias en lo que no han sido derogadas por otras posteriores.

11. En las Partidas, que por lo general adoptaron el derecho romano, no hay tampoco ley alguna que conceda á los monasterios el de suceder á los parientes del monge *ex testamento* ni *abintestato*, ni à este en otros bienes que los que tenia al tiempo de profesar (1). Pero aun cuando hubiera ley que lo mandase nada importaria por cuanto dichas leyes no derogan las anteriores y peculiares de estos reinos, antes bien se debe juzgar primero por estas que por aquellas, segun el orden que establece la ley 1 de Toro, en que está inserta otra del Ordenamiento de Alcalá que previene lo mismo (2). Verdad es que algunos autores deseosos de favorecer á los monasterios se han empeñado en sostener doctrinas extrañas, las cuales no deben seguirse por carecer de fundamentos sólidos, y ser contrarias á nuestra legislacion; y mucho menos desde que se expidio la citada Real cédula de 15 de Julio de 1775, que no deja la mas leve duda.

12. En consecuencia de cuanto queda sentado es evidente que los conventos capaces de adquirir no son herederos de los parientes de sus religiosos profesos que mueren sin testar despues de su profesion, no obstante que estos al tiempo de hacerla hayan renunciado á favor de aquellos las futuras sucesiones; y tampoco de los padres y demas ascendientes que sobreviven á dicha profesion, y fallecen intestados. La razon es porque despues de profesar, como estan muertos para el mundo, carecen de capacidad de adquirir, y por consiguiente de trasmitir à sus conventos lo que no tienen ni jamas ha sido suyo: lo que no sucede con los que viven en el siglo, cuyas renuncias son válidas por ser capaces de adquirir bienes, y de trasmitirlos á otros. Contra el tenor de las leyes citadas no bastará alegar las razones cabilosas, y subterfugios que han inventado los autores que siguen otra doctrina, ni los particulares estatutos de los monasterios que no tienen fuerza alguna contra las leyes, y solo pueden regir con respecto á los bienes que les leguen ó donen, por ser visto ser donados ó legados al monasterio. Tampoco pueden ser herederos por testamento, teniéndolos el testador legítimos; ni este puede legarles mas que el remanente del

1 Ley 17. tit. 1. Part. 6.

2 Ley 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

quinto, aun cuando sean hijos suyos, pues aunque por la muerte legal é incapacidad de adquirir del religioso, se conceptúe (la cual no es mi opinion) que se entienden hechos los legados al monasterio, este es un extraño, y como tal no puede ser beneficiado en mayor cantidad en concurrencia de herederos legítimos.

13. Por lo respectivo á los bienes que el novicio posee como propios al tiempo de profesar, hay que hacer una distincion: si el novicio carece de herederos forzosos, puede reservarse en la renuncia el todo ó parte de los frutos de los bienes que entonces posee, para subvenir á sus necesidades religiosas, pues no le está prohibido, ni tampoco el poseerlos precariamente con licencia del prelado, con la cual parece que se salva el voto de pobreza. Tambien puede mandar que despues de su vida pasen dichos bienes en propiedad y usufructo à la persona ó personas que nombrare, ò bien à su convento si fuere capaz de adquirir; ò distribuirlos en legados ò fundaciones, como si fuera por testamento, pues el acto de su renuncia equivale en sus efectos á la última voluntad. Pero si tiene descendientes ò ascendientes legítimos, se debe arreglar en los reinos de Castilla à las leyes 6 y 28 de Toro, en los mismos términos que si hiciera testamento; y de no practicarlo asi será de todo punto ineficaz la renuncia en su comunidad, como se sentenció en pleito habido ante el Consejo en 5 de octubre de 1772, y en otro ejemplar ocurrido posteriormente, en que confirmó el mismo Supremo tribunal con fecha de 17 de octubre de 1787 el fallo del teniente de la villa de Madrid Don Juan Antonio de Santa María.

14. En primer lugar para disponer los ascendientes y descendientes novicios à favor de sus conventos ó de otras personas parientes ò extrañas de todos los bienes que poseen, y se les han deferido al tiempo de su profesion, necesitan licencia jurada de todos los que son sus herederos forzosos, la que pueden concederles estos en la misma renuncia, concurriendo à ella, ò en instrumento separado; y no concediéndosela, solo pueden testar y renunciar respectivamente del tercio ó quinto de ellos, segun las leyes citadas: no renunciando asi, se anulará en el todo la renuncia por la infraccion de ellas. Tampoco pueden reservarse su total usufructo sin su licencia: porque toca, como la propiedad, á sus legítimos herederos. El dominio de esta es el que presta título para la adquisicion de frutos; y si por estar muertos civilmente despues de profesos, tienen imposibilidad legal de adquirirlos, si expresamente no se lo permiten los herederos, la tienen por consiguiente de trasmitirlos; y asi son

por todo derecho de sus ascendientes y descendientes, los cuales pueden testar y disponer de ellos, del mismo modo que si tales herederos forzosos estuvieran muertos naturalmente, ó nunca los hubieran tenido. No disponiendo, pasarán á los existentes en el siglo que abintestato deben heredarles, y no á sus conventos; no obstante que los religiosos vivan. De los que no poseen, ni se les han deferido, de ninguna manera pueden disponer en propiedad, ni reservarse su usufructo total ni parcialmente, sin embargo de que tengan esperanza de que á existir en el siglo recaerian en ellos; porque milita la propia razon de imposibilidad de adquirirlos despues de profesos, si no se los dejan sus dueños para sus urgencias: y asi aunque el hijo novicio tenga á su padre loco ó fatuo no puede disponer de los bienes de este à favor de su madre, ni de otro, para en el caso que muera en su demencia, despues de profeso, por no ser suyos; pues por estar demente no le privan las leyes de su dominio sino solamente de su administracion, ni lo conceden á su hijo, por lo que pasarán á los que abintestato deban heredarle falleciendo en ella, y no à su viuda, ni á su madre, porque esta ningun derecho tiene à ellos, ni el hijo puede trasmitírselo à causa de no haberlo adquirido viviendo su padre. Finalmente todas las dudas y dificultades que algunos letrados menos instruidos pudieran poner en apoyo de la sucesion abintestato de los religiosos y sus monasterios se desvanecen del todo con lo dispuesto en la pragmática de 6 de julio de 1792 (ley 17. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.), que deberán tener presentes los escribanos para instruir à los renunciantes, y no cometer absurdos ni exponerse á sonrojos judiciales.

15. El santo concilio de Trento, que arregló todo lo concerniente al ingreso y profesion religiosa mandando que el varon tuviese catorce años cumplidos y la muger doce; que precediese à la profesion un año de noviciado, y que esta no se les diese hasta haber cumplido diez y seis de edad; que las dotes no se entregasen hasta haber profesado la novicia, y que un mes antes de espirar el año de probacion explorase el ordinario la voluntad de aquella y en seguida le concediese licencia, como se puede ver en la sesion 25; trató tambien de las renuncias, disponiendo que los novicios y novicias (ya fuesen mayores ó menores de veinte y cinco años, pues no distinguió) las hiciesen precisamente dentro de los dos meses inmediatos á su profesion, precedida la licencia del ordinario diocesano, ó de su vicario, y que hasta que hubiese profesado, ningun efecto sur-

tiesen, aunque se corroborasen con juramento, y contuviesen renunciacion expresa de este auxilio; cuya nueva forma mandó observar inviolablemente bajo la pena de nulidad (1). Pero no anuló las hechas con la referida licencia dentro de los dos meses del año contado desde el dia de su ingreso en el convento, no obstante que despues de cumplido se difiriese mucho ó poco tiempo la profesion, ni las donaciones, testamentos ni otras últimas voluntades formalizadas antes de entrar en religion sin la citada licencia, sino solamente las renuncias hechas despues de haber tomado el hábito; y asi para la validacion de estas, y no para las demas es indispensable observar la forma que prescribió (2). Tampoco alteró lo dispuesto por las leyes respectivas de cada reino ó provincia, en cuanto al modo de suceder, y heredarse los ascendientes y descendientes legítimos, y los parientes de los religiosos, ni en esto se mezcló, por ser peculiar y privativo de la potestad secular, y estar sujeto como profano á las leyes civiles y reales; por lo que en los reinos de Castilla y Leon se debe observar lo que queda sentado.

16. Siendo real, abdicativa y extinctiva la renuncia, han de renunciar los que la hacen, ya sean ó no seculares, no solo los bienes que tienen, les pertenecen, y se les han deferido entonces (y si son ascendientes y descendientes sus legítimas), sino tambien los que por cualquier título, causa ó razon puedan recaer en ellos en lo sucesivo *ex testamento* y *abintestato* de parientes y extraños por causa de presente y de futuro, á lo que llaman *futuras sucesiones*; pues para que estas se entiendan comprendidas en la renuncia, es preciso que se especifiquen; y de omitirse, no se estimarán incluidas en ella, ni en lo general de legítimas y de otros bienes y derechos, porque como es de rigoroso derecho, debe interpretarse estrechamente, y limitarse á lo que literal y expresamente contiene.

17. Igualmente han de conceder facultad al renunciatario para que luego que se verifique su profesion (si son religiosos, y no siéndolo, desde aquel instante, ó desde el dia que señalen), disponga de los bienes renunciados, como dueño propietario y absoluto, por contrato ó última voluntad, del mismo modo que si los renunciantes murieran naturalmente, expresando que si el renunciatario falleciere antes que estos sin testar, pa-

1 Conc. Trident. sess. 25. cap. 16 y 19. *de regul*

2 Gallem. in Declar. ad Conc. sess. 25. cap. 16. *de regul.* Card. de Luc. *de renunt.* disc. 1. num. 15. Gallerat. *de renunt.* lib. 3. cap. 7. num. 7 al 9. et communiter. DD.

sen los bienes à los que abintestato deben heredarle, con cuya expresion se evita la duda y disputa de si la renuncia fue traslativa personal, ó real extinctiva; de si hubo ó no caducidad; de si por esta se ha de resolver aquella, y de consiguiente si deben ò no hacer reversion los bienes à los renunciantes. Y si quisieren que sea traslativa personal, explicarán su voluntad con tal claridad, que no dé lugar á siniestras interpretaciones, pues con lo explicado bastante luz tiene el escribano para instruirlos y proceder con discernimiento de casos.

18. Por ser este contrato, como de enagenacion, uno de los que la ley permite ligar con juramento (1), no solo pueden interponerlo en él los menores de veinte y cinco años, sino tambien los mayores de ellos, y obligarse bajo de él unos y otros à haber por firme la renuncia, y no revocarla ni reclamarla total ni parcialmente, ni oponerse à su tenor con pretexto de menor edad (si fuesen menores) lesion en sus legítimas (siendo ascendientes ó descendientes, pues no siéndolo, no viene al caso hablar de ellos) ni miedo reverencial (si hay motivo para tenerlo) ni dolo ni violencia para renunciar en aquellos términos, ni con otro motivo sea el que fuere, sin la mas leve excepcion ni reservacion; y asi conviene que se interponga á fin de que sea estable, y no pueda el renunciante revocar por otra la renuncia, como ya se ha visto, ni alegue que es pacto de no suceder, que por derecho está reprobado; porque con el juramento se le da vigor y firmeza. Pero el hijo que estando bajo la patria potestad entra en religion no necesita ser emancipado por su padre para otorgar su renuncia, como algunos poco instruidos creen, porque para este efecto se le contempla fuera de ella, y le habilita el derecho para disponer de su persona, y asi basta la licencia del ordinario diocesano que es su juez.

19. Puede prevenir en la renuncia el novicio lo que se ha de practicar con los bienes renunciados que entonces posee, en los casos de que pase de aquella religion á otra igual ó menos estrecha, ó le den obispado, ú otra dignidad, ó en el de que se secularice con dispensacion, bien que en este caso puede disponer libremente con arreglo á las leyes de estos reinos, ya haya renunciado à favor de su convento, ò profesado sin renunciar; pero por si este resiste devolverle sus bienes, alegando para su retencion razones que sugiere la codicia, conviene que en la renuncia à su favor se exprese *que la hace para que sea dueño*

1 Ley 7. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

de ellos si falleciere en aquella religion, y no de otra suerte, pues si saliere de ella despues de profeso por enfermedad ú otro motivo, sea el que fuere sin excepcion, se los ha de volver y restituir incontinenti integramente, á cuyo fin le constituye poseedor precario, y le prohibe hipotecarlos, gravarlos y enagenarlos mientras viva. Prevendrá tambien, renunciando à favor de su convento, lo que se ha de practicar en caso que este se suprima, ó se extinga la religion; ò cuando el renunciatario no quiere admitir la renuncia; o siendo esta traslativa y personal, si los bienes renunciados han de volver al renunciante ó à quien, muriendo el renunciatario testado ó intestado antes que él, ya esten ó no en poder de este, y resolverse por consiguiente la renuncia, ó pasar á los herederos que el renunciatario haya instituido ó deban heredarle abintestato. Y se advierte que el renunciante puede conceder facultad al renunciatario extraño para disponer libremente á favor de quien quisiere en vida y muerte de los bienes que posee, y le cede, aunque este tenga legítimos ascendientes ò descendientes, sin estar sujeto en cuanto á ellos, á las leyes que le obligan á dejarles los que le pertenecen cuando fallece; é imponer como donante, al que no sea su heredero forzoso los gravámenes y condiciones posibles y honestas que le parezca, pues no siendo opuestas á derecho, debe cumplirlas.

20. Es nulo, aunque se autorice con juramento, el contrato por el cual una persona pretende adquirir la futura sucesion de los bienes de otra, que llaman pacto *de succedendo*: y la razon es porque cede en detrimento de tercero, induce á insidiar la muerte de la una, se opone á las buenas costumbres é impide la libertad de testar, excepto entre los soldados cuando van á entrar en batalla. Paso á tratar si el que contiene el pacto contrario que es *de non succedendo*, por el cual el hijo ú otro descendiente agnado ó cognado, que tiene derecho de heredar á su ascendiente ò consanguíneo abintestato, se abstiene ó renuncia la sucesion de sus bienes, valdrá ó no; y digo, que aunque padre é hijo son dos personas realmente distintas segun la naturaleza, se estiman como correlativas por una en el concepto legal para los actos civiles; y asi estando el hijo bajo la patria potestad, se le permite celebrar con su padre contratos de peculio castrense y cuasicastrense solamente (1). Digo tambien que el pacto ó renuncia que hace de sus legítimas y futuras

1 Leyes 2. tit. 5 y 6. tit. 11. Part. 5. y 8. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.

sucesiones, ya se halle ó no en el dominio paterno, está reprobado por derecho, y como tal es nulo. Lo cual se entiende, no obstante que lo haga por causa onerosa, quiero decir, por haber recibido algo de su ascendiente ó consanguíneo, á quien debia heredar, en premio y compensacion ò remuneracion de la renuncia (1).

21. Pero si la renuncia se corrobora y liga con juramento, será firme é irrevocable, porque este hace válido el contrato que sin él puede revocarse, si no se convierte en detrimento de tercero, ni es contra las buenas costumbres (2), como en el presente sucede; por lo que el hijo que renuncia con juramento la herencia de su ascendiente, se constituye extraño de la sucesion, pierde el derecho de disponer libremente de sus bienes como dueño de su persona, y no se le debe la legítima ni puede romper ni decir de inoficiosidad ni nulidad del testamento de su padre ó ascendiente que le pretirió, porque la accion de alegarlas se regula por el derecho de suceder *abintestato*, del que carece por la renuncia jurada (3). Lo propio milita con la licencia jurada que los legítimos ascendientes conceden á sus descendientes para testar libremente, que viene à ser renuncia que hacen de la legítima que por su previo fallecimiento les puede corresponder, ó pacto *de non succedendo*, porque versa no solo identidad sino mayoría de razon (4); sin que los hermanos del descendiente puedan reclamar esta licencia ó renuncia, porque carecen de accion *ex testamento* á los bienes de su hermano. Y aunque los hijos por lo que tienen de sus bienes segun la naturaleza, y por la probable esperanza de heredarlos, como que es regular le sobrevivan, se reputan en derecho cuasi dueños de su hacienda, se entiende de la que dejan propia cuando fallecen, mas no de la que no adquirieron pudiendo, pues no deben ser compelidos á su adquisicion. A mas de que el derecho no deferido se puede renunciar por pacto, el ascendiente puede renunciar todo lo que está establecido en su privativo beneficio, y dejar de adquirir y consumir lo que adquirió, y el que sobreviva á su descendiente es eventual. Por estas razones, y porque sin embargo de que sucede á su hijo por derecho positivo y hereditario no se le debe por tantos

1 Gom. en la 22 de Toro, num. 1.
2 Gom. ibi, num. 6 y 7. Covarr. y Gutierr. en dicho cap. *Quamvis*.
3 Gom. en dicha ley 22. num. 9.
4 Molin. *de primog.* lib. 2. cap. 3. num. fin. Gutierr. *de juram. confirm.* part 1. cap. 19. num. 2. et in cap. *Quamvis pactum*, num. 12, 39, 44 y 56. P. Molin. disp. 579.

títulos su legítima, como á este la suya (1), surten efecto, y se admiten llanamente en los tribunales estas licencias ò renuncias juradas de ascendientes á sus descendientes legítimos. Pero se advierte que perjudican única y singularmente al que las da, y no á los demas ascendientes, porque cada uno de estos iguales en grado mas cercano tiene derecho á todos los bienes de su legítimo descendiente, los que percibirá íntegramente siendo solo, y lo que toca singularmente á muchos debe ser aprobado por todos juntos ó separados (2); lo cual no es necesario cuando les compete universalmente, v. gr. á una comunidad, pues basta que lo apruebe la mayor parte de los que la componen; y asi para que todos los que tienen derecho próximo á heredar al descendiente, sean excluidos por la licencia ò renuncia jurada de suceder en sus bienes, se la han de conceder simultánea ò separadamente, y de no intervenir en su concesion, lo será solamente el que la otorgue. Acerca de estos pactos, el *de futura successione conservanda*, que es válido, y de otros particulares, véase á Gomez en la ley 22 de Toro, y á los que cita, pues por no ser propia del escribano esta instruccion omito explicarlos.

Escrituras concernientes á este capítulo.

1.ª TRATADO PRIMERO DE MONJAS.

Estando en el locutorio bajo del convento de Santa Catalina, orden de tal Santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, comparecieron de la parte de adentro de la reja las madres Sor Francisca de tal, abadesa, Sor Ana, vicaria, Sor Antonia, Juana y Eustaquia, discretas, y Sor Fulana, Fulana y Fulana &c., todas religiosas profesas de coro y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en este convento, por sí, y en nombre de las que por graves indisposiciones no pueden concurrir á este acto, y en lo sucesivo lo fueren, por quienes prestan voz y caucion de que habrán por firme todo lo que aqui se contendrá bajo de expresa obligacion que à ello hacen de los bienes y rentas presentes y futuras de este convento; y estando juntas y congre-

1 Covarr. in cap. *Quamvis pactum*. part. 3. § 4 num. fin.
2 Felin. num. 15. *de constitut.* Capic. decis. 252. num. 3. Gallerat. decis. 31. num. 18.

gadas, segun lo tienen de costumbre cuando han de conferir las cosas concernientes al servicio de Dios y utilidad de este convento, propuso la referida abadesa á las demas que Don N. de tal, vecino de tal parte, tiene una hija llamada Narcisa, de tanta edad, la cual quiere ser religiosa de coro y velo negro en este convento; que ofrece tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año de noviciado, en esta forma: (*Aquí se expresará en cuál, y á qué plazos la ha de pagar.*) y que con esto ningun derecho ha de reservar para sí dicha su hija, ni tenerlo el citado convento à sus legitimas y futuras sucesiones, antes bien lo ha de renunciar todo el mencionado su padre; y asi las manda que vean si conviene ó no recibirla, y den su voto libremente: y enteradas, respondieron: que mediante estar informadas de la virtud y recogimiento de la enunciada Narcisa, y ser competente la dote que su padre ofrece, las parece util y conveniente admitirla, pero que sin embargo lo reflexionarán mejor, y resolverán lo que sea mas util, por cuya razon suspenden por ahora dar su voto decisivo: asi lo dijeron y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

Nota. Con arreglo á este tratado se han de extender los otros dos, haciendo relacion del primero en el segundo, y de ambos en el tercero, en la cual resolverán que se la dé el hábito y admita por religiosa, obligándose su padre á cumplir la promeza que hace á los plazos propuestos, y despues impetrarán la patente ó licencia de su superior, y todo se insertará original en la escritura de recepcion: y aunque en muchas partes de nada de esto se hace escritura, sino solo de la renuncia y entrega de la dote, lo extenderé para que sirva de modelo al escribano por si le ocurre.

2.ª ESCRITURA DE RECEPCION.

Estando en la portería del convento de Santa Catalina, orden de tal Santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, las madres Sor Francisca de tal, abadesa, Sor Ana, vicaria &c., todas religiosas profesas de coro y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en él, por sí, y en nombre de las que estan legitimamente impedidas para concurrir á celebrar este acto, y de las que les sucedieren, por quienes presentan voz y caucion de que pasarán por el contexto de es-

ta escritura; dijeron que Don Fulano de tal, vecino de esta villa, en atencion á la firme vocacion que desde su tierna infancia tuvo Doña Narcisa, su hija legítima, de ser religiosa de coro y velo negro en este convento, para servir mejor à Dios y à su Santísima Madre, solicitó con dicha madre abadesa se la recibiese por tal, à cuyo fin ofreció tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año del noviciado, segun estilo, con tal que en el término prefinido por el santo concilio de Trento, y con la solemnidad que se requiere, renuncie à su favor sus legítimas y futuras sucesiones, cuya pretension hizo presente à las demas religiosas, quienes habiéndolo conferido entre sí, y hecho los tres tratados ordinarios, resolvieron unánimes admitirla, y de su deliberacion dieron parte al Ilustrísimo Señor Don N., obispo de esta diócesi, su superior, el cual en vista de su representacion les concedió licencia para ello en tal dia, mes y año, refrendada de Don N. su secretario, que original con los tratados se une à esta escritura para documentarla é incorporar en sus traslados, su literal tenor es el siguiente.

Aquí los tratados y licencia por su orden.

Concuerdan los tratados y licencia insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que doy fe: y las referidas religiosas, usando de la dicha licencia, en la via y forma que mejor haya lugar en derecho = Otorgan que reciben por monja de coro y velo negro à la enunciada Doña Narcisa de tal, que está presente, y se obligan à que dentro de los dos meses inmediatos à su profesion renunciará à favor de su padre sus legítimas y futuras sucesiones, para lo cual formalizará la escritura correspondiente, y este convento la de aprobacion y ratificacion si fuere necesaria; y si por olvido ú otro motivo no se formalizaren, y profesare sin haber renunciado, desde ahora por lo que à este convento toca, la hán por hecha y hacen las madres otorgantes con todas las firmezas legales: se desisten, quitan y apartan para siempre jamas del derecho y accion que à ellas podia tener este convento, y lo ceden, renuncian y traspasan íntegramente para siempre en el citado Don F., y en quien el suyo tenga y le sucediere; y le dan poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituyen procurador actor en su propio negocio, para que las goce, posea, use y disponga de ellas á su arbitrio, y de su importe, como de cosa suya adquirida con legítimo título, mediante que en

la aceptacion de esta escritura se ha de obligar á satisfacer à este convento á tales plazos tanta cantidad que ha ofrecido por las causas y razones expuestas en su introduccion, con la que se dan las otorgantes y este convento por pagadas y satisfechas de la dote, ajuar, propinas y alimentos de la enunciada Doña Narcisa, y de todo cuanto la pueda corresponder por sus legítimas y futuras sucesiones asi por testamento como abintestato, y por contrato entre vivos de padres, parientes y extraños, por causa de presente y de futuro; y se obligan, y á este convento, à no pedir mas con este ni otro pretexto al susodicho Don N., su padre, ni à sus herederos en tiempo alguno. Habiendo oido á la letra, y entendido esta escritura dicho Don F., dijo: que acepta la renuncia y obligacion que por parte de este convento queda formalizada, y se obliga à satisfacerle en su consecuencia à los plazos expresados los tantos reales que ofreció à la madre abadesa por la dote, ajuar, propinas y alimentos de la referida su hija, à cuya solucion y á la de las costas que por falta de puntual pagamento se le causen en su exaccion, quiere ser compelido por todo rigor, deferido el importe de estas en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, y le releva de otra prueba. Y todos por lo que les incumbe se obligan á no alterar, tergiversar, contradecir ni reclamar este contrato, ni alegar por si ni por interpuesta persona excepcion alguna, aunque les sea admisible en juicio, y si lo hicieren, á mas de no ser oidos, quieren se les condene en costas, y que sea visto por el mismo caso haberlo aprobado y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza y contrato à contrato: á su cumplimiento obligan el citado Don Fulano sus bienes, y las referidas religiosas los de este convento, muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; dan amplio poder à los señores jueces que de sus causas deben conocer &c. *Aqui se pondrá la cláusula guarentigia, renunciacion de leyes y del beneficio de menor edad y auxilio de restitucion* in integrum, *que compete al convento, y el juramento que se requiere para la mayor estabilidad del contrato, y nada mas; pues la renunciacion de las leyes del senado consulto Veleyano no viene al caso, por lo que dejo explicado.*

3.ª RENUNCIA DE MONJA.

Estando en el locutorio bajo (ó puerta reglar) del convento de tal Santo, intramuras de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Sor ó Doña Francisca

ca de tal, novicia de él, menor de veinticinco años, natural de tal parte, è hija legítima de legítimo matrimonio de Don Fulano y Doña Fulana de tal, vecinos de la referida villa, dijo: que desde su tierna infancia deseó con ansia ser religiosa, y mucho mas despues que con el mayor uso de razon conoció los escollos y peligros mundanos que obstan para servir á Dios y llegar al estado de la perfeccion; y habiéndolo consultado con personas timoratas que aprobaron su determinacion, y posteriormente con dicho su padre que está presente, pasó este à tratar con la madre abadeza de este convento, y la ofreció por su dote, ajuar, propinas y alimentos tanta cantidad, con tal que renunciase á su favor el derecho que tiene y puede tener á sus legítimas y futuras sucesiones, asi por línea recta como transversal, por testamento y abintestato, de parientes y extraños, por causa de presente y de futuro, y por otro cualquiera motivo ó razon, y á su pago se obligó en este supuesto por escritura que otorgo en tal dia, mes y año, ante N., escribano; y precedidas las solemnidades acostumbradas, fue admitida por religiosa de coro y velo negro en este convento, el cual condescendió en todo con la propuesta de su padre; y para que la profesion y renuncia tuviesen efecto, se impetró licencia del señor vicario general de esta diócesi, el cual se la concedió en tantos de este mes, refrendada de N., notario de su tribunal, la que se une à esta escritura, á fin de documentarla, vigorizarla é incorporarla en sus traslados: y su literal tenor es el siguiente.

Aqui la licencia del ordinario.

Conviene la licencia inserta con la que está en el protocolo de esta escritura, de que doy fe; y usando de ella el otorgante, mediante estar dentro de los dos meses inmediatos à su profesion que prefine el santo concilio de Trento, en la via y forma que mas lugar haya en derecho, de su libre y espontánea voluntad= Otorga que desde ahora para el instante en que se verifique su profesion, y desde esta para siempre jamas, renuncia en el mencionado su padre todos los bienes, derechos y acciones que actualmente la pertenecen y pueden corresponder en adelante, asi por muerte de sus padres, como por otras herencias y sucesiones testadas é intestadas, legítimas y transversales, por legados y donaciones entre vivos, y por causa de muerte de parientes y extraños, por causa de presente y de futuro, y la esperanza de ellos sin limitacion ni reservacion, abdica, se desprende, des-

apropia, desiste, quita y aparta entera y absolutamente, y á su convento del derecho, título, propiedad, posesion, voz y recurso que á ellos tenia y podia tener y pretender; y este por su representacion, y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutorias lo cede y trasfiere en el mencionado su padre, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye procurador y actor en su misma causa y negocio, para que de su autoridad ó judicialmente, verificada que sea su profesion, tome y aprenda la real tenencia y posesion de todos los bienes que en virtud de este instrumento le compete, y sin su intervencion los venda, cambie, enagene, use y disponga de ellos, como dueño, á su arbitrio, por contrato ó última voluntad à favor de parientes ó extraños, ó en otros destinos, sin estar sujeto en lo respectivo á los que la otorgante posee, y parte de ellos de que puede disponer, à las leyes que hablan con los ascendientes legítimos, ni por consiguiente obligado à dejarlos á sus hermanos, ni estos adquirir el mas leve derecho á ellos, pues para esto le subroga en el que tiene y tendria si existiera en el siglo, careciera de herederos forzosos, y falleciera despues que su padre; y para que no necesite tomar la posesion, formaliza á su favor esta escritura, y me pide que de ella le dé las copias autorizadas que quisiere, con la cual, como legítimo, justo y verdadero título, sin otro acto de aprension ni aceptacion, ha de ser visto haberla tomado, aprendido y trasferídosele, y en el interin se constituye su inquilina, tenedora y precaria poseedora, pues con la dote que la ofreció, se da por contenta, pagada y satisfecha de todo cuanto por las razones expuestas le corresponderia á permanecer en el siglo, por lo que declara y confiesa no haber lesion alguna, y en caso que la haya, el exceso en poca ó mucha suma le hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos con insinuacion y demas estabilidades legales, y á mayor abundamiento renuncia la ley 4. del tit. 7. lib. 5 del Ordenamiento Real recopilada, que trata de los contratos en que hay lesion, y los cuatro años que prefine para pretender su rescision, ó el suplemento á lo justo, los que da por pasados como si lo estuvieran. Y se obliga á no revocar total ni parcialmente, ni alterar esta renuncia abdicativa, real, extinctiva, sin embargo de que para ello tenga excepcion legítima, propicia y admisible en juicio; y si lo hiciere, á mas de ser nulu y no deber oírsela ni admitírsela judicial ni extrajudicialmente, sino antes bien condenársela en costas, ha de entenderse y estimarse por el mismo

hecho que la há aprobado, ratificado y formalizado con mayores vínculos y firmezas, añadiendo fuerza à fuerza y contrato á contrato; y no obstante que por enfermedad ú otro motivo se difiera poco ó mucho tiempo su profesion, no ha de ser necesario hacer nueva renuncia, porque esta es irrevocable é irresscindible, y por tal se ha de juzgar; por lo que aunque su padre fallezca intestado, ò intervenga nueva causa y derecho, ó cese la porque formaliza esta renuncia, no han de hacer reversion ni recaer en ella ni en su convento los bienes que posee, ni los que á estar en el siglo heredaria, sino pasar á los parientes que deban heredarla, para lo cual desde ahora se priva, excluye y aparta de nuevo, íntegra, perpetua y absolutamente, y á su convento de toda accion y derecho al todo y parte de ellos, y á la esperanza de los futuros: solemniza la renuncia abdicativa, real y exclusiva mas firme y eficaz en toda forma legal: quiere se supla, y da por suplido, cualquier sustancial defecto que contenga: confiere amplio poder á los señores jueces que de sus causas deben conocer para que al cumplimiento y observancia de todo la compelan, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe: y renuncia las leyes de su favor con el auxilio de restitucion *in integrum*, que por ser menor la compete. Y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz, como esta ✠, que cumplirá exacta y literalmente todo cuanto deja prometido en esta escritura: que con pretexto de ser contrato celebrado entre padre è hija, con el de menor edad, con el de lesion en mas ó menos de la mitad de lo que por sus legítimas y futuras sucesiones la tocaria si sus padres fallecieran antes de profesar, y podria tocar en adelante, con el de pretericion y desheredacion, con el de dolo, sugestion, miedo, coaccion y respeto reverencial de su padre (pues ninguna de estas cosas interviene), ni con otro motivo, sea el que fuere indistintamente sin excepcion ni limitacion, no reclamará ni contravendrá à esta renuncia: que contra ella no tiene hecho ni hará protesta; y si pareciere, ú otra renuncia posterior, las revoca y anula: que de este juramento à ningun prelado eclesiástico pidió ni pedirá relajacion; y que aunque de motu propio se le conceda, no usará de ella, pena de perjura y de incurrir en las demas impuestas por derecho à los infractores de los juramentos solemnes; y hace un juramento mas que relajaciones pueden serla concedidas, para la perpetua estabilidad de este contrato, en virtud del que en cuanto al efecto de heredar y suceder *ex testamento* y *abintestato*, y à los demas civiles

quiere ser conceptuada y tenida desde su profesion en adelante por extraña y muerta naturalmente, pues por tal se constituye. Asi lo otorga y firma, à quien doy fe conozco, siendo testigos &c.

Nota 1.ª Con arreglo à la renuncia anterior podrá el escribano extender todas las de religiosas novicias que se le ofrezcan; pero debe tener presente que no en todas ha de poner cuanto en aquella contiene; por lo que si el renunciante no es menor, no ha de renunciar el beneficio de la menor edad. Si su padre no la da dote, nada se ha de tocar de ella. Si no tiene ascendientes, no viene al caso hablar de legítimas. Si carece de bienes propios, es necedad mencionarlos, y las expresiones y cláusulas à su posesion correspondientes. Si se gobierna por sí sin estar sujeta à otro, no hay motivo para hacer expresion del miedo y respeto reverencial &c.; pues el ponerlo todo en todas, es absurdo, y dar à entender mucha ignorancia y falta de discernimiento; y asi para no ser graduado de necio, omitirá lo que no conduzca, y se arreglará à las circunstancias que concurran en la renunciante, y à lo que quiere renunciar, y términos à que se ha de circunscribir ó extender su renuncia; pues bastante instruccion tiene con lo que dejo explicado. Si la prelada asiste al otorgamiento, puede firmar la renuncia por sola su concurrencia; bien que para nada es necesaria, y asi que concurra ó no, la misma validacion tendrá.

Nota. 2.ª Las renuncias de religiosos novicios se diferencian solamente de la anterior en que como no hay dote, ajuar ni propinas, ninguna expresion se hace de ellas.

Escrituras concernientes á la materia de testamentos.

§. 1. Testamento regular.
2. Cláusula declaratoria de dote de la muger.
3. Cláusula sobre el capital que llevó el marido al matrimonio.
4. Otra de los hijos del testador, y anticipacion hecha à uno de ellos.
5. Legado del quinto á un hijo natural por via de alimentos.
6. Institucion de heredero en favor de un hijo natural por falta de descendientes legítimos.
7. Mejora del tercio y quinto en favor de una hija que ya llevó su dote.
8. Mejora de un hijo por contrato oneroso.
9. Legado de cosa empeñada en poder del testador.
10. Revocacion *ad cautelam* con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger.
11. Cláusulas de desheredamiento.
12. Otorgamiento y testamento cerrado, y diligencias para su apertura.
13. Pedimento para la misma.
14. Auto sobre el dicho pedimento.
15. Informacion — Primer testigo — *Nota*.
16. Auto.
17. Diligencia de apertura. — *Nota*.
18. Auto. — *Nota*.
19. Diligencias para declarar nuncupativo el testamento verbal hecho ante testigos. — Pedimento.
20. Auto.
21. Informacion. — Testigo primero. — *Nota*.
22. Auto. — *Nota*.
23. Codicilo abierto, y dos notas sobre el mismo asunto.
24. Otorgamiento de codicilo cerrado. — *Nota*.
25. Poder para testar. — *Nota*.
26. Testamento en virtud de poder.
27. Declaracion de pobre. — *Nota*.
28. Aceptacion de herencia.
29. Repudiacion de herencia. — *Nota*.
30. Licencia para testar. — *Nota*.
31. Cláusulas para el nombramiento de testamentarios universales.

TESTAMENTO REGULAR.

1. En el nombre de Dios Todopoderoso. Amen. Yo Don Francisco Solís y Guzman, natural y vecino de esta Corte, hijo legítimo de legítimo matrimonio de Don Juan de Solís y Guzman y de Doña María de Toledo, difuntos, naturales que tambien fueren de ella, hallándome por la divina misericordia bue-

no y sano, y en mi entero juicio, creyendo y confesando, como firmemente creo y confieso, el misterio de la Trinidad, Padre, Hijo, y Espíritu Santo, tres personas que, aunque realmente distintas, tienen los mismos atributos, y son un solo Dios verdadero y una esencia y sustancia, y todos los demas misterios y sacramentos que cree y confiesa nuestra Santa Madre la Iglesia Católica, Apostólica, Romana, en cuya verdadera fe y creencia he vivido, vivo y protesto vivir y morir, como católico fiel cristiano: tomando por mi intercesora y protectora á la siempre Vírgen é Inmaculada Reina de los Angeles María Santísima, Madre de Dios y Señora nuestra, del Santo Angel mi Custodio, los de mi nombre y devocion, y demas de la Corte celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesucristo, que por los infinitos méritos de su preciosísima vida, pasion y muerte me perdone todas mis culpas, y lleve mi alma á gozar de su presencia: temeroso de la muerte, que es tan natural y precisa á toda criatura humana, como incierta su hora, para estar prevenido con disposicion testamentaria cuando llegue; resolver con maduro acuerdo y reflexion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia; evitar con la claridad las dudas y pleitos que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento; y no tener á la hora de este algun cuidado temporal que me obste pedir á Dios de todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo, hago y ordeno mi testamento en la forma siguiente.

Encomiendo mi alma á Dios nuestro Señor, que de la nada la crió, y mando el cuerpo á la tierra de que fue formado; el cual, hecho cadaver, quiero se amortaje con el hábito de nuestro Seráfico Padre San Francisco, y sepulte en la iglesia parroquial, de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan á mi entierro (si fuere en público) el número completo de sacerdotes de mi parroquia, treinta religiosos de San Francisco de observancia de esta Corte, otros tantos del colegio de Santo Tomas, orden de Santo Domingo, igual número de San Francisco de Paula, veinte y cuatro pobres del Real Hospicio de San Fernando, y diez y ocho niños de la doctrina, los que acompañen mi cuerpo hasta la iglesia; y si fuere en secreto mando que mis testamentarios distribuyan en misas por mi alma á su eleccion, sin perjuicio del derecho de la parroquia, el importe de la limosna que por su asistencia se les habia de dar, y que en este caso á nada tengan derecho.

Mando que el dia de mi entierro, siendo hora, y si no, en el inmediato, se celebre por mi alma misa cantada de cuerpo pre-

sente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y que asistan á oficiarla el número de sacerdotes referido, pagándose la limosna que se acostumbra (1).

Mando igualmente que se celebren docientas misas rezadas por mi alma, las de mis padres y abuelos y demas de mi obligacion, satisfaciendo de limosna por cada una tres reales de vellon, de que sacada la cuarta parte correspondiente à la parroquia, las restantes se celebrarán en las iglesias y altares que elijan mis testamentarios, como tambien las referidas en la cláusula anterior.

Lego por una vez para la conservacion de los santos lugares de Jerusalen y tierra Santa, redencion de cautivos cristianos y demas mandas forzosas veinte reales de vellon; y otros tantos, con arreglo á lo que está mandado, á los Reales hospitales de esta Corte: con cuya limosna aparto á todas del derecho y accion que podian pretender á mis bienes.

Para ayudar á la curacion de los pobres enfermos del hospital de San Juan de Dios de esta Corte, mando se entreguen al padre prior de él quinientos y cincuenta reales de vellon por una vez, y le encargo que los distribuya en este destino y no en otro, y sobre ello la conciencia.

A Don Antonio de Solís mi hermano lego la caja y espadin de oro de mi uso diario, y á Doña Teresa mi hermana mil ducados de vellon en dinero por una vez, para tomar estado ó para los fines que quisiere: y les pido me encomienden á Dios.

Al criado mayor que me sirva al tiempo de mi muerte, lego toda mi ropa de lana y seda que entonces tuviere; á la criada que me asista y hubiere en mi casa, la cama completa en que durmiere, con sus tablas, colchones, cuatro almohadas, otras tantas sábanas, la manta y colcha que usare en ella, y asimismo cincuenta ducados de vellon en dinero por una vez; y si hubiere dos, perciba todo este legado la mas antigua, y á la moderna se den solo cincuenta ducados: y les pido me encomienden á Dios.

Declaro me hallo casado legítimamente con Doña Getrudis Meneses, en cuyo matrimonio hemos procreado, y tenemos por nuestros hijos legítimos á Don Alejandro, Don Antonio, Don Jo-

1 Algunos testadores ricos suelen mandar que en su parroquia ó en otra parte se les haga novenario y cabo de año sin mas expresion; y se duda si esto ha de ser con el mismo fúnebre ap rato que en el entierro; y para quitar dudas y pleitos entre los herederos y parroquias ó conventos, prevendrá el escribano al testador que lo exprese con toda claridad, pues de omitirlo se ocasionan gastos, y defiere el cumplimiento de su voluntad.

sé, Doña Manuela y Doña María Josefa de Solís, menores en la edad pupilar, de los cuales y de los demas que procreáremos constante él, usando de las facultades que me confiere la ley 3. tit. 16. de la Partida 6., nombro á la referida mi muger por tutora y curadora de sus bienes, ínterin subsista viuda: y en atencion á su buena conducta, aplicacion, gobierno y maternal amor que les profesa, y á que por consiguiente cuidará con el mayor zelo y vigilancia de la conservacion y aumento de ellos, la relevo de fianzas, y consigno frutos por alimentos para su crianza y manutencion. Suplico al señor juez ante quien se presente testimonio de esta cláusula, apruebe y confirme este nombramiento, y la discierna este encargo con la relevacion y consignacion mencionadas, que asi es mi voluntad; pero si volviere á casarse, mando que aunque dé fianzas se la quite la tutela, y saquen de su poder á mis hijos y sus bienes, y se entreguen á la persona mas cristiana y abonada que pareciere á dicho señor juez, el que le señale para su manutencion y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, y el sobrante se deposite y emplee cuando haya proporcion, para aumento de sus legítimas: sobre todo lo cual le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5 del mismo título y Partida.

Declaro que tengo un esclavo llamado Antonio de los Santos (*Aquí se expresarán su color, edad y demas señales que contenga, y el motivo por qué lo hubo.*), al cual por haberme servido bien, y convertídose á nuestra santa fe, ofrecí antes de ahora la libertad, y cumpliendo esta oferta, mando que desde el dia de mi fallecimiento en adelante sea libre, y como tal pueda tratar, contratar, testar, comparecer en juicio por sí ó por su procurador, y hacer todo cuanto se permite al que es naturalmente libre, pues para ello le concedo plena libertad y el mas amplio poder que necesite; y en consecuencia de lo que previene el derecho, me desisto y aparto, y á mis herederos y sucesores del de patronazgo que tengo sobre él; se lo remito y cedo enteramente para que de esta suerte sea mas firme y eficaz su manumision y libertad, y jamas pueda reclamarla; y mando se le den cien ducados de vellon en dinero por una vez, y toda su ropa, á fin de que pueda grangear y ganar su vida: y le pido me encomiende á Dios.

Usando de la potestad que me confieren las leyes de estos reinos, mejoro en el tercio, que quede de mis bienes despues de deducido el quinto, al expresado Don Alejandro mi hijo, el que le consigno en las tierras sitas en tal parte, término de esta vi-

lla, y mando que si su valor no alcanza á completarlo, se le reintegre lo que falte en bienes muebles, y si excede, el sobrante sea para parte de pago de su legítima paterna.

A la mencionada Doña Getrudis mi muger lego el remanente del quinto de mis bienes, el que la consigno en una casa que poseo en esta Corte en tal calle; bien entendido, que si volviere á casarse, aunque sea pasado el año de viuda, lo ha de restituir incontinenti á mis hijos, para que se divida entre ellos con igualdad y no á prorata, à cuyo fin para desde el dia en que tome estado en adelante, la privo enteramente de su propiedad, posesion, goce y usufructo, y de que pueda enagenarla antes ó despues, y en este caso revoco y anulo este legado; y mando que el quinto se deduzca primero que el tercio, pero que no exceda de la legítima que á cada uno de mis cinco hijos debe tocar, sin embargo de cualesquier razones y fundamentos que haya para deducirse del total de mis bienes.

Si entre mis papeles ó en poder de mi confesor ó de otra persona se hallare una memoria con fecha posterior á este testamento y relacion de él, ó sin fecha firmada de mi puño, ó escrita por mí aunque no esté firmada, que contenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliacion, mutacion, restriccion ó revocacion de todo ó parte de lo que dejo ordenado, ú otras cosas concernientes á mi última voluntad, mando que se tenga y estime por parte integral de él, que como tal se protocolice, sin necesidad de precepto judicial, en los registros del presente escribano; que su contexto se observe exacta, íntegra é inviolablemente sin tergiversacion, como si aqui fuera especificado; y que á los verdaderos interesados se den las copias y testimonios que pidan de lo que les corresponda, pues asi es mi voluntad: pero no estando escrita ó firmada por mí, no haga fe judicial ni extrajudicialmente.

Para cumplir todo lo pio que contiene este testamento, y contuviere la memoria en caso de dejarla, nombro por mis testamentarios á Don Fulano y Don Fulano, y á cada uno *in solidum*, y les confiero amplio poder para que luego que fallezca se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto lo cumplan y paguen todo, cuyo encargo les dure el año legal, y el mas tiempo que necesitaren, pues se lo prorogo.

Despues de cumplido y pagado todo lo expresado, del remanente de mis bienes, muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros instituyo por mis únicos y universales herede-

ros á los expresados Don Alejandro, Don Antonio, Don José, Doña Manuela y Doña María Josefa de Solís y Meneses, mis cinco hijos y de la referida Doña Getrudis Meneses mi muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de mi muerte, y deban heredarme, para que los hayan y lleven por su orden y grado, segun su representacion y lo dispuesto por leyes de estos reinos, con la bendicion de Dios y la mia.

Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora he formalizado por escrito, de palabra ú en otra forma, para que ninguno valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento y memoria citada que quiero y mando se estime y tenga por tal, y se observe y cumpla todo su contexto como mi última deliberada voluntad; ó en la via y forma que mejor lugar haya en derecho. Asi lo otorgo y firmo ante el presente escribano de su Magestad en esta villa de Madrid, á tantos de tal mes y año, siendo testigos Pedro, Juan, Francisco, Diego y Anselmo de tal, vecinos de ella, y al otorgante yo el escribano doy fe que conozco. La ley 103. tit. 18. Part. 3. trata de la extension del testamento.

DECLARACION DE LA DOTE QUE LA MUGER LLEVÓ AL MATRIMONIO, Y DE LO QUE SU MARIDO LA OFRECIÓ EN ARRAS.

2. Declaro que cuando Doña Fulana mi muger se casó conmigo trajo ó mi poder por dote y caudal suyo propio en bienes muebles, que se tasaron, tanta cantidad, y tanta en dinero, que toda ascendió á tanto: y que la ofrecí tanto en arras y donacion *propter nuptias*, y de ello otorgué á su favor el correspondiente resguardo. Mando que se la haga pago de su dote íntegramente, y en cuanto á las arras se tenga presente mi capital y caudal que me tocare, y si cupiere en la décima parte de mis bienes, se la entregue sin descuento lo que la ofrecí; y no cabiendo, se la satisfaga la parte que quepa.

DECLARACION DEL CAPITAL QUE LLEVÓ EL MARIDO.

3. Declaro que cuando contraje matrimonio con Fulana llevé por caudal mio propio tantos mil reales, de que otorgó á mi favor el capital correspendiente en tantos de tal mes y año ante Fulano, escribano Real. Mando se tenga presente para la deduccion de los gananciales ó menoscabos que pueda haber.

OTRA DE LOS HIJOS QUE EL TESTADOR TIENE, Y DE LO QUE DIÓ A UNO DE ELLOS EN CUENTA DE SU LEGÍTIMA.

4. Declaro que del matrimonio que contraje con Fulana tengo por mis hijos legítimos á Francisco, Pedro y Juan, de los cuales Francisco se ha casado, y le dí tantos mil reales en cuenta de su legítima paterna. Mando que los traiga á colacion y particion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella; y si excediere, se tenga el exceso por mejora.

LEGADO DEL QUINTO POR ALIMENTOS A UN HIJO NATURAL.

5. Declaro que tengo un hijo natural llamado Pedro, que lo hube en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico no solo al tiempo de su concepcion sino al de su nacimiento, de suerte que podiamos casarnos sin dispensacion; y mediante hallarme con descendientes legítimos procreados en Fulana mi muger difunta, usando de la facultad que me conceden las leyes 10 y 28 de Toro, le lego el remanente del quinto de todos mis bienes, derechos y acciones, que es lo que puedo dejarle por razon de alimentos; y si al tiempo de mi fallecimiento no tuviere otro legítimo, sea mi universal heredero.

INSTITUCION DE HEREDERO A UN HIJO NATURAL POR FALTA DE DESCENDIENTES LEGÍTIMOS.

6. Por cuanto me hallo sin descendientes legítimos, y con un hijo natural reconocido, llamado Francisco, que procreé en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico para contraer matrimonio; por tanto, sin embargo de que tengo legítimos ascendientes, usando de la potestad que me concede la ley 10 de Toro, instituyo por único heredero de todos mis bienes, derechos y acciones al expresado Francisco, para que los haya y herede con la bendicion de Dios y la mia.

MEJORA DEL TERCIO Y QUINTO HECHA A UNA HIJA QUE LLEVÓ DOTE CUANDO SE CASÓ.

7. Declaro que del matrimonio que contraje con Fulana tenemos por nuestros hijos legítimos á Francisco y Juana: que esta se halla casada con Fulano, y que cuando se casó, la dí en

dote tanta cantidad; y respecto no poder ser mejoradas las hijas en contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, mando que traiga á colacion y particion con su hermano la dote que la entregué; pero mediante no estar prohibido que lo sean por última disposicion, la mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, que la consigno en tales tierras, para que lo haya y herede á mas de su legítima; y mando asimismo que en la deduccion del quinto se observe la ley del Estilo, segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

MEJORA QUE HACE EL PADRE A UN HIJO A QUIEN POR CONTRATO ONEROSO PROMETIÓ MEJORAR.

8. Declaro que cuando mi hijo Fulano contrajo matrimonio con Fulana, prometí mejorarlo en el tercio y quinto de mis bienes, y á ello me obligué en la escritura de capitulaciones que precedieron; y cumpliendo la obligacion que contraje, y lo que en este caso manda la ley 22 de Toro, le mejoro en dicho tercio y quinto, para que lo haya y herede á mas de su legítima que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden bajado el quinto.

LEGADO DE COSA EMPEÑADA EN PODER DEL TESTADOR.

9. Declaro que Pedro de tal me pidió prestados mil reales de vellon sobre una salvilla de plata y un aderezo de plata con tantos diamantes y tantas esmeraldas que me entregó en empeño para seguridad de la citada cantidad, de que nos hicimos el respectivo resguardo. Mando al expresado Pedro las alhajas referidas, y reservo á mis herederos la accion que les da la ley 16. tit. 9. de la Partida 6. para que usen de ella como les convenga.

REVOCACION *AD CAUTELAM* CON CLAUSULAS DEROGATORIAS DEL TESTAMENTO QUE OTORGA UNA MUGER.

10. Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora formalicé por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente. Y porque si tomo estado de matrimonio, ó aunque no lo tome, puede suceder que el miedo, respeto reverencial, ò las eficaces persuasiones ó ame-

nazas de mi marido ó de otras personas me seduzcan y violenten á variar de disposicion, especialmente si estoy enferma, y tal vez compelida manifestaré exteriormente que condesciendo, y quedaré privada del uso de la natural libertad de testar á mi satisfaccion, como ahora lo hago; para que esta disposicion no se frustre en todo ni en parte, declaro que la ordeno de mi libre y espontánea voluntad, me obligo á no revocarla en manera alguna, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos, hiciere otra total ó parcialmente contraria, no se entienda ni estime revocada esta à menos que aquella contenga en forma especifica tales palabras (*Aqui expresará las que sean.*), y se cite en ellas este testamento y la obligacion que incluye de no revocarlo, y no lo uno sin lo otro, pues en tal caso ha de tenerse aquella y no esta por mi última y deliberada voluntad, ò en la via y forma que mejor lugar haya en derecho: en cuyo testimonio asi lo digo, otorgo y firmo ante el presente escribano en esta villa de &c. (1).

CLÁUSULAS DE EXHEREDACION.

11. Mediante que mi hijo Pedro, con desprecio de los mandamientos divinos y de la misma ley de la naturaleza, tuvo la osadía de poner en mí tal dia á presencia de tales personas las manos airadas para herirme ó matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias, porque le reprendí como padre sus vicios, amonestándole se abstuviese de ellos, y procurase vivir con el arreglo que como cristiano temeroso de Dios debe tener, y que por este execrable exceso es indigno de titularse hijo mio, y tener parte en mis bienes, desde luego para que no quede impune y sirva á otros de ejemplo y escarmiento, en uso de las facultades que me confieren las leyes del tit. 7. Part. 6. le abdico y desheredo enteramente de la legítima paterna que despues de mis dias le podia tocar; le privo y aparto del derecho que á ella podia pretender; y quiero y mando que por razon de alimentos, ni por otro título ni motivo, no sea admitido total ni parcialmente á su goce, ni tenido por hijo mio, como sino hubiera nacido; protesto no nombrarlo en este testamento por mi heredero ni legatario, sin que esta preterición y desheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

1 En el párrafo 3, capítulo 15, de la revocacion del testamento, queda extendida la cláusula revocatoria del que contiene la anterior, por lo cual se omite; como tambien la de sustituciones, fundaciones de vínculos por via de mejora, y otras que se pondrán en sus respectivos lugares.

OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO CERRADO, Y DILIGENCIAS PARA SU APERTURA.

12. En tal villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, y natural de &c. *(Aquí se expresará su filiacion y naturaleza como en el testamento nuncupativo.)*, hallándose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha servido darle, y en su entero juicio, creyendo &c. *(Aquí se pondrá la protestacion de fe y deprecacion, como en dicho testamento.)*, dijo: que tiene escrito y ordenado su testamento en este cuaderno cerrado que me entrega para este acto: que en él deja señalado entierro, hábito y misas, y nombrados albaceas y herederos: que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal: y que revoca y anula por él todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente: manda que solo este testamento se tenga y observe por tal, y por su última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mas haya lugar en derecho. Asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, rogó á los testigos presenciales que lo fueron Pedro, Juan, Diego, Alonso, Martin, Tomas y Esteban de tal, vecinos de esta villa, que firmasen tambien, y por los que expresaron no saber, que lo hiciese el referido Tomas.=Francisco Lopez.=Fui testigo: Pedro de tal.=Fui testigo: Tomas de tal.=Fui testigo: Antonio de tal.=Fui testigo: José de tal.=Fui testigo: Domingo de tal.=Testigo á ruego de Juan de tal: Tomas de tal.=Testigo á ruego de Diego de tal: Tomas de tal.=Ante mí: Fulano de tal.=Yo Fulano de tal, escribano del Rey nuestro Señor, y del número de esta villa de tal, presente fui al anterior otorgamiento, y en fe de ello lo signo y firmo.=En testimonio de verdad: Fulano de tal.

PEDIMENTO PARA LA APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO.

13. Pedro Fernandez, vecino de esta villa, ante V., como mas haya lugar, digo: que Francisco Lopez, vecino tambien de ella, estando enfermo otorgó el testamento escrito que en debida forma presento ante Fulano, escribano de este número, en el dia tantos de tal mes, y bajo de él falleció hoy á las siete de

la mañana, poco mas ò menos, y respecto tener entendido que me dejó por su testamentario *(ó lo que sea)*, para que se cumpla lo que en él dispuso. = A V. suplico que habiéndolo por presentado, se sirva mandar se abra y publique con la solemnidad legal, y que reduciéndolo à escritura pública, se den á los interesados los traslados y testimonios que pidan y les competan, interponiendo á ello para su mayor validacion la judicial autoridad cuanto há lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro no pedirlo de malicia, y para ello &c.

AUTO.

14. Por presentado el testamento que se refiere: hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, à cuyo fin comparezcan en este juzgado, y evacuado en la parte que baste, se traiga todo para proveer. El Señor Don Fulano, corregidor de esta villa de tal, lo mandó en ella, á tantos de tal mes y año &c.

INFORMACION.

Primer testigo.

15. En tal villa, à tantos de tal mes y año, Pedro Fernandez, contenido en el pedimento y auto anteriores, cumpliendo con lo que por este le está mandado, presentó por testigo à Fulano, vecino de ella, de quien por ante mí el Señor Don Fulano, corregidor de esta villa, recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado: y siéndolo por el referido señor corregidor, al tenor del pedimento citado, y habiéndole manifestado el testamento y cuaderno presentado, dijo: es cierto que Francisco Lopez, vecino que fue de esta villa, estando enfermo, y al parecer con pleno uso de las potencias y sentidos, otorgó en tal dia su testamento cerrado ante Fulano, escribano de este número, cuyo acto presenció el declarante, como testigo llamado y rogado, con los demas que en él constan, y á vista de todos expresó con palabras claras y perceptibles, que lo que dentro de dicho cuaderno ò volumen cerrado estaba escrito, era su testamento y última voluntad: que en él dejaba elegido hábito, entierro y misas, y nombrado albaceas y heredero: que no queria se abriese hasta que falleciese, y que entonces precediese para ello la

solemnidad prescrita por derecho; y asimismo que por él revocaba todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado, segun del otorgamiento consta. Todo lo cual expresó ante el declarante y demas testigos instrumentales, que à un propio tiempo lo oyeron de su boca porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba el enfermo, lo vieron, y concurrieron á dicho acto, y el declarante firmó como testigo con el testador y otros que supieron, cuya firma dice *Fulano de tal*, es suya propia, la que acostumbra hacer, y por tal la reconoce, como tambien el cuaderno, que está del mismo modo que cuando lo firmó, y por los que dijeron no saber, firmó Fulano, y todos encima de la cubierta del mencionado cuaderno, é igualmente dijo, que el otorgante falleció en este dia de la enfermedad que padecia, por haberlo visto cadaver (ú oídolo decir), y no le consta haya otorgado posteriormentè otro testamento de palabra ni por escrito; que es lo que sabe y puede declarar, y todo la verdad bajo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica y lo firma con el señor corregidor, y expresa tener tantos años de edad, de que doy fe.=Don Fulano.=Fulano.=Ante mí: Fulano.

Nota. Las deposiciones de los demas testigos (que á lo menos han de ser cuatro) irán contestes con la precedente, mudando lo conveniente y preciso en cuanto á las firmas, pues si el testador ó alguno de los testigos que se examinaren, no firmaron, dirá quien firmó por ellos. Si el juez da comision al escribano para que las reciba, se pondrá en el auto, y omitirá en ellas su concurrencia, bien que debe concurrir á todo, como dejo expuesto en su lugar; y si se quiere omitir algo del contexto del otorgamiento, se puede hacer remitiéndose á lo que de él consta, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad, y luego corresponde el auto siguiente.

AUTO.

16. Por lo que resulta de la informacion anterior, y mediante estar sin la mas leve sospecha de rotura ni otra el testamento presentado, se abra, y por el presente escribano publique en forma; y hecho, se proveerá á lo demas pretendido: el señor Don Fulano, corregidor de esta villa de tal, lo mandó &c.

DILIGENCIA DE APERTURA.

17. Incontinenti el expresado señor corregidor quitó á mi presencia, y de los testigos examinados, el sello (*lacre, oblea*

ó lo que sea) con que estaba cerrado el citado cuaderno y testamento, y lo abrió y leyó para sí tácitamente, y luego me lo entregó, á fin de que lo publique, el cual tiene tantas hojas útiles escritas en papel comun *(ó sellado segun sea)*, y al pie una firma que dice: *Francisco Lopez* (si no está firmado se dirá: *y está sin firmar*), y su literal tenor es el siguiente, de que doy fe.=Fulano de tal.

Nota. Aqui se ha de insertar el testamento cuando se saque copia de él; previniendo que primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores y diligencia de apertura por orden, despues el testamento, luego su otorgamiento, y lo último el auto que sigue.

AUTO.

18. En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don Fulano, corregidor de ella, habiendo visto estos autos, dijo: que reduce á escritura pública, y declara por testamento y última voluntad de Francisco Lopez, todo lo que en tantas hojas que contiene y rubriqué, está escrito; manda que se protocolice en los registros del presente escribano, y traslade conforme á la ley, y que de él y de estos autos se den á los interesados las copias y testimonios que pidieren y les pertenecieren, pues para la mayor subsistencia y validacion de todo interpone su autoridad en legal forma, y lo firma, de que doy fe.=Don Fulano.=Ante mí: Fulano.

Nota. Si está escrito en papel sellado, se omitirá en el auto el precepto de que se traslade conforme á la ley, porque no es necesario. Algunos ponen bajo de un contexto la diligencia de apertura y auto último sin separacion. Cada uno ajústese á lo que mejor le parezca, pues surte el propio efecto, y nada se varía en la sustancia.

DILIGENCIA PARA DECLARAR POR TESTAMENTO NUNCUPATIVO EL DISPUESTO DE PALABRA ANTE TESTIGOS.

Pedimento.

19. Francisco Perez, vecino de esta villa, ante V., como mas haya lugar, digo: que Antonio Lopez, de la misma vecindad, hallándose en tal dia muy gravado de la enfermedad que padecia, pero en su juicio natural; y considerando que segun la crítica

situacion en que estaba constituido, moriria *ab intestato*, por evitar que esto sucediese, mediante no haber escribano en esta villa *(ò por el motivo que haya)* dió orden á un criado suyo para que llamase cinco testigos, todos vecinos de ella, que fueron Pedro, Sancho, Diego, Martin y Juan de tal; y á su presencia, precedida la protestacion de la fe, les dijo que se contemplaba mortal, y por si Dios fuese servido llamarle á juicio, queria se enterrase su cadaver en su iglesia parroquial: que por su alma se celebrase el dia de su entierro, siendo hora, y si no, en el siguiente, misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y tantas rezadas, su limosna á tanto *(Aqui se expresará lo demas que hubiese dispuesto.)*: nombró por sus testamentarios à Lorenzo y José de tal, y cada uno *in solidum* para que evacuasen su voluntad dentro ó fuera del término legal: me instituyó por único y universal heredero de sus bienes: revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas: y pidió á los testigos referidos que lo fuesen de como todo lo expuesto queria se estimase y cumpliese por su testamento nuncupativo y última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar hubiese en derecho, y que asi lo declarasen en juicio, si sobre ello fuesen preguntados; y mediante haber fallecido hoy bajo de esta disposicion, para que tenga efecto=á V. suplico se sirva mandar que al tenor de este pedimento se examinen conforme á la ley todos los testigos nominados, y constando la certeza de su contexto declarar sus disposiciones por testamento nuncupativo y última voluntad del prenotado Antonio Lopez, y asimismo providenciar que se protocolicen en los registros del presente escribano, y den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fueren de dar, interponiendo á todo para su mayor validacion y firmeza la judicial autoridad cuanto há lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro lo necesario, y para ello &c.

AUTO.

20. Recíbase á esta parte la informacion que ofrece por ante el presente escribano, á quien para ello se da comision en forma; y evacuada se traiga para proveer lo que haya lugar sobre lo que se pretende: el señor Don Fulano, corregidor de esta villa de tal, lo mandó y firmó à tantos &c.

INFORMACION.

Primer testigo.

21. En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano, Francisco Perez, vecino de ella, presentó por testigo para la informacion que tiene ofrecida y le está mandada dar, à Pedro de tal, vecino tambien de ella, de quien en virtud de la comision que en el auto precedente me está conferida recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que le fuere preguntado; y siéndolo por mí al tenor del pedimento que la motiva, dijo: que en tal dia, á tal hora poco mas ó menos, fue à la casa de Antonio Lopez, difunto, en consecuencia de recado que le envió con un criado suyo, y à su presencia y de Sancho, Diego, Martin y Juan de tal, todos vecinos igualmente de esta villa, expresó que hallándose gravemente enfermo, y no queriendo morir intestado, los llamaba para que fuesen testigos de su disposicion y última voluntad; y con efecto empezó à decir que creía y confesaba todos los misterios y sacramentos de nuestra Santa Madre la Iglesia Católica, Apostólica Romana, en cuya fe y creencia habia vivido, y vivia y protestaba vivir y morir, como católico fiel cristiano: que queria se enterrase su cadaver en su parroquia, à tal hora, con tal fúnebre aparato y acompañamiento, y se le amortajase con tal hábito: que el dia de su entierro se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y tantas rezadas, su limosna á tanto *(Aquí se pondrá lo demas que hubiere declarado y mandado)*: que nombraba por sus testamentarios á Lorenzo y José de tal, y á cada uno *in solidum*, y les daba amplio poder y facultad para cumplir todo lo que dejaba ordenado, y para ello les prorogaba el término que necesitasen: que instituia por único heredero de todos sus bienes á dicho Francisco Perez: y que revocaba todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado por escrito, de palabra, ó en otra forma, para que ninguna valiese ni hiciese fe judicial ni extrajudicialmente, excepto la que à presencia del declarante y demas testigos expresados manifestó verbalmente y deja referida; la cual quiso se estimase y observase como su testamento y última deliberada voluntad, ó en la mejor via y forma que hubiese lugar en derecho: todo lo cual ex-

presó clara y distintamente á los mencionados testigos à un propio tiempo, estando al parecer con el pleno uso de su juicio, aunque enfermo; y les previno lo tuviesen presente, y declarasen si en juicio fuesen preguntados: y sabe el declarante que el referido testador falleció bajo de esta disposicion, porque oyó decir que no habia otorgado posteriormente otra. Que es lo que pasó en aquel acto, puede declarar, y todo la verdad bajo del juramento que deja hecho, en que se afirma, ratifica y lo firma, y dijo ser de tantos años de edad poco mas ó menos, y que no es pariente de la parte que le presentó, doy fe.=Fulano.=Ante mí.=Fulano.

Nota. Las declaraciones de los demas testigos han de ser arregladas y conformes á esta en todo, menos en cuanto à las firmas y edad, que variarán segun sea y sepa el testigo, y luego corresponde el siguiente

AUTO.

22. En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don Fulano, corregidor de ella, habiendo visto estos autos, dijo: que mediante resultar por las contestes declaraciones de los cinco testigos instrumentales examinados la disposicion bajo de que falleció Antonio Lopez, vecino que fue de esta villa, debia declarar y declaraba todo cuanto está expresado en ellas por su testamento nuncupativo y última deliberada voluntad: y en su consecuencia mandó que como tal se observe y cumpla íntegra é inviolablemente: que estos autos se protocolicen en los registros de escrituras públicas del presente escribano, á que reduce dichas disposiciones: que por tal se estimen y tengan: y que de todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, de manera que hagan fe, pues para su mayor validacion interpone la autoridad de su oficio cuanto puede y há lugar en derecho, y lo firma, de que doy fe.=Don Fulano. = Ante mí. = Fulano.

Nota. Si el testamento fuere dispuesto en cédula ante testigos, se practicará lo que dejo prevenido en el capítulo anterior, párrafo 8, y respecto de que con ello y con las diligencias extendidas puede el escribano instruirse radicalmente de todo, omito su ordenacion por evitar prolijidad nada necesaria. Tendrá cuidado de expresar si los testigos de estos dos testamentos son ó no parientes del heredero, y si lo son, en qué grado, pues dentro del cuarto civil les está prohibido serlo, como dejo expuesto en el capítulo 1, párrafo 6, y por esta razon puede viciarse

el testamento, lo que no podrán decir en el otorgamiento y apertura del cerrado, porque ignoran quién es el heredero, y por eso lo puse como en el de palabra. Asimismo que el notario meramente eclesiástico no puede como tal autorizar testamentos ni escritura pública entre legos, y si los autoriza son nulos (1); pero se pueden revalidar los testamentos hechos ante él, practicando las diligencias que con los referidos en esta nota, acerca de lo cual véase à Florez de Mena *Var.* quæst. 1. num. 13 al 18, y á los que cita.

CODICILO ABIERTO.

23. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que en tal dia de tal mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano Real, del cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas y añadir otras, y poniéndolo en ejecucion por via de codicilo, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente.

Manda que á mas de las tantas misas que deja por su alma se celebren por su intencion tantas en tales altares de tal iglesia, y que se dé por la limosna de cada una tanta cantidad.

Manda que el legado de tanta cantidad que hizo á Pedro, no se le entregue, y para que no tenga accion á pedirlo, lo revoca enteramente.

Quiere que el resíduo del quinto de sus bienes se dé á Fulana su hija, á cuyo fin se lo lega, para que lo haya á mas de su legítima.

Declara que despues de haber otorgado dicho testamento, contrajo matrimonio Fulano su hijo, y que le dió tanta cantidad en cuenta de su legítima: manda que la traiga á colacion y particion, y lo mejora en el tercio de todos sus bienes, cuya deduccion se ha de hacer despues de sacado el quinto.

Nota. Asi proseguirá con lo demas que quiera disponer, no excediendo de las facultades que el derecho le concede, y luego proseguirá en la siguiente forma.

Todo lo cual quiere que valga en la via y forma que mejor haya lugar en derecho, y manda se guarde, cumpla y ejecute inviolablemente; y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo que sea conforme con el y en todo lo demas lo aprueba, ratifica y deja en su

1 Ley 2. tit. 14. lib. 2. Nov. Rec.

fuerza y vigor para que se estime por su última deliberada voluntad, y con ningun motivo ni pretexto se contravenga. Asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos &c. (1).

Otra. Si el testador no hubiere hecho testamento, no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pie de este la cláusula de su revocacion y aprobacion que contiene. Si quisiere nombrar heredero en él, no se detenga el escribano en ponerlo: pues aunque es verdad que el testador no puede hacerlo, si lo hiciere, no se estimará por codicilo, sin embargo de que se llame asi, sino por testamento, como dejo expuesto; y el que instituya llevará la herencia, respecto no tenerlo hecho antes. Pero que lo tenga ó no otorgado, podrá poner en él (si quisiere) la protestacion de la fe, naturaleza y filiacion del testador, como tambien en el cerrado, y la cláusula codicilar en ambos.

OTORGAMIENTO DE CODICILO CERRADO.

24. En tal parte, á tantos de tal mes y año, Francisco Lopez, vecino de ella, estando enfermo (*ó sano*) y en su entero juicio &c., dijo: que en tal dia, mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano, y por haber reflexionado con madurez lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado y enmendado algunas cosas, y añadido otras por el codicilo cerrado que expresa estar dentro de este cuaderno, y me entrega y por tal lo otorga: y quiere y manda que despues que fallezca, y no antes, se abra y publique con la solemnidad por derecho prescripta, y que su contexto valga y se cumpla y ejecute sin tergiversacion, como su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho; pues en lo que fuere opuesto al citado testamento, lo revoca y anula, y en todo lo demas lo ratifica y deja en su fuerza y vigor: y revoca asimismo todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial ni extrajudicialmente. Asi lo otorga y firma, á quien yo el escribano doy fe conozco, siendo testigos &c.

Nota. En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos, pudiendo ser habidos, como queda expuesto, y firmar encima del cuaderno como en el testamento escrito; pues aunque la ley no lo previene ni manda, versa igual razon, y debe obrar la misma disposicion legal, por

1 Han de ser los mismos en número, sexo y edad que para el testamento nuncupativo.

ser instrumento de la propia naturaleza, por lo que requiere su apertura idéntica solemnidad sin diferencia. En cuanto á la protestacion, revocacion del testamento cuando no lo hizo antes, y otras cosas, véase la nota precedente.

PODER PARA TESTAR.

25. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella &c. *(Aquí se pondrá la naturaleza y filiacion del testador, y protestacion de la fe é imploracion del divino auxilio, como en el testamento nuncupativo, y luego proseguirá)*, dijo: que por cuanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, madurez y reflexion que desea y se requiere, las cosas concernientes á su última voluntad, y tiene suma satisfaccion y confianza en que Juan Rodriguez, vecino tambien de esta villa, su íntimo amigo, las desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente, por habérselas comunicado y estar bien cerciorado de ellas: por tanto, estando, como por la infinita misericordia de Dios está, bueno y én su entero juicio, temeroso de la muerte, deuda tan precisa á todo viviente humano como incierta su hora, para que cuando llegue no le halle desprevenido de disposicion testamentaria, en la mejor forma que haya lugar en derecho, otorga y confiere al citado Juan Rodriguez tan amplio, firme y eficaz poder como es necesario, para que en su nombre, y representando su persona, formalice y ordene dentro ó fuera del término legal su testamento y última voluntad, ó declaracion ó disposicion de pobre, segun el caudal que deje, haciendo en él los legados pios, forzosos y graciosos que le pareciere, y las fundaciones de vínculos del tercio y quinto ó cualquiera de ellos por via de mejora en cualquiera de sus hijos varones, con las sumisiones, sustituciones y gravamen de restitucion, y fideicomiso en el tercio, que prescribe la ley 27 de Toro, señalando el importe de la mejora en los bienes raices que dejare, sustituyendo á sus hijos pupilos, dándoles por sustitutos á sus hermanos ó cualquiera de ellos, nombrando por su tutor á Pedro, Diego ó Antonio de tal, y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargas de su conciencia, y demas cosas que el otorgante le tiene comunicado y comunicará en lo sucesivo; ó declarando haber muerto pobre, sino dejase bienes de que testar: pues aprueba todo lo que con arreglo á las referidas facultades practicare,

y quiere tenga la misma validacion y subsistencia que si aquí fuera literalmente expresado, y que por tal se estime; para lo cual le da el mas absoluto y eficaz poder con todas las firmezas y amplitudes convenientes que legalmente se requieren, con libre, franca y general administracion, y para ello otorga su testamento ú otra disposicion; y para evacuar enteramente lo que disponga, ordene y declare en virtud de este poder, le prorogo el término que el derecho prefine, por el que necesite, sin limitacion: y solo reserva en sí lo siguiente.

Nota. Aquí se pondrá su entierro, misas y otras cosas si quisiere, elegirá mas testamentarios, y si lo deja todo á eleccion del comisario, omitirá la cláusula de reservacion; pero la siguiente es precisa, por estar prohibido al comisario instituir heredero y consignar la mejora, y al testador cometerle su consignacion.

Y en el remanente de todos sus bienes, muebles, raices, derechos y acciones instituye por sus universales herederos á Francisco, Diego, Juan, María, Micaela y Antonia Lopez, sus seis hijos legítimos, y de Ignacia Fernandez su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de su muerte, y por su orden y grado deben heredarle, para que los hayan con arreglo á lo que mandan las leyes de estos reinos, segun su representacion, con la bendicion de Dios y la suya; previniendo que el quinto no ha de exceder de la legítima que á cada uno toque, y que si todos sus tres hijos varones ó alguno de ellos hubiere muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos, ni en otro descendiente de estos, pues en este caso lo revoca en cuanto á ellos.

Y por el presente revoca y anula todos los testamentos, poderes para testar y demas disposiciones testamentarias, que antes de ahora ha otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este poder y testamento, ú otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere y manda se tengan y cumplan por su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos, Fulano, Fulano, Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

TESTAMENTO EN VIRTUD DE PODER.

26. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el es-

cribano y testigos, Pedro Fernandez, vecino de ella, en nombre de Francisco Lopez, difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella á tantos de tal mes y año, ante Fulano, escribano Real, cuya copia original me entrega para documentar este testamento é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aqui la copia del poder.

Concuerda el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fe, y asegurando el otorgante, como asegura y declara, no estarle revocado, suspenso ni limitado, que lo tiene aceptado, y por el uso de sus facultades, aceptándolo nuevamente, dijo: que el mencionado Francisco Lopez falleció en tal dia, bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que en él dejó ordenado y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público, al cual asistieron el número completo de sacerdotes de su parroquia, en la que fue sepultado su cadaver, veinte religiosos de San Francisco, otros tantos de tal religion, tantos pobres del Real Hospicio de San Fernando, y tantos niños de la doctrina: se celebró por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso; y por todo se pagaron los correspondientes derechos.

Quiso y encargó el otorgante que se dijesen por su alma é intencion tantas misas rezadas, su limosna á tres reales de vellon: y el otorgante, cumpliendo con su encargo, declara haber mandado celebrar tantas, y quiere que las restantes se digan en la parroquia, á la cual, como cuarta parte de todas, tocan, pues esta fue la voluntad del difunto.

Quiso igualmente que para la conservacion de los santos lugares de Jerusalen, redencion de cautivos cristianos y demas mandas forzosas, se diesen tantos reales de vellon por una vez; y otros tantos á los Reales Hospicios de esta Corte: y el otorgante, en observancia de su voluntad, manda que se les entreguen; y con ellos los aparta del derecho que podian pretender á sus bienes.

Por el preinserto poder mandó que si se encontraba una memoria firmada de su puño, ó escrita de él aunque no estuviere firmada, que contuviese cosas concernientes á su última voluntad, se tuviese por parte de este testamento, se protocolizase con él, y se observase íntegramente su contexto; y el otorgante declara que sin embargo de haber registrado y reconocido

exactamente sus papeles, no la halló, ni tiene noticia de que la haya dejado.

Dió facultad al otorgante por el referido poder para mejorar á cualquiera de sus hijos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes: y en uso de ella, y en virtud de lo que le comunicó, mejora en ellos à Josefa Lopez, su hija, de edad de seis años, para que respecto no estar criada, le sirva su importe de ayuda á su crianza, y cuando llegue el caso, para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha de deducir primero que el tercio con arreglo á la ley 214 del Estilo, agregarse su residuo si lo hubiere al resto de la herencia, y de este sacarse el tercio, y no en otros términos, pues esta fue la voluntad de su padre; y mediante no haberle consignado bienes para la mejora, y carecer el otorgante de facultad para hacer su consignacion, lo omite.

Igualmente se la dió para elegir tutores de sus hijos menores con relevacion de fianzas, ó como le pareciere: y usando de ella, nombra por tutora y curadora *ad bona* de la prenotada Josefa Lopez á María Rubio, su madre, relevada de aquellas, para que la eduque, y cuide de la conservacion de sus bienes; y en caso de que se vuelva á casar, ó muera antes que la expresada su hija llegue á la pubertad, nombra por su tutor á Juan Fernandez, su tio, vecino de esta villa; y por su previo fallecimiento á Roque Rodriguez, persona de integridad y abono, y de la propia vecindad, con la calidad de que estos han de afianzar á satisfaccion de la justicia; y suplica y encarga à los señores jueces, ante quienes se presente testimonio de esta cláusula, aprueben y confirmen esta eleccion, y en su consecuencia los hayan por nombrados, y les disciernan su encargo en la forma enunciada, pues el testador asi lo quiso y comunicó al otorgante, el cual lo declara para que conste y se observe inviolablemente su voluntad; y en cuanto á los demas hijos menores, mediante no ser pupilos ni deber darles tutor testamentario, por tener facultad de elegirlo por sí mismos, ni tampoco haberle comunicado el testador cosa alguna sobre ello, omite la eleccion.

De esta suerte irá extendiendo el escribano las demas cláusulas hasta la conclusion del testamento, arreglándose el comisario al poder y á lo que el derecho permite al testador en lo que le haya comunicado; y sino se hiciere algo de lo contenido en el poder, expresará el motivo.

DECLARACION DE POBRE.

27. En el nombre de Dios Todopoderoso, amen. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Juan Perez, vecino de ella *(Aquí se pondrá la naturaleza, filiacion, protestacion de la fe é invocacion de los Santos, como en el testamento; y luego proseguirá en esta forma)*, declara: que por la calamidad é injuria de los tiempos se halla muy pobre, por lo que suplica al señor Cura propio de tal parroquia, de donde actualmente es parroquiano, ó al de donde lo sea al tiempo de su muerte, lo mande enterrar de limosna, y haga por su alma todo el bien que pueda, pues asi lo espera de su cristiana piedad.

Nota. Aquí podrá el testador hacer mandas, mejoras y todo lo demas que en el testamento, disponiendo y hablando de los bienes que pueda adquirir, por si llega á tenerlos, y luego la cláusula de heredero en la forma siguiente, y á su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.

Y por si en algun tiempo adquiriese y le tocaren algunos bienes muebles, raices, derechos y acciones por cualquier título, causa ó razon, instituye por sus universales herederos á Pedro y Josefa Perez, sus hijos legítimos y de María Hernandez, su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su orden y grado, segun su representacion, en la forma prescripta por derecho Real, con la bendicion de Dios y la suya.

ACEPTACION DE HERENCIA.

28. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: ha llegado á su noticia que Juan Lopez, su padre, falleció en tal parte, tal dia, y dejó algunos bienes y deudas; y respecto ignorar á cuanto ascienden, para que en este caso no sea perjudicado, ni esté obligado á mas de lo que importe la herencia, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Otorga que acepta con beneficio de inventario, y no en otros términos, la herencia y bienes de su difunto padre, y en su consecuencia pide al señor corregidor de la referida villa, la haya por aceptada, y mande á los coherederos hagan inventario formal y tasacion de sus bienes sin ocultacion; y que á este fin elijan los tasadores

prácticos é inteligentes que les pareciere, pues el otorgante se conforma desde ahora con ellos, y se obliga á estar y pasar por la que hicieren, sin impugnacion; y practicada que sea, protesta pedir en su vista lo que le convenga, y á ello quiere ser compelido por todo rigor de derecho, para lo cual da amplio poder al citado señor corregidor, lo recibe por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada &c.

REPUDIACION DE HERÊNCIA.

29. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Juan Lopez, su hermano, falleció en tal dia, bajo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes y año, ante N., escribano, en que le instituyó por uno de sus herederos en atencion á no tenerlos forzosos; y mediante no convenirle la aceptacion de su herencia, para que ninguno de sus acreedores tenga que intervenir ni mezclarse con él en cosa alguna, y evitar los gastos que se le pueden ocasionar, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que no quiere ser heredero del expresado su hermano, y por lo mismo repudia enteramente la herencia que por su muerte le puede tocar; se desiste y aparta del derecho que en virtud de su testamento tiene á ella, y lo cede, renuncia y traspasa en los otros coherederos, á quienes de la que sea en mucha ó poca suma, hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos, con las seguridades necesarias, y confiere amplio poder para que sin su intervencion formalicen y hagan inventario, tasacion y particion del sobrante de sus bienes, deducidas deudas, del mismo modo que si el otorgante hubiera fallecido antes ó no hubiera sido instituido, pues por tal quiere que se le estime; que se apoderen y dispongan de ellos, como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título, y que tomen la real tenencia y posesion que en virtud de este instrumento y testamento citado les compete; se obliga á no revocar ni reclamar total ni parcialmente esta renuncia, y si lo hiciere, á mas de no ser oido ni admitido judicial ni extrajudicialmente, sea condenado por el mismo caso en costas, y visto habería aprobado y ratificado; da amplio poder á los señores jueces de esta villa para que le compelan á su cumplimiento, como por sentencia

definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida &c.

Nota. Si el que repudia la herencia es hijo ú otro descendiente legítimo del testador, mediante concederle la ley final del título 6. Partida 6. tres años, aunque sea mayor de veinte y cinco, para recuperarla despues de repudiada, para que quede privado de esta accion, la renunciará específicamente, y jurará no reclamar la renuncia: de esta suerte no tendrán recelo los coherederos de que intentará su recobro, bien que si deja hijos, y muere antes que su padre, aunque la renuncia sea con juramento, y se contente con lo que su padre le dió, no estarán obligados sus hijos á pasar por ella, y asi solo lo serán á traer á colacion y particion con sus tios lo que su padre recibió y llegó á poder de ellos, y si algo mas les tocaba, lo llevarán por consideracion de sí mismo, porque son herederos forzosos de sus abuelos, en cuyo derecho por ser propio, privativo y personalísimo suyo, no pudo su padre perjudicarles, como afirman los autores y se practica.

LICENCIA PARA TESTAR.

30. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Fernando Lopez, su hijo legítimo, le ha suplicado que mediante ser el otorgante su heredero forzoso por testamento y abintestato, en caso de no dejar sucesion legítima ó natural, no necesitar sus bienes para mantenerse, y no permitirle la ley 6 de Toro disponer mas que del tercio de ellos en perjuicio de sus ascendientes sin su licencia, le conceda facultad para dejarlos todos á la persona que le parezca; y el otorgante en atencion al mucho amor y cariño que profesa al citado su hijo, y á tener caudal suficiente para su decente manutencion, y por otros justos motivos que le impelen, ha deliberado condescender con su súplica; y para que tenga efecto, en la mejor forma que por derecho haya lugar, de su libre y espontánea voluntad = Otorga y concede amplia licencia y facultad al expresado Fernando Lopez su hijo, para que disponga libre y enteramente por testamento, codicilo, cesion, donacion, ó en cualquier otro instrumento entre vivos, y por causa de muerte, de todos los bienes muebles, raices, efectos, derechos y acciones que ha heredado de su madre, abuelos paternos y maternos, tios, y otros parientes y extraños, y adquiriere

desde hoy en adelante, y puedan recaer en él por última disposicion, *ab intestato*, donacion ú otro contrato lucrativo ú oneroso por causa de presente y de futuro, sin restriccion, á favor de la persona ò personas que le pareciere, exheredando y excluyendo al otorgante de su sucesion en uno ó mas testamentos y contratos, usando de ellos, y repartiéndolos á su eleccion, del mismo modo que si no tuviere ascendiente alguno, pues el otorgante quiere que para este caso se le tenga por muerto. En este concepto desde ahora se desiste y aparta enteramente, como tambien á los demas sus descendientes, del derecho que á dichos bienes tiene y puede adquirir y pretender, excepto que su hijo muera intestado, y lo cede, renuncia y pasa para siempre á favor de tal persona ó personas, à las que constituye dueñas absolutas de todos, y como tales las confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, para que tomen de ellos la posesion que en virtud de la última disposicion ó contrato, que el referido su hijo formalizare, les corresponda; y los gocen, vendan, cambien, enagenen y hagan de ellos lo que quisieren, como de cosa suya propia adquirida con legítimo y justo título, sin intervencion del otorgante, el cual á mayor abundamiento desde ahora para cuando llegue el caso les hace de ellos gracia y donacion pura, perfecta è irrevocable con insinuacion, y todo lo demas que sea necesario para su validacion y firmeza: los constituye procuradores y actores de su misma causa y negocio: los pone en su lugar, grado y prelacion, con subrogacion en forma: y jura por Dios nuestro Señor y una cruz, tal como esta ✠, que no revocará total ni parcialmente, ni reclamará esta licencia, poder y renuncia con pretexto de ser contrato celebrado entre padre è hijo, ni de tener mas descendientes, ni de ser leso y quedar privado y excluido de los bienes que de dicho su hijo podia heredar, ni con otro alguno, ni los contratos y últimas disposiciones que en su consecuencia se formalicen, aunque en ellos no se mencione ni inserte, y por legales estatutos le sea permitido, mediante no necesitar los bienes de su hijo para su manutencion, como queda expuesto; y si lo hiciere, á mas de no ser oido ni admitido judicial ni extrajudicialmente, sea visto por el propio hecho haberla aprobado y formalizado con mayores vinculos y firmezas. Igualmente jura que de este juramento no tiene pedida ni pedirá absolucion ni relajacion á quien pueda concedérsela, y aunque *de motu propio* se le conceda, no usará de ella, pena de perjuro y de incurrir en infamia y

demas impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes, y que no lo tiene prestado de no hacer renuncias, cesiones ni donaciones, ni conceder licencias para testar, ni ha hecho protesta ni reclamacion contra esta, ni la hará; y si pareciere, la revoca y anula, y hace un juramento mas que relajaciones se le pueden conceder, para la mayor validacion y subsistencia de este instrumento y de los que en su virtud se otorguen, á cuya firmeza obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones &c.

Nota. Los padres y demas ascendientes no solo pueden conceder la licencia para testar á sus descendientes legítimos por escritura, como la anterior, sino en el propio testamento ó poder para testar que otorguen, aprobándolos, firmándolos, obligándose á no reclamarlos, como tampoco la licencia, y poniendo las demas cláusulas concernientes en los propios instrumentos, pues no basta que el escribano ó los otorgantes digan que se la conceden, antes bien es preciso que los mismos ascendientes lo digan, y juren no revocarla, y lo firmen si saben, ò un testigo por ellos, como si la dieran por escritura separada: lo que tendrá presente el escribano para evitar dudas y pleitos.

FÓRMULA PARA NOMBRAR TESTAMENTARIOS UNIVERSALES EN EL CASO DE QUE HABLA EL PÁRRAFO 4, CAPÍTULO 17 DE LOS TESTAMENTARIOS.

31. Nombro por mis testamentarios á Pedro y Juan, y á cada uno *in solidum*, y les confiero amplio poder y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, ciencia ni concurrencia de mis herederos, ni de la justicia, recojan las llaves de mi casa, entren y se apoderen de mis bienes, hagan ante escribano descripcion ó inventario extrajudicial de ellos, y los tasen, á cuyo fin elijan peritos, paguen lo que estoy debiendo, y lo que con motivo de mi fallecimiento se adeudare en mi entierro, misas y demas cosas que ocurran, y para ello vendan en almoneda, ó fuera de ella los suficientes, pidan judicial y extrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores y personas prácticas y tercero en discordia, ó pidiendo se nombre de oficio en rebeldía, aprobándolas si están arregladas, y en su defecto exponiendo y aclarando los agravios que incluyan: transijan y comprometan todos los créditos y deudas que tengo

à mi favor y contra mí, y los pleitos que actualmente estan pendientes, y en adelante se susciten: cobren judicial y extrajudicialmente lo que por cualquier motivo se me está debiendo y debiere, y formalicen los competentes resguardos à favor de los pagadores, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores ò mancomunados: entreguen á los legatarios sus legados: dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad: y practiquen finalmente en todos, y cada una de las cosas explicadas, y sus incidentes cuanto yo practicaria si por mí mismo lo hiciera, hasta que se concluya mi testamentaría; consultando en lo que hubiere duda, con dos letrados de conocida ciencia y experiencia, y ejecutando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta, con sus pareceres; pues para todo lo referido y lo incidente, y para sustituir este poder, ó en su virtud darlo á otras personas si les fuere preciso, se lo confiero, y á cada uno *in solidum* en amplia forma, con libre, franca y general administracion. Los constituyo dueños, y los subrogo en mi propio derecho y lugar; les prorogo el término legal por el que necesiten sin limitacion; y prohibo á todo juez eclesiástico y secular se mezcle en cosa alguna con apariencia de zelo, ni impida á mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dejo concedidas; y si lo intentare mando que se quejen de él al superior, para que le inhiba enteramente. Asimismo mando que si alguno de mis herederos ò legatarios reclamare ò se opusiere total ó parcialmente à lo que ejecuten (ò el que primero tome conocimiento de mis bienes), ò se mezclare sin su beneplácito en ello, ó intentare judicial ò extrajudicialmente interpretar, limitar ò tergiversar las facultades que les dejo, se entienda por el mismo hecho excluido, y no llamado al goce de su parte, pues por el presente le excluyo y privo enteramente de ella, quiero se reparta entre los demas de su clase, y que mis testamentarios, ò el que de ellos intervenga, cumpla con hacer dicha descripcion, y manifestar á mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y que estos esten obligados á darle el resguardo correspondiente á su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos y division, ni pretender otra cosa que tomar la parte que mis testamentarios digan les toca, por que todo lo fio à su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se lo

doy, y lo reciben de mi mano, pues asi es mi deliberada voluntad, la que encargo al señor juez, ante quien se agraviaren, haga se observe literalmente como suena, para evitar de esta suerte pleitos, gastos y desazones à mis testamentarios y hederos; y que estos paguen las costas que causaren á aquellos, y ademas queden privados de la herencia.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

INDICE

DE LOS TITULOS, CAPITULOS Y ESCRITURAS

QUE COMPRENDE EL TOMO PRIMERO.

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

TITULO PRIMERO.

		Pag.
	Del estado de las personas.	1
CAP. 1.º	*Del estado natural de las mismas.*	1
CAP. 2.º	*Del estado civil de las personas.*	7

TITULO SEGUNDO.

	De la patria potestad, del matrimonio, de las dotes, arras, bienes parafernales y gananciales.	13
CAP. 1.º	*De la patria potestad, y de los diversos modos de adquirirla: de los esponsales y del matrimonio.*	13
CAP. 2.º	*De las escrituras matrimoniales.*	25
CAP. 3.º	*De la dote.*	35
CAP. 4.º	*Del privilegio de la dote.*	50
CAP. 5.º	*De la restitucion de la dote.*	55
CAP. 6.º	*De los bienes parafernales.*	75
CAP. 7.º	*De las arras.*	78
CAP. 8.º	*De los bienes gananciales.*	94

TITULO TERCERO.

	De las prohijaciones, legitimaciones y emancipaciones. . . .	115
CAP. 1.º	*De las prohijaciones.*	115
CAP. 2.º	*De las legitimaciones.*	118
CAP. 3.º	*De los principales efectos civiles de la patria potestad, y de las obligaciones mutuas entre padres é hijos.*	122
CAP. 4.º	*Del modo de acabarse la patria potestad.*	125

TITULO CUARTO.

	De la tutela y curaduría.	141
CAP. 1.º	*De la tutela.*	141
CAP. 2.º	*De la curaduría.*	152

CAP. 3.º *De las obligaciones de los tutores y curadores.* 156
CAP. 4.º *De los modos de acabarse la tutela y curaduria.* 163
CAP. 5.º *De la décima que han de percibir los tutores y curadores por su administracion.* 170

TITULO QUINTO.

De los oficios públicos y de la renunciacion de ellos. 184
CAP. 1.º *De los oficios públicos enagenables.* 184
CAP. 2.º *De los oficios concejiles ó de república.* 195

TITULO SEXTO.

De los escribanos y de los instrumentos públicos. 203
CAP. 1.º *De los escribanos.* 203
CAP. 2.º *De los instrumentos públicos.* 221

APÉNDICE AL LIBRO PRIMERO.

Del pleito homenage, y del acto para dar hábito militar. . . . 253

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS COSAS.

TITULO PRIMERO.

Division general de las cosas. Del dominio y de las servidumbres. 259
CAP. 1.º *Division de las cosas. De los montes, dehesas y pastos.* . . . 259
Apéndice á este capítulo, sobre los límites de las heredades. 265
CAP. 2.º *De los propios y arbitrios de los pueblos.* 271
CAP. 3.º *De los pósitos.* 284
CAP. 4.º *Del dominio, y de los modos de adquirirle* 301
CAP. 5.º *De las servidumbres.* 310

TITULO SEGUNDO.

De las sucesiones hereditarias. 316
CAP. 1.º *Del testamento, de sus diversas especies y requisitos.* . . 316
CAP. 2.º *De los herederos en general.* 334
CAP. 3.º *De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento.* 341
CAP. 4.º *De las mejoras.* 349
CAP. 5.º *De la revocacion de las mejoras.* 369
CAP. 6.º *De la sucesion de los descendientes legitimados adoptivos e ilegítimos á los bienes de sus ascendientes y colaterales.* . 378
CAP. 7.º *De la sucesion de los ascendientes legítimos á los bienes de sus descendientes por testamento.* 388
CAP. 8.º *De los herederos extraños por testamento.* 393

CAP. 9.º *De los herederos abintestato* 408
CAP. 10. *De las sustituciones de herederos.* 426
CAP. 11. *De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.* 442
CAP. 12. *Del derecho de acrecer en las herencias.* 446
CAP. 13. *De los desheredamientos.* 461
CAP. 14. *De los que tienen prohibicion de heredar.* 465
CAP. 15. *De la revocacion del testamento.* 467
CAP. 16. *Del poder para testar.* 470
CAP. 17. *De los testamentarios.* 474
CAP. 18. *De las mandas ó legados.* 481
CAP. 19. *Del derecho de acrecer en los legados, y de la revocacion de los mismos.* 509
CAP. 20. *Del usufructo en las herencias y legados.* 514
CAP. 21. *De las cuartas trebeliánica y falcidia.* 528
CAP. 22. *De los codicilos.* 551
CAP. 23. *De la cláusula codicilar.* 555
CAP. 24. *De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.* 558
CAP. 25. *De las diligencias que deben practicarse para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir á instrumento público los abiertos.* 552
CAP. 26. *Prevenciones á los escribanos para el acierto en la materia de este título.* 557
CAP. 27. *De las renuncias de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los religiosos y religiosas.* . . . 572

ESCRITURAS CONTENIDAS EN ESTE PRIMER TOMO.

Escritura de palabra de casamiento ó esponsales de futuro. 21
De apartamiento y disolucion de esponsales. 22
Licencia de padre á hijo para casar. 24
Capitulaciones matrimoniales. 28
Escritura de capital. 52
Carta de pago y recibo de dote. 68
Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales. 71
Carta de dote confesada. 73
Carta de dote y capital en virtud de apremio judicial. 74
Escritura de arras. 92
Pedimento y demas diligencias para la adopcion. 129
Escritura de adopcion. 151
Memorial pidiendo la legitimacion. 153
Escritura de emancipacion. 154
Escritura de aprendiz. 156
Escritura de pupilo. 159
Forma de extender los autos de tutela y curaduría de bienes. . . 179
Notificacion, aceptacion, juramento y obligacion del curador. . . . id.
Discernimiento de la tutela y curaduría de bienes. 181
Nombramiento de teniente, de regidor y alférez mayor. 190
Renuncia de oficio de escribano. 195
Escritura de pleito homenage. 255

Acto para dar hábito militar. 257

ESCRITURAS CONCERNIENTES Á LA MATERIA DE TESTAMENTOS.

1.ª *Testamento regular* . . . . . 592 y siguientes.
2.ª *Cláusula declaratoria de la dote que la muger llevó al matrimonio.* 597
3.ª *Otra sobre el capital que llevó el marido.* 597
4.ª *Otra de los hijos del testador y anticipacion hecha á uno de ellos.* . 598
5.ª *Legado del quinto á un hijo natural por via de alimentos.* . . . . id.
6.ª *Institucion de heredero en favor de un hijo natural por falta de descendientes legítimos.* . . . . . id.
7.ª *Mejora del tercio y quinto en favor de una hija que ya llevó su dote.* id.
8.ª *Mejora de un hijo por contrato oneroso.* 599
9.ª *Legado de cosa empeñada en poder del testador.* . . . . . id.
10. *Revocacion* ad cautelam *con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger.* . . . . . id.
11. *Cláusulas de desheredamiento.* 600
12. *Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias para su apertura.* 601
13. *Pedimento para la misma* . . . . . id.
14. *Auto sobre dicho pedimento.* 602
15. *Informacion de testigos.* . . . . . id.
16. *Auto.* 603
17. *Diligencia de apertura.* . . . . . id.
18. *Auto.* 604
19. *Diligencias para declarar nuncupativo el testamento verbal.* . . . id.
20. *Auto.* 605
21. *Informacion de testigos.* 606
22. *Auto.* 607
23. *Codicilo abierto.* 608
24. *Otorgamiento de codicilo cerrado.* 609
25. *Poder para testar.* 610
26. *Testamento en virtud de poder.* 611
27. *Declaracion de pobre.* 614
28. *Aceptacion de herencia.* . . . . . id.
29. *Repudiacion de herencia.* 615
30. *Licencia para testar.* 616
31. *Cláusulas para el nombramiento de testamentarios universales.* . . 617
Propuesta de admision de monja, recibimiento de esta y su renuncia. . . . . . 584 *hasta* 587
Nota. *Real cédula sobre el uso del papel sellado.* 234

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

R. 97240

FEBRERO NOVISIMO,

Ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL,

Y ALGUNOS OTROS:

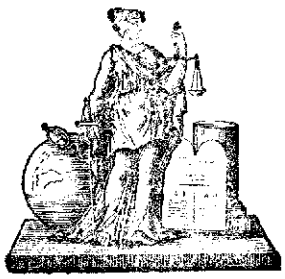
POR DON EUGENIO DE TAPIA,

individuo de la inspeccion de Estudios, y Magistrado honorario de la Audiencia de Valladolid.

Tercera edicion,

Revista y corregida, y añadida con la Jurisprudencia Mercantil, con arreglo al Código de Comercio, que comprende los dos tomos del suplemento.

TOMO SEGUNDO.



VALENCIA: IMPRENTA DE DON ILDEFONSO MOMPIÉ
DE MONTAGUDO.

AÑO 1837.

TITULO III.

De los mayorazgos, patronatos, capellanías y sus agregaciones.

CAPITULO PRIMERO.

De los mayorazgos y sus diversas especies.

1. Definicion del mayorazgo.
2. El mayorazgo puede ser regular ó irregular, temporal ó perpetuo.
3. De las principales especies de mayorazgo.
4. Del mayorazgo regular.
5. Cómo se hace el llamamiento en este mayorazgo.
6. Del de rigorosa ó verdadera agnacion.
7. Cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de agnacion.
8. Del mayorazgo de artificiosa ó fingida agnacion.
9. Del de simple masculinidad.
10. Cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de simple masculinidad.
11. Del mayorazgo de femineidad ó contraria agnacion.
12. Del electivo.
13. Del alternativo.
14. Del saltuario.
15. Del de segunda genitura.
16. Del de incompatibilidad.
17. Cómo deben ordenarse las cláusulas para el llamamiento en estas especies de mayorazgos.

1. Por mayorazgo se entiende *el derecho de suceder en los bienes dejados por el fundador con la condicion de que se conserven íntegros perpetuamente en su familia, para que los lleve y posea el primogénito mas próximo por orden sucesivo* (1). Tambien se llama asi el conjunto de bienes vinculados.

2. El mayorazgo es de dos maneras, *regular é irregular:* el regular es *aquel en que se sucede segun el orden prescrito para la sucesion del reino, por la ley* 2. *tit.* 15. *Part.* 2, de que trataré en el párrafo 4; y el irregular es *el que en la forma, modo y orden de suceder se desvia del que se observa en la suce-*

1 Molin. *de Hispan. primogen.* lib. 1. cap. 1. num. 5 al 22. El que quiera saber en qué conviene y se diferencia el mayorazgo del fideicomiso vea á Parlador. different. 18. y á Molin. en el libro y capítulo citados, num. 7.

sion del reino (1). Puede ser *temporal y perpetuo*: temporal *cuando se funda únicamente para ciertas líneas ò personas, y nada se habla de perpetuidad, antes bien el fundador manda que extinguidas cese la vinculacion de sus fincas, y el último poseedor haga suyos libremente sus bienes, ò los reparta á otros sin gravamen de ella; y* perpetuo *cuando lo expresa*, en cuyo caso no solo pasará despues de los llamados à otros parientes, sino à los extraños que elija el último poseedor, pues nada hay perpetuo sino por la subrogacion (2) ó sustitucion, y de una palabra se deducen à veces muchas sustituciones (3).

3. Tantas pueden ser las especies de mayorazgo, cuantos sean los modos de instituirlo que ocurran à los fundadores (4); pero las principales son diez, à saber: *regular, de verdadera y rigorosa agnacion, de agnacion fingida ò artificiosa, de simple ò nuda masculinidad, de femineidad ò contraria agnacion ò masculinidad, de eleccion, alternativo, saltuario, de segunda genitura, y de incompatibilidad* (5). De cada especie de estas diré lo preciso, para que tenga algun conocimiento de ellas el escribano, pues es materia árdua y extensa, que requiere particular estudio é instruccion.

4. El mayorazgo regular es aquel *á cuya sucesion se nombre primero al hijo varon mayor y á sus legítimos descendientes, prefiriendo siempre el mayor al menor, y el varon á la hembra, y despues á los demas por el mismo orden, guardándose entre ellos la prelacion, atendida la línea, grado, sexo y edad;* lo cual se verifica y conoce en los siguientes casos. 1.° Cuando dice el fundador: *constituyo mayorazgo de tales bienes, ò lego ú dono á Pedro tales bienes para que los tenga y posea con título de mayorazgo.* 2.° Cuando dice: *instituyo mayorazgo en favor de Pedro, y despues de él sucedan sus hijos y descendientes, prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra:* ó cuando hace muchos llamamientos, y concluye diciendo: *que el varon suceda á la hembra.* 3.° Cuando dice: *instituyo mayorazgo en favor de tal hijo ò consanguíneo mio, y mando que despues de sus dias se suceda en él por línea, ò que se suceda de línea en línea.* 4.° Cuando dice que funda mayorazgo, y habiendo llamado para obtenerlo á algun varon, manda que

1 Roj. Almans. *de incomp.* disp. 1. quæst. 1. §. 1. num. 4.

2 Ley *Eum debere*, 33. ff. *de servitut. prædior. urbanor.* Molin. *de primogen.* lib. 1. cap. 1. num. 15.

3 Ley *Cohæredi*, 41. §. *Qui discretus*, 4. ff. *de vulgar. et pupillar. substitut.* Molin. ibi, num. 16.

4 Alv. Pegas *de majorat.* tom. 2. cap. 11. num. 1.

5 Roj. Almans. in loco citat. num. 3.

despues de este sucedan todos sus hijos y sus descendientes por línea recta; ó cuando llama à la sucesion à todos los varones suyos por línea recta. 5.° Cuando dice: *mando que en este mayorazgo se suceda por línea recta*, ó dice: *constituyo mayorazgo á favor de mis hijos y descendientes por línea recta.* 6.° Cuando por carecer tal vez de hijos el fundador, dice: *suceda en este mayorazgo Pedro, ó tal consanguíneo mio, y despues de él todos mis parientes por línea paterna.* 7.° Cuando, aunque llame primero à su sucesion à algunos varones, manda: *que despues de ellos sucedan los que tuvieren su nombre y apellido, ó los que fueren de su familia;* ó dice: *que lo funda para la conservacion de su linage, ó para los que fueren de tal casa, prosapia, descendencia ó parentela;* y en estos tres últimos llamamientos se comprenden asi los parientes de parte del padre, como los de la madre del mismo fundador; pero si dice: *que llama á sus consanguíneos de parte de su padre, ò por línea paterna*, no se incluyen en el llamamiento los de la materna; y asi en ningun caso lo obtendrán los de esta. 8.° Cuando dice: *que sucedan en el mayorazgo su hijo Pedro, y despues su hijo primogénito varon; y en defecto de estos su nieto primogénito varon, y los demas descendientes suyos varones*; ó llamando à algunos, concluye diciendo: *que asi se proceda siempre en la sucesion de su mayorazgo.* 9.° Cuando llamó à su hijo varon, y mandó que despues de él sucediese el hijo legítimo heredero de su hijo, y à falta de este el segundo del propio fundador, y despues sus hijos legítimos herederos, y asi sucesivamente su legítima posteridad, sin hacer mencion de las hembras (1). 10. Cuando el fundador tiene tres ó mas hijos varones, y manda que *el mayor suceda en el mayorazgo, despues el segundo y luego el tercero*, en cuyo caso las líneas masculina y femenina del mayor, se han de acabar primero que entren las del segundo; y las de este antes que las del tercero. 11. Cuando hizo muchos llamamientos de varones, y entre estos de alguna hembra ó hembras, existiendo algunos otros varones agnados ó cognados, que podia nombrar y no nombró. 12. Cuando la hembra funda el mayorazgo; pues aunque llame á muchos varones, no es visto haber querido excluir à las hembras con perjuicio de su propio sexo. 13. Cuando llamó á algun hijo, sobrino ó consanguíneo varon, y al hijo,

1 En este caso y en el anterior es regular el mayorazgo, porque aun no se entienden excluidas las hembras.

nieto y biznieto varones de cualquiera de aquellos, y mandó que asi sucediesen todos sus consanguíneos, con el gravamen de llevar el nombre y apellido suyo, y sus armas é insignias. 14. Cuando al principio hizo fundacion de agnacion rigorosa, y para el caso de que faltasen los agnados, llamó despues genéricamente à los demas sus consanguíneos, ó indefinidamente à su pariente mas cercano y à los demas con el gravamen referido, pues fenecidos los agnados expresamente llamados, cesa la agnacion, y el mayorazgo empieza à ser regular; porque las hembras pueden llevar el apellido, armas é insignias del fundador. 15. Cuando en la fundacion se encuentran cláusulas intrincadas ó repugnantes entre sí, sobre si el mayorazgo es *regular, agnaticio ó de masculinidad;* pues en caso de duda se ha de tener por regular. 16. Cuando el fundador instituye mayorazgo perpetuo, llama à ciertos agnados, y despues de extinguidos, de nadie hace mencion, ni los hay suyos; pues faltando los llamamientos del hombre, entran los de la ley. 17. Cuando por costumbre de los poseedores se sucede del modo regular en el mayorazgo desde su fundacion, cuya escritura no se encuentra, pues à falta de ella se ha de estar à la costumbre de suceder, y al orden prescrito por la ley, de modo que si sucediesen regularmente, se debe estimar por regular; si se acostumbró suceder por via de agnacion, se tendrá por agnaticio &c.; de cuyos casos, con algunas ampliaciones y limitaciones, trata con extension Rojas Almansa disp. 1. quæst. 1. §. 1. num. 5 al 64, y expone los fundamentos que hay para tener por mayorazgos regulares los instituidos con todos estos llamamientos.

5. El regular propiamente hablando es el que se hace nombrando primero à los varones y sus líneas, y por su extincion à las hembras y las suyas, prefiriendo aquellos à estas, y el mayor al menor; y mandando el fundador que fenecida la del mayor, pase el mayorazgo à la del segundo, y despues à la de los demas por el orden de su nacimiento: de suerte que el hijo y sus descendientes representen siempre á sus padres y demas ascendientes, aunque estos no hayan sucedido en el mayorazgo, y que las hembras de mejor grado y linea precedan à los varones que le tengan mas remoto con el fundador. Este orden de llamar y suceder se extiende à los mayorazgos fundados por trasversales y extraños, y à todas las líneas, personas, casos y tiempos en que los ascendientes mueran antes de entrar al goce y posesion del mayorazgo, aunque su muerte haya precedido à la institucion de él: sin que para excluirlos de la sucesion basten presun-

ciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, pues para ello es preciso que el fundador quite expresamente la representacion disponiendo lo contrario, como puede hacerlo, pues entonces se ha de observar su voluntad: todo lo cual procede no solo en la sucesion regular de los mayorazgos, sino en la de patronatos, vínculos y aniversarios, como lo mandan las leyes (1); pero no en la de capellanías colativas, como se dirá en su lugar.

6. El mayorazgo de rigorosa ó verdadera agnacion es el que solo pueden obtener los agnados ó varones de varones, como sucede en los casos siguientes: cuando el fundador llama precisamente á su goce á los varones de varones, y excluye perpetua y expresamente á las hembras y á sus descendientes varones: ó cuando dice expecificamente que *funda mayorazgo perpetuo agnaticio para sus consanguíneos; ó que quiere conservar los bienes de él en su agnacion*, y nombra á un agnado: ó llama á alguno ó algunos hijos suyos, y si no tiene hijos á sus sobrinos varones agnados, y manda que despues de ellos sucedan todos los demas descendientes varones de varones de los llamados; ó todos los consanguíneos del fundador por línea masculina: ó que en su mayorazgo jamas sucedan hembras, ni varones de ellas: ó llama á todos sus hijos agnados por sus propios nombres, y á todos los descendientes varones de ellos: y extinguidos, omitiendo nombrar las hembras y cognados, pasa á llamar ó sustituir otros varones trasversales suyos: ó habiendo llamado primero á un sobrino suyo agnado, y á todos los hijos varones agnados de él, dice que si el sobrino muriese sin hijo varon y con hijas, suceda la hija mayor, con la precisa obligacion de casarse con varon agnado del fundador; y que si al tiempo de la vacante estuviere casada con varon no agnado, pase la sucesion á la hija segunda no casada, con la propia obligacion: que no cumpliendo con ella pase al varon agnado mas cercano del fundador: y que asi se proceda en todas las sucesiones posteriores: ó finalmente cuando por costumbre se ha sucedido siempre por via de agnacion, y no parece la escritura constitutiva del mayorazgo (2).

7. Como suelen suscitarse dudas por no ordenar los escribanos con la debida claridad el llamamiento en los mayorazgos de rigorosa agnacion, para evitarlas deben ceñirse á la cláusula siguien-

1 Leyes 2. tit. 15. Part. 6. y 5, 9 y 13. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.

2 Roj. Almans. *de incompatib.* disp. 1. quest. 1. num. 70 al 101. §. 2.

te: *excluyendo entera y perpetuamente el fundador á las hembras y á los varones de ellas, mandando que sucedan precisamente asi por línea recta como trasversal varones de varones, sin interpolacion de hembra ni de varon de ella; y que se dé á las hembras, que por llamamiento regular entrarian á gozar del mayorazgo, dote competente de los frutos y rentas del mismo,* ó de los bienes del sucesor hasta en tanta cantidad, para tomar estado. Debe expresarse la cláusula de este modo; pues para que las hembras se entiendan excluidas es preciso que el fundador las excluya expresa y literalmente, y de no hacerlo asi entrarán al goce del mayorazgo, patronato ò aniversario, sin que para privarlas de suceder en los fundados desde el año 1615, y que se fundaren en adelante, basten presunciones, argumentos ni conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, pues siendo de mejor línea y grado preferirán à los varones mas remotos, ya sean varones de varones, ó varones de hembras, como lo manda expresamente la ley (1); porque es odiosa la exclusion de ellas, y asi es menester que conste expresamente la voluntad del que instituye el mayorazgo.

8. El de artificiosa ó fingida agnacion es aquel à cuya sucesion llama primero el fundador á *algun varon cognado suyo, ó alguna hembra haciéndola cabeza, y manda que despues de él ó de ella, solo sucedan los hijos y descendientes varones de varones de dicha hembra, ó del referido primer cognado; y asi en lo sucesivo.* Llámase *de agnacion fingida*, porque regularmente se hace por el que no teniendo varones agnados finge y quiere conservar del modo dicho cierta especie de agnacion (2).

9. El de pura y nuda ò simple masculinidad es aquel *á cuyo goce solo pueden ser admitidos varones consanguíneos del fundador, ya sean agnados ó cognados, y procedan de varones ó de hembras.* Es de masculinidad el mayorazgo en los siguientes casos. 1.° Cuando llama el fundador á algun varon, y manda que en lo sucesivo *sucedan sus hijos y descendientes varones,* porque quiere que el mayorazgo sea para estos y no para hembras. 2.° Cuando habiendo llamado á alguno ò algunos varones manda *que no sucedan hembras mientras haya varones.* 3.° Cuando habiendo llamado à alguno ò algunos varones, dice que *no sucedan hembras, ó que sucedan varones y no hembras,* ú otras

1 Ley 8. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.
2 Roj. ibi num. 102 al 105. y otros que cita.

palabras semejantes. 4.° Cuando teniendo muchos hijos ó sobrinos varones llama primero á su hijo ó consanguíneo primogénito varon, y despues de él manda que si falleciere sin hijos varones, pase la sucesion al hijo varon segundogénito del fundador, omitiendo las hijas del primogénito; y si el segundo muriese sin hijos varones, pase á su tercergénito hijo varon y á sus descendientes varones. 5.° Cuando habiendo llamado à alguno ó algunos varones, manda que su mayorazgo *ande siempre de varon en varon, y pase de un varon á otro varon.* 6.° Cuando el fundador que no tiene agnados llama à la sucesion à muchos varones, ó hace muchos grados de sustituciones en los varones y descendientes varones de estos, sin hacer mencion alguna de las hembras. 7.° Cuando teniendo agnados y cognados llama promiscuamente varones de ellos; despues de estos á los cognados en primer lugar, y en segundo à un agnado y á sus hijos y descendientes varones de estos; luego à un cognado y à los suyos; y asi ordinal y progresivamente à otros y à sus descendientes varones. 8.° Cuando habiendo llamado à varon ó á ninguno, manda despues de instituir el mayorazgo, que *suceda primero en él la línea de los varones, y despues la de las hembras;* en cuyo caso extinguidas las de aquellos, entrarán las de estas, y no antes. 9.° Cuando llama à sus hijos y descendientes, ó algun colateral consanguíneo y à los suyos; pero impone à todos los poseedores cierto gravamen que consiste en hacer ó ejercer algun ministerio que ninguna muger puede ejecutar. 10. Cuando hizo primero mayorazgo agnaticio, y acabados los agnados mandó que sucediesen los demas varones sus consanguíneos, sin hacer mencion de las hembras: en cuyo caso extinguida la agnacion, queda de nuda masculinidad. 11. Cuando despues de llamar à alguno ò algunos varones manda que pase siempre la sucesion de heredero en heredero varon. 12. Cuando hechos algunos llamamientos de varones en sus propios hijos ó trasversales, manda que siempre que el último poseedor varon fallezca sin hijos varones ó con una hija, pase la sucesion à otro hijo ó descendiente varon con obligacion de dotar ò dar alimentos á aquella (1). Se previene que si el poseedor tiene una hija, y esta un hijo varon nacido que vive al tiempo de la muerte de su abuelo, sucederá el hijo de la hija, porque presume el derecho que subsiste el poseedor; y no se hace mérito de la hija; y si por no tenerlo esta, pasa el mayorazgo, como debe, à otra línea, y lo pre-

1 Roj. ibi. num. 106 al 146. §. 5.

tenden dos varones, uno que proviene de dos hembras continuadas, ó mas sin interpolacion de varon, y otro de una sola, lo llevará este aunque su linea sea posterior, porque cuando hay interposicion de dos hembras continuadas, no finge el derecho que el varon está en el vientre de la una, ni puede fingirlo, y si cuando es una sola; pues se prescinde de ella, como si no la hubiera, y asi se ha determinado varias veces; pero para quitar dudas será mejor expresarlo en la fundacion.

10. La cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de simple masculinidad es la siguiente: *llamando siempre á los varones, ya sean varones de varones, ó varones de hembras por su orden y preferencia de mayor á menor, excluyendo entera y perfectamente á las hembras, pero no á sus hijos varones nacidos antes de la vacante y no despues, ni precisando á que sean varones de varones.* Ordenándose la cláusula en esta forma se evitan dudas, aunque á la verdad llamando el fundador á varones y no à hembras, pero sí á los hijos varones de estas, ó haciendo cualquiera llamamiento de los expresados en el párrafo anterior, es visto que quiere sucedan siempre varones, y que excluye à las hembras, como dicen Rojas Almansa en el lugar alli citado, y Molina *de Hispan. primogen.* lib. 3. cap. 5. El escribano tendrá cuidado de advertir al fundador, *que para si llegase el caso de haber dos ò mas parientes que pretendan el mayorazgo, y alguno de ellos, aunque sea mas cercano, provenga de dos ó mas hembras, y el mas remoto ó igual en el parentesco de una sola, exprese cuál quiere que suceda.*

11. El mayorazgo de femineidad, que tambien se llama de *contraria agnacion ò masculinidad*, es de dos maneras, propia é impropia. El de *femineidad propia, verdadera y rigorosa, es cuando el fundador excluye de su sucesion á todos los varones absolutamente, y manda que precisamente lo posean siempre las hembras de su familia;* ó llama primero á una y despues à otra, y omitidos los varones mas cercanos, llama despues de aquellas à otras hembras mas remotas; ó por via de regla manda que jamas obtengan los varones el mayorazgo. Se llama de *contraria agnacion* cuando el fundador llama à hembra, y manda que despues de la primera suceda siempre hembra de hembra. Y de *contraria masculinidad* cuando manda que lo posea siempre hembra; pero no limita el que sea hembra de hembra, ó hembra de varon (1). El de *femineidad impropia ó limitada es cuando lo*

1 Roj. ibi, num. 147 al 152.

funda para hembras, y manda que teniendo varones y hembras el poseedor, sucedan estas en él, y no los varones; pero que si no las tuviere, entre á su goce el varon, y despues de sus dias la hembra mayor, de modo que habiendo hembras y varones, han de preferir siempre aquellas á estos, y solo en el caso de no haberlas, puede obtenerlo el varon, sin que por falta de ellas pase á otra línea.

12. El de eleccion es aquel *á cuyo poseedor confiere el fundador la facultad de elegir por sucesor á su hijo, y en defecto de hijos á su consanguíneo ò pariente que mejor le parezca.* La razon porque los fundadores se mueven á conceder esta facultad, es para que los sucesores sean mas humildes y obedientes à sus padres y mayores, y no tengan la vilantez y osadía de despreciarlos; antes bien se esmeren con emulacion en ser virtuosos y de loables costumbres (1); pero para que se llame propiamente de eleccion no solo han de conferir la facultad de elegir al primer poseedor, sino tambien à los demas que lo sean, de modo que à todos y à cada uno sea trascendental. Y se previene: 1.° que no eligiendo el elector, pasa el mayorazgo à su hijo primogénito, y no à otro (2); 2.° que esta facultad no se extiende para llamar á extraños, sino que se limita precisamente à los consanguíneos, y teniendo hijos, à estos, à menos que el fundador diga lo contrario; 3.° que el comisario ó elector no debe excederse de los límites ó facultades conferidas; pues si se excede, no gozará el mayorazgo el electo, á menos que tenga amplia y libre potestad para elegir, en cuyo caso podrá nombrar de la familia al que quiera, aunque sea el mas remoto, y á dos ó mas sucesivamente, porque esto no repugna á la naturaleza del mayorazgo (3); y 4.° que la facultad de elegir ó nombrar sucesor al mayorazgo ò á capellanía es personal y limitada á la industria y disposicion del comisionado, y como tal no puede ser cedida ni delegada, ni regularmente se trasmite á su heredero (4); al modo que el ejecutor del testamento tampoco puede cometer su oficio á otro, ni regularmente se trasmite á su heredero (5), como dejo expuesto en su lugar. Pueden

1 Molin. *de primogen.* lib. 2. cap. 4. Carden. de Luc. *de fideicommis.* disc. 56. num. 8.

2 Molin. ibi, num. 42. Amat. resol. 1. num. 17. Surd. cons. 14 y 375. lib. 3.

3 Ley *Filius famil.* §. *Cum pater.* ff *de legat.* 1. ley *Unum ex famil.* 67. §. *Si de falcidia,* et ibi glos. ff. de leg. 2. Florez de Mena, lib. 1. quæst. 19. §. 4. num. 35 y sig.

4 Ley *Si quis arbitratu*, 43. ff. *de verbor. oblig.* Olea *de cession. jur.* tit. 3. quæst 1. num. 49 al 51.

5 Ley *Nulla*, Cod. *de episcop. et cleric.* Concil. Trident. sess. 25. *de reformat.* cap. 4. Olea ibi.

todavía ocurrir algunas dudas en orden á esta materia, á saber: si una vez concedida esta facultad al primer poseedor, se entiende meramente personal, ó tambien real y trascendental à todos los demas poseedores; si teniendo hijos varones y hembras puede llamar à estas y excluir á aquellos; si una vez hecha la eleccion por cualquiera poseedor, podrá ó no variarla, ya esté ó no entregada al electo la escritura en que se hizo; ò bien en el caso de morir alguno ó algunos sin elegir quien ha de suceder por su muerte con esta facultad ó sin ella: sobre cualquiera de estos puntos advertirá el escribano al fundador, que explique claramente su facultad, pues de dejarla oscura, se suscitan pleitos que traen funestas consecuencias (1). Tambien le prevendrá que declare si el último poseedor de mayorazgo de otra cualquiera clase á quien se concede facultad expresa para elegir sucesores no parientes del fundador, podrá ó no revocar, alterar, variar ó aumentar con causa ó sin ella la eleccion ó nombramiento de sucesor ó sucesores que una vez haga en contrato entre vivos ó en última voluntad, ya haya entregado ó no la escritura al electo; y si quisiere el fundador, pondrá en la fundacion la cláusula siguiente: *porque algunos últimos poseedores, á quienes se concede facultad para elegir sucesores, varian y revocan la eleccion que hacen, tal vez sin tener motivo, ò por causas leves y despreciables, originándose de esto pleitos y discordias que detesto; para evitarlos mando que los que en los casos en que les permito elegirlos, hicieren el nombramiento por última voluntad, puedan, siguiendo la naturaleza de la disposicion, revocarlo y variarlo con causa ó sin ella; pero si fuere por contrato, se lo prohibo, excepto que intervenga, y antes de la revocacion ó variacion justifiquen, alguna de las causas porque el poseedor de este mayorazgo puede perderlo, ò de aquellas porque, segun nuestro derecho, pueden los ascendientes desheredar á sus descendientes legítimos, y no por otras, las que deberán expresar en la revocacion, y lo que en contrario practique, sea nulo, ya hayan entregado ó no al electo el nombramiento. Pero no les prohibo añadir á este otros que despues de extinguida su legítima posteridad posean el mayorazgo* (2).

13. El de naturaleza alternativa es aquel *á cuya sucesion*

1 Roj. ibi, num. 153 al 180.

2 Tocante á si el hijo primogénito que por muerte de sus padres eligió uno de los mayorazgos unidos por causa del matrimonio, podrá variar la eleccion y tomar el otro, véase á Rojas de Almansa, disp. 3. quæst. 8., que defiende la sentencia negativa.

llama el fundador á su hijo primogénito por los dias de su vida, y despues de ellos al segundo por los suyos, y asi sucesivamente alternando un hijo de la línea del primero con otro de la del segundo, y á falta de esta con otro de la del tercer hijo; ó para cuyo goce llama á uno de una línea para que lo posea por sus dias, y fenecidos á otro de otra, ó á otros de otras; y extinguida alguna ó algunas, retrocede si no hay mas líneas, y manda que entre las que existan, se alterne siempre por este orden, porque no quiere que se perpetúe en una ó mas, sino que pase á todas las llamadas por el orden del llamamiento, hasta que no quede mas que una (1).

14. El mayorazgo saltuario ó de hecho es aquel *en cuyos llamamientos no se atiende á la razon y prerogativa de primogenitura ni á la línea del primogénito, sino únicamente á la mayor edad entre todos los de la familia del fundador;* de suerte que muerto el poseedor, no ha de entrar precisamente á su goce su hijo primogénito; ni el segundo ni otro de su línea, sino el que de dicha familia tenga entonces mayor edad, ya sea ó no mas próximo pariente del último poseedor. Este mayorazgo se gobierna no por las leyes de los demas, ni de alguno de ellos, sino por las de las capellanías, para cuya obtencion se llama al pariente mayor en edad, y es muy perjudicial á causa de que por pretenderle en cada vacante todos los parientes se originan muchos pleitos; y asi el escribano procure disuadir al fundador de semejantes instituciones. Se llama *saltuario* porque en su sucesion se va saltando y pasando de línea en línea, y porque se desvia enteramente de todas las reglas y orden que para suceder prescribe el derecho Real; y *saltuario de hecho*, porque solo se busca para la sucesion el hecho de la mayoría de edad natural entre todos los de la familia del fundador, por lo que no tiene lugar en él el principio de que entrada la sucesion en una línea, no pase á otra hasta que enteramente se halle extinguida aquella; como tampoco el derecho de representacion, ni la regla de la sucesion abintestato (2) (*).

15. El de segunda genitura es de dos maneras: *de segunda genitura propia é impropia.* El de *segunda genitura propia es aquel á cuya obtencion y goce son llamados expresa y per-*

1 Id. Roj. ibi, num. 181 al 199.
2 Roj. ibi, num. 200 al 210.
* Hay duda en orden al derecho de representacion, y sobre si la mayoría de edad se ha de entender mayoría de edad natural ó civil, esto es, si ha de suceder en el mayorazgo el que tenga mayor representacion ó edad, y asi instruya de ello el escribano al fundador para que manifieste bien su voluntad.

petuamente en el orden sucesivo los hijos segundos del segundogénito, de tal suerte, que muerto el poseedor, pasa siempre la sucesion, no á su hijo primogénito, aunque no tenga ni espere tener otro mayorazgo, sino al segundo, y asi en todos tiempos y vacantes, pues que el llamamiento del segundo excluye el primero y su posteridad; y si el primogénito ha muerto al tiempo de la vacante, y por consiguiente queda el segundo en el orden del nacimiento por primogénito no obtendrá el mayorazgo, sino que pasará á otro, y si no lo hay, á otra línea de la del último poseedor. El de *segunda genitura impropia* es aquel que *al principio fue erigido en favor del hijo segundo*, porque el primogénito tenia *ó esperaba tener prontamente otro ú otros; pero despues del primer llamado lo fueron por el orden regular los demas hijos y descendientes del referido hijo segundo;* de modo que solo en él se verificó la segunda genitura (1). Tambien concibo que se podrá llamar de *segunda genitura impropia* cuando el fundador llama á los segundos, pero no prohibe que lo obtenga el primogénito, siendo único: como asimismo cuando excluye al primogénito siempre que tenga ó recaiga en él otro mayorazgo de primogenitura, y manda que en este caso pase al segundo; y que si el primogénito fuere único, lo lleve el segundo de otra línea. Cuando este mayorazgo es de segunda genitura propia, suele dudarse sino dejando el último poseedor mas que un hijo ó hija, lo obtendrá ó no, y si teniendo dos hijos este hijo único, pasará al segundo, ó serán excluidos ambos y su posteridad, aunque ningun mayorazgo tengan, por estar privados de la cualidad de segunda genitura, sobre lo cual hay variedad de opiniones, y suelen originarse pleitos: para evitarlos hágalo presente el escribano al fundador, y ponga con claridad lo que se debe practicar en este caso.

16. El mayorazgo de incompatibilidad es aquel *en cuya institucion prohibe el fundador que lo posea el que tenga otro, ó á lo menos otro de idéntica cualidad, por no poder cumplir las condiciones de ambos, ò porque no quiere que el que tenga el suyo goce de otro* (2). La incompatibilidad en los mayorazgos no es otra cosa *que cierta voluntaria prohibicion puesta en su principio por el instituyente, ó por la ley, que impide para siempre el concurso de muchos en un mismo poseedor* (3). Es de diez clases: 1.ª *legal*, porque la establece la ley, y proviene de

1 Roj. ibi, num. 211 al 215. y quæst. 13. 216. hasta el fin.
2 Roj. Almans. disp. y quæst. cit. num. 3 Id Roj. disp. 1. quæst. 2. num. 10.

ella; 2.ª *de hombre*, que es la puesta perpetua ó temporalmente por el fundador en su última disposicion ò contrato entre vivos, 3.ª *tácita*, que resulta de los dichos ò hechos, ó de las condiciones ò gravámenes puestos por él en su última disposicion ó en contrato entre vivos, aunque nada hable de incompatibilidad; 4.ª *expresa*, cuando la ley ó el fundador dice expresamente que tal ó tal mayorazgo sea incompatible, ò que no se junte con otro, ó que no pueda concurrir en persona que posea otro; ó usa de otras expresiones semejantes; 5.ª *absoluta*, porque indistintamente se opone à la union de un mayorazgo con otro de cualquier género y cualidad, sin diferencia; 6.ª *respectiva*, y es la que solo impide que el mayorazgo que se funda se junte con otros ciertos y determinados, mas no con todos; 7.ª *en la adquisicion*, y es la que impide que un mayorazgo pase al que obtenga otro: y asi poseyendo alguno con esta incompatibilidad, está impedido de adquirir el que vaque; 8.ª *en la retencion*, porque esta incompatibilidad no impide al que posea el mayorazgo que la tiene, adquirir el que nuevamente vaque; pero sí el retenerlos ambos, por lo que debe dejar uno de ellos; 9.ª *personal*, porque se impone solamente à la persona, v. gr. cuando el fundador manda que el que posea su mayorazgo no tenga otro; y 10.ª *real y lineal*, que es la que se impone en el mismo mayorazgo, v. gr. cuando su instituyente dice que no quiere que se junte con otro, por lo que los hace insociables y repugnantes, de tal suerte que no solo es excluido de su sucesion el que posee otro, sino tambien toda su línea, que son sus hijos y descendientes si en la familia hay alguno capaz de obtener el incompatible; lo cual no sucede cuando la incompatibilidad es personal, pues esta excluye únicamente al poseedor de otro, mas no à su legítima posteridad: y asi teniendo el padre un mayorazgo, puede su hijo obtener el incompatible que vaque (1). Por la sociedad de las fundaciones é impericia de los que las hacen y extienden, ocurren graves dificultades acerca de cuando es real ó personal la incompatibilidad; y para evitarlas, como tambien los pleitos y perjuicios que causan, procure el escribano advertirlo al fundador, y poner la incompatibilidad con toda distincion y claridad; y si quiere instruirse de ellas vea à Rojas Almansa en la disp. 2. quæst. 4 y 5. En cuanto á si puesta por el fundador la incompatibilidad al primer poseedor ó à otro del medio ó fin, se entiende tambien para con los demas

1 Id. Roj. quæst. §§. 1 al 5. disp. 1. cit.

sucesores anteriores y posteriores, véase al mismo en las quæst. 8 y 9; en orden à si una vez aceptada por el primero la puede impugnar alguno de los demas, ó si siendo hecho sin la incompatibilidad, podrá imponérsela ú otro gravamen y condicion en otro instrumento, en la quæst. 10. Por lo que hace à quien debe probar la incompatibilidad, léase la disp. 2. quæst. 1. donde distingue el autor tres casos. Y se advierte que el poseedor por derecho propio de mayorazgo incompatible puede administrar otro en nombre de su pariente ausente, ó de su muger, hijo ó menor, como sólidamente defiende contra otros dicho Rojas, disp. 2. quæst. 9.

17. Si el fundador quiere instituir mayorazgo de artificiosa agnacion, ó de las demas especies que van apuntadas, se arreglará el escribano á la naturaleza de cada una, ordenando la cláusula con la claridad posible, á fin de evitar pleitos. Si dicho fundador desea que el mayorazgo sea perpetuo, y sus bienes inagenables; que nunca falte sucesor en él; y que por si el último poseedor no elige, jamas se verifique extinguida la sucesion; mandará que por tal se tenga, y lo sea siempre el mas próximo pariente del último poseedor por la línea paterna ó materna; ó el que tenga parentesco doble con él (que es por ambas líneas), ó el que lo tenga por una sola, ó el que posea mayorazgo determinado; ó quien le parezca, aunque no sea de sus parientes; pues de no hacerlo, como cesa la vinculacion y ligamen en el último de las líneas llamadas, puede disponer este de los bienes del mayorazgo segun le parezca, porque quedan libres y los hace suyos del mismo modo que si el fundador le hubiera instituido por su heredero, excepto que mande que el mayorazgo sea perpetuo, ò se colija asi de su fundacion.

CAPITULO SEGUNDO.

Requisitos necesarios para fundar mayorazgo; personas que pueden hacerlo ya por sí, ya por comision de otro; y reglas generales que se observan en los mayorazgos.

§. 1. Para fundar mayorazgo se necesita licencia Real á consulta de la Cámara, precediendo informacion de si el mayorazgo llega á tres mil ducados de renta por lo menos.

2. La licencia Real debe preceder á la fundacion del mayorazgo; y si se obtuviere despues de hecha la vinculacion, no valdrá ésta.

3. El que pueda disponer libremente de sus bienes, y cuya familia tenga las calidades necesarias, podrá tambien fundar mayorazgo.

4. ¿Necesitará la muger casada para fundar mayorazgo la licencia de su marido?

5. El hijo de familia, teniendo para testar la edad prefijada por la ley, puede fundar un mayorazgo.

6. Casos que deben distinguirse en los mayorazgos que se fundan por comision de otras personas.

7. Reglas generales que se observan en los mayorazgos. Primera, todos deben gobernarse en caso de duda al tenor del regular.

8. Segunda regla: los mayorazgos son indivisibles.

9. Tercera regla: la sucesion en los mayorazgos es perpetua, y los bienes que comprende no se pueden enagenar.

10. Cuarta regla: en los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, línea, grado, sexo y mayor edad.

11. Quinta regla: concluida una línea se pasa á la otra con exclusion de los ilegítimos.

12. Sexta regla: el hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado desde su legitimacion. Y se dice lo que debe observarse en los legitimados por rescripto del Príncipe, y en el hijo arrogado.

13. Séptima regla: la proximidad del parentesco se debe considerar respecto del último poseedor.

14. Octava regla: en los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario sino de sangre.

15. Nona regla: muerto el poseedor del mayorazgo pasa la posesion civil y natural de todos los bienes que comprende al inmediato sucesor por solo el ministerio de la ley, sin ser necesaria voluntad en este.

16. Décima regla: todas las mejoras hechas en cosa de mayorazgo ceden á este.

17. Undécima regla: modos de

probarse el mayorazgo.

18. Duodécima regla: todas las leyes ceden á la voluntad del testador, quien puede poner las condiciones que quisiere, como sean posibles y honestas.

19. Sobre los bienes de mayorazgo no puede imponerse censo ni otro gravamen sin Real permiso.

1. Antes cualquiera que podia testar ó contratar tenia facultad para fundar mayorazgo; con Real licencia, siendo de todos sus bienes; y sin ella, del tercio de los mismos, teniendo ascendientes; ó del quinto à favor de quien quisiere, teniendo legítimos descendientes; ó bien del tercio y quinto á favor de uno ó mas hijos ó descendientes suyos legítimos en perjuicio de los demas por via de mejora, que llaman vinculo; siempre que observase en sus llamamientos, por lo que hace al tercio, lo dispuesto en la ley 27 de Toro. Pero por Real cédula de 14 de mayo de 1789 (que es la ley 12. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.) se mandó que no se funden mayorazgos, aunque sea por via de agregacion, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos ni se prohiba perpetuamente la enagenacion de bienes raices ó estables, por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia del Rey à consulta de la Cámara: precediendo informacion de si el mayorazgo llega á tres mil ducados de renta por lo menos, si la familia del fundador puede aspirar por su estado á esta distincion para emplearse en las carreras militar è política, y si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raices. Esto se deberá moderar, segun la misma ley, disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de villa, acciones del banco ú otras semejantes, de modo que quede libre la circulacion de bienes estables, para evitar su pérdida ó deterioro, y que solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública. Ademas se declaran nulas en dicha ley las vinculaciones que en adelante se hicieren en contrario, con derecho á los parientes mas inmediatos del fundador para reclamarlas y suceder libremente. Posteriormente se expidió otra cédula de 3 de julio de 1795 (que es la ley 13. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.), en que se declaran válidas las vinculaciones hechas con anterioridad á la otra citada de 1789, aunque los fundadores hubiesen fallecido despues. En Real cédula de 24 de agosto del mismo año de 1795 (1) se impuso un quince

1 Ley 14. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.

por ciento à beneficio del fondo de amortizacion sobre todos los bienes raices ó estables, derechos à acciones reales, que se vinculen en adelante ó que de cualquier modo se prohiba su enagenacion con licencia de su Magestad (*), declarando la nulidad de las vinculaciones sin este pago, y estar comprendidas para esta imposicion las vinculaciones, ó mejoras de tercio y quinto con cláusula de no enagenar, hechas por última voluntad ó testamento otorgado antes de la referida cédula de 14 de mayo de 1789, exceptuándose solamente de esta contribucion con calidad de por ahora los fondos que se impongan, aunque sea con estos destinos, sobre la Real hacienda, ó que se empleen en vales reales, con otras prevenciones al primer llamado á la sucesion en las fundaciones anteriores á dicho tiempo. Para la puntual observancia de las referidas cédulas se expidió otra en 17 de diciembre de 1798, mandando publicarlas en las capitales de provincia, y que los escribanos remitan á los intendentes testimonios de dichas fundaciones (**). En circular de 8 de octubre de 1802 (que es la ley 15. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.) se declararon exentas de la contribucion del quince por ciento las imposiciones que se hagan en los gremios, compañía de Filipinas, y otras de igual naturaleza, de caudales destinados á la fundacion de mayorazgos.

2. La Real licencia debe preceder à la institucion del mayorazgo, de modo que si se obtuviese despues de hecha la vinculacion, no valdrá esta, à menos que en la misma facultad se apruebe y confirme (1); advirtiéndose que aunque el Rey que la conceda muera antes de instituirse el mayorazgo, valdrá la fundacion que en su virtud se haga, como si viviera (2) (***).

* La misma contribucion del quince por ciento se halla impuesta sobre todos los bienes raices y derechos Reales que adquieran las manos muertas en los reinos de Castilla y Leon. Real cédula de 24 de agosto de 1795. *Febrero reformado.*

** Para que sean válidas semejantes vinculaciones ó mejoras anteriores al Real decreto de 28 de abril de 789, inserto en la citada Real cédula, el primer llamado á la sucesion ha de presentar dentro de dos meses despues de la muerte del testador el testamento ó codicilo original, ó sea la primera copia, en la intendencia de egército de la provincia, y pagar el importe de este derecho, para que en la contaduría respectiva se tome la razon, y ponga á continuacion del original ó traslado la correspondiente nota de haberse hecho así, y pagado la contribucion. Ley 14. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.

1 Ley 2. tit. 17. lib 10. Nov. Rec.

2 Ley 3 del mismo título

*** Se ha omitido lo que dice Febrero en el párrafo siguiente à saber, que aunque no intervenga facultad Real si el fundador tiene solo ascendientes, y estos renuncian su legítima, puede vincular todos sus bienes; y añade que lo mismo podrá hacer teniendo descendientes legítimos en tres casos: 1.° si los tales descendientes renunciaren con juramento su legítima sin perjuicio de sus alimentos ni de la dote de las hembras; 2.°, si los hijos siendo mayores de veinte y cinco años, se conforman en que el de mas edad suceda en la

3. Cualquiera que pueda disponer libremente de sus bienes, y cuya familia tenga las calidades necesarias, podrá tambien, obtenida la Real licencia, fundar mayorazgo de todos sus bienes ó parte de ellos. Si uno teniendo hijos y nietos fundare mayorazgo de todos sus bienes, no puede, aunque intervenga Real facultad, llamar al nieto excluyendo los hijos, á menos que esta se lo permita expresamente, y el tal nieto sea hijo del nombrado en ella, porque se hace injuria á este (1); pero si la facultad es genérica para llamar á cualquiera de sus hijos, puede elegir de ellos el que quisiere, y no preferir al primogénito (2); dejando á los demas los competentes alimentos que se les deben por derecho natural y positivo; siendo de advertir que el clérigo, el mudo, el loco, el mentecato y el ciego, pueden suceder en el mayorazgo, si no se lo prohibe expresamente el fundador; pero no en ducado, reino, ni dignidad á que está aneja jurisdiccion (3).

4. La muger casada puede fundar mayorazgo por testamento y última voluntad sin licencia de su marido, precedida la Real facultad; pero por contrato entre vivos ha de intervenir precisamente dicha licencia, á menos que la Real facultad derogue la ley 55 de Toro y las del Fuero Real con ella concordantes, que prohiben á la muger casada tratar sin ella.

5. El hijo de familia teniendo para testar la edad prefijada por la ley 5 de Toro, puede fundar mayorazgo de la tercera parte de sus bienes en testamento y última voluntad sin licencia de sus ascendientes, y aun de todos perjudicando á estos en su legítima, si para ello obtuviere Real facultad (4). El obispo, aunque sea fraile, puede con Real licencia instituir mayorazgo de sus bienes patrimoniales é industriales en favor de cualquier pariente ó extraño (5), y con beneplácito Apostólico y Real de los adquiridos por razon de la Iglesia.

herencia paterna quedándole los precisos alimentos; 3.ª, cuando el hijo único mayor de veinte y cinco años consiente la fundacion del mayorazgo y gravamen que su padre le impone en su legítima. Esta doctrina era corriente antes de la publicacion de la referida cédula de 14 de mayo de 1789, en la cual segun queda dicho se declaran nulas las vinculaciones que en adelante se hicieren sin Real facultad; y concluye la misma diciendo: *sin que por esto sea mi animo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto, con tal que sea vinculacion perpetua mientras no concurra licencia mia, á cuyo fin derogo todas las leyes y costumbres en contrario.*

1 Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 9. num 4.

2 Villadiego en su *Política y forma de libel.* num. 206

3 Gom. en la ley 40 de Toro. num 66 y 69 Molin. *de Hispan. primogen.* lib. 1. cap. 13. num. 23, 25, 41, 96, 97 y 101. Greg. Lop. en la ley 2. tit 15. part. 2. glos. 19 y 20.

4 Mieres *de mayorat.* part. 1. quæst. 1. num. 21.

5 Glos. in cap. *de monachis*, quæst. 1. et in cap. 1, et 18. quæst. 2.

6. En orden á los mayorazgos que se fundan por comision de otro, deben distinguirse seis casos. 1.° Cuando el testador da comision y facultad á algun amigo suyo *para que todos sus bienes, ó de parte de ellos, erija mayorazgo en el modo y forma que le tiene comunicado.* En este caso puede hacerlo incompatible, regular ó irregular; y declarando habérselo comunicado, y ordenado así el testador, valdrá esta declaracion, ya sea hecha con juramento ó sin él, con tal que no tenga inverosimilitud, ó repugnancia grande de hecho ni de derecho (1). 2.° Cuando en el poder, ó última voluntad dice: *que le concede libre facultad para constituir el mayorazgo.* En este caso puede hacerle igualmente incompatible, regular ó irregular; y se entiende conferida esta libre facultad ó potestad siempre que el poderdante usa de estas ú otras expresiones; *que se la concede para que lo funde ó no; para hacerlo regular, ó de agnacion ó eleccion; para fundarle del modo que quiera y le parezca, ó para que en su nombre le instituya en los términos que él mismo puede practicarlo por sí* (2). 3.° *Cuando el testador le da simple facultad para fundarlo*, y entonces puede constituirlo del propio modo, porque se subroga en su lugar, y puede practicar lo que el propio mandante, pues de lo contrario será inútil la potestad que le confiere, y es visto que nada comete á su voluntad (3). 4.° Cuando le confiere facultad *para fundarlo á su arbitrio, ó como arbitrador.* En cuyo caso puede hacerlo regular solamente, porque el arbitrio se ha de gobernar por el derecho, y por la razon, prudencia y equidad; y aunque por ser libre la comision conferida en la mera voluntad del comisario, puede obrar este con libertad, no así cuando se deja á su arbitrio, por lo que debe proceder estrechamente, y ceñirse á lo que la mayor parte de los hombres suele hacer. Pero si la facultad es *para que lo instituya á su libre y pleno arbitrio, ó á su arbitrio y voluntad*, podrá erigirlo incompatible, regular ó irregular (4). 5.° Cuando se le da *para fundarlo segun las leyes de este reino; ó segun su costumbre*; y entonces está destituido de potestad para hacerlo irregular é incompatible, y así debe instituirlo regular precisamente, porque las leyes fundamentales de él establecen por regla general y suponen que deben ser regular y sin el gravamen de incompatibilidad (5). 6.° Cuando en

1 Ley *Theopompus*, 14. ff. *de dote præleg* y ley *Quem hæredi*. 25. ff. *de red. dub.* Rojas Almans. *de incompat.* disp. 2. quæst. 2. num. 1 al 10.

2 Roj. ibi, §. 1. num. 12 al 28.
3 Roj ibi, §§ 2 y 3. num. 29 al 70.
4 Roj. ibi, §. 4. num. 71 al 80.
5 Id. ibi, num. 81.

vida funda mayorazgo el poderdante, y por última voluntad comisiona á alguno *para que de los bienes libres que tiene, instituya otro nuevo*; en cuyo caso este mayorazgo debe ser de la misma naturaleza y cualidad que el erigido por el testador en su vida, sin diferencia, no obstante que le conceda simplemente la facultad; y la razon es porque en derecho (1) se presume, y debemos creer, que el testador quiso que despues de su muerte practicase su comisario lo que él hizo mientras vivió (2). Adviértase que para usar el comisario de la facultad que le confiere el poderdante á efecto de fundar mayorazgo, no le prefinen término las leyes, como para ordenar su testamento, por lo que podrá fundarlo cuando quiera, si no se lo limitó; y asimismo que si el comisario fallece antes de usar de su comision, se tendrá el mayorazgo por hecho, y se estimará regular, no apareciendo otra cosa de la voluntad del poderdante (3): acerca de todo lo cual véase á Rojas Almansa, y á los que cita, para mayor instruccion. Y tambien se previene que el comisario con facultad de elegir sucesor debe hacer la eleccion una vez requerido sin esperar á que cumpla el año concedido por derecho para hacerla de lo legado en testamento, porque la ley (4) habla de la eleccion de bienes, y no de las personas (5).

7. Habiendo tratado de las diversas especies de mayorazgo, requisitos para fundarlo, y personas que pueden hacerlo, expondré ahora las principales reglas que se observan en el mayorazgo regular (*), las cuales son aplicables tambien á los mayorazgos irregulares, excepto en aquellos puntos singulares ó característicos en que estos se separan del mayorazgo regular. Por ejemplo en el mayorazgo de femineidad no rige la regla segun la cual el varon es preferido á la hembra en el mayorazgo regular; pero las demas reglas son aplicables á aquel.

Regla primera. El Reino de España es un verdadero mayorazgo, cabeza de todos los demas, los cuales forman de él la razon ó modo de suceder, de manera que en caso de duda, el mayorazgo se reputa regular (6). Y si se disputa sobre el orden de

1 Ley *Cum servus*, 82. ff *de condit. et demonstr.* y ley *Postul.* 44. ff. *ad senat. consul. trebell.*

2 Roj. de Almans. disp. y quæst. 2. cit. §. 4 num. 82 y 83.

3 Id. ubi. prox. §. 5.

4 Ley fin. §. *Sed quis*, *Cod. Commun. de legat.*

5 Molin. *de primog.* lib. 2. cap. 4. num. 43 y sig. Castill. lib. 4. *Controvers.* cap. 36. num. 11.

* Se han tratado estas reglas del lib. 2. tit. 7. de la *Ilustracion del derecho Real de España*, donde su autor Don Juan Sala trata de los mayorazgos con aquel conocimiento de nuestra legislacion, que le distingue en todas sus obras. En dichas reglas se halla recopilada con orden y método la principal doctrina sobre mayorazgos.

6 Leyes 8 y 9. tit. 17. l.b. 10. Nov. Rec.

suceder, se debe decidir la causa segun las leyes de sucesion establecidas para la del reino, como enseñan Molina lib. 1. *de primog.* cap. 2. num. 16 y sig., y otros. Pero debemos advertir no entenderse por estas leyes la 5. tit. 1. lib. 3. de la Nov. Rec., porque esta solo dice respecto á la sucesion de la monarquía, sin que sirva de ejemplo á los mayorazgos regulares, que siempre se gobiernan por lo establecido en la referida ley 2. tit. 15. Part. 2.

8. Segunda, los mayorazgos por su propia naturaleza son indivisibles; no solo porque tambien lo es el reino cabeza de todos los mayorazgos (1), sino ademas porque el fin principal de estos es para conservar la memoria y lustre de la familia, el cual, como tambien lo pingüe de los patrimonios, se destruyen por la division. Cuya regla debe tambien entenderse en cuanto al ejercicio, administracion ò comodidad del mayorazgo; porque como en él se sucede por derecho de primogenitura, repugna cualquiera division, como lo enseña Molina en dicho lib. 1. cap. 11. Solo un caso rarísimo exceptúa el mismo en el lib. 3. cap. 1. num. 19, de que naciesen dos varones ó dos hembras de un parto, y en tales circunstancias, que no se pudiese saber quién nació primero: entonces el mayorazgo y demas derechos de primogenitura se habrian de dividir entre los dos (2) (*).

9. Tercera, la sucesion en el mayorazgo es perpetua en todos aquellos que vienen de la familia del fundador. Por ello si este solamente hubiese llamado á su hijo primogénito y á sus descendientes, sin hacer mencion de sus otros hijos, no deberá creerse ser su voluntad, que faltando la descendencia del primogénito quedasen sus bienes libres, si dejara otros descendientes suyos; antes por lo contrario se entenderá que tambien llamó á estos. De suerte que de sola la palabra mayorazgo, se infieren todas las sucesiones que son necesarias para su perpetuidad en la familia del fundador. Las razones son las mismas

1 Ley 2. tit. 15. Part. 2.
2 Ley 12. tit. 33. Part. 7.
* Como no conviene que los bienes del mayorazgo se dividan para que no llegue el caso de su desmembracion, prevenga el escribano al fundador que declare si se han de partir entre los dos, y pasar luego enteramente por muerte de ambos al hijo varon que primero nazca de alguno de ellos con arreglo al llamamiento, ó si ha de echar suertes ante la justicia haciendose acto formal por escrito de ella para que no se dude á quien tocó: ó que haga eleccion su padre por escritura en forma antes que cumplan los tres años, para evitar de este modo que por inclinacion elija tal vez al que no le toque segun la naturaleza, ó lo que se ha de practicar en dicho caso, pues ocurren grandes dificultades sobre esta sucesion, y manifestando el testador su voluntad cesarán, como advierte Molina *de Hispan. primogen.* lib. 3. cap. 1. num. 22. y Gom. en la ley 40 de Toro, num. 68.

que las de la regla antecedente (†). De ahí viene que los bienes mayorazgados son por su naturaleza inagenables (*). Solo el Rey puede conceder facultad para enagenarlos, y lo suele hacer cuando lo exije la pública causa, ó la necesidad ò utilidad del mismo mayorazgo. Causa pública es aquella que directamente mira à la utilidad pública. Y necesidad ò utilidad del mayorazgo la hay cuando las cosas en que consiste este han de perecer ò arruinarse sino se reparan, ò se ofrece ocasion de permutarlas con evidente utilidad del mismo mayorazgo. Y esta facultad no se concede sino con conocimiento de causa y citado primero el inmediato sucesor. Molina lib. 4. cap. 3; y en el cap. 7. num. 4. y siguiente añade que esta facultad no se pone en ejecucion sino faltando bienes libres, aun cuando no se exprese esta circunstancia en la concesion. Y de esta regla nace que los bienes de mayorazgo no pueden usucapirse ó prescribirse por la prescripcion de diez ó veinte años; y lo mismo nos parece debe decirse de la prescripcion de treinta à cuarenta años, por las buenas razones con que funda esta opinion Antonio Gomez en dicha ley 40 de Toro, num. 90. Pero añade alli mismo tener lugar la prescripcion inmemorial; y en esto todos convienen, por el

† Molin. dicho lib. 1. cap. 4. Gom. en la ley 40. de Toro, num. 64, y otros.

* Por Real cédula de 24 de setiembre de 1798, que es la ley 16. tit. 17. lib 10. Nov. Rec., se concedió por punto general á todos los poseedores de mayorazgos, vínculos patronatos de legos y de cualesquiera otras fundaciones con cualquier título que se denominen, y en que se sucesa por el orden que se observa en los mayorazgos de España, Real facultad para que, sin embargo de cualesquiera cláusulas prohibitivas de enagenar los bienes de sus dotaciones, puedan enagenarlos para los fines y en la forma que se previene, y puede verse en la misma cédula. En otra de 13 de enero de 1799, que es la ley 17. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec., se concedió á los poseedores la gracia de que se les devuelva por via de premio la octava parte de la cantidad líquida que entreguen en la caja de amortizacion. Por otra de 3 de febrero de 1803 (ley 18 del mismo tit.) se concedió facultad á los poseedores de mayorazgos, vínculos y patronatos de legos para que puedan enagenar las fincas vinculadas que existen en pueblos distantes de los de sus domicilios, y subrogar su importe en otras de obras pias, asegurando en estas las cargas de las vinculaciones, con tal que mientras se verifica la subrogacion se deposite el producto de aquellas ventas en la Real caja de extincion de vales, donde devengará un tres por ciento á favor de sus dueños; entendiéndose que en estos casos no han de gozar los poseedores de mayorazgos y vínculos de gracia de la octava parte concedida anteriormente, y si solo la exencion de alcabala de esta primera venta. En la ley 19 del propio título se prescriben las reglas que deben observarse para la enagenacion de bienes de mayorazgo, vínculos, patronatos y otras fundaciones; y por la ley 20 se da facultad para que los poseedores de aquellos puedan comprar los bienes de sus propias vinculaciones

Acerca de la perpetuidad de los mayorazgos suelen ocurrir otras dificultades, v. gr. si el último de la familia del instituyente podrá ó no instituir libremente á extraños por herederos de los bienes del mayorazgo, ó deberá llamarlos con el mismo gravamen ó condiciones, ó si será árbitro de ponerlas nuevas sin Real permiso, y de fundar por consiguiente nuevo mayorazgo. Sobre estos y otros puntos véase á Molina *de primogen.* lib. 1. cap. 4 y 8, y otros que tratan de la materia.

motivo de que el haber pasado tanto tiempo hace presumir que concurrió la licencia del Rey y todo lo necesario para la enagenacion. Véase á Molina lib. 4. cap. 10. y à Gregorio Lopez en la glos. 3. al fin de la ley 10. tit. 26. Part. 4, en donde da tambien la razon que suele darse de que esta prescripcion tiene fuerza de privilegio.

10. Cuarta, en los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, que recomienda mucho Molina en el lib. 3. cap. 4. num. 13 y 14. diciendo deben conservarse en la memoria. La primera, la línea, para que los de la línea del último poseedor sean primero que los de las otras. La segunda, el grado, esto es, que el mas próximo pariente de dicho poseedor excluye al mas remoto. La tercera, el sexo, porque siempre el varon excluye à la hembra siendo de la misma línea y grado. Pero si la hembra fuese de mejor línea y grado no se entenderá excluida por los varones mas remotos, antes se preferirá à ellos y se juzgará llamada; y la cuarta, la mayor edad en los que son iguales en línea, grado y sexo. Adviértase por lo tocante á la proximidad que en la sucesion de los mayorazgos siempre tiene lugar la representacion, no solo en la línea recta sino tambien en la trasversal, y de ahí es que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de sus padres, aunque estos hubiesen muerto antes de fundarse el mayorazgo, sino es que el fundador previniera lo contrario con palabras claras, y literalmente, sin bastar argumentos ni conjeturas por mas claras y evidentes que fueren: lo que manda observarse asi la ley 9 de dicho tit. 17. en los mayorazgos que en adelante se fundaren, esto es, desde 5 de abril de 1615, que es la fecha de dicha ley.

11. Quinta, acabada la línea del primogénito, se pasa á la del segundogénito, y asi en adelante à la del tercero ò cuarto (1), y los que estan en la línea recta del fundador se prefieren à los demas. Pero debe advertirse que para tener lugar esta prelacion es menester que los de dicha línea sean legítimos, aun en el caso que el fundador hubiese llamado simplemente á sus descendientes, sin añadir legítimos; porque cuando se trata del honor de la familia, como en los mayorazgos, bajo la apelacion de hijos no se entienden los ilegítimos (2). Y adviértase que por hijos legítimos se entienden no solo los nacidos de legítimo matrimonio, sino tambien los que nacieron del que se reputaba tal,

1 Molin. lib. 3. cap. 6. num. 30 y 31.
2 Greg. Lop. en la glos. 10. quæst. 9. vers. *Et quod*, de dicho lib. 2. tit. 15. Part. 2. Molin. dicho lib. 2. cap. 3. num. 45.

ó que fue contraido segun los ritos de la Santa Iglesia, ignorando los contrayentes ò alguno de ellos el impedimento que tenian para contraerle (1); lo que dice Molina, dicho lib. 3. cap. 1. num. 15, deberse ampliar al caso en que hubiese dicho el fundador, que solo debian suceder los nacidos de legítimo matrimonio.

12. Sexta, el hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion, este es, en que sus padres contrajeron el matrimonio. Por consiguiente, si su padre antes de este matrimonio, nacido ya el ilegítimo, hubiese contraido otro y tenido de él un hijo legítimo, este se considerará el primogénito y será preferido al legitimado: la razon es porque habiéndose ya radicado en el legítimo por su nacimiento el derecho de primogenitura, seria cosa inicua privarle de este derecho adquirido tan justamente con esperanza tan considerable. Ni debe retrotraerse la legitimacion en perjuicio del hijo legitimo (2). Si el hijo fuere legitimado por rescripto del Príncipe, le excluirán de la sucesion todos los parientes de la familia del fundador, ó que desciendan de él, como puede verse en Hermenegildo de Rojas *de incompatibilit.* part. 1. cap. 6. §. 6. Molina lib. 1. cap. 4. num. 44, y lib. 3. cap. 3, que examinan con extension este asunto. El hijo arrogado ò adoptivo está enteramente excluido de esta sucesion.

13. Séptima, la proximidad de parentesco, por cuya razon se sucede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto del último poseedor, y no del fundador (3). Tiene lugar esta regla tambien en los laterales; pero solo en el caso que el mas próximo del poseedor fuese de los parientes del fundador; porque á estos solos pertenece la sucesion de los mayorazgos (4).

14. Octava, en los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre (5); y de aqui es que el mayorazgo pertenece al primogénito del poseedor, aunque este le hubiese desheredado; pero respecto del fundador todos suceden por derecho hereditario, porque lo consiguen por su voluntad (6). De esto se infiere que el poseedor deberá pagar to-

1 Ley 1 tit. 13. Part. 4.

2 Molin. dicho lib 3. cap. 1. num. 7. Ant. Gom extensamente en la ley 9. de Toro, num. 61 y *sig.* citando á otros.

3 El mismo Rojas dicha part. 1. § 10.

4 Dicha ley 2. tit 15. Part 2, y en ella Greg. Lop. glos 18 al fin, y mas claramente en la ley 9. tit. 1. Part. 2. alli: *ó alguno de los otros, que son mas propincuos parientes de los Reyes al tiempo de su finamiento.*

5 Molin. dicho lib. 3. cap. 9. num. 2.

6 Dicha ley 2 alli: *do quier que el señorio hubieron por linage, é mayormente en España.* Ley 9. tit. 7. Part. 2. alli: *por razon de linage.*

das las deudas à que está obligado el fundador, si no es que las hubiese contraido despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo (1); y por lo contrario no estará obligado á satisfacer las que contrajo su antecesor, como no esten contraidas por necesidad precisa en conservar los bienes del mayorazgo (2).

15. Nona, muerto el poseedor del mayorazgo, pasa por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley la posesion civil y natural de todos los bienes que le son pertenecientes al sucesor, sin ningun acto de aprension, aunque algun otro haya tomado la posesion de ellos en vida del tenedor del mayorazgo, ò el muerto ó el mismo tenedor le haya dado posesion de ellos (3). Y por cuanto esta posesion se adquiere por el solo ministerio de la ley sin ser necesaria cosa alguna del sucesor, la llaman los autores *civilísima*, y dicen unánimes tener lugar, aunque el sucesor lo ignore, ò sea infante, furioso, mentecato ò póstumo (4). Y tambien en los mayorazgos fundados sin licencia del Rey, como lo prueban Molina lib. 1. cap. 1. desde el num. 25, y Covarrubias lib. 3. *Var.* cap. 5. num. 5. contra Antonio Gomez en dicha ley 45. num. 116. Y tiene extension á la cuasi posesion de las cosas incorporales ò derechos, segun Molina en dicho cap. 12. num. 23; y asi lo prueban las mismas palabras de la ley, alli: *ò de otra cualquiera calidad que sean* (5).

16. Décima, todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las casas de mayorazgos, labrando, reparando ó reedificando en ellas, son del mismo mayorazgo, cuyo sucesor sucede tambien en ellas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion de dichos edificios á las mugeres de los que los hicieron, por razon de gananciales, ni á sus hijos ni á sus herederos (6). Solo habla esta ley de las mejoras y gastos hechos en los edificios en los términos que acabamos de referir. Pero sin

1 Molin. dicho lib 1. cap. 8 num 10.

2 Molin dicho lib 1. cap. 10. que todo lo emplea en tratar de este asunto, resolviendo muchos casos que se propone. Ant. Gom. en la ley 40 de Toro, num. 72. en donde habla tambien latamente. Alli lo podrá ver quien lo necesite, porque nuestro instituto no nos permite tanta distincion de casos.

3 Ley 1. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Rec (45 de Toro)

4 Molin. dicho lib. 3. cap. 12. num. 24. Gom. en dicha ley 45 de Toro, num 112. Mieres *de majorat.* part. 3. quæst. 2.

5 Ley 1. tit. 24. lib. 11. Nov. Rec.

6 No debe darse posesion al poseedor de mayorazgo de bienes que un tercero está detentando á pretexto de que estan inclusos en su fundacion y le pertenecen; porque el detentador se presume poseedor de buena fe con título legítimo, y por esta razon se le debe oir en via ordinaria, y comunicar traslado de esta demanda de reivindicacion, y no despojarle hasta que en definitiva se declare y destruya el título con que posee; y de hacer lo contrario se le restituirá à la posesion ante todas cosas, y restituido se seguirá el juicio sobre la reivindicacion.

embargo es mas probable la opinion de los que juzgan debe entenderse generalmente en todos los bienes del mayorazgo, y que habla de los edificios por ejemplo, como que es lo mas regular, por no poderse señalar razon de diferencia entre bienes y bienes (1). Algunos han querido notar, sin razon, de injusta esta ley, que segun prueban bien dichos autores, Antonio Gomez en dicha ley 46. num. 4., y otros, tiene justicia (*).

17. Undécima, el mayorazgo, segun la ley 1. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Rec. (41 de Toro), se puede probar por tres modos. 1.° Por la escritura de la institucion de él con la escritura de la licencia del Rey que la dió. 2.° Por testigos que depongan del tenor de dichas escri uras. 3.° Por costumbre inmemorial probada por las calidades que incluyan haber tenido y poseido los pasados aquellos bienes por mayorazgo, esto es, segun las reglas de mayorazgo; que los testigos sean de buena fama, y digan que asi lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años, y

1 Molin. dicho lib. 1. cap. 26. num. 15. y sig. Acev. en dicha ley 6.

* Esta disposicion legal que á varios autores ha parecido inicua, se funda sin embargo en tres razones no despreciables. El poseedor de un mayorazgo no esta obligado á mejorar sus fincas, y por lo mismo si lo hace debe ser á su costa, sin que pueda obligar al sucesor al pago de su importe. Ademas seria injusto que el sucesor, que no adquiere los bienes del mayorazgo como cosas libres de que pueda disponer á su arbitrio, sino que por su muerte ha de restituirlos forzosamente á quien corresponda segun los llamamientos de la institucion, fuese precisado á dicho resarcimiento, con lo cual podria acontecer que importando mas el valor del edificio ó edificios que todos los frutos que percibiese en el curso de su vida, fuese asi privado indirectamente de los emolumentos del mayorazgo. Finalmente, si el inmediato sucesor de quien hizo el edificio estuviese obligado á satisfacer su importe, tambien tendria la misma obligacion de satisfacérselo á él el siguiente sucesor, y á este otro; de suerte que sobre el pago del valor del edificio se procederia en infinito. A vista de estos fundamentos parece no debe extrañarse que aunque la citada ley hable solo de lo que se edifique en las cosas vinculadas, la hayan extendido generalmente los intérpretes á toda especie de mejoras, creyendo que la ley habia mencionado solamente las primeras por ser mas frecuentes, no por circunscribirse á ellas, puesto que en todas tienen lugar igualmente las expresadas razones. Sin embargo no puede negarse que semejante extension (al parecer muy contraria á la ley, la cual, hablando solo de una especie de mejoras, hubo de querer excluir de su disposicion todas las demas) ha sido muy funesta en general para la agricultura y el estado, y en particular para los hijos segundos de los vinculistas. Por otra parte, los edificios á que se contrae la ley, y á que tenia aplicacion en aquellas circunstancias, no eran por lo comun fructiferos ó destinados á la utilidad del mayorazgo, sino unas verdaderas fortalezas en que moraban los señores, y donde á veces se hacian fuertes para sostener sus inmoderadas pretensiones, de cuyos hechos está llena la historia. Asi que puede muy bien considerarse dicha disposicion como una ley antifeudal, dirigida á dar por el pie la antigua constitucion militar, é introducir paulatinamente la que hoy se halla generalmente establecida en Europa.

* Habiendo hecho un tercero mejoras en una finca vinculada urbana ó rústica que poseyó de buena fe, y tiene que restituirla, debe ser indemnizado, igualmente que el que prestó para hacerlas con hipoteca ó sin ella, segun las reglas comunes del derecho en que no dispensó la ley 40 de Toro á favor de los vínculos ni mayorazgos. *Nota extractada de las de Febrero reformado y adicionado.*

asi lo oyeron decir á sus mayores y ancianos; que ellos siempre asi lo vieron y oyeron, y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que asi es la pública voz y fama y comun opinion entre los vecinos y moradores de aquella tierra. Este es el tenor de dicha ley 1.ª, sobre el cual advertimos con Molina y otros, que el primero de dichos tres modos habla solamente de los mayorazgos fundados con licencia del Rey, en los cuales es absolutamente necesaria la escritura en prueba de dicha licencia; pero en los fundados sin esta licencia, como antes se podia hacer y hacia, no es precisa, Molina lib. 2. cap. 8; bien que añade en el num. 9. ser muy raro que se funde sin escritura, y que no le consta haber sucedido: que el modo segundo se entiende cuando habiéndose perdido la escritura deponen de su tenor los testigos que la vieron, y que constaba de todas las partes y circunstancias necesarias, y que no estaba cancelada ni viciada en parte alguna (1): que la escritura con que quiera probarse el mayorazgo, no es menester que sea pública; porque la ley solo requiere que haga fe, alli: *siendo tales las dichas escrituras, que hagan fé*; y es bien sabido que algunas escrituras privadas la hacen (2): que dichos tres modos estan puestos por via de ejemplo, y no *taxativamente*, pues podrá provarse por otros, de los cuales refiere varios Molina, dicho cap. 8. num. 5: que el modo de probar la prescripcion inmemorial que refiere esta ley dice Acevedo en su comentario núm. 27., citando á Burgos de Paz y Covarrubias, ser peculiar en este asunto; porque en los otros no es menester que digan los testigos, que asi lo oyeron á sus mayores y ancianos; y con efecto dice Covarrubias en el cap. *Possessor*, part. 2. §. 3. num. 7. que asi está admitido en la práctica. Y convendria tal vez mucho se mandara omitir esta circunstancia; porque incluyéndola los litigantes en sus preguntas, la contestan los testigos ignorándola ó no advirtiéndola, como varias veces nos lo ha hecho ver la experiencia (*).

18. Duodécima y última regla: en los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador (3). Es pues permitido á los fundadores poner las condiciones que les parecieren posibles y honestas, obligando de tal modo á su cumplimiento, que

1 Acev. en dicha ley 1. num. 6 y sig.
2 Molin. dicho cap. 8. num. 10
* Entiéndase que lo dicho se refiere solo á los modos de probar que los bienes son vinculados; pues en orden á la propiedad de los mismos; se ha de acreditar su pertenencia con otros títulos de adquisicion. Sobre si la costumbre que tiene fuerza de ley, se ha de extender á otros casos en que milite igual razon, véase á Vela, disert. 3. num. 53., que defiende la afirmativa.
3 Ley 5. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

no cumpliéndolas pierda el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre: lo que dice ser indubitable Molina, dicho lib. 2. cap. 12. num. 34, en donde examina tambien cuando son condiciones las leyes ó adyecciones que pone, y cuando son modos. Y de ahí viene ser innumerables las especies de mayorazgos irregulares, que suelen llamarse de cláusula.

19. Los bienes de mayorazgo no pueden trocarse ni darse en enfiteusis, ni sobre los mismos se puede imponer censo ni otro gravamen sin Real permiso (1); de manera que quien dé dinero sobre ellos sin preceder este requisito, solo podrá repetir contra el que lo recibe y sus propios bienes.

CAPITULO TERCERO.

De las líneas y grados de parentesco.

§. 1. ¿Que cosa sea consanguinidad, línea y grado?
2. De las líneas recta y trasversal.
3. Diferencia en el modo de computar los grados segun el derecho civil y el canónico.
4. Demuéstrase dicha computacion de grados por el arbol genealógico.
5, 6, 7, 8. Continuacion del mismo asunto.
9. Debe hacerse el cómputo de grados segun el derecho civil para las sucesiones abintestato, mayorazgos, vínculos, patronatos, aniversarios y capellanías.
10. Explicacion del arbol genealógico, y modo de formarle.
11. De otras varias líneas ademas de la recta y trasversal.

1. Explicado ya todo lo concerniente á la naturaleza de los mayorazgos, resta dar al escribano principiante la nocion competente en orden á lo que se entiende por *consanguinidad, línea y grado*, manifestando cuántas son las líneas de parentesco natural; la diferencia que hay en el modo de contar los grados por derecho civil y canónico; y qué nombres dan los autores á las líneas mas esenciales de los mayorazgos. *Consanguinidad* es union ó enlace de varias personas por parentesco natural, que proceden de una raiz ó tronco. *Línea de parentesco natural* es el enlace y conexion que algunas personas tienen

1 Cuando se trate de los censos, se dirá lo que disponen las últimas Reales órdenes acerca de los que estan afectos á fincas vinculadas.

entre sí, descendiendo unas de otras y todas de una raiz ó tronco, haciendo grados distintos (1). Grado es el paso ó escalon que hay de un pariente á otro, ó sea la distancia de personas, por la cual se conoce la que hay entre los consanguíneos para que puedan juntarse entre sí recíprocamente (2).

2. Las líneas son dos, una *recta* y otra *trasversal*: la recta comprende solo á los ascendientes y descendientes. Los primeros son padres, abuelos, visabuelos y demas que suben hasta la raiz ó tronco; y los segundos son los que nacen de estos, como hijos, nietos, biznietos, tataranietos, ó nietos terceros, y demas que bajan derechamente por la línea. La *trasversal*, que tambien llamamos *colateral*, es aquella en la cual se incluyen y comprenden los hermanos, tios, primos, sobrinos y cuantos provienen de estos; y se llama asi, porque todos los que estan comprendidos ó incluidos en ella, no nacen uno de otro, como en las dos anteriores (3), ni ocupan la línea recta sino las de los lados. Esta línea no entra sino en el tercer grado, despues que las de ascendientes y descendientes se extinguen, y no antes (4), y en el mayorazgo fundado por un hermano, preferirá su hermano menor entero al mayor consanguíneo ó uterino, al modo que en el abintestato (5). La línea trasversal es de dos maneras, *igual* y *desigual*. Igual se llama cuando dos ó mas consanguíneos en ella contenidos distan igualmente del tronco de donde todos ellos proceden, v. gr. dos hermanos; y desigual cuando uno se aleja del tronco mas que el otro, por ejemplo, el hermano y su sobrino.

3. Supuesto lo dicho es de saber, para la averiguacion del parentesco, que el derecho civil y canónico convienen acerca del modo de contar los grados en la línea recta; es decir, que segun ambos derechos se cuentan tantos grados en esta línea cuantas son las personas, quitada una que es el tronco de donde provienen. En la línea trasversal ó colateral hay diferencia; pues segun la computacion del derecho civil se cuentan las personas subiendo desde aquella cuyo parentesco se trata de averiguar hasta el tronco, y omitido este, se baja contando por la otra línea trasversal, en la que se halla el otro sugete que forma el parentesco, y cuantas personas haya de una y de otra parte, com-

1 Leyes 1 y 2. tit. 6. Part. 4.

2 Ley 3. tit. 6. Part. 4. Engel. lib. 4. tit. 14.

3 Leyes 2, 3 y 4. tit. 6. Part. 4. y 2. tit. 13. Part. 6.

4 Ley 1. al princip. y ley *Stemma*, ff. *de gradib.* y ley 2. tit. 13. Part. 6. donde dice la tercera

5 Roj. *de incompat.* part. 3. cap. 6. §. 17. num. 253, y sig. Carof. Anton. de Luc. *de linea leg.* art. 2. num. 7.

ponen otros tantos grados. Segun el derecho canónico en la línea trasversal igual, se empieza à contar desde una de las personas de cuyo parentesco se trata, y cuantos grados dista esta del tronco, otros tantos distan ambas entre sí: asi pues yo disto un solo grado de mi hermano; porque descontando de dos personas, que somos mi padre y yo, una, queda sola otra, y de consiguiente un solo grado. En la trasversal desigual se empieza à contar por el mas remoto del tronco, y los grados que diste de este tendrán entre sí los colaterales de cuyo parentesco se trate. En suma, segun el derecho civil, para hacer la computacion de grados en la línea trasversal se sube hasta el tronco, y omitido este se baja contando por la otra línea trasversal; pero segun el derecho canónico solo se computa subiendo sin bajar por la otra línea; de donde resulta gran diferencia en la cuenta de grados segun uno y otro derecho.

4. Para no confundirse véase el arbol genealógico siguiente, por donde haciendo la cuenta expresada, no se dudará cuál es la línea recta y cuál la trasversal, ni qué grado de parentesco tienen entre sí las personas que se hallan en él. En la línea de ascendientes se empieza à contar, segun dicho arbol, por el número 15, subiendo línea recta, y para saber los grados se dice: el número 15 está en primer grado con el 10; en segundo con el 5; en tercero con el 2; y en cuarto con el 1; y asi de todos los demas que haya subiendo de grado en grado. En la línea de descendientes se empieza tambien à contar desde el mismo número 15 hácia abajo, línea derecha; y asi el número 15 está en primer grado con el 20; en segundo con el 25; en tercero con el 30; y en cuarto con el 35; y sucesivamente con los demas que haya descendiendo, porque son cinco personas, y quitada la que hace tronco quedan cuatro. Por consiguiente, empezando à contar desde el número 1 en la línea recta hasta el 35, hallará nueve personas, de las cuales, quitada la del tronco, que es el número 1, quedan ocho; y asi se dirá que el número 1 está en octavo grado con el 35: y lo mismo subiendo desde este à aquel. En este modo de computar por línea recta convienen el derecho civil y el canónico.

5. En la línea trasversal, tanto igual como desigual, segun el derecho civil se puede empezar à contar por cualquiera de las personas de cuyo parentesco se trate, subiendo hasta encontrar con el tronco de donde todas descienden, y bajando despues desde él hasta la otra persona; v. gr. se quiere saber en qué grado de parentesco se hallan entre sí los números 13 y 15:

se empezará à contar por cualquiera de ellos, y se subirá hasta el número 5, que es el tronco; luego se bajará desde este al otro igual, y se hallarán cinco personas, de las cuales se quitará la del tronco, y quedarán cuatro; por consiguiente estarán entre sí en cuarto grado los números 13 y 15.

6. Segun el derecho canónico en la línea trasversal igual se sube contando hasta el tronco, empezando por cualquiera de las personas de cuyo parentesco se trata, sin bajar por la otra línea, como ya se ha dicho; v. gr. se quiere saber en qué grado se hallan, segun esta regla, los números 9 y 11 del arbol, que son primos carnales: se cuenta por cualquiera de ellos hasta el número 2, que es el tronco de ambos, y se hallan dos grados, porque descontado el tronco, que es dicho número 2, su abuelo, quedan dos personas, y este es el grado que tienen y distan entre sí dichos números 9 y 11. Lo propio se observa entre los descendientes de estos en dicha línea trasversal igual; pero es de advertir que conocido ya el grado, segun esta cuenta, se ha de bajar desde el tronco hasta la otra persona, contando los grados que baja, para saber si estan en primero con primero, ó en segundo con segundo, ó en tercero con tercero &c.: v. gr. el número 9 dista dos grados del número 2, que es el tronco; desde este al 11 hay otros dos grados; con que diremos estan entre sí en segundo con segundo: y por esta misma regla se sabrá en qué grado se hallan entre sí los números 13 y 16, que es en tercero con tercero: y los 18 y 21, que es en cuarto con cuarto: y así todos los demas trasversales iguales.

7. En la línea trasversal desigual se empieza à contar por el mas remoto del tronco, y los grados que diste de este, tendrán entre sí los colaterales de cuyo parentesco se trate: v. gr. se quiere saber qué grado de parentesco tienen entre sí los números 9 y 16: se ha de empezar à contar por el 16, que es el mas remoto del tronco número 2, del cual dista dicho 16 tres grados; despues se bajará desde el referido tronco al número 2, y se hallarán dos grados; con que diremos que el número 16 está en tercero con segundo grado de parentesco con el 9. Lo mismo se debe observar en todas las líneas trasversales desiguales del arbol: por ejemplo se intenta saber en qué grado de parentesco se halla el número 26 con el 18: se contará desde el 26 hasta 2, que es tronco, y se hallará que dista de este cinco grados; luego se bajará desde el tronco hasta el 18, y se encontrarán cuatro grados (pues el tronco jamas se incluye en la cuenta); por lo que se dirá que el número 26 está con el 18 en quinto

con cuarto grado de parentesco natural trasversal desigual; y que el 26 está en quinto, y el 18 en cuarto recto con el 2, que es el tronco de donde todos provienen.

8. Tambien se pueden sacar los grados por las generaciones, y asi se dirá que hay tantos grados como generaciones. Para conocerlos en la línea recta, se ha de mirar siempre al tronco de aquel que intenta tener parentesco con él: v. gr. el número 35 con el 1 del arbol, y se dirá que estos se hallan en octavo grado por linea recta, porque hay ocho generaciones. En la trasversal igual y desigual, se encuentran estas del mismo modo; pero sin variar el orden y regla que queda explicada, tanto haciendo la cuenta por derecho civil, como por el canónico: v. gr. en la trasversal igual se hallan los números 18 y 21, por derecho civil estan entre sí en octavo grado, porque desde su tronco, que es el número 2, hay ocho generaciones, que son las cuatro de cada lado. En la trasversal desigual estan los números 18 y 26, los cuales se hallan entre sí en noveno grado por derecho civil, porque hay nueve generaciones no mas, aunque son diez personas desde el número 2, que es el tronco de donde las dos líneas descienden. Por derecho canónico los mismos números 18 y 26 estan entre sí en quinto con cuarto grado, porque las generaciones se cuentan desde el mas remoto, que es el 26 hasta el tronco, que es el número 2; y despues se desciende desde el propio número 2 hasta el 18, que son cuatro generaciones; y por lo mismo se debe decir que se hallan entre sí en quinto con cuarto, porque el referido tronco número 2 dista del 26 cinco generaciones, y el 18 solamente cuatro; y cuantas mas ó menos se alejen de él, tantas estarán mas ó menos distantes.

9. Debe hacerse el cómputo de grados segun el derecho civil para el efecto de suceder y heredarse los herederos abintestato(1), y por identidad de razon milita lo propio en las sucesiones de mayorazgos, vínculos, patronatos, aniversarios y capellanías, no mandando su fundador otra cosa; y la razon es porque el acto de testar y heredar es puramente profano, temporal y civil, sujeto á las leyes de los Príncipes seculares, las cuales tocante à suceder en bienes temporales se han de observar exactamente; y asi como el derecho civil y Real no se mezcla ni debe mezclar en disponer acerca de las materias puramente espirituales y eclesiásticas, que peculiar y privativamente in-

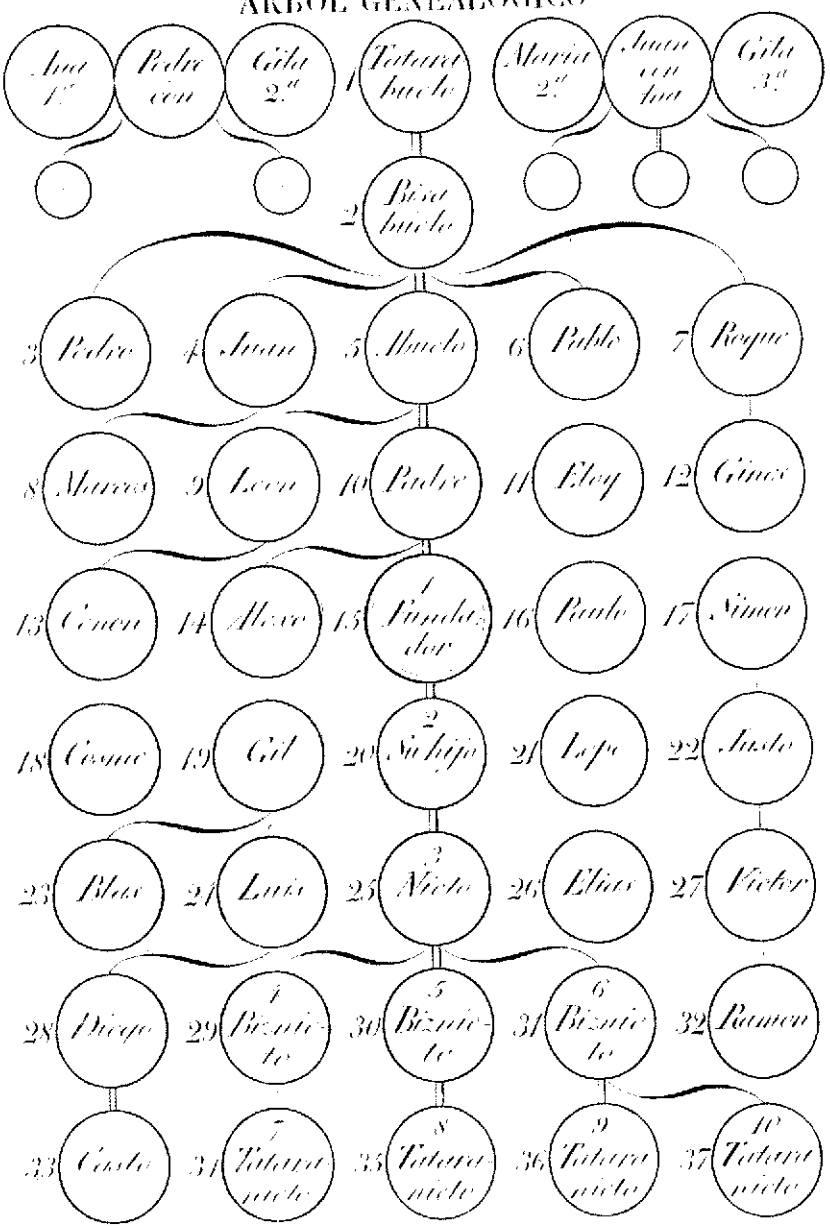
1 Dicha ley 3. tit. 6. Part. 4. y leyes del tit. 1. lib. 4. del Fuero Juzgo.

cumben à la potestad eclesiástica y derecho canónico; tampoco este en las meramente temporales y profanas. Asi pues lo que el mismo derecho prescribe en orden à estas debe regir y obligar, no en todo el orbe cristiano, sino en el estado pontificio solamente, como leyes establecidas por un principe secular (que tambien lo es el Sumo Pontifice) para el territorio de su dominacion, fuera del cual, como tal, no se extiende su potestad temporal, por no ser súbditos suyos los que habitan en otros reinos; y lo contrario será equivocar y confundir ambas potestades; por lo que en las sucesiones se deben contar los grados de parentesco con arreglo al precepto del derecho Real y no del canónico. Lo mismo debe observarse en la computacion de ellos para la recusacion de señores ministros togados en las elecciones de oficiales de república, en el retracto por consanguinidad y en cualesquiera otros actos civiles y profanos, porque estan sujetos à las disposiciones civiles y Reales, y por ellas se deben gobernar. Y porque algunos, poco ò nada versados en ambos derechos, dicen que cuando el testador deja todos sus bienes ó cierta parte ó legado à parientes suyos dentro del cuarto grado sin mas expresion, se ha de contar este grado por el derecho canónico y no por el civil, à pretexto de ser cosa pia, sobre cuya errónea inteligencia se sucitan pleitos; para evitarlos, le advertirá el escribano que declare si se han de comprender solamente los primos y sobrinos carnales, que son los que estan dentro del cuarto grado contado por derecho civil y Real, y à quienes como mas cercanos es presumible y natural tenga mas afecto porque participan mas de su sangre, ó tambien los ulteriores hasta los primos terceros que estan en el cuarto por el canónico: ò en una palabra, que diga si el cuarto grado se ha de contar por este ò por aquel derecho; y tambien si los de grado mas cercano, ó los que tengan parentesco doble con él, deberán llevar mas, ó ser iguales todos: con cuya manifestacion de voluntad cesa todo motivo de disputa; pues aunque las leyes de Partida, que tratan del abintestato, conceden la sucesion à los trasversales hasta el décimo grado, esto no es decir que los grados se han de contar por derecho canónico, ni derogar la ley tambien de Partida que prefine el modo de contarlos en materia de sucesiones, sino prorogar ó ampliar el derecho de suceder segun el civil y real hasta el décimo grado à los parientes que existen dentro de él, lo cual es muy diverso.

10. Por el expresado arbol se puede enterar el escribano

principiante no solo del modo de contar los grados de parentesco, sino del de formar dichos árboles para la sucesion de mayorazgos, patronatos, vínculos, aniversarios y capellanías: y comprender si los parientes que intentan casarse se hallan ó no dentro del cuarto grado, fuera del cual estando ambos, ya no necesitan dispensa. Pero para mayor inteligencia y evitar confusion, prevengo: 1.° que los números que estan al lado de cada casilla ó círculo no se pusieron con otro fin que el de que en caso de disputa se venga en pleno conocimiento de los litigantes, y se pueda contar con facilidad desde cada uno al tronco ó fundador ó último poseedor; y asi no los tenga el escribano por grados, pues no lo son; 2.° que los sugetos puestos al lado diestro (que es el de los números 2 y 3, aunque mirando al frente es el siniestro) son los mayores en edad y nacimiento, y por consiguiente de línea predilecta, y asi se deberán poner siempre; y á los menores en el siniestro por el orden de su nacimiento en todas líneas; y à los que tengan iguales grados, en seguida frente unos de otros, segun se figura; 3.° que si se hace algun arbol solo para saber la descendencia, parentesco y mayoría de edad, se deben poner por el orden del nacimiento asi los varones como las hembras de cada línea, sin distincion; pero si es para algun litigio sobre mayorazgo que no sea de femineidad, deben estar en mejor lugar por el orden expuesto los varones, aunque haya habido hembras interpoladas entre ellos ò antes, porque como son llamados primero à su obtencion, deben ocupar el lado superior; 4.° si el fundador del mayorazgo, ò alguno ó algunos de los sucesores se casaron dos ó mas veces, se han de enlazar las casillas, y de cada matrimonio salir su descendencia, del modo que se figura en los dos ángulos ó extremos superiores del arbol; 5.° los números que van dentro de las casillas del fundador y de su posteridad se han puesto con el único fin de distinguir à esta de los demas que incluye el arbol; pues à no ser por esta razon, no hubiera puesto mas que los colaterales que llevan todas las casillas, como se estila; por cuya razon, y porque la del fundador hace centro, la distinguí, y asi no se debe tener por otra familia, sino por una misma que desciende por línea recta del número 1, y concluye en el 35; 6.° aunque algunos en la formacion de árboles ponen el tronco abajo, y de él suben naturalmente por su orden las ramas, yo siguiendo la costumbre de la Corte, para que se perciba mejor y evitar confusion, formé al contrario el mencionado; 7.° si alguno tiene parentesco doble por haberse casado algun ascendiente suyo con

ARBOL GENEALOGICO



sobrina suya, parienta ó descendiente del fundador, se ha de tirar desde la casilla de tal ascendiente à la de la hembra una línea sutil (que llaman oculta), ó se ha de duplicar y enlazar la casilla de ella con la suya, expresando dentro ó à su margen ser la misma puesta en la otra línea, para que se conozca que es lo mejor: y los pretendientes y último poseedor se han de distinguir con alguna señal de los demas, como el fundador; 8.° si alguno de los pretendientes, ó el sugeto de donde dice que proviene, no prueba su parentesco con el fundador, ó se duda de él, no se ha de unir y enlazar su casilla con la otra con quien solicita emparentar, sino dejarse suelta sin enlace alguno. Con estas prevenciones y lo explicado arriba podrá el escribano entender el arbol siguiente, formar los que le ocurran, y contar los grados de parentesco: y si quiere mayor instruccion vea las leyes 3 y 4. tit. 6. Part. 4, à Engel. lib. 4. tit. 14. §. 1, à Rienfestuel lib. 4. tit. 14. §. 1, à Gonzalez lib. 4. tit. 14. cap. 3, y à otros autores, como tambien el arbol genealógico y su explicacion puesto à continuacion de la ley 2. tit. 6. Part. 4

11. Aunque las líneas son solamente dos, como dejo expuesto, à saber: *recta* y *trasversal*, los autores que tratan de los mayorazgos, dan diversos nombres à las que contemplan mas esenciales en ellos, y son las siguientes. 1.ª *Paterna* y *efectiva*, que es la que tiene por cabeza y principio al padre, en la cual se comprenden solo los descendientes de este: y llamados los de ella ó la misma línea, no suceden los de la hembra provenientes del mismo padre, porque por la hembra se rompe la línea paterna de la que trae su orígen la agnacion (1), y la hembra es el fin de la propia familia (2). 2.ª *Materna*, porque su tronco, cabeza ó raiz es la madre (3). 3.ª *Masculina*, porque su origen proviene de varon. 4.ª *Femenina*, porque principia y dimana de hembra que constituye línea (4) la cual se divide en dos clases ó especies; la primera se llama *inceptiva*, porque tiene su principio en hembra, y asi todos los que descienden de ella, aunque sean varones, se llaman de línea femenina, porque proceden de aquella primera hembra que es su tronco (5), y la segunda se llama *inceptiva* y *continuativa*, porque se compone solo de hembras

1 Ley *Jurisconsult* § *Agnationis*, ff. *de gradib.*

2 Ley *Pronunciatio*, §. fin. ff. *de verbor significat.*

3 Ley fin. Cod. *Commun. de success.* leyes 1, 2 y 3. Cod. *de bonis quæ liber.* y ley *Quidquid*, Cod. *de bon. matern.*

4 Cap. 3. y fin. *de consanguinit. et affinit.*

5 Dicho cap 3 y fin. Carol. Ant. de Luc. art. 16. num. 52.

sin mezcla de varon alguno, al modo que la de varones sin interpolacion de hembra en la sucesion (1); la cual tiene lugar cuando por extincion de la línea masculina entre la femenina, ó cuando son llamadas las hembras à la sucesion con exclusion expresa de los varones, pues en el llamamiento de aquellas de ningun modo se incluyen los varones; lo que sucede al contrario en el de estos (2); y asi en la sucesion de este mayorazgo se deben observar las mismas reglas que en el de los varones solos, porque versa identidad de razon (3), 5.ª *Actual* ó *posesoria*, y es la que constituye el actual poseedor, que como legítimo sucesor la ocupa verdadera y realmente. 6.ª *Contentiva* ó *comprensiva*, y es la que tiene principio en el superior que hace la agnacion y generacion del padre, por lo que no solo comprende à este sino à sus ascendientes, descendientes y trasversales, y à los del fundador y último poseedor en lo que toca à la parte del mismo fundador, pues para que sea *contentiva*, han de tener parentesco con ambos, y no basta que lo tengan con el último poseedor solamente. 7.ª De *sustancia*, y es la que comprende à los ascendientes, descendientes y trasversales sin distincion de varones ni hembras, mediando entre ellos la preferencia solo por atencion y respeto à la línea, grado, sexo y edad: cuya línea, como irregular, y por su variedad de difícil comprension, se encuentra en los mayorazgos en que no se observa el orden regular de llamar y suceder. 8.ª De *cualidad*, y es la que se compone de las personas que tienen las cualidades naturales ó accidentales que apeteció el fundador, v. gr. si quiso que los sucesores fuesen agnados ò de simple masculinidad, nobles, doctores, licenciados, hembra &c. 9.ª De *agnacion*, la cual es de tres maneras: la primera, *rigorosa* ò *absoluta*, que es la verdadera y pura; la segunda, *limitada*; y la tercera, *artificiosa* ò *fingida*. De la agnacion rigorosa y artificiosa se dijo lo bastante en los párrafos 6, 7 y 8, capítulo 1. La limitada es cuando el rigor de la masculinidad no se amplía ni extiende à todos los llamados, sino solamente à algunos determinados, ó à ciertas líneas, grados y tiempo, porque el fundador no fundó el mayorazgo simple y absolutamente por conservar perpetuamente la agnacion entre todos sus sucesores. 10. *Masculina*, ó de *simple*, *pura* ò *nuda masculinidad*, de la cual se tratò en el párrafo 9. 11. *Habitual de primogenitura*, y es la que cualquiera primogénito constituye para

1 §. *Cæterum*, Institut. *de legitim. agnat. success.*

2 Ley *Si ita sit scriptum*, 45. ff. *de legat.* 2.

3 Ley 1. ff. *de his qui sunt sui vel alieni*, y ley ult. § fin. ff. *de legat.* 3.

sí, y para sus descendientes al instante que nace con exclusion del segundo hijo, aunque muera en vida del poseedor, ó antes ó despues de la institucion del mayorazgo. 12. *Efectiva*, y es la que comprende á las personas que eligen aquellos á quienes el fundador dió facultad para elegir ó nombrar sucesores en el mayorazgo. De todas estas líneas tratan Rojas *de incomp.* part. 1. cap. 6. num. 144 al 370, Aramburu *de vera identitate legali*, cap. 3, y otros que cita. 13. *Postergada*, y es cuando una carece de varon, y por esto pasa el mayorazgo á otra, y faltando varon en esta, vuelve á la atrasada, que por no tener varon lo perdió entonces. 14. *Defectiva*, y es cuando se llama á alguno porque se extinguió ó faltó la de otro, pues la de aquel entra á la sucesion del mayorazgo, y ocupa por defecto el lugar de la de esta (1).

CAPITULO CUARTO.

De las obligaciones del poseedor del mayorazgo, y de las causas porque puede perderle. De la facultad que tiene el fundador para revocar el mayorazgo.

§. 1. El poseedor del mayorazgo debe cumplir las posibles y honestas condiciones puestas por el fundador, so pena de perderlo, como tambien hacer inventario de todos sus bienes y papeles.

2. Está obligado asimismo á pagar los censos, pensiones, tributos y demas cargas reales del mayorazgo.

3. Causas porque puede perder el mayorazgo su poseedor.

4. Las fincas del mayorazgo no deben ser confiscadas por delito del poseedor.

5. El fundador del mayorazgo puede revocarlo, añadir ó alterar sus llamamientos, excepto en ciertos casos que se designan.

6. ¿Como se hace irrevocable el mayorazgo?

1. El poseedor del mayorazgo debe cumplir las posibles y honestas condiciones impuestas en la fundacion, y no cumpliéndolas lo perderá, aunque sea el primogénito y primer llamado á su obtencion, y pasará al siguiente en grado disponiéndolo asi el fundador (2). Se previene que los poseedores del

1 Simon de Petris *Interpretat. ultim. volunt.* lib. 3. interpretat. 2. dub. 1. num. 19. Castill. lib. 5. *Controv.* cap. 93 num. 50. Carl. Ant. de Luc. *de linea leg.* tom. 1. art. 14. num. 1.

2 Leyes 5 y 6. tit. 4. Part. 5. y 1. Cod. *de instit. et substit.*

mayorazgo deben hacer inventario formal de todos sus bienes y papeles luego que toman posesion de él, y repararlos y conservarlos á costa de su producto. Lo propio deben hacer los herederos del último poseedor de las líneas expresamente llamadas, si por culpa de este se aniquilaron ó deterioraron, y el mayorazgo es perpetuo: y porque en esto suele haber mucha desidia y omision, pues los poseedores, especialmente los que no tienen sucesion, no piensan mas que en disfrutarlo y destruirlo, para que ninguno alegue ignorancia conviene que se ponga todo por condicion y cláusula expresa en la fundacion, como lo verá el escribano en la escritura que extenderé para instruccion suya (1). El poseedor de mayorazgo, que deterioró ó dejó perderse alguna ó algunas de sus fincas, no puede compensar en todo ni en parte la pérdida ó la deterioracion con las mejoras hechas en otras de él; pues la compensacion debe hacerse de crédito con crédito, y por las mejoras no tiene ninguno contra las fincas, porque ceden al suelo y las disfrutó. Asi pues el sucesor tendrá accion personal contra sus bienes para conseguir dicha indemnizacion, á menos que el poseedor hubiese constituido obligacion hipotecaria de resarcirlos, pues entonces será graduado en el concurso de acreedores en el lugar que como hipotecario le corresponda (*).

2. Tambien está obligado el poseedor de un mayorazgo al pago de todos los censos, pensiones, tributos y cargas reales que deben satisfacerse anual y perpetuamente de los bienes vinculados, ya las hubiese impuesto el fundador, ya alguno de los poseedores anteriores con facultad Real, lo cual procede aun en las pensiones correspondientes á dichos poseedores; si bien el

1 Los poseedores del mayorazgo, háyase fundado en contrato ó en testamento, no estan obligados á dar caucion á los sucesores inmediatos de restituir los bienes vinculados sin desfalco ni deterioro, á menos que los disipen ó empeoren. (Gomez ley 40 de Toro.)

* Si las fincas del mayorazgo hubiesen padecido alguna pérdida, desmejora ó deterioro, los herederos del último poseedor tendrán obligacion de resarcirlo, aunque este no hubiere tenido culpa alguna en él, si los gastos fueren cortos; pero siendo grandes ó excesivos, solo deberán abonarse cuando haya habido en el último poseedor no solamente dolo ó culpa lata, sino tambien leve, y no levísima; puesto que instituyéndose un mayorazgo por favor de todos los llamados á él, tiene lugar la regla de que cuando se hace una disposicion en beneficio de dos ó muchos, sea responsable cualquiera de ellos por la primera de dichas culpas y no por la segunda. Al arbitrio del juez, atendida la calidad de las cosas y personas, queda el calificar de grandes ó pequeños dichos gastos. Pero si el poseedor que por su negligencia ó mal gobierno deterioró algunas fincas vinculadas, mejoró otras, es muy justo ó equitativo que se compense la mejora con el daño, mayormente cuando el no hacerse asi podria ceder en perjuicio del mismo mayorazgo, puesto que los poseedores se retraerian entonces de hacer mejoras en los edificios y terrenos vinculados. *Febrero reformado.*

último puede reconvenir á los herederos de ellos. Y si este tiene que dar alimentos á otros hermanos, no tendrán estos que pagar á prorota dichos tributos. En orden á las expensas que el poseedor tenga que hacer en pleitos por causa del mayorazgo ó fincas suyas, debe distinguirse si se hicieron aquellas solo por beneficio del poseedor, ó por la perpetua utilidad del mismo mayorazgo: en el primer caso, como si se hubiese litigado con otro la pertenencia del mayorazgo, ó únicamente sobre sus frutos (1), son de su cargo los gastos grandes ó pequeños; y en el segundo, si son pequeños, tambien deben ser de cargo suyo, y si son grandes deberán satisfacerse del mismo mayorazgo; por lo cual se ha visto á veces conceder Real facultad para hipotecar los bienes vinculados, ú obligarlos con pensiones anuales, por haberse hecho gastos considerables en pleitos sobre mayorazgos. En fin el poseedor tiene obligacion de suministrar alimentos á sus hermanos pobres y de dotar á sus hermanas (2).

3. El poseedor del mayorazgo puede perderlo por haber incurrido en infamia de hecho ó de derecho, por ingratitud; por disipacion de todas ó parte de sus fincas, si el fundador lo manda expresamente; ó por haber cometido alguno de los tres delitos exceptuados (que son: *lesa Magestad divina y humana, sodomía, y heregía*), aunque el fundador no lo mande; y pasará al siguiente en grado con arreglo á su fundacion. La pena de estos delitos no solo se extiende á los perpetradores y delincuentes, sino á sus hijos procreados despues de la perpetracion, ya sea por línea recta ó trasversal, pues si está infecta la raiz, lo estarán tambien las ramas, porque participan de la misma sustancia, lo que se deberá prevenir en la fundacion; pero no comprende á los nacidos antes de cometerse el crimen, como lo dice la ley 6 al fin, tit. 27. Part. 2.....

4. Las fincas del mayorazgo no deben ser confiscadas por delito de su poseedor, á menos que por su atrocidad sea preciso demolerlas y sembrarlas de sal para abolir enteramente su memoria, por ser util á la república este ejemplar castigo (*), y para la mayor claridad se pondrá la prohicion perpetua de enagenacion y confiscacion; pero si se erige con facultad Real, y se

1 Sobre los frutos pendientes en las fincas vinculadas al tiempo de la muerte del poseedor, está en práctica que sus herederos perciban la parte de frutos correspondiente al tiempo que los hubo y mientras vivió, y al sucesor la que corresponde al que pasó desde dicho fallecimiento hasta la recoleccion de frutos.

2 Véase á Molin. lib. 1. cap. 27.

* Con mucha dificultad podrá ofrecerse caso á nuestro entender en que haya tal precision, ó no pueda encontrarse una pena equivalente, tanto ó mas util. *Febrero reformado.*

declara en ella que ha de poder imponerse tal pena por alguno de los tres delitos, de nada servirá la prohibicion del fundador (1).

5. El que funda mayorazgo puede revocarlo, añadir, variar y mudar sus llamamientos, é imponerle el gravamen de incompatibilidad, ú otro, á menos que siendo erigido por contrato entre vivos, haya dado la posesion de sus bienes al primer llamado, ó á quien lo represente, porque por este acto es visto darla á todos los llamados: y así se les trasfiere por la ley la civil y natural; ó que le haya entregado su fundacion ante escribano; ó bien lo haya instituido por causa onerosa con tercero, v. gr. de casamiento, ú otras semejantes: pues en estos casos no puede revocarlo, gravarlo, variar ni mudar sus llamamientos, á menos que para ello se haya reservado en la fundacion (como puede y conviene lo haga) la facultad de hacerlo; ò que la Real se lo permita (2). Y lo mismo digo del último poseedor que por la fundacion tiene facultad para nombrar sucesores en el mayorazgo, vínculo ó patronato: pues una vez hecha irrevocable la eleccion, no podrá revocarla, variar, añadir ni mudar los llamamientos, si la fundacion no se lo permite, à menos que por ignorancia nombre al indigno, ò el nombrado se constituya tal despues: y para evitar dudas y pleitos se expresará en la fundacion lo que deberá hacer el último poseedor teniendo presente lo explicado, y la cláusula puesta en el párrafo 12. cap. 1. de este tratado. Habiéndolo hecho irrevocable al principio, puede imponerle en otro instrumento la incompatibilidad, v. gr. cuando mandó que los poseedores usasen precisamente de su apellido, armas &c., pues si despues dice por declaracion que cuando lo hizo fue su ánimo que dichos poseedores llevasen sus armas al lado diestro, ò solas sin mezcla de otras, y que se le olvidó expresarlo, ò al escribano ponerlo, y por eso lo declara ahora, valdrá esta declaracion y siendo verosimil, se deberá estar á ella, aunque sea hecha sin juramento, porque el que hace un acto irrevocable puede declararlo despues (3).

6. Se hace irrevocable el mayorazgo por el juramento de no revocarlo; y lo quedará, no impetrando el fundador relajacion de este, aunque la escritura no esté ordenada con la cláusula

1 Villadieg. en su *Politic. y forma de libelar*, num. 182 al 184 inclusive.

2 Ley 4. tit. 17. lib 10. Nov. Rec. Mieres *de majorat.* part. 1. quæst 54 y 55. Molina *de Hisp. primog.*, lib. 1. cap. 9.

3 Ley fin §. 1. Cod. *de legib.* ley *Heredes palam*, 21. ff. *Qui testament. facere poss* ley *Ex facto*, 43. ff. *de vulgar et pupilar. substit.* Rojas. Almans. disp. 1. quæst. 10. num. 13 al 24.

de constituto, ni se haya entregado al primer llamado la posesion del mayorazgo por acto verdadero ó ficto, ni la escritura de su institucion; y una vez hecho irrevocable, no puede su fundador variar, mudar ni adicionar sus llamamientos ni condiciones, ni imponerle el gravamen de incompatibilidad ni otro alguno sino en la forma expuesta, aunque reserve para sí el usufructo de sus bienes por toda su vida (1).

CAPITULO QUINTO.

De la agregacion de bienes que suele hacerse al mayorazgo.

§. 1. La materia de agregacion de bienes á los mayorazgos se gobierna, á causa de faltar ley civil, por las disposiciones canónicas relativas á la union de obispados, prebendas y otros beneficios eclesiásticos.

2. ¿De cuantos modos puede hacerse dicha agregacion?

3. La agregacion debe hacerse bajo las condiciones y reglas de la fundacion.

4. Obligaciones que pueden imponerse en la agregacion necesaria.

5. ¿Como se podrá probar la agregacion hecha al mayorazgo?

6. Efectos que surte la agregacion.

1. Paso ahora á tratar de la agregacion de bienes á los mismos mayorazgos: sobre cuya materia no hay ley que de intento hable, por lo que los autores (2) que hablaron de ella, se gobernaron por las disposiciones canónicas relativas á la union de obispados, prebendas, dignidades y beneficios eclesiásticos, fundándose juiciosamente en que cuando un caso, cuestion ó artículo no consta definido por la ley, se debe arreglar el juez á las que en casos semejantes determinan lo que se debe practicar, por no ser posible haberlas para todas las dudas y cuestiones, como dice el derecho (3); y por versar en unos y otros idéntica razon, aunque sus nombres y términos sean diversos (4).

1 Villadieg. en el lugar citado, num. 187 y 188. Roj. Almens. dicha quæst. 10. num 6. y sig.

2 Aquil. ad Roj. part. 1. cap. 7. num. 27. Card. de Luc. *de fideicommis* in *Addition. ad discurs.* 12. Roj. Almans. *de incompatibil.* disp. 1. quæst. 11. num. 1.

3 Leyes *Non possunt*, 12. ff. *de legib.* y 1. tit. 33. Part. 7.

4 Greg. Lop. en dicha ley 33. glos. 4.

2. La agregacion à los mayorazgos y sus bienes puede ser hecha de tres maneras. 1.ª Por incorporacion ó union de un mayorazgo con otro; y entonces se juzga uno solo, y una misma disposicion. 2.ª Accesoriamente, en cuyo caso los bienes que se le agregan, siguen la naturaleza de los de la fundacion principal, y se estiman como incluidos en ella. 3.ª Igual y principalmente; y entonces el mayorazgo unido retiene su propia naturaleza, y permanece en su primitivo estado (1). Tambien puede ser perpetua, y limititada ó temporal, como otras agregaciones (2), extenderse hasta ciertas líneas solamente, excluyendo expresamente el agreganta á las demas, y disponiendo à su arbitrio; hacerla este con condiciones compatibles con la fundacion, ó contrarias y repugnantes á ella; y verificarse por tres títulos, ó de tres modos: el primero, *por la ley*, v. gr. en el aluvion, cuando el rio se arrima paulatinamente á un predio, y al dueño de otro deja tanta porcion de tierra, cuanta quita al del primero; pues en este caso quiere expresamente el derecho que la parte del alveo ó madre, que va dejando, sea propia de aquel á quien se agrega (3), y asi se constituye propia del mayorazgo, no libremente de su poseedor, porque este posee como tal, y no en otro concepto, el predio á quien se incorpora (4); el segundo modo es *por costumbre*, cuando la hay de que una cosa se tenga y posea como parte de otra; v. gr. si alguno compra una heredad, y despues otra contigua á ella, y las cultiva, arrienda y posee como una sola, titulándolas con un solo nombre, y luego lega la primera y principal, pues se entide legar tambien la accesoria y unida (5); y el tercero, *por el hombre*, cuya agregacion puede *ser voluntaria ò necesaria y coactiva*. Se llama voluntaria, cuando el mismo fundador, ó algun poseedor ú otro pariente ó amigo, hace la agregacion de su libre y espontánea voluntad; y necesaria, cuando el fundador manda á algunos ó á todos los llamados ó sucesores que la hagan (6): y de esta paso á tratar.

3. Como la intencion de los fundadores de mayorazgos es-

1 Roj. *de incompatib.* part. 1. cap. 5. num. 34. Roj. Almans. disp. 11 cit. num 2.

2 Cons. Trident. sess. 21. *de reformat.* cap *Ut etiam*, 4. Roj. dicha disp. 11. num. 6 y 11

3 Ley *Adeo*, 7. § *Quod si toto*; ley *Inter eos*, 29 ley *Ergo*, 30 §. *Alluvio*: y ley *Insula*, 56. §. *Item quæro*, ff. *de acquirend. rer. domin.* y ley 26. tit. 29. Part. 3.

4 Roj. Almas. disp. 1. quæst. 11. cit. num. 59 y 60., y otros que que cita.

5 Castill. tom. 5. *Controv.* cap 62. num. 3 al 50 y *de usufruct.* lib. 1. cap. 22.

6 Adicionadores de Molina lib. 1. cap. 8 num. 35 y sig. Mostaz. *de causis pii*s, lib. 3. cap. 5. num. 49 y 50. Roj *de incompatib.* part. 1. cap. 7. num. 26.

que sus poseedores conserven su memoria y el esplendor de su familia, y este se conserva con la opulencia, pues si falta decae el lustre, y se eclipsa la nobleza; suelen agregar à las fundaciones despues de hechas, algunos bienes para su incremento, en cuyo caso su agregacion se ha de hacer bajo de las condiciones y reglas de la fundacion, sin innovar ni alterar su naturaleza, modo, cualidades ni llamamientos, porque como accesoria la sigue, y de lo contrario no tomarán su naturaleza, ni será agregacion pura ó simple, sino fundacion diversa. Lo mismo procede cuando otro la hace voluntariamente: y por tanto si el que erige mayorazgo irrevocable sin gravamen de incompatibilidad, le agrega luego algunos bienes por otra escritura, no puede por sí solo imponerle este gravamen, à menos que intervenga beneplácito del primer llamado, el cual sino tiene otro mayorazgo ni lo espera, deberá aceptar el aumento con el gravamen, à fin de no perjudicar á su posteridad ni familia, y sus sucesores no podrán impugnar su aceptacion aunque posean otro ó mas mayorazgos; pero si posee otro, ó es inmediato sucesor à él, no está obligado à admitirlo, por que se le irroga daño (1), y como dice el derecho (2), à ninguno conviene pretender lo que le es nocivo.

4. Por lo tocante à la agregacion necesaria digo que el fundador puede mandar que el primer llamado agregue al mayorazgo cierto fundo suyo propio, y deberá arreglarlo. Tambien le puede mandar que agregue el ageno, y deberá comprarlo, y agregarlo; pero si su dueño no quiere vendérselo, ó le pide un precio exorbitante por él, ó no puede ser vendido por alguna causa, queda libre de la obligacion de comprarlo, y cumple con aprontar su justa estimacion y comprar otro de igual valor para su agregacion (3). Asimismo puede imponer à todos los poseedores, ó à alguno ò algunos, el gravamen y obligacion de agregar al mayorazgo sus legítimas, ó el tercio, ó quinto, ò ambos: ó la de que con las rentas de tantos años (los que señale) compren hasta en cierta cantidad fincas raices, y las incorporen à él: en cuyos casos, y en otros semejantes permitidos por derecho, si cada poseedor acepta simplemente y toma posesion del mayorazgo, es visto por su silencio y simple admision haber consentido el gravamen, por lo que está obligado, y puede ser compelido à efectuar la agregacion mandada por el fundador, sin

1 Roj. Almans. disp. 1. quæst. 10. num. 25 al 44.

2 Ley *Nec damnosa*, 3. Cod. *de precib. Imperatorib. offerend.*

3 Ley 10. tit. 9. Part. 6. ley *Hæredum*, 25. Cod. *de fideicommis.* Roj. Almans. disp. 2. quæst. 7. num. 2 al 8.

la mas leve alteracion, ni imposicion de gravamen ni condicion; bien que su obligacion no llega hasta el dia de su muerte, porque de lo contrario seria privarle del uso de sus bienes, y precisarle á dividirlos, y desprenderse de ellos en vida; y asi deberán hacerla sus herederos, y el importe deducirse de sus bienes, como deuda contra la herencia (1). Pero es de advertir: lo primero, que al modo que el donante no puede hacer donacion de todos sus bienes, aunque sea solo de los presentes, por estarle justamente prohibido por la ley 69 de Toro; tampoco puede imponer el fundador á los poseedores el gravamen de que agreguen al mayorazgo todos los suyos, porque es contra las buenas costumbres, y contra la razon natural, y porque por él los priva de la facultad de testar, por lo que debe ser de lo que la ley les permite y no mas (2). Y lo segundo, que si el poseedor de varios mayorazgos hace voluntariamente agregacion á alguno de ellos, debe especificar á cual, y no decir solamente al mayorazgo que poseo: porque de omitir la especificacion se originan dudas y pleitos; lo cual tendrá presente el escribano para prevenírselo, y evitarlos.

5. Al modo que por los medios explicados se califica que los bienes pertenecen al mayorazgo; se puede calificar, y probar en juicio, la agregacion á él ó á patronato ó capellanía, por los siguientes. El primero, por instrumento público fe haciente otorgado en sanidad ó por causa de muerte (pues por ambos se puede hacer) en que conste que el mismo fundador despues de formalizada la fundacion, ó algun poseedor ú otro la hizo (3). El segundo si el instrumento se perdió ó quemó, por testigos fidedignos que contestes depongan haberlo visto y leido, y que contenia la agregacion de los bienes (4). El tercero, no habiendo instrumento ni testigos, con otras escrituras otorgadas por el agregante, en que relacione haber agregado al mayorazgo tales bienes, nombrándolos; ó por las otorgadas por sus poseedores, en las que refieran la de agregacion, y que como agregados y vinculados los poseyeron (5). Y el cuarto, en defecto de los tres medios expuestos, por

1 Leyes *Imperator*, 70 §. 1. ff. *de legat.* 2. ley *Si legatario*, 12. ff. *de fideicommissar. libertat.* Maldonad. ad Molin. lib. 2. cap. 11. núm. 8 Surd. *de alim.* tit. 2. quæst. 15. num. 281. Roj. Almans. disp. 1. quæst. 11. num. 31. y disp. 2. quæst 7 num 2 al 36.

2 Ley *Ex facto*, 17. ff. *ad senatusconsult. trebellian.* ley *Cum duobus*, 52. §. *Idem respondit*, 9. ff. *pro socio*, y ley 1. Cod. *de sacrosanct. Eccles.* Roj. Almans. disp. 2. quæst 7 dichas num. 22 y 41.

3 Garc. *de benefic.* tom. 2. part. 12. cap. 2. §. 3. num. 224. Albar. Pegas *de majorat.* tom. 1. cap. 3. num. 83.

4 Cap. *Cum olim*, 12. *de privileg.* ley 1. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.

5 Larrea tom. 2. decis 53. num 4, y 5, 8 y 10. Albar. Pegas ibi, num. 11. Mier. *de mayorat* psrt. 1. quæst. 64. num. 78.

legal trascurso de tiempo, aunque no sea inmemorial, con posesion de todos los bienes en concepto de vinculados y agregados, justificando que asi lo gozaron sus poseedores, y que por esta causa jamas se dividieron entre los respectivos herederos de cada uno (1).

6. Siempre que por alguno de los medios propuestos se pruebe la agregacion de bienes al mayorazgo, surtirá los siguientes efectos: 1.° que los bienes agregados se constituyen parte de la cosa á que se agregan, y toman regularmente su naturaleza, orden, modo y forma (2); 2.° que para reivindicarlos compete al poseedor la misma accion que para la recuperacion y obtencion del mayorazgo (3); 3.° que si alguno mueve pleito sobre la sucesion ó posesion del mayorazgo, y obtiene sentencia favorable, aunque en esta nada se exprese acerca de los bienes agregados por distintos poseedores ú otros, se puede ejecutar por ellos del mismo modo que por los del mayorazgo principal (4); 4.° que asi como por muerte del poseedor se trasfiere por la ley en el siguiente en grado la posesion civil y natural de él; asi tambien la de los bienes agregados (5); 5.° que si el poseedor impone censo con Real permiso sobre los bienes del mayorazgo, y los obliga, quedan obligados igualmente los agregados, sin embargo de que no los hipoteque expresamente, ni de ellos haga mencion (6). El que apetezca instruirse mas vea los autores citados.

1 Dicha ley 1. Roj Almans. disp. 1. quæst. 11. num. 33 al 35.

2 Ley *Inter socerum*, 76 §. 2. ff. *de pact. dotalib.* ley *Librorum*, 52. §. *Sed si*, 7. vers. *Plane*, ff. *de legat.* 3. Roj. Almans. ibi, num. 28 y 61.

3 Ley *Etiam si non*, 8. Cod. *de jur. dot.*

4 Dicha ley *Inter socerum*. Amaya en la 2. Cod. *de bon. vacant.* num. 33. Salgad. *de reg.* part. 4. cap. 10. num. 88 y sig. Mier. part 1. *de majorat.* quæst. 10. num. 124.

5 Ley 1. §. *Præterea*, 12. ff. *de separation* Ordenam. lib. 1. tit. 50. glos. 1. num. 10 y 14.

6 Ley *Si convenerit*, 18. §. 1. ff *de pignorat. action.* y ley 15. tit. 13. Part. 5. en las palabras *Otrosí decimos*, et ibi glos. 6.

CAPITULO SEXTO.

Del remedio posesorio sumario, que vulgarmente se llama tenuta.

§. 1. Medios para obtener la posesion de un mayorazgo vacante.
2. De la tenuta, y del artículo de administracion.
3. Reglas para sustanciar este artículo.
4. Trámites que se observan hasta la decision del mismo.
5, 6, 7 y 8. Continuacion del propio asunto.
9. Requisitos necesarios para entablar la demanda de tenuta.
10. No se da restitucion contra el término prefijado por la ley para presentar la demanda de tenuta.
11. ¿Que debe pedirse en ella?
12, 13, 14 y 15. De los trámites que se observan en el juicio de tenuta.
Escrituras correspondientes á este capítulo.
1.ª Fundacion de mayorazgo regular.
2.ª Fundacion de vínculo de mejora de tercio y quinto hecha en contrato.
Apéndice. Real cédula de 11 de marzo de 1824, relativa á mayorazgos y demas vinculaciones.

1. Para obtener la posesion del mayorazgo vacante puede el que pretende suceder en él valerse de uno de los tres medios siguientes: 1.° pidiéndola ante la justicia ordinaria del pueblo en donde estan sitos los bienes; 2.° contradiciendo alguno semejante posesion, y solicitando se le ponga en ella con exclusion del que la tomó, cuyo juicio debe seguirse ante la misma justicia que dió el primer decreto, si es competente; 3.° usando del *interdicto de tenuta* (1), con el previo artículo de administracion, que se forma por un *otrosí* en la misma demanda.

2. Aunque se usan ya promiscuamente para significar una misma cosa las voces *tenuta* y *posesion*, han sido segun nuestro derecho cosas muy diferentes. Antiguamente conocian de la posesion las chancillerías del territorio, siendo únicamente propio y privativo del Consejo el conocimiento sobre la *tenuta* ó *tenencia* de los bienes de mayorazgo entre tanto que se litigaba y de-

1 La tenuta se asemeja al interdicto *uti possidetis* del derecho romano: es extraordinario, y de diversa naturaleza que los demas interdictos. Se introdujo para la breve y sumaria ejecucion de lo prevenido en la ley 45 de Toro, y el que lo propone pretende que se le conserve y defienda en la posesion que se le trasfirió por ministerio de la referida ley. Pax *de tenuta*, cap. 2. num. 12 y 13. cap. 5. num. 14 y 24. num. 14. tract. 1.

cidia á quién de los interesados correspondia la posesion civil y natural de los mismos. Despues se mandó que el juicio que se seguia en el Consejo sobre la *tenuta* se entendiese sobre la posesion, y que solo se conociese en las chancillerías sobre la propiedad, no debiendo haber mas que un solo juicio posesorio. Parece pues que la verdadera, legal y propia tenuta es lo que hoy se determina en el *artículo de administracion*, pues en rigor no es otra cosa esta tenencia provisional que se declara á favor de la parte por quien milita mayor probabilidad, segun el estado del proceso, mientras se declara la pertenencia de la posesion, ó bien entre tanto que se ponen los bienes en secuestro. El interdicto posesorio definitivo ó la posesion civil y natural se decide definitivamente en el auto que comunmente se llama de tenuta, voz que en la práctica se extiende ya á la posesion. Asi en el juicio que se sigue en el Consejo se verifican por su orden las instancias de tenuta y de posesion que antes se ventilaban en diversos tribunales. Supuesto lo dicho veamos cuáles son los trámites que se siguen para determinar el referido artículo de administracion (1).

3. En auto de julio de 1750, que es la ley 8. tit. 24. lib. 11. Nov. Rec., para evitar los perjuicios que se originaban principalmente de la forma con que se sustanciaban los artículos de administracion se dieron las nuevas reglas siguientes. 1.ª Que el referido artículo haya de sustanciarse en el término perentorio de cuarenta dias, los cuales deberán correr desde aquel en que el que hubiere puesto la demanda presente en la escribanía de Cámara del Consejo los despachos ó provisiones de emplazamiento con las notificaciones hechas á los interesados, sin que por ningun caso se suspenda ni prorogue dicho término. 2.ª Que el citado artículo haya de verse y determinarse por sola la sala de Mil y Quinientas, y en cualquiera dia; y en el mismo auto en que se provea la administracion ó secuestro, se ha de recibir el pleito á prueba en lo principal, sin que se pueda suspender ni prorogar con ningun pretexto ni motivo. 3.ª Que este auto se haya de notificar de oficio por la escribanía de Cámara en el término de ocho dias, sin perjuicio de sus legítimos derechos, pena de docientos ducados al escribano de Cámara que asi no lo hiciese. 4.ª Que del referido auto de prueba, administracion ó secuestro no se ha de admitir súplica ni otro recurso en ningu-

1 Léase á Escolano, *Práctica del Consejo*, tom. 2. cap. 19. y á Elizondo, *Pract. univers. for.* tom. 1. part. 218 y sig. tom. 2. part. 380. y tom. 5. part. 1. cap. 6. num. 6, 7, 8 y 18.

na de sus partes. 5.ª Y que en la referida sala de Mil y Quinientas se hayan de sustanciar todos los pleitos de tenuta hasta ponerse en estado de sentencia definitiva, de modo que en ella sola se hayan de ver y determinar todos los artículos que durante el juicio se introdujeren, á excepcion del que se forme sobre no ser caso de tenuta, ó no haber lugar á este juicio, porque semejante artículo se ha de ver y determinar por las tres Salas, segun y como se veía y determinaba la tenuta en lo principal; y cualquiera duda que ocurriere sobre los referidos puntos, se declare y decida por la misma sala de Mil y Quinientas.

4. A consecuencia de lo dispuesto en dicha ley, luego que se devuelve y presenta en la escribanía de Cámara el despacho de emplazamiento de la demanda de tenuta, con las notificaciones hechas á los interesados, se debe poner nota del dia de la presentacion, porque desde él se cuentan los cuarenta prefinidos para la vista y determinacion del artículo de administracion y prueba, dentro de los cuales pueden tomar los autos unas y otras partes para deducir lo conveniente á su derecho; y concluidos, cualquiera que sea su estado, se pone por la escribanía de Cámara el decreto de *pasen al relator* mediante á haberse cumplido los mencionados cuarenta dias. Con este decreto se lleva la pieza corriente á la secretaría de la presidencia para el señalamiento del relator; y ejecutado se pasan al que le corresponde, bajo de recibo que firma en el libro de conocimientos. Luego que este se ha instruido y hecho el apuntamiento de los autos, cualquiera de las partes pide señalamiento de dia por medio de un pedimento en que pone una nota el relator expresando estar corriente el pleito, si es corto ó largo, y los nombres de los procuradores de todos los interesados, con la cual pasa á dar cuenta el escribano de Cámara en la sala de Mil y Quinientas, porque en ella sola se ve y determina el artículo de administracion. Entonces se señala dia para la vista de este, mandando pase al relator; y el auto que se provee, ya encargando la administracion de los bienes del mayorazgo ó estado á alguno de los litigantes, ya mandando ponerlo en secuestro, lo extiende el relator sin firmarlo, como lo hace en las demas providencias, á causa de ser auto Real que rubrican todos los señores que lo acuerdan.

5. En cualquiera de los dos casos debe entregar inmediatamente el relator dicho auto con el proceso en la escribanía de Cámara á que corresponde, la cual tiene obligacion de notificarlo á las partes dentro de los ocho dias siguientes á su fecha,

para que corran los del término de prueba, de la que y de los demas trámites del pleito se tratará despues.

6. Con objeto de que no se detenga el curso del pleito en lo principal, por haber de expedirse el despacho para la administracion cuando se encarga libremente, ó de la presentacion de fianzas cuando se mandan dar, ó se pone en secuestro el mayorazgo litigioso, se forma en orden á este particular pieza separada con copia literal del auto y de sus notificaciones. Formalizada esta diligencia, si se encargase la administracion libremente y sin fianza á alguno de los interesados, se extiende desde luego un despacho en que hablándose con él, se expresan todas las facultades y obligaciones que tiene como tal administrador. Si la administracion se encargase bajo fianzas, debe el interesado darlas y presentarlas con pedimento, y de ellas se da cuenta por el escribano de Cámara á quien corresponde en la sala de Mil y Quinientas, donde se acuerda comunicar traslado á los demas interesados, á cuyos procuradores se entrega por su orden bajo recibo, para que expongan lo conveniente, y hallándose concluso se pasa al relator, quien da cuenta de todo en la misma Sala; y no resultando reparo se aprueban las fianzas presentadas mandándose despachar el título de administracion en la forma ordinaria. Este título es igual al que se despacha al administrador secuestrario, porque tiene obligacion de presentar las cuentas anualmente en el Consejo y depositar los productos.

7. Si el estado, vínculo ó mayorazgo litigioso se pusiere en secuestro, se pasa la pieza que se forma con separacion de este particular, á la secretaría de la presidencia, para que el señor presidente ó gobernador nombre por administrador á quien le pareciere (*); y á este se despacha el correspondiente título pre-

* Al señor presidente ó gobernador del Consejo y no á la sala de Mil y Quinientas corresponde la facultad de nombrar administradores de los estados ó mayorazgos litigiosos mandados secuestrar, y otras personas para servir los demas empleos que vaquen durante la administracion, como tambien el hacer la presentacion para piezas eclesiásticas con los demas actos anejos al mayorazgo ó estado litigioso, que ejerceria el poseedor de él. Tambien son privativos del gobernador ó presidente todos los nombramientos ó elecciones que dimanan de providencias de la sala de Gobierno y de la comision de hospitales, como principal protector de ellos, segun el auto 93. tit. 4. lib. 2. Dichos nombramientos se pasan por la secretaría de la presidencia á la escribanía de Cámara donde pende la tenuta, y para ello se da cuenta á la sala de Mil y Quinientas, donde se acuerda expedir los títulos correspondientes en la forma ordinaria. Suele tambien ocurrir que las justicias ó administradores del secuestro remitan sus respectivas propuestas ú avisos á la escribanía de Cámara donde se halla el pleito, en cuyo caso, dándose cuenta al Consejo, acuerda que pasen al señor presidente ó gobernador para que elija las personas que tenga por conveniente, á quienes se expide el correspondiente despacho ó certificacion.

sentando las debidas fianzas hasta la cantidad prevenida en el auto, en orden á las cuales se practican las mismas diligencias que cuando se presentan por los interesados en la tenuta á quienes se encarga la administracion.

8. Nótese que cuando el mayorazgo ó estado sobre que se litiga la tenuta está concursado, el administrador nombrado en virtud de la providencia de secuestro no puede embarazar el uso de la administracion general al que lo sea legítimamente del concurso, y solo tiene facultad de percibir y cobrar de este administrador los caudales que esten consignados para alimentos del poseedor del estado ó bienes concursados, como tambien las demas cantidades que resulten despues de satisfechos los acreedores y pagadas las cargas del concurso. A este efecto puede pedir los alimentos necesarios en el tribunal donde penda dicho concurso debiendo tener las sumas que perciba en calidad de depósito hasta que el Consejo mande otra cosa, ó hasta la determinacion del pleito de tenuta; en cuya conformidad han de extenderse las fianzas y expedirse los despachos para administrar (1).

9. Explicado ya lo correspondiente al artículo de administracion pasemos á tratar de la tenuta. Para entablar la demanda de esta es preciso que concurran los tres siguientes requisitos: 1.° que sea llamado á la sucesion del mayorazgo, y tenga las calidades que exije el llamamiento; 2.° que haya llegado el caso de este (2); 3.° que ocurra al Consejo, como único tribunal privativo para conocer de esta clase de negocios, á poner la demanda dentro de los seis meses siguientes al dia en que por la última vacante del mayorazgo se dió su posesion á alguno de los interesados (3), justificándolo con la fe de muerto ó testimonio correspondiente autorizado de escribanos públicos, y presentando poder especial. Y aunque pasados los seis meses se haga saber la demanda al actual poseedor del mayorazgo, no puede por esto solicitar su repulsa.

10. El término de los seis meses es perentorio, y una vez pasado no debe ser admitido el pretendiente ú opositor que comparece por su propio derecho, porque se le considera extraño del pleito y nuevo actor, cuya accion no es admisible á causa de hallarse excluida por la misma ley (4). Asi es que contra el refe-

1 Auto 6. tit. 7. lib. 5.

2 Larrea *Decis.* num. 33. Cast. lib. 5. *Controv.* cap. 181. num. 1 al fin. Molin. *de primogen.* lib. 3. cap. 5. num. 6. Paz *de tenut.* cap. 30. desde el num. 12 hasta el fin.

3 Ley 2. tit. 24. lib. 11. Nov. Rec.

4 Paz ibi, cap. 23. num. 15, 16, 23 y 24. Covarr. *Pract.* cap. 14. num. 4.

rido término no se concede absolutamente á nadie el beneficio de la restitucion, ni contra la omision en hacer pruebas, ni para tachar testigos. Tampoco hay en el juicio de tenuta publicacion de probanzas; bien que siempre queda á salvo el derecho para deducirle en el juicio de propiedad; pues la sentencia de tenuta, como meramente posesoria, no declara dominio ó pertenencia en aquella, ni produce excepcion de cosa juzgada, mediante la reserva que se deja á los interesados en cuanto á la propiedad.

11. Debe pedirse en la demanda de tenuta la restitucion de frutos, por cuanto se sucede por título universal en el mayorazgo, del cual son parte. Tambien debe solicitarse en la misma demanda por un *otrosí*, que se encargue al demandante la administracion de todos los bienes, frutos y rentas del mayorazgo, formando sobre ello artículo, como se ha dicho antes tratando de este. Asimismo ha de pedirse que se libre Real provision para que se remitan al Consejo originales todos los autos que se hubiesen formado ante cualesquiera justicias sobre la posesion del mayorazgo con emplazamiento á los que creyeren pertenecerles; debiendo notarse que la tenuta intentada contra el clérigo que se halla en posesion del mayorazgo ha de entablarse tambien en el Consejo, y no ante el eclesiástico.

El sucesor inmediato del sugeto que se considere tener derecho al mayorazgo, puede intentar el juicio de tenuta siempre que se crea muerto á este último por ausencia dilatada en pais remoto, ó por otra causa semejante. Si comenzando el pleito en debido tiempo y forma presentare en él, despues del semestre prefinido por la ley, demanda de tenuta algun tercero, ya coadyuvando el derecho de alguno de los litigantes ya excluyendo el de todos (caso al parecer omitido en la ley citada porque segun se infiere de ella solo excluye á quien pasados los seis meses lo instaura ó empieza de nuevo), está en práctica, segun lo acreditan repetidos ejemplares, admitir el Consejo por equidad ó por otras razones la nueva demanda ó tercería, mandando dar traslado á los demas interesados en la tenuta sin perjuicio del estado del pleito, ó acordando que se tenga presente al tiempo de la vista, y en especial cuando aparece por los instrumentos un derecho en el tercero claro y superior al de los demas.

12. Los trámites que se observan en el juicio de tenuta son los siguientes: determinado el artículo de administracion en los términos expresados, se recibe al mismo tiempo el pleito á prueba por el término de los ochenta dias de la ley, y este auto de-

be notificarse de oficio á las partes por la escribanía de Cámara en el término de ocho dias (1). Notificado el término de prueba se pasa certificacion al número de receptores, que devuelve otra con expresion de aquel á quien ha tocado hacer las probanzas. En seguida se toman los autos para formar el interrogatorio, el cual se presenta con pedimento solicitando la comision para la prueba, y por otrosí es la comprobacion ó compulsa de instrumentos, lo cual se acuerda. El modo de presentar el interrogatorio, y pedir la comision para las probanzas y compulsa ó cotejo de instrumentos y expedicion de los despachos, es uno mismo para todas partes.

13. Como en el juicio de tenuta por ser posesorio no hay publicacion de probanzas, se entregan desde luego á los interesados las que se hacen, sin tenerlas reservadas en la escribanía de Cámara hasta dicha publicacion, como sucede en otros pleitos: despues alegan aquellos de bien probado hasta su conclusion, y estándolo legítimamente se pasan los autos al relator, quien forma el arbol y memorial ajustado. Si los litigantes quieren que se imprima, se concede á costa del que lo pide ó de todos ellos, segun las circunstancias y lo que estime el Consejo, lo cual evacuado señalan las tres Salas dia para la vista y determinacion, en el que si alguno ó todos los litigantes piden licencia para escribir en derecho, y el Consejo lo tiene á bien, se practica lo mismo que en los grados de segunda suplicacion, y segun la fórmula general sobre el seguimiento y sustanciacion de los pleitos en el Consejo. Los de tenuta deben verse y determinarse por los trece señores ministros de las tres Salas de Justicia, ó de los que entre ellos pudieren ser jueces, con tal que no sean menos de nueve; y en el caso de no haberlos, el señor ministro mas antiguo de dichas Salas, pasa un recado al señor presidente gobernador ó ministro que en aquel dia preside el Consejo para que se envien de la Sala primera los que falten (2). Si hubiere discordia en la tenuta, deberán dirimirla tres señores ministros de las tres Salas si los hubiese hábiles, y de lo contrario ha de nombrarlos de los de gobierno el señor presidente ó gobernador del Consejo, lo cual se hace en virtud de memorial que presentan los interesados refiriendo el caso y pidiendo el nombramiento de ministros.

14. Firmada por los señores ministros la sentencia de tenu-

1 Auto acordado del Consejo de 20 de julio de 1760.

2 Leyes 21. tit. 7. lib 4. y nota 3. tit. 24. lib. 11. Nov. Rec.

ta, la entrega el relator para su publicacion al escribano de Cámara originario del pleito, quien la lee en el salon del Consejo cuando el mayorazgo no tiene aneja la grandeza de España, pero si la tuviere debe hacerse la publicacion en la posada del señor presidente ó gobernador á su presencia. No se notifica á los litigantes, porque no se admite suplicacion de ella, é inmediatamente se despacha la ejecutoria para remitir despues los autos á la chancillería ó audiencia en que ha de ventilarse el juicio de propiedad; si bien hay varios ejemplares de haber resuelto su Magestad en algunos pleitos de tenuta se siga y determine aquel en el Consejo por los señores ministros que no hayan sido jueces en la tenuta; como en efecto se ha ejecutado sustanciándose y resolviéndose en la sala de Justicia.

15. Luego que se entregan los autos en la escribanía de Cámara se pone en ellos copia certificada de la sentencia, porque la original se custodia en el legajo destinado á este objeto, y como el litigante que obtiene la posesion del mayorazgo desea tomarla inmediatamente, y esto se dilataria si esperase á la formacion y extension de la ejecutoria, presenta un escrito solicitando que sin perjuicio de los derechos de ella se le dé certificacion incluyendo la sentencia para poder tomar la posesion. De este pedimento se da cuenta en la sala ordinaria de Mil y Quinientas, y se acuerda el decreto siguiente: »Madrid &c. Désele la certificacion que pide sin perjuicio de los derechos de la ejecutoria, que deberá depositar ó hacer obligacion de satisfacerlos." A consecuencia de este decreto se extiende la certificacion refiriendo por mayor el pleito, nombrando los litigantes é insertando la sentencia; y entregada la ejecutoria al procurador del interesado bajo de recibo, el que pretenda la remision de autos á la chancillería ó audiencia para seguir el juicio de propiedad, debe solicitarlo pagando las dietas correspondientes al portero; pues tales autos los conducen personalmente y por turno los del Consejo, de lo cual para no perjudicar á ninguno se lleva razon en un libro que por providencia del Consejo se halla en la escribanía de Cámara de gobierno.

Escrituras correspondientes á este tratado.

1.ª FUNDACION DE MAYORAZGO REGULAR.

Don Francisco Solís, vecino de esta villa, digo: que he resuelto erigir mayorazgo perpetuo de todos los bienes que me per-

tenecen, y para su debida estabilidad he impetrado facultad del Rey nuestro Señor (que Dios guarde) firmada de su Real mano en tal parte, á tantos de tal mes y año, y refrendada de Don F. su secretario, cuyo literal tenor dice asi. *(En párrafo á parte se insertará la facultad Real.)*

Y usando de esta facultad y de la que me conceden las leyes de estos reinos, en la forma que mas haya lugar en derecho= Fundo mi mayorazgo perpetuo de todos los bienes, raices, juros, censos, efectos y derechos que poseo, y son los siguientes. *(Se pondrán por menor en párrafo á parte los bienes con sus linderos, cabida, sitio, valor y demas señales por donde sean conocidos, con relacion clara y especifica de sus títulos, para que conste de su vinculacion en lo sucesivo: y proseguirá la escritura.)*

Declaro que estos bienes me pertenecen en posesion y propiedad, y que estan libres (caso que no hubiesen de pagar tributo, carga, memoria, capellanía, patronato, como obligacion, fianza &c. porque si tienen alguno de estos gravámenes se especifica) de todo gravamen y responsabilidad (si la tuviesen real, perpetua, temporal, especial, general, tácita ú expresa, *se expresará, y dirá que no tienen mas*): y de ellos constituyo mayorazgo con las siguientes condiciones y llamamientos.

1.° Que despues de mis dias han de poseer y gozar perpetuamente este mayorazgo Don F. mi hijo mayor y sus descendientes legítimos, ya sean procreados y nacidos constante matrimonio, ó legitimados por el subsecuente, prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra, aunque esta sea mayor en edad: la línea del último poseedor á todas las otras: y la hembra de mejor línea y grado á los varones mas remotos, con arreglo á las leyes 2. tit. 15. Part. 2 y 5. 13 y 9. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.: y si fueren hijos de parientes en grado prohibido, y nacieren antes de casarse sus padres, entrarán á su obtencion, con tal que antes de su nacimiento esté removido el impedimento canónico, y no de otra suerte; á excepcion de que carezcan de hermano varon, que en tal caso los tales incestuosos han de ser tenidos por naturales legitimados, y preferir á las hembras legítimas y á su posteridad, aun cuando al tiempo de nacer no esté quitado dicho impedimento, si despues se quitare; y no en otros términos. Pero si concurrieren un hijo legitimado por el subsecuente matrimonio ó por rescripto del Príncipe, mayor en edad, y otro procreado y nacido de matrimonio legítimo menor que él, prefiera este y su posteridad legítima sin embargo de su meno-

ría de edad al legitimado por el subsecuente matrimonio y al que lo fuere por rescripto y á las suyas, no obstante haber nacido antes que él: pues los legitimados han de entrar á la obtencion de este mayorazgo en defecto de concurrencia de nacidos de matrimonio legítimo, por deberse entender que estos, aunque menores, fueron legitimados por el matrimonio de sus padres antes que los que nacieron, fuera del matrimonio, de soltero y soltera y luego se legitimaron por el subsecuente ó por rescripto; y por lo mismo quiero y mando que prefieran, y su legítima posteridad, á estos y á la suya en todos tiempos, casos y líneas indistintamente; y que los legitimados por el subsecuente matrimonio y las suyas sean preferidos á los que lo fuesen por rescripto.

2.° Que faltando la descendencia legítima varonil y femenina del citado mi hijo mayor, han de suceder en este mayorazgo Don F. mi hijo segundo y la suya, bajo de los mismos términos y reglas sin diferencia: y por su extincion entrar á su obtencion y goce Doña F. mi hija y la suya por el orden expuesto: y en defecto de todos Don F. mi hijo natural, y los suyos de legítimo matrimonio; y á falta de legítimos los naturales: y los legítimos y naturales de estos y de los otros nombrados; mas no los naturales de los demas que se nombrarán, pues los excluyo expresamente, y á su posteridad, de suceder en él; guardando todos el propio orden y preferencia sin alteracion ni tergiversacion.

3.° Y despues de extinguidos todos los expresados y sus líneas, suceda en este mayorazgo el pariente legítimo trasversal mas propincuo de mi linage que hubiere á la sazon por el propio orden; considerándose siempre, asi en los legítimos como en los trasversales, y tambien en los naturales é incestuosos que quedan expresamente llamados, y no en los de los que quedan excluidos, la proximidad respecto del último poseedor; y representando el hijo ó descendiente legítimo del hijo mayor la persona de su padre ó descendiente muerto en vida ó despues de la muerte del que lo poseia, ya sea descendiente ó trasversal, aunque esté fuera de los grados en que el derecho permite la representacion en los trasversales; bien entendido, que si hubiere dos trasversales en igual grado, y el uno tuviere parentesco geminado conmigo ha de ser preferido, como mas pariente mio, al que lo tenga por una línea sola, aunque lo sea por la de hijo mayor, y tenga mas edad; y hasta extinguirse la descendencia legítima de aquel, no ha de entrar al goce la de este.

4.° Y si faltaren descendientes legítimos, y los incestuosos y naturales llamados, y todos los parientes trasversales mios, doy facultad al último poseedor para que llame á su obtencion y goce á los sucesores que quisiere, con arreglo y por el orden de esta fundacion, y no de otra suerte, ni con nuevas condiciones, con tal que no sea á comunidad eclesiástica ni secular, ni á otra mano muerta semejante, ni á dos personas para que lo gocen á un mismo tiempo, pues lo prohibo, y al último de todos los que elija concedo igual facultad para que haga lo propio, y asi sucesivamente á los demas últimos poseedores en su caso y lugar, de modo que este mayorazgo sea perpetuo, y sus bienes esten siempre unidos y vinculados en un poseedor lego en la forma que se dirá; pero despues de hecho el llamamiento ó llamamientos, ningun elector los ha de poder revocar, variar, alterar, mudar ni añadir otros, aunque los llamados los ignoren, y el nombramiento no sea jurado, y si lo hiciere, sea nulo como desde ahora lo declaro por tal; pues le prohibo el practicarlo, á menos que ocurra alguna de las causas que en las condiciones 17 y 18 se expresarán, y no otras, en cuyo caso los excluyo, y á su posteridad de su sucesion como indignos de tenerla. Y si alguno en el concepto de último poseedor hiciere la eleccion, y despues de entrar el electo al goce de este mayorazgo apareciere algun pariente mio, ha de ser preferido este por poco parentesco que pruebe, y desposeer al electo puramente extraño, á su posteridad, y la eleccion hecha por el que se contemplaba último quedar nula para siempre, pues quiero que mis parientes por cualquiera línea sean privilegiados y antepuestos á los total y absolutamente extraños electos, y á los suyos, en todos tiempos y casos, aun cuando en su filiacion haya alguna duda por no estar plenamente justificada segun el derecho apetece. Y si por olvido natural, no poder ó no querer, no hiciere llamamiento el último poseedor (pues á todos concedo esta facultad aunque sean extraños), pase este mayorazgo á la casa de la muger primera de mi hijo mayor que lo tenga, y no sea incompatible con este, y si lo fuere ó no lo tuviere, á la del segundo y á sus descendientes en iguales términos; y faltando estas casas, á las de las mugeres de los demas llamados, guardando el mismo orden y preferencia asi en las casas como en el modo de suceder. Y despues de fenecidas todas las casas, líneas y personas referidas, si la última no eligiere, nombro por sucesor en él al hijo mayor varon legítimo del regidor por el estado noble que hubiere al tiempo de la vacante en esta villa, y á su legítima descendencia; y fe-

nacida, á los demas varones y á las suyas legítimas; y en defecto de varones, á las hembras por el orden prescripto: y si no hubiere hijos, ó no hubiere por dicho estado regidor que sea noble por su nacimiento, suceda en este mayorazgo el hijo mayor varon legítimo del que lo fuere á la sazon por el estado general, y los demas que tenga, y sus líneas en idéntica forma, pues entrando en una no ha de hacer tránsito á otra hasta que su descendencia legítima se concluya: y habiendo dos ó mas regidores por uno ú otro estado, ha de entrar á su obtencion el hijo del mayor en edad, y no del mas antiguo en el empleo, y su posteridad legítima; y extinguida esta, la de los demas que tenga: todo lo cual se observará siempre que falte sucesor por no elegirlo el último poseedor. Y si esta villa se aniquilare, ha de pasar à los hijos de los regidores de la de tal, y á falta de esta, á los de la de tal de este partido en igual conformidad sin diferencia: y faltando todas las villas referidas, pase al hijo ó hija del regidor por el estado noble ó general por el orden prescripto de la que en esta provincia, y no en otra, elija el señor presidente ó gobernador del Consejo, el cual ha de poder elegir siempre que haya aniquilacion de los pueblos, observando lo expresado, para que jamas los bienes de este mayorazgo recaigan por vacantes y mostrencos en el fisco. Y prohibo y excluyo para siempre de la sucesion y obtencion de este mayorazgo á todos los demas hijos ilegítimos de los nombrados á ella, aunque sean legitimados por el Papa y señores Reyes de estos dominios, y en la legitimacion se haga derogacion especifica de esta exclusion y prohibicion.

5.° Por cuanto por ignorar las vacantes algunos parientes á quienes toque este mayorazgo, no ocurrirán á pretenderlo, y se intrusarán en él otros remotos, y si despues de estar en su posesion lo pretenden, los vejarán con pleitos, artículos, dilaciones maliciosas y gastos crecidos para que desistan, y aun cuando sean condenados á la restitucion de frutos desde la contestacion, no tendrán tal vez con que reintegrarlos; para evitar todos estos daños que no se deben permitir, mando que con sola la presentacion de la demanda del que se diga legítimo sucesor sin otra diligencia alguna, proceda de oficio ante todas cosas el juez ante quien se ponga, á secuestrar las rentas de este mayorazgo íntegramente, y á nombrar administrador totalmente extraño, lego, seguro y abonado, con fianzas seguras y cuantiosas, y no al poseedor aunque las dé, ni al pretendiente; cuyo administrador cuide de su cobranza, y las retenga hasta que

se concluya el pleito, sin entregar á ninguno de los dos parte alguna de ellas, y fenecido, las perciba aquel á quien se declare pertenecer, á fin de evitar de esta suerte las injustas molestias, dispendios y vejaciones que los poseedores causan á los pretendientes; en lo cual quiero no haya disimulo, tolerancia ni interpretacion: y sobre ello encargo la conciencia y responsabilidad á dicho juez ó jueces.

6.° Que los poseedores de este mayorazgo no han de ser obligados á dar alimentos á los inmediatos sucesores, excepto que sean hijos ó descendientes suyos legítimos ó naturales, ni los tales inmediatos tener derecho á ellos ni pretenderlos con este ni otro pretexto.

7.° Que han de tener obligacion de alimentar á sus hermanos legítimos y naturales con la decencia posible, atendido el líquido producto de los bienes de este mayorazgo, y los hijos y familia precisa de sus poseedores para su regular y no profusa servidumbre, y asimismo á ponerlos en estado; pero llegado el caso de que por dignidad, empleo, casamiento ú otro motivo abunden los varones de lo necesario para su manutencion regular y decente, ha de cesar la obligacion alimentaria; y si las hembras se casaren, las han de dar en dote tantos mil ducados de las rentas de este mayorazgo en una ó mas partidas segun se convengan; mas si entraren en religion cumplan con entregarlas la competente; previniendo que si por no desembolsarlos (que será el verdadero motivo, aunque aparenten otro), quisieren ó intentaren los respectivos poseedores impedirlas tomar estado á su eleccion, en este caso quiero y mando que en pena las entreguen otro tanto mas, y á todo sean compelidos por todo el rigor legal, pues los hé por condenados en ello irremisiblemente.

8.° Que igualmente la tengan de dar á las viudas pobres de los poseedores de este mayorazgo, aunque no hayan tenido sucesion, tanta cantidad anual de sus rentas por razon de alimentos, mientras lo esten, y no mas, aunque en las capitulaciones matrimoniales lo pacten y para ello obtengan facultad Real, y no lo haciendo, pueden dichas viudas secuestrarles la renta correspondiente á su importe y al de las costas y daños que se las ocasionen en su exaccion; previniendo que si gozaren otra tanta renta de bienes suyos libres ó vinculados, no han de tener derecho á pretenderla de los de este mayorazgo, y no teniendo tanta líquida, solo han de poder pedir que se las complete de la de ellos lo que falte al cumplimiento del total que las dejo asignado: pero si fueren dos ó mas viudas de uno ó mas poseedores, no

han de poder pretender todas mas que la tercera parte líquida y efectiva de la renta de este mayorazgo, aunque sean pobres y toque á cada una enteramente la asignacion anual que queda hecha á una sola; cuya tercera parte se ha de distribuir entre ellas segun su mayor ó menor indigencia, con arreglo á lo que queda prevenido; y si sobrare algo ya sea porque alguna fallezca ó se case, ó por otro motivo, ha de poder quedarse con ello el poseedor de este mayorazgo, de modo que con ningun pretexto se le ha de precisar á dar mas que dicha tercera parte en caso que no sufrague á la asignacion hecha en los términos propuestos, ni aun esta íntegra en el de que exceda á ella por cualquiera causa ó razon; y la viuda que se vuelva á casar, pierda para siempre la accion de pedirla.

9.° Que si alguno de los llamados á la obtencion de este mayorazgo naciese loco, mentecato, ó mudo y sordo juntamente, ó despues de nacido y antes de entrar á poseerlo le sobreviniere alguna de estas fatalidades, y segun declaracion judicial de médicos y personas prácticas fueren perpetuas, no pueda suceder en él y pase al siguiente en grado, el cual esté obligado á alimentarlo decentemente; y para que se le pueda estimar por tal, ha de ser preciso, no solo que lo declaren los referidos sino que tenga cumplidos los veinte y cinco años de edad, hasta los cuales, careciendo de padre ó madre que cuide de la administracion de sus fincas, ha de nombrar la justicia ordinaria de esta villa administrador lego, llano y abonado con fianzas raices saneadas y suficientes, que las administre y vaya depositando anualmente el sobrante para su aumento: y si despues de haber sucedido en este mayorazgo le sobrevinieron y estuviere casado, no deje de gozarlo teniendo descendientes legítimos; pero si no lo estuviere ó se hallare en edad y estado de no poder tenerlos, pase al siguiente en grado, el cual tenga obligacion en este caso de contribuirle con la mitad de la renta para sus alimentos, y no menos.

10. Que tampoco pueda suceder en este mayorazgo clérigo de orden sacro, canónigo regular, monja ni fraile profesos, ni sus hijos ni descendientes, ni tampoco religioso de orden militar si segun el instituto de su religion no pudiere ser casado; pero si este tuviere dispensacion para casarse, suceda en él, con tal que contraiga matrimonio antes de entrar en su goce, y no de otra manera; y mientras que lo ejecuta, quiero y mando que se depositen las rentas que produzca, y se empleen con intervencion judicial en aumento de sus fincas, y no en sus reparos, y

que llegando á poseerlo, y no en otros términos, lo gocen tambien sus hijos y descendientes legítimos y naturales por el orden prefinido.

11. Que si los sucesores en este mayorazgo tuvieren veinte y cinco años cumplidos al tiempo de la vacante, y no estuvieren casados, deban casarse precisamente dentro de los cinco primeros siguientes, de modo que á los treinta de su edad lo esten, y no lo haciendo, pase al siguiente en grado, y no se le pueda prorogar este término; y en el mismo y bajo de la propia pena han de estar obligados á hacerlo, si enviudaren una ó mas veces sin sucesion, ó el hijo ó hija que tuvieren falleciere sin ella, en cuyo caso se han de contar los cinco años desde el dia del fallecimiento de sus mugeres ó hijos: todo lo cual se ha de entender á menos que esten imposibilitados por enfermedad, ó en guerra contra infieles, ó el mayorazgo en litigio, que en estos casos ha de empezar á correr el término desde que cese la causa ó impedimento, porque mi ánimo es que todos tengan legítima sucesion, y que este mayorazgo se perpetúe en ellos y en su posteridad.

12. Que ningun poseedor de este mayorazgo ha de percibir de sus rentas mas que la mitad en los años primeros siguientes al dia de la vacante, viviendo la viuda del anterior poseedor, y el resto de la otra mitad, deducido el importe de su anual asignacion, se ha de depositar cada año y emplear con intervencion judicial en compra de bienes raices para su incremento, y no habiendo viuda, emplearse integra en ellos; pero si hubiere dos ó mas viudas, nada esté obligado á depositar, y perciba íntegras las dos terceras partes sobrantes ó lo que quede.

13. Que si este mayorazgo recayere por hembra en algun hijo de familia, y la madre de este muriere antes de entrar en su goce, no pueda su padre, mientras lo tenga en su poder, percibir mas que la mitad de sus rentas, y la otra mitad se ha de depositar y emplear precisamente en la forma explicada en la condicion precedente; pero si su madre lo hubiera poseido, percíbalas su padre enteramente.

14. Que si nacieren de un parto dos ó mas varones ó hembras, de los cuales el uno deba suceder en este mayorazgo, y se ignorase cuál de ellos nació primero, puedan todos gozar igualmente su renta por los dias de su vida, y pase luego su íntegra sucesion al hijo primogénito varon legítimo, y no habiéndolo á la hembra que antes procreare alguno de ellos y á sus descendientes legítimos y naturales por el orden explicado, y extin-

guidos á los del segundo, y fenecidos á los de las hembras, pues quiero se extingan las líneas masculinas y femeninas de estos gemelos primero que entre en las de los que arriba quedan llamados, y que lo mismo se practique siempre que se verifique este caso; y si falleciere alguno sin descendientes legítimos, y dejare viuda, perciba esta, mientras lo sea, la mitad de su parte de renta, y la otra mitad se divida con igualdad entre sus hermanos germanos; pero dejando descendientes legítimos, la han de llevar íntegra estos á prorata hasta que mueran los hermanos de su padre, que entonces ha de pasar todo, y conforme se vayan muriendo su parte al hijo ó hija que debe suceder en este mayorazgo por la prioridad de su nacimiento: y para que jamas se verifique estar divididas sus fincas, aunque en dicho caso y no en otro lo ha de estar temporalmente su renta, quiero que las administre el de mejor conducta, y siendo todos iguales el que le toque por suerte, y no conviniéndose en esto, pueda la justicia de esta villa nombrar administrador lego, llano y abonado, y apremiarles á que se conformen con él en pena de su discordia mientras esta subsista, y no mas.

15. Que los sucesores de este mayorazgo, aunque sean extraños, han de firmar mi apellido despues del de su padre, y traer mis armas en lugar mas preeminente, y si pasaren tres meses despues de haber entrado á su goce sin cumplirlo asi, ya sea porque posean otro con esta incompatibilidad ó condicion, ó por otro motivo, por el mismo hecho pase la sucesion al siguiente en grado, y en ello no se pueda dispensar, ni concederles mas término, ni tampoco sea necesaria otra diligencia, monicion ni interpelacion judicial ni extrajudicial; pero si quisieren elegirlo y dejar el otro, no se lo prohibo.

16. Que antes de tomar posesion de este mayorazgo, han de hacer juramento y pleito homenage en manos de la justicia que se le diere de observar inviolablemente sus condiciones, y á este fin tenerse presente esta fundacion, y no practicándolo asi, pierdan por el mismo hecho su goce, y pase al siguiente en grado, sin mas sentencia ni declaracion, y no puedan pretenderlo ni en ello dispensarse, aunque aleguen y justifiquen ignorancia de esta condicion, pues los excluyo de obtenerlo, á excepcion de que tengan alguno de los impedimentos declarados en la condicion 11, y no otro.

17. Que ninguno de los sucesores de este mayorazgo ha de ejercer oficio mecánico, ni casarse con hijos ni nietos del que lo haya ejercido, aunque este haya sido noble por su nacimien-

to; y si lo hiciere pierda su goce, y no poseyéndolo entonces, no entre en él, y pase al siguiente en grado, pues quiero que todos sus poseedores, y las personas con quienes se casaren, sean limpios, y sus padres y abuelos por ambas líneas, no solo de la mala raza de judíos, moros, hereges y nuevamente convertidos, sino de oficios mecánicos y de penitenciados por el santo oficio de la inquisicion.

18. Que si alguno cometiere (lo que Dios no permita) crimen de heregía, sodomía ó bestialidad, lesa Magestad divina ó humana, ú otro cualquiera porque deba perder este mayorazgo é incurra en infamia, no lo goce, y pase al siguiente en grado, con tal que este no sea procreado ni nacido despues de la comision de tal delito ó incursion en infamia, pues si lo fuere, lo excluyo para siempre y á toda su posteridad de su posesion y disfrute, y de alimentos de sus rentas, y mando que á nada tenga derecho, porque mi voluntad es que todos sus poseedores sean católicos cristianos, obedientes á los divinos y eclesiásticos preceptos, y fieles vasallos de los señores reyes de estos dominios: que ocho dias antes de cometer el delito ó incurrir en infamia, se tengan por exclusos y muertos, y este mayorazgo por vacante: y que el siguiente en grado perciba su renta desde este tiempo; lo cual se ha de observar inviolablemente, aunque su Magestad por su Real clemencia le restituya su honor, dispensando en la raiz dichos defectos, y derogando esta exclusion; pero no excluyo ni privo de su sucesion á los nacidos antes de la comision ó incursion, ni á su posteridad legítima y natural, mediante no estar infecta entonces la raiz ni tronco, ni ser infamados segun la ley de Partida.

19. Que los bienes de este mayorazgo no se puedan dividir, vender, ceder, renunciar, donar, legar, acensuar, dar á enfiteusis, empeñar ni gravar total ni parcialmente, ni los capitales de los censos invertirse en reparos ó aumentos de ellos, con pretexto de utilidad de él, ó de reparar sus fincas arruinadas por terremoto ú otro accidente raro contingente, ó de dote, arras, alimentos, redencion de cautivos ú obra pia ó pública, ni por otra causa necesaria ó voluntaria de cualquiera calidad, aunque sea inopinada y aqui no se exprese. Y mediante que sin embargo de esta absoluta prohibicion se obtendrá facultad Real para ello, y no puedo impedir su concesion, suplico á su Magestad y Señores de su Real Cámara, que si la conceden sea con citacion y audiencia formal del inmediato, vista de esta cláusula, por causas muy graves que justifique el poseedor, y

precedidas las diligencias necesarias: que si el que la pidiere para desempeñarse, no hubiere contraido el empeño con motivo justificado plenamente de haber estado empleado en el Real servicio (y no otro, aunque sea de enfermedad, manutencion de mucha familia, dotacion y colocacion de sus hijos ó hermanos, ó reparos de las fincas de este mayorazgo por ruina fortuita) no se la concedan, y en caso de concedérsela, sea con la precision de que asigne fincas determinadas, que se administren por persona abonada nombrada de oficio, y se vaya depositando su anual producto de su Real orden y à su disposicion en parte segura, de modo que en diez años perentorios esté completo el empeño, y el mayorazgo reintegrado en el valor principal de todas y cada una de sus fincas, y con la condicion de que si en este intermedio falleciere, deba suplir y exigirse de sus bienes libres lo que falte à completarlo, aunque nada quede que heredar à sus hijos, pues se ha de estimar como deuda contra su caudal el tal censo ó gravamen, y preferir la libertad de las fincas de este mayorazgo al beneficio de los hijos y herederos del poseedor que lo grave; y no siendo suficientes las fincas consignadas para el reintegro en los diez años, hayan de subsistir, y las rentas de ellas destinadas al propio fin, y no poder percibir cosa alguna de estas el inmediato sucesor, ya sea descendiente suyo ó extraño, hasta que efectivamente se hallen depositados todo el importe del empeño ó censo, y sus réditos ó intereses, aun cuando uno y otro aleguen y justifiquen que no tienen lo preciso para su manutencion con el sobrante, pues los excluyo y privo de dicho producto, y quiero se entienda para este caso que no hay tales fincas, y que dichos poseedores se ciñan y sujeten para su manutencion al residuo de las rentas; y encargo al señor juez ordinario que evacuare la cédula de diligencias, haga poner por testimonio à la letra esta condicion, relacionándola tambien en su informe, y sobre ello la conciencia; pues mi voluntad es que todos los bienes de este mayorazgo, y los que se aumentaren y agregaren à él, esten perpetuamente integros, unidos é incorporados, libres de todo gravamen, y bien reparados à costa de sus rentas: que sean inenagenables, indivisibles é imprescriptibles: que no se puedan arrendar por mas tiempo que el de ocho años; ni darse à censo enfitéutico, ni de por vida; ni sacarse de ellos cosa alguna por razon de dote, deuda, restitucion ni otra causa por urgente que sea, aunque aqui no se mencione: y que este precepto se entienda y ejecute literalmente sin la mas leve interpretacion ni tergiversacion, sin embargo de que

la facultad Real lo derogue especificamente en todas sus partes, y en ella se inserte à la letra la cláusula para que no se dude de su derogacion. Pero no prohibo se truequen ó permuten alguna ó algunas de sus fincas por otras, con tal que precisamente preceda facultad Real, y resulte incremento de renta segura, y utilidad conocida à este mayorazgo, y à sus poseedores, que se acredite en forma con la debida intervencion y consentimiento del inmediato.

20. Que los sucesores de este mayorazgo han de inventariar precisamente à costa de sus rentas ante escribano dentro de dos meses primeros siguientes al dia en que tomen posesion de él, todos los papeles y bienes que le corresponden, y hacer apeo de estos dentro del año, y luego cada diez, y todo con autoridad judicial, y no lo haciendo, pase al siguiente en grado, sin que sea necesaria otra monicion, interpelacion ni diligencia judicial ni extrajudicial, pues por el mismo hecho y omision los excluyo de su goce y obtencion, à menos que sean menores, que en este caso no ha de correr el término, hasta que cumplan los veinte y cinco de su edad; pero deberán hacerlo sus tutores, y para apremiar à unos y otros, quiero que se tenga por inmediato y parte legítima cualquiera de los regidores de esta villa, y que en premio de su zelo y cuidado se le dé de las rentas de este mayorazgo *tanta* cantidad por una vez, y lo que declare haber gastado en diligencias judiciales, sin pedirle otro documento, tasacion ni moderacion de su importe que su simple relacion.

21. Que de las rentas de este mayorazgo han de tener obligacion sus poseedores de reparar todos los bienes de él, y de levantar y poner en el estado y valor actual las fincas que se arruinaren ó quemaren, aunque sea por caso fortuito y raro contingente, sin que con este pretexto puedan gravarlas en manera alguna, sino ejecutarlo todo à costa de su producto y no de los censos referidos ni de parte de sus capitales, y si lo contrario hicieren, pierdan su posesion, y pase al siguiente en grado, no obstante que en ello no hay omision, dolo ni lata culpa, sin que para quitárselo y despojarles necesite el inmediato mas declaracion ni sentencia que la verificacion del decremento, ruina ó gravamen, aunque justifiquen mejora ó aumento en ellas por otra razon, pues no ha de haber ni admitírseles compensacion en esta parte; pero para que pierdan la posesion y goce de él, se les ha de requerir primero judicialmente, y pasar seis meses despues del requirimiento sin haberlo cumplido, y no concedér-

seles mas término, pues este es perentorio; y à efecto de poder precisarles à ejecutarlo, se tengan por inmediatos dichos regidores, y cada uno de ellos por todo, aunque haya otro llamado que sea conocido, y al que fuere diligente en hacer el requirimiento, consigno la cantidad prefinida en la anterior condicion sin diferencia ni limitacion, y si fuesen dos, se dividirán por mitad dicha cantidad entre ellos.

22. Que si se redimiere algun censo de los afectos à este mayorazgo, se ha de depositar su capital integro con intervencion judicial en la depositaría general de esta villa y no en otra parte, y con la misma precedida informacion de utilidad y demas requisitos precisos, volverse à imponer sin dividirse en todo ni parte sobre fincas raices, libres, seguras y enteramente saneadas, de suerte que no pueda perecer ni perderse total ni parcialmente, sin que con ningun pretexto ni motivo entre en poder del poseedor ni del inmediato sucesor; y los gastos que ocurran en las diligencias, y toque pagar al poseedor, han de hacerse à costa de los réditos, y no de su capital, pues este se ha de conservar intacto é ileso sin el menor desfalco.

23. Que si dicho Don Francisco mi hijo llegare à poseer este mayorazgo, y sus hermanos no estuvieren colocados, de modo que Don F. tenga *tanto* de renta vitalicia para su manutencion, y Doña F. esté religiosa ó casada, ha de ser obligado à dar à cada uno *tantos* reales diarios para sus alimentos hasta que su hermano goce la expresada renta, y su hermana tome uno de los dos estados, pues en este caso ha de cesar esta obligacion; y para poder tomar cualquiera de ellos la Doña F. la ha de dar en dote *tantos* mil ducados por una vez de las rentas de este mayorazgo, y si quedare y se mantuviere viuda una ó mas veces sin tener renta fija para su decente manutencion, la consigno durante su viudedad la misma diaria que la dejo señalada en caso que esté soltera à mas de la expresada dote, y no satisfaciéndosela puntualmente su hermano por mesadas, tercios ó medios años à lo mas, la concedo amplia facultad para secuestrar las de este mayorazgo, y de ellas reintegrarse de su importe; pero aunque se vuelva à casar, no se la dé mas dote ni tenga accion à pedirla.

24. Que mientras viva he de disfrutar enteramente la renta de los bienes de este mayorazgo, à cuyo fin reservo en mí el usufructo de ellos, y asimismo el poderlo revocar, gravar, mudar y alterar en todo ó parte à mi arbitrio sin limitacion, siempre que me parezca conveniente, sin que nadie me lo pueda im-

pedir, ni decir de nulidad de la revocacion, mutacion ni gravámenes que imponga y haga.

Con cuyos llamamientos, condiciones y reserva, fundo, erijo é instituyo este mayorazgo, y para despues de mi fallecimiento hago gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable de todos sus bienes y rentas à favor del nominado Don Francisco mi hijo mayor, sus legítimos descendientes y demas llamados à su obtencion y goce por el orden prescripto, con todas las firmezas necesarias, à fin de que cada uno en su tiempo los administre y disfrute segun queda prevenido, como legítimo verdadero poseedor y sucesor, sin óbice ni impedimento: me desisto, quito y aparto íntegramente del derecho que à ellos me pertenece, y lo cedo, renuncio y traspaso para siempre con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que me competen, en sus respectivos poseedores, à quienes confiero el mas amplio, firme é irrevocable poder con libre, franca y general administracion y facultad de sustituirlo, para que por el orden con que quedan llamados, tomen y aprendan judicial ó extrajudicialmente la posesion real, actual, corporal ó cuasi, de él en todas ó cada una de las fincas à él afectas, en voz y nombre de las restantes, ó en su fundacion ó cualquiera escritura de su pertenencia, la cual hé por tan legítimamente tomada en cualquiera de las maneras mencionadas, como si concurrieran todas las solemnidades y requisitos apetecidos por derecho: me constituyo por su inquilino, tenedor y precario poseedor en igual forma: quiero que por fallecimiento de uno se trasfiera en el siguiente llamado la civil y natural con arreglo à la ley 45 de Toro: y mando que ninguno contravenga á lo que queda expresado: los aparto de todo remedio legal que en su favor esté introducido, y pueda concedérseles: y anulo y doy por cancelados los autos y diligencias que á fin de obtenerlo practiquen, para que ningun efecto obren, y si contraviniere alguno, que por el mismo hecho, á mas de quedar, como queda, excluido, y nuevamente le excluyo de su sucesion, sea visto haber aprobado y ratificado esta fundacion y particulares que incluye, y suplido todos los defectos sustanciales que contenga. E yo el citado Don Francisco primer llamado habiendo oido y entendido todo lo contenido en esta escritura, y sus condiciones, digo: que estimo la merced y beneficio que mi padre me ha hecho, y sin perjuicio de la enunciada reserva, por mí y en nombre de los poseedores que fueren de este mayorazgo, la acepto, y me obligo á observar en forma literal y especifica todo su contexto, pena de

incurrir en las impuestas que hé por repetidas, y en todas me doy y los doy por condenados sin mas sentencia, declaracion ni conocimiento de causa: y al cumplimiento de todo lo expuesto obligamos nuestros bienes &c. (*Aqui se pondrá la toma de razon en la oficina de hipotecas por el gravamen de vinculacion de las fincas raices con arreglo á la pragmática que de esto trata.*)

Nota. El fundador del mayorazgo puede poner á su arbitrio estas y otras condiciones, pues siendo posibles y honestas, deben observarlas sus poseedores. Si quiere hacerlo irrevocable en su vida, entregará la posesion de él por la cláusula de constituto, y la escritura de su ereccion al primer llamado: se omitirá la expresion de revocacion que contiene la condicion última: se obligará á no revocarlo, alterarlo ni mudarlo en cosa alguna: renunciará la licencia que para ello tuviere: y declarará que no quiere usar de ella: con cuyas cláusulas siendo instituido por contrato entre vivos, queda irrevocable; pero no si lo fuere por testamento ú otra última voluntad, porque como esta es variable hasta la muerte del fundador, sigue la naturaleza de aquel, y adquiere fuerza mientras no se verifica esta; previniendo que aunque sea irrevocable, no obsta para que el instituyente reserve en sí todo el usufructo ó parte de él durante su vida, pues finge ó presume el derecho que solo pasa la propiedad nuda al primer llamado, y que el usufructo se queda en el fundador hasta que con su muerte se consolida con la propiedad. Lo propio puede hacerse en las mejoras de tercio y quinto, patronatos y capellanías.

Otra. Si quisiere que se revoque por ingratitud que contra él cometa el primer poseedor, por la que pueden ser revocadas las donaciones perfectas é irrevocables, lo expresará; y lo mismo podrá prevenir entre los descendientes de los sucesivos, si quisiere que se revoque por alguna de las porque sus ascendientes puedan exheredarlos; en cuyo caso les conferirá facultad para hacerlo con la formalidad que prescribe el derecho, y dejo explicada en su lugar; pues como tiene potestad de extender su voluntad á su arbitrio, valdrán los gravámenes y condiciones legales y justas que les imponga, y pasará el mayorazgo al siguiente en grado.

Otra. Si quisiere excluir á todos los defectuosos, dirá que no suceda en él el que sea loco, mentecato, mudo, sordo, ciego, manco de ambas manos ó tullido de ambos pies, el gafo ó leproso por naturaleza, y los demas que le dictare su voluntad, como tambien sus hijos naturales y sus descendientes; pero á

los naturales señalará alimentos, pues por todos derechos se les deben.

Otra. Y si quisiere que su mayorazgo sea absolutamente incompatible y no se junte con otro, mandará que el poseedor que fuere de él, use solo de sus armas en los actos que ejerza como tal, sin interpolacion ni mezcla de otras ni de otro apellido, excepto el de su padre, y que no pueda obtener otro; y en el caso de que concurra en el hijo mayor la sucesion de dos ó mas mayorazgos, deba elegir en el preciso término que le prefina, despues de haber entrado á su goce, el que mejor le parezca, y que el otro pase á su hermano ó hermana: que si ninguno tuviere, pueda poseerlos ambos, y despues se dividan entre su hijo primogénito y segundo: y que siempre que suceda esta inexcusable union, se ejecute lo mismo. Y para que no se dude si la incompatibilidad es real ó lineal ó personal, procure explicarlo con claridad, y á este efecto haga presente al fundador lo expuesto en el párrafo 16, capítulo 1.

Otra. En la extension de la escritura de agregacion perpétua en sanidad voluntaria ó necesaria de bienes á mayorazgo, siendo pura y simple, lo que debe practicar el escribano es *relacionar la de fundacion; especificar los bienes que se agregan con sus sitios y demas señales; decir el agregante que los une, agrega é incorpora en el mayorazgo para que esten y anden siempre unidos é incorporados con los de él, sean inseparables, inagenables, indivisibles é imprescriptibles; y que en su sucesion se observen totalmente el modo, reglas, condiciones y llamamientos que en los del mayorazgo sin la menor diferencia ni alteracion;* y poniendo luego las cláusulas que contiene el pie de la escritura de fundacion extendida, quedará firme, y solo siendo necesaria ó coactiva la agregacion, hay que añadir: que la hace el agregante en cumplimiento del precepto del fundador. Si fuere temporal ó limitada á ciertas líneas, tampoco habrá que hacer mas hasta ellas, y para despues que se extingan puede el agregante constituir fundacion nueva, excluyendo expresamente á los demas parientes llamados en la fundacion, y mandar que sucedan los que elija, ó alguna memoria ó comunidad; ó que el último de los llamados haga suyos los bienes, y pueda disponer de ellos libremente, como si jamas hubiesen estado vinculados; ó segun le parezca, como dueño; y por ser de facil ordenacion, y tener bastante el escribano con lo explicado para goberuarse, omitiré el extenderla. Lo mismo se observará con otras agregaciones á patronatos y memorias.

2.ª FUNDACION DE VÍNCULO DE MEJORA DE TERCIO Y QUINTO HECHA EN CONTRATO.

Don Antonio de tal, vecino de esta villa, dijo: que habiéndome hecho ver la experiencia que de los crecidos caudales que los hombres mas opulentos han adquirido á expensas de muchas fatigas y afanes, solo se conserva la porcion que vincularon, y que el poseedor de ella y sus sucesores se han mantenido y mantienen con el esplendor propio de su esfera y distinguido nacimiento; que se perpetúan sus casas y linages, y sirven mejor á Dios y al Rey, sin envilecerse con ejercicios indecorosos, ni exponerse á mendigar, y tal vez por falta de medios á cometer excesos muy vituperables y agenos de personas ilustres, que originan las mas infaustas consecuencias; he resuelto para evitarlas vincular el tercio y remanente del quinto de mis bienes, y nombrar por primer sucesor de este vínculo á mi hijo Don Fulano, para manifestarle el paternal amor que le profeso, y mi deseo de proporcionarle una comoda subsistencia por el medio mas lícito y oportuno. Poniéndolo pues en ejecucion, y *usando de la facultad que las leyes* 18, 19 *y* 27 *de Toro me conceden* (*), de mi libre voluntad, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo que mejoro en el tercio y remanente del quinto de todos mis bienes muebles, raices, efectos, derechos y acciones presentes y futuras al citado Don Fulano *(si se los consignare dirá)*, cuya mejora le consigno en los siguientes *(y se expresarán como en la fundacion de mayorazgo; pero no consignándolos se proseguirá de esta suerte)*: cuya consignacion reservo en mí para hacerla cuándo y cómo tuviere por conveniente; y aunque por olvido natural ú otro motivo no la haga, no por eso ha de dejar de ser válida y subsistente esta mejora y fundacion, ni de usar el referido mi hijo de sus bienes despues de mi fallecimiento, del mismo modo que si se la consignara; en cuya atencion, de lo que importe fundo vínculo á título de mayorazgo perpetuo è irrevocable con las condiciones y llamamientos siguientes. *(Se expresarán.)*

Todos los bienes que se aplicaren á esta mejora y fundacion

* No pudiéndose ya vincular los bienes, aunque sea por via de mejora, segun se ha dicho en el capítulo 2 de este tratado, parece que en lugar de las palabras notadas con bastardilla, deberán ponerse las siguientes: y usando de la Real facultad que he impetrado al intento, la cual dice así. *(Se insertará.)*

sean raices y de los mejores y mas saneados que yo dejare, y si estos no bastasen, ó fueren mueble s ó semovientes, véndanse è inviértase su producto, con intervencion judicial, en otros raices de la calidad y bondad expresadas, sin que por ninguna causa entre en poder del mencionado mi hijo ni sucesores de este vínculo, y mientras no se emplee subsista depositado en la depositaría pública (ò *tabla numularia*) á disposicion del señor juez que de esto conozca; haciéndose, invertido que sea, la correspondiente adjudicacion de todos los bienes que se compraren con él, la cual se protocolice en los registros del escribano numerario ante quien se ejecute; y satisfaciéndose todos los gastos que se ocasionen y toque pagar á dicho mi hijo por los motivos expuestos, de la renta que produjeren los bienes comprados, no del importe de los vendidos, y hasta que esten satisfechos, nada de ella ha de percibir él ni otro sucesor.

Nota. Esta condicion se ha puesto en la suposicion de no consignar el mejorante los bienes, pues si los consigna no viene al caso, y entonces se gobernará el escribano por la escritura de la fundacion de mayorazgo, poniendo tambien en esta las condiciones 12, 13 y 14, y de las demas las que el otorgante quisiere, y observando precisamente en los llamamientos el orden prescripto en la ley 27 de Toro, que es la 11. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec. Despues de extendidas las condiciones, ordenará el pie de la escritura como el de la fundacion de mayorazgo, haya de ser revocable ó irrevocable, y prevendrá el escribano la toma de razon en la oficina de hipotecas.

Por Real cédula de 11 *de marzo de* 1824 *se mandò lo siguiente acerca de mayorazgos y demas vinculaciones.*

ART. 1.° A consecuencia de la declaracion de nulidad de todos los actos del gobierno llamado constitucional, se reponen los mayorazgos y demas vinculaciones al ser y estado que tenian en 7 de marzo de 1820; y los bienes que se les desmembraron en virtud de las órdenes y decretos de aquel gobierno, se restituyan inmediatamente al poseedor actual de dichos mayorazgos ó vinculaciones.

2.° La restitucion se hará sin incluir los frutos percibidos hasta el dia en que se publique esta Real cédula; pero comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios causados en los bienes por culpa de los tenedores.

3.° Los que lo son por compra ó cualquier otro título one-

roso, serán reintegrados del precio á costa del poseedor del vínculo que enagenó los bienes, y en defecto á la del inmediato sucesor, si intervino en la enagenacion ó prestó su consentimiento para que aquel enagenase los equivalentes á la mitad ó menos de los vinculados, sin previa tasacion de todos.

4.° Si el poseedor del vínculo que enagenó, ó el inmediato sucesor que intervino en la enagenacion, ó la consintió para excusar el justiprecio, no pudiesen hacer el reintegro, durante la vida de estos retendrá los bienes el tenedor para reintegrarse por los frutos ó rentas que produzcan.

5.° No estará sujeto á esta responsabilidad el inmediato sucesor que solo concurrió á la tasacion y division de todos los bienes.

6.° En los separados del vínculo por herencia testamentaria ó intestada, ó por cualquiera otra causa meramente lucrativa, el tenedor solo podrá reclamar las mejoras necesarias que haya hecho, tomando en cuenta lo que por razon de ellas hubiese percibido; y sino se le abonan, retendrá la finca hasta cubrirse ó reintegrarse por sus frutos, cualquiera que sea el poseedor de la vinculacion.

7.° El reintegro de las mejoras necesarias se hará del mismo modo y con igual retencion de la finca al tenedor por título oneroso. En cuanto á las mejoras útiles y voluntarias que hubiese hecho el tenedor por título oneroso y lucrativo, se estará á las leyes comunes.

8.° Las transacciones que se hayan celebrado entre el poseedor de la vinculacion y el tenedor de sus bienes sobre el reintegro del precio, ó sobre los frutos percibidos, tendrán valor y efecto, como no sean en perjuicio de la restitucion de dichos bienes.

9.° Quedan subsistentes las enagenaciones hechas durante el llamado gobierno constitucional, en virtud de cédulas ó Reales facultades anteriores, á consulta de la Cámara, con tal que se hayan realizado conforme á su tenor.

10. Las que se hubiesen hecho con autorizaciones de dicho gobierno anteriores á los decretos y órdenes de 27 de setiembre de 1820, de 15 y 19 de mayo, y de 16 de junio de 1821, aunque hubiesen precedido las formalidades y precauciones que tiene adoptadas la Cámara, se someterán á su censura y aprobacion.

CAPITULO SEPTIMO.

De los patronatos.

§. 1. ¿Que cosa es patronato, y en qué consiste este derecho?
2. Divídese el patronato en hereditario, gentilicio y mixto. Varias subdivisiones del mismo.
3. Otra subdivision en eclesiástico, laical y mixto.
4. El derecho de patronato es indivisible, y se adquiere originariamente de cinco modos.
5. Pueden ser patronos clérigos y legos, hombres y mugeres, adultos é impúberos.
6. Los patronos eclesiásticos tienen seis meses para presentar, y los seglares cuatro, á excepcion del patronato mixto, en que legos y eclesiásticos tienen aquel plazo.
7. El patrono eclesiástico no puede hacer mas de una presentacion en cada vacante, pero no asi el lego, pues tiene facultad de presentar varios sugetos, entre quienes elige el obispo.
8. Cuando el patrono es una corporacion, deben ser convocados al acto de presentar todos sus individuos.
9. Si el derecho de presentar corresponde á varios sugetos que no forman corporacion, obtiene el beneficio el que reune mayor número de votos.
10. Dada la institucion al presentado cesan las facultades del patrono.
11. Si interviene algun interes á favor del patrono es simoniaca la presentacion.
12. ¿Cuando la sucesion del patronato se verifica por cabezas, y cuándo por ramas?
13. ¿Quienes no pueden ser patronos?
14. ¿Por cuantas causas se trasfiere á otros el derecho de patronato?
15. ¿Por que medios se extingue este derecho?

1. Las palabras *patronato, patronazgo y patrono* tienen en el derecho varias significaciones. A veces se entiende por patrono el abogado, y por patronato la accion que tiene por la ley á defender á su cliente. Tambien se llama patrono el señor respecto de su esclavo manumitido, conservando sobre este varios derechos llamados igualmente de patronato. Pero en el presente capitulo se trata únicamente del *patronato eclesiástico*, el cual es *un derecho concedido por la iglesia para nombrar persona que haya de ser promovida á algun beneficio eclesiástico,*

con otros honores, utilidades y cargas, que tienen establecidas los sagrados cánones en favor de algun individuo ó corporacion por haber fundado, construido ó dotado alguna iglesia por sí mismo, ó por suceder legítimamente á los que lo hicieron (1). Consiste pues el derecho de patronato en honor, utilidad y gravamen: honor, en la regalía de presentar sugeto para que se le confiera el beneficio, y en ocupar puesto preferente en la iglesia sobre cualquier individuo, á excepcion del señor territorial; utilidad, en percibir los emolumentos que le esten asignados en la fundacion, y en ser alimentado por la iglesia en caso de quedar reducido al extremo de carecer de medios de subsistir (2); y gravamen, en cuidar de la conservacion de la misma iglesia y de sus fincas, cumpliendo las demas obligaciones que le impuso el fundador. Pero no tiene jurisdiccion ni potestad para gravar á la iglesia ni al beneficiado con ninguna especie de carga, excepto las que hubieren sido impuestas en la fundacion con consentimiento de la autoridad eclesiástica, cuya intervencion es forzosa en tales fundaciones (3). Tampoco puede apropiarse los bienes de la iglesia, disponer de ellos, ni visitarlos, si en la fundacion no está expresa semejante facultad, pues debe estarse á lo que de ella constare (4). El que tiene este derecho se llama *patrono*.

2. Divídese el derecho de patronato en *hereditario, gentilicio y mixto*: el *hereditario* es el que se trasfiere á los herederos, aunque sean extraños; el *gentilicio* ó *familiar* es el que compete, y se deja solamente á la familia del fundador; y el *mixto* es el que requiere las dos circunstancias de pariente y heredero. Subdivídese en *activo y pasivo*. El activo es el que tiene el patrono de presentar á otro un beneficio eclesiástico; y es de dos maneras, *real y personal*: el *real* es el que está anejo á cierta cosa ó lugar determinado, v. gr. á una heredad, viña &c. en cualquiera parte que se halle, y pasa al que la compra, ó se le dona, aunque no sea heredero; y el *personal* es el que compete á la persona del patrono, sin conexion ni dependencia de tal cosa ó lugar. Y el *pasivo* es el que tienen algunos de la tal familia ó lugar para ser presentados en el beneficio, siendo idóneos, sin que ningun otro pueda obtenerle.

3. Se subdivide asimismo en *eclesiástico, laical y mixto*.

1 Ley 1. tit. 15. Part. 1. Ferr. *Biblioth.* en la palabra *jur. patronat.* art. 1. num. 2.

2 Reif. lib. 3. tit. 38. §. 5. num. 110 al 119.

3 Reif. ibi, num. 120 y 121.

4 Conc. Trid. sess. 22. *de reform.* cap. 11. sess. 24. cap. 3, y sess. 25. cap. 9. Reif. ibi, nums. 122 al 124.

El *eclesiástico* es el que se erige de bienes eclesiásticos, ó aunque se erija de laicales, se trasfiere al principio á iglesia, cabildo, colegio ó persona eclesiástica por razon de la iglesia, dignidad ó beneficio; ó despues por testamento, donacion, fundacion ó de otro modo. El *laical* es el que compete al lego ó clérigo, no por razon ó respecto de la iglesia, dignidad ó beneficio, sino por la de patrimonio. Y el *mixto* es el que se compone de eclesiástico y laical (1).

4. El derecho de patronato es indivisible, y asi aunque los patronos sean muchos, tienen igual derecho á presentar; y se adquiere originariamente por fundacion, edificacion, dotacion, privilegio y prescripcion (2). No puede el patrono presentarse á sí mismo, por idóneo que sea, y cualesquiera estudios y méritos que tenga; lo cual se entiende, aunque sea por procurador, porque entre el que presente y el presentado ha de haber distincion de personas, y lo que uno hace por procurador, se entiende hacerlo por sí propio; pero bien puede presentar á su hijo siendo idóneo; y si los patronos son muchos, presentarse unos á otros, no habiéndolo prohibido el fundador del patronato (3).

5. Pueden ser patronos clérigos y legos (4), hombres y mugeres (5), adultos è impúberos (6); pero estos aunque antes de los siete años pueden adquirir el derecho de patronato, no pueden presentar, porque carecen del uso de razon, por lo que deben hacerlo en su nombre sus tutores (7); pero siendo mayores de dicha edad, no solo pueden hacer la presentacion ó nombramiento, sino comparecer en juicio sobre asuntos beneficiales y espirituales sin la autoridad de ellos (8); bien que conviene que concurran á ella, ó la aprueben; y si han entrado en la pubertad, no tienen potestad los tutores para presentar sin su consentimiento, ni vale la presentacion, porque estos no se dan á los menores para lo espiritual y eclesiástico, ni en tales materias tienen sobre ellos autoridad alguna (9).

1 Ferr. loc. citat. num. 3 y sig.

2 Ley 12. tit. 15. Part. 1. Ferr. ibi, num. 19 al 41.

3 Ley 7. tit. 15. Part. 1. Fras. *de regio patronat. Indiar.* cap. 33.

4 Cap. *Quoniam*, 3. Cap. *Cum autem*, 24. *de jure patronat.* y cap. *Decernimus*, 32. caus. 16. quæst. 7.

5 Cap *Ex liter.* 7. *de jur. patronat.* Argum. cap. *Cum dilect.* 16. *de concess. præbend.*

6 Argument. cap. *Pia mentis*, 26. *Frigentius*, 27. *Quicumq.* 30. *Filiis*, 31. *Decernimus*, 32. y *Monasterium*, 33. caus. 16. quæst. 7.

7 Garc. *de benef.* part. 5. cap. 9. num. 193. Reinf lib. 3. tit. 38 num. 38.

8 Cap. fin. *de judic.* in 6. Vela disert. 6. á num. 61. Natb. ann. 14. quæst. 23. Rot. *in Antiq.* dec. 6. *de jur. patronat.* Garc. loc. cit. num. 186. Reinf. eisd. loc. et num.

9 *Si unum quatuor*, dec. 3. *de judic.* in 6. Garc. part. y cap. cit. num. 195. Reinf. ibi, num. 41.

6. Los patronos legos tienen cuatro meses para hacer la presentacion, y los eclesiásticos seis, si el fundador no se lo limita, como puede hacerlo. Si dentro de ellos no la hacen ó discuerdan en la eleccion, y por esta causa, ó sobre el derecho de patronato se mueve pleito, y no se decide en dicho término, espira por aquella vez su potestad de presentar, y se devuelve al ordinario diocesano, á quien por derecho toca (1); el cual se ha de arreglar á la fundacion, y puede prorogárselo; pero no restringírselo despues de prorogado, ni nombrar á los que carecen de las cualidades apetecidas por el fundador (2). Siendo patronato mixto, á todos los patronos se permite hacer la presentacion dentro de los seis meses, aunque la menor parte sea de clérigos, porque el patronato mixto goza del privilegio de patronato eclesiástico, y lo mas digno atrae á sí lo menos digno (3); previniendo que el término prefinido no corre hasta el dia en que los patronos saben la vacante (4), bien que algunos dicen lo contrario; y que si el presentado renuncia la presentacion, ó no la consiente, ó muere, se deben empezar los respectivos cuatro y seis meses desde esta época no interviniendo ningun género de fraude (5).

7. Entre el patrono eclesiástico y el seglar ó lego hay otra notable diferencia, que consiste en que el eclesiástico solo puede presentar un sugeto en cada vacante, y si hace nueva presentacion se tiene por no hecha, y el obispo está obligado á instituir al primero. Pero el patrono lego puede hacer dos ó mas presentaciones, á fin de que el obispo confiera la institucion del beneficio á cualquiera de los nombrados; mas esto se entiende cumulativamente: es decir, que no puede el patrono excluir á ninguno de los que antes haya elegido, pudiendo por consiguiente el ordinario instituir entre todos al que tenga por opor-

1 Cap. *Quoniam*, 3. y *Cum propt. de jur. patron.* cap. *Si laicus*, §. *Verum, de jur. patronat.* in 6. cap. *Licet*, 3. *de supplend neglig. præl* y cap. *Nulla*. 2. *de consess. præb.* Rot in *Nov.* dec. 6. *de jur. patron.* leyes 6 y 11. tit. 15. Part. 1. Garc. *de ben.* part. 10. cap. 9. Lara *de capell* lib. 2. cap. 9 y 10.

2 Rota *Recent.* part. 17. dec. 13. num. 2. Barbos. part. 3. *de off. et potest. episc.* allegat. 72. num. 143 y 170. y cap. *indultum*, 27. *de reg. jur.* in 6. Lara ib. cap. 10. num. 27 y 28.

3 Rota *Recent.* part. 12 decis. 260. num. 13. decis. 13, 14 y 15. y part. 13. decis. 379. num. 4 y 5, y part. 19 decis 129. num. 3, y decis 293. num 14 y sig.

4 Garc. *de ben.* part 10. cap. 3. num. 15 y sig. Rot. part. 2. decis. *Recent.* 10. num. 7. decis. 173. num 1. y decis. 406. num. 1. part. 3. decis. 377. num. 3. part. 7. decis 221. num. 9. y part. 19. decis. 678 num. 12.

5 Arg. cap. *Si electio*, 36. *de election.* in sexto. Rot decis. 8 *de jur. patron.* in *Nov.* Lambertin. *de jur. patron.* lib. 2. part. 2. cap. 4. num. 38. Fras. ibi, cap. 31. num. 50 y 51.

tuno (1). Sin embargo si el patrono al hacer una presentacion jura no hacer otra nueva, y el presentado acepta su nombramiento, se imposibilita de repetirla por aquella vez. En caso de presentar el patrono eclesiástico con cierta ciencia á un indigno no tiene accion á elegir otro, y el obispo nombra por sí beneficiado en aquella vacante; mas si el patrono fuese lego, no tendrá tal facultad el obispo sino cuando pasados los cuatro meses no haya hecho aquel nueva presentacion (2). Mas nada de esto sucede cuando ignoraban la incapacidad del presentado, pues entonces debe decir al patrono que haga nueva eleccion (3) aun cuando este fuere eclesiástico (*).

8. Siendo muchos los patronos y los presentados, si los patronos constituyen un cuerpo, v. gr. un cabildo, colegio, ó comunidad, deben ser convocados todos los que tienen voto para hacer la presentacion, de tal suerte que uno que falte por no haber sido convocado, basta para anularla, aunque todos los demas concuerden en un sugeto.

9. Si el derecho de presentar compete á muchos, no como cuerpo, sino separadamente á cada uno, obtendrá el beneficio aquel que, siendo digno, consiga mayor número de votos que cualquiera otro de sus competidores. Es decir, que se necesita mayoría respectiva, no absoluta; v. gr. hay ocho patronos, de los cuales tres presentan á Juan, dos á Diego, y de los tres restantes cada uno presenta el suyo: en este caso Juan, como con mayor número, obtendrá y será predilecto, sin embargo de que todos los copositores sean mas dignos que él. Pero si es indigno, y sabiéndolo los patronos lo presentan, le preferirán los otros, porque en este caso todo el derecho se devuelve al presentado por la menor parte. Si dos son presentados por dos patronos iguales en votos, ninguno de ellos adquiere prelacion, por lo que el ordinario debe presentar al mas digno; y si en ambos concurren iguales méritos, puede preferir á su arbitrio al que de ellos mejor le parezca, porque en este caso, como hay discordia entre los patronos, es árbitro de proveer y elegir á su voluntad: con la diferencia de que siendo legos estos, ha de aguardar á que pasen los cuatro meses en que se les permite variar la presentacion; mas siendo eclesiásticos, al

1 Ley 6. tit. 15. Part. 1. cap. 78 y 79. *de jur. patron.* Lara lib. 2. *de capellan.* cap. 9.

2 Reinf. lib. 3. tit. 38. §. 4. num. 90. ley 7. tit. 15. Part. 1. cap. 5, 24 y 29. *de jur. patron.*

3 Cap. cit. *de jur. patron.*

* Si la indignidad del presentado consiste en falta de ciencia, se supone siempre que la ignora el patrono porque suelen engañar las apariencias. Carden. de Luca *de jur. patron.* disc. 47. num. 4.

instante, porque como no se les permite la variacion se le devuelve inmediatamente el derecho que ellos tenian (1). Previniendo que si aparecen dos instrumentos hechos en un mismo dia à favor de dos sugetos sobre la presentacion de algun beneficio por un patrono, de los cuales el uno contiene la hora de su otorgamiento, y el otro no, se deberá estar al que la contiene, como mas pleno que el que carece de ella (2); à menos que se pruebe haberse otorgado primero este, pues de que no contenga la hora no se deduce que fue hecho posteriormente, ni es requisito preciso el ponerla en los instrumentos, porque no lo manda la ley (*).

10. Conferida la institucion al presentado cesan de todo punto las gestiones del patrono, sin que tenga respecto del instituido ni de su beneficio la menor facultad ni intervencion hasta que por nueva vacante vuelva à presentar de nuevo.

11. Los patronos nada deben recibir del presentado, á menos que el fundador le haya mandado contribuirles con algo (3); y si se da ó promete por tener y ganar los votos ó presentaciones de ellos, se comete simonía (4); lo cual se entiende, aunque el mismo presentado lo ignore (5).

12. La sucesion del patronato hereditario ó mixto, se hace *in stirpes* y no *in capita*; y asi muchos herederos de un patronato se reputen por uno y tienen una voz (6); pero la del patronato gentilicio ó familiar se hace *in capita* y por representacion, del propio modo que en los mayorazgos, por lo que los descendientes deben presentar en esta forma (7).

13. No pueden ser patronos los judios, hereges ni infieles, sino solo los cristianos católicos, aunque no hayan nacido de legitimo matrimonio (8).

14. Por cuatro causas pasa el patronato de un hombre á otro: 1.ª Por herencia ó sucesion, al modo que los demas bienes. 2.ª Por donacion hecha con consentimiento del obispo, ó iglesia de donde es patrono, ya sea dado antes ó despues de la dona-

1 Reinf. ibi, num. 85 al 90. y otros que cita.

2 Felin. in cap. *Pastoral de rescript.*

* Cuando son varios los patronos de un beneficio pueden convenir entre si con anuencia del obispo en presentar por turno cada uno de ellos, y tambien suele acordarse asi en la fundacion, sin que esto induzca nulidad alguna.

3 Cap. *Sicut*, 2. *de supplend. neglig. prælat.* y cap. *Præterea*, 25. *jure. patron.*

4 Cap. *Veniens.* 9. *de simon.* y ley 3. tit. 17 Part 1.

5 Cap. *Nobis*, 27. *de simon.* y cap. *Si alicujus*, 59. de *election.*

6 Ferr loc. cit. num. 11 y 12.

7 Clem *Plures.* 2. *de jur. patron.* y ley 2. tit 15. Part. 1.

8 Rot part 5. tom. 1. decis. 185. num. 10. part. 7. decis. 180. num. 4 part 4 tom. 2. decis. 47. num. 2. y part. 13. decis. 83. num. 21. y decis. 103. num. 3.

cion. 3.ª Por venta, no porque el derecho de patronato puede ser vendido separadamente, sino porque si se vende toda la herencia ó parte de ella por razon de la cual el vendedor es patrono, entrará en ella el derecho de patronato, aunque en la escritura no se mencione. Y 4.ª cuando se trueca un patronato por otro (1). Tambien pasará, si se arrienda alguna villa ó heredad à que está anejo, à menos que se pacte lo contrario (2).

15. El derecho de patronato se extingue por once causas. 1.ª Por la libre remision del patrono, pues puede renunciar su derecho. 2.ª Cuando la iglesia se arruina, y no hay esperanza de reedificarla, ó su dotacion ó rentas perecen. 3.ª Si el patrono permite que la iglesia se haga colegiata ó monasterio, porque en estos no ha lugar la presentacion sino la eleccion (*). 4.ª Cuando el patronato se fundó solamente para la familia, y se extingue esta. 5.ª Cuando con consentimiento del patrono se une ó incorpora la iglesia à otra iglesia ó monasterio; porque por la union se juzga extinguida, y por consiguiente el derecho de patronato. 6.ª Por el no uso del patronato en el tiempo que se requiere para la prescripcion, si en su intermedio fue instituido dos veces á lo menos rector ó párroco, sin intervenir presentacion del patrono, y este no estuvo legítimamente impedido de hacerla. 7.ª Si este intentó matar ó mutilar alevosamente al rector ó á otro clérigo de la misma iglesia, no siendo en defensa propia. 8.ª Si el patrono se pervierte haciéndose herege, cismático ó apóstata de nuestra santa religion, pues con sus bienes se les confisca el derecho de patronato. 9.ª Cuando se entromete en la disposicion ó percepcion de frutos contra lo preceptuado por el santo Concilio de Trento en la sess. 22. cap. 11. *de reformatione*. 10. Si el patrono vende ó trasfiere en otro el derecho de patronato de algun modo prohibido por los sagrados cánones. Y 11. cuando en su adquisicion comete simonía, pues debe ser privado de él (3). Por lo demas debe el obispo favorecer á los patronos y no suscitarles estorbos ni dificultades en el uso de su derecho, pues la iglesia se lo ha concedido en reconocimiento de su generosidad y munificencia (4).

1 Ley 8 tit. 15. Part. 1. Ferr. ibi, art. 2.
2 Ley 9. tit. 15. Part. 1.
* Aunque esto es lo que establece el derecho comun, hay sin embargo en nuestra iglesia varias colegiatas y otras corporaciones, cuyas prebendas son de derecho de patronato, y se confieren por presentacion laical, como las de Lerma, Berlanga &c., dejando aparte las del patronato Real, que son infinitas.
3 Reinf. lib. 3. cap. 38 §. 5. num. fin.
4 Ley fin. tit. 55. Part. 1. Lambertin. *de jure patronat.* lib. 2. part. 3. quæst. 5. princip. art. 4. num. 12.

CAPITULO OCTAVO.

De las capellanias.

§. 1. ¿Que es capellanía, y de cuantas especies las hay?
2. Circunstancias de las capellanías mercenarias en que el capellan administra sus bienes.
3. En ellas no hay necesidad de otro título que el simple nombramiento del patrono.
4. Dichas capellanías no pueden convertirse en colativas, ni prestar título para ordenarse, sino lo expresa su fundacion.
5. ¿Cuales son las capellanías colativas, y que circunstancias concurren en ellas?
6. ¿Que se entiende por capellanías gentilicias?
7. ¿Quienes no pueden ser ordenados á título de capellanía colativa?
8. Las capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato y por testamento.
9. Legislacion actual sobre los bienes pertenecientes á las capellanías.
10. Sobre el mismo asunto.
11. Disposiciones eclesiásticas en orden á los requisitos que deben tener las capellanías para poderse ordenar á título de las mismas, y demas que comprende la bula de Inocencio XII.
12. ¿Como se sucede en las capellanías colativas?
Instrumentos correspondientes á este capítulo y al anterior, con varias fundaciones piadosas.

1. Es toda capellanía *una carga obligatoria de celebrar en determinada capilla, iglesia ó altar, cierto número de misas anuales, cuya aplicacion está designada por su fundador* (1). Hay capellanías de tres clases, que son *mercenarias, colativas y gentilicias*. De las *mercenarias*, que tambien se llaman *profanas y laicales*, hay dos especies: una comprende las que con propiedad se llaman *capellanías laicales, memorias de misas ó legados pios*, porque son fundadas sin autoridad del Papa ni del obispo ú ordinario diocesano, á cuyo título ninguno puede ordenarse, porque vienen á ser unos salarios ó estipendios de los sacerdotes que han de celebrar las misas (2), y por otro nombre llaman patronatos reales de legos, á modo de vínculos ó mayorazgos, con el gravamen y obligacion de mandar celebrar su poseedor en la

1. Lara *de capell.* lib. 2. cap. y num. 1. Mostaz. *de causis pii*s, lib. 3, cap. 1. num. 2.

2 Navarr. cons. *de præbend.* Mostaz. ibi, num. 7.

iglesia, capilla ó altar que el fundador destina, las misas que prefine, con la condicion de que sus bienes esten siempre sujetos á su responsabilidad; y con facultad de que el patrono pueda nombrar sacerdote que las celebre, y removerle cuando quiera (por lo que se llaman *amovibles á su voluntad*, ó mandarlas celebrar sin necesidad de nombramiento, recogiendo recibo del colector ó sacerdote conocido que las diga. En esta clase de capellanías puede conocer el obispo, no de sus bienes, porque son absolutamente profanos, ni de su presentacion, sino solamente del cumplimiento de las misas que debe acreditarle el patrono ó poseedor de los bienes gravados con ellas, y asi no se paga subsidio ni otro derecho por las mismas: el patrono aunque sea casado, ó hembra, posee sus bienes como de mayorazgo: de su sucesion debe conocer el juez Real: se sucede por las mismas reglas que en los mayorazgos: y se llama vinculo ó mayorazgo cuando la fundacion y sucesion es perpetua, y los bienes de su dotacion son indivisibles (1). Por tanto de esta clase de capellanías debe decirse lo mismo que se dijo en el tratado de los mayorazgos, pues se siguen las mismas reglas.

2. La segunda clase es de la misma naturaleza, á diferencia de que el capellan cumplidor (que asi se llama) administra sus bienes, goza todo su producto, debe hacer constar, y no el patrono, su cumplimiento, y à costa de las rentas tener sus fincas bien reparadas, de modo que no se aniquilen ni deterioren, pero ni en unas ni en otras tiene lugar lo dispuesto por los sagrados cánones en orden al término para su presentacion, ni por consiguiente hay colacion ni canónica institucion, ni en los bienes de ellas tiene que intervenir el ordinario diocesano. Pueden conferirse estas capellanías cumplideras ó memorias de misas á presbíteros para que las celebren; y tambien à legos de cualquiera edad indistintamente, á menos que disponga otra cosa el fundador (2). Confiriéndose á lego, debe mandar cumplir sus cargas, arreglándose á la fundacion; pero el ordinario eclesiástico no tiene derecho à proveerlas, ni á conocer de sus bienes, por ser privativa esta facultad del patrono, el cual por medio del juez Real puede compeler al capellan cumplidor á que cuide de su conservacion, y en su defecto embargarle la renta, y por esta ú otra causa ò sin ella quitarle el patrono la capellanía, mandándolo asi el fundador; y si el capellan fallece, y el patrono tarda

1 Leyes 8 y 9. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec. y sig.
Roj. *de incompat.* part. 1. cap. 7. num. 34

2 Mostaz. lib. 3. dicho, cap. 2. num. 43.

en nombrar otro, puede el mismo juez secuestrar sus fincas, repararlas, cumplir sus cargas, y depositar el sobrante á fin de que lo lleve el que luego nombre: para todo lo cual, como tambien para dentro de qué tiempo se deben poseer, pues el derecho Real no lo prefine, servirá de regla la fundacion.

3. El título ó nombramiento del patrono es lo único que se requiere para gozar estas capellanías laicales, y ni aun hay necesidad de posesion en ellas á menos que lo mande expresamente la fundacion, y si el capellan quiere tomarla á efecto de que le reconozcan por tal los inquilinos y contribuyentes, y le acudan con sus rentas, ha de ser ante el juez Real. Pueden hacerse incompatibles absolutamente para todas las capellanías, ó limitadamente para algunos, de suerte que el que las goce no obtenga otras colativas ni laicales ni beneficios; pero este gravamen de incompatibilidad no debe imponérseles, excepto que las rentas sean suficientes para mantenerse con la decencia correspondiente; pues de lo contrario se estimará por no impuesto. Si el fundador manda que se confiera á presbítero; que lo líquido de las rentas bajados derechos de visitas, gastos de cobranza, se convierta en misas de cierta cuota, v. gr. de doce, de quince ó veinte reales; y que el capellan celebre por su persona en iglesia determinada las que á este respecto quepan; debe, mediante la precisa personalidad y localidad que impone, expresar si el capellan ha de entregar al sacerdote que las celebre la propia limosna, ó la establecida por el sínodo, en caso que por estar ausente, enfermo ò por otra causa, no celebre algunas; ó lo que se deberá practicar; pues por falta de explicacion de la voluntad de los fundadores se suscitan dudas, fundadas en la obligacion personal de celebrarlas, y en que por no ser colativas ni ordenarse el capellan á título de ellas, debe entregar toda la renta ó limosna, y reputarse las misas por manuales, de la que los decretos pontificios prohiben al capellan á quien se da retener parte alguna.

4. Estas capellanías no pueden hacerse colativas, ni ordenarse ninguno á título de ellas, aunque el patrono y capellanes lo quieran, excepto que la fundacion permita que se ordenen todos ò algunos por via de patrimonio. Y aunque durante la vida de los ordenados se espiritualizan sus bienes, no por eso debe pagarse subsidio ni otro derecho por ellas, ya se dejen á eclesiásticos ò á legos, porque para esto es preciso que desde su ereccion se espiritualicen, constituyéndose perpetuamente colativas á modo de los beneficios eclesiásticos: ó que su fundador

mande que sus bienes pasen á la iglesia, que subsistan bajo de su dominio, y que los administre el capellan y perciba sus frutos por estipendio ó limosna de celebrar las misas; y fuera de estos dos casos es lo mismo que si los capellanes se ordenasen á título de bienes suyos propios, por lo que no se paga; y para que no se dude si son colativas ó laicales, se extenderá la cláusula de la fundacion *permitiendo que los capellanes se ordenen á título de sus bienes, como á título de patrimonio ó hacienda suya propia*, con lo cual se entenderá que son puramente laicales (1). Si son instituidas para parientes, han de justificar su parentesco ante el juez Real, à menos que el fundador mande que la goce el que elijan los patronos à su arbitrio, sin atender á la proximidad de grado (que es lo mejor, con lo cual se evitan pleitos y los daños que de ellos se siguen, para todo lo cual servirá de norte la fundacion, en cuya extension debe poner sumo cuidado el escribano, distinguiendo claramente estas de las colativas, à fin de evitar dudas y altercados en lo sucesivo.

5. Las capellanías *colativas ó eclesiásticas* son las que se instituyen con intervencion y autoridad del Papa ó del obispo, la cual se requiere para que sean de esta calidad (2); y asi se llaman en cierto modo *beneficios eclesiásticos*, y en ellas tiene lugar lo dispuesto en estos; bien que con causa pueden quitarse al capellan por el obispo ó patrono, permitiéndolo la fundacion (3), sin que por eso dejen de ser perpetuas; y sus bienes se espiritualizan para siempre desde que se fundan. Puede tocar á persona lega ó eclesiástica su presentacion ó nombramiento, segun lo disponga el fundador; pero la colacion ó canónica institucion ó investidura, el cuidado de la conservacion de sus fincas y del cumplimiento de sus cargas, y el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes, si son fundadas para consanguíneos, corresponde privativamente al ordinario diocesano en cuyo territorio estan fundadas, de suerte que el patrono tiene solamente la regalia de nombrar capellan dentro del término prescripto por derecho canónico, que expresé en el párrafo 6 del capítulo anterior, y el nombrado por él será preferido á los colitigantes que no lo esten, si se halla en igual grado con ellos, y adornado de las demas cualidades apetecidas por el fundador, y no de otra forma; por lo que estas capellanías se llaman asi con

1 Mostaz. dicho cap. 2. num. 7. y 44 al 48 y otros que cita.

2 Cap. *Alhæc.* 4. *de relig. domib.* Mostaz. *de caus. piis*, lib. 3. cap. 1. num. 7. y cap. 3. num. 1

3 Pet. Greg. *de re benefic.* cap. 29. num. 5. Mostaz. dicho num. 7.

propiedad: sus bienes son puramente eclesiásticos, y por ellas debe pagarse subsidio; pero aunque sean fundadas por contrato entre vivos, pueden revocarse como laicales, á menos que intervenga alguna de las causas porque las donaciones perfectas se constituyen irrevocables, y que el ordinario las apruebe, haciendo la colacion y canónica investidura en el primer nombrado. Pueden conferirse á presbíteros, ó á los que no lo sean, á fin de que se ordenen á título de ellas, segun lo disponga el fundador; y para su obtencion, siendo colativas simples sin cura de almas, ha de tener el capellan catorce años (1), excepto que el fundador mande conferirlas á los de menor edad, ó nada diga sobre esta circunstancia, pues entonces en entrando en los siete años, aunque no esten cumplidos, pueden ser admitidos á su goce (2). Siendo beneficios con cura de almas ó curados, han de tener veinte y cinco años (3); y el fundador puede asimismo imponer en ellas la incompatibilidad, como en las laicales y las condiciones honestas que le parezca, y preferir los nobles á los plebeyos. En las capellanías colativas no adquiere su posesion el presentado por solo el nombramiento sin la institucion: y el fundador de ellas puede en su fundacion con consentimiento del obispo limitar y ampliar el término á los patronos para hacer la presentacion; pero siendo beneficio curado ó parroquial, no puede hacer ampliacion del legal, porque de ella se sigue perjuicio á las almas, lo que no sucede en las simples aunque sean colativas.

6. Las gentilicias son como las anteriores, á diferencia de que el patrono es siempre lego; y por ser colativas no puede el fundador prohibir al obispo que haga su colacion y canonica institucion, cuide de la conservacion de sus fincas y cumplimiento de sus cargas, ni que conozca de la legitimidad de los aspirantes, si son fundadas para parientes, y si se lo prohibe el fundador, se tendrá por irrita y nula su disposicion (4).

7. No pueden ser ordenados á título de las referidas capellanías colativas los que tienen impedimento legal y canónico hasta que se les remueva, y son los siguientes: el que no ha nacido de legítimo matrimonio: el bígamo, ya esté viudo ó viva su muger primera: el homicida voluntario: el siervo: el que hizo penitencia pública: el que estando gravemente enfermo se bautizó

1 Concil. Trid. sess 23. *de reformat.* cap. 6. y ley 3. tit. 16. Part 1.

2 Mostaz. lib. 3. cap. 3. num. 24 al 28.

3 Cap. *Cum incentis*, 7. § fin. *de elect.* cap. *Licet canon.* 14. eod. tit. in 6. Conc. Trid. sess. 24. *de reform.* cap. 12. Mostaz. ibi, num. 20.

4 Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Capellanía.*

por temor de la muerte: el bautizado dos voces con cierta ciencia: los extraños é ignotos, sino con dimisorias ó testimoniales de sus prelados: el hermafrodita: el que por razon de mayordomía ó administracion de rentas del Rey ó Consejo está obligado á darles cuenta: la muger ni el menor de siete años (1).

8. Las expresadas capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato y última disposicion, y ser amovibles á voluntad de los patronos, si asi se expresa en la fundacion; pero entonces nadie podrá ordenarse con ellas por faltar la perpetuidad al título, y no ofrecer seguridad en la congrua. En este caso no obstará para dicho efecto la institucion que el capellan recibe, pues este requisito no muda su naturaleza. Sin embargo puede el patrono renunciar aquel derecho por una vez, y previo consentimiento del obispo, servirá de título para que el capellan se ordene (2).

9. Antes de ahora eran inalienables los bienes de las capellanías, y no podian prescribirse ni desmembrarse; pero la legislacion ha variado considerablemente en este punto. En Real cédula de 25 de setiembre de 1798 se dispuso la enagenacion de todos los bienes raices propios de hospicios, casas de caridad y expósitos, hospitales, obras pias, memorias, patronatos de legos, cofradías y demas de esta clase, mandando poner su producto y los capitales de censos de igual pertenencia, que se fueren redimiendo, en la Real caja de amortizacion bajo el interes anual de tres por ciento para ocurrir á la manutencion y demas cargas de dichos establecimientos afectos á sus bienes, dejando en pie la presentacion y otros derechos de los patronos. Se dieron reglas para realizar la enagenacion por el sencillo medio de dividir las propiedades con el objeto de proporcionar mayor número de compradores, celebrando las ventas á pública subasta y previa la tasacion correspondiente. Exceptuáronse aquellas fundaciones en que hubiese patronato activo ó pasivo por derecho de sangre. Igualmente se dispuso retener en depósito, y llevar cuenta y razon separada de los intereses que produjesen los bienes de aquellos establecimientos, cuyos fines han cesado con el objeto de destinarlos despues á otros análogos á su institucion primitiva. Y por fin se recomendó á los prelados eclesiásticos, tanto seculares como regulares, que activasen y promoviesen las ventas de los bienes propios de capellanías colativas y otras funda-

1 Ley 12 hasta la 27. tit. 6. Part. 1.
2 García *de benef.* part. 1. cap. 2. num. 81. y 7. cap. 1. num. 102.

ciones eclesiásticas, y poner su importe en la referida caja de amortizacion con el tres por ciento de renta anual, y sin perjuicio de los derechos de patronato activo y pasivo con todo lo demas que exprese la fundacion respectiva de las mismas.

10. Posteriormente se prescribió el método de hacer las subastas para la enagenacion de dichos bienes (1), se dió un reglamento sobre el modo de realizarla (2), y una Real orden para promoverla (3), y otro reglamento para efectuar la venta de las fincas pertenecientes à los seis colegios mayores, mandadas enagenar por la citada Real cédula, y de otros establecimientos piadosos (4). Se varió y adicionó lo dispuesto en el artículo 13 del enunciado reglamento (5), suspendiendo por entonces la observancia del artículo 23, à que se siguieron otras ordenes declaratorias de las precedentes (6). Se expidió ademas otra Real cédula (7), insertando en ella un breve de su Santidad, en que concedia à nuestro Soberano facultad para que se pudiese enagenar en sus dominios tal porcion de fincas eclesiásticas cuantas fuese precisa para producir una renta libre anual de docientos mil ducados de oro de Cámara. Por último se ha publicado otra Real cédula (8) mandando poner en ejecucion otro breve de su Santidad (9), por el que derogando el anterior concede al Rey facultad de enagenar los predios rústicos y urbanos pertenecientes à capellanías eclesiásticas, é igualmente para la segregacion y venta de la séptima parte de los demas bienes propios de las iglesias, conventos, comunidades, fundaciones y cualesquiera otros poseedores eclesiásticos, inclusas la orden de San Juan y demas militares, con reconocimiento del derecho à la recompensa expresada en el breve à cargo de la Real caja de consolidacion bajo las reglas que su Magestad determinase.

11. El Sumo Pontífice Inocencio XII en su Bula *Apostolici ministerii*, de 13 de mayo de 1723, manda que à ninguno que tenga beneficio ó capellanía, cuya renta anual no llegue á la tercera parte de la congrua, se confiera la prima tonsura con motivo de adquirir derecho al beneficio ó capellanía; que los patronos, asi eclesiásticos como seculares, puedan hacer nombramiento de ellos, no como beneficios eclesiásticos sino como de legados pios; y que los nombrados á su goce, aunque no esten

1 Circular de 28 de octubre de 1798.
2 Su fecha 29 de enero de 1799.
3 De 29 de noviembre de 1799.
4 Real cédula de 21 de octubre de 1800, ó sea ley 19. tit. 17. lib. 10 Nov. Rec.
5 Real cédula de 16 de agosto de 1801.
6 Circular de 8 de noviembre de 1802.
7 De 15 de octubre de 1805.
8 De 21 de febrero de 1807.
9 De 12 de diciembre de 1806.

tonsurados, los posean como tales legados con la obligacion de cumplir todas las cargas impuestas por los fundadores. Y por el párrafo 13 de la carta encíclica ó circular de la Real Cámara, su fecha 12 de junio de 1769, dirigida á los señores obispos de estos dominios, se les encarga que supriman ó extingan dichos beneficios y capellanías, convirtiendo estas en legados pios en la forma prescrita por el párrafo 8 de la citada Bula. Lo que tendrá presente el escribano, y prevendrá á los fundadores, á fin de que las doten bien, y no las funden incongruas, para que los capellanes se ordenen con ellas; pues importa muy poco ó nada el que quieran eregirlas colativas, y que las den este título, si por el espíritu y naturaleza de la fundacion y sus cláusulas, ó por la insuficiencia y tenuidad de sus rentas, desdicen del verdadero concepto de tales; y asi se debe atender à la esencia y naturaleza de las cosas, no à las palabras con que se explican, porque estas no las constituyen (1); y ademas si tienen poca renta y muchas cargas, reduce estas el ordinario á instancia de los capellanes, y mas vale que el fundador imponga pocas (pues la misa es de infinito precio), que dar lugar á que otro interprete á su arbitrio su voluntad por su consideracion al tiempo de la fundacion, ó que tal vez se frustre de todo punto su cumplimiento (*).

12. Cuando en la fundacion de las capellanías colativas no hay cláusula alguna que determine el modo de suceder, se debe atender à la proximidad de parentesco con el fundador, y no con el último poseedor, pues en ellas no sucede por representacion, como en la sucesion regular de los mayorazgos y patronatos. Asi muerto el capellan, aunque pida la posesion un hermano suyo no se le debe dar, sino fijarse edictos llamando á los parientes del fundador para adjudicársela al que tuviere mejor derecho, atendiendo á la mayor proximidad de parentesco con el que hizo la fundacion, y á la edad y demas circunstancias que esta pidiere.

1 Castill. *de aliment.* cap. 7. num. 14. Barb. *de jur. eccles.* lib 3 cap. 4. num. 20.

* Por disposicion del señor Carlos IV. fecha en 1795 (ley 18 tit. 5 lib 1. Nov. Rec.), se manda que se imponga y exija un quince por ciento sobre todos los bienes con que se funden capellanías eclesiásticas ó laicales, perpetuas ó amovibles á voluntad, con destino à la extincion de los vales reales Poco tiempo despues consultó el intendente de Jaen sobre si estaban ó no sujetos á dicho pago los bienes empleados en fundacion de patrimonios eclesiásticos temporales, y la Real Cámara resolvió en 16 de marzo de 1796, que por ahora no se exigiera el citado quince por ciento de los bienes, à que hace relacion la consulta.

Escrituras é instrumentos pertenecientes á este capitulo y al anterior, con otras fundaciones piadosas.

FUNDACION DE PATRONATO REAL DE LEGOS.

Don Francisco de Andrade, vecino de la villa de Madrid, digo: que por hallarme sin ascendientes ni descendientes legítimos, y enriquecido por el Omnipotente de bienes temporales, determiné erigir de todos un patronato Real de legos á título de mayorazgo, á cuyo fin construí en la iglesia de San Juan la capilla de San Pedro, que es la segunda á mano derecha, entrando por la puerta principal, la cual quiero dotar con cuatro mil reales de renta, á fin de que esté adornada con la decencia correspondiente, y que despues de mis dias se celebren perpetuamente en ella trescientas misas rezadas al año: y para que tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete, instituyo, erijo y fundo patronato Real de legos á título de mayorazgo perpetuo de los bienes siguientes.

Aquí se pondrán los bienes por menor, como en la fundacion de mayorazgo.

Cuyos bienes declaro son mios propios, y que estan libres de todo gravamen y responsabilidad real, perpetua, temporal, especial, general, tácita y expresa (*de las que lo estuvieren, y si lo estan de todas no debe expresarse ninguna*), los aseguro, aplico y señalo por dotacion de este patronato con las siguientes condiciones y llamamientos. (*En seguida se pondrán las condiciones y llamamientos que quiera el fundador, tales como los que siguen, por ejemplo, ú otros.*)

1.ª Elijo y nombro por patrono de la citada capilla á Don Fulano, mi sobrino, hijo legítimo de legítimo matrimonio de Don Fulano, mi hermano, y á sus hijos y descendientes legítimos, prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra, y la hembra de mejor línea y grado, al varon mas remoto &c.

2.ª El citado mi sobrino y demas llamados, cada uno en su tiempo, han de gozar y poseer este patronato y usufructo de sus bienes por los dias de su vida, á excepcion de cuatro mil reales anuales que han de dar de limosna por trescientas misas rezadas que se han de celebrar cada año por mi intencion en tales dias

por el sacerdote que elijan, con cuya cantidad y con la que importa la cera y oblata, dejo gravados los mencionados bienes: prohibo que se pueda redimir con pretexto alguno: y mando que siempre esten ligados y sujetos á este gravamen y responsabilidad, como intrinseca é inseparable de ellos.

3.ª Si quisieren puedan nombrar capellan que celebre las enunciadas misas en dicha capilla, y removerle con causa ó sin ella, con cuyo nombramiento ha de ser reconocido por tal, y admitido à su cumplimiento y celebracion, sin necesidad de posesion ni otra diligencia; y si no quisieren nombrarlo, cumplan con entregar dicha limosna al colector de la citada iglesia; y el recibo que de ella les dé, les sirva de documento justificativo para que se los bonifique; y si el patrono fuere sacerdote, pueda celebrarlas por sí propio en ella, y no en otra parte, recogiendo certificacion del colector de haberlas celebrado, la cual ha de ser bastante para su abono. Los patronos han de estar obligados á reparar de las rentas de este patronato la referida capilla de todo lo necesario, levantarla y ponerla en el estado actual, si se arruinase, comprar los ornamentos, vestiduras sacerdotales y demas cosas correspondientes à su decencia; y pagar por la cera y oblata lo que la sinodal de este obispado tiene asignado y asignare, y seiscientos reales anualmente al sacristan porque la cuide, tenga limpia y aseada, y mande lavar toda la ropa blanca que se necesite, asi para el altar como para la celebracion de las misas; y á todo poder ser apremiados en forma de derecho.

4.ª Esta memoria de misas se ha de entablar entre las de la citada iglesia, para que en las visitas se tome cuenta de su cumplimiento, y no para otro efecto, y por ella no se ha de pagar subsidio, situado ni otro derecho, ni entrometerse el prelado eclesiástico ni su vicario ni visitador en su provision, bienes, ni en otra cosa que en inquirir si estan ó no cumplidas sus cargas, y la capilla con la decencia que corresponde; y no estándolo pueda apremiar al poseedor de este patronato á que lo ejecute.

5.ª Los bienes de este patronato &c. (*Aqui se pondrán las condiciones* 17, 18, 19, 20, 21 *y* 22 *del mayorazgo, y las demas que el fundador quisiere con reservacion del usufructo, y luego lo siguiente*).

Con cuyas condiciones, cargas y llamamientos erijo, fundo é instituyo este patronato real de legos á título de mayorazgo: y para despues de mi fallecimiento me desapodero, desisto, qui-

to y aparto del derecho y accion que à sus bienes me corresponde, y todo lo cedo, renuncio y traspaso en el prenotado mi sobrino y demas sucesores á él nombrados, para que cada uno en su tiempo lo posea, goce y disfrute con dicho gravamen: les confiero poder irrevocable con libre, franca y general administracion para tomar la posesion de él, la que desde ahora doy por tomada; y me reservo su usufructo durante mi vida, como igualmente la facultad de revocarlo enteramente, ó añadir, quitar y enmendar lo que me parezca, por lo que no ha de tener efecto hasta que fallezca &c. (*Proseguirá como en el mayorazgo y las generales, y toma de razon en la oficina de hipotecas.*)

Nota. Si el fundador quisiere que el patronato sea irrevocable, se obligará á no revocarlo ni alterarlo en tiempo ni con pretexto alguno, y à que si lo hiciere, sea nulo: se constituirá por inquilino y precario poseedor, durante su vida, del primer llamado y demas sucesores: y entregará á este la escritura de fundacion, omitiendo la reserva de revocar, mudar y alterar á su arbitrio, y en la aceptacion las palabras, *sin perjuicio de la enunciada reserva*, que contiene la escritura de fundacion de mayorazgo; pero no las de usufructo por los dias de su vida, porque si lo hace será nulo, por estar prohibida la donacion inmensa, como se dice en su lugar oportuno. Y si el patronato ó vinculo se hiciere del tercio y remanente del quinto entre descendientes, tenga cuidado el escribano de advertir al fundador que no puede imponer en el tercio carga ni gravamen que impida al mejorado percibir sus frutos íntegros, y que se debe ceñir, en cuanto á la carga y desembolso que tenga que hacer, al producto del quinto, porque el tercio es legítima de los descendientes, y no puede ser gravado sino en los términos propuestos en el título de testamentos.

FUNDACION DE CAPELLANÍA MERCENARIA É INCOMPATÍBLE Á TÍTULO DE PATRONATO REAL DE LEGOS, CON LA QUE NINGUNO PUEDE ORDENARSE.

Don Francisco de Tejada, vecino de esta villa, digo: que me hallo por la divina misericordia con copiosos bienes y sin hijos ni otros herederos legítimos á quienes dejarlos, y por tanto, deseando corresponder grato à los favores del Altísimo, que el producto de aquellos se convierta en rendirle holocaustos, y que las benditas ánimas del purgatorio experimenten algun ali-

vio, he determinado erigir una capellanía mercenaria á título de patronato real de legos; y para que tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, instruido del que me compete, fundo é instituyo para despues de mi fallecimiento en la iglesia parroquial de Santa María, y altar de San José, que es el tercero à mano izquierda, entrando en ella, la expresada capellanía, memoria de misas á título de patronato real de legos, la cual doto con los bienes siguientes.

Aqui se pondrán por mayor los bienes, como en la fundacion de mayorazgo.

Cuyos bienes declaro me pertenecen en posesion y propiedad por las razones expuestas y títulos relacionados: producen de renta anual seiscientos ducados, y estan libres de todo gravamen (ó tienen el real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y expreso que sea), y de ellos constituyo la referida capellanía laical con los siguientes llamamientos y condiciones.

Llamo à la obtencion de esta capellanía y goce del producto de sus bienes á Don Fulano, presbítero, mi sobrino, hijo de &c., y les confiero amplio poder y facultad para que con solo el título de los patronos sean tenidos por capellanes cumplidores, sin mas posesion ni otro acto ni documento, y como tales administren dichos bienes, perciban, hayan y gocen sus frutos, à excepcion de seiscientos reales anuales que han de dar por mitad á los patronos que elegiré, por el cuidado que deben tener de que sus fincas se conserven; y pagar á la fábrica y sacristan de dicha iglesia lo que el sínedo de este obispado tiene consignado por la oblata, cera y ornamentos, y señalaré en adelante.

Ninguno se ha de ordenar á título de esta capellanía, aunque sea por via de patrimonio, y lo consientan los patronos: pues quiero que el capellan á quien se confiera, sea precisamente presbítero y pobre, y tenga obligacion de cuidar sus fincas á costa de sus rentas; y no lo haciendo, que el patrono ó patronos que haya, puedan removerle y elegir otro sin mas juicio, sentencia, declaracion ni monicion, y hacer que reintegre á su costa el desfalco y deterioro que en su tiempo hayan padecido por su culpa, omision ó negligencia.

Ha de celebrar por su persona en dicho altar *tantas* misas rezadas cada semana, en tales dias, que hacen *tantas* al año, y no poder cometer á otro su celebracion, á menos que esté en-

fermo, y no con otro impedimento, y si la cometiere, mando que no se le abonen, y que el patrono ó patronos que haya á la sazon, le remuevan y elijan otro que por sí las diga, pues desde ahora le doy por removido y excluido de su obtencion: lo cual se ha de observar, sin embargo de que sea comensal del señor obispo, ó impetre bulas apostólicas que dispensen la localidad, personalidad y residencia, las cuales no han de tener efecto alguno, mediante que con sus rentas puede mantenerse decentemente.

Ningun juez eclesiástico ha de poder presentar esta capellanía, conocer de sus bienes, tomar cuentas al capellan de lo que produjeren, ni removerle, sino solo compelerle á que cumpla sus cargas; y no lo haciendo, mandar al patrono ó patronos que le remuevan y elijan otro, lo cual deberán cumplir inmediatamente.

Esta capellanía no ha de erigirse en colativa, aunque los patronos y el capellan lo quieran, y consientan por solo la vida de este, porque lo prohibo expresamente; ni pagarse por ella subsidio ni otro derecho, ni gozarla el que tenga cuatrocientos ducados líquidos de renta eclesiástica ó patrimonial, à menos que no haya otro pariente mio que pueda obtenerla, pues luego que esto se verifique, le han de poder remover los patronos, y hacer que restituya el sobrante que hubiere percibido desde el dia que tuviere la renta, deducido el importe de la limosna de dichas misas al respecto de *tanto* cada una: cuyo sobrante se ha de emplear con intervencion de los patronos, capellan que sucediere en ella y de la justicia ordinaria de esta villa, en aumento, conservacion de las fincas de esta capellanía, sin que el capellan removido pueda tener derecho à él, ni tampoco el sucesor, pues mi ánimo y voluntad es que la obtengan sacerdotes virtuosos y pobres que carezcan de medios para mantenerse con decencia; pero faltando otro pariente mio habil para su obtencion, pueda gozarla el nombrado sin estar obligado à restitucion.

Esta capellanía se ha de entablar entre las memorias de misas de la parroquial de esta villa, para que el ordinario eclesiástico la visite, y sepa si el capellan cumple ó no sus cargas, y no para otro efecto, y ser de la obligacion del capellan y no de los patronos, satisfacer los derechos que en la visita se causen.

Los patronos han de celar si los capellanes tienen ò no bien reparadas las fincas de esta capellanía, compeliéndoles à ello por medio de su juez, precedida amonestacion verbel; y si los capellanes fueren omisos, y no hicieren caso de la amonestacion,

y por lo mismo necesitaren los patronos usar de apremio judicial, les han de pagar los capellanes todos los gastos procesales y personales que se les causen en acudir al juez para que les apremie; y si los patronos fueren negligentes en esta parte, pierdan el derecho de este patronato, y pase al siguiente llamado sin mas declaracion.

Para hacer la eleccion de capellan se han de juntar los patronos en casa del mas condecorado ò mayor en edad, y si al tiempo de la vacante no hubiere mas que un patrono en el lugar por haber muerto el otro, pueda por sí solo elegirle; pero estando ausente, tenga precision de avisarle incontinenti, tomando testimonio de la carta que à este fin le escriba y eche en el correo; y si dentro de dos meses siguientes al dia de su fecha no le respondiere, conformándose con el que este elija, ó diciéndole que no puede asistir á la eleccion, ó enviando poder à alguno para que concurra, pasados que sean, pueda por sí hacerla, y valga del mismo modo que si ambos hubieran concurrido; y si ninguno estuviere en el lugar, tenga obligacion la justicia mayor de él de avisarlos en igual conformidad, y no nombrando en el citado término, haga esta por sí la eleccion, y perciba las propinas de ambos patronos; y si estos discordaren en ella, echen suertes con asistencia de la justicia y escribano de ayuntamiento de esta villa, y despachen al capellan á quien tocare el título correspondiente, en cuyo caso las propinas de los dos patronos se dividan entre ellos, el juez y escribano de ayuntamiento, por iguales partes en pena de no haberse conformado. Y habiendo litigio sobre el derecho de este patronato, sino se declarare dentro de tres meses, faltare por esta razon patrono de sangre, vacare en el intermedio esta capellania, y pasados los tres meses despues de la vacante hiciere la justicia el nombramiento, pueda percibir igualmente las propinas de ambos patronos, hasta el dia en que alguno de ellos tome posesion de este patronato; pero no haciendo el nombramiento, ningun derecho tenga á ellas, antes bien las ha de retener el capellan para entregarlas al patrono ó patronos que lo obtengan: y si no hubiere vacante, no ha de poder remover al nombrado por los patronos anteriores.

Mientras vivan los capellanes que dejo nombrados, no han de poder los patronos elegir otros; y despues que fallezcan, han de nombrar precisamente para la obtencion de esta capellania parientes mios por ambas lineas, habiéndolos en este lugar y en el de *tal*, en donde está mi familia paterna, sin observar

mas prerogativa, predileccion de líneas, grado ni otra cosa que la mayor pobreza y virtud, sobre lo que les encargo la conciencia, á cuyo fin harán que se fijen edictos en todos á costa del capellan que sucediere, y los pretendientes tengan obligacion de justificar extrajudicialmente su parentesco, vida y conveniencias ó indigencia ante los mismos patronos, ó el que lo sea, y con solo su título y nombramiento hecho ante cualquiera escribano Real, los admita el cura párroco á la celebracion de misas, sin necesidad de posesion, mandato judicial ni otro requisito. Y por evitar pleitos, enconos y los pecados que con este motivo se cometen, prohibo y excluyo de la obtencion de esta capellanía á cualquiera que se opusiere judicialmente al nombramiento hecho en otro, aunque sea mas pobre que el nombrado, pues preponderan mas las ofensas que se hacen á Dios, que todos los bienes terrestres, y lo dejo á la conciencia del patrono ó patronos que lo hagan. Y si practicadas las referidas diligencias ninguno compareciere dentro de cuatro meses siguientes al dia de la fijacion, elijan al sacerdote mas pobre y virtuoso que hubiere en esta villa ó en el expresado lugar, sin prelacion. Si algun pariente compareciere, y por no estar ordenado de presbítero no pudiere obtener esta capellanía, luego que lo esté, se le confiera, y precise al extraño á dejarla, pues mis parientes han de ser preferidos á los extraños en todos tiempos, aunque estos la esten poseyendo, y aquellos no sean de esta villa ni del lugar mencionado; de modo que justificando pobreza y ser parientes mios por cualquiera línea, se les ha de conferir esta capellanía, y desposeer al extraño, aun en el caso que verifique tener mayor pobreza que el paciente, y ser pobre, y este no.

Si este patronato recayere en el capellan pueda por sí mismo celebrar las misas, y concurriendo en un patrono las cualidades expresadas, ha de poder en caso de vacante nombrarle con preferencia á otro pariente el compatrono, y no habiéndolo, la justicia; en cuyo caso ha de gozar de ambos emolumentos; mas porque recaigan en él ambos títulos, no le dispenso la localidad ni personalidad, ni el que pague anualmente al compatrono su propina, pues todo queda á su cargo como si no fuera patrono; y á ello se le pueda apremiar por todo rigor.

Si hubiere litigio sobre el derecho de este patronato entre los que pretendan tenerlo, conozca de ello la justicia de esta villa, en cuya jurisdiccion estan sus bienes, y aunque los preten-

dientes sean de otra, esten obligados á seguir su pretension en primera instancia por el oficio del presente escribano, y si lo contrario hicieren, no los admita por tales, ni dé la posesion; antes bien pase á nombrar capellan si no lo hubiere, y á usar de este patronato, como si estuvieran extinguidas las líneas de los patronos, hasta que cumplan esta condicion, y no mas.

Nombro por patronos á Pedro y Juan, mis sobrinos, hijos de Antonio y Diego, mis hermanos, y á sus hijos y descendientes legítimos, prefiriendo el mayor al menor, el varon á la hembra, y la hembra de mejor grado y línea al varon mas remoto. A falta de estos á María y Juana, mis hermanas, y á los suyos: despues de estos á Eugenio y Alfonso, mis primos hermanos, hijos de José y Ana, mis tios, y á los suyos por el mismo órden y prelacion: acabados todos, al juez mayor que hubiere en esta villa, y no habiéndolo, á los alcaldes ordinarios por ambos estados, y si no hubiere mas que uno, sea patrono; previniendo que mientras no se extingan las líneas de los llamados, ha de haber dos patronos, uno por cada una; pero si llegare el caso de que la una se finalice y la otra no, sea patrono únicamente el que de esta viviere; de modo que para entrar al goce de este patronato las líneas de los llamados en segundo lugar, se ha de concluir enteramente la del primero, y asi las demas: todo lo cual mando se observe literalmente sin tergiversacion.

Por el trabajo que los patronos han de tener en celar que los capellanes conserven las fincas de este patronato ó memoria de misas, ó capellanía, y cumplan sus cargas, y en hacerles el nombramiento, señalo á cada uno de los dos que fueren mis parientes trecientos reales, y no habiendo mas que uno, por estar extinguida la línea del llamado, en igual grado y lugar, el importe de ambos como si vivieran, respecto de que ha de hacer las veces de los dos; pero si todos se acabaren, no pueda percibir el juez mayor mas que los trecientos reales, y habiendo en lugar de este dos alcaldes ordinarios, se dividan entre ellos por mitad, y si no hubiere mas que uno, los lleve este, pues mediante no ser parientes mios, y nombrarlos por patronos con sola la atencion y mira de que nunca falten, no quiero que gocen en esta parte iguales emolumentos que los llamados, en cuyo caso el capellan esté obligado á depositar anualmente los otros trecientos reales, con intervencion de los patronos por cuenta y riesgo de estos, en persona lega, llana y abonada para inver-

tirlos con la misma intervencion en aumento de fincas y conservacion de esta capellanía: á todo lo cual puede ser compelido por todo rigor.

Los patronos &c. (*Aqui se pondrán las condiciones* 17 *y* 18 *de la escritura de mayorazgo, y las* 19, 23 *y* 24, *acomodándolas al caso actual, y las demas que el fundador quisiere, y el pie como en la anterior de patronato, á excepcion de que en esta ha de hablar con los patronos y capellanes juntamente, por lo que á cada uno toca, al modo que en aquella habla solamente con el patrono; y tambien se prevendrá la toma de razon en el oficio de hipotecas.*

FUNDACION DE CAPELLANÍA LAICAL PARA ORDENARSE A TÍTULO DE ELLA COMO DE PATRIMONIO.

Don Manuel Ximenes, vecino de esta villa, digo: que Don Alejandro Ximenes, mi hermano, por el testamento que otorgó en ella á tantos de tal mes y año ante el presente escribano, bajo del que falleció, me instituyó por su heredero de los bienes muebles, créditos y efectos que tenia; mandó que de los raices erigiese una capellanía laical ó colativa ú otra obra pia perpetua á mi arbitrio y voluntad, para cuya fundacion, y para todo lo demas que ocurriese y fuese preciso, me dió comision y facultad libre y amplia, constituyéndome en su propio lugar, accion y derecho, y queriendo tuviese validacion del mismo modo que si por sí la formalizara, segun se acredita de su testamento, del cual para documentar esta escritura, se pone con ella copia autorizada, que á la letra dice asi.

Aqui el testamento.

Y usando de la comision y facultades inclusas en el testamento inserto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho= Otorgo en nombre del citado mi hermano, que erijo, fundo é instituyo para siempre jamas en la iglesia de tal, en donde está sepultado su cadaver, una capellanía puramente laical, ó memoria de misas, á titulo de patronato real de legos; la cual doto con los bienes raices que dejó, cuyo valor, sitios y linderos actuales se especifican en la forma siguiente.

Aquí se ponen por menor los bienes.

Asciende el valor de los referidos bienes, que son los únicos raices que dejó, á *tantos* mil reales de capital y valor en venta

segun sus valuaciones, y de renta producen anualmente *ta ntos* mil, los cuales aplico por dotacion de esta capellanía laical, memoria de misas, y de ellos la fundo con las siguientes condiciones.

Los expresados bienes jamas se han de poder vender, trocar, donar, enagenar, ni tampoco separar, dividir, acensuar, hipotecar ni gravar total ni parcialmente, aunque lo intenten los capellanes y los patronos lo consientan á pretexto de mayor aumento de renta de la capellanía ó por otra causa por grave y urgente que sea, pues lo prohibo expresamente, y quiero y mando que esten siempre unidos, incorporados y libres de todo gravamen y responsabilidad, como actualmente lo estan, y que sean inenagenables, indivisibles é imprescriptibles, y no se puedan arrendar por mas tiempo que el de nueve años cada arrendamiento.

Los capellanes de la enunciada capellanía han de tener bien librados, cuidados y reparados de todo lo necesario á costa de sus rentas los bienes con que queda dotada, de suerte que siempre vayan en aumento y no se deterioren, para que los sucesores no tengan que lastar cosa alguna de lo que en su tiempo no se deterioró, consumió ni perdió; y si no lo practicaren, han de ser compelidos á ello por el patrono y capellan sucesor, los cuales han de poder acudir á este efecto á la justicia Real ordinaria para el embargo de rentas y bienes del poseedor y de sus herederos, sin que para eximirse de su reintegro y satisfaccion, les sufrague el necesitar para los reparos de éllos la renta de un año, dos ó mas, pues con esta consideracion y con la de su decencia les impongo carga muy leve y moderada, atendido su anual producto líquido, que por un quinquenio es el de seiscientos ducados, por lo que prohibo que la carga se minore con pretexto alguno por ningun señor juez eclesiástico, aunque muchas veces se le pida su reduccion y minoracion: y sobre ello le encargo la conciencia.

Cada uno de los capellanes han de celebrar por sus personas anualmente cien misas rezadas, dos cada semana, en la referida iglesia de tal, por el alma é intencion de dicho Don Alejandro, mi hermano y demas de su obligacion, y no en otra iglesia; y en caso de hallarse enfermos ó ausentes, ó sin ordenar de presbíteros, cumplan con mandarlas decir á otro sacerdote, dándole la limosna que con él estipulen, ó la que por la sinodal está establecida ó se establezca, satisfaciendo ademas en uno y otro caso los derechos de cera, oblata y colecturía á la iglesia ó persona que deba percibirlos, y recogiendo certificacion de todo del

que la gobierne ó sea colector, para hacer constar su cumplimiento en el tribunal de la visita eclesiástica.

Ningun juez eclesiástico ha de poder conferir esta capellanía, conocer de sus fincas, tomar cuentas á los capellanes de lo que estas produzcan, removerlos, intervenir ni mezclarse en otra cosa que en compelerlos á que cumplan sus cargas, aunque pasen los cuatro meses que para la presentacion de las colativas y beneficios eclesiásticos prescribe el derecho canónico, y muchos mas mediante ser puramente laical, y solo necesario para su obtencion el nombramiento del patrono, y como tal no militar para con ella las disposiciones canónicas; pero no haciendo el nombramiento dentro del año que le concedo, pasado que sea, pueda hacerlo el juez Real en pena de su omision y descuido, para lo que le confiero amplia facultad.

Jamas se ha de erigir en colativa esta capellanía, sin embargo de que los patronos y capellanes lo quieran y consientan, pues lo prohibo expresamente: ni por ella pagarse subsidio ni otro derecho; pero sin perjuicio de poder yo como tal patrono, y los que me sucedan en este patronato, nombrar para su goce á personas de cualquier calidad y edad, sin limitacion, siendo honradas y de buenas costumbres (á cuyo fin hago expresa reserva de esta facultad para todos), permito que se elijan y puedan nombrar estudiantes pobres, hijos de padres honrados, para que con su producto sigan sus estudios y la carrera eclesiástica, y que se ordenen á título de los bienes de ella, como á título de patrimonio y hacienda suya propia, mandando en el ínterin que se ordenan cumplir sus cargas; y por su muerte han de quedar secularizados sus bienes como de patronato de legos; sin que por el hecho de ordenarse con su renta muchísimos ó todos, se entienda colativa ni eclesiástica; ni destruida la cualidad de laical, y cumplidera, como propiamente memoria de misas ó bienes profanos con carga de estas.

Todos los capellanes que no siendo sacerdotes fueren nombrados á la obtencion de esta capellanía, han de estar precisamente ordenados *in sacris* á los veinte y cuatro años de su edad, y si entonces no lo estuvieren, queden privados, como desde ahora los privo y excluyo, por el mismo hecho de su goce; prohibo que se les pueda prorogar mas término; y concedo amplia facultad á los patronos para que la tengan y declaren por vacante, y á los capellanes los estimen como muertos; y que en este concepto procedan sin necesidad de monicion ni interpreta-

cion á proveerla en estudiante pobre, hijo de padres honrados, y no habiéndolos, en sacerdote igualmente pobre, y no en el que no lo sea, ni en religioso profeso, aunque por los estatutos de su religion ó por dispensacion se le permita obtener rentas eclesiásticas graciosas ò patrimoniales, pues los excluyo de su obtencion; y tambien les concedo igual facultad para que acudan al juez eclesiástico á efecto de que apremie á los capellanes ordenados *in sacris* á ordenarse de presbíteros, de modo que á los veinte y cinco años de su edad lo esten indispensablemente.

Esta capellanía memoria de misas se ha de entablar precisamente entre las de la mencionada iglesia, para que el ordinario eclesiástico la visite y sepa si los capellanes cumplen ó no sus cargas, y no para otro efecto, y ser de la obligacion de estos el satisfacer los derechos que en la visita se causen.

Para el nombramiento de esta capellanía, y para todo lo demas expuesto, me nombro por primer patrono único; y despues de mis dias á mis hijos y descendientes legítimos que sucedan en el mayorazgo que poseo, y fundó mi tercer abuelo Pedro Ximenes. Acabados estos, á mi primo Francisco de tal, y á los suyos, á quienes debe pasar dicho mayorazgo; y á falta de todos á los que estan llamados para su goce y obtencion, al que agrego uno, è incorporo la regalía de nombrar y derecho activo de este patronato con los vínculos, cláusulas y llamamientos con que está erigido, sin alteracion; y á todos y á cada uno confiero amplio poder y facultad para que en su respectivo tiempo nombren sugetos dignos de obtener la expresada capellanía dentro de un año siguiente al de la vacante á lo mas; cuiden y celen de que los capellanes cumplan con su obligacion asi en celebrar las misas, como en conservar las fincas de su dotacion; y practiquen todo lo demas referido, y lo que practicaria mi difunto hermano si viviera, á fin de que se verifique de esta suerte el cumplimiento de la pia y sana intencion con que dejó sus bienes, y el alivio de su alma y las de sus mayores.

Con estos llamamientos, cláusulas, condiciones, bienes y reserva fundo é instituyo la enunciada capellanía laical, y memoria de misas, á título de patronato real de legos, y para su obtencion y goce nombro por primer capellan á Diego de tal, hijo de Andres, sin perjuicio de hacerle nombramiento separado, á fin de que con él pida á mayor abundamiento, y se le dé su posesion; y le confiero amplio poder y facultad para que la pida y tome ante la justicia Real en cualquiera copia autorizada de esta fundacion, ó en una de sus fincas, ó en todas á su ar-

bitrio, y desde hoy percibe sus rentas; cuide de sus bienes, y cumpla sus cargas y todo lo dispuesto y ordenado en esta fundacion sin faltar en cosa alguna; y la misma facultad concedo à los capellanes sucesores. Y en nombre del citado mi hermano, y en observancia de su voluntad, aplico á dicha capellanía los bienes mencionados, y de ellos la hago donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, con todas las firmezas que legalmente se requieren; desisto, quito y aparto á todos los que á ellos puedan pretender derecho, de las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas, y las cedo, renuncio y traspaso íntegramente en la nominada capellanía para siempre. Y concedo igual poder y facultad á los patronos que por tiempo fueren de ella, para que elijan y nombren capellanes en la conformidad prevenida (cuyo solo nombramiento sea bastante para que en su virtud se les dé la posesion de esta capellanía, y para gozarla, aunque no la pidan ni tomen), y practiquen todo lo demas sin alterar esta fundacion, ni faltar en cosa alguna, á cuyo efecto los pongo en mi propio lugar y en el de mi hermano, y asimismo para que de este patronato tomen posesion al tiempo que del mayorazgo, ó con separacion, segun estimen oportuno; para todo lo cual, y para lo demas que ocurra, y lo anejo y dependiente, formalizo esta fundacion con todas las estabilidades que sean necesarias, de la cual ha de existir siempre una copia en el archivo del poseedor del mayorazgo, y otra en poder del que sea capellan; y haberla por firme y no revocarla, me obligo con todos mis bienes &c. *(Aqui las generales.)* previniendo que si alguna de las fincas saliere fallida, no quedo, ni la herencia de mi hermano, obligado á eviccion; y que verificado este caso, se minorará la carga á proporcion, pidiéndolo el capellan al juez competente. Asi lo otorgo y firmo ante el presente escribano de su Magestad en esta villa &c. *(Se prevendrá la toma de razon en la oficina de hipotecas.)*

FUNDACION DE CAPELLANÍA COLATIVA.

En el nombre de Dios Todopoderoso. Amen. Yo Don N., vecino de esta villa, digo: que por cuanto la divina clemencia me ha colmado de bienes temporales, y carezco de herederos legítimos que los hereden; por tanto correspondiendo en algun modo à tan grandes favores, y deseando que las ánimas del purgatorio, y en especial las de mis parientes, amigos y bienhechores gocen de algun alivio, y logren cuanto antes la vision

beatifica, único fin para que todos fuimos criados, y que al mismo tiempo los vecinos de esta villa tengan una misa mas los dias de precepto para encomendarse á Dios y ocuparse en rendirle holocaustos, y sus hijos que se inclinen al estado sacerdotal puedan conseguirlo, y vivir con la decencia à él correspondiente, he deliberado fundar capellanía colativa á título de la cual se órdenen; y para que tenga efecto, en la mejor via y forma que hayan lugar en derecho, cerciorado del que me compete: otorgo que instituyo, erijo y fundo la referida capellanía colativa en la iglesia parroquial de esta villa y altar de San Antonio de Padua, para cuya dotacion aplico y consigno los bienes siguientes.

Aqui se expresarán los bienes en la forma prevenida en las escrituras precedentes.

Importa el valor de los bienes expresados *tantos* mil ducados de vellon, y su renta anual *tantos*, los cuales declaro me pertenecen en posesion y propiedad, y que estan libres de todo gravamen; y de ellos sin quedar obligado á eviccion, ni mis herederos ni sucesores en tiempo alguno, instituyo la citada capellanía con las siguientes condiciones.

Los mencionados bienes jamas se puedan vender, trocar, donar ni enagenar, ni tampoco separar, dividir ni gravar total ni parcialmente, aunque para ello intervenga autoridad pontificia, ocurra la causa mas grave y urgente, y sea para mayor incremento de esta capellanía; porque lo prohibo expresamente, y quiero y mando que esten siempre unidos, incorporados y libres de todo gravamen, y sean inenagenables, indivisibles é imprescriptibles, y asimismo que no se arrienden por mas tiempo que el de tres años fructíferos segun lo dispuesto por derecho canónico.

Los capellanes han de tener bien labrados, cuidados y reparados de todo lo necesario los bienes de esta capellanía á costa de su renta, de suerte que vayan siempre en aumento y no en disminucion; y no lo haciendo, pueda apremiarles á ello el visitador eclesiástico de esta diócesis, y si amonestándoles no lo cumplieren, nombrar persona que á sus expensas lo ejecute, y embargarles la renta, previniendo que aunque se consuma la de un año ó mas en su beneficio y reparo, no por eso han de minorar ni reducir sus cargas en él ni en otra alguna, porque con lo que producen tienen para vivir con decencia, y cuidar de su

conservacion y aumento, y por lo mismo prohibo su reduccion; y encargo la conciencia al juez eclesiástico á quien se pidiere.

Han de celebrar por sí propios en dicho altar todos los dias de fiesta del año (incluso el del titular de esta villa) misa rezada con su responso à las doce en punto de cada uno, y aplicarla por mi alma, las de mis parientes, amigos y bienhechores y demas del purgatorio; y para que acudan y puedan llegar á ella los que no la hubieren oido, se han de tocar tres veces las campanas, y la última un cuarto de hora antes de las doce. Si estuvieren enfermos, les concedo facultad para que elijan otro que las celebre por ellos, dándoles precisamente *tanto* de limosna por cada una, y no menos; pero con ningun pretexto ni motivo lo han de poder nombrar, aunque esten ocupados en servicio del señor obispo de esta diócesis ó de su iglesia, ú ocurra otro grave, y para ello obtengan licencia de su Santidad, porque lo prohibo expresamente, y quiero y mando que residan en esta villa, y celebren por sí todas las misas, no estando enfermos; y si no obstante la obtuvieren, pierdan enteramente la renta desde el dia en que estuvieren ausentes de esta villa hasta el en que volvieren à celebrar por sí mismo exclusive, y la lleve el que por ellos cumpliere, à quien doy amplio poder para su percibo; previniendo que esta prohibicion de ausencia no se extiende à las semanas en que no haya dia de fiesta, pues les permito que puedan estar ausentes toda la semana, con tal que no falten el dia de fiesta para celebrar la misa.

Por las tardes de todos los referidos dias, han de enseñar la doctrina cristiana en la iglesia parroquial de esta villa à los muchachos y adultos de ambos sexos que quisieren ir á aprenderla, y ocuparse en esta cristiana diligencia dos horas completas, y despues rezar el rosario à coros con todos, y la letania y salve cantadas, teniendo à su costa dos velas encendidas en el altar de la Virgen, sin que à ello puedan excusarse; y no haciéndolo pierdan la mitad de la renta de aquel dia, la que deberán entregar al cura párroco, y este distribuirla entre los mas necesitados de su parroquia: y lo mismo ha de practicar el que celebrare la misa durante su ausencia y ocupacion, bajo de la propia pena, al cual en este caso ha de nombrar el cura párroco, y le encargo sea de los mas pobres y virtuosos; pero si los capellanes estuvieren enfermos, los relevo de esta obligacion, y al que elijan para que por ellos celebre las misas.

Los que se ordenaren à título de esta capellanía han de ce-

celebrar misa à los veinte y seis años cumplidos de su edad à lo menos, y si entonces no estuvieren capaces ó tuvieren otros impedimentos que no sea enfermedad, la pierdan, y no se les pueda prorogar este término; y por el mismo hecho sin practicar mas diligencia ni monicion, pasen los patronos à nombrar otro, y este sea el capellan legítimo; y el anterior no sea oido en juicio si pretendiere su conservacion, pues lo excluyo para siempre de su obtencion; y para que si estan ordenados *in sacris* no pretexten que no se les puede quitar ni remover, prohibo que se ordenen antes de los veinte y cinco años, y quiero que en el restante reciban precisamente las órdenes de diácono, subdiácono y presbítero.

Los capellanes que obtuvieren esta capellanía han de ser precisamente confesores, y no estando capaces para ello à los veinte y cuatro años de su edad, no se ordenen à título de ella, pues los excluyo de su obtencion, y quiero que pase inmediatamente al que elijan los patronos; à cuyo fin, para que su eleccion sea hecha con madurez y justificacion, harán se les requiera judicialmente, exhiban la aprobacion del ordinario, y no exhibiéndola, hagan el nombramiento en otro: ordenados que sean à título de ella los presbíteros, tengan obligacion de asistir al confesonario todos los dias de fiesta, y especialmente los de la Virgen, San José y demas en que los vecinos de esta villa acostumbran confesar y comulgar, y no lo haciendo, puedan ser corregidos por su prelado à instancia del cura párroco; pero antes de delatarlos debe amonestarles tres veces que cumplan esta condicion.

Para la obtencion de esta capellanía nombro por primer capellan à Fulano, mi sobrino, hijo de Fulano, y por su fallecimiento à Fulano, tambien mi sobrino, y si ambos fallecieren ó no quisieren seguir el estado sacerdotal, me reservo el nombrar á los que me parezca durante mi vida; y despues de todos llamo à mis parientes pobres y virtuosos, sin predileccion alguna de líneas ni grados, de modo que justificándo serlo, queda al arbitrio de los patronos nombrar al que mas pobre y virtuoso les parezca, para evitar de esta suerte pleitos y discordias, sobre lo que les encargo la conciencia; y no habiéndolos en esta villa ó fuera de ella, ó no inclinándose al sacerdocio, puedan gozarla los hijos de los vecinos de esta villa, cuyos padres y abuelos paternos y maternos no hayan cometido crimen de lesa Magestad divina ó humana, ni otro de los expresados, ni incurrido en infamia, ni tampoco desciendan de judíos, moros, hereges, nueva-

mente convertidos, ni penitenciados; y siendo limpios de lo referido, pueden los patronos elegirlos por capellanes, mirando igualmente su pobreza y virtud, y para que no se dude cuál debe llamarse pobre en este caso, mando que se estime y tenga por tal el que no tuviere de renta patrimonial ò eclesiástica segura cien ducados libres, sin incluir la limosna de la misa y demas cargas anuales, pues estas deben excluirse para el cómputo. Y porque puede suceder que en algunas vacantes pretendan esta capellanía dos ó mas parientes mios, para que los patronos no tengan escrúpulo en su provision, mando que si son iguales en pobreza y virtud, la confieran al mayor en edad; pero si no es tan pobre y virtuoso como el menor, sea este preferido, y lo mismo observarán con los llamados á falta de parientes. Y si sucediere que al tiempo de la vacante no comparezcan mis parientes, y por esta razon se proveyese en extraño, quiero que en este caso, si el extraño no estuviere ordenado *in sacris* á titulo de ella, la lleve el pariente; pero estándolo no se le pueda quitar, aunque alegue que no llegó á su noticia la vacante, pues le excluyo por aquella vez de su obtencion, y para que mis parientes sepan la vacante de esta capellanía, y disfruten el beneficio de su goce con preferencia á los extraños, mando que luego que fallezcan los poseedores, hagan los patronos fijar edictos en esta villa, y en *tal y tal*, en donde tengo mi familia, y que hasta que pasen los tres meses siguientes à los dias de su fijacion no la provean, pues les prorogo el término legal.

Habiendo en esta villa estudiantes, hijos de padres pobres honrados, no pueda conferirse esta capellanía à presbítero, excepto que sea mi pariente, y no haya estudiantes que lo sean, pues mi ánimo es preferir mis parientes estudiantes à los presbíteros, aunque tambien lo sean, y estos á los extraños; que con la esperanza de obtenerla se dediquen à la virtud y apliquen al estudio; y que con el residuo de su renta lo prosigan y se habiliten hasta que cumplan los veinte y cuatro años: y si aunque al tiempo de la vacante no haya estudiantes parientes mios, los hubiere despues que el presbítero, ya sea ó no mi pariente, la poseyere, mando que este la deje, y la confieran los patronos al estudiante mi pariente mas pobre y virtuoso que hubiere entre los pretendientes; pero los extraños nunca sean preferidos à mis parientes, aun en el caso de que estos sean presbíteros y aquellos no. Y si no hubiere estudiantes parientes y extraños, elegirán los patronos por capellan cumplidor interino hasta que

los haya capaces de ordenarse de prima tonsura à título de ella, el sacerdote mas pobre y virtuoso, el cual ha de ser precisamente confesor, y percibir íntegramente su renta, y despues que haya estudiante ordenado, continuar cumpliendo sus cargas, mientras este no sea presbítero, y percibir únicamente en este caso la renta à ellas correspondiente, y no mas ni menos, y el sobrante sirva al capellan para que prosiga sus estudios: y para que se tenga por estudiante baste que esté estudiando con cualquier maestro de latinidad, aunque no vaya à universidad, ni en ella se matricule.

Esta capellanía se ha de entablar entre las de dicha iglesia parroquial, para que el ordinario eclesiástico la visite, y compela al capellan al cumplimiento de sus cargas y conservacion de sus bienes, el cual ha de pagar los derechos de visita y subsidio, y los que por la sinodal de este obispado estan señalados y señalaren à la fábrica y sacristan por suministrar los ornamentos, cera, oblata, asistencia de este à su celebracion y demas que sean de su cargo, y no estando señalados, mando que los consigne el señor visitador que primero la visite, y que despues no se aumenten ni minoren; y asimismo que los títulos de sus fincas y una copia de esta fundacion se archiven en el ayuntamiento de esta villa, y no se saquen de él sin intervencion de los patronos, sino para cosa indispensable, volviéndose luego á él, ni paren en poder de estos ni del capellan con ningun pretexto.

Para hacer los nombramientos de capellanes elijo por patronos à los dos alcaldes ordinarios y regidores por ambos estados que por tiempo fueren de esta villa, y si al de la vacante no hubiere mas que un alcalde y un regidor, puedan estos hacerlo; y les confiero amplio poder y facultad para que en todas las vacantes que sucedan, los ejecuten sin otro respeto ni atencion mas que al cumplimiento de mi voluntad, ni cometan simonía, pues si esta se verificare, los privo y excluyo de volver à nombrar por aquella vez, y al capellan de obtener la capellanía, aunque esté hecha la colacion, y quiero que pase al que nombre el ordinario con arreglo à esta fundacion, y que los patronos en pena de la simonía restituyan las propinas que hubieren percibido, y las entreguen al párroco de la referida iglesia, para que las distribuya entre los demas pobres de su parroquia, y no habiéndolas percibido, no puedan pretenderlas, ni el capellan que elija el ordinario esté obligado à dárselas. Y para que con mas acierto y conocimientos los hagan, se han de juntar los patronos en

casa del alcalde mayor en edad, y enterarse por menor de esta fundacion, la que les leerá el escribano de ayuntamiento, ante quien ha de pasar, y los edictos con todo lo demas que ocurra: y por el trabajo de esta eleccion ha de dar el capellan *tantos* reales, por una vez, á cada patrono, y *tantos* al escribano, y no mas; y si estuvieren discordes, sea tercero el párroco, á quien deberá entregar tanta parte de propina como cada uno lleve; de modo que las que habian de percibir los cuatro, se repartan igualmente entre los cinco, sin que el capellan sea por esto mas gravado, ni el escribano perjudicado en la suya, observando lo mismo en caso que no haya mas que un alcalde y un regidor; y tambien confiero amplio poder y facultad á los capellanes para que con el nombramiento de los patronos, y á mis dos sobrinos y demas que elija, con este, obtengan y gocen esta capellanía, se ordenen á título de ella, y cumplan sus cargas, á cuyo fin desde ahora les hago gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con las firmezas y requisitos legales de los bienes con que queda dotada: me desapodero, quito y aparto del derecho que á ellos me toca, y lo cedo, renuncio y traspaso en ellos con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas. Asimismo se lo confiero para que tomen la real tenencia y posesion que por virtud de esta fundacion, y respectivos nombramientos les correspondan, y por posesion real otorgo á su favor esta escritura, y pido al presente escribano que de ella saque dos copias autorizadas, una para los capellanes que entregará al primer llamado, y todos deberán conservar, y otra para archivarla con los títulos de propiedad de los mencionados bienes que estoy pronto á entregar, con la cual sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado y trasferídoselas, y en el interin me constituyo su inquilino y precario poseedor; y quiero y consiento que desde hoy se erijan y conviertan, como los doy por convertidos, en eclesiásticos, y suplico al ilustrísimo señor obispo de esta diócesi, su provisor y vicario general, y á sus sucesores hayan y tengan por erigida y fundada con las estabilidades y solemnidades necesarias esta capellanía, supliendo, como doy por suplido, cualquier sustancial defecto que contenga, y á los prenotados capellanes por legítimos; y en su consecuencia que les hagan la colacion y canónica institucion que se requiere, aprobando ó confirmando esta fundacion, é interponiendo á ella su autoridad y judicial decreto en forma; y me obligo á no revocarla con pretexto alguno, y si lo hiciere, sea nulo y visto haber-

la aprobado y ratificado. Y declaro, y siendo necesario, juro en solemne forma, que no necesito los bienes de su dotacion, y que me quedan los suficientes para mantenerme con decencia segun mi calidad y esfera; pero no quedo obligado á eviccion. Y al cumplimiento de todo lo expuesto obligo mis bienes &c. *(Aquí se pondrán las cláusulas generales, y si se quiere, la aceptacion del primer capellan, como en la fundacion de mayorazgo, y la toma de razon en la oficina de hipotecas).*

NOMBRAMIENTO DE CAPELLAN.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, D. N., vecino de ella, poseedor del mayorazgo que erigió N., y como tal patrono único de la capellanía colativa que instituyó en la parroquial de Santa María de tal lugar, dijo: que la referida capellanía está vacante por fallecimiento de Don N., su último poseedor, que acaeció en tantos de este mes: y para que haya persona que cumpla sus cargas, usando de las facultades que el fundador le confirió, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Elige y nombra por capellan de la mencionada capellanía á Don N., natural del mismo lugar, presbítero benemérito, en quien concurren todas las circunstancias apetecidas por el fundador; y le confiere poder irrevocable, con libre, franca y general administracion para que la obtenga y goce, cumpla sus cargas desde el dia siguiente al de la vacante, y comparezca ante el ilustrísimo señor obispo de esta diócesi ó su vicario general, pretendiendo le haga la colacion y canónica institucion, mande dar la posesion real, actual, corporal vel cuasi, en forma de ella con recudimiento de frutos, y obligacion á cumplir las cargas á que estan afectos sus bienes desde el citado dia: pues el otorgante se lo pide ó suplica: la da por tomada en nombre del fundador, con la solemnidad legal: jura por Dios nuestro señor y una señal de cruz, en forma de derecho, que para hacer este nombramiento y presentacion no ha intervenido, interviene ni intervendrá directa ni indirectamente dolo, dádiva ni otra especie de simonía ni pacto ilícito reprobado por los cánones y disposiciones pontificias: y se obliga á no revocarlo ni variarlo, á menos que el señor provisor no quiera hacer la colacion al nombrado por justas y legítimas causas que tenga y el otorgante ignora, pues en este caso se reserva la facultad de nombrar, luego que se les haga saber, al que sea digno, y en el

interin protesta no le corra término, ni ser perjudicado en el derecho de presentar, mediante no constarle que en el nombrado haya defectos para no ser admitido á la obtencion de esta capellanía. Y á haber por firme este nombramiento en los términos propuestos, obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros &c.

Nota. Si el nombramiento se hiciere á favor de algun lego para que se ordene à título de la capellanía, se expresará en él, y el patrono suplicará al ordinario diocesano que le ordene; y si la fundacion le prefiniere término, se mencionará en el nombramiento, previniendo que si en él no estuviere ordenado *in sacris* procederá el patrono á elegir otro con arreglo á la fundacion. Si fuere capellanía mercenaria á título de patronato real de legos, ó eclesiástica que llaman *memoria de misas*, ya sea perpetua ó de las amovibles à voluntad del patrono, se dará al capellan en el nombramiento el título de *cumplidor*, y facultad para que durante la voluntad del patrono (ó por toda su vida, segun lo prescriba la fundacion) cumpla las cargas de ella, y se omitirá la cláusula de colacion, porque no viene al intento; previniendo que con solo el nombramiento sea admitido à la celebracion de misas por el prelado, en cuya iglesia se han de decir, si es que la señala la fundacion, pues sino, no es del caso hablar de ella; pero el juramento de no haber intervenido simonía es necesario asi en los nombramientos de capellanías colativas como en los de mercenarias ó memorias de misas, porque aunque los bienes de estas no son eclesiásticos, son anejos á cosas eclesiásticas respecto se han de convertir todas sus rentas en las misas, y la simonía del mismo modo se comete en lo eclesiástico que en lo anejo à él, como dejo sentado en otro lugar, aunque algunos afirman con error lo contrario. En las presentaciones de beneficios, prebendas y otras dignidades eclesiásticas se requiere la misma forma que en las de capellanías colativas, alterando lo que sea del caso. Se previene que si el fundador deja á la capellanía algun capital de censo redimible, se ha de poner en la escritura de su institucion: *que cuando se redima no entre en poder del capellan ni patrono, sino que se deposite por la justicia á quien competa su conocimiento, y con su intervencion y la de aquellos, se vuelva á imponer ó emplear en fincas seguras;* al modo que queda expuesto en la condicion 22 de la fundacion de mayorazgo.

DONACION DE CAPILLA.

En el nombre de Dios Todopoderoso. Amen. Estando en la sala de tal (*como se llame*) del convento del Carmen de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, el R. P. Fr. Francisco de tal, prior, Fr. Pedro, suprior, y Fr. Fulano, Fulano y Fulano (*Aquí se pondrán todos los que concurran*), todos religiosos profesos, que confiesan y declaran ser la mayor parte de los que tienen voto de comunidad en él, juntos y convocados à son de campana, segun acostumbran siempre que tienen que tratar alguna cosa útil á este convento, por sí, y en nombre de los ausentes é imposibilitados de concurrir á este acto, y de sus sucesores por quienes prestan caucion, estarán á derecho y pagarán juzgado y sentenciado, de que pasarán por el contexto de esta escritura, dijeron: que en las dos naves de su iglesia construyeron diferentes capillas, y de la segunda á mano derecha entrando por la puerta principal les pidió Don Carlos de tal, vecino de esta villa, le hagan donacion perpetua, para que él, su posteridad y las personas que cada uno de sus sucesores quisiere, puedan enterrarse en ella, pues está pronto á dar en continente de limosna por una vez, no solo lo que costó á este convento su fábrica, sino tanta cantidad mas, y adornarla á sus expensas con todo lo correspondiente á la decencia y culto divino; y para deliberar dicho P. Prior sobre esta pretension convocó á los religiosos expresados en tres dias, y se la propuso; y habiéndola reflexionado y conferido entre sí, resolvieron unánimes que se efectuase, y que el P. Prior impetrase licencia del R. P. Maestro Fr. Juan de tal, provincial de esta provincia, á quien la pidió y se sirvió concedérsela en tal parte, tal dia, mes y año, firmada de su mano, sellada por el sello mayor de esta provincia, y refrendada del P. Maestro Fr. Fulano, secretario de ella, que original con los tratados canónicos que precedieron, se une á este instrumento para documentarlo é insertar en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aquí se pondrán la licencia y tratados por su orden.

Y usando los padres otorgantes de la licencia inserta, de su libre y espontánea voluntad, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, hacen gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, con todos los re-

quisitos precisos para su subsistencia al prenotado Don Carlos de tal, sus hijos, herederos y sucesores, de la mencionada capilla con su entrada segun hoy la tiene: se desisten, quitan y apartan, y este convento, del derecho de patronato y otro cualquiera que á ella les pertenece y pueda pertenecer; lo ceden, renuncian y traspasan para siempre en ellos; y les confieren poder irrevocable con libre, franca y general administracion y amplia facultad para que sin licencia ni intervencion de los otorgantes, y religiosos que fueren de este convento, la puedan dar, ceder, y disponer de ella à su eleccion y voluntad, como de capilla suya propia adquirida con legítimo y justo título, usarla, hacer en ella sus exequias y cabos de año, y otros sufragios y fiestas, y oir misas y sermones, asistir á los divinos oficios, tener asiento en lugar preeminente, poner sus armas, fundar capellanías, enterrarse y las personas que quisieren, adornarla de retablo, reja, losa, y practicar todo cuanto este convento podia haber hecho hasta ahora, y hacer en adelante sin limitacion; y asimismo tomar y aprender cómo y cuándo quisieren la posesion real, corporal ó cuasi, de ella y de su patronato: y para que no necesiten tomarla judicialmente, formalizan á su favor esta escritura, y me piden que de ella dé al citado Don Carlos copia autorizada, con la cual sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferídosele, y en el interin se constituyen los otorgantes, y á los que en lo sucesivo sean religiosos de este convento, por sus inquilinos, tenedores y precarios poseedores en legal forma: y reciben en este acto del enunciado Don Carlos á mi presencia, de que doy fe, *tantos* reales por via de limosna que ofreció, en tales monedas, que sumadas los importaron y pasaron á su poder real y efectivamente, y como entregados y satisfecnos de ellos à su voluntad, formalizan á su favor el mas eficaz resguardo que á su seguridad conduzca. Y declaran que la referida capilla está libre de todo gravamen y responsabilidad, y que no la tienen donada ni enagenada, y se obligan à no donarla, gravarla ni disponer de ella con ningun motivo ni pretexto, ni revocar ni oponerse á esta donacion total ni parcialmente, y si lo hicieren, sea visto por el mismo hecho haberla aprobado y ratificado, y quieren se les condene en las costas y daños que por su contravencion se ocasionen á sus dueños, y repela de juicio, como á quien pretende derecho que por ningun título le toca, pues para su mayor validacion y estabilidad piden á cualquier señor juez ante quien se presente, haya por suplidos todos los defectos sustanciales que incluya é interponga á ella su

judicial autoridad cuanto há lugar en derecho. Y el expresado Don Carlos que está presente, habiendo oido á la letra y enterádose de esta escritura y donacion, dijo: que la acepta, y en su consecuencia se obliga y á sus herederos y poseedores, que fueren de la prenotada capilla, á tenerla bien cuidada, reparada y adornada de retablo, reja y de todo lo demas que para su aseo, limpieza y decencia sea necesario, y á ejecutarlo dentro de tanto tiempo contado desde hoy; si en él no lo cumpliere, pueda este convento apremiarle á ello por todo rigor legal, é igualmente á la solucion de las costas y perjuicios que se le irroguen, deferida la liquidacion de todo en su relacion jurada sin otra prueba, de que le releva Y al cumplimiento de todo lo expuesto obligan dichos religiosos los bienes y rentas de este convento, y el mencionado Don Carlos los suyos y los de sus herederos y sucesores, unos y otros muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros: dan amplio poder á sus respectivos jueces para que á ello les compelan, como por sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben, renuncian todas las leyes, fueros y derechos de su favor. Y los expresados religiosos juran por el santo hábito que visten, conforme á su estado, observar inviolable y puntualmente todo lo pactado; que no se opondrán á ello en todo ni parte, ni pedirán la restitucion por entero, que como á comunidad les compete, ni relajacion de este juramento, ni la han pedido; y que aunque espontáneamente se la conceda su Santidad ú otro prelado eclesiástico, no usarán de ella pena de perjuros, porque este contrato se convierte en utilidad de este convento; y hacen un juramento mas que relajaciones pueden serles concedidas para su mayor estabilidad. En cuyo testimonio asi lo otorgan y firman, a quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, residentes en esta villa.

Nota. Téngase presente que se han mandado construir cementerios extramuros de los pueblos para que se hagan en ellos todos los enterramientos por Real cédula de 3 de abril de 1787, y por Reales órdenes de 26 de abril y 28 de junio de 1804, 17 de mayo y 17 de octubre de 1805. Vease la ley 1. tit. 3. lib. 1. Nov. Rec. y sus notas.

FUNDACION DE ESCUELAS DE PRIMERAS LETRAS.

Don Juan de tal, natural de tal parte, y vecino de esta villa de tal, digo: que por cuanto en el expresado lugar de mi natu-

raleza, y en estos contiguos à su término, como aldeas pobres, no hay escuela de primeras letras; por cuya razon los hijos de sus vecinos se crian y viven sumergidos en la ignorancia, y no pueden ser útiles à Dios, à la república, á sus parientes ni aun á sí propios: por tanto, para evitar cuanto está de mi parte los daños que padecen, y manifestar de algun modo mi gratitud á este pueblo, he determinado fundar una escuela, à cuyo efecto construí una casa de cal y canto, firme y muy capaz, en el citado lugar con una huerta que la agregué y cerque, que ha de disfrutar y habitar el maestro que fuere de ella, y para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, erijo, fundo y constituyo para despues de mi fallecimiento una escuela perpetua de primeras letras en el mencionado lugar de tal con las condiciones y dotacion siguiente.

El que hubiere de regentar la mencionada escuela ha de tener precisamente título de maestro, sea de la junta de exámenes, sea del Consejo ò sea del colegio de tal ciudad y obispado, cuyo título, sin otro documento alguno, baste para ser admitido al uso y ejercicio de su ministerio por los patronos que elegiré, respecto deber hacer constar su idoneidad y suficiencia à estos para su admision.

Ha de admitir en su escuela á todos los niños y adultos, asi del referido lugar como de los de sus inmediaciones, y de otras partes que vayan á ella, sin excusa alguna, y enseñarles con amor y perfeccion la doctrina cristiana, y á leer, escribir y contar, y el ayudar á misa; y en su enseñanza ocuparse indispensablemente seis horas cada dia de trabajo de los meses desde 1.° de octubre hasta fin de abril, las cuatro por la mañana de ocho á doce, por la tarde de dos á cuatro; y ocho horas desde 1.° de mayo hasta fin de setiembre de cada año, las cinco por la mañana de siete à doce, y las tres por la tarde de tres à seis: á fin de que de esta suerte los discípulos de los lugares vecinos puedan tener una hora de dia á lo menos para volverse à sus casas, y se eviten las funestas resultas que de lo contrario pueda haber.

Podrá tener pupilos en su casa, y tambien labranza, y todo lo demas que cualquiera vecino del pueblo, con tal que por cuidar de esta no falte al cumplimiento de su ministerio, pues si se le impidiere, le han de privar de tenerla los patronos, sin que de la providencia que en este particular den, tenga recurso ni apelacion à juez alguno, por ser puramente económica y gubernativa, y es mi deliberada voluntad que lo que acerca de esto ordenen, ó el que haya de ellos en el pueblo, si los demas estu-

vieren ausentes, se ejecute inviolablemente, y no otra cosa; á cuyo fin prohibo á todo juez que tome conocimiento, y se mezcle en ello: y los discipulos han de poder ir á la escuela todo el tiempo que quieran sus padres, tios, tutores ó personas bajo cuyo dominio existan, sin que el maestro pueda oponerse, ni deje de admitirlos á pretexto de que tardan en aprender, respecto no dar Dios à todos iguales talentos.

A mas de lo referido ha de rezar con sus discípulos de rodillas todos los dias por las tardes en la escuela el tercio del rosario, la letanía de la Virgen, un credo al Espíritu Santo, una salve y un padre nuestro al Señor, y aplicarlo por mi alma, las de mi obligacion, y purgatorio; pero en los meses desde 1.° de noviembre hasta fin de febrero anticipará el rezo media hora, para que los niños de las otras parroquias puedan regresar á sus casas con tiempo suficiente, y no se priven de esta devocion cristiana tan util que conviene se les infunda y radique diariamente en el alma, à fin de que adquiriendo el hábito desde su infancia no lo pierdan jamas.

Todos los sábados y vísperas de las principales fiestas de nuestra Señora, no siendo lluviosos ó frios, ha de ir á rezar con sus discípulos las referidas devociones á la iglesia parroquial, tocando un cuarto de hora antes la campana, por si algun devoto quiere ir à rezarlo en su compañía. Y en dichos sábados en lugar de leccion por la tarde les ha de enseñar solamente la doctrina cristiana antes del rezo, y admitir indistintamente á cualquiera persona que quiera ir à oirla y aprenderla, y disolverles con amor y agrado todas las dudas que les ocurran y le pregunten, sin que á ello se pueda excusar, ni pretender le den estipendio ni gratificacion por esta razon.

Ha de enseñar graciosamente à todos los hijos de los vecinos del referido lugar de tal, sin que aunque sean ricos pueda pedirles ni demandarles judicial ni estrajudicialmente por su enseñanza cosa ni cantidad alguna, pues debe contentarse con la asignacion anual que por esta razon le hago, y no ocuparlos, servirse de ellos, ni dejar de poner para que aprendan, la misma aplicacion, cuidado y vigilancia que con los que mensualmente le paguen. Pero á todos los de las otras parroquias pueda pedir y llevar el estipendio correspondiente á su trabajo con arreglo al estilo del pais, ó segun con sus padres ó tutores se convenga, y si no se lo satisfacen puntualmente, no esté obligado ni pueda ser compelido por título alguno á admitirlos en su escuela ni á enseñarlos; ni tampoco lo esté á dar graciosamente

á unos ni á otros papel, tinta ni plumas, pues deberán traerlo todo de sus casas, ó comprarlo, como igualmente los libros y procesos en que han de leer y aprender. Y le ruego y encargo encarecidamente que siendo verdaderos pobres y especialmente hijos de viudas miserables los de las otras parroquias, use francamente con ellos de caridad, y no les prive del beneficio de la enseñanza por no pagarle, pues bastante trabajo tienen en serlo, y Dios se lo premiará como de veras se lo pido.

Por cuanto es justo dar á los maestros algun alivio y desahogo de la fatiga que causa la enseñanza, especialmente á niños, quiero que no haya escuela en las vacaciones de Navidad y Pascua de Resurreccion, à saber: desde la víspera de la Navidad exclusive hasta el dia de la Adoracion de los Santos Reyes inclusive, que son trece dias; y desde el Miércoles Santo hasta el dia siguiente al Domingo de Quasimodo, que son once dias: ni los tres de carnaval y ceniza. Y concedo facultad al cura párroco y demas patronos para que en el discurso de cada año le dispensen por via de recreo quince dias mas, juntos ó separados, segun quiera elegir y le acomode, y no mas; y mando que si los pidiere, no se le denieguen, por ser mi ánimo que en ellos se recree, y que nada se le descuente de su asignacion para que en el resto del año trabaje con mayor esmero y aplicacion; pero le prohibo tomarlos y usar de ellos de autoridad propia sin pedirlos, y si lo hiciere, se le descuente lo que en la cláusula siguiente se dirá; previniendo que por no pedirlos ni disfrutarlos en un año no ha de tener accion à que se le concedan duplicados en el siguiente, ni aunque los pretenda, se los han de poder conceder; y todos los demas dias de trabajo del año los ha de emplear indispensablemente en la escuela las horas prefinidas, sin que en ninguno, aunque sea en lo del santo de su nombre, haya dispensacion con pretexto ni motivo por urgente que sea, á fin de que los discípulos no se atrasen, pierdan el tiempo, ni malgasten sus padres el caudal con ellos, ni los patronos tengan facultad de concedérsela, pues se lo prohibo.

Si el maestro necesitare hacer ausencia del pueblo por mas tiempo que el de ocho dias continuados, à mas de los quince de recreo, ya sea para negocio propio, recobrar su salud, ó para otro efecto, tenga obligacion de dejar à sus expensas sustituto idóneo, hanil y de buenas propiedades, que evacue su encargo à satisfaccion de los patronos, y no de otro modo; y no dejándolo, se le descuenten de su asignacion todo el tiempo que estuviere ausente del pueblo por cada dia de los que haya de trabajo

en su intermedio seis reales de vellon, y no por los de fiesta, respecto á que en ellos no ha de haber escuela; cuyo descuento ceda à beneficio privativo de la fábrica de la iglesia parroquial del citado lugar; pero no excediendo de ocho dias una vez al año, ningun descuento se le haga, deje ó no sustituto. Previniendo que no ha de poder salir del pueblo, ni estar ausente este tiempo ni otro menor util, sin pedir y obtener licencia por escrito de los patronos ó del que esté en él, y manifestarles la urgencia; y si sin este previo requisito se ausentare, se le haga el descuento de todos los dias que falte, aunque sean colendos, y deje sustituto, pues quiero que esté sujeto à ellos, y que de su propia autoridad no se tome licencia que no le den, excepto en los dias de vacaciones y carnaval, que no necesita pedírsela.

Si cayere enfermo de enfermedad aguda, no se le haga descuento aunque no haya escuela en un mes, pues mediante ser bastante grave este trabajo, no quiero se le aumente, antes sí que goce íntegramente la asignacion, y le sirva de algun alivio para ayuda à su curacion: y le relevo y dispenso hasta el tiempo del mes en que la enfermedad pueda quitarle la vida, ó ceder enteramente y estar libre, pasado el cual, si no estuviere perfectamente convaleci lo, tenga obligacion de poner sustituto, como queda prevenido; pero en el año en que sucediere lo expresado, no pueda pretender los quince dias de recreo, pues quiero que se entiendan inclusos en el mes: bien que si los pretendiere ó mas, para convalecer, no se los denieguen los patronos, con tal que deje el sustituto, y no en otros terminos, pues desde ahora le concedo los que necesite sin limitacion para el recobro de su salud con dicha condicion.

Si por ceguera, accidente ó enfermedad crónica perpetua se imposibilitare algun maestro de continuar para siempre en la enseñanza, pueda sustituirle un pasante propuesto por los patronos, aprobado como el maestro precisamente, y de iguales circunstancias y suficiencia en su ministerio, vida y costumbres, pagándole el maestro la cantidad en que se convengan; y no conviniéndose los dos, puedan los patronos señalar al pasante lo que estimen correspondiente á su trabajo, mirando siempre á que quede al maestro con que alimentarse, con cuyo señalamiento si el sustituto no se conformare, prohibo que sea propuesto jamas para maestro en vacante alguna; pero si se aquietare y conviniere, mediante ser justo, sea atendido y remunerado: quiero y mando que cumpliendo con su obligacion en todo, sea admitido por maestro en propiedad, y no otro alguno, por falle-

cimiento del propietario, y se le expida el competente título, pues desde ahora le nombro y prohibo que haya oposicion, y á los patronos el que hagan propuesta de otro, y excluyo á cualquiera pretendiente sin excepcion, mientras viva y cumpla, sin que esto se pueda alterar, interpretar, ni con pretexto alguno hacer lo contrario, por ser el sustituto acreedor de justicia, atento su mérito, y mi voluntad deliberada el que así se ejecute.

Ningun maestro pueda ser despojado ni removido de la escuela, excepto por abandonar y no cuidar de sus discípulos, ó por no practicar lo que queda expresado: ó aunque lo practique y cumpla en esta parte con su obligacion, por embriagarse, ser blasfemo ó incontinente, ó tener otro vicio capital que cause nota y escándalo público, y dé mal ejemplo á los niños y personas timoratas, por cuyas causas ó cualquiera de ellas le han de poder remover, quitar y despojar de la escuela los patronos, ó el que de estos exista en el pueblo; pero para ello han de preceder cuatro amonestaciones que deberán hacerle, la primera sigilosamente, y las restantes á presencia de tres personas vecinas del pueblo cada una; y si con la cuarta amonestacion y conminacion persistiere obstinado en sus excesos y abandonos, ó en cualquiera de ellos, les concedo amplia potestad para que le echen de la casa y despojen de la escuela por medio de la justicia, y mando que no se le permita volver á ella ni á enseñar, y que no se le oiga ni admita recurso, pues constituyo á los patronos jueces privativos y únicos, sin apelacion, ni superior que les mande en este caso, como puramente económico, gubernativo y que tiene su tendencia al bien comun, para lo cual aunque sea sacerdote le remuevo, y he por removido y despojado desde ahora, y le privo y excluyo entera y absolutamente de volver á regentar jamas la escuela, en atencion á las perjudicialísimas resultas que de su tolerancia y conservacion se pueden irrogar, y á que por su pertinacia y obstinacion él mismo se quita el crédito y empleo. Sobre todo lo cual encargo la conciencia á los patronos, y especialmente á los curas párrocos que fueren del expresado lugar, como verdaderos pastores de aquella grey, por lo que interesa al bien público y al honor del maestro, el que todo se practique con arreglo á lo que en esta cláusula queda prevenido, y no en otros términos.

Para regentar la escuela puedan los patronos proponer clérigos *in sacris*, ó secular casado ó soltero, sin que aunque concurran de las tres clases á pretenderla, haya predileccion por razon del estado ó caracter, pues solo se ha de atender á que

sea cristiano, de prudencia, vida y costumbres arregladas, y de esto informarse antes de proponerlo, y que sepa la doctrina cristiana, leer letra antigua y moderna manuscrita y de molde, y escribir y contar perfectamente, y no una cosa sin la otra. Pero si alguno de los pretendientes fuere pariente mio en cualquier grado, por remoto que sea, obtenga la preferencia á todos concurriendo en él copulativamente las circunstancias y aptitud especificadas, y no en otros términos, y los patronos tengan obligacion de admitirlo y proponerlo, expresando serlo en la propuesta que hagan al señor alcalde mayor, sin embargo de que no conste sino por fama pública à los vecinos del enunciado lugar, para que estando adornado de las nominadas cualidades, le expida el título; y si no lo propusiere, pueda hacer el competente recurso al señor alcalde mayor, à fin de que le admita con prelacion á todos los extraños en idénticas circunstancias, y no por solo ser pariente mio.

Elijo y nombro por patrono de esta memoria y obra pia, patronato real de los legos, al señor cura párroco que es y fuere del expresado lugar de tal, al pariente mio ó extraño que poseyere el mayorazgo que tengo fundado, y al regidor mayor en edad que hubiere al tiempo de las vacantes en el citado lugar, y si fuere pariente mio y poseyere el expresado mayorazgo, tenga dos votos por los dos respetos de regidor y poseedor; y les confiero amplio poder y facultad para que juntándose en casa del señor cura, por ser persona mas digna por su ministerio y caracter, acuerden hacer las proposiciones de maestro y sustituto en dos ó mas sugetos de las calidades expuestas, à fin de que el alcalde mayor referido los remita á examen, si no tuviesen título de maestros, y siendo todos idoneos, elija al que le parezca sin prelacion, excepto que sea pariente mio, pues este debe preceder á todos los extraños en iguales méritos ó circunstancias, no habiendo el sustituto que haya regentado la escuela por enfermedad ó imposibilidad del maestro, como queda expuesto en la cláusula undécima, porque si lo hay ha de entrar inmediatamente á ejercer el ministerio de maestro, y no haber proposicion, examen ni eleccion. Y si todos salieren reprobados, o despues de propuestos se descubriese en ellos algun vicio ó defecto capital, vuelvan los patronos á proponer todas las veces necesarias hasta que alguno de los propuestos sea aprobado (pues ninguno ha de poder ser admitido sino á proposicion suya, ni el alcalde mayor elegir de autoridad propia jamas), y al que lo sea de los propuestos, expida el título competente el

referido alcalde mayor, ó quien su lugar ocupe en caso de no haberlo ó estar ausente ó enfermo, y desde el dia que tome posesion inclusive, perciba su asignacion y emolumentos, y los en que estuviere vacante la escuela por no haber sustituto, queden á beneficio de la fábrica de la iglesia parroquial del mencionado lugar; pero habiendo el sustituto referido, en este caso, como que es y debe ser conceptuado por maestro, los ha de percibir desde el siguiente al de la vacante sin desfalco; y con el título del alcalde mayor han de poner en posesion los patronos al maestro de la escuela y casa en que ha de vivir, sin otro requisito.

Si al tiempo de la vacante no hubiere patrono de sangre en el pueblo, ni apoderado suyo, ni se esperare su pronta venida, puedan el cura párroco, y por su defecto el ecónomo ó interino, y el regidor hacer la proposicion, sin que por ausencia ni otro motivo se suspenda mas de un mes; pero si viviere en parage en donde puedan noticiarle la vacante, y enviar su poder ó venir antes del mes, esten obligados à participársela inmediatamente, para que acuda, ó lo remita, y al apoderado se estime por persona legítima, como el patrono mismo.

En remuneracion y paga del trabajo que el maestro ha de tener en enseñar graciosamente y sin el menor interes à los niños del expresado lugar, le señalo y mando se le den todos los años docientos ducados de vellon en dinero, que se le han de satisfacer íntegros por tercios ó medios años, segun los pida, por el que cuide de los caudales de la fábrica de la iglesia, y à ello poder ser apremiado ejecutivamente no pagándoselos con puntualidad; cuya satisfaccion ha de hacer con orden por escrito de los patronos, ó del que allí hubiere, y no de otra suerte. Y à mas de dicha asignacion anual quiero que viva en la casa que tengo construida; y prohibo que otro alguno pueda habitarla ni disfrutar la huerta sino él, y en vacante el interino ó sustituto: y asimismo que se pueda destinar para taberna, meson, posada, ni para otro ministerio, uso ni persona la expresada casa.

La fábrica de la citada iglesia y no los maestros han de tener obligacion de hacer los reparos necesarios en la casa y cerca de la huerta del sobrante de la renta que señalaré para todo; y los patronos cuidar de que à tiempo oportuno se hagan, sin dar lugar á que por su retardacion venga tal vez alguna ruina, y se fustren mis justas ideas: y asimismo de que el maestro la tenga limpia, y de que por su culpa ú omision no padezca detrimento ni deterioro, amonestándole sobre ello, y aperci-

biéndole será de su cuenta cualquier quebranto que por dichas razones suceda en ella.

Si en la expresada casa ó cerca ó en ambas sucediere ruina ó incendio por caso fortuito, mando que la fabrica de la iglesia las reedifique y levante incontinenti con intervencion de los patronos; y para que no falte à la escuela y enseñanza, se acomodará el maestro, mientras dure la obra y se seca, en la casa mas cómoda que haya en la parroquia, sin que se le suspenda el pago anual de los docientos ducados por este acaso; y la fabrica pagará tambien el alquiler que en el interin devengue, y todo con acuerdo é intervencion de los patronos, pues el sobrante de la renta es para este efecto, y no otro.

Mediante á que anualmente sobran de la renta que actualmente producen los bienes de esta fundacion ochocientos reales, y que la casa y cerca de la huerta por estar construidas à toda costa, no necesitarán reparos de consideracion en muchos años, por lo que habrá caudal que poder imponer, mando que el sobrante anual se deposite en un arca con tres llaves que tengo hecha, de las cuales tenga una el párroco, otra el regidor, y la otra el patrono de sangre ó su apoderado: que todos los años dé su cuenta à los patronos el que los administre, con apronto efectivo del alcance, sin que en esto haya disimulo, pues los hago responsables, y à cada uno solamente, de cualquier desfalco que por su tolerancia, culpa ó negligencia padezcan las rentas y bienes de esta fundacion: y que el arca se coloque en la iglesia en la pieza en que estan las que tienen los caudales de esta. Y asimismo mando que en la propia arca se pongan los títulos y papeles que la correspondan; y que cada diez años ó antes se emplee el líquido sobrante en bienes raices, ó se imponga à censo á beneficio y aumento de esta obra pia. Y prohibo que el referido caudal se preste, ni de él se haga otro uso alguno mas que el referido, y que en esto se pueda dispensar: sobre todo lo cual encargo la conciencia á los patronos.

Atendiendo á que los patronos que dejo nombrados, y el que administre los bienes de esta fundacion, que será el administrador de los de la fábrica, son dignos de recompensa por su trabajo, señalo à este el cinco por ciento de los que anualmente cobre, y à cada patrono sesenta reales ánuos, que deberán percibir al tiempo que tomen la cuenta al administrador, y este datárselos en ella, para que el sobrante se deposite en el propio acto con la cuenta en el arca, pues de ningun modo permito se quede en poder del administrador, al cual han de po-

der apremiar à darla, y à aprontarlo para dicho efecto por todo rigor de derecho y via ejecutiva, y de su omision en esto los constituyo responsables.

Por cuanto pueden ocurrir algunas cosas que yo no haya tenido presentes, ni por consiguiente prevenido, concedo amplio poder y facultad à los patronos para que sobre ellas resuelvan, como fieles intérpretes de mi voluntad, lo que yo resolveria, y sea mas conforme al honor de Dios, aumento y estabilidad de esta obra pia y sus bienes, y utilidad de los parroquianos del mencionado lugar y sus confinantes, tomando consejo de hombres doctos y timoratos en lo que el suyo no baste, y procediendo con su acuerdo; pero acerca de lo aqui expuesto y prevenido especificamente, les prohibo toda alteracion, interpretacion y tergiversacion.

Con estas calidades, condiciones y dotacion anual, erijo y fundo la enunciada escuela de primeras letras en dicho lugar de tal, y para su dotacion aplico tales bienes (*Se especificarán por menor con sus titulos y linderos.*), de cuyo producto, que actualmente *es tanto* cada año, se han de satisfacer los docientos ducados de vellon al maestro, los ciento ochenta reales á los patronos, y al administrador su trabajo, y asimismo ejecutar los reparos en la casa y cerca. Y desde hoy en adelante para siempre jamas me desapodero, desisto y aparto, como tambien á mis herederos y sucesores, del dominio, posesion, título, voz, recurso y demas derechos que á los referidos bienes me competen; y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas lo cedo, renuncio y traspaso en la enunciada memoria y fundacion, para que sean suyos propios, á cuyo fin le hago de ellos donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con insinuacion y demas firmezas legales. Declaro que los relacionados bienes son libres; y estan exentos de toda carga perpetua y redimible, y prohibo que se puedan dividir, gravar, trocar, hipotecar, ni enagenar por ninguna via ni especie de enagenacion, y si lo contrario se hiciere, aunque sea con título de mejora, y aumento de esta fundacion, sea nulo, como hecho contra esta prohibicion, y por personas que carecen de facultades para ello; y asimismo prohibo que sus rentas se empleen en otros usos que los referidos. Concedo amplio poder á los patronos para que tomen posesion de este patronato, y empiecen desde hoy á ejercer las funciones de su ministerio sin mi intervencion, á fin de que en mi vida logre la satisfaccion de ver sus progresos, y puestas en ejecucion mis piadosas ideas é intenciones;

reservándome, como me reservo, declararles y disolverles las dudas que les ocurran, y me propongan sobre su contenido, y añadir, corregir, mudar, quitar y alterar las condiciones con que queda erigida, y poner otras á mi arbitrio en contrato, ó en última voluntad: asimismo me obligo á no revocarla, y si lo hiciere no valga, y sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado nuevamente, mediante no ser inmensa ó ilimitada, ni por consiguiente reprobada por derecho, y quedarme bienes superabundantes para alimentarme. Pido y suplico á cualquiera señor juez Real la apruebe, supla, como doy por suplido, cualquier sustancial defecto que contenga, y á ella interponga su judicial autoridad para su mayor validacion y estabilidad. Y quiero que de esta escritura se ponga una copia en el arca de tres llaves, otra en el archivo de papeles del ayuntamiento del citado pueblo, y que tengan los patronos otra para observar lo ordenado en ella segun ocurra el caso. Y à la observancia de lo expuesto obligo mis bienes &c. *Aqui las generales, y la toma de razon en la oficina de hipotecas.*

FUNDACION DE MEMORIA PARA CASAR HUÉRFANAS.

Don Alejandro de tal, natural y vecino de esta villa, digo: que mi hermano Don Pedro me instituyó por su único universal heredero en el testamento que otorgó en esta villa, à tantos de tal mes y año, ante tal escribano, bajo del cual falleció. Y por cuanto para mi congrua y decente sustentacion no necesito su herencia, pues la infinita misericordia y liberalidad del Omnipotente me ha colmado de bienes temporales, y de otros beneficios; y en esta villa y lugares de su jurisdiccion hay muchas doncellas huérfanas, hijas de padres honrados y pobres, que por falta de dote no toman estado, y se hallan expuestas á los peligros que trae consigo la miseria: por tanto, considerando que con el establecimiento de una memoria para ayuda de dotacion, se evitarán muchas ofensas á Dios, se disminuirá su infelicidad, y se fomentará la poblacion en que tanto interesa el estado; y que esta obra pia será mas grata y acepta á los divinos ojos que otra alguna por las mayores utilidades espirituales y temporales que de ella resultarán; he deliberado con maduro acuerdo y sano consejo (mediante carecer de herederos forzosos) desprenderme enteramente de todos los bienes raices que dejó mi hermano, emplearlos en la fundacion de dicha memoria; y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mas haya

lugar en derecho, cerciorado del que me compete = Otorgo que desde hoy para siempre jamas erijo, fundo é instituyo á título de patronato real de legos una memoria y obra pia puramente laical para dotar doncellas huérfanas pobres, hijas de padres honrados, vecinos de esta villa y lugares de su jurisdiccion: y para su dotacion consigno y aplico los bienes raices que dejó mi hermano, y son los siguientes.

Aqui se especificarán los bienes, como en la fundacion de mayorazgo.

Cuyos bienes son los que dejó el referido mi hermano, y como su único heredero me pertenecen en posesion y propiedad; y declaro estan libres de toda carga, responsabilidad y gravamen, y producen *tantos* mil reales al año; y de ellos hago la expresada fundacion; prohibo que se puedan acensuar, gravar, hipotecar, trocar, dividir, donar, vender ni enaganar por ninguna via ni especie de enagenacion, ni con motivo ni pretexto alguno por grave y urgente que sea; y mando que esten unidos ó incorporados perpetuamente, y que su renta se distribuya en los términos que contendrán las siguientes condiciones. (*Siguen las condiciones, que pueden ser por ejemplo las que iré apuntando.*)

Las huérfanas que pretendan ser nombradas á la obtencion de estas prebendas ó dotaciones, han de acreditar á los patronos que elegiré, ser hijas de vecinos de esta villa, ó de alguno de los lugares de su jurisdiccion, ya hayan nacido ó no en ellos; que su padre ha fallecido; que tienen quince años á lo menos de edad: que estan solteras: y careciendo de alguna de estas cualidades, prohibo que se las nombre. Y para hacer constar su edad, libertad y horfandad, han de presentar con el memorial en que soliciten el nombramiento las certificaciones ò documentos respectivos, sin cuya presentacion mando que no sean admitidas; pero á las que sean mis parientas en cualquiera grado de consanguinidad, dispenso la cualidad de hijas de vecino, mas no las de edad, horfandad ni libertad.

En la eleccion de todas, jamas se gobiernen ni dejen llevar los patronos de empeños, distinciones aéreas ni respetos mundanos; por lo que si concurrieren à un tiempo huérfanas nobles, plebeyas, y la renta de aquel año no alcanzare para dotar à todas, mando que echen suertes, y nombren à aquellas á quienes toque la suerte, sean de la clase que fueren, sin predileccion, pues lo prohibo expresamente, les encargo la conciencia, y los

hago responsables en el fuero interno. Y si de las dos clases concurrieren de varias edades, insaculen ó entresaquen de ambas las mayores en edad, y entre estas sorteen las prebendas que por aquella vez haya, segun la renta líquida que exista y no esté aplicada.

En concurso de muchas pretendientas sean preferidas las mayores en edad, como mas cercanas á tomar estado, y las que pretendan ser religiosas à las que quieran casarse. Pero siendo parientas mias, han de preferir á todas las extrañas indistintamente, ya quieran entrar en religion ó casarse, y entre ellas se observará tambien la prelacion de edad y estado que respectivamente queda prevenida entre las extrañas, sin diferencia.

Si varias hermanas, hijas de vecino ó vecinos de esta villa, ó de alguno de los lugares de su jurisdiccion, huérfanas y pobres, pretendieren ser nombradas al goce de estas prebendas, mando que se admita à todas, ya ocurran à un tiempo ó en diversos; y lo mismo se practique con mis parientas; pero si alguna falleciere sin tomar estado, prohibo que se aplique su dotacion á sus hermanas ni à ninguna de ellas; pues mi ánimo es que ninguna parienta ni extraña obtenga mas prebenda que una.

Aunque algunas pretendan la dotacion para ayuda de tomar estado determinado, y luego por haberlo meditado y reflexionado mejor, ó por otro motivo, elijan y tomen otro, no por eso ha de dejar de pagárseles una vez nombradas, como si para ambos la hubieran pretendido indistintamente.

Cuando por la concurrencia de muchas pretendientas en un año quedaren algunas de esta villa, ya sean ó no parientas mias, sin ser nombradas á causa de faltar caudal para todas, guardará el secretario de esta obra pia sus memoriales y papeles para el siguiente, expresándose asi y sus nombres en el acuerdo: y en la primera junta que celebre en él, se las nombrará con preferencia á otras; y si en el intermedio tomasen estado, se las paguen sus prebendas, y estimen como efectivamente nombradas, respecto haber acudido en tiempo habil à pretenderlas; de cuyo privilegio no han de gozar las hijas de los pueblos confinantes, à quienes no tocare la suerte en el caso que se expresará en la cláusula y condicion que de ellas tratará; pero à las casadas, viudas y profesas al tiempo de pretender no se admita, aunque sean parientas mias.

Porque dudarán los patronos cuales huérfanas se han de reputar pobres para tener derecho á las prebendas de esta memoria, deseando evitarles todo escrúpulo, quiero y mando se gra-

dúen y estimen por tales todas las que en bienes raices, ó en censos, efectos, alhajas ó dinero, no tengan tanto cuanto importe la prebenda que soliciten, aunque el valor de la ropa de su casa y uso le importe; pues no obstante que las mas pobres deben ser preferidas siempre á las menos, no limito tan estrechamente á los patronos las facultades; y aunque en esta parte no procedan con rigoroso examen, siempre que las mas pobres sean atendidas primero, les relevo en cuanto á las demas fuera de este caso de toda responsabilidad, por preponderar mas el acomodo de las huérfanas, que el que se den las prebendas á las que no son tan necesitadas, sin perjuicio de las mas pobres.

Si en algun año ó años no acudieren hijas de vecinos de esta villa y pueblos de su jurisdiccion huérfanas y pobres, ni parientas mias á solicitar nombramientos, y los patronos dudaren lo que han de hacer del caudal que en él hayan producido los bienes de esta memoria, quiero que siempre que este caso se verifique se invierta en su reparo ó aumento, y no habiendo reparos que hacer, puedan nombrar huérfanas pobres, hijas de los otros pueblos confinantes à los de esta jurisdiccion, y no à otras, excepto que en ellos no las haya: para lo cual el secretario de esta memoria, precedido acuerdo de los patronos é informe del administrador, en cuanto á si hay ó no reparos que hacer, y no de autoridad propia, deberá pasar papeles de aviso á los curas párrocos de ellos, encargándoles lo hagan saber à las huérfanas de sus feligreses, prefiniéndolas el término de un mes perentorio, y que por su mano, con certificaciones de pobreza, y partidas de bautismo, horfandad y libertad, acudan à pretender las prebendas. Siendo tantas las pretendientas que no haya caudal para todas, harán los nombramientos en las mayores en edad; y si ni aun para estas hubiere, las sortearán, y aquellas à quienes toque la suerte serán nombradas, y las restantes queden excluidas, y se las devuelvan sus papeles, pues no las concedo el privilegio de que sean atendidas para el año siguiente, como las hijas de vecino y parientas mias; y para proceder à este nombramiento elegirán el dia que les acomode despues de pasado el mes siguiente à la junta que por Pentecostés ó en su octava han de celebrar indispensablemente para el de las hijas de vecino, y parientas mias, como se dirá.

En ningun año han de poder nombrar los patronos mas huérfanas que las que correspondan à la renta líquida que en él hayan producido los bienes de esta memoria, y esté existente, pues lo prohibo expresamente, y si las nombraren, queden nulos y

sin efecto los nombramientos excesivos, sin embargo de que en el arca exista caudal tocante à otras nombradas anteriormente que todavía no hayan tomado estado, ni despues de su nombramiento pasados diez años; pero si algunas de las pretendientas, à quienes no quepa, estuvieren próximas à tomarlo, permito se las nombre, y à su tiempo haga pago del referido caudal depositado, reemplazándolo ó reintegrándolo en el año siguiente, y dejando de nombrar otras hasta que se verifique el reintegro total del extraido del arca ó depósito, pues las que esten próximas à casarse, ó à profesar, han de ser preferidas no solo en el nombramiento sino en el pago de sus dotaciones à las otras. Y si hubieren pasado los diez años, podrán nombrar tantas cuantas sean las que en ellos no tomaren estado, y à quienes à haberlo tomado tocaba el caudal depositado, sin calidad de reintegro, mediante estar excluidas por no haberlo tomado dentro de ellos, como se dirá adelante.

La renta líquida que en cada año produzcan los bienes de esta memoria, deducidas las propinas de los patronos y secretario, el salario del administrador, y demas gastos y derechos que se expresarán, se ha de convertir indispensablemente en prebendas ó dotaciones de à docientos ducados vellon por una vez, y no menos, para cada huérfana soltera, hija de vecino de esta villa ò de alguno de los pueblos de su jurisdiccion; y si fueren parientas mias, se dé á cada una trecientos ducados tambien de vellon por una vez, y nada menos á unas ni à otras; pero à cada hija de los pueblos confinantes en ningun tiempo se dé mas que à cien ducados; cuya respectiva cantidad se les deberá entregar en dinero efectivo, y no en otra especie, sin demora alguna, otorgando quien su accion tenga, ante el secretario de esta memoria, carta de pago à favor de ella y de su administrador, y entregando el nombramiento y certificacion del estado que eligieron, sin otro documento, mediante à que al tiempo que fueron nombradas presentaron los demas. Y para que se les mande pagar han de presentar memorial à los patronos con la certificacion del estado que tomaron, solicitando el pago, al que deferirán incontinenti, sin cuyo previo requisito no deberá hacerlo el administrador, aunque tenga caudal en su poder.

Si en algun año ó años despues de bajados los derechos, propinas, prebendas y demas gastos que ocurran, quedase algun residuo que no llegue à cien ducados, se distribuya la mitad en misas por mi alma, las de mi hermano, obligacion y purgatorio, las que incontinenti mandarán celebrar los patronos á sacerdo-

tes pobres seculares de esta villa, dándoles por la limosna de cada una doble estipendio que el asignado por la sinodal ó costumbre: y la otra mitad se dará al hospital de ella, recogiendo el administrador los correspondientes recibos de todos, y expresando su distribucion en el libro de acuerdo; pero si el sobrante llegare á cien ducados, se guardará para la mitad de una dotacion en el año siguiente, y no se dará á hija de vecino de algun pueblo confinante, pues estas solo han de tener accion á ser dotadas de las rentas de esta obra pia en el único caso de que ninguna de esta villa, ni de las de su jurisdiccion ni parienta mia ocurra á pretender la dotacion.

Por cuanto los bienes de esta fundacion producen actualmente *tantos* mil reales ánuos, y con arreglo à este producto quedan hechas las dotaciones respectivas de cien ducados, docientos y trecientos, quiero que si se menoscabare su renta, se bajen á proporcion en el solo caso de que por acudir varias pretendientas á un tiempo no haya para todas, pues si hubiere para las que ocurran, nada se les ha de descontar, no obstante la minoracion de renta; à cuyo efecto antes de hacer los nombramientos, se verá por la cuenta del administrador que debe precederlos, qué caudal hay existente y vencido sin cobrar, y sin este previo requisito no procedan á hacerlos.

Para que el caudal distribuido no esté detenido infructuosamente sin servir de utilidad á las huérfanas, ni la tardanza de las nombradas en tomar estado perjudique á las que tal vez por no haberlo cuando pretendieron su dotacion no lo fueron, mando que si dentro de diez años siguientes al dia de su nombramiento no se hubieren casado ó entrado en religion, se tengan por excluidas, como las excluyo, ya sean ó no parientas mias, y que aunque soliciten reeleccion, no se las reelija, excepto que entonces acrediten estar tratadas de casarse y con quién, ó novicias en algun convento, en cuyo caso ya hayan trascurrido pocos ó muchos años, no solo se las ha de reelegir, sino pagar sus dotaciones con preferencia á otras posteriores indistintamente, y retrotraerse la reeleccion al dia del nombramiento, como si no hubieran pasado los diez años ni los posteriores á ellos. Y para que no sean perjudicadas ni aleguen ignorancia, deberá el secretario expresarlo asi en los nombramientos ó acuerdos, y tambien en las certificaciones que las dé; y si lo omitiere, le constituyo responsable á reintegrarlas con su propio caudal del importe de las prebendas á que fueron nombradas, á lo que se le pueda apremiar por todo rigor; y sin hacer dicha prevencion en los

acuerdos, no los firmen los patronos. Y á efecto de evitar confusion y dudas, y de que se sepa cuáles han tomado ó no estado, ó muerto sin tomarlo, pondrá el secretario en su libro de acuerdos al margen del nombramiento de cada una la competente nota de las que lo tomaron, ó se sepa que fallecieron solteras.

Para hacer el nombramiento de huérfanas se han de juntar los patronos una vez á lo menos al año en la celda del reverendo P. Prior que fuere de tal convento, orden de tal santo de esta villa, en uno de los dias de Pascua de Pentecostés, ó dentro de su octava precisamente, á menos de que por enfermedad, ausencia ú otro motivo grave no pueda ser, pues entonces deberán practicarlo al instante que cese; y la eleccion ó nombramiento ha de ser hecha indispensablemente por todos en junta, y no por uno ó dos solos, ni fuera de ella, y examinarse entonces los papeles de las pretendientas, que deberá llevar inspeccionados el secretario de esta memoria, y dar cuenta á los patronos de lo que de ellos resulte, sin añadir, quitar, omitir ni disimular cosa alguna: pues quiero que en todo se proceda con pureza y justificacion, y que á nada mas se atienda que al cumplimiento literal de mi voluntad, de lo que hago responsables á los patronos y al secretario en la parte que respectivamente les toca. Y en caso de ocurrir duda acerca del derecho de las pretendientas y sus papeles, mando que de los patronos que elegiré, se ejecute lo que dos voten, atendiendo siempre á la piedad y socorro de su miseria mas que al rigor en esta parte.

Ademas de la junta referida deberán los patronos celebrar las que se ofrezcan para tomar cuentas al administrador, y otras cosas que ocurran, segun lo exijan la necesidad, utilidad, conservacion y aumento de esta obra pia; y si á algunas no pudiere concurrir uno de los patronos por sí ni por su apoderado, valga lo que los otros dos resuelvan y no el uno solo; cuyas juntas podrán hacer cuanto estimen oportuno, con tal que en cada año se tome cuenta al administrador, el cual la presente dos meses antes que se celebre la de dotar huérfanas al secretario, á fin de que este, como fiscal que le constituyo suyo, tenga tiempo de examinarla, instruya á los patronos de lo que de ella resulte, oponiéndola los reparos que advierta, y se sepa qué caudal existe y se puede distribuir á las huérfanas.

Los nombramientos de huérfanas que se hagan se sentarán en un libro de á folio empergaminado y foliado que ha de haber á este único objeto, con expresion de sus nombres y apellidos, los de sus padres, su edad y vecindario, que resulten por los do-

cumentos que al tiempo de pretender deberán presentar para su admision, como queda prevenido, cuyos nombramientos, juntas y acuerdos que se celebren para ellos y para los demas que se ofrezca, deberán firmar los patronos, y autorizar el secretario; y para la aprobacion de cuentas del administrador y otras resoluciones que acerca de lo que ocurra convenga tomar, habrá otro igual en que se extenderán del mismo modo, á fin de evitar confusiones; cuyos libros han de existir en poder del secretario, el cual siempre que los patronos ó cualquiera de ellos quieran verlos, se los entregará, recogiéndolos luego que se cercioren de lo que intentan saber; y lo mismo practicará con las cuentas del administrador y con otros papeles que al propio efecto le pidan, y à su manifestacion no deberá excusarse con pretexto alguno.

Como es indispensable que haya persona que administre, arriende y cuide de los bienes de esta fundacion, cobre sus productos y siga los pleitos que ocurran, concedo amplia facultad á los patronos para que elijan administrador que sea precisamente vecino de esta villa, lego, llano y abonado, y no clérigo, muger ni otro que goce fuero, ni pariente por afinidad ni consanguinidad de ellos ni del secretario de esta memoria, pues à todos excluyo y se lo prohibo, y para todo lo referido le conferirán poder bastante ante el expresado secretario; pero antes de conferírselo ha de asegurar la administracion con los bienes raices, libres de toda carga y gravamen, que se hipotequen especialmente á su responsabilidad, y cuantiosos hasta en *tantos* mil ducados; y acreditar este valor en venta ante la justicia Real de ella, que con su anuencia apruebe la fianza: precedida esta aprobacion que les ha de hacer constar, y no antes ni de otra suerte, procederán à conferírselo; y por su trabajo le señalarán el diez por ciento de lo que en cada año cobre de sus rentas; pues desde ahora lo señalo, y no mas, y prohibo se le dé salario fijo.

En el nombramiento de administrador mando se uniformen los patronos, y si discordaren, concedo facultad al de sangre ó á su apoderado para que proponga tres de las calidades expresadas, de los cuales esten obligados los compatronos á elegir uno, y la justicia á admitirlo, dando la referida fianza á su satisfaccion, y si por carecer de dichas cualidades se los excluyeren, proponga otros: lo cual practique siempre que haya vacante y discordia. Una vez electo y probada su fianza, no podrán removerlo sino por mala versacion de caudales, negli-

gencia ó malicia en la cobranza ó en el cuidado de la conservacion de los bienes de esta fundacion, ó por resistirse á dar su cuenta al tiempo prefinido, ó no aprontar el alcance para depositarlo en el arca al tiempo de su aprobacion.

El administrador no puede hacer pagos algunos sin estrecha orden de los patronos acordada en junta que celebren, ni tampoco reparos mayores que excedan de cien reales, y si los hiciere, no se le abonen; y aunque preceda, tampoco se le abonarán á menos que presente los documentos justificativos. Si por estar corriente su cuenta se la aprobaren, mandarán al secretario le dé la correspondiente certificacion de solvencia en cada año: y siempre que los patronos le llamen à junta para instruirse de alguna cosa, deberá asistir sin excusa y dar razon de lo que se le pregunte, é informar por escrito si se lo mandaren; y si no lo hiciere no estando enfermo ó impedido, puedan removerlo tambien por esta causa.

Si los patronos no quieren tomar la cuenta al administrador, ó aprobarla estando arreglada, podrá presentarla para su aprobacion á la justicia Real de esta villa, la cual, y no la eclesiástica, ha de conocer de todos los negocios de esta memoria, como puramente laical.

El caudal líquido que cada año produzcan las rentas de esta memoria, no ha de existir en poder del administrador, antes bien este lo ha de aprontar, y depositarse en el arca que dejaré hecha con cuatro llaves para que lo tengan pronto las dotadas, y no se las detenga su entrega, ni cause perjuicio en la dilacion; de cuyas llaves tendrán tres los patronos, y otra el secretario, y siempre se juntarán para guardarlo ó sacarlo; todo lo cual se notará y pondrá por acuerdo, y solo permito dejen en su poder lo que sea preciso para emplear inmediatamente en algunos reparos, ó en pagos de prebendas que se deban y esten mandadas pagar, dando salida justificada de ello en la cuenta primera del año siguiente, en la que se deberá cargar, y de lo que sea, dar resguardo separado en el mismo acto, para que se le haga cargo de su importe.

Si se redimiere algun censo de los pertenecientes á esta memoria, se depositará su capital, con intervencion de la justicia y de los patronos, en el arca referida, hasta que con la misma se vuelva á imponer ó emplear en la compra de fincas raices útiles que se subroguen en su lugar, y los patronos y no el administrador otorgarán la redencion de él, y de ningun modo entrarán en poder de ellos ni del secretario, ni se podrá prestar á intereses

ni sin ellos, pues lo prohibo expresamente: cuya arca esté siempre en el archivo del citado convento de tal, à quien se dará anualmente por tenerla custodiada *tantos* reales de vellon. Y para la seguridad de la nueva imposicion del censo se han de bajar todas las cargas perpetuas y al quitar, á que esten afectos los bienes que se han de hipotecar, como tambien diez años de sus réditos, el capital del censo referido, y otros diez años de los de este; y si hechas estas deducciones hubiere de sobrante la mitad, ó à lo menos la tercera parte del valor junto de sus bienes, se dará el censo, y si no, de ningun modo; y si los patronos lo dieren y pereciere, los hago responsables á la memoria, y á cada uno por todo el importe de su capital, réditos y daños que se la sigan por este hecho y condescendencia indebida.

Como mi intencion es que esta memoria sea perpetua, y que sus bienes no solo no se deterioren, sino que antes bien se conserven y aumenten, quiero y mando que si necesitaren reparos, se ejecuten de sus productos, y no de su capital; que si por los gastos que en ellos se hagan no hubiere caudal para dotar las huérfanas, no se nombren hasta que lo haya, ya sean ó no parientas mias, aunque esten próximas á tomar estado; y que en este caso sea visto y se entienda no haber tal memoria. Y mando asimismo que en el de no comparecer huérfanas algunas, ni haber reparos que hacer, se emplee el producto que rindan en los años en que no ocurran, en fincas raices para su incremento con las propias cualidades, como agregadas á las de su erección y dotacion.

Para nombrar huérfanas, elegir administrador, tomarle cuentas y para todo lo demas que se ofrezca, me nombro por patrono único durante mi vida, ó por el tiempo de mi voluntad, y me reservo administrar los bienes de esta fundacion; y para despues de mis dias nombro por patrono perpetuo al pariente mio que sucediere en tal mayorazgo, ya sea varon ó hembra, y si por extincion de los llamados á su goce quedaren libres sus bienes, entre al de este patronato con las mismas prerogativas el párroco que por el tiempo fuere de esta villa; y por compatronos por sus empleos elijo al Prior que fuere del citado convento, y al regidor por el estado noble, y no habiéndolo, al del estado general de ella; y habiendo dos de este, al mayor en edad; y si lo fuere el que posea dicho mayorazgo, tenga por los dos respectos dos votos. Para secretario perpetuo nombro al presente escribano del número, y á los que le sucedan en su oficio, en el que mando subsista para siempre radicada esta memoria;

que los nombramientos, acuerdos, imposiciones, fianzas del administrador, aprobacion de sus cuentas, y todo lo demas que ocurra perteneciente á esta memoria, pase ante ellos y no ante otros; y que sus libros y papeles esten juntos, archivados y custodiados con seguridad, para que no se pierdan ni deterioren, y para que cuando se ofrezca, se hallen las razones que se necesiten, y se evite toda confusion.

Por el trabajo, zelo y cuidado que los patronos y el secretario han de tener en todo lo expresado, y en procurar la conservacion y aumento de los bienes de esta memoria, señalo de sus rentas á cada patrono *tanta* cantidad anual, y al secretario *tanta*, y ademas de esto mando se paguen á este de dichas rentas *tantos* reales por cada certificacion que dé á las huérfanas nombradas, y que nada perciba, ni pueda pedir ni tomar de estas por ellas; pero si las perdieren y pidieren otras, deberán pagarle los derechos de las que les dé al propio respecto cada una, y no mas, y asimismo deberán satisfacerle con arreglo al Real arancel los de las cartas de pago que otorguen las que tomen estado, y no otra cosa; y sin embargo de que por la caducidad de los bienes terrenos ó por algun otro motivo se minoren las rentas de esta fundacion, quiero que los patronos y el secretario no dejen de percibir íntegra la respectiva asignacion anual que les dejo hecha, mediante á que su trabajo ha de ser el mismo; pero si se aumentaren no han de poder percibir mas tampoco, de modo que en la asignacion no ha de haber incremento ni decremento jamas. Con cuyas condiciones erijo y fundo esta memoria y obra pia; y para que desde hoy empiece á tener efecto, y las huérfanas á experimentar beneficio, la hago gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con asignacion y demas firmezas legales de todos los bienes que por menor quedan especificados; me desapodero, desisto y aparto, como tambien á mis herederos y sucesores, de todo el derecho que á ellos tengo, y lo cedo, renuncio y traspaso íntegramente à su favor con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que me competen; y le confiero, y à quien la represente, amplio poder, con libre, franca y general administracion para que despues de mis dias tome en ellos la real tenencia y posesion que en virtud de esta escritura la corresponde, y para que no necesite tomarla, la tomo yo en su nombre, constituyéndome su inquilino, tenedor y precario poseedor de los referidos bienes, á cuya eviccion y saneamiento de ningun modo quedo ligado ni sujeto, ni los mios. Y reiterando la reser-

va que dejo hecha de usar de este patronato por mí solo durante mi vida, y haciéndola tambien de añadir, quitar, enmendar, alterar, variar y mudar à mi arbitrio en contrato ó en última voluntad las condiciones con que queda formalizada esta fundacion, siempre que lo estime util y oportuno (lo cual no han de poder practicar los patronos, pues se lo prohibo), me obligo à no revocarla ni alegar contra ella excepcion favorable, y si lo hiciere no valga, y antes bien sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y estabilidades, respecto no ser donacion inmensa, ni por consiguiente reprobada por derecho, ni necesitar para mi congrua sustentacion, y testar los bienes de su dotacion. Pido y suplico á cualquier señor juez Real la apruebe, y supla, como doy por suplido, cualquier sustancial defecto que incluya, interponiendo su judicial autoridad para su mayor validacion y subsistencia. Y quiero y mando que en el arca de cuatro llaves se ponga una copia de esta escritura con los títulos de pertenencia de los expresados bienes, en donde subsistan perpetuamente, y que se saque otra; la cual se lleve y tenga presente siempre en las juntas para proceder con arreglo à su tenor, y cumplirlo literal y exactamente, como corresponde. Y à la observancia de lo expuesto obligo mis bienes muebles, raices &c. *Aqui las generales, y la toma de razon de la oficina de hipotecas.*

TITULO IV.

De las obligaciones, pactos y contratos.

CAPITULO PRIMERO.

De las diferentes clases de obligaciones y contratos.

§. 1. ¿Cuantas especies hay de obligaciones?
2. Definicion del pacto.
3. Definicion del contrato, y primera division de estos.
4. Segunda division.
5. Tercera division.
6. De los cuasicontratos.

1. Hay tres especies de obligaciones: la una puramente civil, cual es la que nace de un contrato celebrado por medio de la fuerza (1); y aunque produce accion segun todo rigor de derecho, no obstante es tan debil que lo hecho en virtud de ella puede con facilidad deshacerse. La segunda es meramente natural, pues por ella no podemos ser apremiados en juicio, aunque por equidad natural debemos cumplirla. Nace esta obligacion de los contratos celebrados por ciertas personas, á los cuales no han querido las leyes dar fuerza obligatoria: tales son los que hacen por sí, y sin mediar la autoridad del tutor, los pupilos próximos à la pubertad, los de fianza que otorgan las mugeres, y los de préstamos hechos por los hijos de familia que estan bajo la patria potestad. La tercera especie de obligacion, que es la que propiamente se llama tal, y cuyo uso es el mas frecuente en los tratos y negocios de los hombres, es la mixta de civil y natural, la que se define asi: *vinculo legal que nos ata y obliga á dar ò hacer alguna cosa, de manera que podamos ser apremiados á cumplirla.*

2. *Pacto es el convenio ó consentimiento de dos ò mas personas para dar ò hacer alguna cosa.* Llamaban los romanos pacto *nudo* el mero convenio que no pasaba à contrato, por no tener nombre cierto ni causa civil obligatoria; y asi no producia accion civil, sino solo obligacion natural (2). Pero hallándose es-

1 Ley 53. tit. 5. Part. 5.

2 Ley 10. Cod. *de pact.*

tablecido por ley en España (1) (*) que de todo pacto hecho deliberadamente nazcan obligacion civil y accion, es claro que no tiene aplicacion entre nosotros la doctrina antigua sobre los nudos pactos.

3. Pasaremos pues á definir el contrato, que es *todo pacto ò convenio que tiene nombre cierto, y á falta de este causa civil obligatoria.* De aqui es que los contratos se dividen en nominados é innominados. Aquellos son los que tienen nombre propio, como el de compra y venta, el de arrendamiento &c. Innominados son los que carecen de nombre; pero no de causa civil obligatoria: y son de cuatro especies distinguidas entre los romanos con estas denominaciones: *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias;* las cuales se han adoptado entre nosotros traducidas literalmente *doy porque des; doy porque hagas; hago porque des; hago porque hagas.*

4. Divídense tambien los contratos en *unilaterales y bilaterales.* Llámanse unilaterales aquellos en que uno solo de los contrayentes queda obligado, cual es el de préstamo ó mútuo, en que solo se obliga el que lo recibe; y bilaterales aquellos en que ambos otorgantes quedan obligados, como en el de compra y venta: siendo de advertir que hay algunos en que al principio solo se obliga uno de los contrayentes, y despues otro por incidencia, como en el comodato y depósito, segun se verá cuando se trate de ellos (**).

1 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov Rec.

* Copiarémos las mismas palabras de esta célebre ley que dió por el pie el cavilóso sistema de las estipulaciones romanas. *Pareciendo*, dice, *que alguno se quiso obligar á otro por promision ó por algun contrato ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello á que se obligó; y no pueda poner excepcion que no fue hecha estipulacion, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fue hecho el contrato ú obligacion entre ausentes, ó que no fue hecho ante escribano público, ó que fue hecha á otra persona privada á nombre de otro entre ausentes, ó que se obligó alguno que daria otro ó haria alguna cosa: mandamos que todavia vala dicha obligacion y contrato que fuere h cho en cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.*

Sin embargo hay algunos pactos reprobados por las leyes, y que por lo mismo no producen obligacion. Tal es el primero, el que se conoce con el nombre latino de *quota litis*, y es el que hace el litigante con su abogado de darle cierta parte de la cosa que ha de ser objeto del pleito, el cual ademas de no ser válido, inhabilita al abogado para ejercer por otro, por cuanto la ley le declara infame (Ley 14. tit. 6. Part. 3.) Segundo, el que llaman *antichréseos*, y es el que se celebra para que el acreedor que tiene alguna cosa del deudor en prendas, perciba sus frutos mientras la tuviere, porque todos deben ser del deudor. (Ley 2. tit. 3. Part. 5.) Tercero, todos los que se hacen con dolo ó por fuerza, y contra las leyes y buenas costumbres. (Leyes 28 y 38. tit. 11. Part. 5.)

** Cuando el beneficio que recibe uno de los contratantes es en virtud de desprendimiento de algun derecho ó propiedad, ó bien en remuneracion de algun servicio, el contrato se llama *oneroso*; cuando no *gracioso* ó gratuito.

5. Del diferente modo de celebrarse ó perfeccionarse los contratos dimana la tercera division de estos en consensuales, verbales, reales y literales (*).

6. Hay tambien ciertas obligaciones que nacen de unos hechos honestos tan semejantes en sus efectos á los contratos, que han recibido el nombre de cuasicontratos, de los cuales se tratará separadamente despues de haber hablado de las cuatro clases de contratos indicadas en el párrafo anterior.

* Con arreglo á esta última division se ordenará toda la doctrina del autor relativa á contratos, enlazándolos de modo que tengan entre sí la debida conexion.

CAPITULO SEGUNDO.

De los contratos consensuales, y en especial del de compra y venta.

§. 1. ¿Que se entiende por contratos consensuales?

2. ¿Que es contrato de compra y venta?

3. Para su validez se requieren cuatro circunstancias.

4. *Observaciones sobre la alhaja.* Todas las cosas muebles, raices, semovientes, derechos, acciones y servidumbres son objeto de este contrato, si no hay prohibicion legal.

5. La alhaja debe ser propia del vendedor, ó tener este poder de su dueño para enagenarla.

6. Si el comprador sabe que es agena debe perder el precio que dió por ella.

7. No deben venderse los créditos ni otros bienes litigiosos hasta que el pleito se concluya.

8. Tampoco el derecho que se espera tener por muerte de algun sugeto, viviendo este, y conociéndole el comprador.

9. No deben asimismo venderse los oficios jurisdiccionales de república.

10. No puede ser comprado ni vendido hombre libre por siervo, no siendo mayor de edad y consintiendo en la venta.

11. Tampoco puede ser vendido el derecho de usufructo por ser personal.

12. En la venta de una finca se comprenden las cosas inherentes á esta.

13. Circunstancias de la lana que se vende.

14. En la escritura de venta de censos que tienen precio fijo, no hay que expresar si este es el justo.

15. Los juros no pueden venderse sin Real licencia á varias personas y corporaciones.

16. Los frutos de la finca vendida y entregada al comprador pertenecen al mismo.

17. Los esclavos pueden venderse pura y condicionalmente.

18. El pacto de que el esclavo vendido no pueda recobrar su libertad es válido, menos en tres casos.

19. El dolo en la calidad de la alhaja induce nulidad en la venta.

20. ¿En que casos toca al vendedor, y en qué otros al comprador, el menoscabo de la alhaja, despues de convenidos en su venta?

21. *Observaciones respecto de precio.* Debe darse en la moneda estipulada, ser cantidad fija, y en qué términos &c.

22. *Observaciones sobre la aptitud de los contrayentes*

el que no tiene prohibicion legal de hacer contratos puede comprar y vender.

23. Ninguno puede comprar cosa alguna de un esclavo sin consentimiento de su señor.

24. Ni los ropavejeros pueden comprar cosa alguna en almoneda, ni el juez por cuya orden se hace.

25. Los clérigos estan privados de comprar y vender por via de negociacion.

26. Tampoco pueden los menores comprar ni vender cosa alguna sin licencia de los curadores.

27. A los enemigos de nuestra santa fe no se les deben vender víveres ni municiones.

28. Ninguno puede comprar en su propia alhaja sino la parte agena que pueda haber en la misma.

29. Tampoco puede ser obligado nadie á vender lo suyo, generalmente hablando.

30. Casos en que es lícita la coaccion en este punto.

31. *Observaciones sobre el consentimiento de los contrayentes y demas relativo á este contrato.* Se celebra en el lugar donde está la alhaja, ó en otro; con escritura ó sin ella.

32. Aunque haya entrega de la alhaja no pasa el dominio al comprador, sin que antes apronte el precio.

33. Medios que tiene á su favor el que se considera enormemente engañado.

34. El consentimiento del contrayente pupilo no vale, aunque sea jurado, sino en ciertos casos.

35. Caso en que no hay lugar á reclamacion, aunque intervenga perjuicio.

36. Este contrato puede ser celebrado pura ó condicionalmente.

37. Ejemplos de ventas condicionales.

38. Tambien son permitidos en este contrato los pactos llamados de *retrovendendo*, *comisorio*, y de *adictione in diem*.

39. Sobre si puede ó no prescribirse la cosa vendida en virtud del primer pacto, y por consiguiente sobre si el término podrá ser indefinido.

40. ¿A quien pertenecen los frutos pendientes en el acto de la retrovendicion?

41. ¿Que es pacto *comisorio*, ó de *ley comisoria*?

42. Si el comprador en virtud de dicho pacto recibió frutos de la finca vendida debe devolverlos.

43. ¿Que es pacto de *adicion*, ó *señalamiento de dia*?

44. Circunstancias necesarias para la validez del pacto de *adicion*.

45. Doctrina legal sobre el pacto *de no enagenar*.

46. Limitaciones de esta doctrina.

47. ¿Cuando valdrá el pacto de no enagenar en los testamentos?

48. Cláusulas que debe contener

la escritura de venta simple. Primera cláusula.
49. Segunda cláusula.
50. Tercera cláusula.
51. Cuarta cláusula.
52. Quinta cláusula.
53. Sexta cláusula.
54. Efectos de la sexta cláusula, que es la de *eviccion* ó *saneamiento*.
55 y 56. Sobre el mismo asunto.
57. El pacto de *eviccion* puede hacerse extensivo á las mejoras hechas en la casa vendida.
58. Método absurdo que tienen algunos escribanos de extender la cláusula de *eviccion*.
59. Tambien puede el vendedor actual ceder al comprador el derecho de *eviccion* que tiene contra el vendedor anterior.
60. Séptima cláusula que es la *guarentigia*.
61. En la escritura de venta hecha por un menor debe insertarse el juramento de no reclamar.
62. Cláusulas que deben añadirse en la escritura de venta en que interviene muger casada.
63. Casos en que tienen lugar las acciones *redhibitoria y estimatoria*.
64. Cláusula para renunciar estas acciones.
65. Estas acciones no excluyen las de *eviccion y lesion*.

Escrituras correspondientes á este capitulo.

1. Llámanse contratos consensuales los que se constituyen y perfeccionan con el solo consentimiento, y son cuatro: *compra y venta, arrendamiento, compañía, y mandato.*

2. Las palabras *compra y venta* son correlativas, y designan un solo contrato, *el cual consiste en convenirse dos individuos en dar el uno cierta cosa al otro por precio determinado.* El que da la cosa se llama *vendedor*, y adquiere *la accion de venta*, que es un derecho que le compete para reclamar el precio convenido. El que da el precio se llama *comprador*, y tiene á favor suyo *la accion de compra*, en cuya virtud reclama la cosa comprada. Nacen estos derechos en el momento en que se perfecciona el contrato; pero ni el vendedor puede entablar su accion sin haber antes entregado la cosa, ni el comprador la suya sin haber entregado su precio.

3. Para la validez de este contrato se requieren las circunstancias siguientes: 1.ª alhaja cierta y determinada de parte del vendedor; 2.ª precio fijo de parte del comprador; 3.ª aptitud en ambos para comprar y vender; 4.ª consentimiento de los mismos. Siendo estas circunstancias tan esenciales que faltando al-

guna no hay contrato (1), diremos por su orden lo que hay que saber con relacion à cada una de ellas.

4. *Observaciones sobre la alhaja.* Todas las cosas del comercio humano, ya sean raices, muebles ó semovientes, ó derechos, acciones y servidumbres se pueden comprar y vender, no interviniendo prohibicion legal, y tambien las que no existan, con tal que se espere que han de existir, v. gr. partos de siervas, vacas, yeguas y otros animales; frutos de tierras, viñas y árboles &c. pues verificándose su existencia, se perfecciona la venta, porque lleva la tácita condicion de *si llegan á nacer*, y de lo contrario no vale, á menos que el comprador reciba en sí el peligro y aventura (2) (*). Previniendo que la iglesia puede demandar á cualquiera de los contrayentes el diezmo de estos frutos no pagado, y si el comprador no tiene de qué satisfacerlo, exigirlo del vendedor, y no debe dar á este su poder, ni cederle sus acciones para que lo repita de aquel, por la razon que da la ley final, tit. 20. Part. 1.

5. La alhaja debe ser propia del vendedor, y no siéndolo ha de tener especial poder de su dueño para enagenarla, pues de lo contrario, aunque vale la venta habiendo buena fe en el comprador, y puede con el tiempo prescribirla, no obstante tiene accion su dueño para reivindicarla y demandarla en el término legal donde quiera que estuviere. Si la alhaja es de varios, cualquiera de ellos puede vender su parte, aunque esté indivisa, al consocio ó al extraño, y con tal que no esté contestado el juicio divisorio, valdrá la venta; bien que el consocio es preferido por el tanto al extraño. Pero una vez contestado el juicio entre ellos, si hiciere la venta à extraño, será nula, excepto que la consientan los consocios. Si el fisco es socio, no solo puede vender ó dar su parte, aunque sea módica, à quien quiera contra la voluntad del consocio, sino la alhaja íntegra (3), pagando à los consocios las suyas: y tambien vender la hipoteca, satisfaciendo su deuda al acreedor anterior, y reteniendo para si el residuo,

1 Leyes 9, 10 y 20. tit. 5. Part. 5.

2 Ley 11. tit. 5. Part. 5.

* Aunque todas las cosas del comercio humano pueden comprarse y venderse, ha de ser con sujecion á las leyes políticas y civiles del estado, que prohiben el comercio enteramente libre de muchos géneros. Particularmente el comercio de granos ha merecido en todos tiempos la atencion del legislador. La Real cédula de 16 de julio de 1790 (ley 19. tit. 19. lib. 7. Nov. Rec.), y la Real orden de 11 de noviembre de 1802 (nota 15. dicho tit. y lib.) tratan de las reglas que se han de guardar en este comercio. En otras cosas se compra ó vende el mismo riesgo, ó por mejor decir, el resarcimiento ó indemnizacion de él, como en el contrato de seguro, que se califica de compra y venta. *Febrero adicionado.*

3 Ley 53. verb *Otrosí decimos*; y 55. tit. 5. Part. 5. et ibi glos. magn. Hermos. en la 53. cit. glos. 7. num. 1 al 3.

excepto que tenga solamente derecho de hipoteca en la alhaja, y pueda reintegrarse en otros bienes; pues en este caso no podrá venderla (1). Ni tampoco mas que su parte, si no tiene mas que su usufructo (2).

6. Pero si el comprador sabe que la alhaja es agena, y como es justo se le obliga á restituirla á su dueño, debe hacerlo asi, perdiendo el precio por su mala fe, y el vendedor no tendrá obligacion de volvérselo, á menos que asi lo pacten, y se obligue á la eviccion; pero si lo ignora debe este restituírselo con todos los daños y menoscabos que por su engaño se le hayan irrogado (3). Y para que el comprador que sabe es agena, no esté obligado á restituirla al dueño, excepto que se le pague el precio, ha de protestar en la escritura de venta: *que la compra en nombre del legítimo dueño, y que está pronto á restituírsela entregándole este antes su precio, intereses y menoscabos que se le irroguen*, como lo aconseja el Hostiense *in sum. de pœnit. et remis.* §. fin. vers. *Quid si emit rem deprædatam*, y lo refiere Cæpol. en el tit. *Cautel.* 10.

7. No deben venderse los créditos no liquidados, ni los derechos y acciones, y otros bienes litigiosos, hasta que el juicio se concluya; y el que despues de emplazado y pendiente el pleito sobre su dominio ó propiedad los vende, cambia, ó en otra forma enagena, á mas de ser nula y atentada la venta y enagenacion, incurre en varias penas, en las que incurre tambien el emplazador, si los enagena (pretextando ser suyos) despues del emplazamiento, y el comprador sabiendo el engaño, y no de otra suerte (4) (*). Pero se exceptuan cuatro casos, en los que no será nula: 1.° cuando los da á otro en casamiento, ya sea con título de dote ó de donacion *propter nuptias*; 2.° cuando pertenecen á muchos, y los quieren partir y enagenar unos á otros; 3.° cuando los lega á alguno en su testamento ó en otra última dis-

1 Hermos. ibi, num. 4 y 9. Peregrin *de jure fisci*, tit. 4 lib. 6. num. 23. vers. *Et secundum* Castill. lib. 3. *Controv.* cap. 6. num. 26.

2 Peregrin. ibi, vers. *Nam cum fiscus.* Castill. ibi, num. 27. Hermos. ibi, num. 8.

3 Ley 19. tit. 5. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 8 y 42. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 17. col. 2. vers. *Ad eam.*

4 Ley 13. tit. 7. Part. 3. Valenz. cons. 19. num. 32 y sig. Olea *de cession. jur.* tit. 2. quæst. 4. num. 32. Salg. *de reg. protect.* part. 4. cap. 8 num. 171 al 178. Carlev. *de judic.* tit. 3. disp. 11. num. 2. Vela disert. 14. Guzm. *de evict.* quæst. 11. num. 42 y 43.

* El comprador que lo sabe pierde el precio que dió, y el vendedor debe pechar otro tanto de lo suyo. Si el comprador lo fue de buena fe, recobrará el precio, y á mas percibirá del vendedor la tercera parte de lo que importe, aplicándose las otras dos á la Cámara del Rey. Véase la ley que se cita, y las tres siguientes, las cuales no hablan de los derechos ilíquidos. La sentencia puede ejecutarse en el comprador, haya sido ó no de buena fe. *Lopez en dicha ley.* Febrero adicionado.

posicion: en cuyos casos será válida la enagenacion; mas en los dos primeros debe responder à la demanda el que los recibe, y en el ultimo el heredero del testador, y no su legatario, y este tendrá derecho à ellos si el pleito se gana, y no en otros términos (1). Y 4.° cuando los da con título de transaccion, y no interviene fraude (2). En cuanto à la pena del que receloso de que le han de emplazar sobre alguna cosa que posee, la vende ó enagena antes del emplazamiento à persona mas poderosa que su contendor por razon del oficio, para molestarle, ó à sugeto de otro fuero ó revoltoso, véanse las leyes 15 y 16 del tit. 7. Part. 3. (*).

8. No puede venderse el derecho que se espera tener à los bienes de sugeto determinado viviente, nombrándolo; y si alguno lo vende, à mas de ser nula la venta, queda privado de suceder en ellos; porque si el comprador lo conoce, maquinará su muerte por lograrlos cuanto antes; y lo propio milita para con el sustituto pupilar que vende el que espera tener à los del pupilo; pero si el tal sugeto lo consiente podrá venderlo, y permaneciendo en este ánimo hasta su muerte, valdrá la venta. Tambien podrá vender todas las ganancias y derechos que le vengan por razon de herencia de cualquiera parte que sea, con tal que ninguna persona nombre de la que los espere; y asimismo todos sus bienes presentes y futuros, porque no hay prohibicion legal como en la donacion gratuita, respecto de que el precio sucede en su lugar; y no se priva de testar, pues puede hacerlo del dinero (3).

9. Los oficios públicos de jurisdiccion no deben venderse, porque es perniciosísimo à la república, y han de ejercerlos los mas doctos, prudentes y timoratos (4); pero esto se entiende no habiendo costumbre contraria, pues si la hay, y se observan los pactos justos impuestos por la ley, ó de otro modo, es lícita su venta, y la razon es porque la costumbre general introducida contra las leyes humanas positivas es lícita (5); y para que la

1 Ley 14. tit. 7. Part. 3. Castill. tom. 6. *Controv.* cap. 113. num. 17 y sig.

2 Greg. Lop. en dicha ley 14. glos. 1.

* Estas leyes disponen que sea nula la venta ó enagenacion, y dejen á eleccion del actor demandar al vendedor ó al comprador, ó persona á quien se enagenó. Igualmente el que antes del emplazamiento vende ó enagena á persona mas poderosa su accion ó derecho contra otro, pierde su derecho; y el demandado no tiene obligacion á contestar á ninguno de ellos en esta razon. Leyes 15 y 16. tit. 7. Part. 3. Se ha de tener presente que estas leyes declaran hacerse las cosas litigiosas por la sola citacion, sin necesidad de litis contestacion. *Febrero adicionado.*

3 Ley 13. tit. 5. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 3 y 5.

4 Ley 9. tit. 5. lib. 7. Nov. Rec.

5 Cap. *Cum tanto*, 11. *de consuetudine.* Santo Tomas, epist. á la duquesa de Brabante, opusc. 21.

venta lo sea en este caso es preciso que el que vende tenga para ello facultad : que el oficio se venda al digno : que el precio no sea tan excesivo que el comprador necesite abusar del oficio para compensarse : que se celebre la venta por necesidad de la república ; y que el que lo ha de ejercer sea examinado y aprobado, y de cuando en cuando visitado (1) (*). Segun otra ley los que compraren y vendieren oficios públicos, que se han de elegir por votos, incurren en varias penas (2).

10. No puede ser comprado ni vendido hombre libre por siervo, à menos que siendo mayor de veinte y cinco años, y capaz, lo consienta ; ò el padre, venda á su hijo por redimir la extrema necesidad en que esté constituido (bien que en este caso será empeño y no venta), ni lugar público, mármol, pilar, piedra ni otra cosa puesta en la casa para su seguridad; ni el siervo prófugo, ni tampoco el veneno y cosas envenenadas (3).

11. Tampoco puede ser vendido el derecho de usufructuar, por ser personal, y si el usufructuario lo vende lo pierde; como tambien el comprador, y pasa al dueño de la propiedad (4) (**).

12. En la venta de una finca se incluyen las cosas accesorias y coherentes à ella, y son las que por ley, estatuto ó costumbre estan destinadas para existir unidas é inseparables de la primera (5). Puede sin embargo suscitarse la duda de si se entenderá ó no comprendida en la venta de una cosa ò fundo, otra finca contigua al primero. A esto se responde que siendo nombrados con un mismo nombre el principal y el accesorio sin distincion, y habitandolos, usándolos y disfrutándolos promiscua y accesoriamente su dueño, se comprenden en la venta simplemente hecha no solo la casa y fundo principales, sino tambien los accesorios, pero no en otros términos. Y lo propio milita con el

1 Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Emptio*, art. 1. num. 38 al 41, y otros que cita.

* Las necesidades de la Corona han obligado á enagenar y beneficiar diferentes especies de oficios. Véanse sobre esto las condiciones 20, 21, 25, 26, 27, 28, 29, 67, 68, 108 del quinto género de millones. *(Febrero adicionado)*

2 Ley 6. tit. 4. lib. 7. Nov. Rec.

3 Leyes 15, 16 y 17. tit. 5. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 50.

4 Ley 24. tit. 31. Part. 3.

** Para que se entienda el sentido de esta doctrina, fundada en la ley 24. tit. 31. Part. 3, insertaré las palabras mismas de la ley. »Otrosí, decimos que si aquel á quien fuese otorgado el usufructo ó uso en alguna cosa, otorgase despues á otro el derecho que él habia en ella, que se desata por ende el usufructo ó el uso, é tórnase por ende al señor de la propiedad, é de allí adelante non lo debe haber nin el otro á quien el otorgó. Ca como quier este ú tal que ha el usufructo en la cosa, lo podria arrendar á otro si quisiere, con todo eso el derecho que en ello habia non lo puede enagenar.« El derecho personalísimo del usufructo es intrasmisible á otro, pero no el aprovechamiento y utilidad de él. *Febrero adicionado.*

5 Innocent. in cap. *Cum ad sedem ; de restitut. spoliad.* Card. *de emption.* cap. 22. num. 14.

huerto ó bodega que está junto á la casa para su uso, aunque no exista dentro del cercado de esta, y entre ella y el huerto medie camino público (1). Igualmente se entiende inclusos en la venta hecha simplemente de la esclava, vaca, yegua, oveja &c. los hijos que traen en el vientre, y los que crian y estan mamando; pero no los que pacen, y por si solos se alimentan sin auxilio de sus madres, á menos que se exprese (2). Y la silla, freno y otros adornos del caballo y mula se entenderán vendidos con ellos, si al tiempo del ajuste y venta se manifiestan al comprador, y no de otra suerte (3) (*).

13. La lana debe venderse enjuta, y enteramente limpia ó sucia (4); y pesarse con marco de teja, en que haya ocho onzas, y en la arroba veinte y cinco libras, y sin licencia de los veedores destinados para esto no puede venderse menos de una arroba, ya sea lavada ó sin lavar, ni estambre hilado ni por hilar, y la venta se ha de hacer en dia claro.

14. Los censos, efectos y otros derechos y acciones que tienen precio fijo, pueden venderse, como dejo dicho; pero no es preciso que se declare en la escritura si es ó no justo, porque de los propios títulos de pertenencia, y del impuesto por ley ó costumbre legítima tolerada ha de resultar, ni tampoco que se renuncie la ley del Ordenamiento Real, de que se hablará mas adelante párrafo 50, porque no puede haber lesion, á menos que la venta sea de censos enfitéuticos por cincuentenas, veintenas ó decenas, que en este caso conviene renunciarla por el perjuicio que en su regulacion puede padecer alguno de los contrayentes, mientras el Príncipe no resuelve cómo se han de considerar, lo que seria muy util.

15. Los juros no pueden ser vendidos á los ministros y oficiales del Consejo de Hacienda y comision de Millones, ni á sus mugeres sin licencia del Rey (5); ni tampoco á iglesia, monasterio, clerigo y religioso, ni á los extrangeros, excepto que para comprarlos la tengan (6). Por las escrituras que extenderé se instruirá el escribano de las cláusulas que requieren las ventas de unos y otros.

16. Despues de entregada al comprador la finca, le pertene-

1 Graeian. *Discept. forens.* cap. 126. Tiraquel *de pia caus.* privileg. 73. Castill. lib. 5. *Controv.* cap 62. num. 22. 31 y sig. Hermos. en la ley 29. tit. 5. Part. 5. glos unic.

2 Gom. lib. 2. *Var* cap. 2. num. 14.

3 Gom ibi, num. 15.

* En orden á las demas cosas que se entienden comprendidas ó excluidas en las ventas, véanse las leyes 2, 29, 30 y 31. tit. 5. Part. 5.

4 Ley 5. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

5 Leyes 2 y 3. tit. 14. lib 10. Nov. Rec.

6 Ley 17. tit. 15. lib. 5. Rec.

cen su comodidad y frutos, porque por su tradicion se constituye dueño de ella, y el dominio es el que presta título para su adquisicion. Lo cual se entiende aunque no haya pagado su precio, con tal que dé fianza ó hipoteca para su seguridad, ó el vendedor se la haya fiado, porque la alhaja fructifica y perece para su dueño. Tambien le pertenecen los frutos pendientes en la finca al tiempo de su venta pura y antes de su tradicion, ya esten ó no maduros, porque son parte de ella y se entienden comprendidos en el precio en que aquella se celebra; à menos que los contrayentes hagan otra convencion, en cuyo caso se debe estar à esta (1). En cuanto à si pertenecen igualmente al comprador los frutos que produce la finca despues de perfecto el contrato y antes de su tradicion, hay dos sentencias: la una dice que sí, aunque no le sea entregada, ni dé seguridad, ni hipoteca, ni el vendedor se la fie, excepto que los contrayentes pacten otra cosa; y la razon es porque quien está al daño debe estar á la utilidad, y respecto à que si la alhaja perece sin culpa ni mora del vendedor, debe perecer para el comprador, y este pagar su precio; deben ser suyos tambien los frutos que produzca antes de su tradicion. La contraria afirma que corresponden al vendedor: porque la alhaja fructifica para su dueño, y este lo es hasta que la entrega, y se le paga su precio ó da seguridad de pagarlo; ó à lo menos la da fiada al comprador hasta cierto tiempo; y porque entre los contrayentes se debe observar igualdad, y ninguno tiene obligacion de cumplir por su parte, si mutuamente no cumple el otro; es asi que el comprador no cumplió con la solucion del precio, trasfiriendo en el vendedor la comodidad, usufructo y dominio del dinero; luego este como dueño debe percibir sus frutos. Acerca de lo cual véase á Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 5. à Reinf. lib. 3. *Decret.* tit. 17. §. 8. y á los que citan; y para evitar dudas, lo hará presente el escribano à los contrayentes, à fin de que pacten lo que se ha de practicar.

17. Tambien pueden venderse los esclavos al modo que otra cualquiera cosa, y poner la condicion de que desde tal dia (el que se prefina) en adelante no esten sujetos á servidumbre; ó que de todas maneras sean libres: y conformándose el comprador, lo quedan desde aquel dia, aunque no los manumita, sin que sea necesaria nueva escritura de libertad (2): ó que no entren en tal lugar (señalándolo), ni queden en el en que se celebra la venta, y que si se quedan ó entran, pueda por el mismo caso

1 Regul. 85. *jur.* in 6. 2 Ley 45. tit. 5. Part. 5.

prenderlos y volverlos à su servidumbre; ò que el comprador le pague algo en pena, ó los daños que por esta razon se causen: cuyos pactos deben observarse (1).

18. Lo mismo será si se pacta que el siervo jamas puede ser libre, y que por cuantas manos pase esté sujeto á la esclavitud, por haber cometido tal delito contra su señor, pues recibiéndolo el comprador con esta condicion, será siempre esclavo, excepto en tres casos que trae la ley 46. tit. 5. Part. 5, cuyo contexto es este ::: *El primero es, si tal siervo como este sopiese ciertamente que algunos se trabajaban de muerte ó deshonra del señor de la tierra, é lo descubriese, apercibiéndole dello por sí ò por otro. El segundo es, si vengase muerte de su señor, matando él por sí al que le oviese muerto; ó acusándole delante del juez del lugar, siguiendo el pleito fasta que le ficiese matar. El tercero, si aquel que lo compró sobre tal pleito, lo comprase de los dineros del siervo, é non de los suyos propios: cá maguer tal pleito como este fuese puesto en la vendida, puede el siervo ser libre por cualquier destas razones.*

19. La última observacion que hay que hacer acerca de la alhaja es que no haya dolo en su calidad, como si se vende estaño por plata, ò se comete otro fraude, pues esto induce nulidad en el contrato (2).

20. Aunque en la venta simple, pura é irrevocable no se haga tradicion, ni pase á poder del comprador la alhaja, es de su cuenta y no del que se la vende el provecho y daño que en ella acaezca despues de convenidos en el precio, en caso que no se haya de otorgar escritura, pues pactándose que la ha de haber, toca al vendedor hasta que se formaliza, por no estar perfecto entretanto el contrato, y poderse arrepentir cualquiera de los dos: por lo que si el tiempo la da mas valor, ó por aluvion de rio se acrece, ó por el contrario se deteriora, pierde ó quema, sin culpa del vendedor, toca al comprador su incremento y decremento; pues quien está á la utilidad debe estar á la pérdida (3), y la tradicion tiene su tendencia á la traslacion del dominio, y no á la perfeccion del contrato, excepto que se pacte. Siendo puesta condicion en la venta, si la alhaja se mejora ó empeora antes que la condicion se cumpla, pertenece tambien su aumento y menoscabo al comprador; pero si toda se pierde ó destruye, corresponde al vendedor, sin embargo de que se cumpla

1 Ley 47. tit. 5. Part. 5.
2 Leyes 21. tit. 5. Part. 5. y 3. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. Ferrer. *Biblioth.* verb. *Emptio et vendit.* art. 1, 2, 3.
3 Leyes 6 y 23. tit. 5. Part. 5.

despues; y si antes de cumplirse mueren el comprador ó vendedor, ó ambos, vale la venta; y verificada que sea aquella, deben pasar por esta y observarla sus herederos (1). Si se hace la de algun predio contiguo al rio con pacto de *retrovendendo*, y por aluvion se mejora ó menoscaba, se duda á quién pertenecerá su aumento ó disminucion, y qué deberá restituir el comprador. Algunos (2) dicen que al comprador: porque la venta es perfecta, y se trasfiere su dominio, como cosa accesoría que es el alveo, que le agrega el rio, lo hace suyo, excepto que la venta sea condicional suspensiva; y asi cumplirá con restituir el predio segun se le vendió, cuando el vendedor le devuelva el precio. Otros (3), que toca á este: porque el dominio que adquiere el comprador es revocable, cualificado y temporal, y no simple, perfecto ni perpetuo, y con el mismo título y cualidad posee la porcion unida, y asi no es nueva; y porque al tiempo que lo enagena lo deja comprado en virtud del pacto para cuando devuelva su precio, por lo que no hay nueva venta, ni por consiguiente se causa alcabala, sino resolucion de la primera que la causó: por cuyas razones debe recibirlo con el incremento ó decremento que tenga; à mas de que el comprador no se hace de peor condicion que cuando lo compró, ni se le irroga detrimento, ni debe ignorar lo que el rio puede hacer: á lo cual me inclino. Y para evitar en este caso dudas y pleitos, lo prevendrá el escribano à los contrayentes, á fin de que pacten lo que se ha de practicar. Consistiendo en número, peso ò medida lo que se vende, ò siendo de lo que los hombres acostumbran probar ò gustar antes de comprarlo, si el comprador lo gusta, pesa, cuenta ó mide, le toca igualmente el aumento ò pérdida posterior; mas no el anterior, à menos que para gustarlo, contarlo, pesarlo ò medirlo prefinan dia, no venga en él el comprador, y despues se empeore, pues en este caso será de su cuenta. Si lo que se compra es por mayor (que llaman *á vista ó á ojo*), será de su cuenta el peligro despues de convenidos en el precio (4). Y si conformes ambos en este, tarda el vendedor en entregar la alhaja al comprador, y delante de testigos le ofrece su valor, pertenece à aquel; pero si se la entrega despues sin deterioracion,

1 Ley 26. tit. 5. Part. 5.

2 Pachineo *Controv jur.* lib. 2. cap. 6. *Thesaur* decis 140. Menoch. cons. 606. num. 1, 15, y 16. Hermos. en la ley 42. tit. 5. Part. 5. glos. 9. num. 17. vers. *Sed in presenti.*

3 Tiraquel in leg. *Si unquam*, verb. *Donatione largitas*, num. 281 al fin. Sessé decis. 63. num. 17 y 29. Ginb. decis. 92. num. 15 y otros.

4 Leyes 24 y 25. tit. 5. Part. 5.

y el comprador es moroso en recibirla, le toca y no al vendedor (1).

21. *Observaciones respecto del precio.* En primer lugar debe darse en la moneda que se estipule, y en caso de no haberse especificado cosa alguna sobre esto, en la que es general y corriente en los contratos segun estilo del pais. Debe ademas designarse cantidad fija, aunque no es preciso que esta se determine en el momento de celebrarse la venta, con tal que se señale por precio el que tenga la cosa en dia ò época prefijados, pues si se designa tiempo ambiguo ó imposible, no habrá contrato (2). Pueden sin embargo los contrayentes dejar la regulacion del precio al juicio de un tercero, aunque si alguno se considera perjudicado por su decision, tiene el arbitrio de reclamar ante el juez, en la inteligencia de que si falleciere antes que lo decida, será la venta ineficaz (3). Tambien lo será si el precio se deja á voluntad de alguno de los contrayentes, v. gr. *por el que quiera ó le parezca justo*, porque las leyes lo prohiben en los contratos onerosos (4). Es igualmente preciso que el precio no sea tan bajo ni tan alto que haya lesion *enorme*, que es en algo mas ò menos de la mitad, ó *enormísima*, que es cuando excede en el duplo, triplo ó cuadruplo al valor de la cosa, ó no llega ni con mucho à la mitad de este (5). Hay casos sin embargo en que es válida la venta aun cuando el precio no corresponda al verdadero valor de la alhaja, sobre lo cual véase á Ferrar. en su *Biblioteca*, art. *Emptio et venditio*, num. 30 al 33.

22. *Observaciones sobre la aptitud personal de los contrayentes.* El que no tiéne prohibicion legal de hacer contratos puede comprar y vender (6). Los hijos de familia que están bajo la patria potestad solo pueden comprar y vender á sus padres, y estos á ellos, bienes castrenses y cuasicastrenses, porque estan privados de constituir entre sí obligacion; y á otras personas nada sin licencia de sus padres mientras existen en su poder (7); y aunque les vendan sus bienes adventicios, de que su padre tiene el usufructo, y la venta sea jurada, no vale, porque cede en perjúicio de tercero. Los administradores, tutores ni otro no deben comprar los bienes de los menores sin autoridad

1 Ley 27. tit. 5 Part. 5.
2 Leyes 9, 10 y 20. tit. 5. Part. 5.
3 Ley 9. tit. 5. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2 num. 9.
4 Gom. dicho cap num. 19.
5 Leyes 56 y 57. tit. 5. Part. 5 y 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. Párlad. lib. 2. *Rer. quotidian.* cap. 4 num. 41.
6 Ley 2 tit. 5. Part. 5
7 Leyes 2 tit. 6. Part. 5 y 17. tit. 1. y 8. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

judicial; y aun de esta suerte ha de redundar la venta en su utilidad; pues no redundando pueden reclamarla dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad (1); y si los compran pública ó privadamente, estan obligados á restituirlos con el cuatrotanto y es nula la venta (2). Lo mismo procede para con los estudiantes sino interviene permiso del que los tiene en el estudio (3). La muger casada y su marido tambien pueden celebrar entre sí este contrato, y valdrá no siendo hecho con fraude y por causa de donacion (4), pues aunque la muger necesita la licencia del marido para contratar, se entiende con un tercero, pero no con aquel, porque por el hecho de contraer con ella es visto dársela.

23. Ninguno puede recibir por compra, trueque, empeño, dádiva, encomienda, guarda ni en otra forma joyas ni otras cosas de esclavo, ni de esclava, ya sea blanco ó negro, moro, judío ó cristiano, de dentro ó fuera de estos reinos, bajo de graves penas, á menos que tenga consentimiento de su señor, ó sea comerciante, y por tal esté recibido (5) (*).

24. Los ropavejeros no pueden comprar nada en almoneda por sí ni por interpuesta persona, pena por la primera vez de perder lo que compren, y por la segunda de cien azotes; pero esto no se observa (6) (**). El juez no puede comprar por sí ni

1 Ley 4. tit. 5. Part. 5.

2 Ley 1. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec. Véanse las seis limitaciones que trae Matienzo en la glos. 1 de ella.

3 Ley 1. tit. 8. lib. 10. Nov. Rec.

4 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 3.

5 Ley 16. tit. 1. lib. 10 Nov. Rec.

* Esto es una ordenanza de policía para precaver los hurtos. Con el mismo objeto en las ordenanzas generales de platerías aprobadas por la Real junta general de comercio se hacen prevenciones á los plateros sobre cómo se han de conducir en la compra de alhajas que les lleven á vender. *Febrero adicionado.*

6 Ley 4. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

** La compra y venta que se conoce por la mas detestable es la mohatra, la que se hace en rigor cuando un vendedor avaro, valiéndose de la necesidad de otro que sabe que no tiene dinero y que lo ha menester, le vende muy caro al fiado algunas mercaderías, con conocimiento de que las ha de volver á vender luego en mucho menor precio al mismo que se las vende, interviniendo quizá el mismo corredor. Villadiego se queja de la impunidad y desvergüenza con que en su tiempo se hacian estas mohatras »Hay muchísimos hombres, *dice*, de muy buen habito en esta corte, que tienen por trato y oficio el dar mohatras y no viven de otra cosa, y tienen sus corredores y escribanos señalados para ello, y les parece lícito el contrato por decir que venden diferentes mercaderías, que lo mas ordinario es madejas y pasamanos de oro de Milan y plata labrada.» De estas mohatras dice la ley 17. tit. 1. lib. 10. Nov Rec. que es la que prohibe que los hijos de familia puedan comprar ni tomar en fiado: »Y porque los mercaderes, plateros y corredores, y otras personas que intervienen en sacar ó tomar en fiado plata ú otras mercaderías para las otras personas que no estan prohibidas por lo susodicho tomar en fiado, tornan á recobrar en bajos precios la dicha plata ó mercaderías, por les dar dinero en contado por ellas; mandamos, que los dichos mercaderes y plateros, por sí ni por otras interpositas personas para ello, *directe ni indirecte*, no tornen á recobrar lo que asi dieren en fiado, so pena que lo hayan perdido, y demas de esto incurran en perdimiento de sus oficios,

por medio de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandato (1), ni casa, heredad ni otra alhaja raiz en lugar en que ejerce su jurisdiccion; pero sí vender las que tiene en él (2), y retraer las que algun consanguíneo suyo venda, porque se subroga en el lugar del comprador, y cesan los motivos de la prohibicion que para comprar les está impuesta (3).

25. Los clérigos estan privados de comprar y vender por via de negociacion ya sea en su cabeza ó en la de otro, asi por derecho Real (4) como por el concilio de Trento (5) y por la constitucion de Benedicto XIV. que empieza *Apostolicæ servitutis*:::: y cita Ferrar. en su *Biblioth.* en la palabra *clericus*, art. 3. Tampoco pueden comprar y adquirir bienes raices sin licencia del Rey, ni retener sin ella los que llegaren á sus manos por testamentos, aniversarios y capellanías, antes bien deben vender estos dentro de un año siguiente (6) (*).

26. Los menores nada pueden comprar ni vender sin licencia de sus curadores. Si el menor de veinte y cinco años celebra por sí mismo la venta, y lo que vende es raiz ó mueble precioso, que guardándolo puede conservarse, para que sea válida, ha de concurrir su curador al otorgamiento, y preceder

y mas cada uno en cincuenta mil maravedís" con la aplicacion que se hace en la misma ley. En cuanto á los corredores la ley 4. tit. 6. lib. 9. Nov Rec. ordena: »Que ningun corredor de estos nuestros reinos y señoríos pueda comprar ni vender, ni tratar en mercaderías de cualquier calidad que sean, por sí ni por interpósitas personas, ni las puedan tener siendo propias suyas para vender, so pena que por cada vez que cualquiera de ellos lo hiciere, pierda las dichas mercaderías, y mas caiga en pena de diez mil maravedís aplicados por tercias partes, cámara, juez y denunciador. Y asimismo mandamos que ninguno de los tales corredores pueda comprar por sí ni por interpósita persona cosa alguna de las que se dieren á vender á otro corredor; ni pueda dar á vender un corredor á otro las que se hubieren dado para que él venda; y por cada vez que lo contrario hiciere alguno de ellos, caiga en pena de diez mil maravedís aplicados en la misma forma." *Febrero adicionado.*

1 Ley 5. tit. 5. part 5.

2 Ley 4. tit. 14. lib. 5 Nov Rec.

3 Gom. en la ley 20 de Toro, num. 12. Hermos. en la 5. tit. 5. Part. 5.

4 Ley 46. tit. 6. Part. 1. Acev. en la ley 7. tit. 18 lib 9. Rec.

5 Conc. Trid. sess. 22. cap. 1. *de reform.*

6 Ley 15. tit. 20 lib. 10. Nov. Rec.

* La ley que en apoyo de esta doctrina cita Febrero nada dice de lo que se intenta probar con ella. Las disposiciones mas recientes que se encuentran sobre esta materia en nuestros cuerpos legales, son las que dió el señor Carlos III. en 1763 (ley 17. tit. 5 lib 1. Nov. Rec) mandando: *que por ningun caso se admitan instancias de manos muertas para la adquisicion de bienes, aunque vengan vestidas de la mayor piedad y necesidad*; y la del señor Carlos IV. del año de 1795 (Ley 18 de los mismos lib. y tit) en que resolvió su Magestad: *que con el invariable destino de extinguir los vales reales se imponga y exija un quince por ciento de todos los bienes raices y derechos reales que de aqui en adelante adquieran las manos muertas de todos los reinos de Castilla y Leon y demas de mis dominios en que no se halle admitida la ley de amortizacion, por cualquier titulo lucrativo ú oneroso, por testamento ó entre vivos &c.*

informacion de utilidad ó necesidad grave, y licencia judicial, pues sin conocimiento de causa no debe concederla el juez; pero para la de los demas bienes muebles basta la de su curador; y no interviniendo esta solemnidad será nulo el contrato, y el menor podrá reivindicar la cosa de cualquier poseedor (1). La misma solemnidad se requiere en el contrato hecho por los mudos y totalmente sordos de nacimiento, pródigos, locos, fatuos y desmemoriados; previniendo que el derecho y beneficio de la restitucion *in integrum* puede ser cedido, aunque es personal: y que de la venta ó permuta rescindidas por dicha restitucion, no se debe alcabala; pero no se puede repetir la pagada (2). De la forma de extender esta escritura tratan las leyes 59 y 60. tit. 18. Part. 3.

27. A los enemigos de nuestra santa fe nada se debe vender para su manutencion ni defensa (3), y el que lo vende comete crimen de traicion (4), é incurre en pena de muerte (5) y en la excomunion de la Bula de la Cena, como consta de su párrafo 7 (*). A los naturales de estos reinos está prohibido dar, vender y trocar villas, lugares, castillos, tierras, islas y heredamientos de los mismos á ningun extrangero (6); y lo propio milita por lo tocante al señorío y jurisdiccion civil y criminal de ellas, pena de perder lo que donaren ó enagenaren, y demas á arbitrio del Rey (7) (**).

28. Ninguno puede comprar alhaja enteramente suya; pero si no lo es en el todo, vale la venta en la parte agena, y tambien la del derecho ó servidumbre que otro tiene en ella (8). Tampo-

1 Leyes 59 y 60 tit. 18. Part. 3. 18. tit. 16. Part. 6 y 17. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 14. num. 13, 14 y 15. Hermos. en la ley 4. tit. 5. Part. 5. glos. 2. á la 8.

2 Gutierr. *de gabel.* quæst. 13. Hermos. en la ley 4. tit 5. Part. 5 glos 12. num. 81.

3 Ley 22. tit. 5. Part. 5.

4 Leyes 1. tit. 2. Part. 7. y 1. tit. 7. lib. Nov. Rec.

5 Ley 2. tit. 2. lib. 12. Nov Rec.

* Este era el derecho público en tiempo del legislador de las Partidas. Ahora es ya otro muy diferente; hay tratados de paz con el Gran Señor, con el Rey de Marruecos y con las Regencias berberiscas, enemigos todos de la religion: ya se distingue entre enemigos del estado y enemigos de la fe. El comercio es ya recíproco, y con la igualdad estipulada en los tratados respectivos. En caso de guerra con ellos milita esta doctrina. Modernamente en la instruccion de corregidores de 15 de mayo de 1788, artículo 22, se dice en cuanto á dicha bula: » y respecto á estar repetidas veces reclamada y no admitida en los dominios de su Magestad la bula ó monitorio *in cœna Domini*, no permitirán que se publique con motivo ni pretexto alguno." Ley 14. tit. 3. lib. 2. Nov. Rec. *Febrero adicionado.*

6 Ley 7. tit 5. lib. 3. Nov. Rec.

7 Ley 6. dicho tit. y lib.

** En cuanto á la adquisicion de bienes raices en estos reinos por herencia ó de otra manera por extrangeros, ha de estarse en primer lugar á los tratados con la nacion de que sean individuos. Faltando tratados ó capitulos sobre esto, se ha de estar á lo que disponen nuestras leyes, con tal que si habilitan al extrangero para la adquisicion, lo esten igualmente los españoles en el suyo: la reciprocidad es la mas justa ley entre las naciones independientes. *Febrero adicionado.*

8 Ley 18. tit. 5. Part. 5.

co se pueden comprar de criado ó criada de servicio trastos de casa, paja, leña ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado el comprador como encubridor del hurto (1).

29. Regularmente hablando, nadie puede ser compelido á vender su propia alhaja, ni á comprar la agena, pues si para celebrar esta venta ú otro contrato hay violencia ó miedo grave, tal que precise à un varon constante, no vale, aunque intervenga fianza, pena y juramento (2); al modo que tampoco vale el que se hace dolosamente (3): y asi ningun juez debe apremiar á sus súbditos à comprar los bienes de los delincuentes (4).

30. Pero en algunos casos cualquiera puede serlo por su superior, y valdrá la venta. 1.° Cuando hay esterilidad de mantenimientos precisos para la vida, ú otro motivo (*) en que se interesa la utilidad pública, pues entonces tiene facultad de compeler á su dueño á que los venda por su justo precio, dejándole los necesarios para el consumo y manutencion de su casa y familia (5), porque el bien público es preferido al particular, y en este caso tambien puede ser apremiado el clérigo por su juez, y no por el lego (6). 2.° Por favor de la religion, v. gr. si una heredad es necesaria para construccion de algun templo, monasterio ú hospital, ó tambien del palacio del Príncipe ó para ampliacion de la ciudad, camino ú oficina pública. 3.° Por favor de la libertad, v. gr. cuando dos tienen un siervo, y uno de ellos lo quiere manumitir, pues el otro está obligado à vender su parte (7); ó cuando trata al esclavo con excesiva rigidez, ó no le da de comer lo preciso para su alimento, ò le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon (8). 4.° Cuando los súbditos no pueden cumplir con su obligacion por faltarles los instrumentos concernientes á su oficio, pues pueden ser compelidos á comprarlos. Y cuando alguno tiene una heredad en algun lugar, y su vecino quiere levantar mas su casa que está junto á ella, de modo que le quita el aire, é impide que nazcan los frutos, pues puede prohibirle que levante la casa sin darle precio, ó hacer

1 Ley 6. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

2 Leyes 3 y 56. tit. 5. Part. 5. y 7. tit. 33. Part. 7. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 51.

3 Leyes 21 y 57. tit. 5. Part 5.

4 Ley 7. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

* Esto se ha de entender de una venta que por razon de la pública escasez es válida, y aunque el vendedor sea compelido á vender en cierto precio. *Febrero adicionado.*

5 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 51; y alli Ayllon.

6 Ley 8 al fin. tit. 28. Part. 3. *Sacra congregatio immunitat. In Neapolitan.* 10 *novemb.* 1694 *In Casalensi*, 12 *februarii* 1695; *et in Neocastrensi*, 1 *decembr.* 1696.

7 Leyes 2. tit. 22. Part. 4. y 3. tit. 5. Part 5.

8 Leyes 6. tit. 21. Part. 4. y 3. tit. 5. Part. 5.

que se la venda por el que sea justo (1). Y en otros varios casos que trae y recopila Hermosilla en la ley 3. tit. 5. Part. 5. glos. 1. y omito por no ser mas difuso.

31. *Observaciones sobre el consentimiento de los contrayentes, y demas relativo á este contrato.* En primer lugar puede celebrarse la venta en el punto en que está la alhaja ó en otro, en presencia ó ausencia de ambos contrayentes, y con escritura ó sin ella. Si pactan que ha de haber escritura, no se perfecciona, aunque se conformen en el precio, hasta que se otorga, por lo que cualquiera de los dos puede arrepentirse, pues una cosa es la promesa de vender, y otra la perfeccion del contrato; y este (como afirma, apoyándolo con varios textos, Matienzo en la ley 7. tit. 11. lib. 5. Rec. glos. 6. num. 14.) puede llamarse perfecto de cuatro maneras: 1.ª por razon de la existencia, y es cuando los contrayentes se convienen en el precio y cosa que lo motiva, y pactan que ninguno se ha de poder apartar ni arrepentir; 2.ª por razon de la sustancia, y es cuando se expresa todo lo que tienen en su mente, y se ponen todas las cosas que el contrato pide por forma y solemnidad; 3.ª es en cuanto á la accion y obligacion que produce, pues siendo puramente hecho, al instante nacen estas, y si es condicional luego que se verifica la condicion, y no antes; y 4.ª es en lo tocante al efecto y ejecucion del contrato, y traslacion del dominio que exige la tradicion de la alhaja. Si no lo pactan, se tiene por celebrado, sin embargo de que el comprador no dé señal al vendedor; y así pueden ser compelidos: este á observar el pacto ó promesa de vender, y aquel á pagar lo ajustado. Si el comprador le da señal (que llaman *arra*) y despues se arrepiente, debe perderla, porque la arra corrobora la promesa; y si el vendedor se resiste, volvérsela con otro tanto; pero si se la da por parte de precio y no por pena, ninguno de ellos puede retractarse, ni deshacerse la venta no queriendo entrambos (2).

32. Aunque el vendedor entregue la alhaja al comprador, no se trasfiere á este su dominio hasta que le paga el precio en que la ajustó, á menos que le dé fiador ó prenda equivalente, ó se obligue á pagárselo dentro de cierto término, y el vendedor á cobrar el precio, y en concurso de acreedores en el lugar y grado que le corresponda; y vendiéndosela al fiado, podrá exigir

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 51. et ibi Ayllon. *Cur. Philip. Comere. terr.* lib. 1. cap. 12. en la palabra *Venta*, num. 7, 8 y 9.

2 Leyes 6, 7 y 8. tit. 5. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 17 y 18. et ibi Ayllon. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 1. num. 5. Larrea aleg. 88. num. 5. y sig.

de él los intereses justos por razon del lucro cesante y daño emergente, que se le sigue en retardar la solucion del precio (1). Si la vende á dos personas separadamente, y las posesiona ó entrega de ella, debe haberla la que primero la pagare; pero está obligado el vendedor á satisfacer al otro comprador los daños y menoscabos que le causen por esta razon (2). Acerca de lo cual véase á Gomez lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 20, que lo trata latamente, y á Covarrubias lib. 2. *Var.* cap. 19.

33. Si despues de celebrada la venta, aunque sea en pública subasta, alega alguno de los contrayentes que fue engañado en algo mas ó menos de la mitad del justo precio, v. gr. lo que justamente valia diez, haberlo vendido por mas de quince, ó comprado por menos de cinco, y justifica la lesion y engaño que entonces hubo, puede usar de la alternativa, y es que se reponga y supla el precio justo que la alhaja tenia cuando la compró, ó que se rescinda y anule el contrato, llevando cada uno lo que dió al otro sin los frutos, pues la ley no habla de estos: el comprador tiene justo título y buena fe para retenerlos: no cae en mora mientras el vendedor no pide la rescision: y es inicuo que este tenga el precio, y luego perciba los frutos. Lo cual se entiende no estando la alhaja perdida, muerta ó muy deteriorada, porque si lo está, no puede intentar la accion (3); y para que se admita la demanda al mayor de veinte y cinco años, debe ponerla dentro de los cuatro primeros siguientes al dia en que se celebró el contrato ó remate, si la alhaja se vendió en pública almoneda, y no despues (4); pero si el engaño no excede de lo referido, ni hay dolo ni mala fe en el contrato, no há lugar el remedio de la lesion (5) (*) (**).

34. Si alguno de los contrayentes es pupilo, no vale el con-

1 Ley 46. tit. 28. Part. 3.
2 Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 4.
3 Ley 56. tit. 5. Part. 5.
4 Begnud. *Biblioth.* en la palabra *Venditio*, §. 11. num. 55.
5 Ley 3. tit. 1. lib 10. Nov. Rec.

* La ley que se cita dice así: «Cualquiera que se obligare por cualquiera contrato de compra ó vendida, ó troque, ó por otra cosa y razon cualquiera, ó de otra forma y calidad, si fuere mayor de veinte y cinco años, aunque en tal contrato que no sea mas de justo precio, si fueren celebrados los tales contratos sin dolo y con buena fe, valan, y aquellos que por ellos se hallan obligados sean tenidos de lo cumplir.» La palabra engaño significa lesion, á diferencia del dolo que significa malicia ó mala fe en el contrayente: ó digamos que engaño *es dolo en la cosa, en la persona.* En las ventas de los bienes raices pertenecientes á establecimientos piadosos, á los colegios mayores, á la corona, y á los vínculos y mayorazgos cuyos poseedores quieran venderlos, hechas en virtud y con las formalidades del reglamento inserto en la Real cédula de 21 de octubre de 1800, nota 9. tit. 5. lib 1. Nov. Rec. no há lugar de los recursos de lesion ni de nulidad. *Febrero adicionado.*

** Ni el recurso de nulidad ni el de lesion se admiten en la venta de bienes raices pertenecientes á establecimientos piadosos, temporalidades de los exjesuitas, á

trato aunque sea jurado; pero si entró en la pubertad y jura no pedir restitucion por su menor edad, lesion ni otro motivo, aunque por derecho se le conceda, no se rescindirá, y antes estará obligado á observarlo (1); bien que si precede relajacion del juramento á efecto de litigar y excepcionar, podrá instaurar la accion dentro de los cuatro años primeros siguientes á los veinte y cinco de su edad, probando no solo que era menor de ellos cuando lo celebró, sino tambien que fue leso en él (*).

35. Tampoco há lugar el remedio de la lesion, aunque haya engaño en algo mas ó menos de la mitad del justo precio, cuando la alhaja se vende en almoneda contra la voluntad de su dueño, y el comprador es apremiado à comprarla (2): ni en los arrendamientos reales (3). En cuanto á lo que es engaño, de cuántas maneras, quién puede demandarlo, á quién y qué personas estan ó no obligadas á suplirlo, véanse las doce leyes del tit. 16. Part. 7. Y por lo respectivo á las causas porque se rescinde el contrato perfecto de compra y venta, á Gomez lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 21 al 31 inclusive, que trae seis, y son: por mutuo consentimiento de las partes antes de la tradicion; por dolo de una de ellas; por lesion en mas ò menos de la mitad del justo precio; por el pacto de *retrovendendo*; por el de la ley comisoria; y por el de adicion *in diem*.

36. Puede celebrarse la venta *puramente* ó *con condicion*: *puramente* es dando al contado cosa cierta por precio determinado: ó por aquel en que un tercero la aprecie (4); y en este caso se efectúa y otorga la escritura, nombrando precisamente en ella los contrayentes el perito ó peritos que han de valuar la alhaja, y despues de otorgada se hace saber á estos el nombramiento, el cual y la tasacion se extienden á su continuacion; y evacuada y firmada por los peritos, y consentida por los contrayentes (de que se ha de poner diligencia, y firmarla estos si

los colegios mayores y à los mayorazgos, siempre que aquellas se hagan con las formalidades prescritas en el reglamento de la Real cédula de 21 de octubre de 1800, cuyo artículo 18 puede verse. *Febrero reformado.*

1 Ley 56. tit. 5. Part. 5. Gom. lib. 2. cap. 2. num. 25. Larrea decis. 69 y 70.

* No se ha de confundir el remedio ó auxilio contra la lesion por causa de menor edad, con el de la lesion en mas de la mitad del justo precio, que obran distintos efectos en el derecho, aun mediando juramento. La ley 16. tit. 5. Part. 5. distingue muy bien, hablando de los fiadores, la diferente naturaleza de estos recursos. Es difícil persuadir que no haya engaño en un contrato con un menor que fue leso en mas de la mitad del justo precio. En tal caso el juramento que se le exija á renunciar los recursos legales, lleva el mismo vicio de dolo. *Febrero adicionado.*

2 Ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. *Cur. Philip. Comerc terr.* lib. 1. cap. 12. en la palabra *Venta*, num. 32.

3 Ley 1. condiciones 14 y 15. tit. 9. lib. 9. Rec.

4 Leyes 9 y 10. tit. 5. Part. 5.

saben), se da copia de todo al comprador, y no antes, porque hasta entonces no hay venta.

37. *Con condicion* es poniendo en la escritura los pactos permitidos por derecho: v. gr. que si la cosa vendida se pierde ó empeora antes de su tradicion, pertenezca el daño y deterioro al vendedor (1); ó que si está afecta á algun gravamen redimible por hipoteca especial ó general de los bienes de este, tenga obligacion de redimirlo dentro del término que se le prefina (2); ó constituyendo servidumbre en ella al tiempo que la vende (3); ó pactando que el comprador no ha de estar obligado á satisfacer el precio de la finca fructífera hasta tantos años, y que hasta que se le entregue ha de pagar al vendedor ciertos moderados intereses; ó que el dominio y peligro de la finca pertenezcan al vendedor hasta que el comprador le pague su valor, y mientras no se lo pague, perciba aquel los frutos que produzca; pues en este caso se juzga celebrada la venta, no absoluta sino condicionalmente, y la comodidad debe tocar al que experimenta el riesgo (4).

38. Tambien se pueden poner y son permitidos en este contrato los pactos de *retrovendendo*, *comisorio*, y de *adictione in diem* (5). El de *retrovendendo* (que tambien se llama *á carta de gracia*) se ordena asi: *Cuya casa le vendo por tantos mil reales* (aqui se pondrá la fe de entrega ó renunciacion de sus leyes, y prosigue) *con la precisa calidad y condicion de que para tal dia de tal mes y año me la ha de restituir ò á mis herederos en la propia forma que se la vendo, sin el mas leve decremento ni deterioro, entregándole el precio que acabo de recibir* (ó que he recibido antes de ahora), *y de que con ningun pretexto la ha de poder vender, cambiar, gravar ni enagenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere, sea nulo, como hecho contra este pacto, á cuya observancia la hipoteca especialmente, y no pase derecho al comprador ni á otro tercero poseedor de cualquier clase que sea, y para que me la restituya, he de requerirle judicialmente, y darle su total importe, ó el que menos tenga, ó depositarlo por su cuenta y riesgo en caso de resistirse á su percibo; y si en el citado término no se le devolviere integra, y no parcialmente, pues no he de cumplir con entregar parte de él, pasado que sea, le doy facultad para que*

1 Leyes 38 y 39. tit. 5 Part. 5.
2 Selg. *Labyr. cred.* part. 4. cap. 14. num. 112. y sig. y part. 3. cap. 3. num. 70.
3 Ley 11. tit. 3. Part. 5.
4 Ferr. *Biblioth.* en la palabra *Emptio*, num. 6 y 9. art. 4.
5 Leyes 38, 40 y 42. tit. 5. Part. 5.

disponga y use de ella á su arbitrio como legítimo y verdadero dueño á favor de quien quisiere, sin que necesite citarme, ni á mis herederos, ni practicar otra diligencia judicial ni extrajudicial; y quiero que sea visto habérsele trasferido su dominio irrevocablemente, que por esta razon valga su venta y enagenacion, como si yo la hubiera hecho simplemente, y para justificar el mas ó menos valor que tuviere, hemos de elegir unánimes dos peritos que la valúen, prohibiéndole, como le prohibo, que haga mejoras ó aumentos en ella, pues no se le han de abonar, ni tampoco los reparos precisos para su conservacion, porque todos quedan de su cuenta, cargo y riesgo, respecto de que se ha de utilizar de sus frutos y alquileres sin la menor responsabilidad. Y declaro que el justo precio &c. Ordenada en estos términos, es lícito el contrato, y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enagenarla, hasta que espire el tiempo prescripto por la prohibicion que contiene la cláusula: bien que el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de reivindicarla en su fuerza y vigor; pero de cualquiera suerte que se pacte, conviene que el comprador se obligue á observar el contrato, y que en su defecto pueda ser apremiado á ello, aunque en el mismo hecho de admitirlo, es visto quedar obligado, y con estas prevenciones se evitan las dudas y controversias que con fundamento suscitan los autores. Y se previene que asi como toda accion trasmisible se puede ceder, se puede hacer lo propio con la de redimir la finca al tiempo estipulado; pero si en la venta con este pacto se estipula que solo el vendedor pueda redimirla, y no ceder ni vender á otro este derecho, ó que el comprador ha de ser preferido, deberá observarse el pacto, y no habrá lugar á la cesion, porque los contratos reciben la ley del convenio de los contrayentes (1), y el que es libre para no conceder la facultad de redimir, puede concediéndola limitarla (2). Tambien se previene que prohibiéndose al vendedor que retraiga ó redima la finca hasta el tiempo convenido, y se pacta que aunque lo practique, ha de percibir sus frutos el comprador hasta que espire el referido término, es pacto usurario, y como tal reprobado (3) (*). Y últimamente se previene que el

1 Tiraquel *de retract.* tit. 1. glos. 3. §. 26. num. 43.

2 Herm. en la 42. tit. 5. Part. 5. glos. 2.

3 Herm. en la ley 42. tit. 5. Part. 5. glos. 1. num. 32. y otros que cita.

* Este pacto, aun ahora que reinan otras opiniones acerca del interes del dinero, debe tenerse por reprobado y criminal, a lo menos por muy sospechoso, sin que por titulo alguno de los que influyen para exigir el mayor interes pueda canonizarlo. El interes legal se ha de estipular y pa-

modo lícito y mas arreglado de celebrar este contrato, es que la finca se tase por el justo valor que tenga; que de él perciba las cinco partes el vendedor, y se quede la sexta en poder del comprador por compensacion del derecho y facultad de retraer la que el vendedor se reserva, y por la prohibicion de usar de ella con plena libertad como dueño absoluto que impone al comprador (todo lo cual es precio estimable, cede á beneficio del vendedor, y lo satisface con la privacion del percibo de dicha sexta parte); y que este se obligue á volver al tiempo estipulado el precio íntegro de ella, como si se le hubiera entregado; porque por la razon expuesta se debe entender haberlo recibido efectivamente, y de este modo es igual á entrambos el contrato: lo que tendrá presente el escribano para prevenirlo à los contrayentes, y evitar pleitos y perjuicios, pues asi lo practican los que prefieren la seguridad de su conciencia al caduco interes (*).

39. Hay variedad de opiniones en cuanto al término que se ha de prefinir para la restitucion de la alhaja vendida con dicho pacto. La ley 63 de Toro manda que la accion personal prescriba por veinte años; pero lo cierto es que la 42. tit. 5. Part. 5. nada habla sobre el término, que con arreglo á ella, sino se prefine, jamas prescribirá; y que siempre que el vendedor ó sus herederos quieran recobrarla, podrán, y el comprador ó los suyos ser compelidos á entregársela, como se prueba de su contexto, que dice al principio: *Por cierto precio vendiendo un ome á otro alguna cosa, poniendo tal pleito entre si en la vendida, que cuando quier que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador, ó á los suyos, que fuesen tenudos de tornarle aquella cosa que asi vendiere: decimos que si tal pleito fuere en la vendida, que debe ser guardado:::*

gar en dinero, no en frutos, como expuestos á grande usura. El que huye del medio legítimo de cobrar un interes legal, da harto motivo á creer que se propone ganancias indebidas y usurarias. *Febrero adicionado.*

* El medio ó arbitrio que propone el autor, es tambien ilegítimo, muy criminal y muy cruel; y hará mal el escribano en sugerirlo ni usarlo. La sexta parte puede ser mas de un diez y seis por ciento, y aun mas de un treinta y cuarenta por ciento, segun sea mas ó menos largo el período convenido para retraer la finca. Todos los recursos, medios y modos que se pongan en práctica para llevar mas del interes legal de seis por ciento, son criminales. Si se encuentran doctrinas y autores con que un exactor tal pacifique las inquietudes de su conciencia, no los hallará que le aseguren de la nota de usurero que le imponga la opinion ó un tribunal. El que se halla penetrado de caridad, de humanidad y de temor de Dios, conoce luego en los sentimientos sinceros de su corazon, sin consultar á nadie, cuando hace ó no agravio á su prógimo, ó le faltó á las leyes de la caridad. Hay no pocos que buscan doctrinas y consultores que combinando la avaricia con la ley de Dios tranquilizan su espíritu con esta amalgama tan monstruosa como imposible. *Febrero adicionado.*

Pero como si se observase el precepto de esta ley, nadie querria comprar temeroso de que no estaba seguro, y de que en cualquier tiempo se le podria quitar la alhaja, con lo que se impedia la sociedad y comercio, para evitar este perjuicio á los interesados, aconseje el escribano á los contrayentes, que prefinan el término de los veinte años á lo mas: y si quiere saber radicalmente las razones que por ambas opiniones militan, y otras especies, lea los autores (1). En cuanto á si hecha la venta con este pacto se trasfiere el dominio en el vendedor sin nueva tradicion, vea á Covarrubias lib. 3. *Var.* cap. 8. num. 2. y sig. Y se previene que por este contrato no se debe mas alcabala que la que se devenga al tiempo de la venta, porque la retroventa es resolucion de ella, y por eso no se causa si el pacto se hizo incontinenti, pues habiendo intervalo, que es cuando el contrato está perfecto, y despues se pacta, serán dos ventas, y por consiguiente se deberán dos alcabalas (2).

40. En la venta con pacto de *retrovendendo* se duda á quién corresponden los frutos pendientes al tiempo de la retrovendicion. Unos dicen: al que redime, con tal que pague las impensas al comprador (3); y otros, que se han de prorratear entre ambos, deducidas estas (cuya opinion es mas humana y equitativa, no obstante ser mas legal la otra), lo cual procede cuando la retroventa se ha de hacer por el mismo precio que la venta; mas no si el pacto es solamente de que el comprador ha de retrovender, pues entonces se entiende por el precio justo, y se estiman los frutos; y procede tambien, excepto que al tiempo de la venta hubiese frutos pendientes, y se pactase de retrovender por el propio precio, y á dia cierto; mas no si en cualquiera tiempo se puede hacer la retroventa (4): sobre lo cual véase á Hermosilla en la ley 42. tit. 5. Part. 5. glos. 9. num. 5 al 11. y á los que cita.

41. El pacto de la ley *comisoria* debe ordenarse para evitar dudas y disputas en esta forma: *cuya casa le vendo por tantos mil reales de vellon, con la condicion de que para tal dia de tal mes y año me los ha de satisfacer y poner íntegros en una so-*

1 Covarr. lib. 1. *Var.* cap 4. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 27, 28 y 29; et ibi Ayllon. Carlev. tit. 3. dis. 24. Hermos. en dicha ley 42. tit 5. Part. 5. y toda la glos.

2 Gutierr. *de gabel.* quæst. 10 num. 22 y 23. Hermos. en dicha ley 42. glos. 9. num. 2. hasta el fin.

3 Berroya *Quæst. fam.* quæst. 98. num. 4. Tiraquel *de retract. conven.* §. 5. glos. 4. num. 6 al 8. y otros.

4 Escob. *de ration.* comput fin. num. 7. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 15 num. 6 y 7. Molin. *de primog.* lib. 3. cap. 12. num. 9. Canc. *Var* part. 1. cap. 13. num. 21. Boer. decis. 23. Mantic. *de tacit.* lib. 4. tit. 31. num. 21.

la partida en mi casa y poder, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y pasado dicho término sin verificarse su total solucion, queda por el mismo hecho como desde ahora la doy por nula esta venta: ha de ser visto no habérsele trasferido el dominio de dicha casa, y que no se celebró este contrato: y no he de poder ser compelido, ni estar obligado á restituirle total ni parcialmente tanto que me entrega en señal: y si intentare que se lo devuelva, no ha de ser admitido en tribunal alguno, sino antes bien repelido y en costas condenado, como quien pretende derecho que por ningun título le toca, lo cual se ha de observar inviolablemente sin tergiversacion; en cuyos términos declaro que el justo precio de dicha casa son los tantos mil reales &c. cuyo pacto es tan lícito y válido, que no cumpliendo el comprador con la satisfaccion del precio al plazo estipulado se rescinde y anula el contrato, y no se le trasfiere el dominio de la alhaja, ni sus acreedores adquieren derechos á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra y señal; bien que puede elegir uno de dos medios, que son: ó pedir todo el precio, y que entonces subsista el contrato; ó no querer que este valga, y retener la arra; pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion: ni há lugar este pacto contra su voluntad (1).

42. Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole este la señal ó parte de precio que recibió, y no en otros términos; y si las quiere, le ha de abonar las expensas hechas en sus labores y recoleccion; pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento (2). Prevengo que esta escritura ha de llevar aceptacion del comprador, y obligacion de conservar puntualmente lo pactado, conformándose con lo dispuesto por la ley 38. tit. 5. Part. 5: acerca de todo lo cual véase á Hermosilla en dicha ley 38. y á los que cita.

43. El pacto de *adicion* ó señalamiento de dia se extiende de esta suerte:::: *otorga que vende á Pedro Fernandez tal casa, sita en tal parte* (Aquí se expresarán sus linderos), *por tantos mil reales de vellon que le entregará en este año en tales monedas* (Aquí se pondrá la fe de entrega &c.), *con la condicion de que si dentro de tres meses* (ó el tiempo que pacten), *que cumplirán en tantos de tal de este año, pareciere otro comprador que*

1 Ley 38. tit. 5 Part. 5. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 33.

2 Ley 38. tit. 5. Part. 5. Hermos. en ella, num. 17 y 18.

le dé, ó á su heredero, mas por ella, ha de quedar por el mismo caso, como desde ahora queda, nula y rescindida esta venta, y su derecho vivo é ileso para apoderarse de la citada casa, venderla al que mas le diere, y competer al actual comprador, y por su fallecimiento ó á sus herederos ó al que la posea, á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que ahora está, entregándoles el precio que acaba de recibir, y el de las mejoras útiles que tenga, mas no las precisas para su conservacion ni otra cosa alguna, ó depositándole judicialmente y requiriéndoles que acudan á su percibo, si no la quieren por el tanto; y teniendo deterioro se ha de deducir y descontar su importe, y á este fin en uno y otro caso estar y pasar por la valuacion que hagan peritos que elegirán unánimes. Y para que no se trasfiera su dominio á tercero poseedor, les prohibe gravarla y enagenarla durante el tiempo prefinido, y la hipoteca especialmente á la observancia de este pacto; pero si pasare dicho término sin haberle hecho saber la oferta del nuevo comprador, ha de tener facultad el actual, como por esta escritura se le da, de disponer de ella á su arbitrio, como verdadero dueño, sin necesitar licencia del otorgante ni otro requisito judicial ni extrajudicial. Y declara que los tantos mil reales son el justo precio y verdadero valor de la citada casa &c. En virtud de cuyo pacto y del de la ley comisoria se trasfiere el dominio en el comprador, pasado que sea el tiempo prefinido, sin que sea necesaria nueva tradicion de la alhaja; y lo mismo procede para con el vendedor, si cumple el pacto; previniendo que por resolucion del contrato de venta hecho con alguno de dichos dos pactos, no se debe alcabala, excepto que medie intervalo ó sean hechos con palabras oblicuas y no directas (1).

44. Para que este pacto sea válido han de concurrir las circunstancias siguientes: 1.ª que el segundo comprador sea verdadero y no simulado; 2.ª que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le requiera si la quiere por el tanto, porque es preferido; y 3.ª que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la idéntica forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos; pues si el nuevo comprador es fingido, ó hijo, hermano ó esclavo del vendedor, ú otro semejante, que por su consejo ofrece dolosamente mas precio; ó falta el requerimiento al primer comprador; ó si el mayor precio que el segundo promete

1 Hermos. en la ley 40. tit. 3. num. 25 al 27. y otros que cita.

(aunque sea verdadero), es por algun aumento, agregacion ó beneficio que tiene la alhaja; v. gr. si es tierra ò viña ú olivar que cuando la vendió no tenia fruto y si al tiempo de la nueva oferta, ó esclava que al de la venta no estaba preñada y cuando la nueva promesa sí, no se rescindirá el contrato: y la razon es porque el mayor precio no se ofrece por la alhaja, sino por su aumento ó mejora; pero prevengo que una vez que el vendedor elige al comprador segundo, no puede compeler despues al primero à que pase por la venta si lo resiste (1). Por lo tocante à si pertenecen los frutos al primer comprador, ò debe restituir los que percibió con la alhaja, hay discordia de pareceres, sobre lo cual véase á Hermosilla en la ley 40. tit. 5. Part. 5. num. 15 y 16, que los concuerda. Esta escritura llevará aceptacion y obligacion del comprador como las precedentes.

45. En cuanto á si el pacto de *no enagenar* será ó no válido en los contratos de venta, donacion y otros, y en testamento ó en otra última voluntad, y si por él se impedirá ó no la traslacion del dominio á tercero, digo: que para impedir, ya sea por testamento ò contrato la traslacion del dominio, no se ha de conferir la prohibicion al tiempo en que este se halle ya trasferido en el comprador ò donatario, sino al en que el donante ò vendedor es dueño; y que por consiguiente no vale, ni impedirá la traslacion, aunque se pacte que si el comprador enagenare la alhaja vuelva su dominio al vendedor, y no pase al tercero á quien la enagena (2). Lo cual se entiende y amplía aun en el caso de que se prohiba la enagenacion á personas ciertas (3): por lo que sin embargo de que el comprador ó sus herederos contravengan al pacto y prohibicion, no podrán el vendedor ni los suyos demandar ni volver á su poder la cosa vendida ó enagenada, y solo estará obligado el trasgresor al daño é interes que se causen al vendedor (en cuyo juramento se han de deferir con aprobacion y estimacion del juez), y á la pena que se le haya impuesto; segun se aprueba de la ley 43. tit. 5. Part. 5.

46. Se limita la conclusion sentada en el párrafo inmediato en los siguientes casos: 1.° cuando en la venta ó enagenacion dice el vendedor: *que vende y entrega la alhaja al comprador ò donatario con la expresa condicion de que no la enagene, y de que si procediese á su enagenacion sea nula, para lo cual des-*

1 Ley 40. tit. 5. Part 5.
2 Molin. *de primog.* lib. 1. cap. 12. num. 35. vers. *Idque verissimum est.*
3 Gom. en la ley 40 de Toro, num. 25. vers. *Sed advertendum* Franch. decis. 355 num. 2. Hermos. en la ley 43. tit. 5. Part. 5. g'os. 1. num. 1 al 3.

de ahora, y antes que esta se perfeccione, retiene en sí y en sus herederos el dominio y posesion, y sea visto que el donatario ó comprador la retrovende, y que se constituye poseedor precario de ella en su nombre y en el de dichos herederos. En cuyo caso es nula la enagenacion (1); bien que esta prohibicion tiene lugar solamente durante la vida de aquel á quien se hizo, y del que se obligó á no enagenar, y no despues, porque el constituido se extingue con la muerte del contrayente (2); 2.° cuando el que prohibe la enagenacion reserva para sí algun derecho en la alhaja, y aquel á quien se enagena se obliga á cumplir el pacto y la hipoteca especial y expresamente, y ademas por la general sus bienes á la observancia de este (3); 3.° cuando al tiempo de la venta ó donacion, y no despues, se pactó con palabras directas y no oblicuas, que en el caso de proceder á la enagenacion se entienda no haber comprado el enagenante la alhaja, ó no habérselo donado; y que por lo mismo se tenga por nula la que de ella haga (4); 4.° cuando se conviene en el pacto, y se dice que de ningun modo pueda ser enagenada la alhaja; pues esta condicion impide la traslacion del dominio, porque tiene fuerza de decreto irritante, y todo lo que despues de él se hace, es de ningun efecto (5); 5.° cuando los contrayentes prohiben la enagenacion de la cosa que por disposicion del derecho comun no podia ser enagenada, pues concurriendo esta doble prohibicion, no puede hacerse la enagenacion ni aun en los casos por derecho permitidos (6); 6.° cuando en el contrato de venta ó donacion se prefija tiempo cierto, v. gr. diciendo: *te vendo ó doy tal alhaja, para que la tengas en cuanto á su dominio y posesion hasta que la enagenes; ó todo el tiempo que permaneciere en tí y en tus herederos, y no mas* (7); y la razon es porque el dominio se puede dar y trasferir temporalmente no solo por última voluntad sino por contrato (8) (*); 7.° cuando ademas de hacer las partes el contrato con pacto de no enagenar, lo probó el juez, aunque sea árbitro, y prohibió la enagenacion,

1 Thusc. let. A conclus. 766. num. 5. Cæpol. cautel. 32. Mier. *de majorat.* part. 3. quæst. 9. num. 3.

2 Gom. en la ley 40 de Toro, num. 20 al 22.

3 Gom. ibi, num. 18.

4 Hermos. en la ley 43. tit. 5. Part. 5. glos. 4 num. 6.

5 Immon. in clement. I. *de sequæstrat. posses. et fruct.* Felin. in cap. *At si clerici. §. de adult.* col. 3. *de judic.* Salced. in reg. 208. vers. *Sexto limita.*

6 Rodrig. Suar. allegat. 9. num. 14. Salced. ibi, vers. *Septimo limita.*

7 Salced. ibi, vers. *Decimo limita.*

8 Angel. cons. 35 Hermos. ibi, num. 9 al 11.

* Un dominio temporal que se absuelve en cierto período no es propio ni verdadero dominio: es un caracter esencial de él la facultad de vender, hipotecar é imponer servidumbres reales; nada de esto puede hacer el que solo tiene el dominio temporal. Es verdad que se le da muchas

mandando que si se hiciese, fuese irrita y nula (1); 8.° cuando la traslacion del dominio no es de facil revocacion, pues entonces se impide que la prohibicion de enagenar, v. gr. el pacto de que el comprador no construya castillo ó fortaleza en la cosa vendida, ó no la haga sagrada ó religiosa (2); 9.° cuando con el pacto de no enagenar intervino el de que si el comprador lo contraviniere, pudiese el vendedor entrarse de propia autoridad en la alhaja (3); 10. cuando el referido pacto se corroboró con juramento de observarlo, y se ligó con especial hipoteca de la misma alhaja, y con la general de los bienes del comprador ó donatario (4); 11. cuando el padre en uso de la ley 27 de Toro hizo donacion del tercio y quinto de sus bienes, y puso el gravamen de restitucion observando el orden que prescribe entre descendientes, ascendientes, parientes y extraños prohibiendo, ó no, por via de mayorazgo su enagenacion; pues se impide esta, y la traslacion del dominio de aquellos á tercero (5); 12. cuando el tercero estaba cerciorado del pacto de no *enagenar* impuesto al que le vendió la alhaja, pues por su mala fe en comprarla se impide la traslacion de su dominio (6); y 13. en todos los casos en que por solo el pacto se trasfiere el dominio, pues en ellos se puede prohibir la traslacion por el mismo pacto solo (7).

47. Por lo respectivo así en los testamentos y últimas disposiciones valdrá el pacto ó mas bien la condicion de no enagenar, é impedirá ó no la traslacion del dominio, se halla su solucion en la ley 44. tit. 5. Part. 5, cuyo contexto dice:::: *en su testamento defendiendo algun ome, que su castillo, torre ó casa ó viña ú otra cosa de su heredad non lo pudiesen vender nin enagenar, mostrando alguna razon guisada porque lo defendia, como si dijese:* »Quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente)

veces el nombre de dominio: esto depende de que las cosas y sus modificaciones son mas en número que los nombres con que expresarlas en todos los idiomas; entonces se hecha mano de los que significan las ideas mas análogas ó semejantes. *Febrero adicionado.*

1 Salced. ibi. vers. *Limita*, 13. Cravet. cons. 201. num. 3. Covarr. in cap. *Raynaldus.* num. 4. *de test.*

2 Gom en la ley 40 de Toro, num. 17.

3 Salced. ibi, vers. *Octavo limita.* Hermos. dicha ley 43. glos. 4. num. 15.

4 Menoch. cons. 63. num. 20. Roland. cons. 6. num. 35 y 51. Caroc. decis. 117. num. 18. Gutierr. *Repetit.* leg. *Nemo potest*, num. 28 et *de juram. confirmat.* part. 1. cap. 45. num. 4. Boer decis. 182. num. 53.

5 Gom. ibi, num. 35. Menoch. *de succes. creat.* §. 10 num. 82. Molin. *de primog.* lib. 1. cap. 12. num. 30. Hermos. dicha ley 43. glos. 5. num. 3.

6 *Thesaur.* lib. 2. quæst. 81. num. 14. Hermos. ibi, num. 6.

7 Gom en dicha ley 40. num. 16. vers. *Ex quibus infertur.* num 25. al fin, num. 27. vers. *Facit. etiam*, y num. 39 al fin. Salced. in dict. reg. 208. vers. *Quarto limita:::*

» non sea enagenada en ninguna manera, mas que finque siem-
» pre à mi fijo ò heredero, porque sea siempre mas honrado é
» mas tenido : *ó si dijese* : que la non enagenase fasta que fuese
» de edad el heredero, ó fasta que fuese venido al lugar, si fue-
» se ido à otra parte." *por cualquiera de estas razones, ò por otra que fuese guisada semejante dellas non la pueden enagenar. Mas si él dijese simplemente que la non vendiesen, non mostrando razon guisada por qué, ò non señalando persona alguna ò cosa cierta porque lo facia; si la vendiese, valdria la vendida, maguer él lo hubiese defendido.*

48. La escritura de venta llana de bienes raices y muebles que otorga el hombre ó muger mayor de veinte y cinco años, libre de todo dominio, que tiene la administracion de sus bienes, debe contener para su firmeza las siguientes cláusulas: la primera, que se diga quién vende, à quién, y de dónde son vecinos: qué cosa vende, si es mueble ó raiz, libre ó gravada, y en qué sitio ó parage está: si es tierra, qué cabida tiene; si la fanega compone cuatrocientos estadales de à diez pies en cuadro de marco real ó mas: si es viña ú olivar, cuántas cepas ú olivos tiene, y cuántos caben: si es casa, de qué clase de fábrica está hecha, qué fachada, fondo y pies cuadrados ó superficiales compone su area plana: y de todo se ha de especificar el sitio, término, linderos, regalías, servidumbres, gravámenes y lo demas conducente. Si es cosa que se cuenta, mide ó pesa, su especie, número, peso ó medida, y si son mercaderías, la especificacion que se dijo en el párrafo 45. Si es nave ó barco, en qué puerto está, cómo se nombra: qué cargazon lleva, cuántas velas y cañones tiene, cuánto se la pueden poner, y si está ó no sana: y asi de las demas cosas, y todo con la mayor claridad y distincion, de suerte que se conozca evidentemente que es la misma que se vende, porque si contiene palabras ambiguas y equívocas, no será venta, sino confusion, y no valdrá.

49. La segunda, que el vendedor declare que no tiene vendida ni enagenada la tal alhaja, ni parte de su uso ni propiedad (1), para que si se verifica lo contrario, incurra por el *estelionato* (*) en la pena de volver al segundo comprador el precio con todos los daños y perjuicios, si el otro tomó posesion de ella, y se lo pagó antes (2); y asimismo se exprese el total precio en que la vende, plazo que se prefine para su pago si la

1 Ley 56. tit. 18 Part. 3.

* Asi se llama el fraude que consiste en ocultar al comprador alguna obligacion ó gravamen anterior, que tiene contra sí la cosa ó finca que se trata de enagenar.

2 Ley 50. tit. 5. Part. 5.

da al fiado, y con qué pactos y condiciones. Si el comprador entrega el precio al tiempo de la celebracion de la venta, dará fe de ello el escribano, y especificará las monedas en que lo satisface; y si no lo paga entonces por tenerlo ya recibido el vendedor, lo confesará este asi, y otorgará carta de pago á favor de aquel con las cláusulas y renunciaciones que se expresan en el capítulo 28, formulario de las cartas de pago; pero si solo satisface entonces parte de él ò nada, constituirá obligacion de pagar el residuo ó total cuando se estipule, hipotecando à su responsabilidad la misma alhaja, y pactando expresamente que ínterin no se lo satisfaga íntegro, no se le ha de trasferir su dominio, para que el vendedor sea preferido en ella por su importe à otro cualquiera acreedor del comprador, como en virtud de este pacto lo será à todos, aunque sean anteriores, del propio modo que si la hubiera comprado con dinero prestado para este fin, lo que no sucederá si falta este tan esencial requisito y cautela (1). Y lo propia milita cuando reserva en sí el directo dominio (2). Prevengo que en las ventas al fiado se han de estipular las pagas à plazos ciertos y no dudosos, sobre lo cual véase la ley 22. tit. 11. lib. 5. Rec.

5. La tercera cláusula es que el vendedor declare que el precio en que efectúa la venta es justo, y el legítimo y verdadero valor de la alhaja, y que por lo mismo no hay lesion ni engaño, ni vale mas: y en caso que mas valga para que no le quede accion à repetir el exceso, haga á favor del comprador gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con insinuacion (por si excede de los quinientos maravedís aureos), y demas estabilidades que el derecho prescribe para la validacion de las donaciones simples irregulares, y renuncie, como puede, la ley 4. tit. 7. lib. 5. del Ordenamiento Real establecido en las Córtes celebradas en Alcalá de Henares, y es la 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., cuyo tenor dice así: *si el vendedor ò comprador de la cosa dijere que fue engañado en mas de la mitad del justo precio, asi como si el vendedor dijere que lo que valió diez, vendió por menos de cinco maravedis, ò el comprador dijere que lo que valió diez, dió por ello mas de quince: mandamos que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valia la cosa al tiempo que fue comprada, ó de la dejar al vendedor, tornándole el precio que recibió; y el vendedor debe tor-*

1 Leyes 9. tit 5 y 30. tit. 13. Part. 5. *Cur. Filip.* lib. *Com. terr.* cap. 3. num. 24. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. ctibi Ayllon. Parlad. lib. 1. *Rer.* cap. 8.

2 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 30.

nar al comprador lo demas del derecho precio que le llevó, ó de tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que recibió; y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios, y en los otros contratos semejables: y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda, del dia que fueron fechas fasta en cuatro años, y no despues. Pues si el vendedor es leso, y no hace renunciacion de esta ley, puede pedir rescision del contrato ó suplemento á su justo valor dentro de los cuatro años que prefine: cuyas dos acciones se llaman *redhibitoria* y *quanto minoris*, y de ellas trataré mas adelante. Lo propio ha de practicar el comprador á favor del vendedor por la misma razon, confesando no valer menos la alhaja, y en caso de tener menor valor, haciendo donacion del que sea al vendedor; bien que por defecto de este requisito no se anulará el contrato (*). El que quiera saber qué cosas aumentan ó disminuyen el valor de la alhaja, y cuáles se deben atender para intentar el remedio de la lesion, vea á Hermosilla en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6. desde el número 86.

51. La cuarta que se desista y aparte de la propiedad, dominio, posesion y otro cualquier derecho que tenga á la alhaja que vende, y lo ceda todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas á favor del comprador y de sus herederos y sucesores, para que de esta suerte sea toda suya.

52. La quinta que contenga la cláusula de *constituto*, que es *dar el vendedor al comprador poder irrevocable con libre, franca y general administracion para que tome judicial ó extrajudicialmente la real tenencia ó posesion de la alhaja* (pues la civil y natural se la trasfiere el derecho en el mismo instante en que se perfecciona el contrato, y se hace la recíproca tradicion de la alhaja y dinero), *y en el interin que la toma constituirse el mismo vendedor por su inquilino y precario tenedor ó poseedor de ella en legal forma* (que quiere decir que poseerá y gozará la alhaja no como dueño, sino durante la voluntad del comprador, en virtud de súplica que le hace para que se lo permita, pues *precario* es aquello que á ruego de algono se le concede por otro, para usarlo por tanto tiempo cuanto quiera el concedente, y por lo mismo que es concesion puramente vo-

* Si el vendedor sabe que el comprador es leso en mas de la mitad del justo precio, y este lo ignora, hay un verdadero dolo que las leyes llaman *malo*; por consiguiente nada valen las renuncias. Lo mismo digo del comprador, una renuncia tal en semejante caso es un pacto de no ser responsable del dolo, el cual no vale. *Febrero adicionado.*

luntario, puede revocarla este cuando le parezca, y es nulo el pacto en contrario), con lo cual el comprador adquiere la posesion de la alhaja, ningun derecho á ella queda al vendedor (1); pero entregándole la copia de la escritura, se le trasfiere la posesion, y no necesita tomarla judicialmente. En cuanto á si el precario se entiende revocado por muerte del concedente véase á Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 15.

53. La sexta que el vendedor se obliga á la *eviccion y saneamiento* de lo que vende. La *eviccion* es *recuperacion que se hace en juicio de alguna cosa propia, quitándola al que la adquirió con legítimo título* (2). Y la cláusula se ordena de esta suerte: *que si alguno moviere pleito, ó pusiese impedimento al comprador ó á quien le represente, sobre la propiedad, goce y posesion de la alhaja, lo defenderán el vendedor y sus herederos y sucesores* (siendo requeridos conforme á derecho), *y seguirán á sus expensas hasta dejar al comprador y á los suyos en quieta y pacífica posesion de ella, y seguro é íntegro goce de su producto.* Y el saneamiento quiere decir: *que no pudiendo conseguir lo referido, le darán otra alhaja igual en bondad, cabida, valor, sitio, regalías y servidumbres, y en su defecto le volverán su importe, y todas las costas, gastos, perjuicios y menoscabos ó intereses que con motivo del pleito y falencia se le originen, de modo que queda enteramente saneado y reintegrado, como si no se le hubiera movido el pleito*, y de los perjuicios y costas puede deferir la liquidacion é importe en el juramento del comprador, y relevarle de otra prueba; bien que aunque lo defiera, siempre se atiende á lo justo, porque de lo contrario podria pretender, con pretexto del juramento y relevacion, mucho mas que lo que importasen. Prevengo que el clérigo vendedor puede ser reconvenido de eviccion por el juez del comprador, aunque sea secular (3), si ante este pende el pleito sobre la posesion ó propiedad de la alhaja vendida.

54. Y para que el escribano sepa los efectos de esta cláusula, y por consiguiente en qué casos está ó no obligado el vendedor de buena fe á la eviccion y saneamiento, digo: que por la naturaleza del contrato debe entregar al comprador pudiendo, y hacerle segura, sana y efectiva la alhaja que le vende, aun-

1 Leyes 46. tit. 28. y 8, 9, 10 y 11. tit. 30. Part. 3.

2 Petr. Greg. lib. 25. *Syntagm. jur.* cap. 22. num. 5. Pichard. in §. *Si finium regundor.* 6. lib. 4. Instit. *de offic. judic.* num. 121. Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Evictio*, num. 1.

3 Ley 57 al fin. tit. 6. Part. 1.

que en él no se exprese (1); y el comprador puede compelerle á ello no pactándose lo contrario; pero si despues de celebrada la venta se mueve á este algun pleito sobre su propiedad, posesion ó servidumbre, lo ha de denunciar ó hacer saber luego al vendedor ó vendedores (pues siendo muchos, no basta si á todos no se cita), ó á lo menos antes de la publicacion de probanzas (que esto quiere decir la cláusula, *siendo requeridos conforme á derecho*), para que tenga tiempo de hacerlas, y no quede indefenso, porque despues de la publicacion no pueden hacerse por testigos sino en ciertos casos, cuya explicacion no es de este lugar, y si se omite esta diligencia, no debe pedirle el precio de la alhaja, aunque sea vencido en el juicio; cuya denuncia ha de ser ante el juez que conoce del pleito de eviccion, siendo competente para citar al vendedor, y no de otra suerte; y muerto este, á todos sus herederos, pues no basta á uno solo (2), porque este no está obligado mas que por su parte.

55. Si le requiere en tiempo y forma que se la sanee segun está obligado, debe hacerlo á su costa hasta dejarle en su quieta y pacífica posesion, goce y usufructo, á restituirle el precio que le dió, con las costas y daños que se le ocasionaron; y si en la escritura de venta se impuso pena de doble, no solo debe pagarle el precio doblado, sino la cosa doblada, aunque mas valga (3), pues á cuanto se obliga el hombre á tanto queda obligado (4). Y tambien lo está á la eviccion, aunque se le haga saber el pleito, en trece casos que recopila Hermosilla en la ley 32. tit. 5. Part. 5. glos. 3. art. 6. num. 76 al 94.

56. Pero el vendedor de buena fe no está obligado á la eviccion y saneamiento de lo que vende, cuando sin su consentimiento compromete el comprador el pleito en árbitros antes ó despues de principiado: ó por su culpa decae de la posesion: ó pierde y desampara la alhaja: ó se da sentencia contra él, y no apela de ella, no estando presente el vendedor: ó no se ampara por prescripcion, pudiendo: ó consiente que se haga eclesiástica: ó el vendedor se la vendió estando jugando, ó la jugó (5): ni por caso superveniente de la alhaja (6): ni cuando el Rey se

1 Leyes 32, 35 y 36. tit. 5. Part 5.
2 Leyes 32. tit. 5. Part. 5. y 1 y 3. tit. 10. y tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 17. num. 8 y 9. Gom. lib. 2. *Var* cap. 2. num. 39. vers. *Item. adde quod ad hoc*:: *Et adde*:: y *Item quæro* :: Hermos. en la ley 32. tit. 5. Part. 5. glos. 4. art. 3.
3 Leyes 32 y 36. tit. 5. Part. 5.
4 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
5 Ley 36. tit. 5. Part. 5. Guzman *de eviction.* quæst. 39, 40, 41 y 42. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 17. Aylon lib. 2. *Var.* cap. 2.
6 Gracian. *Discept. for.* cap. 520.

apodere de ella despues (1); bien que esto tiene limitacion: ni cuando se pactó expresamente en la venta que no habia de estar obligado á la eviccion: ni tampoco cuando vende todo el derecho que tiene á los bienes del que le instituyó por su heredero, y sale fallida alguna porcion de ellos, si todos ó la mayor parte lo son, debe sanearlos; y lo propio milita en los arrendamientos, cuando vende la renta de una heredad ú otra cosa, y toda ó la mayor parte sale fallida (2); de cuyos casos puede hacer renunciacion, y valdrá. En cuanto á los contratos onerosos y lucrativos en que el contrayente está ó no obligado á eviccion, y cómo y cuándo se le ha de hacer saber el pleito, véase á Gomez lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 33 al 49, á Hermosilla en la ley 32. tit. 5. Part. 5. glos. 1. art. 2 al 12, y á los que cita. Advirtiendo que el comprador para poder usar de la eviccion en cualquiera contrato oneroso, no basta que sea condenado por sentencia á la restitucion de la alhaja, sino que real y verdaderamente la entregue, y en ella se ejecute la sentencia (3); excepto que al principio del contrato aparezca ser agena y se mueva pleito sobre ella, pues puede retener su precio hasta que se le asegure; ó que el vendedor sabiendo era agena, la haya vendido, pues entonces en cualquiera tiempo puede usar de la eviccion.

57. Puede obligarse tambien á restituirle las mejoras útiles, precisas y voluntarias que hiciere en la cosa vendida, y el mayor valor y estimacion que esta tenga y adquiera con el tiempo, y á todo quedará obligado (4). Llámanse *mejoras* ó *reparos útiles*, aquellos por los cuales crece y se aumenta el valor de la alhaja, y su renta: *necesarios* ó *precisos*, los que se hacen en ella para que se conserve, y no se arruine ni deteriore: y *voluntarios*, los que se ejecutan para su mayor adorno y lucimiento, v. gr. pintándola, plantando algun vergel &c. por los cuales no se aumenta el valor de su renta ni propiedad (5).

58. No debe el escribano ordenar la cláusula de eviccion, diciendo: *que el vendedor ó quien le represente, saldrán á la defensa del pleito, aunque se lo haga saber despues de hecha publicacion de probanzas*::: (como algunos lo practican por ignorancia, ó persuadidos tal vez que el contrato es mas estable): porque es contra lo dispuesto por la ley 32. tit. 5. Part. 5, que dice: *pero luego quel movieren ende pleito, tenudo es el com-*

1 Ley 37. tit. 5. Part. 5. Hermos. en ella, glos. 1. num. 6. vers. *Limita*, 2. Ferrar. en la palabra *Evict.*
2 Ley 34. tit. 5. Part. 5.
3 Ferrar. ibi, num. 12.
4 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
5 Ley 10. tit. 33. Part. 7.

prador de facerlo saber al que ge la vendió, ó á lo mas tarde ante que sean abiertos los testigos que fueren aduchos sobre aquella cosa en juicio contra él: y como opuesta á derecho no va le (1). Todo lo cual se entiende, á menos que el vendedor, enterado de los efectos de la cláusula, mande ponerla, renuncie expresamente, como puede, la ley inserta, por ser establecida en su privativa utilidad, y se obligue en todos tiempos, siendo ó no requerido, y noticioso del pleito, al saneo de lo que vende (2).

59. Puede igualmente el vendedor ceder al comprador la accion y derecho de eviccion que tiene contra el que le vendió la cosa, y entonces repetir el comprador contra sus bienes, del mismo modo que el vendedor podria como subrogado en el suyo; pero si no se lo cede, lo tendrá únicamente contra este y sus herederos, y no mas: advirtiendo que el vendedor de mala fe, no solo está obligado á la eviccion, aunque se pacte en la escritura lo contrario, sino que por su dolo debe restituir el precio con los intereses, costas y daños, porque no es justo fomentar ni amparar los fraudes.

60. La séptima y última cláusula que debe contener la escritura de venta llana, es la *guarentigia* (*), con la obligacion de la persona del vendedor (si no goza de privilegio de nobleza, ni es clérigo ni muger), y de todos sus bienes presentes y futuros á la estabilidad y cumplimiento del contrato y sus pactos; asimismo ha de contener la sumision y renunciacion de leyes que le favorecen, y lo mismo puede hacer el comprador si acepta la venta. Con dichas cláusulas será firme el instrumento celebrado por cualquier hombre ó muger de los expresados en el párrafo 48, y no podrá deshacerse la venta sin unánime consentimiento de ambos contrayentes, aunque intervenga rescripto del Príncipe: ó el vendedor diga que la hizo por grave necesidad ú otra causa: ú ofrezca por la causa al comprador el precio doblado, á menos que haya dolo (3), porque este anula los contratos.

61. Asimismo ha de jurar el menor que por razon de su menor edad, lesion, ni por otro motivo no reclamará el contrato, pedirá restitucion, ni alegará excepcion que le favorezca, aun-

1 Ley 28. tit. 5. Part. 5.

2 Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 17. Gutierr. *de juram. confirm.* part 1. cap. 61. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 39. vers. *Item ad-de quod ista necessitas* ::::

* La cláusula *guarentigia* es la siguiente: *y confiere amplio poder á los señores jueces de su Magestad que de este negocio deben conocer para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe.*

3 Leyes 61 y 62. tit. 5. Part. 5.

que por derecho se le conceda; y renunciará todo beneficio de menor edad y auxilio de restitucion por entero: con lo cual será firme la venta ú otro contrato, y no podrá desatarlo; pues el menor por virtud del juramento que por sí propio hace, se reputa como mayor para su celebracion, y el juramento hace válido el contrato que por falta de solemnidad es nulo, con tal que no sea opuesto á la ley y buenas costumbres, ni ceda en perjuicio de tercero ni de la salud eterna (1). Pero si la otorga su tutor ó curador en su nombre sin su concurrencia, es superfluo el juramento, porque este solo obliga á quien lo hace, y el curador nada practica por sí, por lo que, aunque jure el contrato por el menor, no perjudicará á este el juramento, ni para efecto de obligarle se estimará por contrato jurado. Lo mismo han de practicar todos los que gozan del beneficio de menor edad. Y se previene que aunque á los tutores les está prohibido comprar los bienes de sus menores por sí y por interpuesta persona (2), no lo está para los muebles, mediante la autoridad de otro tutor que se les dé al efecto; pero para los inmuebles se requiere ademas consentimiento del juez. Tambien es precisa la intervencion de este si los muebles son preciosos. (Véase á Hermosilla ley 4. tit. 5. Part. 5. glos. 9.)

62. Interviniendo muger casada, como principal, con su marido, ó como su fiadora, en la venta, se añadirán á las cláusulas expresadas la licencia de este, la renunciacion de la ley 61 de Toro, y el juramento que se indicará en el capítulo 29 de este título; pero si la celebra por su hecho propio con tercero, sin que el marido concurra mas que para la licencia, es superflua, y no viene al caso la renunciacion de dicha ley y demas que favorecen á las mugeres. Siendo fiadora de algun otro por la venta ó enagenacion que este haga de sus bienes, renunciará tambien la ley 2. tit. 12. Part. 5, que prohibe á las mugeres ser fiadores, á menos que sea en los casos referidos en dicho capítulo, que entonces queda obligada, y no tiene que hacer esta renunciacion. De todo lo cual y de otras cosas concernientes á las sumisiones y renunciaciones que deben hacer los contrayentes se trata latamente en el mencionado capítulo, que el escribano debe conservar en la memoria para la extension de los contratos de cualquier calidad que sean.

63. Cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó en-

1 Leyes 17. tit. 11. Part. 3. 28 al fin. tit. 11. Part. 5. y 6. tit. 19. Part. 6. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 60. num. 1.

2 Ley 1. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

fermedad, ya sean raices, v. gr. heredad ó campo que cria malas yerbas; casa ú otro edificio que debe servidumbre ó tributo; ó muebles, como mercaderías, libros; ó semovientes, como son esclavos, caballos, mulas y otros semejantes, debe el vendedor manifestarlo al comprador; y si se lo oculta, puede intentar contra él dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la celebracion de la venta, la accion *redhibitoria* (que es, que se rescinda el contrato, llevando cada uno lo que dió al otro), y si en ellos no la intenta, puede usar en los seis restantes de la *quanto minoris*, ó *estimatoria*, y es que el vendedor le devuelva el menos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio que le ocultó, de suerte que en el preciso término de un año contado desde la fecha del contrato ha de usar de ellas, y pasado, ninguna puede intentar (1); pero si el vendedor se lo manifiesta, no puede pretender cosa alguna (2). Si el vendedor ignora el vicio, tacha ó defecto, no está obligado á los daños por él seguidos al comprador; y sí solamente á volver el menos valor que este daria por la alhaja á saber el defecto.

64. Mas si el comprador se obliga á no intentarlas, y se ordena la cláusula en esta forma: *y el citado comprador se obliga á no pretender ni intentar contra el vendedor en tiempo alguno las acciones* redhibitoria y quanto minoris *por vicio, tacha, enfermedad ú otro defecto oculto ó manifiesto, grave ó leve, sustancial ó accidental que dicha mula tenga; y si las intentare, no sea admitido judicial ni extrajudicialmente, y para mayor estabilidad de este contrato hace á favor del vendedor gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, y le remite el importe del menos valor, recibe en sí el peligro que por la nominada causa haya y sobrevenga en la citada mula, y renuncia las leyes* 63, 64 *y* 65 *del tit.* 5. *Part.* 5, *que tratan de las expresadas acciones, para que jamas le aprovechen*, de ninguna podrá usar; lo que tendrá presente el escribano por si le ocurre escritura de esta naturaleza (*).

65. Dichas dos acciones pueden intentarse sin perjuicio de la del engaño ó lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio; pues aunque en el efecto vienen á ser lo mismo, pero las causas son diversas, porque la del engaño ó lesion es por la iniquidad del precio, y aquellas por el menos valor que tiene la co-

1 Leyes 63, 64 y 65. tit. 5. Part. 5.
2 Ley 66. tit. 5. Part. 5.
* Si hubo dolo, como parece, en ocultar los vicios de lo que se vende, de nada sirven estas renuncias; es como si se pactase no ser responsable al dolo, que es un pacto nulo. *Febrero adicionado.*

sa vendida por la tacha, vicio ó defecto: é igualmente sin perjuicio de las de eviccion y saneamiento, porque estas conciernen á defender el vendedor al comprador en el pleito que le mueva algun tercero sobre la alhaja vendida, y á sanearla de modo que no se cause el mas leve detrimento ni gasto por el pleito ó impedimento (1).

Escrituras correspondientes á este capítulo.

VENTA DE CASA.

En tal villa, á tantos de tal mes del año de tantos, ante mí el escribano y testigos, Francisco Aguado, vecino de ella, dijo: que por sí, y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien de ellos hubiese título, voz y causa en cualquier manera, vende y da en venta real y enagenacion perpetua por juro de heredad para siempre jamas á Santiago Gimenez, vecino tambien de ella, y á los suyos, una casa, sita en la calle de tal de esta villa, que le pertenece en posesion y propiedad, y se compone de cuarto bajo, principal y segundo: tiene *tantos* pies de facha-

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 48, 49 y 50, et ibi Ayllon. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 169. *Cur. Philip Com. terr.* lib. 1. cap. 13. verb. *Redhibitoria.*

Nota. El reformador de Febrero suprimió el párrafo del autor sobre la venta de villa, por la razon sin duda de que la doctrina legal que contiene no es en el dia de ninguna utilidad práctica. Sin embargo, en obsequio de los curiosos, expondremos en extracto las disposiciones que contiene, y son las siguientes. «No pueden hacerse sin expresa licencia del Rey castillos, fortalezas ni casas fuertes (leyes 4 y 6. tit. 1. lib. 7. Nov. Rec.), cuyos señores tienen obligacion de ir á hacerle pleito homenage dentro de treinta dias despues de su coronacion (leyes 21, 22, 24 y 34. tit. 13. Part. 2), y no pueden venderlas al extrangero. Ademas el Rey tiene la preferencia por el tanto, aunque se haya hecho la merced con facultad de disponer de ellas libremente. La jurisdiccion civil y criminal pertenece al Rey, como Señor natural que no reconoce superior en lo temporal para ejercerla con absoluta independencia en todos sus reinos y señoríos, como derivada de Dios. (Ley 1. tit. 1. lib. 1. Nov Rec., y cap. 8 y 21 de los Prov.) Suelen los reyes hacer á algunas personas, en remuneracion de servicios, merced de las villas con sus términos, con jurisdiccion, vasallage, alcabalas y otros derechos, como tambien privilegio peculiar de hacer término ó coto redondo; y aunque de los baldíos ó tierras concejiles pertenecientes á los lugares poblados para el aprovechamiento del comun de sus vecinos (leyes 8 y 9. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec.) no puede el Rey hacer gracia ni enagenacion segun lo pactado en la condicion 8 del quinto género de millones; los de los poblados en que no hay vecinos que los aprovechen, ni nadie que á título de vecino único conserve los términos concejiles, y represente el derecho antiguo del pueblo extinguido, puede enagenarlos y disponer de ellos con causa necesaria, porque la muerte civil del lugar que se despuebla, disuelve la sociedad (Otero *de pascuis*, cap. 22.); y como nadie tiene derecho peculiar á ellos por haber cesado la poblacion, recaen en la corona y patrimonio Real, al modo que las herencias de los que mueren abintestato sin parientes, pues unos y otros son vacantes sin diferencia, como los mostrencos que se dejan por perdidos y vuelven á la corona pasado el año, y observadas las formalidades que prescriben las leyes" (Leyes 2, 4 y 5. tit. 22. lib. 10.)

da y *tantos* de fondo, con lo que toca de medianerías, que multiplicados estos números, componen *tantos* pies de area plana: linda por la mano derecha, entrando en ella, con una de Pedro Rodriguez, por la izquierda con otra del otorgante, por las espaldas con corral de Juan Mendez, y por la fachada con dicha calle, y en lo antiguo fue de N., quien por escritura que otorgó en esta villa, á tantos de tal mes y año, ante N., escribano de su número, la vendió á N. (*Aqui se relacionarán, si se quisiere, los títulos de pertenencia, y luego proseguirá:*) por cuyos títulos corresponde en posesion y propiedad al otorgante, el cual declara y asegura no tenerla vendida, enagenada ni empeñada, y que está libre de tributo, memoria, capellanía, vínculo, patronato, fianza, y de otro gravamen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y expreso, y como tal se la vende con todas las entradas, salidas, fábricas, centro, vuelo, usos, costumbres, regalías, servidumbres *y demas cosas anejas que ha tenido, tiene y le pertenecen segun derecho*, por *tantos* mil reales que le entrega, y pasa á su poder real y efectivamente en este acto, en *tales* monedas (*Se expresarán las que sean.*), que contadas, los importaron; de cuya entrega y recibo doy fe, por haberse hecho á mi presencia y de los testigos que se nominarán: y como pagado y satisfecho de ellos á su voluntad, formaliza á favor del comprador la mas firme y eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca (*Si el dinero no pareciere de presente por haberse entregado antes, confesará el vendedor haberlo recibido, y renunciará la ley 9. del tit. 1. Part. 5.*): y asimismo declara que el justo precio y verdadero valor de la referida casa son los *tantos* mil reales, y que no vale mas, ni halló quien tanto le haya dado por ella; y si mas vale ó valer puede, del exceso en poca ó mucha suma hace á favor del comprador y de sus herederos y sucesores gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, con insinuacion y demas firmezas legales, y renuncia la ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., que trata de los contratos de venta, trueque, y de otros en que hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que prefine para pedir su rescision ó suplemento á su justo valor, los que da por pasados, como si efectivamente lo estuvieran. Y desde hoy en adelante para siempre se desapodera, desiste, quita y aparta, y á sus herederos y sucesores, del dominio ó propiedad, posesion, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que le competa á la enunciada casa: lo cede, renuncia y traspasa con las acciones reales y personales, útiles,

mixtas, directas y ejecutivas en el comprador, y en quien la suya represente, para que la posea, goce, cambie, enagene, use y disponga de ella á su eleccion, como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título. Y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye procurador actor en su propia causa, para que de su autoridad ó judicialmente entre y se apodere de la nominada casa, y de ella tome y prenda la real tenencia y posesion que por derecho le compete: y para que no necesite tomarla, me pide que le dé copia autorizada de esta escritura, con la cual, sin otro acto de aprehension, ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferídosele, y en el ínterin se constituye su inquilino tenedor y precario poseedor en legal forma. Y se obliga á que dicha casa será cierta, segura y efectiva al comprador, y nadie le inquietará ni moverá pleito sobre su propiedad, posesion, goce y disfrute, ni contra ella aparecerá gravamen alguno; y si se le inquietase, moviere ò apareciere, luego que el otorgante y sus herederos y sucesores sean requeridos conforme à derecho, saldrán à su defensa y lo seguirán á sus expensas en todas instancias y tribunales, hasta ejecutoriarlo, y dejar al comprador y á los suyos en su libre uso y quieta y pacífica posesion; y no pudiendo conseguirlo, le darán otra igual en valor de fábrica, sitio y renta y comodidades, y en su defecto le restituirán la cantidad que ha desembolsado, las mejoras útiles, precisas y voluntarias que à la sazon tenga, el mayor valor y estimacion que con el tiempo adquiera, y todas las costas, gastos, daños, intereses ó menoscabos que se le siguieren ó causaren, por todo lo cual se les ha de poder ejecutar solo en virtud de esta escritura y juramento, del que la posea ó de quien le represente, en quien defiere su importe, y le releva de otra prueba: y à la observancia de todo lo referido obliga su persona y bienes &c. *(Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion de leyes que en otra cualquiera escritura de obligacion, de que traté en el párrafo 60 y siguientes.)*; y si el comprador quiere, puede hacer igual donacion del menos valor de la finca á favor del vendedor, que la que este le hace del mayor, y renunciar la misma ley del Ordenamiento, con lo cual ninguno podrá reclamar la venta. La ley 56. tit. 18. Part. 3. trae extendida esta escritura.

Nota. Se ha de suponer que la escritura anterior es de venta llana, otorgada por un adulto mayor de veinte y cinco años, y que la alhaja está libre de todo gravamen; pero si tuviere alguno, debe expresarse y añadirse en la escritura la cláusula:::

Que no tiene mas: y en este caso se pondrá aceptacion, en la cual se obligará el comprador á su responsabilidad, y à dejar libre é indemne de él al vendedor y á sus herederos y bienes: reconocerá por dueño del gravamen al que lo sea, hipotecará á su seguridad la misma alhaja, y si quisiere le hará igual gracia y donacion del menos valor, renunciará la ley del Ordenamiento, y ambos firmarán la escritura; bien que aunque no lleve aceptacion del comprador, por el hecho de usar este de la alhaja, es visto obligarse à responder de las cargas á que está afecta, porque la obligacion sigue la hipoteca. Puse en la escritura la cláusula: *y demas cosas anejas que ha tenido, tiene y le pertenecen segun derecho*, porque en las alhajas que se venden, suele haber unas cosas que deben ir, y se entienden vendidas con ellas, aunque no se especifiquen, y otras que es menester especificarse, aun cuando esten en las mismas alhajas, de lo cual tratan las leyes 28, 29, 30 y 31. tit. 5. Part. 5, y poniéndola se evitan pleitos y dudas. No puse la cláusula: *y se obliga á la eviccion y saneamiento de la casa*, porque es superflua, respecto de que se pone con toda extension lo que quieren decir estas palabras, y lo dejo explicado en el párrafo 53. Si el comprador y vendedor pactaren que este ni sus herederos no queden obligados ni puedan ser compelidos à restituir á aquel las *mejoras ó reparos necesarios y voluntarios*, no lo ponga el escribano, ni tampoco aunque no lo pacten, sin que preceda consentimiento del vendedor, porque es acto voluntario en él el obligarse ò no à ello, y no cláusula precisa ni sustancial de la venta, y por lo mismo no se le debe obligar sin su expreso permiso; pero de los *útiles* pueden poner la obligacion, porque ninguno debe lucrarse con detrimento de otro, y tambien la de *costas, daños, intereses ó menoscabos*, porque à estos queda obligado por la naturaleza del contrato, á menos que el comprador se los remita y done expresamente. Si la casa está en la Corte, y tiene carga real de huesped de aposento, se prevendrá en la escritura que se tome la razon de ella en la contaduria del Real hospedage, con arreglo al Real precepto y capítulo 16 de las ordenanzas de 22 de octubre de 1649, y lo mismo advertirá en otra cualquiera enagenacion, donacion ó cesion, y observará bajo la pena que se le impone, lo que dicho capítulo ordena, y à la letra dice asi: *todos los escribanos ante quienes se otorgaren escrituras de enagenacion de casas por cualquiera causa de venta, cesion ú otra alguna, antes de entregar la primera copia á la parte ó partes, la han de traer á la*

contaduría para que se reconozca si se expresa la carga legitima que consta en los libros debe pagarse, tome la razon, y se note en la escritura lo conveniente; y hecho la recogerá el escribano, y copiará en el registro, que queda en su poder, la nota que se haya puesto: lo que ejecutarán, pena de suspension de oficio por seis años, y de cincuenta ducados aplicados por mitad, cámara y gastos de justicia: y para que lo cumplan, mandará el intendente se les notifique, y archivará esta diligencia para que conste. Las ventas de tierras y viñas, olivares, dehesas y montes deben llevar las mismas cláusulas, observando lo que dejo explicado en el párrafo 48.

CLÁUSULA DE VENTA Á TASACION.

Cuando se celebra la venta, dejando el valor de la alhaja en manos y arbitrio de peritos, se ordenará la cláusula en la forma siguiente:::: *Cuya casa le vende por el precio en que bajo juramento la valúen dos peritos, á cuyo fin nombra por su parte á Fulano, maestro alarife en esta villa, el cual, y el que elija el comprador en la aceptacion de esta escritura, han de medir y apreciar la citada casa, haciéndoseles saber por mí el nombramiento; y no conformándose ambos, ha de elegir la justicia de esta villa un tercero para el propio efecto, y pagar incontinenti el comprador al otorgante la cantidad en que los dos la tasen, y no haciéndolo, ser apremiado á su solucion, y á la de las costas y daños que por su morosidad se le ocasionen en su axaccion con solo el juramento ò el de quien le represente; y ninguno de los dos ha de poder reclamar la valuacion, pretender baja, aumento ni moderacion de ella, ni alegar lesion en mucha ni poca suma; pues si la hubiere, por lo que al otorgante toca, hace al comprador gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable, con insinuacion y demas firmezas legales de lo que importe, y renuncia la ley del Ordenamiento Real* &c., y continuará como la precedente; y en la aceptacion nombrará el comprador al perito que quiera, se obligará á estar y pasar por la tasacion que los dos hagan, ò el uno de ellos junto con el tercero que elija la justicia en caso de discordia, y hará à favor del vendedor igual gracia y donacion del menos valor con la misma renunciacion; y si ambos quisieren, se impondrán pena para que se exija al contraventor tantas cuantas veces se aparte de cumplimiento del contrato, y que pagada ò graciosamente remitida, se le compela no obstante à él por todo rigor

de derecho, y luego proseguirá la escritura con las cláusulas generales que las demas Otorgada en estos términos, hará saber el escribano á los peritos el nombramiento, y les recibirá juramento de que tasará la alhaja por el precio justo segun su inteligencia, sin causar agravio á los interesados, y despues la valuarán, y hecha la valuacion (que se ha de extender á continuacion del protocolo de la venta) la hará notoria á los contrayentes, quienes, si se conforman con ella, firmarán la diligencia, y el comprador pagará el importe de la tasacion, de que el vendedor pondrá recibo en el protocolo ante el escribano, por evitar la carta de pago separada, lo cual se prevendrá en la venta, y asi evacuado, dará copia de todo al comprador para que le sirva de título de propiedad; y si no se conforman, usarán de su derecho judicialmente para que se apremie al infractor à pasar por ella y à observar el contrato. Si los peritos estan discordes, darán los interesados pedimento al juez ordinario, expresando el contexto de la escritura y la discordia, y pretendiendo que nombre tercero, el cual, bajo juramento, teniendo presentes las declaraciones de los otros dos, hará la suya; y estando concorde con alguna de ellas, se apremiará a cumplir el contrato al que se resista: verificado que sea, se dará copia de todo lo actuado al comprador, como que es parte integral y sustancial de la escritura; y si ambos contrayentes quieren conformarse con un perito, pueden hacerlo.

VENTA DE ESCLAVO.

Don Francisco Lopez, vecino de esta villa, por la presente, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Otorgo que por mí, y en nombre de mis hijos, herederos y sucesores, vendo y traspaso con enagenacion perpetua, á Don Antonio Rodriguez, de la propia vecindad, un esclavo que tengo, y adquirí por tal razon (*se expresará la que sea.*), llamado Pedro de tal, que es de tal altura, color, edad &c. (*Aqui se pondrán todas las señales por donde pueda ser conocido.*), el cual no padece accidente ni enfermedad pública ni secreta, no es prófugo, ladron, borracho, ni tiene otro vicio, tacha ni defecto que le impida servir bien, ni ha cometido delito por que merezca pena, ni tampoco está sujeto, obligado ni hipotecado à deuda ni responsabilidad mia, y asi lo aseguro, y se lo vendo en *tanta* cantidad (*Aqui se pondrá la fe de entrega del dinero, ó renunciacion de la ley de partida que cité en la escritura an-*

terior), y declaro que los *tantos* reales son el justo precio y verdadero valor del citado esclavo, y que no vale mas ni hallé quien tanto me haya dado por él; y si mas vale ò valer puede, del exceso en mucha ò poca suma, hago al comprador gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con todas las firmezas congruentes; renuncio la ley 12. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., que trata de las cosas que se compran, venden ò permutan, y de otros contratos en que hay lesion en mas ò menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que prefine para pedir su rescision ò suplemento à su justo valor, los que doy por pasados como si lo estuvieran: en consecuencia desde hoy en adelante para siempre me desapodero, desisto y aparto del derecho de patronato, señorío y posesion que en dicho esclavo me pertenece, y todo con las acciones reales, personales y demas que me competen, lo cedo, renuncio y traspaso en el comprador y en quien la suya tenga, para que sea su esclavo, sujeto à su servidumbre, y por tal lo posea, venda, cambie y disponga de él à su arbitrio, como cosa suya adquirida con legítimo y justo título, à cuyo fin se lo entrego á presencia de los testigos que se denominarán, y del insfrascrito escribano, à quien pido que para título de pertenencia le dé copia autorizada de escritura, con la cual, sin mas acto de aprehension, ha de ser visto trasferírsele íntegramente su propiedad y posesion. *(Aquí es superflua la cláusula de* constituto, *porque el comprador se apodera realmente del esclavo por el acto de su entrega que le hace el vendedor; pero si no estuviere presente, se pondrá dicha cláusula, segun queda prevenido en el párrafo 52.)* Me obligo à la eviccion y saneamiento del expresado esclavo, y à que será cierto y seguro para el comprador, sobre cuyo goce y disfrute no se le fomentará pleito, y si se le moviere, lo defenderé à mis expensas en todas instancias, hasta ejecutarlo y dejarle en su quieta y pacífica posesion; mas si no pudiere conseguirlo, y por este motivo fuere despojado de él, ò tuviere alguna de las tachas ò enfermedades que aseguré al principio de esta escritura no tenia, le restituiré incontinenti el precio que por él ha desembolsado; y todas las costas, daños, intereses ó menoscabos que se le ocasionen (cuyo importe defiero en su juramento, y le relevo de otra prueba), ó el menos valor que tenga por la tacha ó enfermedad, á su eleccion, por la cual me ha de poder ejecutar solo en virtud de esta escritura, y para ello usar de las acciones que le dan y en el término que prescriben las leyes 64. y 65. tit. 5. Part. 5. y no despues, sin perjuicio de las de evic-

cion y lesion, que quedan en su fuerza y vigor para el mismo fin; y al cumplimiento de todo lo expuesto obligo mis bienes &c.

Nota. Si el vendedor dice que lo que vende no tiene vicio, tacha ni defecto, ó los oculta al comprador, y este no quiere intentar contra él las acciones *redhibitoria* y *estimatoria*, se omitirá la obligacion del vendedor en cuanto á esto, y se obligará el comprador en la aceptacion que ha de contener la escritura á no usar de ellas, á cuyo fin pondrá el escribano la cláusula que queda extendida en el párrafo 64. Y se le previene que cuando lo vendido es esclavo, caballo, mula ú otro animal, ó mercaderías, ó cosa semejante, ha de renunciar el comprador las leyes 64 y 65. tit. 5. Part. 5, y cuando es heredad ó campo que cria malas yerbas, ò casa, torre ú otro edificio que debe servidumbre ò tributo, la 63 del mismo título y Partida.

VENTA DE LANA.

En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Suarez, vecino de ella = Otorga, que por sí y á nombre de sus herederos vende à Antonio del Rio, que lo es de tal villa, *tantas* arrobas de lana merina (*ò como fuere*), procedida de la pila de su cabaña lanar, fina, trashumante y esquilmo ó corte que ha de hacer en el mes de mayo próximo venidero, en tal parage y en dia claro, sol alto, corral barrido, limpio y seco, y no regado: cuya lana ha de ser blanca, buena, lavada (ó sucia enteramente, segun se pactare), enjuta, escogida, desfaldada y deservada, sin roña, cola, cadillo, hierro, añino, copete, basto y bastoso, y de toda satisfaccion á recibo segoviano, consideradas tres arrobas de añinos por dos de lana, segun costumbre, y pesada arroba por arroba en marco de teja, como lo previene la ley recopilada (*ò con las caidas, peladas, añinos y roña, segun pacten los contrayentes*); y se la vende por *tantos* reales de vellon cada arroba, de que recibe en este acto por parte de paga *tantos* en tales monedas, que contadas los importaron, de cuya entrega doy fe, por haber sido á mi presencia y de los testigos que se nombrarán, y de ellos otorga á su favor la mas eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca; y declara que el justo precio de las *tantas* arrobas de lana son los *tantos* reales al respecto de *tantos* cada una, y que no valen mas ni halló quien tanto le haya dado por ella, y si mas valen ò valer pueden ahora, ò cuando se haga el corte, del mayor valor en mucha ó poca suma hace á favor del

comprador gracia y donacion pura, perfecta è irrevocable en sanidad con insinuacion y demas estabilidades conducentes, renunciando la ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., que trata de lo que se compra ó vende por mas ò menos de la mitad del justo precio, y el término que prescribe para rescindir el contrato, ó pedir suplemento á su justo valor, el que da por pasado como si lo estuviera. Y desde hoy en adelante para siempre se desiste y aparta del derecho que à las *tantas* arrobas de lana tiene y podia pretender: lo cede, renuncia y traspasa enteramente en el comprador, à quien confiere amplio poder con libre, franca y general administracion para que acuda ò envie persona de su satisfaccion à tal parte, en donde se la ha de entregar ó escogerla, y desechar todo lo que no fuere de legítimo recibo, segun queda pactado, para lo cual se obliga á avisarle ocho dias antes, à tenérsela entregada en *tantos* de dicho mes y año, si el tiempo lo permitiere; y á no venderla, darla ni enagenarla total ni parcialmente à otro por mas, ni por el tanto que le ofrezca por ella; y si lo hiciere, confiere igualmente la competente facultad al comprador para comprarla tan buena en donde y á quien quisiere por el precio en que la ajustare; pues el otorgante se obliga à devolverle lo que le dió en cuenta, y satisfacerle por entero lo que mas le cueste sin descuento, à lo que quiere se le apremie por todo rigor legal, como asimismo à la solucion de todas las costas y daños que se le causen, cuyo importe defiere en su relacion jurada y testimonio de la tal compra, sin que sea necesaria otra justificacion, pues le releva de ella en forma. Para su seguridad hipoteca especial y expresamente la referida cabaña con lo que tuviere de aumento entonces, y se impone la pena de *tantos* reales, en que se da por condenado irremisiblemente, para que á falta de puntual cumplimiento en todo ò en parte à lo estipulado en esta escritura, se le exija à mas de lo expresado, entregándose al comprador, y que se pague ò no, ò graciosamente se remita, se lleve á debido efecto este contrato, y sea compelido à su puntual observancia. El citado comprador, que está presente, enterado de lo que queda referido, dijo: que acepta esta venta en todo y por todo, y en su consecuencia se obliga al pago de los *tantos* reales que restan para el completo de la tal cantidad, total importe de dichas *tantas* arrobas de lana, en el mismo dia y acto en que se las acabe de entregar, y en buena moneda de plata ú oro, pena de perder los *tantos* que dió en cuenta y parte de pago, á lo que quiere ser compelido en la propia conformidad que el vendedor; y de-

clara que no vale menos cada arroba: y en caso de que al tiempo del corte tenga menos valor del que sea, hace á favor del vendedor igual gracia, cesion y donacion que la que este le deja hecha del mayor, para que este contrato sea igual á entrambos, con renunciacion de la misma ley del Ordenamiento y término que prescribe, y se obliga á no reclamarlo, y para ello ambos dan poder á los señores jueces de &c.

VENTA DE CENSO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Rodriguez, vecino de ella, dijo: que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier manera, vende y da en venta real y enagenacion perpetua, para siempre jamas á Bernardo de las Heras, vecino de tal lugar, y á los suyos, *tantos* mil reales de principal de censo al quitar con réditos de tres por ciento al año que le pertenecen, segun consta de la escritura que otorgó á su favor Fulano, en tal parte, tal dia, mes y año, ante tal escribano, hipotecando especialmente à su responsabilidad tales bienes, con obligacion de pagarle *tantos* de réditos anuales á dicho respecto y á tales plazos: cuyo censo esta libre de todo gravamen especial, general, tácito y expreso, y se lo vende por los *tantos* reales que importa su capital, y recibe de su mano en este acto en tales monedas à mi presencia, de que doy fe; y como pagado y satisfecho real y efectivamente de ellos, formaliza á su favor la mas eficaz carta de pago y resguardo que á su seguridad conduzca, y se obliga á no volverlos á pedir, ni otra persona en su nombre, pena de restituirlos con mas las costas; y en su consecuencia se desiste, quita y aparta, y á sus herederos y sucesores, de la propiedad, posesion y otro cualquier derecho que á dicho censo le corresponde, y lo cede, renuncia y traspasa con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas en el comprador, à quien confiere poder irrevocable, con libre, franca y general administracion, para que de su autoridad ó judicialmente tome y aprehenda de el la real tenencia y posesion, perciba y cobre íntegramente desde hoy sus réditos à los plazos estipulados en la escritura primordial de su ereccion, hasta que se quite y libere, y entonces de su capital y de todo otorgue las cartas de pago, finiquito, redencion y liberacion correspondiente; y para que no necesite tomar la posesion, le entrega por titulo

de pertenencia la mencionada escritura à mi presencia, de que doy fe: formaliza á su favor esta, de la cual me pide le dé copia autorizada: y con ambas sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferídosele, y en el interin se constituye su inquilino, tenedor y precario poseedor. Asimismo le confiere igual poder para que apremie al censuario actual, y á los poseedores que fueren de las hipotecas de este censo, y á cada uno en particular por el todo á que le reconozcan por dueño y señor de él, y como tal le paguen desde hoy sus réditos, y no al otorgante; el cual consiente se les requiera que lo cumplan, y subroga al comprador y à quien le represente, en su propio lugar, grado, derecho y prelacion, con absoluta cesion de acciones en forma, sin que á él le quede la mas leve. Y se obliga á la eviccion y saneamiento del enunciado censo, y à que será cierto y efectivo su capital, se le pagarán los réditos à los plazos pactados en la escritura primitiva de su creacion, y sobre su propiedad y goce no se le moverá pleito ni pondrá impedimento, y si se le moviere ó pusiere, saldrá á su defensa luego que sea requerido conforme à derecho, y lo seguirá à sus expensas en todas instancias hasta ejecutoriarlo, y dejarles en quieta y pacífica posesion de él y segura cobranza de sus réditos; y no pudiendo conseguirlo le dará el capital que ha desembolsado y réditos que á la sazon se le deban, con mas todas las costas, gastos, perjuicios y menoscabos que se le causen, deferida su liquidacion en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, sin que necesite de otra prueba, pues de ella le releva en forma y quiere y consiente que esta escritura se note y prevenga en el protocolo de la censal, en los títulos de pertenencia de sus hipotecas, en la contaduría de estas en el término legal bajo de la pena impuesta, y en las demas partes que convengan para los efectos que haya lugar: y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes &c.

VENTA DE JURO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Alvaro de Andrade, vecino de ella, dijo: que le pertenece en posesion y propiedad un juro de *tantos* maravedís de principal, y *tantos* de renta anual, situado en la de salinas de tal parte en cabeza de Fulano, á cuyo favor el señor Rey Don Felipe IV expidió privilegio en el Real sitio de tal, à tantos de tal mes y año, firmado de su Real mano y refrendado

de Don Fulano, su secretario, de que se tomó la razon en *tales* oficinas; que tiene tratado venderlo á Juan Martinez, vecino de tal lugar; y para ello impetró la licencia de su Magestad, que me entrega original para documentar esta escritura é insertarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aqui la licencia.

Y usando de la preinserta licencia (que concuerda con la que está en el protocolo de esta escritura, de que doy fe), en la mejor forma que há lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que por sí, y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier manera, vende y da en venta real y enagenacion perpetua al referido Juan Martinez y á los suyos *tantos* maravedís de renta anual, y *tantos* de capital del expresado juro, el cual está libre de todo gravamen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y expreso, como lo asegura, y se lo vende por *tantos* reales, los mismos que importa su capital. (*Aqui se pondrá la fe de entrega ò renunciacion de sus leyes, y luego proseguirá de esta suerte*): Y se desapodera, desiste, quita y aparta de la propiedad, posesion, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que al citado juro le corresponde, y lo cede, renuncia y traspasa con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas en el mencionado Juan Martinez, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion para que tome y aprehenda judicial ó extrajudicialmente su posesion, y lo goce, posea, cambie, enagene, use y disponga de él á su eleccion, como de cosa suya adquirida con justo título: y para que no necesite tomarla, le entrega en este acto á mi presencia, de que igualmente doy fe, el privilegio original con todos los instrumentos que acreditan su pertenencia, de los cuales se omite la relacion por evitar prolijidad; y formaliza á su favor esta escritura, con la cual sin mas acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado y trasferídosele, y en el ínterin se constituye su tenedor y precario poseedor; y le confiere igual poder para que acuda á las nominadas oficinas, y presente en ellas dicho privilegio con la copia original de esta escritura, á fin de que se tilde y borre el nombre del otorgante de todos los libros en que está sentado, y tomada la razon, se siente y ponga en su lugar el suyo como legítimo verdadero dueño, y desde hoy le acudan con la renta que

debe pagarse anualmente, la que perciba íntegra, y llegado el caso de su redencion, los *tantos* maravedís de su capital sin desfalco: y se obliga á su eviccion, seguridad y saneamiento &c. *Proseguirá la cláusula de eviccion, como en la venta de censo, excepto lo que habla de notas, que se ha de omitir, y luego se pondrá la obligacion general, comision y renunciacion, como en las escrituras precedentes.*

Nota. Si se quisiere hacer relacion de los títulos de pertenencia del juro, se pondrá en el lugar correspondiente con arreglo á la escritura de venta, que dejo extendida al principio. Las de venta de efectos de villa requieren las mismas cláusulas que las de juros, pero no es necesaria la licencia que en la de estos, y en cuanto á su relacion è introduccion los mismos títulos servirán de norte y regla al escribano para hacerla.

VENTA DE OFICIO RENUNCIABLE DE ESCRIBANO.

En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que vende y da en venta real y enagenacion perpetua, por juro de heredad á Antonio del Rio, de la propia vecindad, el oficio de escribano público de tal ciudad, que le pertenece en posesion y propiedad, con todos sus protocolos de escrituras públicas, pleitos civiles y criminales, y demas papeles concernientes por libre de todo gravamen, y por *tantos* mil reales que le entrega en este acto, en tales monedas, à mi presencia y de los testigos infrascritos; de que doy fe, y como pagado y satisfecho real y efectivamente de ellos, formaliza á favor del comprador la mas eficaz carta de pago que á su resguardo y seguridad conduzca, y declara que los *tantos* mil reales son el justo valor del referido oficio, y que no vale mas ni halló quien tanto le haya dado por él, y si mas vale ó valer puede, del exceso en mucha ó poca suma hace á favor del comprador gracia y donacion en sanidad pura, perfecta é irrevocable; con insinuacion y demas firmezas legales, y renuncia la ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., que trata de lo que se compra, vende ó permuta por mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que prefine para rescindir el contrato ó pedir suplemento á su verdadero valor, los que da por pasados, como si lo estuvieran. Y desde hoy para siempre se desiste, quita y aparta, y á sus herederos y sucesores, de la propiedad, sucesion, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que le pertenece al mencionado oficio, y todo lo cede, renuncia

y traspasa en el comprador, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, para que de su autoridad ó judicialmente aprehenda del citado oficio la posesion que en virtud de esta escritura le corresponde; y para que no necesite tomarla judicialmente, formaliza á su favor este instrumento, del que me pide le dé copia autorizada, con la cual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferídosele, y en el ínterin se constituye su inquilino, tenedor y precario poseedor en legal forma. Y por cuanto el expresado oficio tiene la calidad precisa de renunciarse para que su Magestad (ó tal ciudad, á quien por Real concesion toca su provision) haga merced de él al comprador, y se le libre el título competente, se obliga á renunciarlo siempre que lo pretenda, previniendo que si despues de renunciado no viviere los veinte dias que prescribe la ley 4. tit. 4. lib. 7. de la Rec., y por esta causa se perdiere y cayere en el fisco, ha de ser por su cuenta y riesgo, y no del comprador, el cual quiere el otorgante pueda compelerle por todo rigor legal á la restitucion de los *tantos* reales que por él desembolsó, y de las costas y perjuicios, que bajo de juramento que le defiere declare haberle causado; y para evitar el daño que pueda ocasionarle el defecto de renuncia, sin perjuicio de constituirla separada, como corresponde, la hace desde ahora con todas las cláusulas y estabilidades que exige el derecho para su validacion, y quiere que la tenga y se estime como hecha con ellas sin reservacion; pero si viviere los veinte dias, y por no presentarla ante su Magestad, ó en el ayuntamiento de dicha ciudad, ó no tomar la posesion del oficio, ó no sacar el título y aprobacion dentro del término prevenido por leyes de estos reinos, ó por otro motivo que no dependa del otorgante, cayere en comiso, ha de ser de cuenta del comprador, y no poder reclamar contra el vendedor ni sus herederos en tiempo alguno; y si lo hiciere no será admitido en juicio ni fuera de él. Y en los términos propuestos se obliga á su eviccion, seguridad &c. (*Proseguirá con la primera escritura de venta.*) Se previene que si el oficio no tiene la calidad de renunciarse, deben omitirse las cláusulas de renuncia, y entonces será una venta llana. Si el oficio es de regidor ú otro, no se ha de hablar de protocolos ni papeles, y sí solo de lo concerniente á él, de lo que instruirán al escribano sus títulos, que deberá tener presentes para la extension de la escritura.

VENTA DE BESTIA.

En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos, José Lopez, vecino de ella, dijo: que vende á Antonio Fernandez, que lo es de tal lugar, un caballo suyo propio de tal edad, altura y color (*se expresarán las demas señales que tenga*), ensillado y enfrenado (*ó sin freno ni silla, segun se pactare*), sin tacha ni vicio que impidan servirse de él, por *tantos* reales. (*Aqui se pondrá la fe de entrega, y renunciacion de sus leyes.*) Y declara que los *tantos* reales son el justo y verdadero valor del referido caballo, y que no vale mas ni halló quien le haya dado tanto por él, y si mas vale ó valer puede, del exceso en poca ó mucha suma hace á favor del comprador gracia y donacion en sanidad pura, perfecta è irrevocable con las firmezas necesarias, y renuncia la ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. y los cuatro años que prescribe para pedir rescision del contrato, ó que se supla su justo valor, los que da por pasados, como si lo estuvieran; y desde hoy en adelante para siempre se desiste, quita y aparta de la propiedad, posesion y otro cualquier derecho que le pertenece á dicho caballo, y lo cede, renuncia y traspasa en el comprador, para que lo tenga, use y disponga de él, como de cosa suya adquirida con legítimo título, á cuyo fin se lo entrega por la oreja (*ó freno si le tuviere*), y me pide que de esta escritura le dé copia autorizada, con la cual, y con dicha tradicion ha de ser visto habérsele trasferido conforme á derecho la posesion del referido caballo, y se obliga á que sobre su propiedad y disfrute no se le moverá pleito, ni descubrirá vicio, tacha ni defecto alguno, y si se le moviere ó descubriere &c. (*Proseguirá esta cláusula como la de venta de esclavo que dejo extendida, y luego las generales.*) La ley 65. tit. 18. Part. 3. trae extendida esta escritura.

Nota. Si se vende la bestia con todas las tachas y costumbres buenas y malas que tiene (que llaman á estilo de feria ó mercado, llevará aceptacion la escritura, se obligará el comprador á no intentar contra el vendedor las acciones de rescision de contrato y suplemento de su justo valor, y como en la cláusula extendida en el párrafo 64; y solo se obligará el vendedor á la eviccion de la propiedad, goce y posesion de la bestia, como en otra cualquiera venta llana, previniendo que si el animal que se vende es hembra que está criando ó preñada, van vendidos con ella los hijos que cria, no pactándose lo contrario: lo que

advertirá el escribano à los contrayentes, y expresará en la escritura para evitar disputas.

VENTA DE VILLA.

Don Francisco de Andrade, vecino de esta villa, y poseedor del mayorazgo erigido por N., digo: que al citado mayorazgo corresponde entre otros bienes la villa de *tal* con su término, que hácia el oriente confina con el de *tal* ciudad, por el occidente con el de *tal* lugar, por septentrion con el de *tal* villa, y por mediodía con el de *tal*, y en ella me pertenecen la jurisdiccion civil y criminal, alta, baja, mero mixto imperio, sus alcabalas, *tales* pechos, dehesas, montes, palacio, *tantos* prados de pastar, y otras acciones y derechos en sus moradores, que como mis vasallos me pagan hasta en *tanta* cantidad anual, de que hizo merced al fundador el señor Rey Don N. en tal parte, à tantos de tal mes y año, firmada de su Real mano y refrendada por Don N., su secretario: y por hallarme molestado de varios acreedores (*ó por otros motivos que tenga, los que se expresarán*), para satisfacer los empeños que contraje, y redimir la vejacion en que estoy constituido, determiné vender la referida villa con todo lo que le corresponde, à cuyo fin supliqué à su Magestad (que Dios guarde) me concediese la competente licencia: quien precedidas varias diligencias é informes, fue servido deferir à mi pretension, como se acredita de la Real facultal expedida en el Real sitio de *tal*, à *tantos* de *tal* mes y año, que original se une à esta escritura para documentarla è incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aqui la Real facultad.

Y aceptando la licencia que contiene la Real cédula inserta, en uso de ella, por mí y en nombre de mis hijos, herederos, sucesores y demas llamados à la obtencion y goce del mencionado mayorazgo, y de quien de ellos y de mí hubiere título, voz y causa en cualquier manera, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete, de mi libre y espontánea voluntad = Otorgo que vendo y doy en venta real y enagenacion perpetua, por juro de heredad para siempre jamas, á Don Fernando de *tal* y á los suyos, la referida villa, segun queda deslindada y declarada con todo su término, palacio, jurisdiccion civil y criminal, alta, baja, mero mixto impe-

rio, alcabalas, pechos, prados, pastos, dehesas, montes, aguas estantes, corrientes y manantes, usos, costumbres, entradas, salidas, derechos, regalías y servidumbres, y con todo lo demas que en ella, su término y contra sus vecinos y moradores me pertenece y puede corresponder de hecho y de derecho con arreglo á la merced y privilegio expedido por su Magestad el señor Rey Don N., de que queda hecha expresion, sin reservacion alguna, por libre de todo gravamen (*Si tuviere alguno se especificará y añadirá*: que no tiene mas), en *tantos* mil reales de vellon, y en virtud del auto proveido ante el presente escribano en tantos del mes próximo precedente por el señor Don N., corregidor de esta villa, y juez comisionado por la enunciada Real facultad para la solucion de mis acreedores, depositó el comprador en las arcas de la depositaría general de ella, como resulta de los autos de depósito que originales se insertan en esta escritura, y á la letra dicen así.

Aquí los autos.

Con cuyo depósito me doy por entregado, pagado y satisfecho de los mencionados *tantos* mil reales; y aunque su entrega ha sido cierta y ejecutiva, porque no parece de presente, la confieso, renuncio la excepcion que nace de no haberse hecho el pago, y la ley 9. del tit. 1. Part. 5, que trata de los dos años para la prueba de su recibo, que doy por pasados como si lo estuvieran, otorgo á su favor la mas firme y eficaz carta de pago que à su seguridad conduzca; y en su consecuencia declaro que el justo precio y verdadero valor de la prenotada villa, con su término, jurisdiccion, regalías y demas derechos nominados, son los *tantos* mil reales depositados, y que no vale mas ni hallé quien tanto me haya dado por ella, y si mas vale ó valer puede, del exceso en mucha ó poca cantidad hago al comprador gracia y donacion en sanidad pura, perfecta é irrevocable, con insinuacion y demas estabilidades congruentes; renuncio la ley 1. tit. 11. lib. 5. Rec., que trata de las cosas que se compran, venden y permutan, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, y el cuatrienio que prefine para pedir rescision de ellos ó suplemento á su justo valor, que doy por pasado como si lo estuviera; y en virtud de la Real facultad inserta desmembro, segrego y aparto, doy por segregada, apartada y desmembrada del citado mayorazgo la enunciada villa, su término y demas que queda relacionado, del

mismo modo que si jamas se hubiera vinculado ni incorporado en él; y me desapodero, desisto, quito y aparto, y à los sucesivos poseedores que de él fueren, segun los llamamientos prescriptos en su fundacion, del dominio ó propiedad, posesion, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que à la prenotada villa me pertenece, y todo con las acciones reales, personales &c. (*Proseguirá como la venta llana hasta el fin; y se prevendrá que en la escritura de fundacion del mayorazgo y en su protocolo se pongan las notas conducentes para que en lo sucesivo conste de su separacion.*) Si la villa es libre no se necesita facultad Real para su venta, á menos que en la merced hecha de ella se haya mandado que sin este requisito no pueda ser vendida ni enagenada, y que todos los poseedores tengan precisamente que obtener título de confirmacion para poseerla.

CABEZA Y PIE DE VENTA JUDICIAL.

Don Fulano de tal, del Consejo de su Magestad, su alcalde de casa y corte, y teniente corregidor de esta villa de Madrid, su tierra y jurisdiccion por el Rey nuestro Señor: hago saber al excelentísimo señor conde de tal, presidente del Concejo, á los señores de él y de todos los de su Magestad, alcaldes de su Real casa y corte, corregidor de esta villa, jueces de comision y demas de estos reinos, y à cualesquier ministros de justicia, ante quienes esta escritura fuere presentada, y pedido su cumplimiento, que à instancia de Pedro de tal se han seguido ante mí, y por la escribanía del cargo del presente escribano, autos ejecutivos contra Fulano, sobre paga de *tanta* cantidad que le debia, los cuales tuvieron principio en tal dia de tal mes y año, por pedimento que con presentacion de escritura de obligacion que habia otorgado á su favor en tal parte, á tantos de tal mes y año, ante Fulano, dió, pretendiendo que mediante haber espirado el plazo en que debió satisfacerla, y no haberlo cumplido, despachase ejecucion por ella, su décima y costas contra su persona y bienes, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta legítimas y justas pagas; à lo que deferí en el propio dia, y en su consecuencia &c. (*Aqui se relacionarán lacónicamente los autos hasta el estado de despachar la venta, en la que se insertará un testimonio á la letra de ellos para documentarla, y no los originales, porque si algun dia se ofrece tomarlos tal vez á algun heredero del deudor ú otro, no se le pueden entregar si estan protocolados.*)

Aqui los autos.

Concuerdan los autos insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que el infrascrito escribano da fe, y à que me refiero; y en su consecuencia, usando de la Real jurisdiccion que ejerzo, y de la facultad que me conceden las leyes del reino, en la via y forma que mejor haya lugar en derecho= Otorgo en nombre de Fulano y de sus hijos, herederos y sucesores, que vendo y doy en venta real y enagenacion perpetua por juro de heredad á Fulano &c. *(Proseguirá como la venta regular, hablando siempre el juez en nombre del deudor dueño de la alhaja que se vende, desistiéndolo de su propiedad y posesion, y obligándolo y á sus herederos á la eviccion y saneamiento, del mismo modo que si fuera su apoderado; y concluida la renunciacion general añadirá.)* Y de parte de su Magestad exhorto y requiero à los referidos señores jueces, y de la mia les pido y encargo, y mando á los alguaciles de esta Corte y villa, porteros de ambas y demas ministros *(Si la venta se despachare en otra jurisdiccion, mandará solamente á las de la suya.)* guarden, cumplan y ejecuten, y hagan guardar, cumplir y ejecutar esta escritura, segun en ella se expresa, y contra su tenor no vayan, ni la contravengan con pretexto alguno: y los referidos ministros lo cumplirán pena de prision y de cincuenta mil maravedis para la Real Cámara; bajo la cual mando igualmente à cualquier escribano que por el comprador ó por quien le represente sea requerido, se lo notifique, y de ello dé testimonio, sin sacar esta escritura de su poder; y para su estabilidad asi lo otorgo y firmo ante el presente escribano del número en esta expresada villa á tantos de tal mes y año, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de ella: el señor juez otorgante: yo el escribano doy fe conozco.

RETROVENTA.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Antonio Fernandez, que lo es de tal lugar, por escritura que otorgó á su favor en tal dia, mes y año, ante tal escribano, le vendió una casa suya propia, sita en tal parte, con tales linderos, por *tanta* cantidad, con la condicion de poder recobrarla dentro de tantos años, cuya facultad se reservó, como entre otras cosas

resulta de la citada escritura à que se remite; y estando para espirar el término prefinido para su recuperacion, requirió judicialmente al otorgante que se la restituyese, pues estaba pronto á entregarle incontinenti los *tantos* reales que desembolsó por ella, à lo que en fuerza de la obligacion que constituyó en la aceptacion de dicha escritura, condescendió, y cumpliendo con ella, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Otorga que retrovende y restituye al enunciado Antonio Fernandez la mencionada casa, segun y en la conformidad que se la vendió con todas las cláusulas de traslacion de pleno dominio, posesion, constituto y demas que en la prenotada escritura de venta se refieren, las que da aqui por repetidas é insertas, como si literalmente lo fueran: y si por la expresada escritura (que original con los demas títulos de pertenencia le entrega, de que doy fe), y tiempo que poseyó la enunciada casa, adquirió algun derecho á ella, lo cede, renuncia y traspasa íntegramente en el referido Antonio, mediante recibir de su mano en este acto los *tantos* reales que el otorgante le dió por ella en tales monedas &c. (*Aqui se expresará las que sean, y si la entrega hubiere precedido al acto, se pondrá la confesion y renunciacion de la ley 9. tit. 1. Part. 5, como en otras escrituras, y proseguirá:*) Y formaliza à su favor la escritura de retroventa, cesion é íntegra restitucion, con todas las cláusulas por derecho necesarias para su estabilidad y resguardo, sin quedar obligado à su saneamiento ni responsabilidad, en atencion á no haber padecido decremento ni deterioro mientras la tuvo en su poder, ni impuéstola gravamen alguno, y si este pareciere, quiere y consiente ser compelido á indemnizarle y exonerarle de él, y á satisfacerle otro tanto como importe, que por pena se impone, y en que desde ahora se da por condenado irremisiblemente, y las costas y gastos que en su exaccion se le originen, sin que sea necesaria mas justificacion que el testimonio que acredite el gravamen, aunque para darlo no preceda su citacion ni auto de juez, pues de todo le releva: y el referido Antonio, que está presente, acepta esta escritura, se da por entregado de la venta y títulos de dicha casa, y confiesa que esta no tiene desmejoro ni desfalco en su fábrica, por haberla hecho reconocer à peritos de su satisfaccion, y hallarse en el mismo ser y estado que cuando la vendió al expresado Francisco, por lo que le da por libre enteramente de su responsabilidad, se obliga à no reclamar esta escritura, aunque se descubra luego en la casa algun daño grave ó leve; y si lo hiciere, quiere à mas de no ser oido judicial ni ex-

trajudicialmente, que se le compela à su observancia y condene en costas, como á quien pretende lo que no le toca: y al cumplimiento de este contrato obligan ambos otorgantes sus personas y bienes muebles, raices, presentes y futuros; dan &c.

POSESION EXTRAJUDICIAL.

Estando en tal sitio, término y jurisdiccion de esta villa de tal, à tantos de tal mes y año, Francisco Perez, vecino de ella, à quien pertenecieron las tierras contenidas en la escritura de venta precedente, dió à Juan Alvarez, vecino de tal parte, à cuyo favor formalizó dicha escritura, la posesion real, actual, corporal, ó *cuasi* de tal tierra en voz y en nombre de todas las demas: y en señal de verdadera posesion entró por la mano al comprador en ella, por la cual se paseó, arrancó yerbas, esparció puñados de tierra, é hizo otros actos posesorios sin contradiccion de persona alguna; y de haberla tomado quieta y pacíficamente el comprador, lo pidió por testimonio para su resguardo: y el vendedor requirió por ante mí à Antonio Rodriguez, colono ó arrendatario de todas las tierras que constan vendidas en dicha escritura, y está presente, acudiese con la renta que hay vencida, y se devengase desde el dia tantos de tal mes de este año, en que se celebró la venta, al comprador, y no á otro, y lo reconociese por dueño propietario de ellas, lo que se obligó à cumplir, y todos lo firmaron, à quienes doy fe conozco, siendo testigos &c.

Nota. Si la posesion fuere de casa, dirá: *y en señal de verdadera posesion se paseó por sus piezas, abrió y cerró sus puertas y ventanas quedándose con sus llaves, é hizo otros actos posesorios* &c. y el requerimiento á los inquilinos, si los tuviere entonces, será como el de arriba, y en su defecto se pondrá en diligencia separada: y si la posesion fuere de una alhaja sola, se omitirá la expresion *en voz y en nombre de todas las demas que contiene la antecedente.*

AUTO PARA DAR POSESION JUDICIAL.

La posesion judicial se da en virtud de auto ó mandamiento del juez, ante quien la parte legítima para tomarla presenta ó exhibe los documentos, en cuya virtud, y no de otro modo, debe dársele, y el auto se extiende en estos términos: *Por presentados* (ó exhibidos) *los documentos que se refieren, por lo que*

de ellos resulta se dé á esta parte sin perjuicio de tercero de mejor derecho la posesion real, actual, corporal, ó cuasi de (Aquí se expresará lo que sea.) *con el goce de sus frutos, regalías y aprovechamiento desde tal dia inclusive* (el que sea) *siguiente al en que falleció Fulano* (ó en que se celebró la venta de tal casa, ó se le donó, ó lo que fuere), *y obligacion de cumplir sus cargas* (si las tuviere, y si no, se ha de omitir esta expresion), *y en ella se le ampare y defienda: impónese la pena de cincuenta mil maravedís para la Cámara de su Magestad á quien se la perturbare, sin vencerle primero en juicio: requiérase á las personas que deben contribuirle con sus rentas, lo ejecuten, y no á otra, bajo la de volverlas á pagar haciendo lo contrario, para lo cual se confiere comision á cualquier alguacil de este juzgado y escribano de su Magestad. Dense á esta parte los testimonios que pida para su resguardo, y se la devuelvan los documentos presentados: el señor Don Fulano, corregidor de esta villa de tal, lo mandó á tantos de tal mes y año, y lo firma.*

POSESION JUDICIAL DE UNA CASA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, Fulano, alguacil de su juzgado, en virtud de la comision que por el auto anterior le está conferida, dió á Francisco de tal, vecino de ella, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la posesion real, actual, corporal, ó *cuasi* en forma, de tal casa, sita &c. *(Aquí se expresarán calle y linderos.)* con el goce de sus alquileres y aprovechamientos, desde tal dia, en que consta habérsela vendido Fulano por la escritura exhibida; y en señal de verdadera posesion le entró por la mano en dicha casa, entregó las llaves de sus puertas, las abrió, cerró, se paseó por sus piezas y cuartos, echó fuera á los que estaban en ellos, é hizo otros actos posesorios sin la mas leve contradiccion, y en ella le amparó, defendió é impuso para la Cámara de su Magestad la pena de veinte mil maravedís que contiene el auto mencionado, á quien se la perturbe sin vencerle primero en juicio: y de haberla tomado quieta y pacíficamente, lo pidió por testimonio para su resguardo, y firma con el citado alguacil, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa, de que doy fe.

Nota. En los autos de posesion y posesiones judiciales se pone siempre el aditamento: *sin perjuicio de tercero de mejor derecho*, porque como se dan sin audiencia ni citacion de otro, debe el juez dejar á salvo su derecho, por si el que la toma la

pide con instrumentos simulados, ó aunque sean verídicos, pues pueden serlo, y haber alguno llamado que sea preferido por la proximidad de parentesco, ò por otro motivo, lo que no sucede cuando precede conocimiento de causa en contradictorio juicio, como en las tenutas, en las cuales el que no parece dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la vacante, solo tiene accion à litigar la propiedad, y aquel à cuyo favor se declaran, hace suyos los frutos vencidos; pero en las demas posesiones no, y asi sirve únicamente de provocar al juicio, y luego que comparece otro, se convierten en simple citacion à persona incierta de ciertas, que son las que tienen derecho à poseer y no se conocen. No puse pena en la posesion extrajudicial, porque nadie puede imponerla à otro sino la ley, ó el juez como ministro ejecutor de ella, y único que tiene potestad para hacerlo.

CAPITULO TERCERO.

De la venta de las cosas eclesiásticas.

§. 1. Las cosas eclesiásticas son de tres clases.
2. ¿Cuales se dicen espirituales?
3. ¿Cuales se llaman cuasi espirituales ó anejas á ellas?
4. ¿Cuales se llaman eclesiásticas por solo pertenecer á la iglesia, aunque nada tienen de sagradas?
5. Las cosas espirituales no pueden venderse sin incurrir en simonía, ni tampoco las anejas á estas.
6. ¿Que es simonía? Y sus diversas divisiones.
7. Las cosas de la última clase pueden enagenarse sin riesgo de incurrir en simonía.
8. Formalidades requeridas para esta enagenacion. Primer requisito.
9. Sobre si han de ser tres necesariamente las juntas que han de preceder á la enagenacion.
10. Segundo requisito. La licencia del superior.
11. Tercero. Consentimiento expreso de la comunidad. Cuarto. Que intervenga la firma de los que aprueban la enagenacion.
12. Quinto. Que la licencia y tratados se unan originales á la escritura.
13. Sexto. Que declaren ser toda la comunidad, ó la mayor parte de los individuos que la componen.
14. Séptimo. Que obliguen sus bienes á la estabilidad del contrato.
15. Que la escritura contenga la cláusula guarentigia.

1. Bajo el nombre de cosas eclesiásticas se comprenden las que son puramente *espirituales*: las que estan *intrinseca-*

mente anejas á estas: y las que pertenecen à la iglesia; pero que *nada tienen de sagradas ni de espirituales.*

2. Las *espirituales* son aquellas que directamente se refieren al fin sobrenatural para que fuimos criados, y estan establecidas por institucion divina ó eclesiástica para la salud del alma. Tales son las gracias *gratis datas* por Dios, como el don de hacer milagros; los sacramentos y cosas que se dicen sacramentales, los divinos oficios y oraciones públicas y privadas, los actos de jurisdiccion eclesiástica, como la absolucion de pecados y censuras, la concesion de indulgensias, la dispensacion y relajacion de votos y juramentos; la eleccion, colacion é institucion de beneficios y dignidades eclesiásticas y otras semejantes (1).

3. Por cosas *anejas á las espirituales* se entienden las que aun cuando por sí no lo sean, tienen íntima conexion con las espirituales. De esta especie son el derecho de patronato, los réditos y pensiones de beneficios, los diezmos y primicias, la accion de percibirlos, la administracion de sacramentos, y celebracion de misas, los templos, altares y ornamentos sagrados, los agnusdei, y todas las demas cosas consagradas y benditas.

4. Otras hay que aunque se llaman eclesiásticas porque pertenecen à la iglesia y sus ministros, nada tienen en sí de sagradas, por ser de uso y aplicacion temporal: como los bienes raices, muebles y semovientes, derechos y acciones propios de algun convento, iglesia ó comunidad eclesiástica.

5. Las cosas espirituales no pueden comprarse ni venderse sin incurrir en el crimen de sacrilegio y simonía, cuya prohibicion es de derecho divino. Tampoco pueden ser vendidas las de la segunda clase, que son las anejas á las espirituales, incurriendo en el mismo crimen los que den ó reciban precio por ellas, segun lo tiene establecido el derecho canónico, y reconocen nuestras leyes (2).

6. Es pues la *simonía* un sacrilegio que consiste *en comprar, vender ó enagenar las cosas sagradas y espirituales, y las anejas á ellas, por otras profanas ó temporales* (3). Diósele el nombre de *simonía* porque el mago Simon fue el primero que cometió este delito en la ley de Gracia, ofreciendo dinero á los Apóstoles por el don de hacer milagros. Dividese en *espiritual* y *eclesiástica*: la *espiritual* se comete comprando ó vendiendo cosas espirituales; y la *eclesiástica*, vendiendo ó comprando las cosas

1 Act. Apost. cap. 8. num. 20. Math. 10. cap. 1. num. 8 cap. 5. 7, 9, 1[illegible], 21, 121. caus. 1, 9, 1. y cap 8 hasta el 36. *de simonia*

2 Ley 1. tit. 17. Part. 1.

3 Dicha ley 1.

anejas á ellas, como oficios ò alhajas de la iglesia, y resignando ò permutando beneficios eclesiásticos sin autoridad competente (*). Divídese igualmente en *real*, *convencional* y *mental*, segun que ha habido *entrega*, *convenio* ó *intencion* de obtener lo espiritual por lo temporal. Bajo el nombre de cosa temporal no solo se comprende el dinero, alhajas ú otros efectos materiales, sino los obsequios, elogios y servicios de cualquiera especie, siempre que se dirijan al indicado objeto. Sobre todas las clases de simonía, casos en que se comete, penas que trae consigo &c. pueden verse los escritores del derecho canónico, pues lo dicho basta para noticia del escribano.

7. De lo dicho se infiere que solo podrán enagenarse sin incurrir en simonía las cosas eclesiásticas de la tercera clase; es decir, los bienes raices, muebles &c. propios de las iglesias. Mas téngase entendido que para su enagenacion ha de intervenir utilidad, necesidad ó piedad, à lo cual se reducen las seis causas que expresa la ley 1. tit. 14. Part. 1. por estas palabras: *La primera por gran deuda que debiesse la eglesia, que non se pudiesse quitar de otra manera. La segunda para quitar sus parrochianos de cativerio, si non oviessen ellos de que se quitar. La tercera para dar de comer á pobres en tiempo de hambre. La cuarta para facer su eglesia. La quinta para comprar logar cerca de ellas para crescer el cimenterio* (**). *La sexta por pro de su eglesia, como si vendiesse ò cambiasse alguna cosa que non fuesse buena, por comprar otra mejor.* Con esta Real disposicion concuerdan varias resoluciones canónicas (1).

8. Las formalidades requeridas para la firmeza de la escritura de enagenacion de bienes eclesiásticos se reduce à lo siguiente. I. Que el obispo y su cabildo, ó el prelado de algun convento y los religiosos de él se junten (á cuyo fin el respectivo superior debe convocar á todos los que tienen voto, porque si alguno no es llamado, puede anular el acto, y siéndolo, aunque no asista, no se anulará, pues el prelado cumple con avisar à todos), y estando juntos y congregados à son de campana, ó por cédula antes del dia, segun lo hayan de costumbre cuando tienen que contratar alguna cosa util à la comunidad, les debe proponer

* Entiéndase que el estipendio que suele darse por la celebracion de misas y demas de esta clase es limosna y no precio, y asi no se comete simonía.

** Sobre cementerios pueden verse la Real cédula de 3 de abril de 1787, y las Reales órdenes de 26 de abril y 28 de junio de 1804, y de 24 de mayo y 17 de octubre de 1805. Véase igualmente la ley 1. tit. 3. lib. 1. Nov. Rec. y sus cuatro notas.

1 Clem. 1. *de reb. Eccles. alienand.* cap. 1. *de pignorat.* y el cap. *Aurum*, caus. 22. quæst. 2.

el fin de la convocatoria, y mandar que lo traten y den su voto y parecer. Este acto ó junta, que llaman *tratado*, suele reiterarse tres dias continuados: en los dos primeros nada resuelven, y solo responden que lo mirarán y reflexionarán; pero en el último dice cada uno lo que contempla mas conveniente: y si alguno ó algunos no asienten á la enagenacion, se ha de expresar, y las razones en que afianzan su dictámen, pues aunque sea menor parte la de los que la resisten, si sus fundamentos son mas poderosos y sólidos que los de la mayor, no debe efectuarse la enagenacion, y si se hace no valdrá (1).

9. En cuanto à que hayan de ser ó no tres actos ó juntas, y celebrarse en tres dias continuados, hay variedad de opiniones: no he encontrado ley que lo mande ni aconseje, pues la 10. tit. 14. Part. 1., hablando de lo que debe observar el obispo con su cabildo en la enagenacion de las cosas de su iglesia, manda que se junten, que para ello se convoque á todos, estando en parage de donde puedan venir, que de lo contrario puedan los no convocados contravenir lo resuelto en el acto, y que este no valga; pero no dice que hayan de ser tres juntas, ni en tres dias continuos, ni la 63. tit. 18. Part. 3, que prescribe la forma de ordenar estas enagenaciones, previene semejantes requisitos, ni en el derecho canónico (2) lo hallé dispuesto, y sí solo que preceda el tratado de todo el cabildo ó comunidad: por lo que me persuado que los tres actos se celebran por costumbre, á fin de que con mas madurez y acierto puedan resolverlo, como que tienen tres dias para pensarlo, y no por precepto ni como circunstancia sustancial; pero lo mejor es que se practique segun se acostumbra.

10. II. Que intervenga licencia del superior; si bien en lo antiguo se dudaba sobre quién debia tenerse por tal. Unos decian que bastaba la del inmediato al cabildo ó comunidad, v. gr. el obispo ó provincial, y otros que era preciso la del Papa; cuya duda quitó la extravagante *Ambitiosæ*, que prohibió la enagenacion sin licencia del Sumo Pontífice; pero hoy basta la del superior inmediato, por no estar recibida esta conónica disposicion en lugares muy distantes de la Santa Sede (3).

11. III. Que concurra la voluntad y consentimiento expreso de toda la comunidad, ó de su mayor y mas sana parte (4). IV.

1 Ley 10. tit. 14. Part. 1.
2 Cap. 1. *de reb. Ecclesiæ alienand.* y can. *Sine exceptione* 12. quæst. 2.
3 Eng. lib. 3. tit. 13. num. 11. y Reinf. lib. 3. tit. 13. §. 2. num. 30 al 32.
4 Cap. ut supr. 8 §. fin. *de reb. Ecclesiæ alienand.* y leyes 5, 7 y 10. tit. 14. Part. 1.

Que se sienten los nombres y apellidos de todos los individuos de la comunidad, que se suscriban en la enagenacion y la aprueben: asi consta del cap. 1. tit. *de his quæ fiunt á prælatis*, con el cual concuerdan las leyes 7, 8, 9 y 10. tit. 14. Part. 1.

12. V. Que la licencia y tratados se unan originales á la escritura de enagenacion para documentarla, y se inserten en sus traslados, y al otorgamiento de estos concurran todos los individuos por su hecho propio, y en nombre de los ausentes, enfermos é impedidos de presenciar el acto, y de los que les sucedan, prestando por ellos la caucion *que habrán por firme la enagenacion ó cosa que ejecuten, y jamas se opondrán á ella, y si lo hicieren pagarán lo que contra ellos fuere juzgado y sentenciado; y á este fin estarán á derecho y asistirán á juicio*, lo cual se prueba de la ley 63. tit. 18. Part. 3.

13. Que confiesen ser todos, ó la mayor parte de los que componen la comunidad y tienen voto en ella: y aunque la concurrencia de la mayor parte es suficiente, mejor será la de todos, porque lo que á todos toca singularmente por todos debe ser aprobado; previniendo que si confesaren serlo y no lo fueren, y por esto alegaren despues nulidad del contrato, de nada les servirá por el dolo que en la confesion cometieron, porque las leyes protegen á los engañados, y no á los engañadores.

14. VII. Que obliguen á la estabilidad del contrato los bienes y rentas presentes y futuras de la comunidad, como lo dice dicha ley 63. tit. 18. Part. 3. ibi: *salvo que debe decir que el abad obliga por sí é por sus sucesores los bienes del monasterio al comprador é á sus herederos por aquella vendida que le face.* Lo propio debe observarse por idéntica razon en las enagenaciones de bienes de las iglesias que tienen cabildo: y si son parroquiales han de intervenir los patronos y algunos parroquianos, como lo previene la expresada ley; pero esto se entiende solo en dos casos, que propone Reinf. lib. 3. tit. 13. §. 2. num. 34. y son: primero, cuando el patrono dió sus bienes en feudo á la iglesia; y segundo, cuando en la fundacion de esta puso la condicion de que habia de intervenir precisamente su consentimiento en la enagenacion, y la iglesia la aceptó.

15. Y VIII. Que la escritura contenga la cláusula guarentigia, y sumision á los jueces de su fuero, con la renunciacion del beneficio de menor edad y auxilio de restitucion en el todo, que por derecho (1) compete á las iglesias, concejos, comuni-

1 Ley fin. tit. fin. Part. 6.

dades, fisco y menores; y que los otorgantes juren la observancia del contrato para su mayor estabilidad. Con cuyos requisitos quedará segura la enagenacion de bienes eclesiásticos, y de lo contrario podrá la iglesia demandarlos á los que lo posean, porque no se pierden por tiempo (1); bien que los raices pueden prescribirse por el de cuarenta años, á excepcion de los que pertenezcan à la iglesia de Roma, pues respecto de estos son necesarios ciento (2).

Escrituras correspondientes á este capítulo.

CABEZA DE VENTA DE BIENES DE CONVENTO.

Estando en la sala *de profundis* (ó como se llame) del convento de Santo Domingo de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, el R. P. Fr. Francisco de tal, prior, Fr. Juan, suprior &c. (*Aqui se nominarán los demas que hubiere y tengan voto en comunidad.*) todos religiosos profesos, que confiesan ser la mayor parte de los que hay en él, y tienen voto de comunidad, juntos y congregados á son de campana, segun lo acostumbran cuando tienen que tratar y conferir alguna cosa tocante al servicio divino y utilidad de este convento, por sí y en nombre de los ausentes é impedidos de presenciar este acto y de sus sucesores, por quienes prestan caucion de estar á derecho, pagar juzgado y sentenciado, pasar por el contexto de este instrumento, y no reclamarle bajo de expresa obligacion que para su firmeza hacen de los bienes y rentas presentes y futuras de este convento, dijeron: que le pertenecen en posesion y propiedad diferentes tierras con su casa en término de tal villa, en que sucedió por muerte de Fulano, que lo instituyó por único y universal heredero en el testamento que otorgó en tal dia, mes y año, ante Fulano, escribano de su número, de las cuales no puede utilizarse á causa de la dilatada distancia, y de producir muy poco en renta, atendido su valor en propiedad, por no poder cultivarlas; por cuya razon, habiéndose proporcionado venderlas á Fulano, vecino de aquella villa, en *tanta* cantidad, é invertirla en otras inmediatas á este convento, que quiere enagenar Fulano, y seguírsele mucha utilidad de vender aquella y comprar estas, determinaron ejecutarlo, á

1 Leyes 8 y fin. tit. 14. Part. 1 y 6. tit. 29. Part. 3.

2 Ley 26. tit. 29. Part. 3.

cuyo fin se congregaron tres dias, é hicieron tres canónicos tratados, y de esta resolucion dieron parte al R. P. Fr. Fulano, su provincial, quien en vista de las razones propuestas y conocido beneficio que se seguia à este convento, le concedió la competente licencia en el de tal parte, tal dia, mes y año, firmada de su mano, refrendada de Fr. Fulano, secretario de esta provincia, y sellada con el sello mayor de sus armas, que original con los tratados se une á este instrumento para documentarlo, é insertarlos en sus traslados, y su literal tenor dice asi.

Aqui los tratados y licencia por el orden de sus fechas.

Y aceptando los padres otorgantes la preinserta licencia, y usando de ella, en la mejor forma que há lugar en derecho, cerciorados del que en este caso les compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorgan que venden y dan en venta real y enagenacion perpetua por juro de heredad, à Fulano de tal, vecino de la expresada villa &c. *(Proseguirá como la expresada venta llana, añadiendo los requisitos explicados en los dos últimos párrafos del capitulo de la venta de cosas eclesiásticas.)*

TRATADOS.

Estando en la sala *de profundis* del convento de Santo Domingo, extramuros (*ò intra muros*) de esta villa de tal *(si fuere cabildo dirá)*: en la sala capitular, ó *el nombre que tenga)*, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, el R. P. Fr. Fulano, prior de él, Fr. Fulano, suprior, Fr. Fulano &c. *(Aqui se pondrán los nombres y apellidos de los demas religiosos.)* todos religiosos profesos conventuales, y la mayor parte de los que expresaron haber en él y tener voto de comunidad, se congregaron à son de campana, segun lo han de costumbre siempre que tienen que conferir alguna cosa util al servicio de Dios y á este convento, y estando juntos les propuso dicho P. Prior (*Aqui se expresará con la mayor claridad lo que les propongan*), y les mandó, en virtud de santa obediencia, que traten entre sí sobre lo expuesto; vean si será ó no util à este convento que se efectúe, y den libremente su voto y parecer: y enterados respondieron que lo mirarán y reflexionarán; y con mas maduro acuerdo darán su voto; y lo firmaron: á quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

Nota. El segundo tratado se extiende como el anterior: y si los religiosos responden que les parece util, se expresará, como tambien si estan discordes; y en este caso debe ponerse la razon en que cada uno afianza su dictamen y contradiccion, añadiendo: *que no obstante difieren darlos decisivos para el dia tercero*: y si en el primero resuelven, por no haber costumbre de hacer mas, se pondrá su resolucion.

TRATADOS TERCEROS.

Estando en la sala *de profundis* del convento de Santo Domingo, extramuros, de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, el R. P. &c. *(Aqui como arriba.)* todos religiosos profesos de este convento, que confesaron ser la mayor parte de los que hay y tienen voto de comunidad en él, estando juntos y congregados á son de campana, como lo acostumbran cuando han de tratar alguna cosa tocante al servicio de Dios y beneficio de este convento, les propuso dicho P. Prior *(Aqui se pondrá la proposicion como en las juntas precedentes.)* y les mandó una, dos, tres veces, y las demas en derecho necesarias, que libre y decisivamente den su voto y parecer: y enterados unánimemente dijeron que les parece muy util y conveniente se efectúe todo segun dicho P. Prior ha propuesto, y á este fin quieren que para su mayor estabilidad se formalicen las escrituras correspondientes, y se impetre la licencia del R. P. Provincial, prescripta por derecho canónico, la que por su parte le piden desde ahora: y visto por dicho P. Prior, dijo: que aprueba su resolucion, la que hará presente á dicho R. P. para que conceda la licencia referida, y tenga cumplido efecto lo que les propuso: manda que todo se ponga por testimonio, y lo firma con los demas religiosos, á quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

CAPITULO CUARTO.

De los retractos ó tanteos de las ventas.

§. 1. ¿Que es retracto?

2. Razon porque nuestras leyes admiten los retractos.

3. El retracto es de dos especies, *gentilicio y social.* ¿A quienes competen el uno y el otro?

4. El gentilicio no solo toca á los hijos legítimos del vendedor, sino tambien á los naturales.

5. No menos corresponde este derecho á los desheredados, aunque lo hayan sido legítimamente.

6. A los clérigos y demas eclesiásticos compete activa y pasivamente el derecho de tanteo.

7. El retracto gentilicio es personal, y asi no se trasfiere á los herederos extraños.

8. En la venta de una finca patrimonial en favor de un extraño, tienen derecho al tanteo los parientes del vendedor hasta el cuarto grado *inclusive.*

9. Igual derecho tienen en las ventas á censo reservativo perpetuo ó al quitar; pero no en los censos consignativos.

10. El pariente mas cercano del vendedor es preferido en el retracto al mas remoto, y en igualdad de grado pueden tantear la finca por mitad.

11. ¿En qué términos há lugar el retracto gentilicio en las ventas hechas judicialmente?

12. El plazo de nueve dias para usar de este derecho es diverso del que se concede al deudor para retraer los bienes que se le subastan.

13. En caso de no tantear la finca el próximo pariente lo puede hacer el inmediato dentro del término indicado.

14. Las fincas dadas en pago de deudas son susceptibles de tanteo, del propio modo que las vendidas.

15. En la venta de muchas fincas tasadas en un solo y único precio, no há lugar al tanteo sino las comprende á todas.

16. Lo mismo sucede cuando se dan en pago varias fincas por un débito solo.

17. Tambien puede el consanguineo tantear las fincas patrimoniales, que se venden al fiado dando caucion de pagarlas al tiempo oportuno. En la retroventa es preferido el primer vendedor al pariente.

18. En los bienes que no proceden de sucesion no tiene lugar el retracto gentilicio.

19. En la venta de fincas patrimoniales que se contratan junto con otras que no lo sean en un solo precio, se

admite el tanteo gentilicio respecto de las primeras.

20. Si el comprador de fincas patrimoniales y otras las ofrece todas al pariente, tiene que tantear unas y otras; mas no puede obligar este al primero á cederle mas que las gentilicias.

21. Pasados los nueve dias sin que nadie se presente al tanteo, la finca vendida queda libre de este gravamen para siempre con respecto á los que hasta alli tenian derecho al retracto.

22. El término de los nueve dias compete á la totalidad de los parientes, no á cada uno de por sí. Se empiezan á contar desde la celebracion de la venta, si es simple; y si es condicional desde que se cumple la condicion.

23. Este término es perentorio, y corre hasta para los pupilos y ausentes.

24. Resumen de las circunstancias requeridas para el retracto gentilicio.

25. Los frutos pendientes en la finca son del tanteador, aunque dentro de los nueve dias los hubiese recogido el comprador.

26. En el derecho de usufructo no cabe retracto.

27. El retracto social ó de comunidad corresponde al socio en la finca dentro del mismo término, con tal que no esté dividida la parte de cada uno.

28. Varios casos en que tiene lugar el retracto dicho.

29. Cualquiera de los socios puede retraer en su totalidad la finca vendida á extraño. Este derecho no es personal como el retracto gentilicio, y asi se trasmite á los herederos.

30. Doctrina sobre el tanteo que corresponde en su caso al señor del dominio directo, y al del util: preferencia en la concurrencia de estos con el socio y el consanguíneo.

31. Efectos que produce la licencia absoluta ó limitada que puede dar el señor del dominio directo al del util para vender una finca.

32. En el censo reservativo no cabe retracto social, á no mediar pacto al efecto.

33. El legatario á quien no se ha hecho legado específico no tiene derecho á retraer la finca que quiere vender el heredero.

34. Resumen de las circunstancias requeridas en el retracto social.

35. ¿A quien toca pagar la alcabala y laudemio en los retractos de una y otra especie?

36. En la venta de la propiedad al usufructuario de la misma há lugar el retracto respecto del consanguíneo y del socio del vendedor.

37. En las ventas que son nulas por derecho no tiene lugar el retracto.

38. Ademas de las especies de

retractos indicadas hay otras concesiones legales en favor del bien comun, que á veces son verdaderos retractos, y á veces simple preferencia.

39. Las alhóndigas la tienen en la compra del pan que no esté vendido.

40. Los abastecedores de pescado tienen derecho de tanteo sobre los revendedores del mismo artículo.

41. Los fabricantes de jabon le tienen á retraer la sosa y barrilla necesaria para sus fábricas.

42. Lo mismo sucede á los fabricantes de papel, indianas y curtidos, en orden á las primeras materias de estas elaboraciones.

43. Los de sedas le tienen igualmente aun sobre las compradas para extraer del reino, mientras esten en él.

44. Tanteo concedido á los fabricantes de lanas; y precauciones tomadas para su observancia.

45 y 46. Sobre el mismo asunto.

47. Concluye el asunto antecedente.

48. Derecho concedido á los fabricantes de cáñamo y lino.

49. Derecho de los pueblos al tanteo de los oficios públicos enagenados.

50. Resolucion legal respecto de dichos oficios en la corona de Aragon.

51. Derecho de tanteo que compete á la Corona sobre las jurisdicciones y señoríes enagenados de la misma.

52. Efecto de las ventas de vasallos de las iglesias por concesion de Gregorio XIII, y de las que se hicieron en tiempo de Felipe IV.

53. El conocimiento de los asuntos de esta especie corresponde al Consejo de Hacienda por Real cédula de 11 de febrero de 1803.

54 y 55. Disposiciones tomadas en dicha Real cédula.

56 y 57. Otras Reales determinaciones de fecha posterior en orden á los negocios indicados.

1. El retracto es, segun la acepcion comun, *un derecho que por ley ó costumbre compete á alguno para rescindir la venta de una finca, y adquirirla para sí por el mismo precio* (*).

2. Aunque las leyes romanas prohibieron los retractos (1) conocidos desde el tiempo de Moises, como contrarios á la na-

* Febrero cuenta entre los retractos el pacto de *retrovendendo*, por lo cual sin duda su reformador incluye el *pacto* entre las causas de que aquellos proceden. Esto no es exacto, pues la retroventa es una condicion espontánea del contrato, y por lo mismo falta la circunstancia principal del retracto, que es la de verificarse contra la voluntad del vendedor. Así las retroventas por pacto no estaban prohibidas por derecho romano.

1 Ley penult. Cod *de contrahend. emption.*

tural libertad que tiene el hombre de disponer de su propiedad segun le convenga, los han admitido las nuestras por consideraciones respetables, entre ellas la de favorecer el general deseo de conservar en las familias los bienes de sus mayores (1).

3. Los retractos son de dos especies entre nosotros, á saber, *gentilicio* ó de *consanguinidad*, y de *sociedad* ó *comunidad* (2). El primero compete únicamente á los hijos, nietos y parientes legítimos consanguíneos por su orden dentro del cuarto grado civil, recto y trasversal del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de agnacion, cognacion, sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder que contenga esta especialidad, y no de otra suerte (3). Y el segundo al socio, comunero ó partícipe en el dominio de los referidos bienes (4): al señor del directo: al superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al señor de este, y asi no es dueño del suelo, sino de la superficie (5): y al enfiteuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfitéutico algun fundo para cultivarlo, plantar árboles en él, mejorarle y percibir sus frutos con la obligacion de pagar al que se lo dió y á sus sucesores cierto rédito ó pension ánua, y otras, ó solamente el laudemio cuando se venda, segun se pacte en la escritura primitiva (6).

4. No solo compete la facultad de tantear á los hijos legítimos, antes bien se amplia y extiende á los naturales: porque en la disposicion legal que se afianza en el derecho natural y en la equidad, ó cuando se trata de algun privilegio de los hijos que se apoya en esta, ó de su comodidad y beneficio ó de materia que se funda en el derecho natural de sangre, vienen y se comprenden regularmente los naturales, excepto que por la dignidad y cualidad de la persona se presuma otra cosa; y asi pueden retraer ó tantear los bienes patrimoniales ó abolengos, al modo que los legítimos y los demas parientes dentro del cuarto grado sin diferencia (7). Pero de ninguna suerte compete á los espurios, incestuosos y de dañado ayuntamiento: porque estos como nacidos de raiz infecta, y no conocidos, no se repu-

1 Leyes 13. tit. 10. lib. 3. Fuero Real. 6 y 7. tit. 7. lib. 5. Ordenam. y 230. Est.

2 Matienz. en la ley 13. tit. 11. lib. 5. Rec. glos. 4.

3 Leyes 1, 2, 4 y 9. tit 13. lib. 10. Nov. Rec. y del Fuero, Ordenam y Est. cit. Matienz dicha ley 7. glos. 14.

4 Ley 55. tit. 5. Part. 5, y leyes 8 y 9. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

5 Castill. en la ley 74 de Toro, num. 8.

6 Rubiños in *Dict.* en la palabra *Enfiteusis.*

7 Gom. en la ley 70 de Toro, num. 4.

tan por consanguíncos, ni de la generacion, tronco ni familia de los que se dicen ascendientes suyos (1).

5. Del mismo derecho puede usar tambien el hijo ó descendiente exheredado legítimamente: porque aunque por la exheredacion se le repele de la sucesion, se constituye extraño, se le tiene por muerto y no se le conceptúa en el número de los hijos, no se le quitan por eso los primordiales derechos de la sangre, en virtud de los cuales le compete el retracto (2). Y lo mismo procede para con el hijo que renunció con juramento la sucesion á los bienes de su padre ó ascendiente, porque por esta renuncia no se abdican los derechos de la sangre, ni deja de ser de la familia ni es visto haber querido excluirse del contrato y retracto oneroso, y sí únicamente de la gratuita y universal sucesion que la ley le concede (3).

6. A los clérigos y demas que gozan fuero eclesiástico compete activa y pasivamente este derecho, tanto entre sí mismos como interviniendo legos; y asi el clérigo puede retraer los bienes que vende su consanguíneo ó socio secular, y este los de aquel, el cual debe ser demandado ante su juez, cuando se retrae de él la cosa (4). Pero no compete al monasterio por contemplacion del religioso pariente del vendedor que profesó en él, porque el derecho de retraer ó tantear es personalísimo, y el monasterio ningun parentesco tiene con el vendedor; ni en él se puede verificar la conservacion de la finca en la familia, ni por lo mismo si el monasterio la vende, puede retraerla el consanguíneo, porque ya no es patrimonial, ni la vende el pariente sino el extraño (5).

7. El retracto *gentilicio* es personal, y asi no compete al heredero extraño del próximo pariente que falleció dentro del tiempo en que podia tantear la finca vendida, excepto que el difunto haya dejado contestada la litis, y practicado todo lo concerniente á conseguir el retracto, pues en este caso puede ser admitido. Por cuyas razones, y porque la ley requiere por forma que el contrayente sea consanguíneo del vendedor dentro del cuarto grado civil, no puede ceder á un extraño este derecho (6);

1 Matienz. en la ley 7. tit. 11. lib. 5. glos. 2. num 6.

2 Ley *Jura sanguinis*, ff. *de regul. jur.*

3 Arg. cap. *Quamvis pactum de pact.* in 6. Gom. ibi, num. 4 y 6. Matienz. dicha ley y glos. 7. num. 7 al 10.

4 Pal. Rub. in cap. *Per vestras*, col. 3. 4 y Gom. ibi, num. 7. Hermos. en la ley 55. tit. 5. Part. 5. glos. 8. num. 34.

5 Gom. ibi, num. 9 y 10. Matienz. en dicha ley 7 num. 11 al 22.

6 Petr. Cin y Paul. de Castr en la ley *Ad officium*, Cod. *Communi dividend* glos. en la 13. tit. 10. lib. 3 del Fuero. Gom. ibi, num. 8. vers. *Item quæro an consanguineus.*

bien que si hiciere la cesion á consanguíneo remoto, valdrá sin perjuicio del mas cercano (1).

8. En este supuesto si el dueño de una finca patrimonial ó abolenga, quiere venderla por dinero de contado á extraño, y algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por derecho civil, retraerla, es preferido por el tanto el comprador extraño, á cuyo efecto se le da accion para que pueda reconvenir al reo (*) en el lugar de su domicilio ó en donde está la finca patrimonial (2). Si dos ó mas de un grado la quieren, deben partirla, y siendo de diversos, llevarla el mas cercano. Aunque este no intente retraerla antes que se venda, si ocurre dentro de los nueve dias siguientes al de la celebracion de la venta, paga el mismo precio en que esta se efectuó (pues no sirve ofrecerlo solamente), y jura que quiere para sí la finca y que no hace el retracto por dolo ni con fraude, se le debe entregar; y si él entonces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea; pero si el propietario no la enagena por venta sino por trueque, ningun consanguíneo tiene potestad para impedírselo, ni derecho al tanteo (3). Y lo mismo procede cuando el padre que heredó de algun hijo muerto la finca que este hubo de su madre, la vende, pues no puede tantearla ninguno de sus hijos.

9. No solo puede el consanguíneo retraer la finca patrimonial ó abolenga cuando el dueño de ella la vende á extraño por dinero al contado, trasfiriéndole incontinenti su dominio, sino cuando la vende á censo reservativo, perpetuo ó al quitar, porque es verdadera venta al fiado hasta su pagamento y redencion, se trasladan al comprador ambos dominios, y en el ínterin percibe el vendedor los réditos ó pensiones estipuladas en compensacion de los frutos que percibiria á no haberla enagenado, cuyo pacto es permitido (4) y se practica. Pero no hay retracto en el censo *consignativo* por nuestras leyes, porque ni en él hay traslacion de dominio, ni aquel derecho tiene lugar sino en los bienes raices.

10. El pariente mas cercano del vendedor es preferido al mas remoto, y en igualdad de grado podrán tantear por mita-

1 Matienz. en dicha ley 7 glos. 2. num. 23 al 26. Hermos. en dicha ley 55. glos. 8. num. 40 al 42.

* *Reo* se llama el demandado en los juicios civiles, y *actor* el demandante.

2 Parlad. differ. 109. §. 6.

3 Ley 1. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec. Gom. en la ley 70 de Toro, num. 1, 2 y 19. Matienz. en dicha ley 7. glos. 3. num. 2. y glos. 5. num. 7. Cifuent. en la 73 de Toro al fin.

4 Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 1. num 6. y cap. 11. Matienz. en dicha ley 7. glos 1. num. 24 al 26. Hermos. en la ley 55. tit. 5. Part. 5. glos. 2. num. 10.

des la finca (1). La proximidad y la preferencia que de ella nace se graduarán por las reglas observadas en las sucesiones abintestato (2) (*).

11. Cuando la finca se vende en almoneda judicial, ya sea voluntaria ó necesaria, tiene igual derecho á su tanteo el pariente mas cercano por aquella línea, en cuyo caso se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del remate; pero para que se le conceda, ha de consignar y depositar efectivamente el precio (pues no basta su oferta verbal), y antes que se le entregue, satisfacer al comprador la alcabala si la pagó, y el laudemio que por la venta se cause, por haberlo pactado asi con el vendedor á quien incumbe la solucion de todo, y tambien las expensas justas que se le hayan originado, y consten líquidas en la venta; pues no estando líquidas, basta dar al fiador de que luego que lo esten satisfará su importe (3); mas no debe satisfacer el aumento de precio que voluntariamente ofrece el comprador, excepto que lo ofrezca en el mismo acto, ó que el juez le condene á darlo y suplirlo por haber lesion, ó por otro motivo: en cuyos dos casos estará obligado á solucion; y lo mismo sucederá al socio ó partícipe, sin diferencia (4).

12. Como por estilo y costumbre de los tribunales de estos reinos se conceden al deudor nueve dias para que pueda retraer los bienes que se le subastan, á fin de pagar á sus acreedores, se dificulta si los nueve referidos en el párrafo inmediato se incluyen en estos, ó son diversos: y por consiguiente si deben empezar á correr desde que estos espiran, ó desde el remate. Y se responde que son diversos, y que deben contarse desde que espiran los nueve concedidos al deudor para el retracto de sus bienes, porque hasta entonces no hay venta á causa de estar pendiente é imperfecta (5).

13. Cuando el pariente mas próximo no puede ó no quiere tantear la finca estando ausente, ó si no lo está consiente callando, puede retraerla el que le suceda dentro del cuarto grado y de los nueve dias referidos (6); mas no arrepentirse el que cuan-

1 Glosa en la ley 13 del Fuero cit. Gom. ibi, num. 13. Matienz. en dicha ley 7. y glos. 5. num. 8 al 17.

2 Ley 2. tit. 3. lib. 10 Nov. Rec.

* En los retractos tiene lugar la representacion, de suerte que el nieto del vendedor ocupará para retraer el lugar de su padre muerto. *Febrero reformado.*

3 Ley 4. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec. Matienz. en ella, glos. 2 y 4, y en la 7. glos. 3. num. 11 al 20. y num. 32 y 33. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 160. num. 6. Hermos. en dicha glos. 8. num. 18 al 20.

4 Tiraquel *de retract.* lib. 1. glos. 18. num. 60 al 63. Matienz. en dicha ley 7. glos. 3. num. 7 al 11. y en la 8. glos 5 y 6. Hermos. en dicha ley 55. glos. 5. num. fin.

5 Castill. en la ley 70 de Toro, num. 39. en la palabra *Del remate.* Matienz en la ley cit. glos. 3.

6 Ley 7. tit. 13. lib 10 Nov. Rec. Gom. en la 70. cit. num. 26.

do se le requirió para que la sacase, respondió que no la queria, porque cedió su derecho y lo adquirió el siguiente (1).

14. Dándose en pago voluntaria ó necesariamente al acreedor por el dinero que su deudor le debe, los bienes de este apreciados, puede retraerlos del propio modo su consanguíneo ó socio: porque la dacion en pago tiene vigor y hace veces de compra y venta; y porque de lo contrario podrian los contrayentes derogar y enervar facilmente la disposicion de nuestro derecho, é impedir el retracto con solo mudar el nombre de la enagenacion; pero si la dacion es en pago de otra especie ó finca, no será venta, sino trueque; y entonces no habrá lugar al retracto (2).

15. Puede usar tambien el tanteo el pariente del vendedor, cuando se venden muchas cosas patrimoniales ó abolengas por un solo precio ó por distintos: con la diferencia de que vendiéndose en uno, ha de tantearlas todas ó ninguna, pues no se le permite eleccion; pero vendiéndose en diversos, puede retraer la que quisiere, observando la formula de la ley (3). Entiéndase que si en un contrato ó instrumento se venden muchas fincas patrimoniales ó abolengas, tasadas simultáneamente en diversos precios, v. gr. una casa en ciento, y un fundo en docientos, se conceptúan varias ventas, sin embargo de celebrarse en un contrato ó instrumento: y asi podrá tantear la que le acomode, por tener todas su respectiva tasa separada, y en cada una habrá lugar el remedio de la lesion; lo cual se entiende aunque hubiesen sido compradas en un solo precio y contrato por el vendedor ó por su causante, si despues hace que se valúen separadamente (4). Pero si el comprador las quiere todas, y no de otra suerte, deberá el consanguíneo tantearlas ó dejarlas, porque se conceptúa una venta sola (5).

16. Lo que queda expuesto en el párrafo antecedente en cuanto á la venta de varias fincas, procede tambien en la dacion en pago: por lo que si dos tasadas singularmente por su respectivo precio, se dieren en uno por un solo débito proveniente de una causa, no se debe admitir al consanguíneo el particular retracto ó redencion de una de ellas; porque considerada la causa, es un débito individuo que el deudor no puede dividir ni pagar

1 Matienz. en la ley 8. tit. 14. lib. 5. Rec. glos. 21. Tiraquel in fin. *Retract.* num. 38 al 40.

2 Gom. ibi, num 20 Matienz en la 6. tit. 14. lib. 5. glos. 1 y 2. en la 7. glos. 7. num. 1 al 11. Hermos. en la ley 55. tit. 5. Part. 5. glos. 4. num. 3 al 6.

3 Ley 5. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

4 Matienz en dicha glos. 7. num. 27 y 28.

5 Tiraquel lib. 1. *de retract.* §. 2. glos. 1. num. 20 y sig. Matienz en dicha glos. 7. num 29. Hermos. en dicha ley 55. glos. 8. num. 54 y 55.

parcialmente contra la voluntad de su acreedor; lo que será al contrario si los débitos fuesen diferentes (1).

17. Si se venden al fiado unas ó mas fincas patrimoniales ó abolengas, tiene accion el consanguíneo del vendedor á sacarlas por el tanto en igual conformidad, con tal que dentro de los nueve dias siguientes al de su venta afiance á satisfaccion de la justicia de que al tiempo estipulado por el comprador satisfará su importe (2). Tambien puede tantearlas cuando se venden con pacto de *retrovendendo*; pero no en la retroventa, pues en esta el vendedor es preferido al pariente (3).

18. En la venta de bienes adquiridos por compra, trueque, donacion ó en otra manera que no sea por sucesion, no há lugar el retracto de consanguinidad; y asi pueden venderse libremente, pues para que lo haya, es preciso que sean heredados de algun ascendiente por línea recta (4): ni en la finca comprada con el precio dado por la patrimonial que el pariente vendió, y se subrogó en su lugar, si este la vende luego; porque por esta subrogacion no se constituye propia y verdaderamente patrimonial, sino fictamente; y nuestras leyes hablan de la que lo es real y no fingida: ni en la venta de bienes muebles y semovientes, ya sean ó no heredados: ni en el usufructo, uso y habitacion: ni tampoco en otras acciones ni derechos (5) (*).

19. Si la finca patrimonial ó abolenga se vende juntamente con otra que no lo es, por un solo precio y en un instrumento, sin intervenir dolo ni fraude, será admitido el consanguíneo al retracto de la que lo es, la cual, ó la parte que de ella exista, se valuará por lo justo á arbitrio de buen varon segun su estado, y la otra se dejará al comprador (6), quedando este obligado al contrato con respecto á la parte no tanteada con la rebaja del precio correspondiente á la que lo hubiere sido (7).

20. Ofreciendo el comprador al consanguíneo las fincas patrimoniales ó abolengas y las que no lo son, debe este retraerlas y tomarlas ó dejarlas todas (8). Pero si el consanguíneo quiere tantear unas y otras, y dar al comprador su total valor, no

1 Tiraquel lib. 1. *de retract* glos. 1. §. 23. num. 22 y sig. Matienz. en dicha glos. 7. num. 30.

2 Ley 6 tit 13. lib. 10 Nov. Rec. Matienz. en ella, y en la 7. glos. 3. num. 6.

3 Gom. en la 70 de Toro, num. 18. Matienz en la 7. cit. glos. 6. num. 42 y 43.

4 Ley 3. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec Matienz. en ella. Gom. en la 70 cit. num. 2 y 3.

5 Matienz en dicha ley 7. glos. 1. num. 1 y 2. y num. 30 al 33. y en la 8. glos. 15.

* Há lugar tambien el retracto en los oficios públicos enagenados que sean de abolengo. *Febrero reformado.*

6 Tiraquel lib. 1. *de retract.* glos. 2. §. 3. num. 6 al 8. Gom. ibi, num. 15. vers. *Juxta quod*:::

7 Ley 14. tit. 5. Part. 5.

8 Tiraquel ibi, §. 11. glos. 7. num. 3. y §. 23. cit. num. 9.

estará obligado este á dejarle mas que las patrimoniales (1).

21. Si dentro de los nueve dias no se presenta ningun pariente, no podrá intentarse el retracto de la finca, aun cuando vuelvá á poder del vendedor y la venda de nuevo, por haberse hecho enagenable, mediante haber pasado á persona extraña. Lo cual se entiende, excepto que el propio vendedor la recupere en virtud del pacto de *retrovendendo*, pues en este caso no es cosa distinta ni nuevamente adquirida (2).

22. Los nueve dias que nuestras leyes conceden para el retracto de finca patrimonial ó abolenga, competen simultáneamente á todos los parientes del vendedor dentro del cuarto, y no singularmente á cada uno (3). Siendo pura ó simple la venta, se deben contar (segun la mas recibida opinion) desde el dia siguiente al de su celebracion, y no desde la tradicion ó entrega de la alhaja ó dinero, aunque sea venta hecha á censo redimible, pues no se ha de esperar á su liberacion. Siendo condicional, desde el siguiente al dia en que se cumple la condicion, háyase ó no entregado la finca ó el precio (4). Y siendo celebrada con pacto de *retrovendendo*, se cuentan tambien desde el de la celebracion exclusive, porque es venta real y verdadera (5). No impide el derecho de retracto la circunstancia de haber pasado la finca á nuevas manos dentro del término de los nueve dias (6).

23. Este término es perentorio, como toda dilacion legal corriendo igualmente para los menores aunque sean pupilos, y contra los ausentes; y pasado aquel ningun pariente puede pretender el retracto no obstante su menor edad ó ausencia, ni se le debe ampliar este término, sin embargo de que lo intente por via de restitucion ó rescision (7); bien que algunos (8) lo limitan cuando por culpa y malicia del vendedor ignora el retrayente la venta, pues entonces no deben correr sino desde el dia de la sentencia; ni tampoco cuando hay fraude entre los contrayentes acerca del precio, hasta que se pruebe el verdadero; pero

1 Cifuent. en la 71 de Toro, quæst. ult. Tiraquel en dicho § 23, y glos 2. num. 10. Matienz. en dicha ley 7. glos 7. num. 31 al 33.

2 Gom. en la ley 70 de Toro, num. 24. Matienz. en la ley 7. cit. glos. 8. num. 1 al 10.

3 Matienz. en la ley 12. tit. 1. lib. 5. glos. 1. num. 5.

4 Gom. lib. 2. *Var.* cap 11. num. 29 y 30. Matienz en dicha ley 7. glos. 6. num. 3 al 41. num. 44. Hermos. en dicha ley 55. glos. 8. num. 27.

5 Tiraquel *de retract.* tit. 2. § 2. glos. unic. Matienz. ibi, num. 42 y 43.

6 Gom. en la ley 13. tit. 10. lib. 3 del Fuero. Casaneo const. 22. col. 5. vers. *Et sic est.* Matienz. en dicha ley 7. glos. 8. num. 11.

7 Ley 2. tit. 13. lib. 10. Nov Rec. Gutierr. lib. 2. *Pract.* cap. 152. Gom. en dicha ley 70. num 25. Matienz. en dicha ley 8. glos. 7 á la 12.

8 Hermos. en dicha ley 55. glos. 3. num. 22 y 2. y otros que cita.

como la ley habla indistinta, absoluta y claramente, no debemos distinguir, y mucho menos en materia odiosa como es esta (*).

24. Resumiendo, pues, la doctrina legal de estos reinos, aparece que para que haya lugar el retracto gentilicio deben intervenir precisa y copulativamente cinco requisitos. 1.° Que el pariente esté con el vendedor dentro del cuarto grado inclusive contado por derecho civil, y que sea el mas propincuo si concurren muchos al tanteo, pues siendo todos iguales, deben dividirse la finca. 2.° Que en el pedimento que dé, jure que quiere para sí y no para otro la finca, y que no pretenda retraerla por dolo, sino porque le conviene, y para que no salga de su familia, cuyo juramento es indispensable segun la ley. 3.° Que la finca que se vende sea patrimonial ó abolenga (1); quiero decir, que el vendedor la haya heredado de su padre o madre, ó de alguno de sus abuelos, pues de las que cada uno de estos adquiere por venta, trueque, donacion ó de otra suerte, y de los muebles y semovientes, usufructo, y otros derechos y acciones, puede disponer libremente en su vida, sin que sus hijos, nietos ni parientes tengan accion á tantearlas. 4.° Que acuda precisamente á retraerla dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta pura y otorgamiento de la escritura, pues en la de los bienes raices es precisa para su perpetuidad; ó al del cumplimiento de la condicion, si la venta es condicional. Y 5.° Que no solo ofrezca, sino que entregue real y efectivamente el mismo precio que el comprador desembolsó ò prome-

* Cuando por dolo del vendedor, ó del comprador y vendedor, no llega la venta á noticia del pariente, no le corre ni puede correr el término de los nueve dias hasta que la tenga: de otra suerte estaria en arbitrio de ellos frustrar el privilegio de tanteo que la ley concede, y seria haber puesto en mano del comprador y vendedor el uso de este derecho. Las leyes nunca dan favor al engaño, fraude y malicia. Si la noticia de la venta llegó al pariente ó parientes, y por dolo del vendedor, ó del vendedor y comprador no supo ó no pudo saber el precio en el mismo término, le correrán los nueve dias para el efecto de tantear; pero no para el requisito de consignar el precio hasta que lo sepa. En tal caso ofreciendo consignarlo ó afianzando á mayor abundamiento, y pidiendo la exhibicion, ó la presentacion del papel ó escritura de venta, podrá introducir la demanda de tanteo con los demas requisitos que la ley pide. Asi se practica en los tanteos de lanas, cuando se sabe la venta, y se ignoran el precio y las condiciones. Algunos para asegurar mas el éxito de su instancia, consignan por via de fianza el dinero que de buena fe les parece suficiente para cubrir el precio é interes de la anticipacion del dinero hecha por el extractor ó comprador al ganadero. Aun conviene esta precaucion cuando en la misma demanda piden el embargo de las lanas; pues asegurando de esta manera las resultas del juicio, hallan mas fáciles los juzgados á esta previa y precisa diligencia. En el tanteo de las fincas de abolengo, las leyes no han declarado desde cuando han de correr los nueve dias en las ventas privadas, y en hecho de verdad que si se contasen desde la posesion ó entrega de la finca, habria menos lugar á los fraudes; como no le hay en las ventas á pública subasta, en que desde el remate se cuentan los nueve dias. *Febrero adicionado.*

1 Gom. en la 70 de Toro, num. 3.

tió, ya sea mucho ó poco, pues no debe ser oido ofreciendo menos, aunque este sea el justo, al modo que tampoco el comprador si le pide mas; y en caso de resistir el comprador ó vendedor su percibo, que lo consigne, deposite judicialmente y practique todo lo demas referido, segun sea el caso; y faltando cualesquiera de estos cinco requisitos, no debe ser admitido (1). En el reino de Navarra se concede un año y dia para tantear los bienes de abolengo, y solo pueden usar de este derecho los hijos y nietos del vendedor.

25. Habiendo frutos pendientes en la finca al tiempo que se vende, si dentro de los nueve dias siguientes al de la venta los coge y percibe el comprador, y en ellos la retrae el consanguíneo, debe devolvérselo aquel: porque son parte de la misma finca, y del precio en que se ajustó; no quedándole el arbitrio de eludir su entrega dando al tanteador el precio de los mismos (2).

26. En el usufructo no cabe retracto: porque no puede enagenarse; sin embargo sus frutos pueden venderse y arrendarse libremente (3).

27. Por lo tocante al retracto de comunion ó sociedad digo: que no solo puede el socio ó partícipe en la finca, justificando serlo en cualquiera porcion, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte á extraño, sino tambien despues de vendida esta, con tal que acuda precisamente dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y no despues, y pague el precio ofrecido sin fraude por el comprador, aunque sea excesivo, y mayor que el valor de la parte vendida ó menor, y no en otros términos (4). Lo cual se entiende cuando ambos la tienen sin partirla, pues si está dividida real y demostrativamente, y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra: porque ya no son socios, ni tienen comunion con ella (5).

28. Verificase la doctrina sentada en el párrafo precedente: 1.° aunque uno de los enfiteutas que poseen pro indiviso la finca comun, venda su parte á extraño, precediendo requerimiento al señor del dominio directo; y así el consocio en el enfiteusis podrá retraerlo del extraño, si el señor no lo quiere, pues querién-

1 Hermos. en dicha ley 55. y glos. 9. num. 21 al 33.
2 Gom. en la ley 70 de Toro, num. 29.
3 Ley 24. tit. 31. Part. 3. Castill. en la ley 74 de Toro, num. 4 al 6 Hermos. en la ley 55. tit. 5. Part. 5. glos. 2. num. 15.
4 Ley 55. tit. 5. Part. 5. y ley 9. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.
5 Gom. ibi, num. 27.

dolo, es preferido al consocio ó enfiteuta (1): 2.° en la comunion del usufructo, pues vendida una parte de él por el socio, puede el consocio retraerla del extraño; lo cual no se permite al consanguíneo (*): 3.° en la servidumbre de casa ó fundo; en el derecho de apacentar su ganado en prado é dehesa agena; en las cosas muebles y semovientes; en la transaccion; en la locacion de la cosa comun por largo tiempo; en la hecha á muchos conductores de algun fundo, diezmo ú otras rentas; en la dacion en pago, ya sea voluntaria ó necesaria; y en la accion á alguna alhaja inmueble comun à los socios: y 4.° aunque la cosa comun esté dividida intelectualmente por convenio entre estos, v. gr. que uno tenga la porcion del fundo hácia tal parte, y el otro hácia tal; pues no se dice realmente dividido hasta que se amojona. En cuyos casos, sin embargo de que la finca ó cosa comun se venda muchas veces, la puede retraer el socio ó partícipe dentro de los nueve dias siguientes al de la última venta (2).

29. Siendo muchos socios ó partícipes, puede cada uno por sí solo retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á extraño (3). Si todos la quieren deben ser admitidos proporcionalmente á su tanteo, segun la parte que en ella les corresponda, y no con igualdad (4). Pero si el socio vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla ni quitársela por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador, excepto que este sea díscolo é insufrible (5). Este derecho del socio corresponde igualmente á su sucesor en los derechos ó bienes de la sociedad por cualquier título: porque no es personal, como el *gentilicio*, sino adherente á la cosa comunal (6). Pero no puede la muger retraer por razon de la comunion ó sociedad conyugal la finca vendida por el marido, aun cuando la adquiriese durante el matrimonio (7).

30. Si el señor del directo dominio ó del suelo ó área lo ven-

1 Greg. Lop. en la ley 55. tit. 5. Part. 5. glos. 2. Matienz. en la ley 7. glos. 1. num. 4 al 9, y en la 13 glos. 3. num. 2.

* En esto ha padecido equivocacion Febrero ó se ha explicado mal: pues en el hecho de venderse el usufructo, rede este en beneficio del dueño de la finca, confundiéndose con la propiedad.

2 Matienz. en dicha ley 13, y glos. 3. num. 2. Hermos. en la ley 55. tit. 5. Part. 5. glos. 1. num. 2 al 4 glos. 2. num. 11 y 12. glos. 4. num. 11 y 12.

3 Paul. de Castr. cons 221. lib. 1. Greg. Lop. en dicha ley 55. glos. 2. Hermos. en el'a, glos. 2. num. 42.

4 Cifuent. en la ley 75 de Toro, quæst. 2. Matienz. en dicha ley 13, glos. 3. num. 7 y 8. Hermos. dicha ley 55. glos 5 num. 3.

5 Greg Lop. ibi, glos. 5 Matienz en dicha ley 13, y glos. 3. num 10. Hermos. en dicha ley, glos. 5. num. 1 al 5.

6 Cifuent. ibi, quæst. penult. al fin. Matienz en dicha glos. 3. num. 9. Hermos. en dicha ley, glos 8 num. 40.

7 Gom. en la ley 70 de Toro, num. 9. y 10. Matienz. en la ley 7. tit. 11. lib. 5. num. 11 al 22.

de á extraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfiteuta, como dueños del util, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el util, puede retraerlo aquel dentro del propio término, en caso que ninguna pension ánua le paguen, pues si se la pagan, deben (para evitar que la finca caiga en comiso) requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome ó conceda su licencia para la venta, pues es preferido; y una vez requerido, tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderlo, y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, y sí solo al laudemio que por la venta se cause; lo cual suele pactarse en el contrato de dacion ó censo perpetuo enfitéutico, à fin de que el enfiteuta no alegue ignorancia: y si dos ó mas son señores del dominio directo pro indiviso, á entrambos debe requerir, pues aunque el uno no quiera usar del tanteo, puede hacerlo el otro. Si el señor, el superficiario ó enfiteuta concurren con el consanguíneo, ó con el socio, ó con ambos, preferirán aquellos tres á estos dos segun el orden que queda indicado; de modo que el señor del suelo prefiere á todos, siguen el superficiario, enfiteuta y socio, y el pariente es el último en concurrencia de alguno de los otros (1) juntos ó separados.

31. El señor del dominio directo puede dar licencia absoluta al enfiteuta para vender la finca enfitéutica, ó limitada sin perjuicio de su derecho de tanteo. Si se la da absoluta en los términos que se expresan al fin del capítulo 7 del censo enfitéutico, no puede retraerla por aquella vez, porque es visto haber renunciado y cedido al comprador el derecho que á ello tenia, y asi le tiene solamente al laudemio, como cuando dentro de los dos meses despues de requerido no la concede; pero si la concede sin perjuicio de usar del tanteo, en este caso deberá tantearla dentro de los nueve dias siguientes al de la venta, pues los dos meses son para que la finca no caiga en comiso si se vende sin ella; y respecto deber concederla absoluta, y no hacerlo, no debe gozar de mas término, porque esta concesion es maliciosa, y como tal debe ser repelida, y no sufragar al señor para que goce de mayor plazo que el de los nueve dias, como si fuera comunero ó pariente (*).

1 Ley 8. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec. Matienz. en ella, glos. 1. Gom. en la 70 de Toro, num. 31. Castill. en la 74. num. 9, 10 y 25. Greg. Lop. en la ley fin. tit. 8. Part. 5. glos. 4.

* En las ventas de bienes raices pertenecientes á los establecimientos piadosos y demas de que trata la Real cédula de 21 de octubre de 1800, y reglamento inserto en ella, no ha lugar al tanteo ni preferencia alguna, sino á la que se expresa en el artículo 22 del mismo. *Febrero adicionado.*

32. No puede retraer la finca por razon de comunion el dueño del censo reservativo al quitar si el censuario quiere venderla: porque no tiene parte en ella por participacion de dominio; lo cual es al contrario para con el consanguíneo, como sentè en el párrafo 9, ni tampoco el del censo consignativo por las razones alegadas en el mismo párrafo, excepto que se pacte, y á la observancia de este pacto se hipoteque especialmente la finca; ó en pueblos en donde esté en observancia una Bula de San Pio V. que lo permite: por cuya razon el consanguíneo será preferido al socio en este caso (1).

33. Instituyendo el testador á uno por su heredero, y legando á otro el quinto ú otra cuota de sus bienes indistintamente, si el heredero quiere vender la finca patrimonial ó abolenga heredada, no tendrá accion á tantearla por razon de sociedad ó comunion el legatario, ni por consiguiente será preferido al consanguíneo que la quiera, por la incertidumbre de si le pagará en dinero ó en otros bienes su legado, y cuáles serán estos: porque en ninguna cosa de la herencia adquiere dominio específico, ni puede titularse partícipe en aquella finca ni en otra (2).

34. Para que haya lugar el retracto de comunion son precisos, como en el de consanguinidad, cinco requisitos. 1.° Que el socio que lo pretende, lo sea en la cosa vendida por participacion de dominio, y lo acredite (3). 2.° Que esta no esté real y verdaderamente dividida ó amojonada, aunque los socios se hayan convenido hácia qué parage han de tener y disfrutar sus partes. 3.° Que el contrayente jure que quiere para sí y no para otro la vendida, y que no procede con fraude. 4.° Que acuda á retraerla dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion y perfeccion de la venta; y si pactaron que habia de haber escritura, al del otorgamiento de esta; ó del remate, vendiéndose la alhaja en pública subasta: y si la venta es condicional desde el dia en que se cumple la condicion. Y 5.° que no solo ofrezca sino que entregue al comprador el precio, alcabala, laudemio y expensas justas que haya hecho: y no queriendo recibir su importe, que lo deposite judicialmente; pero primero se lo ha de ofrecer, excepto que esté ausente: y si la venta fue al fiado, practique lo que el consanguíneo (4). En caso que el

1 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 168. Felician. *de censib.* lib. y cap. 1. num. 8. Avendañ. *Sent.* rept. 23. per tot. Avendañ. *de censib.* cap. 58. num. 5 Hermos. en la ley 55. cit. glos. 2. num. 7 y 8

2 Greg. Lop. en la ley 55 tit. 5. Part. 5. glos 2. vers *Quid autem.* Hermos. en ella, glos. 2. num. 17.

3 Hermos. ibi, num 1. y otros que cita.

4 Hermos en dicha ley, glos. 8. num. 11 al 31. y num. 43 y 44.

comprador deba algo al retrayente, puede este compensarlo con el precio de la parte vendida, y se le debe admitir la compensacion hasta su importe; y aunque esta no se admite al consanguíneo, pero puede usar de la cautela de depositar el precio íntegro para que se verifique que cumple con el precepto legal, y pedir al propio tiempo que de aquel se rebaje la cantidad que le deba el comprador (1).

35. Aunque en los retractos, asi gentilicio como social, debe el vendedor pagar la alcabala y laudemio que por la venta se causen, tocará su solucion al comprador si asi lo pactan los dos, y por consiguiente al retrayente en caso de satisfacer este su importe. Pero no se deben ni causan dos alcabalas ni laudemios, porque el comprador no adquirió perfecta é irrevocablemente la finca, por el consanguíneo ó socio que se esperaban en breve, y asi no se rescinde el primer contrato por no haber fraude, engaño ni otro motivo para su rescision, sino que sus efectos se trasfunden y pasan al retrayente, el cual se subroga en el lugar del comprador (2). El que apetezca mayor instruccion vea los autores citados, y à Parlad. different. 109.

36. Si el que tiene la propiedad sola, la vende al usufructuario (en cuyo caso este y el usufructo se consolidan), parece que el socio en la misma propiedad, y el consanguíneo podrán retraer la finca con el usufructo, porque estan consolidados: ó que el usufructuario será preferido, porque ya lo tiene todo. Pero no obstante no será preferido este, porque ningun dominio, cuasidominio ni derecho le compete en la propiedad, sino solamente cierta cualidad y derecho de servidumbre, como lo dice al principio la ley 25. ff. *de verb. signification. ibi: Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cujus usufructus alienus est: quia usufructus non dominii pars, sed servitus, ut via et iter:::* y por virtud de la consolidacion accede y se une con el usufructo, y no al contrario. Ni tampoco el socio y consanguíneo podrán retraer mas que la propiedad: lo primero, porque la consolidacion de esta con aquel se hizo sin culpa del usufructuario; y lo segundo, porque se seguiria que retraia mas que lo que se habia vendido: lo cual es contra la mente de nuestras leyes (3).

37. Siendo nula la venta por defecto de solemnidad, ó por

1 Tiraquel. §. 9. glos. 3. num. 7 Hermos. en dicha ley 8. num. 46.

2 Gom. en la ley 50 de Toro, num. 30 y 35. Matienz. en la 7. tit. 11. lib. 5. glos. 3. num. 12 al 20.

3 Gom. ibi, num. 32 y 34 Matienz. en la ley 13 tit. 14. lib. 5 Rec. glos. 3. num. 11, 14 y 15.

otra causa, no há lugar el retracto (1): porque en el nombre de venta no se comprende la que es nula, antes bien se tiene por no celebrada: y mejor se puede decir que se quita la finca al vendedor que no perdió su dominio, que al comprador que ningun derecho adquirió à ella por la inutil venta. Lo mismo procede cuando esta fue simulada: porque real y verdaderamente no la hubo; y asi el que la celebró, no es visto haber querido por ella enagenar su alhaja, ni abdicarse de su dominio, sino retenerlo aparentando ó fingiendo lo contrario (2).

38. Ademas del derecho de tanteo concedido á las personas de que va hecha mencion, hay varios casos en que nuestras leyes le conceden por consideracion al bien comun en la venta de ciertos artículos despues de verificada, y por lo mismo es un verdadero retracto: otras concesiones hay que solo tienen lugar antes de que la venta se realice, y entonces el derecho es de mera preferencia. De unas y otras se dará noticia.

39. Las alhóndigas son preferidas por el tanto en la compra del pan que no esté ya vendido á cualesquiera personas eclesiásticas ó seculares (3).

40. En las ferias y mercados pueden retraer los abastecedores de pescado cuanto se hubiese vendido à los revendedores pagando à estos el precio y demas gastos, con tal que el retracto se verifique dentro de dos dias, y se observe cuanto la ley dispone. Si el abastecedor lo es únicamente del género indicado es preferido à otro cuya obligacion abrace diversos artículos (4).

41. Los fabricantes de jabon tienen derecho à comprar por coste y costas cuanta barrilla y sosa necesiten para sus fábricas, ya se hallen en poder de los cosecheros, ya almacenadas para su extraccion por los que trafican en este ramo (5).

42. Igual derecho tienen en la compra del trapo los fabricantes de papel (6), en la de los cueros al pelo y en bruto los de curtidos (7), y los de indianas de Barcelona en la de algodones de América que necesiten para el surtido de sus fábricas, en concurrencia de los revendedores, extractores y demas tratantes en los mencionados artículos (8).

43. Los fabricantes de seda del reino gozan del derecho de

1 Cœpol. *in Concil. causar. civil.* conc. 44. col. 2. vers. *De prima quæstione*, y sig. Paul. de Castro, cons. 74. num. 1.

2 Tiraquel lib. 1. *Retract.* §. 1. glos. 2. Maticuz. en dicha ley 7. glos. 7. num. 34 hasta el fin.

3 Ley 10. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

4 Ley 11. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

5 Ley 19. tit. 13. lib. 10 Nov Rec.

6 Ley 20. tit. 13. lib 10. Nov. Rec.

7 Real cédula de 8 de marzo de 1781, artículos 33 y 34.

8 Real cédula de 30 de junio de 1773, nota 3. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

tanteo sobre todas las sedas, que se hubieren comprado anticipadamente para extraerse ó volverse à vender, mientras existan en España, y sin obligacion de acreditar la necesidad que tengan del mencionado género; pero estan obligados à elaborarlas de su cuenta, y à satisfacer à los primeros compradores el coste y costas con respecto al precio de la cosecha, y un medio por ciento al mes desde el dia de la compra hasta el del retracto. El cumplimiento de estas disposiciones, y la observancia de las medidas de precaucion que las leyes tienen establecidas à fin de que no se abuse de este derecho, estan encargados à los intendentes de las provincias (1).

44. En orden al tanteo de lanas para beneficio de nuestras fábricas, la ley que rige, posterior à otras dos (2) que estaban en observancia, y lo estan aun en lo que no han sido modificadas por la última, es la Real determinacion sobre una consulta de 4 de setiembre de 1802 (3), en que se amplía el derecho de tanteo por medio de varias declaraciones. En primer lugar comprende à todo extractor y revendedor de lanas, aun cuando este sea fabricante, y solo se libran del tanteo las partidas destinadas à las fábricas nacionales. Se impone à los extractores y revendedores la obligacion de registrar las compras que hicieren, dando la declaracion jurada acerca de la vecindad y nombre del ganadero y comprador, cantidad y calidad del género, fecha y condiciones de la contrata, y si es à vellon redondo ó recibo segoviano, con cuanto se hubiera pactado en aquella.

45. Tales registros han de abrirse ante el escribano de fábricas del pueblo en que se haya celebrado la compra, y si no lo hubiere ante el del cabildo, debiendo estar formalizados en 1.° de mayo los que se refieran á contratos anteriores à dicho dia, y los que pertenezcan à ventas posteriores, cuatro dias despues de su celebracion. Los encargados de la compra de lanas con destino à las fábricas del reino, estan igualmente obligados à los registros respectivos en iguales épocas, manifestando en ellos la cantidad, el ganadero, y la fábrica à que se destina; pero no los precios, condiciones ni plazos. Mas esto no se entiende con las lanas que compraren con otros fines, pues de estas lanas han de formalizar el registro segun la norma anterior, y lo propio han de hacer los fabricantes, que ademas se ocupen en el tráfico y extraccion del citado artículo. Hecho el registro debe sa-

1 Leyes 12, 13, 14 y 15. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

2 Leyes 16 y 17. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 18. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

car un testimonio de él todo interesado, y presentarle al escribano de fábricas, ó à falta de este al del cabildo de la cabeza de partido, so pena de ser denunciadas sus lanas, y dadas por de comiso.

46. Si en los contratos en que no haya anticipacion de dinero, tantea la lana algun fabricante, ha de satisfacer el coste y costas, y medio por ciento cada mes desde el dia en que el comprador pagó el importe hasta el del tanteo; pero si se pacta alguna anticipacion del comprador al ganadero con interes determinado, ha de ser este de cuenta del segundo desde el dia de la anticipacion hasta el de la entrega de la lana; y el fabricante abonará al comprador desde este hasta el del tanteo y reintegro dicho medio por ciento. Cuando se venda la lana estipulando alguna anticipacion sin interes, aunque embebiéndole en lo equitativo del precio, debe el fabricante pagar al extractor ó revendedor de quien tantee, el medio por ciento mensual desde el dia de la anticipacion hasta el del tanteo. Vendiéndose la lana à plazos por precio fijo y el interes desde su entrega hasta el pago, ha de satisfacerse este, no excediendo del medio por ciento el fabricante que tantee, desde el dia de la entrega hasta el en que tenga efecto el tanteo, si quiere hacer la entrega del importe; mas si el fabricante usa de los plazos del contrato, ha de ser con la fianza competente y à satisfaccion del ganadero. Finalmente si se señala plazo sin interes por recargarse su utilidad en el precio de la lana, puede pedir el fabricante que esta la regulen peritos, nombrándose tercero en caso de discordia, y llenará el contrato, pagando el precio que resulte de esta regulacion, y el interes del medio por ciento desde el dia de la entrega de la lana al comprador hasta el del tanteo y pago, ó hasta el del plazo, y si usase de él, afianzándole, como se ha prevenido.

47. Justificándose simulacion en el precio, en la anticipacion ó en la asignacion de interes, queda relevado de pagar estos el fabricante, y ha de entenderse su tanteo por el precio medio que las pilas de igual clase tengan en aquel año: en cuyos casos los subdelegados ó justicias que entiendan en el tanteo, han de dar cuenta à la junta general de comercio para que pueda acordar las providencias que estime convenientes, atendidas las circunstancias del ganadero y comprador para su escarmiento.

48. En los mismos términos que se ha concedido el tanteo ó preferencia à los fabricantes de tejidos de seda y lana, se ha concedido tambien à todas las fábricas de tejidos de lino y cáñamo

establecidas ó que se establezcan en estos reinos respecto á dichos frutos ò primeras materias, sobre cualquiera comprador natural ó extrangero que las hubiere acopiado para revender ò extraer, y no para otras fábricas nacionales de la misma clase (1).

49. Pero aun nos queda que hablar de otros retractos ó tanteos mas justos, mas importantes y beneficiosos al Estado, que los referidos. Todos sabemos muy bien que los apuros y necesidades de la Corona han obligado en diferentes tiempos, y con especialidad en los reinados de los señores Don Juan II. y Don Enrique IV., á la enagenacion de muchos oficios de justicia y de república (*), sin embargo de ser muy graves los perjuicios que se siguen á los pueblos de que no ejerzan aquellos personas dignas de su eleccion por su conducta y talento (2). De aqui es que en los casos de dicha enagenacion y acrecentamiento de empleos públicos, inútiles y gravosos á los pueblos, no puede menos de competir á estos el derecho de tanteo, con cuya condicion deben siempre creerse hechas las ventas de ellos; y por lo mismo en ninguna manera se viola la fe pública valiéndose los pueblos del expresado derecho, y reintegrando por este medio el precio desembolsado á los compradores ó sus herederos. A consecuencia de estas poderosas razones se halla pactado por varias condiciones de millones que no se enagenen, empeñen ni aumenten los mencionados empleos, y que todos los pueblos puedan tantear los que ya lo estuvieren (3): lo cual se pactó con particularidad y formalmente entre su Magestad y el reino en las condiciones de millones, librándose Real cédula para su observancia (4).

50. En un Real decreto que expidió á la Cámara el señor Don Felipe V. (5) se mandó vender los oficios de gobierno político y económico de la Corona de Aragon; mas por otro (6) revocó el mismo Soberano la venalidad de dichos oficios, mandando que no se admitiese mas, y que los enagenados pudieran tantearse para quedar en el pie antiguo, satisfaciendo á los compradores las cantidades que hubiesen dado por ellos, aunque exceptuándose de esto las ciudades capitales de Zaragoza, Valencia y Barcelona.

51. Los tanteos de jurisdicciones, señoríos y vasallage, que ha enagenado la Corona por la pobreza de su erario y los grandes

1 Real resolucion de 21 de abril de 1792, que es la ley 21. tit. 13. cit. Nov. Rec.

* Véase lo que se dijo acerca de estos oficios públicos en el cap. 1. tit. 5. lib. 7, donde se insertó la Real cédula de 13 de noviembre de 1817 sobre el tanteo de ellos.

2 Ley 3. tit. 8. lib. 7. Nov. Rec.

3 Escrituras de millones, condicion del 5.° género, num. 21, 26 y 87, y condiciones nuevas, num. 7, y fol. 91 y 136.

4 En 18 de julio de 1650. Escrituras de millones, fol. 136.

5 En 27 de enero de 1739.

6 De 10 de noviembre de 1741.

apuros en que se ha visto; si no se hallan apoyados en pactos hechos entre los Soberanos y el reino, se fundan seguramente segun el testimonio de célebres jurisconsultos de la nacion (1) en la práctica universal de España á ejemplo de lo pactado en Córtes respecto de los oficios públicos, y con mayor razon que en estos. Dichas enagenaciones, hechas, no sin grave sentimiento y daño de los pueblos comprendidos en ellas, á varios asentistas y otras personas acaudaladas, llevaban tambien la condicion del tanteo por los pueblos, por cualquier vecino de ellos, como derecho ó accion popular, y por la misma Corona, para volverse á incorporar en esta restituyendo á los compradores el precio íntegro, sin poder obstarles ningun lapso ó trascurso de tiempo. Esta incorporacion es tanto mas justa y equitativa, cuanto habiendo salido de la Corona las jurisdicciones enagenadas volvian á ella naturalmente, como á su propio centro, en virtud de la correspondiente indemnizacion.

52. Las ventas de vasallos hechas en el reinado del señor Don Felipe II. fueron las de aquellos que por breve del Pontífice Gregorio XIII. se habian desmembrado de las iglesias è incorporado á la Corona en virtud de cierta recompensa que les fue dada; pero las que se hicieron por el señor Don Felipe IV., se apoyaron en la concesion ó consentimiento del reino, prestado en las Córtes, á fin de que su importe se invirtiese en el pago de deudas contraidas con los asentistas ó factores para satisfacer las obligaciones ó empeños de la Corona; y como para la formalidad de estas ventas y entregas de sus productos se formasen varias instrucciones ó reglas, tomaron de los asentistas ó factores el nombre de *reglas de factoría*, las cuales se han incluido en la última edicion del cuaderno de rentas Reales. Antes de realizarse la enagenacion que se pensaba ejecutar de los pueblos, se les hacia la correspondiente intimacion, para que dentro del término señalado usasen del derecho de preferencia, teniendo pronto el dinero necesario para redimirse ó redimir su propia jurisdiccion; pero aunque algunos lo hicieron, otros, por no tener dinero ni poder en modo alguno tomarlo á censo, tuvieron que soportar la enagenacion á los asentistas, quienes vendian á otros particulares las jurisdicciones, ya por acomodarles mas el dinero, ya por ser extrangeros sin domicilio fijo en nuestra España. Ademas algunos compradores al fiado se posesionaron de varias jurisdicciones sin haber satisfecho á la Real Hacienda el

1 Puede verse á Larrea en la alegacion 46.

precio estipulado, y disfrutando sin embargo el ejercicio de la jurisdiccion y señorío con las regalías y emolumentos anejos á él.

53. Como de estos tanteos y de los tocantes à los oficios públicos, vendidos ó acrecentados, ha conocido inconcusa y privativamente el supremo Consejo de Castilla en su sala de Mil y Quinientas, en virtud con especialidad de una escritura entre el Soberano y el reino, celebrada en Madrid (1), para el cumplimiento de las condiciones de millones, librándose á este efecto Real cédula (2); y por otra parte el consejo de Hacienda ha entendido de la valuacion de las jurisdicciones, de los autos para sus ventas, de todas las incidencias ocurridas en ellas, de las posturas, remates y posesion de los compradores, y otros varios puntos; no pudo menos de ofrecerse competencia entre ambos supremos tribunales, que se decidió en la Real cédula de 10 de marzo de 1778; pero en el dia no puede tener absolutamente lugar á causa de la Real cédula moderna (3), por la que se ha dado al Consejo de Hacienda nueva planta, y mas extensa jurisdiccion.

54. »Ordeno, se dice en ella, que los negocios pendientes y que se promovieren de reversion á la Corona de bienes y derechos que fueron de ella y deban volver á serlo por la calidad de sus donaciones y enagenaciones, los de tanteo de jurisdicciones, señoríos y derechos anejos, y los de tanteo y consuncion de oficios enagenados de la Corona, aunque radicados en mi Consejo Real, y algunos en las chancillerías y audiencias, se pasen inmediatamente al Consejo de Hacienda, se radiquen para siempre en él, como todos los de incorporacion á la Corona, y sean de su jurisdiccion y privativo conocimiento, con inhibicion del Consejo Real y demas tribunales. Y es mi expresa y determinada voluntad que se promuevan con zelo y actividad los negocios de esta clase, como de la primera importancia, por mis fiscales en el Consejo de Hacienda, por convenir asi á mi servicio, y ser mucho mas facil promoverlos en dicho tribunal, por cuanto en sus oficinas existen las razones, noticias y documentos necesarios para ello y su mas acertada determinacion; y quiero que los pleitos de reversion è incorporacion, y los de tanteo de jurisdicciones y señoríos se vean y determinen por siete ministros togados á lo menos, y que de los tres fisca-

1 A 10 de octubre de 1656.

2 Con fecha de 6 de marzo de 1659. Escritura de millones, fol. 115. num. 7, y fol. 200.

3 Expedida por el Consejo de Hacienda en 11 de febrero de 1803.

les entienda cada uno en los de las provincias de que esté encargado, no obstante tener mandado que todos interviniesen juntamente en los de incorporacion; y que se excuse conferirles comisiones que puedan desempeñarse por otros ministros del Consejo, para que permaneciendo libres y exentos de ocupaciones agenas de su oficio, puedan dedicarse mas bien á hacerle con esmero constante en dichos negocios y los demas ocurrentes de igual importancia, en inteligencia de que Yo cuidaré de premiar sus servicios."

55. »Para facilitar la instauracion de los negocios de incorporacion á la Corona, mando que la caja de consolidacion de vales Reales constituya en sí misma los depósitos de las cantidades de los precios de la egresion que acordare el Consejo, á disposicion de este, y que cuando lo dispusiere, las entregue á las partes à que pertenecieren; pero si por ser manos muertas debieren imponerse á favor de ellas, se cancelarán los depósitos, y otorgarán escrituras de imposicion de censo redimible con réditos de tres por ciento sobre la misma caja, sus fondos y arbitrios presentes y futuros á favor de las mismas, quedando los efectos incorporados á disposicion de la comision gubernativa de consolidacion de vales para disfrutarlos por el tiempo necesario á reintegrarse de su desembolso, y por diez años mas que la concedo por via de nuevo arbitrio para aumento de sus fondos; y despues se incorporarán de hecho con los demas efectos de mi patrimonio Real."

56. Ademas en un Real decreto posterior (1) se dispone lo siguiente: »Con el justo fin de evitar motivos de quejas y reclamaciones de los interesados en los pleitos de reversion á la Corona, è impedir dilaciones voluntarias y perjudiciales, he resuelto, con arreglo á las leyes, conformarme con el dictamen de varios ministros de mi confianza, declarar y establecer el orden y la forma especial de proceder, que se ha de observar de aqui adelante en dichos pleitos."

57. »Llegado que sea el caso de reversion por muerte sin sucesion legitima del poseedor de bienes donados por el señor Rey Don Enrique II. mandará mi Consejo de Hacienda poner en posesion de ellos à la Corona, luego que el fiscal lo pretenda con documentos que acrediten la calidad reversible de los bienes, y la muerte sin sucesion legítima de su último poseedor; y lo mismo se hará en cualquier otro caso de reversion,

1 De 12 de febrero, y comunicado en 27 del mismo de 1803.

prevenido en las mercedes de los señores Reyes mis progenitores, verificado que sea el de vacante actual, quedando sin efecto legal contra la Corona las posesiones que por mandado de los jueces ordinarios ú otros tribunales hubieren tomado antes ó despues qualesquiera personas de los mismos bienes; y si alguno se creyere con derecho de suceder en todos ó en parte de ellos por justos títulos diversos del de la reversion, y exclusivos de él, deberá poner la correspondiente demanda en el Consejo, y presentarlos en el preciso y perentorio término de noventa dias primeros siguientes al de la toma de posesion por la Corona, haciéndolo asi, se examinará dentro de otros cuarenta dias, tambien precisos y siguientes á aquellos, en un artículo sumario y semejante al de los de administracion de los juicios de tenuta, y se decidirá con citacion y audiencia de las partes y vista formal, si corresponde encargar la administracion libremente ó con fianzas al demandador de dichos bienes, ó si por el contrario ha de continuar la Corona en la posesion de ellos hasta la decision del juicio principal, que será recibido á prueba en la misma providencia, por el término de la ley, con la calidad de no haberse de prorogar ni suspender por causa alguna, ejecutándose la determinacion del artículo, de que tampoco se admitirá súplica ni otro recurso ordinario ó extraordinario, y continuándose despues el juicio principal por todos sus trámites hasta que se determine por sentencias de vista y revista, consultándoseme esta con los fundamentos de su apoyo, los votos en contrario, si los hubiere, y el memorial ajustado para la resolucion de mi Real agrado; pero si el demandador no pusiere la demanda, ó aunque lo hiciere, no presentare los títulos en dicho término perentorio de noventa dias, se le admitirá aquella, y seguirá el juicio en la forma expresada, sin hacerse novedad en la posesion, y lo propio se observará en el caso de no haberse pedido por el fiscal, ni dado por consiguiente à la Corona la posesion de los bienes reversibles en el término de noventa dias contados desde la vacante actual de ellos, y en el de ponerse por el fiscal la demanda de reversion por traslineacion anterior, á menos que en cualquiera de estos casos se excuse el demandado á presentar sus títulos, ó no los presentare en el término tambien perentorio de cuarenta dias siguientes al de la notificacion de la demanda, pues entonces se pondrá en posesion á la Corona, y continuará el juicio sin admitirse reclamacion en contrario, sean los que fueren los fundamentos en que pretenda apoyarse.

CAPITULO QUINTO.

De los arrendamientos.

§. 1. ¿Que se entiende por arrendar?

2. ¿Quienes tienen facultad de hacer arrendamientos?

3. Los magistrados y otros que ejercen oficios públicos estan inhibidos de tomar en arrendamiento las rentas Reales.

4. Los facultativos tasadores de obras públicas no pueden tomar á su cargo dichas obras ni tener parte en la contrata.

5. En el contrato de arrendamiento no cabe prescripcion.

6. Los oficios públicos jurisdiccionales no pueden ser arrendados.

7. Efectos del contrato de arrendamiento.

8. El arrendador debe manifestar al arrendatario los defectos de la cosa arrendada, pena de saneamiento.

9. Igualmente está obligado á satisfacer las cargas que tuviere sobre sí la finca arrendada.

10. Tambien lo está à abonar al arrendatario las mejoras subsistentes que hubiere hecho en ella.

11. ¿Que reglas se han de observar en el arriendo de una finca propia de varios dueños que no estan conformes?

12. El arrendatario está obligado à la conservacion de la finca, debiendo abonar al arrendador el perjuicio que resulte en su menoscabo.

13. Lo está igualmente à pagarle la pension estipulada, y en qué términos.

14. Los productos de la finca arrendada estan afectos à la responsabilidad del pago, y por lo mismo tiene el arrendador accion à retenerlos.

15. Aunque el socio que disfruta solo la finca en que otros tienen parte, debe darla à estos en los frutos que produzca, no está obligado à darles alquileres, si es una casa y la habita.

16. Si los frutos de la finca arrendada se pierden por casos fortuitos, no está obligado el arrendatario à pagar la pension estipulada.

17. Esto no tiene lugar cuando el año anterior ò posterior han sido muy productivos, ni cuando en el contrato hay renuncia del caso de esterilidad.

18. Duda resuelta sobre sucesos extraordinarios, y medio de evitar cuantas pueden ocurrir en esta materia.

19. Si el arriendo se hace por un tanto de frutos segun fuere la cosecha no hay derecho à otra cosa, sean los años estériles ò abundantes.

20. El arrendador de rentas Reales no puede pedir descuento por razon de esterilidad, ni alegar lesion, aun cuando en el contrato no intervenga expresa renuncia.
21. Casos en que no há lugar à la compensacion de esterilidad en los arrendamientos, aunque no renunciase á ella expresamente el arrendatario.
22. Los herederos universales del arrendador y arrendatario deben pasar por el contrato que estos dejaron hecho.
23. Exceptúase por ser personal el arriendo del usufructo de una finca.
24. El menor, la muger casada y el prelado eclesiástico deben pasar por los arriendos que hicieron el curador, el marido y el predecesor.
25. ¿Quienes no están obligados à pasar por los arrendamientos hechos por los dueños anteriores de la finca?
26. Si el arrendatario conserva la finca tres dias mas del plazo porque la arrendó, queda obligado por otro año.
27. El arrendatario está obligado bajo varias penas á devolver à su dueño la cosa arrendada luego que espire el arrendamiento.
28. En el arriendo de casa hay casos en que puede el arrendador desalojar al arrendatario antes de que aquel espire.
29. Casos en que el arrendatario puede ser echado de la finca arrendada, aunque no sea casa, y casos en que no lo podrá ser.
30. ¿Cuando podrá el arrendatario subarrendar la finca?
31. Variedad de opiniones sobre si tiene ò no el arrendador accion sobre los frutos de la finca, estando subarrendada, cuando le es deudor el arrendatario.
32. En la Corte se reputan perpetuos los arrendamientos de las casas en favor de los inquilinos.
33. Cuando con causa legal el dueño echa de su casa à su inquilino la ley concede à este el término de cuarenta dias en la Corte.
34. Actualmente sobre el alquiler de las casas de Madrid rige el auto acordado del Consejo del año de 1792.
35. Artículo 1.° Del auto referido sobre la preferencia en los arrendamientos de dichas casas.
36. Artículo 2.° Sobre el derecho de los sucesores del inquilino à continuar en el alquiler.
37. Artículo 3.° Sobre el derecho de tasacion de diez en diez años.
38. Artículo 4.° Sobre los subarriendos y traspasos.
39. Artículo 5.° Sobre la devolucion de los alquileres anticipados.
40. Artículo 6.° No deben tener-

se inhabitadas las casas aun cuando las fundaciones prohiban que se alquilen.

41. Artículo 7.° Las personas destinadas fuera de la Corte no pueden retener las habitaciones que ocupaban en ella.

42. Artículo 8.° Las almonedas no podrán durar mas que seis meses.

43. Artículo 9.° Nadie puede conservar para sí dos casas.

44. Artículo 10. Los inquilinos dejen sin litigio à los dueños las casas que han de habitar los segundos.

45. Artículo 11. Sobre cortar varios abusos en los subarriendos y traspasos.

46. Artículo 12. No se admitirán demandas en la ejecucion del auto dicho.

47. El que alquila debe dar las cosas en estado de servir à su objeto.

48. La cosa alquilada debe devolverse en buen estado.

49. Cláusulas que debe contener la escritura de arrendamientos.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1. Arrendar ó locar es *entregar á otro alguna finca para que se utilice de ella por tiempo y precio cierto, ò segun la costumbre del pueblo.* Alquilar es dar alguna cosa mueble ó semoviente para que otro la use y sirva de ella por tiempo y cantidad determinada (1). *Colono* se llama el que recibe en arrendamiento algun predio rústico, è *inquilino* el que lo toma urbano (*). Tambien se arriendan los productos eventuales de algun

1 Proem. y ley 1. tit 8. Part. 5.

* Antes de pasar mas adelante convendrá explicar bien las palabras para evitar confusion. La voz arrendar se toma en nuestras leyes activa y pasivamente, esto es, significa á veces dar y á veces recibir en arrendamiento. Por esto el sustantivo arrendador se aplica tambien indistintamente á las dos personas que hacen el contrato, y aun, segun el uso del dia, se extiende mas bien por el que recibe el arriendo, siendo asi que este deberia llamarse arrendatario para distinguirle del otro, que es propiamente el arrendador. Don Juan Sala en sus *Ilustraciones del Derecho Real de España*, haciéndose cargo de esta anfibología trató de salvarla; y aunque no desaprobó las voces de arrendador y arrendatario usadas por los doctores Arso y Manuel en sus *Instituciones del Derecho de Castilla*; sin embargo como la primera ofrece la significacion de ambos contrayentes, le pareció mejor castellanizar la voz latina *locator*, llamando locador al que da el arriendo, y arrendador ó arrendatario al que le recibe. Febrero usa tambien las voces de *locador* y *conductor*; pero no vemos que haya necesidad de ellas, pues conviniendo en la indicada diferencia de arrendador y arrendatario, basta para evitar equivocaciones, y no se introducen voces extrañas; sin embargo las dejaremos á veces en el texto del autor. Con respecto á la voz arrendar queda la dificultad en pie, pues no hay dos verbos para distinguir los dos actos de dar y de recibir en arrendamiento, á menos de acudir al circunloquio ó inventar una voz nueva. En algunos pueblos se llama *logar* al ajustar á un hombre ó sus obras para segar ú otras labores, y seria de desear que esta voz se introdujese generalmente para significar el acto de dar en arriendo, en cuyo caso la voz arrendar pudiera aplicarse exclusivamente al acto de recibirle. Prescindiendo ya de esta cuestion gramatical, se dice *ar-*

derecho por cantidad fija, como el noveno decimal, los portazgos &c.

2. Todo aquel que tiene facultad de contratar puede dar en arriendo sus bienes, y ser arrendatario de los agenos (1). Sin embargo los corregidores no pueden arrendar sus oficios ni otros que por este respecto les corresponda proveer (2), ni los prelados eclesiásticos los suyos, ni poner vicario recibiendo en pago precio alguno (3). Los caballeros y oficiales de la Corte estan privados de tomar en arrendamiento posesiones agenas (4).

3. Los consejeros, oidores, alcaldes de Corte y sus tenientes, contadores mayores, sus oficiales y los de la Real casa, caballeros, comendadores, alcaldes, regidores, escribanos, alguaciles, oficiales del Consejo y otras personas poderosas, no pueden ser arrendatarios ni recaudadores por mayor ni menor, ni fiadores, aseguradores ó abonadores de rentas Reales ni concejiles de las ciudades, villas y lugares en que ejercen sus oficios, pena de privacion de estos, y perder la cuarta parte de sus bienes (5), ni tampoco los eclesiásticos si no dan fianzas legas, llanas y abonadas (6).

4. Los facultativos que tasaren las obras públicas de construccion de puentes, su reparacion y otras, ya se costeen de los caudales públicos, ya de cuenta de los pueblos, no deben ser admitidos à las posturas y remates de dichas obras; poniéndose en estos por precisa condicion dicha circunstancia, y jurando ademas los postores que no tendrán parte directa ni indirectamente en las referidas obras los maestros que hubieren tasado su costo, so pena de nulidad del remate, de privacion de oficio, y de no ser admitidos á tales contratos si en algun caso contravinieren á esta disposicion (7).

5. Todas las cosas del comercio humano, ya sean muebles, raices ó semovientes, y las obras de manos, pueden arrendarse ó alquilarse por tiempo limitado ó por la vida de alguno de los contrayentes ó de ambos (8); y por ningun trascurso de tiempo puede el conductor ó arrendatario alegar prescripcion, ni dejar de pagar la renta, porque la propiedad no es suya, sino del loca-

rendar cuando se da ó toma en arrendamiento alguna renta, heredad ó posesion; *alquilar*, cuando se da ó toma en alquiler ó arrendamiento alguna casa, caballería ú otras cosas por cierta cantidad ó tiempo; y *ajustar* ó concertar cuando se trata de obras.

1 Leyes 2. tit. 8. Part. 5 y 7. tit. 17. lib. 3. del Fuero Real.

2 Leyes 4 y 6. tit. 6. lib. 7. Nov. Rec.

3 Ley 8. tit. 17. Part. 1.

4 Ley 2. tit 8. Part. 5.

5 Leyes 7. tit. 9. lib. 7 y 2. tit. 10. lib. 10 Nov. Rec.

6 Ley 1. tit. 10. lib. 10. Nov. Rec.

7 Real cédula de 17 de junio de 1786.

8 Leyes 2 y 3. tit. 8. Part. 5.

dor, en cuyo nombre la tiene (1), por lo que se llama *mero detentor*; y asi para que ninguno alegue prescripcion, si se le hace el arrendamiento por diez años, es muy conveniente que no exceda de ocho ó nueve, pues luego puede prorogársele, y se evitan pleitos (*).

6. Los oficios públicos de jurisdiccion, como jueces, regidores, merinos, alguaciles y otros semejantes, no pueden ser arrendados, y si sus dueños los arriendan, los pierden; y los arrendatarios, si los usan, incurren en las penas establecidas contra los que ejercen oficios públicos, no perteneciéndoles (2). Tampoco deben arrendarse los oficios de escribanos (3); bien que la costumbre general del reino está en contrario. Los bienes eclesiásticos solo deben ser arrendados por tres años fructíferos, á menos que se impetre facultad Apostólica que los amplíe (4); pero no está admitida la disposicion Pontificia que lo prohibe, y asi se arriendan como los profanos (**).

7. En fuerza de este contrato el arrendador ó locador y el conductor ó arrendatario quedan obligados; el primero á entregar al segundo la cosa arrendada, y á permitirle que por el tiempo estipulado use de ella y goce de sus frutos; y el segundo á satisfacer al primero el precio convenido mientras la disfrute. Si el locador no puede entregar la cosa arrendada, bien porque el derecho se lo prohiba, bien porque por algun caso fortuito ú otro motivo justo se lo impida, queda disuelto el contrato. Si estando ya en poder del conductor pereciere la cosa por culpa de este, queda obligado al resarcimiento del daño que hubiere sufrido: si pereciere por culpa del locador, debe este abonar al arrendatario el interes en que ha sido perjudicado. Si en la destruccion de la cosa no ha habido culpa ni dolo por parte de ninguno de los contrayentes, sino por alguna ocurrencia casual; ó bien no pudiere usarla el arrendatario por impedimento de tercero; ni el uno está obligado á satisfacer el precio, ni el otro á

1 Leyes 5. tit. 30. Part. 3. y 1. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.

* Es tan manifiesto en las leyes últimamente citadas que el arrendatario no puede prescribir la cosa arrendada, que yo no temeria ningun pleito, aun cuando diese en arrendamiento una heredad por cincuenta años. *Febrero reformado.*

2 Ley 4. tit. 6. lib. 7. Nov. Rec. y Real provision de 28 de abril de 1786 acordada sobre su observancia.

3 Leyes 8 y 9. tit. 6 y 19. tit 15. lib. 7. Nov. Rec.

4 Extravag. *Ambitiosæ*; *de reb. Ecclesiæ alienand.*

** Para evitar el monopolio de los frutos de primera necesidad, y por otras consideraciones importantes dirigidas á contener el precio de los granos, se comunicó en circular de 23 de junio de 1798 á los obispos, cabildos &c. una Real resolucion para que no se permitan en lo sucesivo subastas públicas de las rentas decimales, voto de Santiago ni otras rentas de cualesquiera comunidades, personas eclesiásticas ni seculares.

resarcir el interes que debia sacar el conductor del uso de la cosa arrendada. Por último si el arrendatario no usa de la finca por culpa ó abandono suyo, está sin embargo obligado á pagar al arrendador el precio ó pension íntegra, á menos que este luego que la vea desamparada la arriende á otro por el mismo precio por no haber sufrido menoscabo; porque si lo ha sufrido por el abandono del conductor, podrá reclamarlo del mismo (1).

8. Debe manifestar el arrendador al arrendatario los vicios ocultos de la cosa locada, y cumplir en todo la convencion hecha, de suerte que por su culpa no experimente perjuicio, y de lo contrario devolverle el precio del arrendamiento, las utilidades que con este podia adquirir y los daños que se le irroguen: pues por la naturaleza del contrato está sujeto al total saneamiento de lo referido, aunque no se exprese, à menos que se pacte lo contrario (2).

9. Está obligado igualmente el arrendador á satisfacer las cargas y tributos públicos que por razon de la cosa locada se deben, y à repararla de modo que el conductor pueda usarla cómodamente el tiempo estipulado; y no haciéndolo, tiene accion este para pedir que la repare, ó le minore el equivalente precio; y á ello debe ser compelido.

10. Asimismo lo está á abonarle las expensas y mejoras hechas en ella, que han de subsistir despues de concluida la locacion (3): y no queriendo abonárselas, tiene facultad de llevarlas, si pueden quitarse sin perjudicar á la finca, y en su defecto retener esta por via de compensacion el tiempo preciso para su reintegro (4); pero si cuando celebran el contrato, pactan lo contrario, ó hay otra costumbre en el lugar en que existe la finca, ó no han de durar mas que el tiempo de la locacion por haberlas hecho el conductor por su privativa comodidad, no debe ser compelido á su abono (5).

11. Cuando poseen muchos un fundo ó casa, y el uno ó la mayor parte quiere arrendarlo, y los demas no; ó quiere arrendarlo á determinada persona por cierto precio y modo, y los consocios lo resisten, se pregunta ¿cual deberá ser atendido? Y se responde: que respecto á que para la validacion del arrendamiento de toda la casa ó fundo se requiere el consentimiento de todos y de cada uno, y no basta el de la mayor parte, porque en las cosas comunes á muchos singular y no universalmente,

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 3. num. 1 y sig. Ferrar. *Biblioth.* verb. *Locatio.*
2 Ley 21. tit. 8. Part. 5.
3 Ley 24. tit. 8. Part. 5.
4 Gom. ibi, num. 20.
5 Ley 24. tit. 8. Part. 5.

es indispensable el asenso de todos juntos ó separados, y cuando discuerdan en el uso de alguna en su perjuicio, se lo impiden mutuamente; se puede usar de dos medios: 1.° el de la division, pidiéndola cualquiera de ellos, pues tiene accion para ello (1); 2.° que se divida entre todos el tiempo de su disfrute, durante el cual cada uno podrá gozarla por sí, ó arrendarla. Si el uno quiere locarla á cierta persona, y el otro á otra, será preferido el que propone persona honesta, y si ambas lo son, deberá interponerse el juez para evitar el escándalo que de su discordia se seguiria, y el que el fundo esté inculto. Y si uno de los socios quiere tomarlo en su cabeza por su justo precio, y el otro lo resiste é intenta locarlo á un extraño, será preferido el socio: 1.° por la razon de serlo; 2.° porque todos estan obligados á hacer y consentir lo que no les daña, y aprovecha á otros. Acerca de lo cual véase á Gomez lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 14.

12. Tiene obligacion el conductor de cuidar las cosas que se le arriendan, de tal suerte que no se disminuyan ni deterioren por su culpa ú omision, ó por enemigos suyos; y concluida la locacion, volverlas al locador sin deterioro, y de no hacerlo, debe responder á su dueño, y reintegrarle de los intereses y perjuicios que justifique se le irrogaron (2). Y si disfruta de tal suerte el fundo rústico que lo deja tan deteriorado que se disminuye su valor por ser menos productivo en adelante, está obligado á los intereses que su dueño pierda. Previniendo que antes que espire el tiempo de la locacion, no puede dejarle sin justa y razonable causa; y si lo deja, debe pagar la pension de todo el tiempo por que lo tomó en arrendamiento.

13. Igualmente está obligado à satisfacer al locador el precio del arrendamiento al plazo convenido; y si no se prefinió, segun la costumbre del lugar de las cosas locadas; y en defecto de plazo y costumbre, al fin de cada año; y no lo haciendo, puede despojarle de ellas (3). Si se pacta que ha de hacerse la paga en pan ó vino, debe ser el pan por la medida de Avila, y el vino por la de Toledo, y de otra forma es nula la escritura, aunque intervenga juramento, y el escribano que la autorice pierde el oficio, y debe pagar diez mil maravedís (4). Si son muchos conductores, ha de ser reconvenido cada uno por su parte solamente, à menos que se obligue cada cual en particular por el todo, que en este caso puede el locador repetir por todo el

1 Ley 2. tit. 15. Part. 6.
2 Leyes 7 y 18. tit. 8. Part. 5.
3 Ley 4. tit. 8. Part. 5.
4 Ley 2. tit. 9. lib. 9. Nov. Rec.

arrendamiento contra el que le parezca (1). Si se duda si el conductor pagó la renta de los años precedentes, cumple con manifestar los recibos de los tres últimos (pues no basta la prueba por testigos), con lo cual queda libre, no probando el locador lo contrario (2). Acerca de lo cual véase á Pareja *de edition.* tom. 2. tit. 7. resolut. 10. num. 60 al 75.

14. Todos los frutos y cosas que produce la alhaja locada, y existen en ella, estan tácitamente afectos á la responsabilidad del arrendamiento y menoscabos que la alhaja padeció durante él; y asi puede el locador retenerlas por derecho pignoraticio, inventariándolas previamente ante testigos (3), y en ellas es preferido por su renta à todos los acreedores del conductor de cualquiera calidad que sean (4) (*).

15. Poseyendo uno de los socios ó herederos el fundo comun rústico, si percibe sus frutos, debe comunicarlos con el consocio, ya esté presente ó ausente, porque esta comodidad y utilidad consiste en cosa extrínseca que se puede dividir. Pero si el fundo es urbano, v. gr. la casa que está sin partirse, y el socio la habita toda, no está obligado á dar al otro cosa alguna por razon de alquileres, siempre que la parte que tiene en la casa el que la habita es suficiente para su familia. Mas de lo contrario deberá pagar el alquiler al socio por lo respectivo á la parte de este que ocupa el primero (5).

16. Si los frutos se destruyen ó pierden íntegramente por caso fortuito, como son lluvias excesivas, gran sequedad, avenidas de rios, granizo, rayos, fuego, piedra, sol, viento, aves, langosta, gusanos, tejones, garduñas ú otros animales, ó por enemigos del estado que los talen, ó por otra causa semejante, nada debe pagar el conductor por el arrendamiento de aquel año; y si coge algunos, está á su eleccion dar al locador el precio del arriendo ó el sobrante de frutos deducidas las expensas hechas en sus labores: pero si se pierden por su culpa, v. gr. por labrar ó custodiar mal la heredad, ó por espinas ó malas yerbas que en ella nacen, ó porque se consumen por sí mismos, ó por-

1 Ley 1. tit. 1. lib 10. Nov. Rec.

2 Ley *Quicumq.* ?. cap. *de apoch. pub.* Amay. en ella, num. 26.

3 Ley 5. tit. 8 Part. 5.

4 Ley 22. cap. 3. tit. 21. lib. 4. Rec.

* Esta retencion la podria intentar y hacer hoy sin autoridad judicial: la retencion supone que el dueño las tenia en su poder, y que sin echar mano de medios violentos podia retenerlas. Puede suceder que el colono deje libre la heredad á disposicion del dueño; en cuyo caso si repite algunos frutos que dejó en ella, usara bien el dueño del derecho que tiene á retenerlos por las obligaciones contraidas por el colono. *Febrero adicionado.*

5 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 14. vers. *Item adde*, et ibi Ayllon. Greg. Lop. en la ley 20 tit. 8 Part. 5. glos. 4 limitat. 5. vers. *Limita etiam ... et intellige*....

que dió causa á que algun enemigo suyo los quemase en venganza, ó los talase y robase, debe satisfacerlo enteramente, y el peligro y daño será de su cuenta, y no de la del locador (1).

17. Si el conductor coge tanta cantidad de frutos en un año, que alcanza para satisfacer el arrendamiento y expensas hechas en los dos, ó se obliga à su solucion, aunque por cualquier funesto evento se pierda el fruto, y recibe en sí el daño que ocurra, debe pagarlo por entero; y lo mismo debe hacer cuando renuncia la esterilidad: y si la fecundidad de un año es tanta que excede del duplo de lo que en los precedentes uno con otro solia producir la heredad, debe satisfacerlo duplicado. Lo cual se entiende cuando la abundancia viene por ventura, y no por industria extraordinaria, v. gr. por haber hecho en la heredad mas labores que las regulares ú otras mejoras (2).

18. Se duda si en los casos fortuitos se comprenden los que jamas se han oido ni visto en aquella region por espacio de cuarenta años, ni era presumible que acaeciesen naturalmente en ella; y tambien, si habiendo esterilidad debe pagar ó no el conductor el arrendamiento: y los autores convienen en que estos casos no estan comprendidos en los fortuitos, á menos que en la escritura se expresen; y que habiendo esterilidad, à nada está obligado el conductor. Para evitar dudas y pleitos, renunciará el arrendatario (si quisiere) la esterilidad, los casos fortuitos, aunque jamas se hayan visto, y la ley 22. tit. 8. Part. 5, que de ellos trata; tomará en sí el peligro que por cualquiera causa suceda en la heredad; y se obligará á la íntegra solucion del arrendamiento; y de esta suerte á todo quedará obligado, como lo dice la ley 23. tit. 8. Part. 5.::: *El primero es, si cuando se fizo el pleito del arrendamiento, se obligó el que recibió la cosa, que por cualquier ocasion que se perdiese el fruto, á él perteneciese el daño*::: pero el escribano no ponga esta condicion y renunciacion sin especial orden del conductor, á quien debe instruir de sus efectos, para que sepa la obligacion que contrae, pues no es justo gravarle sin que proceda este requisito.

19. Pero si el locador no arrienda sus tierras á dinero, sino á grano, segun sea la abundancia ó la escasez de la cosecha, se ha de pactar: *que el conductor ha de pagar la renta en trigo* (ú otra semilla que estipulen) *á proporcion de la cosecha, sacados los gastos: que para verificar lo que haya de ser, ha de avisar*

1 Ley 22. tit. 8. Part. 5. Gutierr. *de juram confirm.* part. 1. cap. 24. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 18.

2 Ley 23. tit. 8 Part. 5. Gom. ibi. num. 19. Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Locatio*, num. 78 y 79.

todos los años precisamente al locador antes de coger los frutos, y no despues; y ambos elegirán dos peritos, y tercero en discordia, ó el juez de oficio, para que los valúen, y la renta que deba pagar; y por lo que los dos tasen, se ha de pasar indispensablemente, y á ello poder ser compelidos locador y conductor; pero si este omitiere avisarle y nombrar su perito antes de la recoleccion, aunque despues alegue y pruebe por testigos, tazmías (*) ó por otro medio, haber habido esterilidad no le ha de valer, y se le ha de poder apremiar á la satisfaccion de tanta cantidad por todo rigor de derecho y via ejecutiva, en que desde ahora se da por condenado irremisiblemente. Y puesta asi la cláusula, no es necesario renunciar la esterilidad, leyes ni casos explicados, ni que el conductor reciba en sí el peligro; pues debe observarse lo que estipulen, no siendo opuesto á la ley y buenas costumbres, como se prueba de la ley 2 al fin, tit. 8. Part. 5, que dice = *Otrosí decimos, que todos los pleitos que pusieren entre sí los omes sobre los arrendamientos é los alojamientos, que deben valer é ser guardados, fueras ende los que fuesen puestos contra las leyes deste nuestro libro ó contra buenas costumbres.*

20. El arrendatario de rentas Reales no puede pretender descuento de su arrendamiento, aunque no haya renunciado las cosas expresadas, ni alegar lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio: lo que ha de jurar y sus fiadores y abonadores; y asimismo que no harán cesion de bienes, ni pedirán relajacion del juramento. Tampoco han de decir que no caben en él los maravedís que sobre ellos fueren librados, si cupieren: cuyo juramento les ha de tomar y recibir el escribano de rentas, y de ello dar fe, pena de dos mil maravedís (1). No debe ser admitido por arrendador de ellas el que por su aspecto parezca ser menor de veinte y cinco años, sin que jure que no alegará lesion ni menor edad, ni pedirá rastitucion; y el escribano que sin este requisito lo admitiere, incurre en pena de diez mil maravedís (2). El que quisiere instruirse de las condiciones de estas rentas, sus pujas, prometidos, fieldades y pagas que se han de hacer á los arrendadores de rentas Reales, y quiénes pueden serlo ó no, vea los títulos desde el 8 al 16. lib. 9. Rec., en cuanto al orden judicial de sus pleitos el 7. Y por lo res-

* Tazmía se llama la relacion de la cantidad de frutos decimales que corresponde á cada partícipe, formada por la contaduría de las iglesias catedrales, ó de otros encargados de esta comision.

1 Leyes 2, 12 y 15. tit. 9 lib. 9. Rec.

2 Ley 6. tit. 10. lib. 9. Rec.

pectivo á la alcabala, contratos de que se debe, y diligencias que ha de practicar el arrendador y el que la paga, los 17, 18 y 19 de dicho libro.

21. Aunque regularmente hablando, si el conductor por la esterilidad ú otros casos fortuitos no coge fruto ó coge poco, está obligado el locador á remitirle el arrendamiento de aquel año, ó á prorata de los gastos de cosecha, porque la pension se le da en compensacion de los frutos, y la razon y equidad exigen que á proporcion de ellos y de las expensas las satisfaga, no obstante, cesa su obligacion á la remision del todo ó parte por seis causas. 1.ª Cuando la esterilidad de un año se compensa con la fecundidad de otro, ya sea precedente ó subsecuente. 2.ª Si ambos pactan que aunque haya esterilidad ú otro funesto evento en los frutos, ha de pagar el conductor el percibo íntegro del arrendamiento, y á este fin recibe en sí el peligro que suceda (1). 3.ª Si es parciario; quiero decir, cuando da al locador alguna parte, v. gr. la cuarta, tercera ó mitad de frutos por razon del arrendamiento, porque en este caso se reparte entre los dos la utilidad ó pérdida. 4.ª Cuando en el reino ó provincia se observa ó hay costumbre de no remitir cosa alguna al conductor, pues la costumbre generalmente recibida tiene fuerza de ley, y obliga lo mismo que los pactos (2). 5.ª Cuando la esterilidad es regular y acostumbrada, ó proviene de vicio ó intrínseca cualidad de la cosa locada, y el conductor con cierta ciencia la toma en arrendamiento, pues debe echarse á sí mismo la culpa (3). Y 6.ª Cuando el daño ó esterilidad es leve, ó procede de malicia ó negligencia del conductor, ó de sus criados que no labran ni guardan las heredades como deben, ó de enemigos suyos que talan y destruyen sus frutos (4).

22. El heredero universal debe observar los contratos celebrados por su causante, porque se reputa en cuanto al derecho y cargas por una persona con el difunto, y por esta razon le sucede en todos los privilegios y acciones activas y pasivas trasmisibles, y debe pasar por sus pactos y obligaciones, á menos que sean personalísimas (que son las que dependen solamente de su industria, habilidad ó persona), pues estas no son trasmisibles, antes bien espiran con su muerte, y no pueden cederse (5). Por tanto los herederos universales del arrendador y ar-

1 Ley 23. tit. 8. Part. 5.
2 Leyes 5 y 6. tit. 2. Part. 1.
3 Regla 25. tit. 34. Part. 7.
4 Leyes 7 y 22 al fin. tit. 8. Part. 5. Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Locatio*, num. 38 al 47.
5 Leyes 3. tit. 11. lib. 3 del Fuero Real, Montalv. en ella, y 11. tit. 14. Part. 3. Olea *de cess. jur.* tit. 3. quæst. 1. num. 3.

rendatario tienen obligacion de pasar por el arrendamiento que estos hicieron hasta que espire su plazo (1).

23. Exceptúase de esta regla el arriendo del usufructo de una finca, porque este derecho es personal; asi si el arrendador muere, no debe suceder en el contrato su heredero, sino que vuelve el usufructo al señor, ó al usufructuario de la finca; bien que si tenia satisfecha total ó parcialmente la pension de aquel año, y no percibido el fruto está obligado el locador à restituir al heredero lo que su causante le anticipó, ò permitirle que recoja los frutos (2): y si estos son de beneficio eclesiástico, no ha de acudir el conductor à la iglesia por su cobro, ni por lo que hubiere anticipado al beneficiado que se los arrendó, sino à los herederos ó fiadores del último (3).

24. La muger casada tiene igualmente obligacion de pasar por el arrendamiento que en nombre de ella hizo su marido, aunque no por el que en el suyo propio celebró (4); los menores por el que hicieron sus tutores; y por fin el prelado eclesiástico por el que su predecesor celebró con los requisitos y por el tiempo prescriptos por derecho, porque lo hizo en nombre de la iglesia, de quien era legítimo administrador, y no en el suyo propio (5).

25. No está obligado el comprador á pasar por el arrendamiento que hizo el vendedor, pero el arrendatario tiene la accion de repetir contra este ó sus herederos el daño que se le irrogue por no conservarle en la locacion todo el tiempo estipulado, á menos que se pacte lo contrario al tiempo de hacerla (6). Tampoco lo está el beneficiado por el que de su beneficio hizo su antecesor, porque con la muerte de este espira (7): ni el particular sucesor del locador y conductor, por el que estos hicieron; ni por consiguiente el usufructuario, legatario y donatario de ellos; porque son sucesores singulares (8): ni el sucesor en el mayorazgo por el que hizo el poseedor anterior (9), excepto que aquel preste su consentimiento, y concurra con este al arrendamiento, obligándose á no reclamarlo: ni asimismo el heredero fideicomisario por el que hizo el fiduciario, que es

1 Ley 2. tit. 8. Part. 5.
2 Ley 3. tit. 8. Part. 5.
3 Ley 9. tit. 17. Part. 1.
4 Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 15. num. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 8.
5 Rota *Recent.* part. 11. decis. 55. num. 4, 5 y 8. Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Locatio*, art. unic. num. 9.
6 Ley 19. tit. 8. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 9.
7 Rota *Recent.* part. 10 decis. 219. num. 10.
8 Gom. loco cit. Gutierr. *Can quæst.* cap. 8. num. 4, 8, 10 y 19. Begnud. *Bibliot.* en la palabra *Locatio*, §. 3.
9 Véase á Greg. Lop. en la ley 2. tit. 8. Part. 5. glos. 4.

el gravado á la restitucion de la herencia, á menos que al celebrarse el arriendo hubiese prestado su consentimiento (1).

26. Si la cosa locada es tierra, viña ú otra heredad, ya pertenezca á persona privada, ó á la república, fisco ó iglesia, y el conductor la tiene tres dias despues de haber espirado el arrendamiento, debe pagar por el de aquel año tanta pension como en cada uno de los precedentes, porque por el mismo hecho es visto que quiere tenerla arrendada por uno mas con idénticas calidades, condiciones, hipoteca, precio y seguridades dependientes (como accesorias al contrato de la locacion) de la voluntad de los contrayentes; mas no la fianza, si no se renueva, porque esta depende de la voluntad de un tercero; ni la pena, porque no es aneja á este contrato, ni se pide por la misma accion. Y si es casa, torre ú otro edificio, solo está obligado à satisfacer el alquiler del tiempo que la ocupe con respecto al anterior; y la razon de disparidad consiste en que de las casas en cualquier tiempo puede el hombre servirse, y en todas hay regularmente quien las ocupe; mas de las heredades no, por ser preciso labrarlas, beneficiarlas y sembrarlas en la estacion oportuna para que fructifiquen, y de lo contrario nada producirán en aquel año, perderá el dueño su renta, y no hallará quien las tome (2); pero cumplido el arrendamiento, no tiene obligacion de proseguir en él si no quiere. Y se previene que para que el conductor pueda ser ejecutoriado por el importe de la reconduccion, ha de contener la escritura de arrendamiento la cláusula que extenderé en el tratado del juicio ejecutivo.

27. Durante el tiempo de la locacion no puede el locador quitar la alhaja locada al conductor, si le paga puntualmente, aunque otro le ofrezca mayor precio por ella (3); pero cumplido, debe este desocuparla; y no lo haciendo, no solo puede ser compelido á ello, y à restituirla al locador ò à sus herederos, sino á pagarles el duplo y los daños y menoscabos que por su culpa se les hayan irrogado (4): quedando desde entonces libre el arrendador para volver á arrendarla á quien quisiere, sin que el primer arrendatario tenga accion para impedírselo, ni inquietar al segundo en su disfrute, ni preferencia para proseguir por el mismo precio ú otro mayor (5), á menos que sea en predios

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 3. vers. *Tertia conclusio.*
2 Ley 20. tit. 8. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 15 al 17. Ayllon, y las limitaciones que trae Greg. Lop. en dicha ley 20.
3 Ley 6. tit 8. Part. 5.
4 Ley 18. tit. 8. Part. 5.
5 Ley 3. tit. 10. lib. 10. Nov. Rec.

del mismo fisco, como conductor de ellos, ò escolar, ò que en el lugar en que está la alhaja haya costumbre de prelacion (1); pero hoy se debe observar, como justo, lo que manda la Real provision expedida en 26 de mayo de 1770, ley 3. tit. 10. lib. 10. Nov. Rec. para el repartimiento de pastos y de las tierras de propios y arbitrios y concejiles labrantías, cuyo cap. 9. dice así: *En los arrendamientos de tierras, fundos y posesiones de particulares, quedan en libertad sus dueños para hacerlos como les acomode, y se convengan con los colonos: y se previene que en el principio del último año estipulado tengan obligacion el dueño y el colono de avisarse para su continuacion ò despedida, como mutuo desahucio; y faltando el aviso del último año, si solo se hiciere en el fin de este, se entienda deber seguir el año inmediato, como término para prevenirse cualquiera de las partes, sin que los colonos tengan derecho de tanteo, ni á ser mantenidos mas de lo que durare el tiempo estipulado en los arrendamientos, excepto en los paises, pueblos ò personas en que haya ó tengan privilegio, fuero ú otro derecho particular: y no se comprenden en esta providencia los foros del reino de Galicia, sobre los cuales se debe esperar la resolucion de su Magestad.* Por cuya provision se declaró quedar sin efecto lo ordenado en otras anteriores, y mandó que el contexto de ella se cumpla, no obstante lo dispuesto en las precedentes, que era contra la libertad que cada uno tiene, como dueño, para hacer de sus bienes lo que quiera. Pero el desahucio no se entiende ni amplía á otras fincas mas que à las tierras de labor (*).

28. Pero si el arrendamiento es de casa ó tienda, puede el locador despojar de ella al conductor (aunque no esté cumplido el tiempo de la locacion) por las causas que expresa la ley 6. tit. 8. Part. 5. ibi:::: *La primera es cuando al señor cae la casa en que mora: ò há enemistad en aquella vecindad en que mora,*

1 Ley 5. tit. fin. Part. 2. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 5.

* Por Real cédula de 6 de diciembre de 1785, num. 2. tit. 10. lib. Nov. Rec, se previene que en el entre tanto que se pone en ejecucion, y su Magestad lo declare, se observe el decreto de 26 de junio, é instruccion de 21 de setiembre del mismo año: no hagan novedad los dueños de las tierras en los arrendamientos pendientes, ni en sus precios, ni aprovechen los pactos de aumentar las rentas dejando á los propietarios el recurso de acudir á la justicia por medios sumarios de regulacion por peritos, y tercero en discordia, para verificar en los arrendamientos cumplidos despues de este decreto, y sobre el mal uso de la cosa que haga digno de remocion al arrendador, concediendo recurso al intendente de la provincia, y de este al Consejo; pero observándose lo que se provea, ya por el juez ó ya por el intendente, no habiendo lugar á las apelaciones sino en lo devolutivo. Si los dueños quisiesen cultivar las tierras han de probar que son labradores con el genado correspondiente, y residentes en el pueblo del territorio de las tierras. *Febrero adicionado.*

ú otra premia por que non osa morar en ella: ó si casase él alguno de sus fijos, ó si los ficiese caballeros. La segunda es si despues que la logó apareció alguna cosa á tal en la casa por que se podria derribar si non fuese adobada; pero en estos dos casos sobredichos tenudo es el señor de la casa de dar al alquilador otra en que more á tal con que le plega fasta el tiempo en que debe morar en la otra, ò descontarle del loguero tanta parte cuanta viniere en aquel tiempo que debe en ella morar. La tercera razon es cuando el que tuviese la casa logada usase mal della, faciendo en ella algun mal, por que se empeorase: ò llegando en ella malas mugeres ò malos omes, de que se siguiese mal á la vecindad. La cuarta es si alogase la casa por cuatro años ó cinco, habiendo á dar por ella cada año loguero cierto, ca si pasàsen dos años que non pagase lo que debia dar, dende adelante puédele echar de ella. E por cualesquiera de estas razones sobredichas puede echar el señor de la casa al que la toviere alogada ò alquilada, magüer el otro non quiera. Para la mejor inteligencia de esta ley véase á Gomez lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 6, à Ayllon num. 7, por la claridad y extension con que la explican.

29. Puede asimismo ser despojado el conductor de la cosa locada, aunque no sea casa, ni el término esté cumplido, si su dueño la vende; pero este tiene obligacion de pagarle tanto precio del arrendamiento cuanto falte para cumplirse el tiempo por que se la arrendó (1), y tambien los intereses y daños que se le causen; porque respecto poder reservar en la venta el derecho del colono ó del inquilino, y no hacerlo, es justo que lo pague (2): lo cual se entiende á menos que sea colono del fisco, pues este no está obligado à su satisfaccion. Pero no podrá ser despojado en dos casos que trae la ley 19. tit. 8. Part. 5. ibi: *El primero es si ficiese pleito con el vendedor cuando ge la vendió, que non le pudiese echar de ella al que la tuviese alogada, fasta que el tiempo fuese cumplido á que la logó. El segundo es cuando el vendedor la hubiese logado para toda su vida de aquel á quien la logara; ò para siempre tambien dél, como de sus herederos. Ca por cualquier destos dos casos non la podria enagenar para poderle echar della al que la tenia logada ò arrendada, ante decimos que debe ser guardada la postura.* Tampoco podrá ser despojado cuando el locador hipotecó generalmen-

1 Ley 19. tit. 8. Part. 5.
2 Greg. Lop. en la ley 19. cit. glos. 4 y 9.

te sus bienes à la seguridad del contrato, ò especialmente la alhaja locada, y se obligó à no venderla ni enagenarla durante el tiempo de la locacion, renunciando las leyes que en este caso le favorecen; porque mediante el pacto de no enagenar, es nula la enagenacion, y por la especial hipoteca de la alhaja locada adquiere el conductor derecho en ella, y á no ser despojado hasta que espire el tiempo del arrendamiento (1): lo que se pondrá en la escritura, y el escribano lo verá en las que extenderé. Advirtiendo que por Real cédula de 16 de setiembre de 1784, ley 6. tit. 10. lib. 10. Nov. Rec., se declara que ningun empleado en rentas Reales goza de privilegio que impida el uso libre de su casa al dueño de la que aquel ocupa, y que solo debe gozarlo en el caso de que se trate de nuevo arriendo, y sea precisa la casa para custodia y despacho de los géneros y efectos de la Real Hacienda, por no haber otra proporcionada en el pueblo; y que el conocimiento de los autos sobre nuevo arriendo ó despojo toca á la justicia ordinaria.

30. El arrendatario puede subarrendar à otro igualmente idóneo la finca que se le locó, para el propio uso y no otro, y por el mismo tiempo ó menos, teniendo cómoda division, si arrienda parte de ella, y no perjudicando á su dueño ni à otro inquilino ò colono; excepto que al tiempo de celebrar el arrendamiento se lo haya prohibido el locador (2).

31. Aunque el subarrendatario ò segundo conductor no se obligue á favor del dueño de la cosa locada (ya sea casa, tierra, viña ú otra) sino del primer conductor, ò segundo locador, y por esta razon no esté obligado por accion personal, tiene el dueño derecho pignoraticio contra los frutos que produce y bienes que en ella existen, por el arrendamiento que se le debe, porque estan tácitamente afectos á su responsabilidad (3), y es visto cuasi contraer el subarrendatario con el dueño, y obligarse, respecto á que espontáneamente entró sus bienes en la casa locada; y asi existiendo en ella, puede pedir su secuestro. Sobre lo cual hay variedad de opiniones, fundándose la contraria en que, como el locador no tiene accion personal contra el subarrendatario, tampoco puede retenerla hipotecaria contra sus bienes, y que

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 9. vers. *Ex quo infertur*: y vers *Cuarto limita.* Gutierr. *Can. quæst.* cap 8. num. 4, 5, 14. 15, 29, 30 y 31. Arias Pinel en la ley 1. part. 3. num. 66. Cod. *de bon. matern.* Covaer. lib. 2. *Var.* cap. 15. num. 2. Greg. Lop. en la glos. 4 de la ley 6. tit. 8. Part. 5, en la palabra *Et nota bene*:::

2 Ley 1. tit. 1. lib. 10 Nov. Rec., y aut. 6. cap. 3 al fin. tit. 21. lib. 4. Rec. Gom. lib. 2. *Var* cap 3. num. 11, et ibi Ayllon.

3 Ley 5. tit 8 Part 5. Gom. lib. 2. cap. 2. num. 12, et ibi Ayllon.

por lo mismo este y los suyos están obligados solamente al segundo locador ò primer conductor; y para cortar disputas, es lo mejor que se pacte en la escritura de arrendamiento, *que el conductor no ha de poder subarrendar el todo ni parte de las cosas que se le arriendan;* y si no se lo prohibe, *que en caso de subarrendarlas, podrá proceder el dueño contra los bienes del subarrendatario* (*).

32. En la Corte se estiman por perpetuos los arrendamientos de las casas de ella, porque regularmente no se prefine el término que han de subsistir, y por lo mismo no es á voluntad del inquilino el habitarlas el tiempo que quiera (bien entendido, que si se muda, espira por el mismo hecho el arrendamiento, y no puede dejar en la habitacion otro inquilino sin permiso del locador; y si lo hace le despojará este incontinenti como intruso), por lo que pagando el inquilino puntualmente por medios años ò meses, segun se estipula, por ningun tribunal se le despoja, á menos que concurra alguna de las cuatro causas de la ley, ni se le aumenta el precio de arrendamiento, ni tampoco aunque la casa necesite algun reparo mayor, si quiere sufrir la incomodidad de la obra; antes bien se le ampara, y á su viuda, á la que como socia es visto alquilarse tambien, y à sus hijos y herederos que al tiempo de su muerte viven en su compañía. Todo lo cual tiene contra sí las leyes, porque segun ellas, acabado el tiempo de la locacion, ó vida del conductor, puede el dueño lanzar al inquilino de su casa, y si no se prefine tiempo, al fin del año; y asi este es un derecho municipal no escrito, fundado en una tácita y presunta reconduccion, y observado por repetidas ejecutorias y costumbre de Corte. Mas no obstante esto, me parece que, aun cuando no se prefina término, debe espirar el arrendamiento con la vida del conductor: que fenecida, ninguno de sus herederos tiene derecho à subsistir en la casa, por el mismo precio contra la voluntad del dueño, porque como arrenda-

* Aunque no se ponga la cláusula que expresa el autor al fin del párrafo 31, puede el dueño usar de la accion hipotecaria contra los referidos bienes del subarrendatario: lo uno porque la ley es la que constituye esta hipoteca en ella, ora sean del arrendatario, ora sean del subarrendatario; lo otro porque basta la accion personal que el dueño tiene contra el arrendatario principal, para que subsista en apoyo y seguridad de ella la hipoteca en los bienes referidos del subarrendatario: las alhajas ó fincas de un tercero, pueden con su consentimiento servir de hipoteca de obligaciones y acciones personales de otro. El subarrendatario en el hecho del subarriendo consiente en dicha hipoteca, que por otra parte la establece la ley. Podrá decirse ademas, que tiene tambien á su favor dicha hipoteca el que subarrendó la heredad; y que el dueño ocupa su lugar por reunir de pronto las acciones suyas y del subarrendador; ó por embargo formal de las acciones del subarrendador, puede proceder hipotecariamente contra ellos. *Febrero adicionado.*

miento personal cesa con su muerte: que por lo mismo deben ser despojados, à menos que este reciba de ellos el medio año anticipado despues que fallece el conductor, porque por este acto los reconoce por inquilinos; y no recibiéndolo, deberán ser prefetidos por el tanto á otro, dando al locador la competente seguridad, si de ellos no la tiene: y que lo contrario es precisarle à vincular y perpetuar el arrendamiento en sugetos con quienes jamas contrajo, y privarle del uso libre de sus bienes; lo que es opuesto à la razon y justicia (*).

33. Cuando el dueño de la casa alquilada por tiempo determinado en la Corte intenta despojar al inquilino por alguna de las causas legales ó por haber espirado el tiempo de la locacion, y no querer que continúe en ella, si este acude al alcalde de Corte, à quien mensualmente toca, y pretende mandamiento de amparo, se lo concede por cuarenta dias, para que en ellos pueda buscar otra á que mudarse; pero es de advertir que este término empieza desde el dia de la primera notificacion ó requerimiento, ya sea hecho en virtud de acto judicial, ó por el dueño ante escribano, pues de cualquier suerte es perentorio, como resulta del capítulo 5 del privilegio concedido por el señor Rey Don Felipe III. á la Villa de Madrid, en Lerma à 7 de mayo de 1610, que está en la ley 10. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec. nota 6, y dice asi: »Que los amparos que suelen dar sobre las casas acabado el tiempo de su arrendamiento, no queriendo el dueño de ella arrendarla al que la viviere, no excedan de cuarenta dias, y este sea término perentorio para que no se pueda alargar por ningun alcalde ni por mi Consejo, por el agravio que recibe el dueño de la casa, ocupándosela contra toda su voluntad à título de dicho amparo; pues los dichos cuarenta dias despues de cumplido el arrendamiento es término bastante para que el alquilador busque casa y pase à ella; y si el dueño de la casa le hubiere requerido ante escribano, que salga, se entienda que los cuarenta dias han de correr desde el dia del requerimiento."

34. Sin embargo, lo que actualmente está en observancia es el auto acordado del Consejo de 31 de julio de 1792, cuyos artículos son los siguientes (1).

35. Primero. Los dueños y administradores pueden libremente arrendar la casa à las personas con quienes se conviniesen,

* Por bando de 27 de julio de 1756, ley 27. tit. 9. lib. 3. Nov. Rec., se manda: que las casas de Madrid no se arrienden con destino á posadas; se prohiben estas, no siendo con los requisitos que se prescriben. *Febrero adicionado.*

1 Ley 8. tit. 10. lib. 10. Nov. Rec.

sin que ninguna por privilegiada que sea, pueda pretender ni alegar preferencia con motivo alguno, salvo los alcaldes de Casa y Corte, que debiendo vivir dentro de sus respectivos cuarteles podrán en conformidad de lo que dispone la Real cédula de 6 de octubre de 1768 usar del derecho de preferencia en las casas vacantes ó desocupadas dentro de sus cuarteles.

36. Segundo. Muerto el inquilino pueda continuar en la misma habitacion su viuda, y si no la tuviese, ó no quisiere, uno de sus hijos por convenio de los demas, y no conformándose el mayor en edad.

37. Tercero. Para precaver los daños y perjuicios que la continuacion de estos inquilinatos podria causar á los dueños de casas, se declara, que asi como por el auto acordado (Ley 24. tit. 3. lib. 14. Nov. Rec.) pueden los inquilinos usar del derecho de la tasa, le tendrán en los mismos términos sus dueños, pasados diez años de la habitacion; y la misma facultad podrán usar si continuasen habitándola por otros diez, y empezándose á contar desde la publicacion de este auto acordado, porque en este largo tiempo puede haber variado el valor del precio de las dichas habitaciones.

38. Cuarto. Se prohibe todo subarriendo y traspaso del todo ó parte de las habitaciones, à no ser por expreso consentimiento de los dueños ó administradores, y se anulan tambien los que estuviesen hechos sin esta circunstancia; bien que deberán ser preferidos los inquilinos en los arrendamientos entendiéndose derechamente y sin litigio con los dueños, con tal que al inquilino principal que subarrendó se le rebaje la cantidad del subarriendo que hizo, y ha de percibir el dueño de la casa.

39. Quinto. Mediante que en conformidad de la costumbre observada en Madrid, el inquilino que ha de habitar la casa, anticipa el importe del medio año, si se verificase que antes de cumplirlo la dejase, el dueño ó administrador le devolverá à prorata la cantidad que corresponda al tiempo que faltare para cumplir el medio año; y lo mismo se atienda con los alquileres que se anticipan en las habitaciones que se pagan por meses.

40. Sexto. No puedan los dueños y administradores tener sin uso y cerradas las casas; y los jueces les obliguen á que las arrienden á precios justos convencionales, ó por tasacion de peritos que nombren las partes, y tercero de oficio en caso de discordia, aunque se diga y alegue no poder arrendarlas por estarles prohibido por fundaciones ó por otro motivo, pues semejantes disposiciones no pueden producir efecto en perjuicio del bien público.

41. Séptimo. Las personas que saliesen de la Corte con destino, ó por largo tiempo, no puedan retener sus habitaciones ni con pretexto de dejar en ellas parte de su familia; pero esta prohibicion no deberá entenderse con los que se ausentasen por falta de salud, comision ú otra causa temporal de corta duracion.

42. Octavo. Habiendo acreditado la experiencia que se ocupan las casas largo tiempo con los bienes muebles y alhajas de los que mueren, para venderlos en almoneda, y que se usa del fraude de entrar y subrogar otros, haciéndose por este medio interminables dichas almonedas, y se declara y manda, que se acaben durante los seis meses primeros, y pasados quede desocupada la casa, aunque no se halle concluida.

43. Nono. Ningun vecino pueda ocupar ni tener dos habitaciones, como no sean tiendas ó talleres necesarios á su oficio ó comercio.

44. Décimo. Cuando los dueños intentasen vivir y ocupar sus propias casas, los inquilinos las dejen y desocupen sin pleito en el preciso y perentorio término de cuarenta dias, prestando caucion de habitarlas por sí mismos, y no arrendarlas hasta pasados cuatro años.

45. Undécimo. Las cesiones y traspasos que se hiciesen de las tiendas de cualquiera especie, casas de trato ó negociacion, sean puramente por el precio en que se regulasen ó conviniesen por los efectos, enseres, anaqueles y demas de que se compongan, sin llevar por via de adehala ni otro pretexto cantidad alguna, y la casa ó habitacion en que estuviese situada, vaya con el precio que pagaba el inquilino.

46. Duodécimo. Sobre el contenido de estas reglas, mediante ser claras, los jueces no admitan demandas ni contestaciones, y las que se admitieren las determinen de plano y sin forma de juicio.

47. El dueño de naves (*), vasos, toneles, bestia ú otras cosas semejantes, está obligado á darlas buenas, y cuales deben ser para el uso que las alquila, y declarar al que las toma en alquiler los defectos y tachas que tienen; y no haciéndolo asi, á responder del daño que se le irrogue, aunque alegue ignorancia de la tacha ó defecto, porque todos deben saber si son buenas ó malas las cosas que alquilan (1).

48. El que recibe en alquiler alguna bestia, debe volverla á

* En orden á fletes se tratará con extension hablando del *comercio*, adonde puede acudir el que necesite enterarse de tales materias.

1 Leyes 13 y 14 tit. 8. Part. 5.

su dueño tan buena como se la alquiló. Si por su culpa se muere, darle otra igual ó su valor; pero esto debe probarse, pues de lo contrario se presume muerta naturalmente, y perece para su dueño (1). Si la causa algun daño debe pagarle su importe, con mas todo el alquiler devengado en el tiempo que se sirvió de ella, y en el en que por el daño dejó de usarla. Si dice que ha de ir en ella á una parte y la lleva á otra ó mas lejos; ó la recibe por tiempo determinado, y la tiene mas en su poder, y por este motivo se muere ó deteriora; ó si se le alquila para un uso y la destina á otro; ó la quita el aparejo con que se le alquiló y la pone otro, ó mas carga, queda obligado en iguales términos al daño (2).

49. La escritura de arrendamiento ha de contener las siete cláusulas siguientes: 1.ª que se diga quién arrienda, à quién, lo qué, con individual expresion de su sitio, cabida y linderos (á excepcion de que el conductor por saberlo se dé por satisfecho, por cuya causa puede omitirse dicha expresion), por cuánto tiempo y precio, y á qué plazos se ha de pagar este; y por si hay lesion en él renunciarán los contrayentes la ley 4. tit. 7. lib. 5. del Ordenamiento Real, que es la 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. y trata de ella; 2.ª con qué condiciones, que serán las que las partes quisieren, no siendo opuestas á derecho y buenas costumbres; 3.ª que el locador se obligue á no quitar al conductor la finca arrendada, por mas ni por el tanto que otro dé, antes que el tiempo estipulado se cumpla, aunque sea con pretexto de habitar la casa, labrar la tierra, viña ú olivar, administrar por si el diezmo ó fruto &c. ú otro sin excepcion, si le paga puntualmente, y usa de la cosa locada como está obligado; sin embargo de que en él no se exprese; 4.ª que si la finca es libre se obligue à no venderla ni enagenarla durante el tiempo del arrendamiento, y que si lo hiciere, sea nulo, y à la seguridad de este pacto hipotecará especialmente la misma finca; 5.ª que se obligue igualmente á la eviccion y saneamiento de la cosa locada, pues aunque por la naturaleza del contrato lo está, bueno es que se exprese; 6.ª que el conductor acepte el arrendamiento, y se obligue à la solucion del precio á los plazo prescriptos, y á cuidar y labrar como debe la cosa locada, de modo que por su culpa ó negligància no padezca decremento ni dete-

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 22.
2 Leyes 1 y 6. tit. 17. lib. 3. Fuero Real.

rioracion, pena de pagar los daños, y si es tierra ú otra alhaja productiva, puede recibir en sí la esterilidad y casos fortuitos, aun los que suceden rarísima vez, y obligarse á pagar el arrendamiento íntegro, no obstante que sucedan; y 7.ª la guarentigia y demas generales de cualquiera escritura de obligacion. Tambien puede obligarse á no subarrendar el todo ni parte de lo que se le arrienda, en cuyo caso deberá expresarse.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

ARRENDAMIENTO DE TIERRAS.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Antonio de Villanueva, vecino de ella= Otorga que da en arrendamiento à Francisco Fernandez, de la propia vecindad, por tiempo de nueve años, y ocho pagas que empiezan á correr desde el presente, y cumplirán en Santa María de agosto del que vendrá de tantos, diferentes tierras libres, que le pertenecen en posesion y propiedad, en tal sitio, término de esta villa, que con su cabida y linderos se expresan en esta forma. (*Aquí se especifican por extenso las tierras, su cabida y respectivos linderos.*) Las tierras que por menor quedan expresadas, componen tantas fanegas de sembradura, las que le arrienda por los referidos nueve años y ocho pagas, y tantos reales en cada una con las condiciones siguientes: Ha de traer á dos hojas y no de otra suerte, y labrar, cuidar y beneficiar las citadas tierras, de modo que experimente aumento y no disminucion; y si por culpa ó negligencia suya ó de los que por su orden las labraren, ó enemigos suyos, se ocasionare á todas ó parte de ellas deterioracion en mucha ó poca suma, ó las disfrutare todos los años, ha de ser, como queda, responsable à reintegrar al otorgante ó á quien su accion tenga, de todos los daños y menoscabos que se le causen á justa tasacion de inteligentes, sin la menor excusa ni dilacion, poder ser apremiado á ello por todo rigor legal, y ademas ser despojado de este arrendamiento. Ha de satisfacer puntualmente en cada una de las ocho pagas mencionadas *tantos* reales de vellon, ponerlos íntegros por su cuenta y riesgo, en casa y poder del otorgante en esta villa, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie, y ser la primera para fin de agosto del año próximo venidero, y así las demas sucesivamente: y pasado sin haberlo practicado en todo ó parte, poder compelerle el otor-

gante á su solucion con costas y salarios, y asimismo quitarle este arrendamiento. Si subarrendare las citadas tierras ó parte de ellas, ha de ser á persona lega, llana, abonada y que las labre en la forma propuesta por el propio tiempo, y no mas; y en caso de no pagar puntualmente al otorgante, ha de poder proceder este contra los frutos y bienes del subarrendatario por todo lo que el conductor esté debiendo á la sazon, y entenderse aquel para este caso como verdadero conductor, y no como subarrendatario. En el último año de esta locacion ha de dejar libres y desocupadas íntegramente las enunciadas tierras, y en el penúltimo la mitad de ellas, sin necesidad de mas requerimiento, desahucio ni monicion judicial ni extrajudicial, para que el nuevo conductor que entre á labrarlas las barbeche á uso de labranza, y no ha de poder pretender preferencia por el tanto para continuar en ellas, aunque pague puntualmente, y cumpla en todo lo demas este contrato, pues queda á arbitrio y eleccion del otorgante el conservarle y prorogarle este arrendamiento, ó removerle de él; y no haciéndolo asi, ha de perder todos los frutos y semillas que hubiere echado en ella, y gastos que en sus labores hubiere tenido, sin que á unos ni á otros tenga la mas leve accion ni derecho, pues por el mismo hecho han de quedar á beneficio del otorgante en pena de la contravencion, y entenderse donados á este desde ahora irrevocablemente, y el nuevo arrendatario proseguir en su labranza como parte legítima, contra lo cual no se ha de admitir excepcion de uso y costumbre, ni otra, aunque sea legal, y antes bien ser nulo lo que en contrario se practicare. No ha de pretender baja, descuento ni moderacion del precio de este arrendamiento en todos ni en algunos de los años que subsista, aunque las referidas tierras no produzcan fruto por falta de cuidarlas, ó por algun caso fortuito de piedra, granizo, niebla, fuego, mucho sol, aires, aguas, hielos, langostas, gusanos ú otros insectos, aves ò animales que lo coman, ò enemigos suyos ó del estado que lo talen ó quemen, ò por otro accidente inopinado, aunque se verifique rarísima vez; sino antes bien hacer las pagas anuales, como si hubieran sido muy fértiles y fecundos, por haberse considerado para su menos valor en renta no haber lesion alguna, quedar compensado el conductor con esta consideracion, y ser como de su cuenta, cargo y riesgo cualquiera ruina ó funesto evento que acaezca, y no del otorgante ni de quien le suceda.

Nota. *Aunque el contrato de locacion y conduccion es de*

buena fe, y por eso tiene mucho lugar en él la equidad del juez; no obstante, como á cuanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado, para poner el escribano esta condicion en los términos expresados, y la obligacion del conductor á cumplirla, debe prevenirle sus efectos, porque cede directamente en su detrimento, y le quedan cerradas todas las puertas para excepcionar sus defensas, y poniéndola sin preceder dicho requisito, no cumple con su obligacion.

El otorgante ni quien le suceda no quitarán al conductor ni á sus herederos este arrendamiento, por mas ni por el tanto que otro dé por él, hasta que espire el tiempo prefinido, á pretexto de querer labrarlas y cultivarlas por sí mismo, ni con otro alguno, sea el que fuere, sin excepcion ni limitacion, excepto que no paguen puntualmente (segun queda prevenido) su precio, ó no cumplan en todo ó parte las condiciones con que queda hecho, que entonces estará en su eleccion despojarlos de él ó conservarlos: ni tampoco venderá ni enagenará las tierras que comprende ni parte de ellas, y si lo hiciere, sea nula su enagenacion, y este arrendamiento firme: y para su mayor estabilidad las hipoteca especial y expresamente á la observancia de este pacto y condicion, á fin de que no pase derecho á tercero poseedor, como hecho contra pacto absoluto de no enagenar. (*Aquí se pondrán las demas condiciones que los otorgantes estipularen.*) Con cuyas calidades y condiciones da en arrendamiento al precitado Francisco Fernandez las expresadas tierras, y se obliga á que le serán ciertas, y á que nadie le quitará en su goce; y si lo hiciere, ó salieren total ó parcialmente fallidas por pertenecer á otro dueño, le dará otras tan buenas de igual cabida, en tan cómodo sitio, por dicho precio, con la propia comodidad para su labranza, y en que disfrute las mismas utilidades, y en su defecto le pagará, con arreglo á la ley 21 del tit. 8. Part. 5, todas las labores y beneficios que en cada una hubiere hecho, el precio del arrendamiento que desde el dia de la incertidumbre ó verificacion de falencia corresponda proporcionalmente á las que la tuvieren, las utilidades que podia adquirir, y las costas, gastos, daños, intereses ó menoscabos que se les siguieren ó causaren, cuya liquidacion defiere en su relacion jurada, y le releva de otra prueba. Y el nominado Francisco Fernandez, que está presente, habiendo oido á la letra esta escritura, y enterádose de sus condiciones, dijo: que recibe en arrendamiento las referidas tierras por los nueve años mencionados, y se obliga á labrarlas, beneficiarlas y cuidarlas como buen labra-

dor, à satisfacer anualmente, y poner á su costa por su cuenta y riesgo en casa y poder de su dueño ó de quien le represente, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie, los *tantos* reales al plazo pactado; y no lo haciendo, quiere que le apremie á ello por todo rigor de derecho, y que para hacer efectiva su cobranza pueda enviar ejecutor adonde el otorgante tuviere bienes, con tantos maravedis de salario al dia de los que en ella ocupe, contando por los del camino en ida y vuelta á razon de ocho leguas; por cuyos salarios, costas y daños se ha de hacer la misma ejecucion, trance, remate de bienes y pago que por el principal, sin que sea necesaria mas justificacion que la prenotada relacion jurada, para lo cual renuncia la ley 8. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec. y demas leyes, prácticas y estilos de tribunal, que prohiben enviar ejecutores y jueces de comision á costa de las partes, y moderan los salarios, sin que para eximirse de su total ni parcial satisfaccion, le sirvan de excepcion ni excusa los casos especificados en la cuarta condicion, porque recibe en sí el peligro que pueda haber en los frutos de dichas tierras, quiere que todo sea de su cuenta, cargo y riesgo, segun en ella se expresa, renuncia la ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., que trata de la lesion, con los cuatro años que prefine para pedir rescision del contrato ó suplemento á su justo valor, y la 22 del tit. 8. Part. 5, que dice: *que perdiéndose los frutos por caso fortuito, no está obligado el conductor á pagar cosa alguna del arrendamiento; y que no perdiéndose todos, está en su eleccion el pagarlo ó entregar el sobrante, deducidas las expensas que hizo en su labranza*: se conforma en esta parte con lo que dispone la 23 del mismo título y Partida, en cuanto manda: *que obligándose el conductor á pagar la locacion sin embargo de cualquier caso fortuito que suceda, porque recibe en sí el peligro y aventura, queda obligado á ello*, y consiente ser compelido al cumplimiento de esta condicion por todo rigor legal. Y se obliga igualmente á dejar las enunciadas tierras libres y desembarazadas, con arreglo y bajo de la pena contenida en la condicion cuarta (á cuyo fin se da por desahuciado en legal forma desde ahora, sin que sea necesaria otra diligencia que renuncia expresamente), y á no reclamar esta escritura en todo ni parte; y si lo hiciere, sea visto por el mismo caso haberle ratificado; y á haber por firme este obligan ambos otorgantes sus bienes muebles, raices, bienes y acciones presentes y futuros, y el conductor hipoteca tambien los frutos que produzcan dichas tierras á la seguridad del precio de este arrendamien-

to, costas, daños y menoscabos que se ocasionen al locador; dan amplio poder á los señores jueces de esta villa para que los compelan á su cumplimiento, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben, renuncian todas las leyes &c.

ARRENDAMIENTO DE CASA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, Don Antonio de Villanueva, vecino de ella, dijo: que da en arrendamiento á Francisco Fernandez, de la propia vecindad, una casa que le pertenece en tal calle, por tiempo y espacio de cuatro años, que empiezan á correr en este dia, y cumplirán víspera de otro tal, de igual mes y año de tantos, y por tres mil reales de vellon en cada uno, bajo de las siguientes condiciones: el referido Francisco ha de habitar por sí propio la prenotada casa; y en caso de que subarriende parte de ella, por no necesitar todos sus cuartos, ha de ser para el mismo uso y no otro, y por el precitado tiempo y no mas, á persona lega, llana y abonada, que no goce de fuero, ni sea de mal vivir, ni use mal de ella; y si lo contrario hiciere, ó la subarrendare toda y no la ocupare, sea habido, como desde ahora se há, por concluso y fenecido este arrendamiento, y obligado el inquilino á expeler á su costa á los subarrendatarios. En cada uno de los expresados cuatro años ha de pagar y poner á su costa, por su cuenta y riesgo, en casa y poder del otorgante ó de quien su accion tenga, los referidos tres mil reales en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie, para tal dia, y pasados diez desde este sin haberlo hecho, le ha de poder echar, despojar y ejecutar no solo por su importe, sino por las costas, salarios y daños que se le irroguen, deferida su liquidacion en la relacion jurada del otorgante ó de quien le represente, sin que sea necesaria otra prueba, pues le releva de ella en forma; y en caso de subarrendar parte de ella y no pagar con puntualidad, ha de poder proceder el dueño, por lo que esté debiendo, contra los bienes del subarrendatario, al cual quedará el regreso contra el conductor por lo que satisfaga por este. Ha de cuidar la expresada casa, de suerte que no experimente el mas leve daño; y si por culpa, omision, enemigos suyos ú otro motivo semejante, padeciere algun grave ó leve, se le ha de poder compeler á su reintegro, y á ponerla en el estado actual en virtud de esta escritura y reconocimiento

de dos peritos que ambos otorgantes elijan de conformidad, ó de oficio en rebeldía, sin mas sentencia ni declaracion. Si fuere preciso ejecutar en ella algun reparo mayor ó menor, ha de avisar el otorgante para que lo haga con maestro y oficiales de su satisfaccion, y con sus libranzas pagar en cuenta de este arrendamiento la cantidad que se libre contra él, la que le abonará con recibo del maestro á su continuacion, sin que pueda pasar á hacerlo sin previa licencia suya por escrito; y si sin ella lo ejecutare, no ha de tener accion á pedirle cosa ni cantidad alguna, ni quitar ni demoler la obra, ni pretender por ella descuento de este arrendamiento, antes bien ha de quedar esto á beneficio de la expresada casa en pena de la contravencion. Si para su mayor comodidad y servidumbre ó del subarrendatario quisiere mudar alguna puerta, ventana ò tabique, y ensanchar ó reducir algunas piezas, tampoco ha de poder ejecutarlo sin dicha licencia, ni exceder de lo que en ella se exprese: y aunque el otorgante se la conceda, no ha de poder pretender descuento de este arrendamiento, ni demoler la obra sin su consentimiento, á menos que en la licencia se prevenga lo contrario, ampliando esta condicion; y antes bien ha de hacerla á su costa, y ser visto por el mismo hecho haber querido beneficiar de su espontánea voluntad à la casa y al otorgante, mediante no necesitar actualmente de reparo ni obra nueva, y alquilársela en la disposicion en que está; y si la demoliere, incurra por su mala fe en la pena de devolverla al estado que tenia al tiempo de su demolicion, de pagar al otorgante las costas y daños que se le irroguen, y poder ser despojado de ella. Pasados los cuatro años de este arrendamiento, ha de desocupar enteramente la citada casa, sin necesidad de requerimiento ni aviso de su dueño, y entregar á este sanas todas las llaves interiores y exteriores de sus puertas segun las recibe, para que el nuevo inquilino pueda entrar á habitarla: y no lo haciendo, poder el locador de su propia autoridad expelerle, sin que por no usar de medio judicial incurra en pena. Pagando puntualmente el precio anual de este arrendamiento, no le depojará el otorgante, ni quien le represente, de dicha casa por mas ni por el tanto que otro le dé por su alquiler, aunque sea con pretexto de querer habitarla por si ú otro cualquiera sin limitacion, excepto que intervenga alguna de las otras causas que prescribe la ley 6. tit. 8 Part. 5, ni tampoco la venderá ni enagenará durante el tiempo prefinido; y si lo hiciere, sea nula la enagenacion y este arrendamiento firme; y para su mayor estabilidad hipo-

teca especial y expresamente la enunciada casa; como lo previene la ley 19 del mismo título y Partida, y no pase derecho á tercero, como hecho contra este pacto.

Si falleciere el conductor antes que espiren los cuatro años, ha de continuar su heredero en este arrendamiento en idénticos términos hasta que se cumplan; pero para ello le ha de pagar siempre un año anticipado por via de fianza, y satisfaciéndolo, no se lo ha de poder quitar ni alterar el otorgante ni los suyos, durante el tiempo que falte, sin que preceda causa legal, y no haciéndolo, queda á su eleccion despojarle ó conservarle, sin que con ningun motivo ni pretexto se le pueda privar de esta accion siempre que quiera intentarla pasados tres dias despues de la muerte del conductor, ó año vencido y satisfecho. Con cuyas condiciones arrienda al referido Francisco la citada casa, y se obliga á que le será cierta, y la gozará quieta y pacíficamente todo el tiempo prefinido; y si sobre su goce y disfrute se le moviere algun litigio, lo defenderá y seguirá á sus expensas en todas instancias hasta conseguirlo, y no pudiendo, le dará otra tan capaz con iguales comodidades, facultades y disposicion, en tan buen sitio, y por el mismo precio y tiempo, y en su defecto le volverá el importe del arrendamiento que tenga anticipado, las mejoras hechas de su orden, todas las costas, perjuicios y menoscabos que se le irroguen, deferida su liquidacion en su relacion jurada sin otra prueba, pues de ella le releva en forma. Y el mencionado Francisco Fernandez, habiendo oido literalmente esta escritura, y enterádose de su contexto, dijo: que recibe en arrendamiento la enunciada casa por el tiempo, precio y con las condiciones expresadas, las que se obliga á cumplir con la mayor exactitud, y no reclamarlas ni interpretarlas total ni parcialmente con ningun pretexto; y si lo hiciere, no sea admitido judicial ni extrajudicialmente; y por el mismo caso ha de ser visto haberlas aprobado y ratificado, á lo cual se le ha de poder apremiar en legal forma; y ambos otorgantes por lo que á cada uno toca obligan sus bienes muebles, raices &c.

Nota. Con arreglo à las dos escrituras precedentes y à lo que dejo explicado, pueden los escribanos hacer todas las que se ofrezcan, poniendo las condiciones que los contrayentes quisieren, y en caso de que haya esterilidad en las cosechas, pactar que se haya de valuar la renta segun la cosecha, ó labrando à medias, ó segun se convengan; pues siendo arregladas las condiciones, se ha de juzgar por ellas, como dejo sentado; y si se

pacta el pago de la renta de tierra en trigo ó en otra semilla, se ha de obligar el conductor *á entregarlo bueno, enjuto, limpio y de recibo*, y no de otra forma. En el arrendamiento de viñas y olivares suelen ponerse los plazos de las pagas por octubre y enero, que es cuando se coge su fruto; contarse las cepas y olivos, y obligarse el conductor á conservarlos, y en su defecto á pagar tanta cantidad por cada uno que falte, ó plantar otros en su lugar, y si hay árboles contarse tambien, expresarse su especie, y prohibirse al colono el cortar madera bajo de cierta pena, la que pueden imponerse recíprocamente los contrayentes en todos los contratos, para que el contraventor del pacto la pague todas las veces que lo sea.

Otra. Si se hace subarriendo, se ha de citar en él la escritura de arrendamiento, y el segundo conductor ó subarrendatario podrá obligarse no solo á favor del segundo locador, sino del dueño, pues de esta suerte se evitan pleitos; y se prevendrá que si el primer conductor no paga, puede el dueño dirigir su accion contra el segundo por el arrendamiento íntegro, con lo cual no será perjudicado.

CAPITULO SEXTO.

De la mesta, y sus privilegios.

§. 1. Los arrendamientos de pastos y dehesas que hace la mesta para sus ganados, se apartan de la reglas ordinarias de este contrato en virtud de varios privilegios.
2. De la mesta, sus juntas y oficiales.
3. De los alcaldes de cuadrilla y alzada.
4. De los alcaldes entregadores, cuyas veces hacen en el dia los corregidores de los pueblos.
5. De los privilegios de la mesta, y particularmente del de posesion en sus arriendos.
6. Del privilegio de la tasa.
7. Del privilegio de prohibir que se cierren las heredades.
8. Esto no alcanza al ganado cabrio, ni tampoco á impedir que se cierren los plantios nuevos hasta que cumplan veinte años.
9. Del privilegio que consiste en prohibir que se rompan y labren nuevos terrenos.
10. Del Real decreto de 28 de abril de 1793, moderando en este punto y otros las antiguas leyes prohibitivas
11. Disposiciones literales del enunciado Real decreto.
12. Disposiciones contenidas en varios capítulos de la instruccion de 1796.
13. Siguen á la letra los capitulos restantes.
14. ¿Ante quien y en que términos se han de solicitar las licencias para romper terrenos?

1. El arrendamiento de pastos que hace la mesta ó ganadería trashumante se aparta de las reglas comunes de este contrato en virtud de varios privilegios que le estan concedidos. Asi este es lugar oportuno de dar la competente razon de su *honrado concejo*, y de las Reales determinaciones por que se gobierna, si bien no entraremos en el examen de la antigüedad de esta corporacion, ni de todas las providencias que ha producido en diversos tiempos el fomento de los ganados, las cuales se hallan recopiladas por Don Andres Diez Navarro, con el título de *Cuaderno de leyes y privilegios del honrado concejo de la mesta.*

2. Esta hermandad debe celebrar anualmente dos juntas principales, una en Extremadura y otra en las sierras de Leon, quedando decidido en la última el pueblo en que se ha de tener la inmediata, aunque algunas con licencia del Consejo han solido

celebrarse en Madrid. Han de aistir á ellas vocales de las cuatro cuadrillas mas señaladas, que son las de Cuenca, Segovia, Soria y Leon, cuyos hermanos son los únicos que tienen voto en el concejo (1). Tambien es preciso que concurran los oficiales del mismo; à saber, el procurador general, tesorero, contador, fiscal y escribano de tabla y acuerdos. La decision de los asuntos de la mesta, á excepcion de la eleccion de oficios, queda à cargo de diez y seis apoderados, á razon de cuatro por cuadrilla, nombrados por ellas, si el concejo no tiene por conveniente ampliar el citado número; pero sus decisiones no son obligatorias sin la aprobacion del Consejo de Castilla, de cuyo cuerpo ha de ser el presidente de aquel.

3. A mas de los apoderados nombra cada cuadrilla un alcalde ordinario, que se llama de *cuadrilla*, y cuya jurisdiccion se limita al conocimiento de las demandas civiles entre hermanos durante el concejo. Asimismo nombra cada una de las cuadrillas principales dos *alcaldes de alzada*, cuya jurisdiccion se reduce á recibir los recursos de los que apelen del alcalde de cuadrilla ó juez del concejo, à fin de que ante ellos se alegue y pruebe lo conveniente para que despachen con brevedad los alcaldes de apelaciones, de los cuales elige uno cada cuadrilla. Hay tambien otros alcaldes de cuadrilla, nombrados por las subalternas á pluralidad de votos, y cuyo oficio dura cuatro años.

4. Antiguamente tenia la mesta otros alcaldes llamados *entregadores*, cuyo destino era defender á los ganados y ganaderos de toda vejacion en el uso de sus privilegios respecto á pastos, cañadas, portazgos &c.; pero actualmente está cometido este encargo à los corregidores, como subdelegados del presidente del honrado concejo, en virtud de Real cédula de 29 de agosto de 1796 (3).

5. Prescindiendo de la utilidad ó perjuicio que resulten al estado de los privilegios de la mesta (materia sobre la cual se ha escrito mucho en pro y en contra) lo que conviene saber es á qué se reducen estos privilegios, mientras esten en vigor, por la necesidad en que se está de ajustarse á ellos en los negocios que ocurran. El primero es el derecho de posesion que adquieren los ganados trashumantes en los pastos y dehesas; en cuya virtud no puede el dueño mudar de arrendatario, mientras la mesta quiera continuar en su arrendamiento. Exceptúanse las

1 Se llama cuadrilla la reunion de ganaderos de los varios distritos.

2 Ley 11. tit. 27. lib. 7. Nov. Rec.

dehesas de propios ó boyales, en que no se adquiere ni aun respecto de los pastos sobrantes; igualmente los pastos que son apropiados ó arbitrados, sobre cuyo punto véase la Real provision de 26 de mayo de 1770: lo mismo sucede cuando las dehesas son de pasto y labor, segun la opinion del señor Campomanes (1).

6. El privilegio de la tasa es otro de los principales que tiene la mesta con el cual evita que alcen los propietarios el arriendo, librando provision del Consejo á favor de los mesteños que la solicitud. No obstante de esto el Real decreto de 26 de diciembre de 1784 encarga que en las tasaciones se tenga presente el valor que hayan tomado las lanas y demas productos del mismo ganado.

7. Otro privilegio concedido à la ganadería consiste en la prohibicion general de cercar ó de otro modo cerrar las heredades (2). Y aunque esta se modificó algun tanto por la Real cédula de 13 de abril de 1779, hubo otra posterior (3) en que se mandó que no se impidiera hasta nueva providencia la entrada de los ganados en las viñas y olivares, segun la costumbre que hubiese en cada pueblo.

8. Mas esto debe entenderse únicamente respecto del ganado lanar, y no del cabrío; el cual debe apacentarse por los montes y las breñas, en que no haya arbolado que pueda dañar. Tambien se exceptúan los sembrados y plantíos nuevos; cuya entrada se prohibe à toda especie de ganado, previa designacion de las heredades de esta naturaleza, que deben hacer los corregidores bajo su responsabilidad y la de las justicias y ayuntamientos, y la vigilancia de los jueces de montes y los de marina en sus respectivos distritos (4). Por lo tocante á los plantíos nuevos de árboles la prohibicion duraba solo seis años, plazo que se habia creido suficiente para asegurar su incremento y conservacion; pero las representaciones repetidas y las razones que en su apoyo se alegaban, haciendo ver la insuficiencia de aquel término, obligaron al Consejo à elevar una consulta á su Magestad, quien se conformó con ella, publicándose en su consecuencia la Real cédula de 15 de junio de 1788. Segun esta todos los dueños y arrendatarios de tierras tienen facultad para cerrarlas ó cercarlas, sin necesitar de licencias particulares, y por lo tocante á los terrenos destinados para la cria de árboles silvestres se am-

1 Campomanes *Respuesta fiscal sobre el expediente de extremadura.*
2 Ley 5. tit. 27. lib. 7. Nov. Rec.
3 De 8 de mayo de 1780
4 Nota 13. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec. ley 14 de los mismos.

plió á veinte años el término de seis, sin que hasta que pasen aquellos se permita que los ganados pasten las yerbas de su suelo. Las tierras en que se hagan plantíos de olivares, viñas con arbolado, ó huertas de hortaliza con árboles frutales, permanecerán cerradas para el ganado por todo el tiempo que contuvieren las cosas referidas. Encarga por fin á los tribunales y justicias del reino que protejan tales empresas, no obstante cualquier uso ó costumbre en contrario, que no deben prevalecer al beneficio comun ni al derecho que tienen los particulares para dar á su terreno el cultivo de que esperen mayor lucro: de modo que solo en el extremo de abandonar aquellos tales plantios y huertas podrán perder la facultad concedida.

9. Finalmente otro privilegio concedido à los ganados, por creerse muy conveniente para su conservacion y aumento, es la prohibicion de romper las tierras, sin embargo de que pueda decirse de ella lo mismo que de la prohibicion de los acotamientos, porque la una y la otra ofenden el derecho de propiedad ya impidiendo al dueño el libre uso de sus terrenos, y ya oponiéndose á la solicitud de su mayor produccion; pues seguramente cuando el dueño de una dehesa resuelve romperla, se promete mayor lucro de su cultivo que de su pasto, y consiguientemente encadenándose su libertad, no solo se obra contra la justicia sino asimismo contra el fin general de la legislacion agraria, que solo puede ser el que rinda la propiedad el mayor producto posible.

10. Omitiendo referir, como no preciso, lo dispuesto en varias leyes recopiladas (1) que prohibieron los rompimientos de tierras, en unos tiempos en que era tan grande y funesta la preocupacion por la ganadería como la ignorancia en la ciencia económica, solo haremos particular mencion de lo que prescriben acerca de rompimientos dos disposiciones modernas, que son las que deben observarse en el dia. La primera es el Real decreto de 28 de abril de 1793, expedido en favor de la Extremadura, cuya provincia hará por si solo feliz si se pone enteramente en ejecucion. De él (2) pondremos à la letra todo lo dispositivo, ya por ser muy digno de elogio, y ya por hablar igualmente que de rompimientos, de otros puntos aqui tratados.

11. »He resuelto despues de una madura y prolija conside-

1 Se hallan en los tit. 14. lib. 3 y 7. lib. 7.

2 Se halla inserto en la Real cédula de 24 de mayo de 1793, que es en parte la ley 20. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec.

racion que cuando en los montes de dicha provincia corresponda ó pertenezca el suelo á particulares, y el arbolado y su fruto á los propios de los respectivos pueblos, se venda por su justa tasacion el usufructo y propiedad de los arbolados al dueño ó dueños del suelo, imponiéndose á favor de los propios en otras fincas las cantidades que resultasen de la venta; y si el dueño del suelo no quisiese comprar el arbolado, pueda tomarlo en enfiteusis, y los propios se lo darán formando la cuenta ó cuota por el valor que tuviere en venta, obligándose á pagar al comun lo que resultase, siendo en uno y otro caso obligacion y condicion precisa, que si el dueño ó el enfiteuta no disfrutase del monte con ganado propio, ha de ser preferido el vecino, y en su defecto el comunero, en el disfrute de monte por su justa tasacion, y en el caso de que el dueño ó dueños del suelo no quieran comprar ni tomar en enfiteusis el arbolado, se arrendarán los montes por diez años, haciéndose reconocimiento antes de principiar el arriendo, y obligando al arrendatario á que limpie, cuide y plante los árboles que se necesitasen con intervencion de la justicia y arreglo á la ordenanza de montes, repitiendo el reconocimiento concluido el tiempo del arriendo; pero antes de proceder à venta, enfiteusis ó arriendo, se ha de separar y reservar un monte de buena calidad y extension, si le hubiere, y si no una parte del que haya y se estime competente para aquellos vecinos, cuyas piaras no pasen de doce cabezas, nombrando ellos mismos el guarda que haya de custodiar el referido monte ó la parte que se destinase (1). Quiero que los terrenos incultos de la provincia de Extremadura se distribuyan á los que los pidieren, haciéndose el repartimiento conforme á la circular del año de 1770 para las tierras concejiles; declarando, como declaro, la propiedad del terreno al que lo limpie, y excencion de derechos, diezmos y canon por diez años, que deberán contarse desde el primero de la concesion, y el canon desde el quinto; y pasados estos diez años de la concesion pierda la propiedad de lo que no hubiere limpiado y cultivado, á cuyo tiempo se repartirá á otros que pidan dicho terreno, bajo las mismas condiciones. Permito que cualquiera pueda cerrar lo que le correspondiere en dichos terrenos incultos, y en el caso de que de estos quede sobrante, y no los quieran los vecinos y en su defecto los comuneros, se repartan à otro cualquiera de la provincia que los pidiere; y en falta de estos á cualquiera otro; pudiendo cada uno

1 Desde aqui hasta el fin es la ley 19. tit 25. lib. 7. Nov. Rec.

destinar estos terrenos al fruto, uso ó cultivo que mas le acomodase, pagándose por todos despues de los mencionados quince años el canon señalado en la ley 9. tit. 7. lib. 7. de la Rec. (1). Declaro de pasto y labor todas las dehesas de Extremadura, á excepcion de aquellas que los dueños ó los ganaderos probasen instrumentalmente, y no de otra suerte, ser de puro pasto, y como tales auténticas y comprendidas en la ley 23. tit. 7. lib. 7. del señor Don Felipe II. (2), expedida en la ciudad de Badajoz, entendiéndose solo de puro pasto las que no se hubiesen labrado veinte años antes ó despues de la publicacion de la expresada ley, entrando por consiguiente á labrarla en la parte que corresponda los vecinos por el precio del arrendamiento. Que en las dehesas de pasto y labor sea la parte que se señale para esta la mas inmediata á los pueblos, haciéndose los repartimientos con proporcion á las yuntas, y siendo comprendidos en pequeñas porciones los pegujaleros: y que ademas de la parte destinada á la labor se separe la necesaria para el pasto de cien cabezas de ganado lanar por cada yunta, cuyo número se considera preciso. Dispondrá la justicia que entre las tierras, que se cultiven de las dehesas destinadas á la labor, no se dejen huecos ó claros algunos; y que en cada dehesa de labor, que tenga una extension competente, haya precisamente casa abierta con los aperos necesarios en la parte que se labre, observándose lo mismo en los despoblados que se repartan, descuajen y limpien, cuando en una ó mas suertes de las que se repartan ó reunan por títulos legítimos haya tal extencion de término que asi lo exija. Y es mi Real voluntad, que por ahora no se entienda esta providencia mas que con las dehesas que se arrienden, quedando excluidas las que los dueños disfrutan por sí mismos ó con ganados propios."

12. La segunda disposicion es la que se contiene en los capítulos siguientes de la instruccion citada de 1796, ó ley 11. tit. 27. lib. 7. Nov. Rec. »XXI. En los rompimientos que se encontraren y se denunciaren por el procurador fiscal, bien sea en dehesas de concejos ó particulares, bien en pastos comunes ó baldíos, procurará *(el subdelegado)* averiguar la licencia, permiso ó facultad con que se han ejecutado, como tambien el tiempo ó antigüedad que tienen, haciendo que los interesados presenten originales los documentos ó instrumentos que para ello tengan, de los cuales se pondrá el correspondiente testimonio en la cau-

1 Es la 2. tit. 22. lib. 7. Nov. Rec.

2 Es la 8. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec.

se que en su razon se forme. XXII. Si se hubiese hecho con la debida facultad del Consejo, cuyo supremo tribunal puede darlas, se informará de si es absoluta ó temporal, y en este caso si se halla ó no cumplido el tiempo; porque en estándolo debe recoger la original, y castigar el exceso conforme à la ley, apercibiendo à los culpados sobre que se abstengan para lo sucesivo; y no lo estando, hará asimismo el correspondiente acerca de que pasado el tiempo de la concesion no continúen en la labor bajo la pena ordinaria de la ley y las demas à que den lugar por su inobediencia.

13. XXIII. Si llevase el rompimiento mas de diez años de antigüedad, deberá el subdelegado informarse muy por menor del mas ó menos perjuicio que puede causar à la Real cabaña en su trashumacion: porque si fuere en cañada, cordel, vereda, paso, descansadero y abrevadero, debe poner el debido remedio castigándole, como es justo; pero si fuese en otros sitios baldíos ó comunes distantes de aquellos, ó que por su maleza ó montuosidad se han dedicado algunos à descuajarlos, rozarlos y limpiarlos à su costa, se abstendrá de conocer sobre ellas. XXIV. En todos los demas procederá con el mayor rigor à la imposicion de la pena conforme à la cabida ò número de fanegas y su calidad, que deberá apurarse en forma, cuidando y celando sobre que se logre el remedio de los que castigue, y de que no se hagan otros de nuevo...."

14. Las licencias para rompimientos se solicitan en el Consejo y sala primera de Gobierno por medio de un pedimento, expresando entre otras razones que ocurran en cada caso, que en el término de tal pueblo hay un soto ó monte que no produce utilidad al público, y que se seguirá mucho beneficio de reducirlo à cultura sin perjuicio del ganado del pueblo ni del de la cabaña Real por haber pastos bastantes. Este escrito se manda pasar al señor fiscal, quien pide informe y las diligencias ordinarias con que se conforma el Consejo y se libra de la competente provision cometida al corregidor ó juez del partido. Luego que vienen el informe y diligencias, se decreta su pase con los antecedentes al juez de rompimientos, y evacuado por este su informe se lleva al procurador general del reino y al del concejo de la mesta que igualmente informan: despues se pasa al señor juez de montes: y por último al señor fiscal, con cuya respuesta se lleva el expediente al relator. Todas estas diligencias se acuerdan en la sala primera de Gobierno, por corresponderle la sus-

tanciacion de este negocio; pero para la determinacion se da cuenta de él en Consejo pleno (*).

CAPITULO SEPTIMO.

Del censo en general, y del enfitéutico en particular.

§. 1. Varias acepciones de la palabra censo.
2. ¿Que es censo en la significacion de contrato, y en que especies se divide?
3. Condiciones del censo enfitéutico entre nosotros.
4. El censo enfitéutico participa de los contratos de venta y arrendamiento.
5. Derechos que corresponden al señor del directo dominio ó censualista en el censo enfitéutico.
6. ¿Como se entiende el derecho de tanteo que tiene el censualista en las ventas de la finca hipotecada?
7. Derechos que corresponden en la finca al dueño del dominio util, ó sea censuario.
8. Diferencia entre el enfiteusis concedido por vidas y el que se cuenta por generaciones.
9. Concesion Apostólica en favor de la orden de San Juan para dar en enfiteusis las fincas de Galicia.
10. La ruina parcial de la finca carga sobre el enfiteuta, y la total sobre el señor del directo dominio.
11. ¿Por que medios se prueba el directo dominio que se tiene sobre una finca?
12. Sobre el mismo punto.
13. ¿Como pueden reducirse á temporales los censos enfitéuticos perpetuos, y en que términos debe hacerse la deduccion de capital, cargas &c?
14. Sobre el mismo asunto.
15. ¿Como se hace la deduccion en la venta de una casa que tiene sobre si censo enfitéutico y carga real?
16. Sobre lo mismo.
17. ¿Como se hará la indicada deduccion, si la finca que se hipoteca pertenece á muger casada?
18. No es verdad que una ley recopilada haya prohibido el censo enfitéutico perpetuo, como cree un autor.
19. Los censos enfitéuticos son perniciosos al estado.
20. Este censo puede extinguirse por cuatro causas.

Escrituras correspondientes á este capitulo.

1. La palabra *censo* tiene varias significaciones. A veces se toma por la valuacion de las riquezas de los ciudadanos, para

* En 8 de febrero de 1804 se expidió otra Real cédula en favor de la mesta y Real cabaña de carreteros; cuya disposicion no se refiere por ser meramente temporal.

computar por él los tributos con que deben contribuir al estado: á veces significa los mismos bienes: otras se entiende por el padron que se forma de las familias, con distincion de la edad, ocupacion y aptitud de cada individuo para conocimiento del gobierno: y otras por la cuota que se paga al señor por razon de vasallage. Por último la significacion mas comun entre nosotros es la que denota *el gravamen que algunos imponen sobre sus bienes á favor de otro que les anticipa cierto capital* (*).

2. Es pues el *censo* en este sentido *el derecho de percibir cierta pension anual, á la seguridad de cuyo pago está hipotecada alguna finca agena.* Divídese en *enfitéutico, consignativo, reservativo y vitalicio.* El enfitéutico *es un contrato, por el cual da uno á otro cierta alhaja raiz, trasfiriéndole su dominio util, y reservando en si el directo, con la precisa obligacion de pagarle anualmente en reconocimiento de señorío alguna módica pension* (**), *y, siempre que se venda, la decena, veintena ó cincuentena parte del precio de la venta, y tener que requerirle si la quiere por el tanto, ó pedirle licencia para celebrarla.* Llámase *enfitéutico*: porque este adjetivo se deriva de la palabra griega *enfiteusis*, que significa *mejora*, cultivo y plantacion (1), y porque el fin con que se da la alhaja es para que el censuario ó enfiteuta la mejore plantándola, cultivándola, ó edificando en ella: pues antiguamente se daban á enfiteusis los predios incultos para que con el cultivo produjesen, y para edificar en ellos; con lo que se aumentó la poblacion y labranza: y asi entonces fue util al estado este contrato. Llámase tambien *perpetuo*: porque el censuario no puede redimirlo, aunque quiera, contra la voluntad del censualista ó señor del directo dominio. Este censo (hablo del *secular* y no del *eclesiástico*, ó de bienes eclesiásticos) se divide en *hereditario* y *familiar*: el *hereditario* es aquel en que solo pueden suceder los herederos, ya sean legítimos ó extraños; y el *familiar* es el en que solo suceden los hijos y descendientes, ya sean ó no herederos, aunque repudien la herencia paterna: y asi el hereditario se trae á colacion; y el familiar no: del here-

* Para evitar la confusion que resulta de la ambigüedad de las voces llamaremos *censualista* al que cobra los réditos del censo, y *censuario* al que los paga.

** No tenemos ninguna ley que determine en general cual ha de ser esta corta pension: por lo que hay acerca de ella mucha variedad segun la de los tiempos y provincias, cuyas costumbres y demas circunstancias deberán tenerse presentes para arreglarla; pero es indubitable que debe ser menor que la del censo redimible, asi porque el enfiteuta no tiene facultad para redimir, como porque el señor del dominio directo tiene ademas el derecho de laudemio y otros. *Febrero reformado.*

1 Rubiños in *Addition ad Nebrijam*, litter. E ante M. Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Enfiteusis*, art. y num. 1.

ditario se debe sacar tercio y quinto; mas no del familiar: por lo que se ha de dividir con igualdad entre todos los hijos (1).

3. Nuestros mayores usaron mucho de esta especie de censo: pues con motivo de tener incultas varias porciones de tierra, y carecer de medios para cultivarlas y fabricar en ellas, las dieron à otros á enfitéusis con diferentes condiciones. La primera, que las labrasen ò hiciesen fábrica en ellas dentro del término que prefinieron, y procurasen siempre su aumento, y evitasen su deterioro. La segunda, que hubiesen de pagarles anualmente cierta pension corta en dinero ó en otras especies; y cuantas veces se vendiesen ó enagenasen por otro medio ó título que no fuese de sucesion por testamento ò abintestato, el laudemio, que es la decena, veintena ó cincuentena parte del precio que por ellas diesen; y que para venderlas tuviesen precision de pedirles licencia, ò requerirles si las querian por el tanto, pues por derecho (2) son preferidos à otro cualquiera. La tercera, que no pagando los réditos en dos años continuos, cayesen en comiso, y el dueño pudiese apoderarse de ellas. La cuarta, que habian de tenerlas bien labradas y reparadas de todo lo necesario, sin venderlas ni enagenarlas á memoria, capellanía, patronato, vínculo, mayorazgo y comunidad eclesiástica ni secular, que llaman *manos muertas*, ni á personas prohibidas, que son las muy pobres ú opulentas (*), á clérigos ni tampoco á mugeres (3), porque no pueden ser encarceladas (**), y menos vincularlas, hipotecarlas, gravarlas, partirlas, dividirlas entre dos ni mas herederos, ni otras personas; sino estar siempre íntegras en un solo poseedor, y con otras calidades y requisitos que tuvieron por congruentes: sobre lo cual otorgaron, observando el precepto legal (4), escrituras como necesarias, segun dicho precepto, para que siempre constase, y nunca se oscureciese su derecho.

4. El censo perpetuo enfitéutico no es venta ni arrendamiento, sino un compuesto de estos dos contratos (5); pero mas se parece al último que al primero (6). Sus réditos deben pagarse en dinero, y no en otra especie: en la Corte por lo general está

1 Parlad. different. 71. §. 2. num. 1 al 5. y otros que cita.

2 Leyes 29. tit. 8. Part. 5. y 8. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

* »Pero débela vender à tal ome de quien pueda el señor haber el censo tan ligero como del mismo." Ley fin. cit.

3 Greg. Lop. en la ley final, tit. 8. Part. 5. glos. 13. *A orden.*

** Esta razon no puede ser bastante al presente, que lo que era privilegio de mugeres y de nobles ha llegado á ser ley general (Pragmática de 27 de mayo de 1766), de que solo exceptúan las personas que no tengan destino ú oficio. *Febrero reformado.*

4 Ley 3. tit 14. Part. 1.

5 Ley 3. tit. 14. Part. 1.

6 Ley 28. tit. 8. Part. 5.

impuesto à dinero y gallinas, en esta forma: cada solar que tiene cincuenta pies de fachada y cien de fondo, y multiplicados unos por otros, compone su sitio ó area plana cinco mil pies cuadrados ó superficiales, está dado à censo por dos ducados y dos gallinas de renta ánua, que reguladas estas á cuatro reales, y unidos los ocho de las dos á los dos ducados, asciende todo á treinta reales los que se pagan anualmente de réditos. Algunos estan impuestos en otros términos, y en todos se observan los pactos presciptos en la escritura primitiva de su constitucion, excepto el de comiso ó caducidad que no está en práctica.

5. Al señor del directo dominio corresponden cuatro derechos ó acciones (regularmente hablando) sobre la finca dada á enfiteusis y contra el enfiteuta. La primera, de que este le requiera ó pida licencia para la venta, en reconocimiento de señorío. La segunda, de apoderarse de la alhaja por comiso en caso de que no le requiera antes de venderla, ó la venda sin su expreso consentimiento á personas prohibidas, ó no pague la pension en los años expresados en el párrafo 20, y con las condiciones en él contenidas. En tal caso es disputable si el enfiteuta pierde solo el derecho de volver á tener la finca, ó tambien todo lo edificado y aumentado en ella; y para evitar dudas, se pactará expresamente en la escritura de creacion lo que se debe hacer. La tercera, de tanteo, de la cual puede usar dentro del término prefinido, aunque conceda la licencia (si es con reserva de su derecho, y no de otra suerte), porque esta sirve para evitar la caducidad, ó que caiga en comiso, y aquel para quedarse con la finca por el mismo precio que el extraño dió ú ofreció, y con iguales pactos y calidades, cuya accion no puede intentar hasta que se efectúa la venta, ó el remate en caso que sea judicial. Lo cual se entiende á menos que en la licencia ceda y renuncie por aquella vez su derecho, que entonces no puede ir contra su propio hecho. Y la cuarta, al laudemio, que es la decena, veintena ó cincuentena parte del precio, segun lo pactado en la escritura de fundacion, en caso que no se use del tanteo, pues debe percibirla siempre que hay venta, á mas de los réditos ánuos; pero si usa del tanteo, no se causa laudemio, porque como este se debe solamente por la venta hecha á otro, y se consolidan ambos dominios directo y util, espira el censo y la obligacion del enfiteuta: lo que he visto practicar y ejecutoriar por el Consejo (*).

* En la circular de 25 de diciembre de 1798 prescribiéndose las reglas que se deben observar en la redencion de censos afectos á las fincas vinculadas mandadas

6. El derecho de tanteo se reduce á imponer al censuario la obligacion de requerir al censualista cuando trata el primero de vender la finca, sobre que está gravado el enfiteusis, si quiere ó no tantearla, y manifestarle el precio efectivo que le dan por ella y con qué pactos (que esto llaman vulgarmente *pedir licencia*, bien que la ley no usa de tal expresion), pena de comiso, porque es preferido por el tanto á otro extraño. Si dice que no quiere tantearla, puede el enfiteuta venderla desde luego á quien le parezca, sin que el señor tenga accion para impedírselo, con tal que no sea á los expresados en el párrafo 3. Si calla al tiempo del requerimiento y en el discurso de los dos meses siguientes á este nada responde, entonces queda salvo al señor el derecho de tanteo, del cual puede usar dentro de ellos, y pasados espira. Si dice que quiere tantearla no debe el enfiteuta venderla á otro (1); pero si no obstante la vende, ya sea de su propia autoridad ó en virtud de permiso que el señor le dé sin perjuicio de usar de su derecho en el término competente, puede hacer el tanteo dentro de los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta, pues como la ley de Partida citada no habla de término alguno en este caso, debe observarse en mi dictamen la 70 de Toro, que prefine los nueve dias al pariente para tantear los bienes de abolengo. Si dos son señores del dominio directo por no haberle dividido, á ambos debe requerir el enfiteuta; y aunque el primero no quiera usar del tanteo, puede muy bien hacerlo el segundo (2).

7. El dueño del dominio util, ó sea censuario, puede fabricar en la finca, mejorarla, y, si es de labor, hacer en ella los plantios que guste, mudándolos y dirigiéndolos, como si la heredad fuese suya. Puede igualmente dar la finca en dote á su hija, dejarla por sucesion á parientes y á extraños sin adeudar laudemio, pues este gravamen es propio de la venta. Pero tiene obligacion no solo de pagar los réditos al señor y guardar en todo los derechos de este, sino tambien las contribuciones del estado. Estas son las reglas generales, pues en la escritura de erreccion del censo pueden los contratantes imponerse recíprocamente condiciones que no siendo ilegales deberán observar entrambos.

enagenar por Real cédula de 25 de setiembre del mismo año, es una de ellas no haber lugar á laudemios en los censos perpetuos ó enfitéuticos que tengan contra sí dichos bienes en favor de particulares, de cuerpos eclesiásticos ó fundaciones piadosas, por la primera venta, puesto que por ser vinculados no pudieron esperarle sus dueños. *Febrero adicionado.*

1 Ley final, tit. 8. Part. 5.

2 Greg. Lop. en dicha ley fin. glos. 4.

8. Cuando el enfiteusis se concede por determinado número de vidas, se cuentan las de los enfiteutas que sucesivamente van poseyendo el fundo; mas cuando se concede por generaciones, no es asi, pues todas las personas de un mismo grado, v. gr. todos los hijos de un poseedor se cuentan y tienen por una generacion, los nietos por otra, los biznietos por otra &c. Y concediéndose por varias vidas, si uno de los sucesores lo enagena se ha de expresar la muerte de entrambos para contar una vida, no pactándose lo contrario (1).

9. Por Bula del Papa Urbano VIII, expedida en 1641, está permitido á los comendadores de San Juan en el priorato de Castilla y Leon que puedan dar á foro por tres vidas de reyes las viñas, casas y terrenos de sus encomiendas sitas en Galicia, con tal que preceda informacion de ser util el aforarlas, hecha por comisario de la orden.

10. Pereciendo totalmente por algun caso fortuito la finca dada á enfiteusis, toca el riesgo y daño al señor del dominio directo ó propietario, y no al enfiteuta; pero si la ruina es parcial, de modo que queda en pie la octava parte de su fábrica, está obligado este à satisfacer íntegramente la pension ánua, como si nada se hubiera arruinado (2); y asimismo las cargas Reales al Soberano.

11. La prueba concluyente que acredita el dominio directo es la escritura de celebracion del contrato enfitéutico (3); pero en su defecto se puede hacer tambien por dos ò tres reconocimientos del gravamen á que está afecta la finca enfitéutica. La razon es porque si el enfiteusis se acredita con dos confesiones extrajudiciales estando ausente el señor del censo enfitéutico (4), con superior razon se justificará y probará el dominio directo por el reconocimiento duplicado estando presente y aceptándolo el señor, pues es equivalente à una confesion doble judicial, y como tal prueba plenamente no solo contra el que la hace y sus sucesores universales, sino tambien contra los sucesores singulares y terceros poseedores (5).

12. Un solo reconocimiento prueba igualmente el dominio directo contra el que lo hace y sus sucesores que traen causa ó procedencia de él; mas no contra los terceros poseedores que

1 Parlad. differ. 71. §. 2. num. 21. al 23.
2 Ley 28. tit. 8. Part. 5. Véase á Lopez en ella, glosa 9 hasta la 12 inclusive.
3 Valasc. *de jur emphyt.* quæst. 7. num. 3 y 5. Vela disert. 12. num. 81. Luca *de jur. emphyt.* discus. 27. num. 4.
4 Decio cons. 613. num. 2. Marant. *de ordin. judic.* part. 6. §. *Quintus actus*, num. 15. Surd. dec. 10. num. 84.
5 Mascard. *de prob.* conclus. 345. num. 54. Vela disert. 33. num. 70.

no la tienen (1). Lo cual se limita en cuanto à estos cuando en los instrumentos de enagenacion, como donacion, renta ó permuta, consta la confesion del dominio directo: pues esta, aunque extrajudicial, como hecha en instrumento público, hace fe en favor del ausente, y unida al reconocimiento único forma plena probanza (2). Lo mismo sucede cuando con dicho reconocimiento concurre el haber pagado las pensiones ú otros adminículos (3); ó el laudemio y la licencia del señor para la enagenacion del fundo enfitéutico: pues prueba no solo contra el que hizo el reconocimiento, sino contra sus herederos y otros cualesquiera terceros poseedores; pero en todos casos está obligado el señor à probar la identidad del predio enfitéutico (4), la que deberá acreditar por los confines ó linderos de dos partes à lo menos (5), pues la prueba de testigos no basta (6); y asi convendrá pactarlo en la escritura de creacion del censo para evitar ocasion de disputas.

13. Los censos perpetuos enfitéuticos pueden amortizarse y extinguirse en cuanto à su perpetuidad, y reducirse à temporales y redimibles, interviniendo unánime consentimiento de los interesados: pero si pertenecen à capellanía ò memoria pia, se requiere el de los patronos y capellan y licencia del juez eclesiástico; y si à mayorazgo, facultad Real; y en otros términos no vale, al modo que tampoco vale la dacion à enfiteusi de bienes vinculados sin Real permiso, porque es enagenacion (*). El modo de hacer la deduccion de los que hay impuestos sobre las casas de Madrid antes del auto acordado del Consejo de 5 de abril de 1770 (7), era bajar primero la carga real de huesped de aposento, si la finca la tenia ò la habia tenido y el enfiteuta redimido, pues por haberla librado con su caudal, y estar cargado sobre el suelo y fábrica, se le debia abonar, como sino estuviera redimida; y hacer lo contrario seria clara injusticia. Luego el capital del censo, y del resto sacar las tres veintenas iguales,

1 Seraphin decis. 553. num. 3. y dec. 1124. num. 2 y 3. Mascard. concl. 1044. Cane. part. 1. *Var.* cap. 11. num. 21.

2 Sard. decis. 10. num. 7.

3 Mascard. conclus. 544. num. 10. Gratian. discep 790 num. 11.

4 Roland. cons. 2. num. 11. lib. 3. Seraphin. decis. 1137. Mascard. lit. E concl. 6 & 8.

5 Leotard. *de usur.* quæst. 58 num. 3.

6 Cassaneo in *Consuetud.* Burg. rub. 6. col. 2. §. 3. num. 4. Alex. cons. 50. num. 4. lib. 5. Clar. in § *Emphyteusis*, quæst. 4. Ciriac. controv. 235. num 11.

* Por Real cédula de 10 de noviembre de 1799, ley 24. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec. para disminuir la circulacion de vales Reales, se concede permiso à los que tengan sobre sí censos perpetuos y al quitar, y asimismo á los que posean fincas afectas á algun canon enfitéutico, para que los puedan desde luego redimir con vales en la forma que previene. *Febrero adicionado.*

7 Ley 12. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec.

que viene á ser un quince por ciento, à cuyo efecto se tasaba la finca por su intrínseco valor, como si se hubiera de dar el dinero por ella, y no como si se hubiera de subastar, no conviniéndose de otro modo los interesados. Y aunque parece que con este modo de deduccion se perjudicaba al señor del directo dominio, porque antes que se impusiese la carga real, era dueño del solar, y tenia derecho à las veintenas íntegras de todo el valor de la finca bajado el capital de su censo, y que por lo mismo debian deducirse primero que la carga real; no es asi, porque esta se ha impuesto no solo à la fábrica, sino al solar: sin el que no podia existir, y el enfiteuta debe pagar únicamente de lo que posee como libre. Asi bajándola del total valor de la finca, pagan ambos dueños á proporcion, como que se deduce del caudal comun. Hoy se observa lo mismo en cuanto á la deduccion de la carga Real, pero por lo respectivo al censo perpetuo hay variedad, y sirve de regla el auto acordado de que va hecha mencion, por el que se manda deducir tambien el capital del farol ó alumbrado, y asi se practica, excepto que el comprador compre la casa libre del censo perpetuo y sus derechos, pues en este caso se le ha redimido, ó se le abona el duplo capital y tres cincuentenas para que con el importe de todo esto lo redima.

14. Si no se paga el precio de contado, constituye el enfiteuta en la aceptacion de la escritura censo redimible reservativo, de suerte que el perpetuo se extingue, muda su naturaleza y dominio, y se otorgan dos escrituras en una: la primera, de venta del censo perpetuo, en cuanto perpetuo, y de sus derechos; y la segunda, de censo reservativo redimible con las condiciones regulares de estos, y prelacion en la hipoteca á otro cualquier acreedor del censuario, como que dimana el censo de parte del precio que queda reservado en ella. Y si se quiere redimir, se saca primero el capital de la carga real al respecto de un cuatro por ciento; despues con arreglo al auto acordado el duplo capital del censo al respecto de tres por ciento; luego el capital del farol al mismo respecto, y del residuo el importe de tres cincuentenas ó un seis por ciento iguales; las cuales con el duplo capital se entregan en dinero al señor, y este otorga escritura de redencion y liberacion á favor del enfiteuta, dándose por pago del importe del capital y derechos del censo, declarando quedar libre de este, y consolidados ambos dominios directo y util, y que no hubo lesion en la regulacion de las cincuentenas, y en caso de haberla, cediendo su importe á favor del enfiteu-

ta, como lo verá el escribano en la escritura que extenderé para su gobierno; pues por lo que tiene de enagenacion, requiere mas cláusulas que la mera redencion; y aunque no falta quien diga que en la venta de casas enfitéuticas no se debe bajar el importe del solar, porque este es del señor del dominio directo, y no se vende, y sí solamente la fábrica y mejoramientos que son del dominio util, no obsta, porque todo se tasa, y por lo mismo que no es del enfiteuta, se debe bajar del total valor para su dueño: solo en el caso de que se valúen meramente la fábrica ó mejoras, no deberá deducirse, pues de lo contrario quedaria notoriamente agraviado el comprador.

15. Si se vende casa que tiene censo enfitéutico y carga real, deben deducirse los capitales de ambas en la forma explicada; despues el del farol; luego tres cincuentenas iguales ó un seis por ciento, y no cada una con separacion, como algunos han sutilizado por sacar algo mas, pues esto no lo manda el auto acordado; y por último las demas cargas segun su prelacion, y los réditos de todas las que se esten debiendo; previniendo que los réditos siguen la misma naturaleza que sus capitales, porque son accesorios, y lo accesorio sigue á la principal; y aunque el capital del censo posterior es anterior á la redencion de los réditos del precedente, mas no á la obligacion de satisfacerlos ni á la procedencia de la deuda, por cuya razon, y porque se contemplan frutos suyos, deben deducirse al mismo tiempo que su capital y antes que el posterior. Hechas todas las referidas deducciones, deposita ó entrega el comprador el precio líquido sobrante, siendo de su obligacion satisfacer su importe. El referido auto acordado puede servir de regla para otras partes, si en ellas no hay costumbre contraria, pues habiéndola, se ha de observar esta y no lo expuesto, excepto que la escritura primordial exprese lo que se ha de practicar, la cual servirá de regla, y en su defecto la costumbre y estilo del pueblo (*).

16. Si se impone censo redimible sobre casa que tenga las referidas gabelas, se han de deducir estas primero; luego diez

* En la Real cédula de 17 de abril de 1801 se inserta un reglamento para la reduccion con vales reales de los censos al quitar, perpetuas cargas enfitéuticas en cumplimiento de la Real cédula de 1799, extendiéndolo á la redencion de cargas, aniversarios, capellanías, misas, festividades, limosnas, dotes y otra cualquiera prestacion anual; como tambien á los gravámenes á favor del Real patrimonio, con inclusion del Real hospedage de Corte, limpieza de ella y su alumbrado, y á la venta de bienes de mayorazgo, con el fin preciso de redimir los censos ó cargas impuestas sobre otros de la misma fundacion. en Real orden de 17 de enero 1798 se dieron tambien reglas sobre la redencion de censos perpetuos y al quitar del reino de Granada. Ley 19 tit. 15. lib. 10. Nov. Rec. *Febrero adicionado.*

años de sus réditos al respecto de tres por ciento ó à menos, segun las escrituras de imposicion (á diferencia de las cincuentenas que se bajan al de seis), y despues al capital del que se va à imponer, y otros diez años de sus réditos al mismo respecto, excepto que se dé á menos; y si hechas estas deducciones sobre la mitad del valor de la casa segun su justa tasacion, es buena y segura la imposicion, y tambien lo será, aunque no tanto, si solo sobra algo mas de la tercera parte; bien que siendo el censo para reparar ó aumentar la alhaja, aunque su dueño sea posterior en tiempo, será preferido, como refeccionario, á los demas acreedores hipotecarios anteriores por el fin del destino de su dinero, pactándolo en la escritura. Los réditos decenarios deben bajarse, no porque sea rigorosamente necesario, sino para que quede mas seguro el nuevo censualista, en el caso de que no se hayan pagado, y de que por su insolvencia se venda la hipoteca á pública subasta.

17. Si la finca que se hipoteca pertenece á muger casada, es preciso no solo que haya de sobrante líquido dicha mitad, sino la tercera parte á lo menos de la otra mitad, porque como es preciso ampararla en la mitad de su dote, aun cuando renuncie la ley 61 de Toro, no es posible tocar á la mitad del valor de la finca, à fin de que no quede indotada. Lo tendrá presente el escribano para que no se pierda el capital que se impone, por ser dificil probar que la muger casada recibe beneficio en gravar su hacienda. Pero si el censualista se conforma en estos términos, no se detenga en autorizar la escritura, pues con prevenirselo descarga su conciencia, sin que de lo contrario incurra en pena alguna.

18. En el compendio de contratos públicos de Melgarejo da por supuesto este escritor que una ley recopilada (1) prohibió el censo perpetuo enfitéutico por ser perjudicial al estado, y en esta persuasion omitió tratar de él. Pero en mi juicio padeció equivocacion, porque la citada ley no prohibió la fundacion de semejante censo. Lo que hizo fue mandar que los redimibles que estaban ya creados y pasaban por perpetuos, y tambien los que en lo sucesivo se creasen con obligacion de pagar sus réditos en cosa que no fuese dinero, en contravencion á otra ley recopilada (2), se pagasen en este à razon de catorce mil el millar: y que no obstante llamarse perpetuos en las escrituras de ereccion, se reputasen como redimibles, pagando el censuario

1 Ley 5. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 3. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec.

el capital en la proporcion designada: cosa muy distinta de la abolicion que supone Melgarejo, como lo prueba y explica Gutierrez (1).

19. No hay duda en que la opinion general tiene por pernicioso el censo perpetuo segun se acostumbra en Madrid y otras partes, porque los censuarios se retraen de fabricar á fin de evitar el gravamen progresivo de los laudemios, que se aumenta à proporcion del valor de los edificios, por cuyo motivo padece mucha deformidad el adorno de la Corte. Sin embargo aun es mas perjudicial la especie de censos que en Galicia llaman foros, y son ciertos contratos enfitéuticos vitalicios con el impropio apellido de perpetuos, de que trata una ley de Partida (2), ó por mejor decir arrendamientos por vidas determinadas, pues aunque convienen en algunas de sus condiciones, se diferencian en que son temporales, v. gr. por una ó mas vidas de reyes y generaciones, y en que cumplidas vuelve el solar y todo lo edificado y aumentado en él al poder del señor del dominio directo, de suerte que aunque este pague al enfiteuta ó forista la estimacion que se da á las mejoras (que llaman *perfectos*), queda perjudicado el último, asi porque nunca se valúan por lo que merecen, ya por contemplacion de los señores que regularmente son poderosos, ya por no tener los peritos el estado del solar cuando se dió à censo, y el imponderable trabajo que habrán tenido los enfiteutas ó foristas en mejorarle, en términos de duplicar y aun triplicar muchas veces su antiguo valor, y ya tambien porque despojan al forista dejándole destituido de todo asilo y albergue. Esto no sucede à la verdad con los de la Corte, porque á mas de pagarse en dinero sus réditos, y poderse redimir siendo libres, conviniéndose los interesados, no se prefine término para su liberacion, ni el enfiteuta puede ser despojado de la finca, observando por su parte los pactos de la escritura primitiva de su creacion; por lo que con superior razon los reduciria á redimibles por tres cincuentenas segun la ley de Partida, y su capital à censo reservativo al quitar, y se evitarian tantos pleitos y perjuicios como se irrogan à los foristas.

20. Por cuatro causas puede extinguirse el censo enfitéutico: 1.ª por no pagarse el cánon ó pension anual; 2.ª por enagenarse la finca injustamente; 3.ª por haberse acabado las vidas por que se dió; y 4.ª por renunciar el enfiteuta en el señor el enfiteusi (3). Si el dueño del censo es iglesia, monasterio ú orden,

1 Gutierr lib. 2. *Pract.* quæst. 170.
2 Ley 69. tit. 18. Part. 3.
3 Parlad. lib. 2 cap. 15. num. 1.

y por no pagar el enfiteuta los réditos en dos años, quiere apoderarse de la alhaja, puede hacerlo de su propia autoridad por ministerio de la ley, sin necesidad de acudir à la justicia ni de citar al enfiteuta; y si es lego deben pasar tres años de insolvencia continuada para ello: pero si el enfiteuta ocurre á satisfacerlos dentro de diez dias despues de cumplido el término expresado, está obligado el señor del dominio directo á recibirlos, y no debe ni puede tomar la alhaja con pretexto de comiso por esta causa (1). Y lo propio milita cuando el enfiteuta por ignorancia ú otra justa causa no los satisfizo: ó porque el señor le debia por otra razon igual suma, pues puede usar de la compensacion: ó cuando no los quiso recibir: ó cuando, sin embargo de ser pasado el término, los recibe: ò cuando el enfiteuta purgó la mora (2). Se previene que sin embargo de la facultad que la ley confiere al señor del directo dominio para apoderarse de la finca por la insolvencia, ninguno lo hace ni debe hacer ínterin no preceda declaracion de haber caido en comiso, porque no es de los casos en que por derecho se incurre en la pena sin que lo declare el juez; y asi se practica en todos los tribunales del reino. La razon de la inobservancia de la ley en esta parte consiste en la desproporcion evidente que hay entre la pena y el defecto porque se impone.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

CENSO PERPETUO ENFITÉUTICO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de los Rios y Antonio Lopez, vecinos de ella, dijeron: que al citado Don Francisco pertenecen en posesion y propiedad diferentes tierras libres eriales en tal sitio, término de esta villa, las que determinó dar à censo enfitéutico para el aumento de su vecindario à varias personas; y habiéndolo sabido el referido Antonio Lopez, solicitó que dicho Don Francisco le diese un pedazo de tierra para fabricar en ella casa habitable con arreglo á las demas de esta villa, à lo que condescendió el otorgante, y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que por si, y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores, y de quien de

1 Dicha ley 28. tit. 8. Part. 5. Véase á Greg. Lop. en ella, glos. 13. hasta el fin, y Gom. en la 68 de Toro, num. 10.

2 Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Enfiteusis*, art. 3. num. 10.

ellos hubiere título, voz y causa en cualquier manera, da á censo enfitéutico al mencionado Antonio Lopez, y este recibe por sí y en el de los suyos para siempre jamas una tierra yerma ó sitio erial, que entre otras tiene el enunciado Don Francisco en tal pago, término de esta villa: linda por oriente con tal tierra, por occidente con tal, por septentrion con una de Fulano, y por mediodía con otra de Zutano, y su cabida consta de cincuenta pies de latitud y ciento de longitud ó fondo, que multiplicados unos por otros componen su area plana de cinco mil pies cuadrados ó superficiales; cuya tierra le da con todas las entradas, salidas, usos, costumbres y servidumbres que ha tenido, tiene, y de hecho y por derecho la corresponden y pueden tocar, para los fines, efectos y con las condiciones siguientes. *(Se ponen aquí las condiciones que quieren los contrayentes, y por ejemplo las que inserto á continuacion.)*

Dentro de tantos dias primeros siguientes ha de empezar el citado Antonio á fabricar à su costa, de cal, canto y ladrillo, una casa en dicha heredad, con cuarto bajo, principal y segundo; y en cada uno las rejas, balcones y piezas, que arreglado al arte de arquitectura y albañilería y ordenanzas municipales de esta villa debe tener y quepa en el referido sitio, y concluirla perfectamente à toda ley en el discurso de tantos meses, que cumplirán en fines de tal mes de tal año; y si no lo ejecutare en la forma y tiempo prefinido, por el mismo hecho caiga en comiso, y pueda el otorgante ó sus herederos entrar por su propia autoridad y apoderarse de ella y de todo lo que en la misma tuviere construido, sin necesitar de citarle, requerirle ni practicar otra diligencia con el enfitenta, ni este poder reclamar ni oponerse con ningun motivo ni pretexto, por no quedarle para ello la mas leve accion.

Ha de satisfacer anualmente al otorgante ò à quien su accion y derecho represente treinta reales de renta, censo y tributo, puestos à su costa, por su cuenta y riesgo, y de quien le suceda, en casa y poder del que sea señor de este censo, y en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie; y la primera paga ha de ser para tal dia de tal mes y año que vendrá de tantos, y asi las demas en los años sucesivos, pena de ejecucion, costas y salarios, por los que se ha de hacer esta como por el principal, deferida su liquidacion en la relacion simple ó jurada de quien los pague, sin necesidad de otra prueba; y si estuviere dos ó tres años continuados sin satisfacer la pension anua de los treinta reales, ha de caer en comiso

el tal sitio y casa que en él se fabrique, perderlo todo el enfiteuta, y poder apoderarse del señor de este censo, como dueño, y entrarse en ella de propia autoridad, mediante la que le conceden la ley 28. tit. 8. Part. 5, y demas que de esto tratan; y aun que no intente esta accion una y muchas veces que suceda el atraso del pagamento, no por eso ha de entenderse que la perdió, renunció ni prescribió, sino antes bien queda en su fuerza y vigor para usar de ella siempre que quiera, y que jamas pueda alegar el enfiteuta prescripcion ni posesion del no uso, y no obstante que las alegue, no le han de servir.

Todos los enfiteutas que posean la citada casa, han de tenerla bien labrada y reparada de todo lo necesario, de suerte que vaya en aumento y no en disminucion: y si no lo hicieren, ó podrá el otorgante y sus sucesores compelerles à ello por todo rigor legal, y cobrar de sus alquileres los gastos que en apremiarles se le causen, deferidos en su juramento sin necesidad de otra prueba, ó apoderarse de ella por comiso, á su eleccion, sin que esté obligado à abonar las mejoras ni aumentos.

Si en la enunciada casa sucediere algun caso fortuito, aunque sea de los no acaecidos, inopinados y raro contingentes, no por eso ni con otro motivo se ha de hacer descuento de los anuales réditos estipulados, sino antes bien poder ser compelido el enfiteuta à su íntegra y puntual satisfaccion, quedando en pie la octava parte de su fábrica, con arreglo á la ley 28. tit. 8. Part. 5 citada; y asimismo à volver à levantarla y ponerla al estado expresado en la condicion primera; y si se resistiere à esto, caiga en comiso, y pierda lo que no haya perecido, sin mas sentencia ni declaracion.

Para poder vender ò enagenar por otro contrato los enfiteutas la citada casa, han de obtener precisamente licencia del señor del directo dominio, ó requerirle judicial ó extrajudicialmente ante escribano, si la quiere por el tanto, manifestándole el liquido efectivo precio y condiciones con que la vendan ó enagenen, y à quien, sin ocultacion ni engaño; pero aunque se la conceda, no han de venderla, trocarla, empeñarla, donarla ni enagenarla á iglesia, monasterio, mayorazgo, patronato, capellania, hospital, congregacion, comunidad eclesiástica ni secular, ni à persona muy pobre ó poderosa y privilegiada, de las prohibidas por derecho de dentro ni fuera de estos reinos, ni à otra de que no pueden cobrarse íntegra y puntualmente los réditos de este censo y cincuentenas que se causen, pena de caer en comiso y perderlo todo, asi el enfiteuta como el com-

prador. Y si el señor del directo dominio quisiere venderlo ha de avisar igual y precisamente al del util para si lo quiere tomar por el tanto, pues ha de ser preferido como comunero à otro cualquiera, y de lo contrario ser nula la venta, y poder en cualquier tiempo tantearlo el enfiteuta y quitarlo al comprador extraño, no obstante que sean pasados no solo los nueve dias legales, sino muchos años, en caso de haber faltado el requerimiento judicial, por ser pacto expreso, con prohibicion de enagenacion en otros términos; pero si requerido pasaren treinta dias sin haber usado del tanteo ni dicho cosa alguna, queda por su silencio privado de este derecho, y sin la mas leve accion para usar de él, por aquella vez, ni para pretender prorogacion de término, por ser perentorios los treinta dias: y à la observancia de esta condicion quedan desde ahora hipotecados especialmente asi el solar como la fábrica que en él se ha de hacer.

Si el señor de este censo no concediese al enfiteuta la licencia para la venta ó enagenacion dentro de treinta dias siguientes al del requerimiento, pasados que sean (no obstante los sesenta que prefine la ley 29. tit. 8. Part. 5, que en esta parte renuncia), sin mas diligencia ni monicion ha de poder venderla y enagenarla en el precio pactado à la persona con quien esté convenido, insertándose en la escritura el testimonio del requerimiento, para que el dueño del censo no tenga despues accion à apoderarse de la casa por comiso; pero que le conceda ó no la licencia, ha de quedar, como queda, vivo é ileso el derecho de tanteo, para que use de él dentro de los nueve dias legales, que han de empezar à correr desde la tradicion real de la alhaja, y no antes, no renunciándolos en la licencia ó en otro instrumento.

Siempre que la referida casa se venda ó enagene, ha de pagar el enfiteuta que la posea al señor del directo dominio por razon de laudemio la quincuagésima parte de su precio, la cual el otorgante reserva para si, sus herederos y sucesores, perpetuamente sobre ella, sin que para girarla se deba hacer mas deduccion que la del duplo capital correspondiente á los treinta reales ánuos. Cuya forma y orden se ha de observar en todas las ventas sin alteracion ni tergiversacion, excepto que el señor de este censo use del derecho del tanteo, que en este caso no se ha de causar laudemio ni satisfacer cincuentena, y solo ha de pagar al enfiteuta el precio liquido de la venta, sin hacerse mas deduccion que del importe del duplo capital à tres por ciento, y réditos que à la sazon deba, como si fuera comprador extraño, respecto à consolidarse ambos dominios.

Sin licencia del señor de este censo no se ha de partir ni dividir la referida casa entre dos ni mas herederos, y aun cuando la conceda, no por eso ha de ser obligado sino quisiere á pedir los respectivos réditos á cada partícipe, sino todos al que mejor le parezca: y sin embargo de que use algunas veces de la accion del prorateo, no ha de perder por eso la de convenir á cada uno por el todo cuando quiera, pues esta queda en su fuerza y vigor, á fin de que pueda usar de ambas á su eleccion hasta reintegrarse de los que se le deban, y solo tendrá obligacion de dar al reconvenido el competente lasto para que repita contra los demas partícipes por lo que satisfaga por ellos: y la misma accion ha de tener á compeler á cada uno á que reconozca íntegramente el censo, aunque posea poca parte de la alhaja; por quedar como quedan desde ahora obligados al reconocimiento en estos términos.

Tampoco se ha de ceder, trocar, renunciar, donar graciosa ni remuneratoriamente, adjudicar ni dar en todo voluntaria ni necesariamente á hijo, pariente ni extraño del enfiteuta sin dicha licencia: y en el caso que se haga, ya sea con ella ó sin ella, mediante á que esto suele ejecutarse en fraude y perjuicio del señor del directo dominio por no satisfacerle la cincuentena, pretextando que solo por la venta se causa, ha de ser obligado el enfiteuta, y en su defecto el comprador, donatario ó cesionario, á pagársela, y á este fin valuarse por peritos que el señor y el enfiteuta nombren: y si dentro de treinta dias siguientes al del requerimiento judicial para su solucion no la satisficiere, caiga la casa en comiso en los términos expuestos, y el señor pueda apoderarse de ella en pena de la contravencion, sin que sea necesaria mas diligencia, monicion ni interpelacion; pues la cincuentena se ha de causar y pagar siempre que haya traslacion de dominio, á menos que sea por derecho hereditario legítimo ó voluntario, verificado por testamento ó abintestato, y no de otra suerte ni por otro medio ni instrumento entre vivos, pues entonces no se ha de poder pedir al heredero, ya sea forzoso ó extraño.

Ningun enfiteuta ha de vincular, agregar é incorporar total ni particularmente la casa citada á mayorazgo, capellanía, patronato, memoria, aniversario, ni imponer sobre ella gravamen perpetuo, ni tampoco permitir que se la agrave ni venga á parar en manos que llaman muertas, pues se le prohibe expresamente, antes bien ha de ser entera y perpetuamente libre, y co-

mo tal podrá disponer de ella cualquiera poseedor en los términos expuestos; y si alguno hiciere lo contrario, caiga en comiso, segun queda prevenido: y aunque el que entonces sea dueño de este censo y otros posteriores á él no usen de esta accion por ignorar ó querer tolerar la sujecion, vínculo y gravamen, no por eso este no uso é inaccion ha de perjudicar el derecho del que quiera intentarla; pues en caso de que este no se apodere de ella por comiso, ha de poder compeler judicialmente al poseedor á que la ponga en manos libres á su eleccion, no obstante cualesquiera leyes, pragmáticas, ejecutorias, usos y costumbres que haya contrarias, pues el referido enfiteuta se aparta de su auxilio para que no le sufraguen, ni á los que le sucedan en su dominio util.

Si algun censualista no quisiere usar de las referidas dos acciones, sino conformarse con la vinculacion, se ha de valuar la citada casa, deducirse de su total valor tres cincuentenas y el duplo capital del rédito ánuo, conforme el auto acordado del Consejo sobre los censos perpetuos de Madrid, y el importe á que todo ascienda quedar cargado á censo redimible sobre la citada casa, y hasta que se libere, deberán pagar sus réditos á tres por ciento el censuario y los que la posean; cuyo convenio ha de ser estable, y no poderse rescindir jamas.

Siempre que el enfiteuta quiera reducir este censo perpetuo á redimible, lo ha de poder hacer precedido expreso convenio del señor del directo dominio, y no de otra suerte, pues este no ha de ser compelido á ello si lo resiste: y la reduccion se ha de hacer por tres cincuentenas, que se bajarán del total precio que entonces tenga la casa en esta forma: primero el duplo capital del censo al respecto de tres por ciento, y del residuo las tres cincuentenas íntegras é iguales ó un seis por ciento, valuándose la finca por su intrínseco y efectivo valor, como si se fuera à dar el dinero por ella, y no como si se hubiera de sacar à pública subasta; y del total importe à que estas, unidas con el duplo capital asciendan, si el enfiteuta no lo paga incontinenti, ha de constituir censo al redimir á tres por ciento con arreglo á la forma prescripta por las leyes de estos reinos y disposiciones Pontificias; y aunque la casa tenga otras cargas, ninguna de estas se ha de bajar para sacar las cincuentenas; con lo que ha de quedar extincta la naturaleza del enfitéutico y sus derechos; subsistir, como consignativo reservativo al quitar, hasta que el censuario quiera liberarlo, entregando á un tiempo, y no

separadamente, su capital y réditos que á la sazon se le deban; consolidarse el dominio util con el directo; ser dueño propietario de ambos el censuario, y no tener el censualista ni los que le sucedan otro derecho mas que el de percibir la pension ánua, y cuando se efectúe la redencion, su nuevo capital, pero quedándole siempre reservada la prelacion á otros acreedores del censuario por su importe, mediante no haberlo percibido, y trasferírsele el dominio con esta condicion, aunque en la escritura censual no se exprese, para que no sea perjudicado en él, á cuya solucion queda hipotecada especialmente desde ahora para cuando llegue el caso la referida casa; pero no ha de poder redimir el rédito ánuo solo por el duplo capital, sino tambien juntamente el laudemio por las tres cincuentenas, y entregar á un tiempo el importe de todo; y en otros términos no se le deberá admitir la redencion parcial, ya esté libre ó vinculada la citada casa.

El referido censo enfitéutico y sus derechos no han de ser confiscados por delito, aunque sea de los tres exceptuados, que los enfiteutas cometan: ni estos imponer censo al quitar, ni otro gravamen ni responsabilidad sobre él, sin embargo de que sea por causa pia ú otra grave; y si lo hicieren sea nulo, como hecho por parte no legítima y contra este pacto y prohibicion expresa.

Como por el trascurso del tiempo y por varios acasos suelen perderse ó quemarse los papeles, y por no presentarse copia de esta escritura, se resistirán tal vez los enfiteutas á reconocer este censo, y pagar sus pensiones ánuas y laudemios que se causen por las enagenaciones, y en estas la ocultarán, por lo que no constará en sus títulos: para precaver este dolo y fraude, y que el dueño del dominio directo jamas lo pierda ni sus derechos, es condicion y pacto expreso, que siempre que el señor de este censo acredite el dominio directo, y su identidad por un solo reconocimiento hecho por cualquiera poseedor de la casa, ha de tenerse y estimarse dicho único reconocimiento por documento y título tan bastante como esta escritura para acreditar y probar el dominio directo, y perjudicar no solo al citado Antonio Lopez, sus herederos y demas que tengan causa de él, sino tambien á los singulares sucesores y terceros poseedores, los cuales han de poder ser obligados en su virtud á reconocerlo, pagar sus réditos ánuos y laudemios, y á todo lo demas referido, como si se produjera la escritura primordial, sin que á ello se puedan excusar con dicho pretexto ni otro; pero si probare úni-

camente la identidad por testigos, à nada deberán ser compelidos los poseedores de la casa, antes bien esta se tendrá por libre del enfiteusi, pues la prueba de ella ha de ser conforme à derecho.

Todos los que sucedieren à la referida casa han de tener obligacion de renovar y reconocer à su costa este censo dentro de treinta dias perentorios primeros siguientes al en que entren en su goce; y dar tambien à su costa al dueño del directo dominio copia autorizada de esta escritura de reconocimiento, y à ello poder este compelerles por todo rigor legal; y si alguno ó algunos censualistas no usaren de este derecho, no por eso ha de ceder esta tolerancia y no uso en perjuicio de los que quieran intentarlo, sino antes bien quedar, como queda, en su fuerza y vigor para siempre; ni el derecho de ejecutar por los réditos y cincuentenas ha de prescribir, aunque pasen veinte, treinta, cuarenta, ciento y mas años, sin embargo de lo que dispone la ley 63 de Toro, que expresamente renuncia el enfiteuta; y para poder ejecutar à los enfiteutas ha de bastar cualquiera escritura de reconocimiento, sin ser obligado el señor á manifestar copia de esta de dacion à censo; y no obstante que aleguen no ser suficiente han de poder ser compelidos à ello, sin que se puedan excusar à pretexto de que el reconocimiento sin la escritura original no es bastante; pues lo ha de ser, como queda expuesto, y ni este ni otros efugios maliciosos les han de servir para eximirse de pagar, ni para otra cosa ni caso alguno: à cuyo fin renuncia por sí y en nombre de todos los que sean poseedores todo cuanto les sea favorable, y à ello quiere que se les apremie por todo rigor legal. Todo lo cual con los demas derechos y acciones reserva nuevamente el señor de este censo en sí y en sus sucesores para usar de ellos à su arbitrio con arreglo à esta escritura.

Aqui pueden poner los otorgantes otras condiciones segun el fin para que el solar se dé á censo.

Con cuyas calidades y condiciones formalizan ambos otorgantes este contrato, y el enunciado Don Francisco da à censo enfitéutico al expresado Antonio Lopez para sí, sus herederos y sucesores, la mencionada tierra y sitio erial, segun queda descrita y declarada: se desiste, quita y aparta, y á los suyos, de la real tenencia, posesion y dominio util que en ella tiene, el que

cede, renuncia y traspasa enteramente en el referido Antonio y en quien le represente, reservándose el directo para cobrar de los enfiteutas los expresados treinta reales ánuos, y las cincuentenas que en las expresadas enagenaciones se causen, y usar de las demas acciones, que como señor de él le competan á quien la suya tenga, contra los enfiteutas; y le confiere, y à cada enfiteuta, amplio poder y facultad para que en su respectivo tiempo tome y aprehenda judicial ó extrajudicialmente la posesion de la prenotada tierra que en virtud de este instrumento le pertenece, y para que no necesite tomarla, me pide le dé de él las copias autorizadas que quisiere, con las cuales sin otro acto de aprehension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado y trasferidosele, y en el ínterin se constituye su inquilino y precario poseedor en legal forma. Y se obliga à que gozará quieta y pacíficamente la expresada tierra, y nadie le moverá pleito, ni pondrá obstáculo sobre su goce, disfrute y posesion; pues si se lo pusiere, saldrá à su defensa, siendo requerido conforme à derecho, y lo seguirá à sus expensas hasta ejecutoriarlo, y dejar al enfiteuta en su libre uso, posesion, goce y disfrute, y de lo que en ella labre y aumente: no pudiendo conseguirlo ó no queriendo hacerlo, se le ha de poder compeler ejecutivamente, y à los suyos, à darle incontinenti otro sitio de igual cabida por el propio precio, con las mismas condiciones y en tan buen parage; y si no lo tuviere, el importe de las costas, gastos, daños, intereses ó menoscabos que se le irroguen, cuya liquidacion defiere en la relacion jurada del enfiteuta que à la sazon lo posea, ó de quien le represente, sin que necesite de otra prueba, pues de ella le releva en forma: é igualmente ha de ser compelido à pagarle en cualquiera de los dos casos el de la fábrica y aumentos que entonces tenga hechos en aquel à tasacion de dos peritos electos por ambos, y de tercero en discordia, la que no han de poder reclamar uno ni otro con pretexto alguno, si el que le quitare en justicia la citada tierra y sitio no fuere condenado à satisfacerle dichos aumentos y fábrica; pero siéndolo ha de repetir contra él y tener accion contra el otorgante por las costas, intereses y daños solamente, y no por otra cosa alguna. Y el mencionado Antonio Lopez que está presente, enterado de esta escritura, dice: que recibe à censo enfitéutico el expresado sitio, tierra erial, con las condiciones y pactos expuestos que da aqui por repetidos à la letra, y se obliga à cumplir por sí, y que los cumplirán sus sucesores puntual y exactamente sin

alteracion ni tergiversacion; y no lo haciendo, sea visto por el mismo caso haber incurrido en las penas que comprende, y ratificado su contexto, y à la observancia de este contrato se obligan ambos otorgantes, y à sus herederos y sucesores, con todos sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; dan amplio poder à los señores jueces de esta villa para que à todo les compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben: renuncian todas las leyes, fueros y privilegios de su favor: y asi lo otorgan y afirman, à quienes doy fe conozco; siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa: previniendo que de esta escritura se ha de tomar razon en la oficina de hipotecas con arreglo à la Real pragmática à este fin expedida.

LICENCIA PARA VENDER UNA CASA AFECTA Á CENSO PERPETUO, Y CARTA DE PAGO DE CINCUENTENA.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de los Rios, vecino de ella, dijo: que le pertenece en posesion y propiedad un censo enfitéutico de tanta cantidad anual de réditos con derechos de licencia, comiso, tanteo ó cincuentena contra una casa sita en esta villa, en tal calle, que posee Antonio Lopez, quien tiene determinado venderla, y para ejecutarlo pidió al otorgante que si no la quiere por tal precio que le da por ella, le conceda la correspondiente licencia, pues está pronto à entregarle el importe de la cincuentena que por la venta se ha de causar; y el otorgante, teniendo por mas util y conveniente concedérsela que comprarla, condescendió con su pretension; y para que tenga efecto, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, inteligenciado del que le compete = Otorga y concede amplia licencia, poder y facultad al expresado Antonio Lopez, para que venda en el precio que estipulare, à persona lega, llana y abonada, y no à otra, ni à comunidad eclesiástica ó secular, vínculo, patronato, memoria, capellanía ni aniversario, la citada casa: y por esta vez desiste del derecho de tanteo y prelacion que las leyes final, tit. 8. Part. 5, y 13. tit. 11. lib. 5. de la Rec. le conceden, y lo renuncia y traspasa en el comprador, mediante recibir, como recibe, en este acto del nominado Antonio Lopez tantos reales de vellon, importe de la dicha cincuentena, en tales monedas, de cuya entrega y recibo doy fe, por haberse contado y entregado

à mi presencia y de los testigos infraescritos, y como pagado y satisfecho real y efectivamente de ellos, formaliza à su favor la mas firme carta de pago que à su seguridad conduzca: y declara que la citada cantidad ha sido el justo precio y verdadero valor de la expresada cincuentena, en que se ajustó y transigió; y en el caso que mas importe, del exceso en cualquiera suma le hace gracia y donacion pura, en sanidad perfecta é irrevocable con las estabilidades congruentes al enfiteuta: y le confiere para la venta la mas firme y amplia licencia que por derecho se requiere, la que se obliga à no reclamar ni revocar total ni parcialmente; y si lo hiciere, ha de ser visto por lo mismo haberla aprobado y revalidado: y al cumplimiento de este obliga todos sus bienes muebles, raices presentes y futuros &c.

Nota. Si la cincuentena se paga íntegra al señor del censo, no es menester que la licencia y carta de pago lleven la cláusula de declaracion del justo precio y donacion del exceso, ni que se exprese que se ajustó y transigió, porque no viene al caso, y asi será licencia con carta de pago regular de lo que importe, y se dirá entonces el efectivo precio en que se vende la alhaja.

LICENCIA PARA VENDER ALHAJA ENFITÉUTICA, RESERVÁNDOSE EL SEÑOR DEL DIRECTO DOMINIO EL DERECHO DE TANTEO.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Antonio Lopez, vecino de ella, dijo: que le pertenece un censo enfitéutico de un ducado y una gallina de renta anual, con derechos de licencia, comiso, tanteo ó cincuentena sobre una casa que en tal calle posee José Garcia, el cual por varias urgencias en que se halla determinó venderla; y para poderlo hacer sin incurrir en la pena de comiso le pidió la licencia competente, ofreciendo pagarle la cincuentena que se cause por la enagenacion luego que esté celebrada la venta, en caso de que no la quiera por el tanto, à lo que condescendió el otorgante, y poniéndolo en ejecucion = Otorga que da y concede amplia licencia y facultad al mencionado José Garcia, dueño del dominio util de dicha casa, para que la venda à quien quisiere sin incurrir en pena alguna, con tal que no sea comunidad eclesiástica ni secular, vinculo, patronato, memoria ni à persona de las exceptuadas y prohibidas por derecho: y que en el preciso término de segundo dia, contado desde el del otorgamiento de

la escritura, le haga saber quién la compró, en qué precio, con qué condiciones, y cuánto importa la cincuentena, para que el otorgante la perciba ó use del derecho de tanteo, segun le convenga; y faltando estos requisitos ó cualquiera de ellos, ó no entregándole la cincuentena en el tiempo prefinido, en caso que no delibere tomarla por el tanto, ha de ser nula y de ningun efecto la venta, y tener facultad el otorgante, como se la reserva, de apoderarse de la alhaja por comiso, y perderla el enfiteuta en pena de contravencion, sin quedarle accion ni recurso, ni al comprador, para repetir su costo y valor del otorgante: y á haber por firme esta licencia en los términos propuestos, obliga sus bienes muebles, raices &c.

CAPITULO OCTAVO.

Del censo consignativo.

§. 1. ¿Que es censo consignativo, y cuales circunstancias han de concurrir en él para su estabilidad?

2. ¿Quienes pueden imponerle, y con que réditos.

3. La imposicion de este censo se debe hacer sobre bienes raices, fructíferos, libres y determinados.

4. Tambien se puede hacer sobre otro censo, y sobre derechos; pero aquel y estos han de ser perpetuos.

5. En este contrato pueden intervenir pactos y condiciones justas; pero no las que estan reprobadas.

6. Primera condicion reprobada por una Bula de San Pio V.

7. Segunda condicion reprobada por dicha Bula; pero que no está admitida entre nosotros.

8. Tercera condicion.

9. Cuarta condicion.

10. Inteligencia que dan varios autores à la condicion antecedente.

11. Quinta condicion reprobada.

12. Sexta condicion reprobada por la Bula.

13. Séptima condicion.

14. Condiciones octava y nona.

15. La condicion de tanteo en favor del censualista está permitida por la Bula.

16. Ultima condicion reprobada por otros Papas.

17. El imponedor del censo debe manifestar al censualista las cargas que la finca tiene sobre sí, pena de ser precisado á redimirlo.

18. El censuario ademas de la finca especial debe hipotecar todos sus bienes.

19. Cláusulas que deben ponerse en la escritura de este censo. Primera. Que en concurso de acreedores no se haya de entregar al censualista su capital y réditos vencidos sino en dinero.

20. Segunda. La cláusula de *constituto*.

21. Tercera. Que en caso de division de la finca, pueda reclamar de cualquiera de sus poseedores.

22. Cuarta. Cláusula que suele insertarse, aunque sin efecto alguno.

23. El capital del censo jamas se prescribe.

24. No sucede lo mismo con los réditos, sobre los cuales se ha de observar lo prevenido en la ley 63 de Toro.

25. La libertad de no redimir este censo no tiene lugar en dos casos.

26. Explicacion del segundo caso en que hay precision de redimir el censo.

27. Caso práctico en que se ejecutoria la doctrina del párrafo antecedente.

28. Circunstancias requeridas pa-

ra que varias corporaciones puedan imponer censos consignativos.

29. Este censo y demas contratos en que interviene especial hipoteca deben ser registrados en la cabeza del partido en que se celebren. *Escritura de creacion de este censo.*

1. El censo consignativo redimible ó al quitar *es un contrato, por el cual una persona vende á otra por cantidad determinada el derecho de percibir ciertos réditos anuales, consignándolos sobre alguna finca propia cuyo pleno dominio se reserva, y los que dejará de satisfacer cuando el comprador le devuelva la suma recibida.* Este censo causa alcabala, tiene el nombre de *compra y venta*, y tratan de él con este título las extravagantes (*) de los Sumos Pontífices Martino V. y Calixto III, la Bula expedida de motu propio de San Pio V. y el tit. 15. lib. 10. Nov. Rec. Para que sea lícito se requieren seis circunstancias: 1.ª que se funde sobre propiedad determinada del censuario, de la cual como hipoteca especial puedan exigirse réditos anuales; 2.ª que la tal cosa sea raiz y fructífera, porque si se impone sobre mueble semoviente, ó frutos de la raiz, será nula la imposicion; 3.ª que se compre y venda por precio justo, que es el que por ley ó legítima costumbre está tasado y permitido (pues en toda compra y venta se requiere por la naturaleza del contrato, que el precio sea justo), y que su rédito se pague en dinero y no en otra cosa; 4.ª que si la alhaja perece en el todo ó parte, perezca igual y proporcionalmente el censo; 5.ª que sin conocimiento del censualista no se enagene la hipoteca censual à persona menos segura y abonada que el censuario, à fin de que no se dificulte el cobro de la pension ánua; y 6.ª que intervenga el pacto de *retrovendendo* absoluto y libre, de suerte que no prefina límite ni término para su liberacion, ni à ella pueda ser compelido el censuario, pues la ha de hacer cuando quiera (1).

2. El que tiene potestad de comprar y vender, puede imponer censo consignativo sobre sus bienes, asi en testamento como en contrato, por el precio establecido por ley ó legítima costumbre, y no mas, que en estos reinos es el de tres por ciento al año, y corresponde á treinta y tres mil y un tercio el

* Llámanse extravagantes las decretales de los Sumos Pontífices, que no estan incluidas en el cuerpo del derecho canónico.

1 Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Census*, num. 12 y sig. Begnud. *Biblioth.* en la palabra *Census*, §. 3.

millar, à que quedaron reducidos los censos redimibles por la pragmática de 12 de febrero del año de 1705, que es la ley 8. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec., pues el exceso es usurario, y debe otorgarse escritura para que conste y esté seguro el censualista; pues aunque no hay ley que expresamente lo mande, y dicen algunos autores que no es necesaria para la validez del contrato, conviniéndose los contrayentes; sin embargo debe otorgarse del mismo modo que en el censo enfitéutico, porque milita la propia razon legal.

3. Debe hacerse la imposicion sobre bienes raices fructíferos, cuantiosos, determinados y propios del censuario, los que gravará este por especial hipoteca á su seguridad, y han de ser libres, porque, si estan afectos á otra responsabilidad por la cual pueda perecer el censo por no ser suficientes para su pago, no vale la imposicion; pero no obsta que al tiempo de efectuarse esta no den fruto, pues basta que puedan producirle (1), y se han de especificar con señales tan claras é individuales de su sitio, cabida y linderos, que jamas se dude de ellos, ni se equivoquen con otros (2). Tambien ha de gravar generalmente el censuario los demas bienes suyos á la seguridad del censualista, para que si los determinados no alcanzan, pueda por la obligacion general repetir contra los otros hecha prévia excusion en los especiales. Puede igualmente dar fiadores que se obliguen con sus bienes á la responsabilidad del censo, como lo permite el párrafo 8 de la referida Bula de San Pio V. para mayor seguridad de parte del censualista.

4. Puede constituirse el censo sobre derechos perpetuos existentes, v. gr. alcabalas, y sobre el censo perpetuo; mas no sobre otro redimible: porque aunque este pertenece á los bienes de la tercera clase, y por consiguiente no es raiz, mueble ni semoviente, se considera para este efecto como mueble, á causa de poderse redimir y faltar la hipoteca. Tampoco puede constituirse sobre frutos de cosa raiz, ni sobre bienes muebles ni semovientes, ni sobre la persona, ni sobre derechos y acciones meramente personales (3) (*). Sus réditos deben pagarse al plazo prefinido en el lugar en que se pacte, y en dinero efectivo, y

1 Duard. quæst. 5 y 6. §. 1. *de re censui subjuganda.*

2 Duard. quæst. 24. num. 36. y quæst. 26. *de censu consignat.*

3 Begnud. *Biblioth.* en la palabra *Census*, §. 1 y 2. Duard. §. 1. *de censui subjuganda*, quæst. 1 hasta la 52 inclusive.

* Por Real cédula de 19 de marzo de 1780, ley 25. tit. 15. lib. 10. Nov Rec., se mandaron imponer en la renta del tabaco los capitales existentes en los depósitos públicos correspondientes á mayorazgos, memorias y obras pias. En Real cédula de 8 de marzo de 1781 se extendió aquella

no en otra cosa, con arreglo à una ley recopilada (1), cuya renunciacion de nada sirve al censuario para eximirse de satisfacerlos en él, porque otra ley la declara nula (2).

5. Este contrato puede estar acompañado, como todos los demas, de ciertos pactos y condiciones en que los contrayentes se convengan; pero como en todos los contratos hay pactos nulos por las leyes, convendrá saber cuales son lícitos en este, y cuales no: cosa tanto mas necesaria, cuanto ademas de las leyes civiles, median respecto del censo resoluciones de la iglesia, motivadas por los abusos usurarios que en él pueden introducirse, y admitidas, aunque no en todos sus puntos, por la autoridad secular. En primer lugar los Sumos Pontífices Martino V. y Calixto III. (3) declararon por válido el contrato censual con el pacto de *retrovendendo*, y San Pio V. en la citada Bula (4) hace iguales declaraciones, como la referida de la admision de fianzas.

6. Pero al mismo tiempo declaró ilícitas en el censo redimible otras condiciones y pactos, que el escribano no debe extender en la escritura, aunque asi lo quieran los contrayentes. La primera es: *Que el censo se funde y constituya sobre cosa ó mueble y semoviente*; pues como dejo sentado, debe imponerse sobre bienes por su naturaleza fructíferos y permanentes (que son los raices ó derechos perpetuos, segun dos leyes recopiladas) (5), los cuales se han de obligar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censualista tenga contra quien repetir directamente, sea preferido en ellos á otro acreedor del censuario, y el capital del censo no se pierda.

7. La segunda es: *Que al tiempo de su constitucion no sea preciso entregar el dinero ante escribano y testigos, y que baste la confesion de la paga*. Pero en esta parte no se admitió la Bula en estos reinos, como lo declara expresamente la ley 7. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec., que dice: *Declaramos que el propio motu sobre que los censos se impongan y sienten con dineros de presente, no está recibido en estos reinos, antes se ha suplicado de él por el fiscal del Consejo; donde se ha hecho justicia en*

disposicion á todos los capitales que se depositen en particulares. Por la Real cédula de 9 de noviembre de 1785 se mandaron cesar estas imposiciones, y por otra de 9 de octubre de 1793 se renovaron aquellas Reales disposiciones, para que precisamente se impongan los censos sobre dicha renta. *Febrero adicionado.*

1 Ley 3. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec. Begnud. *Biblioth.* en la palabra *Census*, §. 5.

2 Ley 4 tit. 15. lib. 10. Nov. Rec.

3 Extrav. *Comm.* cap. 1 y 2. *de empt. et vendit.*

4 Bull. *Cum onus Apostolicæ servitutis*, inserta en el tit. 13. lib. 6. Nov. Rec.

5 Leyes 1 y 2. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec.

los casos que se han ofrecido, y se hará adelante, y con su Santidad la instancia que pareciere necesaria: y así aunque no intervenga dinero de presente, se constituye censo al redimir, habiéndolo recibido antes el imponedor con este fin, ó en mutuo; porque este contrato puede mudar despues de naturaleza, y constituirse el censo, confesando el censuario haber sido cierta la entrega del dinero, y haciendo la renunciacion que se explica en el capítulo de las cartas de pago (*): lo que no sucede en el censo vitalicio personal, en el cual es preciso no solo que intervenga dinero, sino que haya fe de entrega, como diré en su lugar. Lo mismo será, no obstante que no haya intervenido dinero, como se practica en las particiones: pues cuando un heredero lleva en alheja raiz mas que lo que le corresponde por su legítimo haber, y no tiene dinero con que reintegrar al otro partícipe ó coheredero el exceso que se le aplica, constituye de su importe censo al quitar, bien que se llama reservativo, y hasta que se lo paga, le contribuye anualmente con los réditos á tres por ciento: y sin embargo de que algunos autores regnícolas demasiado escrupulosos siguen estrictamente la disposicion Pontificia, y no quieren conformarse con la legal, no por eso deja de practicarse en los términos propuestos, porque no se comete fraude ni usura. Tambien puede constituirse censo por dote, aunque no intervenga dinero de presente, como lo permite el párrafo 9 de la declaracion de dicha Bula, y así está en observancia.

8. La tercera es: *Que el censuario debe pagar siempre los réditos del censo anticipados*: la cual se prohibe, porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraude y sospecha de usura; y así cumple el censuario con satisfacerlos luego que esten devengados (1): pero en los arrendamientos no está prohibido, porque el pacto sirve solo de mayor seguridad á los locadores, y por eso en el último año de la locacion nada pagan los conductores, por tenerlo ya satisfecho.

9. La cuarta es: *Que el censuario se obligue directa ò indirectamente á los casos fortuitos; de suerte que aunque la finca perezca, debe pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos.* Todo lo cual es contra la naturaleza del contrato censual, pues segun el párrafo 10 de la Bula, si la finca perece total ò parcialmente, debe perecer con igual proporcion la renta, y extinguirse su capital; y si en parte es infructífera, ir en

* Es la de *non numerata pecunia.*

1 Duard. *Commentar.* §. 3. quæst. 4.

diminucion; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona, pertenece al comprador, que es el censualista, el daño y aumento que sobrevenga en la finca hipotecada (1).

10. Quieren sin embargo algunos autores, cuyo dictamen tengo por acertado, que esto se entienda en los censos enfitéuticos, en los cuales el dominio directo es del censualista, y el util del enfiteuta; y no en los consignativos, porque en estos el censuario se queda con ambos dominios y administracion de la finca acensuada: el comprador no tiene mas que el derecho de percibir la pension anual hasta que el censo se redime: por la imposicion se contrae únicamente hipoteca sobre la alhaja, por lo que el censualista es un mero acreedor hipotecario, sin mas privilegio que el que el tiempo le dé en concurrencia de otros hipotecarios; y lo que se vende, no es la finca sino el derecho expresado, y por lo mismo no se le da potestad para venderla ni disponer de ella: añaden que afirmar lo contrario es querer persuadir que un tercero tiene dominio en alhaja agena, lo que repugna á los contratos de venta y mutuo; y que no obsta alegar que en el de censo se pone la cláusula de *constituto*, porque esta sirve únicamente para que el censualista pueda pedir y tomar posesion pignoraticia de la hipoteca, á fin de reintegrarse con sus frutos de los réditos que se le deban, mas no para que se apodere de su propiedad ó dominio.

11. La quinta condicion que reprueba la Bula es la *de no enagenar*, pues manda en su párrafo 5 que no se pueda quitar ni restringir al censuario la facultad de enagenar la hipoteca acensuada siempre que quiera, sin que tenga obligacion de pagar mas tributo ni derecho que el rédito, segun se fuere devengando; pero no por eso dejan de ordenarse con dicho pacto las escrituras censuales, añadiendo la expresion: *sin la carga de este censo*. Y el motivo es para que en virtud de él pueda el censualista ejecutar por los réditos al tercero poseedor, aunque sea clérigo, á quien se nombrará defensor para el caso en que se le ejecute por ante juez secular, y haya heredado la finca de lego, con quien se haya contestado la demanda; pues de no contenerlo, como la accion hipotecaria es ordinaria, y solo la personal es ejecutiva, y esta no puede ejercerse contra tercero poseedor, el mismo pacto la vigoriza y hace que se ejerza, porque en fuerza de él subsiste la hipoteca en cuanto al censo en los propios términos y con las idénticas calidades que cuan-

1 Ley 23. tit. 5 Part. 5.

do se gravó á su responsabilidad, y se contempla en poder del imponedor; lo que no sucederá si se omite, por cuya razon se pone, y asi solo sirve de mayor seguridad al censualista; y no se comete usura, ni se quita al censuario la libertad de vender la y enagenarla cuando le parezca; pero si se ordenare sin el aditamento referido, se estimará la condicion por no puesta.

12. La sexta condicion que reprueba la Bula es esta: *Que si el censuario no pagare los réditos íntegros á los plazos convenidos, rinda réditos lo que deje de satisfacer, del mismo modo que la suerte principal. O quede aumentado el censo, ó lo funde nuevamente sobre la misma finca, ú otra que quede afecta á él por esta razon: ò haya de perder parte de ella: ó incurra en alguna pena: ó ser de su cuenta la solucion de sus cargas* las que por derecho, segun la naturaleza del contrato, no deberia pagar á no intervenir el pacto): *ò satisfacer interes, cambio ó expensas y salarios indebidos:* ú otra condicion gravosa semejante á las indicadas. Los artículos 7, 8 y 9 de dicha Bula declaran tales pactos usurarios y nulos; pero no los gastos judiciales, como el de ejecucion, que se irroguen por su morosidad al censuario.

13. La séptima condicion es la siguiente: *Que el censuario nunca ha de redimir el censo. O que ha de redimirlo precisamente dentro de cierto término; y en su defecto que en pena ó por otra causa se ha de poder repetir su capital. O que hasta pasado tanto tiempo no ha de redimirlo.* La Bula reprueba estos pactos en su artículo 12, como opuestos à la naturaleza del contrato, y á la libertad que por él tiene el censuario de redimir ó no redimir el censo, segun le convenga.

14. La octava condicion que la expresada Bula reprueba, como usuraria es esta: *Que aunque parte del censo se libere, se han de pagar íntegramente los réditos de todo su capital, como si nada se hubiera redimido.* Y la nona es la siguiente: *Que al tiempo de la redencion deba pagar el censuario el capital del censo con aumento de su precio; ó en mejor moneda que la que el censualista le entregó cuando lo impuso,* porque esta es tambien usuraria.

15. Mas la Bula permite y declara lícita la condicion de tanteo, á saber: *Que siempre que la alhaja acensuada se venda, ha de tener obligacion el censuario de avisar un mes antes al censualista; requerirle si la quiere por el tanto; y manifestarle con que condiciones la vende.* Pero no se ha de añadir: *y si no lo hiciere, caiga en comiso,* porque esta cláusula solo se permi-

te en el censo enfitéutico; ni imponerse al censuario otro gravamen ni pena por dejar de avisarle. Y sin embargo de que la ley 68 de Toro dice: *Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo con condicion que si no pagare á ciertos plazos, que caiga la heredad en comiso, que se guarde el contrato, y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad*, y que de su contexto se evidencia que habla del censo redimible, y no del enfitéutito, no estan recibidos ni se admiten en los tribunales de estos reinos los pactos de *comiso* y *retracto*; y asi, aunque los contengan las escrituras censuales, no se juzga por ellos, antes bien se tienen por no puestos, y atribuyen á la impericia de los escribanos, como lo afirma Matienzo en la ley 1. tit. 15. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 6, y glos. 2. num. fin. citando al señor Covarrubias y otros: por lo que el censualista no tiene accion á retraer la finca acensuada, y sacarla al comprador, aunque sea dentro del término legal, sino solo á que le reconozca por señor del censo, y le pague los réditos mientras no le redima devolviendo el capital, como que tiene hipoteca y no dominio en ella.

16. Las citadas extravagantes de Martino V. y Calixto III. reprueban esta condicion: *Que la redencion del censo se ha de hacer en una partida, segun su capital se entregó, y no en dos ni mas.* Lo mismo se observa entre nosotros, pues es frecuente el obligar al censualista, cuando la cantidad es considerable, á recibirla en dos ó mas partidas; y si lo rehusa se deposita la parte entregada, declarándole redimido de ella, y dándole el competente testimonio. A pesar de esto, como no hay ley que lo prohiba, siempre se expresa en la escritura la condicion de que se haya de redimir en una sola suma, para evitar el perjuicio que se le irroga al censualista, de no tener toda la cantidad de una vez, y de malograr por esto algun negocio lucrativo (1) (*).

1 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 174. Duard. §. 5. *de redempt. et extinct. census*, quæst. 16 Avendañ. *de censib.* cap. 101 y 107. num. 8.

* Véase la circular de 3 de julio de 1761 sobre que los pueblos no impongan contra sus caudales censos algunos sin facultad Real. En cuanto á las redenciones de censos contra los propios, véanse la circular de 25 de setiembre de 1761, la de 28 de enero de 1772 comunicando el acuerdo del Consejo de 17 del mismo, el acuerdo de 8 de marzo del propio año, la circular de 22 de mayo de 1773 para que se puedan redimir por mitad del capital, no llegando á cien mil reales, y por terceras partes excediendo de esta suma, sin embargo de los pactos en contrario: la Real cédula de 14 de marzo de 1798, aplicando á la extincion de vales la mitad de los sobrantes á censo redimible de tres por ciento, pagadero en la caja de amortizacion, con otras prevenciones. Véase igualmente la Real cédula de 20 de junio de 1781, que trata de la aplicacion de los sobrantes de propios á imposicion sobre la renta de tabaco, y la Real cédula de 27 de noviembre de 1783, en que se da libertad de imponer

17. El imponedor debe manifestar al censualista los censos y cargas con que estan gravadas las fincas que hipoteca á la seguridad del que quiere tomar, pena de pagarle y volverle el importe de este con el dos tanto, haciendo lo contrario; y á mas de esto si estan afectas especialmente à otra responsabilidad, comete estelionato, por el que puede ser castigado (1). En este caso puede ser compelido á redimir el censo y restituir su capital, lo que debe prevenirse en la escritura de su creacion para que no alegue ignorancia.

18. Para mayor estabilidad del contrato censual, y seguridad del censualista, no solo ha de hipotecar especialmente el censuario bienes suyos fructíferos ó determinados, sino los demas generalmente, como dejo sentado; con cuya precaucion no perderá el primero su derecho, aunque perezca la finca hipotecada. Se extenderán ademas en la escritura varias cláusulas, las que dan firmeza al contrato, y seguridad á los contrayentes.

19. Una de ellas que tiene por objeto eximir al censualista de la precision de recibir su capital en otra especie que dinero, si el censuario forma concurso de acreedores, y carece de bienes con que pagar á todos, se ordenará en los términos siguientes: *Que si hubiere concurrencia de acreedores á los bienes del otorgante, aunque aquellos se conformen en que se entreguen al señor de este censo su capital y reditos en alhajas, raices, muebles ó semovientes de cualquier calidad que sean, no por eso ni por otro motivo ha de ser compelido á recibir su importe, ni parte de él, en otra especie que dinero efectivo, segun lo ha entregado*: y para mayor estabilidad de este pacto, renunciará el censuario la ley 3. tit. 14. Part. 5. en cuanto dice: *pero si acaeciese que el deudor no pudiese pagar aquellas cosas que prometiere, bien puede darle entrega de otras, á bien vista del juzgador.* Cuya ley concuerda con la auténtica *Hoc nisi debitor*, Cod. *de solutionibus*, de que algunos escribanos suelen poner renunciacion en estas escrituras, omitiendo la de Partida que es mas obligatoria que la romana.

20. Y para que pueda dirigir su accion contra la hipoteca, tomar posesion y cobrar de sus frutos los réditos que le esten debiendo, sin que sea necesario hacerle tradicion real de ella, ni excusion en los demas bienes del imponedor, se extenderá la

los caudales ya en la renta del tabaco ya en otras fincas. Véase el tit. 15 lib. 10. Nov Rec *Febrero adicionado*.

1 Ley 2 tit. 15. lib. 10. Nov. Rec. Acev. en ella Olea *de cess. jur.* tit. 7. quæst. 2. Gutierr. lib 2. *Pract.* quæst. 169. Avendañ. *de cens.* cap. 53. num. 6.

escritura censual con la cláusula de *constituto* (*) : bien que ninguno lo hace sin autoridad judicial, sin embargo de la facultad que se le concede por la escritura de censo.

21. Asimismo se ordenará con la siguiente: *Que si la hipoteca de este censo se dividiere entre dos ó mas interesados, cada uno ha de reconocerlo y obligarse por el todo, aunque posea poca parte, y el censualista poder pedir á cualquiera de ellos, y ejecutarlo por todos los réditos que se le esten debiendo, como si la poseyera enteramente.* Este pacto parece duro é injusto; pero como el derecho de percibir la pension ánua es individuo, y el censualista tiene accion real á perseguir la hipoteca en donde se halle, y no debe ni puede perjudicarle el convenio y division, que sin su beneplácito celebraren de su propia autoridad los poseedores de ella; por eso puede repetir en virtud del pacto mencionado contra cualquiera poseedor total ó parcial, asi para que reconozca por el todo, como para que satisfaga enteramente los réditos, quedando únicamente obligado á darle lasto, á fin de que exija de los demas partícipes, lo que por ellos haya pagado á proporcion de la parte que tenga en la finca. Asi se practica no solo en cuanto à la solucion de réditos de censo, sino en virtud de cualquiera escritura guarentigia con hipoteca, aunque sean muchos los herederos ó interesados en ella, porque no se procede contra ellos, sino contra la hipoteca, que es la responsable.

22. En el contrato de censo redimible suele tambien ponerse esta cláusula: *Que siempre que en la hipoteca haya nuevo poseedor se le ha de compeler á reconocer el censo; y aunque no lo reconozca, no por eso ha de perderse ni prescribir la accion ejecutiva, ni la sustancia del contrato, sin embargo de que se deje de ejecutar diez, veinte, treinta, cuarenta y mas años, á cuyo fin el otorgante por sí y en nombre de los demas que en lo sucesivo la posean, renuncia la ley* 63 *de Toro, y demas que le favorezcan.* Mas no obstante el pacto y renunciacion que contiene, se observa literalmente la disposicion de dicha ley, porque como el censualista no tiene prohibicion ni impedimento para pedir los réditos, cumplido el plazo, debe imputarse á sí propio la culpa de su descuido; por lo que solo se despachará la ejecucion en los términos que se dirá en el párrafo 25 (1).

* Véase sobre esta cláusula el capítulo 2 del contrato de compra y venta, párrafo 52.

1 Gutierr. *Rep. leg. Nemo potest*, núm. 480 al 499.

Debe ademas esta escritura contener las firmezas del préstamo mutuo, que se explican en su respectivo lugar.

23. El capital del censo jamas prescribe, aunque el censualista no pida los réditos en muchos años: porque la obligacion sigue á la hipoteca, y mientras esta no perece ni se libera, subsiste aquella; y asimismo porque al impedido no le perjudica el trascurso del tiempo ni la prescripcion; pues no es libre en pedirlo cuando quiera, lo que no sucede con los réditos. Asi lo he visto ejecutoriado en el Consejo en el pleito que siguió el Marques de Santo Floro, vecino de la ciudad de Siracusa en Sicilia, contra la villa de Extremera, ante Don José de Pasamonte, por el oficio de dicho escribano del número Casas, y se declaró por subsistente el censo, cuyo capital ascendia á mas de cuarenta mil reales.

24. Mas no sucede lo mismo con los réditos: pues por la ley 63 de Toro, establecida contra la negligencia de los censualistas, está mandado que por muchos años que adeude el censuario, no puedan aquellos exigir sino la pension correspondiente á treinta, y de estos solo se les podrá librar ejecucion de los nueve y dos tercios últimos, debiendo cobrar los restantes por la via ordinaria, y perdiendo enteramente los réditos de los años anteriores. Asi en el caso del párrafo precedente, perdió el Marques de Santo Floro la pension de su censo correspondiente á mas de setenta años, pues pasaban de ciento los que el censuario le debia.

25. Queda sentado que el censuario tiene libertad para redimir el censo cuando quiera, y no se le debe prefinir término, ni prohibir la redencion: no obstante podrá ser compelido á ella en dos casos: 1.° el expresado en el párrafo 17; 2.° cuando citado el censualista por el censuario para efectuar la redencion se vuelve atras este, y no la verifica.

26. Para inteligencia de esto conviene advertir que por el artículo 11 de la citada Bula de San Pio V. el censuario debe citar al censualista dos meses antes de hacer la redencion. Si dado este paso no redime el censo, puede obligarle aquel à que lo verifique dentro del año à contar desde el dia de la citacion. Pero si deja pasar este término sin apremiarle, ya no le queda accion contra el censuario, el cual quedará de nuevo en libertad de redimir, ó no, su censo, á menos que por nueva citacion vuelva á ponerse en el mismo aprieto.

27. En observancia de esta constitucion Pontificia he visto ejecutoria de los señores del Consejo en sala de Provincia con-

firmatoria de cierta sentencia dada por Don Juan Gayon, teniente corregidor que fue de esta villa, en el caso siguiente: Don Manuel de Elexpuru ofreció judicialmente, como apoderado de Don Domingo Ignacio de Mendieta, vecino de Bilbao, la redencion de un censo de dos mil ducados de principal con dinero, que para este fin, y con la baja de un medio por ciento de rédito, y calidad de subrogacion, le habia prometido el mayordomo del convento de religiosas de las Maravillas de la Corte, la qué se hizo saber al Marques de Belamazan, dueño del censo; y con motivo de haberse retractado el mayordomo de su promesa, intentó el apoderado del censuario eximirse de redimir. El del censualista insistió en que se le compeliese al cumplimiento de su oferta, y se subastasen las hipotecas afectas al censo; y sin embargo de la cualidad de la oferta y citacion, mandó el teniente que redimiese dentro de cierto término que le prefinió, y que pasado sin haberlo hecho, se sacasen á público pregon las hipotecas: de cuya providencia apeló Elexpuru, y se confirmó por el Consejo; por lo que se vió precisado á redimir.

28. Si las ciudades, villas, lugares, universidades y colegios de estos reinos quieren tomar á censo algunas cantidades de maravedis, han de expresar en los pedimentos que dieren: Si tienen otros, para qué efecto los tomaron, si para ello impetraron licencia, y qué réditos anuales pagan; y careciendo de este relato, no deben los escribanos de Cámara del Consejo admitirlos por estarles prohibido (1) (*).

29. El censo consignativo y demas contratos en que interviene especial y expresa hipoteca ó gravamen, ya sea de vinculacion ú otro, y los de su liberacion ó redencion, deben registrarse en los libros que á este fin ha de haber en la cabeza de partido del lugar en que estan las fincas que se gravan à su seguridad; y si los interesados à cuyo favor se otorgan no lo hacen dentro de seis dias siguientes al de su celebracion, no valen, ni debe juzgarse por ellos, y el tercer poseedor aunque tenga causa del vendedor á nada está obligado (2); lo que debe prevenir el escribano, pena de privacion de oficio, en todos los referidos contratos, para que los interesados no aleguen ignorancia, segun está mandado por el capítulo 5 de la pragmática de 31 de enero de 1768 (**), y no en otros, como algunos ignoran-

1 Ley 13. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec. y su nota.

* Véase la nota puesta al párrafo 16.

2 Leyes 1 y 2. tit. 16. lib. 10. Nov. Rec.

** Para instruccion y conocimiento del escribano se inserta la citada prágmatica despues de las escrituras de reduccion, subrogacion y reconocimiento de censo.

tes lo hacen, aunque el instrumento no sea de bienes que contengan gravamen ni hipoteca especial. Y advierto á todos que si tardan mas de este tiempo en entregar al censualista la copia, deben poner nota en ella, dando fe del dia en que se la entregan, para que desde él empiecen á correr los seis, no haya reparo en registrarla, y se evite al censualista el perjuicio que por este defecto se le puede causar; bien que aunque tarde mucho mas, no debe dejar de registrarla el contador ó comisionado siempre que ocurra, ni el juez de despachar despues la ejecucion, como se practica en la Corte, y está ya declarado en juicio (*).

ESCRITURA DE CREACION DEL CENSO CONSIGNATIVO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Antonio Lopez, vecino de ella, dijo: que por hallarse con algunas urgencias, y haber llegado á su noticia que Don Francisco de los Rios, de la propia vecindad, tiene dinero para imponer, solicitó que le diese cuatro mil ducados á censo al quitar con réditos de tres por ciento al año sobre una casa que posee en esta villa, en tal calle, el cual condescendió con su pretension, con tal que formalice à su favor la correspondiente escritura censual; y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier manera, que vende, carga, funda y constituye á favor del citado Don Francisco y de los suyos un mil trecientos y veinte reales de vellon de renta, censo y tributo anual, que empieza á correr y contarse desde hoy, y cumplirá en otro tal dia del año próximo que vendrá, por precio y cuantía de cuatro mil ducados de vellon, que hacen cuarenta y cuatro mil reales de la misma especie, y los recibe en este acto del expresado Don Francisco de los Rios en monedas &c. *(Se expresarán las que*

* En corroboracion de esta legal decision he visto cierta sentencia dada por un alcalde de corte en pleito ejecutivo, que por el oficio de Ruseco siguió Don Agustin de Vibanco contra Doña Isabel Gomez, sobre paga de réditos de censo, en la cual por defecto de no haberse registrado la escritura, declaró no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y por nula la ejecucion despachada, y reservó al censualista su derecho, para que sobre el principal del censo usase de él como le conviniese, cuya sentencia se ejecutorió por el Consejo; de suerte que el capital se estima en este caso como empréstito, y mediante que sin embargo de la disposicion legal ninguno debe lucrarse en detrimento de otro (Regla 17. tit. 34. Part. 7.), tendrá que recibir en parte de pago de él los réditos que se le hayan satisfecho. *Febrero.*

sean) de cuya entrega y recibo, por haber pasado á mi presencia y de los testigos infraescritos, doy fe, y como entregado real y efectivamente de ellos, formaliza á favor del nominado Don Francisco el mas eficaz resguardo que á su seguridad conduzca: y en su consecuencia se obliga, y à los enunciados sus herederos, sucesores y poseedores que fueren de la expresada casa, á pagar puntualmente en cada un año al prenotado Don Francisco, y à quien su derecho represente, los referidos mil trecientos veinte reales de réditos en dos plazos, por mitad, de seis en seis meses; que el primero ha de ser para el dia tantos de tal mes de este año, y el segundo para otro tal dia y mes como el presente del próximo futuro, y en cada uno seiscientos y sesenta reales, y asi sucesivamente las demas pagas, hasta que este censo se redima, haciéndolas siempre en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en otra cosa ni especie, y poniendo por su cuenta y riesgo los réditos de cada una en casa y poder del mencionado Don Francisco, ó de quien en esta villa debe percibirlos, pena de ejecucion, costas y salarios de su cobranza; y no cumpliéndolo asi, ha de poder la parte legítima para su percibo enviar para su exaccion ejecutor desde esta villa al lugar en que el otorgante y sus sucesores tengan bienes con setecientos cuarenta y ocho maravedis de salario al dia de los que en ella se ocupe, contando por los de camino en ida y vuelta á razon de ocho leguas, y hacer à costa del censuario los autos y diligencias que conciernan à su efectivo cobro en cumplimiento de esta escritura; y por lo que importaren los salarios y costas procesales y personales (cuya liquidacion defiere en el juramento del censualista, y lo releva de otra prueba), la misma ejecucion, trance, remate de bienes y pago, que por la deuda principal, de los cuales no ha de poder pretender el censuario tasa ni moderacion, sobre lo que el otorgante por sí, sus herederos y sucesores renuncia la ley 8. tit. 29. lib. 4. Nov. Rec. que prohibe enviar ejecutores, y las pragmáticas, prácticas y estilos de audiencias y tribunales que moderan los salarios, à fin de que en ningun tiempo le sufraguen. Y para la mayor seguridad de este censo y sus réditos, salarios y costas de su cobranza, lo funda generalmente sobre todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, y sin que esta obligacion derogue ni perjudique á la especial, ni por el contrario, sino que ambas ha de poder usar á su eleccion el censualista, lo impone y constituye sobre la enunciada casa, sita en tal ca-

lle, que le pertenece en posesion y propiedad: está tasada en tantos mil reales: tiene tantos pies de fachada &c. *Aquí se pondrán los pies de fábrica, linderos y demas señales que tenga la hipoteca, y tambien, si se quisiere, relacion de sus títulos, previniendo que si tiene cargas, se han de expresar todas, y afirmar que no tiene mas)*, por cuyos títulos le toca; y declara y asegura, y siendo necesario jura en legal forma, que no tiene gravamen, y en cuanto á la seguridad y cobranza de los réditos de este censo, salarios y costas que en esta se causen, se desiste, quita y aparta, y á sus herederos y sucesivos poseedores, de la real tenencia y posesion que en ella tiene y puedan tener; la cual, con cualesquiera acciones que le competan, cede, renuncia y traspasa en dicho Don Francisco y los suyos, á quienes confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion y amplia facultad, para que de su propia autoridad ó judicialmente tomen ó aprendan cómo y cuándo quisieren la que por derecho les corresponde en virtud de esta escritura; perciban y cobren de la hipoteca de este censo los réditos que les deban, y hagan y dispongan de él como suyo propio; y para que no necesiten tomarla, me pide que de este instrumento le dé copia autorizada, con la cual, sin mas aceptacion ni acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferídosele, y en el interin se constituye su inquilino y precario poseedor y tenedor en legal forma. Y se obliga y los obliga à satisfacer los réditos de este censo à los plazos estipulados, sin descuento, excusa ni dilacion, y que no le moverá pleito, pondrá impedimento ni pedirá cosa alguna contra la finca sobre que queda erigido; y si se moviere y pusiere, ó apareciere algun gravamen (si la alhaja tuviere algunos, se añadirá la expresion: *mas que los referidos*), luego que el otorgante y sus poseedores se cerciören de él y sean requeridos conforme á derecho, saldrán á su defensa y lo seguirán à sus expensas en todas instancias hasta ejecutoriarlo, y dejar al censualista en quieta y pacífica posesion de su censo, segura cobranza de sus réditos, y su hipoteca enteramente saneada; y no haciéndolo, ó no pudiendo sanearla, le restituirán en una sola partida su capital y réditos que à la sazon se le deban, con arreglo á la ley 2. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec., con mas las costas, daños, intereses ó menoscabos que se le irroguen, deferido su importe en la relacion jurada de quien sea parte legítima, sin que necesite de otro documento justificativo, pues de él lo releva en forma: à todo lo cual se ha de apremiar ejecutivamen-

te al censuario solo en virtud de este instrumento y testimonio que acredite el gravamen á que la hipoteca esté afecta, aunque sea sin auto de juez ni citacion de parte (los cuales han de tener vigor guarentigio, como si fuese sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal en sí y en su nombre lo recibe), como tambien al cumplimiento de las condiciones con que impone y carga sobre ella este censo, que son (*Aquí se ponen las condiciones.*) v. gr. las siguientes.

La redencion de este censo se ha de hacer en una paga y no mas, y entregarse precisamente al censualista en una sola partida los cuatro mil ducados de su capital, y todos los réditos que se le esten debiendo, y no lo uno sin lo otro, sin embargo de que las extravagantes de Martino V. y Calixto III. permiten que en mas pueda hacerse, pues el otorgante las renuncia, y cualesquiera leyes, decretos, provisiones Reales y estilos que haya en contrario; cuyo capital y réditos ha de poner el censuario á su costa, por su cuenta y riesgo, y en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, en casa del señor de este censo, ó apoderado que tenga en esta villa, á quien en observancia del precepto de la Bula expedida de motu propio por San Pio V. ha de citar judicial ó extrajudicialmente ante escribano dos meses antes que se efectúe la redencion, para que en ellos busque nuevo empleo, y en el ínterin correr los réditos; y si despues de haberle citado se excusare á redimir, ya sea porque no tenga dinero para ello ó porque alguno se lo haya ofrecido con calidad de subrogácion ó en otros términos, y luego no se lo dé, le ha de poder compeler, sin embargo de la cualidad de la oferta, á cumplirla dentro de un año siguiente al dia en que le citare, y tener facultad, como por esta escritura se le da, de hacer que subaste la hipoteca afecta á su responsabilidad, y sea efectiva la redencion ofrecida con total entrega del capital y réditos que se le deban, inclusos los de los dos meses de aviso, y de las costas y daños que se le irroguen; y no usando de esta accion ó no depositándolos el censuario en dicho término, han de correr y continuar los réditos, y ser visto no haberle citado; pero si pasados los dos meses no hubiere parecido el nuevo empleo, ó no quisiere el censualista recibir el capital y réditos, cumplirá el censuario con depositarlos íntegramente en la depositaría ó persona que elija el señor juez que de esta causa deba conocer conforme á derecho, con cuyo acto, y no de otra suerte, ha de quedar extincto y liberado este censo: servir de redencion el testimo-

nio del depósito: ser de cuenta del censualista y no del censuario el riesgo que hubiere en el dinero: cesar y no correr mas réditos que desde el dia en que se cumplan los dos meses de aviso: y poder ser obligado el censualista á dar á sus expensas al censuario la correspondiente carta de pago, finiquito, redencion y liberacion en toda forma, y á pagarle los gastos que por ser moroso en acudir al percibo del dinero se le hayan causado en hacer el depósito, deferidos en su relacion jurada: y asimismo á darle la copia original de esta escritura cancelada, para que en ningun tiempo obre el menor efecto contra él: é igualmente le ha de poder obligar á otorgar á su costa la de subrogacion, en el caso de que por él le entregue un tercero el capital y réditos con esta calidad, sin que pueda excusarse á ello con ningun pretexto, y lo que en contravencion de esta condicion se practicare será nulo.

Nota. Pactándose que la redencion pueda hacerse en dos pagas, se dirá: *que en cada una se ha de entregar la mitad del capital del censo con los réditos que entonces se deban: que para ambas se ha de hacer la citacion dos meses antes que ejecutada la primera, se han de pagar despues los réditos correspondientes á la mitad del capital: y que no se ha de entregar al censuario la escritura primordial hasta que redima enteramente el censo; sino otorgarse la liberacion respectiva, y de ella ponerse la competente nota en la escritura y en su protocolo, para que conste y no se le puedan pedir los réditos de lo liberado.*

Otra. Si se pacta que pueda hacerse en mas pagas, se pondrá cláusula que lo exprese; y si el dinero se da para reedificar la alhaja ó repararla, se añadirá la cláusula siguiente: *que el otorgante ha de invertir y emplear precisamente en la construccion y perfecta conclusion de la casa sita en dicha calle de* &c, *y no en otro destino* (ó reparo) *los tantos mil reales que ha recibido á censo, mediante habérselos entregado el censualista para este efecto, y no otro, á fin de gozar del privilegio de prelacion, que como acreedor refeccionario le compete en ella: y no lo haciendo, le ha de poder apremiar á la redencion de este censo, pues en otros términos no le entregaria su capital; pero ha de tener obligacion el censualista de probar su inversion en la propia casa, por cuya razon, ni porque no invierta el dinero en su reedificacion, no ha de dejar de gozar del privilegio de refeccionario.* Y asimismo se relacionará en el ingreso de la escritura, que el dinero se le da para este efecto, y no otro alguno.

Sin embargo de lo que la Bula de San Pio V. previene en

su párrafo 5, entre tanto que no se efectúe la redencion de este censo, no se ha de partir, dividir ni en manera alguna enagenar, sino con la carga de él, la finca sobre que queda erigido; y haciéndose lo contrario, sea nulo, y no pase derecho á tercero poseedor ni ceda en detrimento del señor de este censo, como hecho contra pacto absoluto de no enagenar, sobre lo cual renuncia el censuario dicha Bula; y si se partiere y dividiere, ha de poder el censualista ejecutar à cualquiera de sus poseedores por el todo, y cumplir con darles lasto, para que repita contra los coherederos y partícipes por lo que pague por ellos, y costas que se le ocasionen; y à la observancia de este pacto y condicion obliga especialmente el otorgante la referida hipoteca.

Si en algun tiempo pareciere que la expresada casa tiene alguna carga real, perpetua ò temporal (*si tuviere algunas, añadirá el escribano esta cláusula:* mas que las que quedan declaradas), ha de poder el censualista compeler al censuario à la redencion de este censo y entera solucion de su capital y réditos, con el duplo en pena del engaño y dolo que cometió en su ocultacion, con arreglo al precepto de la citada ley 2. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec., en lo que y en las costas de su cobranza se da el otorgante por condenado sin mas sentencia ni declaracion; y la ejecucion se ha de hacer en virtud de este instrumento y testimonio por donde conste el gravamen, aunque se dé sin auto de juez ni citacion de parte, sin que sea necesario mas conocimiento de causa, pues de todo hace relevacion el otorgante en bastante forma; pero la pena del duplo se ha de entender solamente con este, y no trascender ni ampliarse à los demas censuarios, á menos que sean sus herederos ò poseedores con esta representacion ú otra semejante de la mencionada casa.

Si hubiere ocurrencia ò concurso de acreedores á los bienes del censuario que posea la expresada hipoteca, aunque se conforme en que se entreguen al señor de este censo su capital y réditos en alhajas raices, muebles preciosos ó bienes semovientes ú otros de cualquier calidad que sean, no por eso, ni con otro motivo, ha de ser compelido á recibir su importe, ni parte de él ni de sus réditos, en otra especie que dinero efectivo de plata ú oro, segun lo ha entregado y queda prevenido; sobre lo cual el otorgante renuncia por sí y en nombre de los censuarios, sus sucesores, la ley 3. tit. 14. Part. 5, y demas disposiciones legales, que le favorezcan.

Los que posean la hipoteca de este censo, la han de tener bien reparada de todo lo necesario, de modo que vaya siempre

en incremento, y no en decremento: y aunque en ella suceda incendio, ruina ú otro caso fortuito celeste ò terrestre, no por eso ni por otra causa se ha de hacer descuento del principal y réditos de este censo, sino antes bien poder ser apremiado el censuario á ponerla en el estado y valor actual, sin embargo de lo que la Bula de San Pio V. dispone en sus párrafos 4 y 10, y cualquiera ley, pragmática, uso y costumbre que haya en contrario, pues todo lo renuncia el otorgante, para que no le sufrague ni á los sucesivos censuarios.

Aunque segun disposiciones Reales se requiere que los autos de ejecucion y venta de bienes, y otras diligencias que se ofrezcan sobre la cobranza de los réditos de este censo y cumplimiento total ó parcial de sus condiciones, se notifiquen en persona al poseedor de su hipoteca para que le perjudiquen; no obstante, ha de ser suficiente que se practiquen con la que por cualquier título perciba sus alquileres, sin embargo de que carezca de poder del censuario, ó sea limitado para cobrar, ó tenga la casa en posesion prendaria: y en su defecto con sus inquilinos, y cualquiera de ellos, no estando el censuario ó su apoderado en esta villa, con los cuales quiere y consiente el otorgante se sustancien dichos autos y diligencias hasta conseguir ejecutoria de la sentencia definitiva, y la íntegra solucion de los réditos censuales, salarios y costas de su cobranza: cuyos autos y diligencias han de perjudicar al otorgante y sucesivos poseedores de la referida casa, como si con sus propias personas se sustanciaran y determinaran; à cuyo fin para evitar gastos y dilaciones en enviar requisitorias al lugar de su domicilio ó existencia, y el que por falta de legitimidad è identidad de persona sean nulos é ilusorios, confiere el otorgante à los expresados inquilinos y cobradores, y á cada uno de ellos en particular, el mas amplio, firme è irrevocable poder que necesiten, con libre, franca y general administracion y facultad de sustituirlo, comparecer en juicio por el censuario, y los há por nombrados por sus propios nombres y apellidos, como si aqui lo fueran, sobre lo cual renuncia la ley 13. tit. 5. Part. 3, y ademas que disponen que el apoderado sea nombrado en dicha forma.

Los poseedores de la mencionada hipoteca han de renovar la obligacion real, y reconocer á su costa este censo por entero, aunque posean poca parte de ella; á lo que y á la íntegra satisfaccion de sus réditos, y de las costas, salarios y daños que por su resistencia ó morosidad se ocasionen al censualista, les ha de poder compeler este por todo rigor legal cada diez años

á lo mas largo, ò antes si en ella hubiere nuevos censuarios, y otorgadas ó no las escrituras de reconocimiento (que esto ha de ser mas por voluntad del dueño y señor de este censo, que por necesidad), ha de poder tambien proceder ejecutivamente contra ellos, y cada uno por el todo en particular, en virtud de esta escritura ó de su traslado autorizado, aunque para sacarlo no preceda auto de juez ni citacion de los censuarios: y de ninguna suerte ha de prescribir la accion ejecutiva ni la sustancia y vigor de este instrumento, sin embargo de que se deje de ejecutar diez, veinte, treinta, cuarenta, ciento y mas años, y de la disposicion de la ley 63 de Toro y demas, que tratan de las prescripciones de las acciones ejecutivas, ordinarias é hipotecarias y deudas por obligacion personal y real; antes bien ha de ser visto que dentro de cada diez años, y antes que cumplan, se innova el contrato y obligacion de pagar los réditos, como si entonces se otorgara por sí y en nombre de los poseedores que fuesen de la citada casa, renuncia dichas leyes en todas sus partes para que jamas le favorezcan, y se obliga, y los obliga, á no alegar prescripcion por lapso de tiempo, ni otro remedio legal, á fin de que puedan ser siempre apremiados á la solucion de todos los réditos que se esten debiendo, costas y gastos que en su exaccion se causen, y de que se lleve á puro y debido efecto esta escritura y sus condiciones, sin alteracion ni tergiversacion; pero por dicho reconocimiento se ha de entender quedan obligados con obligacion real, como tales poseedores, y no con la personal; y por lo mismo solo se ha de poder dirigir la accion ejecutiva contra la alhaja hipotecada, y no contra los demas bienes de su poseedor, si es tercero, y trabarse y mejorarse en ella y no en estos, á menos que en el reconocimiento se haya querido obligar, y obligado expresamente, de ambos modos.

Sin perjuicio de la via ejecutiva, y sin alterarla ni innovarla, antes bien dejándola en su fuerza y vigor, el otorgante por sí y en nombre de los poseedores de la referida casa da poder irrevocable con libre, franca y general administracion al dueño y señor de este censo, y á quien su derecho y causa hubiere, para que de propia autoridad perciba y cobre de su hipoteca sus alquileres y aprovechamientos; y de sus tenedores y poseedores, y de cada uno en particular, á los plazos estipulados, los réditos anuales que se esten debiendo, con las costas y gastos que en su exaccion se causen; y para dar de ellos los recibos, cartas de pago y demas resguardos, y practicar sobre su cobranza, hasta que sea efectiva, todos los actos, autos y diligencias judiciales y

extrajudiciales conducentes, le pone en su propio lugar, grado y prelacion, y le hace y constituye procurador actor en su misma causa y negocio, con subrogacion y absoluta cesion de acciones en forma; y para usar de este poder sirva de documento legitimo, y justificativo testimonio, esta cláusula, signada de escribano, aunque sea dado sin auto de juez ni citacion de parte. Y estando la enunciada casa en inquilinos, administradores ó mayordomos, ha de ser suficiente recado, para el íntegro abono de lo que pagaren, recibo simple del poseedor de este censo ó de quien su poder tenga, sin que esté obligado, ni se le pueda compeler, á dar carta de pago ó resguardo con mas solemnidad, aunque sea con pretexto de primera paga, ò de nuevo censualista ò apoderado suyo, excepto que el censuario ò administrador de la casa quiera satisfacer los derechos que cueste el dárselo autorizado, que en este caso se les deberá dar con la que lo pidan, y abonar en cuenta de lo que deban, las cantidades que en la forma expuesta entregaren; y á todo se ha de apremiar al otorgante y demas censuarios por todo rigor legal.

El poseedor que fuere de la prenotada hipoteca no ha de ser obligado á guardar, presentar ni mostrar recibos de los réditos de este censo de mas tiempo que de los tres años inmediatos anteriores al en que se pidieren, ya sean separados, ó uno comprensivo de los tres años ó pagas, y por no manifestarlo de los precedentes, ni con mas solemnidad que la prefinida en la anterior condicion, no se le han de poder pedir ni cobrar en juicio ni fuera de él, ni incurrir en pena alguna, y si los censualistas lo intentaren, sean repelidos y en costas condenados, como quien pretende derecho que por ningun titulo le toca.

Con cuyas calidades y condiciones, y con las demas regulares de los censos al quitar, que el otorgante da aqui por insertas, como si lo fueran, impone y funda este: y à su cumplimiento y observancia obliga su persona, bienes muebles, raices, derechos y acciones, y los censuarios que le hereden y sucedan en dicha hipoteca: da amplio poder á los señores jueces de esta villa, á cuyo fuero y jurisdiccion se somete y los somete, para que á ello les compelan, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe por sí y en su nombre, y renuncia todas las leyes y privilegios de su favor, en cuyo testimonio, y con la prevencion de que el censualista ha de acudir à que se tome razon de esta escritura en la contaduría general de hipotecas de esta villa dentro de seis dias primeros siguientes al de la fecha de este contrato, pena de nu-

lidad de él, y demas que imponen la ley y auto acordado recopilados y última pragmática de su Magestad: asi lo otorga y firma; à quien doy fe conozco: siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

CAPITULO NOVENO.

Del censo reservativo al quitar.

§. 1. ¿Que es censo reservativo?
2. ¿En que conviene y se diferencia este censo del enfitéutico?
3. ¿En que conviene y se diferencia del censo consignativo?
4. Modo de extender la escritura del censo reservativo.—Plantilla de la misma.

1. El censo reservativo al quitar *es un contrato en que uno trasfiere á otro una finca fructífera con el dominio util y directo que tiene en ella, reservando solamente para sí el derecho de percibir cierta pension anual hasta tanto que el poseedor de la misma le pague el precio íntegro en que se estimó al tiempo de celebrar el contrato.*

2. Conviene este censo con el *enfitéutico reservativo* en que en ambos se traspasan los bienes propios á otra persona, reservándose el derecho de percibir réditos anuales; pero se diferencia en varios puntos. 1.° En que en el contrato enfitéutico pasa únicamente al enfiteuta el dominio útil de la cosa dada á enfiteusi, y en este se trasfieren ambos dominios directo y util en el censuario, y solo queda al censualista el derecho de percibir el ánuo rédito, y cuando se redima, el capital ó precio en que se estimó la alhaja al tiempo de su dacion á censo. 2.° En que por defecto de paga no se quita al imponedor ni cae en comiso la alhaja afecta al censo (1); y el enfiteuta si deja de satisfacer los réditos dos ó tres años, pierde el dominio útil, y puede apoderarse de ella de propia autoridad el señor del directo (2), como he sentado en el capítulo 7, párrafo 3, en que si el enfiteuta enagena la alhaja sin pedir licencia al dueño del solar, ó requerirle si la quiere por el tanto, cae de su derecho, y por lo mismo debe pagarle el *laudemio*, que es la decena, veintena ó cincuentena que se causa por la venta; y el censuario no, aun-

1 Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 7. 2 Ley 28. tit. 8. Part. 5.

que la venda sin hacerlo saber (1). Se previene que cuando se duda si el contrato es enfitéutico ò reservativo, se presume mas ser este que aquel (2) (*) (**).

3. Tambien conviene en algunas cosas con el censo *consignativo*, y por lo mismo suelen darle este nombre, pues en realidad la naturaleza y pactos de este contrato son muy semejantes á los de aquel. En uno y otro debe intervenir ademas el pacto de *retrovendendo* á voluntad del censuario. Por último en ambos se causa alcabala, si bien en el *consignativo* se paga al tiempo de su imposicion, y en el *reservativo* cuando se redime. A pesar de esta semejanza hay cosas en que se diferencian esencialmente. Tales son: 1.ª en que en el consignativo se gravan los bienes del imponedor ó vendedor à su responsabilidad por dinero que el censualista ó comprador le da entonces ò le tiene dado; y en el reservativo no interviene dinero, antes bien los bienes que el censualista vende son los que se gravan è hipotecan á la seguridad y responsabilidad del capital de censo y sus réditos, por no entregarle el censuario al tiempo de su fundacion, ni haberle entregado antes, el importe de su valor; y asi no hay fe de paga ni confesion de haberla habido: y 2.ª en que en el censo consignativo el censualista por solo este caracter ò representacion es

1 Alv. Valasc. *de jure emphyteut.* quæst. 23. num. 25. Molin. *de controv.* disp. 381. num. 4. vers. *Tertio differunt.*

2 Duard. *de forma creandi census*, quæst. 12 y sig.

* Asimismo opina el señor Covarrubias, que en caso de duda mas bien se ha de tener el censo por reservativo que por consignativo, á menos que por razones fundadas á juicio del juez se conjeture lo contrario. No obstante el señor Vela defiende que antes debe tenerse por consignativo y redimible, por ser estos mas frecuentes y menos gravosos para el censuario. *Febrero reformado.*

** Por Real provision de 20 de octubre de 1788, ley 7. tit. 19. lib. 3. Nov. Rec., para la reedificacion de los solares yermos de Madrid, entre otros artículos, se previno en el V y VI, que si los solares ó casas bajas fueren de mayorazgos, capellanías, patronatos ú otras obras pias, puedan sus poseedores hacer obra, levantándolas para el mejor aspecto del pueblo y de sus calles y para aumento de habitaciones, quedando vinculado y perteneciente al mismo mayorazgo ú obra pia sobre la misma casa nueva ó aumentada, el importe de la renta que ahora produzca; y si nada produce, lo que pudiera producir su capital á réditos de censo redimible, y pertenezca á la libre disposicion del poseedor todo lo restante que pueda producir de mas por razon de lo nuevamente edificado; y si no ejecutaren esta nueva obra dichos poseedores ó patronos dentro del término de un año, se concedan los mismos solares ó casas bajas á censo reservativo á quien quiera obligarse á ejecutarla, extendiéndose tambien á este caso la expuesta relacion de la carga de casa de aposento por el término de cincuenta años. Que para todo esto no haya necesidad de acudir á tribunal alguno eclesiastico ni secular para obtener licencia, sino que bastará la del corregidor de Madrid. Por Real cédula de 14 de mayo de 1789, ley 4. tit. 23. lib. 7. Nov. Rec, se hicieron extensivos á todo el reino los referidos artículos V y VI, entendiéndose con los corregidores de los partidos de realengo, aun respecto del territorio de las villas eximidas, lo que se encargó al de Madrid en el artículo VI, sobre los moderados derechos del proceso y diligencias de informacion. *Febrero adicionado.*

un acreedor hipotecario, sin mas privilegio que el que le da el anterior ó posterior tiempo de su constitucion en concurrencia de otros hipotecarios; pero en el reservativo es preferido como acreedor de dominio en la alhaja por la naturaleza del contrato á todos los del censuario, por anteriores y privilegiados que sean, aunque no se exprese.

4. La escritura de este censo se otorga en los mismos términos, cláusulas y seguridades que la de venta. Pero al ir á extender la cláusula de la entrega del precio se pone la siguiente: *que vende la finca á censo reservativo al quitar por tantos reales en que está valuada, y quedan reservados sobre ella, de que le ha de pagar réditos anuales á tanto por ciento, mientras no le satisfaga, ó á quien le suceda, dicha cantidad* &c.: y en la aceptacion de la escritura constituirá el comprador censo consignativo del precio en que se le vende la alhaja: mas ni en la venta ni en el censo se ha de dar fe de paga de dinero, ni confesar haberlo recibido, pues no interviene al tiempo que se celebran ambos contratos, ni intervino antes (aunque en el derecho se finge que sí), por cuya razon el censuario se dará solamente por entregado de la alhaja y títulos de su pertenencia, si los recibe en el acto de su otorgamiento, de que dará fe el escribano. Tampoco ha de reservarse el censualista el dominio directo ni util sobre la alhaja, porque ambos se trasfieren en el censuario, lo que no sucede en cuanto al directo en el censo enfitéutico, porque en este por su naturaleza, sin necesidad de pacto, queda reservado á favor del dueño del solar (1); y lo que ha de reservar es el derecho de percibir la pension anual, y su capital cuando se redima; y á fin de que en todo caso asegure el censualista el derecho de preferencia que tiene, como acreedor de dominio, sobre otros acreedores personales ó hipotecarios del censuario, y evitar escrúpulos y cavilaciones, será bueno que se ponga en la escritura esta cláusula: *Que si llegare el caso de ocurrencia ó concurso de acreedores á los bienes del censuario ha de ser visto y entenderse no habérsele trasferido el dominio de la alhaja dada á censo, mediante no haber pagado su valor, y por lo mismo se ha de estimar como arrendatario y poseedor precario, preferir en ella el censualista á todos los acreedores por anteriores y privilegiados que sean, y tener derecho á recobrarla como acreedor de dominio, sin perjuicio del que le competa por los réditos que se le deban y deterioro de*

1 Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 11. num. 5 y 6. Gutierr. *Pract.* quæst. 58. *de gabellis.*

ella, de que ha de poder usar contra los demas bienes del censuario; pues el dominio y posesion pueden trasferirse condicionalmente (1) (*). El censualista, como vendedor, es quien se ha de obligar á la eviccion de la finca, y el censuario solo á la del censo, á menos que grave tambien alguna suya á la responsabilidad de este. En la plantilla de su escritura verá el escribano cuanto debe tener presente en casos iguales.

ESCRITURA DE FUNDACION DE UN CENSO RESERVATIVO AL QUITAR.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de los Rios, vecino de ella, dijo: que le pertenece en posesion y propiedad una casa sita en esta villa, en tal calle, la cual determinó vender á Antonio Fernandez, de la propia vecindad, por treinta mil reales de vellon, en que la tasaron maestros arquitectos alarifes, que de conformidad eligieron á este fin, con tal que de ellos constituya censo reservativo al redimir, y se obligue á pagarle anualmente los réditos correspondientes á tres por ciento, ínterin no se quite ó libere su capital, en lo que convino el expresado Antonio; y para que tenga efecto su convenio, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete=Otorga que por sí, y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores, y de quien

1 *Cur. Filip. Comerc. terr.* cap. 12. Prelacion, num. 12, 13 y 14. Rodr. *de ann. redit.* lib. 2. quæst. 3. num. 65. Cast. *Controv.* cap. 36, desde el num. 75.

* Por Real orden de 2 de febrero de 1797 se declaró por punto general, aun para los pueblos donde no se hallan establecidos los últimos reglamentos, que los derechos de alcabala y cientos de las rentas de posesiones é imposiciones de censos, excepto los de yerbas, bellota y agostaderos, en que no debe hacerse novedad, se exijan solo al respecto de un cuatro por ciento desde la fecha de esta orden, bajo ciertas prevenciones y conminaciones á los escribanos: en la de 7 de julio de 1793, se previene que estos no entreguen las copias de escrituras de ventas á las partes compradoras, sin que les presenten documento que acredite haber satisfecho los reales derechos, encargándose á las justicias den pronta noticia del sugeto que defraude los derechos, para que se le imponga la pena que previene aquella resolucion, haciendo á este fin las averiguaciones convenientes, con prevencion de que si faltaren á estas obligaciones, serán responsables del pago de los derechos que se averigue haberle defraudado. En otra de 17 de junio de 793, se mandó que en las enagenaciones de bienes raices á censo reservativo ó redimible, se cobre una sola alcabala al tiempo del contrato, pagándose por mitad entre el que entrega la finca y el que la recibe, sujetándola al censo, sin que verificado aquel pago se vuelva á repetir ni pida cosa alguna al tiempo de la redencion, comprendiéndose en esta providencia el equivalente del ocho por ciento en la ciudad de Valencia, cuya renta se gobierna por las reglas de alcabalatorio. En la misma orden se declaró no deberse incluir en los nuevos encabezamientos, conforme á los últimos Reales decretos, el ramo de rentas de posesiones de censos en las veinte y dos provincias de Castilla y Leon, que administrase de cuenta de la Real Hacienda. *Pelayo Abarca.*

de ellos hubiere titulo, voz y causa en cualquier manera, vende y enagena perpetuamente, y á censo reservativo al quitar, al mencionado Antonio Fernandez y á los suyos, una casa sita en tal calle (*Aqui se pondrá expresion de sus linderos, medidas, fábrica y demas señales, y de las cargas que tenga; y luego proseguirá la escritura*), por cuyos títulos le toca en posesion y propiedad, y se la vende con toda su fábrica, sitio, centro, vuelo, entradas, salidas, usos, costumbres, regalías y servidumbres que ha tenido, tiene y le corresponden y deben corresponder de hecho y por derecho, por libre de todo gravamen (*Si tuviere alguno, se ha de expresar con individualidad, y añadir esta cláusula*: y por libre de otras: *y luego proseguirá la escritura*), y por precio de los enunciados treinta mil reales de vellon, en que está ajustada y tasada por peritos electos de acuerdo de los interesados; cuya cantidad, mediante no parecer de presente ni haberla satisfecho el comprador al otorgante antes de ahora, queda reservada sobre la citada casa (*Si el comprador hipotecare bienes suyos á la seguridad del censo, se añadirá esta expresion:* y demas bienes que abajo se nominarán: *y proseguirá la escritura*), con obligacion de pagar al otorgante y á sus sucesores novecientos reales de la misma especie de réditos anuales á tres por ciento, mientras no satisfaga los treinta mil de que ha de constituir censo reservativo redimible con arreglo á la condicion que de ello tratará; y declara que los expresados treinta mil reales son el justo precio y verdadero valor de la referida casa &c. (Proseguirá como la escritura de venta llana hasta la cláusula de eviccion, en la cual despues que diga: *que en caso de no poderla sanear, le volverá y restituirá su importe con el de las mejoras* &c. ha de añadir esta: *si estuviere pagado y por consiguiente redimido y liberado el censo, que en la aceptacion de esta escritura ha de constituir de él:* pues sino está redimido, nada mas tiene que volverle que las mejoras, daños y costas; y concluida la cláusula de eviccion, se pondrá la aceptacion antes de la obligacion y sumision en esta forma.) Y el enunciado Antonio Fernandez que está presente, enterado de esta escritura, y aceptando en todo la venta anterior, otorga que por sí y á nombre de sus hijos, herederos y sucesores, vende, carga, funda y constituye á favor del enunciado Don Francisco de los Rios y de los suyos, novecientos reales de renta, censo y tributo anual, que han de empezar á correr de este dia, y cumplir en otro tal del mismo mes y año que vendrá de tantos, por precio de los mencionados treinta

mil reales, que, segun la valuacion hecha por los peritos electos por ambos otorgantes, vale la prenotada casa que dicho Don Francisco le acaba de vender, y recibe á censo reservativo al quitar, de la cual y de los títulos de su pertenencia se da por entregado á su voluntad, y renuncia las leyes de la entrega y término que prescriben para la prueba de su recibo, que da por pasado como si lo estuviera. Y en consecuencia declara tambien que la citada casa no vale menos de los treinta mil reales, y en caso que menos valga, de la mucha ó poca suma hace á favor del nominado Don Francisco, y de quien su accion tenga, igual gracia y donacion que la que este deja hecha al suyo de mayor valor, á cuyo fin renuncia la misma ley 4. tit. 7. lib. 5 del Ordenamiento Real recopilada, y los cuatro años que prescribe para rescindir el contrato ó pedir suplemento á su justo valor. Y se obliga, y á los poseedores que fueren de la citada casa, á satisfacer en cada año al referido Don Francisco y á los suyos, y poner en su casa y poder puntualmente sin pleito alguno los réditos de este censo hasta que se redima; y no lo haciendo y cumpliendo asi, pueda la parte legítima, para su percibo, enviar á su exaccion ejecutor de esta villa al lugar en que el otorgante y sus sucesores tengan bienes, con setecientos cuarenta y ocho maravedis de salario al dia de los que en ella se ocupe, contando por los del camino á razon de ocho leguas, y hacer á costa del censuario los autos y diligencias que conciernan al cumplimiento de esta escritura; y por lo que importaren los salarios y costas procesales y personales (cuya liquidacion defiere en su juramento, y lo releva de otra prueba), la misma ejecucion, trance, remate de bienes y pago que por la deuda principal, de los cuales no ha de poder pedir tasa ni moderacion, á cuyo fin el otorgante renuncia por sí y sus sucesores la ley 8. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec. que prohibe enviar ejecutores, y las pragmáticas, prácticas y estilos de audiencias y tribunales que moderan los salarios, para que en ningun tiempo les sufraguen. Y para la mayor seguridad de este censo y sus réditos, salarios y costas de su cobranza, lo funda generalmente sobre todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, y sin que la obligacion general derogue ni perjudique á la especial, ni por el contrario, sino que de ambas ha de poder usar á su eleccion el censualista, lo impone y constituye sobre la enunciada casa, sita en tal calle, que este acaba de venderle; y se desiste, quita y aparta, y á los que en lo sucesivo la posean, de la real tenencia y posesion que en ella tiene y puede tener, la cual con

las acciones reales, personal &c.; *si gravare otra ò mas hipotecas á la responsabilidad del censo, se individualizarán sus linderos, fábricas, sitio y demas señales por donde puedan ser conocidas, y las cargas á que esten afectas, y proseguirá la escritura, como la del censo consignativo, hablando de pluraliad de hipotecas*; *pero no se ha de obligar á eviccion y saneamiento sino de las suyas, lo que tendrá presente el escribano, observando tambien lo que se previene en la nota siguiente.*

Nota. Las condiciones del censo reservativo al quitar han de ser las mismas que las del consignativo, á diferencia de que si el censuario no hipoteca á su seguridad mas alhajas que la dada á censo, se ha de omitir la tercera, que empieza: *Que si en algun tiempo pareciere*::: &c.; y si la hipoteca se ha de poner, hablar de ella solamente por la razon que de la misma condicion aparece. En la cuarta, despues de finalizada, se añadirá á ella la cláusula que queda inserta en el párrafo 4 de este capítulo, y empieza: *Que si llegare el caso de ocurrencia*::: &c. para que el censualista no pierda su dinero y alhaja, acomodándola el escribano de suerte que no varíe en la sustancia, ni cause disonancia al oido. Y en la obligacion general, cláusula guarentigia, sumision y renunciacion, han de hablar ambos otorgantes, como que han de firmar la escritura, y cada uno queda respectivamente obligado al contrato que celebra, y se le ha de dar copia de ellas, y prevenir se tome la razon en la oficina de hipotecas.

CAPITULO DECIMO.

Del censo de por vida, ò sea renta vitalicia.

§. 1. ¿Que es censo vitalicio?
2. Discordancia de los autores sobre la naturaleza de este contrato.
3. Por nuestras leyes debe necesariamente constar la entrega del capital en dinero efectivo.
4. Desde que se verifica la entrega del capital, y no antes, empieza el derecho á la renta.
5. Para seguridad de los réditos pueden hipotecarse fincas propias del censuario ó de otro que se preste á ello.
6. Puede instituirse el censo vitalicio por la vida de otro individuo que no sea el censualista.
7. Acabada la vida del sugeto en cuya cabeza se impuso el censo, acaba la obligacion de pagar la renta.
8. Los réditos anticipados recibidos por el censualista deben ser devueltos al censuario, desde el dia que aquel hubiere fallecido.
9. Ninguno que tenga herederos forzosos puede dar todo su capital á censo vitalicio.
10. Condicion primera que debe contener la escritura de creacion de este censo.
11. Condicion segunda.

Escritura de fundacion de este censo.

1. El verdadero censo ó renta vitalicia (*) es *un contrato por el cual un individuo se constituye deudor de cierta renta anual durante la vida de una ó mas personas en remuneracion de una suma de dinero que recibe.*

* En manera alguna puede corresponder este nombre con propiedad al censo de que empieza á hablar Febrero, que es el contrato *en que se da una finca para que el censuario la disfrute y repare por toda su vida, ó por la de dos ó mas individuos ó generaciones, con obligacion de dar al censualista una pension anual, y quedando este dueño de la finca á la extincion de la vida ó vidas por que se ha hecho el contrato.* Este pacto no es mas que un enfiteusis temporal ó un arrendamiento á plazo mas largo En una palabra, estos son los foros de Galicia. La incongruencia de dicho contrato con el de renta vitalicia aparecerá claramente al considerar que en él lo vitalicio es el goce de la finca y no el de la pension, que es lo esencial. Si el contrato es, *que la finca quede para el censuario al fallecimiento del censualista* (que es la segunda especie de que habla Febrero), *y los réditos los que corresponden à la ley de censo*, en tal caso no es mas que una donacion del capital con el citado gravamen; por lo cual se arreglará por los principios establecidos para esta especie de donaciones, como lo reconoce el mismo Febrero. Pero si la renta fuere mayor de la que corresponde á ley de censo en razon del aumento que debe producir en ella la pérdida del capital, seria un verdadero censo vitalicio, si la ley no exigiese que en este contrato intervenga necesariamente dinero, y no fincas ni alhajas.

2. Los autores discuerdan infinito sobre la naturaleza de este contrato, considerándole unos como de compra y venta, otros como un mutuo ó empréstito, otros como donacion, y otros como juego de azar, pues ajustando la renta al capital por el cálculo de las probabilidades, es un golpe de fortuna el que el censuario tenga gran pérdida ó ganancia, segun que viva poco ó mucho la persona en cuya cabeza se hace el convenio (1). Esta es la verdadera opinion, y en dicho riesgo se funda la diferencia esencial del censo vitalicio respecto de los demas censos (*).

3. En el Real decreto de 1.° de noviembre de 1769, que es la primera disposicion legal que reconoce entre nosotros este contrato con el nombre de fondo vitalicio (2) (**), se establece que haya de haber forzosamente entrega del capital en dinero efectivo, de que ha de dar fe el escribano, pena de privacion de oficio, de cincuenta mil maravedis para la Real Cámara, y nulidad del contrato, sin que se admitan alhajas ni deudas procedentes de mercaderías. Tambien se dispone que solo pueda contratarse por una vida, y que el rédito anual no exceda de siete mil maravedis el millar. Por otra ley posterior (3) amplía las vidas y limita el premio, pues permite que los censos por una vida se gradúen con respecto al rédito á razon de diez mil maravedis el millar, y los que se crearen por dos vidas á razon de doce mil; bien que para la regulacion y justificacion del rédito anual debe calcularse lo que puede vivir probablemente el sugeto segun su edad y robustez, y lo que el capital puede producir aproximadamente estando empleado.

4. El contrato de renta vitalicia es de aquellos que no se perfeccionan sino con la entrega del capital por que se vende la renta; por cuya razon solo desde el dia en que aquella se verifica empieza la obligacion del censuario, y el curso de los réditos. Es tambien contrato unilateral, pues dado el capital, la obligacion es toda de parte del que lo ha recibido.

1 Card. de Luca *de offic. venalib.* cap. 3. num. 20. y *de censib.* disc. 36. Sarm. *Select. interp.* lib. 7. cap. 1. num. 40.

* Febrero define mal este censo cuando dice que es *un derecho de percibir poco á poco la cantidad que se da de una vez.* Si esto fuera así ninguna razon habria para que por muerte del censualista en tiempo que solo hubiese percibido la mitad de su capital, se quedase el censuario con la mitad restante. Tampoco habria razon para seguir pagando al primero sus réditos, si por su larga vida importasen los ya recibidos el valor del capital.

2 Ley 29. tit. 15. lib. 10. Nov. Rec.

** El reformador de Febrero padeció aquí una equivocacion citando en lugar de esta ley la 6 del mismo título en que se trata del justo precio de los censos de por vida. Véanse una y otra para formar un juicio exacto de la materia.

3 Ley 12. tit. 15. lib 10. Nov. Rec. Nota 2.

5. Para seguridad de este contrato pueden gravarse hipotecariamente fincas fructiferas del censuario ó de otro que quiera imponer á las suyas este gravamen, siguiendo la forma de los consignativos redimibles. Cuando se hipoteca de este modo suelen dar al censo los autores el nombre de *real*, asi como le llaman *personal* cuando se constituye el censuario responsable con su persona. En el censo vitalicio *real* se adeuda alcabala y tienen lugar las restricciones de la bula de San Pio V. y demas Pontificias; en lo cual concuerdan la mayor parte de nuestros autores, fundándose en que en él interviene verdadera venta (1); lo que no se verifica en el personal (*).

1 Lasart *de decim. vend.* cap. 10. num. 35. Avendañ. *de censib.* cap. 20 y 93. Leotard. quæst. 49. num. 1 y sig Cencio *de censib.* part. 1. cap. 1.

* En cuanto á la naturaleza de las rentas ó censos vitalicios, parece no poder aplicarse á ellos las reglas de los censos redimibles. Un censo redimible es una especie de crédito de una suma que es capital, cuya suma produce réditos que se acumulan todos los dias y que deben pagarse cada año sin alguna disminucion del capital. No se puede decir otro tanto del censo ó renta vitalicia; estas rentas ó censos no tienen capital; la suma que se paga por precio de su constitucion es perdida enteramente para el acreedor de la renta; jamas debe volver á él ni es acreedor de ella. El censo vitalicio no es un derecho ó crédito á otra cosa que á los réditos que deben correr mientras dura; estos réditos son todo el principal, el fondo y ser único de él; este se acaba y extingue por partes, al paso que el acreedor los recibe. En los paises donde son mas antiguas y comunes las rentas vitalicias, y constituyen la fortuna de gran número de familias, como ya lo son en España, es un problema si estas rentas se han de clasificar entre los bienes raices ó entre los bienes muebles; hay divisiones de tribunales por uno y otro concepto. Por los principios que quedan sentados, no siendo otra cosa estas rentas ó censos que un crédito de las sumas de dinero que se repetirán mas ó menos segun viva mucho ó poco tiempo la persona sobre cuya cabeza se constituyó, parece que deben tenerse por bienes muebles; solamente tiene de particular este crédito que no nace ni le adquiere todo á un tiempo el acreedor, sino por partes, y cada dia de todo el tiempo que dure la vida, que es la que mide su duracion. Por el contrario se discurre de esta manera: el crédito á la renta ó censo vitalicio es un derecho que produce y hace producir réditos contra el deudor de él, del mismo modo que el derecho ó crédito á una renta es censo al quitar, con la sola diferencia que el derecho á una renta, rédito ó censo redimible, siendo por su naturaleza indefinido, los produce perpetuamente; y el derecho á una renta vitalicia únicamente por el tiempo de su duracion, y á la manera que en los censos al quitar se ha fingido un ser moral é intelectual de crédito ó derecho separado por el entendimiento distinto del ser de los réditos que producen, aunque en verdad estos censos no son otra cosa que el crédito de todos los réditos que se vencerán hasta que se redima; asi tambien se puede fingir y suponer en las rentas ó censos vitalicios un ser moral é intelectual de crédito, diferente de los réditos que corren hasta que se acabe la vida de la persona sobre quien se pusieron. No entro en las cuestiones de si las rentas vitalicias son frutos civiles, y si son comunes en el matrimonio. Se ha dudado si las rentas vitalicias son susceptibles de embargos á instancia de los acreedores de aquellos á quienes pertenecen, y si se puede válidamente pactar que no lo sean. De las que se constituyen por donacion ó en testamento, no huy duda que el donante y el testador puedan poner válidamente esta condicion; porque cuando alguno hace ó ejercita una liberalidad, puede hacerlo con las condiciones que quiera; en esto no hace agravio ni perjuicio alguno á los acreedores del pensionario, puesto que eran dueños de no dar nada á su deudor. Lo propio milita cuando por las circunstancias parece que la renta se donó ó legó para los alimentos del donatario y legatario. Al contrario, en las rentas vita-

6. Aunque es verdad que el censo vitalicio se constituye ordinariamente por la vida del censualista, sin embargo se impone muchas veces por la vida de un tercero. Asi deben distinguirse en este último caso la persona en cuyo favor se funda el censo, y aquella sobre cuya vida ó cabeza se hace la imposicion, pues forzosamente ha de haber sugeto designado. Esta es la razon porque es nulo el censo si se celebra durante la vida de un individuo que era muerto ó estaba gravemente enfermo, y el censualista lo ignoraba; puesto que se supone que la intencion de los contrayentes debe ser constituir la renta en cabeza de una persona en su cabal salud, y no en la de un moribundo. Si la persona por cuya vida se impone el censo es diversa del censualista, su intervencion solo sirve para regular la duracion de los réditos, y asi no le corresponde el menor derecho á ellos aun cuando muera el censualista, si en la creacion del censo no se dispuso otra cosa. Por lo mismo no hay inconveniente en constituir un censo en cabeza de cualquier individuo que sea incapaz de contraer por prohibicion legal, como un niño, un religioso, un deportado perpetuo. Tampoco hay reparo en fundar el censo sobre la vida del mismo censuario.

7. Acabada la vida del sugeto ó sugetos espira la obligacion á contribuir con los réditos, la finca queda del censuario, y libres de todo punto las fianzas afectas al pago de aquellos. Esto tiene lugar aunque la muerte se verifique poco despues de celebrado el contrato, sin que haya derecho á reclamar el capital en todo ni en parte (*). Debe sin embargo tenerse presente que

licias constituidas por precio en dinero; estas son susceptibles de ser embargadas por los acreedores de aquellos á quienes pertenecen, no obstante la cláusula puesta en su constitucion para no poderlo ser; pues nadie puede quitarse la facultad de contraer deudas, ni privar á sus acreedores de la de hacerse pagar en sus bienes; como tampoco seria válida la cláusula que al comprar una heredad pusiese el comprador declarando comprarla con la condicion de no poder hipotecarla á las deudas que contrajese en adelante. En algunos paises se ha puesto en las erecciones de censos ó rentas vitalicias constituidas por el estado la cláusula de no poder ser embargadas; pero este es un derecho singular establecido para procurar mas prontamente por este medio el dinero necesario para las urgencias públicas. *Febrero adicionado.*

* El adquirente de una renta vitalicia puede tambien en ciertos casos, como el capitalista del censo al quitar, repetir la suma con que la compró, aunque por lo comun ni el uno ni el otro pueden hacerlo; á saber, cuando el constituyente ó deudor de ella no cumplió las condiciones con que se constituyó, como si habiéndose obligado á dar seguridad, fianza ó hipoteca de su prestacion, no lo hizo; si se obligó á emplear el dinero que recibió por precio de la constitucion en pagar el precio de la adquisicion de alguna heredad, ó en pago de lo que debia á algun antiguo acreedor para procurar el adquirente de la renta vitalicia la subrogacion en los derechos é hipotecas del vendedor, y dejó de hacerlo; igualmente si se verificó ser falsa la declaracion que hizo de estar libres de hipotecas los bienes que hipotecó. En fin todo lo que en este punto milita en los censos al quitar, versa tambien aqui sin embargo de lo que dice el autor. Es de notar en el

el censo vitalicio se extingue por la muerte natural de la persona en cuya cabeza se hubiere impuesto, y si lo está en cabeza de varias por el fallecimiento de la última que sobrevive à las demas. La muerte civil no basta para la extincion de este censo, y asi aunque el individuo sea condenado à destierro perpetuo ó à cualquiera otra pena, subsistirá la venta. Por tanto si fuere al mismo tiempo censualista, y en la última sentencia se le confiscaren los bienes, pasará al fisco con todos los demas, y este la disfrutará hasta su muerte.

8. Como pueden pactar los contrayentes que la venta se pague por años ó semestres anticipados, conviene advertir que el heredero del censualista debe devolver al censuario la parte adelantada de los réditos que no llegaron à vencerse, pues el derecho de anticipacion no alcanza à destruir la esencia del contrato, que consiste en que desde el momento que muere el censualista, cesen los réditos de todo punto.

9. Si el censualista tiene herederos forzosos, no le es permitido dar todo su caudal à censo vitalicio: porque seria defraudarles de su legítima contra todo derecho; por cuya razon el

contrato de censo á renta vitalicia que si antes que el adquirente se queje y demande la cantidad que dió, para resolver el contrato por inejecucion de sus condiciones, se extingue la renta por muerte de la persona sobre cuya vida se constituyó, no habiendo ya interes en la ejecucion de ellas por no subsistir ya el censo ó renta vitalicia, no deberán ser oidas las demandas del adquirente ni de sus herederos. Lo mismo es cuando hubiese muerte la misma persona despues de la demanda, antes de la sentencia definitiva, pronunciando la resolucion del contrato, porque esta resolucion no se hace de derecho por la inejecucion de las condiciones; es necesario que la pronuncie y ordene el juez: hasta entonces puede el constituyente cumplirlas, purificar su demora y cortar el curso del pleito, pagando las costas: asi muriendo dicha persona antes de ordenarse la resolucion del contrato, como se extinguió con la muerte la renta vitalicia, no hay ya interes en el actor para insistir en su demanda. Esto se ha de entender hasta la resolucion del contrato pronunciada por un juez, de cuya sentencia no se apeló, porque hasta entonces no cesa el riesgo de ganar ó perder, de que son precio los réditos en cuanto exceden el interes legal del dinero; pero despues de la sentencia, en caso de haberse de pagar intereses, solo deben ser los intereses legales. En un concurso ú otro caso semejante hay diferencia entre el censo al quitar y el censo á renta vitalicia. Cuando una heredad que está hipotecada á un censo al quitar se vende por autoridad judicial, el acreedor hipotecario censualista que está en turno para cobrar tiene siempre derecho para exigir el capital. No es lo mismo en el censo á renta vitalicia: como en esta renta no hay capital, y el valor disminuye mucho á medida que la persona en cuya cabeza se puso tiene mas edad ó menos salud, el acreedor ó dueño de esta renta no puede siempre exigir toda la suma con que la adquirió, sino que al tiempo de entrar en la graduacion que se le dió, se estime suficiente para adquirirle una igual renta vitalicia. Si no se contenta con ella, puede pretender que los acreedores posteriores con el dinero que han de percibir le adquieran una hipoteca que produzca lo bastante para responder de la renta vitalicia mientras dure, á no ser que tengan por mejor pagarla ellos mismos, y dar á este buena y suficiente fianza ó seguridad. *Febrero adicionado.*

contrato se declarará nulo, excepto el caso de que siendo mayores de edad presten su consentimiento.

10. La escritura de censo vitalicio à dinero viene à ser lo mismo que la de mutuo con hipoteca, à diferencia de que el relato y exordio es diverso, porque en aquella se habla de préstamo, y en esta de censo vitalicio. En ella pueden los contrayentes poner todas las condiciones arregladas que les parezca, segun el motivo que ocurra, hipotecando para la seguridad de la pension ánua ó diaria el que recibe el dinero, bienes raices cuantiosos, libres y determinados suyos, con pacto y prohibicion de enagenarlos durante la vida del que lo da, y de gravarlos; y como precisas pondrá las dos siguientes: *Que el referido Pedro, sus herederos y sucesores han de pagar todos los años á dicho Francisco tantos reales de vellon á tales plazos, y tantos en cada uno, pena de ejecucion, costas y salarios de su cobranza; cuya contribucion ha de ser cierta, puntual y efectiva durante la vida de este, aunque sea tan dilatada, que sus anualidades superen y consuman, no solo una sino muchas veces los sesenta mil reales que acaba de entregarle, sin que por este ni otro motivo pueda excusarse, ni quien su accion tenga y le represente, á su total ni parcial solucion, ni alegar agravio, lesion ni otra excepcion por legitima y admisible que sea en juicio, porque renuncia todo lo que le favorezca en este caso para que jamas le aproveche.*

11. Condicion segunda: *Que aunque el mencionado Francisco muera dentro de poco tiempo despues de otorgada esta escritura, no por eso ha de subsistir esta obligacion y contribucion, y continuar á sus herederos; sino antes bien espirar, y acabarse enteramente para siempre, ni estos ni otro alguno poder pedir judicial ni extrajudicialmente al enunciado Pedro, ni á los suyos, el todo ni parte de los sesenta mil reales que en este acto ha recibido, pues quedan á su beneficio, para que disponga de ellos como de cosa suya adquirida con justo titulo, por via de recompensa del riesgo á que se expone de que la contribucion exceda á los sesenta mil reales, y á lo que pueden producir empleados en negocio conocidamente ventajoso, como en la anterior condicion que he propuesto, á cuyo fin desde ahora para siempre le hace de ellos á mayor abundamiento donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con insinuacion y demas estabilidades por derecho necesarias, para que este contrato sea igual á ambos otorgantes, y como tal licito, justo*

y arreglado en todas sus partes, y ninguno pueda contravenirlo ni interpretarlo con pretexto alguno. Cuyas dos condiciones son las que conciernen á la sustancia y naturaleza de este contrato, por lo que tuve por conveniente extenderlas, y por depender las demas de la voluntad de los contrayentes.

ESCRITURA DE DACION DE ALHAJA RÁIZ Á CENSO POR CIERTAS VIDAS.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de los Rios, vecino de ella, dijo: que le pertenece en posesion y propiedad una casa sita en tal calle (*Aquí se pondrá puntual relacion de su fábrica, fondo, medida, linderos y viviendas.*), y asimismo una tierra de tantas fanegas de sembradura, en tal parage, término de esta villa; y por estar bastante deteriorada aquella y esta inculta, pidió al otorgante Antonio Lopez, de la propia vecindad, que se las diese á censo de por vida, pues estaba pronto á cuidarlas, beneficiarlas y pagarle tantos reales de renta ánua; á lo que condescendió, y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Otorga que da en renta y á censo de por vida á Antonio Lopez, vecino de esta villa, las enunciadas casa y tierra, segun quedan deslindadas y declaradas por todos los de su vida, y por los de la persona que elija en su testamento ó fuera de él, que ambas empiezan á contarse desde hoy, con las condiciones siguientes.

El citado Antonio Lopez y el que le suceda han de satisfacer anualmente al otorgante y á sus herederos *tantos* reales de vellon, que corresponden á razon de veinte mil el millar con arreglo á la ley penúltima del tit. 15. lib. 5. Rec., atendido el valor de dichas alhajas en venta, que es de *tantos* mil reales, en que se valuaron, segun estan, por peritos electos de conformidad de ambos interesados, y ponerlos á sus expensas por su cuenta y riesgo en casa y poder del otorgante, ó de quien le represente, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente en estos reinos al tiempo de las pagas, que la primera ha de ser para *tal* dia de *tal* mes y año próximo venidero, y asi sucesivamente los demas hasta la extincion de las dos vidas; y no haciéndolo con toda puntualidad, se les ha de poder compeler ejecutivamente á su solucion y á la de los salarios y costas que se causen en su exaccion, por los que se ha de hacer la misma ejecucion, trance, remate de bienes y pago que por el principal, deferida su liquidacion en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su

recibo, sin que necesite de otra prueba, pues le releva de ella.

Si en tres años continuos no pagaren la renta de dicha casa y tierra á los plazos prefinidos, han de caer estas en comiso con todo lo fabricado y mejorado en ellas; y por el mismo hecho poder el otorgante y sus sucesores apoderarse de ellas sin necesidad de citacion, requerimiento ni otra diligencia ni monicion judicial ni extrajudicial, y sin que el no uso de esta accion les pueda perjudicar para intentarla despues siempre que se verifique la falta de pagamento en el trienio, pues la dejan viva, ilesa y en su fuerza y vigor, como si todas las veces que sucediese la insolvencia se usase de ella; pero si el dueño se las quitare, no ha de poder apremiarles á la solucion de la renta.

Por ningun caso fortuito que suceda en dichas alhajas, aunque rarisima vez acontecen, han de pedir los censuarios, ni se ha de hacer descuento, remision ni moderacion de la renta estipulada, sino antes bien poder ser apremiados no solo á su íntegra satisfaccion, sino á ponerlas á su costa en el estado y valor actual, pues se les da á censo á todo riesgo, peligro y aventura, por haberse tenido consideracion á lo que deben producir, y puede gastarse en su beneficio y reparos, y á los funestos eventos que pueden suceder, y quedar todo computado y compensado con la corta contribucion anual que han de satisfacer, para que de esta suerte se evite la lesion que puede haber, y si con dicho pretexto se excusaren á su pagamento, no han de ser oidos judicial ni exrajucialmente, como quien pretende derecho que por ningun título le toca.

Han de reparar y librar á su costa de todo lo necesario la mencionada casa y tierra, de suerte que vayan siempre en aumento, y no en disminucion; y si por malicia ó negligencia no lo hicieren, lo ha de poder hacer el otorgante, y quien le suceda, supliendo los gastos que en ello se ofrezcan, y por lo que importen estos, apremiarles ejecutivamente á su paga con el juramento de quien sea parte legítima para su percibo, y recibo simple del maestro ó persona que ejecute los reparos y labores útiles y necesarias que hagan falta en ellas, sin que necesite presentar otro documento ni justificacion, aunque se le pida, pues queda relevado de ello.

No han de poder ceder ni traspasar la citada casa y tierra á comunidad eclesiástica ni secular, vínculo, memoria, patronato, capellanía ni á persona de las prohibidas por derecho; y no siéndolo, han de requerir precisamente por ante escribano al otorgante, ó á quien le suceda, si las quieren por el tanto (en caso

que intervenga algun precio por el derecho y utilidad de su disfrute), para que dentro de quince dias primeros siguientes al del requerimiento elijan dejarlas ó tomarlas; y si no eligieren, pasados que sean, pueda trasferir su posesion y goce por su cuenta y riesgo, y no de su dueño propietario, á cualquiera persona lega, llana y abonada, y no á otra, por el resto de las dos vidas de dicho Antonio y del que elija, y no de otro alguno á quien este lo enagene; despues de las cuales de ninguna suerte han de continuar en su goce el referido Antonio Lopez y persona que nobre y le suceda, sino antes bien ser habidos por intrusos, compelidos á desocuparlas y dejarlas enteramente libres, y condenados á la solucion de la renta anual, que segun el valor que entonces tengan y costumbre de esta villa, atendidas su cualidad, sitio y demas circunstancias que en semejantes casos se requieren para la valuacion de la renta de alhajas de esta naturaleza, hayan debido producir en los años anteriores que las poseyeron desde la extincion de las dos vidas, y á la de las costas y daños que se originen y penas impuestas por derecho á los intrusos.

Los poseedores que fueron de la citada casa y tierra han de formalizar precisamente á su costa cada uno en su tiempo, á lo menos de nueve en nueve años ó antes, escritura de renovacion de esta, sin que para ello sea necesario requerimiento ni monicion judicial ni extrajudicial, y no haciéndolo, ser visto por el mismo caso haberse finalizado este censo, y cumplido ambas vidas, como si efectiva y naturalmente hubieran espirado el mencionado Antonio y la persona que elija ó en quien se trasfiera la posesion; y el otorgante, ó quien le suceda, poder entrar y apoderarse de ellas de propia autoridad, como dueño propietario, y si no lo hiciere ni se otorgare la escritura de renovacion, no por eso ha de quedar perjudicado en este derecho, ni el censuario por ser mero detentor adquirir alguno á la propiedad de dichas alhajas, que son y pertenecen al censualista, por cuya razon por ningun trascurso de tiempo ha de prescribir, ni tampoco tenerlo el censuario á que se le proroguen las dos vidas, ni á otra cosa.

Acabadas las dos vidas, ha de volver la citada casa y tierra al otorgante ó á quien le suceda, como sus dueños propietarios, con todas las mejoras útiles, precisas y voluntarias que en ellas esten hechas, sin que por lo que importen en mucha ó poca suma, se debe pagar al censuario ni á sus herederos cosa alguna, ni aunque la pretendan, ser admitidos en juicio ni fuera de él; pues desde ahora para siempre se las dona y cede á su be-

neficio; y si se resistieren á su restitucion, incurran, como desde ahora se les da por condenados, en el doblo por pena, con arreglo á la ley 8. tit. 8. Part. 5: y pagada ó no la pena, se lleve no obstante á debido efecto esta condicion, y demas de esta escritura en todas sus partes.

Si por descuido ó voluntad no nombrase sucesor el referido Antonio, ó no trasfiere la posesion, para que no falte en estos casos, sin perjuicio del derecho que tiene de elegir mientras viva á quien quisiere no siendo de los prohibidos, pasen la casa y tierra mencionadas á Francisco Lopez, su hijo mayor, el cual las goce en idénticos términos y con las propias condiciones, y no de otra suerte; y se prohibe à dicho Francisco, y al que en su defecto sea nombrado por su padre, elegir otro sucesor y enagenar la casa sino en la forma expuesta en la quinta condicion; y si lo hiciere, á mas de ser nula é ineficaz la eleccion y enagenacion, queda por el mismo hecho, y desde ahora se le há por excluso y privado de la sucesion, y por acabadas ambas vidas, como si naturalmente lo estuvieran, por cuya razon tampoco se ha de poder dividir el derecho de suceder, ni la utilidad que produzca el disfrute de dichas alhajas; por lo que si el expresado Francisco falleciere antes que su padre, y este sin haber nombrado otro, suceda en este censo y arrendamiento vitalicio su heredero; y siendo dos ó mas, el varon mayor en edad, y no habiendo varon, la hembra, y por su muerte se entiendan cumplidas ambas vidas, y vuelvan las enunciadas casa y tierra al otorgante, ó á quien le represente, como dueño propietario de ellas. Y si el mencionado Antonio falleciere intestado sin descendientes y sin haber nombrado sucesor, ha de entenderse haber espirado las dos vidas y este contrato, y volver la casa y tierra al otorgante, como su dueño.

Con cuyas condiciones da á censo de por vida al referido Antonio la expresada casa y tierra, y se obliga à que le serán ciertas, seguras y efectivas, y á que no concurriendo alguno de los motivos expuestos, no se las quitará ni á su sucesor, por mas ni por el tanto que otro le dé anualmente por ellas, y antes bien los conservará y amparará en su íntegro goce y tranquila posesion, y seguirá à su costa cualquier pleito que sobre esta se les mueva, luego que sea requerido conforme à derecho; y no lo haciendo, ó no pudiendo conseguirlo, les satisfará las costas, daños é intereses que se les ocasionen, deferida su liquidacion en la relacion jurada de quien sea parte legítima para percibirlos, sin que sea necesaria otra prueba, pues de ella les

releva. Y el enunciado Antonio Lopez que está presente, enterado de toda esta escritura que oyó leer, dijo: que por si y en nombre de su sucesor acepta en todo y por todo, y recibe à censo vitalicio por las dos vidas mencionadas, las prenotadas casa y tierra; y en su consecuencia se obliga, y al que le sucediere, à repararlas y labrarlas de todo lo necesario, levantar la citada casa si se arruinare, no disponer de ellas sino en la forma explicada, ni pedir descuento ni moderacion de la renta ánua, ni otra cosa por ningun caso fortuito que en ellas suceda, porque toma en si el peligro, aventura y qualquier caso fortuito que padezcan, y quiere se les compela à su integra satisfaccion à los plazos estipulados, mediante ser la que justamente deben pagar con arreglo à la ley recopilada, no deber rentar menos, y por consiguiente no haber lesion alguna; y por si la hay, de la que sea en mucha ó poca suma hace á favor de dicho Don Francisco de los Rios su dueño propietario, y de quien su accion tenga, gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable, con insinuacion y demas firmezas congruentes, y renuncia la ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. que trata de la lesion y engaño en mas ó menos de la mitad del justo precio, con los cuatro años que prefine para pedir rescision del contrato ó suplemento à su justo valor, los que da por pasados, como si lo estuvieran. Igualmente se obliga y à su sucesor à mandar à sus herederos que vuelvan la casa y tierra mencionadas con las mejoras hechas en ellas à su legitimo dueño incontinenti que espiren las dos vidas, y aunque no se lo manden, si estos no lo hicieren, quiere que se les apremie por todo rigor, no solo à ello sino à la paga de las costas, daños y menoscabos que se le originen en su recobro, y que se les condene en la pena del duplo y demas impuestas por derecho contra los intrusos, y poseedores de mala fe; y asimismo á otorgar las escrituras de renovacion, segun se contiene en la condicion sexta, la que y las demas da aqui por repetidas, y observarán todos inviolablemente: y para su mayor cumplimiento hipoteca y grava especial y expresamente *tales* bienes suyos (*Se expresará por menor los que sean, su sitio, linderos y cargas que tuvieren.*) que le pertenecen en posesion y propiedad, de los cuales prohibe absolutamente la enagenacion mientras duren las dos vidas y no se restituyan à su dueño la casa y tierra recibidas á censo vitalicio, y este no se halle reintegrado de los daños y costas que por la inobservancia total ó parcial de este contrato se le irroguen; contra cuyos bienes, aunque esten en poder de tercero ó cuarto poseedor, se ha de poder proceder,

como si no estuvieran enagenados, pues á ninguno ha de trasferirse su dominio, sino antes bien estimarse como en poder del otorgante: el cual se sujeta asimismo en observancia de este pacto á no enagenarlos, y quiere que en sus títulos se note y prevenga este gravamen á que quedan responsables, para que conste y no se alegue ignorancia, y que asimismo se tome la razon en la oficina de hipotecas en el término y bajo de la pena prescripta por la Real pragmática á este fin expedida. Y ambos contrayentes por lo que respectivamente les toca cumplir, obligan sus bienes &c.

CAPITULO UNDECIMO.

De la reduccion de censo, y de su redencion, subrogacion y reconocimiento.

§. 1. ¿Que es reduccion de censo, y qué circunstancias han de concurrir en ella?

2. ¿Que es redencion ó extincion del censo, y de cuántos modos puede verificarse?

3. Si el censo pertenece á mayorazgo ó capellanía, se hace la redencion por medio de citacion judicial y depósito del dinero.

4. ¿En que casos deben correr los réditos del censo despues de entablada la redencion?

5. Práctica de Alcalá de Henares en orden á la redencion de censos, y sus inconvenientes.

6. ¿Que es subrogacion de censo, requisitos que pide, y facultad que tienen de hacerla los censualistas?

7. ¿Que es reconocimiento de censo, en qué términos debe hacerse, y qué efectos produce?

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1. Reducir ó minorar un censo es disminuir la cantidad anual de sus réditos. Esta redencion suele ser á veces efecto de una providencia general, para la cual se toman en consideracion el estado de la agricultura, el valor de los frutos, la abundancia ó escasez del numerario y otras circunstancias. Tal fue la que llevó á efecto el Rey Don Felipe V. que redujo al tres por ciento en 1705, los censos que hasta allí pagaban al cinco. Pero la reduccion de que aquí tratamos *es un contrato en cuya virtud se minoran los réditos anuales que el censuario debe pagar al censualista*. Cualquiera, pues, tiene facultad de otorgar al censuario

la rebaja que guste de la pension que el último está obligado à pagarle, ora lo haga por mera liberalidad, ora por evitar que lo redima. Como quiera que sea, debe convenir el censuario en la reduccion; mas para ello la escritura de imposicion en nada se altera en punto à su capital, que queda en el mismo ser y estado que tenia. Solo hay que advertir que si este pertenece à mayorazgo debe intervenir el inmediato sucesor por el perjuicio que puede redundarle, y si fuere de capellanía se ha de oir al capellan y à los patronos, siendo muy oportuna en ambos casos la intervencion del juez competente. Tambien puede recaer la redencion sobre el capital; pero esto será mas bien una cesion ó rebaja en virtud de otro contrato, distinto del que se llama reduccion de censo, el cual se entiende que recae sobre sus réditos.

2. La redencion, ó sea extincion del censo al quitar, puede verificarse de varios modos. 1.° Por perecer del todo ó quedar infructífera la hipoteca sobre que se fundó, ó no subsistir parte suficiente que produzca para la solucion del capital y réditos. 2.° Por prescripcion ó compensacion (aunque en cuanto á estas hay variedad de opiniones), ó pagando la suerte principal en alguna cosa mueble ó inmueble con consentimiento del censualista; pues si puede constituirse sin que conste la numeracion del dinero, tambien podrá liberarse sin que esta intervenga, porque la forma que se requiere en el contrato se requiere en el distracto; y aun en algunos casos se redimirá en la expuesta, resistiéndolo el censualista, por no haber otra proporcion, como se dirá hablando de las cartas de pago (1). 3.° Haciendo el censuario dimision de las hipotecas, ó entregando al censualista su capital y réditos en dinero efectivo (que es lo regular) y no lo uno sin lo otro; y en este caso la práctica es citar judicialmente al dueño del censo por ante su juez, ó extrajudicialmente por ante escribano, para que acuda à tomarlo, otorgue carta de pago y liberacion de su capital y finiquito de sus réditos, dando por libre de todo al censuario, sus fiadores y bienes afectos á su responsabilidad, y le entregue la escritura censual cancelada. Si hay glosas ó notas puestas en los títulos de las hipotecas se han de desglosar, y poner en el protocolo del censo la competente, no porque sea rigorosamente necesario, sino para que si se pierde la escritura de redencion, se sepa ante quien se otorgó; pues las

1 Leyes 1, 2 y 3, tit. 14. Part. 5. Begnud. *Bibliot.* en la palabra *Census*, § 6. *de extinct. cens.* Duard. §. *de redempt. et extinct. cens.* quæst. 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 33 y 34.

notas por sí solas no hacen fe, y son solamente enunciativas, que sirven de presuncion de estar extinguido el censo. Si el censualista no quiere recibirlo ni otorgar la redencion, debe el juez à instancia del censuario, declararlo por redimido, y mandar que con citacion y por cuenta y riesgo del censualista, se deposite, para que le pare perjuicio, y que de los autos obrados se dé testimonio al censuario para su resguardo; todo lo cual se ha de prevenir en la escritura de imposicion.

3. Perteneciendo el censo à mayorazgo, vínculo ò patronato, debe hacerse judicialmente la citacion, y no entregarse al poseedor de estos el capital, sino depositarse para que se vuelva á imponer. Lo mismo se ha de observar perteneciendo à capellanía, memoria ú otra obra pia (*), à menos que su cumplimiento esté à cargo de algun cabildo ò comunidad eclesiástica, que entonces puede entregárseles, porque regularmente tienen un arca de tres llaves en donde lo depositan para su nuevo empleo; lo cual puede practicarse aunque sea en la Corte, sin embargo de estar mandado por Real decreto à instancia de la villa de Madrid, que los depósitos se hagan en su depositario general, porque se les sigue perjuicio de pagar el uno por ciento; y como el fin del Real decreto se dirige á que no perezcan los depósitos que se hacen en personas privadas, y en los de cabildo ó comunidad no se verifica riesgo por la razon expuesta, cesa el fin de la prohibicion en cuanto à estos: lo que he visto practicar varias veces (**).

4. Si la escritura censual contiene la cláusula *de que el cen-*

* En circular de 28 de diciembre de 1798 se dice: «Habiendo representado al Rey Don José Zoilo Fonseca, vecino de Almuñecar, los inconvenientes que hallaba para realizar la enagenacion de las fincas vinculadas que posee, en conformidad á lo resuelto por el Real decreto de 19 de setiembre último, por hallarse gravadas con varios censos particulares, se ha servido resolver su Magestad que si los censos afectos á las fincas son redimibles, entren sus capitales por via de depósito en la caja de amortizacion, bajo el interes de tres por ciento, bien sea para reimponerlos sobre ella si consienten los dueños, ó para devolverlos siempre que intenten darles otro destino. Que si estos capitales de censos redimibles corresponden á obras pias, capellanías, memorias, aniversarios, patronatos de legos ó á otros establecimientos piadosos, queden precisamente subrogados en la caja de amortizacion, segun el espíritu del Real decreto de 19 de setiembre de este año. Y finalmente que los censos perpetuos ó enfitéuticos que tengan entre sí los bienes en favor de particulares, de cuerpos eclesiásticos ó de fundaciones piadosas, pasen con las mismas fincas que les sirven de hipotecas; bien entendido que no adeudarán derecho de laudemio por la primera venta, puesto que por ser vinculadas no pudieron esperarle los dueños del dominio directo. *Febrero reformado.*

** Por las últimas providencias todos los depósitos judiciales, particulares y de quiebras y concursos, y de los economatos, se debian trasladar sin excusa ni dilacion á la tesorería mayor y sus subalternas, ó á las administraciones, depositarías y tesorerías de rentas Reales, segun orden de 2 de enero, circulada en 10 del mismo mes del año de 1801, num. 6. tit. 26. *lib.*

suario ha de avisar al censualista dos meses antes para que busque en ellos nuevo emplo, y en el interin correr los réditos: debe pagarlos, mas nó si no se obliga á ello, porque la Bula solo previene que le avise, no que pague cosa alguna durante ellos, y asi deberán correr únicamente en dos casos: primero, si se obliga á ello, pues à cuanto se obliga el hombre á tanto queda obligado; y segundo, cuando habiendo citado de redencion, no tuvo efecto esta, à causa de no haber depositado el censuario el capital, ni el censualista querido apremiarle á su entrega dentro del año que prescribe el párrafo 11 de la Bula, por lo que deben correr hasta que nuevamente le cite y le entregue ó deposite su capital ó réditos que esté debiendo, porque es lo mismo que si no se le hubiera citado, y de lo contrario podria, con motivo de la citacion, estarse lucrando con el dinero toda su vida sin pagar reditos, y perjudicar al censualista en todo.

5. Con motivo de haber pasado uno á Alcalá de Henares à redimir ciertos censos, y pretendido que el censualista otorgase la correspondiente liberacion y redencion, se opuso à ello, intentando que se le entregase su capital y réditos, y se hiciese la redencion en la forma acostumbrada en aquella ciudad. Esta se reduce á que el censualista entregue al censuario la escritura primordial de la constitucion del censo, y que el escribano ante quien se ofrece la redencion, ponga en el protocolo de la imposicion nota de la paga de su capital y réditos, con expresion de quién la hace, à quién, y en qué dia, con cuya diligencia se tiene por liberado: y si el censuario quiere que se le dé escritura de redencion, satisface los derechos que importa, y el censualista la otorga, y no en otros términos, fundándose en que el censuario recibe beneficio en dar el dinero, y el censualista perjuicio en recogerlo, porque le cesan los réditos, y no sabe si hallará proporcion pronta para imponerlo. Pero este modo de redimir es irregular, gravoso, poco seguro al censuario y util al censualista: lo primero, porque si aquel pierde la escritura primordial que se le entrega cancelada, y este ha pedido antes de la redencion segunda copia con pretexto de habérsele perdido la primera, y se le mandó dar, precedidos los requisitos legales de que hablé tratando de los instrumentos y

11. Nov. Rec. Pero últimamente en circular del Consejo de 7 de febrero de 1827 se publicó y mandó observar la Real resolucion de 10 de noviembre anterior, en que se dispuso que los depósitos judiciales de Madrid deban hacerse en el Banco Nacional de San Carlos, y los de las provincias en la dependencia respectiva que tiene en cada capital el referido establecimiento.

de sus diversas especies, puede, pasado algun tiempo, pedir nuevamente el censo y sus réditos, y causar graves perjuicios al censuario; pues la nota puesta por el escribano en el protocolo del censo solo sirve de enunciativa, mas no hace fe, porque no está signada de él ni tiene á que remitirse, y por lo mismo debe estimarse como puesta voluntariamente: y aun cuando pare en su poder la de imposicion que se le entregó, puede pretextar el censualista que se la sustrajo, y por eso tuvo que sacar la otra copia; y si no hay testigos que viesen entregar el censo y sus réditos, ni vive el escribano que puso la nota, como no tiene el censuario mas prueba que esta, se le condenará à la solucion del censo, especialmente siendo el censualista de buena fama: lo segundo, porque el contrato por el medio que se hizo, debe deshacerse; y respecto constar por escritura, ha de disolverse por otra: y lo tercero, porque al modo que el censuario pagó la de imposicion para seguridad del censualista, asi tambien este debe satisfacer à su costa la de redencion; pues si para él cesan los réditos, aquel carece del capital que desembolsó y pudo invertir en cosa que le produjese tal vez mas que lo que pagaba de pension; y lo contrario es querer para sí el censualista toda la utilidad, y que el censuario sufra todo el gravamen, lo que es contra razon y justicia. Este contrato es resolucion del de imposicion, por lo que no causa alcabala.

6. La subrogacion de censo *es un contrato por el cuál el censualista pone y constituye en su propio lugar y grado á otro individuo que le paga el capital de su censo, cediendo á este todos sus derechos y acciones, y dándole facultad para percibir anualmente sus réditos, y cuando se redima, el capital de él:* á cuyo fin le entrega la escritura primordial de su ereccion y la de subrogacion; de suerte que viene á ser una traslacion de dominio, y no mas, porque à excepcion de la persona en nada se altera el primer contrato; y asi no hay innovacion, sino continuacion de él en un tercero, al modo que si hubiera recaido en él por título lucrativo, por lo que no causa alcabala. Es muy conveniente que el dinero se entregue en el mismo acto del otorgamiento, para que el que lo satisface por el censuario goce del beneficio de la cesion de acciones (1). Algunos censualistas se resisten á hacer la subrogacion, pretextando que solo estan obligados à redimir, y que no tienen facultad para sub-

1 Olea *de cess. jur.* tit. 4. quæst. 1. num. 36.

rogar y ceder sus acciones á quien les entrega el dinero; y para evitar controversias, se prevendrá en la escritura de imposicion que puedan y deban hacerlo. Se advierte que si al poseedor de varios mayorazgos se redime el censo de uno, y con él quiere quitar el de otro, y el censualista resiste hacer la subrogacion, puede hacerla luego el poseedor declarándolo, para que un mayorazgo tenga la repeticion contra el otro, y mandando poner en las fundaciones de ambos las notas competentes, ó acudir al juez para que la haga y lo declare.

7. El reconocimiento de censo es un contrato por el cual el censuario renueva la obligacion real que él ó sus predecesores, poseedores de las hipotecas del censo, hicieron á favor del censualista; y aunque no es título suyo, acredita y prueba que no está liberado ó redimido (1). En la escritura de reconocimiento debe hacerse individual mencion de la de imposicion y fincas gravadas, y dejar vivas, ilesas y en su fuerza y vigor las hipotecas, condiciones, sumisiones, obligaciones, penas, salarios y demas firmezas con que fue formalizada, y el reconociente ó nuevo censuario reiterarlas por lo que á sí toca, como tal poseedor, y no mas; pero por este acto no es visto quedar ligado con obligacion personal y real juntamente, como el imponedor, sino solo con la real mientras es poseedor de las alhajas hipotecadas, á menos que quiera obligarse de ambos modos, ó que sea su heredero universal, y no haya hecho inventario, ó si lo hizo, fue fraudolento; y puede ser compelido á reconocerlo, excepto que haya comprado la hipoteca en pública almoneda por libre de él y de otros gravámenes, ya consten ó no en los títulos de su pertenencia, y el censualista, habiendo sido llamado por edictos judiciales, no haya comparecido, ó no tenido cabimiento o su censo en el precio de la venta de la alhaja hipotecada. No estan acordes los autores sobre si la escritura de reconocimiento del censo es bastante para ejecutar al censuario por los réditos vencidos, ó si es precisa la de ereccion (2). Para evitar disputas será conveniente que se paute por los contrayentes lo que haya de hacerse, expresándolo en la escritura de reconocimiento.

ESCRITURA DE MINORACION Ó REDUCCION DE RÉDITOS DE UN CENSO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de los Rios, vecino de ella, dijo: que

1 Avendañ. *de censib.* cap. 99. num. 5. 2 Vela disert. 33. num. 70 y 71.

Antonio Lopez, de la misma vecindad, impuso á su favor un censo al redimir de treinta mil reales de capital y novecientos de réditos anuales por escritura que otorgó con varias calidades y condiciones en tal dia, mes y año, ante Fulano, escribano del número de esta villa, hipotecando especialmente á su seguridad una casa suya propia sita en tal parte, como mas difusamente resulta de la citada escritura à que se remite; y con motivo de hallarse en proporcion de liberarlo, propuso al otorgante que le baje y reduzca sus réditos del tres al dos y medio por ciento, pues en su defecto lo redimirá: en cuya vista, considerando el otorgante serle mas util y ventajoso hacer la baja y minoracion expresada que recibir su capital, asi por la seguridad de la finca à él afecta, como porque si se lo redime, apenas hallará otra igual, y que los mas de los censos que actualmente se imponen, no exceden del premio citado, condescendió con su pretension: y para que tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre y espontánea voluntad=Otorga que baja del tres al dos y medio por ciento los réditos del referido censo de treinta mil reales de principal; y en su consecuencia deja reducidos para desde hoy en adelante los novecientos reales que hasta ahora ha pagado el mencionado Antonio à setecientos cincuenta que corresponden al dos y medio por ciento, hasta que con arreglo à la escritura primordial de su ereccion se redima y quite su capital, para que à este respecto, y no à mas, lo satisfaga, y los poseedores que fueren de la hipoteca, sin que se les pueda precisar á otra cosa, y si el otorgante ó censualistas sucesivos lo intentaren, no han de ser oidos judicial ni extrajudicialmente, sino antes bien repelidos y condenados en costas, como quien pretende derecho que por ningun título le toca, y por el mismo hecho ha de ser visto haber aprobado y ratificado esta escritura; y á mayor abundamiento hace para siempre gracia y donacion en sanidad pura, perfecta è irrevocable con insinuacion y demas estabilidades congruentes de los ciento cincuenta reales de réditos ánuos à que asciende el medio por ciento á favor del expresado Antonio y de sus herederos y sucesores: se desiste, quita y aparta, y á los suyos, del derecho que á ellos tenia, el que les cede enteramente, para que usen y dispongan de ellos, como de cosa suya propia, adquirida con legitimo y justo título; y quiere que se entienda del mismo modo que si à este respecto, y no mas, hubiese sido impuesto el nominado censo, y formalizada con esta calidad la escritura primitiva de su constitucion, la cual da aqui por in-

serta, como si lo fuera, y quedan en lo demas en su fuerza y vigor sus cláusulas, condiciones, plazos, penas, salarios, sumisiones, prelacion, hipotecas especiales y generales, y demas firmezas que contiene, y existente enteramente el capital de dicho censo sin alteracion, y otorga á favor del expresado censuario y poseedores que fueren de la enunciada hipoteca, la mas eficaz reduccion de réditos que á su seguridad conduzca, la cual quiere se note en la escritura original de la creacion del censo, en su protocolo, y en los títulos de pertenencia de la finca, para que en todo tiempo conste y obre los efectos que haya lugar. Y el referido Antonio Lopez que está presente, habiendo oido à la letra, y entendido esta escritura, dijo: que acepta en todo y por todo la reduccion de réditos que queda hecha, y en su consecuencia se obliga, y á sus herederos y sucesores, à pagar al mencionado Don Francisco, y á quien le represente, los enunciados setecientos cincuenta reales de réditos anuales mientras no se redima y quite el principal de dicho censo, y á observar puntualmente el contrato de su constitucion en todo lo demas, sin alterarlo en cosa alguna, à cuyo fin lo da aqui por repetido, y en caso necesario lo otorga nuevamente. Y ambos contrayentes por lo que á cada uno y à sus respectivos herederos y sucesores toca, dan por suplido cualquier sustancial defecto que incluya esta escritura, y á su cumplimiento obligan todos sus bienes muebles, raices &c.

ESCRITURA DE EXTINCION DE CENSO ENFITEUTICO, Y CONSOLIDACION DE LOS DOMINIOS DIRECTO Y UTIL.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de los Rios, vecino de ella, dijo: le pertenece un censo enfitéutico de seis reales ánuos de renta, con derechos de licencia, comiso y tanteo, ó cincuentena, contra una casa sita en esta villa, en tal calle, que posee Antonio Lopez, de esta vecindad, en virtud de escritura de donacion à enfiteusis, otorgada por Diego de los Rios, dueño que fue del suelo en que está construida y labrada, su fecha en esta expresada villa, à tantos de tal mes y año, ante escribano, á favor de Pedro Lopez, causante del referido Antonio. Y habiendo resuelto este consolidar el dominio util con el directo por tres cincuentenas y el duplo capital á tres por ciento con arreglo al auto acordado del Consejo acerca de los censos perpetuos de Madrid, lo propuso al otorgante, el cual asintió á esta proposicion;

y para averiguar el valor de la casa, liquidar y deducir de él las cincuentenas, eligieron dos maestros alarifes, cada uno el suyo, que la valuasen, la que uniformemente valuaron con su sitio y fábrica en treinta mil reales; de los cuales bajados cuatrocientos, importe del duplo capital à tres por ciento de los seis reales ánuos, quedan líquidos veinte y nueve mil seiscientos, cuyas tres cincuentenas ó seis por ciento ascienden á mil setecientos setenta y seis reales, y unidos á los cuatrocientos del duplo capital componen ambas partidas dos mil ciento setenta y seis, los que está pronto à entregar el citado Antonio; y para que tenga efecto el convenio de ambos, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, como dueño que es del dominio directo de la prenotada casa = Otorga que recibe en este acto del mencionado Antonio Lopez, dueño del util, los relacionados dos mil ciento setenta y seis reales vellon en tales monedas, que contadas los importaron, de cuya entrega, y de haberlos pasado à su poder el otorgante, doy fe, por haber sido á mi presencia y de los testigos que se denominarán; y como real y efectivamente entregado y satisfecho de ellos, formaliza á favor del citado Antonio Lopez el mas firme y eficaz resguardo y carta de pago que à su seguridad conduzca, y se obliga á no volvérselos à pedir, ni otra persona en su nombre, pena de restituirlos con mas las costas. Y en su consecuencia por sí y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores da por extincto, quitado, redimido, y entera y absolutamente liberado el expresado censo enfitéutico de seis reales de renta anual, con todos los derechos de licencia, comiso y tanteo ó cincuentena, que como señor del suelo en que dicha casa está edificada, le correspondian y tenia sobre ella, y los cede, renuncia y trasfiere para siempre à favor del precitado Antonio Lopez y de los suyos, á quienes hace dueños absolutos en posesion y propiedad del dominio directo; el cual queda desde hoy unido é incorporado con el util, ambos consolidados, y la casa indemne y exenta del gravamen y sujecion á que por razon del enfiteusis estaba afecta; y se desapodera, desiste, quita y aparta, y à dichos sus herederos y sucesores, de todo el derecho que les competia á los seis reales de renta ó pension, al laudemio ó cincuentena cuando se vendiese, y á los demas que el referido Diego de los Rios, señor del sitio, reservo para sí y para los suyos en la primordial escritura de constitucion y dacion á enfiteusis; pues todos quedan refundidos plenamente en el enunciado Antonio, á quien, como dueño que desde ahora es de ellos y de la fabrica

de la casa, confiere amplio é irrevocable poder con libre, franca y general administracion, y constituye procurador actor en su misma causa y negocio, para que de su propia autoridad, sin necesitar la judicial, tome en virtud de esta escritura la real tenencia y posesion del dominio directo y derechos à él anejos, y vincule ó venda, done, ceda ó traspase la casa, y disponga de ella por contrato ó última voluntad, reservando para sí y sus sucesores el enfiteusis y sus derechos, ó libremente, como si jamas hubiera estado gravada con él, ó de este mismo con separacion á favor de otro, dejándola ligada, sujeta y pensionada, como hasta aqui lo estuvo à su arbitrio, à cuyo fin le pone y subroga en su propio lugar, grado y prelacion con integra y absoluta cesion de acciones en legal forma; y mientras toma la posesion, se constituye su inquilino tenedor y precario poseedor, formalizando à su favor la escritura de amortizacion, liberacion, redencion y extincion del gravamen enfitéutico, y la de plena traslacion de su dominio directo, y consolidacion de este con el util, con las cláusulas y estabilidades que para su validacion y subsistencia pueden apetecerse y se requieren por derecho. Declara tambien que en la tasacion y aprecio de la casa, y en la regulacion de las cincuentenas y del duplo capital no hubo error de cálculo ni perjuicio, y en caso de haberlo, de su importe en poca ó mucha suma, hace á favor del referido Antonio gracia, cesion, remision y donacion en sanidad pura, perfecta é irrevocable, con insinuacion y demas firmezas legales; se obliga à no reclamarlas ni esta escritura total ni parcialmente, y si lo hiciere, sea visto por lo mismo haberlas aprobado y ratificado con mayores vínculos y seguridades; à mayor abundamiento renuncia la ley del Ordenamiento Real, que trata de las cosas que se venden y permutan, y de otros contratos en que intervienc lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que prefine para pretender su rescision ó suplemento à su justo valor, los que da por pasados como si lo estuvieran. Igualmente declara no tener vendido ni enagenado en todo ni en parte, ni tampoco obligado, hipotecado ni sujeto tácita ni expresamente à deuda, responsabilidad ni gravamen el insinuado dominio directo, ni sus derechos; por lo que asegura será cierto y efectivo, y nadie inquietará ni moverá pleito al referido Antonio Lopez ni à sus sucesores sobre su tranquilo disfrute y posesion; y si se le inquietare judicial ó extrajudicialmente, le resarcirá todos los daños que se le irroguen en el pleito, si el otorgante no lo defendiere por sí, obtenga ó no; lo defenderá à sus

expensas en todas instancias hasta conseguirlo, siendo requerido conforme à derecho, y le devolverá lo que ha desembolsado si fuere vencido, à cuyo fin se obliga, y tambien à los suyos, à la eviccion y saneamiento en solemne forma legal, y al reintegro de las costas, perjuicios, intereses ó menoscabos que se le originen, cuya liquidacion defiere en la relacion jurada del que sea poseedor; se le ha de compeler, y à quien su accion tenga, por todo rigor de derecho y via ejecutiva, ó la mas breve sumaria que haya lugar, en los mismos términos que al del principal desembolso y eviccion del enfiteusis, sino pudiere obtener; de modo que en uno y otro caso quede saneado respectivamente de todas las costas y principal desembolso, como si el pleito no se le hubiera movido. Y mediante no quedarle la mas leve accion, ni à sus herederos ni sucesores sobre la expresada casa y suelo en que está construida, entrega al referido Antonio la escritura primitiva de creacion del enfiteusis, y *tantos* reconocimientos de este, otorgados en *tales* dias y años, ante *tales* escribanos, à su favor y de sus predecesores por varios dueños de su dominio util, todos los cuales instrumentos da por nulos y como si no se hubieran hecho ni formalizado. Quiere tambien que en sus respectivos protocolos y en los títulos de la casa se note esta enagenacion y consolidacion; que en la oficina de hipotecas de este partido se tome (si necesario fuere) la razon competente dentro del término legal, para que en ella conste de la libertad y exencion del enfiteusis, y demas efectos que haya lugar: y que à los poseedores de la casa se den de esta escritura las copias que pidan, sin que para dárselas sea preciso mandato judicial ni citacion de parte. Y al cumplimiento de su contenido obliga sus bienes muebles &c. *Aqui las generales.*

Nota. Esta escritura no es mera carta de pago y simple redencion, como algunos la llaman impropiamente, sino enagenacion y traslacion perpetua de alhaja raiz, que es el solar, ó de su dominio directo que el dueño reservó para sí y sus sucesores, y compra el enfiteuta consolidándolo con el util, y constituyéndose dueño de ambos por el precio que desembolsa, pues jamas fue suyo. Y aunque diga que se redime la pension ánua y el laudemio, esto no es redencion ó liberacion de carga que la finca tenga sobre sí, sino compra del suelo, por cuyo disfrute la pagó hasta entonces el enfiteuta como si lo tuviera arrendado. Por esta razon, y porque el suelo admite gravamen, y puede estar hipotecado ó enagenado, à no ser del que se titula dueño, y haber lesion en la regulacion y deduccion de las cin-

cuentenas y capital, la extendí con las cláusulas que contiene, no contentándome con las de una mera y simple redencion de censo consignativo ò de otro gravamen, como sé que lo hacen muchos, porque á mas de ser esto impropio, me pareció quedar mas seguro el enfiteuta, y no se deben confundir unos contratos con otros, sino distinguir la naturaleza de cada uno, y con arreglo à ella ordenar las cláusulas concernientes à su estabilidad. Tambien puede hacerse por venta regular, ya sea entregando su precio ó constituyendo de su importe censo redimible reservativo. Si los interesados se convinieren en el capital sin que se tase la finca, se expresará asi, y se omitirá lo que habla de tasacion. Y si la escritura de constitucion del enfiteusis no parece por haberse perdido, no relacionarse en los reconocimientos é ignorarse por consiguiente ante quien pasó; se obligará el dueño no solo à no usar de ella, sino à entregarla, cuando la halle, al que posea la finca, por ser título de propiedad del solar que le pertenece, y debe parar en su poder para que la cancele, pues por su defecto no debe dejar de hacerse la consolidacion, porque los reconocimientos acreditan el dominio directo. Todo lo cual tuve por conveniente adicionar para que el escribano lo tenga presente.

REDENCION DE CENSO CONSIGNATIVO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de los Rios, vecino de ella, dijo: que Antonio Lopez, de la propia vecindad, impuso à su favor censo al redimir de treinta mil reales de vellon de principal y novecientos de réditos anuos, respecto de tres por ciento, hipotecando especialmente á su seguridad una casa sita en esta villa, en tal calle, de que otorgó la correspondiente escritura censual en tantos de tal mes y año, ante Fulano, escribano de su número, con varias condiciones, y entre ellas la de poderlo librar ó redimir siempre que quisiere, pagando en una sola partida su principal y los réditos que estuviese debiendo, y avisándole à este fin dos meses antes; y en uso de esta facultad le citó à fin de que acudiese á percibir su capital y réditos, formalizando à su favor la correspondiente redencion y liberacion *(si la citacion fuere judicial se expresará ante qué juez y escribano)*, à lo que está pronto, y poniéndolo en ejecucion en la mejor via y forma que haya lugar en derecho = Otorga que recibe en este acto del expresado Don Antonio Lopez treinta mil

ciento cincuenta reales de vellon, los treinta mil como capital del referido censo, y los ciento cincuenta restantes por los réditos que debia de un año, y los dos meses de aviso que incluia la escritura primordial, y cumplen en este dia; cuya cantidad recibe en monedas de &c. (*Aqui se expresarán las que sean*), que contaron y la importaron, de cuya entrega y recibo doy fe, por haber sido à mi presencia y de los testigos infrascritos; y como real y efectivamente pagado y satisfecho de ella à su voluntad, formaliza á favor de dicho Antonio Lopez y sus herederos y sucesores la mas eficaz carta de pago, redencion y liberacion del expresado capital y absoluto finiquito de sus réditos que à su seguridad convenga. En su consecuencia da por quitado, liberado y redimido enteramente el citado censo, por nula y cancelada la escritura primitiva de su creacion y constitucion, y por libres de su responsabilidad la referida casa y demas bienes especial y generalmente afectos é hipotecados à ella: le entrega la mencionada escritura original de su creacion cancelada, para que en ningun tiempo obre el menor efecto, en la cual, su protocolo, títulos de pertenencia de las hipotecas, contaduría de estas y demas partes que convenga, quiere se pongan los desgloses competentes para que siempre conste de su extincion y liberacion, segun está mandado; y asegura y declara que la citada cantidad le ha sido bien pagada como parte legítima para su percibo, obligándose como tambien á sus herederos, á no volverla à pedir ni à otra persona à su nombre, pena de restituirla con mas las costas: da amplio poder à los señores jueces de esta villa para que le compelan á la observancia de este contrato, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe, renuncia todas las leyes, fueros y privilegios de su favor &c.

REDENCION Y SUBROGACION DE CENSO AL QUITAR.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de los Rios, vecino de ella, dijo: que Antonio Lopez, de la propia vecindad, por escritura que formalizó en ella, à tantos de tal mes y año, ante Fulano, escribano de su número, constituyó á su favor sobre una casa suya propia, sita en esta villa, en tal calle, censo al redimir de treinta mil reales de capital, y novecientos de réditos anuales, que corresponden á tres por ciento, con diferentes calidades y

condiciones, y entre ellas la de poder quitarlo cuando quisiere, pagando en una sola partida su capital y réditos que estuviese debiendo, y asimismo los correspondientes á los dos meses de citacion que habian de preceder à la redencion, como mas por extenso resulta de la escritura censual à que se remite; y habiendo solicitado con el otorgante que le minorase la pension anua de tres al dos y medio, y no asentido este á ello, le ofreció Domingo Perez, vecino tambien de esta villa, dar con dicho premio los referidos treinta mil reales; en virtud de aquella oferta le citó de redencion con calidad de subrogacion en tantos de tal mes próximo anterior; y para que tenga efecto en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que en este caso le compete = Otorga y confiesa recibir y recibe en este acto del referido Antonio Lopez, por mano de dicho Domingo Perez, treinta y un mil cincuenta reales de vellon, los treinta mil como capital del censo de que queda hecha mencion, y los mil y cincuenta restantes por los réditos de catorce meses, inclusos los dos de aviso, que cumplen y hasta hoy estaba debiendo; cuyos treinta y un mil cincuenta reales le entrega en monedas de &c. (*Se expresarán las que sean.*), y los pasó á su poder real y efectivamente, de que doy fe; y como pagado de ellos á su voluntad, formaliza á favor de los susodichos Antonio Lopez y Domingo Perez la mas eficaz carta de pago, redencion y liberacion del capital de censo y finiquito de sus réditos que à su seguridad conduzca. Por lo que al otorgante toca da por extinguido, redimido é íntegramente liberado el enunciado censo, y por exentos de su responsabilidad la casa y demas bienes que hipotecó à él; pero mediante haberse efectuado esta redencion con caudal del expresado Domingo Perez, desde luego le pone y subroga, y á sus herederos y sucesores, en el propio lugar que le correspondia, para que perciba y cobre dichos treinta mil reales cuando llegue el caso de su redencion, y en el interin sus réditos al dos y medio por ciento al año, á cuyo fin le confiere el mas amplio é irrevocable poder que necesite, con libre, franca y general administracion: le constituye procurador actor en su misma causa: le cede todas sus acciones y las de eviccion y saneamiento; y para que pueda y cada uno de sus sucesores en su tiempo intentar judicial y extrajudicialmente las que en virtud de esta escritura les competan, le entrega á mi presencia la primitiva de constitucion del censo, la cual para con el otorgante queda como si no se hubiera otorgado, y para con dicho Domingo y

quien su derecho represente en su total vigor, á efecto de que use de ambas segun le convenga: por lo que quiere que esta redencion se note en la escritura de imposicion, su protocolo, títulos de la hipoteca y demas partes conducentes, para que siempre conste y obre los efectos que haya lugar. Asegura que los enunciados treinta y un mil cincuenta reales le fueron bien pagados por ser parte legítima para su percepcion, y se obliga á no volver á pedirlos, ni otra persona en su nombre, pena de restituirlos con las costas que se originen. Los expresados Antonio Lopez y Domingo Perez, que estan presentes, enterados de esta escritura, dijeron que la aceptan, y en su consecuencia el censuario reconoce por señor del censo referido al enunciado Domingo Perez, y se obliga, como tambien á sus herederos y poseedores que fueren de la hipoteca, á satisfacerle, ó á quien su derecho represente, setecientos y cincuenta reales de réditos anuales, al respecto de dos y medio por ciento, á los plazos y en la forma pactada en la escritura censual que reitera, y en caso necesario formaliza de nuevo á su favor; y el censualista se obliga por su parte á no pedirle mas cantidad por haberle entregado los treinta mil reales con este premio y condicion, ni tampoco los un mil cincuenta, con que se completan los treinta y un mil y cincuenta, mediante haberlos dado de su propio caudal para que los entregase al mismo tiempo que los treinta mil que desembolsó del suyo; y si lo hiciere, no sea admitido en juicio ni fuera de él, como quien pretende lo que no le pertenece; y se da por entregado de la escritura primordial de constitucion del censo, otorgando el recibo y resguardo correspondiente á favor de dicho Don Francisco de los Rios. Y todos tres otorgantes obligan sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros al respectivo cumplimiento de lo referido, dan amplio poder á los señores jueces &c. *Aqui se hará la prevencion de notas que en la redencion é imposicion, con la toma de razon en la oficina de hipotecas para que conste que mudó de mano, y no para otro efecto.*

RECONOCIMIENTO DE CENSO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que por fallecimiento de Antonio Lopez, su padre, heredó una casa sita en ella, en tal calle, con cargo y gravamen de un censo al redimir de treinta mil reales que impuso sobre ella, por escri-

tura que otorgó en tal dia, mes y año, ante Fulano, escribano del número de esta villa, à favor de Don Francisco de los Rios, con obligacion de pagarle novecientos reales anuales de réditos mientras no liberase su capital; y con motivo de haber recaído su hipoteca en el otorgante, le requirió que en fuerza de lo estipulado en la condicion séptima de la escritura censual, renueve la obligacion real ó hipotecaria, y le reconozca por señor de él, à lo que condescendió, y en su consecuencia, cumpliendo con la obligacion constituida por su causante, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Otorga, como poseedor que es de la referida casa, que reconoce por señor del expresado censo de treinta mil reales de principal al mencionado Don Francisco de los Rios, à quien, y à la persona que su accion tenga, se obliga à satisfacer anualmente novecientos reales de réditos, pena de ejecucion, costas y salarios de su cobranza, mientras posea la referida hipoteca y el censo subsista sobre ella, contra la cual y sus alquileres, y no contra otros bienes del otorgante, se ha de dirigir únicamente la via ejecutiva por los que se debe observar puntualmente la escritura censual que deja en fuerza y vigor para los efectos que comprende: se obliga à no alterarla en cuanto à la obligacion real que contiene, ni esta total ni parcialmente, y si lo intentare, à mas de no ser oido en juicio ni fuera de él, sea visto por el mismo hecho haberlas aprobado y ratificado, y se le apremie à su observancia por todo rigor legal solo en virtud de esta, sin que el censualista tenga precision de manifestar la primordial, pues de ello le releva en forma; y à haber por firme todo lo expuesto obliga la citada casa con todos los alquileres que produzca: da amplio poder à los señores jueces de su Magestad para que à ello le compelan &c.

ADICION A ESTE CAPITULO.

Estando mandado por las leyes 1 y 2. tit. 16. lib. 10. Nov. Rec. citadas en el párrafo 29, capítulo 8 del censo consignativo, que todos los contratos de censo y demas, en que interviene especial hipoteca, se registren dentro de seis dias siguientes al de su celebracion en el libro que debe haber en la cabeza de partido del lugar en que estuvieren las fincas gravadas; y reconociendo su Magestad los estelionatos, fraudes y perjuicios gravísimos que por su inobservancia se hacian é irrogaban al reino, y à su

Real Hacienda, se sirvió expedir á consulta del Consejo cierta pragmática en el Real sitio del Pardo á 31 de enero de 1768, ley 3. tit. 16. lib. 10. Nov. Rec., que se publicó en la Corte en 5 de febrero, en la cual se insertan la ley y auto acordado referidos, y una instruccion formada por los señores fiscales del Consejo, que he tenido por oportuno insertar aqui, para que el escribano no incurra en las penas que le impone siempre que falte á lo que en ella se previene; y su tenor literal, juntamente con lo dispositivo de dicha Real pragmática, es el siguiente.

INSTRUCCION DE LOS SEÑORES FISCALES.

Estando dispuesto por la ley 2. tit. 16. lib. 10. Nov. Rec. se registren los instrumentos de censos y tributos, rentas de bienes raices, y generalmente todos aquellos que contengan especial hipoteca ó gravamen de tales bienes, ha estimado el Consejo por indispensablemente necesaria su observancia, con las especificaciones que contiene la Real cédula expedida á consulta con su Magestad: y considerando que el no haberla tenido hasta ahora dimana de no haber facilitado los medios de la ejecucion, se establece lo siguiente.

I. Será obligacion de los escribanos de ayuntamiento de las cabezas de partido tener, ya sea en un libro ó en muchos, registros separados de cada uno de los pueblos del distrito, con la inscripcion correspondiente, y de modo que con distincion y claridad se tome la razon respectiva al pueblo en que estuvieren situadas las hipotecas, distribuyendo los asientos por años, para que facilmente pueda hallarse la noticia de las cargas, encuadernándolos, y foliándolos en la misma forma que los escribanos lo practican en sus protocolos; y si las hipotecas estuvieren situadas en distintos pueblos, se anotará en cada una las que le correspondan.

II. Luego que el escribano originario remita algun instrumento que contenga hipoteca, reconocerá y tomará la razon el escribano de cabildo dentro de veinticuatro horas para evitar molestias y dilaciones á los interesados; y si el instrumento fuere antiguo y anterior á dicha cédula, despachará la toma de razon dentro de tres dias de como la presentare, y no cumpliéndolo en este término, le castigará el juez en la forma que previene la Real cédula.

III. El instrumento que se ha de exhibir en el oficio de hipotecas, ha de ser la primer copia que diere el escribano que

la hubiere otorgado, que es el que se llama *original*, excepto cuando por pérdida ó extravío de algun instrumento antiguo se hubiere sacado otra copia con autoridad de juez competente, que en tal caso se tomará razon de ella expresándolo asi.

IV. La toma de razon ha de estar reducida á referir la data ó fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligacion ó fundacion; diciendo si es imposicion, venta, fianza, vínculo ú otro gravamen de esta clase, y los bienes raices gravados ó hipotecados que contiene el instrumento, con expresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos en la misma forma que se expresa en el instrumento; y se previene que por bienes raices, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravamen, ó constituir hipotecas.

V. Ejecutado el registro, pondrá el escribano de cabildo en el instrumento exhibido la nota siguiente: *Tomada la razon en el oficio de hipotecas del pueblo* tal, *al folio* tantos, *en el dia de hoy*; y concluirá con la fecha, la firmará, devolverá el instrumento á la parte, á fin de que si el interesado quisiere exhibirla al escribano originario ante quien se otorgó, para que en el protocolo anote estar tomada la razon, lo pueda hacer: el cual esté obligado á advertirlo en dicho protocolo.

VI. Cuando se llevare á registrar instrumento de redencion de censo, ó liberacion de la hipoteca ó fianza, si se hallare la obligacion ó imposicion en los registros del oficio de hipotecas, se buscará, glosará y pondrá la nota correspondiente á su margen ó continuacion, de estar redimida ó extinguida la carga; y si no se halla registrada la obligacion principal, ó aunque se halle, queriendo la parte, se tomará la razon de la redencion ó liberacion en el libro de registro, de la misma forma que se debe hacer de la imposicion.

VII. Cuando al oficio de hipotecas se le pidiere alguna apuntacion extrajudicial de las cargas que constaren en sus registros, la podrá dar simplemente ó por certificacion autorizada, sin necesidad de que intervenga decreto judicial por ahorrar costas.

VIII. Para facilitar el hallazgo de las cargas y liberaciones, tendrá la escribanía de ayuntamiento un libro índice ó repertorio general, en el cual, por las letras del abecedario, se vayan asentando los nombres de los imponedores de las hipotecas ó de los pagos, distritos ó parroquias en que estan situados, y á su continuacion el folio del registro donde haya instrumento

respectivo á la hipoteca, persona, parroquia ó territorio de que se trate: de modo que por tres ó cuatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque; y para facilitar la formacion de este abecedario general, tomada que sea la razon, se anotará en el índice en la letra á que corresponda el nombre de la persona; y en letra inicial correspondiente á la heredad, pago, distrito ò parroquia se hará igual reclamo.

IX. Los derechos de registro serán dos reales por cada escritura que no pase de doce hojas, y en pasando, al respecto de seis maravedís cada una, ademas del papel; y cuando se pidieren certificaciones de lo que conste en el oficio de hipotecas, se arreglará este á los Reales aranceles en cuanto tratan de las copias de instrumentos que dan los escribanos de sus protocolos, los cuales derechos se deberán anotar en el instrumento ó certificacion que entregaren á la parte.

X. Todos los escribanos de estos reinos serán obligados á hacer en los instrumentos, de que trata la Real cédula, la advertencia de que se ha de tomar la razon dentro del preciso término de seis dias, si el otorgamiento fuese en la capital; y dentro de un mes, si fuere en el pueblo del partido, bajo las penas de la misma cédula.

XI. Como la conservacion de los instrumentos públicos importa tanto al Estado, todos los escribanos de los lugares de partido deben enviar al corregidor ó alcalde mayor de él una matrícula de los instrumentos de que consta el protocolo de aquel año, para que se guarde en la escribanía de ayuntamiento, y por este índice anual podrá reconocer el que regente dicha escribanía y el oficio de hipotecas, si ha habido omision en traer al registro algun instrumento.

XII. El escribano de cabildo, à cuyo cargo ha de correr el oficio de hipotecas, ha de ser nombrado por la justicia y regimiento de las cabezas de partido, precediendo las fianzas correspondientes de su cuenta y riesgo; y si hubiere dos escribanos de ayuntamiento, elegirá este de ellos el que tuviere por mas á propósito.

XIII. Los libros de registro se han de guardar precisamente en las casas capitulares, y en su defecto no solo serán responsables los escribanos, sino tambien la justicia y regimiento, á quienes se le hará cargo en residencia.

XIV. Las chancillerías y audiencias de estos reinos en sus respectivos territorios formarán, imprimirán y comunicarán listas de las cabezas de partido donde se han de establecer los

oficios de hipotecas, para que conste claramente á los pueblos, y quedará al arbitrio de las mismas chancillerías y audiencias señalar algunas cabezas de jurisdiccion, aunque no sean de partido, si vieren que conviene para la mejor y mas facil observancia, por la extension ó distancia de los partidos.

XV. A prevencion serán jueces para castigar las contravenciones á la ley y á esta instruccion, la justicia ordinaria del pueblo, el corregidor ó alcalde mayor del partido, y el juez en cuya audiencia se presente el instrumento.

XVI. La Real cédula y esta instruccion se deberán conservar en todas las escribanías públicas y de ayuntamiento, para que nadie alegue ignorancia de sus disposiciones; ni quedará arbitrio á ningun juez para alterarlas ó moderarlas, porque de tales disimulos resulta por consecuencia necesaria la infraccion y desprecio de las leyes por útiles y bien meditadas que sean. Madrid 14 de agosto de 1767. *Don Pedro Rodriguez Campomanes. Don José Moñino.* Por tanto, enterado de todo, por mi Real resolucion tomada á la citada consulta, que fue publicada y mandada cumplir en el mi Consejo en 7 de este mes, he venido en aprobar en todo la citada instruccion susoinserta, y resolver que se observe y guarde en mayor explicacion de la ley 1. tit. 16. lib. 10. Nov. Rec., y de la ley 2. dicho tit. y lib. en todos los pueblos cabezas de partido, y de jurisdiccion de estos mis reinos, segun el señalamiento que harán las audiencias y chancillerías del respectivo distrito, sin perjuicio de los contadores de hipotecas que actualmente hubiere. Que los escribanos de ayuntamiento de dichas cabezas de partido esten obligados á tener los libros de registro que señala la instruccion formada por los de mi Consejo, por mi aprobada, para que en ellos precisamente se tome la razon de todos los instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos ó tributos, ventas de bienes raices ó considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos ú obra pia, y generalmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca ó gravamen, con expresion de ellos, ó su liberacion ó redencion. Que sin embargo de que por la ley del reino las partes contenidas en la escritura ó instrumentos estan obligados á registrarlos en los seis dias siguientes á su fecha, esto se haya de entender si se otorgaren en la capital del partido; pues siendo en los pueblos de su distrito ó jurisdiccion, cumplirán con registrar dentro del término de un mes. Que no cumpliendo con el registro y toma

de razon, no hagan fe dichos instrumentos en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento, cuyo registro se haya omitido; y que los jueces ò ministros que contravengan, incurran en las penas de privacion de oficio, y de daños con el cuatro tanto que previene el auto acordado. Que los escribanos tengan obligacion de prevenir esta formalidad en todos los instrumentos que otorgaren de la expresada naturaleza, bajo la misma pena, y la circunstancia de que por su omision se les haga tambien cargo, y castigue en las residencias, y que asi se anote en los títulos que se les despacharen por el mi Consejo ó por la Cámara. Que bajo de igual pena lo formalicen los escribanos de cabildo en los términos que señala la instruccion: bien entendido, que la obligacion de registrar dentro del término, debe ser en los instrumentos que se otorgaren sucesivamente al dia de la publicacion de esta pragmática en cada pueblo. Que de ella se remitan por mis chancillerías y audiencias con las listas que previene la instruccion, ejemplares á cada uno de los respectivos partidos, para que se comuniquen circularmente sin gastos de veredas à los pueblos, se publiquen y coloquen copias auténticas entre los papeles del archivo. Por lo tocante à los instrumentos anteriores à la publicacion de la presente pragmática, cumplirán las partes con registrarlos antes que los hubieren de presentar en juicio, para el efecto de perseguir las hipotecas ò fincas gravadas; bien entendido que sin preceder la circunstancia del registro, ningun juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fe para dicho efecto, aunque la hagan para otros fines diversos de la persecucion de las hipotecas, ò verificacion del gravamen de las fincas, bajo las penas explicadas.

Y para la puntual é inviolable observancia de esta mi Real resolucion en todos mis dominios, se acordó expedir la presente en fuerza de ley y pragmática sancion, como si fuese hecha y promulgada en Cortes, pues quiero se esté y pase por ella, sin contravenirla en manera alguna; para lo cual, siendo necesario, derogo y anulo todas las cosas que sean ó ser puedan contrarias à esta. Y mando à los del mi Consejo, presidente y oidores de mis audiencias y chancillerías, corregidores, asistente, gobernadores, alcaldes mayores y ordinarios y demas jueces y justicias de estos reinos guarden, cumplan y ejecuten esta ley con la instruccion inserta, y la hagan guardar y observar en todo y por todo desde el dia que

se publique en Madrid, y en las ciudades, villas y lugares cabezas de partido de estos mis reinos y señoríos, en la forma acostumbrada; dando para la puntual ejecucion de todas las órdenes y mandamientos que se requieran, pasando las correspondientes al mi Consejo de la Cámara, para que en los títulos que se despacharen por las secretarías de ella, se prevenga à los escribanos que han de estar obligados á advertir en los instrumentos, y à las partes, la obligacion de registrar en el oficio de hipotecas los instrumentos comprendidos en la ley, y esta mi declaracion; expresando al fin de ellos que no han de hacer fe contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la instruccion: previniendo que esta ha de ser una cláusula general y precisa en los tales instrumentos, cuyo defecto vicie la sustancia del acto para el efecto de que dichas hipotecas se entiendan constituidas; ejecutándose lo mismo en los títulos y aprobaciones de escribanos que se despachan por las escribanías de Cámara del mi Consejo, poniendo igual prevencion en las comisiones que se libran asi para la toma de residencias, como para la visita de escribanos, à fin de que se les haga à estos y à los jueces los cargos que por la inobservancia de esta mi Real pragmática-sancion hayan tenido unos y otros, y se les castigue como corresponda. Que asi es mi voluntad &c. Dada en el Pardo á 31 de enero de 1768. (Ley 3. tit. 16. lib. 10. Nov. Rec.)

Por Real cédula expedida en el Pardo à 10 de marzo de 1778, que es la ley 4. tit. 16. lib. 10. Nov. Rec. referente á la pragmática anterior, se mandó que de las escrituras é hipotecas que dicen de donaciones piadosas, se tome precisamente la razon en la contaduría ú oficio de hipotecas de la cabeza del partido en que respectivamente se hallan sitas las fincas ó alhajas gravadas, y no en las capitales en que estan los cuerpos, comunidades y acreedores, à quienes pertenecen las donaciones, y que lo mismo se practique con los censos del fisco sin diferencia. Lo que prevengo al escribano para su inteligencia, y que lo advierta en las escrituras.

Nota. En circular del Consejo de 22 de enero de 1816 se reencarga la puntual observancia de dicha pragmática-sancion de 31 de enero de 1768 y la de las demas Reales cédulas y órdenes posteriores que previenen la toma de razon en las contadurías de hipotecas de todas las escrituras que las mismas expresan. *Febrero adicionado.*

CAPITULO DUODECIMO.

De las compañías.

§. 1. ¿Que es contrato de compañía?
2. La compañía es *universal* ó *particular*.
3. Para su validez se requieren cinco condiciones.
4. ¿Quienes pueden intervenir en ella?
5. La compañía por tiempo indefinido no vale.
6. Aun cuando medie pacto no se trasfiere à los herederos de los socios sino en pocos casos.
7. La mayor remuneracion del socio mas activo es justa; pero no es lícito que uno tenga las utilidades y otro los perjuicios.
8. Pactos nulos en el contrato de compañía.
9. En la compañía universal se comprenden los bienes todos de los socios, si otra cosa no se pactare.
10. El dominio de los bienes de cada socio pasa á los demas, por lo cual pueden individualmente reclamarlos en juicio, excepto el señorío y la jurisdiccion.
11. El socio de compañía particular puede tener otra diversa, en cuyo caso no está obligado á comunicar las ganancias de la una á los consocios de la otra.
12. El socio debe poner en el manejo de los bienes de la compañía igual cuidado que en los suyos propios.
13. ¿Como deben dividirse entre los socios las existencias y utilidades de la compañía?
14. Los pactos justos que hicieren entre sí los socios deben observarse puntualmente.
15. El socio que maneja los fondos de la compañía no puede ser reconvenido por los consocios en caso de pobreza, sino hasta donde alcancen sus medios.
16. Varias causas porque se disuelve la compañía.
17. Modo de proceder en la disolucion de la compañía, tanto *universal* como *particular*.
18. Cuando un socio ó su heredero continúa con los demas en los negocios de la compañía, de que se separó, se entiende renovado el contrato.

Apéndice sobre el contrato trino.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1. La compañía es un *contrato hecho por dos ó mas personas, que juntan ó ponen su dinero, industria, trabajo ú*

otra cosa para lucro y utilidad comun (1).

2. La compañía es de dos maneras, *universal y singular*: la *universal* se hace incluyendo todos los bienes presentes y futuros sin limitacion para cualesquiera negocios en que se quiera tratar y comerciar. Y la *siugular* es la que se reduce à bienes y negocios señalados.

3. Para que la compañía sea válida se requieren cinco condiciones. La primera, que se haga sobre negocio lícito. La segunda, que los socios junten su caudal, ó industria para utilidad comun. La tercera, que se guarde entre ellos igualdad proporcional, segun el mas ò menos caudal ó industria que cada uno ponga, de modo que sean iguales asi en la utilidad como en los daños y expensas. La cuarta, que la suerte puesta en la compañía sea à pérdidas y ganancias, de modo que esté sujeta á todo, y no à una cosa sola. Y la quinta, que se observen los justos pactos que los socios se impongan (2).

4. Puede hacerla el que no es loco, fatuo, desmemoriado, ni menor de catorce años: y el mayor de ellos, y menor de veinticinco, si conoce que de subsistir en ella se le irroga perjuicio ó fue engañado, tiene facultad de acudir al juez ordinario del lugar en que se celebró, y reclamar el daño ó engaño para que le exonere de la obligacion contraida (3).

5. Debe hacerse con unánime consentimiento de todos los socios por tiempo determinado, ó por toda su vida, sobre cosas lícitas de compra, venta, locacion, cambio y otras semejantes en que los socios tengan lucro, ó esperanza de tenerlo; pero no valdrá si se hace sin prefinir tiempo, porque entonces aunque uno de ellos muera, no se acabará, y mas será especie de servidumbre que sociedad: ni tampoco si las cosas son torpes, ilícitas, ó usurarias, y contra buenas costumbres, v. gr. hurtar, matar, dar usura &c.

6. Aunque la hagan con pacto de que ha de pasar á sus herederos, no por eso pasará, ni valdrá dicho pacto; lo cual se entiende, excepto 1.°, que sea en arrendamiento de rentas Reales, ó del comun de algun concejo; 2.°, cuando el testador les manda subsistir en ella por tiempo determinado: en cuyos dos casos pasará, y no se extinguirá la compañía; pero en el primero es preciso que se pacte expresamente (4).

1 Ley 1. tit. 10. Part. 5. Ferr. y Begnud. *Biblioth.* en la palabra *Societas*, num. 1.
2 Ferr. *Biblioth.* en la palabra cit.
3 Ley 4. tit. 10. Part. 5.
4 Leyes 1, 2 y 10. tit. 10. Part. 5. Olea *de cess. jur.* tit. 3. quæst. 5. num. 5 y sig.

7. Alguno ó algunos de los socios suelen ser mas hábiles y estar mas instruidos en el manejo y direccion de aquel negocio ó negocios en que han de comerciar, ó tener mayor trabajo y poner mas industria, ó exponerse á mayores riesgos que los consocios, y por estas causas es justo que disfruten mas utilidad, ó que si hubiere pérdida en la compañía nada les toque; en cuya consecuencia, si lo pactan asi, será válido el pacto; pero si estipulan que uno ha de llevar toda la utilidad, y nada de pérdida ó al contrario, no lo será, como pacto *leonino*, que se gradúa de inicuo é insubsistente. Sin embargo no por esto quedará disuelta la sociedad, sino que se hará distribucion equitativa entre los socios de pérdidas y ganancias (1).

8. No vale la compañía cuando hay engaño entre los socios, aunque se obliguen á no demandárselo; pero puede dejarse á arbitrio de la persona que elijan, la parte de ganancia ó pérdida que cada uno debe percibir, cuya regulacion valdrá, siendo arreglada al mérito del socio, y no de otra suerte (2). Tampoco vale el pacto de que han de ser comunes á ambos compañeros los bienes que esperan heredar de alguna persona que nombren, á menos que esta preste su consentimiento; pero no nombrándola será válido (3).

9. En la compañía *universal* no solo se comprenden los bienes presentes y futuros adquiridos por industria, sino por la guerra, ú oficio público (que llaman castrenses á casicastrenses), ó por herencia, legado ó de otro modo, á menos que el pacto se limite á bienes determinados, que entonces solo estos se tendrán por pertenecientes á la compañía (4).

10. Son comunicables entre los socios las expensas, cargas y deudas de la compañía universal, y á cada uno se trasfiere el dominio de los bienes del otro luego que esta se perfecciona, aunque en su nombre los haya adquirido, y tambien las ganancias que tenga: por lo que cualquiera de los socios puede usar de todos los bienes de ella, y pedirlos judicial y extrajudicialmente como si fueran suyos. Igualmente son de cargo de la misma compañía los alimentos de la familia de los socios, y la multa en que alguno de ellos es condenado injustamente; pero no se les trasfiere el dominio de los derechos incorpóreos, v. gr., se-

Gom. lib. 2. *Var.* cap. 5. et ibi Ayllon. *Cur. Philip. Comerc. terr.* cap. 3. num. 3.

1 Ley 4. tit. 10. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 5. num. 5. et ibi Ayllon.

2 Ley 5. tit. 10. Part. 5.

3 Ley 9. tit. 10. Part. 5. *Cur. Philip. Comerc. terr.* cap. 3. num. 10.

4 Ley 6. tit. 10 Part. 5.

ñorío, ó jurisdiccion, à menos que el dueño lo permita y dé poder para demandarlos (1).

11. Cualquiera de los socios de compañía singular, ó de una negociacion, puede tener otra, y no estar obligado à comunicar sus ganancias con las demas de aquella, como lo dice la ley 7. tit. 10. Part. 5:::: *Mas las otras ganancias que ficieren por otra razon, non las deben partir entre sí, antes deben ser propias del que las ganare.* Lo cual se entiende à menos que estipulen lo contrario, pues entonces debe observarse el pacto y todos los demas justos que se impongan, segun la ley 3 de dicho tit. y Part. que dice: *E todos los pleitos que pusieren entre sí, que sean guisados é derechos sobre cada una destas dos maneras de compañía, valen ó deben ser guardados en la guisa que los pusieren.* Pero si pactan que teniendo alguno de ellos otra compañía, ha de comunicar la utilidad à los demas, vale el pacto, obligándose estos à la responsabilidad de las respectivas pérdidas, y no de otra forma. Se previene que en la compañía singular si uno de los socios compra en su nombre alguna cosa no está obligado à participarla à los otros, y si solo á restituir el dinero con que la compró, siendo del fondo de la sociedad.

12. El socio que tiene la administracion de la compañía debe poner para su incremento todo el cuidado que para el de sus mismas cosas, al modo que el administrador de bienes agenos, y tutor de menores; y si por su culpa, omision ó negligencia se pierden ó deterioran, es de su cargo el menoscabo, y no de los consocios, à quienes debe dar cuenta formal de su administracion (2).

13. La division de las utilidades y existencias de la sociedad ha de ser hecha con proporcion geométrica, de modo que atendida esta, quedan igualados los socios, asi en cantidad como en cualidad de bienes y deudas; y si hay alguna cosa que no pueda dividirse cómodamente, debe el juez aplicarla á uno por el valor en que se estime, para que dé à los otros sus partes en dinero (3). Se advierte lo primero, que la division de las deudas à favor de la compañía, se ha de hacer por cesion de derechos y acciones, de modo que cada uno ha de ceder à los otros el que le compete en aquella parte (4); y lo segundo, que ninguno de los socios sin consentimiento del otro puede donar,

1 Leyes 47. tit. 28. Part. 3. y 6. tit. 10. Part. 5. *Cur. Filip. Comerc. terr.* lib. 1. cap. 3. num. 8.

2 Ley 34. tit. 12. Part. 5. *Cur. Filip.* cap. cit. num. 45.

3 *Cur. Filip.* cap. dicho, num. 49, y ley fin. tit. 15. Part. 6.

4 *Cur. Filip.* dicho num. 49 al fin.

vender, enagenar, ceder, ni traspasar en otro extraño el derecho que tiene en la sociedad (1), porque para formar esta, se elige la industria de la persona: las cosas que la requieren, como personales, no se pueden transferir ni delegar en otro; y ademas la que es comun no se puede decir propia antes de la division; y lo mismo sucede estando el pleito pendiente (2).

14. Los pactos justos que hagan los socios se deben observar (3), y no habiéndolos, ha de estarse á la costumbre del pueblo ó region en que se establece (4); pero se duda qué se ha de practicar cuando uno de los socios puso el fondo, y el otro la industria ó trabajo; no hay utilidades ni pérdidas; existe íntegro el fondo, y nada previnieron ni practicaron para este caso, ni hay costumbre acerca de su division. Parece que respecto ser justo estar al daño quien está al provecho (5), se debe comunicar y dividir entre los dos el fondo ó capital, porque de no comunicarse, no se observa la equidad ó igualdad tan recomendada que este contrato, como uno de los de buena fe, exige por su naturaleza; el industrioso pierde su trabajo, el cual quizá valdrá tanto ó mas que el fondo, y su consocio nada pierde mediante sacarlo íntegro y salvo; el dinero nada produce por sí: y el lucro mas proviene de la industria que del fondo. Pero no obstante, lo contrario es lo mas probable y seguro: lo primero, porque el dinero no se pone con el fin de dividirse sino con el de lucrar y negociar; y por lo mismo que se estipula que el lucro ha de ser comun, es visto estipularse que no lo ha de ser el fondo. A mas de que por tacita y mutua convencion de ambos socios lo que del dinero se les comunica, es el uso y la comodidad, no la propiedad, á menos que lo pacten expresamente. Lo segundo, porque la industria equivale solamente al dinero, que como lucro produce el fondo, y tocará al que la pone, en caso de haber utilidades, mas no al fondo, ni á la parte que de ellas debe percibir el dueño de este; y aunque es constante que aquel pierde su trabajo, mas no su caudal, pues hay mucha diferencia entre no adquirir, y perder lo adquirido; el trabajo se compensa con la esperanza que tuvo de utilizarse, con el riesgo de perder el dinero á que se expuso su dueño (pues si hubiera perecido, nada le reinte-

1 Olea *de cess.* tit. 3. quæst. 5. num. 1. al 4. Farinac. lib. 1. consil. 15. num. 83.
2 Hermos. en la ley 55. tit. 5. Part. 5. glos. 8. num 65.
3 Ley 3. tit. 10. Part. 5.
4 Pal. Rub. in cap. *Per vestra*, §. 11. num. 10. Greg. Lop. en la ley 10. tit. 10. Part. 5. glos. 5. Molin. *De just. et jur.* disp. 416.
5 Regla 29. tit. 34. Par. 7.

graria), y con lo que perdió de ganar con él si la hubiera invertido en otro comercio; y por consiguiente el que no hayan resultado utilidades, debe imputarlo á sí propio por no haber sabido negociar. Lo tercero, porque de comunicársele parte del fondo, experimentaba su dueño dos daños: el uno, desfalcarse su caudal; y el otro, tenerlo ocioso, y privarse del lucro que empleado en otro tráfico le podia rendir: y su consocio se constituía de mejor condicion que él, porque se utilizaba con su dinero en detrimento de otros, lo cual resiste la equidad, pues nadie debe lucrarse con perjuicio de otro (1); ó por lo menos ningun daño se le seguia (2). Para evitar los pleitos que se pueden suscitar prevendrá el escribano á los contrayentes que pacten lo que se ha de observar, pues para este fin se lo advierto. El que quiera instruirse radicalmente de las razones que por ambas opiniones militan, vea los autores citados y á Escobar, lib. 1. comput. 22. que lo trata muy bien.

15. Si el socio que administra los bienes de la compañía es tan pobre que no tiene con qué satisfacer á los consocios sus portes, no debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni por consiguiente preso por este motivo, porque tiene á su favor el beneficio que llaman de *competencia*; y de tal suerte se han de cobrar de él las partes debidas á los consocios, que se le deje lo preciso para su subsistencia, á menos que renuncie este beneficio, ó niegue la compañía, ó tenga arte ú oficio con que ganar de comer, y se obligue á pagar enteramente la deuda, ó el compañero que la demanda sea igualmente pobre, porque el privilegiado no goza de privilegio contra el que igualmente lo es, y en este último caso cumple con dar suficiente seguridad de pagar la deuda como pueda (3). Todo lo cual se entiende, aunque le reconvengan por otra accion distinta de la de compañía (4), como proceda de ella. Este contrato consiste en condiciones de los interesados, para cuya observancia pueden imponerse pena: por la escritura que extenderé, se instruirá mejor el escribano del modo de ordenar las que se le ofrecieren (*).

16. Espira y se disuelve la compañía cumpliéndose el tiempo porque se hizo, por muerte natural ó civil de alguno de los socios, á menos que estipulen que los demas han de conti-

1 Regla 17. tit. 34. Part. 7.
2 Pachineo lib. 2. *Controv.* cap 94. Harpecto *In Comment. Inst* lib. 3. tit. *de societ.* §. *Et quidem*, 1 al 3. num. 26 al 30.
3 Ley 15. tit. 10. Part. 5.
4 *Cur. Filip. Com. terr.*
* De las compañías mercantiles y de sus particularidades se habla con extension en el tomo 3.° de esta obra.

nuarla: ó por cesion de bienes que haga; por ser de genio muy altivo ó insufrible; por no observar el pacto; ó por estar ocupado en el Real servicio, y no poder continuarla; por haberse perdido el capital ó fondo de ella, ó mudádose su estado y calidad, de suerte que no se pueda usar de él; ó por apartarse de ella contra la voluntad de los consocios (pues puede hacerlo cuando quiera, pagándoles el daño que por ello se les irrogue, excepto que pacten lo contrario, que entonces no estará obligado al daño); ó porque se acabó el negocio sobre que se hizo; ó bien por tácito consentimiento de los compañeros (1).

17. Para haber de disolverse la compañía universal no hay mas que hacer que pagar las deudas existentes, y repartir el caudal entre los individuos en la proporcion debida. Pero si la compañía es singular se deben deducir del caudal que exista, los fondos ó capitales puestos por todos los socios; la razon es, porque se entiende haberla contraido de los bienes futuros ó ganancias que esperaban tener en el tráfico ó negocio sobre que la establecieron, y no de los capitales: y asi es indispensable que estos se deduzcan, excepto que al tiempo de la formacion de la sociedad pacten lo contrario (2). Tambien se deben deducir las expensas hechas por incremento de la compañía, y las que en curarse hizo el socio que la manejó, mientras la sirvió, y otras semejantes (3); bien que en cuanto á las de curacion, manutencion y demas que no conciernan al giro y su utilidad y aumento, deberá estarse al pacto; y si no lo hay, á la costumbre en sociedades de igual naturaleza; y para evitar pleitos lo hará presente el escribano á los contrayentes. Asimismo se deben deducir las deudas que resulten contra ella: lo primero, porque su importe es caudal agena, y de él no formaron ni pudieron formar compañía, sino del suyo privativo; y lo segundo, porque hasta que su total y el de los capitales se deducen y se separan, no se puede saber si hay utilidades, pues estas se entienden deducidas previamente las deudas y los fondos; por lo que estos y aquellos son las partidas de cargo, y los enseres ó existencias en efectos, créditos, dinero y otros bienes las de data; sin que de la inversion ó empleo que del caudal se haya hecho una ó muchas veces, sea preciso hacer mencion, porque esto es bueno para saber cómo y cuántas se ha empleado, qué manejo, giro y método se observó, y qué progresos

1 Leyes 10, 11 y 14 tit. 10. Part 5. *Cur. Filip. Comerc terr.* cap. 3. num 34. al 43.

2 Gom en la 50 de Toro, num. 69.

3 Ley 16. tit. 10. Part. 5 al principio.

tuvo ò no (que viene à ser un balance ó tanteo de la compañía), mas no para efecto de su disolucion, en cuyo tiempo, como que va á espirar, y no à continuar, se debe atender únicamente al caudal que se puso en ella, à las deudas que tiene contra sí, y à las efectivas existencias ó pérdidas que hay. Aunque algun plazo ó condicion de las deudas referidas esté sin cumplir, pueden no obstante dividir el caudal los socios, dándose mutuamente la competente caucion de indemnidad de satisfacer cada uno al tiempo oportuno la parte ó porcion que de ellas le toque. Pero el que las contrajo, y à cuyo favor han de dar los demas la caucion, no puede retener por esta causa las partes que corresponden á sus consocios, excepto que esté condenado á su solucion por sentencia, ú obligado á ella por instrumento ejecutivo (1).

18. Renuévase tácitamente la sociedad despues de concluida, cuando el socio ó su heredero continúa con los demas en la negociacion del mismo modo que lo hacian y podian practicar antes de haber espirado, y lo propio se entiende haciendo mencion en el libro de cuenta (que llaman *de caja*) de que está en la compañía y es uno de los compañeros (2).

1 Dicha ley 16. tit 10. Part. 5. verb. *Mas si la debda*: et ibi glos. 5. *Cur. Filip.* lib. 1. *Com. terr.* cap. 3. num. 46.

2 *Cur. Filip.* cap. cit. num. 44. lib. 1.

APENDICE AL CAPITULO DE LAS COMPAÑIAS

del contrato trino.

§. 1. ¿Que es contrato trino?
2. El que entrega su capital nada arriesga, pierda ó gane su consocio.
3. El contrato trino no es mas que un mutuo con interes, y por tanto solo será lícito cuando este no exceda de lo que permiten las leyes.
4. Para que se repute este convenio por contrato trino no es menester que en la escritura se individualicen los pactos en los terminos propuestos.
5. Respecto del que recibe el capital es lícito este contrato, excepto el caso de que haya en su opinion total seguridad de la ganancia.
6. Instrucciones sobre el modo de otorgar la escritura de este contrato.

1. El *contrato trino*, del que tanto han escrito los moralistas, se reduce à un contrato de compañía regular á pérdidas y ganancias, á que se sigue un pacto de aseguracion del capital en virtud de renunciar parte del lucro, y otro de aseguracion del mismo lucro, sacrificando alguna porcion de él por afianzar otra mas moderada: v. gr. Pedro y Juan hacen compañía; Pedro pone por fondo cuatro mil ducados, y Juan su industria; y pactan que han de partir con igualdad las ganancias. *Hasta aqui es contrato de compañía llano, lícito, puro é igual.* Despues pregunta Pedro á Juan, ¿cuanto por ciento se podrá ganar prudentemente segun la experiencia que tiene, y el producto de los géneros en que han de comerciar? Y supongo que le responde que un treinta por ciento: en cuya vista le propone que si se obliga á asegurarle el capital, se contenta con un ocho por ciento, y le cede los siete restantes hasta los quince, mitad de los treinta que puede ganar arriesgando el capital; que si hay utilidad le ha de satisfacer su ocho por ciento; y si no, cumple con devolver el capital. *Este es contrato de aseguracion del capital con pérdida de alguna parte de interes.* Asegurado el capital por una mera escritura ó papel de obligacion vuelve à proponerle, que si á mas de este le da un cinco por ciento al año, le cede los tres que restan hasta los ocho, y que con pagárselo, y su capital íntegro cuando se disuelva la sociedad, queda dueño de la utilidad restante. *Este es contrato de aseguracion del lucro cierto, renunciando al incierto.*

2. De semejante agregacion de pactos resulta que Pedro ha dado à Juan cuatro mil ducados, los cuales le ha de devolver, y ademas el cinco por ciento al año, sin que ya le toque ninguna especie de riesgos en orden á una y otra cantidad, ora pierda Juan, ora gane en sus grangerías.

3. De aquí se deduce, que este contrato no es otra cosa en último resultado que un mutuo ó empréstito con interes, por cuya razon la opinion mas comun lo tiene por lícito cuando dicho interes es tan módico que no excede del tanto por ciento que las leyes permiten como premio de un capital anticipado, y de cuyo uso se priva su dueño. Si à esta privacion se agrega, que el capital no está asegurado por medio de fincas ú otros bienes hipotecados al efecto, como sucede comunmente en este contrato, en el cual no suele mediar sino un mero papel, ó simple escritura de aseguracion, á nadie puede quedar duda de que son lícitas las ganancias moderadas donde puede haber pérdidas, como frecuentemente acaece aun en las casas de comercio mas acreditadas.

4. Se previene que para que se repute este convenio por contrato trino, no es menester que en la escritura se individualicen en la forma dicha los pactos que lo constituyen, pues basta que aparezca ser este el espíritu y objeto de la obligacion que se contrae.

5. En orden á si es lícito el contrato trino de parte del que recibe el capital, no ponen duda los autores, á menos que la ganancia que espera la juzgue cierta y segura, en cuyo caso dicen que como no hay riesgo, debe pagar al otro íntegra su parte de utilidades por no haber motivo en qué fundar la rebaja pactada. Pero rara vez se verificará la certeza y seguridad del lucro en los términos que suponen.

6. Para que el escribano sepa como se ha de ordenar la escritura, extenderé lo dispositivo de ella::: *Otorga y confiesa el citado Juan haber recibido del enunciado Pedro tantos reales que le entregò por fondo de esta compañia para comerciar con ellos: y aunque su entrega* (aquí se pondrá la renunciacion de la excepcion de la paga no hecha, como se dice en el párrafo 6, capítulo 28 de este título, y si la entrega es de presente, dará el escribano fe de ella), *y en su consecuencia se obliga á devolvérselos integramente dentro de tantos años, que cumplirán en tal dia de tal mes y año venidero de tantos, pena de ejecucion, costas y salario de su cobranza, y á pagarle anualmente tanto por ciento de ellos, con tal que mientras no espiren no le pida la*

suerte principal, ni la cuenta de su inversion y producto, ni mas premio anuo que el referido tanto por ciento, aunque le conste é indague verídicamente que el negocio en que se empleó, produjo un treinta ó mas; pues si uno ú otro intentare, mediante contravenir á lo pactado, y quedar obligado el otorgante bajo de estas condiciones á la solucion del premio anual y á la aseguracion del capital no ha de poder ser compelido á restituirle mas que el sobrante de este, deducido lo que con título de premio hubiera perdido, y en este caso se ha de estimar y declarar este contrato por mutuo puro y no de compañía, que llaman trino con aseguracion del capital y lucro cierto por el incierto, respecto el riesgo de ganar ó perder á que se expone, y ser justo por esta razon que no demande, ni á sus herederos, otra cosa, y el referido Pedro enterado de esta escritura, dijo: que la acepta, y se obliga á no pedir á su compañero los tantos reales hasta que pasen los años estipulados, ni cuenta de su producto ni del negocio en que los empleó, ni mas cantidad que el tanto por ciento que le ha ofrecido, antes bien le cede y dona irrevocable y graciosamente el exceso en mucha ó poca suma con las estabilidades por derecho prescritas, y si no lo hiciere, quiere que este contrato se estime por mutuo simple, y no de compañía, como queda expuesto, y que se le apremie á admitir en cuenta de la suerte principal todo lo que hubiere recibido con título de premio, á fin de que de esta suerte sea lícito y justo en todas sus partes. Y ambos otorgantes se obligan á no pretender la disolucion de esta sociedad durante el tiempo pactado, y á su cumplimiento con todos sus bienes etc. Se previene que en el ingreso ó introduccion de la escritura no se ha de decir que le dió el dinero prestado, sino que hicieron compañía para que traficase con él á pérdidas y ganancias: que por evitar la molestia y prolijidad de llevar cuentas, ofreció asegurarle el capital, y contribuirle con tanto por ciento durante la sociedad con varias calidades y condiciones, y que para su respectiva seguridad determinaron formalizar la escritura; y ambos han de entrar hablando, mas luego cada uno solo en la parte que le corresponde hasta la conclusion, en que vuelven á hablar y obligarse mutuamente al cumplimiento del contrato (1) (*).

1 Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Societas.* Catlev. *de jud.* tit. 3. disp. 7, y principalmente desde el num. 18; y los que estos citan.

* Esto es hacer consistir la moral en solas palabras. Enhorabuena que el escribano estienda la escritura en los términos que propone el autor; pero deberá guardarse de autorizarla, excediéndose del seis por ciento legal. La ley recopilada que

Escrituras correspondientes á este capítulo.

ESCRITURA DE COMPAÑÍA.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro y Juan de tal, vecinos de ella, dijeron: que hallándose el citado Pedro con tanta cantidad en dinero efectivo, deseoso de comerciar con ella, y constándole que el referido Juan es práctico en el comercio, y que de traficar con dicha cantidad se les podrá seguir mucha utilidad y conveniencia, deliberaron de comun acuerdo formar compañía, y para que tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho = Otorgan que hacen y establecen su compañía por el tiempo y con las circunstancias y condiciones siguientes.

Que esta compañía ha de subsistir *tantos años*, que empezarán á correr y contarse desde el 1.° del mes de *tal* próximo futuro, y cumplirán en fin de *tal* año, y durante ellos no podrá disolverse, ni separarse de ella los otorgantes con ningun pretexto ni motivo que no sea legal, ni ceder á otro extraño el derecho que tienen en ella, sin expreso conocimiento del consocio; pero si alguno quisiere sin causa separarse, ha de pagar al otro el daño que justifique irrogársele, conforme à la ley 11 del tit. 10 Part. 5.

Que han de traficar en tales géneros, y no en otros, empleando en ellos dicho Juan los *tantos* mil reales que Pedro pone por capital ó fondo de esta sociedad, y le entrega en tales monedas à mi presencia y de los testigos que se nombrarán, de que doy fe, y de ellos otorga á su favor el mas eficaz resguardo que à su seguridad conduzca: y si les pareciere útil comerciar en otros lo han de resolver, formalizando su contrata reciproca, y

permite llevar hasta el diez por ciento en las negociaciones lícitas se funda en que este era el precio *máximo* del interes de dinero en aquellos tiempos Aquella disposicion debe entenderse ahora del seis que es el *máximo* del interes legal Tambien se debe notar, que establecidos los principios del contrato trino se sigue por consecuencia de ellos, que no solo de un mercader, sino de todo individuo de cualquiera profesion, cuyo objeto sea la ganancia, puede exigirse con este título el tanto por ciento. Yo no encuentro otro exceptuado, habiendo de estar a tales máximas, que el simple jornalero ú oficial, ó los que para vivir y enriquecerse no han menester empleo alguno de capital. Asi con solo cambiar de nombres, son buenas ó malas, legales ó ilegales las acciones humanas, y se establece con la mayor generalidad por un medio indirecto todo el sistema del interes por el mutuo. *Febrero adicionado.*

citando en ella esta condicion, á fin de que si hubiere pérdidas, ninguno las atribuya al otro por esta causa.

Que el enunciado Juan ha de tener dos libros de caja foliados y empergaminados, rubricadas las hojas de ambos, y sentar en el uno las compras, y en el otro las ventas de dichos géneros con las correspondientes fechas, precios, personas, claridad y distincion à estilo de comercio, para que de esta suerte pueda formarse la cuenta de su ingreso y salida, y saber con facilidad las pérdidas ó ganancias que haya.

Todos los años que dure esta compañía, se ha de hacer con asistencia de ambos otorgantes avance general en los quince dias desde Navidad á Reyes, de los géneros, deudas en pro y en contra, y demas caudal existente, sin que el referido Juan oculte ni suplante cosa alguna, pena de perder otro tanto de su parte de ganancias, si se verificare: y todo lo que se halle de aumento agregarse por mas fondo, sin destinarse á otra cosa, para que se aumenten recíprocamente las utilidades que pueda haber.

El referido Juan ha de asistir por sí mismo á la tienda que con dichos géneros han de poner en tal calle, donde tendrá un mancebo que le ayude al despacho, y le mantendrá en su casa, dándole de comer, vestir y lo demas necesario de cuenta de la compañía; y lo que gaste con él ha de deducirse del cuerpo comun, como tambien los alquileres de la tienda, y demas cargas y gastos anejos al negocio.

Llevará cuenta separada de todo lo que gaste en sus alimentos y en los de su familia para su menos haber, y que se le deduzca y cargue al fin de esta compañía: lo propio se ha de practicar con lo que perciba el mencionado Pedro, y de lo que se ha de dar recibo á aquel para su abono, pues estos gastos son privativos de cada uno, y no de la clase de los arriba expuestos.

A nadie ha de fiar mas que hasta en cantidad de cien reales, y si lo hiciere, será de su cuenta, y se le descontarán de su haber las sumas que diere en fiado, mediante que debe saber á quién las da; por lo que, aunque no lleguen ni excedan de cien reales, ha de tener obligacion de cobrarlos, y no cobrándolos los perderá y recibirá de menos.

En todos los vales, letras, cartas y contratos que fueren concernientes à esta compañía, han de firmar los otorgantes sus respectivos nombres y apellidos con el aditamento de: *y compañía*, y haciendo lo contrario, será de su cuenta, y no de la de ambos,

cualquier riesgo, utilidad ó perjuicio que sobrevenga.

Cuando se disuelva esta compañía, se han de dividir por mitad los géneros y caudal que hubiere existentes, deducido el fondo puesto, y aplicarse á cada uno igual porcion, asi de buenos y medianos como de malos, para que no sean perjudicados, sin que con ningun pretexto ni motivo puedan pretender otra cosa por esta razon.

Si hubiere pérdidas, nada ha de pagar de ellas el citado Juan y si ni pérdidas ni utilidades, tampoco ha de tener derecho á parte alguna del fondo ó capital puesto por su consocio, antes sí lo recogerá íntegro este como suyo.

Aqui se pondrán las demas condiciones que los interesados quisieren, y luego proseguirá la escritura.

Con estas calidades y condiciones establecen ambos otorgantes esta compañía, y se obligan á observar exacta y respectivamente cuanto en esta escritura y sus capítulos se contiene, y no separarse de ella, ni reclamarla total ni parcialmente; y si lo hicieren, no sean admitidos en juicio ni fuera de él. Para su mejor cumplimiento se imponen la pena de *tantos* reales en que desde ahora se dan por condenados, sin mas sentencia ni declaracion tantas cuantas veces contravinieren á lo pactado, y quieren que pagados que sean, ó no, se lleve no obstante á debido efecto, y que por el mismo caso sea visto haberla aprobado, á cuyo fin la formalizan con todas las firmezas por derecho conducentes á su validacion, y á ello obligan sus personas y bienes muebles, raices &c. De la extension de esta escritura trata la ley 78. tit. 18. Part. 3.

Nota. La escritura precedente es de compañía singular: el que sepa ordenarla, sabrá tambien extender la de compañía universal, pues como este contrato consiste en condiciones de las partes, poco mas tiene que hacer el escribano, que mirar si son ó no justas, y no siéndolo, prevenirlo á los contrayentes para que las arreglen, y estándolo, ponerlas con toda claridad, de suerte que no admitan interpretacion, ni por ellas se fomenten pleitos, y luego el pie en la forma expresada. Tambien suelen hacerse compañías sobre otras varias cosas, en las que tiene que hacer lo mismo el escribano. Cuando se finalizan las compañías, hacen avance los socios, parten las ganancias y enseres, y formalizan sobre ello su respectiva carta de pago y finiquito, dándose por contentos y pagados, obligándose á no pedirse cosa al-

guna, y á estar y pasar por el avance en todo tiempo, y en la introduccion de la carta de pago se relaciona la escritura de compañía, é inserta dicho avance; y por ser esto cosa clara, como tambien por evitar prolijidad, omito extenderlo.

RESCISION Y SEPARACION DE COMPAÑÍA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro y Juan de *tal*, vecinos de esta villa, dijeron: que *tal* dia formaron compañía para traficar y comerciar en *tales* géneros, de que otorgaron la correspondiente escritura ante N. escribano, cuya copia original me entregan para unir á este instrumento, é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aquí la escritura.

Conviene la escritura inserta con la que está en el protocolo de esta, de que doy fe; y sin embargo de haber formalizado los otorgantes la citada sociedad por tiempo de cuatro años, que cumplirán en tantos de *tal* mes del venidero de *tantos*, con la condicion de que en este tiempo no se habia de disolver; han tratado y resuelto por justas causas que les asisten, separarse y cesar en ella, y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorados del que les compete = Otorgan que rescinden, disuelven y dan por disuelta; finalizada y rescindida en todo y por todo la mencionada compañía: por rota, cancelada y de ningun valor ni efecto la escritura formalizada sobre ella, sus pactos, condiciones, sumisiones, penas, renunciaciones y lo demas que contiene para que obren lo mismo que si no se hubiera otorgado: por extinguidas y acabadas enteramente las acciones y pretensiones que en su virtud tenian y podian intentar uno contra otro, y por remitidas, como se remiten mutuamente, todas las ganancias ó pérdidas que ha habido y resultado de dicho tráfico y comercio; y de su importe en mucha ò poca suma se hacen recíproca gracia y donacion en sanidad pura, perfecta é irrevocable, con insinuacion y demas estabilidades conducentes á su seguridad: y mediante estar satisfechos y reintegrados del respectivo haber que les toca, se dan de él la mas firme carta de pago, finiquito y resguardo que les convenga, renuncian la excepcion de la ley 9 del tit. 1. Part. 3. que trata de la paga no hecha, respecto no parecer de presente su entrega, y los dos años que prefine para la prueba

de su recibo: se desisten y apartan de cualquier derecho que en esta parte les competa, el que se ceden, renuncian y traspasan mutuamente sin reservacion alguna para siempre, obligándose á no reclamar ni contravenir total ni parcialmente esta escritura con pretexto alguno; y si lo hicieren quieren se les condene en costas, á mas de no ser oidos judicial ni extrajudicialmente, y que por el mismo caso sea visto haberla aprobado y ratificado. A la observancia de este obligan sus bienes &c. (*Aqui se pondrán las cláusulas generales, y luego proseguirá:*) y consienten que esta escritura se note en el protocolo de la compañía, para que siempre conste y produzca los demas efectos que haya lugar: en cuyo testimonio asi lo otorgan y firman &c.

CAPITULO DECIMOTERCERO.

Del mandato.

§. 1. ¿Que se entiende por mandato?
2. Este contrato es bilateral.
3. Puede ser puro ó condicional, por escrito ó de palabra, entre presentes ó entre ausentes.
4. Frases con que puede concebirse el mandato.
5. Puede celebrarse de cinco maneras con respecto á su objeto final.
6. Aceptado el mandato debe cumplirse pena del resarcimiento de daños y perjuicios.
7, 8, 9 y 10. Casos en que interviene exceso de parte del mandatario, y otros en que no interviene.
11. Cuando el exceso versa sobre parte de la comision, solo en ella será responsable el mandatario.
12. En las gestiones necesarias al cumplimiento del mandato no hay exceso, aunque el contrato no las exprese.
13. Cuando la comision es amplia y general, obligan al mandante cuantos pactos hiciere al mandatario.
14. ¿En que casos puede este nombrar sustituto para el desempeño de su encargo?
15. En el mandato especial no hay precision de expresar que se contrata á nombre del mandante; pero sí en el general.
16. El mandatario debe poner en noticia del mandante cuanto crea que puede motivar la revocacion del mandato.
17. No puede el mandatario comprar para sí los efectos cuya venta tiene á su cargo.
18. El mandato es nulo si no recae sobre cosa honesta y conforme á las buenas costumbres.
19. Segun la mas comun opinion, cualquiera de los contrayentes puede volverse atras *estando íntegro el negocio.*
20. El mandato celebrado puede dejar de ser obligatorio por varios incidentes.
21. Otras excusas legítimas del mandatario para no cumplir su comision.
22. Sobre los diferentes modos de concluirse el mandato.
23. Sigue el mismo asunto.
24. Concluido el mandato debe dar cuentas el mandatario.

1. Por *mandato* se entiende todo contrato *en que una persona da un encargo á otra, la cual lo admite constituyéndose en obligacion de cumplirlo.* Se advierte que solo se dirá *mandato*, y se regirá por las reglas de tal, cuando dicho contrato no

tenga nombre conocido en el derecho, como depósito, arrendamiento ú otro semejante.

2. El mandato es bilateral, pues por él quedan obligados ambos contrayentes: el mandante á satisfacer al mandatario cuanto hubiere expendido en el cumplimiento del negocio (*), y este á evacuarlo bien y legalmente, sopena de resarcir al primero los daños que por descuido notable ó por culpa le hubiese irrogado (1) (**).

3. Puede decirse que el mandato no tiene otras reglas que la voluntad de los contrayentes, por lo cual puede celebrarse pura ó condicionalmente, de viva voz, ó por escrito, personalmente ó por la intervencion de un tercero, entre presentes ó entre ausentes, siempre que no se pueda dudar que hubo mandato (2). Tambien puede contraerse tácitamente, como si alguno se entromete á administrar una hacienda ó manejar un negocio ageno sin encargo especial de su dueño, pero con su noticia y tolerancia. Lo mismo sucederá si encargando la evacuacion de cualquier asunto á una persona por escrito, contestase en términos que no indicasen repugnancia á admitirlo. De ambas maneras se entiende haber mandato, y existir la responsabilidad que trae consigo (***).

4. En el mandato es necesaria la intencion de obligarse el mandante y mandatario; pero el primero puede usar de las frases, *te ruego, es mi voluntad, te encargo, ó mando,* ú otras semejantes, sin que por la diferencia de su significacion respectiva, pueda eximirse despues de la obligacion que contrajo, pretextando no haber sido esa su intencion, á menos que lo justifique con testigos presenciales (3).

5. Ademas de las prevenciones hechas acerca del modo de efectuar este contrato, hay que añadir que con respecto á su fin puede celebrarse de cinco maneras segun las leyes de Partida (4): 1.ª por utilidad del mandante, que es la mas frecuente; 2.ª por beneficio de un tercero; 3.ª por el de un tercero y del mandan-

* Esta es la doctrina del derecho romano, que requiere en el mandatario oficios puramente gratuitos, como que supone fundado en la amistad este contrato. Sin embargo la designacion de salario no le viciaba entonces, y tampoco le vicia entre nosotros.

1 Ley 20. tit. 12 Part. 5.

** Gregorio Lopez es de opinion de que el mandatario está obligado aun á la culpa levísima, dictamen que el Dr. Sala tiene por sobrado escrupuloso. (Sala *Ilustracion del Derecho Real*, lib. 2. tit. 15. num. 15.

2 Ley 24. tit. 12. Part. 5.

*** En estos casos hay que atender á las palabras en que está concedido el encargo, pues un dictamen amistoso ó una simple recomendacion no constituyen mandato.

3 La misma ley 24.

4 Leyes 20, 21 y 22. tit 12. Part. 5.

te; 4.ª por utilidad de este y del mandatario; 5.ª por la de este y de un tercero. De esto se infiere que no hay mandato, cuando solo al mandatario resulta beneficio; y asi se reputará por un simple consejo, sin que en el mandante produzca la mas leve obligacion, excepto el caso en que por haberle dado fraudulenta ó maliciosamente, resulten perjuicios al mandatario, que estará obligado á resarcir, siempre que este justifique la mala fe del primero (1).

6. Aceptado el mandato, lo cual es voluntario, debe el que lo aceptó cumplirlo, pena del resarcimiento, como queda dicho, sin excederse de los términos en que le fue conferido, ni ser omiso en las diligencias necesarias al objeto. Asi un administrador moroso en la cobranza de las deudas de su mandante, de modo que por esto ha empobrecido ó imposibilitádose de pagar à los deudores, está obligado á satisfacerlas junto con los demas perjuicios irrogados al principal sin el menor descuento ni salario; pero deberá probar este, que el cobro hubiera sido efectivo á no haber sido omiso el mandatario. Lo mismo sucede respeto de las costas y demas gravámenes que se causen al mandante por haberse descuidado en pagar sus deudas el mandatario en tiempo oportuno.

7. Se entiende haberse excedido en su comision el mandatario cuando la evacua con condiciones mas onerosas que las que se expresaron en el contrato; pero cuando la hubiere cumplido con otras mas ventajosas, no se debe reputar exceso. Tampoco le hay cuando no habiéndose impuesto al mandatario condicion alguna, no acomodaren al mandante aquellas con que se hubiere obligado el primero, y asi habrá de pasar por ellas forzosamente. Esto sin embargo no tiene lugar cuando median circunstancias repugnantes ó notoriamente injustas, como si fuese el encargo comprar una casa, y el precio que el mandatario diese por ella sobrepujase considerablemente al valor efectivo de la misma: la razon es porque el mandato de comprar lleva embebida la condicion de que haya de ser por un precio equitativo.

8. Si por los términos en que esté concebido el mandato se conoce que el encargo debe cumplirse en su totalidad, habrá defecto, y por consiguiente responsabilidad en el mandatario, si solo le evacua parcialmente. Tal seria el caso en que se le mandase comprar una viña con su lagar, y solo comprase el último. Pero en otros encargos no seria lo mismo, como si la co-

1 Ley 23. tit. 12. Part. 5.

mision fuese de comprar doscientas fanegas de trigo, y el mandatario solo hubiese comprado la mitad, pues deberá el mandante pasar por la compra.

9. Tampoco habrá exceso cuando el mandato se cumpla en lo esencial, aunque el modo sea diferente del prescrito siempre que no resulte gravamen al mandante. Tal sucederia si mandada pagar una deuda, se constituyese el mandatario deudor en lugar del demandante y el acreedor se allanase à esto. La razon es porque lo esencial del mandato era extinguir la deuda, siendo indiferente al que lo dió el que se verificase su extincion por medio de dinero, ó por el de otro deudor sustituido en lugar suyo.

10. Hay siempre exceso de parte del mandatario cuando hace cosa diversa de lo que se le encargó, aunque resulten al mandante mayores ventajas; y asi este no está obligado á pasar por ello, sino en cuanto lo ratifique posteriormente. Tal sucederia por ejemplo, si estando el mandatario encargado de comprar cierta viña en cuatro mil duros, comprase en tres mil otra diferente y mucho mejor que la primera.

11. Siempre que el mandatario se excede en parte en su comision, y en parte la cumple, solo será responsable en aquello en que se excedió. Si v. gr. compró por veinte lo que se le encargó comprar por diez y ocho, ó si vendió por seis lo que le mandaron vender por siete, estará obligado á resarcir el exceso; por lo cual allanándose á perder los dos en el primer caso, y el uno en el segundo, tiene precision el mandante de pasar por lo hecho.

12. Hay cosas que el mandatario puede hacer sin incurrir en exceso, aun cuando no las exprese el mandato, y son todas aquellas sin las cuales no puede este cumplirse. Si lo que se manda es comprar y remitir ciertos géneros al mandante, es claro que tiene facultad de ajustar carruage ó flete para su conduccion, recibir las cosas compradas, ó el precio de las vendidas; pero si solo se le ha encargado comprar y vender, no puede hacer cambios ni arrendamientos, por ser contratos de diferente naturaleza. Tampoco podrá vender al fiado, si no está expresa en el mandato esta autorizacion.

13. Cuando la comision es amplia y general para uno ó muchos negocios, se entiende que cuando el mandatario hiciere y pactare en ellos, obliga al mandante, mientras no intervenga mala fe. Sin embargo en el mandato general no se comprende la facultad de tomar dinero à cambio con interes, á menos que tal

sea la costumbre del pais, ó que de otro modo no sea posible desempeñar el encargo.

14. El mandatario en negocios extrajudiciales tiene facultad de nombrar sustituto bajo su responsabilidad, que los desempeñe (1). Sin embargo parece que esta disposicion legal debe limitarse al caso en que la capacidad personal del mandatario no sea de suma importancia en el negocio. Pues si este fuese de edificar una casa, y se diese á un arquitecto habil, no cabe duda en que este se excederia si diese el encargo á otro. Si en la comision se expresa que obre el mandatario de acuerdo con un tercero, y la evacua por sí solo, es visto que se ha excedido, y nada de cuanto hiciere obliga al mandante.

15. Cuando un mandatario general para negocios y contratos celebra algunos sin expresar en nombre de quien los hace, se entiende ser en el suyo; pero si el mandato es especial no hay necesidad de que exprese en cabeza de quien contrata, pues se da por supuesto que es en la del mandante.

16. Es obligacion del mandatario advertir á su principal todo lo que sepa en orden al negocio de su comision, si cree que su noticia puede influir en que la revoque. Asi en el caso de haberle mandado comprar una casa teniéndola por firme y bien construida, debe suspender la compra si sabe que no lo está, y hacérselo presente.

17. Al mandatario que tiene á su cargo la venta de bienes, le está prohibido comprarlos para sí, pena de nulidad del contrato y de pagar cuádruplo, con aplicacion al fisco, el valor de lo que hubiere comprado (2).

18. Para que valga el mandato y produzca las obligaciones y efectos legales de que va hecha mencion, es menester que verse sobre cosa honesta, conforme á las buenas costumbres. Por lo mismo el mandatario nada podria pedir por razon de expensas hechas en el cumplimiento del que asi no fuese, aunque tanto este como el mandante serian responsables del hecho con arreglo á las leyes. Del mismo principio nace la nulidad impuesta al mandato que hiciere un menor de que alguno diese fianzas por una mala muger (3).

19. Es cosa dudosa si puede cualquiera de los contrayentes volverse atras, cuando no se ha dado aun principio al desempeño del mandato, que es lo que se llama *integro negocio* (*); Gre-

1. Ley 19. tit. 5. Part. 5.
2. Ley 1. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.
3. Ley 25. tit. 12. Part. 5.

* La duda recae únicamente sobre el mandatario, pues el mandante en cualquier tiempo puede revocar el mandato.

gorio Lopez opina que no, fundado en las palabras de la ley 20 citada, que dicen: *tenudo es de cumplirlo*; pero la opinion contraria es mas general.

20. Despues de celebrado el mandato puede dejar de ser obligatorio por algunos incidentes, como grave enfermedad del mandatario; pues se supone haber convenido en él si su salud se lo permite. Lo mismo sucederá si sobreviene séria enemistad entre los contrayentes, porque es contrato que se funda en la amistad y benevolencia. Tambien estará disculpado el mandatario de suspender el cumplimiento del mandato, si teniendo que hacer para ello alguna anticipacion pecuniaria sabe el mal estado de los negocios del mandante, y recela justamente que no ha de ser reintegrado.

21. Suelen ademas sobrevenir otra especie de impedimentos que prestan legítima excusa al mandatario, como si repentinamente se ve precisado á dejar el pueblo en que ha de cumplirse el mandato para volver al de su ordinaria residencia; pero en caso semejante debe advertirlo inmediatamente á su principal para que se valga de otra persona, y no le pare perjuicio.

22. Resta apuntar los diferentes modos porque puede concluirse el mandato: el primero y mas comun es el cumplimiento del mismo con arreglo à lo contratado. El segundo la revocacion de él tacita ó expresa, en cuyo caso debe el mandante abonar los gastos hechos por el mandatario hasta la revocacion, y el salario convenido si lo hubiere, á menos que esta proceda de culpa ú omision del segundo. Tácitamente se revocaria, si encargase el mandante el mismo negocio á otra persona, ó si el mandatario hubiese sufrido condenacion judicial por causa infamatoria, ó hecho bancarrota. Sin embargo lo practicado por el mandatario antes de tales hechos obliga al mandante, del mismo modo que lo que haya ejecutado antes de saber la revocacion, aun cuando sea expresa (1). El tercero es el fallecimiento del mandatario, excepto el caso en que hubiere empezado el negocio, pues entonces deben concluirle sus herederos y dar cuenta al mandante. Cuarto la muerte de este, bien sea natural, bien civil: à excepcion de tres casos, que son cuando estaba principiado el negocio, ó cuando el mandatario dió principio á él de buena fe por ignorar la muerte del mandante, ó finalmente cuando el asunto era de tal calidad, que de suspender su ejecucion y esperar respuesta de los herederos podian resultar

1 Ley 5. tit. 5. Part 5.

notables perjuicios. En estos casos tienen obligacion aquellos á pasar por lo hecho y abonar los gastos.

23. No menos se acaba el mandato por la mudanza de estado del mandante, siempre que sea tal que le impida legalmente el manejo de sus negocios, como la prodigalidad declarada por el juez, la demencia ú otro incidente por el cual se le nombre curador, pues es preciso que este ratifique el mandato. Lo mismo sucede con la muger, que por contraer matrimonio despues de celebrar aquel, queda sujeta á su marido; si bien en tales casos tienen lugar las excepciones indicadas de ignorancia del suceso y urgencia del asunto. Por último se entiende cesar el mandato siempre que el mandante pierde el derecho de hacer por sí mismo lo que tiene encargado á otro.

24. Concluido el mandato debe dar el mandatario al mandante las cuentas del negocio y su manejo (1), entregándole cuantos efectos y documentos tuviere relativos á él, y en especial las escrituras solemnes, que hagan fe, de las deudas contraidas en favor del mandante, y de las que en su nombre se hubiese satisfecho. Puede sin embargo el mandatario retener de los fondos del mandante las cantidades que hayan anticipado, y los efectos comprados á nombre de este para asegurar el cobro de su alcance (2); pero deberá acreditar competentemente las partidas de cargo y data (3), á menos que por ser gastos manifiestos ó de corta entidad se tenga por bastante su juramento. Si son muchos los mandatarios que han tenido á su cargo un asunto, puede el principal reconvenir *in solidum* á cualquiera de ellos, y por último si resultaren alcances entre los contrayentes, y sufre demora su reintegro, deberá el deudor satisfacer al acreedor, si los exige, los intereses que se consideran justos ó bien á estilo de comercio (*).

1 Leyes 26, 27 y 31. tit. 12 Part. 5.
2 Ley 29 tit. 12. Part. 5.
3 Leyes 20, 21, 26, 28, 31 y 33 dichos tit. y Part.

* De los comisionistas, que son unos verdaderos mandatarios, se habla extensamente en el tratado de la jurisprudencia mercantil, tomo 3.°

CAPITULO DECIMOCUARTO.

De los poderes, de los procuradores y agentes de negocios.

§. 1. Diferencia entre la procuracion y el mandato.
2. ¿Que se llama *poder* en derecho, y de cuantos modos puede conferirse?
3. Pueden dar poder los capaces de contratar, y el hijo de familia en ciertos casos.
4. El padre que quiere sacar á su hijo de poder ageno, debe demandarlo por sí mismo.
5. Diferencia en orden á otorgar poderes entre el que es tenido por siervo, y el que no siendo reputado por tal tiene contra sí demanda de servidumbre.
6. La muger casada no puede nombrar apoderado sin licencia de su marido. Los religiosos profesos ¿cuando podrán nombrarlo?
7. ¿Quienes estan imposibilitados de ser procuradores de otro?
8. Los religiosos solo pueden serlo en los pleitos de su orden, y los clérigos en los del Rey, ó de su iglesia ó prelado.
9. El menor no puede comparecer en juicio á nombre de otro hasta que haya cumplido diez y siete años.
10. ¿Quienes pueden presentarse en juicio por otro sin poder del interesado?
11. El apoderado para pleitos no puede nombrar sustituto sin haber contestado la demanda, á menos de autorizarle á ello los poderes.
12. Ningun sustituto está facultado para nombrar otro si el poder no lo previene expresamente.
13. Casos que deben especificarse en el poder, y otras que pueden comprenderse en el mismo.
14. Advertencia sobre dos cláusulas que es costumbre insertar en los poderes.
15. Explicacion de la cláusula de revelacion, que tambien es frecuente poner en ellos.
16, 17, 18. ¿De que modos fenece la procuracion.
19. El procurador debe dar cuentas á su principal de las cantidades referidas, y satisfacer los perjuicios que hubieren irrogado á este su culpa ó negligencia.
20. Conciertos prohibidos al procurador y abogado con las personas que defienden.
21. Observaciones sobre el poder para casarse.
22. Adicion á este capítulo.
23. Requisitos necesarios en los que hayan de ser procuradores de los Consejos, chancillerías y audiencias.
24. No puede ser procurador el padre, hijo, hermano ni cuñado del escribano ante quien penda el pleito.
25. No pueden los procuradores

presentar pedimento sin poder dado por bastante, ni peticion firmada por abogado que no lo sea de la chancillería y audiencia ante la cual se ventile el pleito.

26. ¿Que deberán hacer los procuradores siempre que pidan en el Consejo sobrecarta de alguna provision?

27. Aunque las obligaciones referidas se han prescrito por las leyes con respecto á los procuradores de los tribunales supremos, sin embargo como son tan justas y razonables, pueden extenderse á los de todos los tribunales.

28. Otra observacion relativa á los procuradores del Consejo.

29. Secreto y fidelidad que deben guardar los procuradores.

30. ¿Que se entiende por agente de negocios? Estos no pueden presentar ninguna peticion en juicio, ni hacer ninguna otra gestion judicial.

31. Personas á quienes prohiben las leyes el ser agentes de negocios.

32. En Madrid reside un agente creado en virtud de Real decreto, por cuya mano han de dirigir los vasallos á Roma sus pretensiones.

33. ¿Que está dispuesto acerca de los agentes de negocios de Indias?

Formulario correspondiente á este capítulo.

1. El apoderado, procurador ó personero es un *mandatario*, y asi parece este ser el lugar oportuno de tratar de la procuracion, la cual solo se diferencia del mandato, en que el significado de esta voz es mas general, y en que este contrato puede otorgarse de palabra, en vez de que la procuracion ha de ser necesariamente en virtud de poder por escrito.

2. Llámase poder la *facultad que por medio de un instrumento solemne da un individuo á otro para que en su nombre haga lo que él haria por si mismo en el negocio que le encarga.* Segun nuestras leyes se puede dar poder de tres maneras (1). Primera, otorgándole ante escribano público del número; segunda, ante otro escribano, sellado con el sello del Rey, señor, prelado, maestro de algun orden, concejo ó de otro; y tercera, presenciando su otorgamiento el juez, al cual llamaban antiguamente *apud acta*, porque se hacia en los mismos autos, y para su validacion bastaba que el mandante ó poderdante dijese al mandatario que le hacia su procurador en el pleito que seguia

1 Leyes 1. tit. 10. lib. 1. del Fuero Real, y 14. tit. 5. Part. 3.

con el colitigante sobre tal cosa, á fin de que pudiese practicar en su defensa todo lo que ocurriese, cuya expresion era suficiente para principiar y seguir el pleito; pero hoy no se usa este modo de dar poder, por estar prohibido, y mandado que de todos los instrumentos quede protocolo, y no se dé copia de ellos á los interesados hasta su total extension y otorgamiento.

3. El que es capaz puede dar poder y constituir procurador ó apoderado, con tal que no esté bajo el poder ageno; pero hay casos en que se permite que lo otorgue el hijo que salió de la edad pupilar, y está en el de su padre: el primero para demandar sus bienes castrenses y casicastrenses, y asi el hijo que tiene renta eclesiástica puede cobrarla, y dar poder para ello, porque esta se reputa casicastrense, bien que conviene que en ello intervenga su padre, aunque no es preciso; y lo mismo procede para el uso de patronatos propio del hijo. El segundo cuando su padre lo envia á alguna escuela ó universidad, y despues de llegar á ella, ó en el camino le sucede tal cosa, por la que ha de demandar ó ser demandado. Y el tercero, si estando el hijo en el lugar de su padre y este ausente, ocurre algo porque tiene que seguir pleito en nombre de dicho su padre; pero en este caso ha de dar caucion y seguridad de que este habrá por firme lo que él y su apoderado practiquen (1); pero el menor de veinticinco años, que tiene tutor, no puede elegir procurador en juicio sin su licencia, y si lo hace, valdrá únicamente lo que ceda en su utilidad; ni tampoco el tutor puede como tal dar poder en juicio, si no empieza primero el pleito, ya sea demandando ó defendiendo (2).

4. Si alguno tiene hijo ageno en su poder contra la voluntad de su padre, y este quiere sacarlo de él, debe demandarlo por sí mismo, á menos que esté justamente impedido, pues en este caso puede dar para ello poder especial á otro, expresando la causa por qué no lo demanda por sí (3): y si muchas personas tienen algun pleito, pueden dar un solo poder; y constituir un procurador que las defienda en él (4).

5. Si el que es reputado por libre, y no está en el dominio de otro, fuere demandado por siervo, podrá nombrar apoderado que le defienda en el pleito de su libertad, y tambien para demandar á sus deudores, aunque esté contestada la demanda de servidumbre; pero al que es tenido por siervo, y está en po-

1 Ley 2. tit. 5. Part. 3.
2 Ley 3 tit. 5. Part. 5. *Cur. Filip.* Part. 1. § 9.
3 Ley 16. tit. 5 Part. 3.
4 Ley 15 tit. 10. lib. 1. del Fuero Real.

der de su señor, se le prohibe en el todo, y asi debe comparecer por sí mismo en juicio, precedida la venia de su señor, y el juez apremiará á este para que esté á derecho con él, y tomará suficiente seguridad à fin de que el siervo pueda exponer el suyo; y cualquiera, ya sea su pariente ó extraño, puede defenderle en el pleito de libertad, no obstante que no tenga su poder, porque todas las leyes la protegen (1). Es de advertir que el siervo no puede ser apoderado en pleitos que no pertenecen al Rey; pero para cosas extrajudiciales, v. gr. administrar los bienes de su señor, le es permitido; como tambien al que es tenido por libre, aunque esté demandado por siervo (2).

6. La muger casada puede nombrar apoderado con licencia de su marido, y no de otra suerte, à menos que sea para las cosas que se dirán en el capítulo 29 de este título. Los religiosos profesos pueden constituir apoderado para su defensa, si se ven oprimidos por sus superiores; como asimismo para administrar los bienes y rentas que gozan con su permiso, defender sus regalías, para lo demas concierniente y anejo á ello.

7. No pueden ser apoderados ó personeros de otro en cosa alguna, el loco, desmemoriado, mudo y sordo total, ni el acusado de grave delito, mientras dura la acusacion. La muger puede serlo en juicio por sus ascendientes y descendientes, no habiendo quien los defienda, y estando muy viejos é imposibilitados, y no de otra suerte; como tambien por librar á sus parientes de servidumbre, y seguir la apelacion de sentencia de muerte dada contra alguno de ellos (3): pero para cosas extrajudiciales no la está prohibido; y aun en juicio se la admite tambien por no haber prohibicion legal, á no ser que haya que tomar autos, pues entonces sustituye el poder en procuradores.

8. Los religiosos solo pueden serlo en pleito de su orden con licencia de su prelado; y los clérigos ordenados *in sacris* en los de sus iglesias, Rey ó prelado (4); y segun decreto de su Magestad, publicado en el Consejo en 19 de noviembre de 1764 (ley 2. tit. 27. lib. 1. Nov. Rec.), y cédula expedida en el Real sitio de San Lorenzo á 25 del mismo mes y año, confirmatoria de la ley 1. tit. 27. lib. 1. Nov. Rec. á que se refiere, tampoco pueden ser agentes de pleitos, entender en administraciones, cobranzas ni dependencias que no sean de sus propias iglesias, monasterios, conventos ó beneficios; ni mezclar-

1 Ley 4. tit. 5. Part. 3.
2 Ley 5. tit. 5. Part. 3.
3 Ley 5. tit. 5. Part. 3.
4 Ley 5. cit.

se en negocios agenos meramente profanos y temporales, por medio de interpuestas personas con título de sustitucion ni otro alguno; ni por consiguiente admitir poderes para ellos, aunque por sustituirlos en nada intervengan por sí mismos (*).

9. Al menor está prohibido el comparecer en juicio en nombre de otro; pero teniendo diez y siete años cumplidos, puede ser apoderado, y hacer fuera de juicio lo que cualquiera le encargue (1).

10. Ninguno puede comparecer en juicio por otro en calidad de actor sin su poder, á excepcion de los siguientes: el marido por su muger, el pariente por sus parientes consanguíneos, ó afines hasta el cuarto grado, ó por su criado ó deudo, ó por razon de manumision de esclavo, los cuales pueden comparecer en juicio unos por otros, aunque sea sin poder del interesado, á menos que este lo resista. Tambien pueden comparecer los herederos que poseen bienes *pro indiviso*, y socios que tienen compañía, con tal que antes de entrar en juicio den fianza segura bajo de pena de que aquel á quien defienden habrá por firme lo que se hiciere en el pleito, y que si no quisiere, ellos y sus fiadores pagarán al colitigante la pena que se les imponga; pero este debe pedir la fianza y caucion antes de la contestacion, porque despues no estan obligados á darla aunque se les pida. En calidad de reo cualquiera puede comparecer por otro en juicio, aunque no sea su pariente ni tenga su poder, dando la seguridad mencionada (2).

11. El apoderado para pleitos no puede nombrar sustituto antes de haber contestado la demanda, á menos que para ello se le haya dado facultad expresa: y ninguno de los dos ha de traspasar los límites que el poder contuviere, pena de nulidad de cuanto obraren sin tal autorizacion (3). Tampoco podrán seguir un pleito despues de ejecutoriado, en lo concerniente á la ejecucion de la sentencia, sino lo expresa el poder, y así convendrá insertar esta circunstancia para evitar gastos á las partes. Pero el apoderado para negocios extrajudiciales tiene facultad de nombrar sustituto, aunque el poder no la exprese.

12. Ningun sustituto puede hacer nueva sustitucion si termi-

* Se tendrán presentes las leyes 32. tit. 11. lib. 7. y la 4 tit. 9. lib. 7. Nov. Rec. en que se dan las reglas que han de observar los dueños jurisdiccionales para conferir sus administraciones y poderes, y entre otras cosas se manda que no las confieran á los escribanos de los pueblos, jueces, regidores ú otras personas públicas, ó del gobierno de ellos. *Febrero adicionado.*

1 Ley 19 al fin. tit. 5. Part. 3.

2 Ley 10. tit. 5. Part. 3.

3 Ley 19. tit. 5. Part. 3. y 11. tit. 10. lib. 1 del Fuero Real.

nantemente no se le da facultad para ello; y aunque por fórmula se diga que se subroga en el lugar del apoderado, y que se reputa nombrado por el mismo poderdante para cuanto aquel pudiera hacer, estas cláusulas de nada sirven, sino hay otra que autorice nominalmente la segunda sustitucion. Asi muerto el apoderado cesan las facultades del sustituto, á menos que el poder exprese lo contrario, en cuyo caso continuará en el desempeño de su encargo.

13. El poderdante debe nombrar al apoderado por su nombre y apellido, ya esté presente ó ausente, y especificar con toda claridad lo que ha de hacer en virtud de su poder judicial ó extrajudicialmente para siempre ó por tiempo determinado, con condicion ó sin ella (1). Tambien puede constituir muchos apoderados para que todos juntos sigan sus pleitos, y hagan lo que les encarga, ó dar el poder á cada uno con facultad para todo. Si todos principian el pleito por demanda ó contestacion, cualquiera de ellos puede proseguirlo despues, y si la parte contraria se queja pretextando irrogársele perjuicio en tener que entenderse con todos, debe el juez mandar que se entienda con uno solo, á cuyo fin elegirá el mismo juez al que le parezca que ha de evacuar mejor la comision. Si no da á cada uno facultad para todo, ninguno podrá hacer mas que lo que por su parte le corresponda: y si el poder la contiene, está obligado el que empiece á proseguir hasta la conclusion del pleito ó negocio, y los otros apoderados no tienen que intervenir en cosa alguna (2).

14. En todos los poderes suelen insertar los escribanos las cláusulas siguientes: 1.ª *que el poderdante confiere poder á su apoderado con libre, franca y general administracion;* 2.ª *que se lo da para que en su virtud haga todo lo que él haria y podria hacer por sí mismo hallándose presente.* Y si bien es cierto que segun la ley de Partida (3) estas dos cláusulas suplen muchos defectos de los poderes, puesto que por ellas el apoderado puede á veces exceder los límites de aquellos, sin embargo nada aprovechan en la práctica, y solo se admite el poder en lo que terminantemeate contiene. Asi dichas cláusulas se ponen solo por mera costumbre.

15. Otra cláusula suelen tambien insertar, que es la de *relevacion al mandatario, y sustitutos que nombrare.* Esta releva-

1 Ley 13. tit. 5. Part. 3.
2 Ley 18 tit. 5. Part. 3.
3 Ley 19. tit. 5. Part. 3.

cion puede producir en favor del apoderado los efectos siguientes: 1.° que si el mandante es condenado en el juicio civil, no se proceda contra el mandatario á la ejecucion de la condena, sino directamente contra el mandante, segun debe hacerse; porque se constituye su fiador, y no tiene el apoderado que prestar caucion ni otra seguridad de pagar juzgado y sentenciado; pero esto se entiende hoy en caso de que el mandante posea bienes inmuebles, pues de lo contrario no queda relevado, y tendrá que afianzar si se le pide y manda, por el estilo que hay de ponerla en todos los poderes los escribanos; por lo que el demandado diestro, si tiene que reconvenir al demandante que está fuera de la provincia, ó no es idóneo, puede pedir á su procurador antes de la contestacion que en la causa de reconvencion de la fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado por la condenacion que se haga al demandante, no obstante la citada cláusula, por no poseer bienes en lugar cercano de que reintegrarse, cuya excepcion dilatoria se le admitirá; y no afianzando el procurador en este caso, se le debe denegar la audiencia, y no estimarle parte hasta que lo practique, ó su principal á satisfaccion del demandado; pero si este no le pide la fianza, no tendrá accion contra él por la condenacion principal, ni costas del poderdante, porque es visto haber renunciado este auxilio respecto no haber usado de él en tiempo, y asi deberá repetir por todo contra el demandante, pues de lo contrario no habria quien admitiese poderes, en lo que se irrogaba gravísimo detrimento al público. El segundo efecto de la cláusula de relevacion es el de no poder reconvenir el mandante al mandatario en el caso de que practique alguna cosa en su perjuicio; pues si la ejecuta, no hay duda que puede pedir le indemnice del daño que le irrogue. De cualquier modo que sea supone esta cláusula una fineza y obsequio que el mandante hace al mandatario. Y porque de estas cláusulas (que llaman generales), y especialmente de la segunda y tercera, pueden ocasionarse graves daños á los mandantes por la irregular conducta de los mandatarios, aconsejo al escribano que no las ponga sin expreso mandato del poderdante; sobre lo cual véanse los autores (1).

16. Se acaba el oficio de procurador ó apoderado con la vida del poderdante; pero si el procurador usa del poder antes que

1 Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 59. Greg. Lop. en la ley 19. tit. 5. Part. 3. y en la 7. tit. 14. Part. 5.

este muera, y la demanda está contestada, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta su conclusion, del mismo modo que si estuviera vivo, aunque sus herederos no lo ratifiquen ni le den otro, con tal que no constituyan nuevo apoderado (1); y asi despues de puesta ó contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta la sentencia. Si el apoderado fallece antes de demandar ó contestar, se acaba la personería; pero si acaece despues de su muerte, deben sus herederos proseguir el pleito, siendo idóneos para dicho encargo (2).

17. Tambien se acaba el oficio de personero ó procurador luego que el juez sentencia el pleito en que entendia; pero si la sentencia es contra él ó contra su parte, puede apelar de ella, aunque el poder carezca de esta especialidad. Asimismo se acaba si de su propia voluntad deja el encargo, ó el dueño constituye otro personero en su lugar, ó le revoca el poder (3): cuya revocacion puede hacer siempre que quiera por las causas que expresa la ley 24. tit. 5. Part. 3. Pero para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria, se ha tenido por cosa mas equitativa en la práctica no seguir lo dispuesto por derecho, y que en cualquier tiempo se hiciese, como se hace la revocacion, *dejando al apoderado en su buena fama y opinion, expresando que es sin ánimo de injuriarlo*, segun lo previene la ley 24 inserta: y con esta cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de expresar las causas, y asi se observa judicial y extrajudicialmente sin disputa, pagándole antes de la remocion, y no de otra forma, lo que se le esté debiendo.

18. Espira igualmente su potestad, y se entiende revocado el poder, si el dueño comparece por sí propio en el pleito, como puede; pero si dice en el pedimento que lo hace sin perjuicio del poder dado, ni de que por su comparecencia se entienda revocado, no se acabará la facultad del procurador (4); y lo mismo procede para cualquier acto extrajudicial. Adviértase que por la concesion del poder es visto ratificar el que lo da, todo lo que su mandatario ó apoderado hizo antes de conferírselo; y lo mismo procede en el juicio que fue nulo, pues el derecho lo declara válido (5).

1 Ley 23. tit. 5. Part. 3, et ibi glos. 3.
2 Ley 23 cit. *Cur. Filip. Comerc. terr.* lib. 1. cap. 4. num 41 y sig.
3 Ley 23. tit. 5. Part. 3. cit. verb. *Otrosí se acaba*::::
4 Olea *de cess. jur.* tit 8 quæst. 1. num. 19. Covarr. *Pract* cap. 11. num. 2.
5 Surd. decis. 6. num. 1.

19. El procurador para pleitos debe dar cuenta á su principal de lo que por razon de tal pleito recibiere, al modo que está obligado á ello el que lo es para cobrar, y tambien de las costas y otras cosas que en la parte contraria fuere condenada, y de las que hicieren en el pleito, las que debe abonarle el dueño, á menos que pacten lo contrario (1); y si por su culpa ó negligencia pierde algo el señor del pleito, tiene obligacion de reintegrárselo de su propio caudal (2).

20. El procurador y abogado no pueden hacer concierto con el sugeto á quien defienden, de que les ha de dar parte en el pleito si se gana, pena de incurrir en infamia y otras (3): ni sobre sus derechos y honorarios despues de vistas las escrituras del litigante (4).

21. El poder para desposarse debe ser especial, y el varon que lo otorga ha de tener precisamente catorce años cumplidos, edad necesaria para casarse, á menos que la naturaleza se haya anticipado, y conste por los efectos (*). En el poder se ha de expresar quién lo da, á quién, y con quién se ha de contraer el casamiento, de suerte que no haya duda ni equivocacion; pero si lo revoca antes que el desposorio se celebre, no valdrá este, aunque el apoderado sabiendo ó no la revocacion, use del poder, asi porque carece de facultad, como porque al tiempo de su celebracion faltó la intencion al novio ó poderdante, requisito tan preciso, que sin él es nulo cualquier sacramento. Y por si sucede que en un mismo dia se efectúe el casamiento por el apoderado y la revocacion del poder por el novio, es buena prevencion expresar la hora en que esta y aquel se hacen, con la cual no habrá lugar á dudas.

22. Para completar este capítulo, reuniendo en él toda la doctrina relativa á procuradores, ha parecido conveniente trasladar aqui los párrafos siguientes del tomo 4.° de Febrero reformado, como tambien lo que el mismo reformador dice de los agentes de negocios.

23. En los Consejos, chancillerías y audiencias nadie puede ser procurador sin la aprobacion de los mismos tribunales, en los cuales suele haber colegio de procuradores, donde es limitado su número, y se exigen varios requisitos para la admision de sus individuos. En el Consejo hay cuarenta y ocho procurado-

1 Ley 25. tit. 5. Part. 3.
2 Ley 26. tit. 5. Part. 3.
3 Ley 14. tit. 6. Part. 3.
4 Leyes 2.ª y 22. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.
* Asi debe entenderse la expresion legal: *nisi malitia suppleat ætatem.*

res numerarios. Por la Cámara se despachan los títulos á favor de los sugetos que nombran los propietarios, juran en la Sala primera de Gobierno, actúan en todos los tribunales de la Corte fuera de la visita eclesiástica, vicaría de Madrid y juzgados ordinarios del corregidor y sus tenientes, y solo á ellos han de entregarse los despachos ó provisiones que se expidan á su instancia. Pero no se les examina como á los procuradores de la chancillería de Granada. Asimismo los procuradores del Consejo tienen el privilegio de que se les cometan las defensorias y curadurías para pleitos que hayan de proveer los Consejos, tribunales, juntas, comisiones y juzgados de provincia.

24. No puede ser procurador el padre, hijo, hermano ni cuñado del escribano ante quien pendiese el pleito ó expediente (1), y siempre que los jueces supremos adviertan que los procuradores son inhábiles y hacen cosas indebidas, podrán privarles para siempre de sus oficios (2).

25. No pueden los procuradores presentar pedimento sin poder dado por bastante, ni peticion firmada por abogado que no lo sea de la chancillería ó audiencia; aunque sí podrán presentar pequeños escritos como para acusar rebeldías, pedir prórogas, concluir en los pleitos y otras cosas semejantes (3): no pueden convenirse con los abogados directa ni indirectamente sobre recibir de estos parte alguna del honorario que hubiere de corresponderles (4): no pueden pactar el seguir y finalizar los pleitos á su costa por cierta cantidad (5): y en fin no pueden hacer ninguna solicitud ya denegada por otra escribanía diversa de la primera, pues si quieren suplicar de la denegacion, han de hacerlo por esta con expresion de lo que antes hubiese pasado (6).

26. Siempre que los procuradores pidan en el Consejo sobrecarta de alguna provision, deben presentar los documentos en la misma escribanía de Cámara por donde se hubiese despachado la primera (7). Ademas los procuradores han de dar recibo de los procesos que tomasen contando las hojas (8).

27. Las expresadas obligaciones se han prescrito por las leyes con respecto á los procuradores de los tribunales supremos; pero como son tan justas ó razonables pueden extenderse á los

1 Ley 6. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 12. tit 31. lib. 5. Nov. Rec.
3 Leyes 3 y 9. tit 3°. lib. 5 Nov. Rec.
4 Leyes 7 y 27. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.
5 Leyes 8. tit. 16. y 6. tit. 24. lib. 2. Nov. Rec.
6 Auto 6. tit. 24. lib. 2. Rec.
7 Dicho auto 6.
8 Leyes 11. tit. 20. lib. 2. y 1. tit. 27. lib. 4. Rec.

de todos los tribunales. »Antes de pasarse, dice el señor Elizondo (1), las renuncias hechas por los procuradores de sus oficios en el Consejo, debe dar cuenta el renunciante por inventario de los procesos y papeles que hubiese recibido; ó siendo muertos, sus herederos, no admitiéndose á jurar el ejercicio sin poner corriente el oficio, en que no debe dispensarse por mas obligaciones y fianzas que ofrezcan, como se ha practicado en Granada á nuestra instancia fiscal sin el menor disimulo en este punto, no obstante lo expuestos que estan en nuestro tribunal los procesos y pleitos á perderse, por no dar los abogados recibo de ellos á los procuradores, aunque los pidan, contra la práctica inconcusa de Madrid y la ley específica de Indias (2) que así lo previene, consiguiente á nuestras ordenanzas de esta chancillería: de modo que nos hemos visto precisados á exigir se guarde inviolablemente la práctica del Consejo en tan importante materia: lo que acabamos de lograr se mande por nuestra chancillería."

28. »Observamos tambien en el Consejo, prosigue el mismo autor, que devuelven los procuradores al fin de todos los años los pleitos que tienen tomados, testando los recibos y firmando nuevamente otros segun se practica tambien en Granada, dando los oficiales mayores de las escribanías de Cámara, como tambien en Madrid, certificacion á aquellos subalternos, en que consta haber cumplido, la cual entregan al escribano de Gobierno para hacerlo presente al Consejo."

29. Es superfluo decir que los procuradores deben guardar secreto y fidelidad á sus principales; que han de ser muy activos y vigilantes para lograr el mas pronto y favorable despacho de los negocios ó pleitos: que no han de dejar de hacer lo que se ordene en el poder, ni excederse de las facultades que en este se les concedan; y en una palabra que como los encargos que se les hacen son unos verdaderos mandatos, deberán observarse regularmente en cuanto á los procuradores los principios ó reglas que las leyes y la sana razon prescriben acerca de aquellos.

DE LOS AGENTES DE NEGOCIOS.

30. Por *agentes de negocios*, expresion muy general, solo

1 *Pract. univ. for.* tom. 4. pag 278. num. 59.

2 Ley 15. tit. 24. lib. 2. de la recopilacion de Indias.

entendemos *aquellas personas que en la Corte y ciudades donde residen las chancillerías y audiencias, se hallen dedicadas á practicar las diligencias conducentes en los pleitos y asuntos agenos, como las pretensiones de empleos ú otros en virtud de orden, aviso ó poder de los interesados.* Llámanse en nuestras leyes recopiladas *solicitadores*, por lo que *solicitan* ó por sus *solicitudes*, y á diferencia de los procuradores no pueden presentar ninguna pretension en juicio, ni hacer ninguna otra gestion judicial, sino tan solo nombrar, teniendo poder del interesado, procurador que le defienda en el pleito. En la chancillería de Granada son los solicitadores ó agentes de los litigios los mismos procuradores, aunque en ciertos casos los permite el acuerdo; y en Madrid es y se llama *agente todo el que tiene algunos poderes*, no obstante lo dispuesto en dos autos acordados (*), por lo que ha llegado á ser su número muy excesivo.

31. Pero sin embargo hay varias personas á quienes prohiben las leyes ser solicitadores, y asi no pueden serlo los consejeros, oidores, alcaldes ni alguaciles de Casa y Corte, los ministros del tribunal de la contaduría mayor, ni sus oficiales ó subalternos, los secretarios del Rey, escribanos de Cámara ni relatores de los Consejos, sus dependientes, ni criados ni otras personas semejantes (1): no pueden serlo en negocios de dicho tribunal de la contaduría mayor los que hayan sido oficiales ó criados de los ministros ú otros oficiales de ella, mientras no se haya pasado un año entero despues de su despedida (2): no pueden serlo, ni aun de negocios de sus parientes, los oficiales de libros de la Real Hacienda (3): no pueden serlo los asistentes, gobernadores, corregidores, sus oficiales ni familiares de los pleitos ó causas que se ventilen dentro del término de su jurisdiccion, ni ayudar á persona de fuera de esta, trátese el negocio dentro ó fuera de ella ante otros jueces seculares ó eclesiásticos, aunque sí podrán serlo en favor de su jurisdiccion ó del bien

* Ley 8 y 9. tit. 24. lib. 2. Rec. ó leyes 12. tit. 26. lib. 4. Nov. Rec. que dicen lo siguiente: todos los solicitadores y agentes de negocios que haya en esta Corte.... se registren en la estribanía de gobierno en el Consejo, declarando de dónde son naturales, por qué salieron de sus tierras, cuánto ha que estan en la Corte, en qué negocios, con qué salarios y en qué tribunales negocian y asisten: lo cual cumplan, pena de privacion de oficio y de cuatro años de destierro preciso de esta Corte y cinco leguas á la redonda. Sin especial título de su Magestad no puede haber agentes ni solicitadores de pleitos, pretensiones y negocios, pues deben ser personas conocidas, por los evidentes perjuicios y daños que resultan al público en comun y á los individuos en particular.

1 Ley 30. tit. 4. lib. 2. Rec. ó 22. tit. 22. y 7. tit. 31. lib. 5. Nov. Rec.

2 Ley 1. cap. 29. tit. 2. lib. 9. Rec. ó nota 7. tit. 21. lib. 4. Nov. Rec.

3 Ley 2. cap. 35. tit. 2. cit. ó nota 6. tit. 12. lib. 4. Nov. Rec.

público no llevando por ello ningun interes (1): no pueden serlo de los pleitos que se sigan en las audiencias los escribanos de ellas ni sus criados (2): no pueden serlo los eclesiásticos seculares ni regulares de pleitos, administraciones de casas ni cobranza de juros, que no sean de sus propias iglesias, monasterios, conventos ó beneficios (3); y en fin no pueden serlo los oficiales de secretarías (4).

32. En Madrid reside con su correspondiente oficina un agente creado en virtud de un Real decreto (5), por cuya mano han de dirigir los vasallos à Roma sus pretensiones, como dispensas para celebrar matrimonio los parientes en grado prohibido, y otras semejantes que se despachan por Datería.

33. Acerca de los agentes de negocios de Indias tenemos una Real resolucion (6), en que se dispone lo siguiente. Su número ha de ser de treinta, y sus empleos serán honoríficos. A los nombrados se ha de despachar Real título de tales agentes y solicitadores de negocios de Indias en la Corte, sin obligacion de pagar media anata. En los treinta pueden incluirse los procuradores de los Reales Consejos que lo soliciten, como tengan las circunstancias necesarias para ello, y los demas procuradores sin dicho título únicamente lo serán para los negocios judiciales, de cuyas resultas no han de ser responsables. Fuera de los treinta agentes podrán serlo los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y del segundo de afinidad, justificando esta circunstancia al tiempo de exhibir los poderes, los cuales para los asuntos de justicia han de sustituirse en alguno de sus procuradores. Los empleados con sueldo en tribunales ú oficinas, conforme á lo prevenido en la legislacion asi de Indias como Castilla, no podrán tener ningunas agencias. Todo vecino, habitante ó comunidad de América puede remitir para su mayor seguridad los caudales destinados para sus negocios ó dependencias al arca de la depositaría general del Consejo de Indias donde deben recibirse, sin otro gravamen que el del uno por ciento de su total á la entrada, y nada á la entrega de los sobrantes. La contaduría general del propio Consejo ha de llevar cuenta formal de todo en libros separados, y librar con orden de la sala que conozca del expediente, ó del ministro de ella que se deputare,

1 Ley 3. tit. 6. lib. 3. Rec. ó 9. tit. 24. lib. 5. y 18. tit. 15. lib. 7. Nov Rec.
2 Ley 36 tit. 20. lib. 2 Rec.
3 Instruccion última de corregidores, cap. 24. Real cédula de 25 de noviembre de 1761, autos 1 y 2. tit. 3. lib. 1. Rec.
4 Real provision de 5 de setiembre de 1767.
5 De 30 de noviembre de 1783.
6 De 15 de julio de 1778.

las partidas que se crean proporcionadas para los gastos que exija el curso de los negocios, bajo las reglas y precauciones con que se conduce la misma depositaría general.

Formulario correspondiente á este capitulo.

PODER AMPLÍSIMO.

Don Francisco Hurtado de Mendoza, conde de *tal* &c. vecino de esta villa de tal, digo: que por cuanto la falta de residencia fija, á causa de mis continuas ocupaciones en el Real servicio, me ha imposibilitado de tomar conocimiento pleno de los estados de mi casa, sus rentas, negocios y derechos que la pertenecen; y remediar la falta de aplicacion, exactitud y vigilancia que se ha padecido en su manejo, de que se me han seguido considerables perjuicios y atrasos de sus fincas, rentas y obvenciones, con desfalco de unas, pérdida y oscuridad de otras, por estar sin uso muchos derechos que me competen y disfrutaron mis predecesores, hallarse abandonados otros, y atrasado el curso de los pleitos movidos para su reivindicacion: por tanto deseando ocurrir á estos daños, remediarlos en lo posible, y evitar otros mayores en lo sucesivo, y conociendo que el medio único de conseguirlo es elegir sugeto en quien concurran las apreciables circunstancias de integridad ó pureza, inteligencia en negocios, actividad y prudencia, que son las que constituyen un buen apoderado y administrador general: mediante hallarse adornado de ellas Don Fulano, vecino de esta villa, y no dudando que con el zelo y esmero correspondientes á la confianza que de él hago, llenará mis deseos para que tengan efecto mis justas ideas, y evacuará plenamente á mi satisfaccion este encargo: he deliberado conferirle amplias facultades á dicho fin, y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que me compete=Otorgo que doy todo mi poder cumplido, amplio, general, y tan bastante como legalmente se requiere, al expresado Don N., vecino de esta villa, para que en mi nombre y representacion se presente ante su Magestad (que Dios guarde) y le suplique me haga las honras y mercedes que fueren de su Real agrado, á cuyo fin le dé los memoriales correspondientes, acompañados de las relaciones de méritos que en servicio de su Real corona tengo hechos, é hicieron mis predecesores y causantes, y practique cuantas diligencias sean del caso y tenga

por convenientes con los ministros y oficiales Reales á quienes corresponda hasta conseguirlas. Para que dirija y gobierne mis estados, y los que recaigan en mí de dentro y fuera de estos reinos, administre sus bienes por sí ó por personas particulares que elija, conservando ó removiendo á los actuales administradores, y reciba de todos suficientes fianzas para la seguridad de los caudales que entraren en su poder, ó los admita sin ellas, segun le parezca. Para que nombre abogados, agentes y procuradores que soliciten y defiendan los pleitos, negocios y derechos que tengo pendientes, y en adelante se me ofrezcan en todos los tribunales eclesiásticos y seculares de dentro y fuera de estos dominios; como asimismo contadores y oficiales para el buen régimen, cuenta y razon de las rentas de mi casa y estados, asignando á todos y á cada uno de ellos los sueldos y emolumentos que como tales deben gozar y le parezcan correspondientes á su mérito y trabajo, expidiéndoles los competentes títulos sellados con mis armas. Para que venda conforme á derecho cualesquiera estados ó fincas de los mayorazgos que gozo, percibiendo ó depositando su producto, invirtiéndolo en otras que me sean mas útiles, con agregacion á los respectivos mayorazgos de donde se separen, haciendo las subrogaciones y declaraciones necesarias, á fin de que conste; enagenando tambien los bienes libres, y percibiendo sus precios de una vez ó á plazos, segun se conviniere con los compradores. Para que acepte con beneficio de inventario, y no de otra suerte, todas las herencias que *por testamento* y *abintestato* me puedan venir y tocar por cualquier pariente ó extraño. Para que tome posesion real, actual, corporal, ó *cuasi* no solo de ellas, sino de los mayorazgos referidos, y de otros en que puedo y debo suceder; y asimismo de los patronatos que estan vacantes y vacaren en lo sucesivo, y demas cosas á ellos anejas. Para que administre, beneficie y gobierne igualmente los bienes de las herencias mencionadas, y otros que recaigan en mí por sucesion, legado, venta, cesion, donacion, adjudicacion en pago, y por otro cualquier título sin limitacion, arrendándolos todos á las personas por el tiempo, precio y forma de pagas que estipulare, prorogando los arrendamientos á los arrendatarios, ó despojándolos y haciéndolos á otros. Para que haga en las casas y edificios, que poseo y poseyere, los reparos mayores, menores y aumento de viviendas que fueren precisas para su subsistencia y mayor produccion, ajustándolos con maestros inteligentes en los precios mas cómodos, pagando su importe de las rentas que pro-

duzcan, ó buscándolo à intereses ó sin ellos, é hipotecando á la seguridad de su paga los mismos edificios. Para que dé y tome cuentas á los que deben darlas y tomarlas, nombrando contadores y personas inteligentes, haciendo que los contrarios nombren por su parte, ó se conformen con los que elija, y tercero en discordia, ó de oficio en rebeldía, exponiendo y aclarando los agravios que incluyan, hasta que queden sin ellos, y no conteniéndolos, aprobándolas enteramente. Para que comprometa en jueces árbitros ó arbitradores todas las pretensiones y pleitos que tengo pendientes, y se me movieren ó instauraren en adelante, obligándome á estar y pasar por la sentencia arbitraria que profirieren, pagando la pena convencional que se imponga tantas cuantas veces la contraviniere, y practicando en este asunto lo que por derecho se permite. Para que transija todos los créditos, acciones y derechos que tengo y tuviere á mi favor ó contra mí, y esten en litigio no fenecido ó fuera de él, conviniéndose y ajustándose en las cantidades que le pareciere, y formalizando las escrituras de transaccion con las penas, requisitos y circunstancias que conduzcan á su estabilidad. Para que dé á censo enfitéutico con las condiciones que pactare, y por capital duplicado los bienes raices libres que poseo, reservándome como señor del directo dominio el derecho de licencia, comiso y tanteo ó cincuentena, y la pension anua que corresponda. Para que deduzca à redimibles por tres cincuentenas y su duplicado capital los censos enfitéuticos que tengo á mi favor ó contra mí, formalizando las escrituras correspondientes, y en su defecto conceda licencia para la venta á personas no prohibidas de las alhajas que los tengan, ó use del derecho de tanteo en el término legal, si lo tuviere por mas util; y vendiéndose à manos muertas, haga que las pongan en manos libres, ó que me paguen cada quince años una cincuentena cierta y determinada, y que los enfiteutas me reconozcan por dueño y señor del dominio directo, y paguen los réditos anuales, y cincuentenas, que por las enagenaciones se causen. Para que dé á censo de por vida con las condiciones, y por el premio ó rédito anuo que estipulare segun la naturaleza de este contrato y legal permision, los bienes raices libres y vinculados que gozo y gozare, con tal que estos sean únicamente por la mia, à menos que intervenga Real permiso que las amplie, el que pueda impetrar. Para que imponga censos consignativos ó al quitar sobre mis bienes libres y vinculados, interviniendo y obteniendo Real facultad para gravar estos, sujetando é hipotecando al-

gunos por especial hipoteca á su responsabilidad, y por la general los demas que poseo y adquiriere, otorgando las escrituras concernientes con las cláusulas y firmezas permitidas por derecho Real y canonico. Para que otorgue redencion y liberacion de los que se redimieren, y subrogacion en caso que algun tercero entregue con esta calidad sus capitales por los censuarios, percibiéndolos si fueren libres, y no siéndolo, depositándolos con seguridad, à fin de que se vuelvan à imponer en fincas fructíferas, saneadas y cuantiosas, con arreglo a la Bula de San Pio, extravagantes de Martino V. y Calixto III. y leyes de estos reinos: lo que pueda hacer, ó en su defecto emplearlos á beneficio de los mayorazgos à que tocaren, siempre que tenga proporcion en lo que mas util le parezca. Para que quite y libere los que tenga contra mis bienes libres y vinculados, citando de redencion á los censualistas, y haciendo que entreguen las escrituras primordiales de su ereccion, otorguen las de liberacion, y se pongan las notas conducentes en los títulos de pertenencia, contaduría de hipoteca, y demas partes que convengan, à fin de que siempre conste de su gravamen, extincion y pago. Para que reduzca los réditos anuos de los censos que tengo á mi favor, al premio en que se conviniere con los censuarios, y haga que los censualistas practiquen lo mismo con los que estan impuestos contra mí, dejando en los demas vivas, ilesas y en su fuerza y vigor las escrituras primitivas de su constitucion. Para que dé y tome en fiado á interes ó sin él las cantidades que para mis urgencias necesitare ú otros le pidieren, formalizando à favor de quien se las prestare, y haciendo que se otorguen al mio las escrituras de obligacion necesarias. Para que conceda esperas á mis deudores, y las solicite y consiga de mis acreedores por el tiempo y en los términos que pactare. Para que apee, deslinde y amojone no solo los términos de tales villas y lugares de que soy señor, sino de los que recayeren en mí, y de todos los bienes raices que poseo y gozare, nombrando agrimensores y personas inteligentes, obligando á las otras partes à que elijan por la suya, ó se conformen con los electos y tercero en discordia, ó de oficio en rebeldía, impetrando los despachos que para hacerlo sean precisos. Para que descubra y aclare los bienes que me tienen usurpados, y consten en mi archivo, ó por otros papeles pertenecerme, echando á los intrusos, y administrándolos como los mencionados anteriormente. Para que denuncie las obras nuevas que me fueren nocivas, haciendo que se demuelan, à fin de que mis posesiones no experimenten detrimento por ellas, y que

se cierren las puertas y ventanas que en las contiguas se abrieren, é impidiendo y privando la servidumbre á los que sin justo título la tengan por ellas. Para que perciba y cobre de su Magestad (que Dios guarde) y de sus tesoreros, receptores, depositarios, y de otras cualesquier personas y comunidades eclesiásticas y seculares todas las cantidades de maravedís, trigo, cebada, centeno y otras semillas, aceite, vino, seda, lana, lino y demas especies que se me estan debiendo y debieren en lo sucesivo por arrendamientos, compromisos, transacciones, cuentas, vales, censos, ventas, traspasos, empréstitos, fianzas, legados, herencias, mejoras, feudos, sueldos, pensiones, atrasos, consignaciones, trueques, dotes, arras, cesiones, retrocesiones, renuncias, donaciones, compañías, depósitos, empeños, letras de cambio, juros, efectos, diezmos, veintenas, decenas, penas convencionales, multas, condenaciones, lastos, adjudicaciones, tercias, alcabalas, portazgos, martiniegas, foros, almojarifazgos, ejecuciones, sentencias, encomiendas, y por otro cualquier contrato, causa, motivo ó razon, aun que aquí no vaya expresada; y de lo que recibiere, formalice á favor de los pagadores y deudores los recibos, cartas de pago, finiquitos y otros resguardos que le sean pedidos con fe de entrega, ó renunciacion de sus leyes, y con las demas estabilidades conducentes, y lastos al de los que pagaren por otros, ya sea como sus fiadores ó mancomunados, y satisfaga lo que debo y adeudare, recogiendo los documentos concernientes á mi seguridad. Para que en el término prescrito por derecho Real y canonico presente en personas dignas los curatos, capellanías y demas piezas eclesiásticas de que me toca hacer presentacion, sin cometer simonía, ni perjudicar por esta ni otra causa mis regalías. Para que visite las villas y lugares de que soy y fuere señor, ocupe los lugares preeminentes que por razon de señorío, patronato ó por otro título debo ocupar así en el ayuntamiento como en las iglesias y demas partes que se ofrecieren, tomando de ello testimonio, y haciendo se le guarden en mi nombre las preeminencias y prorogativas que me estan concedidas, y debo gozar, excepto las que me son privativas y personalísimas. Para que haga en ellas los nombramientos de oficios y demas que me corresponde hacer, despachando á los nombrados los títulos competentes, á fin de que sean admitidos al uso y ejercicio de los mismos; se les guarden las preeminencias que les tocan, y se les contribuya con los emolumentos á ellos asignados sin desfalco; é igualmente apruebe las elecciones que hagan las villas mencionadas, nom-

brando de los que propusieren los mas aptos, idóneos y timoratos para su desempeño, y tomando para el acierto los informes necesarios. Para que nombre religiosas y doncellas huérfanas á la obtencion y goce de las prebendas y plazas señaladas por los fundadores de las memorias, conventos y colegios de que soy único patrono de sangre, y en las que haya compatronos asista á las juntas á que fuere convocado, y haga que se celebren, siendo necesario, tomando cuenta á los administradores de sus bienes, removiéndolos con causa y sin ella, y practicando todo lo que sus fundaciones mandan y permiten sin limitacion ni alteracion. Para que principie, prosiga y concluya todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tengo pendientes, y en adelante se me ofrezcan con cualesquiera personas, concejos y comunidades eclesiásticas y seculares de todos estados y dignidades, siendo actor y demandado, ya sea sobre las cosas contenidas en este poder, ó sobre otras sin excepcion, aunque requieran especifica y especial mencion, pues la doy por hecha como si lo fuera; á cuyo efecto comparezca ante su Magestad (que Dios guarde), señores de sus Reales Consejos, chancillerías, audiencias, juntas y tribunales, y ante su Santidad, Monseñor Nuncio en estos reinos, jueces *in Curia*, y demas superiores é inferiores eclesiásticos y seculares competentes, ante los cuales y cada uno ponga demandas de tenuta, pidiendo se me dé la posesion real, actual, corporal, ó *cuasi* de los estados y mayorazgos que vacaren y en que debo suceder, y se declare haberse trasferido en mi segun la ley de Toro, la civil y natural con arreglo á sus llamamientos por las vacantes legales y de hecho que hubiere, y asimismo que se me dé la administracion de sus bienes libremente y sin fianzas, formando artículo sobre esto, y haciendo todo lo demas que en semejantes casos se practica, siguiéndolos hasta definitiva en el Consejo, y en las chancillerías las de propiedad con los coopositores, hasta conseguir plenamente la declaracion en vista y revista; ó acudiendo á su Magestad para que mande se siga el juicio de propiedad en el Consejo; y ponga tambien las demas que convenga, asi para reivindicar lo que se me ha usurpado y de que estoy desposeido, como para defender y conservar lo que poseo; conteste las que me pusieren, ó responda que se entiendan conmigo en persona; presente escrituras y otros documentos justificativos, los que saque y compulse con citacion contraria ó sin ella, pida que los contrarios contesten y respondan á las que en mi nombre les pusiere, y los reconvenga en los casos que haya lugar en el propio

juicio; haga ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remate de bienes, consentimientos, oposiciones, apartamientos, juramentos en juicio, de calumnia y decisorios, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, allanamientos, comprobaciones de instrumentos, letras, firmas y otros papeles, y nombramientos de peritos para ellas y para otros cualesquier reconocimientos, segun el caso lo requiera, probanzas, ratificaciones de testigos, y abonos de los que hayan muerto ó ausentádose antes de su ratificacion; alegue lo conducente, recuse con el juramento necesario à jueces, escribanos, notarios y otros ministros; y siendo eclesiásticos ú ordinarios, delegados, consejeros, alcaldes de Corte ú oidores de las Reales audiencias y chancillerías, exprese las causas de la recusaciòn y las pruebe en el término, ante las personas y con arreglo à lo que el derecho canónico, leyes Reales y autos acordados previenen, ó se aparte de las recusaciones; saque apremios, acuse rebeldías, pretenda y goce términos y prorogaciones de ellos, ó los renuncie; ponga excepciones perentorias y dilatorias, perjudiciales y anómalas, pida costas, las que jure y cobre, y asimismo restitucion por entero, declaraciones de los autos y sentencias que esten oscuras ó diminutas y nulidad de ellas, reformaciones por contrario imperio, ó como mas haya lugar de los interlocutorios que me sean gravosos, y lo demas conveniente; forme artículos, los que prosiga hasta su final decision, ó se aparte de su prosecucion, é igualmente interrogatorios, á cuyo tenor se examinen los testigos de que se valga; tache y contradiga lo que de contrario se presentare, dijere y alegare, y en el término legal pruebe las tachas que opusiere asi de testigos como de documentos y peritos; decline jurisdiccion de los jueces incompetentes; introduzca recursos contra la fuerza de los procedimientos de los eclesiásticos, ya sea para conocer en negocios que no les toque por defecto de jurisdiccion, ó conocer y proceder del modo que no deben, ó por no otorgar las apelaciones en ambos efectos, y asimismo los de injusticia notoria, solicitando se declare haber lugar á ellos, y la revocacion de las sentencias ó autos injustos, depositando la pena establecida por derecho Real para que se admitan, y los demas que conduzcan y le parezcan arreglados, redarguya de falsos civil y criminalmente los instrumentos de que las partes contrarias quisieren aprovecharse, pida posiciones ó declaraciones à estas en cualquier estado del pleito, acumulaciones de autos siempre que haya cosa juzgada, litispendencia ó continencia de causa, y

lo demas conducente y util; y asimismo retencion de bulas, breves pontificios, y de las gracias y privilegios que con vicios de obrepcion y subrepcion conceda su Magestad á su Real Cámara en detrimento mio, siguiendo este recurso en el Consejo y sala de Justicia á quien corresponde su conocimiento; concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y definitivas, consienta las favorables, y apele y suplique de las adversas. En los casos y negocios de segunda suplicacion por derecho prevenidos, introduzca tambien las súplicas, y afiance con la pena de mil y quinientas doblas, ó las deposite; gane Reales provisiones, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos, los que haga leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan; y finalmente haga y practique en todas instancias, juicios y tribunales todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y yo por mí mismo haria sin la menor limitacion ni reservacion hasta conseguir ejecutoria, con ejecucion y entera evacuacion de ella, y cuanto intente en mi utilidad, sin necesitar nuevo poder ni especial facultad para dicha evacuacion y ejecucion; pues lo apruebo todo, y quiero sea tan subsistente como si por mí propio lo practicara. Y el mas eficaz y absoluto poder que para todo lo expresado y cada cosa necesite, el mismo le confiero con incidencias, dependencias, anexidades, conexidades, libre, franca y general administracion, relevacion y facultad de sustituirlo en todo ó parte, revocar los sustitutos y elegir otros de nuevo, y los sustitutos sustituirlos tambien en cuanto á pleitos; é igualmente para que en su virtud pueda conferir todos los especiales que por derecho sean precisos y se ofrezcan por los recursos, actos y juicios que en este no queden especificados; pues quiero se entiendan y estimen por tales, como si lo fueran, y los poderes como otorgados por mí propio. Y á haber por firme lo que con arreglo á las especificas facultades que incluye, ejecutare por sí ó por medio de sus sustitutos y apoderados, obligo mis bienes muebles, raices, rentas, derechos y acciones presentes y futuros; doy el competente á los señores jueces que de mis causas y negocios pueden y deben conocer conforme á derecho, para que me compelan á su observancia, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibo; renuncio todas las leyes, fueros y privilegios de mi favor; y asi lo otorgo y firmo ante el presente escribano de su Magestad en esta villa de tal, á tantos de tal mes y año,

siendo testigos N. N. N., vecinos de ella; y al señor otorgante, yo el escribano doy fe que conozco.

PODER PARA SUPLICAR Á LA SALA DE MIL Y QUINIENTAS.

En *tal* parte, *á tantos* de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de Saldo, vecino de ella, dijo: que ha seguido pleito con Don Juan de tal, ante los señores presidente y oidores de tal chancillería, y escribanía de Cámara de Don N., sobre tal cosa, quienes por la sentencia de revista que profirieron en *tal* dia, condenaron al otorgante en &c., y por serle gravosa determinó suplicar segunda vez para ante su Magestad, en cuya consecuencia, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga y confiere todo su poder cumplido, especial, y tan bastante como es necesario, á Antonio de Pales, procurador de la referida chancillería, para que en su nombre, y representando su persona, acciones y derechos, comparezca ante los expresados señores, y suplique segunda vez de la referida sentencia, y admitida la suplicacion y dada la fianza, ó hecho el depósito de las mil y quinientas doblas que previene la ley recopilada, con testimonio de todo se presente ante su Magestad, á fin de que se sirva cometer el conocimiento y determinacion del citado pleito á los señores jueces que fueren de su Real agrado, y hasta que esto se consiga, practique todas las diligencias convenientes, para lo cual le confiere el mas eficaz poder que necesite, con incidencias, dependencias, libre, franca y general administracion, obligacion y relevacion en forma, y á haber por firme lo que en su virtud practique, obliga &c.

Notas. 1.ª Aunque en el poder anterior omití las cláusulas de que *el poderdante ratifica cuanto el procurador haya actuado sin facultad despues de la sentencia de revista; le concede facultad para que le obligue á la paga de las mil y quinientas doblas, é informacion de abono de ellas; sustituya el poder, revoque los sustitutos, y se aparte de la segunda suplicacion, á fin de que no incurra en la pena;* puede el escribano ponerlas, como tambien expresar los términos que el derecho Real prefine al interesado para suplicar, presentarse ante su Magestad y apartarse de la suplicacion, y son: para suplicar veinte dias siguientes al de la notificacion de la sentencia, en los cuales debe hacer la suplicacion ante los jueces que la profirieron, y acreditarles el abono de la fianza, ó depósito de las mil y quinientas do-

blas, á fin de que se la admitan. Admitida la súplica, y aprobada la fianza, ha de acudir con testimonio de todo ante la Real Persona dentro de cuarenta dias contados desde la suplicacion; y si quiere apartarse de esta, debe hacerlo en el discurso de tres meses, que son noventa dias, contados igualmente desde ella (y lo mismo he visto practicar en el recurso de injusticia notoria en cuanto al apartamiento, no obstante que el auto acordado nada dice respecto de esto): pasados estos respectivos términos, no se le admitirá aunque sea menor, de lo cual trata el tit. 22. lib. 11. Nov. Rec., y lo explicaré mas extensamente en el lib. 3. tit. 2 *del juicio civil ordinario*, cap. 20 y 21. No solo puede suplicar segunda vez la parte agraviada, como lo dice la ley 1. de dicho título y libro: *queremos que la parte que se sintiere agraviada etc.*, sino su procurador en su nombre, segun de ella se colige, allí: *ó en cuyo nombre fuere suplicado etc.*; pero este ha de tener poder especial en que se mencione el mismo pleito, sentencia y persona colitigante, porque si es general, no sirve por no tener potestad para practicar cosa por la cual el interesado sea gravado ú obligado á pena, como se prueba de la Clement. *Non potest: de procurat.*; y por lo mismo no será admitida, aunque el poder contenga las cláusulas de: *jurar de calumnia, interponer suplicacion con pena de cualquier sentencia: libre, franca y general administracion: y poder practicar todo lo que requiera y exija especial mandato, y el mandante haria por sí mismo.* Sobre esto véase á Paz, tom. 1. part. 7. cap. único. num. 3 al 11. Lo mismo digo y he visto practicar en el Consejo para introducir recursos de fuerza é injusticia notoria y otros extraordinarios, pues deben especificarse en el poder del pleito, persona colitigante, auto ó sentencia que motiva el recurso y juez que los pronunció, y tambien la sala en donde se han de ver y determinar: igualmente para pedir retencion de alguna bula ó breve pontificio, ó de cédula, gracia ó facultad que se solicite é impetre de la Real Cámara con vicios de obrepcion y subrepcion en perjuicio de tercero: y de omitirse estas particularidades no se admite el pedimento, aunque el poder contenga la generalidad de poderlos introducir y seguir; advirtiendo que el poder para introducir el recurso de injusticia notoria, ha de ser no solo para que se revoque la sentencia ó sentencias gravosas, sino para que se declare haber lugar al recurso, y el de segunda suplicacion para la revocacion de ellas solamente.

2.ª El poder que se otorgue para instaurar la demanda de un mayorazgo, ó introducir el remedio que llaman de la *tenuta*, y

el juicio posesorio sumarísimo que titulan *artículo de administracion*, debe ser especial, y contener lo siguiente: 1.° la relacion de quién fundó el mayorazgo, cuándo, ante quién, en dónde, y á quién llamó á su obtencion; 2.° quiénes, ó qué líneas lo gozaron, y por muerte de quién está vacante; y 3.° expresar que por esta segun la fundacion se trasfirió en el poderdante la posesion civil y natural de él por ministerio de las leyes de Toro y Partida, y sus declaratorias, como descendiente legítimo de Fulano que tenia tal parentesco con el fundador, y era de las líneas llamadas. Hecha esta relacion, si el último poseedor hubiere sido legítimo, entrará el otorgante diciendo: *que otorga y confiere el mas amplio, especial y eficaz poder que por derecho se requiere, á Fulano, vecino de la villa de Madrid, y procurador de los Reales Consejos, para que dentro del término legal acuda ante los señores del Consejo en sala de Mil y Quinientas, y con presentacion de los documentos que califican su legítimo derecho, ó presentándolos á su tiempo, y compulsando los que falten, pida se declare que por fallecimiento del citado último poseedor se le trasfirió como su inmediato sucesor dicha posesion civil y natural, y que en su consecuencia se mande darle la real, actual, corporal,* vel cuasi *en forma del enunciado mayorazgo, sus agregados y pertenencias con el goce de sus rentas, frutos, regalías y aprovechamientos, y obligacion de cumplir sus cargas desde el dia siguiente al de la vacante: echando á cualquiera detentador que en él se haya intrusado: mandando que las justicias ante quienes se hubiesen formado autos sobre su posesion, los remitan íntegros y originales con los documentos en ellos producidos al Consejo, y que se le confiera igualmente la administracion de sus bienes libremente y sin fianzas, sobre lo cual forme artículo de previo, anterior y especial pronunciamiento con protesta de la nulidad en el progreso ulterior antes que se decida dicho artículo; y practique sobre todo y lo demas conducente hasta su plena consecucion lo mismo que el otorgante haria por sí propio sin reservacion etc.* y proseguirá como en los demas poderes para pleitos. Pero si alguna línea hubiese sido intrusa, y se supiere desde cuándo (ó aunque no se sepa), y el último poseedor fuere de ella; despues de hacer la relacion expuesta, y de las líneas detentadoras, como igualmente de que los ascendientes del poderdante por ausencia, ignorancia de los llamamientos, ó por el motivo que haya habido, no pretendieron su posesion en las vacantes anteriores, se pondrá la cláusula en esta forma: *que*

pida se declare que desde Fulano, último poseedor de los llamados, ó desde la vacante que sea legal, y mas conforme y arreglada á la fundacion, se le trasfirió, y á sus ascendientes, la posesion civil y natural del mayorazgo, y mande dar la real etc. condenando á los herederos del último detentador y á los demas anteriores á la restitucion de todos los frutos que percibieron como intrusos, y proseguirá como en el poder precedente, pues no conviene ni se debe confesar legitimidad al intruso. Con esta cláusula no solo se puede conseguir la restitucion de frutos, sino que en caso que la línea legítima no haya espirado en el que se menciona, sino en otro, queda subsanada la asercion, y se le adjudicará el mayorazgo por la vacante del que se verifique haber sido último, legal y verdadero poseedor: lo que tendrá presente el escribano, pues no todos lo saben. Y se previene que si dentro de los seis meses siguientes al de la vacante acude alguno á la chancillería, poniendo la demanda de propiedad, y el demandado ú otro que pretenda tener derecho al mayorazgo intenta la tenuta en el Consejo, se seguirá esta, y suspenderá aquella, como lo he visto declarado, pues el remedio de la tenuta, ó juicio posesorio, una vez intentado en tiempo hábil, que es dentro de dichos seis meses, lo suspende todo hasta que se declare, y así no se puede seguir junto con el de propiedad, como en otros negocios.

CABEZA DE PODER DE CONCEJO.

En *tal* villa, á *tantos* de *tal* mes y año, ante mi el escribano y testigos, el concejo, justicia y regimiento de ella, que lo componen los señores Don Fulano, corregidor y justicia mayor, Don Fulano, Fulano y Fulano, regidores y oficiales de él &c., juntos en la casa consistorial y de ayuntamiento, como lo tienen de costumbre, por sí y en nombre del referido concejo y capitulares que les sucedieren, por quienes prestan voz y caucion de que habrán por firme todo lo que en virtud y con arreglo á las facultades de este instrumento se practicare, bajo de expresa obligacion que hacen de los bienes y rentas de este concejo, dijeron, que &c. *Aquí se pondrá el relato de lo que motiva la dacion del poder, luego lo decisivo ó dispositivo de él, segun el fin para que se confiera: y despues las cláusulas generales con las de los contratos de menores y juramento de observar lo que en virtud del poder se hiciere*, porque los concejos, iglesias, comunidades y fisco gozan del beneficio de menor edad, y de-

ben ser restituidos siendo lesos, como los menores, segun la ley final, tit. 19. Part. 6.

CABEZA DE PODER DE CONVENTO.

Estando en la sala *de profundis* del monasterio de San Benito, extramuros de esta villa de *tal*, á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el escribano y testigos, el R. P. M. Fr. Francisco de tal, abad de él, F. Pedro, prior, y Fr. Fulano, Fulano y Fulano &c. todos religiosos profesos, conventuales que expresaron ser de este monasterio, y la mayor parte de los que tienen voto de comunidad, juntos y congregados á son de campana, como lo acostumbran cuando tienen que tratar las cosas tocantes al servicio de Dios y utilidad de este monasterio, por sí y en nombre de los ausentes é imposibilitados de presenciar este acto, y de los que les sucedieren, por quienes prestan caucion de tener por firme este pacto, estar á juicio y pagar juzgado y sentenciado, de que aprobarán este instrumento y los que en su virtud se formalicen, bajo de expresa obligacion que hacen de los bienes y rentas presentes y futuros de este monasterio, dijeron: que &c. *(Aquí se pondrá lo mismo que dejo prevenido en el poder de concejo.)*

Nota. Sabiendo el escribano la naturaleza y cláusula de los contratos, sabrá extender los poderes en cuya virtud se han de ordenar; y se le previene que estos han de contener la cláusula guarentigia y demas generales; que si se ofrece extender algun contrato en su virtud, ha de declarar y asegurar en él el apoderado *que no le está revocado, suspenso ni limitado*, sin que sea preciso decir que lo tiene aceptado y acepta, pues por el uso de él es visto aceptarlo; que si es especial para otorgar un contrato, se ha de unir original é insertar en él; y si para mas, sacarse un traslado, é incorporarlo, ó á lo menos citarlo individual y sustancialmente en la escritura, y dar fe de que es bastante; pero no ha de poner el escribano la obligacion de la persona y bienes del apoderado, sino del sugeto que presenta, porque en el contrato no hace mas oficio que el de mandatario, á menos que lo otorgue tambien por su hecho propio como interesado con el mandante: tampoco ha de sujetarle á otro fuero que el que el poder exprese, ni tampoco hacer mas renunciaciones que las que este contenga, de modo que se debe ceñir y no exceder de las especificas facultades del poder; y si contiene la de que le obligue y someta á cualesquier jueces, le someterá

al de su domicilio, ó al del lugar en que el contrato se celebra, que son los que surten fuero. El poder para presentar instrumentos en juicio fuera del término legal ha de ser especial, y jurar en él el mandante, ya sea actor ó reo, que no supo ni tuvo noticia de ellos hasta entonces, y que no los presenta de malicia ni por diferir ni alargar el curso del pleito, sino solo por convenir à la defensa de su justicia y derecho, pues esto es conforme á las leyes 1 y 2. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

PODER PARA DESPOSORIOS.

En *tal* parte, á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, natural y vecino de ella, de tal estado, hijo legítimo de legítimo matrimonio de Fulano y Fulana, difuntos, dijo: que á honra y gloria de Dios, y para su santo servicio, está tratado de casarse en faz de la Santa Madre Iglesia con María Fernandez, de estado doncella, hija legítima de Fulano y Fulana, vecinos de tal lugar, á cuyo acto no puede concurrir personalmente por sus graves ocupaciones y larga distancia; y para que por este motivo no deje de tener efecto, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorga y confiere todo su poder cumplido, especial, y tan bastante como es necesario, á Gregorio Sanchez, vecino del citado lugar, para que en su nombre, y representando su persona, se despose por palabras de presente, que constituyen legítimo y verdadero matrimonio, con dicha María Fernandez, precedidas las amonestaciones que prescribe el santo concilio de Trento, y manda nuestra Santa Madre la Iglesia, ó dispensacion de ellas; y si admite y recibe al otorgante por su esposo y marido, la reciba y otorgue en su nombre por su esposa y muger, pues desde ahora la quiere, otorga y recibe por tal, aprueba y ratifica el matrimonio que en la forma referida se celebre, para que tenga la misma validacion que si por sí propio lo solemnizara, mediante contraerlo con libre, deliberado ánimo é intencion, sin respeto, miedo ni violencia, y se obliga á no reclamarlo con pretexto alguno, ni revocar este poder, á cuyo fin confiere el mas absoluto y eficaz con todas las facultades que para el caso se requieren, al referido Gregorio Sanchez. Y al cumplimiento de lo que en su virtud practique, obliga su persona y bienes presentes y futuros, da el competente á los señores jueces que

de esta causa deben conocer conforme à derecho, para que à ello le compelan como por sentencia &c.

Nota. El poder para casarse debe ser especial, como tambien el que se dé para poner demanda de estupro, esponsales ó matrimonial, contraerlos, recibir la dote, otorgar capitulaciones matrimoniales, y ofrecer arras, pues el general no es bastante; y en estos poderes se han de nombrar los contrayentes ó interesados, y de otra suerte no se deben admitir ni admiten.

SUSTITUCION DE PODER.

En *tal* villa, à *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, usando de la facultad que por el poder precedente le está conferida = Otorga que lo sustituye en todo y por todo (ó en tal cosa) en Antonio de *tal*, vecino tambien de esta villa, á quien releva segun es relevado, obliga los bienes en dicho poder obligados, otorga sustitucion en forma, y lo firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos &c.

Nota. La sustitucion de poder suele hacerse regularmente à continuacion de la copia original ó traslado de él, y asi se admite en los tribunales superiores é inferiores sin reparo; pero si se extiende separada, haciendo protocolo (como se debe segun la ley recopilada), se ha de insertar en ella copia testimoniada del poder para que no se dude de sus facultades, ya se sustituya en todo ó parte; y si el apoderado no quiere sustituirlo en el todo, expresará el efecto para que lo sustituye, dejándolo en lo demas en su fuerza y vigor.

REVOCACION DE PODER.

En *tal* parte, á *tantos* de *tal* mes y año, ante mi el escribano y testigos, Francisco de *tal*, vecino de ella, dijo: que en *tal* dia confirió poder especial para *tal* cosa (ó general) à Pedro de *tal*, ante N., escribano Real, el cual determinó revocar por justas causas que le impelen; y para que tenga efecto, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, dejando como deja al citado Pedro en su buena fama y opinion, y sin que sea visto por este acto injuriarle = Otorga que le revoca totalmente (ó en tal cosa) el referido poder, para que no use mas de él con pretexto alguno: anula é invalida todo cuanto en su virtud practique desde hoy, y requiere á cualquier escribano de su Magestad que si

por derecho fuere preciso, le haga saber esta revocacion, y à las demas personas à quienes toca y tocar pueda, à fin de que no le tengan por parte en los actos y asuntos que comprende, poniendo de ello testimonio à su continuacion, sin que para su notoriedad ni dar el testimonio necesite preceder auto de juez ni otra diligencia, ni deje de ser efectiva esta revocacion, aunque no se notifique. Asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos &c.

Nota. Dudan algunos si es necesario hacer notoria la revocacion del poder al apoderado para que surta efecto, y auto de juez para notificársela; y se responde, que asi como el mandato no se puede extender à mas que la voluntad del mandante, tampoco el mandatario: que lo que este practique desde la revocacion en adelante, aunque la ignore, es nulo; y que por lo mismo no es preciso hacerla saber, concurriendo las siguientes circunstancias: 1.ª que sea constituido para acto extrajudicial; 2.ª que el acto sea tal que no pueda ejecutarlo sin expresa voluntad del dueño; 3.ª que la revocacion no ceda en perjuicio de tercero, ni del apoderado (previniendo que no se llama ni es perjuicio el quitar á este las facultades de usar del poder); y 4.ª que el acto sea tal, que el dueño no tenga necesidad de practicarlo por sí; pero si se quiere hacérsela saber, no es menester auto de juez, pues asi como el dueño puede conferirle el poder y revocárselo sin este requisito, asi tambien el escribano intimarle la revocacion sin él, aunque sea en dia feriado y colendo, interviniendo expreso mandato del dueño, porque la misma solemnidad y formalidad se requiere para el contrato, que para el distracto, y la notoriedad de la revocacion es subsidiaria á esta, y una diligencia meramente monitoria, extrajudicial, no contenciosa, y de jurisdiccion voluntaria del escribano, el cual como persona pública, siendo requerido por el poderdante ó su nuevo apoderado, no debe excusarse á hacerla, ni á poner á su continuacion testimonio de ello con expresion del requerimiento para que conste. De todos modos es mas seguro hacerlo saber à los demas comprendidos en el poder expresa y tácitamente, v. gr. colonos, inquilinos, deudores, ordinario diocesano, compatronos &c. que al apoderado, á fin de que les conste que este carece de facultad para ejercer con ellos las funciones de tal, y que si las ejerce son nulas: pues interpelados de esta suerte, surtirá la revocacion sus verdaderos efectos, aun cuando el mandatario la ignore: este es el medio mas eficaz, y de omitirlo, si el poder es v. gr. para cobrar, y los deudores no sa-

ben la revocacion, pagarán bien al apoderado, aunque este la sepa, y pueda irrogarse perjuicio al dueño; pero constándoles, si le pagan, será por su cuenta y riesgo; y lo mismo milita para otro cualquier acto; con cuya interpelacion cesará todo perjuicio, y será superflua la notificacion al mandatario, pues por el mismo caso de nombrar el dueño otro en su lugar, espiran sus facultades, como lo dice la ley 23 al fin, tit. 5. Part. 3., sobre la cual véase á Francisco Ventura *de jure Patron.* theor. 12. num. 22. y sig.

CAPITULO DECIMOQUINTO.

Del trueque, cambio ó permuta. (*)

§. 1. ¿Que es trueque?
2. Puede celebrarse precediendo tasacion de las cosas que se truecan, ó sin este requisito.
3. Cosas en que conviene con la venta, y otras en que se diferencia de ella.
4. El riesgo de la alhaja trocada perece para el nuevo dueño, aun cuando no haya salido del poder del antiguo.
5. Todos los que tienen aptitud para contraer, pueden hacer trueques.
6. Cuando un contrayente ha entregado la alhaja, y el otro no, el primero tiene accion á reclamarla, ó bien los daños y perjuicios.
7. Las causas que anulan el contrato de venta, anulan el de trueque.
8. Circunstancias requeridas en la permuta de empleos y piezas eclesiásticas.

Escrituras correspondientes á este capitulo.

1. El trueque es un contrato consensual (**) que *consiste en la obligacion que se imponen dos individuos de entregarse recíprocamente una cosa por otra con mutua traslacion de su dominio.*

* Aunque estas tres voces son tenidas por sinónimas en la acepcion comun, la mas propia de este contrato es la de *trueque.* La palabra *cambio* se aplica con especialidad á ciertas operaciones de comercio, y la voz *permuta* corresponde mas bien á los empleos y prebendas.

** El derecho romano contaba el trueque entre los contratos reales, aunque imperfecto; pero entre nosotros no es así, porque el mero pacto ó simple convenio de trocar produce accion y obligacion civil. Las Partidas siguiendo aquella legislacion hacen diferencia entre los pactos nudos y las estipulaciones ó promesas; mas ya no tiene lugar esta diferencia por la célebre ley 1 tit. 1. lib 10 Nov. Rec. que establece el principio de que como quiera que conste que un individuo ha querido obligarse, está efectivamente obligado.

2. Puede celebrarse el trueque de dos modos: á saber, tasando las cosas que se truecan para comparar el valor de cada una, en cuyo caso se llama *estimatorio*, ó bien omitiendo esta regulacion, que suele ser lo mas frecuente, y entonces se llama trueque *simple*. En el primer caso há lugar la queja de *lesion*; pero no en el segundo.

3. Conviene este contrato con el de venta, en que los contrayentes estan obligados á la eviccion y saneamiento de las cosas, y en casi todo lo demas; pero se diferencian en que la venta es válida aunque sea de cosa agena, y el trueque es nulo (1).

4. El riesgo de las alhajas que cada individuo ha ofrecido entregar al otro, es de cuenta del que la debe recibir, del mismo modo que toca al comprador el riesgo de la cosa vendida. Asi en el caso de perecer la alhaja prometida en trueque, perece para el nuevo dueño de la misma, sin que por esto se libre de entregar la suya si no lo hubiese verificado, á menos que el dueño antiguo se haya constituido en mora, ó la alhaja haya perecido por culpa suya.

5. Todos los que tienen aptitud para contratar, la tienen para hacer trueques, y cuantas cosas pueden ser vendidas, pueden ser trocadas.

6. Celebrado el contrato, si uno ha entregado su alhaja y el otro no ha correspondido, el primero tiene accion á reclamar el cumplimiento de lo pactado, ó bien los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado por la omision del segundo (2), segun mas le conviniere.

7. Las causas mismas que anulan el contrato de venta, producen igual efecto en el de trueque (3); por cuya razon en esta escritura se insertan las mismas cláusulas que en aquella para firmeza del contrato.

8. La permuta de toda clase de empleos es nula si no interviene licencia Real, y la de prebendas y beneficios eclesiásticos lo es igualmente sin dicho requisito, y ademas la de los prelados respectivos de las diócesis en que se hallan (4). Mas si los contrayentes no han recibido la institucion canónica, basta la Real licencia para su validez de la permuta.

1 Ley 19. tit. 5. y 1. tit. 6. Part. 5.
2 Ley 3. tit. 6. Part. 5. y 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
3 Ley 4 tit. 6. Part. 5.
4 Ley 2. tit. 6. Part. 5.

ESCRITURA DE TRUEQUE.

En *tal* villa, á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco y Antonio de *tal*, vecinos de ella, dijeron: que les pertenecen en posesion y propiedad, al expresado Francisco una viña y dos tierras contiguas de pan llevar en término de esta villa, y sitio llamado *tal*, tasadas en *tantos* reales; y al mencionado Antonio una casa dentro de sus muros, en *tal* calle, valuada en otros *tantos* reales, las que han determinado permutar; y para que tenga efecto, en la mejor forma que por derecho haya lugar, de su libre y espontánea voluntad = Otorgan que por sí, y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier manera, se dan recíprocamente en venta real, trueque, permuta y enagenacion perpetua; el enunciado Francisco una viña con *tantas* cepas de viduño blanco, y dos tierras de pan llevar confinantes con ellas de *tanta* cabida, sitas en el término de esta villa, en donde vulgarmente llaman *tal*, que lindan (*aquí se pondrán sus linderos*), y estan apreciadas por inteligentes nombrados de conformidad en *tantos* mil reales: y el referido Antonio una casa sita dentro de esta villa, en *tal* calle (*aquí se expresarán su fábrica, pies de sitio, linderos y demas señales conducentes*), la cual se valuó por maestros arquitectos, que los otorgantes eligieron á este fin, en *tantos* mil reales: cuyas tierras, viña y casa declaran y aseguran no tener vendidas ni enagenadas, y que estan libres de toda carga, hipoteca, fianza y responsabilidad; y como tales se las venden y permutan mútuamente en los términos perpetuos, con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos, regalías y servidumbres que han tenido, tienen, y de hecho y de derecho les corresponden y deben corresponder, sin reservacion alguna, por el mismo precio en que las han valuado los enunciados peritos, de que con ellas se dan respectivamente por contentos y pagados á su voluntad, y por no parecer de presente su entrega, renuncian &c. (*Aquí se pondrá la renunciacion y carta de pago como en la venta de villa, y proseguirá*). Asimismo declaran que la cantidad en que se han estimado las referidas alhajas, es su justo precio y verdadero valor, y que no valen mas, ni hallaron quien tanto les diese por ellas; y si mas valen ó valer pueden, del mayor valor en mucha ó poca suma se hacen recíproca gracia y donacion en sanidad pura, perfecta, irrevocable &c. *Proseguirá como la ven-*

ta hasta el fin, y se obligarán á la eviccion de lo que truecan.

Nota. Si las cosas que se permutan, ó alguna de ellas tiene gravamen, se expresará: si interviene dinero para igualarse, ya sea por valer menos alguna de las permutadas, ó por tener sobre sí alguna carga, y se entrega al tiempo del otorgamiento, dará el escribano fe de ello; y si no parece de presente, confesará el otorgante que lo recibió, y habérselo entregado el otro en la forma explicada en las escrituras precedentes, y ambos declararán que con él quedan igualados; que no hay lesion, y de la que haya, se hará mutua gracia y donacion irrevocable en sanidad &c.

PERMUTA DE PIEZAS ECLESIÁSTICAS.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco Perez, canónigo de la santa iglesia catedral de Santiago, y Don Pedro Bermudez, que lo es de la de Toledo, ambos presbíteros, dijeron: que por beneficio de su salud y otras justas causas que les impelen, determinaron permutar sus prebendas ó canonicatos, y para conseguirlo impetraron licencia de su Magestad, que fue servido concedérsela en el Real sitio de *tal*, *á tantos* de *tal* mes y año, firmada de su Real mano, y refrendada de D. F., su secretario, que original se une á esta escritura para documentarla é insertarla en sus traslados, y su literal tenor dice así:

Aquí la licencia.

Y usando los otorgantes de la licencia inserta, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorgan que truecan y permutan las citadas sus prebendas, para que cada uno goce y sirva desde el dia en que tome posesion, la que el otro ha gozado y servido hasta ahora, con las respectivas regalías, emolumentos, cargas y pensiones á ellas anejas, segun y como lo practican y deben practicar los demas canónigos de dichas santas iglesias sin reservacion: se desisten y apartan del derecho que á ellas han tenido, el que se ceden, renuncian y traspasan recíproca é íntegramente; se dan tan amplio y bastante poder como es necesario para tomar la posesion de sus respectivos canonicatos, sin que sea preciso que por su parte intervengan mas requisitos, ni que para ello espere el uno al otro: y suplican á los ilustrísimos señores arzobispos á quienes toca, que en vista de esta permuta les hagan la colacion y canónica institucion, y manden dar dicha posesion, y á los ilustrísimos se-

ñores deanes y cabildos respectivos no se la impidan ni perturben, antes bien los tengan como sus legítimos individuos, les contribuyan con las rentas anuales, diarias distribuciones y demas emolumentos que les correspondan, sin descuento, los admitan al uso y ejercicio de tales canónigos asi en el coro como en las juntas capitulares, y en otros actos públicos y privados que celebren, conservándoles las preeminencias de que deben gozar: juran conforme á su estado que esta permuta es simple, y que en ella no ha intervenido, interviene ni intervendrá directa, indirecta, tácita ni expresamente especie de simonia, ni otro pacto ilícito reprobado por derecho: declaran que tampoco hay lesion ni engaño, por estar cerciorados del producto, utilidad y cargas de los expresados canonicatos; y si lo hubiere, del que sea se hacen mutua gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable con las firmezas congruentes, por lo que no quedan sujetos á responsabilidad alguna. Se obligan á no reclamar esta escritura total ni parcialmente, y si lo hicieren, á no ser oidos ni admitidos judicial ni extrajudicialmente, sino antes bien condenados en costas. Y al cumplimiento de este obligan sus bienes muebles, raices, rentas, derechos y acciones presentes y futuros, dan amplio poder á los señores jueces que de sus causas deben conocer, para que á él los compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben, renuncian &c.

CAPITULO DECIMOSEXTO.

De los contratos verbales, y en primer lugar de las promesas.

§. 1. Diferencia entre el derecho romano y el nuestro acerca de los contratos verbales.
2. ¿Que es promesa?
3. Puede ser pura, condicional, á dia cierto, y mixta.
4. La condicional de pretérito se verifica sabida la certeza del hecho. Las promesas y condiciones imposibles ó injustas anulan el contrato.
5. La promesa vale entre presentes y ausentes.
6. Es nula si no se hace libre y espontáneamente.
7. ¿Quienes no pueden obligarse por medio de promesas?

Escritura perteneciente á este capítulo.

1. Siguiendo la division que hicimos de los contratos, y habiendo hablado de los que se llaman consensuales, trataremos

de los verbales, dando principio por la *promesa*. Mas antes conviene advertir que entre nosotros no es necesario observar las solemnidades escrupulosas que el derecho romano requeria en el contrato verbal, gracias á la célebre ley recopilada, que establece la validez de toda obligacion y contrato *que fuere hecho en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro* (1). Asi quedó nuestra legislacion desembarazada de las diferencias entre los nudos pactos y las estipulaciones, origen de nulidades y pleitos continuos.

2. Llámase promesa *cualquiera oferta verbal ó escrita que una persona hace á otra con intencion de obligarse sobre cosa determinada, que le ha de dar ò hacer* (2). Para que el que promete quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, ha de prometerlo afirmativa y no ambigüamente, explicando con claridad lo que ha de dar ó hacer; y de esta suerte quedará obligado á cumplirlo segun dicha ley recopilada, aunque no intervenga estipulacion, ó la promesa se haga entre ausentes, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion, que no induce obligacion alguna (3).

3. Las promesas pueden ser *puras, á dia cierto, condicionales y mixtas*. Cuando son puras, pende de la voluntad del juez la designacion del dia en que deben cumplirse. Las hechas á dia cierto y las condicionales, tendrán su cumplimiento cuando aquel llegue ó esta se verifique (4); y las *mixtas*, que son las que se hacen bajo condicion y en determinado dia, cuando esten cumplidas las dos cosas (5). Entonces es cuando el promitente está obligado á cumplir lo que ofreció, y el aceptante tiene accion á compelerle á ello.

4. Si la condicion es de tiempo pasado, como *si á Fulano le han nombrado obispo*, debe cumplirse sabida la certeza del hecho. Si la promesa es para el primer dia del mes, sin que se exprese cual, se entiende el inmediato: y por último, si las promesas ó sus condiciones son imposibles, ó contra ley y buenas costumbres, el contrato es nulo. Tambien lo es cuando versa sobre cosas sagradas ó agenas, y lo mismo sucede cuando se promete un animal en calidad de vivo, y se encuentra muerto, por lo cual el promitente no queda obligado á darlo, ni en su lugar otro de la misma especie (6) (*).

1 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 14. num. 3.
2 Ley 1. tit. 11. Part. 5.
3 Parlad. lib. 2. *Rer. quotid.* cap. 3. num. 40.
4 Leyes 12 y 17. tit. 11. Part. 5.
5 Dicha ley 17.
6 Ley 21. tit. 11. Part. 5.
* En toda promesa condicional ó á dia cierto, si cualquiera de los contrayentes

5. Puede hacerse la promesa estando presentes promitente y aceptante, aunque no hablen un mismo idioma, con tal que se entiendan y firmen el contrato ú obligacion (1); y si no estan presentes, con tal que el promitente se obligue por su carta firmada, ó por mensagero cierto, aunque sea por deuda agena, y estará obligado á pagarla (2). Tambien es válida la promesa de cosas que estan por nacer, con tal que se espere que nazcan; pero de lo contrario no valdrá, á menos que el no nacer provenga de culpa del promitente (3).

6. Ninguna promesa es válida, si el que la hace no obra de su libre y espontánea voluntad. Asi cuando interviene dolo, fuerza, miedo grave, obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe, ú otra cosa de las prohibidas, no valdrá, aunque en ella intervenga pena ó juramento (4); pero si el que promete practica voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza ni engaño para hacerlo, antes bien por el mismo hecho pierde la accion que á ello tenia (5). Si alguno con palabras ó medios dolosos hace que otro prometa y se obligue á pagarle mayor cantidad que lo que debia, y despues le demanda en juicio, quedará libre de la deuda el demandado si justifica el dolo (6).

7. El que no tiene prohibicion legal de tratar y contratar, puede prometer y obligarse, y los que la tienen son: el loco, el desmemoriado, el infante, que es el menor de siete años, y el pupilo que ha pasado de ellos, y es menor de doce siendo hembra, y de catorce siendo varon; pero si el mayor de esta respectiva edad y menor de veinticinco años promete, sin intervencion de su curador, dar ó hacer alguna cosa de que se le siga utilidad, vale la promesa en cuanto importe esta (7). Igual prohibicion tiene el pródigo, que por tal está privado de administrar sus bienes, excepto que sea en la forma que el pupilo (8): el padre respecto al hijo que está en su poder, y este para con su padre, sino es que le prometa bienes castrenses ó cuasicas-

muere antes de que aquella se cumpla, ó de que llegue el dia, la obligacion pasa á sus herederos, al revés de lo que sucede en el legado. La diferencia se funda en la ley 11. tit. 14. Part. 3., que dice: *El que contrae, contrae para si y para su heredero.* Sala *Ilustracion del derecho Real*, lib. 2. tit. 16. pag. 360.

1 Leyes 1 y 2. tit. 11. Part. 5.

2 Ley 3. tit. 11. Part. 5. Gom. lib. y cap. cit. num. 1 y 5, et ibi Ayllon.

3 Ley 20. tit. 11. Part. 5.

4 Leyes 28 y 31. tit. 11. Part. 5. 1. tit. 10. y 7. tit. 33. Part. 7. 3. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

5 Leyes 6 tit. 11. lib. 1. Fuero Real, 28 tit. 11. Part. 5.

6 Ley 44. tit. 2. Part. 3.

7 Ley 4. tit. 11. Part. 5.

8 Ley 5. tit. 11. Part. 5. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 32.

trenses: y el señor respecto à su siervo, y vice versa, á menos que sea dinero porque le manumita, y despues de manumitido no quiera satisfacerlo, que en este caso queda obligado, y puede ser compelido al cumplimiento de la promesa (1).

Escritura correspondiente á este capítulo.

PROMESA DE VENDER.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez y Juan Rodriguez, vecinos de ella, dijeron: que estan convenidos el citado Francisco en vender al referido Juan una tierra de pan llevar, de caber tantas fanegas de sembradura en tal parage, término de esta villa, y otorgar à su favor la escritura correspondiente; y este en satisfacerle por ella tal dia tantos reales: y para que tenga efecto su convenio, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho = Otorgan, prometen y se obligan el enunciado Francisco á que venderá para tal dia á dicho Juan la expresada tierra por los tantos reales, y no á otra persona, aunque le ofrezca mas, y formalizará á su favor la escritura conducente, á cuyo fin recibe de él á mi presencia en señal tantos reales en tales monedas, de que otorga á su favor el resguardo conveniente: en su consecuencia promete y se obliga tambien á no apartarse del pacto convenido; y si lo hiciere, á devolverle los tantos reales que acaba de tomar, y pagarle en pena otros tantos, y las costas y daños que por su contravencion se le irroguen, en que desde ahora se da por condenado, sin mas sentencia ni declaracion; pero si en el mencionado dia no hubiere cumplido con la íntegra satisfaccion del precio en que ajustaron dicha tierra, no quedará obligado á celebrar la venta, ni á restituir la señal que recibió, ni á ello ha de ser compelido judicial ni extrajudicialmente con pretexto alguno. Y el expresado Juan, que está presente, dijo: que accpta en todo y por todo la referida promesa, obligándose á pagar al mencionado Francisco para el dia prefinido tantos reales, que completan el total precio en que está ajustada la expresada tierra, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, pena de perder la señal que le ha entregado, y resarcirle los daños y menoscabos que se le causen: y ambos dan por celebrada perfectamente la venta; renuncian la ley 6 del tit.

1 Ley 6. tit. 11. Part. 5.

5. Part. 5. y demas que dicen que resistiéndose los contratantes á otorgarla, puedan arrepentirse; é igualmente la 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. y los cuatro años que prefine para rescindir el contrato, ó pedir suplemento á su justo valor, los que dan por pasados como si lo estuvieran, mediante no haber lesion en el precio en que la ajustaron; pues si alguna hay, de la que sea en mucha ó poca suma, se hacen mutua gracia y donacion pura, perfecta, irrevocable en sanidad con las firmezas convenientes; dan amplio poder á los señores jueces de esta villa para que los compelan á su observancia, como por sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben, renuncian todas las leyes, fueros y privilegios de su favor, y asi lo otorgan y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

Nota. Aunque en la escritura anterior puse la entrega de la cantidad en señal ó arra, pueden los interesados darla y recibirla en cuenta y parte de pago del precio de la alhaja, con lo cual ninguno de ellos podrá arrepentirse, como lo dice la ley 7, tit. 5. Part. 5., queda el contrato ó promesa mas sólido y seguro, y pueden apremiarse à su cumplimiento. Con arreglo á esta podrá el escribano extender otras, teniendo presente la naturaleza y cláusulas precisas del contrato que se promete celebrar.

CAPITULO DECIMOSEPTIMO.

De las fianzas en comun.

§. 1. ¿Que cosa es fianza?

2. Hablando en general, en toda fianza debe ser reconvenido el deudor antes que el fiador.

3. Los fiadores se obligan ó simplemente, ó como pagadores principales. Circunstancias de la fianza simple.

4. ¿Que es fianza en calidad de pagador principal, y que obligaciones trae consigo cuando es ademas solidaria?

5. Las obligaciones de cualquiera fianza reciben toda la amplitud que quieren darla los contrayentes.

6. Limitaciones legales de esta amplitud.

7. Diferencias que inducen los diversos modos con que puede pagar la deuda el fiador.

8. ¿En que casos está obligado el deudor á satisfacer al fiador lo que pagó por él, y en cuales no lo está?

9. Cuando reconvenido este, satisface la deuda callando maliciosamente alguna excepcion del deudor, no tiene derecho á reclamar lo que pagó por él.

10. La fianza pasa á los herederos del fiador.

11. Puede la fianza otorgarse de palabra, y por toda especie de obligaciones.

12. Tambien puede otorgarse por una herencia, y en ciertos casos por los locos, pupilos y pródigos.

13. Igualmente puede darse fianza por otro fiador.

14. La obligacion del fiador no se extiende á mayor cantidad que la expresada en el contrato.

15. Inteligencia que debe darse á las expresiones en que esté concebido el contrato de fianzas.

16. El fiador puede oponer al acreedor las excepciones reales; pero no las que sean personales del fiado.

17. Casos en que muerto un fiador hay obligacion de presentar otro, y casos en que no la hay.

18. En las fianzas en que el fiador tiene derecho á la excusion, debe pedirla este.

19. El acreedor que ha despreciado la excusion, no por eso se inhabilita para reconvenir al fiador.

20. La excusion debe proponerse antes de la contestacion formal de la demanda, pero la excepcion de division puede proponerse despues.

21. Circunstancias que son precisas para que el fiador pueda proceder contra el deudor.

22. ¿Como podrá reconvenir á los deudores cuando son

muchos, el fiador que ha satisfecho la deuda?

23. Casos en que el fiador podrá pedir que se le exonere de la fianza, y esta quedará extinguida.

24. La extincion de la obligacion principal lleva consigo la extincion de la fianza. Varios modos de extinguirse esta.

25. Excepciones de la regla general establecida en el párrafo anterior.

26. ¿Quienes pueden ser fiadores?

27. No pueden serlo los obispos, clérigos y religiosos, sino en pocos casos.

28. Los labradores solo pueden serlo de otros labradores.

29. Las mugeres tampoco pueden ser fiadoras, sino en los casos que aqui se expresan.

30. Advertencia sobre el fiador de un menor.

31. La emancipacion no autoriza á un menor para obligarse como fiador.

32. Ninguno está obligado á dar fianzas, si al tiempo de celebrar el contrato principal no se le pidieren. Excepciones de esta regla general. El marido no tiene obligacion de darlas por la dote de su muger.

Nota sobre el contrato de mancomunidad.

Otra sobre la indemnidad.

Escrituras correspondientes á este capitulo.

1. Es la fianza *un contrato por el cual se obligan uno ó mas individuos á pagar la deuda ó cumplir la obligacion de otro.* El que se obliga á esto se llama fiador, porque presta su fe y seguridad á ruego ó con anuencia del fiado. La ley de Partida (1) define asi las fianzas: *obligaciones que hacen los homes entre sí para que las promisiones y posturas* (tratos) *que hayan hecho sean mejor guardadas*: definicion que manifiesta ser la fianza una obligacion accesoria de otra principal.

2. Por regla general y justísima el deudor debe ser reconvenido primero que sus fiadores, contra los cuales se procederá no pudiendo aquel realizar el pago; y si por no estar el deudor en el pueblo se demanda á los fiadores, podrán pedir plazo para presentarlo, y el juez debe concederles el que le parezca suficiente al efecto. Asi solo se procederá contra aquellos si no se presentaren al deudor dentro del término concedido.

3. Esto supuesto, y para proceder con orden, veamos de cuantas especies pueden ser las fianzas, sobre qué obligaciones pueden recaer, y quiénes pueden darlas y recibirlas. Los fiado-

1 Ley 1. tit. 11. Part. 5.

res pueden de mancomun obligarse simplemente, ò como pagadores principales. La fianza simple se constituye obligándose á pagar entre sí y á prorata, en caso de que el deudor no tenga bienes suficientes para cubrir su deuda. Asi tienen derecho á pedir la excusion de dichos bienes, mediante la cual no estarán obligados à pagar sino la parte que faltare, si aquellos no alcanzan á cubrir la deuda.

4. Si se obligan como pagadores principales, cada uno podrá ser reconvenido por su parte, sin accion á pedir que se haga previamente la excusion en los bienes del deudor principal, aunque siempre à prorata (1). Pero si se añade que la fianza es *in solidum*, es decir que cada uno se obliga por el todo de la deuda, puede el acreedor proceder contra cualquiera de los fiadores para que satisfaga aquella por entero, quedando por consecuencia los demas libres, y el acreedor sin accion á reclamar de ellos cosa alguna. Esta doctrina se funda en la ley 10. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. que dice asi: «Establecemos que si dos personas se obligaren simplemente por contrato ó en otra manera alguna, para hacer ó cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entiendan ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dijese que cada uno sea obligado *in solidum*, ó entre sí en otra manera fuere convenido é igualado; y esto no embargante cualesquier leyes del derecho comun que contra esto hablan; y esto sea guardado asi en los contratos pasados como en los porvenir" (*). Se previene que en cualesquiera fianzas los fiadores presentes estan obligados á pagar la cuota de los ausentes, y los ricos la de los pobres (2).

5. Ademas de lo prevenido en estas y otras disposiciones legales, pueden los fiadores obligarse renunciando los beneficios (**) que ellas les dispensan, pues segun la famosa ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., tantas veces citada, como quiera que conste que un individuo ha querido obligarse, á tanto quedará ligado (***). Por lo mismo las escrituras de fianza deben extenderse

1 Leyes 8 al principio, y 10. tit. 12. Part. 5. Ley 10. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

* Esta ley está en oposicion con la Auténtica *Hoc ita*, Cod. *de duob. reis. stipul.* cuya renuncia ponen los escribanos en estas escrituras por mera costumbre.

2 Ley 9. tit. 12. Part. 5.

** Los que renuncian el beneficio de orden ó de excusion, se constituyen en la clase de pagadores principales, aunque la fianza suene como simple; y asi tendrán que pagar entre sí á prorata, sin derecho á que antes se haga excusion en los bienes del deudor. Si ademas renunciaren el beneficio de division, ó de la ley 10, podrá cada uno ser reconvenido por el todo de la deuda, como si la obligacion fuese solidaria. Toda otra renuncia de leyes romanas es inútil y ociosa.

*** El fiador puede muy bien pactar con el fiado que le dé algun interes, ó le preste otro servicio en pago del riesgo á que

segun el pacto de los contrayentes, y este será el que valga; pero el escribano cuidará de que expresen claramente su voluntad, y de explicarles las cláusulas renunciatorias de que use, y cuales son sus efectos. Tambien pueden otorgar su fianza como menos gravoso y mas cómodo les parezca, por toda la deuda ó parte de ella puramente, á dia cierto ó con condicion, sea antes que se obligue el deudor principal, ó al mismo tiempo ó despues, porque de todos modos permite el derecho (1) se hagan las fianzas (*).

6. Sin embargo, como otras leyes particulares han puesto excepciones á la generalidad de la referida ley 1, el fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal, y de lo contrario no valdrá la fianza en el exceso, el cual puede ser de cuatro maneras: 1.ª cuando se obliga á pagar mas cantidad que la que debe el principal; 2.ª cuando se obliga el deudor á satisfacerla en lugar determinado, y el fiador en otro que le es mas gravoso é incómodo; pero si le fuere mas cómodo valdrá la fianza; 3.ª cuando el deudor se obliga á darla á tiempo cierto, y el fiador á tiempo mas breve; 4.ª cuando el principal se obliga á pagarla bajo de alguna condicion, y el fiador sin ella, ó puramente. En todos estos casos la nulidad versa sobre la parte gravosa de la fianza, y no mas (2).

7. El fiador puede pagar la deuda simplemente, que es sin expresar por quién la satisface, ó por el deudor principal ó por sí como tal fiador. Si la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entonces no lo hace no puede pedírselo despues, pues es visto haber pagado por el principal y no por sus fiadores, por lo cual solo podrá reconvenir al primero. Si hace la paga por el deudor principal, ha de decirse lo mismo, y en este caso no puede el acreedor darle lasto contra los demas confiadores, porque por el propio hecho espira todo el derecho que tiene contra ellos, y es lo mismo que si el deudor la pagara por su mano (**). Y si la hace por sí como tal fiador, que es como debe hacerla, pueda compeler al acree-

se expone por la fianza, pues por mas abonado que este sea, siempre el que fia impone cierta sujecion á sus bienes, y la ley no se opone á los pactos que otorguen los hombres siendo arreglados.

1 Ley 6. tit. 12. Part. 5.

* Asimismo puede pagar el débito con bienes del deudor cuando los tenga en su poder, ó cuando aquel esté insolvente y tema ser encarcelado, si el deudor no lo paga, sin que por esto incurra en pena, ni cometa hurto ni violencia, porque no interviene dolo ni fraude de su parte. *Febrero reformado.*

2 Ley 7. tit. 12. Part. 5.

** Qué cosa sea *lasto* véase el párrafo 5 del capítulo 27 en que se trata de él.

dor á que le dé lasto para demandar toda la deuda al obligado principal, ó á prorata á los demas fiadores de la misma cantidad á su arbitrio, y si alguno no pudiese entonces pagar, debe recibir de él alguna obligacion de pagarle cuando pueda. Si dirige su accion contra los fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, de la cual puede usar cuando quiera; y en todos tiempos puede compeler al acreedor á que le dé el lasto, y aun sin este puede pedir toda la deuda al obligado principal (1).

8. Se halla obligado el deudor principal á satisfacer á su fiador todo lo que pagó por él, ya sea por haberle rogado que lo fuese, ya porque de su propia voluntad se constituyó fiador estando presente el mismo deudor, y no repugnándolo, ó aunque no estuviese, si llegando á saberlo despues lo consiente, ó sale por fiador de cosa que el deudor debe dar ó hacer, y le es útil; pero no tendrá tal obligacion en los casos siguientes: 1.° si el fiador lo paga con intencion de no demandárselo nunca; 2.° si le fió por su propia utilidad; 3.° si hizo la fianza contra la voluntad del mismo deudor (2). Ademas si una persona se constituye fiadora de otra que no estuviese presente por mandato de un tercero, y pagase alguna cosa por el deudor á quien fió, no puede demandar á este, sino al tercero ó mandante; pero si al hacerse la fianza estuvo presente el deudor y no lo contradijo, ó se hizo en su nombre no estando presente, y le fue favorable, está en el arbitrio del fiador pedir lo que satisfizo al sugeto á quien fió, ó al mandante (3).

9. Si cuando se reconviene al fiador, sabe que el deudor principal tiene alguna excepcion ó defensa con que se pondria fin á la demanda, y por no oponerla se le condena y paga, no podrá despues cobrar del deudor á causa de parecer que lo hizo por perjudicarle. Lo mismo se ha de decir en el caso de corresponder la excepcion al fiador, y poder aprovechar á los dos. Competiria tal excepcion, si el acreedor prometiese al deudor ó fiador no demandar nunca la deuda, ó se hubiese hecho otro pacto semejante, con que se remataria la demanda. Sin embargo, procede lo contrario cuando la excepcion compete solamente al fiador, como si fuese muger, que puede alegar la nulidad de la fianza, ó tan solo al deudor principal, porque en ambos casos podrá el fiador reconvenir al deudor por lo que pagó, aunque

1 Ley 11. tit. 12. Part. 5.
2 Ley 12. tit. cit.
3 Ley 13. sig.

con oponer la excepcion habria rematado la demanda (1) (*).

10. Muerto el fiador, pasa la fianza á sus herederos, quienes tienen igual obligacion que él, y suceden en todas sus defensas ó derechos. Y si este ó aquellos pagan de su grado ó sin ningun apremio la deuda que tenian obligacion de pagar, podrán cobrar del deudor, como si lo hubiesen hecho por mandato del juez; aunque si pagan antes del plazo, hasta cumplido este no pueden demandar al deudor (2).

11. La fianza puede otorgarse de palabra ò en escritura, entre presentes ò entre ausentes, por la obligacion actual, pasada ò futura, ya provenga de contrato, ya de delito, ora esté vivo ò muerto el deudor, con su noticia ó sin ella. Pueden darse los fiadores sobre todas las cosas ò contratos en que pueden obligarse los hombres, y son dos las especies de obligaciones sobre que puede recaer la fianza. La primera es cuando al que la hace se puede apremiar por su cumplimiento, y se llama *obligacion civil y natural*, á causa de tener fuerza por la ley y la naturaleza. La segunda especie de obligacion es la llamada *natural tan solamente*, porque quien la hace tan solo naturalmente está obligado á cumplirla, y no puede ser apremiado á ello en juicio, segun se hecha de ver en el esclavo que promete á otro dar ò hacer alguna cosa; pues aunque no se le puede precisar á su cumplimiento, por no ser persona apta para presentarse en juicio, en calidad de hombre se halla obligado naturalmente á cumplir su oferta, de suerte que puede constituirse fiador aun por quien quede obligado tan solo naturalmente, y podrá apremiársele al pago de aquello sobre que se dió la fianza (3) (**).

12. No solo puede darse fianza por todos los que pueden obligarse civil y naturalmente, sino tambien por una herencia yacente ò vacante, la cual se considera en el derecho como una persona, y asimismo por los pupilos, locos, dementes y pródigos privados de la administracion de sus bienes, en las cosas por las que estas personas pueden tambien quedar obligadas eficazmente sin ningun hecho de su parte; pero si se obligan contrayendo directamente, á pesar de su incapacidad legal, serán nulas las fianzas que den por no poder haberlas sin una obligacion

1 Ley 15. tit cit.

* Acerca de esta última disposicion de la ley que parece estar en contradicion con la primera, véase á Gregorio Lopez y demas intérpretes.

2 Ley 16. tit. 12. Part. 5.

3 Ley 5. tit. y Part. cit.

** Sin embargo los fiadores de un hijo de familias que está bajo la patria potestad no pueden ser reconvenidos por deuda que aquel contrajo sin licencia de su padre. (Véase el capítulo 20 *de los préstamos*, párrafo 9.)

principal. Tambien es máxima cierta que la fianza ha de recaer sobre obligacion conforme á la buena moral, y no reprobada por las leyes. De aqui es que no puede darse fianza por la promesa hecha á alguno para que cometa un delito, aunque ya cometido puede darse válidamente para la indemnizacion del perjuicio ya causado.

13. Puede darse fiador no solo por una obligacion principal, sino tambien por otro fiador, y asimismo se admite la fianza por hechos personales que solo el deudor principal puede prestar; mas en este caso la obligacion del fiador se reduce á la satisfaccion de daños é intereses originados de no cumplir con la suya el deudor.

14. La obligacion del fiador no puede extenderse à mas de la cantidad ó causa expresada en su fianza, por cuya razon si la cantidad produce intereses, no estará obligado por ellos, à menos que se hayan mencionado, ò que la fianza no sea general; ni tampoco será responsable de los daños é intereses que provengan de una causa extraña á la fianza. Asi, por ejemplo, el fiador de un administrador de la Real Hacienda está obligado al reembolso de las cantidades que este hubiese defraudado; pero no à la satisfaccion de las multas que se le impongan por su prevaricacion.

15. Para conocer hasta donde se extiende la obligacion del fiador, es necesario examinar escrupulosamente las palabras de la fianza. Cuando estas son generales é indefinidas, se cree gravado al fiador con todas las obligaciones del deudor principal, dimanadas del contrato à que aquella se refiere. La fianza de un arrendador, hecha en términos generales por su arrendamiento, no solo comprende el pago de la renta estipulada, sino tambien la satisfaccion de los daños hechos en la heredad arrendada, la restitucion de las cantidades anticipadas y otras cosas semejantes. Pero cuando el fiador ha expresado la cantidad ò causa por qué se constituye tal, no puede pasar de aqui su obligacion, y por lo tanto, quien fia á un arrendador solo por el precio del arrendamiento, no es responsable por otras obligaciones anejas á este. En una fianza general el fiador se halla obligado por la suerte principal, y aun por los intereses que produce; mas no por estos, si solo por aquella se ha dado la fianza Tambien se extiende esta à los gastos hechos contra el deudor principal, por ser cosa accesoria de la deuda; mas el fiador solo está obligado por ellos desde el dia en que se le notificó el procedimiento judicial. Tampoco se halla obligado el fiador al pago de las

multas en que el juez condene al deudor por dolo, fraude ó contumacia.

16. Sobre si los fiadores pueden oponer al acreedor las mismas excepciones y defensas que puede oponerle el deudor principal, debe distinguirse entre las excepciones reales y las personales. Las primeras son las que se fundan en la cosa misma, y nacen de ella sin respeto à la persona del deudor, como las excepciones de dolo, violencia, cosa juzgada, juramento decisorio &c.; y las segundas son las que se apoyan en alguna razon respectiva, particularmente al deudor, como el privilegio de no ser reconvenido en mas de lo posible, llamado de competencia, y las que dimanan de la cesion de bienes ó concesion de espera. Los fiadores tienen derecho para oponer al acreedor las primeras excepciones, y los eximen de él, como hubieran eximido al deudor principal; pero las segundas no pueden impedirles el pago de la deuda, porque solo se conceden por un motivo personal al deudor, y porque la naturaleza del contrato de fianza consiste en asegurar al acreedor la solvencia de su deudor, y en proporcionarle un segundo obligado para que pague en su defecto. La misma distincion ha de hacerse en el caso de que un menor obtenga en juicio que se rescinda la obligacion por que dió fiador, y se quiera proceder contra este.

17. Cuando por disposicion judicial hay precision de dar fianza, ó cuando por convenio se obliga alguno à dar un fiador sin designar persona, hay obligacion de presentar segundo fiador, si el primero fallece ó se hace insolvente; pero cuando el convenio recae sobre sugeto determinado, no hay precision de dar nueva fianza si este muere.

18. Como un fiador simple no debe pagar mientras que pueda hacerlo el deudor principal, si en este estado se demanda al fiador, tiene derecho para pedir la excusion, esto es, que el acreedor antes de apremiarle averigue la solvencia ó insolvencia del deudor, lo cual debe solicitar el mismo fiador, por no corresponder al juez mandarlo de oficio; pero si el fiador contesta sustancialmente à la demanda sin exigir la excusion, se imposibilita de proponerla despues. Sin embargo, podrá el fiador proponer la excusion cuando, durante el pleito, haya adquirido bienes el deudor, pues es de presumir que no la pidió antes por estar cierto de que el deudor no tenia entonces con que pagar. La excusion consiste en el embargo y ejecucion de bienes muebles, y si no los hay, la justificacion de esto tiene lugar de excusion. Despues de lo uno ó lo otro, el acreedor no tiene obli-

gacion de hacer averiguacion sobre los bienes inmuebles del deudor, hasta que el fiador le haya indicado todos aquellos de que tenga noticia, lo cual se ha de hacer en una sola indicacion, para que no se retarde el pago. Pero como una excusion sobre bienes raices exige cantidades considerables, debe el fiador suministrarlas; si bien no ha de hacerse la excusion cuando haya de ser larga y dificil, ni cuando recaiga sobre bienes litigiosos, gravados sobre manera con hipotecas, ó situados fuera del reino.

19. Aunque el acreedor haya despreciado la excusion, y despues de haberse propuesto esta haya llegado à ser insolvente el deudor, no perderá su derecho de reconvenir al fiador, pues teniéndolo, solo debe inquietarse por las facultades del fiador, à quien incumbe velar si el deudor se halla siempre en estado de cumplir su obligacion. Otra cosa seria si hubiese salido por fiador de lo que el acreedor no hubiese podido cobrar del deudor, porque entonces se podria hacer cargo al acreedor de no haber hecho cuanto estaba en su mano para conseguir el pago. La excusion no tiene lugar cuando se ha renunciado; pero esta renuncia ha de ser expresa y formal, sin que basten las cláusulas de estilo que ponen los escribanos en sus actos ó escrituras.

20. No obstante que la excusion no ha de proponerse despues de la contestacion formal de la demanda, parece que aun despues de esta se puede oponer la excepcion de division, en cuya virtud el fiador reconvenido por el todo de la deuda, pide con razon que solo se le reconvenga por su parte, y se proceda por las demas contra sus compañeros en la fianza. La razon de diferencia consiste en que la primera excepcion es dilatoria y la segunda perentoria. Por lo demas, la excusion y division cesan cuando los fiadores se han obligado *in solidum* con el deudor principal, ó entre sí mismos. La expresion *in solidum*, ó *en todo*, equivale à una renuncia formal de todos los derechos que concede la ley respecto à este punto.

21. Tres circunstancias son necesarias para que el fiador pueda proceder contra el deudor: que aquel no haya omitido por su culpa alguna excepcion que pueda oponer al acreedor, que el pago sea válido y liberte al deudor, y que este no haya pagado segunda vez por culpa del fiador; pero lo dicho acerca de excepciones debe entenderse de las que provienen de la naturaleza de la obligacion principal, y de que tenia noticia el fiador, no de aquellas que honrosamente no pueden oponerse, como la prescripcion de algun tiempo por los caidos de alguna

renta, en cuyo caso el fiador, emplazado que sea, debe proceder contra el deudor principal, à fin de que, si le parece, oponga aquella excepcion.

22. Cuando se hace una fianza à un mismo tiempo por muchos deudores, el fiador que ha pagado, puede reconvenir por el todo à cada uno de ellos, habiendose constituido *in solidum* su obligacion; mas si faltó esta circunstancia, solo puede proceder contra cada uno à prorata, porque el fiador no ha de ser mas privilegiado que el acreedor principal. Y si alguno sale por fiador de uno solo de muchos deudores *in solidum*, y satisface toda la deuda, solo puede proceder directamente contra aquel á quien fió; pero puede tambien, haciendo uso de los derechos y acciones de su deudor, proceder contra sus correos ó compañeros, del mismo modo que este hubiera podido hacerlo satisfaciendo por sí mismo la deuda. Y algunas veces puede el fiador proceder contra el deudor principal antes de haber pagado por él; es à saber, cuando le demanda el acreedor, cuando el deudor ha quebrado, y cuando este se obligó á libertar à su fiador de la fianza dentro de cierto tiempo, y este ha pasado.

23. Sin embargo de que generalmente hablando, no puede el fiador pretender que el deudor le exonere de la fianza antes que pague algo de la deuda, podrá intentarlo, y se disolverá aquella por las causas siguientes: 1.ª Cuando se le condena judicialmente á pagar el todo ò parte de la deuda, pues antes de hacer la paga, puede pedir al deudor la exoneracion de la fianza. 2.ª Si ha estado en ella mucho tiempo, lo cual ha de regularlo el juez à su arbitrio. 3.ª Si el fiador, creyendo que ha cumplido el plazo de la fianza, quiere pagar por no incurrir ni que el deudor incurra en pena, y el acreedor rehusa percibir su crédito, ó si por no hallarse este en el lugar deposita, con la formalidad correspondiente, su importe en parte ó persona segura. 4.ª Si cuando hizo la fianza prefinió término al deudor con anuencia del acreedor para que le exonerase de ella, y ya ha espirado. 5.ª Si el deudor principal empieza à disipar sus bienes (1) (*). 6.ª S. ha llegado à prescribir la accion principal. 7.ª

1 Ley 14. tit. 12. Part. 5.

* Si alguno promete al acreedor satisfacerle lo que no pueda cobrar del deudor, y por ser aquel moroso en reconvenir à este no puede hacer la cobranza, queda libre el fiador, mayormente si requirió al acreedor para que reconviniese al deudor, y no lo hizo. Lo mismo se ha de decir del fiador obligado en forma comun sino renunció el beneficio de la excusion, é instó al acreedor para que reconviniese al deudor principal, y no de otra manera. Igualmente si alguno de muchos fiadores, que gozan del beneficio de division, teme que los demas no tengan despues para pagar, puede requerir al acreedor para que los reconvenga por sus partes, y no haciéndolo debe imputarse à sí mismo el satisfacer ín

Si ha intervenido pacto entre el deudor y el acreedor de no pedir este su deuda. 8.ª Si queda el fiador en lugar del deudor, en cuyo caso resultará obligado aquel por la accion principal, y se extinguirá la fianza, pues nadie puede ser fiador de sí mismo. Algunos otros casos traen los autores, que solo se apoyan en la legislacion romana, y cuya doctrina no es corriente en la prática de nuestros tribunales.

24. La extincion de la obligacion principal lleva consigo la de la fianza, mediante ser propio de las cosas accesorias el no poder subsistir sin la cosa principal. Por consiguiente el fiador quedará libre, siempre que lo quede el deudor principal, ya por el pago real ó cumplimiento de su obligacion, ya por la compensacion de su deuda, ora por la remision que le haga de ella el acreedor, ora, en fin, por una novacion (*). Lo mismo sucederia, si el deudor principal llegara á ser heredero de su acreedor, ó por el contrario, ó un tercero heredero de ambos, pues entonces la deuda principal se hallaria extinguida por confundirse las cualidades de acreedor y deudor, reuniéndose en una misma persona. Tambien se acaba la fianza cuando el acreedor recibe voluntariamente del deudor alguna heredad en pago de alguna cantidad de dinero, por la que habia recibido fiador, aun cuando el acreedor se despojare en juicio de la posesion de dicha heredad; como tambien cuando el acreedor deja prescribir su derecho contra el deudor, y despues se hace este insolvente. Pero no queda libre el fiador con la próroga que el acreedor conceda á su deudor, ya porque puede esta ser tan favorable al fiador como al deudor, y ya porque no impide al primero mirar por su indemnizacion y proceder contra el deudor principal, si advierte que va á menos su caudal.

25. No obstante la regla general establecida en el párrafo antecedente, de que extinguida la obligacion principal cesa la del fiador por ser meramente accesoria, es preciso tener presente que cuando la cosa debida por el sugeto fiado perece por culpa

solidum Por otra parte es de advertir que habiéndose contentado el acreedor con el fiador que le dió el deudor, aunque empobrezca aquel despues, no se halla obligado este á dar otro, excepto que el fiador se haya dado, no por convencion de las partes, sino por alguna disposicion legal para la forma de algun acto.

* La novacion de un contrato es la traslacion ó conversion de la primera deuda ó obligacion en otra distinta. Puede subsistir el mismo deudor ó entrar otro en su lugar, en cuyo caso se llama delegacion. Uno de los efectos de la novacion es la extincion de las obligaciones gravosas accesorias de la principal, como la prenda y la fianza. La novacion se llama *voluntaria* ó *necesaria*, segun que se hace espontaneamente por los que contratan, ó se manda hacer judicialmente. *Véase el cap. 5. tit. 3. lib. 3. donde se ventila este punto.*

del fiador, ó despues que este se ha constituido en mora, su obligacion no se extingue por la extincion de la principal, sino que permanece obligado no solo por la deuda sino por los per. juicios que al acreedor se hubieren seguido.

26. Pueden dar y recibir fianzas todos los que son capaces de otorgar promesas obligatorias; pero esta regla general tiene las siguientes excepciones.

27. No pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clérigos regulares ni sus prelados, ni los caballeros y soldados que estan en el Real servicio, especialmente de recaudadores de rentas Reales (1), ni los siervos, sino en la parte que su señor les tenga cedida en pleno uso y dominio. (2). Los clérigos de orden sacro no deben fiar sino à otros clérigos, à iglesias ó personas miserables y desvalidas, aunque si fiaren à otras personas valdrá la fianza en cuanto importen sus bienes patrimoniales y no mas; si bien sus prelados podrán imponerles pena por haberla hecho (3).

28. Los labradores no pueden fiar sino á otros que lo sean, y si lo hacen, es nula la fianza. Tampoco pueden obligarse como principales ni fiadores de los señores en cuya jurisdiccion viven, y si se obligan, à mas de no valer la obligacion, aunque renuncien las leye, que se citan, debe perder su oficio el escribano que la autoriza (4). No expresa la ley si pueden obligarse como pagadores principales de otro que no sea su señor; pero como en dicha ley se ha querido favorecer á los agricultores, y mayor daño les resultaria de obligarse como principales, pues podrian ser reconvenidos antes que el deudor, parece que el espiritu de la ley lo prohibe. Asi aconsejo al escribano que no autorice tales obligaciones (*).

29. La muger tampoco puede ser fiadora; mas su fianza será válida en los casos siguientes: 1.° si lo hace por razon de dote, v. gr. en favor del que la ofrece á otra muger para casarse; 2.° si sabiendo que le está prohibido ser fiadora, y estando cerciorada del auxilio legal lo renuncia de su espontánea voluntad; 3.° si permanece en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renueva, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del

1 Leyes 45. tit. 6. Part. 1. y 2. tit. 12. Part. 5.

2 Las mismas leyes.

3 Ley 45. tit. 6. Part 1.

4 Leyes 25. cap. 5. y 28 tit. 21. lib. 4. Rec.

* No puede dudarse que la ley prohibe que los labradores se obliguen como pagadores principales en el caso que supone el autor, porque esta obligacion no es mas que una fianza solidaria que les está prohibida por su propia utilidad, como todas las demas.

débito; 4.° si recibe precio por ser fiadora; 5.° si se viste de varon, ó hace otro engaño para que la admitan por tal creyendo que es varon (*); 6.° si fia á quien la fió, ó por su utilidad ó cosas propias, ó en otra manera semejante; 7.° si heredó los bienes del mismo à quien fió (1); 8.° si fia à su marido en favor de las rentas Reales, porque cuando algun casado las toma en arrendamiento, ó quiere dar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato, y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene contra los bienes de su marido (2).

30. Si sale alguno por fiador de un menor de veinticinco años, á quien se engaña sobre aquello á que se refiere la fianza, no quedan obligados el menor ni su fiador en cuanto monte el engaño; pero si no lo hubo, aunque el menor puede por razon de su edad invalidar el pacto ó contrato sobre que recayó la fianza como hecho en su perjuicio, el fiador queda obligado, y puede apremiársele al cumplimiento de su promesa, y aun si paga alguna cosa no podrá demandarla al menor (3).

31. La emancipacion de un menor no le habilita para obligarse como fiador, y aun al que ejerce un cargo en virtud de dispensa de edad puede restituírsele contra una fianza que hubiese hecho, sino es que fuere relativa al desempeño de su encargo. Igualmente un menor, mercader, no puede hacerse fiador de otro mercader, porque como tal solo por los negocios de su comercio puede contraer sin esperanza de restitucion. El único caso en que es válida la fianza de un menor, es cuando la otorga para sacar à su padre de una prision, mediante á que entonces cumple con un deber prescrito por la naturaleza; si bien esto ha de entenderse no pudiendo el padre obtener su libertad por medio de la cesion, ó no ocasionándose un perjuicio demasiado considerable en los bienes ó caudal del hijo.

32. Siendo las fianzas unas obligaciones accesorias de otra principal, es claro que pueden ser tantas como son los contratos y convenios con que se ligan los hombres. Pero si al tiempo de celebrarse el contrato principal, no se piden fianzas al obligado á su cumplimiento, no se le pueden pedir despues, sino en los casos de hacerse disipador de sus bienes ó mudar de domicilio.

* La razon es porque las leyes nunca favorecen á los que usan de dolo ó fraude en sus tratos.

1 Ley 3. tit. 12. Part. 5.

2 Ley 27. §. 5. tit. 11. lib. 9. Rec. De los que pueden ó no ser fiadores de rentas Reales tratan las leyes 5, 6, 7 y 8. tit. 10 y 27. tit. 11. lib. 8. Rec.

3 Ley 4. tit. y Part. cit.

(Qué especie de fianzas son estas se dirá en el capítulo siguiente.) Sin embargo el marido no está obligado á darlas por la dote de su muger, aunque se las pidan al tiempo de celebrar el contrato, y aunque haya costumbre contraria en el pueblo (*). Si bien hay casos en que deberá darlas, y son los siguientes: 1.° Cuando recibiendo la dote antes de casarse le pidieren fianzas, ó él las prestare espontáneamente de que la restituirá si el matrimonio no se verifica. 2.° Cuando por quiebras ú otro incidente queda reducido á suma pobreza. 3.° Cuando disuelto el matrimonio tiene obligacion de devolver la dote. 4.° Cuando su padre ó hermano concurren con él á su otorgamiento en calidad de fiadores. Y 5.° cuando se obliga á darlas con juramento (1). Pero el marido puede pedir y por consiguiente admitir fianza de que le entregarán la dote prometida, quedando el fiador obligado segun los términos con que contratare.

Nota sobre la mancomunidad.

Cuando dos ó mas se obligan á salir por fiadores de la deuda *agena*, se dice que hay fianza de mancomunidad, y este es el caso de que se habló en el párrafo 4 de este capítulo. Pero como pueden varios individuos contraer de mancomun la obligacion de pagar una deuda *propia*, no deben confundirse casos tan diversos. Es pues la mancomunidad en este sentido *el contrato, por el cual dos ó mas personas se obligan á pagar á prorata*, ó in sólidum *la deuda que han contraido*. Diferénciase de la fianza mancomunal en que no hay que hacer nunca excusion previa de los bienes del deudor, pues no hay mas deudor que los mismos mancomunados; pero en todo lo demas tiene lugar la doctrina expuesta en el referido párrafo 4, fundada en la misma ley 10 que en él queda inserta. Asi cuando la obligacion es á prorata, no puede pedirse á cada uno mas que su parte; si es *in solidum*, podrá cada socio ser reconvenido por el todo; si hay alguno fuera del pueblo, ó si fuere pobre, pagarán los demas por él (2); y por último el litigio entablado contra uno, no será obstáculo para que el acreedor pueda intentar su accion contra cualquiera de los otros. Dúdase, y con razon, si reconvenido un deudor, y pagada la deuda entera por

* La razon que da Febrero es, porque si le dan la muger sin fianza, mejor deben darle la dote; razon que ciertamente no satisface.

1 Gutierr. *de jur. conf.* part. 1. cap. 1. Gom. ley 50 de Toro, num. 19.

2 Ley 10. tit. 12. Part. 5.

el mismo, podrá reclamar de cualquiera de los otros toda la suma que pagó rebajada su parte, ó si podrá únicamente exigir la prorata de todos sus condeudores. La ley nada dice, y por lo mismo deberá el escribano prevenirlo asi á los que se mancomunan, á fin de que determinen lo que haya de hacerse en dicho caso. De este modo, y expresando si la obligacion es á *prorata*, *ó in solidum*, no tiene el escribano que detenerse al formar la escritura en amontonar renuncias del derecho romano que son totalmente excusadas.

Nota sobre la indemnidad.

Indemnizar quiere decir *sacar á alguno á paz y salvo de la obligacion que contrajo, de suerte que si paga algo, se reintegre y no experimente perjuicio por ella.* Las escrituras de indemnidad, que por otro nombre llaman de *sacar á paz y salvo*, suelen otorgarse para resguardo del que se obligó por fiador de otro, ó que siendo realmente fiador, se obliga como principal de mancomun; ó bien cuando siendo principal con otros mancomunados en una deuda, aunque desiguales en la percepcion y utilidad, se obligan mutuamente entre sí á indemnizarse y satisfacerse lo que les toca pagar, respecto á no disfrutar igual beneficio, aunque suene que sí, y por otros motivos. En tales casos no puede el acreedor pedir al fiador de indemnidad el débito sin hacer previa excusion en los bienes del principal deudor y verdaderos fiadores, sin embargo de que la haya renunciado (1); pero si se obliga como principal, podrá dirigir contra él la accion sin dicho requisito, porque entonces se destruye la naturaleza de fiador de indemnidad, y pasa á la de principal obligado; y si asegura solamente la deuda al mismo principal, seguirá la de fiador simple ó abonador. Y porque los escribanos en todas las escrituras de fianzas sin distincion obligan á los fiadores como principales, poniendo tantas renunciaciones y palabras que atendidas estas y la naturaleza del contrato se confunden con la obligacion que propiamente hizo y quiso hacer el fiador, les prevengo que eviten toda confusion y oscuridad, que instruyan á los contratantes de los efectos de sus obligaciones para que sepan á lo que se obligan, y que no se excedan ni pongan en la escritura lo que aquellos no pacten. Con lo que dejo explicado podrán enterarse radicalmente de la naturaleza de las

1 Gutierr. *de jur. conf.* part. 1. cap. 23. num. 22 y 26.

fianzas y principales obligaciones, distinguir unas de otras, y no alegar ignorancia invencible.

Si el padre enagenare los bienes maternos de su hijo, y este aceptare la herencia paterna, no podrá demandarlos al poseedor sin hacer previa excusion en los paternos; pues aunque estos deben responder de aquellos, como el hijo está obligado á observar el contrato celebrado por su padre, no tiene accion á repetirlos si acepta la herencia paterna, y es suficiente para reintegrarle de su importe (1); por lo que hará la cuenta de que su padre nada le dejó.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

OBLIGACION Y FIANZA SIMPLE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella = Otorga que recibe prestado sin premio ni interes (como lo jura en solemne forma, de que doy fe), de Pedro Rodriguez, de la misma vecindad, tantos reales en tales monedas, de cuya entrega y recibo doy fe, por haberse hecho á mi presencia y de los testigos que se nombrarán, y como real y efectivamente entregado de ellos formaliza á su favor el resguardo mas congruente. En su consecuencia se obliga á satisfacérselos, poniéndolos en su casa y poder, ó de quien el suyo tenga, para tal dia, en una partida y buena moneda de plata ú oro corriente, segun acaba de recibirlos, y no en otra cosa ni especie; y no cumpliéndolo, quiere que se le apremie por todo rigor legal, no solo á su solucion sino á la de las costas, salarios, daños, intereses y menoscabos que se le irroguen, y haga constar por su relacion jurada, sin que necesite de otra prueba, ni preceda aviso ú otra diligencia judicial ni extrajudicial, pues de todo le releva. Y para mayor seguridad de la referida suma ofrece por su fiador á Juan Mendez, vecino tambien de esta villa, que está presente, quien se constituye por tal, y se obliga á que si el mencionado Francisco no pagare al plazo estipulado los susodichos tantos reales, ni se hallaren bienes suficientes á completarlos, los satisfará incontinenti el otorgante á su acreedor, ó lo que este deje de pagar, haciéndole constar previa y judicialmente su falencia; consiente ademas que las diligencias que ocurran en este caso, se en-

1 Leyes 24. tit. 13. Part. 5. y 3 al fin, tit. 18. lib. 3 del Fuero Real.

tiendan con él, y le perjudiquen como si fuere deudor principal para la exaccion de los tantos reales, ó de lo que falte á su complemento, y asimismo de las costas, perjuicios y menoscabos que se le causen, por los que se ha de hacer la propia ejecucion y remate de bienes que por la cantidad prestada, á cuyo fin se constituye su simple fiador. Y ambos otorgantes obligan sus personas y bienes al cumplimiento de lo pactado; dan amplio poder á los señores jueces de esta villa para que á él los compelan, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben &c.

Nota. La fianza que incluye la escritura precedente es simple y pura, y asi se obliga el fiador á pagar en defecto del principal, porque de la naturaleza de este contrato es que pague aquel, hecha previa excusion de los bienes de este, y de lo contrario pasará de la clase de fiador simple á la de principal obligado; será un socio mancomunado del deudor, por recibir en sí la principal obligacion en iguales términos que él, y como tal podrá ser demandado antes ó al propio tiempo, y si no ha tenido utilidad en la deuda, queda gravemente perjudicado, por lo cual siempre que ocurra el contrato de verdadera y pura fianza, ya sea obligándose el fiador en una escritura con el deudor, ó en diversas, ya al mismo tiempo ó despues, tendrá cuidado el escribano en cumplimiento de su oficio de instruirle de sus efectos, y segun quiera obligarse, extenderá la escritura sin excederse. Tambien le prevengo que si el deudor principal no concurre á su otorgamiento por tener constituida anteriormente su obligacion, ha de llevar el fiador la voz en la escritura como único otorgante, y entonces se omitirá todo lo que concierne al principal obligado, y solo se hará mencion de este, y de la deuda que contrajo, por la que le fia.

OBLIGACION Y FIANZA DE UN DEUDOR, Y OTROS FIADORES OBLIGADOS COMO PRINCIPALES POR EL TODO CADA UNO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: (*Aqui se pondrá la obligacion del principal deudor, como en la antecedente, si no la ha constituido antes, y proseguirá en esta forma:*) Y para mayor seguridad del citado acreedor, y efectivo cobro de los expresados veinte mil reales, ofrece por sus fiadores y principales pagadores, legos, llanos y abonados, á Pedro, Diego y Juan

de tal, vecinos tambien de esta villa, quienes se constituyen por tales: en su consecuencia todos tres se obligan de mancomun, y cada uno en particular por el todo, á satisfacer al mencionado acreedor al plazo prefijado dicha cantidad, sin que tenga que practicar diligencia alguna contra el referido Francisco, ni hacer excusion en sus bienes, pues la renuncia con la ley 9. tit. 12. Part. 5. y demas que disponen *que el fiador no pueda ser reconvenido antes que el deudor principal:* se conforman con la 8 del mismo título y partida que dice: *que obligándose muchos fiadores por el todo, estan obligados á cumplir lo que prometieron, y el acreedor puede demandar á todos, ò á cada uno de por sí toda la deuda.* Hacen suya propia la deuda agena, y reciben en sí, y queda de cuenta y cargo de cada uno la íntegra responsabilidad y solucion de los enunciados veinte mil reales, por los que quieren y consienten ser demandados primero que el deudor, y que todos los autos y diligencias que para su reintegro se ofrezca hacer se entiendan con cada uno de ellos, y no con aquel; esto sin perjuicio de la accion que el acreedor tiene contra él, pues queda viva, ilesa y en su fuerza y vigor, para que use de ella á su arbitrio y eleccion. Asimismo se obligan á pagarle en la propia conformidad todas las costas, gastos, daños, intereses ó menoscabos que por su morosidad se le irroguen; de cuyo importe defieren la liquidacion en su relacion jurada, ó de quien su poder ó causa hubiere, y le relevan de otra prueba. Y á la observancia de este contrato obligan sus personas &c.

OBLIGACION DE MANCOMUN POR EL TODO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro, Juan, Diego y Martin, vecinos de ella = Otorgan que reciben en este acto de Francisco Lopez, de la propia vecindad, tantos mil reales de vellon, que les presta sin premio ni interes (como lo juran en legal forma, de que doy fe) en tales monedas. (*Aquí se pondrá la fe de entrega y recibo como en la obligacion de pagar dinero prestado.*) En su consecuencia todos cuatro se obligan de mancomun, y cada uno *por el todo*, á pagar para tal dia, y poner á su costa, por su cuenta y riesgo, en casa y poder del expresado Francisco Lopez, los mencionados tantos mil reales en una partida, y buena moneda de plata ú oro corriente, y no en otra cosa ni especie; y si no lo cumplieren, quieren que pasado el término prefinido, les apremie ejecutivamente á su íntegra solucion, y á la de las costas, perjuicios y

menoscabos que se le irroguen, cuya liquidacion defieren en su juramento, y le relevan de otra prueba; á cuyo fin pueda dirigir su accion contra cada uno por el todo, ó contra todos á prorata, sin que la eleccion de una perjudique á la otra, pues ha de tener facultad de usar de ambas indistintamente siempre que quiera, hasta que se verifique su total reintegro de principal y costas, y no sea preciso hacer excusion en los bienes del uno para reconvenir al otro, ni tampoco citacion, requerimiento ni otra diligencia, porque la renuncia con todo lo demas que le favorezca (*proseguirá como la obligacion de mutuo, y si las partes quisieren, y no de otra suerte, añadirá*): y si alguno de los otorgantes pagare toda la referida cantidad, ó mayor parte que la que como uno de cuatro le corresponde, ha de tener facultad, como por esta escritura se le da, de repetir por el resto deducida su cuarta parte con el lasto del acreedor contra todos los demas á prorata, ó contra cualquiera de ellos *por el todo* á su arbitrio, y lo mismo han de poder hacer los otros, para lo cual se confieren las mas amplias facultades que necesiten, y se ceden las respectivas acciones que les competen y pueden competir. Lo cual se entiende, ya pague simplemente el primero, ó como tal mancomunado, ó de otra cualquiera suerte, al acreedor, y este le dé ó no el lasto en el acto de la paga, pues en cualquier evento quieren que los que vayan pagando gocen íntegramente del beneficio de la cesion de acciones, como si cada uno fuese el principal acreedor: que si alguno fuere fallido, ó no estuviere en el pueblo al tiempo de intentar la accion, se observe el mismo orden y repeticion: y que todos y cada uno se subroguen, como desde ahora quedan subrogados, en el derecho del acreedor, sin embargo de cualesquiera disposiciones legales contrarias, pues las renuncian para que jamas les sufraguen; y al cumplimiento de &c.

ESCRITURA DE INDEMNIDAD Ó DE SACAR Á PAZ Y Á SALVO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Antonio Rodriguez salió por su fiador, y ambos se obligaron omnimodamente á pagar á Diego Fernandez tantos mil reales por tal razon; y para que quede indemne de la obligacion que constituyó, y jamas sea perjudicado en cosa alguna, mediante no haber tenido el menor interes ni utilidad en su importe, en la mejor forma que haya lugar en derecho = Otorga y se obliga á sacar á paz y

á salvo al citado Antonio de la mencionada fianza, y á que nada pagará por él. Y para su mayor seguridad (sin que la obligacion general derogue ni perjudique á la especial, ni por el contrario, sino que de ambas se ha de poder usar), hipoteca especial y expresamente una casa que le pertenece en esta villa, en tal calle (*Aquí se pondrán sus linderos, medida, fábrica y sitio, y tambien relacion de sus títulos, si se quisiere.*), la cual está libre de todo gravamen, y por tal la asegura. En consecuencia quiere que si el enunciado Diego ú otro en su nombre le pidiere y exigiere alguna cosa, se proceda contra la referida casa por via ejecutiva, y todo rigor legal, hasta que quede indemnizado enteramente de la obligacion que formalizó por él, y de todos los gastos procesales y personales, perjuicios y menoscabos que se le irroguen, cuyo importe defiere en su juramento con relevacion de otra prueba: otorga á su favor la escritura de indemnidad que sea mas estable y eficaz; se obliga igualmente á no enagenar la enunciada casa, ínterin no se extinga dicha obligacion, y si lo hiciere sea nulo: y aunque esté en poder de tercero, cuarto ó mas remoto poseedor, ha de subsistir siempre afecta á la responsabilidad de la citada fianza y obligacion, y poderse repetir contra ella, del mismo modo que si el otorgante la poseyera, á cuyo fin la grava tambien á la observancia de este pacto, para que sea mas firme, y no se pueda contravenir á él: todo lo cual quiere y consiente se anote en los títulos de pertenencia de la citada casa y demas partes conducentes, para que siempre conste y obre los efectos que haya lugar; y que se tome la razon en la oficina de hipotecas en el término prefinido por la Real pragmática, bajo la pena que esta impone: al cumplimiento de lo referido obliga &c. *Proseguirá como en la obligacion con hipoteca.*

OBLIGACION DE MANCOMUNIDAD SIMPLE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro, Juan, Diego y Martin de tal, vecinos de ella= Otorgan que se obligan de mancomun á pagar á prorata sin excusa ni dilacion, y poner á su costa para tal dia de su cuenta y riesgo, en casa y poder de Francisco Lopez, vecino y mercader de tal parte, en una partida y moneda de plata ú oro corriente, y no en otra cosa ni especie, tanta cantidad, que les ha prestado con el interes de un tres por ciento, y no mas, como lo juran á Dios y á una cruz en legal forma, de que doy

fe (*Aqui se pondrá la confesion de la entrega y recibo como en la obligacion con prenda.*), y si no lo cumplieren segun dejan prometido, quieren que el acreedor dirija su accion contra cada uno por su cuarta parte y premio correspondiente, y les apremie con todo rigor á su solucion, y á la de las costas y perjuicios que en su exaccion se le causen; cuya liquidacion defieren en su juramento, ó de quien sea parte legítima, relevándole de otra prueba; y si alguno ó algunos fueren á la sazon pobres, se ha de repartir su parte entre los restantes, haciéndoles constar previamente el acreedor su indigencia, á cuya satisfaccion se les ha de poder compeler igualmente &c. *Proseguirá como la obligacion de mutuo.*

CAPITULO DECIMOCTAVO.

De varias fianzas particulares.

§. 1. Hay otras fianzas que solo tienen lugar en ciertos casos y circunstancias dignas de saberse.

2. La fianza de *saneamiento* es la que da un deudor para evitar su prision, aun cuando tenga bienes sobrados para pagar.

3. La fianza *de la ley de Toledo* la da el acreedor que por la via ejecutiva cobra su deuda para resguardo del deudor, si en el grado de apelacion prueba que no debió pagar.

4. Otros casos en que há lugar esta fianza.

5. La fianza *de la ley de Madrid* tiene lugar en la sentencia arbitraria, y por ella queda asegurado el que se siente perjudicado de dicha sentencia para el caso en que se revoque en apelacion.

6. De la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los contadores nombrados por las partes se admite apelacion despues de ejecutada, y en estos casos hay que dar fianza por si el tribunal superior revoca la indicada sentencia.

7. La fianza *de la haz* tiene que prestarla en las causas civiles algun fallido ó poco abonado, para que el juicio no quede ilusorio, y en las criminales cuando el delito merece pena pecuniaria y no corporal, so pena de prision del que no la diere. Puede ser de dos modos, á saber: *de estar á derecho, ó de pagar juzgado y sentenciado.*

8. La fianza *carcelera* tiene que darla el reo preso para conseguir su libertad, obligándose el fiador á presentarle cuando se le pida.

9. Explicacion de dicha fianza, y de las obligaciones que contrae el que la toma á su cargo.

10. Fianza que deben prestar los corregidores y otros jueces de permanecer en el pueblo en que lo han sido el tiempo necesario por la ley para ser residenciados.

11. Fianza que estan obligados á dar los escribanos de la audiencia de Galicia para seguridad de los procesos en que actuaren, y entrega de los mismos á sus sucesores.

12. Fianza que deben dar los jueces de visita de entregar al receptor de penas de Cámara los caudales que recogieren pertenecientes á este ramo.

13. Fianza que es preciso dar para introducir los recursos extraordinarios de *injusticia notoria.*

14. Sobre el mismo asunto.
15. De la fianza *depositaria*, ó sea *de acreedor de mejor derecho*, que tiene lugar en los concursos de acreedores.
16. Fianza de satisfacer *mil y quinientas doblas*, la cual se ha de prestar por el que interpone suplicacion de la sentencia de revista dada por una audiencia ó chancillería en pleitos de mayorazgos, y otros de consideracion.
17. De la fianza *de arraigo*, y de los casos en que tiene lugar.
18. De la *caucion juratoria*.
19. Equivocacion de un autor acerca de esta caucion por la mala inteligencia de una ley.
20. Responsabilidad de los escribanos en orden á la admision de las fianzas referidas.

1. Hay varias fianzas especiales que tienen lugar en casos determinados, y por lo regular se prestan por mandamiento del juez ó de la ley. Como en cada una de ellas se observan circunstancias que le son propias, convendrá dar razon de todas para instruccion del escribano.

2. La fianza de *saneamiento* es la que da el reo ejecutado no exento, aunque tenga bienes superabundantes al débito, á fin de evitar que se le ponga preso (1). Llámase asi, porque el fiador está obligado á *sanear* los bienes secuestrados del deudor, y en su defecto á pagar de los suyos el importe de la deuda. Han de recibirla los escribanos de número ó provincia, ante quienes se despachan las ejecuciones por su cuenta y riesgo, y de sus oficios, y no los que van á practicar la diligencia, sin que preceda consentimiento por escrito del ejecutante, y lo propio milita con la de *pagar juzgado y sentenciado;* pero en este caso es preciso que el ejecutante se conforme con el fiador, porque el solo consentimiento suyo para recibirla no exime á los ministros de la responsabilidad del débito, décima y costas, si el fiador y el deudor son fallidos; y asi no les aconsejo que la reciban, aunque tengan para ello su mero consentimiento por escrito, si en ella no se da por satisfecho del fiador. Esta fianza ha de constar de tres requisitos: 1.° que asegure el fiador que los bienes embargados son del ejecutado: 2.° que sean equivalentes al tiempo del remate, no solo para la solucion de la deuda, sino de las costas que en su exaccion se causen, y décima donde hay estilo de exigirla; y 3.° que se obligue á satisfacerlo todo si se ve-

1 Ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

rificase no ser suyos, ó el resto, deducido el importe que produzcan y valgan, siéndolo y habiéndolo: para lo cual hará suya propia la deuda, y se constituirá en estos casos principal pagador. Con esta fianza, siendo el ejecutado de los que pueden ser presos por deuda, se eximirá de serlo, á menos que pertenezca al Rey, que entonces, aunque sea hijodalgo, tenga bienes sobrantes y afiance de saneamiento, ha de estar en la prision hasta que la Real Hacienda se reintegre efectivamente de todo su crédito (1). Y aunque algunos extienden esta fianza, añadiendo: *que el fiador se obliga á que habrá postor á los bienes ejecutados*, debe omitirse esta cláusula por tres razones: 1.ª porque no concierne al saneo de los bienes el que haya ó no postor á ellos, ni tiene conexion con él por ser cosa muy diversa; 2.ª porque la ley nada habla de postor, sino de saneamiento, y no debemos excedernos de su precepto; y 3.ª porque cede en visible detrimento del fiador, que ni quiere obligarse á mas que al saneamiento, ni la ley le obliga ni manda que se obligue; y así se omitirá, pues sino hubiere postor, se adjudicarán en pago al acreedor por su tasa justa, y llegando esta á cubrir el principal, décima y costas, queda reintegrado de todo su crédito, y el fiador libre de la fianza, y no es justo gravarle con obligacion que no quiere contraer, ni la ley se la impone.

3. Despues de sentenciada la causa de remate se da tambien en las causas ejecutivas la fianza de la ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. (que llaman de *Toledo*, por haberla establecido en esta ciudad los Reyes católicos en el año de 1480), la cual se requiere por *forma* (2) para que la sentencia pueda ejecutarse, si el acreedor quiere percibir el importe de la condenacion, y el reo ejecutado apela al tribunal superior; con cuya fianza se admitirá á este la apelacion en el efecto devolutivo y no en el suspensivo, excepto en la Corte, que por estar tan inmediato el tribunal superior acude á él, y con su decreto ó mejora suspende la ejecucion de la sentencia hasta que se ejecutoría, bien que hasta que se requiere con ella continúan las diligencias, y deben continuarse. Para que el escribano se instruya de cuándo y cómo se ha de dar, y por quién, insertaré lo dispositivo de dicha ley que dice: *y ordenamos y mandamos conforme á ella, que cada y cuando los mercaderes, ú otra cualquier persona, ó personas de cualquier ciudades y villas y lugares de nuestros reinos, que mos-*

1 Leyes 2 y 15. tit. 2. lib. 6. Nov. Rec.
2 Salg. *Labyr. cred.* part. 1. cap. fin. num. 59 y sig.

traren ante los alcaldes, justicias de las ciudades y villas y lugares de nuestros reinos y señorios, cartas y contratos públicos, y recaudos ciertos de obligaciones que ellos tengan contra cualesquier personas, asi cristianos como judios y moros, de cualesquier deudas que les fueren debidas; que las dichas justicias las cumplan y lleven á debida ejecucion, seyendo pasados los plazos de las pagas, no seyendo legítimas cualesquier excepciones que contra los tales contratos fueren alegadas, en tal manera que los tales acreedores sean pagados de sus deudas, y que las justicias no dejen de lo asi hacer y cumplir por paga, ò excepcion que los dichos deudores aleguen, salvo si dentro de diez dias mostraren la paga ò legítima excepcion, sin alongamiento de malicia, por otra tal escritura como fue el contrato de deuda, ó por alvalá que haga fe, ò por confesion de la parte, ò por testigos que esten en el arzobispado ú obispado donde se pidiere la ejecucion, tomados dentro del dicho término; y para probar la tal paga y excepcion, si por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, quién son y dònde viven, y jure que no trae malicia; y si nombrare los testigos aquende los puertos fuera del arzobispado, haya plazo de un mes para traer sus dichos, y si allende los puertos por todo el reino, que haya plazo de dos meses; y si los nombrare en Roma ò en Paris ò en Jerusalen fuera del reino, que haya plazo de seis meses: pero es nuestra merced que el deudor que alegare la tal paga ò excepcion, no la probando dentro de los dichos diez dias en la manera que dicha es, si dijese que los testigos que tiene estan fuera del arzobispado ú obispado, como dicho es, que pague luego al mercader ò al acreedor, dando el tal mercader ò acreedor luego fianzas, que si el deudor probare la paga, ú otra excepcion que le pueda excusar, que le tornará lo que asi pagare con el doble por pena en nombre de intereses, y el reo asimismo dé fianzas, que si no lo probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó; la cual pena es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa é injustamente se alegò la paga, y la otra mitad para reparos de los muros etc.

4. Aunque esta ley solo prescribe cuándo y cómo se ha de dar la fianza si el reo ofrece probar con testigos la paga ó legítima excepcion fuera del perentorio y fatal término de los diez dias, debe darse la misma fianza con pena del duplo en el caso de que habiéndose sentenciado la causa de remate, por no haber probado dentro de dicho término ni ofrecido probar fue-

ra de él, despues la revoque el superior por haber estimado la excepcion que desestimó el inferior, ó por otra causa; y cuando el actor obtiene en la via ejecutiva, reservando al reo su derecho para la ordinaria, y en esta es condenado el actor; pues la ley 19 del mismo tit. y lib. dice al fin: *Y no haciendo la oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el juez hacer remate y pago á la parte; dando las fianzas la parte que pide la ejecucion, que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reinos disponen, y haga el remate y pago, sin embargo de cualquiera apelacion.* Por tanto la fianza se ha de ordenar conforme á la que extenderé, y á lo que explicaré cuando trate del juicio ejecutivo, y en el caso en que deba hacerse; mas no en todos sin distincion, como hasta aquí lo han practicado los que no han visto la ley.

5. En la via ejecutiva intentada en virtud de sentencia arbitraria sobre compromiso y transacciones, se da tambien otra fianza que previene la ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. (que llaman *de Madrid*, por haberla establecido allí dichos señores Reyes en el año siguiente de 1494), y dice así: *Por ende queriendo en ello proveer, y proveyendo, mandamos: que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere ejecucion, se ejecute libremente, pareciendo y presentándose el compromiso y sentencia signada de escribano público, y pareciendo que fue dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas sobre que fue comprometido, y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor, haciendo obligacion y dando fianzas llanas y abonadas ante el juez ó jueces ante quien se pidiere ú oviere de ejecutar la sentencia de tornar y restituir lo que oviere recibido por virtud de la tal sentencia con los frutos y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada:* y prosigue ordenando lo que se ha de hacer en el recurso de apelacion hasta ejecutoriarse la sentencia, y luego dice: *Y esto mismo mandamos que se haga y se ejecute en las transacciones que fueren hechas entre partes por ante escribano público; y mandamos á los del nuestro Consejo que den y libren nuestras cartas para todos los concejos y personas singulares que las pidieren.* Es de advertir que en los casos de esta ley y en el de la del párrafo siguiente no se ha de ordenar la fianza con la pena del duplo, sino conforme ellas disponen.

6. Cuando se apela de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los contadores que nombran las partes, ó de los que son nombrados por una de ellas, y por la justicia en

rebeldía de la otra, debe dar aquella á cuyo favor se pronunció la sentencia, fianza de restituir lo que en virtud de esta hubiere percibido con los frutos y rentas; y constituida que sea la fianza, se ha de ejecutar la sentencia, sin embargo de apelacion, como lo previenen otra ley de Madrid, y un auto acordado (1). Tambien suele mandarse dar esta fianza en otros casos fuera de los referidos, y en todos se ha de extender del mismo modo.

7. La fianza de la *haz* (que tiene este nombre porque se constituye en juicio ante el juez y escribano de la causa, ó ante otro escribano en virtud de orden del juez) se da en causas civiles, cuando se manda á algun fallido ó poco abonado que arraigue el juicio, y que en su defecto se le pondrá preso, la cual sirve para que si hace fuga no quede ilusorio el juicio, ni el colitigante perjudicado; y en las criminales y de denuncias, cuando no se puede imponer al reo otra pena que la pecuniaria, por ser leve el delito. Esta fianza (que algunos confunden con la de *carcel segura ó carcelera*) puede constituirse de dos maneras, que son: *de estar á derecho*, y de *pagar juzgado y sentenciado*. La primera es cuando el fiador se obliga solamente á que el reo asistirá al juicio, y no usará de dolo; en cuyos términos solo se extiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia, durante la cual debe asistir y traer á juicio al reo siempre que se le mande, ó comparecer en él en su nombre, y defenderle; previniendo que el clérigo *in sacris* no es idóneo para constituir esta fianza ante juez lego, porque no puede renunciar su fuero. Y la segunda, cuando se obliga á las resultas del juicio, que quiere decir: *á pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas instancias;* de suerte que hasta estar finalizado y ejecutoriado el juicio, no empieza el efecto de esta especie de fianza; y aunque parece que el verdadero modo de constituirla es que el fiador se obligue á todo, como se practica, y que no queriendo no se le admita, ni se ponga en libertad al reo, si está preso, á menos que el actor se conforme por escrito, porque quedan en descubierto el juez que la manda dar y el escribano que la recibe, y deben pagar al actor los perjuicios que se le irroguen; observará no obstante el escribano lo que ordena la ley 8. tit. 24. lib. 5. Nov. Rec. cerca del fin: *Y mandamos que de aqui adelante no se dé lugar que los escribanos de la audiencia extiendan las fianzas á mas de lo conteni-*

1 Ley 5. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. y nota.

do en los autos que los jueces dieren; y si no fuere en casos que por algunas justas causas contenga, no hagan que los presos den fianzas para mas devolverlos á la carcel, ò pagar lo juzgado. Y si la fianza se extendiere á mas que á una de estas dos cosas, se entenderá puesta solamente la cláusula *de estar á derecho* (1). A estas dos clases de fianzas llaman comunmente *de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado*, y en sustancia no es otra cosa que relacionar lacónicamente la causa y su estado: asegurar el fiador que el reo estará á derecho en ella, y pagará lo que contra él fuere juzgado y sentenciado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfará y cumplirá él exactamente: á cuyo fin se obligará á ello, hará suya propia la deuda agena, y consentirá que con él se practiquen las diligencias que ocurran, hecha previa excusion en los bienes del reo, y que á todo se le apremie en legal forma &c., y si quisiere puede constituirse principal pagador, y renunciar la ejecucion; pero no necesita mas expresion ni renunciacion de leyes civiles ni auténticas, pues á cuanto se obligue el hombre á tanto queda obligado, como lo dice la ley 1.ª tantas veces citada, que es posterior á todas las referidas y á las de Partida.

8. La fianza *carcelera* es otra clase de fianza de la *haz*, que se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, el cual la da cuando no merece ni se le debe imponer pena corporal, sino pecuniaria por el delito que cometió, y por eso se le suelta de la prision. Llaman á este fiador *carcelero comentariense*, porque se encarga y toma á su cuidado la custodia del reo, por cuyo encargo y promesa que hace de volverlo á la carcel, se le pone en libertad, y asi se ha de obligar á presentarlo en ella en el término legal, ó en el que prefina el juez de la causa, ó siempre que se le mande, bajo la pena que como á tal carcelero se le imponga no cumpliendo con la presentacion. Puede constituir esta fianza sola, ó junta con la de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado; pero regularmente se constituyen ambas bajo de un contexto y escritura, y por eso se confunden, como queda expuesto; bien que si el fiador lo resiste, no puede ser compelido á ello, por lo que se lo advertirá el escribano para que sepa á lo que se obliga.

9. Aunque el fiador se obligue á presentar al reo dentro de tiempo determinado bajo de pena, y no lo cumpla, no por eso incurre incontinenti en ella; antes bien debe el juez concederle

1 Parlad differ. 60. num. 7.

seis meses de término, si el primero fue igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año; y si dentro de él no lo presenta, incurra en la pena, y pasado se le puede exigir; y en el discurso del año tiene facultad de defenderlo en juicio despues de cumplido el primer plazo (1); pero esta pena se entiende meramente pecuniaria y no corporal, porque á nadie puede imponerse ninguna de esta clase por delito que no cometió (2), ni á ningun reo que la merezca se suelta ni debe soltar con fianza ni sin ella (3). Si el reo fallece antes que espire el primer plazo, no debe su fiador pagar la pena; mas si muere despues de cumplido, incurre en ella, y se le puede exigir. Y si se obliga únicamente á presentarlo á dia cierto sin imponérsela, puede el juez condenarle en efecto de cumplimiento en alguna arbitraria; y procediendo la falta de presentacion de dolo y malicia suya, imponérsela mayor (4). Pero en ninguno de los casos expresados debe ser reconvenido por ella despues de pasado el año siguiente al dia en que el plazo se cumplió, si dentro de él no le fue demandada (5).

10. Los corregidores, sus alcaldes mayores, tenientes y otros jueces inferiores estan obligados á afianzar con persona lega, llana y abonada, que harán mansion, y asistirán en el pueblo en que lo fueren, treinta dias despues de cumplido el tiempo de su encargo: darán residencia de su buen ó mal cumplimiento; y resarcirán los daños que causaren, asi al concejo como á sus moradores é individuos; y no afianzando en estos términos, se les puede embargar el salario que hubieren de haber (6). Deben dar residencia y responder por sí mismos, y no por procuradores, á los querellosos (7); pero no ser sus fiadores, ni de otro ningun ministro de justicia, los regidores, veinticuatros, escribanos, mayordomos y demas oficiales del concejo, pena de privacion de oficio, y de no poder obtener otros cargos (8). Los fiadores de estos jueces son propiamente fiadores de *indemnidad*, por lo que no han de ser reconvenidos antes que ellos, aunque renuncien el beneficio de la excusion; sobre lo cual y otras cosas de su obligacion véanse los autores que expresa la cita (9)(*).

11. Los escribanos de la audiencia de Galicia han de dar fianza lega, llana y abonada, y hacer lo que manda la ley 57. tit.

1 Leyes 17 y 18. tit. 12. Part. 5.
2 Ley 10. tit. 29. Part. 7.
3 Ley 10. tit. 29. Part. 7.
4 Ley 19. tit. 12. Part. 5.
5 Ley 1. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.
6 Leyes 7 y 8. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec.
7 Leyes 6. tit. 4. y 12 al fin. tit. 5. Part. 3.
8 Ley 7 y 8. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.
9 Bobad. *Polit.* lib. 5. cap. 1. num. 84 y 85. Paz tom. 1. part. 8. num. 4 y 5.
* Véase el párrafo 20 de este capítulo.

2. lib. 5. Nov. Rec. donde dice: *Y mandamos que de aqui adelante, antes que los escribanos de la audiencia y el gobernador y alcaldes mayores sean recibidos á sus oficios, den fianzas legas, llanas y abonadas, que los procesos que se recibieren, y se hicieren y pasaren ante ellos, ellos y cada uno de ellos, y sus herederos darán cuenta de ellos á la persona que sucediere en cualquier de los dichos oficios, y que los darán y entregarán bien tratados y sustanciados, sin que haya falta alguna de ellos; y antes de dar la dicha fianza no les dejen usar de sus oficios; y asimismo juren ante el dicho gobernador ó alcaldes mayores, que usarán bien y fielmente de los dichos oficios, y que guardarán el secreto y las leyes y ordenanzas de la audiencia, y que no llevarán mas de los dichos derechos, y los que por los dichos aranceles del reino les son permitidos llevar.*

12. Los jueces que se comisionan para visitar escribanos, tomar cuentas en propios, sisas, repartimientos, mestas, cañadas, sacas y cosas vedadas, han de dar fianza lega, llana y abonada en cantidad de mil ducados antes que salgan de la Corte y entiendan en sus comisiones, de que dentro de tres dias primeros siguientes despues de concluida su comision traerán á poder del receptor general de penas de Cámara todo lo que percibieren perteneciente á esta; y lo que cobraren de lo aplicado por ellos á obras pias y gastos de justicia, al receptor de ellas, con testimonio del escribano de la comision que acredite las condiciones que hicieren, pena de pagarlas, y suspension de oficio por dos años; y los que se nombraren para otros cualesquier casos, se obligarán con sus personas y bienes á lo mismo bajo de iguales penas (1); lo cual deben hacer tambien los demas jueces de comisiones que proveyere el Consejo, obligándose en la propia forma á estar á derecho con los que dentro de cincuenta dias quisieren demandarles los agravios que en ellas les hayan hecho (2).

13. Para introducir los recursos extraordinarios, que vulgarmente se llaman de *injusticia notoria*, se ha de hacer depósito, ó dar fianza lega, llana y abonada hasta en cantidad de quinientos ducados: y el poder debe ser especial con expresion de los litigantes, tribunal, cosa litigiosa, sentencia ó auto gravoso, y sala primera del Consejo en donde se deben ventilar, á fin de que se declare haber lugar al recurso, se revoque la sentencia notoriamente injusta, y mande llevar copias de los autos para

1 Ley 3. tit. 10. lib. 4. Nov. Rec.

2 Ley 4. tit. 10. lib. 4. Nov. Rec.

su vista. De estos recursos (aunque no con este titulo) tratan las leyes 1 y 2. tit. 23. lib. 11. Nov. Rec., de las cuales la 1.ª manda que no se admita en sala de Gobierno recurso alguno de pleitos pendientes en las audiencias ó chancillerías, cuya última determinacion por leyes de estos reinos toca privativamente en grado de segunda suplicacion á la sala de Mil y Quinientas: que en los demas pleitos tampoco se admitan, sin que el pretendiente que lo intentare dé cincuenta mil maravedis, ó afiance en esta cantidad aplicada á la Cámara, jueces de quienes se suplicare y parte contraria; y que los pobres cumplan con hacer caucion juratoria en la forma ordinaria.

14. Y por la 2.ª se manda tambien que no se admitan de determinaciones dadas en los juicios posesorios de cualquier calidad y entidad que sean, ni de las sentencias de vista mandadas ejecutar sin embargo de segunda suplicacion, sin que aquellos que los introdujeren, justifiquen en el Consejo haber pedido licencia para suplicar de ellas, y denegádoseles: ni tampoco de los pleitos capaces de dichos recursos, sino en los autos interlocutorios dados en los casos de contener daño irreparable por la definitiva, bajo de multa arbitraria á los abogados que los firmaren, si por los autos resultare no venir justificadas las causas por que se introdujeron; y en cuanto á la fianza dice lo siguiente: *Para la introduccion de los dichos recursos preceda depósito de quinientos ducados de vellon, ó fianza lega, llana y abonada hasta en esta cantidad, de la parte que lo introdujere, que ha de recibir por su cuenta y riesgo al escribano ante quien se otorgare, en que desde luego se le condena en caso de que el Consejo con vista de los autos reconozca haberse valido las partes del remedio del recurso, sin verificarse por él las causas y motivos que lo justifiquen; y dicha condenacion se aplica por tercias partes, la una para la Cámara de su Magestad, otra para los jueces de la chancillería ó audiencia de donde viniere el recurso, y la otra para la parte contra quien se intentare, quedando libres de las obligaciones del depósito ó fianza los pobres que como tales hubieren litigado, y lo justificaren en el Consejo, cumpliendo con la de hacer caucion juratoria en la forma ordinaria en la chancillería ó audiencia donde litigaren, que es la misma forma en que por el referido auto de 17 de febrero estan aplicados los cincuenta mil maravedis; y en estos casos se mandará por el Consejo traer copia de los autos, y con ellos se ha de pasar á la sala de Gobierno, á quien privativamente toca la determinacion del recurso, sin*

que de la que se diere pueda haber suplicacion ni revista: todo lo cual se guarde inviolablemente (1).

15. En los concursos y concurrencias de acreedores, cuando alguno de los que comparecieron y fueron graduados, quiere percibir la cantidad que segun la sentencia le corresponde, debe dar para ello fianza lega, llana y abonada (que llaman *de acreedor de mejor derecho*, y por otro nombre *depositaria*), y obligarse su fiador *á que siempre que ocurra otro acreedor que tenga derecho mas privilegiado contra los bienes del deudor, antes ò despues de ejecutoriarse la sentencia, restituirá aquel la cantidad que percibiere, luego que para ello sea requerido, y se le mande por el juez de la causa, y en su defecto lo hará el fiador, hecha previa excusion en los bienes del tal acreedor por quien constituye la fianza* (2). El motivo de darla es para que si despues de la graduacion aparece algun acreedor que no fue citado, y si lo ha sido, no se cumplió ni verificó el término ó condicion estipulados en la escritura, no quede perjudicado teniendo mejor derecho, ni el acreedor que percibió su débito tenga escusa para volver la cantidad percibida, y antes bien se le pueda compeler á su entrega por la accion *revocatoria*, como al depositario, en cuyo concepto se le debe tener en este caso. Tambien puede el mismo acreedor hipotecar una finca suya á la responsabilidad de dicha cantidad, y entonces no tiene precision de afianzar.

16. En los pleitos de mayorazgos, y otros de grave consideracion, que se principian y acaban por sentencias de vista y revista en las audiencias y chancillerías de nuestra península, suele la parte que se siente agraviada interponer suplicacion para ante la Real Persona; y para que se le admita debe acudir ante los jueces que las pronunciaron, dentro de veinte dias siguientes al de su notoriedad, obligándose y dando fianza de satisfacer mil y quinientas doblas de cabeza (que componen veinte y un mil trecientos noventa y seis reales y dos maravedis, y son los que se depositan hoy, al respecto de catorce reales y nueve maravedis cada una), si las sentencias se confirmaren por los ministros que el Rey elija para la decision del negocio. No dando la fianza en el citado término, no se le debe admitir la suplicacion; y si ha-

1 Surd. concil. 374 lib. 3. num. 4 y 8. Fontanel. decis. 787. num. 10, 11, 13 y 14. Marescot. lib. 2 *Var* cap 75. num 18. Salg. *de reg.* part. 3. cap 9 num. 35 y 36. Altimar. *de nulit.* tom. 1. rub. 5. quæst. 51. num. 11. Calderó *Decis. crim.* part. 2. decis. 96. num. 27.

2 Salg. *Labyr. cred.* part. 1. cap. 8. num. fin y part. 2. cap. 6. num. 1 y sig.

biéndola dado se le admite esta, y declara por suficiente aquella, se ha de presentar con testimonio de la admision y suplicacion ante su Magestad, y por su ausencia ante el gobernador del reino dentro de cuarenta dias precisos, y no ejecutarse la sentencia de revista hasta que se conforme; pero si esta y la de vista son conformes en todo ó parte, se puede ejecutar en lo que lo sean, sin embargo de la segunda suplicacion, dando previamente la parte á cuyo favor se pronunciaron, fianza á satisfaccion de los jueces, de quienes se suplicó, de que si en la sentencia tercera se revocaren las otras, volverá la cantidad principal que percibiere, con los frutos producidos (1). Si el fiscal Real es el suplicante, solo está obligado à dar fianza de mil doblas, pues por las quinientas restantes no necesita afianzar ni depositarlas, porque pertenecen al Real fisco: y para las mil obligará los bienes de este como principal, y el receptor de penas de Cámara de la chancillería, de donde viniere suplicado, como fiador de los maravedís de estas, con cuya fianza se le debe admitir la segunda suplicacion (2). El que con mas individualidad quisiere instruirse de esta materia, vea los títulos 21 y 22. lib. 4. Nov. Rec., y los capítulos 20 y 21. tit. 2. lib. 3. de esta obra, donde se trata detenidamente de los recursos de segunda suplicacion y de injusticia notoria.

17. En el párrafo 32 del capítulo antecedente se dijo que el acreedor podia exigir fianza del deudor despues de celebrado el contrato principal, siempre que este intentase mudar de domicilio, ó disipase sus bienes. Esta es la fianza llamada de *arraigo*, mediante la cual evita el deudor que se le ponga preso (3). Mas para ser precisados á darla debe constar legítimamente el débito por confesion, escritura, ò informacion à lo menos sumaria, y faltando este requisito, no debe ser compelido á afianzar (4). Si es demandado en juicio, y no halla quien le fie, basta que haga caucion juratoria de estar à derecho hasta la conclusion del negocio y pleito sobre él instaurado (5) (*). Y si el fiador se constituye

1 Leyes 1 y 5. tit 22. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 2 y 12. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec. Paz, tom. 1. part. 7. cap. unic. num. 121 y sig.

3 Leyes 1 y 2. tit. 13. lib. 3. del Fuero Real.

4 Ley 66 de Toro, que es la 5. tit. 11. lib. 10 Nov. Rec.

5 Ley 41. tit. 2. Part. 3.

* Arraigar es asegurar, afianzar, abonar hipotecas ó dar prendas en suma equivalentes á la que se demanda. Arraigarse es obligar bienes equivalentes á la cantidad que se le pide. No está en práctica para este caso la ley de Partida que se cita, y sí el prender el cuerpo del que no halla fianza de arraigo, como dispone la ley del Fuero Real que tambien se cita, y aun se acostumbra hacer con la prision el secuestro de los bienes al mismo tiempo. (Gomez parece que excluye la prision, y prefiere el secuestro. Num. 2. Estúdiese este punto, y véase la ley del Fuero Real), *Febrero adicionado.*

insolvente, deberá dar otro al deudor cuando la fianza se dió por necesidad y disposicion de la ley, y por forma y sustancia del acto, y con mayor razon con causa nueva que sobrevenga; pero no cuando fue dado por voluntad y convenio de las partes, y el acreedor se contentó con él (1), excepto que se pactase asi.

18. La *caucion juratoria* es nuda promesa y obligacion que una ò muchas personas hacen con juramento de cumplir y ejecutar alguna cosa, ya sea voluntariamente ò por mandato judicial, sin dar fianzas ni prenda. Esta promesa y obligacion obra el mismo efecto que la fianza, y regularmente se da *subsidiariamente*, quiero decir por falta de fiador cuando el demandante ò demandado por ser pobres no hallan quien les fie, ni tienen prendas para la seguridad de lo que se les pide: ó cuando la cosa porque se hace la caucion es de corta entidad, en cuyos dos casos basta su caucion juratoria (2); la cual debe hacer el mismo interesado, y no otro por él, quedando sujeto á la observancia de lo que promete; y si la hace en virtud de mandato judicial, se ha de extender à continuacion de la providencia que la motiva.

19. Don Pedro Melgarejo, tratando de la caucion juratoria, dice: que puede hacerla el marido por su muger, los parientes por consanguinidad y afinidad dentro del cuarto grado, y los que poseen hacienda *pro indiviso*; y en su apoyo cita la ley 10. tit. 5. Part. 3., en lo que padeció equivocacion, porque esta ley no trata de la caucion, sino de que los referidos pueden defenderse en juicio sin poder del interesado, pero que para esto han de dar fianza con pena cierta, que esta habrá por firme cuanto se hiciere y juzgare en aquel pleito; y no queriendo pasar por ello, que ellos y los fiadores pagarán la pena impuesta: que deben darla antes de la contestacion: que si entonces no se pide, no estan obligados à ello: y que esto mismo puede practicar interviniendo dicha seguridad, el que no es pariente, heredero ni comunero.

21. En la admision de todas las fianzas referidas debe ser muy cauto el escribano, porque son de su cargo (*), y no del

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 13. num. 7.
2 Parlad. diff. 61.

* Los corregidores no deben responder del abono de las fianzas, sino los escribanos, salvo en los casos que el autor exceptúa, porque aquellos, como forasteros, no tienen conocimiento del arraigo, crédito y abono de los vecinos; y aun para las tutelas y curadurías aconseja Bobadilla que el corregidor haga notificar un auto á los escribanos, diciendo que por ser forastero y no poder conocer los abonos y crédito de los naturales, pongan cuidado al tomar las fianzas en todos los negocios civiles y criminales, especialmente en las tutelas y curadurías, en que sean personas abonadas, y

juez, excepto en las tutelas, curadurías y negocios de república. Hay sin embargo cuatro casos en que está libre de responsabilidad, á saber: cuando tomó abonador de los fiadores; cuando recibió las fianzas por mandato expreso del juez; cuando el principal ó el fiador eran muy abonados al tiempo de constituir la fianza, y por último cuando el interesado se dió por contento con ella.

FIANZA DE SANEAMIENTO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que á pedimento de Antonio Sanchez, de la propia vecindad, se despachó mandamiento de ejecucion en tal dia por el señor D. F., corregidor de ella, refrendado de F., escribano de su número, contra Pedro Rodriguez, vecino asimismo de ella, por tantos mil reales que le está debiendo en virtud de escritura de obligacion á su favor otorgada en &c., cuya ejecucion trabó y mejoró ante mí en diferentes bienes F., alguacil de este juzgado, quien por ignorar si son ó no suyos, y suficientes á completar dicha cantidad, su décima y costas, le requirió que diese fiador de saneamiento, y que en su defecto le pondria preso con arreglo á lo que dispone la ley recopilada, y por evitar la prision se conviene el otorgante en fiarle. A su consecuencia, y mediante el consentimiento por escrito que tengo del acreedor para recibir la fianza, en que se convino con dicho fiador, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete=Otorga, declara y asegura que los bienes secuestrados al deudor son suyos propios y libres, y que al tiempo del remate serán bastantes para la solucion de la expresada cantidad, su décima y costas causadas, y que se causen hasta su real y efectivo pago; y si no fueren suyos ó suficientes á justa tasacion para todo, se obliga á satisfacerlo sin excusa ni dilacion inmediatamente que sea requerido, y le haga constar por diligencia judicial su falencia é incertidumbre, ó lo que deducido su importe falte al total reintegro, sin que en ninguno de dichos casos necesite el acreedor hacer excusion en los bienes restantes del deudor por el todo ni parte, pues el otorgante la renuncia con todo lo demas que le sea favorable, para que de ningun modo le sufrague, á cuyo

á su riesgo y no del corregidor, y que guarde los testimonios de estos autos. Bobad. lib. 5. cap. 7. num. 140. y lib. 3. cap. 14. num. 99. *Febrero adicionado.*

fin se constituye su fiador de saneamiento en legal forma: hace suya propia la deuda agena: quiere y consiente que el mandamiento de pago que se libre, se entienda y dirija en los términos propuestos contra su persona y bienes, como si fuese deudor principal, que por tal ha de ser tenido en los casos referidos: otorga la fianza de saneamiento mas estable con todos los requisitos necesarios para su validacion, y á su cumplimiento obliga su persona y bienes muebles, raices &c.

FIANZA DE LA LEY DE TOLEDO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano del número y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Juan Rodriguez, que lo es de esta villa, siguió autos ejecutivos contra Pedro Hernandez, que lo es de tal lugar de esta jurisdiccion, ante el señor D. F., corregidor de esta villa, por tanta cantidad que le está debiendo en virtud de papel reconocido, en los que pronunció sentencia de remate ante mí en tal dia, mandando expedir el correspondiente mandamiento de pago, y que para ponerlo en ejecucion, diese el actor la fianza prevenida por la ley de Toledo, la cual está pronto à constituir el otorgante; y en su consecuencia otorga, y asegura que si la referida sentencia fuere revocada ò modificada por tribunal superior, ó siempre que sea condenado à su restitucion en dicho juicio ó en otro el citado Juan, volverá á este incontinenti que sea requerido la cantidad que en virtud de ella percibiere, ó la parte en que se modere, con el duplo, segun dicha ley lo previene; y no cumpliéndolo, se obliga el otorgante á satisfacerla sin la menor excusa ni demora, á cuyo fin hace suya propia en este caso la deuda agena, y quiere ser apremiado por todo rigor no solo á su pago, sino tambien al de las costas, gastos y perjuicios que se irroguen al expresado Pedro Hernandez, en cuya relacion jurada defiere su importe, relevándole de otra prueba, hecha previa excusion en los bienes del referido Juan, y á ello obliga su persona y bienes &c.

Nota. Si el reo ejecutado ofrece probar, y no prueba dentro de los diez dias legales la excepcion que propone, por estar fuera del lugar ó provincia los testigos de que pretende valerse, y se sentencia la causa de remate mandando pagar al deudor, y recibiendo la causa á prueba (pues la propuesta de la excepcion no lo impide, y solo debe admitirse la apelacion de la sentencia en el efecto devolutivo), han de dar actor y reo la fian-

za que manda la ley de Toledo, previniéndose así en la sentencia; y si el fiador quiere renunciar la excusion en los bienes del deudor, puede hacerlo.

FIANZA DE LA LEY DE MADRID.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Pedro y Juan de tal, principiaron autos ante el señor D. F., corregidor de esta villa, sobre tal cosa; y considerando lo costosa que les seria su prosecucion, las dilaciones que experimentarian y lo dudoso de sus resultas, determinaron comprometerlo, y con efecto lo comprometieron en D. N. y D. N., abogados de los Reales Consejos, á quienes concedieron la competente facultad para decidir como árbitros ó arbitradores las pretensiones de ambos, obligándose á estar y pasar por la sentencia que pronunciasen; y en uso de esta facultad, habiendo visto los autos y documentos producidos, y oido los fundamentos en que cada uno afianzaba su pretension, dieron su sentencia en tantos de tal mes y año ante N., escribano, con la solemnidad competente, sobre lo que se comprometieron los litigantes, y dentro del término prefinido en el compromiso, condenando al mencionado Pedro &c. *(aquí se expresará la condenacion)*, cuya sentencia se le hizo saber; y por no haber cumplido con lo determinado en ella, pidió dicho Juan al señor corregidor que la mandase ejecutar, á lo que defirió ante mí en tal dia, con tal que diese la fianza que en este caso previene una ley de Madrid, y el otorgante se convino en ser su fiador. A su consecuencia otorga y se obliga á que si la expresada sentencia arbitraria fuere revocada por tribunal superior, volverá y restituirá el expresado Juan incontinenti que sea requerido todo lo que en virtud de ella hubiere percibido con los frutos y rentas que produjere, segun en la ejecutoria se mandare, y no cumpliéndolo, lo pagará el otorgante como su fiador, hecha previa excusion en sus bienes, á cuyo fin hace suya propia la deuda agena, quiere ser apremiado á ella por todo rigor legal, se somete al señor juez que en esta causa deba conocer, lo recibe por sentencia definitiva, pasada &c. *Proseguirá como la antecedente, y en las transacciones y sentencias confirmatorias de los pareceres de contadores se observará lo propio.*

FIANZA DE LA HAZ Y CARCEL SEGURA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez vecino de ella, dijo: que Pedro Ro-

driguez, de la misma vecindad, está preso en la Real carcel de esta villa, á pedimento de Juan Fernandez, por tal delito, cuyos autos tuvieron principio en tantos de tal mes &c. *(Aquí se relacionará la causa que sea, ante qué juez pende, y su estado)*, y por ser causa de que no puede resultar pena corporal, solicitó se soltase de la prision en que se halla, à lo que defirió dicho señor juez en tal dia, con tal que diese antes la fianza de la haz y carcel segura, y el otorgante condescendió á su instancia en fiarle, y para que consiga la libertad que pretende, otorga que recibe en fiado, y se constituye carcelero comentariense del referido Pedro Rodriguez, del cual se da por entregado á su voluntad, con renunciacion de las leyes de la entrega, y en su consecuencia se obliga á volverle á la prision de que se le saca dentro de tantos meses, contados desde hoy, ò siempre que el referido señor juez ú otro competente se lo mande; y no cumpliéndolo, à pagar tanta cantidad, en la qué y en las penas que como á tal carcelero se le impongan, desde ahora por la contravencion se da por condenado sin mas sentencia ni declaracion, y á no pedir nuevo término, sin embargo que la ley 17. tit. 12. Part. 5. le concede un año, pues la renuncia con las demas que le favorezcan. Asimismo se obliga á estar à derecho, y pagar lo que contra él fuere juzgado y sentenciado en todas instancias y tribunales, y las costas que en la exaccion de todo se causen, á cuya solucion quiere ser compelido por todo rigor legal en virtud de esta escritura, para lo cual se constituye principalmente deudor, hace suya propia la deuda agena, y consiente que las diligencias que ocurran, se entiendan y practiquen directamente con él, y no con el enunciado Pedro, en cuyos bienes renuncia la excusion con lo demas que le puede sufragar y ser util en este caso, y á la firmeza de esta escritura y cumplimiento de su contexto obliga &c.

FIANZA DE CORREGIDORES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que su Magestad (que Dios guarde) fue servido elegir por corregidor de esta villa á D. N., de que se le expidió Real título á tantos de tal mes y año, firmado de su Real mano en tal parte, y refrendado por D. N., su secretario, y en su virtud le admitió este ayuntamiento á su uso y ejercicio en tal dia, quien le ha pedido que para tenerlo dé antes la fianza que previenen su titulo y leyes Reales,

y ofreció por su fiador al otorgante, el cual en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete= Otorga que se constituye por tal, y en su consecuencia promete y asegura que el citado señor corregidor hará mansion en esta villa treinta dias, contados desde aquel en que espire el tiempo por qué ha sido electo; asistirá à juicio en la residencia que se le tome, asi con este concejo como con las personas particulares que esten quejosas, y pretendan se les desagravie y resarzan los daños que se les hayan ocasionado; é igualmente pagará todo aquello en que fuere condenado por el señor juez de residencia y tribunal superior, à quien competa su conocimiento; y no lo haciendo, se obliga el otorgante á asistir por él y hacer juicio con todos, como si contra su persona se dirigiera la accion, á cuyo efecto hace suya propia la deuda agena; quiere que precediendo ejecucion en los bienes del señor corregidor, se le compela á la solucion de la cantidad en que se le condene, costas y daños que se irroguen á los interesados, ó de lo que falte, hecha la deduccion del valor de dichos bienes; y asimismo que todas las diligencias que ocurran para el debido cumplimiento de esta escritura, se entiendan en dicho caso con él, como si fuese deudor principal, y á este fin obliga su persona y bienes muebles, raices, presentes y futuros, da amplio poder á los señores jueces que de esta causa deben conocer conforme á derecho, para que á ello le compelan, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe, renuncia todas las leyes, fueros y privilegios de su favor &c.

OBLIGACION Y FIANZA DE ACREEDOR DE MEJOR DERECHO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que es acreedor censualista á los bienes de Juan de Rueda, de cuyos autos y ocurrencia conoce el señor D. N., corregidor de esta villa, el cual por el que proveyó ante mi á pedimento del otorgante en tantos de este mes, mandó que dando fianza de acreedor de mejor derecho con el capital de su censo, que está depositado en tales arcas, y constituyendo obligacion de ratificarlo cuando se vuelva á imponer, se le entreguen tantos reales, importe de los réditos que se le estan debiendo, y que de ellos formalice la carta de pago correspondiente, á lo que está pronto; y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mejor haya lu-

gar en derecho= Otorga y se obliga, y á quien su accion tenga, à volver incontinenti que sea requerido, sin la menor excusa ni dilacion, los mencionados tantos reales, en el caso de que por parecer acreedor mas privilegiado no deba percibirlos, y por lo mismo se le mande restituirlos en cualquier tiempo; à lo cual y á la solucion de las costas que por su morosidad y contravencion se originen en su exaccion, quiere ser compelido por todo rigor legal y via ejecutiva en virtud de esta escritura, sin que sea necesario otro documento, citacion ni diligencia, pues todo lo renuncia para que no se difiera su cobranza. Y à la mayor estabilidad de lo que deja prometido, sin que la obligacion general derogue ni perjudique à la especial, ni por el contrario, sino que de ambas se haya de poder usar, asegura y afianza los tantos reales de réditos con tantos mil, capital del enunciado censo, los que grava è hipoteca à su responsabilidad; quiere que en la nueva imposicion que de ellos se haga lo queden, como desde ahora los deja à cualquier acreedor de mejor derecho; se obliga á ratificar esta escritura al tiempo que se impongan, prohibe la disposicion y nuevo empleo que sin este gravamen se ejecute para que no tenga validacion, ni pase derecho á tercero poseedor; y à mayor abundamiento consiente que se note y prevenga en las partes conducentes para que siempre conste, y otorga la fianza y obligacion mas solemne, firme y eficaz que sea precisa; y á su obervancia obliga &c.

Si un tercero fuere fiador, se ordenará la fianza como otra cualquiera, observando en la relacion y decision la sustancia del contrato, y poniendo las firmezas que contienen las precedentes, que servirán de modelos.

FIANZAS DE LAS MIL Y QUINIENTAS DOBLAS.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que ha seguido pleito con tal concejo, en tal chancillería, sobre tal cosa, en el cual recayó en grado de revista la sentencia que dice asi *(Aquí la sentencia.)*, de la que por serle gravosa suplicó segunda vez en el término legal para ante su Magestad, y se le admitió la súplica con la calidad de que constituyese obligacion, y diese la fianza que previene la ley de Segovia recopilada; y para que tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho= Otorga y se obliga á que si la sentencia referida fuere confirmada, pagará incontinenti que sea requerido las mil y quinientas do-

blas, y las costas que en su exaccion se causen á la otra parte, cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba, á lo que quiere ser apremiado por todo rigor de derecho. Para mayor seguridad de lo que deja prometido, se constituye su fiador Juan Rodriguez, vecino de esta villa, el cual se obliga á que si el enunciado Francisco no satisficiere la cantidad principal y costas à que queda obligado, en el mismo acto que se le pida, la pagará el otorgante sin la menor excusa ni dilacion, y sin que sea preciso hacer excusion en sus bienes, ni practicar mas diligencia con él que el requerimiento para que lo cumpla, á lo que ha de ser compelido en legal forma, pues para este efecto y caso hace suya propia la deuda agena, se constituye llano y principal deudor y pagador; y quiere y consiente que con él se entienda y practique todo lo demas que ocurra, y no con dicho Juan, á cuyo fin renuncia la ley 9. tit. 12. Part. 5. y demas que le favorezcan. Y à la observancia de lo contenido en esta escritura obligan ambos otorgantes sus personas, bienes muebles, raices, derechos y acciones &c.

Notas. 1.ª En esta escritura se obliga el fiador como principal pagador, por lo que podrá ser reconvenido, sin que se haga excusion en los bienes del deudor principal, con solo constar por el requerimiento que no pagó; pero si quiere obligarse únicamente como fiador simple, extenderá el escribano la escritura como la de *obligacion y fianza simple*, pues el verdadero fiador no debe obligarse en otros términos. Es de advertir que si el principal no concurre á la escritura, ha de llevar solamente la voz en ella el fiador como único otorgante.

2.ª La fianza de calumnia se manda dar en las pesquisas y residencias, y cuando alguno capitula á otro. Esta fianza se recibe con el fin de que si el capitulante es malicioso, y no justifica el delito que imputa al otro, no puede sin castigo, ni el juicio ilusorio. Por ella se ha de obligar el fiador *á que si el capitulado no probare el tal delito ó calumnia, pagará la pena pecuniaria en que se le condene, y condenaria al capitulante si resultase reo verdadero, ó tanta cantidad determinada inmediatamente que sea requerido, sin hacer excusion en los bienes del calumniante etc.* y proseguirá como las demas, sirviendo de regla el auto en que se manda dar, el cual y la acusacion deben relacionarse en la fianza, y de ella ponerse copia en los autos, ó nota de estar dada.

CAUCION JURATORIA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, cumpliendo lo que por el auto precedente le está mandado, bajo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, promete y se obliga *(Aquí se pondrá lo que ha de hacer.)*, segun lo contenido en dicho auto, á lo que no se opondrá, bajo la pena de ser habido por perjuro y demas que haya lugar, en que desde ahora se da por condenado sin mas sentencia ni declaracion, y á su cumplimiento quiere ser compelido por todo rigor, y que no se le admita excepcion, aunque sea legal, pues la renuncia con todo lo que le sea favorable; así lo dijo, otorga &c.

CAPITULO DECIMONONO.

De las prendas é hipotecas.

§. 1. ¿Que es contrato de prenda, y que especie de bienes pueden obligarse por él?
2. Este contrato puede ser *universal ó particular.*
3. Bienes exceptuados por la ley de la hipoteca universal.
4. De la hipoteca expresa, tácita, pretoria y judicial.
5. Todas las cosas del comercio humano pueden ser empeñadas é hipotecadas.
6. Excepciones de esta regla general. Primera, las cosas que no pueden ser enagenadas.
7. Segunda. Las sagradas y religiosas, y las destinadas al servicio de la iglesia.
8. Tercera. Los animales y aperos de labores del campo.
9. Las cosas agenas no pueden hipotecarse sin permiso de su dueño.
10. ¿Quienes tienen facultad de empeñar è hipotecar sus bienes?
11. La hipoteca ó empeño pueden prestarse por escrito, de palabra, ó por medio de tercera persona.
12. ¿Que orden debe guardar el acreedor de prenda particular para pedirla cuando no le ha sido entregada?
13. Casos en que el acreedor puede vender la prenda, y en qué términos debe conducirse para verificarlo.
14. Otro caso en que puede vender la prenda el acreedor, aunque en el contrato se haya expresado que no pueda enagenarla.

Escrituras correspondientes á este capitulo.

1. Entre las obligaciones verbales cuenta el Digesto romano el contrato de prenda, cuyo método siguen las Partidas, tratando de él con mucha razon despues del título de las fianzas, por ser tambien un pacto accesorio de otro principal, y que tiene por objeto la mayor seguridad de este. Es pues el contrato de prenda *el convenio por el cual se obliga alguno al cumplimiento de otra obligacion, empeñando al efecto alguna cosa suya* (1). Cuando la cosa empeñada se entrega al acreedor, lo cual sucede por lo comun siendo mueble, se llama *prenda*: cuando queda en poder del deudor, aunque ligada con dicho grava-

1 Ley 1. tit. 13. Part. 5.

men, como se practica con los bienes raices, se llama *hipoteca*. Bajo el nombre de *bienes muebles* se comprenden todos aquellos que sin padecer destruccion pueden ser llevados de una parte á otra, como el dinero, las alhajas y los ganados, si bien á estos suele llamárseles *semovientes* (1). Por *bienes raices* se entienden los que no pueden mudar de lugar sin padecer destruccion ó alteracion notable. Tales son las tierras, casas, plantíos &c. Igualmente se reputan bienes raices los censos, los oficios públicos y otros derechos perpetuos, que pueden constituir hipoteca, segun consta de la Real pragmática de 31 de enero de 1768 (ley 3. tit. 16. lib. 10. Nov. Rec.) inserta al fin del capítulo 11. en que se trata de la reduccion del censo. Los *derechos y acciones* son tambien verdaderos bienes que por lo comun pueden empeñarse, y se considerarán muebles ó raices, segun la calidad de las cosas à que se refieran (2).

2. El contrato de prenda é hipoteca puede ser *universal ó particular*. Universal es aquel en que no solo se gravan los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino los que adquiere despues; pero por la obligacion à que quedan afectos, no se impide su enagenacion. Particular es aquel en que se ligan expresa y determinadamente algunos; los cuales siempre estan sujetos à la responsabilidad del débito y obligacion contraida, aunque *pasen á tercero poseedor*, hasta que se extingue por solucion, condonacion, remision ó prescripcion, pues la obligacion sigue la hipoteca; previniendo que si se hipoteca ó empeña el título ó escritura de propiedad de la cosa, queda esta empeñada aun cuando no se diga expresamente (3).

3. En cualquier contrato y obligacion, sea pura, condicional ó mixta, puede interponerse hipoteca especial y general, asi al tiempo que se celebra, como despues de celebrada, advirtiendo que en esta última se comprende toda clase de bienes habidos y por haber del que la presta, y tambien los frutos de los mismos (4), bien que la ley establece algunas excepciones. Tales son los criados y el siervo ó sierva destinados para su servidumbre, su lecho, ropa y la de su muger, las cosas de su cocina, su caballo, armas y demas alhajas que necesita para su uso diario (5), á menos que la deuda corresponda al fisco, y asi por lo mismo no deben ser embargados, vendidos ni ejecutados. Tam-

1 Leyes 1. tit. 17. Part. 2. 4. tit. 29. Part. 3. 10. tit. 33. Part. 7.

2 Olea de *cess. jur.* tit. 2. quæst. 1. num. 27.

3 Leyes 5 y 14. tit. 13. Part. 5.

4 Ley 16. tit. 13. Part. 5. *Cur. Filip. Com. terr.* lib. 2. cap. 3. num. 4 y 6 al 13.

5 Ley 5. tit. 13. Part. 5.

poco se comprende en la obligacion general de todos los bienes la hipoteca que el deudor enagenó con expreso consentimiento de su acreedor, aunque vuelva luego al dominio ó poder del mismo deudor; porque la accion que se extingue no revive; lo que una vez se hace enagenable, siempre lo queda: y respecto haberla despreciado y renunciado, no es razon que vuelva á estarle sujeta ni obligada, á menos que para ello celebre nuevo contrato (1).

4. Ademas de la antecedente division, puede ser la hipoteca 1.° *convencional ó expresa*, que es cuando se da por palabras y convenio del deudor, quien á instancias del acreedor y voluntariamente obliga sus bienes à la satisfaccion del débito y cumplimiento del contrato; 2.° *legal ó tácita*, cuando aunque el deudor no los obligue expresamente, quedan tácitamente sujetos á ella por ministerio y disposicion de la ley, como sucede en los arrendamientos, tutelas, dotes &c. de que tratan extensamente las leyes 23 y sig. del tit. 13. Part. 5, y de cuyo punto se habla como en su propio lugar en el lib. 3. tit. 4. *del juicio del concurso de acreedores*, cap. 2; 3.° *pretoria*, y es cuando el juez por contumacia del reo entrega los bienes de este á su acreedor para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento de que hablan las tres leyes del tit. 5. lib. 11. Nov. Rec. y el 8 de la Part. 3; y aunque en la Corte no se usa, está permitido y puede practicarse; y 4.° *judicial*, que es la via ejecutiva regular; bien que estas dos últimas clases de hipotecas, como se efectúan en virtud de apremio judicial, se reputan por una, pues se diferencian únicamente en que por la pretoria si se da á un acreedor la posesion de los bienes de su deudor, es visto por el mismo hecho darse á los demas, por cuya razon tienen igual derecho y preferencia (2); pero por la judicial, el que ejecuta primero y entra en la posesion, es preferido á los otros (3). Acerca de esto, para mayor instruccion véase á Parlador. diff. 58, á Negusancio *de pign.* part. 2. mem. 4. part. 3. mem. 2 y 3. y á los que citan.

5. Todas las cosas del comercio humano, de cualquier naturaleza que sean, y en que el hombre tiene pleno dominio, casi dominio ó algun derecho, y aun sus mismas obras ó labores, pueden ser empeñadas ó hipotecadas, y el que las da en empe-

1 Matienz. en la ley 7. tit. 11. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 37. Carlev. tit. 3. disp. 22. num. 8. *Cur. Filip.* ibi, num. 5.

2 Ley 1. tit. 13. Part. 5.

3 Gutierr. *de jurem. confirm.* part. 1. cap. 45. *Cur. Filip.* lib. 2. *Com. terr.* cap. 3. num. 37.

ño, demandarlas á quien las entrega, descontando de lo que le debe lo que percibió si fueron fructíferas, y si no lo fueron, pagándoselo inmediatamente (1).

6. Mas no pueden empeñarse las cosas que por naturaleza, ley, estatuto ó persona estan privadas de enagenarse, porque el dar en prenda es especie de enagenacion, y aunque por esto no traspasa el deudor la propiedad de la prenda á su acreedor, trasfiere y enagena el derecho de prenda, que es real, sigue la cosa ó alhaja á cualquier parte y poseedor que vaya, y queda al acreedor el suyo salvo contra ella, á menos que consienta su enagenacion.

7. No pueden tampoco ser empeñadas las cosas sagradas y religiosas; y las meramente profanas de la iglesia y conventos solo podrán serlo con los requisitos que prefine el derecho (2). Ni hombre libre por siervo, excepto, en tres casos, que son: 1.° cuando él mismo quiere empeñarse por redimir á otro de cautiverio; 2.° el padre que estando en extrema necesidad de hambre, puede empeñar á su hijo (aunque esto por la limitacion que hoy tienen los derechos de la patria potestad, no creo sea practicable); 3.° cuando se entrega á alguno en rehenes por razon de paz (3).

8. Asimismo no pueden ser empeñados los bueyes, vacas y bestias destinadas para arar, ni los arados y demas aperos necesarios para el cultivo de las tierras, ni los siervos que las labran; y si el juez, ejecutor ú otro las prende y hace entrega de ellas, debe pagar á su dueño el daño y menoscabo que por ello se le irrogue (4).

9. La cosa agena no debe ser empeñada sin orden de su dueño (5), ni este puede empeñarla á otro sin permiso del primer acreedor, á menos que sea cuantiosa y suficiente para ambos, pues no siéndolo, está obligado á dar al segundo otra equivalente, y por el engaño puede el juez imponerle pena arbitraria. Lo mismo procede cuando alguno empeña cosa agena ignorándolo el que la recibe en empeño (6).

10. El que tiene potestad de enagenar, puede hipotecar ó empeñar sus bienes, aunque no tenga entonces el dominio de ellos, pues consiguiéndolo, luego quedan sujetos á la responsa-

1 Ley 2. tit. 13. Part. 5.
2 Leyes 1 y 2. tit. 14. Part. 1. 63. tit. 18. Part. 3. 3 tit. 13. Part. 5 y 4. tit. 5. lib. 1. Nov. Rec.
3 Ley 3. tit. 13. Part. 5.
4 Leyes 4. tit. 13. Part. 5. 6 tit. 11. lib. 10 y 15. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip. Juic. ejec.* § 16.
5 Ley 9. tit. 13. Part. 5.
6 Ley 10. tit. 13. Part. 5.

bilidad de la deuda del mismo modo que si lo tuviera (1). Tambien puede el apoderado ó mayordomo empeñar los bienes de su amo sin su conocimiento, por lo que si invierte en su utilidad el importe del empeño, y pasan las alhajas empeñadas à poder del que lo dió, tiene este facultad de retenerlas hasta que se cobre, pero si no pasan á su poder, la tiene solamente de repetir lo que sobre ellas prestó (2). El curador puede empeñar de su propia autoridad los bienes muebles de su menor para emplear el empeño en utilidad de este; pero no los raices, á menos que intervenga licencia judicial con conocimiento formal de causa (3).

11. Puede hacerse el empeño ó hipoteca por escritura ó sin ella, por mensagero ó por cartas, estando presentes ó ausentes el dueño de la alhaja y el que la recibe, expresando individualmente sus señas para evitar dudas y equivocaciones (4). Tambien puede hacerse puramente, ó prefiniendo término, y poniendo condicion que no sea opuesta á la ley y buenas costumbres; pero si lo es, no valdrá (5): y hasta que el término y condicion se cumplan no tiene accion á demandar la cosa empeñada el que la recibió en empeño, à menos que se presuma que su dueño hará fuga, pues en este caso puede pretender que se le entregue por el empeño, ó que el deudor dé fianzas de que al tiempo prefinido se le dará (6).

12. El acreedor de prenda particular puede demandarla al que se la empeñó, ó á sus herederos, á fin de que se la entreguen. Mas si aquel ó estos la enagenasen ó empeñasen antes de habérsela entregado, debe pedir la deuda á los dichos, la cual cobrada no puede molestar al tenedor de la prenda; pero si no se verificase el pago de la deuda, puede dicho acreedor pedir la alhaja al que la tuviere: es decir, que primero ha de reconvenir al deudor, lo mismo que en la fianza (7). Exceptúase el caso en que el deudor hubiese enagenado la cosa despues de instaurado pleito sobre ella por su acreedor, pues entonces está en arbitrio de este pedir, ó bien el precio ó bien la prenda, segun mas le conviniere.

13. Si al tiempo de contratar pactasen el acreedor y el deudor, que si este no redimiese su prenda dentro de un plazo determinado, la pudiese vender el primero, podrá hacerlo asi; pe-

1 Ley 7. tit. 13. Part. 5.
2 Ley 8. tit. 13. Part. 5.
3 Dicha ley 8.
4 Ley 6. tit. 13. Part. 5.
5 Ley 12. tit. 13. Part. 5.
6 Ley 17 tit. 13. Part. 5.
7 Ley 14. tit. 13. Part. 5.

ro deberá preceder aviso al deudor ó á su familia, si se hallare ausente, realizando la venta en almoneda pública sin fraude alguno, y devolviendo al deudor el exceso del débito (1) (*). Tambien podrá vender la prenda al acreedor, aunque no se estipulase plazo de redencion, con tal que haya precedido intimacion al deudor en presencia de hombres buenos para que la redima, y este no lo haya verificado en doce dias, si la cosa es mueble, ó en treinta siendo raiz.

14. Por último puede el acreedor vender la alhaja empeñada, aun cuando se hubiese pactado lo contrario; pero para ello ha de requerir al deudor tres veces delante de hombres buenos, y dejar pasar dos años despues del último requerimiento para proceder á la enagenacion, la cual se hará igualmente en almoneda pública y legal, como en el caso arriba dicho (2). Se previene que el mismo acreedor no puede comprar para sí la alhaja empeñada, sino solo en el caso de que no se presente ningun comprador en la almoneda por miedo ó respeto al deudor, en cuyo extremo deberá acudir el juez para que se la adjudique por su justo valor, y el juez lo hará así, teniendo en consideracion el importe de la alhaja y el del crédito por qué responde (3). Se advierte tambien que el acreedor no puede hacer uso de la prenda sin consentimiento del deudor, debiendo poner cuidado en su conservacion, pues si se pierde ó deteriora por su culpa, tiene obligacion de indemnizar á su dueño (4) (**).

OBLIGACION CON PRENDA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Juan Rodriguez, de la misma vecindad, le prestó tantos reales en dinero efectivo sin premio ni interes alguno (como lo jura en solemne forma, de que doy fe), de los cuales se da por entregado real y efectivamente, y por no parecer de presente, renuncia la excepcion que podia oponer de no haberse contado, la ley 9. tit. 1. Part. 5. que de ella trata, y los años que prefine

1 Ley 41. tit. 13. Part. 5.

* El pacto de que si el deudor no paga al tiempo convenido, quede el acreedor dueño de la prenda ó hipoteca, como si la hubiese comprado, es ilícito y nulo (Ley 12. tit. 13. Part. 5 Véanse los párrafos 12 y 13 del capítulo 20 *de los préstamos.*

2 Ley 42. tit. 13. Part. 5.

3 Ley 44. tit. 13. Part. 5.

4 Ley 20. tit. 13. Part. 5.

** En el lib. 3. tit. 7. cap. 4. en que se trata de las *acciones*, se hablará de la *hipotecaria y pignoraticia*, que nacen de este contrato, y de los efectos de una y otra.

para prueba de su recibo, que da por pasados, como si lo estuvieran, y formaliza à su favor el mas eficaz resguardo que à su seguridad conduzca. En su consecuencia se obliga á satisfacérselos, y á su costa y por su cuenta y riesgo ponerlos en su casa y poder, ó en el de quien le represente, en una sola partida, para tal dia de tal mes y año, en buena moneda de plata ú oro corriente, y no cumpliendo, consiente ser apremiado por todo rigor legal, no solo á su solucion, sino á la de las costas, daños, intereses y menoscabos que por defecto de puntual pagamento se le ocasionen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y le releva de otra prueba. Para mayor seguridad de esta deuda le entrega en prenda à mi presencia, de que doy fe, tal alhaja, de tal materia, de tanto peso, que expresó ser suya, y segun certificacion de N., contraste de esta villa, dada en tantos de este mes (que tambien le entrega rubricada por mí), vale tanto; y le confiere amplio poder y facultad para que si dentro del término prefinido no le pagase enteramente los mencionados tantos reales, la venda al fiado ó al contado por el precio y á la persona que le parezca, en almoneda ó fuera de ella, y de su producto se reintegre de ellos, sin que tenga precision de citarle ni practicar con él otra diligencia judicial ni extrajudicial, pues todo lo renuncia expresamente con la ley 41. tit. 13. Part. 5. Ha por celebrada desde ahora, y aprueba y ratifica la venta de la alhaja; con el precio que por ella den, hace consignacion y paga real de la enunciada suma, costas y daños que al acreedor se irroguen; y se obliga á estar y pasar por todo lo que ejecutare, como si por sí propio lo practicara, y á la evicion y saneamiento de la referida alhaja en legal forma: en caso de que su valor y precio que por ella den, no alcance á la plena satisfaccion de los tantos reales y gastos que se originen, se obliga tambien á pagarle el residuo en buena moneda, á lo que se le ha de compeler igualmente en virtud de su relacion jurada, ó de quien le represente, sin que esté obligado, ni se le pueda pedir otro documento ni justificacion, porque le releva de manifestarlo. Y el referido Juan Rodriguez, que está presente, dijo que acepta esta escritura, segun está concebida, y para la seguridad de su crédito recibe en prenda la expresada alhaja, y certificacion de su peso y valor, obligándose á devolverla à dicho Francisco tan buena como está, en el caso que le satisfaga al plazo estipulado los tantos reales que le ha prestado, cuya restitucion hará al mismo tiempo, à lo que se le ha de poder apremiar en iguales términos; y si por no cumplir el susodicho

Francisco con la solucion de los tantos reales, la vendiere, y despues de deducidos, y las costas y gastos que se le causen, sobrare algo, se obliga en la propia conformidad á entregarle el sobrante. Y ambos por lo que les toca cumplir obligan sus personas y bienes muebles, raices &c. *La ley* 70. *tit.* 18. *Part.* 3. *trae la forma de ordenar esta escritura y la siguiente.*

OBLIGACION CON HIPOTECA.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que se obliga á pagar à Juan Rodriguez, de la propia vecindad, ó à quien su derecho represente, veinte mil reales de vellon, los mismos que le entrega en este acto en tales monedas, prestándolos sin el mas leve interes (como lo jura en solemne forma, de que doy fe), de cuya entrega, y de haberlos pasado á su poder real y efectivamente, doy fe, por haber sido à mi presencia y de los testigos que se nombrarán; y como entregado de ellos à su satisfaccion, formaliza à favor del enunciado Juan Rodriguez el mas eficaz resguardo que à su seguridad convenga. En su consecuencia se obliga à devolvérselos, y ponerlos en su casa y poder por su cuenta y riesgo en una sola partida para tal dia, en buena moneda de plata ú oro, y no en otra cosa ni especie; y no cumpliéndolo, quiere ser apremiado à ello por todo rigor legal é igualmente à la solucion de las costas, daños, intereses ó menoscabos que se le irroguen, y haga constar por su relacion jurada en que los defiere, relevándole de otra prueba; y à la responsabilidad de esta deuda, sin que la obligacion general de bienes derogue ni perjudique à la especial, ni por el contrario esta á aquella, sino que antes ha de poder el acreedor usar de ambas à su arbitrio y eleccion; hipoteca el otorgante una casa suya propia, que posee en esta villa y tal calle. (*Aquí pueden relacionarse individualmente las señas del parage que ocupa la finca, sus linderos, su estado, su superficie, las cargas a que esté afecta, los titulos de ella, y de que se entregan al acreedor, y dar fe de ello el escribano; pero si no se relacionan estos, se han de omitir las palabras*, por cuyos títulos, y la cláusula de entrega, *y se dirá*: la cual le pertenece en posesion y propiedad, *y proseguirá de esta suerte)*, la sujeta y grava especial y expresamente à su seguridad; y confiere al acreedor amplio poder y facultad con libre, franca y general administracion, para que cumplido que sea el citado plazo, si el otorgante no le

hubiere satisfecho enteramente dichos veinte mil reales, dirija su accion contra ella, y de su propia autoridad precedida tasacion, la venda á quien quisiere, y por el precio en que se conviniere, sin que por ello incurra en pena, ni para ejecutarlo tenga precision de avisar al otorgante, ni practicar con él diligencia judicial ni extrajudicial, ni tampoco sacarla en almoneda, como lo previenen las leyes 41 y 42. tit. 13. Part. 4, porque las renuncia, y da por bien hecha y celebrada la venta. Quiere que esta sea subsistente, como si por sí propio la efectuara, hace consignacion y paga real de los expresados veinte mil reales con el precio que den por la enunciada casa: y se obliga à su eviccion y saneamiento, como tambien à ratificar, aprobar y no reclamar en tiempo alguno su enagenacion; y que esta obligacion se prevenga y note por mí en los titulos de la mencionada casa, para que conste del gravamen à que queda afecta é hipotecada, tomándose de este la correspondiente razon en la contaduría general de hipotecas de esta villa, bajo la pena de nulidad, dentro de los seis dias que prescribe la ley y auto acordado recopilados y última pragmática de su Magestad. El expresado Juan Rodriguez, que está presente, enterado de esta escritura, dijo: que la acepta, y que si por no cumplir el referido Francisco con la solucion de los veinte mil reales al plazo estipulado, fuere preciso vender su casa, y sobrare algo del precio de su venta despues de reintegrado de ellos, y de las costas y gastos que se le originen, se obliga á devolvérselo incontinenti, á lo cual quiere ser compelido por la via mas breve y sumaria que haya lugar; y si se los pagare, à entregarle los titulos de la casa que acaba de recibir, y la copia original de esta escritura para que la cancele: previniendo que si quisiere carta de pago, ha de satisfacer el importe de sus derechos, sin que en ella, en las notas y desgloses de dichos títulos ni en otra cosa alguna tenga el otorgante que gastar la menor cantidad, mediante no seguirsele la mas leve utilidad del préstamo que le ha hecho. Y ambos por lo que les toca cumplir, obligan sus personas y bienes muebles, raices &c. *Si no hay entrega de títulos, se ha de omitir todo lo que de ellos se habla en cuanto á su devolucion.*

Nota. Sin embargo de las facultades que por las escrituras precedentes se conceden à los mutuantes para vender las alhajas empeñadas é hipotecadas, no se practica; y asi ninguno lo hace de su propia autoridad: lo que se ejecuta, siendo prenda y la deuda de corta entidad, es presentar el acreedor pedimento al juez, pretendiendo que con citacion de su dueño se tase y

venda, y de su producto se le haga pago con costas: el juez há por presentada la escritura, y manda se le notifique que dentro de tercero dia pague con apercibimiento. Si no cumple, le acusa el acreedor la rebeldía, é insiste en su pretension, y el juez manda se le vuelva à notificar que dentro de segundo dia cumpla con lo proveido anteriormente, y pasado sin haberlo hecho, que con su citacion se tase y venda la prenda, y de su producto se haga pago al acreedor del principal y costas, para lo cual da comision à escribano y alguacil de su juzgado. Si espira el segundo término, cita el escribano al deudor, y el alguacil nombra un perito, quien bajo de juramento valúa la alhaja, y evacuado, se saca à una plazuela ó parage público, donde se vende al que mas da por ella: no se admite postura que no exceda de las dos terceras partes de la tasa, para que no se alegue lesion, y todo se pone por diligencia, expresando quién la compró, en qué cantidad, en dónde vive, y quién fue el que mas dió por ella, y à veces concurre el pregonero para pregonarla: tambien suele deferirse á todo lo dicho en el primer auto por evitar costas. Si la deuda es grande, se pide, despacha y traba ejecucion en las alhajas prendadas, se sigue esta por los trámites regulares, y libra el mandamiento de pago, con el cual se requiere al deudor para que pague el principal, décima y costas, y si no lo hace, pide el acreedor su venta, nombra tasador, y pretende se notifique al deudor elija otro, ó se conforme con el electo, y en su defecto que lo nombre el juez, y se le manda notificar que lo nombre dentro de tercero dia, con apercibimiento de que pasado sin haberlo practicado, se nombrará de oficio. Si no cumple, le acusa la rebeldía, y el juez elige el que quiere: valúan los dos unánimes bajo de juramento las prendas: se fijan despues cédulas por nueve dias, de tres en tres útiles, en los sitios públicos y acostumbrados, señalando en la última el del remate: se dan los tres pregones que previene la ley (si hay pregonero) á las puertas del oficio del escribano originario, ó parage en donde se acostumbra en el pueblo rematar las cosas que se venden judicialmente: y celebrado el remate, se entregan al comprador con el competente testimonio para título legítimo cuando paga su importe, y de este se satisfacen al acreedor su crédito, y los gastos que con dicho motivo se le hayan ocasionado, á cuyo fin se tasan. Si sobra algo, se hace saber al deudor para que acuda á su percibo, y si falta, se le exigen mas bienes para la solucion del resto; asi lo he visto practicar, y practiqué. Siendo hipoteca, se pide directamente ejecucion contra

ella, y sigue hasta sentencia de remate; y declarada esta en cosa juzgada, ó ejecutoriándose por tribunal superior, pide el acreedor, y manda el juez sacarla á pública subasta: se tasa y pregona por treinta dias útiles: se fijan cédulas en los sitios públicos por tres veces, de nueve en nueve dias útiles, que con los tres de la fijacion componen los treinta: se admiten la postura y mejoras, y se hacen saber á los postores anteriores y deudor: se celebra el remate prefinido en él y declarado en cosa juzgada, ó probado, ya sea por el propio juez ó por el tribunal superior, dado el cuarto pregon, deposita el comprador el precio, y hecho, se le da posesion de la alhaja: el juez otorga despues á su favor en nombre del deudor venta judicial en forma; y si no hay comprador, se adjudica en pago al acreedor por la tasa, devolviendo el exceso que haya. Previniendo que para ser admitidas las posturas, deben exceder de las dos terceras partes de la tasa; y que si el acreedor las hiciere por tercera persona, y se rematare en él la alhaja, descubriéndose despues este fraude, ademas de ser nula la venta y deber rescindirse, tiene que tomar en cuenta de su crédito los frutos que produjo; y si exceden á este, restituirlos con la cosa, a menos que para tomarla intervenga consentimiento expreso del deudor dueño de ella, que entonces cesa lo dicho.

Si el empeño consta por papel simple, precede su formal reconocimiento y luego se practican las diligencias referidas segun sea la cantidad de la deuda. Esta es en sustancia la práctica de estas ventas, de cuyas diligencias omito la extension y algunas prevenciones, por no corresponder á este lugar sino al tratado de los juicios; pero advierto que si nada pactan las partes en cuanto á venta, no lo ponga el escribano con pretexto de que el acreedor queda mas asegurado, pues la ley 42. tit. 13. Part. 5. da facultad amplia á este, para que si despues de haber requerido tres veces al deudor ante testigos que quite el empeño, pasaren dos años y no lo hubiere hecho, pueda vender la alhaja empeñada en almoneda publica, aunque se le prohibiese el hacerlo al tiempo de celebrar el contrato pignoraticio; á mas de que no debe traspasar los límites del convenio para no gravar su conciencia.

CAPITULO VIGESIMO.

De los contratos reales, y principalmente del préstamo ó empréstito.

§. 1. ¿Cuales contratos se llaman reales, y que es préstamo ó empréstito?

2. El préstamo se divide en *mútuo y comodato*: ¿cual se dice mútuo y que circunstancias concurren en él?

3. Cuando perece la cosa prestada la pierde el mutuario.

4. ¿Que es préstamo comodato?

5. Responsabilidad del comodatario acerca de la alhaja prestada. Casos en que es menor dicha responsabilidad.

6. En el comodato si perece la cosa la pierde el comodante, á menos que intervenga culpa de parte del comodatario.

7. ¿Quienes pueden dar y recibir empréstitos de una y otra especie?

8. A las iglesias, reyes y otros individuos y corporaciones se les puede dar préstamos mútuos; pero solo en ciertos casos se puede reclamar de los mismos lo que recibieron.

9. Los hijos de familia que esten bajo la patria potestad no pueden tomar prestado sin autorizacion de su padre, pena de perder el mutuante lo que les diere. Excepciones de esta regla general.

10. Se prohibe á los mercaderes prestar cantidad alguna en mercaderías, con pena de suspension de oficio al escribano que autorice el contrato.

11. A los estudiantes no se les puede prestar sin annencia del que los tiene á su cargo.

12. El contrato de mútuo con prenda, bajo cierto pacto y condicion es nulo.

13. Circunstancias que debe tener el referido pacto, y cláusulas en que debe estar concebido, para que sea tenido por firme y valedero.

Nota sobre la usura.

Formulario correspondiente á este capítulo.

1. La tercera division que hicimos de los contratos comprende los llamados reales, y son aquellos en que para su validez se requiere la entrega efectiva de cosas materiales (*). A ea-

* El nombre de reales proviene de que en latin las cosas en general se llaman *res*. De la definicion de los contratos reales se infiere que el de *prenda* en que se estipula que esta se haya de entregar al acreedor corresponde á esta clase; pero siendo mas comun la prestacion de hipoteca, la cual no pasa á poder de aquel, pareció mas natural colocarlo entre los verbales.

ta clase pertenece el préstamo ó empréstito, *contrato por el cual un individuo entrega á otro gratuitamente alguna cosa para que se sirva de ella.*

2. El préstamo se divide en *mutuo y comodato. Mutuo* se llama *la entrega gratuita de alguna de aquellas cosas que se acostumbra medir, pesar ó contar, y que no pueden usarse sin consumirse, á fin de que el mutuario disponga de ella como dueño, obligándose á devolver al mutuante igual cantidad en especie, bondad y demas calidades.* De la definicion se deduce que el dominio de la cosa se traslada al mutuario, y que por lo mismo su obligacion no consiste en devolver la cosa recibida, sino quisiere, sino otra de la misma especie en el tiempo y lugar en que se haya convenido con el mutuante (1). Faltando á estas condiciones, queda obligado á indemnizar á este en el exceso de valor que la cosa tenia en el sitio y tiempo en que debió volverla. Si se apreció el género prestado al tiempo de verificar el contrato, se ha de restituir tal cantidad que cubra el referido valor, aun cuando se necesite mayor por estar mas barato al tiempo de la entrega; pero si no se apreció el género, lo ha de entregar con arreglo al valor que tenga en el tiempo y lugar en que debe hacer la restitucion, si se designó plazo; y si no se fijó ninguno, segun el que tuviere cuando el mutuante reclame su débito. Pero se previene que la fijacion del lugar no es válida, si reporta grave molestia y menoscabo al mutuario (2).

3. Tambien se infiere de la misma definicion que si la cosa entregada perece por cualquiera de las contingencias frecuentes ó raras, la pierde el mutuario, como lo expresa terminantemente una ley de Partida (3), la cual previene ademas que este queda obligado á la satisfaccion de la pena en que hubieren convenido los contrayentes, si no cumple las condiciones estipuladas, como tambien à la de los daños y purjuicios que se causen al mutuante en pedir y recobrar lo prestado, cuyas dos obligaciones pasan á sus herederos.

4. El préstamo llamado *comodato* consiste *en entregar un individuo á otro cualquiera de aquellas cosas que no se gradúan por numero, peso ni medida; para que se sirva de ella por algun tiempo, con obligacion de devolverla sin menoscabo notable y no otra en su lugar* (4). El comodato ha de ser gratuito, del mismo modo que el mutuo, pues si media alguna re-

1 Ley 8 tit. 1. Part 5.
2 Lesio *de just. et jur.* lib. 2 cap. 20. dub. 2.
3 Ley final, tit. 1. Part 5.
4 Leyes 1. tit. 1. y 1. tit 2. Part. 5.

muneracion de parte del que lo recibe, será *arrendamiento* ó *locacion*. Tambien es de esencia de este contrato el que la cosa se dé por tiempo determinado, bien se exprese cuanto deba ser, ó bien se omita esta circunstancia, en cuyo caso habrá de devolverse cuando la pida el mutuante, pues si llevase consigo la condicion de perpetuidad, seria *cesion de uso ó de usufructo*.

5. Como por lo comun se celebra el comodato en gracia del comodatario, debe este cuidar la alhaja con tanto ó mayor esmero que si fuese suya, quedando obligado à devolver otra tan buena, si por culpa ó negligencia perece ó se deteriora, à excepcion de los casos fortuitos, á menos que expresamente renuncie este derecho (1). Sin embargo hay ocasiones en que no es tanta la responsabilidad del comodatario, y son las siguientes: 1.ª cuando comodante y comodatario se utilizan de la cosa prestada, v. gr. si dos convidan à comer á un amigo suyo, y uno de ellos ruega al otro que le preste sus cubiertos de plata para obsequiar mejor al amigo; pues aunque alguno se pierda, no será responsable el comodatario à su restitucion, si puso las regulares y prudentes diligencias para su custodia. Y 2.ª cuando el que presta la cosa, lo hace con intencion de honrarse á sí mismo mas que al comodatario, v. gr. si uno presta á su futura esposa vestidos preciosos para que se presente ante él mas ataviada y adornada; pues aun cuando se pierdan, no debe restituírselos, á menos que de su parte haya culpa y dolo (2) (*). Y aunque este préstamo es semejante al *pre-*

1 Leyes 2 y 3. tit. 2. Part. 6.

2 Ley 2. tit. 2. Part. 5.

* Hay tres especies de culpa, y de ellas habla la citada ley 11. »E lata culpa tanto quiere decir como grande é manifiesta culpa; asi como si algun home non entendiese todo lo que los otros homes entendiesen, ó la mayor partida de ellos E tal culpa como esta es como necedad, que es semejanza de engaño. E esto seria, como si algun home tuviese en guarda alguna cosa de otro, é la dejase en la carrera de noche, ó á la puerta de su casa, no cuidando (*no considerando*) que la tomaria otro home Ca si se perdiese, seria por ende en grand culpa de que non se podria escusar. Otrosí decimos, que y ha otra culpa, á que dicen *levis*, que es como pereza, ó como negligencia. E otra y ha, á que dicen levissima, que tanto quiere decir, como no haber home aquella femencia (*vehemencia*) en allñar é guardar la cosa, que otro home de buen sesso avria si la tuviese." El célebre Vinnio define con mas claridad las tres culpas. Culpa lata ó grave, la cual se equipara al dolo, es omision de aquel cuidado que todos los hombres suelen tener con sus cosas, ó hacer con cosa agena lo que nadie haria con la propia. Culpa leve es omision de aquel mediano cuidado que por lo regular tienen los hombres con sus cosas, ó hacer en cosa agena lo que un diligente padre de familia no haria con la suya. Culpa levísima es omision de aquel cuidado que tiene con sus cosas un vigilantísimo padre de familia, ó hacer en cosa agena lo que omitiria este en la propia. (Instit §. 2. *Quib. mod. re contrah oblig* num 8, 9 y 10) Para saber de que culpa son responsables los contrayentes, se ha de tener presente la regla que trae dicho autor (lug cit num. 12) que la razon dicta, y que evidentemente apoya la citada ley 2 tit. 2. Part 5. ha-

cario, se diferencian en que este se da para uso cierto (1) (*).

6. Si el comodatario se obliga à volver la alhaja á dia cierto, y no lo cumple, será de su cuenta y no del dueño el peligro que haya en ella, y debe reintegrarle de los daños y costas que en demandarla se le ocasionen (2); y lo mismo procede cuando la cosa es un animal, y por no tratarle bien se muere ó deteriora; y asi competirá al comodante contra él la accion directa de *comodato* (3). El comodante tiene obligacion de dejar al comodatario la cosa comodada por el tiempo y para el uso pactado, y no puede quitársela hasta que espire: asimismo la tiene de prevenirle los defectos y tachas que la cosa comodada padece, y de lo contrario debe resarcirle el perjuicio que le sobrevenga, pues le compete contra él la accion contraria de *comodato* (4). El comodatario no puede retener la alhaja para cobro de alguna deuda anterior al contrato; pero sí cuando fuere posterior y contraida en beneficio de aquella (5). Si durante el comodato falleciese el comodatario dejando varios herederos, debe restituir la alhaja el que la tuviere en su poder, y si se hubiere perdido, la pagarán entre todos (6). En caso de perderla el comodatario, y de haberla hallado el comodante despues de haber recibido su precio, tendrá este la eleccion de retener la cosa y volver el dinero, ó al contrario. Pero si la encuentra un tercero la podrá repetir el comodatario por tenerla pagada (7).

7. El que tiene facultad de contraer puede dar y recibir empréstitos, ya en *mutuo* ya en *comodato*, bien sea por sí mismo, ó en nombre y como mandatario de otro; y aunque no se estipule que el mutuario ha de volver lo que el mutuante le prestó; en verificándose haber sido prestado, y no dado graciosamente, debe restituírselo al plazo convenido; y si no se prefine plazo, diez dias despues de prestado à voluntad de su dueño (8).

8. A las iglesias, reyes, concejos, comunidades y menores

blando de las tres maneras expresadas de celebrarse el comodato. Cuando alguno recibe la cosa solo por utilidad del dueño, como en el depósito, únicamente es responsable de la culpa lata; cuando por utilidad de ambos, como en el alquiler ó arrendamiento, lo es tambien de la culpa leve; y cuando solamente por la suya, como en el comodato, lo es de la levísima. *Febrero reformado*

1 Partid. 5. tit. 14.

* El *precario* es una especie de *comodato*, que se diferencia de este en que no se prefine tiempo, ni se designa el uso que se ha de hacer de la cosa prestada.

2 Leyes 3 y fin. tit. 2. Part. 5.

3 Ley 7. tit. 2. Part. 5. Gutierr. lib. 3. *Pract.* quæst. 47. Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Commodatum*, num. 29 al 35.

4 Ley 6. tit. 2. Part. 5. Reglas 21 y 22. tit. 34. Part. 7.

5 Ley ult. tit. 2. Part. 5.

6 Ley 5. ibid.

7 Ley 8. ibid.

8 Ley 2. tit. 1. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 6. num. 1.

bien se puede prestar, mas no demandar lo que se les prestó, à menos que se pruebe habérseles seguido utilidad del préstamo (1); y asi para que el mutuante quede asegurado, debe probarse la utilidad antes de hacerles el préstamo, y obtenerse licencia judicial, con cuya diligencia será bien hecho, y no podrán alegar lo contrario (2), y es lo que se practica.

9. El hijo de familias mayor ò menor de veinticinco años, que está bajo la patria potestad, no puede tomar prestado por sí ni por tercera persona dinero ni cosa de las que se cuentan, miden ó pesan, ni otra alguna sin orden de su padre; y si lo recibe, no está obligado à su restitucion, ni se le puede demandar judicial ni extrajudicialmente, ni tampoco à sus fiadores, y menos à su padre; y el contrato que sobre ello se hiciere es nulo, sin embargo de que se ligue con juramento; y si el escribano lo autoriza con este, incurre en la pena de perdimiento de su oficio. Pero se exceptúan varios casos en que será válido el contrato. El primero, cuando el hijo es caballero ó soldado, pues queda obligado à la solucion del préstamo en cuanto alcancen sus bienes castrenses. El segundo, cuando obtiene empleo público del Rey, ò concejo, v. gr. de arrendador ú otro. El tercero, cuando niega que es hijo de familias al acreedor, y este tiene justa causa para creerlo, v. gr. ser viejo, estar su padre muy lejos, y no poder probar con facilidad lo contrario; afirmárselo con juramento, ú otra. El cuarto, cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó estando presente lo consiente, pues entonces ambos quedan obligados. El quinto, cuando está reputado comunmente por libre de la patria potestad; ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra tratar y contratar públicamente, sin que conste lo contrario; ó su padre le tiene cometido algun negocio, y con su orden trata y contrata, y no lo reclama. Y el sexto, cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado, y su padre á pagarlo, pues por la costumbre se presume su consentimiento. Es de advertir que si el hijo quiere volver á su dueño la misma cosa que le prestó, ú otra tal que no sea de los bienes de su padre, no puede este impedírselo (3).

10. Si el factor de algun mercader ó cambiante toma algo prestado con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio

1 Ley 3. tit. 1. Part 5.
2 Lesio *de just. et jur.* lib. 2. cap. 20. dub. 2.
3 Leyes 4 y 6. tit. 1. Part. 5. y 12. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. Véase á Greg. Lop. en las de Partida citadas, á Mat en la misma de la Recop. glos. 3, 4, 5 y 6. y á Gom. lib. 2. *Var.* cap. 6. num. 2 y 3.

de su amo, debe pagarlo este; pero si no le dió orden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no está obligado este sino el factor á su solucion (1): advirtiendo que por Real cédula, expedida en San Ildefonso á 16 de setiembre de 1784 (2), se prohibe absolutamente á todo comerciante, mercader, y persona de otra clase, dar á préstamo cantidad alguna en mercadería de cualquiera especie que sea, y á los escribanos otorgar escritura sobre este contrato, pena de suspension de oficio por dos años al escribano que las otorgare, y de perder la cantidad dada asi à préstamo el que la diere; esto sin perjuicio de observarse en lo que sean justos los contratos de cambio marítimo sobre mercaderías, que suelen celebrarse en los puertos de comercio, con el fin de habilitarse los dueños de bajeles para la navegacion mercantil; lo que tendrá presente el escribano para no incurrir en la pena.

11. A los estudiantes nada se puede prestar, dar ni vender al fiado sin orden del que los tiene en el estudio, y si se les presta ó vende, no debe este ser citado ni reconvenido sobre ello ante el conservador del estudio, ni ante otra justicia alguna (3).

12. El contrato de mutuo con prenda ó hipoteca celebrado con pacto comisorio, es decir, con condicion que si el deudor no paga en el dia estipulado, pueda disponer el acreedor como dueño de la alhaja ó heredad hipotecada, sin que en ella quede ningun derecho al que recibió el empréstito, es ilícito y nulo, aunque suene ser hecho á título de venta (4).

13. Pero será válido, ordenando la cláusula en los términos siguientes: *y si para tal dia no me hubiese pagado el referido F. los dos mil reales que me debe, quede por el propio hecho vendida la hipoteca afecta á su seguridad por lo que fuere justo y aprecien peritos que de comun acuerdo elegiremos.* En este caso, hecha la valuacion, y deduciendo de la suma prestada el importe de los frutos de la hipoteca, si es que los ha producido y tomádolos el mutuante, entregará este al deudor lo que falte para el precio convenido, con lo cual quedará la venta perfeccionada. Lo mismo deberá hacerse por un deudor y su fiador, si aquel da á este en prenda alguna cosa porque le fie, pues siendo el precio justo, y pactándolo asi, quedará vendida la alhaja, luego que el fiador haya pagado la deuda, y trascurra el término estipulado, cumpliendo este con entregar al

1 Ley 7. tit. 1. Part 5.
2 Ley 3. tit. 8. lib 10. Nov. Rec.
3 Ley 1. tit 8 lib. 10. Nov. Rec.
4 Ley 12. tit. 13. Part. 5.

deudor el importe del exceso (*), segun se dijo en el capítulo 19, párrafo 13 (**).

Nota sobre la usura.

1. Por la voz *usura* se entiende en general el interes que se exige del mutuo; pero tomada en un sentido menos lato, es el lucro inmoderado que algunos llevan por el dinero que prestan con perjuicio notable del mutuario, que obligado de la urgencia en que se encuentra consiente en ello.

2. La usura pues, en la primera y mas amplia acepcion se divide en *expresa y tácita*. La primera interviene cuando abiertamente se pacta y exige el interes del dinero ó frutos prestados; y la *tácita ó paliada*, cuando en la realidad ó en la apariencia no procede del mutuo sino de otro contrato en que va embebida; como la que resulta de una venta al fiado, en que se estipula que por la tardanza en la entrega del precio haya de dar el comprador algo mas de su verdadero importe.

3. Subdivídese ademas la usura en *compensatoria, punitoria y lucratoria*. Compensatoria se llama la que se exije en justa indemnizacion de las ventajas que podria sacar del dinero, ó del riesgo que de carecer de él puede seguirse al mutuante, y esto es lo que quieren decir las frases *lucro cesante* y *daño emergente*. A esta clase pertenecen el interes que procede del contrato de cambio marítimo, los alimentos que suelen estipularse en los casos en que no se entrega la dote, y otros semejantes. La *punitoria* es la que se pacta y exige como pena impuesta al que no cumpla lo estipulado en el contrato, la cual y la *compensatoria* son lícitas y corrientes (***).

4. Pero la *lucratoria*, que es la que se comete cuando se exige interes del dinero que se presta, sin que intervenga *lucro cesante* ni *daño emergente*, está prohibido por derecho divino, y

* En un auto acordado, que es el 76. tit. 21. lib. 5. Rec. se manda que no se pague en vellon mayor cantidad que la de trecientos reales contra la voluntad del que haya de recibir dinero.

** Aquí trataba el autor *de la usura*, cuya doctrina se impugna en varias notas del Febrero adicionado. El reformador D. José Marcos Gutierrez tuvo por conveniente omitir aquella como oscura y poco fundada, sustituyendo en su lugar otros párrafos en que trata de esta materia con bastante difusion. Yo he creido que para el objeto de esta obra basta dar una breve y sencilla idea de lo que propiamente debe llamarse usura, y de lo que en orden á ella disponen las leyes, todo lo cual se comprende en la siguiente nota.

*** El pacto de usura, que es cuando se estipula que si no paga el deudor puntualmente los intereses de la deuda, ha de dar nuevo interes de este dinero, se llama *anatocismo*.

la iglesia tiene fulminadas penas y censuras contra los que la ejerzan (1), como tambien las leyes de España (2), imponiendo á los que confiesan en escritura alguna deuda obligacion de jurar si hay embebidos en ella intereses, de cuyo juramento ha de dar fe el escribano, y el cual ha de repetir el acreedor cuando reclame su crédito en juicio: precauciones que se han juzgado oportunas para evitar la usura simulada.

5. Sin embargo muchos autores entienden la prohibicion de la usura con menos rigor, y creen que las leyes la prohiben únicamente en el sentido estricto del primer párrafo, es decir, cuando el lucro es inmoderado, como el que suelen exigir los avaros en ruina de su prójimo, pues es raro el caso en que el mutuante por prestar su dinero no pierda alguna utilidad ú ocasion de tenerla, ni ponga en aventura por remota que sea la cantidad de cuyo dominio se desprende. Y en todo caso se priva del derecho de usar de su propiedad cuando se le antoje por trasferirla á otro, lo cual ciertamente es *precio estimable*, siempre que este sea equitativo y moderado. Por otra parte la utilidad que el mutuario saca de la cantidad recibida, empleándola en su industria ó negociando con ella mientras el mutuante carece de aquel caudal, es justo que alcance en parte al que le proporcionó tales ventajas. Asi nuestras leyes modernas desde la pragmática de Carlos III (3), que autorizó la exaccion del tres por ciento de los empréstitos que recibian los cinco gremios mayores de Madrid, hasta el presente reconocen la legitimidad de los intereses justos del dinero, y por tales se reputan en la actualidad el cinco ó seis por ciento al año entre los comerciantes. Esta cuota subirá ó bajará segun los tiempos, pues el numerario se considera en el dia como un género mercantil, cuyo precio crece ó se disminuye, segun la abundancia ó escasez que de él hubiere en los mercados respectivos. De todo se deduce que será usurario cualquier pacto en que el lucro exceda de la cantidad legal, que es el seis por ciento, y sobre él deberán recaer las penas que las leyes tienen establecidas contra los usureros, quienes no adquieren el dominio de lo que ganan por este medio ilícito, porque lo poseen contra la voluntad de su dueño (4). Ultimamente se advierte que son nulos y no traen aparejada ejecucion

1 Levit. cap. 25. vers. 35 San Lucas cap 6. vers. 34. Lib. 5 y 6. Decret.

2 Leyes 9. tit. 11. Part. 5. 3. tit. 11. Part. 5. 4. tit 6 Part. 7. y 2 y 4 tit. 22. lib. 12. Nov. Rec.

3 Pragmática de 10 de julio de 1764.

4 Los usureros manifiestos incurren en infami perpetua. Leyes 4. tit. 6. Part 7. y fin tit 6. lib 8 Rec.

los contratos en que interviene usura, porque es una de las excepciones prescritas por la ley 1. tit. 21. lib. 4. Rec., lo cual se entiende en cuanto à los intereses, pues por la suerte principal se ejecuta al deudor. Tambien es de advertir que aunque el deudor haga juramento de no repetir las usuras, puede el juez de oficio compeler al usurero à su restitucion (1).

Formulario correspondiente á este capítulo.

OBLIGACION LLANA DE MUTUO.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que promete y se obliga à pagar en una partida à Juan Rodriguez, de la propia vecindad, seis mil reales de vellon, los mismos que le entrega prestados sin el mas leve interes (como lo jura en solemne forma, de que doy fe), para subvenir à sus urgencias, en tales monedas, de cuya entrega y recibo doy fe, por haber sido á mi presencia y de los testigos que se nombrarán; y de la tal cantidad otorga á su favor el mas eficaz resguardo que à su seguridad conduzca; obligándose igualmente á ponerlos á su costa por su cuenta y riesgo en casa y poder del Rodriguez para tal dia de tal mes y año, en buena moneda de plata ú oro corriente, y no en otra cosa ni especie; y pasado sin haberlo hecho, quiere que sin necesidad de citacion ni otra diligencia judicial ni extrajudicial, que expresamente renuncia, se le apremie por todo rigor y via ejecutiva à su solucion, y á la de las costas, gastos y perjuicios que se irroguen al acreedor, cuya liquidacion defiere en su juramento, ó de quien su poder ó causa hubiere, relevándole de otra prueba. Le confiere amplio poder y facultad para que envie ejecutor á la exaccion de la referida cantidad á donde el otorgante tenga bienes, con setecientos maravedís de salario en cada un dia de los que en ella se ocupe, contando por los de la ida y vuelva á razon de ocho leguas, por cuyas costas, salarios y perjuicios se ha de hacer la misma ejecucion, trance, remate de bienes y pago que por la cantidad principal, y á este fin se obliga á no pedir tasa ni moderacion de ellos, y renuncia la ley 31. tit. 21. lib. 4. Rec. que manda no se envien ejecutores, jueces de comision ni otras personas con jurisdiccion á costa de las partes, y las demas leyes, pragmáticas y estilos de audien-

1 Cap. *Tuas dudum*, num. 13. *de usuris*.

cias y tribunales que prohiben y moderan los salarios, para que no les sufraguen en manera alguna. Y al cumplimiento de lo pactado en esta escritura obliga su persona y bienes &c. *Aqui se pondrá la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion de leyes, que en otro cualquier instrumento.*

Nota. Por esta escritura puede el escribano ordenar todas las de mutuo, á diferencia de que cuando la cantidad no parece de presente, ha de renunciar el deudor la ley que se cita en el capítulo 28, párrafo 6, con lo demas que allí se expresa; y en caso de que haya intereses, jurar lo que importan. Este juramento lo han de hacer ambos contrayentes, y ha de constar asi en la escritura, con arreglo á la ley 22. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., á fin de evitar la usura simulada que podia resultar incluyendo los intereses en una masa con la suerte principal.

OBLIGACION DE PRÉSTAMO COMODATO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que otorga y recibe en este acto de Pedro Rodriguez, de la propia vecindad, una mula de tal color *(Aqui se pondrán las señales por donde pueda ser conocida, y la fe de entrega, y prosigue.)*, cuya mula le presta para hacer viage á tal lugar *(Aqui se dirá si ha de ir á caballo, ó la ha de dar otro destino.)* obligándose á volvérsela para el dia tantos de tal mes de este año, tan buena como la recibe, y á este fin tratarla y cuidarla como si fuera suya propia, sin emplearla en otro objeto ó destino; y si por no cumplirlo se muriere ó deteriorare, se obliga tambien á satisfacerle incontinenti tantos reales que vale, ó la menos estimacion que tenga á juicio de inteligentes, que ambos elegirán unánimes, á lo que, y á la solucion de las costas y daños que se le ocasionen por esta razon, quiere ser compelido por todo rigor legal. Igualmente se obliga á no oponer excepcion que le sufrague, bajo la pena del duplo del valor actual de la expresada mula, en que se da por condenado sin mas sentencia ni declaracion, y que la pague ó no, y graciosamente se le remita, se ha de llevar á debido efecto esta escritura, y por el mismo caso ser visto haberla aprobado y ratificado; todo lo cual obliga su persona y bienes muebles, raices &c. *La ley 71. tit. 18. Part. 3. trata de la ordenacion de esta escritura.*

Nota. Si el comodatario quisiere obligarse al deterioro ó muerte que padezca la cosa comodada por caso fortuito, recibi-

rá en sí el peligro que sucediere en ella mientras la tenga en su poder, y á mayor abundamiento renunciará las leyes 2 y 3. tit. 2. Part. 5. que dicen: *que perdiendo, deteriorándose ó muriéndose la alhaja comodada por caso fortuito, no queda obligado el comodatario á su responsabilidad;* y de esta suerte á todo podrá ser compelido, tenga ó no culpa, bien que sin esta renunciacion á cuanto se obligue quedará obligado, segun la ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

CAPITULO VIGESIMOPRIMERO.

Del depósito.

§. 1. ¿Que es depósito, y en que se diferencia del préstamo y del arrendamiento?
2. Las leyes de Partida reconocen tres especies de depósito, y ¿cuales sean estas?
3. Casos en que el depositario está obligado solamente al dolo y culpa lata, y otros en que debe responder de culpa leve, y aun levísima y caso fortuito.
4. El depositario ó sus herederos deben entregar la cosa depositada cuando se les pida, sin que les sea lícito retenerla por título alguno. Excepciones de esta regla general.
5. Cosas que pueden darse en depósito, y cuándo pasa su dominio al depositario.
6. Reglas que deben observarse acerca del depósito perteneciente á muchas personas.
7. Prevenciones sobre el depósito judicial, y casos en que tiene lugar.
8. Circunstancias que debe tener el depositario judicial, obligaciones que contrae, y penas en que incurre si niega el depósito.
9. Disposiciones recientes acerca de los depósitos judiciales.
10. El dueño de los bienes depositados tiene preferencia sobre los demas acreedores del depositario.
11. Nadie puede ocultar sus bienes poniéndolos al efecto en cabeza de tercero.
12. De otra especie de depósito, que es la de los cadáveres, y modo de efectuarlo.

1. El depósito es uno de los contratos reales, y consiste en *la entrega que un individuo hace á otro de alguna cosa propia con el solo objeto de que se la custodie.* Diferénciase del mutuo y comodato en que el depositario no puede hacer uso de la alhaja, y de la locacion ó arrendamiento en que no

tiene que dar ningun interes al depositante. Lejos de eso suele dar este alguna remuneracion al depositario por el trabajo y cuidado en conservar el depósito, aunque por lo comun este contrato es gratuito.

2. Nuestras leyes reconocen tres especies de déposito (1): 1.ª cuando alguna persona da alguna cosa en guarda à otra sin verse obligada á hacerlo por ningun apuro ó tribulacion; 2.ª cuando lo hace obligada de algun riesgo ó apuro en que se encuentra, como el de quemársele la casa (*); 3.ª cuando dos ó mas individuos disputan sobre la pertenencia de alguna alhaja, y la depositan en poder de otro para que la guarde hasta que judicialmente se declare quien debe ser su dueño.

3. El depositario puede ser seglar, eclesiástico ó religioso, y está obligado al *dolo y culpa lata* por la fidelidad con que debe guardar el depósito: es decir, que debe poner en su custodia el cuidado que la generalidad de los hombres pone en la conservacion de sus cosas (2); y si à pesar de esto se pierde, no deberá reintegrarla probando lo conveniente. Pero hay casos en que debe prestar *culpa leve*, y son los siguientes: 1.º cuando asi lo estipulan los contrayentes; 2.º cuando el depósito se hace á solicitud del depositario; 3.º cuando este recibe por serlo algun interes (**) (3). Tambien hay ocasiones en que está obligado á la *culpa levísima* y aun al caso fortuito, y son: 1.ª si se obligó á ello al celebrar el contrato; 2.ª cuando demandada la cosa por su dueño, y resistiéndose à entregarla al depositario se deteriora ó perece; 3.ª cuando la ocasion del menoscabo ó ruina de la cosa procede de culpa ó engaño del depositario; y 4.ª cuando se hace el depósito por beneficio de este y no del depositante (4).

4. El depositario ó sus herederos tienen obligacion de entregar al dueño ó á los suyos la cosa depositada en cualquier tiempo que la pidan, sin que puedan retenerla á título de compensacion, pago de crédito contra el depositante, ó gastos hechos en conservacion del mismo depósito; y no menos los frutos y mejoras que tuviere, sin perjuicio de pedir por separado cuanto el segundo le deba por las causas enunciadas (5) (***). Sin em-

1 Ley 1. tit. 3. Part. 5.

* Este depósito se distinguía entre los romanos con el nombre de *miserable*.

2 Ley 3. tit. 3. Part. 5.

** Este interes suele ser el uno por ciento en la depositaría general de la Corte.

3 Dicha ley 3.

4 Ley 4. tit. 3. Part. 5.

5 Ley 5. tit. 3. Part. 5.

*** Febrero previene que á pesar de esta ley la práctica es contraria en orden á las expensas, pues se pide y traba ejecucion en los bienes depositados subsistiendo en poder del depositario hasta fin de la instancia.

bargo se exceptúan de esta regla general los casos siguientes: 1.° Si lo depositado es alguna arma, y su dueño ha caido en demencia. 2.° Si tiene el depositante confiscados los bienes por la competente autoridad. 3.° Si la alhaja es hurtada, y el verdadero dueño previene al depositario que no la devuelva sin mandamiento de juez. 4.° Si la cosa dada en depósito resulta ser propia del depositario, y la reclama en juicio (1).

5. Pueden darse en depósito asi las cosas muebles, que es lo mas comun, como las raices, y es claro que ni en unas ni en otras adquiere dominio el depositario, ni puede prestarlas ni alquilarlas, à menos que sean de las que se regulan por peso, número ó medida. El dominio de estas se trasfiere al depositario; puede, como dueño, tratar y contratar con ellas, y cumple con restituir igual cantidad en número, bondad y especie (2). Por cuya diferencia este depósito se llama *irregular*.

6. Si la cosa dada en depósito por varias personas está cerrada ó sellada, solo podrá abrirse y entregarse á presencia de todos los interesados. Lo mismo sucederá si el tal depósito es indivisible; pero si admitiere cómoda division, y consta la parte que corresponde á cada uno de ellos, podrá el que quiera reclamar la suya y el depositario habrá de entregársela. Si despues se hace insolvente el último, no tendrán accion los demas depositantes á reclamar cosa alguna de los compañeros que tengan percibida su porcion, imputando á su propia negligencia la pérdida que sufran, ó bien á su mala suerte si acaeció por caso fortuito.

7. El depósito judicial, que ya se indicó en el párrafo 2.°, y se verifica cuando hay litigio sobre la pertenencia de la cosa, tiene lugar en los seis casos siguientes: 1.° cuando convienen los colitigantes en hacerlo. 2.° Cuando es sospechoso el que tiene la alhaja en su poder. 3.° Cuando dada sentencia contra el poseedor, y apelada por este, se teme que malverse los bienes que se litigan. 4.° Cuando pide el depósito de su dote la muger cuyo marido es disipador. 5.° Cuando el hijo ó descendiente desheredado sin causa pide el depósito de la herencia de su legítimo ascendiente. Y 6.° cuando reclama de su señor el siervo, declarado judicialmente por libre, los bienes que dice ser suyos, y aquel lo niega (3).

8. El depositario judicial ha de ser lego, llano y abona-

1 Ley 6. tit. 3. Part. 5.
2 Ley 2. tit. 3. Part. 5.
3 Ley 1. tit. 9. Part. 3.

do (1), y tener el depósito todo el tiempo que quieran el juez ó los interesados que lo hicieron; pues no puede de autoridad propia, sino con la judicial, y con causa ponerlo en otro sugeto; lo cual es al contrario siendo depósito extrajudicial, pues puede compeler al deponente á que lo reciba y le exonere de él (2): al modo que este lo puede sacar de su poder cuando quiera, aunque no esté cumplido el tiempo por qué lo puso; y si lo niega, incurre en infamia: debe restituir la cosa depositada ó su estimacion con sus frutos, y las costas, daños y menoscabos que se irroguen à su dueño (3). Es de advertir que cualquiera puede ser compelido á ser depositario, no teniendo excusa legítima que le exima (4); pero no el escribano de la causa, ni admitir depósito en su oficio, pena de diez mil maravedís, ni tampoco el juez que entiende en ella (5).

9. Sin embargo las disposiciones mas recientes en orden à los depósitos judiciales son: que todos estos y cualesquiera caudales que hayan de consignarse, aunque sea por breve tiempo, se lleven precisamente à las depositarías públicas ó tablas numularias de los pueblos respectivos, ò bien à la Real caja de amortizacion de Madrid, donde presentado el libramiento del juez que acredite el verdadero dueño, se le entregarán en la misma moneda en que se recibió, con mas el interes del tiempo que haya durado el depósito, á razon de tres por ciento al año, y si este ha sido en vales Reales, con los intereses que hubieren producido (6). Posteriormente por una circular (7) se mandó que los caudales de depósitos judiciales particulares de quiebras, concurso de acreedores y economatos se trasladasen á la tesorería mayor, à sus subalternas ò à las administraciones ó depositarías de rentas Reales, con arreglo à la anterior cédula y al capítulo 12 de la pragmática de 30 de agosto de 1800, y que los depósitos consistentes en alhajas se pusiesen en las depositarías públicas ò tablas numularias, á cargo de los depositarios y jueces de los pueblos correspondientes.

10. El dueño de los bienes depositados tiene preferencia en ellos à todos los acreedores del depositario, estando en poder de este ó de su heredero, y no siendo de los que consisten en

1 Dicha ley 1.

2 Hermos. en la ley 3. tit 3. Part. 5. glos. 6. num. 1 y 2.

3 Ley 2. tit. 9. Part. 3, y 8. tit. 3. Part. 5.

4 Hermos. en la ley 3. tit. 3. Part. 5. glos. y num. 6. y otros que cita.

5 Ley 1. tit. 76. lib. 11. Nov. Rec. y su nota. Bobad. *Polit* lib. 3. cap. 14. num. 62. Acev. en la ley 1 cit. num. 15. Hermos. en dicha ley 3. glos 2. num. 5 y 6.

6 Real cédula de 25 de setiembre de 1798.

7 De 10 de enero de 1801.

número, peso ó medida; pues si lo son, será preferido á los acreedores anteriores personales, mas no á los reales, ni al que hizo los gastos del entierro del depositario, ni al que le prestó dinero para reparar su casa ó nave que hipotecó á su responsabilidad, ni á la dote de su muger, ni tampoco al fisco ya sea acreedor suyo por contrato ó por delito (1).

11. Ninguno puede dar bienes en confianza, ni ponerlos en cabeza de tercero, ni este recibirlos en la suya, pena de cien mil maravedises para la Real Cámara, y al escribano que autoriza semejante contrato, de privacion de oficio: para cuya prueba bastan las privilegiadas que por derecho se admiten en los casos en que es dificil; y por testigos pueden ser admitidos los mismos entre quienes se hace la confianza (2): lo que tendrá presente el escribano para no incurrir en la pena (*).

12. Otro depósito suele hacerse con frecuencia, y es el de los cadáveres que, previa licencia del ordinario, se dejan por algun tiempo en el cementerio de alguna iglesia y convento con intencion de extraerlos despues y llevarlos à otro enterramiento, en cuyo caso debe obtenerse igual licencia (3). La práctica en estos casos es abrir la caja, á fin de que conozcan el cadaver los presentes, y en especial el prelado y religiosos, á quien despues se entrega, otorgando el documento que acredite el depósito la comunidad toda ó solo su prelado, y obligándose en él á restituirlo cuando se les pidiere, de cuyos actos da fe el escribano. Llegado el caso de la traslacion del cadaver, se entrega testimonio à la comunidad para su resguardo, y si se resiste á la entrega de aquel, se pone por diligencia, y de la contestacion se da tambien testimonio à los interesados para que usen de su derecho. (Véase la plantilla de esta escritura.)

DEPÓSITO EXTRAJUDICIAL.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella = Otorga que recibe en depósito de Pedro Rodriguez, que lo es de tal parte, tantos mil reales vellon en tales monedas; de cuya entrega y recibo doy fe por haber sido à mi presencia y de los testigos que

1 Ley 9. tit. 3. Part. 5.
2 Ley 2. tit. 9. lib. 10. Nov. Rec.
* Las causas de esta disposicion las indica la misma ley 2 en su principio, que dice así: »Porque hemos sido informados que muchas personas han ocultado y ocultan sus bienes y hacienda poniéndolos en poder y cabeza de terceros &c.»
3 Ley 11. tit. 13. Part. 1.

se nombrarán, y como entregado real y efectivamente de ellos, formaliza á su favor el mas eficaz resguardo que á su seguridad convenga; obligándose en consecuencia á volver y restituir al enunciado Pedro Rodriguez, ó à quien sea parte legítima en su nombre, los mencionados tantos mil reales en buena moneda de plata ú oro corriente siempre que se los pida, y no ha de entregarlos à persona alguna sin su especial orden por escrito, bajo de las penas impuestas por derecho à los que no dan cuenta de los depósitos de que se encargan; y en caso de contravencion quiere ser compelido por todo rigor, no solo á su solucion, sino à la de las costas y daños que en su exaccion y cobranza se le causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y le releva de otra prueba; y á todo obliga su persona y bienes muebles, raices &c. *La ley* 72. *tit.* 18. *Part.* 3. *trata de la ordenacion de esta escritura.*

Nota. Estas escrituras se hacen regularmente interviniendo fe de entrega, y con arreglo á la anterior pueden extenderse todas las que ocurran de depósitos de lo que se cuenta, mide ó pesa; pero no siendo de esto, ha de obligarse el depositario á restituir lo mismo que recibe y no otra cosa, aunque sea de la propia especie y bondad, porque en las que se suelen contar, medir y pesar, adquiere dominio, puede disponer de ellas á su arbitrio, y cumple con volver otras de igual especie, tan buena y cuantiosa, y en las demas no; y asi está obligado á entregar las que recibe. Si el depósito es de caballo, mula ú otro animal servible que hace gasto, respecto de que el depositario no tiene obligacion de mantenerlo, puede pactar con su dueño que le conceda facultad para servirse de él, *á arbitrio de buen varon* (que quiere decir de modo que por razon del trabajo á que lo destine, ni por su culpa ó negligencia no se deteriore), y que nada le pedirá por su alimento, y valdrá el pacto.

DEPÓSITO JUDICIAL.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, cumpliendo con lo mandado por el señor Don Fulano, corregidor de ella, en tantos de este mes, ante Fulano, escribano de su número= Otorga que recibe en depósito y fiel encomienda de Pedro Rodriguez, vecino de tal lugar, tantos reales de vellon en tales monedas, é igualmente tales alhajas de oro con tantos diamantes cada una (*Aqui se pondrán las demas señales que tengan.*)

que segun certificacion de Fulano, contraste de esta villa, dada en tantos de tal mes y año, valen tantos reales, de cuya entrega y recibo doy fe, por haberse hecho á mi presencia y de los testigos infrascritos, y como real y efectivamente entregado de todo, formaliza á favor del expresado Pedro Rodriguez el resguardo mas eficaz que á su seguridad conduzca; en su consecuencia se obliga á tener en su poder á ley de depósito los référidos tantos reales y alhajas, á orden y disposicion de dicho señor juez ú otro competente; á volver los tantos reales en buena moneda de plata ú oro corriente, y las mismas alhajas, y no otras por ellas, siempre que judicialmente se lo mande; y á no entregarlos á persona alguna sin su especial mandato, bajo de las penas establecidas contra los depositarios judiciales que no dan puntual cuenta de los depósitos que la justicia pone á su cuidado, y demas arbitrarias, en que desde ahora se da por incurso y condenado sin mas sentencia ni declaracion: é igualmente á satisfacer las costas y daños que por su trasgresion se originen á los interesados; á todo lo cual quiere y consiente ser apremiado por todo rigor legal, y á ello obliga su persona y bienes; lo recibe por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida; renuncia todas las leyes, fueros y privilegios de su favor, y asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos &c.

DEPÓSITO DE DIFUNTO.

Estando en la bóveda del convento de Santo Tomas, orden de predicadores, extramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Pedro Rodriguez, que lo fue de la propia villa, por el testamento que formalizó en tal dia, mes y año, ante Fulano, escribano Real, bajo de que falleció, le nombró por su testamentario con amplias facultades para cumplir su voluntad; y entre otras cosas mandó que su cadaver se depositase en la bóveda de este convento hasta que hubiese proporcion de trasladar sus huesos á la iglesia de tal parte, en donde tiene sepultura propia, en la cual, llegado el caso de la traslacion, quiso estuviesen perpetuamente con los de sus ascendientes. En ejecucion de su voluntad estuvo el otorgante con el R. P. Fr. Fulano, prior de este convento, y le pidió le admitiese en depósito el citado cadaver, quien condescendió con su pretension: y en su consecuencia, de orden del enunciado tes-

tamentario se condujo á él con mi asistencia en una caja ataud, hecha de tal madera, cubierta de tal tela, con medio herrage y cerradura; y para cerciorarse de lo que tenia dentro, mandó el referido P. Prior se abriese, y se halló en ella el cadaver del enunciado Pedro (á quien doy fe conocí vivo), amortajado con tal hábito, al cual vieron muerto naturalmente al parecer, el expresado Padre, otros de este convento, los testigos que se nombrarán, y varios circunstantes que concurrieron á este acto, y luego se cerró la caja con llave, y esta se entregó á Francisco Hernandez, heredero del expresado difunto, con arreglo á su disposicion; y para que esta tenga el debido cumplimiento, y conste en lo sucesivo, el citado P. Prior por sí, y en nombre de los prelados y religiosos actuales y sucesores de este convento, por quienes presta caucion de tener por bien hecho este pacto, estar á derecho, pagar juzgado y sentenciado, y de que pasarán por el contexto de esta escritura = Otorga que recibe en depósito el cadaver de dicho Pedro, y quiere y manda que subsista en esta bóveda todo el tiempo que prefinió en su testamento; y se obliga, como tambien á los que le sucedan en su empleo, y los bienes presentes y futuros de este convento, á no removerlo y à entregarlo y dejarlo llevar libremente cuando llegue el caso de su traslacion, sin oponerse á ello con pretexto alguno; mas si lo hicieren, les ha de poder compeler á su entrega cualquier señor juez, que de esta causa deba conocer conforme á derecho, á cuyo fuero y jurisdiccion se somete y los somete, para lo cual le confiere el poder que necesite, lo recibe por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, y renuncia todas las leyes, fueros y privilegios de su favor; y la mencionada caja quedó en el segundo nicho de mano derecha, entrando en dicha bóveda, de que pidieron testimonio el testamentario y heredero, y lo firman con el P. Prior, à quien doy fe nonozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

CAPITULO VIGESIMOSEGUNDO.

De las donaciones, y principalmente de la que se llama entre vivos.

§. 1. ¿Que es donacion, y de cuántas especies?

2. La donacion *entre vivos* es propia ó impropia.

3. La donacion propia es irrevocable despues de aceptada, y no puede gravarse de modo alguno.

4. ¿Quienes pueden hacer donaciones?

5. Ninguno puede hacerlas de todos sus bienes, sino en pocos casos.

6. La donacion que excede de quinientos maravedises de oro es nula, si de ella no se hace insinuacion.

7. La insinuacion se debe hacer ante el juez competente.

8. ¿En que términos deben computarse en el dia los quinientos maravedises de oro?

9. Donaciones que no han menester ser insinuadas aunque pasen de la expresada cantidad.

10. La donacion que hace el enfermo á su confesor, y la que se hace en fraude de los derechos Reales, son nulas.

11. ¿Quienes estan privados de hacer donaciones?

12. Sobre el mismo asunto.

13. El hijo sujeto á la patria potestad solo puede hacer donaciones en ciertos casos.

14. La donacion no aceptada tendrá total firmeza si en la escritura se inserta la cláusula de aceptacion hecha por el escribano, por ausencia del donatario.

15. ¿Que donaciones son válidas entre los esposos antes de casarse?

16. Las donaciones entre casados son nulas. Casos exceptuados de esta regla general.

17. Causas por que pueden revocarse las donaciones á pesar de su estabilidad.

18. Medio de asegurar la irrevocabilidad de las donaciones.

19. La accion á revocar las donaciones por causa de ingratitud es personal.

20. Donaciones propias que no pueden revocarse por causa de ingratitud.

21. Causas por qué deben revocarse algunas donaciones propias, ademas de la ingratitud.

22. Medio de impedir en lo posible la revocacion de la donacion por nacimiento posterior de algun hijo.

23. Cláusulas que debe contener la escritura de donacion propia.

24. De las donaciones impropias ó condicionales. Algunas de estas no se revocan aun cuando se falte á la condicion, sino lo expresa el

donante en la escritura.

25. Sobre el modo con que debe expresar el donante su voluntad si quiere asegurar la revocacion de las donaciones condicionales impuestas á iglesia ó monasterio.

26. Tambien asegurará la revocacion la cláusula que prefije el tiempo en que haya de concluirse la obra á que se destina el caudal donado.

27. La accion revocatoria por causa de ingratitud no tiene lugar, generalmente hablando, en las donaciones impropias, porque media causa onerosa.

28. Otras observaciones sobre varias donaciones impropias.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1. La donacion es un contrato que consiste en la *dádiva gratuita que un individuo hace de alguna cosa propia en favor de otro que la acepta.* Puede celebrarse de dos modos: el uno entregando en el acto la cosa donada, y esta se llama donacion perfecta (1), y pertenece á los contratos reales; el otro obligándose de palabra ó por escrito á entregarlo, circunstancia que la constituye contrato verbal (*). La donacion es ó *entre vivos* ó *por causa de su muerte.* Hablaremos de la primera.

2. La donacion entre vivos se divide en *propia é impropia*: la propia, que tambien se llama *pura, graciosa y simple*, es *la que se hace por mera beneficencia y liberalidad, sin que se imponga limitacion alguna al donatario.* La impropia es *la que se hace por algun motivo particular, ó bajo determinado modo ó condicion.*

3. La donacion propia una vez hecha y aceptada, bien sea que la cosa se haya entregado al donatario, ó bien subsista todavía en poder del donante, es irrevocable, aun cuando el último mude de parecer, á menos que intervenga alguna de las causas legales, de que se hablará mas adelante. Por lo mismo no tiene arbitrio para sujetarla á ningun gravamen ni condicion, pues ya trasfirió su dominio en el donatario, y de cosa agena nadie puede disponer en manera alguna sin anuencia de su dueño (2). Lo único que podrá hacer el donante es aclarar su voluntad, cuando los términos en que hizo la donacion ofrezcan alguna ambigüedad que necesite explicarse despues (3). Asi el

1 Proem. y ley 1. tit. 4. Part 5.

* Por derecho antiguo la donacion era siempre un contrato real, porque no se consideraba perfecto sino con la tradicion, siendo insuficiente el consentimiento del donante. Entre nosotros no sucede asi en virtud de la célebre ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

2 Salg. *Labyr.* part. 2. cap. 9. num. 73.

3 Rojas de Almans. *de incompat.* disp. 1. quæst. 10. num. 21.

donatario tiene accion á reclamar la alhaja ó finca donada; pero no los frutos que hubiere producido en el tiempo que tardó en venir á su poder. Si el donante se obliga á la eviccion y saneamiento de la cosa, quedará ligado; mas de no hacerlo asi, nada podrá repetir contra él el donatario, si perece la alhaja antes de entrar en su poder, á menos que intervenga dolo de parte del primero.

4. El que tiene potestad de tratar y contratar, puede hacer la donacion con entrega de la cosa donada, ó sin tradicion, ó para tiempo determinado, estando presentes ó ausentes donante ó donatario, y la cosa que se dona (1); y puramente, ó calificando la donacion con pactos que la restrinjan ó amplien, é imponiendo, al tiempo de hacerla, al donatario y á la cosa donada los gravámenes y honestas condiciones que licitamente pueda cumplir (2).

5. Esta regla general tiene varias y notables excepciones. En primer lugar, *ninguno puede hacer donacion de todos sus bienes, aunque la haga solo de los presentes* (3). La razon es porque ademas de quedarse el donante sin lo necesario para su manutencion, se priva del derecho de testar, y se puede dar ocasion al donatario para que maquine la muerte del donante con el fin de apoderarse prontamente de sus bienes. Fuera de esto, y ademas del perjuicio que se causa á las costumbres, no conviene en el orden público que los hombres sean pródigos. Pero si el donante se reserva para sí por toda su vida el usufructo de sus bienes, y los suficientes de que poder testar libremente, y el usufructo es competente para su manutencion, será válida (4), como tambien si el donatario se obliga á mantener al donante mientras viva, enterrarlo segun su calidad, y cumplir lo que disponga en su testamento.

6. Cuando la donacion excede de quinientos maravedís de oro es nula, si de ella no se hace *insinuacion*: esto es, si no se manifiesta al juez mayor del lugar en que se hace, que por tal es conocido hoy el corregidor ó alcalde mayor del pueblo, por no haber en los lugares otros mayores que estos, y si es aldea, debe manifestarse al de la cabeza de ella, que es donde reside regularmente el corregidor, á fin de que la apruebe, y

1 Leyes 1., 4 y 11. tit. 4. Part 5. 10. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real: y 1. tit. 7. lib. 10. Nov. Rec.
2 Leyes 4 y 6 tit. 4. Part 5.
3 Ley 2 tit. 7. lib 10. Nov. Rec
4 Gom. en la ley 69 de Toro, num. 3. Gutierr. *de jurám confirm.* part. 1. cap. 11. y 57. num. 18. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 12. et in *Rubric testam* part. 2. num. sig. Matienz. en la ley 8. tit. 10. lib. 5. Rec. glos. unic. Larrea decis. 66. num. 36.

á ella interponga su judicial autoridad, como se prueba de la ley 9. tit. 4. Part. 5. que dice: *Pero si quisiere dar á otro home ó á otro lugar, puédelo facer sin carta fasta quinientos maravedis de oro: mas si quisiere facer donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuere dado de mas, no valdria, fueras ende si lo ficiese con carta, é con sabiduria del mayor juzgador de aquel lugar do ficiese la donacion.* La razon de esto es porque conviene al estado que sus individuos no usen pródigamente de su hacienda, ni se empobrezcan; y para que las donaciones tan excesivas se hagan con mayor deliberacion y conocimiento, evitándose fraudes. Lo cual procede tambien en la liberacion y remision del débito por via de donacion, en el caso que exceda de dicha suma, aunque provenga de diversas causas, y se haga á muchos deudores; pero si la donacion es jurada, vale sin insinuacion (1); y para esta pueden acudir donante y donatario, aunque sean eclesiásticos, al juez Real, porque como es acto que no requiere formal conocimiento de causa, tiene jurisdiccion para ello, bien que el donante es el que debe pedirla, y no otro (2); y asi puede en ellas dar poder al donatario para que la insinúe en su nombre, sino quiere practicarlo por sí mismo. Si el escribano fuere luego juez, puede ser insinuada ante él la donacion que autorizó como escribano, porque en él pueden concurrir las dos personalidades, y usar de ambas; pero no si el juez es el donante ó donatario (3).

7. Y aunque algunos afirman que no es necesaria la aprobacion judicial, bastando la insinuacion hecha en la misma escritura ante escribano como persona pública, con tal que se ponga en ella esta cláusula: *Y consiente el otorgante que esta donacion se insinúe para su mayor estabilidad ante juez competente con arreglo á la ley: y para que no sea necesaria dicha solemnidad que renuncia, la insinúa y há por legítimamente insinuada ante mí como persona pública, y quiere que tenga la misma fuerza que si se insinuara en forma legal etc.* no me conformo con su dictamen: 1.° porque la ley concede únicamente esta facultad al juez mayor, y no á otro inferior, ni al escribano como tal, segun se evidencia de su contexto; 2.° porque las leyes que prescriben por for-

1 Gutierr. *de juram confirm.* part. 1. cap. 7. num. 2. Gom lib. 2. *Var* cap. 4. num. 6 al 9. Matienz. en la ley 7. tit. 10. lib 5. Rec. glos. 6 Hermos. en la 9 tit. 4. Part 5. glos. 15 num. 5 al 8.

2 Bald. in leg *In hac* Cod. *de donat.* Matienz. en la 7. tit 6. lib. 5. Rec. glos. fin num. ult.

3 Bald. in leg. *Jubemus*, §. *Sane, si hæc*, Cod *de sacrosanct. Eccles.* Matienz. en la ley 7. tit. 10 lib. 5. Rec. glos. 6. num. 3. Hermos. en la ley 9. tit. 4. Part. 5. glos. 16. num. 5 y 6.

ma alguna solemnidad para la validacion de los actos humanos, no pueden ser renunciadas; 3.° porque à todos está prohibido alterar lo dispuesto por derecho; y 4.° porque de esta renuncia-cion se presume fraude y colusion, pues con la facilidad que cualquiera poco cauto puede ser dolosamente inducido para donar, lo puede ser para renunciar la insinuacion, y asi aunque el donante mande que la cláusula se ordene en estos términos: *Y si esta donacion excediere de los quinientos maravedís de oro que la ley permite donar sin insinuacion, quiero y mando que cuantas veces exceda, tantas se tenga el exceso por nueva donacion, pues para su mayor estabilidad renuncio la ley* 9. *tit.* 4. *Part.* 5. *á fin de que jamas sea necesaria la insinuacion que previene*, no valdrá la donacion en el exceso, si no se insinúa, y antes bien se limitará á los quinientos maravedis, en los cuales será estable y válida (1), porque en las cosas divisibles, no se vicia lo util por lo inutil (2); pero si fuere jurada la renunciacion y donacion, quedará firme (3); y el que reclame la donacion debe justificar el defecto de la insinuacion (4).

8. Sobre el valor de los quinientos maravedís de oro hay diversas opiniones, porque cada uno ha hecho la cuenta segun el que tenia en su tiempo la moneda corriente, y todos dijeron bien, y una misma cosa en la sustancia; en cuya inteligencia la cuenta que me parece debe ajustarse hoy es la siguiente. Cada maravedí de oro de aquellos valia lo que un castellano (5), que fue moneda de oro de estos reinos, y entraban cincuenta en un marco de ocho onzas (6); y si actualmente los hubiera, valdria cada uno mil setecientos cuarenta maravedís de vellon, y cuatro quintos de otro, porque en el siglo XV. valia un escudo sencillo cuatrocientos maravedís, y el castellano quinientos cuarenta y cuatro; con que valiendo hoy el mismo escudo mil doscientos ochenta maravedís que son treinta y siete reales y veintidos maravedis, corresponden al castellano los mil setecientos cuarenta y cuatro quintos; y los quinientos maravedís de oro compondrán veinticinco mil seiscientos reales de vellon. Si se consideran sueldos de oro, y cada sueldo de cuatrocientos ochenta y cinco, ó quinientos maravedís de vellon del valor actual, as-

1 Ley 9. tit. 4. Part. 5. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 4. num. 7 y 8, et ibi Ayllon, num. 8. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 7.

2 Regla 37. *jur.* in 6.

3 Cap. *Cum. contingat*, 28. *de jurejurand.*

4 Luca *de donation.* disc. 2. ex num. 14.

5 Greg. Lop en la ley 9. tit. 4. Part. 5. num. 14 Covarr. *de vet. numm.* cap. 6. num. 4. Escob. comput. 1. num. 16 y sig. y comput. 25.

6 Ley 2. tit. 10. lib. 9. Nov. Rec. y nota 2. de la ley 14. dicho tit.

cenderán á docientos cincuenta mil maravedís, que hacen siete mil trecientos cincuenta y dos reales, y treinta y dos maravedis de la propia especie: y porque todo es opinable, convendria que el Príncipe lo declarase para evitar dudas por la alteracion que ha habido en la moneda despues de la formacion de las leyes de Partida.

9. Las donaciones que hace ó acepta el Rey no necesitan de insinuacion, sea la que quiera la cantidad à que asciendan. Tampoco es necesaria en la donacion hecha en favor de alguno con el fin de reparar su casa arruinada por incendio ú otro acaecimiento de esta especie; ni la que se otorga para redimir cautivos, ó para casar alguna doncella menor de edad, si está destituida del auxilio paterno (1).

10. Es nula la donacion que se hace en fraude de no pechar, aunque no llegue á los quinientos maravedís de oro, v. gr. à hijo de clérigo, teniendo otros legos (2); y asi en la que se haga á clérigo, iglesia, convento, memoria pia, capellanía, ó á alguno para ordenarse, convendrá añadir y poner esta cláusula: *Cuya donacion le hace sin que por ella sea visto perjudicar ni defraudar los derechos reales y demas cargas que pagarian los bienes en ella contenidos si los poseyera un lego; pues quedan ligados y sujetos á todo en iguales términos indistinta y absolutamente, para lo que ha de entenderse y estimarse existir en poder de persona no exenta ni privilegiada.* Igualmente es nula la que el ascendiente hace á hija ó nietas suyas por razon de dote ó casamiento en contrato entre vivos con título de mejora, porque no pueden ser mejoradas por esta causa, como dejo expresado: y la de villas, castillos, lugares, tierras, heredamientos é islas de estos reinos que se hace á Rey, señor ú otro extrangero (3).

11. No pueden hacer donacion entre vivos el menor de veinticinco años, ni el loco, fatuo, desmemoriado ni pródigo declarado, ni vale la que estos hagan, aunque sí la que otro les hace. Tampoco es válida la que hace el que cometió crimen de lesa Magestad, ó para ello dió consejo, ó maquinó la muerte, mutilacion de miembro, ó lesion contra algun consejero del Rey, ó intentó alborotos en su reino: ni el declarado en juicio por herege; pero si es acusado de otro delito, aunque por él deba morir ó ser deportado, puede hacer donacion hasta el dia que

1 Leyes 9. tit. 4. Part. 5. 18. de Toro, y 6. tit. 5. lib. 3. Fuero Real.

2 Ley 3. tit. 7. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 7. tit. 5. lib. 3. Nov. Rec.

contra él se dé la sentencia, y no despues; y si la hace antes de cometerlo, valdrá, sin embargo de que luego le condenen (1).

12. Tampoco pueden hacerla el arzobispo y el obispo de los bienes de la iglesia, ni su administrador, sino en los casos y con los requisitos que se expresan en las doce leyes del tit. 14. Part. 1.

13. El hijo que está bajo de la patria potestad, no puede hacer donacion sin licencia de su padre, á menos que tenga peculio, ó bienes castrenses ó casicastrenses, que entonces no la necesita; pero teniendo bienes profecticios, puede dar de ellos alguna cosa á su madre, hermana, sobrina ú otro pariente con justa causa, ó el salario correspondiente al maestro que le enseña alguna ciencia (2).

14. Con motivo de mandar una ley del Fuero Real que si alguno hiciere escritura de donacion á otro, y la retuviere en su poder sin entregársela, puede revocar la donacion hecha, dudan los autores si es irrevocable la que no ha sido aceptada por el donatario. La ley 1.ª tantas veces citada parece no dejar duda de que dicha donacion es obligatoria; pero á pesar de eso convendrá insertar despues de las cláusulas de estilo y antes de la guarentigia la siguiente: *Y mediante hallarse ausente el donatario, y no poder por esta razon aceptar la donacion que le hago, para que no pueda invalidarse, ni yo revocarla á pretexto de no haberla aceptado, pido al presente escribano que, como persona constituida con autoridad pública y real, usando de la facultad que el derecho le franquea, la acepte en su nombre, pues desde ahora la doy por aceptada en solemne forma legal, á fin de que sea irrevocable en el todo, como si el mismo donatario la aceptara expresamente, y se le entregará el título de ella; quiero que nada de esto, ni otro acto ni requisito sea necesario para su perpetua estabilidad, y renuncio la ley 10. tit. 12. lib. 3 del Fuero Real, que por la no entrega de la escritura de donacion me permite su revocacion, y demas que en el asunto versan, para no aprovecharme de su auxilio en manera alguna. Y yo el infrascrito escribano la acepto en forma legal por dicho donatario al efecto enunciado. Y á haberla por firme obligo yo el otorgante mis bienes, raices etc.* Con esta cláusula queda tan estable como si el donatario la aceptara por sí, porque los jueces y es-

1 Leyes 1 y 2. tit. 4. Part. 5. y 5. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 4. num. 23.

2 Ley 3. tit. 4. Part. 5. Ferrar. *Biblioth.* verb. *Donatio*, art. 1. num. 34 al 42. Matienz. en la ley 3. tit. 8. lib. 5. Recopilac. 1 y 2.

cribanos puedan aceptar y recibir promesas en nombre de otros, y los promitentes estan obligados á cumplirlas, segun lo dispone la ley 7. tit. 11. Part. 5. allí: *E aun decimos que los juzgadores é los escribanos de concejo pueden resceb'r promision en nome de otro:::* y mas abajo dice: *Cá maguer ninguno de estos sobredichos en cuyo nome fuese rescibida la promision, non estuviese delante cuando la rescebió, vale la promision é puedela demandar aquel en cuyo nome fuere fecha, tambien como si el mismo la obiese rescebido.* Y aunque la ley inserta habla de los escribanos de consejo ó ayuntamiento, que son los que este ó el dueño jurisdiccional nombra, y eran los que habia cuando se estableció aquella, deberá limitar con superior razon lo propio con los demas públicos y Reales, porque tienen título Real, y pueden actuar en lo judicial, y en contratos ó testamentos, lo que no pueden hacer hoy como tales los de mere ayuntamiento, asi por carecer de autoridad y facultades para ello, como porque no tienen título ni aprobacion Real, y son nada mas que unos fieles de fechos, diputados únicamente para escribir y autorizar los acuerdos y demas cosas tocantes al concejo (1).

15. Entre los esposos suelen mediar donaciones antes y despues de casarse. Las que se hicieren antes, son válidas, aunque despues no se efectúe el matrimonio, á menos que se estipule lo contrario. Pero son nulas cuando se expresa que no ha de tener efecto la donacion hasta despues de consumado, si no fuere de aquellas que se permiten entre marido y muger, que son las que se indican en el párrafo siguiente. Tampoco es válida la donacion que hace un novio à su novia, si esta se halla en casa de aquel, y fuere hecha en el mismo dia de la boda.

16. Las donaciones hechas entre esposos despues de casados son nulas por lo general (2), y solo son válidas en los casos siguientes: 1.° si el donante no la revocase en su vida, pues si la revoca expresamente, ó si enagena la cosa donada, será ineficaz, y lo mismo sucederá si el donatario muere antes que el donante (3); 2.° es tambien válida la donacion entre marido y muger cuando por ella ninguno de los dos se hace mas pobre, como si uno diese á otro alhaja que un tercero le haya legado (4); 3.° si el empleo de la cosa donada redunda en servicio de Dios ó de la iglesia, como sucederia si el marido diese á su muger

1 Leyes del tit. 25 lib. 4. Rec.
2 Ley 4. tit. 11. Part. 4.
3 La misma ley 4.
4 Ley 5. tit. 11. Part. 4.

una heredad para mantener una lámpara, ò reparar alguna capilla ó monasterio (1).

17. La donacion pura entre vivos, que por su naturaleza es irrevocable, puede revocarse por las siguientes causas: la primera, por haber deshonrado de palabra el donatario al donante; la segunda, por haberle acusado de delito por qué merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimiento de todos, ò la mayor parte de sus bienes, ó ser desterrado; la tercera, por haber puesto en él sus manos airadas para herirlo ò maltratarlo; y la cuarta, por haberle hecho grave daño en sus bienes, ó maquinado su lesion ò muerte. Por estas causas, como efectos de la ingratitud, puede el donante revocar la donacion perfecta; pero para que valga la revocacion, es preciso que las declare y pruebe en juicio; y no haciéndolo, no se revocará, ni sus herederos podrán querellarse del donatario por esta razon. Por las mismas puede el padre revocar la que haga à su hijo; pero si su madre se la hace, y muerto su padre vuelve à casarse, solo podrá revocarla por tres causas, que son: haber puesto en ella las manos airadas; intentado su muerte; ó malbaratado todos ó la mayor parte de sus bienes (2). Pero el ingrato hace suyos los frutos percibidos antes de la revocacion por su buena fe, y por haber sido válida en su principio la donacion, y solo deberá restituir los que despues de la contestacion se devenguen (3).

18. Si el donante se obliga con juramento á no revocar la donacion por dichas causas, será firme é irrevocable, porque puede renunciar todo lo que está establecido en su beneficio; y la cláusula se ordena en estos términos: *Y bajo de juramento que hago por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, tal como esta* ✠, *me obligo á no revocar esta donacion por causa alguna de las que prefinen la ley* 10. *tit.* 4. *Part.* 5. *y otras del mismo título; ni reclamarla total ni parcialmente, ni alegar excepcion que me sea propicia, ni tampoco pedir relajacion de este juramento á quien pueda concedérmela; y si lo intentare, no solo quiero no ser oido judicial ni extrajudicialmente, sino tambien condenado en costas, habido por perjuro, como tal castigado, y que con todo eso se lleve á debido efecto esta donacion en todas sus partes; á cuyo fin la formalizo con nuevos juramentos, vin.*

1 Ley 6 tit. 11. Part. 4.

2 Leyes 10 tit. 4. Part. 5. 1. tit. 7. lib. 10. Nov. Rec. Gom lib. 2. *Var.* cap. 4. num 11. Gutierr. *de juram confirm* part. 1. cap. 10. Ferrar. *Biblioth* verb. *Donat.* art. 3

3 Hermos. en la ley 10. tit. 4. Part. 4. glos. 8.

culos y firmezas, y renuncio las citadas leyes, para no aprovecharme de ellas en manera alguna. De este modo será estable la donacion. Pero nunca extenderá el escribano dicha cláusula sin anuencia del otorgante, despues de haberle enterado bien de los efectos que produce, como muchas veces dejo encargado á su imparcialidad, siendo por otra parte la ingratitud vicio tan grave que no merece se busquen arbitrios con que fomentarla.

19. La accion de revocar las donaciones por causa de ingratitud es personal del donante contra el donatario, y asi caduca por la muerte de los dos. Solo hay cuatro cosas en que compete á los herederos del ofendido: el primero, cuando el donante se quejó de la ingratitud, ó se preparó para la revocacion, ó viniendo á mover el pleito para que se declarase esta, se murió; bien que la queja debe ser judicial, pues no basta la verbal; el segundo, cuando por el pacto puesto en la donacion, ó por otro motivo se revocaria esta por derecho; el tercero, cuando el donante ignoró la injuria, ó aun cuando la supo, no tuvo tiempo competente para revocar la donacion, ó usar de su derecho; y el cuarto, en la donacion revocable, pues al instante que el donatario fue ingrato, quedó revocada por el mismo hecho (1).

20. No pueden revocarse ni invalidarse las donaciones propias que se hacen à la iglesia, monasterio, congregacion, memoria ó á otro lugar ó cosa pia, porque se contemplan hechas á Dios, que no es ni puede ser ingrato, aunque su prelado, cabildo y monasterio ó su administracion lo sean (2). Mas en orden á las impropias ó condiciones hay casos en que se revocarán, como se verá tratando de las de esta clase.

21. Ademas de la ingratitud hay otras tres causas por las cuales se revocan las donaciones puras. Estas son: 1.ª cuando el que tiene descendientes legítimos hace á un extraño donacion inmensa que toque à la legítima de estos, pues se revocará en todo, menos en el remanente del quinto; 2.ª si tiene un hijo solo, y le hace donacion inoficiosa (que es la que excede al tercio, quinto y legítima), y despues le nacen otros, pues se revocará en el exceso, aunque el donante renuncie las leyes que prohiben gravar en mas à los legítimos descendientes; y 3.ª cuando el que no tiene hijos dona á un extraño todos ó la mayor parte

1 Hermos. en la ley 10. tit. 4. Part. 5. glos. 8. num. 2 al 2, y otros que cita Ferrar. *Biblioth.* verb. *Donatio*, art. 3. num. 14. y 15.

2 Arg regul. 16. jur. in 6. Jul. Clar. §. *Donat.* quæst 21. num. 5. Barb in cap. *Propter, de donation.* art. 3. num. 17.

de sus bienes, y despues le nacen (1), pues no es creible ni justo que quiera preferir los extraños á su legítima posteridad, y así no debe valer en cosa alguna; pero si la cosa donada no es propiedad sino fruto de alhaja, raiz ó renta ánua, se duda si será ó no válida (2); bien que si despues de nacidos no la reclama en algun tiempo, y el donatario le pide la renta vencida hasta el dia en que la demanda, deberá pagársela, porque es visto haber querido donársela despues que nacieron, y privarse de su goce, pues no le está prohibido hacer una donacion moderada á quien quiera, y si pretende luego su revocacion, empezará á ser ineficaz desde entonces. Si no excede del quinto, no se revocará, ni tampoco si es donacion remuneratoria, aunque exceda en algo.

22. Sin embargo cuando el donante quiera que no se revoque de todo punto su donacion por el nacimiento posterior de los hijos, y valga en aquello de que el ascendiente puede testar en perjuicio de estos, se ordenará la cláusula de irrevocacion en esta forma: *Y me obligo á no revocar total ni parcialmente esta donacion, y si lo hiciere no valga, sin embargo de que alegue que cuando la formalice, tuve esperanza de tener hijos, ó exponga otra excepcion legítima, pues por el mismo caso quiero y consiento no ser oido ni admitido judicial ni extrajudicialmente: y que sea visto aprobarla y ratificarla con todos los requisitos que conduzcan á su mayor estabilidad, para que sea válida, perfecta é irrevocable en todo lo que por derecho haya lugar, á cuyo fin renuncio la ley* 8. *tit.* 4. *Part.* 5., *y pido á cualquier señor juez ante quien se presente, supla, como doy por suplido, todo lo que le falta, é interponga á ella su autoridad en legal forma.*

23. La escritura de donacion entre vivos graciosa y perfecta, requiere las siguientes cláusulas. La primera, que se exprese quién dona, á quién y la cosa donada con todas sus señales, de modo que no se dude de ella, y si tiene cargas, se especificarán. La segunda, que el donante se desista, y á sus herederos y sucesores, del dominio, propiedad, posesion y otro cualquier derecho que á ella tenga, cediéndolo enteramente en el donatario y en los suyos. La tercera, que les confiera poder irrevocable con libre, franca y general administracion para posesionarse de la cosa donada sin su intervencion, usar y disponer de ella á

1 Ley 8. tit. 4 Part 5. 4 al fin. Gutierr *de juram. confirm.* part. 1. cap. 9. Gom. lib. 2. *Var.* cap 4. num. 11, 12 y 13. Covarr. *de matrim.* part. 2. cap. 8. §. 4.

2 Greg. Lop. en la ley 8. tit. 4. Part. 5. glos. 12.

su arbitrio como de cosa suya adquirida con legítimo título, y en el ínterin se constituya por su inquilino y precario poseedor, y asimismo para insinuarla ante juez competente en caso que exceda de los quinientos maravedís de oro, entregándole los títulos de pertenencia, y la escritura de donacion. Pero es de notar que por estas cláusulas no es visto vincular el donante la cosa donada, ni prohibir al donatario el libre uso de ella; sino solamente transferirle, y à sus herederos y sucesores, su pleno dominio en concepto de libre: para la vinculacion son necesarias cláusulas claras y expresas con la prohibicion de enagenacion, y con imposicion de gravamen y llamamiento de los sucesores. La cuarta, que declare quedarle bienes suficientes para su decente manutencion, y que por lo mismo no necesita de la cosa donada. La quinta, que se obligue à no revocar la donacion con ningun motivo ni pretexto, y si quisiere, constituirá esta obligacion con juramento para su mayor estabilidad; pero no pondrá en ella el escribano la obligacion à la eviccion de la cosa donada, ya sea pia ó profana la donacion, excepto que el donante se lo mande expresamente, porque este no está obligado à ella, ni debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni serle nociva su liberalidad (1). La sexta, que el donatario si está presente acepte la donacion, para que el donante no pueda retractarse, y se obligue á cumplir las cargas y condiciones justas que este le imponga, y las que tenga la cosa donada, y sino está presente, que pida el donante al escribano la acepte por él, y este lo haga en los términos expuestos en el párrafo 14, con lo que queda firme. Y la séptima es la guarentigia con la sumision á las justicias, y renunciacion de leyes como otro cualquier instrumento.

24. Habiendo hablado de las donaciones propias ó puras, y causas por qué pueden revocarse, resta decir algo sobre las impropias y condicionales, pues aunque la regla general y casi invariable es el quedar revocadas desde el momento que deja de cumplirse la condicion, modo ú objeto que para su estabilidad dispuso el donante, hay casos y circunstancias en que no se observa rigurosamente. Asi las que se hacen en favor de la iglesia, hospital ú otra obra piadosa no quedarán revocadas por falta del cumplimiento de la carga ó condicion con que se otorgaron, á menos que expresamente lo haya dispuesto el donante; porque no pudiendo faltar al convenio el verdadero donatario, que es el instituto piadoso, sino sus directores ó administradores, no

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 35. et ibi Ayllon. num. 36.

es justo que pague aquel la culpa ó descuido de estos. Por tanto tendrá accion el donante, ó los que le representen, á reclamar el cumplimiento de la carga ó condicion, mas no á la revocacion del contrato.

25. Aun en el caso de que el donante haya insertado alguna cláusula resolutiva para que obre su efecto de revocar la donacion si no se cumplen las condiciones con que la otorga, es preciso atender à los términos en que esté concebida. Supongamos que la donacion se hace á un convento construido ó por construir, y que la cláusula dice asi: *faltando los religiosos de él, han de volver los bienes al donante, ò á la persona que señala.* En este caso si la falta de los religiosos, ú otra condicion puesta en la donacion, proviene de hecho voluntario y culpable de ellos mismos, se resuelve y anula esta, porque falta la voluntad del donante, y este defecto no puede suplirse con el pretexto de que interviene el favor de la causa pia, porque ni la iglesia ni otro algono deben tener lo ageno contra la voluntad de su dueño. Pero si dimana de precepto del Soberano, que por justas causas útiles al estado suprime un convento, iglesia ó congregacion, como sucedió con los jesuitas y con otras órdenes monásticas y confraternidades que nos recuerdan las historias, no se resolverá la donacion, à menos que contenga este pacto especifico y expreso: y la cláusula se ordenará de esta suerte: *Y en el caso de que los religiosos falten de dicho convento, ya sea por voluntad suya ó por la de sus superiores, ó porque el Papa, el Príncipe ó el ordinario diocesano, ú otro en su nombre lo supriman por necesidad ò por utilidad del estado, ò por mera voluntad, aunque ellos no den mas motivo para la supresion, extincion, ocupacion ò confiscacion de sus bienes, ó por otra causa (sea lo que fuere indistintamente): mando que los bienes donados vuelvan integros y sin gravamen, con todo lo aumentado y mejorado en ellos á mi, y despues de mis dias á mi casa y mayorazgo (ò á quien señale) con el que se incorporen, como desde ahora los doy por unidos é incorporados en él con sus mejoras y aumentos; pues prohibo absolutamente que los puedan vender, gravar, enagenar ni trocar por otros con ningun pretexto sin excepcion, que se les dé otro destino y aplicacion, y que recaigan en la corona, iglesia ò en otro convento, comunidad, parte ó persona con titulo de agregacion, reunion ni otro. Quiero que esta donacion se entienda hecha por via de limosna limitada y temporal, y haber cesado y espirado ocho dias antes de la falta ó supresion de los religiosos,*

como puramente interina y voluntaria, á cuyo efecto la revoco y anulo desde ahora para entonces, y reservo en mí el pleno dominio de los bienes en ella contenidos, para que jamas sea estimado el convento por dueño propietario, sino por mero usufructuario y precario poseedor de ellos, que por tal le constituyo, y ha de ser tenido. Prohibo igualmente toda dispensacion y conmutacion, interpretacion, declaracion y tergiversacion de esta mi expresa y deliberada voluntad, á fin de que se observe literal y especificamente en todas sus partes y el uso de la dispensacion, aunque se obtenga, pues á saber que se habia de interpretar, dispensar y declarar, ó que habian de faltar los religiosos, ó suceder la supresion ó extincion de su convento y la ocupacion de sus bienes por cualquier acaso, ni aun por via de limosna les haria esta donacion. Y mando asimismo que de esta escritura se saque una copia, la cual se una á la de fundacion del mayorazgo, y que ademas se ponga en esta nota de ella, para que si se pierde, se pueda sacar otra, y llegado el caso reivindicar dichos bienes. Con este pacto resolutivo harán reversion al donante los bienes donados, ó pasarán à quien disponga, y no recaerán en la Corona ni en el Principe, ni se podrá usar ni disponer lícitamente de ellos; pues el dominio y posesion se pueden trasferir con condicion, como dice el derecho, y el donante imponer al donatario en la donacion y en la cosa legada los pactos posibles y honestos que quiera. Lo propio militará cuando el donante prefine el parage ó sitio en que se ha de construir el convento, si la escritura se ordenare con el pacto resolutivo siguiente: *Cuya cantidad dono ó lego para que con ella se construya precisamente en tal parage ó sitio el citado convento, y mando que si se edificare en otro, ó si el Príncipe, el pueblo, cabildo ó alguna otra persona particular diere á los religiosos casa en que vivan y la aceptaren, ó aunque se edifique en el citado sitio, si el convento ó la religion se extinguiere ó suprimiere despues en cualquier tiempo con motivo ó sin él, sea nula, y se estime no hecha esta donacion, y que sin el menor decremento ni desfalco ni necesidad de requerimiento ni otra diligencia judicial ni extrajudicial vuelvan la cantidad ó bienes donados á mí, ó pasen á mis herederos* (ò á quien disponga), *á cuyo fin me reservo su dominio y propiedad para mí y para los que llamo á su goce. Prohibo absolutamente que se empleen en otro destino, aunque sea mas pio y util, y toda dispensacion y conmutacion hecha llanamente ò por via de declaracion é in-*

terpretacion ò en otra forma, y el uso de ella, sin embargo de que sea concedida de motu propio y plenitud de potestad, ò en otros términos, y se inserte en ella esta cláusula, y que los religiosos, ú otro se puedan quedar con el todo ò parte de dichos bienes, no obstante que pretexten que no tienen culpa, ò que se ven obligados del superior á admitir la casa, ó á mudar el sitio del convento por mas saludable, ò por su inmediacion al pueblo para mayor comodidad y mas pronta administracion del pasto espiritual; ó que el dueño del terreno no se lo quiera vender; ó que esta prohibicion es impuesta por via de modo y causa impulsiva y no final, ni como condicion coactiva; ó que el que les dió la casa se la pueda quitar; ò que necesitan lo donado, para con su importe ensanchar, alargar, mejorar ò reparar la casa; ó que la donacion es hecha á Dios, que no es ni puede ser ingrato; ó aleguen otras causas y razones poderosas y ciertas, ó usen de los efugios sofisticos y maliciosos que suele sugerir la refinada é insaciable codicia para interpretar y tergiversar mi voluntad, eludir esta prohibicion y utilizarse total ò parcialmente de los bienes donados; pues por ningun motivo ni excepcion han de poder retenerlos, venderlos, trocarlos ni enagenarlos, antes sí ser reputados como meros usufructuarios temporales, precarios poseedores, que por tales los constituyo, y compelidos á devolverlos incontinenti, y emplearse indispensablemente en los fines relacionados; y si se resistieren á su devolucion y entrega, han de ser condenados no solo á su restitucion sino á la de sus frutos é intereses desde el dia en que se verifique la aceptacion de la casa ó convento, ó mutacion del sitio, extincion y supresion de la religion ò convento sin desfalco, y asimismo en las costas, daños y perjuicios que se irroguen á la parte á quien los dejo aplicados, como temerarios litigantes que quieren retener lo ageno contra la voluntad de su dueño, y lucrarse en detrimento de tercero, en vez de restituirselo sin dar lugar á ser interpelados judicial ni extrajudicialmente, pues á ocurrirme este futuro evento, ó saber que no habian de cumplir en forma especifica mi voluntad, de ningun modo les haria esta donacion. Sobre lo que encargo seria y estrechamente la conciencia, y hago responsables en ambos fueros á los señores jueces ante quienes en virtud de esta cláusula se intente la reivindicacion de los bienes donados, para que declaren con arreglo á lo literal y expreso de ella, y ejecuten inviolablemente su contenido sin la mas leve alteracion.

26. Lo mismo sucederá cuando se hace donacion de alguna renta para construir iglesia ó convento hasta que se concluya, si prefine el término en que se ha de concluir, y prohibe toda prorogacion y ampliacion, ya esté ó no concluida dentro de él, mandando que al instante que espire cese la renta, con otros pactos resolutivos expresos, porque versa la razon expuesta. Si la donacion contiene condicion suspensiva, que tiene su tendencia al futuro cumplimiento de la causa final, v. gr. cuando se hace á una religion para construir un monasterio en el que habiten los religiosos en lo sucesivo; sin embargo de parecer que no verificándose por culpa de los religiosos el cumplimiento de la causa por qué se hace, que es su habitacion, se debe revocar la donacion, porque falta en el todo la voluntad de donar, sin la cual no puede adquirir ni retener los bienes el monasterio (1); no se revocará ni resolverá, porque se presume puesto el cumplimiento por via de modo ó causa impulsiva mas que final. Pero si el donante añade el pacto y condicion siguiente: *Cuya donacion hago con la expresa calidad y condicion de que si no lo habitaren los religiosos, ya sea por su culpa ò por la de su prelado mediato ò inmediato, ò por incendiarse ò arruinarse y no reedificarlo por falta de caudal, ò por otra causa, dentro del preciso y perentorio término de tantos años siguientes á la ruina ò incendio, que les prefino, ò por suprimirlo ò por agregar el Príncipe ú otra persona sus rentas á otro monasterio, aun cuando no den el mas leve motivo á la supresion, agregacion, ruina ni incendio, ò por otra causa sea la que fuere, sin excepcion ni limitacion, han de volver íntegros é ilesos, sin el menor decremento ni gravamen los bienes en ella comprendidos á mi casa ò mayorazgo (ò á quien diga), en el que desde ahora para cuando llegue el caso, los incorporo, y no deberán recaer en la Corona ni en la iglesia, ni agregarse á otro convento de la misma ni de otra religion, ni á otra comunidad ni persona eclesiástica ni secular, ni tampoco á obra pública ni privada, tanto ò mas pia y util, con título de subrogacion ò reunion, ò de mantener á los religiosos, ò de ser mas necesaria, util ò piadosa la obra ò cosa á que se apliquen, ni con otro motivo, sea el que fuere, sin reservacion, pues lo prohibo expresa y absolutamente, y toda conmutacion y dispensacion de esta mi voluntad y el uso de ella si se impetrare, aunque se conceda con vista é insercion de esta cláusula, y de cierta cien-*

1 Canonista in cap. *Verum, de condit. opposit.*

cia, motu proprio y poder absoluto, como tambien el que los puedan vender, trocar, gravar y enagenar; antes si se ha de cumplir y ejecutar inviolable, exacta y literalmente lo que dejo ordenado, sin interpretarlo, declararlo ni tergiversarlo, y entenderse, como lo confieso, que á saber que los religiosos no lo habian de habitar perpetuamente sin intermision, que es la causa final, no se los donaria, y que esta donacion desde el instante en que dejaron su habitacion se anulò y quedò ineficaz, como desde ahora para entonces la constituyo tal. Y quiero y mando que los bienes en ella contenidos pasen sin el menor decremento, desfalco ni gravamen al citado mi mayorazgo: que si los religiosos los vendieren, trocaren, enagenaren, hipotecaren, acensuaren ó gravaren, ò parte de ellos, sea nulo todo, y no se trasfiera derecho alguno á tercero, y que no los retengan ni un momento, ni su religion ni otra comunidad ni persona con ningun pretexto, á cuyo efecto los constituyo meros usufructuarios y precarios poseedores, reservando para mi, y para los que dejo llamados á su goce, el pleno dominio y propiedad de todos; y si traspasaren este precepto y prohibicion, sean condenados á la integra restitucion de sus frutos y rentas vencidas desde el dia de su trasgresion ò de la falta de habitacion, y en las costas y daños que ocasionen al poseedor del mayorazgo á que dichos bienes han de hacer reversion y agregarse; y como injustos detentadores de lo ageno contra la voluntad de su dueño, destituidos ademas de toda accion para pretender el todo ni parte de ellos, ò bien la ampliacion y prorogacion del término que dejo prefinido para reedificar el convento y eximirse de la restitucion de sus frutos (sin que sea necesario interpelarlos para hacerla), no sean oidos ni admitidos judicial ni extrajudicialmente; pues desde ahora los privo y excluyo de todas cuantas intenten contra esta expresa prohibicion que hago de retencion, subrogacion, enagenacion, reunion, agregacion, gravamen y empleo de dichos bienes y sus frutos en otro destino que el referido, y de ampliacion ó prorogacion de los tantos años mencionados, aunque sea por via de equidad para la reedificacion, á fin de que jamas les sufraguen. Y á efecto de que la persona, á quien han de volver los bienes donados, pueda reivindicarlos, y por ignorancia de esta condicion no deje de usar de su derecho, se ponga copia legalizada de esta escritura con la de fundacion del mayorazgo, y en esta se note y prevenga por si se pierde, á fin de que se pueda sacar otra. Entonces como su voluntad está clara, y no da margen ni fomen-

to à conjeturas ni interpretaciones siniestras, no se considera el no cumplimiento como delito merecedor de pena ó caducidad, sino como condicion coactiva, bajo de la cual, y no de otra suerte, quiso el donante hacer la donacion ó legado, por lo que se resolverá, y los bienes en ella comprendidos harán regreso ó reversion á él, ó pasarán á quien mandó que pasasen. Todo esto tendrá presente el escribano, y lo advertirá á los donantes y testadores, y precedida su indispensable instruccion y anuencia, ligará las donaciones y legados, de modo que se eviten decisiones tal vez diametralmente opuestas á su voluntad, teniendo á la vista las cláusulas anteriores que puse por modelo, discurriendo y adelantando cuanto mas pueda, y no alcancé yo, en las que extienda, para la mayor claridad y firmeza de aquellas, pues no hay duda que muchos, á prevenir lo que habia de suceder, no las harian, y si fuera posible preguntarles, responderian todo lo contrario; á lo que por presunciones y conjeturas, las mas veces infundadas y falaces, suele determinarse en juicio contencioso; lo cual es muy digno de evitarse por medio de las precauciones posibles.

27. Como la revocacion por causa de ingratitud se funda en el mal pago de un beneficio recibido gratuitamente, no suele tener lugar en las donaciones impropias, porque media en las mas causa onerosa ó fin determinado. Tal es la remuneratoria, porque esta no es propiamente donacion, sino compensacion de méritos, como dejo expuesto: la que obliga á disponer de la persona, porque hay gravamen: la que se hace por razon de dote, pues aun cuando los novios sean ingratos despues de contraer matrimonio, no puede revocarse (1): la que se hace por cierta causa, v. gr. el padre á su hijo para que se ordene: y otras que trae Hermosilla en la ley 10. tit. 4. Part. 5. glos. 1.

28. Sobre algunas donaciones impropias hay que hacer las advertencias siguientes. La donacion *propter nuptias*, y la que por causa de la dote de la muger se hace al marido, no necesita de insinuacion, aunque pase de los quinientos maravedis de oro; ni puede revocarse durante el matrimonio, á menos que el marido venga á estado de pobreza por su culpa, ó se le confisquen sus bienes (2). Tambien es irrevocable, y no ha menester insinuacion, la remuneratoria, y el donante está obligado á la eviccion y saneamiento de ella, á excepcion del caso en que se

1 Ferrar. *Bibloth. Donat.* art. 3. num. 16 y 18.

2 Leyes 1. tit. 9. Part. 3. y 29. tit. 11. Part. 4.

estipule otra cosa, ó de que no haya de tener efecto hasta la muerte del mismo. Tampoco necesita insinuarse la donacion del tercio y remanente del quinto, porque no es posible saberse si excederá ó no de los quinientos maravedis hasta el fallecimiento del donante, y asi es inutil la cláusula de insinuacion que algunos insertan en semejantes donaciones (1), ni la que se otorga de una ó mas fincas á renta vitalicia sobre la vida del donante, de que extenderé para modelo una plantilla de escritura. Por último la donacion hecha por cierto tiempo es válida, porque el dominio de las cosas puede trasferirse muy bien á un sugeto por tiempo determinado, pasando despues al de otro ú otros á voluntad del donante. Por la misma razon en este contrato pueden hacerse sustituciones y revocaciones como en los testamentos, é imponerse condiciones posibles y honestas (2); en inteligencia de que aun cuando lleven el caracter de irrevocables, y como tales las acepte el donatario, podrá despues el donante quitarlas ó reformarlas, porque esto no es revocacion sino ampliacion del beneficio.

Nota. Con motivo del abuso que se observa en las donaciones hechas en favor de estudiantes, con el objeto de contribuir á los gastos de su carrera, por cuyo medio burlaban á sus acreedores los padres de aquellos, prohibió la ley 9. tit. 6. lib. 8. Nov. Rec. que no se diese valor á las donaciones otorgadas en beneficio de estudiantes y catedráticos de Salamanca, á menos que contuviesen dos juramentos, uno del donante y otro del donatario, por los cuales asegurasen no ser hecha la donacion fraudulentamente. Esta disposicion se hizo extensiva á los estudiantes y maestros de Alcalá de Henares por la ley 5. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

DONACION GRACIOSA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Rodriguez, vecino de ella, mayor que expresó ser de veinticinco años, y que por sí propio gobierna su persona, dijo: que de su libre y espontánea voluntad, por el mucho afecto que profesa á Juan Fernandez, de la misma vecindad, y

1 Matienz. en la ley 7. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 3. num. 2.

2 Hermos. en la ley 7. tit. 4. Part. 5. glos. 1. num. 1 y 4.

sin otro motivo ni respeto le hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos, de una casa que posee en esta villa, en tal calle *(Aquí se pondrán los linderos y señales de la casa con claridad)*, la cual le dona con toda su fábrica, centro, vuelos, entradas, salidas, usos, costumbres, derechos y servidumbres que ha tenido, tiene y de hecho y derecho le pertenecen y pueden tocar, con obligacion de cumplir las cargas á que está afecta, y son *(Aquí se especificarán las cargas, y si ninguna tuviere, dirá:)* libre de todo gravamen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y expreso. Y desde ahora en adelante para siempre jamas se abdica, desprende, desapodera y aparta, como tambien á sus herederos y sucesores, de la posesion y dominio, ó propiedad, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que en la citada casa le corresponde, y lo cede, renuncia y traspasa plenamente con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que le competen, en el mencionado Juan Fernandez, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye procurador actor en su propio negocio, para que la goce, y sin dependencia ni intervencion del otorgante la cambie, enagene, use y disponga de ella, como de cosa suya adquirida con legítimo título; tome de su autoridad ó judicialmente la real tenencia y posesion que en viriud de este instrumento le pertenece; y para que no necesite tomarla, antes bien conste en todo tiempo ser suya en pleno dominio, y que en este concepto pueda disponer de ella libremente á su arbitrio, formaliza á su favor esta escritura, de la cual me pide le dé las copias autorizadas que quisiere para su resguardo, con las cuales sin otro acto de aprension ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprendido y trasferidosele dicha posesion; en el interin se constituye su inquilino y precario poseedor en legal forma, y á este efecto le entrega los títulos de su pertenencia á mi presencia, de que doy fe, con arreglo á lo prevenido por las leyes 8 y 9 del título 13. Partida 3. para que de esta suerte se verifique no reservar en sí derecho alguno á la susodicha casa, y esta donacion sea perfecta y estable en todas sus partes. Declara que no es inmensa, que no necesita de la casa donada, porque le quedan bienes suficientes para su decente manutencion, y que no excede de los quinientos maravedis de oro que la ley 9. tit. 4. Part. 5. permite se puedan donar sin insinuacion; y en el caso que exceda, le da igual poder para que sin su dependencia, citacion, intervencion ni otro requisito la insinúe ante juez compe-

tente, á fin de que la apruebe y á ella interponga su autoridad para su mayor validacion, pues desde ahora la da el otorgante por insinuada con todas las solemnidades que legalmente estan prescritas; suple y pide se haya por suplido cualquier defecto sustancial que incluya: y se obliga á no revocarla, á menos que intervenga causa legal, y si lo hiciere, quiere que no se le admita en juicio ni fuera de él, y que por el mismo caso sea visto haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y estabilidades; á todo lo cual consiente ser apremiado por todo rigor, y para ello se somete á los señores jueces de esta villa, obliga su persona y bienes á su cumplimiento, lo recibe por sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, y renuncia todas las leyes, fueros y derechos de su favor. Habiendo oido y enterádose de esta escritura el expresado Juan Fernandez, que está presente, dijo: que acepta en todo y por todo la donacion que contiene, para usar de ella como le convenga; estima la merced que el enunciado Pedro le ha hecho, por lo que le tributa las debidas gracias, recibe los títulos de la referida casa y se obliga á cumplir todas las cargas á que está afecta, y á este fin le da por libre, exento é indemne de su responsabilidad. En cuyo testimonio, y con la prevencion de que el donante no queda obligado á la eviccion ni saneamiento de la citada casa en el todo ni parte con ningun pretexto, aunque perezca, ó se la quiten en juicio al donatario, asi lo otorgan y firman ambos, á quienes doy fe conozco, siendo testigos, Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa (1).

Nota. La escritura anterior es de donacion *graciosa*, como se ve por su contexto, y por esta razon no puse en ella: *que el donante la hace por servicios que debe al donatario*, como los autores escribanos que trataron de ella lo han puesto, pues esto es remuneracion, y la donacion puramente graciosa debe ser hecha por amor y mera liberalidad del donante, sin respeto, motivo ni atencion á servicios ni beneficios recibidos del donatario, y lo demas es confundir una donacion con otra. Tampoco puse renunciacion de la ley 69 de Toro, que prohibe las donaciones inmensas, porque es superflua, y solo será adecuada cuando el donante dona todos sus bienes, ó se queda sin lo preciso para su manutencion (que para el caso viene á ser lo propio); y aun entonces será infructuosa la renunciacion, por

1 Si el donatario estuviere ausente, se añadirá la cláusula extendida en el párrafo 14, para el efecto que en ella se enuncia, lo que no echará al olvido el escribano.

que la donacion es nula por derecho por las razones que dejo expuestas en el párrafo 5; pero el escribano la pondrá si quisiere el donante. Omití el juramento, porque la ley 67. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar la escritura de donacion, no lo pone, ni este contrato es de los que lo requieren por precision para su estabilidad; y aunque la ley 1. tit. 32. lib. 7. Nov. Rec. permite que pueda interponerse en él, no lo manda, ni dice que sin él no valga, y asi por dejar de contenerlo, no podrá revocarse, sin embargo de que intervenga rescripto del Príncipe, respecto de que ninguna cláusula de las esenciales le falta para su firmeza; mas esto no impide que el escribano lo ponga si el donante se lo mandare, y no de otra suerte. Sin embargo le prevengo proceda con mucho cuidado en ligar los contratos con juramento, porque á mas de resistirlo el derecho Real, hay mucho riesgo en su interposicion; y aunque los arrendamientos de rentas de monasterios, iglesias, eclesiásticos, y los de menores, concejos, comunidades, mugeres casadas, ventas, dotes, arras, donaciones, compromisos, transacciones y enagenaciones perpetuas pueden contenerlo, no obliga la ley 12. citada á que se interponga en ellos, y solo lo permite, lo cual es muy diverso: ni dice que no valen, careciendo de él, por lo que siendo los otorgantes mayores de veinticinco años, no deberá ponerlo sin su expreso mandato, pues las leyes prescriben las cláusulas conducentes à su validacion sin necesidad de juramento. Omití tambien en la obligacion de no revocarla, la expresion: *por ninguna* de las causas que el derecho prefine, y renuncia cion de la ley 10. tit. 4. Part. 5. que las explica, y en su lugar puse la de: *á menos que intervenga causa legal*, porque en la donacion graciosa no debe ponerse sin previa ciencia y orden del donante, por la razon que dejo expuesta al fin del párrafo 18; pero en la remuneratoria bien podrá ponerlas el escribano, pues aunque el donatario cometa alguna ofensa contra el donante, no se debe llamar ingratitud, porque esta supone beneficio recibido, el que no hay en la donacion remuneratoria, sino una mera paga, compensacion y satisfaccion de lo que se le debe, por cuya causa está el donante obligado á la eviccion de lo que dona, no pactándose lo contrario entre los dos. Ultimamente omití imponer pena al donante, porque sin embargo de que dicha ley 67 de Partida permite imponérsela para cumplir mejor, y no revocar la donacion, esto no es precisarle á que se la imponga, y asi podrá hacerlo si quisiere, como igualmente podrán

imponerse al donatario y á la cosa donada los gravámenes y condiciones honestas que le parezca y puedan cumplirse. Advierte al escribano: lo primero, que en la donacion graciosa, ya sea de alhaja ó finca en propiedad, ó de usufructo determinado de algunas para el donatario, nunca obligue al donante á la eviccion y saneamiento de la finca, ni á que la renta será cierta, ó que las fincas producirán tanta fija al donatario; antes por el contrario ha de expresar que no queda obligado á ello, porque será motivo de pleito, y su liberalidad cederá en su detrimento, siéndole gravosa y nociva, excepto que quiera obligarse, y se lo mande poner así: lo segundo, que la aceptacion de la donacion puede hacerse en instrumento separado, en cuyo caso se citará esta individualmente, ó se insertará original en ella; y si la cosa donada no tiene cargas, ó el donante no la grava, no tiene que obligarse el donatario á su cumplimiento.

INSINUACION.

La insinuacion no es otra cosa, que una manifestacion hecha en vida del donante y del donatario (pues no puede ejecutarse despues que aquel muere, ni compete á su heredero esta facultad, ni á los del donatario la de pedir que se haga), presentando la escritura de donacion al juez mayor del pueblo en que se otorga, á fin de que, examinando previamente la voluntad del donante, pues la ha de pedir este, ó con su poder el donatario, y viendo que no fue violentado á hacerla, ni hubo dolo ni colusion, la apruebe é interponga á ella su autoridad para que sea firme en caso que exceda de los quinientos maravedís de oro, pues no excediendo, no necesita ser insinuada, como dejo sentado. Puede manifestarla el donante, ó con su poder el donatario (dándosele en la misma escritura, como en la precedente, en cuyo caso no necesita ser citado el donante), de una de dos maneras, que son: presentando solamente la escritura al juez, y poniendo á su continuacion su pretension y aprobacion; ó con pedimento, y entonces se pone el correspondiente auto ante testigos, si en el juzgado hay costumbre de ponerlos en los autos, y no de otra suerte, y todo se entrega al donatario, extendiéndose en esta forma.

PEDIMENTO.

Pedro Rodriguez, vecino de esta villa, ante Vmd, como mejor proceda y haya lugar en derecho, digo: que en tantos de este mes, de mi libre y espontánea voluntad, y por el afecto que profeso á Juan Fernandez, de la propia vecindad, le hice donacion de una casa que poseía en tal calle, y de ella otorgué à su favor, ante N., escribano Real, la correspondiente escritura, que en debida forma exhibo é insinúo; y mediante à que esta donacion excede de los quinientos maravedís de oro, à que es cierta, verdadera y no simulada, que no perjudica à la Real Hacienda ni à tercero, ni ha intervenido en ella miedo, violencia, dolo ni colusion, como lo declaro, y en caso necesario juro solemnemente = A Vmd. suplico se sirva haberla por insinuada y legítimamente manifestada, y en su consecuencia aprobarla é imponer su judicial autoridad cuanto haya lugar en derecho para su mayor firmeza y validacion, mandando que con este pedimento y auto de aprobacion se entregue original al donatario para que use de ella como le convenga, pues asi es justicia que pido, y para ello &c.

AUTO.

Hase por exhibida é insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que se refiere, á la cual para su mayor estabilidad se interpone la judicial autoridad en legal forma: entréguese original al donatario, para que use de ella como le convenga, segun se pretende: el señor Don Fulano, corregidor de esta villa de tal, lo mandó y firmó en ella à tantos de tal mes y año &c.

DONACION REMUNERATORIA.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Rodriguez, vecino de ella, dijo: que Pedro Lopez, de la propia vecindad, le ha hecho tales beneficios (*Aquí se expresarán los que sean.*); y deseando como agradecido y obligado corresponderle, y remunerárselos en algun modo, ha deliberado donarle para siempre una tierra que posee en término de esta villa; y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mejor proceda en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorga que hace gracia y

donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos para siempre jamas al citado Pedro Lopez, sus herederos y sucesores de la referida tierra, en que caben poco mas ó menos tantas fanegas de sembradura, la cual está en el término de esta villa, y sitio que llaman de tal, y linda &c. *(Aquí sus linderos.)* cuya tierra le dona con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos y servidumbres que hasta ahora ha tenido, y de hecho y por derecho le pertenecen y pueden corresponder &c. (1).

ESCRITURA DE DONACION Y CESION DE UNA CASA Á RENTA VITALICIA.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Pedro de tal, vecino de ella, dijo: le pertenece en posesion y propiedad una casa sita en tal calle, que linda &c. *(Aquí sus linderos.)* y habiendo experimentado que por su situacion, por los huecos, reparos y malas pagas, y por otros motivos le produce muy poco; considerando que está expuesta à una ruina é incendio; que en venta no le darán por ella veinte mil reales, en que se le aplicó por muerte de sus padres, antes bien cada dia se irá deteriorando; y que consumirá prontamente lo líquido, que deducidos gastos de alcabala y escritura, le quede, hallándose luego sin tener lo necesario para su diaria subsistencia; para asegurar esta, mediante hallarse con otros bienes de que testar à beneficio de su alma, y sin herederos forzosos, deliberó donarla y cederla à renta vitalicia à Don Juan de tal, regulando esta à un nueve por ciento, à imitacion y con arreglo al fondo vitalicio à dinero, establecido por Real decreto de 1.° de noviembre de 1768, y contando por consiguiente con cinco reales diarios, en lo que se convinieron ambos; y para que tenga efecto su convenio, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que por sí, y en nombre de sus herederos, sucesores y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier manera, cede, renuncia y traspasa para siempre, y hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos al expresado Don Juan de tal y á los suyos de la referida casa en posesion, propiedad y usufructo, con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, de-

1 Aquí proseguirá como en la escritura de donacion graciosa hasta la cláusula de insinuacion, y esta se pondrá si se quisiere, bien que no es precisa, aunque la cosa donada exceda de los quinientos maravedís de oro, como queda sentado; á su continuacion la de irrevocacion que dejo extendida en el párrafo 8, despues la de eviccion, y lo último la guarentigia, sumision, renunciacion y aceptacion en los mismos términos que la precedente.

rechos, regalías y servidumbres, que ha tenido, tiene y la corresponden y deben corresponder, sin limitacion ni reservacion; cuya cesion, renuncia y donacion le hace con las calidades y condiciones siguientes.

El referido Don Juan, sus herederos y sucesores han de contribuir al Don Pedro en cada dia, por todos los de su vida, incluso el de su fallecimiento, y satisfacerle por mesadas, cinco reales de vellon, que componen algo mas que un nueve por ciento del valor en que se le aplicó la casa, los que le satisfarán el dia último de cada mes en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, y no en papel moneda, ni en otra cosa ni especie, pena de ejecucion, costas y salarios de su cobranza, y su satisfaccion ha de ser cierta, puntual y efectiva durante la vida del Don Pedro, aunque sea tan dilatada que sus mesadas y anualidades consuman y superen no solo una, sino muchas veces los enunciados veinte mil reales, y los alquileres líquidos que perciba de ella, sin que por este motivo, ni por incendio, ruina ni otro caso fortuito que en ella acaezca, puedan excusarse á su total ni parcial solucion, ni alegar agravio, lesion ni otra excepcion por legítima y admisible que sea en juicio, ni pretender descuento, baja ni moderacion de los cinco reales diarios, ni de parte de ellos; y si lo pretendieren, sean repelidos, como quien pretende lo que por ningun título le toca.

El susodicho Don Juan y sus sucesores han de tener bien labrada y reparada á sus expensas la citada casa, de modo que no padezca deterioro, han de pagar todas las cargas á que está afecta, y no venderla, cederla, donarla, enagenarla, dividirla, gravarla ni hipotecarla á deuda ni responsabilidad durante la vida del otorgante, pues se lo prohibe; y si lo hicieren sea nulo, y no se trasfiera su dominio, posesion ni hipoteca á otro poseedor, como ejecutado contra este pacto expreso, y prohibicion absoluta de no enagenar ni hipotecar; á la observancia del cual queda desde ahora sujeta, y liga tambien especial y expresamente la mencionada casa.

Si no cumplieren con lo expuesto en las dos condiciones precedentes, ó contravinieren al todo ó parte de ello, ha de ser visto quedar, como desde ahora queda, extinguida, anulada y revocada por el mismo hecho esta cesion y donacion, y ha de poder apoderarse de propia autoridad el otorgante de la misma casa, y disponer de ella á su arbitrio, para lo cual se le concede amplia facultad, sin que necesite acudir á la justicia, ni citar ni interpelar al Don Juan, ó al que la posea, ni este tenga la mas

leve accion para impedírselo, ni tampoco para pretender les devuelva el todo ni parte de los cinco reales hasta entonces percibidos, pues los ha de hacer suyos enteramente, al modo que el poseedor el producto de sus alquileres; se ha de entender compensado uno con otro, no obstante que medie notabilísima diferencia y exceso, y no se ha de poder alegar lesion ni otra excepcion propicia, la que no se deberá admitir.

Si se verificare que el otorgante tiene cedida, donada, vendida ó enagenada la referida casa, ò que está gravada con mas cargas que &c. *(Se expresarán las que sean.)* no solo no ha de tener obligacion el que la posea de contribuirle con los cinco reales diarios ni parte de ellos, sino que por el mismo hecho, dolo y ocultacion ha de ser visto haber espirado este contrato, y podrá ser compelido á entregarle el exceso que haya de lo percibido por la renta vitalicia desde hoy al líquido producto de sus alquileres, bajados huecos, reparos, malas pagas y administracion, y estar á su relacion jurada sin otra prueba ni justificacion, pues de ella le releva en forma; y no practicándolo, ha de poder retenerla el que la posea para reintegrarse del todo, y de los gostos, perjuicios, intereses ó menoscabos que se le irroguen, y deberá abonarle tambien en virtud de la propia relacion, sin que hasta conseguir el total reintegro pueda ser despojado de ella, ni el otorgante tenga la menor accion para intentar el despojo ni su administracion, ni para pretender cosa alguna de lo que rente: y si se la demandare y quitare en juicio algun tercero, ha de restituirle incontinenti citándole de eviccion el poseedor conforme á derecho todo lo referido, y á ello podrá ser ejecutado por todo rigor con costas y salarios. Durante el litigio no ha de poder pretender tampoco los cinco reales diarios ni otra cosa alguna de sus alquileres, aunque por sí mismo y à sus expensas siga el pleito que se suscite, antes bien los ha de percibir el poseedor como hasta entonces en parte de reintegro del exceso desembolsado y demas que haya lugar; pero si no fuere vencido en él, continuará este contrato.

Con la vida de dicho Don Pedro ha de espirar y extinguirse entera y absolutamente para siempre la obligacion de contribuir el Don Juan y sus sucesores con los cinco reales diarios, y no continuar ni trasmitirse à los herederos de aquel la accion á su percibo, aunque su vida sea tan corta y limitada que se acabe á muy poco tiempo despues de otorgada esta escritura, ni tampoco podrán pretender estos el todo ni parte de la propiedad de la casa, ni de los alquileres que haya producido hasta enton-

ces y produzca en lo sucesivo; pues todo lo cede y queda perpetuamente á su beneficio privativo, ó del que la posea, por via de remuneracion y recompensa del riesgo y peligro á que se expone, de que la contribucion de los cinco reales diarios sea en sumo grado superior y excesiva à los veinte mil en que la casa se valuó, y à los alquileres líquidos que redituе, à cuyo fin, y el de que despues de sus dias pueda disponer de ella à su arbitrio, como de cosa suya propia, adquirida con legítimo y justo título, le hace nuevamente desde ahora á mayor abundamiento gracia, cesion y donacion pura, perfecta è irrevocable, con insinuacion y demas firmezas legales, para que sea de esta suerte igual à entrambos otorgantes este contrato, lícito y justo como tal en todas sus partes, y ninguno pueda retraerse de él, contravenirlo ni interpretarlo con pretexto alguno.

Con las expresadas calidades y condiciones cede y dona el referido Don Pedro à dicho Don Juan y à sus herederos y sucesores la mencionada casa en posesion, propiedad y usufructo; y desde hoy en adelante para siempre jamas se abdica, desprende, desapodera y aparta, como tambien á los suyos del dominio útil y directo, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que à ella le corresponda, y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que le competen, lo cede, renuncia y traspasa en el referido Don Juan, à quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye procurador actor en su misma causa, para que de su autoridad ó judicialmente tome de ella por sí y en nombre de sus sucesores la Real tenencia y posesion que le pertenece, y para que no necesite tomarla, formaliza á su favor esta escritura, de la cual quiere se le den las copias que pida, sin que para darlas se requiera auto de juez ni citacion de parte, con la que sin otro acto de aprension ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprendido y trasferídosele su posesion y pleno dominio; y en el interin se constituye su inquilino tenedor y precario poseedor en legal forma, le entregue los títulos de su pertenencia, y se obliga à su eviccion y saneamiento. Declara ademas que le quedan bienes suficientes para testar, y que esta cesion y donacion no es inmensa, ni por consiguiente reprobada por derecho; y se obliga à no revocarla sin que intervenga alguno de los motivos expuestos, y si lo hiciere, no valga, y sea visto por lo mismo haberla formalizado con mayores vínculos y estabilidades; y quiere que para el abono de las mesadas que el Don Juan, ó quien le represente, le entreguen,

baste un recibo simple, firmado del otorgante, ó de quien su poder tenga, sin que se le pueda pedir con mas solemnidad, pues no ha de ser obligado á dársela con otra. = Y el susodicho Don Juan, que está presente, enterado de esta escritura; dijo que acepta esta cesion y donacion que contiene, obligándose, como tambien á sus herederos y sucesores, á contribuir al Don Pedro con los cinco reales diarios por todos los dias de su vida, incluso el de su fallecimiento, y por mesadas en el último de cada mes, empezando desde hoy, con la mayor puntualidad, en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, pena de ejecucion, costas y salarios; á reparar la casa, pagar sus cargas, y no alegar excepcion alguna para eximirse de esto y de la solucion de las mesadas; á no enagenarla, gravarla ni hipotecarla mientras viva el enunciado Don Pedro; y á cumplir con toda exactitud, en cuanto esté de su parte, las condiciones con que esta cesion le queda hecha, sin interpretarla, tergiversarla ni contravenirla total ni parcialmente, pena de no ser oido en juicio ni fuera de él, antes bien repelido y condenado en costas. Y ambos otorgantes formalizan respectivamente esta escritura con todas las cláusulas que para su mayor validacion sean legalmente necesarias, y quieren se haya por suplido cualquier sustancial defecto que contenga; y á su cumplimiento obligan sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes &c.

Nota. De la naturaleza de este contrato han entendido poco los autores formularistas de escrituras, y por eso omitieron tratar de él; y porque puede ofrecerse al escribano alguna de esta clase, la extendí para su instruccion, con las indispensables cláusulas y firmezas que para seguridad recíproca de los contrayentes se requieren, y deberá tener presente cuando le ocurra, poniendo las demas que estos quieran, y no sean contrarias á las que contiene este formulario.

DONACION Ó CESION A ESTUDIANTE.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Rodriguez, vecino de ella, dijo: que por cuanto tiene determinado enviar á su hijo Juan Rodriguez á la universidad de Salamanca á estudiar tal ciencia, y es preciso consignarle para sus alimentos lo correspondiente á su decente manutencion; y mediante deberle pagar anualmente Antonio Lopez, vecino de tal parte tanta cantidad por tal razon, y tener proporcion su hijo de cobrarla por la inmediacion á dicha univer-

sidad = Otorga que cede, dona, renuncia y traspasa al susodicho Juan Rodriguez la mencionada cantidad que el insinuado Antonio Lopez está obligado à satisfacerle, confiriéndole poder irrevocable, con libre, franca y general administracion, y facultad de sustituirlo, para que lo haya, perciba y cobre judicial ó extrajudicialmente por si ò por medio de sus sustitutos, à efecto de alimentarse, y formalice á favor del deudor los recibos, cartas de pago y demas resguardos convenientes, con las cláusulas y firmezas necesarias, cesiones y lastos á quien por él la satisficiere, pues el otorgante los aprueba y ratifica, y quiere sean tan subsistentes como si presenciara su otorgamiento. Si para exigirla fuere preciso comparecer en juicio, lo ejecute, practicando en los tribunales superiores è inferiores competentes todos los actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y el otorgante practicaria por sí propio, hasta conseguir su plena cobranza, y la solucion de las costas y daños que por su morosidad se le causen, pues para ello le confiere el poder y facultad que necesite sin limitacion; le constituye procurador actor en su propio negocio; le hace gracia y donacion pura, perfecta è irrevocable entre vivos de dicha cantidad, con las seguridades conducentes; le cede sus derechos y acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que le corresponden, con subrogacion en forma, y se obliga à no revocarla total ni parcialmente, y si lo hiciere no valga. Jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, tal como esta ✠, que dicha deuda y esta cesion son verdaderas y no simuladas, y para los alimentos del citado su hijo; que él ni los demas sus hijos nada habrán directa ni indirectamente de ella; que no la hace fraudulosamente, ni por molestar al deudor, y que no envia su hijo al referido estudio principalmente por haber dicha cesion ni por cobrar su importe, sino porque se instruya y aprenda la enunciada ciencia. Y el referido Juan Rodriguez, que está presente, dice que acepta esta donacion y cesion en todo y por todo; estima la merced que su padre le ha hecho, por la que le da las debidas gracias, y jura en la misma forma que este, que no recibe el enunciado crédito con intencion de entregarle cosa alguna de su importe ni à sus hermanos, sino que antes bien ha de expenderlo íntegramente en sus alimentos; y que el dicho su padre le hizo cesion de él para invertirlo efectivamente en este fin, y no en otro alguno; y ambos asi lo otorgan y firman, á quienes

doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

Nota. Si la cosa que se cede es deuda que procede de vale ó escritura, se entregará el documento que la justifique al hijo, y de ello dará fe el escribano.

REVOCACION DE DONACION.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Rodriguez, vecino de ella, dijo: que por el mucho afecto que profesaba á Juan Fernandez, de la misma vecindad, le donó graciosamente en posesion y propiedad una casa que le pertenecia en tal calle, de que otorgó à su favor la correspondiente escritura en tal dia, mes y año, ante Fulano, escribano, y que en vez de mostrarse agradecido al beneficio que de él recibió, no solo no lo fue, sino que como ingrato y desconocido, olvidándose enteramente de este beneficio, tuvo la osadía de poner en él tal dia sus manos airadas, amenazándolo de muerte, y profiriendo al mismo tiempo contra su honor palabras injuriosas á presencia de varias personas, por cuyo delito se hizo acreedor y condigno del mas severo castigo; y para que no quede impune, y sirva à otros de ejemplo y escarmiento, sin perjuicio de usar contra él de la accion criminal que le compete, ha resuelto revocar dicha donacion, y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, usando de la facultad que la ley 10 del tit. 4. Part. 5. y demas que de este asunto tratan, le confieren = Otorga que revoca enteramente la referida donacion, da por rota y cancelada la escritura que de ella formalizó, la declara por irrita y de ningun valor y efecto desde el punto en que el donatario cometió el delito è ingratitud mencionada, y quiere que por tal se estime y declare judicial y extrajudicialmente, y que en su protocolo se note y prevenga esta revocacion, para que siempre conste: en su consecuencia desiste, aparta y priva enteramente al citado Juan Fernandez, y sus herederos y sucesores, de la propiedad, posesion, goce, usufructo y otra cualquiera accion y derecho que à la expresada casa habia adquirido en fuerza de dicha donacion, y los excluye de todo para siempre: y para que esta revocacion sea efectiva y le conste, me requiere que se la haga saber y notifique, le devuelva la escritura de donacion que otorgó à su favor con los títulos de la casa, à fin de que en caso

de excusarse á su entrega, puede el otorgante usar contra él para reivindicarla de las acciones que le competan, las cuales deja en su fuerza y vigor; y de haberle requerido se ponga por mí à continuacion de esta revocacion el conducente testimonio con la respuesta que dé, devolviéndoselo todo original para su resguardo. Asi lo otorga y firma, à quien doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

NOTIFICACION Y REQUERIMIENTO.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, yo el escribano lei è hice saber la escritura de revocacion precedente à Juan Fernandez, contenido en ella, en su persona, y le requerí entregue à Pedro Rodriguez la de donacion y títulos de la casa que en ella se expresan; y enterado, dijo: (*Aquí se pondrá la respuesta que dé.*) Esto respondió y lo firma, doy fe.

CAPITULO VIGESIMOTERCERO.

De la donacion por causa de muerte.

§. 1. ¿Que es donacion por causa de muerte?
2. Puede hacerse de dos modos.
3. Esta donacion es válida cuando se otorga por temor de la muerte de un tercero.
4. ¿Quienes son aptos para hacer esta especie de donaciones?
5. Son válidas entre marido y muger.
6. Cosas en que esta donacion conviene con el legado.
7. La donacion por causa de muerte se revoca por muerte del donatario, cesacion del riesgo, ó arrepentimiento del donante.
8. Cláusula que constituirá irrevocable esta donacion.
9. ¿En que términos debe ordenar el escribano la escritura de este contrato?
10. No debe insertar cláusulas de irrevocabilidad si no lo mandase el donante.
Apéndice sobre el contrato literal.

1. Llámase donacion por causa de muerte *la que hace cualquier individuo enfermo ó sano, que se juzga en peligro de morir*: como al emprender un viage por mar, ó una peregrinacion larga, ó bien cuando es de edad avanzada, ó amenaza invasion de enemigos ó ladrones.

2. Esta donacion puede hacerse de dos modos: primero,

cuando uno por el peligro de muerte en que se encuentra, sea próximo ó probable, la otorga en tales términos que haya de pasar la cosa donada al dominio del donatario inmediatamente, sin que jamas deba volver al suyo, aunque el riesgo cese, y quiera revocarla; segundo, cuando hace la donacion de manera que no haya de haber la cosa el donatario sino despues de su muerte.

3. Aunque es esencial en esta donacion que la causa impulsiva sea el temor de la muerte, no es preciso que esta sea la del donante, si bien es lo mas comun; pues tambien es válida cuando se hace por el riesgo de la muerte de un tercero con la condicion de que, si este fallece, perciba el donatario la cosa donada.

4. El que es idóneo para testar, aunque esté bajo la patria potestad (1), lo es tambien para otorgar estas donaciones, asi de los bienes que actualmente posea, como de los que pueda adquirir en adelante, en cuanto las leyes no se lo prohiban por otro respeto, como el de tener hijos cuya legítima deba dejar á salvo &c. (2).

5. Entre marido y muger son válidas las donaciones por causa de muerte; pero la que esta haga en favor de un extraño sin licencia de su marido, ó un menor sin la de su curador, es punto dudoso en que no estan de acuerdo los autores (3). Sin embargo todos convienen en que no han menester tal licencia ni el uno ni el otro para revocar la donacion que hubieren hecho (4).

6. Puede ser donatario el que tuviere aptitud para admitir legados, y no hace al caso que al otorgamiento de la donacion esté presente ó ausente; mas téngase entendido que la capacidad del mismo se ha de considerar al fallecimiento del donante, y no al tiempo en que fue hecha la donacion. Conviene la donacion por causa de muerte con el legado en que en el donatario se trasfiere el dominio de la cosa donada luego que el donante fallece, sin necesidad de tradicion, y si este se le entrega, se le trasfiere al instante; en que en ella há lugar el derecho de acrecer, como en los legados; en que de ella se detrae la cuarta falcidia, y se reputa nula la condicion imposible; en que se revoca por la enagenacion voluntaria de la cosa donada; y en otras varias cosas que trae Matienzo en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Rec.

1 Ley fin. tit. 4. Part. 5.
2 Boet. decis. 353. Parl. lib. 2. cap. 8. num. 3 y 4.
3 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 4. num 16. Gutierr *de jur. conf.* part. 1. cap. 19. Matiens. en la ley 2. tit. 3. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 2.
4 Hermos. en la ley 11. tit. 4. Part. 5. glos. 1. num. 3.

glos. 2. num. 40 al 50, y omito por no importar al escribano. Debe otorgarse segun el derecho de las Partidas ante cinco testigos (1); pero algunos autores (2) afirman que en su otorgamiento ha de intervenir la misma solemnidad que para el del testamento nuncupativo prescribe la ley 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., porque surte los efectos de última voluntad, y como tal es revocable por su naturaleza hasta la muerte, por cuya razon bastarán tres testigos vecinos con escribano, ó cinco que no lo sean, y me conformo con su dictamen.

7. Espira y se revoca la donacion por causa de muerte por tres causas que expresa la ley final, tit. 4. Part. 5. en esta forma: *E decimos que la donacion que home face de su voluntad estando enfermo, temiéndose de la muerte, ó de otro peligro, que vale; pero tal donacion como esta puede ser revocada en tres maneras: la primera es si se muere antes aquel á quien es fecha, que el otro que la fizo; la segunda si aquel que la fizo, guarece de aquella enfermedad, ó estuerce de aquel peligro por qué se movia á hacer la donacion; la tercera es, si se arrepiente ante que muera*, con cuya ley concuerda la 6. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real. En la revocacion que se hace por esta última causa bastarán tres testigos para acreditarla, pues se revoca por el hecho mismo de arrepentirse de ella; bien que si intervinieren cinco, no dañarán. Pero se previene que una vez revocada la donacion, debe restituir el donatario no solo los frutos pendientes, sino los percibidos desde que se le hizo, aunque se le haya entregado entonces la cosa donada, porque no es contrato válido ni perfecto hasta que con la muerte del donante se confirma; lo cual no sucede en la donacion pura entre vivos, ni en otros que al instante valen, por lo que no hay obligacion de restituir los frutos percibidos antes de su revocacion (3).

8. Sin embargo de lo dispuesto por las leyes citadas en el párrafo inmediato, será irrevocable la donacion por causa de muerte, si la cláusula de irrevocacion se ordena en esta forma: *Y para la mayor estabilidad de esta dominacion me obligo, y juro por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz como esta ✠, que no la revocaré por instrumento entre vivos, ni por causa de muerte, aunque concurran todas las causas que prefine la*

1 Leyes fin. tit. 4. Part. 5. y 105 al fin tit. 18. Part. 3.

2 Matienz. en la 1. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 2. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 4. num. 16. vers. *Unum tamen est.* Hermos. en dicha ley 11. tit. 4. y glos. 6 y 7. num. 4.

3 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 4. num. 21. vers. *Sed advertendum.* Matienz. en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Rec. glos. 3. num. 0 y 11.

ley final del tit. 4. Part. 5, y demas que versan en el asunto; que con pretexto de ser formalizada por temor de la muerte, no me opondré á su tenor ni alegaré excepcion que me sea propicia, porque la ordeno de mi libre y espontánea voluntad; y que contra ella no tengo hecha ni haré protesta ni reclamacion, y si algo de lo expuesto practicare, á mas de ser nulo, por lo mismo sea esta donacion tan firme como si fuese hecha entre vivos con todas las cláusulas por derecho necesarias para su subsistencia, que doy aqui por expresadas literalmente; á cuyo fin la apruebo y ratifico, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato; é igualmente juro que no pediré relajacion de este juramento etc. Con esta cláusula valdrá en todo aquello de que por derecho puede disponer el donante, porque se eleva à la clase y esfera de donacion entre vivos por el juramento, el cual hace firme el contrato, que sin él no lo es, con tal que no ceda en perjuicio de tercero ni sea contra buenas costumbres (1).

9. En la donacion por causa de muerte lo que tiene que hacer el escribano es expresar quién la hace, á quién, de qué cosa, con individual mencion de sus señales, de suerte que no haya duda ni equivocacion, y el motivo que tiene para hacerla, si es por estar enfermo ó muy viejo y temeroso de la muerte, ó aunque sano, si se halla en peligro de ella, por alguna de las causas explicadas en el párrafo primero ú otras semejantes, pues si no se expresa, se tendrá por donacion entre vivos, sin embargo de que el donante esté enfermo (2); y añadirá que si este muere de aquella enfermedad, ó perece en aquel peligro, valga la donacion, y el donatario pueda apoderarse de la cosa donada despues de su fallecimiento, à cuyo fin le conferirá el poder y facultad que necesite, pero si convalece ó sale de él, se entienda revocada enteramente, como si no la hubiera hecho; pues aunque realmente no es precisa esta adicion, es bueno que se ponga, para que no se dude que es donacion por causa de muerte. Con estas cláusulas quedará bien ordenada la escritura, la cual por su naturaleza no requiere mas renunciaciones, sumision, obligacion de persona y bienes á su cumplimiento, ni otra cosa, porque es última voluntad, y como tal, irrevocable.

10. Como esta donacion es por su naturaleza revocable has-

1 Cap. *Cum contingat*, 28 *de jurejurand.* y regla *Non est obligator.* 58 *de reg jur.* in 6. Gutierr. *de juram confirm.* part. 1. cap. 12. Molin. *de just. et jur.* tract. 2. disp. 287. num. 18.

2 Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 12. num. 19 y fin. Greg. Lop. en la ley fin. tit 4. Part. 5. verb. *De la muerte.*

ta la muerte del que la hace, segun queda dicho en el párrafo 7, se advierte al escribano que no ponga en la escritura la palabra *irrevocable* ni otra de igual fuerza y significacion, ni la cláusula de *irrevocacion* con juramento ni sin él, ya sea menor ó mayor el otorgante, como algunos por ignorar su naturaleza, y sin orden del donante, lo hacen; pues si la contiene, se estimará y tendrá por donacion entre vivos (1), y no podrá revocarla, sino en los casos en que pueden revocarse estas, ó à lo menos habrá dificultad sobre la validez de su revocacion, y careciendo de ella podrá revocarla aunque sea antes de convalecer perfectamente, al modo que el testamento ú otra última voluntad; pero si el donante instruido previamente de sus efectos se lo mandare, la pondrá. Tambien se le previene que el donante puede nombrar en ella sustituto del donatario.

Nota. No se inserta modelo de escritura de esta donacion, por parecer suficiente lo que acerca de ella queda dicho en los párrafos 9 y 10.

Apéndice sobre el contrato literal.

El Doctor Sala en su *Ilustracion del derecho Real de España*, lib. 2. tit. 19, tratando del contrato literal, se explica del modo siguiente.

»Decimos contrato literal al que para su constitucion son necesarias letras ó escrito, y sucede *cuando alguno ha entregado á otro algun escrito en que confiesa haber recibido de él en préstamo alguna cosa que no ha recibido, y ha dejado pasar dos años sin reclamar que no se le ha prestado.* Así lo explica la ley 9. tit. 1. Part. 5., que es la única de las nuestras que habla de este asunto. Usa de la palabra *cosa*, pero prueba bien Gregorio Lopez en su glosa primera que debe ser de aquellas que constan de peso, número y medida, y lo manifiesta la misma ley, que mas adelante habla siempre de maravedises. Dentro de dos años puede el que entregó el escrito impedir que se forme ó perfeccione este contrato, sin estar él obligado; ó bien oponiendo la excepcion de no habérsele entregado el dinero, si se le pide en juicio, ó protestando la falta de entrega, aunque no se le pida; y pidiendo en consecuencia que se le devuelva el vale suyo que tiene el que se titula acreedor. Si deja pasar dichos

1 Gutierr. in *Repet.* Auth. *Sacram. puber.* num. 32. Matienz en la ley 7. tit. 10. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 10 y sig.

dos años sin valerse de alguno de estos remedios, estará obligado à pagar el dinero como si lo hubiese recibido; porque asi queda perfeccionado el contrato, y es obligatorio como todos los demas."

»Sin embargo, para que se tenga por perfecto antes de cumplirse los dos años, es menester que pruebe el que tiene el vale que con efecto le entregó el dinero; y entonces ya seria contrato de mutuo ó préstamo, y no literal. El que firmó el vale no está obligado á probar su excepcion cuando la opone, y la razon es porque tiene á su favor la presuncion de que no se le habia entregado el dinero cuando le firmó (*), como lo indican las palabras primeras de la ley, y lo acredita cada dia la experiencia, pues à esto obliga la necesidad á los que solicitan préstamos. Si renunciare dicha excepcion, no la podrá oponer, y habrá de pagar aunque la renuncia esté hecha en el mismo escrito, segun dicha ley 9, que establece cuanto llevamos dicho. La circunstancia de servir la renuncia cuando se hace en el mismo vale, no deja de tener algunos inconvenientes; porque los pobres en aquel lance firman la renuncia con la misma facilidad que el préstamo, ò por decirlo mejor, todo lo abonan bajo una sola firma. El señor Covarrubias examinando con su ordinaria solidez y bastante extension esta renuncia (1), dice ser muy frecuente su uso en España, y que cuando se hiciere debe entenderse de modo que no pueda el renunciante oponer la excepcion, trasfiriendo á su adversario la obligacion de probar la entrega; y que seria al contrario queriendo tomar sobre sí la de no haberlo habido. Añade el mismo autor, y lo funda, que la partícula *si* de que usa nuestra ley, cuando habla de esta renuncia no contiene condicion, porque tambien vale, y con mas razon, la renuncia hecha en otro papel."

»El haber establecido la ley 4. tit. 28. lib. 11 de la Nov. Rec. que los vales reconocidos por los que los hicieron ante juez competente traigan aparejada ejecucion, ha dado ocasion à nuestros intérpretes para disputar si despues de ella queda excluida la referida excepcion cuando el que firmó el vale le reconoce delante del juez ó su escribano. Nos parece mas probable la

* Parece que deberia ser al contrario, pues en el hecho de firmar el vale debe presumirse que se le entregó el dinero, como hace todo hombre prudente. La razon que se alega de que la necesidad obliga á firmar vales sin recibir el prestamo es de muy poco peso, porque si bien podrá haber algun otro caso de semejante imprevision, lo comun es que los vales se firmen ó den en el acto de la entrega del dinero, y no antes Esto es lo que acredita la experiencia, y no lo que dice el autor.

1 Covarr. 2. *Var.* cap. 4. num. 3.

opinion que lo niega, porque sobre nacer la excepcion del tenor del mismo vale, tiene tambien lugar contra los instrumentos guarentigios (como lo prueban Gomez y Molina) (1), à los cuales compara dicha ley los vales reconocidos. Pero si el que reconoció el vale, reconociere tambien ser cierta la deuda que expresaba, no habria lugar á la excepcion, por faltar la presuncion de que no hubo entrega, en que se funda.

CAPITULO VIGESIMOCUARTO.

De las cesiones.

§. 1. ¿Que es cesion?
2. ¿En que se diferencia de la renuncia?
3. ¿De cuantas maneras se divide?
4. ¿Quienes pueden hacer cesiones?
5. Los menores necesitan licencia del juez ó de su curador segun la calidad de los bienes sobre que versa la cesion.
6. Las acciones que pueden ser cedidas son todas las trasmisibles ora competan contra las cosas, ora contra las personas.
7. Tambien pueden cederse los derechos de futuro, sean condicionales ó á dia cierto.
8. Varias acciones que no pueden ser cedidas.
9. Efectos diversos de la cesion segun las expresiones con que está expresada.
10. La cesion puede ser por causa gratuita ú onerosa.
11. Circunstancias que pide este contrato, y cláusulas que deben insertarse en su escritura.
12. Otras que es preciso añadir cuando la cesion es remuneratoria.
13. Si el cesionario se da por contento con el deudor, queda el cedente libre de responsabilidad.
14. La cesion onerosa ó remuneratoria es irrevocable; mas no la gratuita, á excepcion de algunos casos.

Escrituras correspondientes á este capitulo.

1. La cesion es un contrato, *por el cual un individuo trasfiere á otro algunos derechos ó acciones que por legítimo título le corresponden contra un tercero.*

2. La *cesion* suele confundirse con la *renuncia*, y algunos emplean indistintamente estas dos voces, siendo en realidad

1 Gom. 2. *Var.* cap. 6. num. 3. Molin. *de just. et jur.* disp. 302.

idénticas las cláusulas que se requieren para su validez, y habiendo en una y otra desprendimiento de alguna accion ó derecho; pero si bien se reflexiona hay entre ellas notable diferencia. El objeto principal de la *cesion* es trasmitir un derecho propio à otro individuo: el de la renuncia es desprenderse de él. Asi en la *cesion* debe concurrir no solo la voluntad y consentimiento del cedente, sino tambien la del cesionario. En la renuncia solo se exige la voluntad del renunciante sin necesitarse para nada la del renunciatario (*). Tambien se considera como una especie de *cesion* la que hace un deudor à su acreedor del derecho que tiene aquel contra un tercero, para que cobre de este su deuda; pero tal acto se llama *delegacion*, y se diferencia de la cesion en que requiere el consentimiento del deudor, en vez de que la cesion es válida sin noticia de este, y aun contra su voluntad (1).

3. La cesion se divide en *expresa y tácita*, *principal y accesoria*, *voluntaria y necesaria*, segun las diversas circunstancias que en ella concurren y pueden verse en los autores (2) que tratan esta materia con difusion.

4. Pueden hacer cesiones todos los que tienen aptitud para celebrar contratos, pues à nadie está prohibido desprenderse de su propiedad sino en los casos que las leyes exceptúan, sobre cuyo punto puede verse lo que queda dicho respecto de las donaciones, y lo que se advertirá en los párrafos siguientes.

5. Estando prohibido á los menores enagenar los muebles perecederos sin licencia de sus curadores, y los raices y muebles que pueden conservarse, sin la del juez, la misma regla se debe seguir con respecto á la cesion de acciones. Asi necesitarán para hacerla una ú otra licencia segun la calidad de los bienes à que se refieran.

6. Pueden ser cedidas la accion real, la util, la condicional, la de reivindicacion, el débito condicional, y à dia cierto, la herencia, la accion de hurto y todas las que proceden de delito, la de restitucion por entero que corresponde al menor, la tenuta, la mision ó introduccion en la posesion, el derecho ejecutivo, el de prender de propia autoridad al reo ó deudor fugitivo, el de la legítima y trebeliánica, la instancia y el derecho de ella, el de protestar ó hacer protestas, el privilegio del fis-

* El tratado de la renuncia de legítimas y futuras sucesiones se encuentra despues del de testamentos, como lugar mas propio y conveniente.

1 Olea *de cess. jur.* tit. y quæst. 1. num. 101. y quæst. 2. num 50.

2 Thusc. en la palabra *Cessio jur.* conclus. 211. Gras. *de cess. jur.* §. 6.

co, el que compete al arrendatario ò colono, la posesion civil que alguno tiene por la cláusula *de constituto*, ó por estatuto que manda se continúe la del difunto á su heredero, el censo, el fideicomiso singular y el condicional, el derecho de la sustitucion pupilar, el de arbitrar ó hacer alguna cosa á su arbitrio, el de denunciar ó manifestar algun impedimento, el de retener la alhaja por los gastos hechos en ella, las obras y trabajo del criado ó siervo, el derecho de prenda que alguno tiene en el hombre libre, y en general todas las acciones trasmisibles, ya competan contra la alhaja ó contra la persona (1).

7. Tambien pueden cederse los derechos de futuro, como los condicionales ò á dia cierto: asi llegado el dia, ò verificada la condicion, podrá exigir su cumplimiento el cesionario del mismo modo que lo hubiera podido hacer el cedente; pero es menester que este tenga capacidad legal de adquirir el derecho que cede, cuando llegue el caso de recaer en él, pues el cesionario entra en el lugar del cedente y representa su persona.

8. Hay sin embargo acciones que no pueden ser cedidas, y se exceptúan de la regla general. Tales son en primer lugar las que estan anejas á la misma persona. En igual caso está la accion directa, como inseparable del que la tiene, por lo cual, solo se puede ceder su ejercicio. Tampoco puede cederse lo siguiente: el derecho de usufructo, ni la accion al usufructo no constituido; aunque sí los frutos y comodidad que de él resultan: el privilegio ó merced concedido á la persona: el uso ó derecho que los vecinos tienen en los pastos de las dehesas del pueblo: el de elegir á alguno para su propia utilidad, v. gr. á la sucesion de mayorazgo ó capellanía &c.; pero sí el que toca á la privativa del mismo elector en virtud de legado ó estipulacion: el de retracto de consanguinidad á extraño, aunque ningun pariente haya, porque es personal y no admite representacion; ni al consanguíneo remoto en perjuicio del próximo: el de comunion, sino que sea con la parte que tiene el socio cedente: el convencional en caso que se haya pactado que solo el vendedor, y no otro, ha de poder retraer la finca vendida con él, y no de otra suerte: el de prelacion para administrar los bienes del ausente que compete al consanguíneo: los derechos que tiene el señor del dominio directo, excepto que sea juntamente con este, mas no si lo retiene: el que compete al dueño para expeler de su casa al inquilino à fin de habitarla por sí: el de pri-

1 Ley *Si pro jure*, 7. §. 1. ff. *de condition. furtiv.*

mogenitura y de suceder en el mayorazgo, sino á favor del inmediato; pero sí sus frutos y rentas por la vida del poseedor cedente: el de sociedad sin consentimiento de los consocios, pues no pasa á los herederos del socio como en su lugar dejo sentado: el que compete à la muger para repetir su dote, durante el matrimonio, por ir empobreciendo su marido: el de los alimentos futuros sin que intervenga aprobacion judicial cuando se deben en virtud de testamento; pero si cuando provienen de contrato: la potestad de usar de horca y cuchillo: el rescripto: el derecho de entrar ò mezclarse en los bienes: la accion hipotecaria sin la personal: la facultad de declarar y jurar: el derecho de acusar á alguno por delito privado: el de exigir la alcabala sin consentimiento del Soberano que concedió el privilegio: la accion contra el fiador sin la principal: los derechos litigiosos deducidos en juicio: el revocar la donacion por ingratitud: el pacto de que se esté al juramento del acreedor acerca de los daños ó intereses: el derecho que compete á alguno contra el comun: el de edad: la accion popular: ni otras que recopilan los autores (1). Se previene que la cesion de acciones hecha en favor de persona poderosa ò enredadora es nula por derecho, si no se hiciere en última voluntad; y si el cedente la hace con dolo pierde las acciones cedidas (2).

9. Cuando las palabras con que está concedida la cesion ò renuncia se limitan al tiempo en que se hace, que es el de presente, no se comprenden en ella los derechos futuros, antes bien se circunscribe á los que entonces tiene el que la constituye (3). Lo mismo procede cuando la cesion, renuncia y remision no se refieren especialmente al tiempo presente ni futuro, sino que se hacen simplemente, pues no se entienden remitidos, cedidos ni renunciados los derechos futuros, ó futuras sucesiones. Y si las acciones se ceden simplemente, se entienden cedidas tambien las que el acreedor tiene contra el deudor á dia cierto, ó por contrato condicional (4). Pero si la cesion se hace generalmente de todos los derechos que el cedente tiene y espera tener, se comprenden en ella los futuros que le corresponden por causa pasada y de presente, mas no los que espera recaerán en él por la sobreviniente ó de futuro (5), ex-

1 Tiraquel. *de retr. lin.* lib. 1. §. 26. Olea *de cess. jur.* tit. 3 quæst. 13.

2 Leyes 30. tit. 2. y 15. 16 y final, tit. 7. Part. 3. Aviles in cap. *Pretor*, 3. en la palabla *Procuradores*.

3 Surd. cons. 152. num. 24 y 246.

4 Aflict. decis. 353. num. 5. Tesaur. decis. 235. Olea tit. 3. quæst. 10. cit. num. 16 al 20.

5 Gallerat. decis. 32 y 33.

cepto que de su voluntad aparezca lo contrario (*). Y lo propio milita en la renunciacion general y en la liberacion (1), en el legado general y usufructo de todos los bienes, y en el mayorazgo instituido en ellos (2).

10. El poder en causa propia con cesion de acciones puede hacerse por dos motivos: 1.° por título oneroso, quedando obligado el cedente ó poderdante á la eviccion y saneamiento de la deuda, para satisfacer su importe al cesionario, en caso que sea incobrable: en cuyos términos no solo puede ser compelido á reintegrarle de ella, sino de los gastos y costas que se le causen en las diligencias que practique para su exaccion; y 2.° por título lucrativo y gracioso, y es cuando sin haber recibido, ni tener esperanza de recibir cosa alguna del cesionario, le cede voluntariamente las acciones y derechos que tiene à la deuda por su cuenta y riesgo, que la cobre ó no, sin quedar obligado à la responsabilidad; y esta será cesion graciosa, ó por mejor decir donacion, porque procede de mera liberalidad del cedente.

11. En este contrato para su firmeza se requieren á lo menos siete circunstancias esenciales: 1.ª que la deuda que se cede, sea del cedente; 2.ª que si lo que motiva la cesion, es contrato oneroso, v. gr. préstamo, se mencione en ella, y siendo esta la causa, que se exprese tambien, y sea justa, verídica, y no simulada, pues de lo contrario habrá nulidad (3); 3.ª que si interviniere dinero al tiempo de su otorgamiento, dé el escribano fe de su entrega, y el cedente al cesionario los títulos que legitimen su derecho contra el deudor, y no teniéndolos en su poder, se obligue á dárselos dentro del término que se prefina; 4.ª que confiera el cesionario amplio poder para demandar judicialmente en via ejecutiva ú ordinaria, segun mejor le convenga, el débito, y seguir en todas instancias y tribunales los recursos conducentes á la consecucion de su cobro, y de las costas y perjuicios que se le irroguen, cediéndole para ello sus acciones útiles, ó el ejercicio de las directas y las demas que le competen, y puede ceder sin reservacion, constituyéndole procurador actor en su misma causa y negocio (que se llama asi

* Derechos futuros por causa de presente se llaman aquellos en que la obligacion existe aun cuando no pueda todavía verificarse su efecto, como *á diacierto*. Derechos futuros por causa de futuro son los que solo existen en esperanza, como la sucesion que alguno puede dejar á otro.

1 Surd. decis. 169. num. 13, y cons. 167. num. 16. Cancer. part. 3. *Var.* cap. 15. num. 132. Vele disert. 8. num. 6.

2 Castill *de usufruct.* cap. 44. Olea quæst. 10 num. 22 hasta el fin.

3 Ley 61 tit. 18 Part. 3. Olea *de cess. jur.* tit. 1. quæst. 4. num. 8 y sig. y tit. 8. quæst. 1.

aquel à quien el dueño cede las acciones útiles, ó el ejercicio de las directas), advirtiendo que si carece de este requisito la cesion, y el deudor se resiste à su paga, quedará frustrada, y será ineficaz por defecto de potestad para apremiarle judicialmente á su solucion; 5.ª que contenga las cláusulas generales de todo poder; 6.ª que el cedente declare no tener cedida, cobrada ni remitida la deuda, y se obligue à no hacerlo, ni revocar la cesion, asi en cuanto á las cesiones útiles, como al ejercicio de las directas, pues puede cederle solamente aquellas que son el fin de la cesion, y no estas, por lo que conviene que las ceda todas; 7.ª que obligue su persona (si no goza de fuero) y bienes à su observancia, y se inserte la cláusula guarentigia, y de sumision y renunciacion, como en todas las escrituras sobre pactos que producen obligaciones. Y por último que si lo quiere asi el cedente se interponga juramento en ella.

12. Si la cesion es remuneratoria, ò hecha por contrato oneroso de venta, dacion en pago ú otro de esta clase, debe contener á mas de las cláusulas explicadas, la de eviccion y saneamiento, y esta no solo ha de ser por lo respectivo á la certidumbre del crédito (pues puede ser cierto, y no efectivo ni cobrable), sino ampliarse á la solucion de la parte que salga fallida é incobrable; y asi el cedente se ha de obligar á que será cierto, efectivo y cobrable, y que no siéndolo total ó parcialmente, pagará al cesionario todo lo que no pueda cobrar, y las costas, gastos y perjuicios que por esta causa se le irroguen. Asi quedará seguro el cesionario; pero los contrayentes pueden pactar del modo que gusten (1). Es tambien del caso que el cedente se obligue á entregar à sus expensas al cesionario el instrumento original que legitime el crédito ó cosa que le cede, pues no basta que exprese ante quién está formalizado (2); y si le cede solamente parte ó mitad de alguna cosa, quedándose él con la restante, debe darle una copia del instrumento original con la competente, y quedarse con este, porque en igual caso es mejor la condicion del poseedor.

13. Si el cesionario se da por satisfecho con el deudor en quien se delega la deuda, queda el cedente libre è indemne de responsabilidad, aun cuando la cesion sea remuneratoria ú onerosa, en cuyo caso se expresará asi en la escritura; pues de omitir esta circunstancia, será à cargo del cedente la eviccion y sa-

1 Ley 64. tit. 18. Part. 3.
2 Olea tit. 7. *de cess. jur.* quæst. 1. num. 13.

neamiento. Tambien lo será en el caso de obligarse á ello expresamente, y no menos cuando al tiempo de otorgarse la cesion no era idóneo el deudor para pagar la deuda, y lo ignoraba el cesionario (1); pero este debe probar su ignorancia. Conviene advertir ademas, que el descuido del mismo es reclamar la deuda en tiempo que el deudor era abonado, no debe redundar despues en perjuicio del cedente. Y si aquel niega la deuda, ó tiene sobre ella pleito con el cesionario, deberá este notificar al cedente à fin de que salga á defender su derecho, pues de lo contrario no podrá reclamar la eviccion.

14. La cesion onerosa ò remuneratoria es irrevocable; pero la que se hace por pura liberalidad puede revocarse, á excepcion de los casos siguientes: cuando se obliga el cedente à no revocarla; cuando el cesionario ha requerido al deudor con ella, ó se ha instaurado pleito entre los dos; y finalmente cuando se ha dado principio á la cobranza del débito por el cesionario.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

ESCRITURA DE CESION REMUNERATORIA, QUE SUELE LLAMARSE OBLIGACION Y CESION EN CAUSA PROPIA.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Juan Rodriguez, que lo es de tal parte, le prestó tantos mil reales de vellon en dinero sin interes alguno (como lo jura en forma, de que doy fe), y por no parecer de presente su entrega, renuncia la excepcion que por esto da la ley 9. tit. 1. Part. 5. que de ella trata, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo, que da por pasados como si lo estuvieran, y otorga à su favor el resguardo mas eficaz que à su seguridad conduzca: en su consecuencia se obliga à satisfacérselos en una sola partida, y buena moneda de plata ú oro corriente, y no en otra cosa ni especie, el dia tantos de tal mes y año, y ponerlos en su poder por su cuenta y riesgo sin pleito ni cuestion alguna; y para que se reintegre de ellos en caso de que se imposibilite para entregárselos al dia prefinido, se los libra y consigna en Antonio Alvarez, vecino de tal parte, su deudor por tal razon (ó en tal cosa ó efecto), y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y facultad de sustituirlo, para que en su nombre

1 Ley 16. tit. 20. lib. 3. Fuero Real. *Gar. Filip. Com. terr.* lib. 2. cap. 6. n. 29 y sig.

ó en el del otorgante los pida, reciba y cobre del enunciado Antonio, formalizando à su favor los recibos y cartas de pago congruentes con las firmezas necesarias, y si fuere preciso comparezca en juicio, y haga en los tribunales superiores é inferiores todos los pedimentos, actos, autos, diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y el otorgante practicaria, hasta conseguir plenamente su cobro, á cuyo fin le constituye procurador actor en su propia causa y negocio, y en su lugar, grado y prelacion con subrogacion en forma. Se desiste y aparta del derecho que á ellos tiene; le cede todas las acciones que le competen para que use de ellas á su eleccion; aprueba y ratifica cuanto ejecute: quiere sea tan subsistente como si por sí mismo lo hiciera, y que todos los autos y diligencias que contra el citado deudor se practiquen, le perjudiquen, como si con su propia persona se siguieran, sustanciaran y determinaran; y se obliga igualmente á la eviccion, seguridad y saneamiento del expresado crédito, y à que será cierto, efectivo y cobrable dentro de tanto tiempo; pero si lo contrario sucediere, ó se difiriere su cobranza, constando alguna de estas cosas por diligencia judicial, le pagará incontinenti su importe ó lo que de este deje de percibir, y todas las costas, gastos, perjuicios y menoscabos que se le irroguen con sola su relacion jurada, ó de quien le represente, sin mas prueba de que le releva, por todo lo cual se ha de poder despachar ejecucion y apremio contra él; y en estos casos queda de su cuenta, cargo y riesgo su cobranza, y no de la del acreedor. Declara tambien no tenerlo cedido, cobrado ni remitido, y se obliga à no cederlo, disponer de él en manera alguna, ni revocar total ni parcialmente esta cesion, y si lo hiciere, á mas de ser nulo, consiente que por el mismo hecho se le estreche y compela à su solucion por todo rigor legal, y condene en *tanto*, que por pena se impone, para que se le exija y entregue al acreedor, y no se le admita excepcion, pues renuncia todas las que le favorezcan, y quiere que se haga saber esta cesion al mencionado Antonio para que la acepte, y le conste, y á nadie mas pague ni reconozca por dueño de dicho crédito que al referido Juan Rodriguez. Y al cumplimiento de todo lo expresado obliga su persona y bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes &c.

Notas. 1.ª A esta escritura llaman vulgarmente: *Poder y cesion en causa propia*: y unos la ordenan dando primero el poder al cesionario, confesando luego la deuda, y poniendo despues la cesion; y otros empiezan por esta, prosiguen con la con-

fesion, y concluyen con el poder: y aunque de todas maneras no se varía ni debilita la sustancia y vigor del instrumento, he tenido por mas conveniente extenderla segun queda, porque el orden natural y regular es contraer la deuda por el recibo del dinero prestado, ú otro motivo, que es la causa de la cesion: luego, que se obligue el deudor á su satisfaccion, como lo queda natural y civilmente por el mismo hecho de contraerla, no teniendo prohibicion legal para tratar y contratar; y despues, que el deudor dé á su acreedor el poder para su cobranza y reintegro, que es el fin de la cesion, para lo cual le cede sus acciones, subrogándole en su lugar y prelacion; pues el dar primero el poder y hacer la cesion, es bueno cuando no se contrae la deuda en el acto del otorgamiento, sino que consta por instrumento anterior, ó la cesion es graciosa, mas no cuando se contrae en el mismo acto, ó por no constar el instrumento la confiesa el deudor y se obliga á pagarla.

2.ª Si el crédito procede de vale ó escritura, debe entregarla el cedente al cesionario en el acto del otorgamiento, como título legítimo de pertenencia, y de su entrega dará fe el escribano; pero sino, se obligará á entregárselo dentro del término que estipulen, y en caso de tenerla ya en su poder, se expresará y dará por entregado de ella (y esto mas contendrá la escritura): si el cesionario se contenta con el crédito ó deudor en quien se le libra y consigna el pago, y el cedente no se obliga á eviccion, tomará aquel en sí el riesgo y peligro que haya en su cobranza, dando á este por libre é indemne de su responsabilidad en la aceptacion de la cesion, la que firmará tambien si sabe; y si no, un testigo por él á su ruego.

PODER Y CESION EN CAUSA PROPIA GRACIOSA.

En *tal* parte, á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Fernandez, vecino de ella, dijo: que otorga y confiere todo su poder cumplido, y tan bastante como por derecho se requiere, á Antonio Lopez, que lo es de *tal* lugar, para que haya, perciba y cobre para sí judicial ó extrajudicialmente *tantos* reales de vellon, que Fulano, vecino de él, le está debiendo por escritura que otorgó á su favor en *tal* parte, *tal* dia, mes y año, ante *tal* escribano, y de lo que recibiere, formalice á su favor los resguardos necesarios con fe de entrega, ó renunciacion de sus leyes, y con otras firmezas convenientes; pues los aprueba y ratifica, como si por sí propio los otorgara;

y si fuere preciso, comparezca en juicio, y hasta conseguir plenamente su cobro, haga cuantos pedimentos, actos, autos y diligencias practicaria el otorgante por sí mismo, sin limitacion, en todos los tribunales superiores é inferiores, para lo cual, y disponer del referido débito á su arbitrio, le confiere el mas eficaz poder que necesite, con libre, franca y general administracion, incidencias, dependencias, anexidades y facultades de sustituirlo en quién y las veces que le parezca, revocar los sustitutos y elegir otros; le cede sus acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que le competen y puede ceder; le constituye procurador actor en su propia causa y negocio, y pone en su lugar, grado y prelacion con subrogacion en legal forma; y le entrega á mi presencia, de que doy fe, la escritura de obligacion original, como documento legítimo de pertenencia del enunciado crédito, à fin de que use de ella, con esta cesion, como le convenga; previniendo que queda de su cuenta, cargo y riesgo, y no de la del otorgante, cualquiera falencia que haya en el cobro de la expresada cantidad, mediante cederséla por mera liberalidad, y no por otro motivo; y declara que la expresada deuda es cierta, que no la tiene cedida ni remitida, y se obliga à no cederla, remitirla, ni revocar total ni parcialmente esta cesion, y si lo hiciere, quiere que no valga ni se admita en juicio ni fuera de él, y que por lo mismo sea visto haberla aprobado y ratificado. Y al cumplimiento de este obliga sus bienes &c.

CAPITULO VIGESIMOQUINTO.

De los contratos innominados, y en especial de la transaccion y del contrato de obra.

§. 1. ¿Cuales contratos se dicen innominados, y que está dispuesto por derecho acerca de ellos?
2. ¿Que cosa es transaccion, y porque se trata de ella en este lugar?
3. La transaccion ha de recaer forzosamente sobre asunto dudoso ó litigioso.
4. Puede celebrarse empezado el litigio ó antes, y tiene vigor de cosa juzgada.
5. Las causas matrimoniales no admiten transaccion; pero sí los esponsales de futuro.
6. Sobre las disposiciones testamentarias no puede transigirse antes que se abra el testamento.
7. Acerca del delito de adulterio no cabe transaccion pecuniaria.
8. Causas por qué puede revocarse la transaccion.
9. Puede hacerse juramento en el contrato de transaccion como en los demas, para su mayor estabilidad y firmeza.
10. Cosas que deben expresarse en la escritura de este contrato.
11. Del contrato de obra.
12. Requisitos necesarios para que se tengan por bien hechos los edificios.
Escritura de transaccion.
Escritura de contrato de obra.

1. Contratos innominados se dicen todos aquellos que no son conocidos en el derecho por una denominacion particular. Como no es posible que las leyes alcancen á designar individualmente la multitud de casos diversos sobre que pueden mediar convenios obligatorios, los han clasificado en estas cuatro especies: *doy para que des*; *doy para que hagas*; *hago para que des*; *hago para que hagas* (1). Es ocioso poner ejemplos de ninguna de dichas especies, pues á cualquiera le ocurrirán varios, y en especial de la segunda, que es la mas abundante por comprender todas las obligaciones contraidas con artífices, jornaleros, criados y menestrales en el ejercicio de sus respectivas profesiones. Bastará decir lo que el derecho establece en general, y se reduce á que el contrayente que por su parte ha cumplido, tiene accion á elegir una de dos cosas, á saber: ó que el otro cumpla

1 Ley 5. tit. 6. Part. 5.

tambien con la suya lo estipulado, ó que le resarza cuantos daños y perjuicios ha sufrido por su falta de cumplimiento. En este caso debe ser creido por su juramento, y el juez con arreglo à antecedentes debe hacer la justa regulacion (1).

2. El orden pide que tratemos aqui de la transaccion ó concordia, porque, segun la opinion de célebres jurisconsultos, se tiene por un contrato innominado (2), y ciertamente aunque tiene nombre no explica su naturaleza y objeto, pues recayendo unas veces sobre asuntos litigiosos, otras sobre contratos ó herencias que ofrecen dudas, suele producir enagenacion de alhajas, dinero ó acciones, revistiéndose de las formas de todos los contratos, sin pertenecer en realidad à ninguno. Consiste pues la transaccion *en un convenio que dos ó mas personas celebran entre si, decidiendo por él un asunto dudoso ó pleito pendiente, dando ó remitiendo la una á la otra alguna cosa.* Esta última circunstancia es lo único en que se diferencia de la *amigable composicion* que debe ser gratuita, aunque en la práctica se usan entrambas voces indistintamente.

3. La transaccion para ser válida ha de recaer sobre cosa ó negocio cuya pertenencia ofrezca dudas, siendo nula por lo mismo si alguno de los contratantes sabe que no le asiste derecho á ella. Por lo mismo si la transaccion recae sobre asunto litigioso, es necesario que se presente dudoso, y el éxito esté pendiente, porque si ha mediado sentencia ejecutoriada, no há lugar à transigir. Si á pesar de esto se celebra la transaccion, puede reclamar cualquiera de los contrayentes la cosa ó cantidad de que en su virtud se haya desprendido (3). Sin embargo, cuando la transaccion precede á la sentencia, ó á alguna ley ó pragmática, es firme y valedera, sin que por estas ocurrencias se haga innovacion en aquello que ya está transigido. Tambien es requisito indispensable en la transaccion que los contrayentes no reserven en si derecho alguno á la cosa que se transige, ni queden obligados á su eviccion, pues ya ha de ser de cuenta y riesgo del que en fuerza de este contrato adquiere su dominio. Pero tiene lugar la eviccion acerca de las cosas no litigiosas que hayan podido darse por via de indemnizacion el uno al otro.

4. La transaccion se puede celebrar antes ó despues de empezado un pleito, pues su objeto es impedir litigios. De aqui

1 Dicha ley 5.
2 Greg. Lop. en la misma ley 5. glos.
3 Leyes 107. ff. *de reg. jur.* y 32. tit. 34. Part. 7.
4. Valeron *de transact.* tit. 1. quæst. 3 y 4.

es que una vez hecha, tiene fuerza de cosa juzgada, y ninguno puede remover el negocio transigido si el otro lo repugna, aun cuando alegue haber encontrado nuevos documentos con que probar su derecho. Lo único que destruye la transaccion es el dolo, pues este jamas debe redundar en beneficio del que lo comete, y asi el que alegare haberlo habido por parte de su colitigante será oido, y si lo probare se declarará nula la transaccion.

5. Hay sin embargo negocios dudosos y pendientes que no pueden transigirse. Tal es toda causa matrimonial por versar sobre un vínculo indisoluble por ley divina, y que por tanto no depende de la voluntad de los hombres (1): asi debe decidirse con arreglo á derecho por el juez eclesiástico competente (2). Los esponsales de futuro admiten transaccion por depender únicamente del libre asenso ó disenso de los interesados.

6. Tampoco puede haber transaccion sobre los alimentos y otros legados que deja dispuestos un testador sin que previamente se abra el testamento ó codicilo, y consten sus disposiciones á los interesados. Tambien es nula cualquiera transaccion acerca de la herencia sin el mismo requisito, ó si se celebrase antes de los nueve dias siguientes al fallecimiento del testador.

7. Tampoco cabe transaccion pecuniaria en el delito de adulterio; pero puede muy bien el ofendido apartarse de la acusacion voluntariamente (3). Otros delitos hay en que es permitida por nuestras leyes, y que se omiten por no pertenecer á este tratado sino al de práctica criminal.

8. La transaccion hecha puede revocarse por cinco causas: por dolo o falsedad cometida en ella, aunque haya intervenido juramento; mas solo puede pedir la revocacion la parte agraviada: por error sustancial, el cual siempre quita el consentimiento: por fuerza ó miedo grave: por cuenta errada, á menos que la transaccion verse sobre este yerro: y por lesion enormísima. Hay sin embargo autores que creen no poder revocarse la transaccion por esta causa (4). En todo caso el que pide la revocacion debe empezar por restituir á su contrario lo que percibio de este en virtud del referido contrato (5).

9. Asi como permite una ley recopilada (6) hacer juramento

1 Math cap 19.
2 Cap 12 *de exces. prelat.*
3 Ley 22. tit. 1. Part. 7.
4 Ferrar. *Biblioth.* verb. *Transact.* num. 29. Parlad. *differ.* 41, num. 8.
5 Molin. *de primog.* lib. 4. cap. 9 num. 41.
6 Ley 7. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

en los contratos que para su mayor estabilidad y firmeza lo requieren, y son los de menores, mugeres casadas, clérigos por lo que toca á ellos, aunque intervengan legos, los de concejos, iglesias, hospitales y comunidades eclesiásticas y seculares, y los de compromisos, venta, donacion, dótes, arras y otro cualquiera de enagenacion, no obstante que los celebren seglares; asi tambien puede hacerse en el de transaccion, sean ó no legos y mayores de veinticinco años los contrayentes, sin que el escribano incurra en pena por ello, porque la transaccion es especie de enagenacion, queda mas firme con el juramento, y el infractor incurre en la infamia de derecho (1). Pero el escribano siempre que pueda omitir el juramento, omítale aun en los contratos en que se le permita hacer; pues sin embargo de que quedan mas firmes con él, lo resiste nuestro derecho, que tiene prescritas las cláusulas correspondientes à cada contrato para su estabilidad segun su naturaleza, y se cierra la puerta al juez eclesiástico para que no se entrometa en negocios meramente seculares con motivo del juramento, evitándose ademas los perjurios y otras funestas consecuencias que diariamente se experimentan.

10. La escritura de transaccion debe contener para su firmeza los nombres de los contrayentes; una sucinta pero puntual relacion de sus pretensiones, y si hay pleito qué estado tiene y ante qué juez pende; las condiciones y forma del convenio con que se hace la transaccion; despues se debe declarar por bien hecha, y que en ella no interviene lesion ni dolo: renuncia mutua de los contrayentes de toda accion que les corresponda, bien sea por lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, bien por hallarse nuevos instrumentos, bien por error de cálculo, ú otro motivo, cediéndose y remitiéndose mutuamente su importe. Por último deben dar por nulo el pleito, si le hubiese, obligándose á observar puntualmente la transaccion, è imponiéndose pena convencional contra el que contravenga á ella ó la reclame, sin que por el pago de dicha pena deje de llevarse á efecto en todas sus partes. Al fin se insertará la renuncia de leyes como en todo contrato (*).

1 Ley 4. tit. 6. Part. 7.

* En las ediciones anteriores de Febrero, se trata en un mismo capítulo de las transacciones y de los compromisos, como si tuviesen un íntimo enlace la composicion que hacen dos personas, dando ó remitiendo algo la una á la otra, y el convenio en que los litigantes dan facultad á una ó mas personas para que decidan sus pretensiones ó controversias. Este pacto es muy diverso del primero y como que de él dimana el nombramiento de los árbitros para decidir un litigio dudoso, es materia que pertenece al tratado de juicios, y así

11. Entre los contratos innominados comprendidos en la denominacion *doy para que hagas*, conviene hacer particular mencion del que se celebra con un arquitecto para la construccion de un edificio por ser tan fuerte como trascendental.

12. Los edificios que hacen los arquitectos ó maestros de obras han de durar despues de concluidos quince años sin arruinarse para que se tengan por bien hechos, y si antes se hunden ó falsean, tienen contra sí la presuncion legal de estar mal construidos; en cuya atencion, no proviniendo la ruina de terremoto, rayo, avenida ú otro caso fortuito, deben ellos ó sus herederos reedificarlos á su costa y pagar á su dueño los daños (1). Mientras se fabrican y despues de finalizados puede su dueño hacerlos reconocer cuantas veces quisiere por peritos de su satisfaccion, y si declaran que estan fabricados falsamente, se deben demoler y volver á edificar á costas del maestro. Ademas no pueden estos alegar lesion ni engaño en obra que hayan tomado á destajo, ó en almoneda por lo respectivo á su oficio, ni sobre ello han de ser oidos, porque como inteligentes tienen obligacion de saber su valor (2). Las escrituras de contratos de obra consisten en condiciones de los contratantes; y así nada mas tiene que hacer el escribano que extenderlas con claridad, segun el modelo ó plantilla que va inserta al fin de este capítulo (3) (*).

ESCRITURA DE TRANSACCION.

En *tal* villa, á *tantos* de *tal* mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro y Juan de tal, vecinos de ella, dijeron: que con motivo de haber administrado este diferentes bienes de aquel, resultando contra él en la cuenta final que le dió algunos agravios, que ascendieron á tantos mil reales, y resistiéndose á satisfacerlos, le puso demanda en tal dia, mes y año, ante tal juez y escribano, pretendiendo que se declarasen por legítimos los agravios, y se le condenase á la solucion de su importe, de que se le comunicó traslado (*Aquí proseguirá concisamente la relacion de los autos hasta el estado que tengan.*), como mas

se ha trasladado esta doctrina al lib. 3. tit. 1. cap 3. donde se trata de los árbitros de derecho y arbitradores.

1 Ley 21. tit. 32. Part. 3.

2 Ley 16. tit. 8. Part. 5.

3 Ley 4. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

* En la Real provision de 5 de enero de 1801 se prescriben los requisitos ó circunstancias que han de tener los arquitectos y maestros de obras, y cuáles han de preceder á la aprobacion de los diseños y planos para obras públicas.=En orden á la denuncia de nueva obra véanse los párrafos 18 hasta el 22 del cap. 2. tit. 1. lib. 3, en que se trata de los interdictos.

por extenso consta de los autos relacionados, á que se remiten; y teniendo presentes los perjuicios, gastos y dilaciones que han experimentado; considerando cuanto mayores se les pueden ocasionar en su prosecucion, y deseando evitarlos, deliberaron terminar y finalizar dichos autos, para lo cual tuvieron varias sesiones y conferencias, y mediaron personas caracterizadas, y en vista de las razones y fundamentos en que afianzaban su intencion, quedaron conformes en formalizar esta escritura; y para que tenga efecto el convenio estipulado, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, enterados del que les compete, y dando por cierto y verídico el anterior exordio, de su libre y espontánea voluntad = Otorgan que transigen las pretensiones instauradas, y se ajustan, convienen y conforman en la siguiente.

Aquí se han de poner con la mayor claridad las condiciones, modo y forma del convenio; lo que uno da al otro, ó le remite; y si la entrega es de presente, dar fe de ella; y si no, expresar los plazos ciertos á que lo ha de pagar; y luego proseguirá la escritura.

Con estas condiciones y calidades transigen sus acciones y pretensiones; y declaran que en esta transaccion no hay dolo, error sustancial ni de cálculo, ni tampoco lesion ni engaño: y en el caso de que lo haya, del que sea en mucha ó poca suma, se hacen mutua gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, con insinuacion y demas firmezas á su seguridad congruentes, y renuncian la ley 2. tit. 1. lib. 10 Nov. Rec. que trata de la lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, los cuatro años que prefine para rescindir el contrato ó pedir suplemento á su justo valor, que dan por pasados como si lo estuvieran, y las demas leyes que permiten se anulen las transacciones por dolo, error sustancial ó de cálculo, ignorancia, lesion enormísima, coaccion y miedo grave que cae en varon constante, hallazgo de nuevos instrumentos, ó por otro motivo ó excepcion legal para que jamas les favorezcan, mediante no intervenir cosa alguna de las susodichas en esta transaccion ni otra de las reprobadas por derecho, y ser igual y útil á ambos otorgantes en todas sus partes, como lo confiesan. Se desisten, quitan y apartan de cualquier derecho que puedan tener y pretender uno contra otro: se lo condonan y remiten, ceden, renuncian y traspasan íntegramente con las acciones reales,

personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que les competen sin la menor reserva: dan por rotos, nulos y cancelados los autos relacionados para que ningun efecto obren, como si no se hubieran suscitado ni movido, y por extinguidas, dirimidas y enteramente fenecidas las pretensiones instauradas: se obligan à observar exacta é inviolablemente esta transaccion y á no oponerse à ella, reclamarla, contravenirla, ni intentar nueva accion contra dicha cuenta por la cantidad referida ni por otra, aunque contenga mas agravios, ó sean menos de los propuestos; y si lo hicieren, à mas de no ser oidos ni admitidos judicial ni extrajudicialmente, sino antes bien condenados en costas, como quien pretende lo que no le toca, sea visto por el mismo hecho haberlo aprobado y ratificado con mayores vínculos y firmezas, y para su mayor y mas puntual observancia, se imponen recíproca y convencionalmente la pena de *tantos* mil reales, en que desde ahora se dan por incurridos y condenados irremisiblemente, y quieren que se exija al infractor tantas cuantas veces se apartare total ó parcialmente de esta transaccion, y que se le compela por todo rigor, no solo à la solucion de la pena, costas y daños que al obediente se irroguen, y haga constar por su relacion jurada sin otra prueba, de que se relevan, sino al cumplimiento de todo lo pactado; pues que se cobre ó no la pena, ó graciosamente se remita, se ha de llevar à pura y debida ejecucion, y ser firme y eficaz, irretractable é irrescindible esta transaccion en todas sus partes, á cuyo fin se conforman con lo que disponen la ley 34 tit. 11. Part. 5. en su segunda parte, y la 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., y para ello dan su poder à los señores jueces &c. *Aquí se pondrá la obligacion general de bienes, cláusula garentigia, sumision y renunciacion de leyes que en otros contratos, y* (si los interesados quisieren) *el juramento para la mayor estabilidad de la transaccion; y no habiendo pleito pendiente, no se hablará de él ni de la cancelacion de autos.*

ESCRITURA DE CONTRATO DE OBRA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino y maestro alarife en ella, dijo: que Don Antonio de tal, de la propia vecindad, tiene resuelto fabricar una casa en tal calle, y para verificarlo le mandó hacer los planos que vió y aprobó: trataron de ajuste, y se convinieron en las siguientes condiciones.

Aquí se pondrán con claridad las condiciones que los imteresados quisieren, y luego proseguirá la escritura.

Con estas calidades y condiciones se obliga el otorgante á construir perfectamente segun arte, y con arreglo á los planos aprobados y firmados por dicho Don Antonio, de que ambos tienen copia, la citada casa, y concluirla para tal mes de tal año. Concluida que sea la han de reconocer dos maestros elegidos por ambos otorgantes, y si no estuviere arreglada en todo á los planos y condiciones, será compelido el otorgante á demolerla y reedificarla á su costa, y lo mismo se ha de poder practicar mientras la ejecute, tantas cuantas veces suceda, sin que por eso se le deba abonar cosa alguna, ó buscar el dueño de ella, á costa de dicho maestro, otro de su satisfaccion que la construya; en cuyo caso, y en el de no concluirla al tiempo estipulado, han de ser de cuenta del otorgante los alquileres que pueda rentar, y daños que á su dueño se irroguen, con arreglo à la ley 21. tit. 32. Part. 3. Y si, no teniendo permiso por escrito de este, fabricare algo mas en ella para su mayor comodidad y lucimiento, ya sea en mucha ó poca suma, no ha de poder demolerlo, llevarlo, ni pretender paga ni remuneracion con pretexto de mejoras ni otro motivo, porque se les priva y prohibibe expresamente, sino antes bien ser visto haber querido cederlo y donarlo á su dueño, como por la presente se lo cede y dona graciosa é irrevocablemente con las firmezas convenientes, desistiéndose y apartándose del derecho que à ello pudiera tener; y si lo intentare, quiere ser repelido y condenado como el que se entremete y fabrica en heredad agena contra la voluntad de su dueño, y perderlo enteramente, segun lo dispone la ley 42. tit. 28 de la misma Partida. Tampoco ha de dejar de concluirla con pretexto de que en el intermedio se encarecieron los materiales, ó que no ha visto y reconocido bien el sitio, y que por estas ú otras causas fue leso y engañado; pues renuncia cualesquiera leyes que le favorezcan, y quiere que se ejecute lo que manda la ley 4. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., y que à todo se le compela por la via mas breve y sumaria que haya lugar, como igualmente à la solucion de las costas que se causen al Don Antonio, cuyo importe y el de los daños referidos, defiere en su relacion jurada, y le releva de otra prueba. Y el mencionado Don Antonio, que está presente, bien enterado de esta escritura, dijo: que acepta en todo y por todo el contrato y obli-

gacion hecha por el mencionado Francisco Lopez, y en su consecuencia se obliga á satisfacerle puntua'mente en buena moneda de plata ú oro, y no en otra cosa ni especie, à los plazos en tal condicion pactados, la cantidad que en cada uno debe pagarle; y no lo haciendo, ha de tener facultad el maestro, como desde ahora se le da, para cesar en la obra hasta que se la entregue, y no ser de su cuenta, sino de la del dueño, los daños que por su morosidad se le irroguen. Concluida que sea, resultando por el reconocimiento de los dos peritos estar segun arte, y con la seguridad, perfeccion y distribucion que contienen dichos planos, le ha de satisfacer incontinenti el resto para completar los tantos mil reales en que está ajustada, y à ello poder ser apremiado en iguales términos; y si con permiso por escrito del otorgante hiciere algunas mejoras ó aumentos, ó mudare algo de dicha planta que tenga mas costo, le ha de pagar tambien el exceso que se estime por ambos peritos. Asimismo se obliga à no quitársela, mandarla construir à otro maestro, ni pretender descuento ni moderacion del enunciado precio, aunque encuentre quien se la haga por menos; y si lo intentare, á mas de no ser admitido en tribunal alguno, se le compela ejecutivamente á observar este contrato sin alteracion ni tergiversacion; y ambos se obligan respectivamente á su cumplimiento con todos sus bienes, muebles, raices, presentes y futuros; dan amplio poder &c.

CAPITULO VIGESIMOSEXTO.

De los cuasicontratos.

§. 1. ¿Cuales se llaman cuasicontratos? De la administracion de bienes agenos sin mandato del dueño.
2. ¿Que especie de expensas debe abonar este al administrador voluntario?
3. La doctrina del párrafo antecedente tiene lugar tambien cuando el administrador voluntario maneja bienes de otro administrador ausente.
4. ¿Que culpa debe prestar el administrador voluntario, segun la diversidad de casos que pueden ocurrir?
5. ¿Cuando no tiene derecho el tal administrador á reclamar expensas?
6. Sobre el mismo asunto.
7. La tutela y curaduría pueden considerarse igualmente como cuasicontratos.
8. La misma clasificacion corresponde á la comunion de bienes, que no procede del contrato de compañía.
9. La adicion ó aceptacion de la herencia es otro cuasicontrato.
10. Tambien se considera tal la paga indebida.
11. Sobre varias pagas que no pueden repetirse.

1. Llámanse cuasicontratos ciertos hechos honestos que se parecen á los contratos en los efectos que producen, y por eso se les da aquel nombre. Uno de ellos es la administracion de bienes agenos sin orden de su dueño, pues mediando esta habria contrato. Habla de él la ley 26. tit. 12. Part. 5, estableciendo que en el caso de que alguno, por amistad ó parentesco, se encargase del cuidado de los bienes de algun ausente, gastando en ello intereses propios, utilizándose de los productos, debe el dueño abonar al administrador lo que hubiese invertido en beneficio y cultivo de las heredades, y este darle cuenta de sus frutos con la correspondiente rebaja, del mismo modo que si hubiese verdadero mandato.

2. Las expensas que deben rebajarse del producto de la heredad son no solo las necesarias para su conservacion y cultivo, sino las que se hicieren para mejorar la finca, en términos, de que si el administrador creyó de buena fe que algunas obras redundarian en utilidad de los bienes, y despues se vió que no era asi, debe sin embargo abonarlas el dueño (1). Esta doctrina

1 Leyes 26, 27, 28 y 29. tit. 12. Part. 5.

tiene lugar cuando el administrador tomó á su cargo el cuidado de los bienes del ausente con buena intencion, pues si puede averiguarse que no llevó otra mira que su provecho, y por otra parte no se advierten mejoras en los bienes, no tendrá accion á cobrar expensas, sino cuando los productos hayan sido tan cuantiosos que presten para esto, y aun quede al dueño porcion considerable. En este caso, si en vez de mejoras hay menoscobos, deberá resarcirlos el administrador (1). Sin embargo, en ningun caso debe este hacer compras, ni meterse en otros negocios que el dueño no acostumbraba á emprender, so pena de perder las ganancias que resultaren, porque todas pertenecen al amo, y de abonar los daños y pérdidas, aunque acaezcan por caso fortuito (2).

3. Las disposiciones legales de que va hecha mencion tienen tambien lugar cuando el ausente no es el dueño de los bienes, sino algun procurador ó mayordomo del que lo sea, ó bien algun tutor ó curador de huérfanos, en cuyo caso puede el que los administró en su ausencia reclamar las expensas de estos, ó bien de sus principales (3). Pero hay esta diferencia, que siendo los bienes de un pupilo, no debe pagar él los gastos que se creyeron de utilidad, y despues resultó no serlo, sino su curador (4).

4. El administrador voluntario de que hemos hablado hasta aqui, debe prestar dolo y culpa (5), la cual se entiende *leve*, pues la culpa lata va siempre embebida en el dolo (6). Solo hay un caso en que no responderá de culpa leve, y es aquel en que un individuo por sola conmiseracion, y viendo el desamparo en que se hallaban los bienes de un ausente, los tomó á su cuidado en razon de que nadie lo hacia (7). Mas tambien hay casos en que el administrador prestará culpa levísima, y es cuando se metió á manejar los bienes de un ausente, quitando la vez á otro hombre vigilante y cuidadoso que queria administrarlos (8). Asi se entienden las palabras *engaño, culpa y negligencia* que emplea la ley, y es conforme con el derecho romano, de donde está tomada.

5. Otro caso designan las leyes en que el administrador voluntario no tiene derecho á reclamar expensas, y es aquel en

1 Ley 29. tit. 12. Part. 5.
2 Ley 33. del mismo tit.
3 Ley 27. id.
4 Ley 28. id. Greg. Lop. en ella, glos. 10.
5 Ley 30. tit. 12. Part. 5.
6 Greg. Lop. en dicha ley 30. glos. 1.
7 La misma ley 30
8 Ley 34. tit. 12. Part. 5.

que alguno por caridad se mueve à recibir en su casa un huérfano desamparado, y hace gastos en alimentarle y cuidar de sus cosas, pues se entiende haberlo hecho por Dios; si bien aquel huérfano deberá favorecerle y reverenciarle toda su vida (1). Exceptúase el caso en que fuese una muchacha, con quien quisiese casarse despues el que la recogió ó alguno de sus hijos; pues si ella ó sus parientes se negasen al casamiento, deberá el que lo rehusó pagar las expensas hechas en su crianza y en el cuidado de sus cosas (2); mas esto se entiende cuando no hay diferencia notable en la edad y calidad de los novios (3).

6. Cuando muerto un padre de familia quedaren sus hijos en poder de su madre ó abuela, y no tuvieren bienes propios, no podrán reclamar estas en lo sucesivo los gastos que hicieren en su crianza, pues se supone que se encargaron de ella por piedad. Pero si los hijos tienen bienes, podrán cobrar de su producto las expensas invertidas en sus alimentos, aun cuando los bienes no se hallen en poder de su madre ó abuela; mas en este caso deberán protestar que su intencion es reintegrarse á su tiempo (4). Hay sin embargo autores que opinan no ser necesaria la formalidad de la protesta, siempre que conste la intencion de repetir la suma gastada (5). El mismo derecho tendrá el padrastro respecto del entenado que educa y alimenta, à excepcion del caso en que por ser ya grande le preste servicios: si bien aun en este caso podrá siempre reintegrarse de las expensas hechas en utilidad de los bienes del mancebo (6). La ley que establece esta doctrina no la limita al padrastro, sino que la extiende à todo individuo que tenga consigo algun menor y sus bienes; y aunque no expresa que tenga derecho el menor á ganar salario por los servicios que presta al primero, sin embargo la práctica fundada en la equidad está en su favor, especialmente cuando el mozo es inteligente y aplicado en los negocios que su cuidante tiene puestos á su cargo.

7. La tutela y curaduría pueden considerarse tambien como cuasicontratos, pues no siendo estos oficios obra de un contrato entre el tutor y el menor, producen obligaciones mutuas, por cuanto el primero debe dar cuentas al segundo del caudal que ha manejado, y este abonarle los gastos invertidos en su utilidad.

8. Es tambien un cuasicontrato la comunion de bienes que

1 Ley 35. tit. 12. Part. 5.
2 Ley 35. tit. 14. Part. 5.
3 Greg. Lop. dicha ley 35. glos. 3.
4 Ley 36. tit. 12. Part. 5.
5 Greg. Lop. dicha ley 36. glos. 6.
6 Ley ult. tit. 12. Part. 5.

no procede del contrato de compañía, sino de herencia, legado ú otra causa. En cualquiera de estos casos, cada uno de los individuos que tienen derecho en comun á cualesquiera bienes, está obligado à prestar su consentimiento à la division de ellos, si el compañero lo pide (1), pues tiene accion á solicitarla, à fin de evitar discordias que son harto frecuentes, y de que teniendo cada cual la parte que le corresponde, la cuide con mayor esmero (2). Otro efecto de la comunion de bienes es la obligacion en el que los administra de dar cuenta de su manejo á los demas que tienen dominio en ellos.

9. Otro cuasicontrato es por sus efectos la adicion de la herencia pues produce obligacion de pagar las mandas que deja el testador, la cual no nace ciertamente de contrato entre este y el heredero, pues quizá no se habrán visto en su vida (3). No acaece asi con las demas obligaciones en que sucede el heredero de pagar las deudas que ya tenia contra si el testador, porque si bien la herencia es la que impone el deber de satisfacerlas, no nacen de ella sino de la causa primitiva que las produjo, por lo cual siguen su naturaleza. Asi estos acreedores se llaman *hereditarios*, por que eran ya un gravamen de la herencia antes de ser admitida, á diferencia de los otros que se llaman *testamentarios*, por traer su origen del testamento.

10. Tambien se considera efecto de un cuasicontrato la obligacion de devolver lo que se ha recibido de alguno que pagó lo que no debia (4). En este caso si demandado el que recibió, confiesa el pago, pero añade que fue legítimo, la prueba de lo contrario le toca al demandante. Pero si el demandado niega haber recibido semejante cantidad, bastará que el demandante pruebe que la pagó. Sin embargo, aun en este caso puede probar despues el demandado que dicha paga procedió de causa justa. Asi lo previene una ley de Partida (5), la cual exceptúa al menor de veinticinco años, á la muger, al labrador sencillo y al que sirve al Rey con caballo y armas, eximiéndolos de probar que la paga que hicieron no fue legítima, y obligando al que la recibio à justificar lo contrario. El que pagare dudando si debe ò no, podrá recobrar lo que dió probando que no lo debia; pero si pagó sabiendo de cierto que no debia, no tendrá accion á repetirlo, sino fuere menor de veinti-

1 Ley 2. tit. 15. Part 6.
2 Ley 1. tit. 15. Part 6.
3 Ley 3. tit. 9. Part 6.
4 Ley 28 tit. 14. Part. 5.
5 Ley 29. tit. 14. Part. 5.

cinco años, pues se supone que lo hizo con intencion de darlo (1).

11. Otras pagas hay que no pueden repetirse y estan especificadas en el tit. 14. Part. 5. desde la ley 29 hasta la 40. Tales son las que se hacen por obligacion natural, aunque el que pagó ignore que no podia ser apremiado en derecho (2); lo que alguno da por via de dote ò arras à una muger, creyendo estar obligado à ello sin ser cierto (3), y otras que pueden verse en las leyes citadas, pues para nuestro propósito, que es dar una idea de los cuasicontratos, basta lo indicado.

CAPITULO VIGESIMOSEPTIMO.

De varios actos legales accesorios de algunos contratos.

§. 1. Para destruir la fuerza de algunos contratos celebrados por miedo grave ó reverencial, han dispuesto las leyes el remedio de la protesta.

2. La protesta puede hacerse sin escritura; pero conviene que esta se otorgue segun práctica.

3. La protesta debe preceder al contrato sobre que recae.

4. Las protestas pueden ser tantas como los actos que se intenta anular por medio de ellas.

5. ¿Que cosa sea *lasto*, y en que contratos tiene lugar?

6. ¿Quien es el otorgante del lasto, y de que otras personas se ha de hacer mencion en él?

7. Es importante que en la escritura del lasto se empiece por la confesion de la paga, y luego siga la cesion de acciones.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1. *De la protesta.* En el capítulo 1.° de este tratado se dijo que una de las circunstancias requeridas para la validez de cualquier contrato era el libre consentimiento y deliberacion de los contrayentes, por lo cual interviniendo algun agente poderoso que coarte su libertad, será nulo cuanto se obrare. No es en verdad cosa muy rara que en la celebracion de algunos contratos medie fuerza, temor ó respeto reverencial, especialmente en mugeres casadas ó individuos que esten en dominio de

1 Ley 30. tit. 14. Part. 5. vers. *Otrosi.*
2 Ley 31. dicho tit.
3 Ley 35. dicho tit.

otros, ó bien en personas encarceladas, quienes por un efecto de su situacion condescienden con perjuicio propio y contra su voluntad en lo que se les propone. Para tales casos han establecido las leyes el remedio de la protesta, la cual no es otra cosa que la *declaracion espontánea que hace alguno con el fin de adquirir ó conservar algun derecho, ó precaver el daño que pueda sobrevenirle.*

2. La protesta puede hacerse por el mismo interesado, ó por medio de procurador con poder especial, à menos que el primero sea loco, incapaz ó menor (1); verbalmente, ó por escrito ante testigos; judicial ó extrajudicialmente, por lo cual la escritura no es esencial sino en pocos casos que previene el derecho; pero lo mejor es que conste por escritura, segun está en práctica, para no exponerse al riesgo de no probarse la protesta.

3. Sin embargo, de cualquier modo que se hiciere, debe preceder al contrato ó acto sobre que recae, á menos que el interesado no tenga libertad; en cuyo caso deberá hacer la protesta al instante que la recobre. Pero si despues de hecha practica alguna gestion contraria á ella, no le será de provecho.

4. Las protestas pueden ser tantas como los actos á que se refieren; mas con la plantilla de escritura que se insertará al fin de este capítulo, habrá lo suficiente para direccion del escribano en la materia.

5. *Del lasto.* Llámase lasto en el derecho *un poder y cesion de acciones para cobrar la deuda pagada por el que no era verdadero deudor, ò lo era únicamente en parte de la suma que satisfizo.* Tiene lugar en la fianza simple, cuando el fiador paga por el deudor; en la de mancomunidad cuando uno de los fiadores reintegra por sí solo al acreedor de la cantidad por qué responden todos juntos; y por último en las deudas de mancomun, cuando uno de los mancomunados la satisface.

6. El otorgante es el acreedor, y en la escritura deben mencionarse el deudor principal y el que hace la paga, bien sea como fiador bien como deudor mancomunado. Si el fiador paga, debe el acredor darle lasto para que repita contra el obligado principal, y cobre lo que ha satisfecho por él con las costas y perjuicios que se le hayan originado y originen hasta su total reintegro, constituyéndole á este fin en su propio lugar, grado y prelacion con absoluta cesion de acciones. Lo mismo

1 Iranzo *Praxis protest. cap.* 1.

se practica cuando el que paga es un deudor ó fiador mancomunado; de cuyo punto se trató lo conveniente en su propio capítulo, por lo cual es ocioso repetirlo. En cualquier caso no hay necesidad de que intervenga entrega de dinero, con tal que el acreedor confiese haberlo recibido, aunque lo primero es mas seguro.

7. En la extension de este instrumento ha de empezarse por la confesion de la paga, y luego ha de seguirse la cesion del derecho contra el deudor, sin que deba por ningun título alterarse este orden, de lo cual pudieran seguirse inconvenientes. No debe insertarse la cláusula de eviccion ni la de relevacion, como suelen hacerlo algunos, porque lo resiste la naturaleza de este contrato, puesto que el acreedor no haciendo otra cosa que reintegrarse de lo que legítimamente le pertenece, á nada tiene que obligarse. Por tanto la escritura se extenderá descargada de tales cláusulas, como aparece del modelo que se inserta al fin de este capítulo.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

PROTESTA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisca Lopez, vecina de ella y muger de Antonio Rodriguez, dijo *(Aquí se pondrá lo que ha de practicar: quien la obligó á hacerlo: con qué amenazas ò motivos: y lo que teme que sucederá si no condesciende, y prosigue la escritura.)*: y por redimir las vejaciones, y evitar los gravísimos perjuicios que de ejecutarlo se la irrogarán, para que siempre conste y sea visto que su ánimo nunca ha sido, es ni será practicarlo, y aunque lo haga, no la dañe: en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorada del que la compete = Otorga que protesta una, dos, tres veces, y las demas por derecho necesarias, que todo lo que hiciere, otorgare y consintiere, es y será contra su deliberada voluntad, y solo por obviar las funestas resultas y consecuencias que de su falta de condescendencia la pueden sobrevenir, y que por lo mismo no debe pararla el mas leve detrimento, á cuyo fin deja vivas, ilesas y en su fuerza y vigor todas las acciones que la competen, para usar de ellas ante quién, cómo y cuándo le convenga, del mismo modo que sino hubiera hecho ni otorgado la tal cosa ó escritura, pues los motivos expuestos la tienen privada y coarta-

da enteramente su natural libertad y arreglada deliberacion. (*Si lo que ha de hacer es escritura, añadirá:*) y aunque en la tal escritura declare y jure que no la reclamará, que no tiene hecha ni hará protesta contra ella, ni pedirá absolucion ni relajacion del juramento á prelado eclesiástico, y que si este se lo relajare *de motu proprio*, no usará de ella, bajo la pena de perjura; y asimismo aunque vaya ligada la citada escritura con las mas solemnes cláusulas, obligaciones y penas que pueden imaginarse; sin embargo de todo ha de quedar subsistente esta protesta, y ser aquella irrita, nula y de ningun valor ni efecto; y de que asi lo protesta, lo pide por testimonio para su resguardo, y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos &c.

LASTO A FAVOR DE UN FIADOR QUE COMO TAL PAGÓ LA DEUDA QUE CONTRAJO CON OTROS CONFIDEYUSORES Y EL PRINCIPAL.

En *tal* villa, á tantos de *tal* mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que Juan Fernandez, de la propia vecindad, le pidió prestados veinte mil reales de vellon, y el otorgante accedió á su pretension, con tal que afianzase con personas legas, llanas y abonadas que con él se obligasen como principales á su responsabilidad, y con efecto se constituyeron por tales Pedro, Diego y Antonio de *tal*, vecinos de esta villa, quienes para mayor seguridad del otorgante formalizaron la correspondiente escritura en *tal* parte, á *tantos* de *tal* mes y año, ante N., escribano de su número, y por haber espirado el plazo estipulado, reconvino extrajudicialmente al enunciado Pedro sobre su solucion; á la que se allanó con la condicion de que le dé el competente lasto: y en su consecuencia = Otorga que recibe en este acto del referido Pedro los expresados *tantos* mil reales en *tales* monedas, que contó y pasó á su poder real y efectivemente á mi presencia y de los testigos infrascritos, de que doy fe, y como pagado enteramente de ellos formaliza á su favor el resguardo mas eficaz que á su seguridad conduzca, confiriéndole amplio é irrevocable poder con libre, franca y general administracion para que por su cuenta y riesgo perciba y cobre íntegramente, ó á prorata, del principal y confideyusores los referidos *tantos* mil reales, que como tal fiador le satisfizo, y las costas que se le originen en su exaccion, y de todo otorgue á su favor los resguardos convenientes con las firmezas necesarias, y siendo preciso comparezca en juicio, y practique en los tribunales su-

periores é inferiores cuanto el otorgante haria por sí mismo, sin limitacion, hasta conseguir plenamente su reintegro, pues para que sea efectivo, le cede todas las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que tenia contra los referidos deudores sin reservacion: le constituye en su propio lugar, grado y antelacion, y procurador actor en su propia causa y negocio con absoluta subrogacion en forma, y le entrega á mi presencia, de que doy fe, la escritura de obligacion original; la cual, en cuanto al otorgante, queda cancelada y de ningun valor; y por lo tocante á dicho Pedro, viva, ilesa y en su fuerza y vigor, á fin de que en virtud de este lasto use de ella á su eleccion: se obliga á haberlo por firme, y no revocarlo ni reclamarlo total ni parcialmente; y si lo hiciere, sea visto por el mismo caso haberla aprobado y ratificado, da amplio poder á los señores jueces que de sus causas deben conocer, para que le compelan á su cumplimiento como por sentencia definitiva &c.

LASTO A FAVOR DE UNO DE LOS MANCOMUNADOS.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano del número y testigos, Francisco Lopez, vecino de esta villa, dijo: que Diego y Antonio Fernandez, de la misma vecindad, se obligaron de mancomun por el todo á satisfacerle *tantos* mil reales, á *tales* plazos, por escritura que otorgaron á su favor en esta villa, á tantos de tal mes y año, ante Fulano, escribano Real, y por haber espirado el plazo sin hacerle el debido pago, pidió ejecucion contra el referido Diego por la expresada cantidad, su décima y costas, la que despachó en *tal* dia, ante mí, el señor Don Fulano, corregidor de esta villa, y habiéndole requerido que la pagase, respondió que estaba pronto á ello, con tal que le diese el correspondiente *lasto* para repetir contra el mencionado Antonio, á lo que condescendió el otorgante, y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que recibe en este acto del citado Diego Fernandez los expresados *tantos* mil reales en *tales* monedas, que sumadas los importaron, de cuya entrega y recibo doy fe, por haber sido á mi presencia y de los testigos infrascritos, y como pagado y satisfecho de ellos, formaliza á su favor la mas firme y eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca: en su consecuencia le confiere el mas amplio poder que sea necesario, para que por sí ó por medio de quien el suyo tenga, sin interven-

cion del otorgante, pida, reciba y cobre judicial ó extrajudicialmente por su cuenta y riesgo del enunciado Antonio los *tantos* mil reales, ó la parte que de ellos debe satisfacerle con arreglo al convenio que tengan hecho, y las costas causadas y que se causen hasta el real y efectivo pago de todo, le dé los resguardos necesarios con las firmezas convenientes, y practique en los tribunales superiores é inferiores competentes todos los actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que conduzcan á conseguir la total solucion y reintegro de lo que le toca; pues para ello se le confiere con libre, franca y general administracion, le constituye procurador actor en su propia causa: le cede todas las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que tiene, y de que puede usar contra el expresado Antonio y sus bienes, sin limitacion; le pone en su mismo lugar, grado y preferencia, con subrogacion en forma, y le entrega la escritura de obligacion original para que use de ella con esta, como le parezca contra dicho Antonio, y ningun efecto surta á favor del otorgante, quien mediante estar reintegrado de su débito, y no quedarle accion para demandarlo, la da por rota y cancelada por lo que á sí toca, y la deja viva é ilesa y en su fuerza y vigor para con dicho Diego: se obliga á haber por subsistente este lasto, y no revocarlo ni reclamarlo con pretexto alguno; y si lo hiciere, sea visto por el mismo caso haberlo aprobado y ratificado; y al cumplimiento de este obliga sus bienes muebles, raices &c.

CAPITULO VIGESIMOCTAVO.

De la extincion de las obligaciones procedentes de los contratos.

§. 1. El modo mas frecuente y natural de extinguir la obligacion es el cumplimiento del contrato, pagando el que debe la cosa ó cantidad estipulada.

2. El pago puede hacerse por sí ó por un tercero, aun cuando el deudor lo repugne, quedando en cualquier caso extinguida la obligacion.

3. Cuando un deudor, que tiene varias deudas en favor de un acreedor, entrega á cuenta algun dinero, ¿á cual de ellas deberá aplicarse?

4. Si el acreedor rehusa admitir el pago, ¿de que medio podrá valerse el deudor para extinguir su deuda?

5. No puede el acreedor apremiar por sí al deudor ni tomarle prenda ó cantidad alguna.

6. El acreedor debe dar al deudor, que paga su deuda, carta de pago ó recibo que lo acredite. Circunstancias que debe contener este documento.

7. Tambien se extingue la obligacion cuando la cosa perece sin culpa del deudor, si es individual y determinada, mas no si es genérica ó específica.

8. Se extingue igualmente cuando remitiéndose el acreedor al juramento del deudor sobre la verdad del crédito, lo niega este.

9. Asimismo fenece la obligacion, cuando el acreedor remite la deuda; lo cual puede verificarse de varios modos.

10. De la *novacion*, y sus efectos.

11. De la *compensacion* total y parcial, y de las circunstancias que han de concurrir en ella para ser admitida en juicio.

12. Del *finiquito*, y casos en que tiene lugar.

13. Observacion general sobre extincion de los contratos por mutuo disenso de los contrayentes.

Formulario correspondiente.

1. La obligacion que resulta de cualquier contrato queda extinguida con el cumplimiento recíproco de lo que los contratantes estipularon, siempre que sea con arreglo á lo que las leyes tienen establecido en cada uno de ellos. Asi cuando un individuo queda obligado á dar á otro alguna cosa ó cantidad,

cesará esta obligacion en el hecho de entregársela (1). Es pues el pago el mas natural y frecuente modo de extinguir las obligaciones; pero debe hacerse al acreedor ó á quien tenga para este efecto poder suyo al plazo estipulado, aunque este no reclame, y ha de ser de las mismas cosas que se le deben, y no de otras si el acreedor no consiente en la sustitucion (*). Sin embargo cuando el deudor no pudiere pagar entregando las cosas mismas á que quedó obligado, podrá satisfacer con otras equivalentes á arbitrio del juez. Y si la obligacion fuere de ejecutar alguna cosa de un modo determinado, y el deudor no pudiere verificarlo, el juez dispondrá cuál haya de ser el medio de cumplir el pacto, con resarcimiento de los daños y perjuicios que se irroguen al acreedor.

2. No solo cesa la obligacion cuando el deudor paga por sí, sino cuando otro individuo satisface por él, lo cual tiene lugar aun cuando el deudor lo ignore ó lo contradiga (2) (**), quedando libres igualmente los fiadores y las prendas, si las hubiere (3) (***).

3. El que teniendo contra sí varias deudas, paga alguna cantidad al acreedor de las mismas, puede escoger aquella á que quiere aplicar el pago; mas si nada dijere, lo aplicará el acreedor á la deuda que guste, y asi quedará hecho, á menos que el deudor lo repugne en el acto de saberlo. Si ninguno de los dos designa la deuda á que se haya de aplicar la suma pagada, se deberá repartir entre todas, si son iguales en calidad; pero si alguna fuere mas gravosa que las demas por tener asociada alguna pena, ó rendimiento de intereses, á ella se hará la aplicacion de dicha suma (4). Por derecho romano se aplicaba el pago en caso de igualdad á la deuda mas antigua, por lo cual Gregorio Lopez es de opinion que para distribuirse el pago entre todas han de ser iguales no solo en calidad sino en fecha; pero la ley

1 Ley 1. tit. 14. Part. 5.

* En la moneda no hay obligacion de entregar la cantidad en la misma especie en que se recibió, á menos de estipularse expresamente; asi puede pegarse en oro lo que se recibió en plata, y al contrario.

2 Ley 3. tit. 14. Part 5. Gutierr. *de jur. conf.* part. 1. cap. 29.

** Hay casos en que puede ser perjudicial al acreedor recibir el pago de otra persona sin mandato del deudor, como si la deuda fuese de las pensiones de un censo, y el pago se hiciese por evitar las penas del comiso; asi en tales casos debe oirse al acreedor. *Febrero adicionado.*

3 Ley 1. tit. 14. Part. 5.

*** Hay mucha diferencia entre pagar por mandato del deudor, ó ignorándolo este ó contradiciéndolo; pues en el primer caso compete al que pagó la accion de mandato contra el deudor, y en el segundo la de procurador voluntario. Empero si el deudor repugnó que otro pagase por el, no tiene accion alguna para repetir. *Febrero adicionado.*

4 Ley 10. tit. 14. Part 5.

de Partida no habla de este caso (1). Se previene que para pagar por partes la cantidad de una deuda, se necesita el consentimiento del acreedor, pues de otro modo no está obligado á recibirla en los términos expresados.

4. Cuando el acreedor rehusa admitir el pago de la deuda, quedará extinguida la obligacion, si el deudor presentando el dinero ante testigos y manifestando su voluntad de pagar, lo deposita en persona abonada, ó en la sacristía de alguna iglesia; pues de este modo, si el dinero se pierde sin culpa del deudor, será la pérdida del acreedor por la que tuvo en no admitirlo (2). Pero lo mas acertado, y lo que está mas en práctica, es hacer ante el juez las gestiones indicadas.

5. Está prohibido al acreedor apremiar por sí mismo al deudor por el pago, ó apoderarse de alguna prenda suya, si especialmente no pactaron que se hiciese así, pues debe requerirle ante el juez competente, so pena de restituir al deudor la cantidad que le hubiere tomado, y perder su derecho; y si fue prenda, el duplo de la misma (3). Otra ley añade que haya de pagar al Rey por via de multa el valor de la prenda de que se hubiese apoderado (4).

6. El acreedor debe dar al deudor recibo ó carta de pago de lo que le satisface, expresando de qué procede, y en qué especie se lo entrega, para que quede seguro y solvente. Esta carta de pago puede ordenarse dando fe el escribano de la entrega de la cosa ó cantidad, especificándola claramente, de modo que no se dude de su género, especie, número, peso ó medida, si se hace á su presencia y la ve y cuenta. En caso de no haber entrega, ó en el de no conocer el escribano las monedas, ha de confesar el acreedor que ha recibido la cosa ó cantidad, renunciar la excepcion que podia oponer de no parecer de presente al tiempo que se otorga la carta de pago, y si es dinero, de no constar entonces (que en latin se dice: *non numerata pecunia*) y los dos años que la ley 9. tit. 1. Part. 5. prefine, para que en ellos excepcione y pruebe no habérsele pagado; porque si no hace esta renunciacion, debe justificar el deudor que se la satisfizo, y por el contrario haciéndola incumbe al acreedor la prueba de no haberla recibido, la que ha de hacer dentro de los dos años referidos; pues pasados, no se le admitirá la excep-

1 Greg. Lopez dicha ley 10. glos. 4.
2 Ley 8. tit. 14. Part. 5.
3 Ley 14. tit. 14 Part. 5.
4 Ley 11. tit. 13. Part. 5.

cion por no oponerla en tiempo habil (previniendo que en las últimas voluntades no pueden los herederos oponerla, como afirma Gomez lib. 2. *Var.* cap. 6. num. 5.), y para que no pueda usar de ella dentro del expresado término, es buena prevencion, que á mas de la confesion y renunciacion mencionadas jure el acreedor haber recibido la tal cosa ó cantidad y que jamas la pedirá ni alegará excepcion, y que á ello se obligue en forma, con cuyo requisito quedará mas asegurado el deudor, y la carta de pago mas firme (1). Pero el escribano no ponga el juramento sin orden del otorgante (*).

7. Otro modo de extinguirse la obligacion consiste en perecer sin culpa del deudor la cosa debida, si es individual y determinada, como tal caballo (2); mas si intervino culpa del deudor, aunque solo sea la de haber pasado el dia en que debió entregar la cosa, si estaba designado, ó la de preceder peticion del deudor, y no haber accedido á ella pudiendo, quedará viva la obligacion de satisfacer el valor de la misma (3) (**). Si la cosa que se debe no es individual sino específica, como un caballo, ó de aquellas que se cuentan, pesan ó miden, pereceria para el deudor, y la obligacion quedaria en toda su fuerza (4).

8. Tambien se extingue la deuda, cuando remitiéndose el acreedor al juramento del deudor sobre su legitimidad, la niega el primero (5). Esto sin embargo no tiene lugar cuando se pide el juramento con reserva de otras pruebas, que es lo que comunmente se practica.

9. Se extingue asimismo la obligacion por la remision ó perdon de la deuda, que puede ser expreso ó tácito. Expreso cuando se manifiesta por medio de palabras, ya sea declarando el acreedor en forma conveniente que remite la deuda, ya pactando con el deudor que nunca reclamará su pago, que es lo que las leyes de Partida llaman *quitamiento* (6). Lo mismo sucede-

1 Gutierr. *de juram. conf.* part. 1. cap. 29 y 37. cit. *Cur. Filip.* lib 2. *Comerc. terr.* cap. 7. en la palabra *Paga.* Bas. *Theat.* part. 1. cap. 9. Salg. *Labyr. cred.* part. 3. cap. 13. num. 26.

* Pagada la deuda debe el acreedor dar al deudor la escritura de ella y otra pública de la paga: el registro de la deuda debe ademas cancelarse, y el acreedor debe pagar los derechos de la carta de pago y cancelacion. (Leyes 17. tit. 2. 81. tit. 18. Part. 3. y 6. tit. 14. lib. 6. Rec.) *Febrero reformado.*

2 Leyes 18 tit. 11. y 9. tit. 14. Part. 5.

3 Las mismas leyes.

** Aunque por lo comun se usan como sinónimas las voces de *pagar y satisfacer* una deuda, hay rigurosamente hablando notable diferencia. El deudor que promete pagar dentro de cierto tiempo, dando fianzas ó prendas á gusto del acreedor, satisface; pero no paga. Con el pago se extingue la deuda: con la satisfaccion se difiere la ejecucion. *Febrero adicionado.*

4 Ley última, tit. 1. Part. 5.

5 Ley 9. tit. 14. Part. 5.

6 Leyes 1 y 2. tit. 14. Part. 5.

rá, si el acreedor se da por satisfecho y pagado, que es lo que el derecho comun llamaba *aceptilacion*. Perdon tácito es aquel que se manifiesta por medio de algun hecho que destruye la obligacion, cual seria el de romper el vale con el referido objeto, ó el de entregárselo al deudor. Exceptúase el caso en que probase el acreedor que la entrega del vale habia procedido de pura confianza y sin intencion de remitir la deuda, ó bien que se le hubiesen hurtado, ó forzado á romperle (1).

10. Otro de los medios legales de extinguir las obligaciones es la *novacion*, y asi la comprende la ley de Partida bajo el nombre general de *quitamiento*. Es la novacion la *sustitucion de unas obligaciones en otras nuevas*, lo cual prueba que este modo de extinguir es imperfecto; pues aunque en realidad acaba de todo punto la obligacion primera, queda en pie la segunda. La novacion puede hacerse, ó alterando la obligacion antigua ó trasfiriéndola á otra persona. En el primer caso hay que convertir un contrato en otro, ó que variar alguna circunstancia del primero, suponiendo v. gr. deber por razon de empréstito, lo que hasta allí se debia por precio de venta, ó dejando absoluta la obligacion condicional. En el segundo caso se debe subrogar otro deudor en lugar del primero, consintiendo el acreedor, y declarando el sustituido que se obliga al pago de aquella deuda con el fin de dejar libre de ella al deudor primero. Esta declaracion es esencial, pues de no hacerse asi, quedarian ligados entrambos, mientras alguno de los dos no pagase (2).

11. Tambien se extinguen las deudas por medio de la *compensacion*, la cual viene á ser un *trueque ó permuta de deudas*, como si el acreedor á la cantidad de cien pesos, debe á su deudor otros ciento procedentes de diversa obligacion ó contrato. La deuda que ha de admitirse en compensacion ha de ser tan cierta, clara y líquida como la otra, y ha de poder justificarse dentro del plazo de diez dias. De lo contrario debe seguir la demanda de la primera, desestimando el juez la compensacion (3), porque á veces suelen proponerla los deudores por dar largas al negocio. La compensacion puede ser parcial y total, y en el primer caso resultará extinguida la deuda en la cantidad que cubriere, quedando viva en el exceso (4) (*).

12. Asi como se llama vale ó recibo el resguardo que da el

1 Ley 9. tit. 14. Part. 5.
2 Ley 15. tit. 14. Part. 5.
3 Ley 20. tit. 14. Part. 5.
4 Ley 22. tit. 14. Part. 5.
* Véase el cap. 8. tit. 2. lib. 3. donde se trata extensamente de la compensacion, y el cap. 5. tit. 3 del mismo libro, en que se hallará copiosa doctrina, acerca de la novacion.

acreedor al deudor que ha pagado su deuda, el que da un individuo al administrador de sus bienes se llama *finiquito*, y es un documento por el cual se obliga el primero á no pedirle cosa alguna de las que tuvo à su cargo, dándose por satisfecho de su administracion (1). El finiquito puede ser especial ó general, segun que recaiga sobre cuenta particular ó sobre la totalidad de las cuentas (2). El dueño tiene obligacion de dar finiquito especial á su administrador tan luego como se reintegre del último alcance que resulte de la cuenta de su administracion; pero no está obligado à darle finiquito general. Es decir, que solo debe dársele de aquel negocio y partidas de cargo y data que constan en la cuenta que presenta, sin que el que se ciñe y limita à ellas se pueda extender y ampliar à otros negocios. Por esta razon el finiquito ha de ser de cosas individuales y expresas, sobre las cuales no podrá ya el administrador ser demandado en juicio en lo sucesivo, pues consigue total liberacion. Cuando el finiquito es general, tendrá el mismo vigor, y asegurará de todo punto al que lo da, si las cuentas sobre que recae comprenden todos los asuntos y cantidades que ha tenido el administrador à su cargo; pero si hay algun negocio ó partida que no se haya expresado, no valdrá el finiquito en la parte omitida, aunque la omision no proceda de engaño. Tampoco valdrá si media error ó fraude, à menos que en el mismo finiquito se haga cargo del error, y quede deshecho y salvado. El finiquito que diere el menor de veinticinco años y mayor de catorce á favor de su tutor, será válido si no interviene lesion ni yerro alguno (3). Se previene que el dueño puede pedir cuentas á su administrador en todo tiempo que quisiere, à menos que haya trascurrido ya el necesario para causar prescripcion en el uso de las acciones personales.

13. Adviértese por último que las obligaciones que nacen de aquellos contratos que aun no han recibido su total perfeccion, se extinguen por el mutuo consentimiento de los contrayentes. Asi sucede en los consensuales, si no ha llegado á verificarse la entrega de la cosa ó cantidad, pues quedan deshechos convinien-do en ello los interesados. Mas si el contrato es perfecto, no puede extinguirse sino celebrando para ello otro nuevo, por el cual recobren las cosas su primitivo estado.

CARTA DE PAGO CON FE DE ENTREGA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano

1 Ley 1. tit. 14 Part. 5.
2 Ley 14 y 81. tit. 18. Part. 3.
3 Ley 102. tit. 18. Part. 3.

y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: que en tal dia prestó á Pedro Rodriguez, de la propia vecindad, tantos mil reales, quien constituyó obligacion de pagárselos dentro de tanto tiempo por escritura que á su favor formalizó ante Fulano, escribano Real, y por haber espirado el plazo prefinido, avisó al otorgante que acudiese á su percibo, dándole carta de pago de ellos, y entregándole la escritura original, á lo que condescendió, y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que recibe en este acto del expresado Pedro Rodriguez los mencionados tantos mil reales, en tales monedas *(Se especificarán las que sean.)*, de cuya entrega y recibo doy fe, por haber sido á mi presencia y de los testigos infrascritos, y como real y efectivamente pagado, satisfecho y entregado de ellos á su voluntad, formaliza á su favor la mas eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca; le da por libre de su total responsabilidad, y por cancelada la escritura de obligacion referida que le entrega original para que ningun efecto obre; y quiere que en su protocolo y demas partes conducentes se anote, à fin de que siempre conste de su íntegro pago y extincion, y asegura que dicha cantidad le ha sido bien pagada y à parte legítima, y se obliga à no volverla à pedir, ni otra persona en su nombre, pena de restituirla, con mas las costas de su cobranza: asi lo dijo, otorga y firma, à quien doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

CARTA DE PAGO CONFESADO.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, otorga y confiesa haber recibido real y efectivamente de Pedro Rodriguez, que lo es de tal parte, tantos reales de vellon, los mismos que le estaba debiendo por tal razon *(Se expresará de qué procede la deuda.)*: y aunque su entrega ha sido efectiva, por no parecer de presente renuncia la excepcion que podia oponer de no haberlos recibido, la ley 9. tit. 1. Part. 5. que de ella trata, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo, los que da por pasados, como si lo estuvieran, y formaliza à su favor la mas eficaz carta de pago que à su seguridad convenga, y asegura que la mencionada cantidad le ha sido bien pagada, y à parte legítima, y se obliga à no volver à pedirla &c. *Proseguirá como la precedente.*

Nota. Si el débito procediere de escritura de mutuo, se aña-

dirá lo que contiene la anterior. La misma firmeza requiere la carta de pago de resto de venta, arrendamiento, réditos de censo ú otra cualquiera cosa, variándola segun sea el motivo que haya para su otorgamiento; y si se quiere, puede ponerse en ella la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion de leyes à haberla por firme. De la forma de extender la carta de pago tratan las leyes 14 y 85. tit. 18. Part. 3.

FINIQUITO.

En tal ciudad, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Don Francisco de Osorio, vecino de ella, dijo: que en tal dia, de tal año, nombró por administrador de varios bienes raices, que le pertenecen en tal parte, à Antonio Fernandez, vecino de tal lugar, el cual le dió cuenta final con pago de su administracion en tal dia, mes y año, en la cual resultó alcanzado en tantos reales que le satisfizo incontinenti, por lo que le pidió finiquito de dicha administracion, à lo que condescendió; y para que tenga efecto, en la via y forma de derecho que mejor haya lugar, cerciorado del que le compete = Otorga que aprueba y da por bien formada la expresada cuenta, y por legítimas y verídicas todas las partidas de cargo y data que comprende: declara que no contiene lesion ni agravio en cosa alguna, y en el caso que lo haya por error de cálculo ú otro sustancial ó accidental, del que sea, en mucha ó poca suma, le hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, con insinuacion y demas firmezas congruentes: confiesa haberle pagado efectivamente los enunciados tantos reales, que resultan de alcance contra él en la citada cuenta, y por no parecer de presente su entrega, renuncia la excepcion que por esto le competa, la ley 9. tit. 1. Part. 5, y los dos años que esta prefine para la prueba de su recibo, que da por pasados como si lo estuvieran, y formaliza à su favor la mas firme carta de pago y obsoluto finiquito, liberacion è indemnizacion que à su seguridad conduzca; y se obliga á no volvérselos à pedir ni otra cosa alguna por razon de la enunciada cuenta y administracion, ni reclamar esta escritura, pena de *tanto*, en que desde ahora se da por incurso y condenado, sin mas sentencia ni declaracion, y si lo hiciere, no se le admita judicial ni extrajudicialmente, y sea visto por el mismo caso haberla aprobado nuevamente; quiere que cuantas veces se aparte del cumplimiento de este, otras tantas se le apremie á pagar la pena, y pagada ó no, ó graciosamente

remitida, se lleve no obstante á debido efecto en todas sus partes; y á haberlo por firme obliga &c.

Nota. Si al tiempo del encargo de la administracion hizo obligacion el administrador de responder del alcance que resulte contra él en la cuenta final, se le entregará y declarará por cancelada, como se expresa en la primera carta de pago, previniendo que se desglose en su protocolo y demas partes conducentes; y si dió fiadores, los declarará el otorgante del finiquito por libres, y á sus bienes, de su responsabilidad, y por extinguida la fianza, citando esta en él. De la forma de ordenar esta escritura trata la ley 81. tit. 18. Part. 3.

CAPITULO VIGESIMONONO.

Prevenciones útiles sobre los contratos ú obligaciones que celebran algunas personas, señaladamente los menores y las mugeres.

§. 1. ¿De que modo pueden constituir obligacion los pródigos, siervos y menores de edad?

2. ¿Como se obligan los menores antes y despues de la edad pupilar?

3. Está prohibido á los corregidores, sus alcaldes mayores y otros jueces inferiores conceder licencia y habilitar á los menores de veinticinco años para administrar sus bienes, pena de privacion de oficio. ¿A quien corresponde esta facultad?

4 y 5. Las mugeres pueden obligarse en los términos que alli se expresa.

6. No pueden obligarse como fiadoras.

7. La muger soltera ó viuda, y mayor de veinticinco años, contrayendo por su hecho propio como principal, queda obligada á observar el contrato.

8. La muger casada necesita licencia expresa de su marido para contratar y obligarse por su hecho propio como principal.

9. El marido puede conceder esta licencia especial para una cosa ó contrato, ó bien general para todos, y cómo deberá dar fe el escribano de esta concesion.

10. ¿En que cosas no necesita la muger dicha licencia de su marido?

11. Si la muger casada fuere menor de veinticinco años, deberá concurrir su curador á la celebracion del contrato.

12. Aclaracion de la doctrina del párrafo antecedente.

13. Proteccion que dan tres leyes recopiladas á las mugeres para que no queden obligados sus bienes ni personas por la fianza del marido, ni puedan ser presas por deudas de este.

14. Obligacion que tiene el escribano de enterar á la muger casada de las leyes 61 de Toro y 2. tit. 12. Part. 5. cuando trata de renunciarlas para obligarse.

15. En los contratos de mugeres no deben poner los escribanos renunciacion alguna de leyes romanas; pues ademas de no tener autoridad entre nosotros, las hay al intento en nuestros códigos.

16. Para que no sirva á las mugeres casadas la excepcion de que se obligaron violentadas ó amenazadas por el marido, se obligarán con juramento, el cual se

extenderá por el escribano con la cláusula que allí se expresa.

17. Aun cuando la muger esté divorciada ó separada del marido, convendrá que preceda la licencia de este para el caso que allí se expresa y otros semejantes.

18. Cuando la muger casada celebra por su hecho propio algun contrato, si el marido instruido de los efectos de este quiere obligarse de mancomun con su muger, ó como su fiador, se ordenará la escritura con las cláusulas correspondientes á la mancomunidad y fianza.

19. No basta que el juramento se ponga en la escritura que otorga la muger ú otro á quien está permitido jurar los contratos, sino que debe el escribano recibírselo en solemne forma y dar fe de ello.

20. Si el marido vende ó grava sus bienes es muy útil al comprador ó acreedor que la muger concurra á la venta, cediéndole el derecho y privilegio que tiene por su dote contra los de su marido, y jurando la escritura.

Nota sobre el uso del papel sellado en las principales obligaciones ó contratos.

1. Los pródigos declarados por tales, y los siervos, no deben contraer obligacion de *mutuo* ni otra, sino en la forma que pueden prometer, y queda explicada en el párrafo 7. capítulo 16 de este título, por estarles prohibido obligarse en otros términos. Los menores que tienen tutor ó curador pueden constituir obligacion del modo que prescribe la ley 17. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., cuyo literal tenor es este: *Mandamos que agora, ni de aquí adelante, ningun hijo de familia que esté bajo del poder de sus padres, mayor ó menor, ni ningun menor que tenga tutor ó curador, sin licencia de los susodichos, no pueda comprar ni tomar ni sacar en fiado por sí ni otros en su nombre plata ni mercaderías ni otro ningun género de cosas: ni ningun platero ni mercader ni otra cualquiera persona se lo pueda vender ni dar en fiado sin la dicha licencia; y cualesquier contratos, fianzas y seguridad y mancomunidad que sobre ello se fiaren y ordenaren con cualesquier cláusulas y firmezas en cualquier manera, todo sea ninguno, y por virtud de ellos no se pueda pedir en juicio ni fuera de él en ningun tiempo cosa alguna á los dichos hijos de familia, ni menores, ni á sus fiadores ni principales pagadores, ni á otras cualesquier personas que por ellos se obligaren, ó en su nombre lo sacaren y tomaren, y sean libres de todo ello. Y porque para defraudar lo de*

suso contenido, se procurará que los dichos contratos y fianzas se juren para su validacion; y por ser contratos prohibidos por esta nuestra ley, y disimulados y dolosos y fechos en grande daño y fraude y perjuicio de los dichos hijos de familia y menores: mandamos á los dichos mercaderes y plateros y otros cualesquier personas de suso declaradas, que no fagan otorgar los dichos contratos, ni atrayan á ninguna de las dichas personas á que los juren, ni los dichos hijos de familia ni menores no los otorguen ni juren, so pena que pierdan sus oficios y no puedan mas usar de ellos de ahí adelante; y asimismo los dichos mercaderes demas de perdimiento de sus oficios incurran en pena de cien mil maravedises. Y otro sí porque asimismo somos informados que asimismo las personas que son mayores ó menores, que no estan debajo de poderío paternal, ó tutor ó curador toman en fiado para cuando se casaren ó heredaren ó sucedieren en algun mayorazgo, ó para cuando tuvieren mas renta ó hacienda: mandamos que lo no puedan facer, ni ningun mercader ni platero ni otra persona alguna de cualquier estado ó condicion que sea, no den en fiado ni presten plata, oro ni ningun género de mercaderías para lo pagar en los casos susodichos y tiempos inciertos, y los contratos que sobre ello se ficieren, ó fianzas ó seguridad, sean ningunas en la manera susodicha; y mandamos á los dichos mercaderes y plateros y otras cualesquier personas y escribanos que no den lugar que se otorguen ni juren, so las mismas penas de suso declaradas al que lo contrario ficiere. Y porque los mercaderes, plateros y corredores y otras personas que intervienen en sacar ó tomar en fiado plata ú otras mercaderías para las otras personas que no estan prohibidas por lo susodicho tomarlas en fiado, tornan á recobrar en bajos precios la dicha plata y mercaderías por les dar el dinero en contado por ellas: mandamos que los dichos mercaderes y plateros por sí ni por otras interpósitas personas para ello directè *ni* indirectè *no tornen á recobrar lo que asi dieren en fiado, so pena que lo hayan perdido, y demas de esto incurran en perdimiento de sus oficios, y mas cada uno en cincuenta mil maravedis: de todas las cuales dichas penas la tercia parte sea para la nuestra Cámara, la otra para el juez que lo sentenciare, la otra para el que lo denunciare: y mandamos á todas las justicias de nuestros reinos y señoríos cumplan y ejecuten todo lo susodicho en esta nuestra ley contenido contra cada una de las personas que contra lo en ella y en cualquiera parte de ella contraviniere.*

2. Para mas clara inteligencia de las facultades de los menores que no tienen padres, y evitar dudas al escribano, se previene que si el menor fuere pupilo puede obligarse naturalmente como hombre, mas no civilmente, y asi será nula è ineficaz la obligacion que contraiga, aunque la jure, sino en cuanto se le siga utilidad, y asi no podrá ser reconvenido en juicio. Si hubiere salido de la edad pupilar y tuviere tutor ó curador, no podrá sin su licencia ò concurrencia recibir prestado ni celebrar otro contrato, y aunque lo celebre y jure no será válido, y por consiguiente no quedará obligado á su cumplimiento, como tampoco sus fiadores, principales pagadores ni bienes; pero si concurriere al contrato el curador ò diere su licencia, será válido aquel, y el menor deberá cumplirlo natural y civilmente, sin necesitar de la autoridad judicial ni de informacion de utilidad para otorgarlo, y si fuere leso ò perjudicado en él, gozará del beneficio de la restitucion en el todo, que se le concede por su falta de experiencia y por el dolo de su adversario, aunque contraiga con la autoridad de su curador (1), pudiendo pretender dicha restitucion dentro de los cuatro años primeros siguientes á los veinticinco de su edad y no despues, porque por su silencio es visto aprobarlo y ratificarlo. Esto se entiende á menos que se pruebe que la lesion fue eventual, que no provino de la menor edad, y que aun cuando fuera mayor, la hubiera padecido, y no podido haber hecho mas en su utilidad: ò bien si jura no reclamar el contrato por razon de lesion, menor edad ni otro motivo, y renuncia el beneficio legal de la restitucion. En tales casos no tiene accion á pedirla á menos que la lesion sea enormísima, y preceda relajacion del juramento, permitiéndole comparecer en juicio sin incurrir en perjurio, cuya relajacion ha de pedir ante el juez eclesiástico, el cual si es diocesano puede concedérsela, citando previamente á la parte contraria, y si es el Nuncio sin necesidad de citarla. El juramento ha de ser hecho por el mismo menor, pues el que hace su tutor por él no sirve, porque como personal obliga solamente á quien lo hace y no á la persona en cuyo nombre se jura el contrato ò acto, á no ser que esta dé poder especial para ello; asi que es necedad poner el del tutor por el del menor, porque carece de facultad para jurar por él y obligarle en su virtud, como algunos ignorantes practican, persuadidos de que surte el mismo

1 Ley *Non omnia*, 45. ff. *de minorib.* tit. 1. y todo el tit. Cod. *Si tutor vel curator intervenerit.* Lara *de vita homin.* cap. 25. num. 1 y 2.

efecto que si el menor lo interpusiera. Si no tuviere curador, será igualmente válido el contrato que por sí solo celebre, ya sea ó no jurado, bien que con el juramento quedará mas afianzado; pero gozará en los propios términos del mismo beneficio. Si quiere enagenar sus bienes muebles *no preciosos*, aunque no sean de su patrimonio, y tiene curador, ha de concurrir este ò mediar su licencia formal por escrito para la enagenacion à fin de que esta valga; y si no lo tiene ni es pupilo, valdrá sin ella no habiendo lesion: pero siendo los bienes *preciosos* (y por tales se estiman los que guardándose pueden conservarse mas de tres años), ó alhajas de oro, plata, diamantes &c. ò bien *raices*, debe intervenir la licencia judicial, aunque esté casado, y hacerse constar que hay necesidad grave, ò se le sigue utilidad de su enagenacion; sin embargo aun en este caso si fuere perjudicado é leso, le compete dicho beneficio de la restitucion. Para obtener la expresada licencia se puede acudir al juez del domicilio del menor, ó al del pueblo de su naturaleza, ò al del lugar en que está la finca, si el curador es universal, porque si no lo es, ha de ser precisamente al del pueblo donde se hallare aquella; y lo mismo milita para acensuar ò gravar los raices, renunciar ó dejar de adquirir alguna cosa inmueble que se le lega ó dona, y en otros casos que traen los autores, todo lo cual es conforme à derecho (1), y se practica (2). Si el menor litiga con otro à quien compete el privilegio de restitucion, no le favorecerá este, à menos que trate de *evitar daño*, y el colitigante de *percibir provecho* (3); pues en otros términos no goza del privilegio el privilegiado contra el que igualmente lo es. Se previene asimismo que aunque los contratos de menores no contengan juramento, no incurre en pena el escribano por autorizarlos sin él, porque ninguna ley se lo prohibe ni se la impone; pues el juramento sirve solo para hacerlos mas firmes, y para que los menores no puedan reclamarlos ni contravenirlos en otra manera que la expresada; pero contra el escribano nada dicen las leyes, como algunos poco instruidos piensan, antes bien resisten el juramento, sino en ciertos contratos en que lo permiten (4).

3 Para concluir este asunto añadiré que está prohibido à

1 Leyes 59. tit. 18. Part. 3. 4. tit. 11. Part. 5. El tit. final de la parte 6, y ley 17. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec. Matienz en sus diez glosas. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 14.

2 Parlad. lib. 2. cap. 4. que interpretando la Authent. *Sacramenta puber.* Cod. *Si adversus venditionem*, lo explica extensamente.

3 Covar. *Pract.* cap. 7. num. 4.

4 En orden á si el menor y la iglesia puede reder sus acciones véase el párrafo 5. cap. 24 de este tit. y á Olea *de cess. jur.* tit. 2. quæst. 1.

los corregidores, sus alcaldes mayores y otros jueces inferiores conceder licencia y habilitar à los menores de veinticinco años no casados para administrar sus bienes, pena de privacion de oficio, porque esto toca privativamente al Rey, y en su Real nombre al Consejo (1), ante quien deben comparecer personalmente à pedirla, y si pretenden suplemento de la comparecencia, no deben admitir sus peticiones los escribanos de Cámara, à menos que haya causas muy urgentes y relevantes, en cuyo caso han de dar cuenta al señor consultante para que las proponga al Consejo à fin de que en su vista la dispense, pues suele concederse por cierto servicio pecuniario. Si son mugeres queda al arbitrio del señor consultante hacerlas comparecer ó no (2); y en cuanto à las dispensas de comparecencia en el Consejo por los escribanos à examinarse (*) ó de suplemento de la edad, toca à la Cámara consultarlas (3) à su Magestad. Para impetrar la licencia ò venia, han de tener el varon veinte años, y la hembra diez y ocho, acreditándolo con su partida de bautismo fehaciente, como tambien que son hábiles para la administracion con informacion judicial: despues de impetrada han de presentarla al juez de su domicilio, à fin de que le conste y evacue lo que el Consejo le ordene en ella. De este modo se libertan y eximen de la potestad de su curador, y no necesitan de su licencia ni concurrencia para administrar sus bienes, ni para celebrar otros contratos semejantes, porque se hacen capaces para contratar, y quedan eficazmente obligados; pero la venia no les priva del privilegio de restitucion, ni se extiende à mas que à la administracion, à menos que en ella se especifique, por lo que no pueden vender ni gravar sus bienes inmuebles sin licencia judicial, ni hacer otras cosas que están permitidas solamente à los mayores de veinticinco años (4). Si el varon se casa antes de los diez y

1 Ley 19. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec. En el cap. 4. del nuevo arancel de servicios pecuniarios, inserto en la Real cédula de 21 de diciembre de 1800, se dice lo siguiente: »*Suplemento de edad para acudir al Consejo un menor á obtener venia para servir y administrar sus bienes*: sirvan indistintamente las personas particulares al respecto de ciento cincuenta ducados de vellon por año; y de trecientos ducados los que obtengan renta propia hasta tres mil ducados ánuos; de cuatrocientos ducados los títulos de Vizconde y Baron; de quinientos ducados los de Castilla, Navarra, Aragon, Valencia, y Cataluña; y de mil ducados los grandes de España y honorarios.«

2 Nota 2. tit 5 lib. 10. Nov. Rec.

* En el capítulo 23 del mismo arancel se dispone lo siguiente: »*La distancia de comparecer en el Consejo á examinarse de escribano*: sirva con cien ducados de vellon, no siendo la distancia mas de cincuenta leguas desde la ciudad, villa, ó lugar donde ha de ejercer el agraciado; pero pasado de esta distancia con ciento veinte.«

3 Ley 6. tit. 4 lib. 4. Nov. Rec.

4 Gom en el lugar cit. num. 12. Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 16. num. 19.

ocho, puede administrar su hacienda y la de su muger sin necesidad de venia luego que entre en ellos (1); segun lo cual para poderlo hacer antes de cumplirlos la necesita, porque aunque por el casamiento y velacion sale de la patria potestad en todo, asi lo util como lo perjudicial, y hace suyo el usufructo de sus bienes y todo lo que adquiere, mas no por eso se constituye mayor ni capaz: de consiguiente por estar casado y permitirle la ley la administracion despues que cumplió los diez y siete, no le habilita para lo demas, ni tampoco le priva de gozar del beneficio de la restitucion en los contratos ni en lo judicial, por lo que se le permite decir de nulidad de todos los actos en que no interviene su curador; y de este debe proveerle el juez para seguir el pleito, aunque sea doctor ó letrado (2). Ultimamente tampoco puede vender ni gravar sus bienes raices sin decreto del juez; pero si celebrar otros contratos, y asi se practica.

4. En orden á las mugeres considero necesario desvanecer el craso error en que incurren muchos escribanos opinando que estas no pueden obligarse: igual equivocacion padecen algunos visitadores de ellos formándoles cargos indebidos é ilegales por falta de renunciacion de las leyes de *Veleyano* en las escrituras que otorgan sin distinguir cuáles requieren renunciacion, y de qué leyes, y cuáles no. Primeramente debo advertir que la muger mayor de veinticinco años, capaz, exenta del dominio ó potestad paternal, marital ó de esclavitud, y que tiene la libre administracion de sus bienes, puede otorgar contratos y obligarse como principal al modo que cualquier hombre, sin diferencia ni necesidad de obtener licencia ni permiso de nadie, y como tal queda obligada: asi que puede comprar, vender, trocar, ceder, transigir, donar, tomar y dar prestado, comparecer en juicio y hacer otros contratos y casicontratos, y no le compete auxilio alguno civil, canónico ni Real, porque hace su propio negocio y no el ageno (3).

5. Tampoco la protege el derecho cuando se obliga por su acreedor, ó permite y consiente ser reconvenida por lo que este debe, en cuyos casos no tiene que renunciar ley alguna civil ni Real; y asi debe celebrar el contrato con las cláusulas y firmezas por cualquiera hombre libre, capaz y mayor de veinticinco años, que por sí propio se gobierna; todo lo cual debe confesar ó declarar ser asi, previniendo que si lo confiesa y se ve-

1 Ley 7. tit. 2. lib 10. Nov. Rec.
2 Vela disert. 5 y 6. num. 43. Amaya in *Rub.* Cod. *de munerib. patrim* lib. 10. num. 3. Cancer. part. 2. *Var.* cap. 1. num. 295.
3 Ley 2. Cod. *Ad senatuscons. Velleian.* y 27. § 2. ff del mismo tit.

rifica luego lo contrario, ya por ser menor ó estár privada por alguna causa legal de la administracion de sus bienes, no la aprovechará la menor edad, ni otra, por el dolo y colusion que en la confesion cometió, porque las leyes amparan à los engañados y no à los engañadores (1); y lo propio milita para con el varon que es menor, ó tiene la expresada prohibicion.

6. Como fiadora está privada de contraer, no solo por varias leyes del Código y Digesto que contiene el título citado, sino por una de Partida (2); y esto procede aunque sea la madre por sus hijos, la hija por sus padres, y la muger por su marido (3) y por otra muger; porque puede facilmente ser persuadida y defraudada y quedar indotada, lo que cede en detrimento del estado, y así no quedará obligada, excepto en varios casos que indiqué en el párrafo 29, capítulo 17 de este título, en los cuales tampoco tiene que renunciar ley alguna, porque lejos de favorecerla, la tienen por obligada. Fuera de ellos es preciso que renuncie las que expresaré en los párrafos 13, 14 y 16, ò que el contrato se ligue con juramento para que lo quede, y pueda ser demandada, bien que entonces, si es casada, se la amparará en la mitad de su dote, no siendo el fisco su acreedor, porque como dice el derecho (4), conviene que las mugeres no esten indotadas, para que se casen y la poblacion se aumente (*).

7. La muger soltera ò viuda, y mayor de veinticinco años, contrayendo por su hecho propio como principal, queda obligada à observar el contrato, y puede procederse contra sus bienes por el débito ú obligacion contraida, no puede sin embargo ser presa ni detenida por él, à menos que dimane de delito o cuasidelito, ò que se prostituya (5), cuyo privilegio está concedido à su sexo; y aunque ninguna ley prohibe su renunciacion, es inutil: por lo mismo, no obstante poder ser encarcelado el tutor por el alcance de la tutela, no se extiende esta pena à la madre y abuela que sean tutoras de sus descendientes,

1 Ley 6 tit. 19. Part 6.
2 Ley 2. tit. 7. Part. 5.
3 Ley 1, 3 y 8. Cod. 1. y 32. §. fin. *Ad senatuscons. Vellejan.*
4 Leyes 1. ff. *Solut. matrim.* y 2. ff. *de jure dot.*

* No dice el autor en qué funda este amparo en la mitad de la dote cuando la muger casada renuncia con juramento los auxilios legales. Mientras el marido viva, aunque no merezcan nombre de violencias las pretensiones de sumision ó condescendencia que por amor ó por otra causa exija de su muger, tienen eficacia bastante en el concepto de la ley para haber ordenado en consideracion á ellas la nulidad de las fianzas y mancomunidades de que trata la ley 61 de Toro. El juramento, lejos de ser remedio contra las insinuaciones del marido, es efecto del ascendiente de ellas, ¿que hará esta infeliz amagada de perjura, luchando con su religion, su interes, su marido y su opinion? *Febrero adicionado.*

5 Ley 62 de Toro, que es la 4. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

por dicha razon, y por la veneracion que les deben estos; bien que algunos dicen que sí, renunciando las leyes de su favor.

8. La muger casada tambien puede contratar y obligarse por su hecho propio como principal; pero necesita poder ó licencia expresa de su marido (no bastando la tácita), y sin ella no puede hacer distracto, liberacion ni cuasicontrato (1): es tan precisa la licencia del marido, que si el contrato ú otro acto que haga en juicio ó fuera de él carece de ella, no valdrá aunque sea jurado, porque el juramento solo hace válido el que cede en perjuicio del que lo celebra, mas no cediendo en el de tercero (2). Y se previene que si el marido se la confiere únicamente para que la obligue, como tambien à sus bienes, no es suficiente para que ella pueda obligar tambien los suyos propios, ni se entiende conferírsela tácita y virtualmente, como algunos creen, pues para esto se ha de especificar tambien, de lo contrario no quedarán obligados los de ella, porque el poder ò licencia vale para lo que en ella se expresa, y no debe ampliarse à cosas de que no trata. Se la prohibe igualmente repudiar herencia que adquiera *por testamento ó abintestato* sin dicha licencia, y aceptarla à menos que sea con beneficio de inventario (3).

9. El marido puede concedérsela especial para una cosa ò contrato, ò general para todos (4), ya sea en el mismo instrumento (por cuya concesion lo firmará, y si no sabe escribir, un testigo por él à su ruego, expresándolo en su final) ò en otro separado; y de habérsela concedido, cuando es en el propio instrumento, dará fe el escribano ordenando la cláusula de esta suerte: *En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, N., muger de T., vecinos de ella, usando de la venia ó licencia marital, que previene el derecho (ó que prescriben las leyes del Fuero Real, y la 55 de Toro que las corrobora) que de haber sido pedida, concedida y aceptada respectativamente por ambos, doy fe*, dijo &c. Si se la concede en otro, debe insertarse este en el que otorgue la muger en su virtud para documentarlo, y entonces no necesita el escribano dar fe en este de la concesion; previniendo que para darla en aquel no basta poner cláusula, sino que al tiempo de su otorgamien-

1 Ley 55 de Toro, que es la 11. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., y leyes 8. tit. 11. lib. 1. y 13. tit. 10 lib. 3. del Fuero Real.

2 Gom. en dicha ley 55 de Toro, num. 8. Gutierr. *de juramt. confirmat.* part. 1. cap. 1. num. 34, et in Auth. *Sacramenta puber.* num. 39. Matienz. en la 2. tit. 3. lib. 5. Rec. glos. 1. num. fin.

3 Ley 54 de Toro, que es la 10. tit. 20 lib. 10. Nov. Rec.

4 Ley 56 de Toro, que es la 12. tit. 1. lib. 10. Nov Rec.

to ha de preguntar à la muger *si pide licencia á su marido para él, y á este si se la concede*, y de no hacerlo asi será fe falsa. Puede asimismo el marido ratificar especial y generalmente lo que sin ella hubiere practicado (1); y no queriendo dársela deberá apremiarle à ello el juez. Estando el marido ausente del pueblo, y no esperándose su pronto regreso, ó corriendo peligro su tardanza, se la concederá el propio juez en los casos asi de negativa como de ausencia, con previo conocimiento de si la es útil ó necesaria la celebracion del contrato, y no perjudicial al marido, y valdrá lo que con ella ejecute, del mismo modo que si este se la hubiera dado (2); lo que podrá hacer tambien cuando el marido es loco, furioso, mudo y encantado (3). En este último caso, si la muger tiene hijos menores, y quiere percibir ó cobrar, pagar, tratar y contratar en los negocios que su marido tenia, deberá mandar el juez que intervenga à ello su curador, para lo cual se lo nombrará, ó habilitarla precediendo la competente informacion de ser habil y juiciosa para gobernar, y asenso del curador nombrado à su marido, al que comunicará su pretension; y si hay algunos hijos casados, debe preceder convenio de estos; pero si todos los bienes son de la muger, entonces no es necesario, porque à nadie perjudica sino á sí propia, y los hijos no pueden impedirla el uso de ellos mientras viva, antes bien deben contentarse con los que les deje; y por cuanto corresponde al marido la administracion y *usufructo de los bienes dotales* de su muger para no ser perjudicado en este, es cautela prudente que en la concesion diga: *que la da licencia para celebrar el contrato sin perjuicio suyo en cuanto á los bienes dotales y sus frutos*. Con esta cláusula, aunque el contrato sea válido, solo podrán ser ejecutados los bienes parafernales de la muger, y en cuanto á los dotales y sus frutos asignados para soportar las cargas matrimoniales no perjudicará al marido la licencia (4).

10. Sin embargo no la necesita cuando litiga ó contrata con él en los casos permitidos por derecho, que refiere Gomez, lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 3, à saber: en todos los contratos onerosos; cuando la da poder para tratar y contratar, porque darla poder y concederla licencia todo es uno; cuando ella confiere po-

1 Ley 58 de Toro, que es la 14. tit. lib. 10. Nov. Rec.

1 2 Leyes 57 y 59 de Toro, que son las 3 y 15. tit. 1. lib 10. Nov. Rec.

1 3 Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 6. num. 8. vers. *Item*, Salg. *Labyr.* part. 1. cap. 8. num. 30.

4 Carlev. *de jur.* tit. 3. disp. 19. num. 14.

der à su marido (ya esté presente ó ausente) para enagenar, gravar ú obligar sus bienes, ó para que en su nombre efectúe otros contratos, pues por la aceptacion y uso del poder le concede la licencia y los aprueba; para usar contra él de sus acciones civiles y criminales; cuando hace contrato que la es util, ò protestas y reclamaciones para no ser perjudicada, ó ambos juntos de mancomun otorgan alguno con tercero; pues por el mismo hecho es visto dársela, aunque no se exprese; cuando ejerce públicamente con su consentimiento algun oficio, v. gr. de comadre, de mercadera &c. para celebrar los contratos á él concernientes, porque de la permision de su ejercicio, que es lo principal, se infiere por consiguiente preciso la de hacer contratos anejos y dependientes á él, como accesorio; cuando celebra alguno con tercero en presencia de su marido, y este sabedor de él no lo contradice (bien que sobre este particular hay variedad de opiniones) (1); para formalizar el contrato à que está obligada, v. gr. por mandato del testador que la instituyó su heredera, ó por otra cláusula necesaria del precedente, ó para hacer y otorgar el capital de su marido, en cuyo caso tampoco necesita hacer juramento si precedieron capitulaciones ò pactos, porque está obligada por estas á otorgarlo, à mas de ser justo; ni tampoco para otorgar testamento ú otra última voluntad, excepto la donacion por *causa de muerte*, con entrega de bienes al donatario, porque entonces se reputa por *donacion en sanidad* (2). En estos casos no necesita la muger licencia de su marido, ni el escribano tendrá que ponerla en la escritura, por que es supérflua; y fuera de ellos no incurrirá este en pena por omitirla, porque ninguna ley se la impone ni prohibe que la autorice sin ella; pero para que el contrato no se anule, y evitar este perjuicio à los contrayentes, procurará que no se le olvide.

11. Si la muger casada es menor de veinticinco años, debe concurrir su curador à la celebracion del contrato para su validacion, y el juez dárselo à pedimento del marido, el cual no puede serlo ni hacer veces de tal por los motivos que da la ley 3. tit. 17. Part. 6. Esto no procede en cuanto à pleitos, porque la ley no le prohibe comparecer en juicio por ella, bien que hoy como el marido administra los bienes dotales y demas de su mu-

1. Lo mas probable parece que el silencio del marido en tal caso no puede suplir la licencia, pues cuando por disposicion de la ley se requiere esta para algun acto, debe ser expresa; y ademas, del silencio solo no se infiere el consentimiento. Ley 23. tit. 34. Part. 7. y *Qui tacet*, ff. *de reg. jur.*

2. Gom. en la ley 55 de Toro, num. 2. al 7. Matienz. en la 2. tit. 3. lib. 5. Rec. glos. 1, 2, 3, 4 y en la 3. glos. 1.

ger, debiendo volverlos ó su importe y deterioro si se han estimado con estimacion que causa venta, es de su cuenta el incremento ó decremento que padezcan; no se practica la prevencion de esta ley, ni es del caso tampoco para su administracion y pleitos, y solo lo será en el que se ofrezca celebrar algun contrato de enagenacion, obligacion ú otro semejante, en que concurra la muger obligando, cediendo ó enagenando sus bienes (1).

12. La Ley 47 de Toro tiene por emancipada à la muger en todas las cosas para siempre estando casada y velada; lo que solo sirve para que su padre no tenga dominio sobre ella (como por derecho comun y de las Partidas lo tenian los padres en sus hijos casados y en sus nietos), y para que no vuelva à tenerlo despues que ella enviude; pero no sirve para que sea tenida por mayor de dicha edad, y capaz de gobernarse, y pueda contraer sin intervencion de curador, porque el matrimonio no suple ni puede suplir lo que la naturaleza no da. No obsta alegar que la licencia del marido es suficiente y suple todo lo necesario para la validacion del contrato, pues que esta es precisa aun viendo de edad provecta la muger.

13. La casada tiene ademas à su favor las leyes 7, 8 y 9. tit. 3. lib. 5. Rec. (ò 2 y 3 de la Nov.), de las cuales la primera manda que ella ni sus bienes no sean obligados por la fianza que su marido constituya: la segunda que no sea presa por las deudas de su marido, aunque toquen al Rey, ni por fianza que él haga; y la tercera (que es la 61 de Toro) »que no pueda obligarse como fiadora de su marido, aunque pertenezcan aquellas al Rey, ni por fianza que él mismo haga, aunque diga y alegue que la deuda se convirtió en su utilidad; que cuando marido y muger se obligan de mancomun en un contrato ó en diversos, à nada queda obligada, à menos que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho: y que entonces pague à prorata del que se la siguió; pero que en las cosas que el marido tiene obligacion de darla, v. gr. comer, vestir y otras necesarias, tampoco lo quede, excepto que la tal fianza y obligacion de mancomun sea por pechos ó derechos Reales." Con esta ley concuerda en parte la auténtica: *Si qua mulier*, Cod. *Ad senatus consultum Velleianum*.

14. El escribano, bien instruido de las referidas leyes, debe enterar à la muger casada de las 61 de Toro, y 2. tit. 12. Part. 5. para que si se obliga como fiadora de su marido ó de otro, ó

1 Gutierr. *de tutel.* part. 1 cap. 20. num. 30 y sig. y otros que cita.

concurre con él como principal á la celebracion del contrato, sepa lo que renuncia y á qué se obliga, y de ello dar fe en el caso de que no exprese en la escritura el contenido de ellas, pues si lo expresa, que es lo mas seguro, para que no alegue ignorancia, es superfluo darla. Advierto tambien que si la diere sin cerciorarla de él, à mas de que se le podrá cortar la mano por falsario, quedará infamado para siempre (1)(*), y verificada su ignorancia por declaracion que se la tome de lo que mandan ó prohiben las leyes cuya renunciacion hace, como lo he visto practicar, se declarará nulo el contrato, estará obligado á resarcirla, y à los interesados con quienes contraiga, el daño que se les irrogue, y ella podrá disculparse con no haberla instruido, y que por esta causa no supo lo que renunció (2); pero si enterada por él las renuncia, quedará obligada, y no la auxiliará el beneficio del Veleyano ni otro alguno. De las demas leyes expresadas en los párrafos precedentes no necesita instruirla, porque nada dicen en cuanto à quedar obligada por contrato, y por lo mismo basta que renuncie la 61 de Toro si se obliga con su marido ò por él, y la 2. tit. 12. Part. 5. si es fiadora de otro. Siendo soltera, y obligándose por su hecho propio como principal por serlo realmente, ninguna tiene que renunciar mas que el hombre, porque no la favorece; pero siendo fiadora debe renunciar solamente la 2. tit. 12. Part. 5. que prohibe à las mugeres el serlo, y las del derecho comun son superfluas, y no vienen al caso por lo que diré en el párrafo siguiente.

15. En todos los contratos de mugeres acostumbran los escribanos poner indistintamente renunciacion de las leyes del Emperador Justiniano, senadoconsulto Veleyano, Toro, Madrid y Partida, ya sean solteras ó viudas, monjas ó seglares, y se obliguen como principales ó como fiadoras: y para su inteligencia les prevengo que de las primeras en ningun caso deben hacer mencion porque hay leyes Reales nuestras establecidas á su favor, que dejo citadas; y cuando la Real trata del asunto, no deben expresar las del derecho romano, por no tener en España fuerza de leyes, ni deber llamarse asi, sino autoridades y dichos ó sentencias de sábios fundadas en razon, que solo pueden seguirse en defecto de ley, y en cuanto son conformes á nuestro derecho Real y al natural, como dice el auto 1. tit.

1 Ley 16. tit. 19. Part. 3.

* No vemos que ni aun por mucho mayores delitos se impongan tales penas á ningun escribano. La suavidad de costumbres y la ilustracion han mitigado mucho el rigor de las leyes criminales antiguas. *Febrero reformado.*

2 Ley 31 al fin. tit. 14. Part. 5.

1. lib. 2. Rec. De las de Toro y Partida solo debe hacerse la renunciacion en los casos explicados en los párrafos anteriores, atendiendo á si es casada ó no la muger, y principal obligada ó fiadora; pues hacer igual renuncia en todos los casos es error clásico, ya por no haber leyes que traten de ellos y ya por no venir al intento, ni por consiguiente protegerlas. Mucho menos deben renunciarse las leyes de Madrid, porque no hablan de contratos de mugeres, sino de que no anden con la cara tapada, como consta en la penúltima y última del tit. 3. lib. 5. Rec., que examiné con todo cuidado á este fin; y me admira que á vista de esta decisio Real, y de que tenemos leyes patrias, no se hayan extirpado este y otros errores de los escribanos. Para que la muger no pueda alegar que no supo lo que renunció, ni el escribano tenga precision de dar fe en la escritura de que la enteró de los efectos de las leyes que la favorecen, expresará en esta lo que prohiben ó permiten, como lo verá en la cláusula que extenderé en el párrafo siguiente.

16. Las mugeres casadas suelen muchas veces celebrar contratos amenazadas y violentadas por sus maridos, y no de su espontánea voluntad; y algunas veces que no lo son, alegan que lo han sido á fin de eximirse de la obligacion contraida: para que no les sirva esta excepcion, y no para otro efecto, ni por necesidad para la esencia, solidez y validacion de los contratos, se ligarán estos con juramento, y la cláusula se extenderá en la forma siguiente: *Yo la expresada N. (ó como se llame) renuncio la ley* 61 *de Toro, que dice: que la muger no puede ser fiadora de su marido; y que cuando marido y muger se obligan de mancomun en un contrato ó en diversos, ó esta como fiadora de aquel no quede obligada á cosa alguna, á menos que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho, y que entonces pague á prorata del que experimentó, no siendo de las cosas que el marido está obligado á darla, pues por ellas á nada lo queda. Y jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, que para formalizar este contrato no fue persuadida con eficacia, intimidada ni violentada directa ni indirectamente por el citado su marido ni por otra persona en su nombre, y que antes bien lo otorga de su libre y espentánea voluntad, y ha sido la causa impulsiva de que se celebre, porque sus efectos se convierten en su utilidad. Que no tiene hecho juramento de no enagenar ni gravar sus bienes; ni contra este instrumento protesta ni reclamacion por violencia, persuasion marital, lesion ni otro motivo, mediante no concurrir ni haber precedido para efectuar-*

lo ; ni las hará : y si parecieren, las revoca y anula enteramente desde ahora. Que de este juramento á ningun prelado eclesiástico pidió ni pedirá absolucion ni relajacion. Y que aunque de motu propio se las conceda, no usará de ellas, pena de perjura. Y para la mayor subsistencia de este contrato hace un juramento mas de observarlo íntegramente, á pesar de las relajaciones que puedan serle concedidas. En cuyo testimonio así lo otorga etc. (*). Si son fiadoras de otro renunciarán la ley 2. tit. 12. Part. 5., puesto que la 61 de Toro habla solo cuando lo son de sus maridos, ó se obligan con ellos en uno ó mas contratos; con cuya cláusula y la licencia marital en los casos en que la necesitan, no podrán alegar que han sido violentadas, ni por consiguiente reclamar el contrato, aunque antes tengan hecho juramento de no enagenar ni gravar sus bienes, pues si no lo hacen y lo tienen jurado, no valdrá, y si lo hacen incurrirán á lo menos en perjurio, y por el dolo que cometen serán castigadas. Bien que aunque la muger casada jure que la deuda se convirtió en su provecho, si el acreedor no prueba este con arreglo á ley de Toro citada, será amparada en su dote, ó en su mitad á lo menos, excepto que lo sea el fisco, como lo he visto

*. Entre la excepcion que por el *senadoconsulto Veleyano* y la ley 2. tit 12 de la Part. 5. se concede á las mugeres que afianzan deudas de otros, y la auténtica *Si qua mulier*, y ley 61 de Toro que prohibe que las mugeres casadas sean fiadoras de sus maridos, hay esta diferencia: que la excepcion del Veleyano y ley de Partida se funda en la facilidad, imprudencia y poca reflexion con que las mugeres pueden ser inducidas á sujetarse á una fianza, en que no ven de presente daño alguno. Así cesa esta excepcion cuando parece que con la deliberacion debida enteradas del privilegio que tienen y del peligro á que se exponen, insisten en la fianza, y renuncian el favor que las leyes les dispensan. Pero las disposiciones de la auténtica y de la ley 61 de Toro tienen otro fundamento de mas importancia y de mas gravedad cual es la preponderancia del marido, el amor, los respetos, miramientos y consideraciones forzosas á él; y como estos son permanentes y asiduos, ni cesan mientras dura el matrimonio; de aquí es que, aunque se renuncie dicha ley 61 de Toro, todavía podrá la muger hacer valer la nulidad de la fianza ó mancomunidad que otorgó con su marido: lo uno porque los respetos que la obligaron á ser fiadora subsistieron tambien para la renuncia, aunque mediare mucho tiempo en que deliberar sobre los peligros y resultas de su obligacion; lo otro porque siendo por la dicha ley incapaz la muger de ser fiadora de su marido, y nula la fianza, no puede la renuncia hacer válido y capaz lo que la ley declara incapaz y nulo. Lo mismo digo del juramento con que se corrobore dicha renuncia: los juramentos no pueden producir accion ni obligacion donde la ley la niega, ni constituir válido lo que el legislador declara nulo, á menos que el mismo legislador consienta que el juramento produzca en algun caso obligacion civil; su fuerza se extiende únicamente en el ámbito del fuero de la conciencia. El rigor y la energía con que está concebida la ley 61 de Toro, que declara á las mugeres incapaces de obligarse por sus maridos, no es conciliable con un juramento que elude todos sus fines, puede dejarlas indotadas, y autorizan por este medio donaciones forzosas á sus maridos, prohibidos tambien por las leyes. Es tambien regla de derecho que lo que se prohibe por un camino no se debe permitir por otro. *Febrero adicionado.*

declarado, por lo que á ninguno aconsejo que contrate con mugeres casadas.

17. A fin de que el escribano sepa cuanto conviene en este asunto, voy á proponer y resolver el siguiente caso. Supongo que cierta muger casada, por la excesiva rigidez de su marido, ó por otro motivo de los prescritos por derecho, le puso demanda de divorcio ante el juez eclesiástico como competente, el cual con pleno conocimiento de causa declaró haber lugar á él, y compelió al marido á la restitucion de la dote, y despues de estar apoderada la muger de sus fincas dotales quiere vender una de ellas para sus urgencias, á cuyo efecto se conviene con el comprador en el precio, acude al escribano, le encarga extienda la escritura diciéndole que está casada y divorciada. Se pregunta ¿que deberá hacer en este caso el escribano? Si la muger otorga la escritura sin licencia de su marido, parece que queda arriesgado el comprador y nulo el contrato, por estarla prohibido celebrarlo sin ella durante el matrimonio. Este no hay duda que subsiste, porque el divorcio fue solo en cuanto á la habitacion, no al vinculo, por ser indisoluble hasta que uno de los dos fallece. El juez que declaró el divorcio no es competente para darla facultad de gravar ni enagenar sus bienes. El marido no es regular que se la conceda, ni que ella ú otro en su nombre se la pida, porque se expone á ser mal recibido y no conseguirla. El juez Real, aunque competente, no se la concederá sin que conste que su marido no quiere dársela, y que la es util el contrato ó que tiene necesidad de celebrarlo. Es caso que en ningun autor vi tocado, sino en Gutierrez *de juram. confirm.* part. 1. cap. 1. num. 54. y sig. que lo controvierte con mucha solidez y extension; y conformándome con su dictamen aconsejo al escribano que no autorice dicho contrato sin que preceda licencia del marido ó del juez Real, el que con vista de la resistencia del marido y conocimiento de causa deferirá á su pretension, y todos los autos se insertarán en la escritura para su estabilidad; pues aunque no incurrirá en pena por autorizarla sin este requisito, ni en mi concepto debe estimarse nulo el contrato por los fundamentos que manifiesta dicho autor, no es razon exponer á contingencia ni opiniones el dinero del comprador.

18. Cuando la muger casada celebra por su hecho propio algun contrato por el cual obliga ó enagena sus bienes, suelen poner en él los escribanos renunciacion de las leyes de la mancomunidad, sin mas motivo que el de concurrir dos personas á su

celebracion con diversos fines y respetos, ni preguntar al marido si quiere ó no obligarse y en qué forma; de suerte que le ligan y sujetan á su cumplimiento y responsabilidad sin que preste su consentimiento, ni les dé orden para ello, y queda obligado absolutamente con su muger, porque le dicen que es preciso que se obligue asi. Me ha causado novedad este modo irregular de hacer escrituras, y no puedo menos de preguntarles para salir de dudas, ¿cual es el oficio del marido, ó qué papel representa en semejantes contratos? No encuentro que ejerza ni represente otro que el de dar á su muger la licencia que por disposicion de la ley 55 de Toro es necesaria para su validacion, y en dándosela cumple con lo que está de su parte. Pues si nada mas hace ni tiene que hacer en el caso de que no quiera obligarse como principal ó fiador de su muger, ¿por que razon ponen ni á qué viene la renunciacion de dichas leyes, y el obligar al marido sin su expreso mandato? No puedo atinar con las razones en que se afianzan, pues algunos á quienes por tener fama de *hábiles* en el vulgo lo he preguntado, no me dieron otra respuesta que la de concurrir dos personas en la escritura, sin discernir los respetos y fines à que se dirige su concurrencia; y otros, que lo hacian por haberlo visto practicar asi á sus maestros. Para evitar errores prevengo al escribano que si en el caso propuesto ordena el instrumento en la forma indicada sin expreso mandato del marido, está obligado en conciencia á reintegrarle de los daños que por ello se le irroguen, sin que de esta responsabilidad pueda eximirle ni servir de disculpa el alegar que se le leyó la escritura, y la otorgó y firmó, ni que todos (excepto el pupilo, la muger, el soldado y el aldeano) deben saber las leyes concernientes á contratos y últimas voluntades (1); ni el que debe aconsejarse de letrado, porque los mas de los contrayentes ignoran la naturaleza de los contratos, estan persuadidos que deben ordenarse asi por precision, y por lo mismo los otorgan sin saber lo que hacen, y muchas veces sin haber entendido radicalmente su contexto, aunque tengan medianos talentos; y si preguntan qué cláusula ó renunciaciones son aquellas, y qué efectos causan, como les responden unos escribanos con malicia, y los mas con ignorancia, que son de estilo, quedan satisfechos, sin que se les ofrezca réplica ni duda. Asi que el modo de ordenar la escritura es que la muger, como única contrayente y aceptante, lleve sola la voz en ella, y despues de

1 Leyes ult. al fin, tit. 1. Part. 1. y 31. tit. 14. Part. 3.

puesta la cláusula de la licencia segun el párrafo 9, prosiga con lo dispositivo del contrato, haga el juramento conforme está extendido en el párrafo 16, y despues de todo lo referido, que el marido se obligue solamente á haber por firme la licencia y no revocarla; por cuya razon y no por otra, firmará, si sabe, el instrumento, y sino un testigo por él á su ruego, y nada mas. Pero si instruido de los efectos del contrato, quiere obligarse de mancomun con su muger, ó como su fiador, se ordenará la escritura con las cláusulas correspondientes à la mancomunidad y fianza.

19. No es suficiente que el juramento se ponga en la escritura que otorga la muger ú otro á quien está permitido jurar los contratos, sino que debe el escribano recibírselo en solemne forma (para lo cual tiene autoridad, porque hace oficio de juez), y de ello dar fe, y de otra suerte no cumple con su obligacion. Tambien le advierto que no solo debe leer la escritura muy despacio à los otorgantes para que la entiendan, sino preguntarles despues de leida: *si la otorgan asi*, y aun decirles sustancialmente su contexto, si fuere necesario, para que queden mas bien enterados de la obligacion que constituyen, lo cual se colige de las leyes 54. tit. 18. Part. 3, y 13. tit. 25. lib. 4. Rec., y en la renunciacion de leyes particulares expresará lo que prohiben ó mandan, para que los interesados sepan lo que renuncian, y no aleguen ignorancia, pues en la general, como de estilo, no es menester especificacion (1).

20. Si el marido vende ó grava sus bienes, es muy util al comprador ó acreedor que la muger concurra à la venta, cediéndole el derecho y privilegio que tiene por su dote contra los de su marido, y jurando la escritura, pues de esta suerte no solo no tendrá repeticion contra ellos, ni podrá quitárselos en el caso que su marido no tenga con que resarcírsela, sino que como subrogado en su derecho será preferido à todos los acreedores hipotecarios posteriores à la obligacion dotal: bien que sobre esto estan discordes los autores; pero el escribano en cumplimiento de su oficio advertirá á la muger los efectos de esta concurrencia para que sepa lo que hace.

Nota. Las copias de las escrituras de promesas, empréstitos, cesiones, depósitos, indemnidad y fianzas de cantidad señalada que no llega á cien ducados, se deben sacar en pliego del sello cuarto, en el cual se han de escribir los protocolos de ella

1 Olea *de cess jur* tit. 5. quæst. 3. n. 11. Gut. *de jur. conf.* part. 1. cap. 1. n. 17 y sig.

y de otras cualesquiera sin excepcion. Si llegan à cien ducados, ó exceden de ellos hasta mil exclusive, en el del sello segundo: siendo de mil ducados, y de ahí arriba, en el del primero: y los empréstitos en que no hay cantidad ni precio fijo, por no ser de dinero sino de otras cosas, en el del sello primero. Las de depósitos de difuntos se han de sacar en el del segundo por la regla general que da la ley respecto no tratar especificamente de ellos. Los de fianzas que se dan en el Consejo de las Ordenes ó en otro tribunal superior ó inferior sobre los depósitos para pruebas de calidad, en el del sello primero. Las de la haz y carcel segura ó estar á derecho, y las que dan los jueces ordinarios y de comision, receptores, tesoreros, tutores, administradores, ejecutores, comisarios y maestres de naos ò de plata, en el del sello tercero: y las que no contienen cantidad cierta, en el del contrato principal. Las obligaciones que hacen los escribanos de usar fielmente sus oficios en el del sello segundo: las de cartas de pago y finiquito, si no llegan à cien ducados, en el del sello cuarto mayor; de ciento hasta mil exclusive, en el del tercero; pero si llegan à mil ò exceden de ellos, en el del segundo. La caucion juratoria en el del sello cuarto: los contratos de obra en que no hay precio, en el del sello segundo; y habiéndolo, en el mismo que los empréstitos y cesiones.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

INDICE

DE LOS TITULOS, CAPITULOS Y ESCRITURAS

QUE COMPRENDE EL TOMO SEGUNDO.

CONTINUACION DEL LIBRO SEGUNDO.

TITULO TERCERO.

		Pag.
	De los mayorazgos, patronatos, capellanias y sus agregaciones.	1
CAP. 1.°	*Del mayorazgo, y sus diversas especies.*	id.
CAP. 2.°	*Requisitos necesarios para fundar mayorazgo; personas que pueden hacerlo, ya por sí, ya por comision de otro, y reglas generales que se observan en los mayorazgos*	19
CAP. 3.°	*De las líneas y grados de parentezco.*	32
CAP. 4.°	*De las obligaciones del poseedor del mayorazgo, y de las causas por que puede perderle. De la facultad que tiene el fundador para revocar el mayorazgo.* . .	41
CAP. 5.°	*De la agregacion de bienes que suele hacerse al mayorazgo.*	45
CAP. 6.°	*Del remedio posesorio sumario, llamado vulgarmente* tenuta.	50
CAP. 7.°	*De los patronatos.*	76
CAP. 8.°	*De las capellanias.*	83

TITULO CUARTO.

	De las obligaciones, pactos y contratos.	136
CAP. 1.°	*De las diferentes clases de obligaciones y contratos.*	id.
CAP. 2.°	*De los contratos concensuales, y en especial del de compra y venta*	139
CAP. 3.°	*De la venta de las cosas eclesiásticas.*	198
CAP. 4.°	*De los retractos ó tanteos de las ventas.*	206
CAP. 5.°	*De los arrendamientos.*	230
CAP. 6.°	*De la mesta y sus privilegios.*	259
CAP. 7.°	*Del censo en general, y del enfitéutico en particular.*	266
CAP. 8.°	*Del censo consignativo.*	289
CAP. 9.°	*Del censo reservativo al quitar.*	310
CAP. 10.	*Del censo de por vida, ó sea renta vitalicia.* . . .	317

CAP. 11. *De la reduccion de censo, y de su redencion, subrogacion y reconocimiento.* 328
CAP. 12. *De las compañías.* 350
Apéndice á este capítulo. Del contrato trino. 358
CAP. 13. *Del mandato.* 366
CAP. 14. *De los poderes, de los procuradores y agentes de negocios.* 373
CAP. 15. *Del cambio ó permuta.* 402
CAP. 16. *De los contratos verbales, y en primer lugar de las promesas.* 406
CAP. 17. *De las fianzas en comun.* 411
Nota sobre la mancomunidad. 424
Nota sobre la indemnidad. 425
CAP. 18. *De varias fianzas particulares.* 432
CAP. 19. *De las prendas é hipotecas.* 453
CAP. 20. *De los contratos reales, y principalmente del préstamo ó empréstito.* 464
CAP. 21. *Del depósito.* 474
CAP. 22. *De las donaciones y principalmente de la que se llama* entre vivos. 482
CAP. 23. *De la donacion por causa de muerte.* 613
Apéndice sobre el contrato literal. 617
CAP. 24. *De las cesiones.* 619
CAP. 25. *De los contratos innominados, y en especial de la transaccion y del contrato de obra.* 629
CAP. 26. *De los cuasicontratos.* 638
CAP. 27. *De varios actos legales accesorios á algunos contratos.* 642
CAP. 28. *De la extincion de las obligaciones procedentes de los contratos.* 648
CAP. 29. *Prevenciones útiles sobre los contratos ú obligaciones que celebran algunas personas, señaladamente los menores y las mugeres.* 657

ESCRITURAS CONTENIDAS EN ESTE SEGUNDO TOMO.

Fundacion de mayorazgo regular. 57
Idem de vínculo de mejora de tercio y quinto hecha en contrato. 73
Idem de patronato real de legos. 91
Idem de capellanía mercenaria é incompatible á título de patronato real de legos, con la que ninguno puede ordenarse. . . 93
Idem de capellanía laical para ordenarse á título de ella como de patrimonio. 99
Idem de capellanía colativa. 103
Nombramiento de capellan. 110
Donacion de capilla. 112
Fundacion de escuelas de primeras letras. 114

Idem de memoria para casar huérfanas. 124
Escritura de venta de una casa. 176
Cláusula de venta á tasacion. 180
Escritura de venta de esclavo. 181
Idem de venta de lana. 183
Idem de venta de censo. 185
Idem de juro. 186
Idem de oficio renunciable de escribano. 188
Idem de una bestia. 190
Idem de una villa. 191
Cabeza y pie de venta judicial. 193
Retroventa. 194
Posesion extrajudicial. 196
Posesion judicial de una casa. 197
Cabeza de venta de bienes de convento. 203
Escritura de arrendamiento de tierras. 251
Arrendamiento de casa. 255
Censo perpetuo enfiteutico. 277
Licencia para vender una casa afecta á censo perpetuo, y carta de pago de cincuentena. 286
Idem para vender finca enfitéutica reservándose el señor del directo dominio el derecho de tanteo. 287
Escritura de creacion de censo consignativo 301
Idem de fundacion de censo reservativo al quitar. 313
Idem de dacion de una finca á censo por varias vidas. 323
Idem de extincion de censo enfitéutico y consolidacion de los dominios directo y útil. 335
Redencion de censo consignativo. 339
Redencion y subrogacion de censo al quitar. 340
Reconocimiento de censo. 342
Escritura de compañia. 361
Rescision y separacion de compañia. 364
Escritura de poder amplísimo. 386
Poder para suplicar á la sala de Mil y Quinientas. 394
Cabeza de poder de concejo. 397
Idem de poder de convento. 398
Poder para desposorios. 399
Sustitucion de poder. 400
Revocacion de poder. . . . . . id.
Escritura de trueque ó cambio. 404
Permuta de piezas eclesiásticas. 405
Promesa para vender. 409
Obligacion y fianza simple. 426
Obligacion y fianza de un deudor y otros fiadores obligados como principales por el todo cada uno. 427
Idem de mancomun por el todo. 428

Escritura de indemnidad, ó de sacar á paz y á salvo. 429
Obligacion de mancomunidad simple. 430
Fianza de saneamiento. 445
Idem de la ley de Toledo. 446
Idem de la ley de Madrid. 447
Idem de la haz y carcel segura. . . . . . id.
Idem de corregidores. 448
Obligacion y fianza de acreedor de mejor derecho. 449
Fianza de las mil y quinientas doblas. 450
Caucion juratoria. 452
Obligacion con prenda. 458
Idem con hipoteca. 460
Idem llana de mutuo. 472
Idem de préstamo comodato. 473
Depósito extrajudicial. 478
Idem judicial. 479
Idem de difunto. 480
Donacion graciosa. 500
Insinuacion. 504
Donacion remuneratoria. 505
Escritura de donacion y cesion de una casa á renta vitalicia. . 506
Donacion ó cesion á estudiante. 510
Revocacion de donacion. 512
Escritura de cesion remuneratoria que suele llamarse obligacion y cesion en causa propia. 625
Poder y cesion en causa propia graciosa. 627
Escritura de transaccion. 633
Idem de contrato de obra. 635
Protesta. 644
Lasto á favor de un fiador que como tal pagó la deuda que contrajo con otros confideyusores y el principal. 645
Idem á favor de uno de los mancomunados. 646
Carta de pago con fe de entrega. 653
Idem de pago confesado. 654
Finiquito. 655

DEP. ARC. 16/3

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

R. 97240

FEBRERO NOVISIMO,

Ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL,

Y ALGUNOS OTROS.

POR DON EUGENIO DE TAPIA,

individuo de la inspeccion de Estudios, y Magistrado honorario de la Audiencia de Valladolid.

Tercera edicion,

Revista y corregida, y añadida con la Jurisprudencia Mercantil, con arreglo al Código de Comercio, que comprende los [redacted]quos del suplemento.

TOMO TERCERO.

VALENCIA: IMPRENTA DE DON ILDEFONSO MOMPIÉ
DE MONTAGUDO.

AÑO 1837.

CONTINUACION DEL LIBRO SEGUNDO.

TITULO V.

Tratado de jurisprudencia mercantil.

CAPITULO PRIMERO.

De los comerciantes en general, y de los libros que deben tener.

§. 1. Definicion del comercio.
2. Division primera del comercio en terrestre y marítimo.
3. Division segunda del comercio en interior y exterior.
4. Tercera division del comercio segun el modo de vender las mercaderías por mayor y menor.
5. Cuarta division del comercio segun las cosas que tiene por objeto.
6. Del comercio llamado de neutralidad, habilitacion de bandera ó asilo.
7. La palabra comercio se toma á veces colectivamente con relacion á los diferentes puntos del globo donde se trafica.
8. ¿A quienes está prohibido por las leyes ejercer la profesion del comercio?
9. De los libros que deben tener los comerciantes por mayor.
10. De los que han de tener los mercaderes ó comerciantes por menor.
11. ¿Que deberá hacer el comerciante en el caso de no poder ó no saber leer ni escribir?
12. Si por descuido se cometiere error en alguna partida de los libros, ¿como deberá salvarse?
13. ¿A que penas se expone el comerciante que arrancare ó sacare alguna hoja de los libros?
14. ¿Que libros deberá manifestar el comerciante en el caso de que sea preciso exhibirlos por litigio ú otra causa?
15. Los comerciantes por mayor estan obligados á formar balance por lo menos de tres en tres años.

1. Bajo la palabra comercio se comprende todo cambio, venta y compra de mercaderías, ó negociacion que se hace con

frutos, artefactos, dinero, letras de cambio ú otro papel semejante.

2. El comercio se hace por mar ó por tierra; y de aqui su primera division en terrestre y marítimo. Comercio terrestre es el que se hace de pueblo á pueblo, de provincia á provincia, ó de reino à reino, por medio de carruages ó bestias de carga, y tambien en pequeñas embarcaciones por los rios, lagos y canales. Comercio marítimo es el que se hace en todas las regiones del mundo á donde puede aportarse por mar, ya sea el Océano, ya el Mediterráneo, ya otros mares menores, como el mar Rojo &c.

3. La segunda division del comercio es en interior y exterior. Interior se llama el que los súbditos de un mismo príncipe hacen entre sí dentro del propio estado, sea por mar ó por tierra. El que se hace por mar suele llamarse de cabotage. El exterior es el que los súbditos de un Soberano acostumbran á hacer fuera de sus dominios, ó mas allá de las fronteras de su reino por mar ó por tierra. Subdivídese el exterior en comercio de importacion, de exportacion y de fletes. El primero es el que se emplea en importar ó introducir géneros de una nacion para consumirlos en otra. Llámase de exportacion el que se emplea en exportar ó extraer géneros del pais del comerciante para consumo del extrangero. Comercio de fletes, de tránsito ó de trasporte, es el que tiene por objeto conducir ó trasportar géneros extrangeros de unos puertos à otros de diferente nacion.

4. Segun el modo de vender las mercaderías distinguimos tambien el comercio por mayor ó por menor. Comercio por mayor se dice cuando los géneros se venden por cargas, quintales, fanegas, pesos ó medidas mayores; y el comercio por menor es cuando las mercaderías se venden en tiendas ó en almacenes por varas, libras, asumbres ó cuartillos &c., conforme sean los géneros en que se comercia (1).

5. Segun las cosas que son objeto del tráfico, se distinguen el comercio de mercaderías, el que se hace en dinero, y el comercio en papel. El primero claro está que consiste en la compra, venta ó cambio de las mercaderías. El comercio en dinero

1 En Real resolucion de 10 de febrero de 1753 á consulta de la junta general de Comercio, se declaró que las ventas por mayor se entiendan en todo género de tejidos las que se hagan por piezas, pie ó cola: en las cosas que se cuentan, por gruesas; en las de peso, por arrobas; en los sombreros y cueros menores por docenas; pues en los cueros mayores la venta de uno solo ha de tenerse por mayor en el papel, una resma, segun costumbre; y asi en los demas géneros no comprendidos en estas clases. Véase la nota 6. tit. 12. lib. 10 de la Nov. Rec.

es el que ejercen los prestamistas y agiotistas. Aunque el agio, que consiste en la diferencia de valor de las monedas y papel moneda, es una negociacion lícita, puede convertirse en usura cuando el agiotista ó especulador compra por mitad ú otra grande pérdida el papel que emite ó introduce el estado en sus urgencias, y luego lo da por todo su valor á las personas que por el fatal estado de sus negocios, ó por su mala conducta, se ven en la precision de recurrir á un medio tan ruinoso de tener dinero, sacando á estos de nuevo el mismo papel con pérdida bajo nombres supuestos. El comercio en papel es el que hacen los banqueros y cambistas librando, tomando ó descontando letras ú otros papeles semejantes.

6. Hay ademas otro género de comercio llamado de neutralidad, habilitacion de bandera ó asilo, y es el que hacen los comerciantes de una nacion con los de otra enemiga, por medio de los de otra tercera, que es neutral, y consiente en que se valgan de su suelo, nombre ó pabellon para hacerle.

7. A veces se toma colectivamente la palabra comercio, añadiendo alguna otra que indique los diferentes lugares donde se trafica. Asi decimos comercio de la India el que se hace en toda la India oriental, esto es, en la peninsula à que da nombre el rio Indo, y en varias islas de aquella parte de Asia. Comercio del Norte el que se hace en los mares y naciones septentrionales, como el Báltico, la Suecia, la Dinamarca &c.; de América el que se hece en aquella parte del mundo.

8. Cualquiera puede ejercer la profesion del comercio, excepto aquellos á quienes está prohibido por las leyes; y son los siguientes. 1.° Los clérigos (1). 2.° Los jueces en sus distritos, mientras lo sean, por sí ni por medio de otra persona (2). 3.° Los regidores, jurados y escribanos, en regatonería de mantenimientos, so pena de privacion de sus oficios (3). 4.° Los oficiales Reales, segun la Ordenanza de navegacion (4). 5.° Los hijos de familia, que estan bajo la potestad de sus padres, sin licencia de estos (5). 6.° Los que no tienen la administracion de sus bienes en razon de estarles prohibida por falta de capacidad ó de juicio. El menor de veinticinco años, si tuviere curador, no puede celebrar contratos mercantiles sin licencia de este; pero si no le tuviere, serán válidos los negocios que por sí haga: siendo de no-

1 Ley 46. tit. 6. Part. 1.
2 Ley 5. tit. 5. Part. 5. y ley 10. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.
3 Ley 10. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.
4 Ordenanz. num. 27.
5 Leyes 4. tit. 1. Part. 5. y 7 tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

tar que en los tratos mercantiles no se concede el privilegio de la restitucion (1). 7.° La muger casada, à menos que tenga licencia de su marido, ó por su defecto de la justicia con conocimiento de causa necesaria ó util: siendo de advertir que basta la licencia tácita del marido, v. gr. si este se hallase presente, á la contratacion de su muger sin contradecirla (2); y una vez dada la licencia por el marido ó por el juez, no pueden revocarla (3). 8.° El esclavo sin consentimiento de su señor ó dueño, á menos que sea comunmente tenido y reputado por tal mercader ó tratante (4). 9.° Los quebrados ó fallidos fraudulentos.

9. La ley 14. tit. 4. lib. 9. de la Nov. Rec. y las Ordenanzas de Bilbao en el capítulo 9 previenen que los comerciantes hayan de tener cuatro libros á lo menos, conviene à saber, un borrador ó manual, un libro mayor, otro para el asiento de cargazones ó facturas, y un copiador de cartas (*). El primero deberá estar encuadernado, numerado, forrado, y foliado: en él ha de sentarse la cuenta individual de todo lo que se entrega y recibe diariamente, expresando con claridad en cada partida el dia, la cantidad, calidad de géneros, peso, medida, plazos y condiciones, todo arreglado á la forma en que se efectuare el negocio: y se han de escribir todas sus hojas consecutivamente sin dejar blanco alguno, puntualmente y con el aseo posible. El libro mayor ha de estar tambien encuadernado, numerado, forrado y foliado, con el rótulo del nombre y apellido del comerciante, cita del dia, mes y año en que empieza, con su abecedario adjunto. A este libro se han de pasar todas las partidas del *borrador* ó *manual* con la debida puntualidad, formando con cada individuo sus cuentas particulares abreviadas; ó sumariamente, nombrando el sugeto ó sugetos, su domicilio ó vecindad con *debe y ha de haber* (**), citando tambien la fecha y el folio del borra-

1 *Cur. Filip.* citando á Stracca y otros, tom. 2. del *Com. terrest.* lib. 1. cap. 1. num. 38.

2 Leyes 11, 12, 13, 14 y 15. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

3 *Cur. Filip.* dicho cap. 1. num. 26 al fin.

4 Ley 16. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

5 Ley 5, 6 y 7. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.

* Segun el Código de comercio de Francia todo comerciante deberá tener tres libros, ademas de otros usados en el comercio, pero que no son indispensables. 1.° Un diario que presente dia por dia sus deudas activas y pasivas, sus operaciones de comercio, las aceptaciones ó endosos de papeles de crédito, y generalmente todo lo que recibe y paga por cualquier título que sea, expresando ademas mes por mes las sumas empleadas en el gasto de su casa. 2.° El copiador de cartas, esto es, de las que el comerciante envia; pues las que recibe debe ponerlas en legajos. 3.° Un libro de inventarios, donde se ha de copiar el que cada año ha de hacer, bajo su firma privada, de sus bienes muebles é inmuebles y de sus deudas activas y pasivas. El libro diario y el de inventarios han de rubricarse; pero el copiador no está sujeto á esta formalidad.

** Por pragmática de Don Carlos I y Doña Juana de 11 de marzo de 1552 (que es

dor ó manual de donde dimana; y en este deberán tambien apuntarse la fecha y el folio de dicho libro mayor en que quede ya sentada ó pasada la partida. Lleno este, ó acabado que sea de escribir, habiendo de formar nuevos libros, se deberán cerrar en el mayor todas las cuentas con los restos ó saldos que resultaren en pro ó en contra, pasando puntualmente dichos restos ó saldos al libro nuevo mayor con citacion del folio y número del libro precedente, de donde procede, con toda distincion y claridad. En el tercer libro de cargazones, que tambien ha de estar encuadernado, se sentarán por menor todas las mercaderías, que se reciban, remitan ó vendan, con sus marcas, número, peso y demas calidades, expresando su valor y el importe de los gastos hasta su despacho, y enfrente de este asiento se pondrá tambien con individualidad el de la salida de los efectos, ya sea por venta ó ya por remision; y de cualquiera suerte que sea, siempre se ha de apuntar el dia, la cantidad, precio y sugeto comprador, ò á quien se remitan; y en el caso de acontecer algun accidente de naufragio ú otro, se deberá asimismo anotarlo con expresion de lo acaecido, para que conste á quien convenga la resulta de todo. En el copiador de cartas, que asimismo ha de estar encuadernado, han de escribirse en copia todas las cartas de negocios, que se enviaren á los corresponsales, con toda puntualidad consecutivamente y á la letra, sin dejar entre una y otra carta mas hueco ó blanco que el de su separacion. La ley ha considerado necesarias todas estas formalidades para evitar la mala fe y los fraudes que suelen ocurrir en materia de bancarrotas; y por los asientos de los libros se conoce la conducta que el comerciante ha tenido en sus tratos. Ademas de estos libros manda la Ordenanza de Bilbao á todo comerciante por mayor que tenga un cuaderno rubricado de su mano en que conste con claridad y formalidad el balance que deberá hacer de tres en tres años (*). Tambien puede el comerciante tener ademas de di-

la ley 12. tit. 4. lib. 9. Nov. Rec.) se mandó ya, que los Bancos y Cambios públicos y los comerciantes tuviesen y sentasen la cuenta en sus libros *de caja y manual por debe y ha de haber*, como los tenian los naturales de estos reinos, sin dejar hoja en blanco. La misma ley y la siguiente (13 del mismo título) mandan que dichos libros se han de llevar y tener en lengua castellana; bien que por Real orden de 8 de marzo de 1773 se declara que el contexto de dicha ley solo debe entenderse con los comerciantes por menor, y con los extrangeros por mayor que esten avecindados y connaturalizados en España y no gocen de los privilegios de su nacion. *Código mercantil de Francia traducido al castellano: nota del traductor, en la pag. 10 del tom. 2, edicion de Valencia del año 1812.*

* Esta formalidad es igual á la que prescribe el Código de comercio de Francia; y solo se diferencia en que segun este debe hacerse el balance todos los años: lo que es mucho mas conveniente para el fin á que se dirige esta disposicion, que es el de averiguar, en caso de quiebra, el modo

chos libros otros para sus anotaciones ó asientos particulares, formándolos, ya en partidas dobles ó sencillas, segun su arbitrio. Estos libros se llaman auxiliares.

10. Para los mercaderes ó comerciantes por menor solo exigen ò prescriben dichas Ordenanzas de Bilbao un libro encuadernado y foliado, con su abecedario; en que vayan formando todas sus cuentas con especificacion y claridad: y aun respecto de otros mercaderes de menor cuenta, para quienes no sea necesaria esta formalidad de libro, se previene que tengan un cuaderno ò librito menor foliado, en el cual asienten las mercaderías que compren, y los pagos que hagan, con toda puntualidad (1).

11. Si sucediere (lo que no parece verosimil) que un comerciante por mayor no sepa leer y escribir, previenen las mismas Ordenanzas que esté obligado á tener un sugeto inteligente que le asista á cuidar del manejo y direccion de dichos cuatro libros otorgándole poder en forma amplio, ante escribano, para que intervenga en las negociaciones, firme letras de cambio, vales, contratas y demas instrumentos ò resguardos concernientes á ellas (2).

12. En caso que por descuido se haya escrito con error alguna partida en los libros en cosa sustancial, no podrá enmendarse la misma sino contraponiéndola enteramente con expresion del error ó equivocacion y su causa (3) (*).

13. Si en alguno de dichos libros se notare haberse arrancado ó sacado alguna hoja, el comerciante ó mercader tenedor de ellos se constituye de mala fe, y no deberá ser oido en juicio ni fuera de él en razon de diferencia de sus cuentas, sino que al otro con quien litigare ó contendiere, teniendo sus libros en debida forma, se le dará entero credito, debiéndose proceder segun estos à la determinacion de la causa (4).

14. Siempre que por litigio ú otro motivo hubieren de exhibirse libros de cuentas de comercio, deberán manifestarse precisamente los corrientes ò fenecidos; pues si se reconociese que

con que se ha manejado el fallido.

La ordenanza 75 de las respectivas á los cinco gremios mayores de Madrid previene que todos sus individuos deben tener á lo menos cinco libros para llevar la cuenta y razon de su comercio *Nota del citado traductor, pag.* 11 *y* 12 *del tom.* 2.

1 Cap. 9. num. 8 y 9 de dichas Ordenanzas.

2 Dicho cap. y num. 7.

3 Id. num. 10.

* Esta operacion se llama *estorno* en el lenguaje de la teneduría de libros: como los florentinos fueron los inventores de esta, sin duda introdujeron dicha voz italiana.

4 Dicho cap. 9. num. 11.

el tenedor de los que hayan de presentarse hubiere formado otros, no solo no harán fe, sino que se procederá á castigarle como comerciante fraudulento con las penas correspondientes á su malicia y delito (1).

15. Tambien estará obligado todo comerciante por mayor à formar balance por lo menos de tres en tres años, teniendo cuaderno aparte de esto, firmado de su mano, con toda distincion y formalidad, á fin de que en caso de quiebra pueda graduarse, si esta ha sido dimanada de mera desgracia ò de malicia, por la inspeccion de sus operaciones (2) (*).

1 El mismo cap. 9. num. 12.

2 Dicho cap. num. 13.

* El arte de la teneduría de libros se ha perfeccionado mucho; pero no está tan extendido en España, como sería de desear. Su mayor perfeccion consiste en que con la mera operacion de sumar las columnas del débito y crédito del *jornal ó diario* y las del *libro mayor* se manifiesta cualquier error ú omision que se haya cometido en algun asiento. Asi que, sumándose, como se debe, cada mes á lo menos, se encuentra y enmienda facilmente la menor discrepancia de los asientos ó de las sumas. Ademas facilita dicho arte otra comprobacion, mediante que al balancear los débitos y créditos de todas las cuentas, exige que los saldos de débitos sean iguales á los de créditos y proporciona tambien otras ventajas que se hallarán en los tratados de teneduría de libros por partida simple ó doble. Para conseguir tan saludables fines convendria generalizar las escuelas de comercio y de jurisprudencia mercantil, obligando á todos los comerciantes por mayor á adquirir esta enseñanza que pudieran proporcionar los consulados y ayuntamientos de las capitales de provincia.

CAPITULO SEGUNDO.

De las compañías de comercio.

§. 1. Diferentes especies de sociedad, y definicion de cada una de ellas.
2 Formalidades con que deben celebrarse las compañías de comercio.
3. Obligacion de los socios acerca del modo de tener y encabezar sus libros.
4. Cuando haya de renovarse una compañía, se deberá hacer manifestacion de la nueva escritura y firmas.
5. Si durante la compañía faltare algun socio, la viuda ó herederos de él deberán pasar por lo obrado en aquella hasta el tiempo de la muerte de dicho socio; y si quisieren proseguir en la misma sociedad bajo iguales pactos ú otros, habrán de otorgar para ellos nueva escritura.
6. Observaciones acerca de la primera especie de compañía, que es la general ó la que se hace en nombre colectivo.
7, 8, 9 y 10. Continuacion del mismo asunto.
11. Observaciones acerca de la sociedad en *comandita*.
12. De la sociedad anónima.
13 y 14. Tratan de lo mismo.
15. Reglas generales que comprenden á todas las compañías.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1.ª De una sociedad entre dos mercaderes que ponen tienda para hacer el comercio por menor llevando uno y otro dinero efectivo por capital.
2.ª De una sociedad de dos mercaderes para hacer el comercio por menor, de los cuales el uno tiene ya tienda y lleva por capital géneros y deudas activas, y el otro dinero efectivo.
3.ª De una sociedad entre dos comerciantes por mayor para el comercio de toda especie de mercaderías nacionales y extrangeras.
4.ª De una sociedad en *comandita*.
5.ª Otra fórmula de sociedad en *comandita*.
6.ª Otra de una sociedad para determinados objetos.

1. Las compañías ó sociedades de comercio son de tres clases, á saber: 1.ª La general ó en nombre colectivo, que es la que forman dos ó mas personas, y tiene por objeto hacer el comercio bajo un nombre social, y en la que son responsables *in solidum* todos los socios indicados en el contrato de compañía.

2.ª La sociedad en encomienda ó en *comandita* (voz extrangera introducida en nuestras plazas de comercio), y es la que se forma entre uno ó muchos socios obligados solidariamente, y otro ú otros meros prestadores de fondos que no tienen facultad de administrar, ni son responsables mas que de la pérdida de los fondos que hayan puesto ó debido poner en la compañía. 3.ª La sociedad anómala ó anónima. Llámase asi, porque no existe bajo un nombre social, ni es conocida con el de ninguno de sus socios. Sus fondos se componen de un capital dividido en acciones de valor igual, y está dirigida por mandatarios temporales, que solo son responsables de la ejecucion del mandato que han recibido, no estando obligados los socios mas que á la cantidad que han puesto en ella (*).

2. Acerca de las formalidades con que deben celebrarse las compañías de comercio, previenen las Ordenanzas de Bilbao lo siguiente. Los comerciantes que quieran formar compañía estarán obligados á hacerlo por escritura pública ante escribano, donde con toda distincion declaren uniformemente sus nombres, apellidos, vecindario, el tiempo en que empezare la sociedad, y el en que ha de acabar; la porcion ó porciones de caudal, efectos ó industria que cada uno llevare para el total capital de la compañía, la administracion, trabajo y cuidado en que cada uno haya de entender por el beneficio comun de ella; la parte ó porcion de dinero que cada cual haya de sacar anualmente para sus gastos personales ó familiares; los gastos comunes pertenecientes al comercio, intereses, rentas de casa y almacenes, y otros que sean indispensables; cómo han de entenderse las pérdidas en créditos fallidos, naufragios y otras desgracias semejantes; en qué términos han de hacerse las proratas de las pérdidas ó ganancias que al fin de la compañía resultaren; la estimacion que se ha de dar á las mercaderías y efectos que existieren al fin de la compañía; el repartimiento que han de hacer de los créditos y haberes que tuvieren al tiempo de dividirse; el pagamento de las

* Aunque las Ordenanzas de Bilbao no hacen esta clasificacion de compañías de comercio, suponen que hay varias, y solo dan la definicion de la compañía en general. Por lo que hace á la responsabilidad de los socios, declaran que lo son *in solidum* aquellos, bajo cuya firma corriere la compañía, y los demas solamente por el capital y ganancias en que fueren interesados, y resultare del total de la misma. Cap. 10. num. 1, 2 y 13.

Hay otra especie de compañía, muy comun é importante en Cataluña, y es la que contraen los navegantes con los comerciantes ó capitalistas. Aquellos ponen su trabajo é industria, y estos los capitales necesarios para sus expediciones. Por lo regular cada cinco mil reales ganan la parte de un marinero, y el barco cinco ó mas partes. La manutencion y los gastos ó derechos de puerto se pagan de la masa comun.

cantidades que debieren en comun, con todas las demas circunstancias y condiciones lícitas que quisieren imponerse. Ademas se previene en dichas Ordenanzas que los socios esten obligados à poner en manos del prior y cónsules de aquella universidad y casa de contratacion un testimonio en relacion de las escrituras que acerca de su sociedad otorgaren, poniendo al pie de él las firmas de que han de usar durante el término de dicha compañía, à fin de que conste por este medio al público todo lo que le sea conveniente para su seguridad, y que el tal testimonio se haya de poner en el archivo del consulado para manifestarle siempre que convenga (1) (*).

3. Estarán ademas obligados los comerciantes que formen compañías á tener y encabezar sus libros en debida forma, expresando por principio de ellos ser pertenecientes à la compañía, con el inventario de sus haberes capitales, y la razon por menor de los nombres, apellidos y vecindad de todos los interesados, con declaracion de los capítulos y principales circunstancias en que hubieren convenido, y constaren por escritura (2).

4. Fenecido el tiempo por el que se instituyó una compañía, si los socios quisieren renovarla, ya sea en los mismos términos, ya variando las condiciones, habrán de hacer manifestacion de la nueva escritura y firmas en la forma que se expresó en el párrafo 2 (3).

5. Si durante la compañía faltare algun socio, la viuda, hijos y herederos de él deberán estar y pasar por lo obrado en aquella hasta el tiempo de la muerte ó ausencia de la persona à quien representaren, quedando ademas sujetos à las contingencias de los negocios pendientes por lo respectivo à la prorata de su interes; y si quisieren proseguir en la propia compañía bajo los mismos pactos ú otros, habrán de otorgar para ello nueva escritura (4).

6. Acerca de la primera especie de compañías, esto es, la general ó que se hace en nombre colectivo, deben tenerse à la vista las siguientes consideraciones. No siempre los socios ponen por fondo dinero efectivo, sino à veces tambien géneros ó deudas activas. En orden á las mercaderías puestas por fondo ó capital, debe abvertirse que se consideran como dinero efectivo

1 Ordenanz. de Bilbao, cap. 10. num. 4 y 5.

* Adviértase que estas formalidades no son de esencia de este contrato, y únicamente se requieren para prueba de él.

2 Ordenanz de Bilbao, cap. 10. num. 6.

3 Cap. cit. num. 8 de dichas Ordenanzas.

4 Num. 9. id.

siempre que con conocimiento y beneplácito de todos los socios se les ponga su justo precio, es decir, el que costarian otros géneros de igual calidad comprados á otras personas á dinero contante.

7. Ofrécese ahora una dificultad, á saber: si al acabarse la compañía han de partirse á prorata entre los socios las mercaderías que uno de ellos puso por fondo, ó si este habrá de llevárselas por el justo precio que se les dé entonces. Dos razones hay para decidir que así los géneros de uno de los socios puestos por capital, como los comprados durante la compañía, deben ser partidos sin distincion alguna entre los socios. La primera, porque estando apreciados no deben considerarse ya como mercaderías respecto del que los llevó à la sociedad, sino como dinero contante, ó como si hubiesen sido comprados à una tercera persona para lucrar ó especular con ellos durante la sociedad; la segunda, si el socio que puso géneros por fondo se creyese obligado á tomarlos al fin de la compañía, no conviniéndole esto haria por venderlos, aunque fuese à menor precio, con detrimento de los demas socios, quienes no siempre podrian impedirlo. Para precaver estas dificultades convendrá expresarlo en alguno de los capítulos de la escritura en estos ó semejantes términos: »Es condicion que se repartan los géneros existentes al fin de la sociedad, asi los que yo Fulano he traido à la compañía, como los que se compren durante ella."

8. Por lo que hace à las deudas activas, es necesario tener presente que estos mismos deudores incluidos en el inventario pueden ser personas á quienes la sociedad venda despues al fiado géneros, y de consiguiente resultarán deudores en dos maneras: 1.ª por lo que debian antes de la compañía al socio que puso en ella sus créditos; 2.ª por los géneros que se les hayan vendido á crédito en el tiempo de la compañía. Para evitar disputas en esta materia disponen las Ordenanzas de Bilbao que si alguno de dichos deudores diese à cuenta de una y otra deuda algunas porciones de dinero, el resto que quedare debiendo al fin de la compañía, pertenecerá à ella y al compañero primer acreedor respectivamente sueldo à libra (1).

9. Para no causar perjuicio á los socios que ponen por fondo dinero contante, cuando otro socio lleva deudas activas y pasivas, es de advertir que si este pone por fondo capital cien mil reales, por ejemplo, no debe tener abierta cuenta corriente hasta

1 Dicho cap. 10. num. 12.

que los haya hecho efectivos; esto es, que la compañía no debe pagar interes por el exceso de las deudas activas que se hayan cobrado, sino despues de recaudado lo bastante para pagar sus deudas pasivas y completar su fondo. Desempeñados estos dos objetos, las sumas que se cobren se pondrán en su cuenta corriente. A este fin se dirá en una de las cláusulas del instrumento de sociedad: »No podré yo Don Fulano tener cuenta corriente, »hasta que la de mi capital esté completa y efectivamente reali»zada y cubierta." Es muy importante este artículo: porque puede haber y ha habido comerciantes de tan mala fe, que han hecho que la compañía les pague intereses antes de estar completo su capital (1).

10. Sucede muchas veces que en la escritura de sociedad se pone cláusula dando à uno de los socios la administracion de los bienes y negocios de ella. Aunque está en arbitrio de los interesados dar á este poder de administrar toda la extension que quieran, sin embargo cuando no lo expresan no se entenderá dado en cuanto á los bienes y negocios de la sociedad, sino à lo que comunmente se extiende un poder general que se da á otra cualquiera persona para administrar bienes. Entre este poder y el que los socios dan à uno de ellos para administrar los bienes y negocios de la sociedad, hay esta diferencia; el poder del primero es revocable, segun lo es el contrato de mandato: de esto procede que nada puede hacer el apoderado contra la voluntad y prohibicion de quien le dió el poder. Por el contrario no puede revocarse el poder dado à uno de los socios para administrar los bienes y negocios de la sociedad, por cuanto esto se hace en virtud de una de las condiciones del contrato, sin la cual este socio no habria tal vez entrado en la compañía. Se da tambien muchas veces en las cláusulas del contrato de sociedad á varios de los asociados la administracion de los bienes y negocios comunes: si esta administracion se dividió ó distribuyó entre ellos, encargando à uno las compras y à otro las ventas, ninguno de ellos puede hacer otros actos que los concernientes à la parte de administracion que se le confió; pero si no se dividió ó repartió entre ellos, cada uno puede separadamente y sin el otro ejecutar válidamente todos los actos que dependen de la administracion de la sociedad, à menos que haya cláusula que prevenga que nada puedan hacer el uno sin el otro. Esta cláusula debe cumplirse aunque uno de ellos esté impedido por enfer-

1 Num. 11 de dicho cap.

medad ú otra causa, hasta que todos los demas socios dispongan otra cosa.

11. Viniendo ahora á las segunda especie de sociedad, que es la compañía en *comandita*, debe advertirse que es necesario expresar en alguna condicion de la escritura que el mero prestador de fondos (como que no está comprendido bajo el nombre social, ni tiene facultad de administrar), solo es responsable de los fondos que haya puesto ó debido poner en la compañía. Sin embargo mas seguro será estipularlo asi en una de las condiciones de la escritura. El escribano y las partes deberán estar advertidos de la trascendencia de la razon ó del nombre social, para evitar en los socios, que solo quieren arriesgar el capital que pongan, pleitos y disputas sobre mayor responsabilidad. Si hubiese en la compañía muchos socios que se quisieren obligar à tbdas las resultas y ser comprendidos bajo la razon electiva, y algun socio que solo quisiere arriesgar su capital, es necesario, para evitar que este sea confundido en la responsabilidad de los otros, prevenir expresamente en alguna condicion de la escritura, que la suya solo se extiende hasta el importe de su capital y ganancias.

12. Acerca de la sociedad anómala, algunos autores distinguen cuatro especies. La primera la que denominan cuenta en participacion. Por ejemplo, llega à Cadiz un barco que procede de levante cargado de diferentes géneros, de que un negociante de la misma ciudad tiene la factura: este la remite à otro negociante de Madrid proponiéndole entrar con él por cuenta en participacion en la compra y venta de alguno ó algunos artículos (*): el comerciante de Madrid le responde que tomará interes por mitad, tercera ó cuarta parte de las ganancias y pérdidas, à cuyo fin le librará las sumas que le correspondan. El socio de Cadiz queda obligado á dar cuenta de todo el resultado de la enagenacion al comerciante de Madrid; pero este no contrae obligacion alguna

* No deben confundirse la compañía de comercio en participacion, y la compañía llamada propiamente anómala. Aquella es pasagera ó momentánea, y tiene por objeto determinadas operaciones; en suma, es un pacto aplicado á un objeto particular; por cuya razon en el Código mercantil de Francia no está sujeta á las formalidades prescritas para las demas compañías. La sociedad anómala es de mayor trascendencia y duracion, y sus fondos se emplean por lo comun en empresas grandes y permanentes; como, por ejemplo, la compañía de Guadalquivir, que pertenece á esta clase. Aun el célebre Azuni en su *Diccionario de Jurisprudencia mercantil* confundió estas dos especies de compañía, tal vez porque en su tiempo no eran muy conocidas ó comunes las sociedades, cuyo capital se compone de fondos divididos en acciones. En España tenemos tambien la empresa de la Diligencia, que es una sociedad anómala.

con el patron, maestre ó consignatario del buque, á quien el de Cadiz en su solo nombre compra los géneros: de manera que si no hubiese pagado el precio y viniese á quebrar, no tendria el dueño de los géneros accion alguna contra el de Madrid, á quien no conocia; pues cuando hizo la venta al fiado al de Cadiz, se dió por contento con tenerle à él solo por deudor. Lo mismo es en cuanto à la venta de los géneros: porque si el negociante de Cadiz hubiese enviado dichos géneros al de Madrid para venderlos, es cierto que no tendria accion alguna contra los deudores à quienes los hubiese vendido, los cuales reconocerian por su único acreedor al negociante de Madrid; de suerte que si este quebrase é hiciese cesion de bienes à sus acreedores, el negociante de Cadiz entraria en la quiebra, como todos los demas acreedores, por lo que le debiese el de Madrid por capital y ganancias. Otra cosa seria si los dos socios hubiesen repartido entre sí los géneros comprados y remitido el de Cadiz los suyos con sus marcas al de Madrid para venderlos por comision: en tal caso quebrando el negociante de Madrid podria el de Cadiz reivindicar los géneros que todavía existiesen en poder del de Madrid; pero no podria hacerlo de los que ya estuviesen vendidos al fiado ó mercaderes que aun los debiesen, ni tendria por sí accion alguna para demandarles el pago, sino en representacion del negociante de Madrid que se los vendió en su solo nombre, y les abrió asi cuenta en sus libros: de manera, que el negociante de Cadiz no podria reconocer otro deudor que al negociante de Madrid. Este es un uso establecido en el comercio, que nunca se ha puesto en duda.

13. La segunda especie de sociedad anómala es cuando los mercaderes van à las ferias y mercados à vender ó à comprar géneros. Los que van à comprar una especie misma de mercaderías, para no hacerse mala obra ni competirse en los precios, convienen entre sí en unirse y asociarse para comprarlos durante la feria, y repartírselos despues segun las partes y porciones convenidas entre ellos. De esta especie de sociedad se puede hacer grande abuso contra los que venden; los cuales escarmentados, ó no vuelven á las ferias, ó si lo hacen, y los géneros son escasos, celebran la tercera especie de sociedad anómala para hacer otro tanto y estancar las mercancías. Estos son unos monopolios contra el bien público y contra la economía del comercio. Cuando se tropiezan en las ferias los unos y los otros, se cierran estos en no vender sino á cierto precio, y aquellos en no comprar sino à otro muy diferente: todo va desconcertado en

los primeros dias hasta que de repente se muda en el último de la feria; unos y otros se avienen á precios racionales, aparece la abundancia de los géneros, y todos quedan burlados.

14. La cuarta especie de sociedad anómala es cuando, por ejemplo, dos ó tres negociantes viendo la carestia de granos en su pais, y que en otras partes hay abundancia, se asocian para ir à comprarlos y traerlos. Como la negociacion es de largo tiempo extienden por escrito el acta de sociedad hecha por ellos sin darla título, razon ó denominacion alguna, por ser para una sola negociacion, y uno de ellos se hace cargo de ir á comprar los granos en su nombre. No solamente los comerciantes hacen sociedades anónimas, sino tambien personas de calidad que se asocian con ellos para hacer valer su dinero.

15. Habiendo explicado ya la diferencia característica de las compañías de comercio, daremos fin à este capítulo con las siguientes reglas que comprenden á todas. 1.ª Las partes en que los socios quedan obligados á un acreedor son *viriles* ó iguales, y no en proporcion à la que cada uno tiene en ella: pues los acreedores no tienen obligacion de saber los pactos que median entre los socios, ni las porciones de capital con que cada uno está interesado en la compañía. Si reunidos por el acreedor hubiesen pagado con igualdad, deberán mutuamente responderse ó hacerse los abonos ó cargos correspondientes al interes que cada cual tenga en la compañía. 2.ª Como en algunas ocasiones por malicia ó mala fé de alguno ó algunos interesados han proseguido despues de disueltas las compañías como si estuviesen subsistentes, se previene en las citadas Ordenanzas de Bilbao (1) que cuando se disolvieren semejantes compañías, esten obligados sus individuos à participarlo luego á todos aquellos con quienes hayan tenido ó tengan cuentas y correspondencias de comercio, para que asi enterados y sabedores de dicha disolucion, se proceda con todo conocimiento por unos y otros. 3.ª Para evitar los largos litigios que suelen suscitarse entre los interesados en las compañías cuando al fin de ellas se ajustan cuentas, se manda en las mismas Ordenanzas (2), que todos los que formaren compañía hayan de capitular y poner cláusula en la escritura que de ella otorguen, en que digan y declaren que por lo tocante à las dudas y diferencias que durante ella y à su fin se les puedan ofrecer, se obligan y someten al juicio de dos ó mas personas prácticas que ellos ó los jueces de oficio nombraren; y

1 Dicho cap. 10. num. 17.

2 El mismo cap num. 16.

que estarán y pasarán por lo que sumariamente juzgaren, sin otra apelacion ni pleito alguno; cuya cláusula se les hará guardar y observar, bajo la pena convencional que tambien deberán imponerse, ó la arbitraria que los jueces les señalaren. 4.ª Del caudal capital que los socios pusieren en la campañía, ó de las ganancias que resultaren de ella, ninguno de los interesados podrá sacar dinero ni efecto alguno hasta su conclusion para negocios particulares ni otros fines, bajo motivo ni pretexto alguno, excepto lo que segun lo capitulado en la escritura necesitare ó fuere indispensable, bajo la pena de pagar los daños y menoscabos que sobrevinieren (1). 5.ª Todos los interesados en una compañía serán obligados à abonar y llevar à debida ejecucion, à pérdida ò à ganancia, cualesquiera negocios que cada compañero haga y ejecute en nombre de todos con otras personas y negociantes fuera de ella, saneando cada uno las pérdidas que puedan suceder hasta en la cantidad del capital y ganancias en que fue interesado, y resultaren del total de la compañía; entendiéndose que aquel ó aquellos bajo de cuya firma corriere la compañía estarán obligados ademas del fondo y ganancias, que en ella le pertenezcan, con todo el resto de sus bienes habidos y por haber al saneamiento de todas las pérdidas, aunque estos tales ó algunos de ellos entraren sin poner caudal en dicha compañía (2). No obstante si uno de los socios, autorizado en la escritura para obrar y firmar por la compañía, firmase solo en su nombre, omitiendo el otro ú otros que al establecimiento de aquella se expresaron como razon ó nombre social, v. gr. si siendo este: *Pedro, Antonio y compañía*, él firmase *Pedro* solamente, ó cualquiera otro nombre que tenga, en tal caso no quedarán obligados los demas socios: pues se juzgará que procedió de su cuenta particular para negocios privados suyos. Los que hagan préstamos deben cuidar de exigir la firma en los términos dichos: pues de este modo aunque el socio invierta despues en su beneficio particular el dinero que tomó prestado, ó no lo asiente en los libros de la sociedad, no por eso dejarán de estar obligados los demas; pues la intencion del que prestó, negoció ó giró, fue contratar con la sociedad, y no con aquel solo por cuenta suya propia. 6.ª Asimismo cuando algun socio, que puso en la compañía porcion de caudal para tenerlo à pérdida ó ganancia, quisiere emplear ademas otros caudales suyos en negocios particulares, lo podrá hacer, con tal que en ellos ex-

1 Dicho cap. 10. num. 7.

2 El mismo cap. num. 16.

prese distintamente su propio nombre y firma particular, para que en ningun tiempo se confundan los expresados negocios suyos con los de la compañía (1) (*).

Escrituras correspondientes á este capitulo.

1.ª DE UNA SOCIEDAD ENTRE DOS MERCADERES QUE PONEN TIENDA PARA HACER EL COMERCIO POR MENOR, LLEVANDO AMBOS DINERO EFECTIVO POR CAPITAL.

Los infrascritos Don Pedro Lopez y Don Guillermo Saavedra, mercaderes de sedas, vecinos y del comercio de esta villa, decimos: haber hecho compañía para todos los negocios pertenecientes al gremio de sedas, por el tiempo de seis años consecutivos sin interrupcion, contando desde tal á tal dia, bajo los nombres de Don Pedro Lopez y Don Guillermo Saavedra (quienes habremos de firmar todos los actos necesarios concernientes á esta sociedad en la forma y con la firma siguiente: *Lopez, Saavedra y compañía.*), con los pactos, cláusulas y condiciones siguientes.

1.ª Hemos convenido que el fondo y capital de esta compañía sea la cantidad de cincuenta mil pesos de á ciento veintiocho cuartos cada uno, de esta manera:

2.ª Por mi parte yo Don Pedro Lopez contribuiré por mi capital con veinticinco mil pesos, obligándome á aprontarlos en dinero efectivo en dicho dia &c. *(el que se de ignare.)*

3.ª Yo Don Guillermo Saavedra prometo por la mia contribuir con la cantidad de otros veinticinco mil pesos, que igualmente aprontaré en dinero efectivo en el mismo dia.

4.ª Ademas de esto nos obligamos uno y otro á traer á la sociedad todo el dinero que venga á nuestro poder, bien sea por casamiento, sucesiones, donaciones, venta de géneros, ó por otro cualquier titulo; de cuyo importe se llevará cuenta separada, como acreedores, en los libros de la sociedad con el interes de seis por ciento.

5.ª No será permitido ni al uno ni al otro socio tener cuen-

1 Cap. 10 de dichas Ordenanz. num. 15.

* Se omiten otros puntos relativos al contrato de sociedad por pertenecer mas bien al derecho comun, y haberse hecho mencion de ellos en el tomo 2.º cap. 12 de este titulo, pag. 350.

ta corriente hasta no estar completa su cuenta del fondo capital que debe poner en esta sociedad.

6.ª Para el giro y manejo del comercio de la misma, se tomará en arrendamiento á nombre de los dos una casa en la calle que tengamos por conveniente, siendo de cuenta de la sociedad el pago de los alquileres que se ajusten.

7.ª Nos hemos convenido en que yo Don Pedro Lopez ocuparé el cuarto principal para mi habitacion, con tales y cuales piezas y comodidades; y yo Don Guillermo Saavedra el cuarto segundo, con tales agregados; y si ocurriere entre nosotros sobre este punto alguna dificultad, la determinarán nuestros amigos comunes, á cuyo dictamen, juicio y resolucion estaremos precisamente sin contravenir á él en manera alguna.

8.ª En todo el discurso de dichos seis años será comun, y á costa de la compañía, el gasto de la mesa, tanto para nosotros como para nuestros factores, mancebos y criados, como tambien los salarios y demas gastos que se ofrezcan concernientes á nuestro giro y comercio.

9.ª Tambien se comprarán muebles á costa de la compañía para amueblar una sala ó pieza comun para comer, y asimismo la batería de cocina, platos y demas utensilios de ella, é igualmente los muebles necesarios para los dormitorios de los factores y criados domésticos.

10. En cuanto á los muebles de nuestras habitaciones, los comprará de su cuenta cada uno de nosotros.

11. Nos hemos convenido en que ninguno de los dos tomará para su gasto particular sino la cantidad de cuatro mil reales de vellon cada un año, á menos que sea de su cuenta corriente.

12. No será permitido á ninguno de los dos socios otorgantes hacer comercio particular durante el tiempo de esta compañía, y todo el que hagamos ha de ser precisamente de acuerdo entre los dos, y en beneficio comun de esta sociedad.

13. Si alguno de los dos contrajese matrimonio durante el tiempo de esta sociedad, pagará á la compañía por los alimentos de su muger dos mil reales anuales, ochocientos por cada criado ó criada que tenga, y seiscientos por cada hijo, que Dios se sirva darle, despues de su lactancia.

14. Si sucediese que uno y otro socio contrajesen matrimonio durante esta sociedad, todo el gasto de mesa, asi para nosotros como para nuestras mugeres, será comun y pagado por

la compañía en los términos contenidos en la condicion 8.ª

15. Sin embargo de lo prevenido en los capítulos anteriores; estamos convenidos en que si nos pareciese conveniente tener mesa á parte, podremos hacerlo, en cuyo caso tendria solamente facultad cada uno de nosotros de tomar hasta doce mil reales cada año, tanto para el gasto de nuestras familias, como para el nuestro, à menos de ser de su cuenta corriente.

16. En cuanto á los factores y domésticos sirvientes, ó en la tienda ó en el almacen, cada uno de nosotros tendrá á su cargo mantener á su costa particular la mitad de ellos, y si su número no fuese igual, se le abonarán por la compañía al socio que tenga uno ó mas, mil doscientos reales anuales, ó le mantendremos alternativamente cada uno un año.

17. En el referido caso los muebles, servidumbre, batería de cocina y demas menage de casa, comprado para nuestro uso comun se partirán por mitad entre los dos socios.

18. No podrá ninguno de nosotros renovar el recibo del dueño de la casa ó la escritura de arrendamiento de ella, sin el mutuo consentimiento de uno y otro.

19. Para el buen regimen, gobierno y direccion de nuestro giro y comercio llevaremos buenos y fieles libros, asi jornales, de compra, venta y extracto, como todos los demas que sean necesarios, segun uso de mercaderes, con arreglo à las Ordenanzas del consulado de....

20. Tendremos alternativamente cada uno de nosotros un año el gobierno y direccion de la casa, sin que por esto podamos reconvenirnos por los abusos que se cometan en ella, à menos de ser por disminucion ó falta de dinero.

21. Haremos todos los años inventario general de todos los efectos activos y pasivos de esta compañía, del cual cada uno de nosotros tendrá una copia firmada de los dos.

22. Si alguno de los socios otorgantes falleciese en el tiempo de esta compañía, podrán su viuda, hijos y herederos continuar en ella hasta el cumplimiento de dichos seis años, ó retirarse de la sociedad; en cuyo caso les entregará el otro socio que sobreviva, ó todo el importe de su capital y las ganancias que hasta entonces hubiere en la compañía, ó bien todo el referido capital con sus intereses à razon de diez por ciento, á opcion de la viuda, hijos y herederos.

23. Si sucediese que estando para cumplir los referidos seis años no tuviésemos por bien renovar esta compañía, estaremos obligados los dos à darnos aviso el uno al otro seis meses antes,

á fin de que en este tiempo no se hagan compras de géneros ni mercaderías algunas, se liquiden todos nuestros negocios, y se cobren las deudas activas para pagar las pasivas si hubiese alguna.

24. Se ha de hacer al fin de dichos seis años un inventario general de todos los géneros y deudas activas que resultaren pendientes: de todo lo cual haremos dos partes ó lotes, lo mas iguales que sea posible, y echando suertes sobre adjudicacion de ellos, aquel á quien cupiere cualquiera de los mismos, habrá de darse por contento y satisfecho, y recibirle sin reparo ni dificultad alguna.

25. Será obligacion de cada uno de nosotros hacer á costa comun de ambos por tiempo de un año, todas las diligencias necesarias, judiciales y extrajudiciales para el cobro de las deudas activas que le hayan cabido en su parte; y de seis en seis meses nos daremos recíprocamente cuentas de todo lo cobrado, y abonándonos mutuamente los gastos y costas causadas á cada uno en dichas diligencias, partiremos el caudal que resulte, quedando de cuenta y riesgo de cada uno aquellas deudas en que hubiere sido omiso para practicar las diligencias necesarias, hasta poner las causas en estado de sentencia, y se les cargarán por el otro como si las hubiese cobrado.

26. De todas las demas deudas que pasado dicho año queden pendientes y por cobrar, à reserva de las que por negligencia se hayan cargado à cualquiera de los dos, se harán dos partes lo mas iguales que pueda ser, y echando suertes para su adjudicacion, deberá contentarse y darse por satisfecho cada uno de nosotros con la que le cupiese, sin recurso ni accion á reclamar ni pretender cosa alguna contra el otro; con lo cual quedará fenecida nuestra sociedad.

27. En caso de que sucediese durante nuestra compañía, ó al tiempo de su disolucion, suscitase entre nosotros alguna diferencia, lo que Dios no permita, prometemos poner todas nuestras controversias, disputas y motivos de desavenencia en manos de sugetos del comercio que estaremos obligados à nombrar, y si estos no estuviesen ó no fuesen de un acuerdo ó dictamen, les damos poder para tomar ó nombrar un tercero, tambien comerciante, y nos obligamos por nosotros, nuestras consortes, nuestros herederos y sucesores, à que estaremos y pasaremos por el juicio, dictamen y parecer de ellos, bajo la pena que nos imponemos de veinte mil reales, que pagará el que contraviniese, la que se aplicará por terceras partes, una para el ca-

pital general de esta villa, otra á los pobres de las cárceles, y la tercera para aquel de nosotros que se hubiese conformado con dicha decision.

28. Las ganancias y pérdidas, que Dios fuese servido darnos, se partirán igualmente por mitad.

29. Asimismo hemos convenido en que de las ganancias que Dios se sirva concedernos, daremos cada año, de consentimiento de los dos, la cantidad de cuatrocientos reales á los pobres que juzguemos tener mas necesidad.

Nota. Véanse sobre las condiciones 22 y 27 los números 9 y 16 del capítulo 10 de las ordenanzas de Bilbao.

2.ª DE UNA SOCIEDAD DE DOS MERCADERES PARA HACER EL COMERCIO POR MENOR, DE LOS CUALES EL UNO TIENE YA TIENDA Y LLEVA POR CAPITAL GÉNEROS Y DEUDAS ACTIVAS, Y EL OTRO DINERO EFECTIVO, CON EL PACTO DE QUE EL UNO TENDRÁ FACULTAD DE INCORPORAR Á SU HIJO EN LA SOCIEDAD ALGUNOS AÑOS ANTES DE SU DISOLUCION.

Los infrascritos Don Santiago Cortazar y Don Francisco Ponce, individuos del gremio de paños, uno de los cinco mayores de esta villa, decimos y confesamos habernos convenido en celebrar y contraer, como por la presente escritura ó contrata celebramos y contraemos, compañía y sociedad para todos los negocios en que tratan los mercaderes é individuos de nuestro gremio, por el tiempo de nueve años consecutivos sin interrupcion, que se han de contar desde tal á tal dia, bajo la razon, nombres y firmas de Santiago Cortazar y Francisco Ponce en compañía, con los pactos, cláusulas y condiciones que se contienen en los artículos siguientes.

1.° Será el fondo capital de esta nuestra sociedad de ciento veinte mil reales, á saber:

2.° Por mi parte yo Don Santiago Cortazar pondré la cantidad de ochenta mil reales, importe del inventario de mis géneros y deudas activas, que hemos hecho el señor Don Francisco Ponce y yo, del cual cada uno de nosotros tiene una copia firmada de los dos, estando conformes en los precios dados en él á los referidos géneros, estimándolos como dinero efectivo que yo traigo á la compañía; y en cuanto á la cantidad en que el total del inventario excede á la parte de mi capital, se pagarán de este excedente mis deudas pasivas segun vayan vendiéndose los refe-

ridos géneros, y se cobren las deudas activas; y del sobrante seré acreedor en mi cuenta corriente con la compañía, con el interes de medio por ciento al mes.

3.° Por mi parte yo Don Francisco Ponce me obligo á contribuir por mi capital para esta sociedad con cuarenta mil reales en dinero efectivo en el referido dia &c. *(el que se hubiere designado.)*

4.° Nos obligamos uno y otro á traer á la compañía todo el dinero que venga á nuestro poder, asi por renta de bienes raices, sucesiones y donaciones, como por otra cualquier via ó manera, de lo cual se nos abrirá y formará crédito en la cuenta corriente del que lo trajere, con el interes de medio por ciento al mes.

5.° Para hacer el comercio de esta compañía se tomará casa en Madrid, y será la que yo ocupo en la calle de.... y se me pagarán los alquileres por la compañía, como á dueño que soy de ella, á razon de cincuenta doblones cada año, quedando de mi cargo pagar el alumbrado y demas cargas que segun la costumbre de dicha villa son ó fueren de cuenta de los dueños de las casas de ella.

6.° Todos los gastos que convenga hacer para el bien y curso de nuestro giro y comercio, como portes de géneros, los de cartas, gastos de viages, salarios y mantenimientos de nuestros factores y mancebos, y otros cualesquiera gastos menudos, serán de cuenta de esta compañía.

7.° Hemos convenido que yo Don Santiago Cortazar mantendré los factores, mancebos y demas criados ó dependientes del comercio de esta sociedad, abonándome la compañía por esta manutencion tantos reales en cada un año.

8.° Estamos tambien conformes que yo el referido Don Santiago haré la costa de comida, y de lumbre para el brasero, al señor Don Francisco Ponce, contribuyéndome dicho señor por esta razon con la cantidad anual de dos mil reales.

9.° Igualmente hemos convenido que yo el referido Don Santiago Cortazar no podré tomar de esta compañía en cada un año mas de diez mil reales de vellon, á no ser que sea de mi cuenta corriente.

10. Yo Don Francisco Ponce no podré asimismo tomar de la misma compañía mas de cinco mil reales anuales, à menos que lo haga tambien de mi cuenta corriente.

11. Estamos tambien conformes en que si yo Don Francisco Ponce contrajese matrimonio, todo el gasto de mesa se

costeará por esta compañía, cesando en tal caso la pension de dos mil reales que me he obligado á pagar al señor Don Santiago Cortazar en el artículo 8.°

12. Ninguno de los dos socios podrá hacer comercio ni negocio particular en el discurso de esta sociedad; y todo el que hagamos uno y otro ha de ser de comun acuerdo de los dos, para el bien, ventajas y beneficio comun de esta compañía.

13. Para el buen régimen, direccion y gobierno de nuestro giro y comercio llevaremos buenos, fieles y legales libros, asi diarios, de compra y venta, de caja y extracto, como todos los demas que sean necesarios, segun uso de mercaderes.

14. Estamos igualmente conformes en que yo.... tendré á mi cargo el gobierno de la caja....

15. Asimismo estamos tambien convenidos en que yo Don Santiago Cortazar llevaré la firma para firmar todas las letras y billetes de cambio, y las órdenes que sean necesarias con este motivo, como tambien otros billetes y promesas pagables á la orden ú al portador, los que precisamente habré de firmar bajo la razon de *Cortazar, Ponce y compañía*, á no ser que sean por mi cuenta particular.

16. En cuanto á otros actos, como endosos de letras y billetes de cambio, vales ó promesas pagables al portador á efecto de recibirlos en pago y liberacion, y otros actos concernientes á nuestro comercio, á reserva de los explicados en el artículo precedente, se firmarán por uno y otro, y estaremos obligados á firmar: *Cortazar, Ponce y compañía.*

17. Hemos concertado que las deudas activas, tanto las que yo Don Santiago Cortazar lleve á la compañía, como las que contraigan los mismos deudores por los géneros y mercancías que esta les venda, se distribuirán sueldo á libra en la cuenta de los mismos deudores; cuyas sumas se asentarán con separacion en los libros, á saber: parte sobre las deudas que yo Don Santiago traigo á la compañía, y parte sobre las deudas nuevas que contraiga á favor de ella.

18. Hemos acordado y convenido tambien, que yo Don Santiago Cortazar no podré prestar ó fiar á ningun deudor de los deudores comprendidos en mi inventario, sino de consentimiento del dicho señor Don Francisco Ponce, salvo que sea de mi cuenta particular; y para que conste la aprobacion que yo Don Francisco haya de dar al fiado ó préstamo que haga el Don Santiago habré de poner por bajo de la partida ó asiento, aprobado, con mi rúbrica.

19. Se hará todos los años inventario general de todos los efectos activos y pasivos de esta compañía, del cual tendrá cada uno de los dos una copia firmada de ambos.

20. Igualmente estamos conformes en que yo Don Santiago Cortazar podré interesar en esta sociedad á los tres años contados desde el dia que tenga principio, à Don Pedro Cortazar, mi hijo mayor, y tendrá en ella una tercera parte de interes que le daré en la parte que es propia mia en dicha sociedad, poniendo en ella la tercera parte de los ciento veinte mil reales, que es nuestro capital; de manera que yo Don Francisco Ponce tendré una tercera parte, y yo Don Santiago y mi hijo Don Pedro tendremos cada uno otra tercera parte; entonces será la razon de la compañia: *Santiago y Pedro Cortazar, padre é hijo, y Francisco Ponce en compañía*; y el referido mi hijo entrará en ella bajo los pactos, cláusulas y condiciones de esta escritura.

21. Para la ejecucion del artículo antecedente habremos de hacer inventario general de todos los efectos activos y pasivos de la expresada compañía, á presencia del referido mi hijo Don Pedro Cortazar, quien le firmará juntamente con nosotros; y caso que haya ganancias al fin de los dichos tres años, todo lo que se encuentre, que exceda del capital, perteneciente á mí Don Francisco Ponce, deducido mi gasto y lo que haya traido á la compañía adquirido por herencias, donaciones ú de otra manera, se pondrá ó se me abonará en mi cuenta corriente con el interes de medio por ciento al mes, que me pagará esta compañía.

22. Igualmente hemos acordado, que si yo Don Santiago Cortazar viniese à fallecer en los tres años primeros de nuestra sociedad, mi hijo Don Pedro Cortazar podrá entrar en mi lugar, en cuyo caso continuará la compañía con la denominacion de Pedro Cortazar y Francisco Ponce en compañia hasta el cumplimiento de dichos tres años: y para los seis restantes hasta el fin de dicha compañia, serán interesados en ella en partes iguales ó por mitad, habiendo de tener yo Don Francisco Ponce el cargo de llevar la firma para los actos de que se ha hecho mencion en los susodichos artículos 15 y 16, los cuales el Don Pedro Cortazar estará obligado á observar en toda su extension, segun su forma y tenor.

23. En caso de fallecer yo Don Francisco Ponce durante los dichos nueve años, si me hubiese casado, podrán mi muger, hijos y herederos, si quisieren, continuar y proseguir en esta sociedad por todo el tiempo que falte hasta su cumplimiento, ó

bien apartarse de ella; en cuyo caso los dichos Don Santiago y Don Pedro Cortazar, si este se hallase ya incorporado en esta compañía, les entregarán mi capital y las ganancias que hubiese hasta entonces, con todo lo demas que yo hubiese traido à ella con sus intereses, en la misma forma, modo y términos que se dirá en los artículos siguientes para el caso de la disolucion de la sociedad.

24. Si acercándose el cumplimiento de dichos nueve años, no tuviésemos por bien renovar la presente sociedad, será obligacion de los socios otorgantes darnos aviso de ello seis meses antes, à fin de cesar en este tiempo de hacer prevencion y compra de géneros y mercaderias algunas, liquidar nuestros negocios y tener tiempo para recaudar las deudas activas, y pagar con su producto las pasivas que hubiese contra esta sociedad.

25. Cumplidos dichos nueve años, se ha de hacer inventario general de todos los géneros y deudas activas, de todo lo cual se harán tres lotes ó partes lo mas iguales que pueda ser, à excepcion de las deudas activas que yo Don Santiago Cortazar haya traido à la compañía, si todavia hubiese alguna pendiente, las cuales deberé volver à tomar de mi propia cuenta: y echando suertes sobre la distribucion, aplicacion y adjudicacion de dichas tres partes ó lotes, de los cuales una será para mí, otra para mi hijo Don Pedro en caso que entre en la sociedad, segun queda convenido, y otra para mi Don Francisco Ponce; el sugeto à quien cupieren por suerte dichas partes ó lotes, estará obligado à darse por contento y satisfecho con la que le tocare.

26. Será obligacion de cada uno por la suya en el espacio de un año, como tambien por la de Don Pedro Cortazar si entrase en la sociedad, hacer à costa comun de todos las diligencias que sean ó fueren necesarias para cobrar las deudas activas contraidas en el tiempo de esta sociedad, que hubiesen cabido en suerte à cada uno de nosotros, dándonos despues recíprocamente de seis en seis meses cuenta de todo lo quebrado, abonándonos tambien en ella los gastos que hubiésemos hecho, y distribuyendo entre nosotros todo el producto líquido: cumplido el expresado año, y vencidas dichas deudas, si alguno de nosotros hubiese dejado de hacer las diligencias necesarias, hasta poner en dicho intervalo las causas en estado de sentencia definitiva, las deudas en que hubiere sido omiso alguno de nosotros á quien hubiesen cabido, como dicho es, quedarán de su cuenta y riesgo, y tendrá que admitirlas en su cuenta como si las hubiese cobrado.

27. De todas las demas deudas activas, que restaren pendientes despues de pasado el referido año, se harán tres partes ó lotes lo mas iguales que sea posible, de los cuales dos serán para nosotros Don Santiago y Don Pedro Cortazar, si este hubiese entrado en la sociedad, y uno para mí Don Francisco Ponce; y á quien cupiere por suerte cualquiera de ellas, habrá de recibirla sin pretension, repeticion ni recurso alguno contra los otros; con lo que quedará disuelta y acabada nuestra sociedad.

28. Si en el discurso de la presente compañía sobreviniesen algunas contiendas, disputas ó desavenencias entre los socios otorgantes, nos obligamos desde ahora para entonces á estar y pasar por lo que acordaren y resolvieren dos comerciantes nombrados, uno por cada uno de los socios, y desde ahora les damos tambien poder y facultad de nombrar un tercero en caso de discordia, sujetándonos à la pena que nos imponemos de veinticuatro mil reales al contraventor, aplicables por terceras partes, una para el hospital general de esta villa, otra para los pobres de las cárceles, y otra á los que esten y pasen por el referido acuerdo y resolucion de los árbitros.

29. Las ganancias y pérdidas, que Dios fuere servido dar à nuestra compañía, se partirán de esta manera; dos terceras partes para mí Don Santiago Cortazar, y la otra tercera para mí el dicho Don Francisco Ponce, en los tres primeros años; y en caso que Don Pedro Cortazar, mi hijo, entre en la sociedad, despues de los referidos tres años, se partirán y distribuirán en tres iguales, à saber: una para mí Don Santiago Cortazar, otra para dicho mi hijo, y la otra tercera parte para mí Don Francisco Ponce.

30. En el caso que Don Pedro Cortazar falleciese antes de los tres años en que ha de poder tomar interes en esta sociedad, ó no quisiese interesarse en ella; ó si entrase viniese á morir, hemos convenido en que yo Don Francisco Ponce interesaré en la mitad de las ganancias y pérdidas en los seis años últimos de esta sociedad, ó en el del tiempo que restare y faltare hasta el fin y cumplimiento de ellos, poniendo en la compañía, en tal caso, la cantidad de..... reales; necesaria para cubrir la parte correspondiente á mi capital; y en su consecuencia todos los efectos, géneros y deudas activas de esta sociedad se partirán y dividirán por mitad, segun se contiene en los artículos 25, 26 y 27 de la presente escritura.

31. Estamos tambien conformes en distribuir de comun

acuerdo todos los años, entre los pobres de mayor necesidad, la cantidad de cuatrocientos reales.

Nota. Los artículos concernientes al público, que en conformidad á las Ordenanzas de Bilbao, donde rijan, deben explicarse en el testimonio que estas mandan poner en poder del prior y cónsules, son los que hablan de la razon y título de la sociedad y del tiempo de su duracion; el del socio que ha de llevar la firma para ciertos actos; el de los negocios en que segun lo estipulado hayan de firmar todos los socios; el del nuevo socio que á su tiempo ha de entrar en la sociedad á los tres años, ó antes si muriese su padre; el que habla de haber de llevar la firma en su caso Don Francisco Ponce, y que D. Pedro Cortazar firmará entonces los actos referidos: últimamente el que trata de que muriendo Don Pedro Cortazar en los seis años últimos, la compañía que antes era de tres socios, se reduce á dos por iguales partes. Queda cumplida la disposicion de la Ordenanza, aunque desde el principio de la sociedad no comprenda el testimonio en relacion sino los artículos que desde luego han de tener efecto, dejando de dar cuenta de los demas; porque hasta el tiempo en que el público (por cuyo respeto se ordena este requisito) se interese en su manifestacion, no tiene necesidad ni aun derecho á saber lo que aun no ha tenido efecto, y que quizá no sucederá. Véanse los artículos 2, 9, 10, 13, 17, 20, 21, 22 y 28 del formulario antecedente.

3.ª DE UNA SOCIEDAD ENTRE DOS COMERCIANTES POR MAYOR, PARA EL COMERCIO DE TODA ESPECIE DE MERCANCIAS NACIONALES Y EXTRANGERAS.

Nosotros los infrascritos Don Nicolas Tarazona y Don Francisco Jaramillo, vecinos de esta ciudad de Cadiz, confesamos haber contraido sociedad para hacer el comercio de toda especie de géneros nacionales y extrangeros en que tengamos por conveniente comerciar por el tiempo y espacio de cuatro años consecutivos sin interrupcion, los que se han de contar desde tal à tal dia, bajo la razon y nombre de Don Nicolas Tarazona y Don Francisco Jaramillo en compañía, con los pactos, cláusulas y condiciones contenidas en los artículos siguientes.

1.° El capital de esta compañía ha de ser, segun lo que hemos convenido, la cantidad de cuatrocientos mil reales de vellon, á saber:

2.° Yo Don Nicolas Tarazona pondré por mi parte y prometo poner la suma de trescientos mil reales de vellon en dinero contante en dicho dia 1.° de &c.

3.° Por la mia yo Don Francisco Jaramillo he de poner la de cien mil reales de vellon en esta forma : sesenta mil en el referido dia 1.° &c., y los cuarenta mil restantes en tal dia.

4.° Tendremos dos casas para nuestro giro, una en esta ciudad y otra en la de Valencia, cuyos alquileres se han de pagar por cuenta y à costa de la compañía.

5.° Estamos de acuerdo en que yo Don Nicolas Tarazona me estableceré en la casa de esta ciudad de Cadiz, para vender en ella los géneros y mercaderías que compre y envie yo Don Francisco Jaramillo, y comprar las que tengamos por conducentes en beneficio de esta nuestra compañía.

6.° Asimismo hemos convenido en que yo Don Francisco Jaramillo he de residir y establecerme en la casa de Valencia, à fin de hacer fabricar ó comprar todas las mercaderías que estimemos ventajosas y conducentes para el bien y prosperidad de nuestra sociedad, como tambien para encargar y dar comisiones en Milan, Génova, Venecia, Bolonia, Luca y otras ciudades de Italia, de los artículos ó géneros de que tengamos necesidad, segun los avisos que reciba yo del dicho señor Don Nicolas Tarazona.

7.° Uno y otro socio hemos de firmar todas las letras y billetes de cambio, y otros cualesquiera vales pagaderos à la orden del portador, como tambien todas las órdenes para librar, girar y hacer remesas à cualesquiera plazas ó parages donde sea necesario; y asimismo todos los endosos, finiquitos y demas actos necesarios en beneficio de nuestro giro y comercio; serán dichas firmas con los nombres de: *Don Nicolas Tarazona y Don Francisco Jaramillo en compañía;* no pudiendo ni el uno ni el otro usar en ninguno de los expresados actos de su firma sola; y de lo contrario se estimarán ser de cuenta particular del que firme de esta manera.

8.° Yo Don Nicolas Tarazona podré comprar y vender por comision en la ciudad de Valencia toda especie de mercancías que se me encarguen ó envien por cualesquiera personas, asi de España como de paises extrangeros, bajo condicion que todas nuestras ganancias, premios y aprovechamientos procedentes de las referidas comisiones, pertenecerán à la dicha nuestra sociedad.

9.° Si para el bien y mayor beneficio de ella fuese nece-

serio hacer algun viage ó viages à los paises extrangeros, hemos acordado que los haya de hacer Don Francisco Jaramillo á costa de la compañía.

10. Si sucediere, lo que Dios no quiera, que en dichos viages el referido Don Francisco Jaramillo fuese hecho prisionero y puesto en rescate por enemigos, ó por tropas de cualesquiera príncipes, habrá de ser rescatado á costa de nuestro capital y de las ganancias que Dios se sirva darnos, como tambien habrán de ser de cuenta de la compañía los gastos de las enfermedades que tuviese en todo el tiempo de los expresados viages.

11. Todos los gastos que convenga y sea necesario hacer para la expedicion y curso de nuestro giro y comercio, asi en esta ciudad de Cadiz como en la de Valencia &c., los de conducciones, portes de cartas, costas de viages, salarios y manutencion de criados ó dependientes de nuestro comercio, embalages, y otros gastos menudos, de cualquier especie y naturaleza que sean, se abonarán en la cuenta de las ganancias ó pérdidas de esta sociedad.

12. Tendrá facultad cada uno de los dos socios de traer à esta compañía y poner en ella todas las cantidades de dinero que lleguemos à adquirir, ó por herencias, legados, donaciones, ó por otro cualquier título, sea el que fuere; de cuyas cantidades se nos formará y abrirá crédito ó cuenta separada, con el interes corriente de seis por ciento.

13. Pero no tendrá facultad ninguno de los dos de tomar dinero alguno prestado bajo su nombre particular para ponerle en esta compañía, y aumentar ó formarse cuenta corriente; sino que todos los empréstitos han de ser à nombre y en beneficio de esta sociedad.

14. No podrá tampoco ninguno de los dos socios tomar del caudal de la compañía cantidad alguna sino en la forma siguiente: yo Don Nicolas Tarazona doce mil reales en cada un año, y nada mas, para sustentar y mantener mi familia, à menos de ser de mi cuenta corriente: y yo Don Francisco Jaramillo para el mismo efecto la de ocho mil reales anuales, salvo que sea tambien de mi cuenta corriente.

15. Sin embargo de lo convenido en el artículo antecedente, el señor Don Francisco Jaramillo podrá tomar para sí en cada un año de las ganancias de la compañía si las hubiese, y no del capital, la suma de dos mil reales, en consideracion à que ha de ir à establecerse en Valencia, al trabajo y molestias de los

viages que serán de su obligacion hacer á Italia, Francia y à otros paises extrangeros en beneficio y mayor ventaja de esta nuestra sociedad.

16. Ninguno de los dos socios otorgantes, durante esta sociedad, podrá hacer negocio ni comercio, ni tener comisiones particulares, sino que todo se ha de hacer de comun acuerdo de los dos, y en pro, beneficio y provecho de esta compañía.

17. Para la buena direccion y gobierno de todos nuestros negocios habremos de llevar cada uno de nosotros fieles, legales y buenos libros, asi diarios, de compra y venta, de caja, y extractos, como todos los demas que sean necesarios, segun uso de mercaderes.

18. Cada uno de los socios otorgantes tendrá à su cargo, en la respectiva ciudad de su residencia, el gobierno, manejo y direccion de la caja.

19. Será obligacion, asi del uno como del otro socio, remitirnos respectivamente de tres en tres meses cuentas firmadas de las compras, ventas de géneros, y de todos los demas negocios que cada uno de nosotros hubiese hecho à nombre de esta sociedad en el referido tiempo, como tambien del dinero que cada uno tuviese en la caja.

20. Al fin de cada uno de dichos cuatro años habremos de hacer inventario general de todos los efectos activos y pasivos de esta sociedad, del cual cada uno de los socios otorgantes tendrá una copia firmada de los dos.

21. En el caso que no tengamos por conveniente renovar la presente sociedad, será obligacion, asi del uno como del otro socio, avisarnos recíprocamente por escrito seis meses antes del cumplimiento de los referidos cuatro años, para que en este tiempo hayan de cesar todas las compras y prevenciones de géneros, se liquiden todas las cuentas, y recauden las deudas activas para satisfacer las pasivas, si las hubiese contra esta sociedad.

22. Al fin de los mismos cuatro años de esta sociedad se hará por los socios otorgantes inventario general de todos los géneros, asi de los que existan en los almacenes de Cadiz y de Valencia, como de todos los demas que esten en poder de los corresponsales de Italia, Francia y demas paises extrangeros; y tambien de las deudas activas y de las pasivas de esta sociedad, si hubiese algunas contra ella.

23. A este efecto yo Don Francisco Jaramillo habré de venir à esta ciudad de Cadiz y traer todos los libros que haya lle-

vado concernientes al comercio de esta sociedad, para que en su vista y de los que yo Don Nicolas Tarazona hubiese tenido relativos à la misma, procedamos à la formacion del expresado inventario general.

24. Los géneros y existencias que resulten en el almacen de Valencia se remitirán por mí el referido Don Francisco Jaramillo à esta ciudad de Cadiz al señor Don Nicolas Tarazona, para que junto con las que hubiese en su poder se repartan con las deudas activas de esta sociedad, entre los dos socios otorgantes, de esta manera: á mí Don Nicolas Tarazona las tres cuartas partes, y la otra cuarta parte à mí Don Francisco Jaramillo, quedando dichas deudas activas de cuenta y riesgo de cada uno de nosotros, sin que por la insolvencia que pudiese suceder en alguno ó algunos de los deudores, podamos tener repeticion y recurso el uno contra el otro de cualquier naturaleza que sea.

25. En cuanto à los géneros que existieren en Italia, en Francia y en otros paises extrangeros, en poder de nuestros corresponsales, se venderán por mano de los mismos, de cuenta y riesgo comun de los dos otorgantes, y su producto en dinero ú otros efectos, deducidas las comisiones y todos los demas gastos, se partirán con igualdad entre los dos.

26. Si alguno de los dos socios otorgantes falleciese en el discurso de los expresados cuatro años, quedará enteramente disuelta esta sociedad seis meses despues, contados desde el referido fallecimiento, à efecto de que en dichos seis meses, el que sobreviva de los dos, pueda liquidar todos los negocios de esta compañía; y pasado este tiempo, los géneros, deudas activas, el capital, ganancias y pérdidas, se partirán entre el sobreviviente, la viuda, nuestros hijos, herederos y sucesores, en la forma y de la manera que se deja dicho en los artículos 22, 23 y 24.

27. Si ocurrieren en la serie de esta nuestra sociedad, ò al tiempo de su fin ó disolucion, diferencias, disputas ó desavenencias algunas, prometemos y nos obligamos à estar y pasar por lo que acuerden, determinen y resuelvan dos comerciantes, que habremos de nombrar uno por cada socio, à quienes damos poder desde ahora para entonces para que puedan nombrar tercero tambien comerciante, en caso de discordia.

28. Las ganancias y pérdidas, que Dios fuere servido darnos en esta sociedad, se repartirán de esta manera: las tres cuartas

partes á mí Don Nicolas Tarazona, y la otra cuarta parte à mí Don Francisco Jaramillo.

29. Estamos asimismo conformes en que todos los años, de comun acuerdo de los dos, se den cuatrocientos reales de vellon à los pobres de mayor necesidad.

Nota. Los artículos concernientes al público, de que se debe poner testimonio en relacion dónde y para los fines que le ordenan las Ordenanzas consulares, son la razon y título de la compañía; los que previenen que Tarazona resida en Cadiz y Jaramillo en Valencia, para las compras y ventas que se habrán de hacer en una y otra ciudad; el que dice que las letras y billetes de cambio y los pagaderos á la orden del portador y otros actos de la sociedad, se concebirán en nombre de Don Nicolas Tarazona y Don Francisco Jaramillo en compañía, y que las firmas particulares serán por cuenta de quien las ponga; y ultimamente el artículo donde se previene que Jaramillo podrá admitir y desempeñar à nombre de la sociedad las comisiones que se le encarguen. Si tanto en Cadiz como en Valencia hubiese Ordenanzas para el registro de las escrituras de compañía, no será bastante que se registre esta en Cadiz, sino que tambien habrá que hacerlo en Valencia.

4.ª DE UNA SOCIEDAD EN COMANDITA ENTRE UN MERCADER DE LA VILLA DE MADRID, DOS DE VALENCIA Y UN FABRICANTE DE TEJIDOS DE SEDAS DE LA MISMA CIUDAD, PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA FABRICA DE DICHOS GÉNEROS.

Los infrascritos Don Guillermo Forcada, mercader de sedas, vecino de la villa de Madrid, Don Juan y Don Pablo Lozano, del comercio de la ciudad de Valencia, y Francisco Martí, fabricante del arte mayor de la seda de la misma ciudad, decimos: haber formado y formar, como por la presente formamos, sociedad y compañía para el comercio y tráfico de tejidos de seda que se fabrican en dicha ciudad de Valencia, por el tiempo de seis años consecutivos sin interrupcion, los que se han de contar desde 1.º de octubre de 1828 hasta igual dia del año venidero de 1834, con los pactos, cláusulas y condiciones siguientes.

1.ª Hemos concertado y convenido que el fondo capital de esta compañía ha de ser de quinientos mil reales de vellon en esta forma:

2.ª Por mi parte yo Don Guillermo Forcada he de poner y pondré en esta compañía doscientos cincuenta mil reales de vellon en dinero efectivo de esta manera: ciento veinticinco mil en 1.° de dicho mes de octubre, ochenta mil en 1.° de diciembre próximo, los restantes cuarenta y cinco mil reales en 1.° de enero inmediato siguiente.

3.ª Por la nuestra nosotros Don Juan y Don Pablo Lozano pondremos en dicha sociedad igual suma de doscientos cincuenta mil reales, que prometemos aprontar en dicho dia 1.° de octubre próximo.

4.ª Por la mia yo Francisco Martí no he de contribuir con dinero alguno por capital en dicha sociedad, y en lugar de él concurriré con mi industria y trabajo en la direccion de la fábrica, con las condiciones y obligaciones siguientes, à saber:

5.ª La de emplear todos mis desvelos, aplicacion, industria y trabajo en dirigir las manufacturas de la fábrica de los referidos tejidos de seda que la compañia tenga por conveniente fabricar para venderlos asi en Madrid como en Valencia y demas pueblos donde le parezca, acuerde y determine.

6.ª Será obligacion de mí dicho Martí tener casa en dicha ciudad de Valencia, y mantener las personas que sean necesarias, asi para preparar las sedas y ponerlas en labor y darlas à teñir, como para llevar los libros, apuntes y asientos que sean menester en la expresada fábrica de tejidos, habiendo de ser à su costa la manutencion y salario de ellos, de manera que la compañía no pueda ser requerida, demandada ni molestada sobre este particular.

7.ª No podrá dicho Martí manufacturar ni hacer manufacturar, género, mercancía ni tejido alguno, ni hacer otro ningun negocio, que no sea en utilidad y beneficio de esta compañía.

8.ª No podrá asimismo disponer, ni hacer que se disponga, la fabricacion de ninguna especie de tejidos sin consentimiento y orden expresa de los referidos Don Guillermo Forcada y Don Juan y Don Pablo Lozano, ú de alguno de ellos en ausencia de los demas.

9.° Deberá llevar dicho señor Martí libros fieles y legales, asi diarios para dar sedas à los tintoreros y demas oficiales à quienes se habrán de entregar, como para recibir los tejidos, y los de venta y de caja, con todos los demas que se juzgue ser necesarios en la forma acostumbrada en dicha ciudad de Valencia.

10. Es condicion que se pagará por la compañía á Alejandro Martí, hijo de dicho señor Martí, la cantidad de mil seiscientos

reales en cada un año con respecto al trabajo que tendrá en llevar el libro de caja, al cuidado que pondrá en los negocios y en beneficio de esta nuestra sociedad, cuyos mil seiscientos reales cargará en la cuenta de gastos dicho señor Martí.

11. Será del cargo y obligacion de Don Juan y Don Pablo Lozano hacer traer de Italia y otras partes, bajo su nombre solo, todas las sedas que sean necesarias para la referida fábrica de tejidos, sin que por esto puedan pretender derecho alguno de comision de dicha sociedad; bien entendido que todos los riesgos, peligros y accidentes serán de cuenta de esta compañía.

12. Los mismos Don Juan y Don Pablo Lozano estarán obligados à dar à la sociedad, à mas de su capital, la cantidad de doscientos cincuenta mil reales, de cuya suma se les formará su cuenta corriente, con el interes de ocho por ciento al año.

13. Será tambien del cargo de dichos Don Juan y Don Pablo Lozano en el discurso y duracion de la presente sociedad, aprovechar las coyunturas y ocasiones favorables para adquirir con beneficio en la misma ciudad de Valencia las porciones de sedas que sean mas à propósito para las obras y tejidos de la referida fábrica, procediendo siempre en este particular de acuerdo, con beneplácito y à presencia del señor Martí.

14. Será del cargo del señor Don Guillermo Forcada vender bajo su nombre solo en la villa de Madrid todos los tejidos que se le envien por el dicho señor Martí, y tambien será de cuenta del mismo señor Forcada la manutencion y salarios à su costa de los factores y domésticos que tenga con este motivo, sin que pueda pedir, pretender ni cargar à la compañía derechos ó gastos algunos, ni comision, almacenage ni otros, los que precisamente habrán de ser tambien de su cuenta y cargo.

15. No podrá asimismo el dicho señor Forcada vender ni tener comision de tejidos algunos de Valencia, fuera de los manufacturados y tejidos en la expresada fábrica.

16. Es tambien condicion que dicha fábrica se denominará fábrica del señor Francisco Martí; à cuyo fin la compañía hará imprimir porcion de cédulas de la manera y forma que habremos de acordar, à cuyo pie estarán estas palabras: *Fabrica del señor Francisco Martí*, cuyas cédulas se pondrán y unirán à cada una de las piezas de tejidos que se fabriquen en ella.

17. El mismo señor Martí habrá de llevar con toda puntualidad, exactitud y fidelidad libros rotulados con su nombre así diarios, de venta y de caja, como todos los demas que sean necesarios.

18. Será obligacion del dicho señor Forcada enviar de tres en tres meses al señor Martí un extracto de su libro diario de las ventas que hubiese hecho de los expresados tejidos, asi al contado como al fiado, con expresion de los nombres y apellidos de los mercaderes à quienes las hubiere vendido.

19. Podrá el referido señor Martí vender los expresados tejidos de la fábrica à toda clase de personas que hagan comercio en cualquiera ciudad, villa ò lugar de estos reinos ó de los extrangeros, à excepcion de los que moren ó esten avecindados en Madrid; y si por algun comerciante ó mercader de esta villa se le hiciesen encargos al referido señor Martí para fabricar alguno ò algunos tejidos, los habrá precisamente de remitir al señor Forcada, para que por su mano precisamente se entreguen à los comitentes, y les haga en los libros el cargo y asiento que corresponda.

20. Tampoco podrá dicho señor Martí vender tejido alguno fabricado por él ò de su orden, sin el consentimiento de los señores Don Juan y Don Pablo Lozano ò de alguno de los dos, y los vales y obligaciones de los que los compren habrán de estar concebidos bajo el nombre de los asociados solamente.

21. Todos los gastos que sea necesario y convenga hacer para dicha fábrica, su giro y comercio, como dibujos de tejidos, tintoreros, portes de conducciones, corretages, aduanas, papel y otros, se pagarán por la sociedad, con arreglo à los asientos y cuentas.

22. Todos los años en el discurso de los seis de esta nuestra sociedad se ha de hacer inventario general de todos los efectos activos y pasivos de esta compañía, à cuyo fin el señor Don Guillermo Forcada deberá pasar à la ciudad de Valencia, y poner en manos del señor Francisco Martí un estado de todos los géneros que existan en el almacen, como tambien de las deudas activas de esta sociedad, con expresion de los nombres y apellidos de los deudores, con arreglo à los libros que debe llevar; cuyo inventario no se podrá ejecutar sino à presencia de los expresados señores Don Juan y Don Pablo Lozano ó del uno de los dos, habiendo de tener cada interesado en la compañía una copia de él firmada de todos.

23. No podrá tomar ninguno de los socios de las ganancias de la sociedad en cada uno de dichos seis años sino la cantidad de treintados mil reales entre todos en esta forma: doce mil reales vellon el señor Forcada, otros doce mil reales los señores Don Juan y Don Pablo Lozano, y ocho mil el señor Martí.

24. Todas las deudas contraidas, asi por la casa de Valencia como por la de Madrid, serán de cuenta y riego de esta sociedad, y à cargo de los socios de ella à prorata de la parte y porcion de cada uno.

25. No obstante lo prevenido en el artículo antecedente, estamos igualmente conformes todos los socios en que el señor Martí no será responsable à pérdidas algunas que sobrevengan, sino hasta la concurrente cantidad de las ganancias que le corresponden en esta sociedad.

26. Falleciendo en los seis años alguno de los dichos señores Forcada y Martí, quedará disuelta esta sociedad; como tambien si llegasen à fallecer los señores Don Juan y Don Pablo Lozano; pero si muriere solamente alguno de los dos, continuará la sociedad por el tiempo que falte al cumplimiente de dichos seis años, con las mismas cláusulas, pactos y condiciones de esta escritura.

27. Si los otorgantes no tuviésemos por bien renovar la presente sociedad, será de nuestra obligacion hablarnos por escrito un año antes de espirar los referidos seis años, à fin de que en este tiempo no se hagan acopios ni prevenciones algunas de sedas ni de otra cualquier materia, sea cual fuese su naturaleza y utilidad, sino de las precisas y necesarias para acabar sus tejidos y manufacturas que esten en obra, y para que se liquiden en el mismo tiempo las deudas activas y pasivas de esta sociedad.

28. No obstante lo prevenido en el artículo precedente, estamos tambien convenidos y conformes en que si no tuviésemos por conveniente renovar la presente sociedad, podrá dicho señor Martí hacer que dé su cuenta particular, para que la fábrica se conserve y mantenga, continúen en su trabajo los oficiales empleados en ella, segun vayan concluyendo los tejidos y manufacturas, con tal que dicho señor Martí no venda, ni pueda vender los que se hiciesen de su cuenta particular, hasta despues de cumplidos los seis años de esta sociedad.

29. Al fin de los mismos seis años hemos de hacer inventario general de todas las existencias de géneros que haya en los almacenes de Madrid y en el de Valencia, como tambien de todas las deudas activas y pasivas, y generalmente de todos los efectos pertenecientes à esta compañía.

30. A este fin será obligacion de dicho señor Forcada saldar ó cerrar el libro de sus asientos, pasar à la ciudad de Valencia para proceder à la formacion del referido inventario, debiendo dar un estado de todos los géneros que existan pertenecientes

á esta sociedad, como tambien de todas las deudas activas, con expresion de los nombres y apellidos de los deudores de la compañía.

31. Tambien será obligacion del dicho señor Martí cerrar todos los libros, asi de los oficiales ú obreros, tintoreros, y los de asientos, como todos los demas libros que haya llevado relativos á esta sociedad, para proceder en su vista al expresado inventario general.

32. Las existencias de géneros, y las referidas deudas activas, se repartirán entre nosotros segun la parte y porcion de cada uno en esta sociedad, pagadas deudas pasivas, reembolsados ante todas cosas los capitales de los señores Forcada y Lozano; y se harán ocho partes lo mas iguales que sea posible, sobre las que echando suertes, tres serán para dicho señor Forcada, tres para los referidos Don Juan y Don Pablo Lozano, y dos para el expresado señor Martí, cuyas partes quedarán por cuenta y riesgo del socio ó socios á quienes tocaren, sin recurso ni pretension alguna contra los demas asociados, aunque despues de la particion ó adjudicacion de ellas los deudores vengan á quiebra ó á ser fallidos, ni por otra cualquier causa ó motivo de insolvencia que suceda ó pueda suceder; á lo cual en caso de fallecimiento de alguno de los socios otorgantes, obligaremos á nuestros hijos, herederos ó sucesores, y otros cualesquiera que tengan ó traigan, ó puedan traer causa de nosotros.

33. Si sucediese, lo que Dios no quiera, que en el discurso de esta sociedad, ó al disolverse la misma, haya ó se susciten algunas diferencias ó disputas entre los socios otorgantes, prometemos y nos obligamos desde ahora para entonces á ponerlas en arbitrio de tres comerciantes, que nombrará cada uno de nosotros, y si estos no pudiesen ponerse de acuerdo y resolver, desde ahora para entonces les damos tambien poder para nombrar uno ó dos comerciantes, como terceros en discordia, por cuyo juicio nos obligamos á estar y pasar, y estarán y habrán de estar y pasar nuestras viudas, hijos, herederos y sucesores.

34. Las ganancias y pérdidas, que Dios fuere servido darnos en esta sociedad, se dividirán y partirán de esta manera: tres octavas partes al señor Forcada, otras tres octavas partes á los señores Lozano, y la cuarta parte restante al señor Martí.

35. Para que Dios sea servido bendecir y prosperar nuestra industria, aplicacion y trabajo, hemos convenido dar á los pobres de mayor necesidad la suma de ochocientos reales en cada un año, habiéndose de hacer de comun acuerdo de todos la elec-

cion de las personas mas beneméritas á esta limosna. Hecho por triplicado.

Nota. Deben hacerse sobre el formulario de esta compañía las siguientes observaciones. Esta es una sociedad en comandita, de socios no conocidos, y sin denominacion colectiva, donde cada uno de los asociados tiene sus funciones separadas, y obra en su nombre particular; uno en lo concerniente á la compra de materias propias para la fábrica; otro en lo relativo á fabricar y hacer fabricar los tejidos que le ordenen y encarguen los demas asociados; otro para la venta de ellos. Por esta razon se prohibe en uno de los artículos al señor Francisco Martí concebir bajo nombres colectivos los vales, billetes, remesas y endosos que se hagan en la venta de géneros, y se le previene los haya de hacer á nombre de uno solo de los asociados. Ademas de esto, como los tres tienen su residencia en pueblos diferentes, es difícil que todos hayan de firmar: pues segun queda dicho, en esta especie de compañías un socio no obliga al otro para con el acreedor, y solo él queda obligado; al contrario de lo que sucede en una sociedad que se compone de nombres colectivos de un tal y tal en compañía; la cual obliga á todos los socios con obligaciones directas á favor de los acreedores con quienes se empeña; pero sí podrán los acreedores de la presente sociedad, en caso de quiebra del socio con quien contrajeron, embargar los derechos y repeticiones que tenga el fallido contra los demas sus asociados.

Prohíbese en otro artículo, que el señor Forcada pueda vender ni tener comision para vender tejido alguno de Valencia: porque si se le permitiesen otras ventajas y comisiones que las de la sociedad, como en aquellas tendria una ganancia particular para sí solo, las venderia con preferencia á las de la compañía.

El extracto, que se ordena haya de enviar el señor Forcada de tres en tres meses á los asociados de Valencia, sirve para que sepan el estado de sus negocios en Madrid, quiénes son los deudores, y si los géneros se venden con ventaja.

Es muy racional que los tejidos se denominen de la fábrica del señor Francisco Martí, y que en las marcas, sello y plomos se haga mencion de él: porque estando bajo su direccion sola, y siendo su industria y trabajo lo que le da reputacion, es muy justo que él solo reciba el honor. Tambien es muy puesto en razon, en caso de no querer los socios renovar la sociedad, que al paso que los oficiales vayan concluyendo los tejidos y obras de cuenta de la compañía, las recoja Martí por su cuenta par-

ticular; de otra suerte, marchándose los obreros á otra parte, se destruiria una fábrica, en cuya conservacion tendria él grande interes.

Tambien son de observar en esta fórmula de sociedad, las partes ó porciones que se asignan á cada uno de los tres socios; pues aunque la industria y trabajo del señor Francisco Martí equivalen al capital de los otros, solamente se le señalan dos partes, al paso que á los otros dos socios se les asignan tres: á saber, respecto de Forcada, porque á mas de concurrir con la mitad del capital, contribuye con su trabajo é industria en la venta de las manufacturas; y en cuanto à Don Juan y á Don Pablo Lozano, tambien la ponen para la compra de materias primeras: es verdad que la industria y trabajo de estos para la compra de ellas, es negocio de pocos momentos, y no iguala á la de Forcada, que sobre tener á su cargo la venta de tejidos, tiene tambien el cobro de las deudas activas, y el dar las órdenes á Martí para fabricarlos; pero tambien es cierto que por eso se les impone á ellos solos la obligacion de prestar á la compañía doscientos cuarenta mil reales en caso de necesidad. Se prohibe tambien á Martí vender tejidos algunos sin el consentimiento de Don Juan y Don Pablo Lozano, ó de alguno de ellos: porque no siendo Martí responsable á las pérdidas, es muy justo que no dependa de su voluntad sola la disposicion de los efectos de la sociedad, donde los demas asociados tienen puestas considerables sumas.

5.ª DE UNA SOCIEDAD EN COMANDITA ENTRE UN CABALLERO, UN TOGADO, UN MILITAR ETC. Y UN COMERCIANTE Ó MERCADER, PARA EL COMERCIO DE PAÑOS, LENCERÍA Y OTROS GÉNEROS, Y ENVIARLOS Á AMÉRICA.

Los infrascritos Don Tomas Guevara, caballero del Orden de Santiago, regidor perpetuo de.... oficial de.... y Don Santiago Lopez, vecino y del comercio de Santander, decimos: haber convenido y convenir, como por la presente convenimos y acordamos hacer compañía para el comercio de paños, telas, lienzos y otros géneros propios y convenientes para enviar á América, por tiempo de seis años consecutivos, sin intermision, los cuales han de comenzar á correr desde tal dia, mes y año *(se expresará el que fuere)*, y han de cumplir en igual dia del año tantos, con los pactos, cláusulas y condiciones contenidas en los artículos siguientes.

1.° Es condicion que para que tenga efecto esta nuestra sociedad, el capital de ella ha de ser de cuatrocientos mil reales de vellon.

2.° Para completar la expresada suma, yo el dicho Don Tomas Guevara he de poner por la parte de mi capital, en poder del referido Don Santiago Lopez, el dia 1.° de tal mes la cantidad de docientos mil reales.

3.° Por la mia yo el susodicho Don Santiago Lopez he de poner igual cantidad en esta forma: veinte mil reales en paños y otros géneros que existen en mi tienda y almacen, los que se estiman y han de estimar como dinero contante, segun el inventario hecho en el dia de la fecha, de que cada uno de los socios otorgantes conserva copia firmada de los dos; y los ciento ochenta mil reales restantes en dinero efectivo, que me obligo poner en el mismo dia tantos.

4.° Nos hemos convenido tambien en que el comercio de esta sociedad se hará bajo el solo nombre de mi Don Santiago Lopez.

5.° A este fin el mismo Don Santiago conservará la casa que actualmente ocupa, por la cual paga cinco mil reales de alquiler cada año, segun la escritura de arriendo que le ha hecho Don Pedro Samaniego en 1.° de marzo del año pasado de 1802, cuyos alquileres se le abonarán en la cuenta de gastos de dicha sociedad.

6.° El referido señor Don Santiago Lopez podrá dar las comisiones que le parecieren á los sugetos y en los plazos que juzgue oportunos para comprar los paños, lienzos, tejidos de lana y seda, y otros géneros que tenga y estime convenientes para el bien, provecho y ventajas de esta sociedad, y hacerlos llevar y conducir donde sea necesario, de cuenta y riesgo de la misma.

7.° Podrá asimismo el propio Don Santiago Lopez comprar, y hacer comprar por medio de sus comisionados, y enviar á América telas de Rouen, Morlaix, Coutances y de otros parages, sombreros de castor y de vicuña, toda clase de tejidos de seda, encajes de oro, de plata y de seda, y generalmente toda especie de mercería y quincallería propias para el comercio y consumo de América.

8.° Todas las comisiones, asi de compra como de venta, de todos los expresados géneros, el coste de los fletes, seguros, derechos de aduana que haya de pagar en estos y aquellos dominios á la ida y á la vuelta por el retorno en pesos fuertes,

barras de plata, cochinilla, palo de campeche, cacao, azucar, cueros y otros efectos, se le abonarán en cuenta de esta sociedad, segun las notas, apuntes y asientos que habrá de presentar.

9.° Igualmente se le abonarán en cuenta de gastos de esta sociedad todo lo que haya pagado ó desembolsado por gastos de papel, plumas, tinta, bramante, embalado de géneros &c., y generalmente serán de cuenta de la sociedad todos los gastos segun las memorias, asientos y notas que presente.

10. Será obligacion del referido señor Don Santiago Lopez entregar ó remitir al señor Don Tomas Guevara, antes de la salida de los géneros del puerto de Santander, las facturas de todos los que haya comprado para enviar á la América, con expresion de los nombres y apellidos de los vendedores ó de aquellos á quienes haya encargado su compra, y del precio de su coste; asimismo estará obligado dicho señor Don Santiago Lopez, luego que se verifique el regreso, á entregar y remitir tambien al señor Don Tomas Guevara, factura de los pesos fuertes, barras de plata y de todos los demas efectos que vengan de retorno de aquellos dominios.

11. No podrá de ninguna manera dicho señor Don Santiago Lopez vender paños, tejidos, telas ni efectos, ni géneros algunos de cualquiera especie que sean, ni enviarlos directa ni indirectamente á América por su cuenta particular; sino que todo ha de ser en beneficio y provecho de esta sociedad.

12. El referido señor Don Santiago Lopez habrá de tener fieles, legales y buenos libros de caja y cuenta, de compras, de venta y diarios, y los diarios que sean necesarios para el comercio de esta sociedad.

13. No podrá asimismo el expresado Don Santiago Lopez pretender cosa alguna por tal y tal cosa.

14. Cada uno de los socios otorgantes podrá tomar cada año para sustento de su familia la cantidad de doce mil reales de vellon de los caudales de esta sociedad.

15. En el caso que la sociedad tenga necesidad de dinero para su giro y comercio, pagará la misma al socio que lo prestare el interes de seis por ciento, el que se abonará en la cuenta de gastos de la compañia.

16. Es tambien condicion que se ha de hacer todos los años inventario general de todos los efectos de esta compañía, asi de los que se hallen en el almacen de Santander, como de los que existan en los paises de América; de cuyo inventario ten-

drá una copia cada uno de los socios otorgantes, firmada de ambos.

17. Hemos convenido y estamos tambien conformes en que dicho señor Don Tomas Guevara no podrá perder, en caso de haber pérdidas en esta sociedad, sino hasta el importe del capital que pone en ella, y en cuanto á las cantidades de dinero que supla, preste ó anticipe á mas de su capital, se le restituirán y pagarán con los intereses por dicha compañía, como si se hubiesen prestado por otra cualquier persona.

18. Si sucediese que el dicho señor Don Santiago Lopez llegase á fallecer en el discurso de esta sociedad, tendrá opcion el señor Don Tomas Guevara, dentro del término de un mes contado desde el fallecimiento de dicho señor Don Santiago, para sacar libremente todo su capital íntegro, y el diez por ciento de él por cada un año, por los aprovechamientos, ganancias y beneficios que podria pretender de esta sociedad, como tambien la cantidad ó cantidades de dinero que hubiese prestado, suplido y anticipado á la compañía, con los referidos intereses que se le debiesen; sin que por razon de esta opcion tengan obligacion ni necesidad la viuda, sus hijos y herederos, sucesores, ó que traigan causa de él, de hacer algun inventario; y cumplido el expresado mes, no podrá ya optar dicho señor Don Tomas Guevara, y los efectos de esta compañía se habrán de partir de la manera que se expresará en esta escritura.

19. Dicho capital y ganancias, en el referido caso de opcion, y las demas cantidades de dinero que se deban al señor Don Tomas Guevara, por principal é intereses, se le pagarán por la viuda, hijos, herederos, sucesores, ó que traigan causa del expresado señor Don Santiago Lopez, en cuatro pagamentos iguales de seis en seis meses, contándose el primer plazo desde el dia en que el señor Don Tomas Guevara tuviese la expresada opcion.

20. En caso que los otorgantes no tuviéremos á bien renovar la presente sociedad, estaremos obligados á darnos aviso de ello por escrito el uno al otro seis meses antes del fenecimiento de ella, para que en todo este tiempo no se hagan compras ni prevenciones algunas, y el dicho señor Don Santiago Lopez liquide todos los negocios de esta compañía.

21. Hemos convenido sin embargo, que en caso que no tengamos por conveniente renovar esta sociedad, podrá dicho señor Don Santiago Lopez comprar y dar comision para comprar

las mercaderías que quiera y estime propias para el comercio de América de su cuenta particular, con tal que no pueda venderlas sino despues de cumplidos los seis años de la presente sociedad.

22. Al fin de los mismos seis años se hará inventario general, á presencia del señor Don Tomas Guevara, de todos los géneros existentes en el almacen de Santander, y de los que existan entonces en América, como tambien de todas las deudas activas y pasivas de la sociedad, para hacer la correspondiente particion, pagadas las deudas pasivas.

23. Es condicion que el señor Don Santiago Lopez estará obligado á tomar, si quiere el señor Don Tomas Guevara, todos los géneros que le cupieren por su parte, con la rebaja del diez por ciento del precio en que esten valuados en el inventario general: en cuyo caso el importe de los expresados géneros del señor Guevara se pagará sin algunos intereses por el señor Don Santiago Lopez en dos pagamentos ó plazos iguales de seis en seis meses, que se contarán desde el dia de la conclusion del inventario.

24. En cuanto á las deudas activas, quedarán de cuenta y riesgo de aquel á quien cupieren en suerte, sin recurso alguno en el uno contra el otro, aunque los deudores vengan á estado de insolvencia despues de hecha la particion.

25. Siempre que en el discurso, ó al tiempo de la disolucion, de esta sociedad sobrevengan entre los otorgantes algunas diferencias, estaremos á lo que decidan dos comerciantes que tengan giro y comercio en América, que nombraremos cada uno el suyo; y no poniéndose de acuerdo, les damos desde ahora poder y facultad para nombrar y asociarse, como tercero en discordia, otro comerciante cargador tambien para América; y nos obligamos á estar y pasar por el juicio de ellos, pena de mil pesos sencillos al contraventor, aplicados al hospital de esta ciudad.

26. Las ganancias ó pérdidas, que Dios fuere servido darnos en esta compañía, se partirán de esta manera: al señor Don Tomas Guevara tocará una tercera parte, y al señor Don Santiago Lopez las otras dos terceras partes.

27. Para que Dios se sirva echar su bendicion sobre esta nuestra sociedad estamos tambien convenidos y conformes en dar todos los años á los pobres, de comun acuerdo, la cantidad de ochocientos reales de vellon.

Nota. Ha de observarse primeramente en esta fórmula de so-

ciedad, que Don Santiago Lopez interesa en una parte mas que Don Tomas Guevara; porque á mas de su capital tiene á su cargo toda la direccion del comercio, y una absoluta responsabilidad á las pérdidas de la compañía, cuando Don Tomas Guevara solo está obligado á responder hasta el importe de su capital, y por otra parte tiene y se le asegura el derecho á la opcion al fin de la sociedad. Tambien se han de observar las seguridades mutuas de los socios, pues Lopez tiene todo el manejo, y Guevara por las facturas y noticias que aquel debe entregarle, sabe siempre el estado de los negocios de la compañía. Se estipula que en cuanto á los gastos se ha de estar á los asientos de Lopez; porque regularmente de muchos por su corta entidad no se da recibo ni otro documento; bien que de los que es costumbre darle, deberá acreditarlos con él.

6.ª DE OTRA SOCIEDAD ENTRE UN CABALLERO Y UN COMERCIANTE DE MÁLAGA, PARA EL COMERCIO DE VINOS Y AGUARDIENTES.

Los infrascritos Don Juan de la Vega, caballero del Orden de Santiago, vecino de.... y Don Jacobo Smit, vecino y del comercio de la ciudad de Málaga, decimos: haber celebrado, y celebrar ahora de nuevo, contrato de sociedad para el comercio y tráfico de vinos y aguardientes por tiempo de tres años consecutivos sin interrupcion, que se han de contar desde tal dia, mes y año *(expresándolos)*, y cumplirán en igual dia del año de tantos, con los pactos, cláusulas y condiciones siguientes.

1.ª Hemos convenido que el capital de esta compañía ha de ser de ciento veinte mil reales de vellon.

2.ª Por mi parte yo Don Juan de la Vega he de poner por capital mio la suma de ochenta mil reales de esta manera: veinte mil reales en pipas de vinos á razon de.... reales la pipa, las cuales prometo poner á disposicion y en poder del señor Don Jacobo Smit, siempre que me las pida, y los sesenta mil reales restantes en dinero efectivo, que tambien prometo entregarle, segun y á medida que vaya comprando vinos y aguardientes.

3.ª Por mi parte yo Don Jacobo Smit he de poner para completar dicho capital la cantidad de cuarenta mil reales, á saber: veinte mil en tantas pipas á razon de tantos reales cada una; diez mil reales en tantas barricas de aguardiente á razon de tantos reales cada barrica; diez mil reales en calderas y otros uten-

silios para fabricar aguardiente, existentes en mi casa, sita en tal parte, segun la estimacion que los otorgantes tenemos hecha, todo lo cual asciende à la referida suma de cuarenta mil reales.

4.ª Hemos convenido tambien que el comercio de esta sociedad se hará bajo el solo nombre de Don Jacobo Smit.

5.ª A este fin servirá la referida casa y bodega que yo Don Jacobo Smit tengo en tal parte, por cuyos alquileres pagará la sociedad ochocientos reales cada año, que se abonarán en la cuenta de gastos de la misma.

6.ª El expresado Don Jacobo Smit podrá hacer las compras de las porciones de vinos y aguardientes que estime convenientes en beneficio y ventaja de la sociedad.

7.ª Podrá tambien el mismo señor Smit fabricar los aguardientes que le parezcan en la referida su casa, y no en otra parte.

8.ª Podrá igualmente el dicho señor Smit vender los referidos vinos y aguardientes en la misma ciudad de Málaga, y demas pueblos que juzgue convenientes, ó hacerlos embarcar para Inglaterra y Holanda, para venderlos en dichos paises por cuenta y à mayor beneficio de esta sociedad.

9.ª Es tambien pacto que el mismo señor Smit no ha de poder vender los referidos vinos y aguardientes sino à dinero de contado; y si lo hiciese al fiado, ha de quedar garante de la solvencia de los deudores, por cuya garantía se le abonará en la cuenta de gastos de la sociedad el dos por ciento de las ventas que haga.

10. Si el dicho señor Smit tuviese que hacer, é hiciese alguno ó algunos viages à algunos pueblos para las compras ó ventas de vinos y aguardientes, se le pagarán por la sociedad quince reales diarios, y asimismo se le pagarán dos mil reales anuales para manutencion y salario de un factor.

11. Todos los gastos que se causen, asi en leña como en jornales, cubas, conducciones por tierra y por agua, fletes de buques, seguros, derechos de internacion ó extraccion, aduanas y otros derechos, comisiones, alquileres de bodegas en la villa de tal y tal, portes de cartas, y generalmente todos los que sean necesarios para dicho comercio, serán abonados al señor Smit en la cuenta de gastos de esta sociedad, segun los asientos ó notas que presente.

12. Será obligacion del mismo señor Smit entregar ó remitir al señor Vega antes de hacer salir del reino, ó de embarcar para Holanda ó Inglaterra los vinos y aguardientes, una factura

firmada y certificada por él, con expresion del número de barricas y arrobas de cada una.

13. Entregará tambien el señor Vega una nota de la venta que haya hecho de los referidos vinos y aguardientes, con expresion del número y precio de contado ó al fiado, y de los nombres de los sugetos á quienes los hubiere vendido, como tambien una copia de los contratos ó ajustes, si se hubiesen hecho algunos por escrito.

14. Asimismo habrá de entregar ó remitir dicho señor Smit al señor Vega copia de los cargamentos de vinos y aguardientes que haga para la Inglaterra y Holanda, y de las facturas de venta de ellos que le remitan sus corresponsales en dichos paises.

15. No podrá de ninguna manera dicho señor Smit vender directa ni indirectamente vinos ni aguardientes de su cuenta particular, ni por comision de persona alguna, sino que todo este comercio ha de ser en beneficio de esta sociedad.

16. Es tambien condicion que todos los vinos de la cosecha del señor Vega se comprarán en cada un año por la sociedad al precio de tantos reales la pipa, aunque à la sazon los precios corrientes sean mas bajos ó mas altos, con tal que dichos vinos no esten entonces en cubetas nuevas.

17. El mismo señor Smit habrá de tener fieles y legales libros diarios, y de caja, asi de compra como de venta, y los demas que sean necesarios para el comercio de la sociedad.

18. En caso que sea menester dinero para el giro y comercio de esta sociedad, se tomará prestado de las personas que de comun acuerdo de los dos socios nos parezca conveniente, abonándose los intereses de la cuenta de gastos de esta sociedad.

19. Ninguno de los dos socios podrá sacar ni tomar cantidad alguna de su capital en dichos tres años, el cual ha de permanecer en la sociedad hasta su fin, para su giro y comercio.

20. Sin embargo de esto, de las ganancias y beneficios de esta sociedad, si hubiere algunos, podrá percibir cada uno de los socios otorgantes veinticinco mil reales anuales.

21. Se ha de hacer precisamente todos los años un inventario de todos los vinos y aguardientes que existan en las bodegas de tal y tal parte, y demas parages de Inglaterra y Holanda donde los hubiere.

22. Es condicion, en que estamos conformes, que dicho señor Vega no podrá perder sino hasta la concurrente cantidad del capital que ha puesto en esta sociedad.

23. En caso de fallecer dicho señor Smit ó el señor Vega durante el tiempo de esta sociedad, quedará esta disuelta, y todos los efectos pertenecientes á ella se partirán entre su viuda, hijos y herederos y el otro socio que sobreviviere.

24. En caso que no tengamos por conveniente renovar la presente sociedad, será obligacion de uno y otro avisarnos seis meses antes de cumplirse dichos tres años, para que en este tiempo pueda vender dicho señor Smit los vinos y aguardientes que existan en los referidos almacenes y bodegas, sin que pueda hacer ya compras ni ejecutar acopios algunos en el mismo referido tiempo, ni aun tendrá obligacion la sociedad de tomar durante él los vinos y aguardientes de la cosecha del señor Vega en el último año de la referida sociedad.

25. Sin embargo estamos convenidos que en caso que no queramos renovar esta sociedad, podrá el señor Smit hacer compras de vinos y aguardientes de su cuenta particular; pero no podrá vender sino los de la sociedad no estando vendidos.

26. Cumplidos los tres años de esta compañía, se ha de hacer inventario general de todos los vinos y aguardientes pertenecientes à ella, los que se partirán entre los dos socios de esta manera: los existentes en casas y bodegas del señor Smit y del señor Vega de tal ó tal pueblo, segun la parte y porcion que cada socio tiene en la sociedad; y en cuanto à los vinos y aguardientes que existan en Holanda ó Inglaterra, el dicho señor Smit estará obligado à tomar por su cuenta particular la parte y porcion del señor Vega, al precio que tengan en las plazas ó puertos donde existan con la rebaja del cinco por ciento del referido aprecio, con el término de un año que tendrá el señor Smit para el pago de su importe al señor Vega, hecha la expresada deduccion.

27. Es tambien condicion que el señor Smit volverá à tomar, como dinero efectivo, las calderas y demas utensilios de la fábrica de aguardiente.

28. En caso de sobrevenir entre los dos socios algunas diferencias ó disputas en la serie y tiempo de esta sociedad, ó al tiempo de su disolucion, prometemos y nos obligamos à ponerlas en manos de los comerciantes, y un tercero en discordia, pasando por lo que determinaren estos.

CAPITULO TERCERO.

De los comisionistas.

§. 1. ¿Que se entiende por comisionista?

2. El comisionista debe arreglarse en las compras á las órdenes del comitente.

3. Si la orden para comprar fuese especial y se designaren las mercaderías, aunque el comisionista las compre en su propio nombre, se entenderán compradas para el comitente. Lo contrario sucederá si la orden fuese general, esto es, para comprar cualesquiera mercaderías.

4. Si el comisionista dijere que no halló las mercaderías que el comitente le mandó comprar, bastará su dicho sin que sea necesario probarlo.

5. Cualquier socio de una compañía puede repetir, por la parte que le toca, contra el comisionista que compró efectos malos ó deteriorados, aun cuando él no haya dado la orden de comprar.

6. ¿Como debe hacerse la conduccion de los géneros comprados?

7. ¿A que estará obligado el comisionista cuando fuere moroso ó tardío en remitir las mercaderías?

8. En las ventas de los efectos, que recibiere con este objeto del comisionista, debe seguir escrupulosamente las órdenes del comitente.

9. No puede el comisionista por sí ni por otro comprar los bienes agenos que tuviere para vender; y si lo hiciere, será nula la venta.

10. Responsabilidad del comisionista que vende al fiado no teniendo orden de su comitente para hacerlo.

11. Pena del comisionista que por culpa ó morosidad no vende como es debido las mercaderías que ha recibido con el objeto de despacharlas.

12. ¿Que debe hacer el comisionista verificada que sea la venta de los efectos remitidos por el comitente?

13. Continuacion del mismo asunto.

14. ¿Que deberá hacer el comisionista para la cobranza de lo vendido á plazo?

15. Cuenta que debe llevar el comisionista cuando vende en diferentes tiempos mercaderías suyas propias y otras de comision.

16. Cobrado el valor de los efectos vendidos, debe el comisionista seguir las órdenes que tuviere del comitente en cuanto el embolso del producto.

17. En la orden para vender ó

comprar mercaderías no se entiende comprendido el permiso de trocarlas ó permutarlas.

18. Tampoco se comprende en el mandato general de comprar y vender, el tomar dinero á cambio ó daño con interes, ni el tomar mercaderías para hacer barata con pérdida del precio de ella.

19. En la orden para vender ó comprar se debe señalar precio; pero si no se designare, se entiende que ha de hacerse la compra ó venta por el que fuere justo.

20. ¿Qué deberá hacerse cuando el comisionista traspasa en la compra ó venta las órdenes del comitente?

21. Obligaciones de los comisionistas cuando reciben géneros con orden sola de hacerlos conducir á poder de su dueño ú otro parage.

22. De los derechos que deben cobrarse por razon de semejantes comisiones.

23. De los comisionistas que hacen anticipaciones sobre géneros que se les han remitido para venderlos.

24. De otra especie de mandatos y agentes conocidos comunmente con el título de factores.

25. De los maestres y sobrecargos.

1. Comisionista ó *comisionario*, segun se llama en las Ordenanzas de Bilbao, es el que ejerce ó negocia, ya con su nombre, ya bajo una razon y nombre social, por cuenta de un comitente.

2. Las comisiones constituyen una de las partes principales del comercio, y en la ejecucion de ellas debe emplearse la mas escrupulosa exactitud. En las compras debe el comisionista poner el mayor cuidado en ejecutar las órdenes que le dé el comitente no excediéndose de ellas, y procurando siempre por todos medios sacar el mejor partido à favor de aquel, asi en los gastos como en los precios, y en suma correspondiendo debidamente à la confianza que de él se hace (1) (*).

3. Teniendo un comisionista orden ó mandato especial de su comitente para comprar mercaderías, si estas fueren designadas, aunque las compre en su propio nombre (como sucede à veces cuando el comisionista ve que puede resultarle ganancia), no serán para él sino para el comitente en cuyo nombre se entienden compradas, y asi deberá dar cuenta de ella. Lo contrario

1 Ordenanz de Bilbao, cap. 12. num. 1.

* De las obligaciones generales del mandatario se trata en el tomo 2.° capitulo 13 de este título, pag. 360.

sucederá si la orden ú el mandato fuese general, esto es, para comprar cualquiera cosas ó mercaderías sin expresarlas, pues entonces si las comprare en su nombre al comisionista, se entiende que son para él (1).

4. Si el comitente diere orden al comisionista para que en cierto parage le compre algunas mercaderías, y este dijere que no las halló, bastará su dicho, sin que sea necesario probarlo; pues la presuncion está à su favor, à menos que se pruebe lo contrario. Y aun esta prueba se excluye con otra, à saber, que aunque hizo diligencias para buscarlas, no las encontró (2).

5. Si alguno de los socios de una compañía mercantil mandare à otro que compre alguna cosa para la misma, y este mandatario ó comisionista la comprare mala ó deteriorada, pueden repetir contra él por el principal é intereses, no solo el socio mandante ó comitente, sino tambien los demas que no dieron la orden, por la parte que les toca (3).

6. Acerca de la conduccion de los géneros comprados, deben tenerse presentes las siguientes disposiciones sacadas de las Ordenanzas de Bilbao. 1.ª Si hubieren de conducirse por tierra las mercaderías, será de obligacion del comisionista alquilar las cargas que hubiere de enviar con intervencion de uno de los corredores de arrieros, donde los hubiere, como en Bilbao, à fin de que en caso de cometer el arriero conductor algun fraude, queden asegurados los géneros que se envien, mediante las fianzas que tienen dadas dichos corredores. 2.ª Al arriero ó arrieros deberá entregarse por mano del corredor la carta de porte, poniéndola clara, y con expresion del nombre y vecindad del arriero; los géneros que contengan, las cargas, sus números, pesos, piezas ó medidas y marcas. 3.ª Deberá igualmente darse por la misma mano al arriero ó arrieros los despachos, si fueren necesarios, para que en las aduanas por donde transitaren no se les ponga embarazo alguno. 4.ª Por el primer correo tendrá cuidado el comisionista de avisar à quien se dirigieren las cargas, la remesa de ellas; nombrándole el arriero conductor, su vecindad, el dia en que salieron aquellas, las aduanas de su tránsito, con la cuenta de su importe y gastos. 5.ª Si los efectos comprados hubieren de trasportarse por mar, ya sea à los puertos de estos reinos, ó ya fuera de ellos, deberá buscarse embarcacion

1 *Cur. Filip* citando á varios, lib. 1. *del Comercio terrestre*, cap 4. num. 27.
2 *Cur. Filip.* alli, num. 23.
3 Ley 21. vers. *La tercera*, tit. 12. Part. 5.

buena, bien aparejada y tripulada; y en caso de no hallar flete corriente para el puerto de su destino, se ajustará lo más barato que se pudiere, y se embarcarán los efectos haciendo que el maestre ó capitan de la embarcacion firme tres ó cuatro conocimientos en que se exprese el número de barricas, fardos, cajones ú otras especies con las marcas, y prevencion de haberlas recibido bien tratadas y acondicionadas; avisando igualmente por el primer correo al sugeto à quien se remitieren los géneros, el nombre de la embarcacion y del capitan, y se le enviará conocimiento y cuenta, sin embargo de la que se haya remitido, como suele hacerse, con la misma embarcacion. 6.ª Tambien será de obligacion del comisionista entregar al maestre ó capitan los despachos que fueren necesarios (1).

7. Si el mandatario ó comisionista fuere moroso ó tardío en remitir las mercaderías ó efectos que se le mandaron comprar, estará obligado à pagar al mandante ó comitente los daños é intereses que resultaren, por la morosidad y culpa que en ello tuvo (2).

8. Si el comisionista recibiere efectos para venderlos por cuenta y riesgo de sus dueños, deberá atender en su venta à las órdenes que tuviere para hacerla, ya sea al contado, al fiado ó à trueque, ó en los términos que hubiere recibido dichas órdenes, ejecutándolas y observándolas puntualmente, y procediendo como en cosa propia (3).

9. El que tiene à su cargo bienes agenos para vender, no puede comprarlos por sí ni por otro, ni vale esta venta que de ellos hiciere, pues la ley lo prohibe para evitar fraudes (4); y por la misma causa los jueces ó ministros de justicia no pueden comprar lo que se vende en almoneda (5). Militando igual razon para las compras, es claro que ninguno à quien se da orden para comprar, puede hacer la compra de sus propios bienes y efectos, por ser preciso, ademas de la razon expresada de fraude, que el comprador y vendedor sean personas distintas.

10. Si el comisionista no tuviere facultades del comitente para vender al fiado y lo hiciere, será de su cargo el riesgo que acaeciere en las ditas (*), aunque sea por accidente ó caso fortuito, por haber hecho lo que no debia; pero teniendo orden

1 Ordenanz de Bilbao, cap. 12. num. 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8.

2 Leyes 13. tit. 11. y 20 y 21. tit. 12. Part. 5.

3 Dichas Ordenanzas en el mismo cap. num. 9.

4 Ley 1. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

5 Ley 4 tit. 14. lib. 5. Nov. Rec.

* Dita es lo mismo que caucion ó seguridad.

del dueño ó comitente, solo será responsable de los riesgos cuando hiciese la venta à personas que no sean abonadas (1).

11. El comisionista, que por culpa ó morosidad no vende como es debido las mercaderías que ha recibido con el objeto de despacharlas, es responsable de los perjuicios que se sigan al comitente (2).

12. Verificada la venta de las mercaderías ó efectos remitidos por el comitente, debe el comisionista sentarlo en el libro de facturas (ademas del cargo que se hará à los compradores en los otros libros) con el nombre de persona, fecha, cantidad, plazo, precio é importe, sumariamente, para tener por este medio presentes las circunstancias de la venta.

13. Asimismo concluida que sea esta, formará el comisionista la cuenta, señalando en ella, del mismo modo que en el libro de facturas, las fechas, cantidades vendidas, nombres de comprador ó compradores, precios, plazos é importe, anotando si faltó algun comprador al tiempo del pagamento ó plazos, y abonará el neto producto ó rendimiento al dueño, deducidos los gastos, derechos, corretage y comision, y le remitirá dicha cuenta con la mayor brevedad, avisándole dejar abonada la cantidad líquida ó neta, sin perjuicio, hasta la cobranza, de lo que tuviere entonces por cobrar de los compradores (à menos de que por convenio haya salido responsable al abono de las ditas); so pena de que, si se faltare à estas circunstancias ó cualquiera de ellas, y se omitiere en las partidas el nombrar las personas compradoras, se tendrán aquellas por vendidas à dinero contante.

14. En la cobranza de lo vendido à plazo, deberán ser los comisionistas muy activos, sin dar lugar à que por su negligencia se demore à los dueños la paga, ni tengan estos menoscabo alguno en los negocios que se ponen à su cargo.

15. Pudiendo suceder que los comisionistas vendan en diferentes tiempos à uno ó mas compradores mercaderías suyas propias, y otras de comision à ciertos plazos ó sin ellos, llevarán cuenta exacta de lo que vendieren con distincion de las mercaderías que son propias y de las de comision, expresando de cuenta de quien reciben las cantidades que el deudor pagare, para que sucediendo el caso de quiebra ú otro accidente imprevisto procedan segun justicia distributiva; aplicándose à sí mismos y à los demas interesados las proratas que les correspondan respectivamente en la quiebra.

1 *Cur. Filip.* dicho lib. 1. cap 4. 2 *Cur. Filip.* alli, num. 15. num. 18.

16. Cobrado ya el valor de los efectos vendidos, deberán los comisionistas seguir las órdenes que sobre su producto tuvieren de los dueños, para que puedan disponer de su embolso.

17. En el mandato para vender ó comprar mercaderías ú otras cosas, no se entiende comprendido el permiso de permutarlas ó trocarlas por otras, á menos que en dicha orden haya cláusula de libre y general administracion, y de poder hacer lo que haria el mismo dueño ó mandante (1).

18. En el mandato general no se comprende el tomar dinero á cambio ó daño con interes, á menos que se exprese asi, ó el mandante lo acostumbre á tomar, ó haya estilo en aquel pueblo de que semejantes mandatarios lo tomen. Lo mismo se ha de entender en cuanto á tomar mercaderías para hacer barata con pérdida ó menoscabo del precio de ellas. Y en caso que el mandatario, aunque sea acreedor, tenga facultad del mandante ó deudor para tomar dinero á cambio ó daño con interes para hacerse pago de la deuda, ó en otra manera, se entiende solo el primer cambio, daño é interes, y no otros (2).

19. En el mandato para vender y comprar se debe señalar precio, y se entiende señalado si se comete á arbitrio del mandatario; pero si no se designare precio, es visto querer que se haga por el que fuere justo (3).

20. Si en la venta ó compra el mandatario se excediese en el precio ó cantidad de la cosa que se vendiere ó comprare, ú ocasionare deterioro en perjuicio del mandante, no queda este obligado, á menos que se reduzca el negocio á la forma debida, ó que le ratifique el mismo mandante (4).

21. Cuando los comisionistas recibieren por mar ó tierra géneros y mercaderías con orden sola de hacerlas conducir á poder de su dueño ú otro parage, será de obligacion de ellos, al tiempo del recibo, examinar si vienen bien acondicionadas; y no hallándolas en debida forma, practicarán las diligencias convenientes, judicial y extrajudicialmente, contra quien resultare culpado, en beneficio de la persona á quien pertenecieren, y seguirán las órdenes de sus dueños en el nuevo trasporte de los referidos géneros (5).

22. En orden á los derechos que por razon de semejantes comisiones deben llevarse, previenen las Ordenanzas de Bilbao lo

1 *Cur. Filip.* citando á varios, dicho lib. 1. cap. 4. num. 17.
2 *Cur. Filip.* allí, num. 28 y 29.
3 *Cur. Filip.* en dicho cap. num. 19.
4 *Cur. Filip.* allí, num. 20.
5 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. 12. num. 15.

siguiente. Por todo género de mercaderías de lana, seda, fierro y otras cosas, sean comestibles, potables ó combustibles, que se vendieren y compraren de comision, asi de estos reinos como de fuera de ellos, habrán de cobrarse á sus dueños por razon de comision dos por ciento, ademas del corretage y otros gastos que tuvieren, excepto algunos artículos que allí se designan. Cuando se vendieren ó negociaren en comision cualesquiera géneros en trueque de otros, y los que asi se recibieren en trueque, se remitieren por mar ó tierra á sus propios dueños, se pagará el derecho de comision á razon de uno por ciento por el retorno, ademas de lo correspondiente á la principal comision; pero si los referidos géneros que se recibieren en trueque, se vendieren, en tal caso el comisionista tendrá por el nuevo trabajo otros dos por ciento ademas de la comision principal. Siempre que se recibiere dinero por cuenta de alguno, ya sea de letras ó ya de otra manera, se cargará de comision medio por ciento. Lo mismo se cargará por todas las letras que se libraren en virtud de orden, ó para hacer remesas en pago de las mercaderías que se hayan vendido. El referido derecho de comision en cada una de las especies que van indicadas, deberá entenderse en el caso de que entre el comitente y el comisionista no haya ningun convenio particular, porque si le hubiere se estará y pasará por él (1).

23. En el citado capítulo 12 de las Ordenanzas de Bilbao, que trata de las comisiones, nada se habla de las anticipaciones de fondos que suelen hacer los comisionistas, por lo que trasladaremos aquí los artículos 93 y 94 del Código de comercio de Francia, lib. 1. tit. 6, cuyas disposiciones son muy justas, y conformes ademas á la práctica que se observa entre nosotros. El primero dice asi: »Todo comisionista que ha hecho anticipaciones sobre géneros que se le han remitido de otra plaza para venderlos por cuenta de un comitente, tiene privilegio para el reembolso de sus anticipaciones, intereses y gastos sobre el valor de los géneros, si estan á su disposicion en sus almacenes ó en un depósito público, ó si antes de haber llegado puede probar por un conocimiento ó por una *carta de porte* que se le han remitido ó remiten á él." El artículo 94 está concebido en estos términos: »Si los géneros se han vendido ya, y entregado por cuenta del comitente, se reembolsará el comisionista sobre el producto de la venta, del importe de sus anticipaciones, inte-

1 Ordenanz de Bilbao en dicho cap. num. 16, 17, 18, 19 y 20.

reses y gastos con preferencia á los acreedores del comitente."

24. El progreso del comercio y de la industria exige que se designen bien las obligaciones de otros agentes conocidos con el nombre de factores, sujetándolos en todo á la jurisdiccion mercantil con reglas especiales, segun conviene á esta especie de mandatos.

25. Hay otro género de comisionistas, cuales son los maestres y sobrecargos que navegan y llevan en los buques propios ó agenos los efectos y encargos que deben desempeñar con arreglo á las consignaciones, memorias ó mandatos de los dueños, mandantes ó comitentes, á las disposiciones comunes de los comisionistas, y á las costumbres de los respectivos pueblos.

CAPITULO CUARTO.

De los corredores.

§. 1. ¿En que consiste el oficio de corredor?
2. ¿Cuantas clases hay de corredores?
3. Del nombramiento de ellos.
4. Los corredores han de ejercer personalmente su oficio, y no por sustitutos, excepto en ciertos casos.
5. Calidades que deben tener los corredores.
6. Obligaciones de los mismos.
7. El corredor no puede ser apremiado á declarar, ni vale su dicho, sino de consentimiento de ambos contratantes.
8, 9 y 10. Tratos y negocios prohibidos á los corredores.
11. No puede haber corredores de ganados en los mercados y ferias.
12. El acreedor no es responsable de los negocios que maneja, á menos que haya de su parte dolo ó culpa.
13. Siendo varios los corredores que cometan dolo ó culpa en un negocio, cada uno estará obligado *in solidum*.
14. Por el dolo del corredor no queda obligado ninguno de los principales contrayentes, á no haber sido partícipe ó sabedor del dolo.
15. Estipendio debido al corredor, que se llama corretage.
16. Habiendo desempeñado enteramente el corredor su comision, aun cuando no se concluya el negocio por culpa de uno de los contratantes, se deberá sin embargo el corretage.
17. Asimismo se deberá este cuando, no por defecto del corredor sino por un accidente imprevisto, no se concluye el contrato.
18. Cuando concurran varios corredores de una negociacion ó contrato á pretender el corretage, debe preferirse para el pago al que hubiere sido el primero en proponer la venta ó negocio.
19. No será debido al corredor estipendio alguno cuando no se convienen los contratantes en el precio, y queda disuelto el contrato.
20. En la venta ó compra de la cosa que se hace por medio de corredor, há lugar á reclamacion contra el contratante principal por el engaño en mas de la mitad del justo precio.
21. De los corredores de navío.
22, 23 y 24. Obligaciones de estos.

1. Entre las útiles invenciones ideadas por la industria humana para facilitar el comercio, activar la conclusion y asegu-

rar el cumplimiento de los negocios mercantiles, debe contarse la intervencion de los corredores ó personas medianeras que se interponen entre dos ò mas comerciantes cuando quieren tratar algun negocio, explicando á cada uno de ellos la intencion del otro para excitarlos por este medio à convenir en un contrato ú otra cualquiera operacion que quieran emprender.

2. Los corredores son de tres clases: unos se llaman corredores de mercaderías, otros de cambio, y los terceros de seguros (*). Los primeros son aquellos que intervienen en las ventas y compras y cualquier otro tráfico de mercaderías: los segundos, que tambien se denominan agentes de banco ò de cambio, solo tratan de facilitar la negociacion del dinero por préstamos, descuentos y letras de cambio ú otros efectos endosables: los últimos procuran buscar aseguradores, hacer firmar las correspondientes pólizas, exigir los premios, y practicar otras operaciones semejantes relativas al contrato de seguro. Estos tres oficios suelen estar en algunas partes reunidos en una sola persona con el título genérico de corredor; pero en otras estan separados, y se distingue cada uno con su respectivo nombre.

3. En los pueblos cuyo vecindario y tráfico permiten que haya muchos corredores, forman por lo regular un cuerpo, y son nombrados por los individuos del gremio de mercaderes ò por aquellas personas que tengan privilegio de nombrarlos, como sucede en Cadiz, donde el nombramiento de corredores corresponde al dueño del oficio de corredor mayor de lonja de dicha plaza, que por precio de tres millones de reales se enagenó de la Corona en el año de 1745. En los pueblos donde los comerciantes ú otras personas particulares no tienen derecho de nombrar los corredores, pertenece el nombramiento de ellos al ayuntamiento que está en posesion de elegirlos, el cual no puede nombrar mas número que el acostumbrado (1) (**). Hay sin embargo algunos pueblos, como la Corte y Barcelona, cuyos corredores son nombrados por el Rey.

4. Los corredores han de ejercer personalmente su oficio, á

* Hay otros llamados corredores de navíos que solo residen en los puertos. Nuestras leyes no hacen mencion de ellos; pero las Ordenanzas de Bilbao tratan de los mismos en capítulo separado, cuyas disposiciones insertaremos en extracto despues de haber hablado de las otras clases de corredores.

1 Ley 2. tit 6. lib. 9. Nov. Rec.

** Por las Ordenanzas de Bilbao se previene que no haya en dicha villa mas de ocho corredores. En Madrid son catorce los corredores de lonja, y en Cadiz cuarenta y cinco naturales y quince extrangeros Véase esto mas extensamente en las notas al tit. 6. lib. 9. de la Nov. Rec.

no ser que quien los hubiere nombrado les permita elegir sustitutos, y apruebe este nombramiento, que es lo que disponen nuestras leyes acerca de los oficios públicos, para cuyo desempeño nombra el Rey sugeto de su confianza.

5. El oficio de corredor es semejante al de un procurador mandatario ó encargado, con la diferencia que teniendo opuestos intereses las personas por quienes se emplea, es encargado por cada una de ellas para negociar ó concluir el contrato. Asi que tiene obligacion de guardar respecto de ambos interesados una perfecta fidelidad en la ejecucion de lo que respectivamente se le confie por ellos, á fin de que cuando quieran se pongan en estado de tratar por sí mismos, y concluir el contrato ó la negociacion (1). Ademas de esta fidelidad deben tener los corredores la competente reserva callando los nombres de los contratantes cuando alguno de ellos ó el negocio lo exige, hasta estar tomada ya la palabra ó el consentimiento, despues de lo cual los aboca, se extienden y firman los contratos. Han de tener ademas los corredores la correspondiente inteligencia, y ser naturales de estos reinos; pues el extrangero no puede ejercer el oficio de corredor, so pena de perdimiento de todos sus bienes, y de destierro perpetuo del reino (2). Tambien exigen las Ordenanzas de Bilbao que antes de entrar á ejercer su oficio presten juramento de que le desempeñarán bien y fielmente (3).

6. Sus obligaciones son tratar los negocios con discrecion sin exagerar las calidades de unos sugetos, ni vituperar las de los otros, proponiendo sinceramente el negocio que se les encomiende. Siempre que este consista en letras, deberán llevarlas del librador al tomador; y cuando fuere de mercaderías, se hallarán presentes, si lo pidieren las partes, á la entrega, peso ó medida de ellas. Asimismo estarán obligados á tener un libro foliado en debida forma para sentar en él diariamente por sí ó de otra mano todos los negocios en que intervengan, con expresion de los nombres de los negociantes, del vendedor y comprador, dador y tomador (segun fueren), de la fecha, circunstancias y clase de negocios: por manera que habiéndose tratado de mercaderías, se han de especificar sus calidades, precios, marcas, números, plazos y demas que los contrayentes declaren; y si de letras, han de individualizarse sus datas, términos,

1 Ley 3. ff. *de proxenet.* Domat [illegible] *civil*, lib. 1. tit. 17. sect. 1. §. 1.

[illegible] 3. 31. 6. lib. 9. Nov. Rec.

[illegible] de Bilbao, cap. 15. num. 1.

libradores y tenedores, á cargo de quién y en qué plaza, cambios, endosos y demas circunstancias que contengan, para que en caso de discordia puedan y deban hacer fe su asiento y declaracion, habiendo de rubricar precisamente de su mano todas las partidas sentadas, y jurar tambien (al hacer su juramento al principio de cada año) que han sentado puntualmente en sus libros todas las partidas de los negocios en que hubiesen intervenido el año anterior (1). Tambien deberán los corredores dar cuenta de todas las ventas y trueques en que intervengan, dentro de los dos dias siguientes à su celebracion, à los recaudadores de la alcabala donde esta contribucion existe; y si dichos recaudadores los presentaren para deponer con juramento en favor de ella contra el vendedor ó comprador, valdrán en un todo sus declaraciones, aunque no haya otro testigo, siendo hombres de buena fama, en cuyos términos tambien ha de ser creido el comprador contra el vendedor (2); pero no se dará igual fe à la declaracion del corredor ó comprador cuando esta sea contra la alcabala ò sobre el mismo contrato, pues entonces se requiere mayor prueba (3).

7. Si se originare litigio sobre cosa que se hubiese vendido con intervencion de corredor, no podrá este ser apremiado à declarar, ni vale su dicho, sino de consentimiento de ambos contratantes, y no de uno solo, à menos que él lo hiciere de su propia voluntad (4).

8. No es permitido à los corredores comprar, vender ni tratar en ninguna especie de mercaderías por sí ni por medio de otra persona, ni tenerlas propias para venderlas; y contraviniendo à esto ha de castigárseles con la pérdida de dichas mercaderías y una pena pecuniaria aplicada por terceras partes al fisco, juez y denunciador. Tampoco puede ningun corredor, sea de lonja ò mercaderías, sea de ganados ò de cualesquiera otras cosas, muebles ò raices, tomar para sí comprado nada de lo dicho que se les dé à vender, por poco ò mucho precio, por sí ò por interposicion de otro sugeto, so pena de perder su oficio y de ser multado por cada vez que lo hiciere. Asimismo un corredor no puede por sí ni por interpuesta persona comprar à otro corredor ningunas cosas de las que se hubiesen dado à este pa-

1 Ley 2. tit 6. lib 9. Nov. Rec. Ordenanz. de Bilbao, cap. 15. num. 5 y 13.
2 Ley 28 tit. 19. lib. 9. Rec.
3 La misma ley. Acev. en ella.
4 *Cur. Filip. Comerc. terr.* lib. 1. cap. 5. num. 2°. siendo de advertir que en la ley de Partida que cita alli su autor, no se halla semejante disposicion.

ra venderlas: ni un corredor ha de dar à vender à otro corredor las que se le hayan entregado para su despacho (1). Finalmente no pueden ser aseguradores en ninguna manera, por mar ni por tierra, ni tener interes en navíos ú otras embarcaciones (2).

9. En una Real cédula (3) se prohibe absolutamente y bajo ciertas penas à toda clase de personas mezclarse con ningun pretexto como corredores ó mediadores en la negociacion de vales Reales, y solo se permite intervenir en ella á los corredores jurados y numerarios de cada plaza, con la condicion precisa de llevar en sus libros asientos formales de cada negocio, y de observar las mismas solemnidades que les prescriben las Ordenanzas respecto á las letras de cambio.

10. Tampoco puede el corredor intervenir en cambio ó contrato de los ilicitos y prohibidos bajo las penas que designa la ley (4), y por esta clase de negocios no se le debe corretage.

11. No puede haber corredores de ganados en los mercados y ferias ú otras partes donde se vendieren; ni las justicias les permitirán usar de dichos oficios: asimismo ninguna persona ha de salir ni enviar á comprar en los caminos los ganados que se llevaren á vender en los mercados, bajo la pena de perder lo comprado con el duplo, que ha de aplicarse por terceras partes al fisco, juez y denunciador (5).

12. El corredor no es responsable del éxito de los negocios que maneja, excepto en el caso de que haya cometido dolo ó culpa; como tampoco lo será de la insolvencia de aquellos á quienes haya hecho prestar dinero ú otra cosa, aunque haya recibido el corretage, y hablado en favor del que recibió el préstamo; á menos que hubiere intervenido expreso convenio por el que salió garante ó responsable, ò bien si procedió con dolo (6).

13. Si en el contrato en que intervinieren dos ò mas corredores, mediare de parte suya dolo ò engaño, cada uno de ellos estará obligado solidariamente por todos á la satisfaccion de él, y con el pago que uno hiciere quedan libres los demas (7).

14. En el contrato que se celebra por medio de corredor ú otro tercero, y en que interviene dolo ú engaño de su parte, so-

1 Leyes 3 y 4. tit. 6. lib. 9. Nov. Rec. Ordenanz. de Bilbao, cap. 15 num. 9 y 10.
2 Ordenanz. cit. num 11 y sig.
3 De 8 de abril de 1799.
4 Ley 3. tit. 6. lib. 9. Nov. Rec.
5 Ley 5. tit. 7. lib. 9. Nov. Rec.
6 Ley 2. ff. *de prozenet.* Domat. en el lib. cit. §. 3. Stracca *de prozenet.* part. 3. num. 1, 2, 3, 6, 7 y 26. *Cur. Filip.* dicho cap. 5. num. 11.
7 *Cur. Filip.* en el cap. cit. num. 13.

lo él queda obligado, y no el contratante principal à quien no perjudica; ni se anula el contrato respecto á él, à menos que haya sido partícipe ó sabedor del dolo (1).

15. Si la interposicion del corredor en cualquier negocio no fuere expresamente gratuita, se le deberá el estipendio convenido, ó el que esté regulado por las leyes ú ordenanzas, por el uso ó por el arbitrio del juez. Segun las Ordenanzas de Bilbao, las agencias ó corretages de mercaderías se han de pagar por mitad entre vendedor y comprador, à razon de dos por mil, por cada una de las partes, y de las letras en la misma conformidad à uno por mil, á menos de conformarse las mismas partes en pagar la una de ellas el todo (2).

16. Siempre que el corredor haya intervenido en las cosas intrínsecas y extrínsecas del contrato, esto es, acerca de lo sustancial y accidental, y cumplido enteramente con su encargo, estando ya preparados y dispuestos los ánimos de las partes, asi en el precio como en los otros pactos, aunque no se concluya el negocio por manifiesta culpa de uno de los contratantes, el cual se arrepienta ó desista, se deberá sin embargo el corretage, cuyo pago será á cargo de la parte arrepentida ó desistente. Con mayor razon se deberá el corretage cuando habiendo proporcionado comprador con su diligencia è industria, y sabida la voluntad de este, rehusa maliciosamente el vendedor celebrar la venta, valiéndose de algun pretexto, para evitar la mediacion del corredor, á fin de defraudarle de su estipendio (3). En este principio se funda la máxima adoptada en muchas plazas de comercio de que empezado por un corredor el trato de una operacion mercantil entre dos comerciantes, le sea debido el corretage, aun cuando el contrato se haya perfeccionado sin su asistencia.

17. Asimismo cuando no por defecto del corredor, ni por engaño ó arrepentimiento del vendedor, sino por un imprevisto accidente no se concluye el contrato, estando ya todo dispuestos, asi lo sustancial como lo accidental, esto es, arreglado el precio y las condiciones, se deberá no obstante al corredor, por razon de equidad, alguna remuneracion por su trabajo, asi por aquel trillado principio de que el trabajo y el estipendio ad-

1 Ley 2. ff. *de proxenet.* Jas. §. *Action.* num. 44 *de act.*

2 Ordenanz. de Bilbao, cap. 15. num. 12.

3 Stracca *de proxenet.* part. ult. partic. 1. num. 10. Ansald. *de comm* disc. 80. num. 26. Mantic. *de tacit. et ambig.* lib. 26. tit. 8. num. 28.

miten division (1), como tambien porque el verdadero oficio del corredor consiste en conciliar y unir los ánimos, y no precisamente en concluir el negocio, á menos que intervenga especial mandato para ello (2).

18. Aunque concurran varios corredores de una negociacion ó contrato á pretender el corretage, debe preferirse para el pago de este al que hubiere sido el primero en proponer la venta, ya por ser un premio debido á su vigilancia y solicitud, ya por evitar que los corredores se perjudiquen mutuamente en su ejercicio, y se arrebaten su respectivo lucro (3).

19. No será debido al corredor estipendio alguno cuando no se ha preparado lo sustencial ni lo accidental del contrato, esto es, cuando no convienen los contrayentes en el precio y en el modo de hacer el pago; la razon es porque cuando el contrato queda sin efecto, enteramente disuelto y separadas las partes, no puede decirse que el corredor haya conciliado y unido sus voluntades, que es propiamente su oficio (4).

20. En la venta ó compra de la cosa que se hace por medio de corredor, há lugar á reclamacion contra el contratante principal, por el engaño en mas de la mitad del justo precio, como la hay en las almonedas (5), y tambien tiene lugar la accion redibitoria (6).

21. En el capítulo 16 de las Ordenanzas de Bilbao se trata de los corredores de navios, cuyas obligaciones vienen à ser las mismas, que las de los otros, sobre no comerciar, tener libro de asientos &c., con la diferencia solo que proviene de la diversa naturaleza de los negocios en que se ocupan, y con relacion á ella diremos brevemente lo que es peculiar de dichos corredores.

22. Han de servir estos de intérpretes á los capitanes y maestres extrangeros que ignoren nuestro idioma, y por lo mismo deben entender varias lenguas, y estar prácticos en las mas ususles, como son la francesa é inglesa para el comercio.

23. Teniendo que hacer los maestres de cualesquiera embar-

1 Ley 10. ff *de annuis legat.*

2 Straccа *de proxenet.* part. 1. num. 6. Giballin. *de univers. negociat.* lib. 1. cap. 3. art 4. § *Voluerunt. quidem.*

3 Rota Florent. *in florent. proxenet.* decis. 22 aprilis 1732. Savelli en su *Práctica*, § *Sensali*, num. 10.

4 Ley 3. ff. *de proxenet.* Zachia. *de salar.* quæst 83. num. 11. Savelli en el lugar cit. num. 9. Giballin. *de univers. negociat.* lib. . cap. 3. art. 4. num. 1. Turre *de camb.* disp. 1. quæst. 1. num. 8.

5 Ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

6 Mar. in *Spec.* 4. p. dist. 9. num. 145.

caciones extrangeras y sus marineros algunas declaraciones y protestas, ha de ser por medio de los corredores de navios, quienes, siempre que hayan de practicar tales diligencias, jurarán nuevamente que procederán en ellas con toda verdad y pureza. Ademas, ofreciéndose el caso de haber de valerse de ellos para la traduccion de algun papel, nombrarán los interesados el que haya de hacerla, y en rebeldía de estos lo practicará el juez de oficio. Verificado asi, reiterará el nombrado dicho juramento de proceder con la debida legalidad; y con estos requisitos será digna de fe la traduccion.

24. Cuando algun capitan ò maestre quiera valerse de algun corredor, ó un comerciante le avise para auxiliar à dichos capitan ó maestre, es obligacion suya instruirles en los estilos de comercio, de sus ordenanzas, de la costumbre en punto á cargas y descargas, y diligencias previas á estas, acompañándolos à hacer las protestas de averías si hubieren de hacerse. Pero sin embargo, los mercaderes y capitanes ó maestres de navios pueden proceder por sí solos en cuanto á la direccion de las embarcaciones y cobranza de sus fletes, sin valerse de los intérpretes corredores, aunque han de llevar la misma cuenta ó razon individual de los fletes y demas de que deben tener asiento dichos intérpretes corredores (*).

* Los corredores deben tener ordenanzas ó reglamentos particulares aprobados para mayor utilidad y seguridad de ellos y del comercio.

A los sugetos que sin título de corredores se entrometen en los contratos, se da el nombre de intrusos, contra los cuales se han dado diferentes providencias.

CAPITULO QUINTO.

De las contratas mercantiles.

§. 1. Razon del método de este capítulo.
2. Para la inteligencia y fuerza de todo contrato debe siempre atenderse á los usos del lugar en que se haya celebrado.
3. Las palabras de los convenios mercantiles deben entenderse y explicarse segun los estilos y usos recibidos en el comercio.
4. Todo contrato se considera radicado en la sola persona del contratante, aunque la utilidad redunde en favor de un tercero.
5. La accion directa ó util que nace de un contrato, no compete á aquel por quien se ha estipulado, sin que preceda la cesion del contratante. Excepciones de esta regla.
6. Siempre que uno intente proceder en virtud de un contrato dolosamente estipulado, se entenderá dolosa la accion intentada, aunque el actor no haya cometido el dolo.
7. El contrato hecho por un socio obliga á los consocios.
8. De los que contratan por comision de otro.
9. El que contrata con un mandatario no está obligado á indagar la realidad del mandato.
10. Del contrato estipulado con un factor ú otra persona prepuesta ó destinada á una negociacion.
11. Continuacion del mismo asunto.
12. De los contratos hechos por un negociante dentro del término prefijado por estatuto para poderse uno suponer en inminente quiebra.
13. ¿A que deberá atenderse para regular y decidir lo que dimana del principio de un contrato, y está anejo á su origen y causa?
14. De los contratos que se estipulan por medio de corredores públicos.
15. En los contratos mercantiles debe prevalecer la buena fe al rigoroso y estricto significado de las palabras.
16. Disposiciones de las Ordenanzas de Bilbao en orden á contratas. Estas deben efectuarse segun las circunstancias del ajuste, á menos que entre las partes se disuelvan ó varien de conformidad.
17. ¿Como se han de hacer las contratas?
18. Si se hicieren por medio de corredor jurado, ¿que validacion han de tener?
19. Cuando se efectúa la compra por uno, y se reparten

despues los géneros con otros interesados, ¿que deberá hacerse si resultare diferencia en los asientos?

20. Cuando las contratas se hicieren sin corredor, deben reducirlas á escritura los interesados.

21. Si no se hubiere formado escritura ¿que deberán hacer vendedor y comprador?

22. ¿Como habrán de justificarse los negocios hechos con ausentes?

23. Lo que se deberá hacer cuando se negociaren sobre muestras géneros que han de venir por mar ó tierra.

24. ¿Que deberá hacerse cuando se verificare el negocio sin muestras?

25. Negociándose con muestras ó sin ellas, ¿que deberá hacerse si al tiempo de entregar los géneros ó despues de haberse recibido se reconociere no corresponder en calidad ó cantidad á lo estipulado?

26. Si alguno hiciere contrato ó negocio con otro, y antes de perfeccionarle con la entrega de los géneros los vendiere y entregare á otro, ¿que deberá practicarse?

27. Si en los instrumentos de las contratas hubiere alguna confusion por obscuridad de sus condiciones ó circunstancias, ¿á que se ha de estar?

28. No habiéndose señalado plazo para la paga, ¿que tiempo deberá correr?

1. A fin de proceder con el debido método en este capítulo, sentaré primero los principios generales de jurisprudencia que son adaptables á las materias del tráfico, y despues recapitularé las disposiciones de las Ordenanzas de Bilbao acerca de las contratas que se hacen entre comerciantes.

2. Para la inteligencia y fuerza de todo contrato, como tambien para interpretar la mente de los contratantes, deben siempre atenderse la costumbre y los usos del lugar en que aquel se haya celebrado (1). Tambien se podrá recurrir en caso de duda al juicio y dictamen de las personas prácticas en negocios de la misma clase á que perteneciere lo estipulado (2).

3. Las palabras de los contratos ó convenios mercantiles deben totalmente entenderse segun los estilos y usos recibidos en el comercio, y explicarse por los negociantes del mismo modo,

1 Mantic. *de tacit et ambig.* lib. 4 tit. 9. num. 3. Rocc. *de assecur.* not. 68. num. 247.

2 Rocc. *de assecur.* dicha not. 68. num. 250.

aun cuando admitan otro sentido y puedan significar otra cosa (1).

4. Todo contrato se considera radicado en la sola persona del contratante, aunque la utilidad redunde en favor de un tercero por cuyo beneficio se haya estipulado (2).

5. La accion directa ó util que nace de un contrato, no compete á aquel en cuyo nombre se ha estipulado, sin que preceda la cesion del contratante (3). Esto sin embargo no tiene lugar cuando se trata de un procurador que estipula en virtud de mandato expreso de su principal, ó cuando el contrato recae sobre cosas pertenecientes á este, pues entonces le competerá toda accion sin necesitar de la cesion de su procurador contratante (4).

6. Siempre que cualquiera intente proceder en virtud de un contrato dolosamente estipulado, se entenderá dolosa la accion intentada, aunque el actor no haya cometido el dolo; y por consiguiente le obstará siempre la excepcion del mismo dolo cometido en el contrato (5).

7. El contrato hecho por cualquiera de los socios obliga á todos los otros, aunque en el acto de la estipulacion no haya hecho mencion alguna de ellos, siempre que en la escritura de sociedad conste haberse pactado que la misma haya de administrarse bajo el nombre de los socios (6).

8. Un negociante que tenga orden de su corresponsal para contratar, y ejecutare la comision sin expresar la persona por quien contrata, ni exhibir el mandato, se entenderá haber contratado por sí mismo, y no obligará de modo alguno á aquel por quien hizo ánimo de contratar (7). Procede esto aun en el caso en que se pueda probar que el que contrató con el procurador hubiese sabido extrajudicialmente el mandato del principal comitente (8).

9. Cualquiera que contrata con quien se tiene por mandatario de un tercero, no esta obligado á indagar la realidad del

1 Argum. de la ley 1. ff. *de ventr. ins. pic.* Stracca *de navigat* num. 25. Carden. de Luc. *de camb.* disc. 38. num. 5.

2 Surd. decis. 229. num. 11 y sig. Mantic. *de tacit. et ambig.* lib. 14. tit. 24. num 11. 26. num. 24. 28. num. 20 y 21. Ansald. *de comm.* disc. 12. num. 10.

3 Ley 49. §. ult. ff. *de adquir. vel amitt. possess.* Mantic. *de tacit. et ambig.* lib. 14. tit. 24. num. 14. Casareg. *de comm.* disc. 9. num. 4.

4 Dicha ley 49. §. ult. Ley 2. Cod. *de his qui à non domino.* Mantic. dicho tit. 24. num. 15. Casareg. *de comm.* disc. 5. num. 58. y 9. num. 5.

5 Ley 36. vers. *Idem est*, ff. *de verb. oblig.* Ley 2. §. 3 y 5. ff. *de doli mali et metus except.*

6 Ansald. *de comm.* disc. 49. num. 21 y 22. y disc. 50 num. 27 y 28.

7 Ley 7. § ult. Cod. *Quod cum eo.* Ansald. *de comm.* disc. 30. num 31 y 32. Casareg. *de comm.* disc. 5. num. 58 y 59 y disc. 76. num. 1, 2 y 3.

8 Ley 13 Cod. *Si cert. pet.* Ansald. dicho disc. 30. num. 31 y 32.

mandato, à fin de obligar al mandante por el hecho del mandatario contratante; y mucho menos tendrá dicha obligacion cuando se trate de contratar sobre un negocio que el mismo mandatario haya administrado generalmente á nombre de su principal (1).

10. El contrato estipulado con un factor ó cualquiera otra persona prepuesta ó destinada al manejo de una negociacion, aun despues de revocada por su principal la facultad de contratar, será válido, siempre que el sugeto que contrate con él ignorase la revocacion del mandato (2).

11. El contrato del factor ó prepuesto fallido ó próximo à quiebra, es válido aun en perjuicio de su principal, si el otro contratante no tenia noticia alguna del estado de aquel; pero sucederá lo contrario, si el contratante fuese sabedor, ó hubiese debido serlo por las señales que precedieren à la misma quiebra (3).

12. Los contratos hechos por un negociante dentro del término prefijado por cualquier estatuto para poderse uno suponer en inminente quiebra, se presumen siempre fraudulentos, y por consiguiente nulos; pero esta presuncion debe ceder á la verdad establecida en contrario; pues no obstante lo dicho, todo contrato será válido siempre que la quiebra haya procedido de causa posterior al contrato, ó si al tiempo de celebrarse este gozase el mismo negociante de buen crédito en la plaza, aunque en realidad estuviese insolvente (4). Probada por tanto en el contratante la ignorancia de la actual ó próxima quiebra de aquel con quien hubiere contratado, se sostendrá à su favor el mismo contrato (5).

13. Para regular y decidir lo que dimana del principio de un contrato, y está anejo á su origen y causa, debe siempre atenderse à los estatutos del lugar donde se hubiere celebrado, y no de aquel en que se haya de pedir su ejecucion; pues la voluntad de los contratantes no debe entenderse ni explicarse si-

1 Ley 34. §. 3. ff *de solut. et liberat.* Salgado *Labyr. credit.* part. 2. cap. 5. num. 36 y 37. Ansald. *de comm.* disc. 25. num. 18. al 27. disc. 30. num. 5 y sig. Casareg. *de comm.* disc. 199. num. 36.

2 Ley 11. §. 2. ff *de just. act.* Salgado *Labyr. credit.* part. 1. cap. 38. num. 28 y 29.

3 Carden. de Luc. *de credit.* disc. 51. num. 4. *Cur. Filip. Comerc. terr.* lib. 2. cap. 26. num. 44. Stracca *de decoctor.* part. 3. num. 52. Rocc. *de decoct. mercat.* not. 18. num. 141.

4 Fontanel. decis. 124. num. 13 y 14. Surd. decis. 231. num. 24. Casareg. *de comm.* disc. 75. num. 7, 8, 9 y 10.

5 Carden. de Luc. *de camb.* disc. 25. num. 15. Menochius *de præsumpt.* lib. 3. præsumpt. 88. num. 15 y sig. Casareg. *de comm.* disc. 76. in tot.

no en conformidad à lo que se observa y usa en el pueblo donde se hace la estipulacion (1).

14. Los contratos mercantiles que se estipulan por medio de corredores públicos, aprobados y establecidos en una plaza, tienen la misma fuerza que los reducidos à instrumento publico, y generalmente está excluida de ellos toda sospecha de fraude (2). La misma regla debe tener lugar en aquellos estados donde está prescrito que al dicho jurado de los corredores aprobados y á sus libros tenidos en debida forma, se dé entera fe en juicio.

15. Para la expedicion y fomento del comercio se ha admitido generalmente en los contratos mercantiles, en conformidad tambien al derecho comun, que la buena fe y la justa interpretacion deducida de la voluntad de los contratantes, deba prevalecer al rigoroso y estricto significado de las palabras, y que no se admitan interpretaciones cavilosas y contrarias al verdadero espíritu de la contratacion (3).

16. Sentados estos principios generales, resta saber lo que disponen particularmente las Ordenanzas de Bilbao en orden á las contratas que se celebran entre comerciantes. En primer lugar previenen que todas las ventas, compras, ajustes ó contratas que se estipularen entre dos ó mas comerciantes al contado ó á plazo, trueque, ó de otro cualquier modo, se efectúen y cumplan segun las calidades y circunstancias del ajuste, á menos que de comun convenio de los contratantes se varíe en parte ó se anule en el todo lo contratado (4).

17. En las ventas, compras y ajustes que se reduzcan á escrito, han de hacerse las contratas con voces las mas claras é inteligibles, evitando toda confusion y ambigüedad, y expresando en ellas todas las condiciones, cantidad, calidad, marcas, números y forma de sus pagamentos (5).

18. Si las contratas se efectuaren por medio de corredor jurado, han de tener la misma fuerza y validacion que si fuesen hechas por instrumento público, en cualquiera diferencia que se suscite entre los comerciantes en razon del ajuste y sus circunstancias; habiendo de estarse en tales casos á lo que cons-

1 Mantic. *de tacit. et ambig.* lib 3. tit. 13. num 48 y 49.

2 Stracca *de proxenet.* part. 4. num. 33. El mismo *de assecur* glos. 39. num. 4.

3 Ley 212. ff. *de verbor. sign* Casareg. *de comm.* disc. 147. num 2, 3, 4 y 5. y disc. 148 num 17.

4 Ordenanz. de Bilbao, cap. 11. num. 1.

5 El citado cap. de dichas Ordenanzas, num. 2.

tare del libro del corredor, siempre que se halle de conformidad con el asiento de una de las partes (1).

19. A veces sucede que al comprar ó vender porcion de mercaderías, hace cabeza y concluye el negocio uno, y despues se dividen ó reparten los géneros entre otros; en cuyo caso se ha de estar à la razon de los que contrataron el tal negocio, para hacer el cotejo en caso de diferencia con el libro del corredor, sin que sirva la de los demas interesados en la mercadería (2).

20. Siempre que las contratas se hicieren sin intervencion de corredor estarán obligadas las partes contratantes à reducir la estipulacion por escrito en papel recíproco, para que cada una de ellas sepa à lo que se obliga (3).

21. En caso de no reducirse à escrito el negocio, será de cargo del que vende dar al comprador un trasunto ó memoria del valor de la partida, y el comprador deberá volverla rubricada de su puño con la expresion de haberla pasado de acuerdo (4).

22. Los negocios que se hicieren con personas ausentes, se han de justificar por lo que constare de los libros y cartas originales recibidas, y copias de las que se hubieren escrito (5).

23. Cuando se negociare sobre muestras en géneros que deban venir por mar ó por tierra, deberá el vendedor entregar dentro del tiempo convenido los efectos de la misma calidad de las muestras, conservando una de ellas el comprador, otra el vendedor, y el corredor otra, para que en caso de diferencia se esté à lo que resulte del cotejo que de ellas se haga; entendiéndose que dichos géneros contratados serán de las calidades y condiciones en que convengan dos de las referidas tres muestras (6).

24. Si el negocio se hiciere sin muestras, y resultare diferencia sobre su calidad y circunstancias al tiempo de la entrega, se estará à lo que contenga la contrata de su razon; y si aun insistiere el comprador en que los géneros no son de la calidad contratada, se deberá estar à la declaracion de peritos, que se nombrarán por las partes, y en caso de no quererlo hacer estas, lo hará el Consulado de oficio (7).

25. En cualquier negocio que se contrate con muestras ó sin ellas sobre géneros que han de venir por mar ó tierra, si se reconociere al tiempo de la entrega, ó despues de haberlos recibi-

1 El cit. cap. num. 3.
2 Id. num. 4.
3 Id. num. 5.
4 Id. num. 6.
5 Dicho cap. num. 7.
6 Id num. 8.
7 Id. num. 9.

do, no corresponder à lo estipulado en cosa sustancial, no proviniendo este defecto de fraude del comprador ó vendedor, quedará disuelto el negocio, como si no se hubiese celebrado. En tal caso se devolverán los géneros al vendedor, quien estará obligado à restituir al comprador el dinero ò efectos que hubiese recibido en pago del todo ò parte (1). Pero si resultase que la diferencia en calidad ó cantidad de los géneros contratados procede de fraude del vendedor, deberá este cumplir el ajuste segun sus circunstancias, indemnizando al comprador de todos los daños y perjuicios; é igualmente si se descubriese que el comprador cometió el fraude despues de haber recibido los géneros, deberá cumplir con aquello à que se obligó en la contrata ó ajuste; y uno y otro en caso de delito serán castigados segun su gravedad, á arbitrio del juez (2).

26. Si algun comerciante hiciere contrata ó negocio con otro, y antes de verificar la entrega de los efectos contratados ejecutare segunda venta de ellos à otro entregándoselos, subsistirá esta segunda negociacion por haberse trasferido con la entrega el dominio en el segundo contratante, y el primero solo tendrá accion contra el vendedor para repetir de él los daños y perjuicios que se le hubieren seguido por falta de cumplimiento de la contrata; y será este último condenado al resarcimiento de dichos daños, incurriendo ademas en las penas que merezca á proporcion de la malicia que se le justificare haber tenido en faltar à la primera contrata y entrega de los géneros (3).

27. Siempre que en los instrumentos ó escrituras que se hicieren en razon de dichos contratos, hubiere alguna confusion por oscuridad de sus cláusulas, deberán interpretarse en todos tiempos contra el vendedor, à quien se ha de imputar la falta por no haberse explicado con la debida claridad (4).

28. Cuando entre vendedor y comprador no se hubiere estipulado plazo determinado para el pagamento, se deberá entender el de cuatro meses desde el dia de la entrega de los géneros (5).

1 Dicho cap. num. 10.
2 Id. num. 11.
3 Id. num. 12.
4 Dicho cap. num. 13.
5 Id. num. 14.

CAPITULO SEXTO.

De las cuentas.

§. 1. ¿Que se entiende por cuenta?

2. Aunque se haya pagado una suma contenida en una cuenta general, procedente de origen distinto de las otras partidas, no deberá inferirse de este pago la aprobacion de toda la cuenta.

3. La sola retencion de una cuenta no basta para inducir la aprobacion de la misma.

4. Los pagos hechos á buena cuenta por un deudor llevan consigo la tácita condicion de sujetarse á futuro examen.

5. ¿Contra quien prueba la cuenta que se entregó á la parte interesada?

6. Las cuentas entre negociantes saldadas y aprobadas en general, deben llevarse á efecto aun cuando no esté saldada ni aprobada cada una de las partidas en particular.

7. Excepcion de la regla anterior.

8. ¿En que caso se entiende aprobada por el deudor la cuenta que este ha retenido en su poder?

9. No deberán pagarse intereses de la cantidad debida sino desde la liquidacion y aprobacion de la cuenta.

10 hasta el 13. ¿Quienes estan obligados á dar cuentas, y de qué modo?

14. Asi como el administrador está obligado á dar cuenta al señor, tambien tiene facultad de compeler á este para que se la reciba.

15. ¿A que estará obligado el que debe dar cuentas en cierto tiempo y no lo verifica?

16. ¿Si bastará la prescripcion de treinta años para eximirse de dar cuentas?

17. Dadas en el modo legítimo las cuentas, no será admisible una nueva formacion de estas, á no ser que haya ocurrido error sustancial.

18. La cuenta dada sin la exhibicion de los libros de la administracion, no será legítima.

19. Excepcion de la regla anterior.

20. ¿Donde ha de darse la cuenta?

21. ¿Ante quien deberá dar el clérigo la cuenta de su administracion?

22. Cuando uno pide judicialmente que otro le dé cuenta de una administracion, ¿como deberá proceder el juez?

23. ¿Que deberá hacerse con el que está obligado á dar

cuenta de una administracion, y fuere sospechoso de fuga ó ausencia?

24. ¿Si podrán ser compelidos á desempeñar su encargo los contadores nombrados para formar cuentas?

25. ¿Que deberá hacerse si los contadores fueren negligentes, ó se resistieren á formar las cuentas?

26. ¿Si podrán ser recusados los contadores nombrados por las partes?

27. ¿Que juramento deberán hacer los contadores antes de formar las cuentas?

28. ¿Como habrán de hacerse las cuentas?

29. ¿Quien ha de pagar el salario de los contadores?

30, 31, 32, 33 y 34. Hechas judicialmente las cuentas, ¿que trámites han de observarse hasta que recaiga la sentencia definitiva del juez?

1. Llámase cuenta en general del cálculo ó asiento que un negociante hace de sus débitos activos ó pasivos, de las cantidades que maneja, y de las mercaderías que ha vendido ó comprado, recibido ó adquirido de cualquier modo.

2. Aunque se haya pagado una suma contenida en una cuenta general procedente de origen distinto de las otras partidas, no deberá inferirse de este pago la aprobacion de toda la cuenta, por cuanto cada una de las partidas sentadas en ella constituye un crédito separado y distinto, y retiene siempre su propia y distinta naturaleza (1). Entiéndese esto asi, aun cuando la misma partida que fue aprobada mediante el pago, se halle sentada en la misma cuenta con alguna dependencia de las otras sumas por la relacion que tengan con la calidad de los precedentes negocios; puesto que de semejante relacion no se induce una dependencia sustancial, sino solo accidental, que no es suficiente para inferir la complicacion ó confusion de un negocio con otro (2).

3. La sola retencion de una cuenta, en que se contenga tanto el asiento ó cálculo de lo dado como de lo recibido, no basta para inducir la aprobacion de la misma, siempre que no se haya seguido algun acto en ejecucion de dicha cuenta, del cual pueda presumirse la aprobacion del que la retiene; pues que el mero acto de la retencion solo probará el examen que el interesado puede hacer de las partidas sentadas en la misma cuenta (3).

1 Casareg *de comm.* disc. 50. num. 1.
2 Casareg. en dicho disc. 50. num. 2.
3 Ansald. *de comm.* disc. 66 num. 15 y 16. Casareg. *de comm.* disc. 50. num. 3 y 4.

4. Los pagos hechos à buena cuenta por un deudor llevan siempre consigo la tácita condicion de sujetarse à futuro examen, y por esto no inducen un absoluto reconocimiento de la deuda, ò de las sumas expresadas en la misma cuenta, aun cuando se trate de un consocio probablemente sabedor de la cantidad y calidad del propio débito (1).

5. La cuenta prueba siempre en contra y perjuicio del que la ha formado y entregado à la parte interesada, por cuanto se presume que la ha examinado y calculado con deliberacion en todas sus partidas al tiempo de extenderla (2). Esto sin embargo no tendrá lugar siempre que la cuenta se haya formado como una memoria ó apunte privado del que la hace, y no haya sido remitida al interesado en ella (3).

6. Las cuentas entre negociantes saldadas y aprobadas despues del examen ejecutado por los mismos y de la mutua comprobacion del débito y crédito de las partidas contenidas en ellas, pueden llevarse á efecto aun cuando no hayan sido saldadas y aprobadas en particular todas y cada una de las mismas partidas (4). Esta máxima se ha adoptado con mayor especificacion en algunas partes donde se halla establecido no ser lícito, señaladamente entre comerciantes, despues de comprobadas las cuentas y hecha la confesion del débito, retardar el pago bajo el pretexto de errores ocurridos en ellas; en cuyo caso los jueces reservan el derecho de ventilar aquellos en otro juicio, y condenan siempre al pago mediante caucion. Asi es que se ha puesto en práctica el desechar los reparos deducidos contra una cuenta presentada por alguno siempre que haya otras presunciones á favor de la misma, y preste el que la presenta juramento de sujetarse à la prueba.

7. Lo dicho no tendrá lugar si despues del saldo de la cuenta se reconociese estar esta equivocada; pues entonces se puede reformar y conseguirse la suma omitida, siempre que no haya intervenido transaccion sobre el error mismo de la cuenta (5).

8. La cuenta retenida por el deudor, y despues remitida al acreedor sin reclamacion alguna, se considera como aprobada por el mismo deudor (6).

1 Rota Rom. decis. 3. num. 9. citada por el Cardenal de Luca.

2 Menoch. *de præsumpt* lib. 3. præsumpt 66. num. 2. Casareg. *de comm.* disc. 50. num. 34.

3 Turre *de camb.* disput. 2. quæst. 18. num. 1 y 2. Roec. *de societ. mercant.* not. 95. num. 201. Ansald. *de comm. disc.* gen. num. 149.

4 Casareg. *de comm.* disc. 118. num. 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

5 Mascard. *de probat.* conclus. 252. num. 1, 19 y 24

6 Casareg. *de comm.* disc. 131. num. 2 y 3.

9. Cuando las cuentas se hallan intrincadas ó inciertas, el deudor no puede considerarse como moroso, ni estará obligado á pagar intereses de la cantidad debida sino desde la liquidacion y aprobacion de las mismas, y generalmente hasta que se verifique la liquidacion de las cuentas de cualquier negocio no habrá lugar á la demanda ni al pago del débito procedente del mismo negocio (1).

10. Debiendo todo administrador de bienes agenos ejercer fiel y diligentemente su administracion, à fin de que no resulte perjuicio al dueño ó propietario de su falta de probidad ó negligencia, exigen la razon y las leyes que el administrador de cualquiera clase que sea, ya voluntario ya necesario, constituido con autoridad pública ó privada, ó bien encargado espontáneamente de la administracion, esté obligado à rendir cuentas, esto es, à dar razon de sus operaciones, à fin de que pueda conocerse el manejo que haya tenido en ellas (2). Han de darse las cuentas sin fraude ni engaño alguno, y asi lo ha de jurar el administrador so pena de incurrir en la pena de falso, y si encubriere algo, de hurto, con perpetua infamia (3).

11. Tan esencial pareció siempre à los legisladores la obligacion de dar cuentas de una administracion, que aun cuando un testador dispusiese libertar de ella al administrador de sus bienes, sin embargo estaria obligado à darlas; bien que con menor escrupulosidad y rigor que deben hacerlo otros administradores (4).

12. Los socios que administran una compañía tienen obligacion de dar cuenta de ella à los consocios, y el que administra á nombre del mismo administrador debe tambien darla, aunque sea sin su mandato, á él ó al propietario (5).

13. Los mercaderes y tratantes tienen obligacion de dar cuenta á los arrendadores y recaudadores de la alcabala, de los contratos en que esta intervenga, por su libro que para ello han de manifestar, con juramento de que es verdadero y que no tienen otro, ni han hecho otros contratos en que intervenga alcabala; y de lo contrario incurrirán en las penas impuestas por las leyes (6).

1 Rocc. *de societ. merc.* not. 95. num. 202.

2 Leyes 26 hasta 31. tit. 12. Part. 5. 18. tit. 5. y 5. tit. 14 lib 9. Rec Faber in Cod. lib. 5. tit. 31. defin. 1. Felicius *de societ.* cap. 37. num. 35.

3 Leyes 26. tit 12. Part. 5. 18 tit. 14. Part. 7. 7. tit. 16. lib. 7. Nov. Rec. Ley 1. ff. *de his qui notant. infam.*

4 Ley 5. § 7. ff. *de adm. et peric. tut.* Menoch. *de præsumpt.* lib. 4. præsumpt. 161. num. 1 y 2.

5 Ley 27. tit. 12. Part. 5.

6 Leyes 18. tit. 5. y 5. tit. 14. lib. 9. Rec.

14. Asi como el dueño ó propietario puede obligar al administrador à que le dé cuenta de la administracion que tuvo á su cargo, del mismo modo este puede compeler al señor à que se la reciba, por ser la obligacion recíproca (1).

15. El que está obligado à dar cuentas á cierto tiempo, si llegado este no las diere, se constituye moroso, y estará obligado à pagar el interes y daño que resultare de no hacerlo; mas cuando no hay tiempo prefijado para dar las cuentas, es menester que sea interpelado y requerido para darlas (2).

16. Entre las razones que alguno puede tener para eximirse de dar cuentas, una es la prescripcion por tiempo de treinta años; pues que con esta, segun el derecho comun, suelen prescribirse todas las acciones. Sin embargo cuando se verifica mala fe en el administrador por haber abusado en cualquier modo de su administracion, no tendrá lugar la excepcion referida, y mucho menos en los tribunales de comercio, donde se atiende mas à la equidad y buena fe (3).

17. Dadas en el modo legítimo las cuentas, no será admisible una nueva formacion de estas, excepto en el caso en que se demuestre con pruebas concluyentes haber ocurrido algun error sustancial, dolo ó lesion; pues entonces deberán formarse de nuevo, aun cuando el administrador tenga en su poder el finiquito mas amplio (4).

18. La cuenta dada sin la exhibicion de los libros de la administracion no será legítima ni tendrá fuerza para libertar al administrador de la obligacion ulterior de renovarla, aunque conste la aprobacion del cálculo hecho en razon de ella (5).

19. Puede sin embargo darse válidamente una cuenta sin necesidad de exhibir los libros de la administracion, siempre que por otra parte conste la legalidad de la misma, ó el acreedor la apruebe recibiendo el líquido de ella, sin adicionarla ó poner tachas, ó por otras conjeturas que prueben la aquiescencia del interesado (6). Esto tiene lugar mas particularmente entre comerciantes, los cuales, con la entrega mútua de las cuentas y balances y la aceptacion de ellas sin reclamar en contra, manifiestan su

1 Ley 1. §. fin. ff. *de contrar. et util. action.* Cast. in leg. *Vix certis*, num. 4. ff. *de jud.*

2 Ley *Mora*, ff. *de usur.* Ley *Quod te mihi*, ff *si cert. pet.*

3 Carden. de Luc. *de censib.* disc. 20. num. 5. Ansald. *de commun.* disc. 95. num. 24. Casareg *de comm.* disc. 102. num. 29.

4 Ley 8 ff. *de admin. rer. ad civit pertin* Felicius *de societ.* cap. 78. num. 62.

5 Ley 1. §. 1. ff. *de edendo.* Casareg. *de comm.* disc. 102. num. 37 y 38.

6 Carden. de Luc. *de camb.* disc. 13. num. 5 Ansald. *de comm.* disc. 34. num. 9 y 10. Casareg *de comm.* disc. 102. num. 41 y 42.

aprobacion, deduciéndose *ex equo et bono* estar bien dadas las cuentas (1).

20. La cuenta de la administracion ha de darse en el lugar donde se administró; porque en él deben existir mas bien que en otro alguno los instrumentos de la prueba de ella (2).

21. El clérigo que tuviere à su cargo alguna administracion pública del estado, ha de dar cuenta de ella ante el juez secular; pero siendo la administracion privada de algun particular, la ha de dar ante el eclesiástico (3).

22. Cuando uno pide judicialmente que otro le dé cuenta de la administracion que tuvo à su cargo, constando este hecho y la obligacion de darla, se ha de mandar asi, nombrando al efecto cada una de las partes contador que lo haga; y no verificándolo alguna de ellas, le nombrará el juez de oficio (4). Este mandato del juez para dar la cuenta se ha de ejecutar y cumplir sin embargo de apelacion; pues por esta no se impide su ejecucion y cumplimiento (5).

23. El que está obligado à dar cuenta de alguna administracion, siendo sospechoso de fuga ó ausencia, lo cual ha de resultar de informacion sumaria, deberá ser preso no dando fianzas de estar à derecho; pero si las diere, se le dejará en libertad (6).

24. Los contadores nombrados para hacer cuentas de cosas pertenecientes al estado, pueden ser compelidos à aceptar el cargo; pero no en las cosas de particulares, sido despues de haber aceptado dicho cargo, ó bien siendo un tercero en discordia (7).

25. Si despues de aceptado el cargo los contadores fueren negligentes en hacer las cuentas, ó se resistieren à formarlas, estarán obligados á pagar los intereses á la parte perjudicada, à menos que alegaren justa causa para no hacerlo (8); y lo mismo se entiende del tercero en discordia (9). Segun una ley de Partida cuando los contadores no quieren hacer las cuentas, los ha de encerrar el juez en una casa hasta que las hagan (10); pe-

1 Rocc. *de mandato*, num. 132. Id. *de societate*, num. 128.

2 Ley *Hæres absens*, *si quis tutelam*, ff. *de jud.* Ley 1. tit. 2. Part. 5.

3 *Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 9. num. 17.

4 *Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 9 num. 20.

5 Authent. *de sanctiss. episc.* § *OEconomos*, col. 9. Gutierr. lib. 1. *Pract. quæst.* quæst. 37.

6 *Cur. Filip.* en el lib. y cap. cit. num 22.

7 Ley 29. tit. 4. Part. 2 Escob *de ratioc.* cap. 8 num. 4 y 5.

8 Garc. *de expens.* cap. 24. num. 25. Escob. ibi, num. 6.

9 Escob. *de ratioc.* cap. 32. num. 18.

10 Ley 20. tit. 4. Part. 3.

ro esto ha de ser á pedimento de parte, pues no puede el juez hacerlo de oficio (1). Si à pesar de este apremio no quisieren hacer las cuentas, podrá el juez meterlos en la carcel, y aun negarles los alimentos (2).

26. Nombrados los contadores juntamente por entrambas partes, y acordes estas en ello, no pueden ser recusados sino por causa nacida ó sabida despues que fueron nombrados; mas habiéndolo sido separadamente por cada una de dichas partes, ó por el juez, aunque no puede cada una de ellas recusar el que nombró sino con la circunstancia dicha, tiene facultad de recusar el nombrado por la parte contraria, ó por el juez, con causa (3). Lo hecho por el recusado despues de la recusacion, es nulo, aun cuando sea tercero en discordia (4).

27. Los contadores y el tercero en discordia antes de hacer las cuentas han de jurar hacerlas fiel y rectamente, como tambien que no recibirán cosa alguna de los interesados hasta que les sea tasado el salario despues de hecha la cuenta (5). Esto se entiende respecto de las cuentas que se hacen por mandato de juez; pero no en cuanto á las extrajudiciales que se hacen entre negociantes (6).

28. Las cuentas han de hacerse comprobando los cargos por los libros y demas documentos que deban comprobarse, recibiendo en cuenta y descargo lo que constare por los papeles que se manifiesten, sin fraude ni engaño alguno (7).

29. El salario de los contadores y del tercero en discordia, y sus costas, han de pagarse por los interesados á partes iguales, y para ello lo ha de tasar el juez (8).

30. Hechas judicialmente las cuentas han de presentarse ante el juez, quien manda dar traslado de ellas á las partes para que en cierto y determinado tiempo que les señala, las vean y adicionen con apercibimiento de que pasado las aprobará y mandará ejecutar. Notificado este auto, si no las adicionaren en el tiempo designado, el juez las aprueba y confirma, y asigna algun tér-

1 Ley 4. *Hoc autem jur.* ff. *de damn. infect.*

2 Bald. in cap. *Cum speciali: de App.* Escob. *de ratioc.* cap. 8. num. 11 y 12.

3 Ley 31. tit. 4. y 17. tit. 23. Part. 3. Garc. *de expens.* cap. 24. num 76. Ayora *de part.* part. 1. cap. 4. num. 9.

4 Garc. ubi supr. num. 18. Escob. *de ratioc* cap. 32. num. 29 y 21.

5 Ley 2 tit. 21. lib. 10. Nov. Rec.

6 Garc. *de expens.* cap. 24. num. 18. Escob. *de ratioc.* cap. 8. num. 11. y cap. 32. num. 22.

7 Leyes 22. tit. 6. lib. 3. 18. tit. 5. y 5. tit. 14. lib. 9. Nov Rec.

8 Leyes 8 tit. 7. Part 7. y 2. tit. 21. lib. 10. Nov. Rec.

mino breve en que se pague el alcance, pasado el cual se ejecuta sin embargo de apelacion (1).

31. Adicionándose las cuentas en el término señalado para las adiciones, se da traslado à la parte, y con conocimiento de causa se sigue esta por via ordinaria hasta su conclusion; debiéndo advertirse que el que adiciona ó reclama algunas partidas de las cuentas, y nada dice respecto de otras, se entiende que consiente en estas (2).

32. Conclusa la causa de cuentas, el juez da sentencia aprobando y confirmando, ó revocando las cuentas, segun le pareciere justo; lo cual procede aun cuando las partes se hayan convenido en estar por el voto de los contadores. Esto se entiende cuando dicho pacto interviene al principio de las cuentas antes de ser hechas y votadas por los contadores; pues si se verificase el convenio despues de hechas y vistas, aunque sea injusto el voto de los contadores, le ha de confirmar el juez mediante el consentimiento de las partes (3).

33. Si el juez en su sentencia reprueba ó revoca algunas partidas, sin hacer mencion de las demas, se entiende que aprueba y confirma estas (4).

34. Aquello en que estuvieren conformes los terceros contadores nombrados por las partes, si fuere aprobado y confirmado por el juez, se ha de ejecutar sin embargo de apelacion, obligándose y dando fianzas la parte á quien fuere favorable la sentencia, de que siendo esta revocada volverá lo que recibiere con los frutos segun se mandare (5).

1 *Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 9. num. 40.
2 *Cur. Filip.* alli, num. 41.
3 *Cur. Filip.* en el cap. cit. num. 42.
4 Id. num. 43.
5 Ley 5. tit. 17. lib 11. Nov. Rec. Escob. *de ratioc.* cap. 5. num. 16.

CAPITULO SEPTIMO.

De las letras de cambio, de los vales y libranzas de comercio.

§§. 1, 2 y 3. Utilidad de las letras de cambio.

4. Definicion de la letra de cambio.

5. Requisitos que debe tener.

6 y 7. De los contratos que intervienen en una letra de cambio.

8. De las personas que concurren en la negociacion de las letras.

9. Continuacion del mismo asunto.

10. ¿Que se entiende por tenedor ó portador de una letra?

11. La letra de cambio perderá su privilegio de tal si le falta alguno de los requisitos esenciales.

12. Las letras pueden concebirse en términos precativos ó imperativos.

13. Despues de entregada una letra al tomador puede este mudarla ó dividir su valor en dos ó mas letras.

14. El librador debe dar al tomador segundas, terceras ó mas letras cuando este las necesite y se las pida.

15. Pueden librarse letras por el tirador á su propia orden, y tienen la misma validacion que las otras.

16. Del endoso de las letras.

17. Abuso de dejar los endosos en blanco.

18. Por el endoso se traspasan todos los derechos del endosante, sin que sea necesario hacer ninguna intimacion á la persona contra quien se ha girado, ni á ninguna otra.

19. De la aceptacion de las letras.

20. La aceptacion debe hacerse por escrito y sin condicion.

21. Término en que deben devolver las letras las personas á quienes se presenten para su aceptacion.

22. ¿Quien debe poner la aceptacion?

23. Precaucion que debe tomar el portador cuando habiendo dejado en casa del aceptante una letra á cierto plazo vista, la retiene este, y despues la entrega aceptada con la fecha del dia en que la devuelve.

24. ¿Si deberá tenerse por aceptada una letra cuando aquel contra quien se gira la retiene con cualquier pretexto, y despues la devuelve al portador sin poner su aceptacion?

25. ¿Que efectos produce la aceptacion en estos términos:

aceptada para pagarme á mí mismo?

26. Las letras pueden aceptarse tambien bajo de protesto por cuenta del librador, del tomador, ó de los endosantes.

27. El portador de una letra no puede rehusar la aceptacion que cualquiera intente hacer de ella bajo protesto, mientras no tenga orden expresa de librador para no admitirla.

28. Aunque una letra se haya aceptado por un tercero bajo de protesto, por honor de alguno de los endosadores ó del librador, puede sin embargo aceptarla durante el plazo de ella aquel contra quien estuviere librada.

29. El que ha aceptado una letra bajo de protesto por el honor de un endosante, no puede impedir que otro la acepte mas adelante por honor del librador ó por un endosante anterior á aquel por quien se aceptó.

30. ¿Si el que acepta una letra bajo de protesto por honor de la firma del librador adquiere accion alguna contra los endosadores?

31. Orden de preferencia que debe observarse cuando se presentan muchas personas á aceptar una letra bajo de protesto.

32. Por la aceptacion se hace el aceptante el deudor principal de una letra de cambio.

33. Toda letra aceptada es ejecutiva como cualquier instrumento público.

34. El aceptante de una letra tiene el recurso seguro contra el librador en caso de no haberle este suministrado los fondos necesarios para satisfacerla.

35. La aceptacion en una letra de cambio no obliga al aceptante á su pago, si se hubiere despues reconocido por falsa la firma del librador.

36. El tenedor debe requerir al aceptante para que deposite el importe de la letra, si teniéndola á disposicion de la segunda ó tercera que vengan con endoso legítimo, no llegaren estas por algun accidente.

37. Término en que deben presentarse las letras para que no se retarde su aceptacion ó protesto.

38. Continuacion del mismo asunto.

39. Del protesto de las letras.

40. Del protesto por falta de aceptacion.

41. El tenedor debe avisar y remitir el protesto al dador de la letra.

42. Cuando se protesta una letra por falta de aceptacion, y la devuelve el tenedor, está obligado el librador ó cualquier endosante á dar á aquel seguridad ó satisfaccion suya de que se pagará á su tiempo.

43. ¿Que se ha de hacer cuando una letra no aceptada *trae*

indicacion?

44. De los efectos del protesto por falta de aceptacion.
45. ¿Contra quien puede usar de su derecho el tenedor de una letra aceptada?
46. Del protesto por falta de pago.
47. De los diferentes plazos ó tiempos para el pago de las letras.
48, 49, 50, 51 y 52. Tratan de lo mismo.
53. Las letras deben copiarse enteramente en el acto del protesto, y este no puede suplirse por ningun acto público.
54. El protesto debidamente formalizado y presentado por falta de pago al aceptante basta para proceder mercantil ó judicialmente el portador ó tenedor de la letra contra los endosantes ó contra cualquiera de los obligados en ella.
55. ¿Que deben hacerse los tomadores y tenedores de letras que se envian para negociar en paises extrangeros?
56. ¿Que deben hacer los tenedores de letras en caso de quiebra ó haber faltado á su crédito el librador, aceptantes y endosantes?
57. El tenedor de una letra puede cobrar bajo de protesto la parte que le pague el aceptante.
58. Siempre que se paguen letras aceptadas fuera de una plaza á pagar en ella, el cobrador debe dar recibo suelto por duplicado.
59. En las letras que se libran contra comerciantes extrangeros á pagar en efectivo y no en villetes, si hiciesen el pago en estos, tendrá el librador que satisfacer el menoscabo.
60. Especies de moneda en que puede hacerse el pago de letras.
61. Del recambio.
62. El tenedor de una letra protestada puede repetir el cambio y recambio de quien la ha girado.
63. ¿Que se entiende por *apunte?*
64. Los protestos deben quedar protocolizados en los registros del escribano que los da.
65. De los vales que suelen hacer los comerciantes por dinero prestado, mercaderías vendidas, ó alcance de cuentas.
66. De los términos que deben correr para el pago de dichos vales.
67. ¿Que deberá hacerse cuando se trate de negociar estos vales?
68. ¿Que se practica para realizar el pago de un vale?
69 y 70. Continuacion de lo mismo.
71. De las libranzas que dan unos comerciantes contra otros.
72. De las cartas-órdenes de crédito.
73 y 74. Del banco nacional de San Carlos.

Escrituras correspondientes á esta capítulo.

1.ª Protesto de no aceptacion de letra.

2.ª Protesto de no pagamento.

3.ª Carta de pago de letra protestada.

1. No se conoceria sino imperfectamente la utilidad de la letra de cambio, si solo se considerase en ella la operacion de facilitar el trasporte y la circulacion del dinero. Este papel moneda tiene otra ventaja no menos preciosa para promover los progresos del comercio, á saber, la de animar y alimentar el inmenso fondo de crédito sobre que multiplica diariamente el tráfico sus operaciones en toda la extension del globo.

2. Al uso continuo de este crédito se debe el floreciente estado à que ha llegado el comercio en los tiempos modernos, siendo pocas las mercaderías que se venden por mayor en dinero contante; porque ademas de que este no podria circular por sí mismo sin gran lentitud, peligro y dispendio, es indudable que tampoco bastaria á fomentar y mantener la circulacion y giro continuo de las mercaderias con la actividad necesaria para facilitar su venta á los propietarios de ellas, y proporcionarlas á los consumidores con abundancia y del modo mas ventajoso. Las bases en que estriba dicho crédito son la opinion y la buena fe.

3. La masa del dinero circulante en el comercio no representa sino una pequeña porcion del valor de las cosas; y el signo de aquel, ó sean las letras de cambio, multiplican tal vez en el triple ó el cuádruplo el dinero contante. Sin este axilio serian demasiado limitadas las funciones del dinero, ni podrian jamas corresponder á la actividad de las necesidades y á la extension del comercio. Las letras de cambio han contribuido ademas introducir una suma inmensa de crédito que no existia, y á proporcionar á todo negociante en particular el medio de apropiarse una porcion mas ó menos grande de esta suma de crédito, sirviéndole de instrumento las mismas letras; siendo indudable que por este medio, no obstante de ser bastante limitada la suma del dinero, el negociante multiplica continuamente sus negocios, y extiende su comercio mas de lo que importan los fondos que realmente posee.

4. Sentados estos principios tratemos en particular de la esencia, requisitos y efectos de la letra de cambio. Es esta *una orden ó mandato dado por un negociante á su corresponsal para que pague cierta cantidad á otro negociante, ó á la orden de este.*

5. Toda letra de cambio debe contener los requisitos siguientes: 1.° La firma del librador. 2.° El nombre del sugeto que da su importe, y se llama tomador. 3.° El de la persona contra quien se libra. 4.° La fecha del dia en que se gira. 5.° El nombre de la plaza en que se saca, y el del pueblo ó parage en que ha de pagarse. 6.° La cantidad que ha de satisfacerse, y tambien el precio del cambio cuando la letra se ha de pagar en plaza extrangera donde no tiene curso la moneda nombrada en aquella. 7.° El término ó plazo á que ha de pagarse. 8.° El cambio ha de ser real y efectivo, esto es, que la letra se gire en una plaza para ser pagada en otra; pues la orden dada por un negociante para pagar cierta suma en el mismo pueblo de su domicilio, no se llama letra de cambio. 9.° El librador ha de tener una cantidad igual á la que recibe del tomador en poder de la persona contra quien va girada la letra, ó bien ha de librar sobre su crédito, pues de otro modo no seria la letra sino una simple orden ó mandato. 10. La letra de cambio ha de estar concebida en la forma generalmente prescrita, esto es, ha de expresar el valor recibido, sea en dinero contante, ó mercaderías ú otros efectos (1).

6. Desde que se pusieron en uso las letras de cambio se promovieron entre los jurisconsultos y negociantes varias é intrincadas cuestiones sobre la naturaleza del contrato contenido en este giro. Algunos pretendieron que era un mútuo, otros que una permuta; quién lo tuvo por locacion, y quién por mandato (2).

7. Tras estas cuestiones forenses, que han ocupado por largo tiempo los tribunales, se ha establecido finalmente por máxima constante que son tres los contratos contenidos en una letra de cambio, esto es: 1.° de *compra y venta* entre el librador y el tomador; 2.° de *mandato* entre el librador y aquel sugeto contra quien se gira la letra; 3.° el que se celebra entre el dueño de la letra ó portador de ella y el aceptante, que es un pacto ó estipulacion en virtud de la cual el que acepta la letra se obliga á pagarla. Interviene ademas otro pacto entre el dueño de la letra y el sugeto á quien esta se endosa, lo cual es, ó una *cesion de derechos* que el endosante hace por haber recibido del endosatario igual cantidad á la que él dió, ó un mandato del primero á favor del segundo para que cobre la letra á su vencimiento.

8. Regularmente intervienen cuatro personas en la negociacion de una letra de cambio, que son las dos que contratan,

1 Ordenanz. de Bilbao, cap 13. num 2. 2 Turre *de camb.* quæst 6, 7, 8 y sig.

esto es, el *librador* y el *tomador*, y las otras dos que consuman el contrato, cuales son el *portador* de la letra y el *aceptante* ó *pagador*. Sin embargo á veces solo median tres personas, lo cual sucede: 1.° Cuando el tomador de la letra es al mismo tiempo el portador de ella. 2.° Cuando el aceptante contra quien se gira es á un tiempo comisionado del librador y dueño de la letra, la cual debe entonces concebirse en estos términos: *Páguese Vmd. á sí mismo tanta cantidad, valor recibido de N.* 3.° Cuando el librador gira una letra contra su deudor por la cantidad que le debe, usando de las palabras, *valor en mí mismo*; por cuanto no le recibe del sugeto á cuyo nombre da la letra, sino que sirve para pagarle igual deuda ó para hacerle fondos. Aquí solo intervienen el librador, el aceptante y el que ha de cobrar el dinero; bien que propiamente no es una letra de cambio, sino una orden de pago.

9. Por el contrario suelen intervenir en las letras de cambio mas de cuatro personas; por ejemplo cuando A. libra á cargo de B. y á orden de C. valor recibido de D., y manda à B. que lo cargue en cuenta de E. Nótese que á veces el que da el valor no es el dueño de la letra; esto sucede cuando da dicho valor por comision ó por cuenta de otro, debiendo tener muy presente todo comisionado cuando reciba órdenes de su comitente para que le remita letras, que no se conciban estas á su nombre, ni pagaderas á él ni á su orden, para no quedar responsable ni correr riesgo alguno en ellas.

10. Todos aquellos á cuya orden está pasada ò endosada una letra de cambio son *portadores* de ella por su turno mientras está en su poder; pero se llama propiamente *portador ó tenedor* de la letra aquel á quien se ha pasado la última orden ó endoso, y que, ó bien por ser puramente mandatario, ó porque aun cuando sea propietario renuncia ó no quiere hacer uso del derecho que tiene de poderla endosar á otro, la conserva en su poder para hacer uso de ella á su vencimiento ó recibir su importe; siendo su primera obligacion el presentarla en debido tiempo, y solicitar su aceptacion. Es de advertir por último que los endosos no son de esencia de la letra, pues puede ó no haberlos.

11. La letra de cambio perderá su privilegio de tal si la falta alguno de los requisitos esenciales. Aunque la fecha de la letra es uno de dichos requisitos, sin embargo como tenga todas las demas circunstancias que se requieren, suele suplirse este defecto por la fecha del aviso del que la ha recibido y convenio con el que la ha de pagar, como se practica en algunas plazas. Sin

embargo en Madrid cuando se recibe una letra sin fecha, y el que la ha de pagar se resiste á aceptarla, no puede obligársele á ello ni á su pago, no quedando entonces al tenedor de ella otro arbitrio que devolverla á quien se la envió.

12. Es indiferente que las letras de cambio se conciban precativa ó imperativamente, esto es, diciendo *sírvase Vmd. pagar, ó mande Vmd. pagar tal cantidad;* aunque en las letras de cambio de fuera del reino siempre se dice *pague Vmd. ò paguen Vmds.*

13. Si alguno ajustase una letra de cantidad determinada, y despues de entregada al tomador conviniere á este el mudarla ó dividir su valor en dos ò mas letras, ha de dárselas el librador, siempre que le devuelva la que al principio le hubiere dado; y si tambien conviene al librador mudar su letra ya entregada, librándola contra otra persona de la misma plaza, estará el tenedor recíprocamente obligado á volvérsela, y recibir la que le dé nuevamente; con tal que no varíe de circunstancias de cambios ú otras sustanciales: si bien uno y otro ha de practicarse habiendo tiempo bastante para poderse dar el aviso correspondiente en aquel correo (1).

14. A veces el tomador de una letra necesita para su negociacion de segundas, terceras ó mas, y pidiéndolas debe dárselas el librador del tenor mismo que la primera, sin mas diferencia que la debida expresion de ser tal segunda, tercera &c. y que pagada una sean de ningun valor las demas (2).

15. Entre negociantes se acostumbra hacer letras de cambio donde solo parecen al principio los nombres del librador y aceptante, por haberlas tirado aquel á su propia orden para endosarlas cuando le conviniere, ó cobrarlas por sí; y no pudiendo resultar ningun inconveniente de este género de letras, han de tener la misma fuerza y validadacion que las demas (3).

16. El endoso de las letras de cambio es un corto escrito que ponen á la espalda ó reverso de ellas sus propietarios ó tenedores, ya para traspasarlas á alguno, ya para hacerlas pagaderas á otro, y ya para servir de finiquito ó carta de pago. Pueden ponerse á la vuelta de una letra muchos endosos consecutivos, esto es, puede la persona en cuyo poder está endosada, endosarla tambien en favor de otro. Todos los que ponen asi sus órdenes se llaman *endosantes*, y el último portador tiene por

1 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap 13. num. 6.
2 Id. num. 5.
3 Ordenanz. de Bilbao en el mismo cap. num. 7.

fiadores *in solidum* á todos los endosantes, al librador y aceptante. En el endoso debe expresarse el nombre de la persona á quien se cede la letra, de quien se recibe el valor, la fecha y firma entera del endosante (1).

17. Por un abuso harto comun suelen dejarse los endosos en blanco para traspasar las letras; pero esta práctica está sujeta á graves inconvenientes (2). Para evitarlos deben llenarse estos blancos antes de enviar las letras á la aceptacion; porque si en aquel estado se perdiesen, podrian caer en manos de gentes de mala fe que llenasen la orden como les pareciese, costando luego mucho trabajo á aquel à quien legítimamente pertenezcan, el justificar su derecho.

18. Por lo comun toda traslacion de crédito no induce obligacion en el deudor principal respecto del cesionario hasta que aquel haya sido notificado; pero el legislador ha dispensado los endosos de esta formalidad: de manera que por la orden puesta à la espalda de una letra se traspasan todos los derechos del endosante, sin que se necesite hacer ninguna intimacion à la persona contra quien se ha girado ni à ninguna otra (3). Sabiamente se ha introducido esta excepcion à la regla general para facilitar las operaciones mercantiles que no pueden retardarse con inútiles formalidades.

19. La aceptacion es *un acto en cuya virtud se hace el aceptante deudor de la cantidad expresada en la letra de cambio, obligándose á pagarla vencido que sea el plazo*: es absolutamente necesaria para que el portador pueda reconvenir ó tenga accion contra el sugeto à cuyo cargo se giró la letra.

20. Debe hacerse dicha aceptacion por escrito, y pura ó simplemente, porque haciéndose bajo condicion pudiera el portador protestarla. Es indiferente para la aceptacion que se use cualquiera de estas palabras: *aceptó, acepto, aceptada, corriente*, poniendo el aceptante su firma, ó media firma al menos, sin que se admita rúbrica sola. La fecha de la aceptacion no es necesaria cuando la letra tiene un plazo fijo, porque los dias para el protesto corren desde el del cumplimiento del término señalado en la letra para el pago; pero si esta es á un cierto número de dias despues de vista, como à los tres, seis, doce &c. es indispensable fechar la aceptacion, para que conste del dia en que los de vista han empezado á correr. Cuando las letras va-

1 Ordenanz. de Bilbao, en el mismo cap 13. num. 3.
2 Id.
3 Dicho cap. de las mismas Ordenanz. num. 1, 4 y 21.

yan libradas á pagar en otra plaza, deberá tambien contener la aceptacion el nombre de la persona que ha de satisfacerla en la misma plaza (1), ó el domicilio elegido por el aceptante para hacer el pago.

21. Las personas á quienes se presenten las letras para su aceptacion deben devolverlas con esta ó sin ella al portador dentro de veinticuatro horas contadas desde la presentacion que este hizo, para que tenga tiempo de usar de su derecho; y reteniéndolas mas, han de tenerse por aceptadas, y corriendo sus términos (2).

22. Deben poner las aceptaciones las mismas personas contra quienes se libren las letras, ó que tengan poder suyo para comerciar, y estos tales poderhabientes han de expresar en la aceptacion que lo hacen en virtud del tal poder (3).

23. Si el portador dejare hasta el dia siguiente en casa del aceptante una letra de cambio á cierto plazo vista para que la acepte, y reteniéndola este con varios pretextos, la entrega aceptada con la fecha del dia en que la devuelve y no con la de aquel en que dicho portador se la pasó, convendrá que este la haga apuntar con una razon de lo ocurrido, ya para ponerse á cubierto de cualquiera incidencia, y ya para escarmentar á los que se valen de semejantes efugios para alargar indebidamente el plazo de las letras. Por esto es muy peligrosa la costumbre introducida entre los comerciantes de dejar las letras en casa de aquellos contra quienes se han girado para que las acepten, con especialidad cuando permanecen mucho tiempo en su poder.

24. Algunos opinan que cuando la persona contra quien se gira una letra la retiene con el pretexto de haberla extraviado ú otro, y la devuelve despues al portador sin poner su aceptacion, debe tenerse por aceptada, de suerte que en caso de quebrar el girante haya de ser aquel el deudor de la letra; pero esto es un error, y solo puede admitirse lo dicho en el caso de retenerse la letra dolosamente, y con la mira de impedir que el portador proceda contra el girante por falta de aceptacion. Otro error es creer que no se presume con la palabra *vista* la aceptacion de una letra de cambio, y que aquella debe ser expresa, lo cual desmiente el uso. Las letras pagaderas á seis, doce ó quince dias vista, solo se aceptan con esta expresion; y asi el banquero ó comerciante, que quiere no tenga su *visto* lugar de aceptacion,

1 El cit. cap. num. 32, 33 y 34.
2 Id. num. 35.
3 Id. num. 36.

debe explicarse mas, poniendo en la letra *visto sin aceptar.*

25. Segun varios autores cuando aquel contra quien se gira una letra es acreedor del portador de ella, y pone al pie, *aceptada para pagarme á mi mismo*, no debe esto mirarse como una aceptacion condicional, siempre que el crédito sea de una cantidad líquida, y que haya vencido ó deba vencer al tiempo del vencimiento de la letra. Esta especie de aceptacion es una verdadera compensacion que tiene lugar entre los comerciantes, como entre cualquiera clase de personas; pero no en el caso de que el crédito del aceptante contra el portador venza en tiempo mas remoto ó posterior al vencimiento de la letra.

26. Las letras pueden aceptarse tambien bajo de protesto por cuenta del librador, del tomador ó de los endosadores, y en tal caso el aceptante debe enviar copia del protesto al sugeto por cuya cuenta ha aceptado.

27. El portador de una letra no puede rehusar la aceptacion que cualquiera intente hacer de ella bajo de protesto, mientras no tenga orden expresa del librador para no admitirla.

28. Aunque una letra se haya aceptado por un tercero bajo de protesto por honor de alguno de los endosadores ó del librador, puede sin embargo aceptarla durante el plazo de ella aquel contra quien estuviere librada, sin que tenga derecho para oponerse á ello el que la aceptó bajo de protesto, ni libertarse de su aceptacion con tal calidad para con el tenedor de la letra; pero puede pedir su encomienda ó comision al que debió aceptarla en tiempo, por cuanto con la aceptacion bajo de protesto impidió el retorno indefectible de la letra.

29. El que ha aceptado una letra de cambio bajo de protesto por el honor de un endosante, no puede impedir que otro la acepte mas adelante por honor del librador, ó por un endosante anterior à aquel por quien aceptó; y esta última aceptacion tampoco le liberta de la suya para con el tenedor de la letra.

30. Aquel que acepta una letra bajo de protesto por honor de la firma del librador, no adquiere accion alguna contra los endosadores, por cuanto solo se obliga por aquel, libertándole de las acciones de estos y de las del dador del valor.

31. Cuando se presentan muchas personas á aceptar una letra de cambio bajo de protesto, deben ser preferidas por el orden siguiente: 1.° el sugeto que tenga orden ó indicacion de aquel por cuya cuenta se ha girado la letra; 2.° el que tenga orden ó indicacion del librador; 3.° el sugeto contra quien se hubiere librado; 4.° el portador de la letra, el cual y el aceptan-

te, cuando este quiera aceptar bajo de protesto, deben ser preferidos à otro cualquiera; 5.° el que quiera aceptar por honor del librador, debiendo el tal ser antepuesto al que quiera aceptar por cualquiera de los endosadores; 6.° el que quiera aceptar por cualquiera de estos, graduando su antelacion por el lugar que tengan en los endosos (1). Ultimamente debe advertirse que ninguna letra puede aceptarse bajo de protesto por cuenta del interesado en ella, que hubiere dado orden para que en estos términos no se acepte.

32. Por la aceptacion se hace el aceptante el deudor principal de la letra de cambio; de manera que el librador y los endosantes no son mas que unos fiadores *in solidum* del pago: se halla obligado à satisfacer la cantidad de la letra en el vencimiento de su plazo, y en el lugar donde es pagadera; y no haciéndolo asi, tiene que pagar los gastos de protesto, de viage, cambio, recambio é intereses, sin que pueda oponer el no haberle suministrado fondos el librador, ò el haber quebrado despues, ni tampoco que solo es un comisionado del librador, y que únicamente por este titulo aceptó: su obligacion existe, asi cuando debe verdaderamente al librador igual cantidad á la de la letra, como cuando la ha aceptado voluntariamente ó en virtud de alguna recomendacion para cuando fuese menester, ò por el honor de la firma del librador ó de alguno de los endosantes. Su aceptacion era un acto libre que podia hacer ó rehusar; pero habiéndolo hecho, se halla obligado, y debe forzosamente pagar, mediante que su aceptacion incluye respecto del tenedor una obligacion personal, que subsiste independientemente de la entrega de caudales, y no se extingue por lo que pase entre el librador y tenedor. Solo el dolo ó fraude puede hacer que un aceptante tenga restitucion legal contra su misma aceptacion, puesto que el dicho dolo anula el acto en que interviene, ó á que da motivo (*). Por lo tanto conviene no aceptar letras de cambio

1 Dicho capítulo de las Ordenanz de Bilbao, num. 40.

* En el Código de comercio de Francia, lib. 1. tit. 8. párraf. 3. art. 121, se dispone lo siguiente: »No ha lugar á la restitucion del aceptante contra su aceptacion, aun cuando antes de aceptar hubiese el girante quebrado sin saberlo él.« A este artículo pone el traductor de dicho Código la nota siguiente: »Esta ley es terminante, y deseáramos que en España hubiese otra igual para cortar de raiz las contestaciones y pleitos que suelen suscitarse sobre esta materia. Las Ordenanzas de Bilbao en el num. 4 del cap. 13, la pragmática-sancion de 2 de junio de 1784 y la Real cédula de su Magestad de 6 de noviembre de 1802, convienen en dar á las letras de cambio la misma fe y crédito que á las escrituras auténticas otorgadas ante escribanos públicos; pero todas estas disposiciones hablan solamente de la fuerza ejecutiva de las aceptaciones, y ciertamente no dejan arbitrio para que el aceptante pueda eximirse de pagar ejecutivamente el importe de su aceptacion; mas

antes de haber recibido lo que llaman los comerciantes *provision*, es decir, dinero suficiente para pagar aquellas á su vencimiento.

33. Nosotros tenemos una excelente disposicion legal que confirma esta doctrina, y en la cual se declara por regla general, á fin de que el giro de las letras se halle expedito y libre de maliciosas dilaciones, que toda letra aceptada sea ejecutiva, como un instrumento público (1), y que no pagándola el aceptante ejecutivamente, la pague quien la endosó á favor del tenedor, y por su defecto el que la hubiere endosado antes hasta el que la hubiese girado por su orden, sin que sobre esto se admitan dudas y opiniones; que el tenedor de la letra tampoco tenga necesidad de hacer excusion, cuando los primeros aceptantes hubiesen hecho concurso ó cesion de bienes, ó se hallare implicada y difícil la paga por ocurrencia de derechos ú otro motivo, en cuyos casos bastará certificacion del impedimento para recurrir pronta y ejecutivamente contra los demas

siempre le dejan su derecho salvo para pedir en juicio ordinario la nulidad de sus aceptaciones, y la restitucion de lo que se le ha exigido, y aunque el art. 27 del cap. 13. de la Ordenanza de Bilbao dice expresamente que el que aceptó debe pagar, sin que pueda eximirse de ello por ningun pretexto, y sin que le quede mas recurso que contra el librador ó la persona por cuya cuenta aceptó (cuya disposicion no parece debe entenderse del juicio ejecutivo, pues á ser asi lo explicara, como la hace en el artículo 21 del mismo capítulo, hablando de los libradores y endosantes), sin embargo como aquel artículo de algun modo se refiere a este, y las demas leyes posteriores nada aclaran sobre el particular, queda siempre un camino abierto á la mala fe para tergiversar y embrollar, y son innumerables los pleitos que sobre esta materia ha habido y hay á cada paso, en cada uno de los cuales se ha juzgado arbitrariamente, segun las circunstancias, por falta de una ley terminante, que corte toda disputa. Tal es la disposicion del Código de comercio de Francia, y tal es la que se debia dar en España, para asegurar la fuerza de las aceptaciones. Es este punto de tanta importancia que no debe mirarse con indiferencia, pues la mayor parte de las operaciones mercantiles se hacen por medio de letras de cambio, y la seguridad de sus aceptaciones es la base sobre que estriba su prodigiosa circulacion, que es la que da alma y ser al comercio. Si falta esta seguridad, y si el portador de una letra puede estar expuesto á que el aceptante consiga dejar sin efecto su aceptacion, ó á tener que seguir un pleito para hacércela pagar, no puede menos de haber una gran desconfianza en el giro y circulacion de las letras de cambio, y por consiguiente una traba insuperable para todas las operaciones de comercio. Debe pues ser un principio constante y una ley invariable, que todo aceptante pague la letra que aceptó, sin que pueda eximirse de ello por pretexto ni razon alguna, por eficaz y justa que parezca. Asi lo cree la mayor parte de los comerciantes que miran como sagradas sus aceptaciones; pero no faltan algunos menos delicados que, anteponiendo sus intereses á su crédito y á su honor, se valen de varios pretextos para no pagar, y otros que sin fondos propios aceptan en confianza, con ánimo de no pagar sino reciben la provision á tiempo, cuya facilidad sirve de base á una infinidad de operaciones de pura circulacion, que vienen á parar en la ruina de los que las hacen, y de otros comerciantes honrados á quienes comprometen con sus giros viciosos, que aunque suelen ser prontamente conocidos de los negociantes prespicaces, deslumbran y engañan á los incautos ó sobradamente confiados.

1 Ley 7. tit. 8. lib. 9. Nov. Rec.

obligados al pago; y que, sin embargo de cualesquiera estilos, ordenanzas ó costumbres contrarias, se hayan de conformar enteramente con el tenor de lo expresado, sin excepcion alguna, todos los tribunales ordinarios, consulados y cualesquiera otros juzgados.

34. El aceptante de una letra tiene el recurso seguro contra el librador en caso de no haberle este suministrado el caudal necesario para satisfacerla, ó de no ser deudor suyo por razon de otros negocios; y quien acepta por honor de la firma de alguno de los endosantes, no solo tiene el mismo recurso contra el librador sino tambien una accion *in solidum* contra los endosantes, por haber sucedido enteramente en los derechos del tenedor. En estos recursos justamente concedidos á quien paga por otro, no debe haber la menor dificultad. Ademas la aceptacion produce en favor de quien la hace un privilegio sobre las cosas pertenecientes al librador que tenga en su poder, hasta la concurrencia de lo que se le deba, y es justo se pague para el desempeño de su aceptacion; de modo que si el librador llega à quebrar, tiene un privilegio incontestable sobre los billetes que le ha entregado para servirle de provision, ó sobre las mercaderías que estaba encargado de vender; pues confiado en los unos y en las otras es de presumir que aceptó la letra. Esta compensacion hasta la debida concurrencia es legítima y conforme al uso del comercio.

35. No debe dudarse que la aceptacion puesta en una letra de cambio, despues de cuyo tiempo se reconoció falsa la firma del librador, no obliga al aceptante á su pago, y el tenedor tendrá que sufrir la cancelacion ó testadura de la aceptacion, sin perjuicio de su recurso contra los que le hubiesen dado la letra. En efecto, como la aceptacion solo puede referirse á la firma cierta del librador, si se declara falsa, la aceptacion que se fundaba en ella ha de ser de ningun momento, y el tenedor nada tendria que alegar. Por consecuencia, si el aceptante ha satisfecho la letra de cambio, su tenedor debe indemnizarle, porque segun un principio incontestable lo falso no puede producir ningun efecto.

36. Si un comerciante ó cualquiera otra persona se hallare con alguna letra librada dentro ó fuera de España, para solicitar la aceptacion sin endoso ni orden para cobrarla, y la tuviere en sí à la disposicion de la segunda ó tercera que venga con endoso legítimo; no pareciendo ninguna de estas por atraso de correo ú otra causa á recoger la tal aceptada, á tiempo que

cumpla esta su término y los dias corteses, debe el tenedor de ella requerir judicialmente al aceptante para que deposite en persona lega, llana y abonada su importe (del que por razon de depósito ha de pagarse medio por ciento); y no queriendo hacerlo el aceptante, debe sacar el protesto por falta de pagamento puntualmente, y como si fuese dueño de la letra (*) en porpiedad, ante escribano y en debida forma; en cuyo caso por su trabajo y cuidado puede cobrar otro medio por ciento de comision, que debe pagarle, juntamente con los demas gastos, quien acuda despues á la cobranza en virtud del último endoso de la segunda ó demas; y este tendrá por el importe de dicha comision y gastos su recurso contra quien parezca haber sido omiso en la remision de la segunda ó mas endosadas. Pero si el tal tenedor de la letra aceptada ha sido negligente en practicar á su debido tiempo las diligencias expresadas, y por esto resulta perjuicio á la letra ó su dueño, queda responsable al importe de su valor y demas gastos mediante la comision asignada, por la que debió hacer las mismas diligencias que haria quien por endoso ó en otra forma fuese dueño legítimo de la letra (1) (**).

37. A fin de que no se retarde indebidamente el tiempo de la aceptacion ó protesto de las letras de cambio, previenen dichas Ordenanzas de Bilbao con respecto á las libradas en la

* Esta disposicion no está en uso en Madrid, sin duda por la mucha incomodidad y poco interes que trae consigo. La mayor parte de los comerciantes de dicha plaza tienen en su poder muchas de estas letras, y supuesta la observancia de este artículo, tendrian que llevar una cuenta exacta de sus vencimientos para no dejarlas perjudicar, lo cual sería demasiado trabajo para no lograr mas recompensa que el medio por ciento sobre una ú otra letra, que rara vez llega el caso de no estar recogida el dia del vencimiento. *Traduccion castellana del Código de comercio de Francia: nota del traductor, tomo 2.° pág.* 83.

1 Ordenanz. de Bilbao en el cit. cap. num. 26.

** Ofrécese otra cuestion importante sobre esta materia, á saber, si el aceptante que remite la primera aceptada á otro para que la tenga á disposicion de la segunda puede pedirla despues y borrar su aceptacion. La duda acerca de este punto consiste en que mientras una letra está en poder del aceptante sin haber acudido su dueño á recogerla, puede borrar la aceptacion que ya tenia puesta en ella, y suponiendo algunos que, mientras está la letra á disposicion de la segunda, debe considerarse que está todavía en poder del aceptante que la remitió, se sigue que en todo este tiempo es dueño de retractar su aceptacion. Mas esta opinion no parece de ninguna manera fundada: pues una letra, que está á disposicion de la segunda, se debe considerar en depósito constituido á favor del dueño de la segunda, á cuya disposicion se guarda; y por consiguiente ya no puede considerarse como en poder del aceptante, ni este puede tener arbitrio para borrar su aceptacion, que ya ha salido de sus manos. A no ser así, de nada servirá esta precaucion, cuyo fin es asegurar la aceptacion de las primeras mientras se negocian las segundas y corren por distintas manos; lo cual no se conseguiría si se le concediese al aceptante el derecho de borrar su aceptacion mientras está sin entregar al portador de la segunda.

misma villa, que los tenedores de ellas hayan de presentarlas á los sugetos contra quienes fueron giradas, ó en ausencia de estos á sus factores, en los términos siguientes. Si las letras se libran para alguna de las partes y plazas de comercio de Navarra y cualquiera de las dos Castillas, y contienen el término de sesenta dias vista ó fecha, y de aqui para arriba, deben presentarse dentro de cuarenta dias de la fecha. Si se libran para alguna parte de las Andalucías, Aragon, Valencia, Cataluña, Murcia, Asturias, Galicia, Portugal, y demas pueblos de España, deben presentarse dentro de sesenta dias tambien de la fecha. Si se libran para Francia, Alemania, Italia, Inglaterra, Flandes, Holonda y demas reinos y provincias extrangeras, se han de presentar dentro de los términos señalados en ellas para sus pagos, asi en ferias como fuera de ellas, siendo libradas á uso; y si á mas término, dentro de sesenta dias. Las libradas á la vista sin otro término para las plazas de España, deben presentarse para su pagamento ó protesto dentro de los términos siguientes. Siendo para las provincias de Guipúzcoa, Alava, Navarra y tierra de la Rioja, dentro de quince dias de la fecha: siendo para las dos Castillas y Andalucías, dentro de treinta dias; y siendo para Aragon, Valencia, Cataluña, Asturias, Galicia y Portugal, dentro de cuarenta dias, bajo la pena, con respecto á unas y otras letras de que pasados dichos términos no tenga recurso contra el librador ni endosantes ningun tenedor que hubiere sido omiso (1).

38. Cuando se negocien letras hechas, extrangeras ó de estos reinos, cuyos términos esten entonces para espirar, y por esto no puedan los tenedores observar lo que acaba de expresarse, deben los tomadores de tales letras precaverse del riesgo que pueda haber, haciendo que el endosante les firme obligacion separada por via de resguardo para que, aunque no hagan la presentacion en los términos referidos para la aceptacion, paga ó protesto, no les perjudique; si bien tales tomadores estan obligados á remitir las letras sin perder correo alguno. Asimismo cuando vayan á una plaza de comercio letras libradas en cualquiera parte de fuera á cargo de personas forasteras, pagaderas en aquella, y por falta de aceptacion se protestaren en el lugar y á la persona á cuyo cargo se dieron, respecto de que por tal protesta no se domiciliaron para su pagamento, los tenedores de semejantes letras, cumpliéndose su término, y sin aguardar los

1. Ordenanzas de Bilbao, dicho cap. num. 9 hasta el 16.

dias corteses, han de procurar saber extrajudicialmente, si entre los comerciantes de dicha plaza hay alguno que quiera pagarlas por el protestado ó por el honor de alguna ó algunas de las firmas que contengan, y no hallando quien quiera hacerlo, han de acudir á sacar el segundo protesto de falta de pagamento ante el prior y cónsules y cualquiera de ellos, cuya diligencia ante escribano, tendrá, por lo tocante al segundo protesto, la misma fuerza que si se hiciese en persona á las partes (1).

39. Los protestos de cambios, ó de letras de cambio, son unos testimonios con que se precaven los portadores y tenedores de ellas para verificar y acreditar á los dadores la diligencia que practicaron de seguridad en su aceptacion, y de precaucion en la falta de su cobro. Llámase protesto este acto, porque contiene la protesta de repetir todas las pérdidas, perjuicios é intereses, y aun de tomar dinero á cambio, y de volver la letra al librador.

40. Hay dos clases de protesto, uno llamado *protesto por falta de aceptacion*, y otro *por falta de pago*. El primero se hace al tiempo que los tenedores presentan las letras á los sugetos contra quienes se han girado, en caso que rehusen aceptarlas, sea por los tiempos ó por las cantidades mencionadas en ellas, ó por alegar la falta de provision ó de aviso. Sin embargo en los lugares donde se usa no aceptar, ó no hacerlo sino dentro de cierto término, se ha de estar enteramente á lo que se observa, pues un protesto contrario á este uso no seria de ningun valor.

41. Si la persona contra quien se ha librado la letra no quisiere poner su aceptacion por cualquiera causa, ha de sacar el tenedor el protesto por falta de ella antes que salga el correo para la plaza de donde se le envió, y remitírsele al librador ó su endosante, quedando con la letra hasta el cumplimiento de su término; en cuyo tiempo sin esperar á los dias corteses, debe hacer tambien el segundo protesto por falta de pago, y enviársele sin perder correo con la letra misma al librador ó endosante, so pena de que faltando en uno ú otro tiempo á hacer dichos protestos y sus remisiones, serán de su cuenta los perjuicios que se originasen por ello; y si durante el término de la letra la acepta la persona contra quien se libró, ú otra cualquiera de ellas, ha de gozar de los dias corteses que se expresarán despues (2).

1 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num. 17 y 18.

2 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num. 28.

42. Cuando en las plazas, asi nuestras como extrangeras, se protesta una letra por falta de aceptacion, y la devuelve el tenedor, como á veces sucede, con este primer protesto, sin esperar el término de la paga, el librador ó cualquiera endosante, requerido con aquel documento, tiene obligacion de dar incontinenti al tenedor seguridad á satisfaccion suya de que se pagará á su tiempo. Asimismo presentándose tan solo el protesto al librador ó endosante, reservando la letra en la plaza de su pagamento hasta cumplirse su término y sacar el segundo protesto por falta de pago, dicho librador ó endosante requerido debe dar al tenedor la misma seguridad y resguardo hasta que por dicho segundo protesto conste la falta de pagamento, en cuyo caso ha de hacerse este, como es debido y se practica, con los cambios, recambios, comision y demas gastos legítimos, ó los intereses acostumbrados ó señalados, segun elija el tenedor de la letra, sin que el librador ni endosante pueda pretender otra cosa en ninguna manera (1).

43. A veces una letra no aceptada trae *indicacion*, que es decir el librador, que no pagándola el primer sugeto contra quien va girada, se acuda á otro ú otros que en ella nombra con esta expresion, *y en caso necesario á Pedro ó Juan de tal*, ú otra equivalente. En este caso el escribano debe acudir de oficio inmediatamente (ya sea por falta de aceptacion ó de pago) al indicado sugeto, ó á los demas que nombre por su orden, á ver si alguno quiere honrarla con su firma por honor del dador ó de alguno de los endosantes si los trae, y con lo que resulte la devolverá al tenedor con el protesto y carta de pago de su importe, si lo hace, y el lasto, á fin de que lo cobre todo del pagador, y este de aquel por cuyo honor la satisface; pero si la letra no trae indicacion, aunque traiga endosos, no está obligado á ir á los comerciantes á ver si quieren pagarla, á no ser que lo sepa por sí, ó porque se lo prevenga el tenedor de ella.

44. El efecto del protesto por falta de aceptacion es que el tenedor de la letra puede proceder contra el librador, no para hacerle entregar el importe de ella, lo cual no debe exigirse hasta despues de haber hecho protestar la letra por falta de pago, sino tan solo para obligarle á que haga aceptar la misma, ó á que dé fianza de que en caso de no pagarse á su vencimiento, restituirá el importe con los cambios, recambios y costas de protesto. Por lo demas, aunque el tenedor de una letra pueda ha-

1 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num. 23.

cerla protestar por falta de aceptacion, inmediatamente que la persona contra quien se ha girado rehusa aceptarla, no obstante se halla muy en uso en favor del comercio, y para facilitar el pago de las letras á su vencimiento, no hacer protesta por falta de aceptacion las letras á usos, ó no libradas á la vista, ó á tantos dias de vista, y regularmente se espera á que se haya vencido el tiempo del pago de la letra, para que entre tanto pueda el sugeto contra quien se giró recibir fondos para pagarla.

45. Puesto que el dueño ó tenedor de la letra tiene accion para reconvenir en juicio á la persona contra quien se libró, habiéndola aceptado, y en esto puede haber cautelas y dilaciones, para evitarlas ha de poder el tal tenedor usar de su derecho contra el aceptante, aunque si quiere conservarlo contra el dador ó endosante ha de hacerles saber ante escribano el estado que tiene su letra dentro de los términos referidos en el párrafo 37 de este capítulo, los cuales deben contarse desde el dia en que se cumplan los concedidos para el protesto. Practicado esto, y no de otra suerte, está en el arbitrio del tenedor proseguir las diligencias contra el aceptante, y tiene derecho para recurrir dentro de cuatro años contra el dador ó endosante, y cualquiera de ellos *in solidum*; y si alguno de estos quisiere que el tenedor no siga su accion, han de requerirle ante escribano, para que reciba su dinero con los intereses prescritos por ley ú ordenanza, con lo cual no podrá pretender otra cosa.

46. El protesto por falta de pago se hace al vencimiento de las letras cuando las personas contra quienes se han girado rehusan pagarlas, ya las hayan aceptado ó no, ya sean pagaderas á la vista, á dia señalado &c. segun el plazo que tengan (*), sobre cuyo particular debe saberse lo siguiente.

* En Madrid se acostumbra sacar el protesto por falta de pago en el mismo dia que cumple la letra, aunque sea feriado.

Segun la practica general observada en el comercio, cuando una letra se protesta por falta de pago pasado el tiempo de su vencimiento, se llama perjudicada, y el tenedor de ella pierde todo su recurso contra el librador y endosantes. Este rigor no nos parece conforme á las Ordenanzas de Bilbao, las cuales en el num. 18 del cap. 12 dicen solamente que faltando el portador de la letra á sacar el protesto en debido tiempo, serán de su cuenta los daños y perjuicios que de ellos se siguieren: en donde se ve bien claro que la intencion de la Ordenanza no es privar al portador moroso de todo recurso, sino en caso de que de su morosidad se haya seguido daño ó perjuicio. Por consiguiente si se prueba que la letra no se hubiere pagado aunque se hubiese presentado el portador el dia se su vencimiento, no hay perjuicio ninguno en la omision de este, y por lo mismo tampoco debe pararle perjuicio. En una palabra, es necesario examinar si la falta de pago es ó no consecuencia de la morosidad del portador de la letra, para decidir si es ó no responsable del perjuicio. Esta distincion no deja de ser conocida; pero no liberta al portador de un largo pleito, cuyo éxito es siempre dudoso. El

47. Los diferentes plazos ó tiempos para el pago de las letras son estos: á la vista; á tantos dias, semanas, meses ó usos de la fecha; á tantos dias, semanas ó meses vista; tantos del corriente; á tantos ó tal dia del mes; en tal pagamento ó tal feria: á tantos dias, semanas, meses ó usos prefijos (*). Cualesquiera de estos plazos se ajustan entre el librador y el tomador de la letra, ya con arreglo á las circunstancias locales, ó ya con respecto al precio del cambio &c. Estos plazos ó términos son los que comunmente se emplean en el giro de las letras; pero fuera de ellos hay otros de que suele usarse, como: *á la vista por caja; á la presentacion; en el discurso del mes, ò al fin de tal mes; á tal dia fijo ó prefijo; á tal dia prefijo sin dias algunos de cortesía; á la vista sin mas aviso.*

48. Todas las letras que vayan libradas á una plaza de comercio para pagarse en ella á la vista, deben satisfacerse á su presentacion sin mas término; pero las que se libren á dias fijos con la expresion sin mas término, ó la de prefijo, han de pagarse el mismo dia que señalen, aunque si fueren á tantos dias de vista ó fecha, sin mas término, deben empezar á correr los dias desde el inmediato al de sus fechas ó aceptaciones. Si una letra, por ejemplo, se libró el dia primero de octubre á quince dias fecha, sin mas término, debe pagarse ó protestarse el dia 16 del mismo mes; y si fuere á quince dias vista, tambien sin mas término, y se acepta el dia 8 de octubre, por ejemplo, se ha de pagar ó protestar el dia 23 de este mes. Las letras libradas á dos ó cuatro dias vistas ó fechas, sin que tengan la dicha expresion de sin mas término, ó prefijo, tendrán solamente ocho dias de cortesía contados segun acaba de expresarse, esto es, desde el dia inmediato al de la aceptacion ó fecha de la misma letra, segun se hubiese librado. En todas las letras que no contengan la expresion sin mas término, ó prefijo, aunque se señalen en ellas

Código de comercio de Francia corta todas estas disputas, á lo menos respecto del librador, á quien no solo hace responsable (aunque se haya sacado el protesto en tiempo inhabil) en el caso de que no tuviese fondos en poder del aceptante el dia del vencimiento, sino que le impone la obligacion de probar que los tenia, libertando de ella al portador de la letra. *Código de comercio de Francia, traducido al castellano: nota del traductor, tom. 2. pag. 58.*

* Ojalá que se abrogase la costumbre de librar á uso ó uso y medio, voces que nada significan en el lenguage comun, y que solo entienden los comerciantes: ¿Cuanto mas claro sería librar á dias fecha ó vista sin gracia ni mas cortesía, para que cualquiera entendiese los plazos de las letras, y pudiese con facilidad ajustar su vencimiento? La sencillez que en todas las cosas es recomendable, lo es mucho mas en el comercio, y particularmente en las letras de cambio, que andan frecuentemente en manos de personas que no son comerciantes. *Traduccion citada del Código de Francia: nota del traductor, pag. 66 tom. 2.*

dias para sus pagos, ha de gozar el pagador de los dias corteses, que en seguida se expresan (1).

49. Todas las letras que se libren á mas término de los dos ó cuatro dias, de estos reinos de España, sus Indias, Colonias y reino de Portugal, han de tener tambien ademas de los dias expresados en ellas, otros veinte graciosos ó corteses, contados asimismo desde el inmediato al en que cumplieren sus términos. Por ejemplo, si una letra se librase el dia 1.° de agosto á cuarenta dias fecha, deberá pagarse ó protestarse el dia 30 de setiembre siguiente. En Aragon, Valencia y Cataluña se suelen librar las letras *al usado*, entendiéndose por estas palabras ocho dias de la vista ó aceptacion; y las que de aquellos reinos y principado van á pagarse en Bilbao, han de gozar de los mismos veinte dias corteses prefinidos aqui para las demas letras de España. Las que se libraren en Francia á dias que se señalen, tendrán ademas catorce de cortesía; y librándose á uso del mismo pais de Francia, se entiende ser de un mes de término, que ha de contarse de fecha á fecha, aunque el mes tenga veintiocho, veintinueve ó treinta y un dias: como por ejemplo, cuando una letra venga librada á uso, de fecha de 14 de febrero, es visto que cumplirá el dia 14 de marzo siguiente, y añadidos los de gracia deberá pagarse el dia 28 del mismo mes, en que se ha de pagar ó prostestar; y cuando se hubiese librado en 27 de diciembre, no cumplirá hasta otro dia 27 de enero, y con los de cortesía en 10 de febrero siguiente.

50. Las letras, que se libren en plazas del reino de Inglaterra y sus dominios á uso, han de tenerse por de término de dos meses contados como en las letras de Francia. Respecto á las que se libraren en plazas de Holanda, Flandes, Hamburgo ú otra de Alemania ó del Norte, deberá entenderse tambien dicho uso por de dos meses contados de la misma manera, y tendrán ademas los catorce dias de gracia ó cortesía.

51. En todas las letras libradas en España y fuera de ella á dos ó mas meses de la fecha ó vista, deben estos contarse de fecha á fecha, segun ya se ha dicho, tengan los meses mas ó menos dias. Por ejemplo, si se libran cuatro letras, todas á dos meses de la fecha sin mas término, los 28, 29, 30 y 31 de diciembre, deberán pagarse ó protestarse las cuatro, si el año no fuere bisiesto, el dia 28 de febrero; pero si lo fuese, la letra librada en 28 de diciembre deberá cobrarse el dia 28 de febrero,

1 Ordenanz. de Bilbao en el cit. cap. num. 44 al 47.

y las otras el dia 29 del mismo mes; y si se hubiese librado el dia 31 de marzo, á un mes de la fecha sin mas término, se debe cobrar el dia 30 de abril. En órden á las letras que se libren en las plazas de comercio de Génova, Venecia, Milan, Napoles y demas de Italia, y de las islas del Mediterráneo para Bilbao, tambien á uso, deberá este entenderse de tres meses contados asimismo de fecha á fecha, con mas los catorce dias de cortesía. Los que se libren de Roma pagaderas en Bilbao, se deben entender en cuanto á su uso por de tres meses de fecha á fecha sin dia alguno de cortesía.

52. Si en Francia se libra alguna letra á pagarse en Bilbao á uso y medio ó uso y cuarto, como en aquel reino se practica, el medio uso se entiende por de quince dias, y el cuarto por de siete, contados uno y otro desde el primer dia inmediato al en que se cumplieron el uso ó los dos usos. Siendo las letras de Holanda, Inglaterra, Alemania y demas partes del Norte, en que el uso es de dos meses, debe entenderse por el medio uso un mes de fecha á fecha, y por el cuarto de uso quince dias contados como antes, y siendo las letras de Italia é islas del Mediterráneo que vengan libradas á uso y medio, y uso y cuarto, se contará per el medio uso un mes de fecha á fecha con quince dias mas, y por el cuarto de uso veintidos dias contados desde el inmediato al en que se cumpliere el uso entero. Finalmente, para mayor claridad en la observancia de los pagamentos de letras, sus términos, usos y cortesías de las que vengan de cualquiera parte de España y de fuera de ella á cargo de los comerciantes de Bilbao para aceptarlas y señalar domicilio en otras plazas, se ha mandado que el aceptante y pagador se arreglen siempre al estilo ó costumbre que respecto á los dichos términos, usos y cortesías se observe en la plaza del pagamento (1).

53. Las letras deben copiarse enteramente en el acta del protesto junto con las órdenes, si las hay, y la copia de todo firmada debe dejarse á la parte, bajo la pena de falsedad y de pagarse los perjuicios é intereses. El protesto no puede suplirse por ningun otro acto público, sea demanda, emplazamiento ó notificacion; pues es indispensable absolutamente para proceder contra el librador ó endosante. Tiene tanta fuerza el protesto, que solo por él sin necesidad de demanda se deben los intereses del principal y del primer cambio. Los billetes de cambio deben protestarse por falta de pago igualmente que las letras de cam-

1 Dichas Ordenanz, en el cap. cit. num. 48 al 60.

bio. Las plazas extrangeras de Europa tienen diferentes usos respecto al tiempo en que deben hacerse los protestos, como puede verse en el capítulo 14 del *Arte de letras de cambio* de Dupuis de la Serre, que se halla al fin del *Perfecto negociante* de M. Savary.

54. Con lo que se ha dicho acerca de la fuerza del protesto, se ha conformado recientemente nuestro Soberano, declarando (*) que las letras de cambio tengan la fuerza ejecutiva prevenida en la pragmática y ley 7. citada, de manera que baste el protesto debidamente formalizado y presentado por falta de pago al aceptante para proceder mercantil ó judicialmente el portador ó tenedor de la letra contra los endosantes, ó contra cualquiera de los obligados en ella, cual mas le convenga, segun lo dispuesto en la Ordenanza de Bilbao, cuyos artículos 20, 21 y 22 del capítulo 13 han de observarse generalmente. En ellos se dispone que cuando los libradores y endosantes de algunas letras adviertan al pie de ellas ó en papel adjunto, que se acuda por falta de pago á otra persona mencionada, acudan los tenedores en debido tiempo á ella en caso de no pagarlas los sugetos contra quienes se libraron, comunicando esta diligencia, sus resultas y protesto, si le hubiese, al librador ó endosante, segun mas le convenga, precisamente por el primer correo que salga de dicha ciudad para el pueblo donde residan, bajo la pena de ser del cargo de dichos tenedores el riesgo de la cobranza: que el librador ó endosante á quien recurra el tenedor con letra y protesto, haya de pagar breve y sumariamente su importe, con los cambios recambios é intereses, comision y gastos, y de lo contrario ha de apremiársele por la via mas ejecutiva, no obstante la excepcion de reconvencion, compensacion, falta de provision, ú otra alguna, por legítima que sea, lo cual debe reservarse para otro juicio; y que pagando cualquiera el importe de la letra prostestada y devuelta, tenga recurso contra los endosantes anteriores á él, ó cualquiera de ellos *in solidum* hasta el mismo librador, procediéndose asi por la via expresada hasta que el último endósante quede con solo el derecho al librador ó aceptante.

55. A veces sucede que los tomadores de letras libradas en una plaza á pagar en ella ú otra del reino, las envian por su conveniencia á negociar á las plazas extrangeras de comercio, y cambiadas en ellas dan á veces tantos giros, que no llegan á acep-

* Real orden de 20 de setiembre y cédula del Consejo de 6 de noviembre de 1802, hoy ley 8. tit. 3. lib. 9. Nov. Rec.

tarse en el tiempo antes expresado, suscitándose sobre falta de aceptacion y pago varios pleitos entre los interesados. Para precaverlos deben los tomadores y tenedores de semejantes letras que las negocien en paises extrangeros, remitir las primeras, à lo menos dentro de dos correos, en derechura á solicitar su aceptacion y avisar de ella, ó de lo contrario al librador ò endosante, si los hay, y las segundas y terceras pueden remitirlas adonde quieran para su negociacion, expresando en ellas las casas en que se hallarán aceptadas las primeras; y si acontece que no se acepten ni paguen las tales letras, el dador de ellas ó endosantes, habiéndolos, y cualquiera *in solidum*, estan obligados á pagar su valor, gastos de protesto, comision y cambios que hubiere derechamente desde la plaza donde debieron pagarse, á la en que se libraron ó endosaron, sin que sea de su cargo satisfacer otros algunos cambios ni recambios causados en otras partes, por deber recaer estos sobre los endosantes ó cualquiera que entre ellos hubiere usado de arbitrios extrangeros (1).

56. Como puede ocurrir que alguna ó algunas letras se hallen en poder de sus tenedores con la desgracia de haber faltado á su crédito el librador, aceptante y endosantes, en cuyos concursos suele haber diferentes convenios y pagamentos de sus quiebras, ajustándose uno, v. gr. en veinte por ciento, otro en treinta o cuarenta &c. de que se han originado muchas dudas y diferencias en razon de la práctica que acerca de sus recursos debian observar los tenedores para la cobranza de sus proratas; se halla prevenido en las citadas Ordenanzas, á fin de que se proceda con claridad y justificacion, que los tenedores de semejantes letras acudan en virtud de ellas y sus protestos á formar sus pretensiones contra todos los fallidos interesados, á saber: siendo en dicha villa de Bilbao, inmediatamente, y si fuera de ella, por sí ó por medio de sus poderes, dentro de tres meses de como sea notoria cada una de las tales quiebras respectivamente en la plaza ó plazas donde habitaren los dichos tenedores, pena de perder el recurso à la prorata de lo que les pudiera tocar en el concurso à que no acudieron en el referido término. Y para la mejor inteligencia en la forma de la cobranza de los expresados recursos, se pone por ejemplo: que en una letra de mil pesos, en que faltaron á su crédito el librador, aceptante y dos endosantes (que eran los comprendidos en ella), el librador se ajustó con sus acreedores, dando circuenta por ciento; el aceptante

1 Dichas Ordenanz. en el cit. cap. num. 34.

treinta; el primer endosante veinte; y el segundo y último veinticinco por ciento. En estos pagamentos deberá cobrar el tenedor de dicha letra en esta manera: del concurso del librador por razon de los cincuenta por ciento, quinientos pesos; en el del aceptante, por razon de los treinta por ciento, por los otros quinientos pesos, ciento cincuenta; en el del primer endosador, por lo correspondiente á los veinte por ciento de su ajuste, para los trecientos cincuenta pesos, setenta; y en el del segundo y último endosante, por sus veinticinco por ciento, de los docientos ochenta pesos restantes, otros setenta: con que el dicho tenedor de la referida letra por esta regla deberá cobrar de todos los cuatro concursos, setecientos noventa pesos por los expresados mil de su importe, saliendo perjudicado en los docientos diez pesos que faltan para el total de ellos: y á este respecto se deberá proceder en la cobranza y prorateo de otras cualesquiera letras de semejante naturaleza (1).

57. El tenedor de una letra puede cobrar bajo de protesto la parte ó porcion que le pague el aceptante, y recurrir por el resto y sus intereses al librador, endosantes ò cualquiera de ellos, aunque para esto ha de haberse observado en todo y por todo lo contenido en los párrafos precedentes acerca de la manifestacion de las letras, sus protestos y recursos con ellas al dador en los términos señalados. El tenedor solo debe dar recibo separado de la cantidad cobrada, reteniendo en su poder la letra original, y anotando en ella, lo recibido junto con el protesto (2).

58. Siempre que se paguen letras aceptadas fuera de una plaza à pagar en ella, el cobrador debe dar recibo suelto por duplicado, ademas del que se acostumbra poner en las mismas letras, expresando en ambos que todo ha de tenerse por una sola paga, á fin de que pueda el pagador, devolviendo las letras al aceptante, segun se practica, quedarse con el recibo suelto para su resguardo (3).

59. Cuando se libren contra comerciantes extrangeros letras con la expresion de que se paguen en plata ú oro y no en billetes, siempre que se haga el pago no en moneda metálica y corriente, sino en los tales billetes ú otra especie de que resulte perjuicio á los tomadores, recurriendo estos con instrumento justificativo, han de ser compelidos los libradores á satisfacer el

1 Las mismas Ordenanz. en dicho cap. num. 43.
2 Id. num. 30.
3 Id. num. 42.

importe del menoscabo que hubiesen tenido los tales tomadores (1).

60. Se tienen por bien hechos los pagamentos de letras, siempre que se hagan en las monedas usuales ó corrientes en estos reinos al tiempo de ellos, segun Reales pragmáticas, aunque las tales letras contengan ó pidan especie determinada de moneda; y si por convenio de los tenedores y aceptantes pagan estos el importe de las letras antes de cumplirse sus términos (con descuento de interes ó sin él, como muchas veces se practica), serán igualmente bien hechos los tales pagos en las monedas corrientes al tiempo de hacerlos; pero esto ha de entenderse con los aceptantes pagadores que conserven ileso su crédito hasta el cumplimiento de los términos de las letras, y no con los que en aquel tiempo esten para quebrar y dar punto á sus negocios, pues con estos y los portadores que las cobren, debe observarse lo dispuesto en las Ordenanzas de Bilbao, num. 23 del capítulo *de las quiebras*; y á los tales portadores, que cobren antes de tiempo las tales letras, y sean obligados á devolver lo recibido, deben entregarse en tiempo y forma las mismas letras para hacer sus protestos, y recurrir con ellos al librador y demas que les convengan (2).

61. El recambio es un segundo derecho de cambio, ó por mejor decir, el precio de un nuevo cambio debido por las letras que vuelven protestadas, y cuyo importe deben reembolsar á sus tenedores los que las han librado ó endosado. Se cree que los Gibelinos, echados de Italia por la faccion de los Guelfos, y refugiados en Amsterdam, usaron allí los primeros del recambio con el pretexto de pérdidas, expensas, perjuicios é intereses que padecian cuando las letras que les habian dado para percibir el valor de los efectos que por fuerza habian abandonado en su pais, no se satisfacian y volvian protestadas. Lo que produce el recambio es, cuando el tenedor de una letra, despues de haberla protestado por falta de aceptacion ó pago, toma prestado dinero bajo su promesa ú obligacion, ó una letra librada contra el que habia dado la primera; en cuya operacion paga un segundo cambio, el cual junto con el que pagó al librador de la primera letra, hacen dos cambios, que se llaman propiamente cambio y recambio.

62. El tenedor de una letra protestada puede repetir ambos

1 El citado cap. de dichas Ordenanz. num. 8.

2 El mismo cap. num. 38 y 39.

cambios contra quien la ha girado (1). Sin embargo la simple protesta que hace un tenedor de letra por el acto del protesto de tomar igual cantidad á recambio por falta de aceptacion ó pago, no es suficiente para que pueda pedir su reembolso de recambio; pues es necesario que justifique con documentos legítimos haber tomado efectivamente dinero ó letra en el lugar para donde se giró la protestada, y de otro modo solo tendrá derecho para pedir la restitucion del primer cambio con el interes y costos del viage, si constase judicialmente. El interes del recambio, gastos de protesto y de viage no empiezan á deberse, sino desde el dia mismo en que se pusiere la demanda.

63. Una cosa se practica en el comercio, y aunque no ha de autorizarla con instrumento el escribano, es bueno que la sepa: llámase *apunte*, y se reduce á esto. Suele cumplir el plazo de una letra aceptada, y el tenedor de ella acude el dia de su vencimiento al aceptante. Este le pide por gracia que le aguarde hasta el próximo correo, y entonces le pagará. Siendo hombre de bien, y no dia de correo el del vencimiento, accede el tenedor á su solicitud con calidad de *apunte*, que quiere decir, que vaya el escribano en el mismo dia del vencimiento á casa del aceptante ò deudor para saber de su propia boca que no paga entonces, y que el portador ó tenedor le espera por aquellos dias mas hasta el de correo por mera confianza; en cuyo supuesto, sino se la satisface dentro de ellos, ha de dar el protesto con la fecha del dia en que cumplió la letra; y para que no se le olvide lo apunta al pie de ella el escribano, poniendo de su propia letra: *protestada hoy tantos de tal mes y año;* à fin de que jamas se entienda que el tenedor por aquella breve espera confidencial y de honor toma á su cargo la letra, ó que se hace novacion en las obligaciones que trae; pero si dejare pasar el dia de correo inmediato al del vencimiento sin protestarla, será de su cuenta el riesgo que haya en su cobranza, sin que le quede mas recurso ni repeticion que contra el aceptante. Si el dia del vencimiento de la letra fuere el mismo en que sale el correo, debe protestarla el tenedor y no apuntarla, remitiéndola con el protesto á la persona que se la envió, ó à aquella por quien la pagó (en caso de haberla satisfecho por el honor de su firma) con los demas recados justificativos del pago.

64. Los protestos deben quedar protocolizados en los registros del escribano que los da, para que si se pierde la primera

1 Dicho cap. de las Ordenanz num. 21.

copia pueda dar otra al interesado. En ellos se han de insertar la letra y los endosos que contenga, sin faltar cosa alguna, segun el tenor é idioma en que esten escritos. El escribano ha de dar fe de que su copia concuerda con ellos, y los recogerá el dueño con la letra, firmando en el protocolo su recibo; pero no son necesarios testigos, porque el protesto no es otra cosa que un testimonio de acto extrajudicial, que no necesita para su validacion mas forma ni solemnidad que la fe del escribano con su signo y firma de lo que ante él pasa; bien que si quiere poner testigos, puede hacerlo para mayor seguridad, en especial si el que protesta no sabe firmar, para que uno de ellos firme por él el recibo de la letra; previniendo que no solo el dueño de ella ó su criado puede requerir al sugeto contra quien se dió, que la acepte y le pague su importe, y en su defecto ir con el escribano y protestarla ante él; sino tambien enviar á este para que de su orden, y sin su concurrencia, lo haga todo, y de ello dé testimonio, sin que el protestante en ningun caso tenga precision de firmar el protesto, ya sea de no aceptacion ó de falta de pagamento; en cuyo caso extenderá el requerimiento, como que él lo hace por encargo del tenedor de la letra, y no este; y asi se practica (*).

65. Acerca de los vales que suelen hacer los comerciantes por dinero prestado, mercaderías vendidas, ó alcances de cuentas corrientes, previenen las Ordenanzas de Bilbao (1) que en ellos se exprese la cantidad, el lugar donde haya de hacerse el pago, en qué términos y á quién, poniendo fecha y firma entera.

66. En orden á los términos que deben correr para el pago de dichos vales, se previene en las mismas Ordenanzas que si estos fueren hechos por meses, correrán de fecha á fecha, y si por dias desde el inmediato al de su data; cumplidos que sean los plazos, gozarán ademas los pagadores de treinta dias graciosos, contados desde el inmediato al en que hubieren cumplido (2).

67. Tambien se acostumbra negociar estos vales, y para ello deberán formar los endosos con claridad y expresion del nombre de la persona á quien se cede, y razon por qué; poniendo la fecha y firma, sin admitirse rúbrica sola (3).

68. Para realizar el pago de un vale, deberá el último tene-

* El que quiera instruirse mas extensamente en esta materia de letras de cambio, vea la apreciable obra de Suarez.

1 Ordenanz. de Bilbao, cap. 14, num. 1.
2 Id. num. 2.
3 Dicho cap. num. 3.

dor de él acudir puntualmente al deudor dentro de los plazos y dias graciosos que se han expresado. No verificándose el pago, estará obligado dicho tenedor à requerir al deudor ante escribano protestándole los daños, y con este documento recurrirá dentro de ocho dias, contados desde el inmediato al en que sacó el protesto, à cualquiera de los endosantes si los hubiere, los cuales, y cada uno *in solidum*, deberán pagarle el importe de dicho vale y gastos, con mas los intereses de la demora, á estilo de comercio. Pasados estos términos sin observar lo referido, perderá dicho tenedor el derecho de recurrir contra los endosantes, y solo le tendrá contra el deudor principal del vale (1).

69. Podrá sin embargo el tenedor del vale recibir bajo de protesto, durante los términos de él ò despues, la parte que en cuenta de su importe quisiere entregarle el deudor, sin que por esto pierda el derecho de recurrir por el resto en los referidos términos contra los endosantes que haya, y cualquiera de ellos *in solidum;* y el que de estos hiciere el pago, tendrá tambien su recurso contra los demas, hasta llegar al primer endosante, quien le tendrá solo contra el legítimo deudor del vale. Estos procedimientos han de ser sumarios y ejecutivos, sin que se admita excepcion alguna (2).

70. Las mismas Ordenanzas disponen que cuando los vales fueren pagaderos fuera de la villa de Bilbao, deberá entenderse y observarse en cuanto á sus términos, presentaciones, devolucion, recurso y demas necesario, lo mismo que en aquellas se previene para las letras de cambio, respecto à los lugares en que fueren señalados sus pagamentos, debiendo tener treinta dias de gracia (3).

71. Tambien se acostumbra en el comercio dar libranzas unos comerciantes contra otros para hacer pagos en virtud de ellas. Los tenedores de semejantes libranzas, que no contengan plazo determinado, han de acudir á la cobranza luego que se les entreguen, y no pagándoseles por las personas contra quienes fueren dadas, las deberán devolver á sus dueños dentro de tres dias naturales, á mas tardar, contados desde el de sus fechas, so pena de perder el recurso contra aquellos (4). Pero si en las libranzas se designare término, deberá contarse este desde el dia inmediato al de sus fechas, sin que se pueda gozar de dia alguno de cortesía; y si señalaren dia fijo, habrán de pagar-

1 Dicho cap. 14 de las cit. Ordenanz. num. 4.
2 Id. num. 5.
3 El cit cap. num. 6.
4 Id. num. 7.

se en él, y de lo contrario se devolverán à sus dueños en dicho término de tres dias bajo la misma pena (1). Sucede tambien que en lugar de tales libranzas se dan letras con recibo en blanco para hacer pagamentos de pronto, cuyos términos estan entonces al espirar. Los tenedores ó portadores de semejantes letras habran de acudir á su cobranza dentro del término gracioso para que no pudiéndolas cobrar las devuelvan dentro del mismo término; y con la devolucion á sus dueños inmediatos, ó á la persona que hubiere puesto el recibo en blanco, cumplan à tiempo competente para que estos puedan protestarlas, so pena de que, si las retuvieren mas, pierdan el recurso contra el librador y endosantes que hubiere en las tales letras, pues le quedará solo contra el aceptante (2).

72. Acerca de las cartas órdenes de crédito se previene en las mismas Ordenanzas que ningun comerciante dé ni franquee carta-orden de crédito en que no se exprese cantidad cierta, debiendo ademas ponerse las señas de la persona que hubiere de cobrarla, la cual firmará juntamente con el dador de la carta-orden, à fin de que el pagador coteje su firma (3). La persona à quien fuere dirigida alguna carta-orden, deberá atender cuidadosamente asi à la cantidad que hubiere de dar, como á que el sugeto portador que la hubiere de recibir sea el mismo á cuyo favor fuere dada la carta-orden (4). Cuando la persona que se presenta á cobrar alguna carta de crédito, letra ó libranza, no es conocida del que la debe pagar, podrá este exigir del portador que le presente persona abonada que le conozca y firme con él el recibo (5).

73. Para facilitar las operaciones de comercio y contener las usuras, se estableció, bajo la proteccion del Soberano, el Banco de San Carlos, cuyas acciones puede adquirir y endosar cualquiera persona ò corporacion, sin exceptuar las Ordenes regulares. El Banco goza de la accion real hipotecaria contra los bienes de todo aceptante, endosante ó girante, inclusos los de mayorazgo (6).

74. Aunque el Banco ha de arreglarse en sus pleitos al sistema general de la monarquia, no obstante debe ser considerado para la administracion de justicia como las personas mas privilegiadas. Por Real orden de 9 de octubre de 1790 se mandó que un ministro del Consejo sustanciara y determinara los

1 Dicho cap. 14. num 8.
2 Id. num. 9.
3 Id. num. 10.
4 El cit cap. num. 11.
5 Id num. 12.
6 Ley 6. tit. 3. lib. 9. Nov. Rec.

negocios relativos á purificar la administracion interior del Banco y administrar justicia sobre el reintegro de sus intereses, oyendo á los interesados breve y sumariamente por ante el secretario del Banco, y que para las apelaciones y recursos se acudiera á la sala segunda del Consejo. Al mismo tiempo nombró su Magestad un fiscal para promover los intereses del Banco y cuidar de la instruccion de los procesos en primera instancia, pues en los recursos ó apelaciones ha de serlo el señor fiscal del Consejo (1).

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1.ª PROTESTO DE NO ACEPTACION DE LETRA.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, Francisco Lopez, vecino de ella, á quien doy fe conozco, manifestó à Fernando de tal, de la misma vecindad, una letra de tanta cantidad, librada contra Fulano, y endosada contra él por Fulano, vecino de tal parte, cuyo tenor, y el de los endosos à su continuacion puestos, es el siguiente. *(Aquí se insertarán la letra y endosos, si los tuviere, en el idioma en que se hubieren escrito, y luego proseguirá así el protesto.)* Concuerdan la letra y endosos insertos con los originales que devolví, rubricada de mi puño, á dicho Francisco Lopez, de que doy fe, y à que me remito; y en su consecuencia el expresado Francisco requirió à mi presencia al nominado Fernando, acepte dicha letra, y enterado, respondió que no quiere ó no puede aceptarla á causa de no tener aviso, ni en su poder dinero del dador y endosante: en cuya vista el citado Francisco dijo, y otorga que protesta una, dos, tres veces y las demas en derecho necesarias, que todos los cambios, recambios, encomiendas, costas, gastos, daños, intereses y menoscabos que por defecto de su aceptacion se le siguieren, serán de cuenta y riesgo del dador, sus endosantes y demas que hubiere lugar, y lo pide por testimonio, de que doy fe.

2.ª PROTESTO DE NO PAGAMENTO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, Francisco Lopez, vecino de ella, requirió á Antonio de tal,

1 Véase la nota 3. tit. 3. lib. 9. Nov. Rec.

de la misma vecindad, que le pague tanta cantidad, importe de la letra que N., comerciante de tal villa, libró contra él, y tiene aceptada, cuyo tenor y endosos dicen asi. (*Aqui la letra y endosos, si los hubiere, como arriba*).

Concuerdan la letra, endosos y aceptacion insertos con sus originales, que devolví á dicho Francisco Lopez, de que doy fe, y á que me remito; y en su consecuencia le volvió á requerir que mediante tener aceptada dicha letra, y cumplirse hoy el término que trae prefinido (*ò el de la cortesía que se usa en este pueblo*), le satisfaga su importe, y de no hacerlo, la protestará en la forma ordinaria; y enterado, expresó no poder pagarla por no tener fondos ni caudales del dador ni endosantes (*ò por el motivo que diere*); y visto por el referido Francisco Lopez dijo, y otorga que protesta una, dos, tres veces y las demas en derecho necesarias, que todos los cámbios, recámbios, encomiendas, costas, gastos, daños, intereses y menoscabos que por defecto de su pagamento se le ocasionen, serán de cuenta y riesgo del aceptante, dador y endosantes, y de cada uno por el todo, contra los cuales protesta repetir ante quién, cómo, en dónde y cuándo le convenga, á cuyo fin deja vivas, ilesas y en su fuerza y vigor las acciones que le competen. Asi lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, y lo pide por testimonio para su resguardo, de que doy fe.

Nota. Si la letra no trae endosos, no se ha de hablar de ellos ni de endosantes. Si trae término señalado, se ha de omitir la cláusula:::: *el de la cortesía que se usa en este pueblo*: porque entonces no la hay. Y si alguno paga la letra por honor de la firma de uno de los endosantes, ha de otorgar á su favor el portador de la letra la carta de pago y lasto siguiente, entregándole el protesto con la letra y lasto, para que use de su derecho contra aquel por quien la paga.

3.ª CARTA DE PAGO DE LETRA PROTESTADA.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo (*Aqui se hará relacion sucinta de la letra y protesto, y luego proseguirá*); y que por honor de Don N. tal y compañía, vecinos de tal parte, y primeros endosadores de dicha letra, Don N. del comercio de esta villa ofreció pagarle su importe y los gastos que se le han ocasionado, con tal que le entregue dicha letra y protesto, y formalice á su favor el competente resguardo, á lo que

está pronto, y poniéndolo en ejecucion = Otorga que recibe en este acto del referido Don N. tantos mil reales, los tantos por el importe de dicha letra, y los restantes por el de los gastos que se le originaron á causa de no haberla satisfecho dicho Antonio de tal, los que pasó á su poder real y efectivamente á mi presencia en tales monedas, de que doy fe, y como entregado de ellos formaliza á su favor la mas firme carta de pago que á su seguridad conduzca; y le confiere poder irrevocable, con libre, franca y general administracion, para que pida, reciba y cobre judicial y extrajudicialmente de dichos señores Don N. y compañía, primeros endosadores de la precitada letra, y demas obligados á su pagamento, y de cada uno de ellos por el todo, los mencionados tantos mil reales, con mas todos los cámbios, recámbios, encomiendas, costas, gastos, daños, intereses y menoscabos causados y que se causaren hasta su total efectivo reintegro, ó lo recámbie todo con dichos señores, cualquiera de ellos, y con otras personas por su cuenta y riesgo para todas las ferias, partes y plazas del mundo; para lo cual, lo anejo y dependiente, y que pueda usar de las acciones y recursos que con arreglo á estilo de comercio le competan en este caso, le pone y subroga, y á quien su derecho represente, en su mismo lugar, grado y prelacion, le constituye procurador actor en su propio negocio, le cede todas las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que le corresponden sin reservacion, y otorga á su favor la mas firme cesion y lasto que por derecho es necesario para su resguardo, y le entrega la citada letra original con dicho protesto, para que con este lasto use de ellos contra quien haya lugar; previniendo que el otorgante no queda obligado á saneamiento ni eviccion, y que el recibo, que tiene firmado á continuacion de dicha letra, es una misma cosa con esta carta de pago, y vale por un solo pagamento: y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes muebles, raices &c. *(Proseguirá como cualquiera otro instrumento público con testigos).*

CAPITULO OCTAVO.

De los fletamentos de buques, y conocimientos que hacen los capitanes ó maestres.

§. 1. ¿Que es fletamento?
2. Diversos modos con que pueden hacerse los fletamentos.
3. Escritura que debe hacerse de lo que se estipulare por este contrato.
4. ¿Cuales serán los efectos de este cuando no se haya formalizado por escrito?
5. El fletador deberá entregar y poner al costado del buque la carga dentro del término prefijado en la contrata del fletamento.
6. Cuando el buque se fleta por entero, pertenece al fletador el uso de todo él.
7. El que fleta una embarcacion designando las toneladas, quintales ú otra carga, aunque no embarque todo lo señalado, debe pagar el flete por entero.
8. Requisitos necesarios para que un buque fletado con destino para un puerto mude de viage.
9. El fletante debe pagar al capitan las demoras cuando cargado el buque le convenga suspender la salida del mismo.
10. El fletamento subsistirá cuando por orden superior estuvieren cerrados los puertos y detenidos los buques.
11. ¿Bajo qué condicion podrá el fletador fletar á otro la nave?
12. Fletado el buque á dos cargadores con distintos fletes, debe preferirse el primer fletador, estando la cosa íntegra; pero si el segundo hubiese ya empezado su cargamento, deberá ser preferido.
13. Si la nave fuere de varios dueños, y algunos de ellos quisieren fletarla á cierto sugeto y los demas á otro, ¿cual deberá ser preferido?
14. Fletado un buque sin expresion de flete señalado ó cierto, se regulará este por los fletes anteriores ó por el juicio de peritos.
15. Debe pagarse flete por el aumento de los efectos que consistan en número, peso ó medida.
16. Fletado un buque para ir á un puerto lejano á recibir un cargamento, si habiendo llegado allá encontrase impedimento para verificarlo, ¿á que estará obligado el fletador?
17. ¿En qué caso podrá el fletante desistir del fletamento?
18. Hallándose el capitan obligado á reparar su buque

durante el viage, estará obligado el cargador á esperar ó pagar el fletamento por entero.

19. ¿Que deberá hacer el capitan cuando el dueño ó consignatario á quien se dirigieren mercaderías rehusase recibirlas?
20. Deberá pagarse por entero el flete de las mercaderías que el capitan se vea obligado á vender para reparar el buque ú otro objeto necesario.
21. ¿Que flete se deberá pagar cuando el capitan se viere precisado á volver al puerto de donde salió por haber sabido anticipadamente que en el de su destino se habia publicado suspension de comercio?
22. Si por otro accidente inevitable regresase al puerto de donde salió, ¿que flete deberá pagársele?
23. ¿Que flete deberá pagarse cuando por culpa de los cargadores sea detenido el buque?
24. Debe pagarse el flete de las mercaderías arrojadas por urgente necesidad para alijar el buque.
25. Cuando el capitan se viere precisado á hacer convenio con algun pirata ó corsario de entregarle algunas mercaderías en beneficio de toda la carga, ¿deberá pagársele el flete de ellas?
26. Si se rescatase un buque apresado con su carga, ¿que flete se deberá al capitan?
27. ¿Que deberá hacer el capitan si ajustado un fletamento para ida, estada y vuelta, y llegado el buque al puerto de su destino, no quisiere dar carga para la vuelta el consignatario?
28. Si el buque fletado no tuviese la capacidad expresada en la contrata de fletamento, se deberá rebajar del flete la prorata correspondiente.
29. ¿Como se han de pagar los fletes al capitan cuando quiebre el sugeto á quien ha de hacer la entrega de las mercaderías?
30. Las mercaderías no manifestadas al capitan y cargadas ocultamente, si fueren descubiertas al descargar el buque, deben pagar el flete á arbitrio del capitan.
31. Por el infante nacido en el buque no debe pagarse flete.
32. Será debido el flete por un pasagero que muera en la nave, aunque no haya llegado al lugar de su destino.
33. El capitan no debe retener las mercaderías del buque por falta de pago del debido flete.
34. El fletante no podrá obligar al capitan del buque á tomar en cuenta del flete debido las mercaderías que se hayan deteriorado ó disminuido de precio.
35. El pago del flete puede hacerse anticipadamente.
36. ¿Que deberá hacerse en los

casos en que por motivo de guerra ú otros haya escasez de buques naturales ó extrangeros que con banderas amigas ó pasaportes puedan navegar libremente?

37. En cuanto á los buques que regularmente se ponen á la carga para cualquiera puerto tomándola de varias personas sin preceder mas instrumento que el de los conocimientos de sus capitanes, se debe pasar por el contenido de ellos.

38. Si algun cargador quisiere descargar sus mercaderías antes de hacerse á la vela el buque fletado, puede hacerlo á su costa, pagando la mitad del flete.

39. Pero si la descarga se hiciese, no por antojo sino por culpa ó hecho del capitan, será este responsable de los daños é intereses.

40. Término en que debe el consignatario descargar las mercaderías del buque.

41. El contrato de fletamento se gobierna por los principios de la locacion y conduccion, donde las leyes, ordenanzas ó usos marítimos no hayan previsto todos los casos.

42. ¿Que es conocimiento de capitan ó maestre?

43. Circunstancias que han de expresarse en los conocimientos.

44. ¿Cuantos conocimientos deberán hacerse? Uno de ellos debe llavarle el capitan ó maestre, y los demas han de quedar en poder del cargador.

45. Los conocimientos son actos obligatorios; y en virtud de ellos puede apremiarse al capitan á su cumplimiento.

46. Cuando los conocimientos fueren de diverso contexto, ¿á cual de ellos deberá estarse?

47. Firmados los conocimientos por el capitan, ¿que deberá hacer el cargador si quisiese sacar de á bordo lo que tuviere en el buque?

48. ¿Como se ha de proceder cuando alguno ó algunos conocimientos firmados por el capitan ó maestre se hubieren ya remitido al consignatario, y resistiere la entrega de los géneros, ó mudanza de conocimientos?

49. Si conviniere al capitan ó maestre tomar recibo de la persona á quien fueren dirigidas las mercaderías, deberá dársele, y en qué forma.

50. ¿Como y en qué términos deberán pagarse á los capitanes y flete y averías?

51. Los conocimientos que se recibieren por cualquiera negociante á la orden endosados á su favor, deben manifestarse al corredor ó consignatario del buque.

52. ¿En que forma debe acudir á los tiempos de las descargas cualquier negociante que tuviere conocimien-

tos á su orden?

53. Término en que cada cargador ha de presentar al capitan los conocimientos; y en qué forma.

54. ¿Que deberá hacerse cuando por cualquier accidente sucedido al capitan del buque fuere preciso nombrar otro en su lugar?

1. El fletamento es un contrato que se hace por el dueño, capitan ó maestre de un buque, y la persona ó personas que intentan cargar mercaderías y otras cosas en él, para su conduccion de unos puertos á otros, pagando por el alquiler la cantidad ó cantidades en que se convinieren (1). Llámase flete el precio que se da por el alquiler del buque; y fletador ó fletante el que paga dicho precio por la conduccion de sus efectos.

2. El uso mas comun de los buques es el trasporte de las mercaderías, bien que se alquilan tambien para la pesca, para el corso, y para conducir pasageros. Pueden hacerse los fletamentos ó de todo el buque, ó de parte de él, por toneladas, quintales, fardos y barricas ó cajones; ó para viage redondo; esto es, ida, estada y vuelta; ó para solo la ida; ó para solo la venida; ó por meses, de aquella parte que se ocupare. Se puede hacer tambien pura y simplemente, ó con la condicion de que el maestre ó el dueño del buque halle dentro de un tiempo determinado fletadores para completar la carga; condicion que se entiende cumplida segun Vallin, cuando la tiene para las tres cuartas partes de él (2).

3. De lo que se estipulare por este contrato entre el dueño, capitan ó maestre del buque, y la persona ó personas que le fleten, se ha de hacer escritura ante escribano, ó contrata entre partes por medio de corredor, ó sin él, obligándose recíprocamente para la seguridad de lo contratado el maestre, capitan ó dueño, con el buque, sus aparejos y fletes, y los bienes muebles y raices pertenecientes á los tales capitanes ó maestres, y los cargadores con sus mercaderías ó cosas que cargaron (3). En esta escritura ó contrata ha de constar el nombre y porte del navio; el del capitan ó maestre; su tripulacion y armamento; el nombre del fletador; el puerto de donde hubiere de salir; el de

1 Ordenanzas de Bilbao, cap. 18. num. 1. Stracc. *de naut.* part. 2. num. 2. *Cur. Filip. Com. naval*, cap. 5. num. 1. Targa *Pond. marit.* cap. 5. num. 1 y 2.

2 Targa *Pond. marit.* cap. 25. num 3, 4 y 5. Vallin al art. 1 y 5. de la Orden de Francia. Vinnius ad Peckium *de re naut.* pag. 257.

3 Ordenanz. de Bilbao, cap. 18. num. 3.

las escalas si las hubiese de hacer, y el de su destino; los dias en que se conviniere para la descarga; el precio del fletamento; la cantidad que se hubiere de dar por cada uno de los dias de demora en caso que la haya; dónde y cómo debe recibirse su pagamento, si se comprenden ó no averías ordinarias, y cómo han de ser reguladas estas; con las demas circunstancias que quisiesen capitular (1).

4. En las Ordenanzas de Bilbao no se dice cuáles serán los efectos de esta contrata cuando no se haya formalizado por escrito. La Ordenanza de Francia, de donde se tomaron aquellas, excluye la prueba de testigos, sin admitir otra que la del juramento que se defiera á alguna de las partes acerca del contrato y sus condiciones; pero esto no parece conforme al espíritu de nuestra legislacion, que siempre considera como una de las principales la prueba de testigos, asi en lo civil como en lo criminal, y por consiguiente no podemos dar tal extension al artículo citado de dichas Ordenanzas. Lo cierto es que la omision de cualquiera de dichos requisitos no causa nulidad, y que las Ordenanzas solamente se propusieron en ellos facilitar la prueba del contrato. Si el maestre ó el fletador no saben firmar, será bueno que lo haga el corredor que haya intervenido en el negocio. No suelen estar en práctica dichas disposiciones en los fletamentos de buques pequeños que navegan de un parage á otro de un mismo distrito. La escritura ó contrata, ya pública ó privada, en que se extiende el fletamento, se llama tambien *carta partida*. Viénele este nombre de la costumbre que en lo antiguo hubo en Inglaterra y otros paises de extender estos convenios en un papel que despues de escrito se partia ó rasgaba de alto abajo en dos partes, de las cuales se daba una á cada cual de los contratantes, quienes cuando se trataba de saber y cumplir lo convenido, las confrontaban y juntaban. De este modo se cercioraban del verdadero original, y se precavia la falsificacion.

5. Cualquiera que fletare un buque para viage redondo de ida, estada y vuelta, estará obligado á entregar y poner al costado del buque la carga que hubiere de llevar dentro del término prefijado en la contrata de fletamento; y no haciéndolo asi, será de su cargo satisfacer la cantidad que segun el convenio haya de darse por cada dia de demora ó estalia. Esto se entiende en toda clase de fletamentos, menos en los que se hicieren por meses, porque estos han de empezar á correr desde el dia que

1 El mismo cap. num 4.

se expresare en la escritura ò contrata; y designándose como tal el primero en que el buque se haga à la vela, si el fletador se detuviese en cargar hallándose la embarcacion pronta à recibir, requerirá el fletado al fletante protestándole los dias de la demora, con cuya circunstancia será de cargo del fletador pagar à dicho fletado lo respectivo del flete à los dias de demora que por su causa le ocasionare (1).

6. Siempre que el buque se fleta ó alquila por entero y en toda su capacidad, se llama por los jurisconsultos fletamento *per aversionem*, es decir, que pendiente el viage convenido, el uso del buque entero pertenece al locador, no menos que el derecho de percibir toda especie de utilidades, como fletes de pasageros y cualquier otro beneficio que pueda producir la misma embarcacion pendiente aquel viage: por consiguiente el capitan de ella no podrá cargar cosa alguna por su propia cuenta ó por la de un tercero sin el consentimiento del fletador, à quien solo pertenecen los fletes de todos los efectos ò mercaderías cargadas (2).

7. Cuando se fletare una embarcacion señalando en la carta de fletamento las toneladas, quintales ú otra carga, y no embarcare el fletante todo lo que asi se hubiere designado, deberá no obstante pagar el flete por entero; y en el caso contrario de que cargare mas de lo designado, habrá de pagar lo correspondiente al exceso (3).

8. Fletado un buque con destino para uno ò mas puertos que se señalaren en la carta de fletamento, y cargado que sea, si al dueño ó dueños de la carga conviniere mudar de viage y puerto, será preciso que el capitan é interesados en el casco, si los hubiere, y consignatarios, consientan en la tal mudanza, haciendo si fuere necesario nueva carta de fletamento; pero si el tal capitan ò dueños y consignatarios del navío no quisieren venir en ello, ni apartarse de la contrata del fletamento hecho, en este caso, teniendo cuenta al cargador ò cargadores, podrán hacer descargar pagando el falso ò medio flete y demas gastos (4).

9. Efectuado el fletamento y cargado el buque, si por algun motivo conviniere al fletador por algun tiempo suspender la sa-

1 Ordenanz de Bilbao, cap. 18. num. 5.

2 Stypmann *ad jus marit.* part 4. cap. 10. num 148 Kuricke *Jus marit hanseat.* tit. 5. art. 2. Pothier. *Contr. marit.* num. 20, 21 y 22. Targa *Pond. marit* cap. 25. num. 5. Cleirac. *Us et cont. de la mer.* pag. 320 y 415 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. 18. num. 13.

3 Casareg. *de comm.* disc. 10. num. 3. Ordenanz. de Bilbao, dicho cap num 14.

4 Ordenanz. de Bilbao en el cit. cap. num. 12.

lida del mismo, y en la escritura de fletamento se hubiere expresado que este haya de correr desde el dia en que se hiciere à la mar, ò por meses, previniéndose esta circunstancia, deberá el fletante pagar al capitan las demoras segun estas se hubiesen estipulado en la contrata, y entonces estará el capitan obligado à esperar el consentimiento del cargador ò fletante para empezar la navegacion (1).

10. Cuando por orden superior estuvieren cerrados los puertos y los buques detenidos con su carga por algun tiempo, el fletamento subsistirá, y asi el capitan ò dueño del buque como los de las mercaderías, estarán obligados reciprocamente à esperer la abertura y libertad de los puertos, sin que unos ni otros puedan pretender daños ni intereses algunos. Y si al fletante conviniere descargar sus mercaderías para mejor conservarlas durante la detencion, lo podrá hacer de su cuenta interin llega el caso de la expresada libertad de puertos; y cuando esta se haya conseguido las volverá à cargar, si le pareciere, para emprender el viage, y de no hacerlo asi habrá de pagar al capitan el falso ò medio flete (2).

11. El fletador podrá fletar à otro la nave entera ò parte de ella; pero con la condicion de que lo haga al mismo precio pactado en el contrato de fletamento, y de tal suerte que un cargador de la misma no pague mas que otro, en suma, que no se aumente el flete entero de la nave (3).

12. Siempre que el buque sea fletado à dos cargadores con distintos fletes, debe preferirse el primer fletador, con tal que la cosa esté *integra*, ò no se haya hecho novedad; pero si el segundo hubiese ya comenzado su cargamento, podrá continuarle, y será preferido por tener ya la *cuasiposesion* del alquiler del buque, quedando no obstante salvo al primer fletador el recurso contra el propietario ò capitan del barco por los daños é intereses (4).

13. Si la nave fuere de varios dueños, y algunos de ellos quisieren fletarla à cierto sugeto y los demas à otro, aquel deberá ser preferido por quien esté la mayor parte, atendiendo para esto no al número de personas sino à las partes que respec-

1 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num. 7.

2 Las mismas Ordenanz. en el citado cap. num. 10

3 Ley 6. Cod. *de locato et conducto.* Ordonn. de Wisbuy, art. 10. Ordonn. de France, art. 28. tit. *du fret.* Kuricke *Quæst. ilustr.* quæst. 21.

4 Ley 26. ff *Locati.* Roec. *de navib. et naut.* not. 49. *Cur. Filip. Com naval,* cap. 5. num. 6. Casareg. *de comm.* disc. 22. num. 62. Targa *Pond. mar.* cap. 26. § 2. num. 3 y 4.

tivamente tengan en el buque; pero si estas fueren iguales, debe prevalecer el mayor número de personas. Finalmente habiendo igualdad en todo, ha de ser preferido el mejor fletante, y siendo tambien estos iguales, ha de elegir el juez persona à quien haya de fletarse (1). No obstante lo dicho, será siempre preferido à otro, cualquiera de los propietarios de la misma nave que quiera fletarla por su cuenta y para el mismo uso à que estaba destinada (2).

14. Fletada una nave sin expresion de flete señalado ò cierto, se regulará este por los fletes anteriores, ò por el juicio de peritos, teniendo siempre en consideracion la capacidad del buque, la calidad del viage y del tiempo, y las demas circunstancias que puedan acompañar à la navegacion (3).

15. Cargados en un buque algunos géneros consistentes en número, peso ò medida, si se hallase en ellos aumento al tiempo de entregarlos en el puerto de su destino, deberá pagarse por razon de este el flete en proporcion (4).

16. Fletado un buque para ir à un puerto lejano á recibir un cargamento, si habiendo llegado allá encontrase impedimento en verificarlo, como seria si de improviso se hubiese suspendido la extraccion, ú otro caso semejante é imprevisto, no estará obligado el fletador mas que à pagar al capitan los gastos que hubiese hecho en este viage, quedando el buque libre de toda obligacion, à menos que el fletador ò consignatario quisiese darle otro cargamento en vez del primero; en cuyo caso el capitan tendrá que ir à tomar dicho cargamento hasta la distancia de ciento cincuenta millas mas allá del lugar destinado, pagándosele sin embargo mayor flete en proporcion del primero. En todo caso el fletador, ò aquel que hubiese de suministrar el cargamento, estará obligado à pagar el flete por entero, siempre que de su parte haya culpa aunque leve en no haber previsto ò remediado el inconveniente (5).

17. Cuando en virtud de un fletamento hiciere el capitan, maestre ò dueño del buque algunas prevenciones para el viage, como son, carenarle, aparejarle y otros gastos, y en este tiem-

1 Ley *Non aliter* ff. *de usu, habit.* Ley 6 tit. 15. Part. 5. *Cur. Filip Com. naval*, cap. 5. num. 7. Targa *Pond. mar.* cap. 26. §. 3. num 5.

2 Glosa en la ley 16. ff. Rocc. en el lugar cit. num. 129.

3 Ley 18. Cod. *de locat.* Rocc. *de nav. et naut.* not. 49. num. 132. Casareg *de comm.* disc. 22. num. 63.

4 Targa *Pond. marit.* cap. 26. §. 26. num 37.

5 Targa *Pond. marit.* cap. 26. §. 23. num. 14. Vinius ad Pechium en el tit. á la ley. Rhod. verb. *Ait jureconsult.* pag. 291. *Consolato del mare*, cap. 188.

po conviniere al fletante ò cargador desistirse del tal fletamento, y lo pidiere antes de cargarle, el capitan deberá venir en ello sin pretender falso flete, con tal que se le pague la mitad del coste que hubiere tenido la carena si se le hubiese dado, y el todo de los jornales y gastos que hubiere tenido hasta el dia en que se le hiciere saber ò pidiere dicho desistimiento ò nulidad de dicho fletamento, sin que sea visto comprenderse en estos gastos el costo de las vituallas y alimentos que el capitan pueda haber comprado hasta el dia del desistimiento, porque siempre deberán ser de su cuenta (1).

18. Hallándose el capitan precisado à reparar su buque durante el viage, estará obligado el cargador à esperar ò pagar el fletamento por entero; y en caso que la nave no pueda ser prontamente reparada, podrá el capitan alquilar ò fletar otra para trasportar las mercaderías à su destino, mas no pudiendo verificarse esto, solo deberá pagársele el flete en proporcion de la parte de viage que haya hecho (2) (*).

19. Cuando el dueño ò consignatario, à quien se dirigieren mercaderías, rehusase recibirlas y pagar sus fletes, el capitan ò maestre podrá con autoridad judicial, vender las correspondientes ò sus hipotecas al pagamento de ellos, debiendo depositar las demas mediante la misma autoridad, en la persona que fuere nombrada (3).

20. Se deberá pagar el flete entero de aquellas mercaderías que el capitan se vea obligado à vender para proveerse de víveres durante el viage, ò para reparar el buque; pero estará obligado à llevar cuenta de su valor al mismo precio que se venda el resto de las mercaderías en el puerto adonde iban destinadas (4).

1 Ordenanz de Bilbao en el cit. cap. num 17.

2 Ordonn. de Wisbuy, art. 16. Ordonn. de France, art. 15, 19 y 22. tit *du fret*. y alli Vallin. Kuricke *ad jus marit. hanseat.* tit. 2. art. 29. Cleirac. *aux jugem d' Oleron*, §. 5. num. 3. Casareg. *de comm.* disc. 22. num. 53.

* Las Ordenanzas de Bilbao en el número 18 del citado capítulo solo dicen lo siguiente: »Afletado un navío para viage de ida y vuelta, y llegado al puerto de su destino para la descarga, si el capitan reconociere despues de ella necesidad de carenarle ó hacer algun otro reparo preciso para volver á navegar con mas seguridad: ha de ser visto que no pudiendo hacerlo durante los dias de demora expresados en la contrata, podrá tomar para ello los demas necesarios, y en ellos deberá esperarle el consignatario ó nuevo cargador, sin que dicho capitan pueda pretender en este caso cosa alguna por razon de los dias tomados para dicho reparo.«

3 Ordenanz. de Bilbao, diebo cap. num. 25.

4 Jugem. d' Oleron, art. 22. Ordonn. de Wisbuy, art. 35 y 69. *Reglem de assur.* d' Anvers. art. 19 Ordonn. de France, art. 14. tit. *du fret*. et ibi. Vallin. Cleirac. *Uset cont. de la mer*, art. 22. num. 1. Ordenanz. de Bilbao en dicho cap. 18. num. 21.

21. Si sucediere que navegando un buque con su carga, antes de entrar en el puerto destinado, supiese el capitan ò maestre que se habia publicado suspension de comercio por causa de guerra ú otro motivo, y en razon de esto se viere precisado à volver al puerto, de donde salió, con la misma carga que llevaba; en tal caso solo se le deberá pagar el flete de ida, aunque su buque se hubiese fletado para viage redondo de ida, estada y vuelta. Pero si por orden de algun Príncipe fuere detenido el buque en el curso de su viage, no deberá pagársele flete por causa del tiempo de su detencion, estando hecho el fletamento por meses, ni se le aumentará si hubiese sido fletado por viage; sin embargo se le abonarán los sueldos de los marineros correspondientes al tiempo de la detencion, y víveres que se consumieren en el fletamento hecho por meses; mas los gastos referidos que causare el fletado sin la circunstancia de meses y solo por viage, serán de cuenta del capitan ò dueños del navio (1).

22. Si por otro caso fortuito, no de guerra sino de temporal ú otro accidente inevitable, habiendo empezado el buque su viage, volviere al puerto de donde salió (en estado de poder volver à navegar), si los cargadores quisieren descargarle, lo podrán hacer pagando por entero al capitan el flete de ida, como si hubiera llegado al puerto de su destino (2). Y si el buque, por un accidente fatal, como naufragio &c., no pudiere terminar el viage sin culpa del capitan, deberá pagarse à este solamente el flete que en proporcion le corresponda hasta el parage donde le hubiere sucedido el fracaso (3).

23. Detenido un buque en el curso de su navegacion ó en el puerto de su destino por culpa ò motivo del cargador ò cargadores, como seria por haber cargado mercaderías de contrabando ú otras causas semejantes, se deberá pagar al capitan el flete por entero, y ademas todos los intereses y gastos que se hayan originado de la demora; y lo mismo sucederá si habiendo sido fletado el buque para la ida y vuelta, tuviese que retornar sin cargamento por causa de dichos cargadores (4). Por el contrario si el motivo del embargo y retencion del buque provinieren de

1 Ordonn. de France, art. 15 y 16. tit. *du fret* art. 7 y 8. tit. *de chartes parties* et ibi Vallin. Ordenanz. de Bilbao en el cit. cap. num. 22 y 24

2 Ordenanz. de Bilbao en dicho cap. num. 23.

3 Ordenanz. de Bilbao en el mismo cap. num 16.

4 *Consolato del mare*, cap. 189. Ordonn. de France, art 9. tit. *du fret*. Stracc. *de navib.* part. 3. num. 25. Loccen. *de jure marit.* lib 3. cap. 6 num. 11. Stipmann. *ad jus marit.* part 4. cap. 10. num. 229. Vallin. á dicho art. 9 Ordenanz. de Bilbao en el cit cap num. 16.

parte del capitan ò dueño de la nave, los daños que de esto resultaren à la carga, serán de cuenta del que tuviere la culpa (1).

24. Si el capitan ò maestre por urgente necesidad y beneficio comun de toda la carga, se viere precisado à arrojar al mar algunas mercaderías para alijar el buque, será pagado de los fletes correspondientes à las asi hechadas, como si las hubiese conducido al puerto de su destino. Por el contrario no podrá pretender flete alguno si à consecuencia de naufragio, varamento del buque, pillage de piratas ò apresamiento de enemigos, se perdieren las mercaderías; y si hubiere recibido alguna cantidad anticipada en cuenta de tales fletes, deberá devolverla, à menos que por la contrata de fletamento se hubiere estipulado lo contrario (2). Si se salvaren algunas mercaderías de dicho naufragio, se ha de pagar al capitan la prorata del flete correspondiente à lo salvado, regulándole segun la distancia del puerto de donde salió y el de su destino, respecto de aquel donde sucedió el naufragio; pero si en el mismo buque ò en otra embarcacion condujere lo salvado al puerto de su destino, se le pagará enteramente el flete respectivo segun expresaren los mismos conocimientos (3).

25. Si en virtud de convenio hecho por el capitan en beneficio de toda la carga con algun corsario ò pirata, diere algunas mercaderías, se le pagarán sus fletes, como si las condujese al puerto de su destino, en caso de llegar despues con felicidad à él, constando por plena justificacion que habrá de hacer ante la justicia del primer puerto adonde llegare, con toda su gente y pasageros, si los hubiere, de la precision de dicho convenio, y de haberle hecho en conocido beneficio del resto de la carga (4).

26. Si algun buque con sus mercaderías fuere apresado por enemigos, y se hiciere su rescate, se le deberá pagar al capitan el flete correspondiente hasta el parage de su apresamiento, en caso que los dueños de las mercaderías rescatadas no quieran que prosiga el viage al puerto de su destino; pero si lo hi-

1 Stracc. *de navib.* part. 3. num. 24. Kuricke *ad jus marit. hanseat* tit. 9. art. 1. Rocc. *de navib et naut.* not. 81. num. 212 *Cur Filip Com. naval*, lib 3 cap. 5. num. 22. Targa *Pond. marit.* cap. 26 num. 26, y cap. 45. num. 10.

2 Ley 15. § 6. ff *Locati*, y alli Gujac. lib. 3. observat. 1. Ordonn. de France, art. 13 y 18. tit. *du fret.* Kuricke *ad jus hanseat.* tit. 9. art. 2. Cleirac. *aux jugem. d' Oleron.* § 9. num 9. Rocc. *de navib. et naut.* not. 70 Casareg *de comm* disc. 27. num. 44 y sig. *Cur Filip. Com. naval*, lib. 3. cap. 5. num. 22. Ordenanz de Bilbao, dicho cap. num. 20 y 26.

3 Ordenanz. de Bilbao en el cit. cap. num. 26.

4 Id. num. 27.

ciere se le pagará el flete primitivo segun su fletamento, contribuyéndose por él à dicho rescate con el buque y sus fletes en la parte que le tocare (1).

27. Si ajustado un fletamento para ida, estada y vuelta, acaeciere que llegado el buque al puerto de su destino no quisiere dar carga para la vuelta el consignatario, deberá el capitan, durante el término señalado para la estancia, hacer diligencias en solicitud de cargar à flete, aunque sea para otras personas distintas del fletador principal; y concluido el término de la estada, se hará à la vela para volver al puerto de donde salió con carga. En tal caso estará obligado el fletador al pago de todo el fletamento, siendo en beneficio suyo cualquier flete que el buque trajere à su vuelta para otros. En caso de que el capitan se detuviere mas del término convenido, y entretanto consiguiese algun nuevo flete, tendrá eleccion el fletante, ò de recibir el importe del nuevo fletador, pagando al capitan el prorateo correspondiente à la demora, ò bien de abandonarle, quedando relevado de la paga de lo que se hubiese demorado (2).

28. Si algun dueño ò capitan de navío le fletare suponiendo en él capacidad determinada, y al acabar de cargar se reconociere no ser del porte expresado en la contrata de fletamento sino de menor, se le rebajará del flete la prorata correspondiente al ajuste hecho, y ademas pagará por via de pena otra tanta cantidad como importare la falta (3).

29. Si algun capitan ò maestre condujere mercaderías para alguno que faltare à su crédito ò quebrare antes de la entrega y recibo de aquellas, ò quince dias despues, hallándose dichas mercaderías existentes en casa del quebrado, se le pagarán con ellas enteramente sus fletes, sin que los acreedores puedan pretender dilacion ni descuento alguno; pero si hubieren pasado à tercera mano, entrarán dichos fletes à pretender y gozar solamente la prorata que sueldo à libra les tocare en el concurso (4).

30. Las mercaderías no manifestadas al capitan, y cargadas ocultamente sin constar en el conocimiento, si fueren descubiertas al hacer la descarga, deben pagar el flete à arbitrio del capitan, segun los autores citados al pie (5). Sin embargo parece mas justo que el señalamiento del flete en este caso se deje al

1 El mismo cap. de dichas Ordenanz. num. 28.

2 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num. 21.

3 Id. num. 15.

4 Id. num. 30.

5 Cleirac. *aux jugem. d' Oleron.* §. 22. Targa *Pond marit.* cap. 29. num. 1. Casareg. *de comm.* disc. 72. num. 1.

arbitrio y prudencia del juez, quien deberá para ello tener en consideracion las circunstancias, la calidad de las mercaderias y el flete convenido para las otras.

31. Considerándose regularmente lo accesorio una cosa misma con lo principal, la razon exige que por el infante nacido en el buque no se pague flete, puesto que al tiempo del embarque era parte ò cosa accesoria de la madre (1).

32. Será debido el flete por un pasagero que muera en la nave aunque no haya llegado al lugar de su destino. Del mismo modo habiendo pagado alguno anticipadamente el flete de su pasage, si quisiese desembarcar ò saltar en tierra antes de haberse cumplido la navegacion convenida, no podrá pretender que se le devuelva el dinero, puesto que por parte del capitan no se falta à llevarle donde se estipuló (2).

33. El capitan no deberá retener las mercaderías del buque por falta de pago del debido flete; pero podrá al tiempo de la descarga oponerse al trasporte de las mismas, ò hacerlas secuestrar aun en los mismos botes, lanchas ò gabarras que sirvan para hacer la descarga hasta que sea satisfecho (3). No obstante tales principios, ha prevalecido generalmente el uso de que el capitan no utilice semejante derecho, debiendo exigir el flete despues de haber entregado las mercaderías à su dueño; lo que parece mas equitativo, pues que al dicho propietario corresponde tambien el derecho de reconocer sus efectos, y oponer la excepcion debida contra el capitan en caso de que aquellos no se hallen en buen estado (4)

34. El cargador ò fletante no podrá obligar al capitan del buque à tomar en cuenta del flete que le es debido las mercaderías que hayan disminuido de precio, ó se hayan deteriorado por vicio suyo intrinseco, ò por caso fortuito; puesto que se le debe el flete por entero, siempre que conduzca las mercaderías en salvamento al lugar destinado, aun cuando lleguen viciadas ò deterioradas sin culpa suya (5). Pero si estas fueren líquidos, co-

1 Ley 19. §. 7. ff. *Locati.* Cleirac. *aux jugem. d' Oleron*, cap. 8 §. 25 Stipmann. *ad jus marit.* part 4. cap. 10. num. 41. Loccen. *de jur. marit.* lib. 3. cap 6. num. 12. *Cur. Filip. Com naval,* lib. 3. cap. 5 num. 21.

2 Stipmann. *ad jus marit* part. 4. cap. 10. num. 45. Stracc *de navib* part. 3. num. 17. Vallin. al art. 18. de la Orden. de Francia, tit. *du fret.*

3 Ley 55. ff. *de furtis.* Ordenanz. de Felipe II. art. 13. Ordonn. de Wisbuy, art. 57. Ordonn de France, art. 23. tit *du fret.* Cleirac. *aux jugem. d' Oleron*, art. 21. num. 4

4 Vallin al art. 23 de la Orden de France. Vinnius ad Peckium tit. leg. Rhod. *de jactu*, pag 203. not. 2.

5 Ordonn. de France, art. 25. tit. *du fret.* Kuricke *ad jus marit. hanseat.* tit. 9. art. 1 y 2. Casareg. *de comm.* disc. 22. num. 86 y 87.

mo vino, aceites, aguardientes y otros licores sujetos à colarse de las pipas, ò bien azucar, barrilla ò sales que se hayan derretido, en este caso los dueños ò consignatarios de ellas podrán abandonarlas, si les pareciere por el flete (1).

35. Aunque por lo general no se paga el flete sino en el parage donde se descargan las mercaderías, puede sin embargo hacerse dicho pago anticipado antes de emprenderse el viage convenido, en cuyo caso se considera como una especie de préstamo hecho por el locador al capitan del buque (2).

36. Por lo que hace à los casos en que por motivo de guerra ù otros haya escasez de buques naturales ò extrangeros, que con banderas amigas ó pasaportes puedan navegar libremente, de lo cual suelen resultar contiendas entre los cargadores, previenen las Ordenanzas de Bilbao (3): »que en tales lances el prior y cónsules manden juntar à todos los comerciantes, asi naturales como extrangeros, que pretendieren cargar en los navíos de estas circunstancias, y haciendo numeracion de la carga que cada uno tuviere que dar, les repartan y apliquen rata por cantidad el buque que correspondiere, haciéndoles justicia con igualdad y desestimando las antelaciones que intentaren; entendiéndose esto con las embarcaciones que estuvieren en este puerto (de Bilbao), y vinieren à él à tomar carga de quienes la quisieren dar; pero si la tal embarcacion ò embarcaciones fueren extrangeras, y vinieren fletadas para la vuelta enteramente por algun individuo de este comercio ó fuera de él, en tal caso al fletador se le preferirá en la mitad del buque, y la otra mitad se distribuirá entre los demas pretendientes cargadores en la forma y con el rateo expresado."

37. En las mismas Ordenanzas se previene (4) »que por lo tocante à los navios que regularmente se ponen à la carga para cualesquiera puertos, tomándola de varias personas, sin preceder mas instrumento que el de los conocimientos de sus capitanes, se esté y pase por el contenido de ellos, y que siempre que sobre esto haya algunas dudas ò diferencias, se observen y guarden las reglas y forma dispuestas para las cartas de fletamento."

38. Cargado un buque por toneladas, quintales ó de otro

1 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num. 34.

2 Ley 15. §. 3. ff. *Locati*, et ibi Cujac. lib. 3. *Observat.* Kuricke *Quæst ilustr.* quæst 34. in princ. Pothier *de contr. mariit.* num. 86. Vallin al art. 18 de la Ordenan. de Franc. Emerigon *des assur.* cap. 8. secc. 8. §. 1.

3 Cap. 18. num. 32.

4 El mismo cap. 18. num. 33.

modo, si alguno de los cargadores quisiese descargar ó volver á tierra sus efectos antes que el buque se haga á la vela, podrá hacerlo á su costa, mediante el pago de la mitad del flete (1); con la circunstancia de que estando hecho el fletamento para viage redondo de ida, estada y vuelta, se haya de entender que debe pagar solamente la mitad de lo que corresponde á la ida: si fuere por meses en viages para Alemania, Inglaterra y Holanda, se le pagará lo correspondiente á dos meses, y en viages de mayor ó menor distancia á proporcion, considerando en tales casos los gastos precisos de su apresto, á menos que por la contrata de fletamento estuviere capitulada otra cosa (2).

39. Lo dicho en el párrafo anterior se ha de entender solamente en el caso de que el cargador por su mero antojo ó voluntad quisiere descargar sus efectos; pero si se viese obligado á hacerlo por culpa ó hecho del capitan, como sucedería si lo ejecutase por haber reconocido el mal estado del buque para proseguir la navegacion, por haber variado de rumbo, ó prolongado el viage mas de lo estipulado ó sin consentimiento del cargador, y otros motivos semejantes, en tales casos será responsable el capitan de los daños é intereses (3).

40. En el párrafo 5 se habló de la obligacion que tiene el fletador de llevar la carga al buque en debido tiempo. Del mismo modo habiendo llegado el buque al lugar de su destino, la ley civil obliga al consignatario de las mercaderías á cumplir el descargo del buque en el término de diez dias. Sin embargo, el uso le ha fijado en muchos lugares á quince dias (llamados dias de *tabla* ó de *descarga*), siempre que este término no se halle designado en el contrato mismo del fletamento. Trascurrido este tiempo, el capitan tiene derecho á pedir el flete con todos los daños é intereses (4).

41. Como el contrato de fletamento se gobierna por los principios de la locacion y conduccion ó arrendamiento, donde las leyes ó los usos marítimos no han previsto todos los casos que pueden ocurrir, podrán acomodarse los principios establecidos en esta parte por el derecho comun.

42. El conocimiento es una obligacion particular que el ca-

1 *Guid. de la mer*, cap. 9. art. 11. Cleirac. *Us et cout. de la mer*, pag 249. Targa *Pond. marit.* cap. 26. §. 7. num. 10.

2 Ordenanz. de Bilbao en el cit. cap. num. 9.

3 *Consol. del mare*, cap. 82. Ordonn. de France, art. 8 et 12. tit. *du fret.* y art. 29 tit. *des assur.* Vallin en dichos art. Weytsen. *de avariis*, pag. 10. Targa *Pond. marit.* cap. 26 §. 7. num. 10, 11 y 12. Ordenanz. de Bilbao en el cit. cap. num. 19.

4 Ley 8. *de navicularis*, Cod. Theod. Cleirac. *aux jugem. d' Oleron*, cap. 21. num. 2 y 3.

pitan ó maestre de un buque otorga por medio de su firma en favor de un negociante que ha cargado en aquel algunas mercaderías ú otros efectos para llevarlos de un puerto á otro, obligándose á entregarlos á la persona que se expresare en el conocimiento, ó á su orden ó á la del cargador, por el flete concertado antes de cargarse (1). En orden á los requisitos que deberán tener estos conocimientos y demas disposiciones relativas á ellos, copiaremos los artículos de las Ordenanzas de Bilbao, sin hacer mas que alguna ligera alteracion donde se crea conveniente para dar á las expresiones mayor claridad.

43. En el conocimiento deberá expresarse el nombre del capitan, su vecindad, el del buque, su porte, lugar donde recibe su carga, para dónde, de quién, la cantidad, calidad, marcas y números, y persona á quien vaya dirigida, el flete que se haya de pagar, y habiendo averías ordinarias las que deberán comprenderse, con fecha, dia, mes y año.

44. Los conocimientos deberán ser tres, ó mas en numero, segun conviniere al cargador de cada partida, todos de un mismo tenor y fecha; de los cuales el uno llevará el capital ó maestre, tambien firmado por el fletador, y los demas quedarán en poder de este, para usar de ellos conforme lo necesitare.

45. Todo conocimiento es acto obligatorio del capitan para que pueda apremiársele en virtud de él al puntual cumplimiento de su contenido.

46. Cuando los conocimientos hechos sobre unas mismas mercaderías fueren entre sí de diferente contexto, se ha de estar y pasar por el que se hallare en poder del capitan si hubiere sido llenado de mano del cargador ó sus dependientes, sin enmienda en parte sustancial; y de lo contrario se estará y pasará por el del cargador, si estuviere firmado de mano del capitan tambien sin enmienda.

47. Firmados los conocimientos por el capitan, y conviniendo despues al cargador sacar de á bordo las mercaderías (por cualquiera motivo que tenga) no lo podrá hacer sin que primero restituya al capitan dichos conocimientos, y le pague el medio flete, que en este caso le es debido.

48. Cuando alguno ó algunos conocimientos firmados por el capitan ó maestre se hubieren remitido ya al consignatario, y al cargador ó partes interesadas en las mercaderías conviniere descargarlas ó mudar de direccion, si el capitan ó maestre se

1 Ordenanz. de Bilbao, cap. 18. num. 34.

resistiere á su entrega, ó á la mudanza de conocimientos por falta de los ya remitidos, podrán el cargador ó partes interesadas obligarle á la descarga ó mudanza de conocimientos, mediante fianza á satisfaccion que dieren ante prior y cónsules de pagar los daños, gastos y menoscabos que por la descarga y demas referido se le siguieren.

49. Siempre que à un capitan ó maestre de navío canviniere tomar recibo de la persona à quien hubieren venido dirigidas las mercaderías, será de la obligacion de esta dársele, firmándole à espaldas del conocimiento que llevare el capitan.

50. Todo negociante, que recibiere mercaderías, estará obligado à pagar al capitan ó sus representantes el flete y averías regulares que expresare el conocimiento, y las extraordinarias, si las hubiere, en virtud del arreglo que se hiciere judicial ó extrajudicialmente; yendo este firmado por prior y cónsules, ó por personas nombradas, uno y otro cuatro dias despues que se hayan entregado las tales mercaderías; pena de ser apremiado à ello por todo rigor, y de las costas, gastos y demoras que por la omision se sigan al capitan.

51. El negociante, que tambien recibiere conocimientos à la orden endosados à su favor, deberá acudir à manifestarlos al corredor ó persona à quien viniere consignado el buque, con razon de las marcas, números de los efectos señalados en dichos conocimientos antes de empezar á descargar el buque, pena de que no ejecutándolo asi, pagará los gastos que se causaren por negligencia y morosidad.

52. Asimismo será obligacion de todo negociante, que tuviere conocimientos à su orden, acudir à los tiempos de las descargas à los muelles de esta villa (Bilbao), por sí ó sus dependientes, con el mismo conocimiento ò razon de sus marcas y números, para recibir las mercaderías, pena de que justificando el capitan haberlas descargado en dichos muelles, si se extraviaren ó perdieren, serán por cuenta del dueño ó consignatario de ellas.

53. Cualquiera cargador estará obligado à presentar al capitan los conocimientos extendidos y llenos, en la forma en que se hubieren ajustado, dentro de dos dias contados desde aquel en que fueren cargadas las mercaderías; y el dicho capitan deberá firmarlos, sin que en esto haya dilacion de una ni otra parte, que exceda al dia de correo de aquella semana.

54. Cuando por muerte, enfermedad, ausencia ú otro accidente del capitan del navío, que esté en parte ó en el todo

cargado, fuere preciso nombrar otro en su lugar, será visto que el asi nombrado deberá hacerse cargo del buque, revalidando los conocimientos que hubiere firmado el primero si pareciere conveniente à los cargadores.

CAPITULO NONO.

De las averías.

§. 1. De las diferentes especies de averías.
2. ¿Que se entiende por avería simple?
3. Designacion de los casos y circunstancias que constituyen esta avería.
4. Definicion de la avería gruesa.
5. Especificacion de los casos y circunstancias que constituyen esta avería.
6 hasta el 13. Modo de contar y arreglar la avería gruesa.
14. ¿Que se entiende por avaría ordinaria?
15 hasta el fin. Del modo de pagar esta avería.

1. Hay tres clases de averías, à saber: *simple ó particular, gruesa ó comun, y ordinaria.*

2. Por avería simple se entienden los daños causados distintamente al buque ó à algunas mercaderías, cuyo perjuicio deberá padecer sola y respectivamente la parte que la recibiere, esto es, el dueño del buque cuando el daño se cause à su casco y aparejos, y los interesados en la carga si el perjuicio hubiere resultado à esta (1).

3. Es avería simple: 1.° Cualquier daño que resultare à la carga por vicio ó corrupcion de ella misma, durante el viage de su conduccion (2). 2.° El derramamiento de cualquier licor de barricas, y sus mermas que por este accidente se reconocieren, no siendo por falta de arrumage, en cuyo caso será de cuenta y cargo del capitan (3). 3.° El daño y menoscabo que durante el viage se ocasionare à alguna cosa ó parte de la carga, ya sea por tempestad, ó porque se corrompa (4). 4.° El daño acaecido à cualesquiera mercaderías que yendo sobre cubierta del

1 Ordenanz. de Bilbao, cap 20. num. 25.
2 Id. num. 26.
3 Dicho cap. num. 27.
4 Id. num. 28.

buque se llevare el mar, el viento ó la tempestad, por ser de obligacion de los capitanes ponerlas debajo de escotilla, en cuyo caso el daño que de ello resultare á sus dueños recaerá sobre dichos capitanes (1). 5.° El menoscabo ó pérdida de velas, jarcias ó mástiles que rompiere la tempestad, y los cables y anclas que estando fondeado el buque faltaren por la misma causa: entendiéndose que este daño ha de ser à cargo del dueño ó propietario del buque (2). 6.° El importe del flete que se pagare à una embarcacion por llevar mercaderías de un buque perdido al lugar de su destino: lo cual debe pagarse por el capitan de dicho buque, cobrando por su parte el flete primitivo de las mercaderías conducidas (3). 7.° El daño que por incendio accidental recibiere un buque y su carga (4). 8.° La exaccion ó robo violento de cualesquiera efectos que sacare de un buque mercante un buque de guerra, corsario ó pirata, sin intervenir ajuste ó convenio alguno del capitan ni de la tripulacion (5). 9.° El daño ó rompimiento que se causaren dos buques golpeándose uno con otro por encuentro ò tropiezo accidental, asi en mar como en puertos y surgideros, ya por romperse las amarras, ya por fuerza de temporal ú otro accidente fortuito: en cuyo caso cada cual de los interesados debe sobrellevar el daño que respectivamente hubieren sufrido sus mercaderías; pero si alguno por negligencia ò malicia fuere causante de dicho daño, este deberá pagar todos los perjuicios ocasionados (6) (*).

1 Dicho cap. 20. num. 29. Stracc. *de navib.* part. 3. in tot. Kuricke *ad jus hanseat.* tit. 8. art. 4 y tit. 9. art. 2 Vinnius ad legem 2. §. 7. ff. *de lege Rhod.* Lubeck *de avariis*, cap. 3. num. 4. y cap. 5. num. 5.

2 Rocc. *de navid.* not. 59. Casareg. *de comm.* disc. 46 num. 1 y disc. 121. num. 3. Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num. 30.

3 Dicho cap. de las Ordenanz. de Bilbao.

4 Id. num. 32.

5 Ley 2. ff. *de leg. Rhod.* Casareg. *de comm.* disc. 45. num. 7. Ordenanz. de Bilbao en dicho cap. num. 33.

6 Ley 29. §. 2, 3 y 4. ff. *ad leg. Aquil.* Stypmann. *Jus navit.* part 4. cap. 19. num. 17. Ordenanz. de Bilbao, cap. cit. num. 34.

* Ademas de los daños expresados que se consideran como avería simple, las Ordenanzas de Bilbao en los artículos 35 y 36 del mismo capítulo cuentan por tal los dos siguientes, que son por decirlo asi peculiares de aquel puerto; pero que pueden tener aplicacion á otros; á saber, 1.° cualquier daño que acontezca á las mercaderías despues de desembarcadas, en Olaveaga ú otra parte de aquella ria, de los navíos á las gabarras para llevarlas á los muelles de aquella villa, ya sea por irse á pique dichas gabarras, ya por otro cualquier accidente, en cuyo caso tendrán los dueños de las mercaderías recurso contra quien haya lugar. 2.° Igualmente se considera por avería simple cualquier daño de rompimiento y avería que reciba una embarcacion con mercaderías que llevare por dicha ria de descarga de navío, encontrando y dando contra alguna uña de ancla. Cuando en semejante caso se reconociere estar la tal ancla sin su boya en la forma debida, el dueño de ella estará obligado al pago de dicho rompimiento y daño.

4. Avería gruesa ó comun es la que se origina ó proviene de los medios que se emplean para librar al buque y su carga de naufragio, como cuando se arrojan al mar algunos efectos, ó cuando se abandonan ò cortan anclas, cables, mástiles, cordages, velas y otros cualesquiera aparejos de la embarcacion (1). Llámase tambien esta avería comun, porque contribuyen las mercaderías ilesas igualmente que las dañadas al resarcimiento del daño en proporcion, por haberse causado este con el objeto de salvar la propiedad de todos, y asi es justo que la contribucion sea general.

5. Se tiene por avería gruesa: 1.° el ajuste que un buque mercante, encontrándose con algun corsario, hiciere por rescatarse, ya pagándolo en dinero, ya entregándole mercaderías de la carga. Asimismo cuando en tales lances se viese obligado el capitan á pasar à bordo del corsario algunos de sus marineros por via de rehenes, los gastos que estos hicieren hasta regresar à sus casas, y los sueldos devengados, si los ganaren, se reputarán por avería gruesa (2). 2.° Tambien se tendrá por tal, si hallándose un capitan en surgidero, rada ó bahía esperando ocasion de salida de algun convoy con el cual debe navegar, por este motivo, por mucho oleage, ò por otra causa legítima, no pudiendo al salir levar el ancla à tiempo, largare chicote por mano (3). 3.° La pérdida del cable ó ancla que el capitan hallándose en alguna abra, se viese precisado á largar para entrar en alguna ria; bien entendido que si despues se pudiesen recuperar dicha ancla y cable, solamente se tendrán por avería gruesa los gastos que en esto se hicieren (4). 4.° El daño que padecieren las mercaderías cuando en fuerza de grandes mares se hallare la embarcacion tan cargada de agua, que para echarla fuera se vea precisado el capitan à hacer algunos agujeros, de los que resulte el perjuicio (5). 5.° El daño originado de echazon que se haga à fuerza de temporal ú otro peligro inminente de alguna parte de la carga (6). 6.° Si para entrar en algun puerto se viere precisado el capitan à trasbordar à otro buque parte de la carga para alijar el otro, y aquel se perdiese, el valor de los efectos per-

1 Dichas Ordenanz. en el mismo cap. num. 8.

2 Ley 2. §. 3. ff. *de leg. Rhod.* Loccen. *de jur. marit.* lib. 2. cap. 8. num. 5. Casareg. disc. 46. num. 22, 25 y 73. Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num. 9.

3 Argum. leg. 27. §. ff. *locati.* Casareg. *de comm.* disc. 46. num. 9 y sig. Ordenanz. de Bilbao en dicho cap. num. 10.

4 Dichas Ordenanz. en el mismo cap. num. 11.

5 Id. num. 12.

6 Casareg. *de comm.* disc. 121. num. 3. Ordenanz. de Bilbao en dicho cap. num. 13.

didos en él entrará en avería gruesa, la que pagarán los efectos, salvados en el buque alijado, cuyo valor y fletes entrarán tambien à la prorata de ella. Por el contrario si se salvare la embarcacion à la cual se trasbordaron los efectos, y el buque alijado se perdiere, no deberá lo salvado contribuir à la avería gruesa, y sí solo à los cortos gastos del fletamento del barco salvado, y el flete correspondiente al buque perdido. Ultimamente si perecieren ambos buques y se salvaren despues algunos efectos, no deberán estos pagar el daño de los que se perdieron, por no haber tenido efecto el motivo porque se hizo la traslacion (1). 7.° Lo que se gastare en lanchas ó de otro modo para hacer flotar el buque si por accidente varare con su carga en la costa (2). 8.° Si echadas al mar algunas mercaderías por salvar otras se perdiese no obstante el buque en la costa, lo que pudiere salvarse ó recogerse de las últimas deberá contribuir à pagar el valor de lo arrojado, entrando tambien en avería el daño y gastos que hubiere tenido lo salvado (3). 9.° Tambien se tendrá por avería gruesa el gasto causado en curacion de heridas que se hayan hecho à la tripulacion defendiendo contra piratas ó corsarios el buque y la carga; y asimismo lo que en caso de muerte de algunos y salvamento del buque, se diere à su viuda è hijos (4). 10. Los sueldos y mantenimiento de la tripulacion de un buque detenido ú embargado en un puerto por el Soberano de aquella region, en el caso de estar ajustado por meses el fletamento, cesando la obligacion de pagar este último desde el dia de la detencion ó embargo hasta el de su libertad, desde el cual volverá à correr y continuarse (5). Pero si el fletamento no fuere ajustado por meses, sino por un tanto, y sobreviniere el embargo, no deberán entrar en avería gruesa dichos sueldos y alimentos, pues han de ser de cargo del dueño ó capitan del buque (6). 11. Si por temor de enemigos ó por otro accidente inevitable se viere precisado el buque, mientras está navegando, à arribar à algun puerto, ó abrigarse bajo el cañon de una fortaleza, los gastos hechos durante esta navegacion forzosa se contarán por avería gruesa (7). Lo mismo será si el capitan

1 *Guid. de la mer*, cap. 5. art. 28 Dichas Ordenanz. en el mismo cap. num. 14.
2 El cit. cap. de dichas Ordenanz. num. 15.
3 Dichas Ordenanz. y cap cit num 16.
4 Targa *Pond. marit.* cap. 85. num. 7.
5 Dichas Ordenanz. en el mismo cap. num. 17.
6 Dichas Ordenanz. y cap. cit. num. 18. Id. num. 19.
7 Pothier *Traité des averies*, tom. 2. num. 151. Vallin al art. 8 de la Orden. de Franc. Targa *Pond. marit.* cap 60. Casareg *de comm.* disc. 19. num 42 y 46. num. 58. Ordenanz. de Bilbao en dicho cap. num. 20.

necesitase dinero para dichos gastos, y por no hallarlo tuviese que vender algunas mercaderías à precios ínfimos, acreditándolo despues con documentos justificativos. Esta avería gruesa se regulará sueldo à libra por buque y carga, rebajando lo que constare haberse empleado en compra de alimentos, paga de sueldos ú otra cosa particular de dicho buque y su tripulacion, porque esto debe estimarse por avería simple de cuenta y cargo del capitan (1). 12. Si en algun puerto se manifestase incendio en un buque, y para salvar del fuego à los inmediatos se echase aquel à pique, deberán los salvados contribuir à la paga del destruido à prorata entre aquellos y este, por el beneficio que recibieron con la destruccion del incendiado (2). 13. Tambien se tendrán por avería gruesa los daños ocasionados al buque y su carga, cuando por haber varado aquel en la costa ò en el puerto de su destino, fuere necesario para su descarga hacer algun rompimiento, à causa de no poder ejecutarse esta cómodamente por la escotilla. Pero si por ella se hiciese la descarga, aunque despues por algun accidente se quebrante ó pierda dicho buque, este daño se reputará como avería simple, por ser de cuenta del capitan sin dependencia de las mercaderías, pagándosele por estas su flete debido, con el descuento del coste que tuvieren las embarcaciones en que se condujeren dichas mercaderías al desembarcadero de su destino (3). Si en el caso de que estamos tratando no pudiese sacarse el todo de la carga sino parte de ella perdiéndose lo demas, los dueños de las mercaderías asi sacadas, las podrán recoger para sí por sus números y marcas pagando los gastos que les correspondan, sin dependencia ni saneamiento de las que se hubieren perdido (4). 14. Se tendrán tambien por avería gruesa el mastil cortado y arrojado al mar; como asimismo las anclas, velas ú otro cualquier aparejo de la nave para salvarla de la tempestad (5). 15. El daño causado por hacer fuerza de vela à causa de tempestad, persecucion de enemigos ó piratas (6); como tambien si por estas causas se abandonasen anclas y otros efectos de la nave (7). 16. La mudanza

1 Dichas Ordenanz. en el citado cap. y num.

2 Id. num. 21.

3 Ordenanz. de Bilbao en dicho cap. num. 22.

4 Id. num. 23.

5 Ley 2. §. 1 y 5. ff. *de leg. Rhod. Guid. de la mer*, cap. 5. art. 21. Ordenanz. de Francia, art. 6. de dicho tit. *du jet.*

6 Ley 2 y 3. ff. *de leg Rhod.* Ordonn. de France, art. 1 y 5. tit. *du jet. Guid. de la mer*, cap. 5. art. 21. Targa *Pond. marit.* cap. 76.

7 Ordonn. de France, art. 6. tit. *des avaries*, art. 1. tit. *du jet.* Targa *Pond. marit* cap. 77. num. 6. Casareg. disc. 46. num. 28.

de rumbo ejecutada por un buque para evitar un escollo, enemigo ú otro peligro inminente (1). 17. Los gastos hechos para recuperar la nave abandonada por el capitan y marineros por temor bien fundado y no pánico, de caer en esclavitud ó enemigos ú otro peligro semejante (2). Infiérese de esto, que si el capitan por libertarse del indicado riesgo practicase cualesquiera operaciones voluntarias, pero precisas, de que se siguiese daño á las mercaderías, resultando al mismo tiempo á estas la utilidad de libertarlas del riesgo, será tal daño contado por avería gruesa; puesto que segun la jurisprudencia universal la contribucion debe siempre tener lugar por los daños ocasionados *ab intra*, esto es, voluntariamente por la gente de la nave á fin de conservar el todo (3). Pero si el daño viniese de fuera, ó como suele decirse, *ab extra*, esto es, por fuerza de tempestad ó del cañon enemigo, será solamente avería simple por ser el daño puramente efecto de un caso fortuito (4).

6. Acerca del modo de contar y arreglar la avería gruesa previenen las Ordenanzas de Bilbao lo siguiente.

7. Siempre que hubiere tal avería gruesa se ha de contar, y ajustar entrando el valor del buque, sus aparejos y mitad de fletes; todo lo que dieren los pasageros, si los hubiere; el importe de las mercaderías, perlas, piedras preciosas, oro, plata ó moneda y los demas efectos que contenga la nave (5). Para la liquidacion de todo, se tasará el buque por peritos nombrados por los interesados, ó de oficio en rebeldía (6). Las mercaderías y demas efectos de la carga se regularán á voluntad de la mayor parte de dichos interesados en cantidad, ya sea por el valor que contengan las facturas, ya si el capitan no se conformare con esto tasándose tambien dichas mercaderías, de suerte que nunca se haga esta cuenta y regulacion por fletes, ni en otra forma que por su valor, á menos de convenir en ello asi los interesados como el capitan, sin que nadie lo resista (7). Si se hubiere de hacer la tasacion, será dando á las mercaderías el precio corriente en el puerto de su destino en aquel tiempo, y segun el estado que tuvieren y su calidad (8).

1 Stracc. *de assecur.* glos. 14. num. 3. Santern. *de assecur.* part. 3. num. 52. *Cur. Filip. Com. naval*, lib. 3. cap. 14. num. 22. Casareg. *de comm.* disc. 1. num. 69

2 Targa *Pond. marit* cap. 60. num. 7.

3 Cleirac. *aux jugem d'Oleron*, art. 9. num. 5. Casareg *de comm.* disc. 121. num. 3.

4 *Guid. de la mer*, cap. 5. art. 4. Targa *Pond. marit.* cap. 7. num. 5. Casareg. *de comm.* disc. 46. num 43.

5 Ordenanz de Bilbao, cap. 21. num. 1.

6 Dichas Ordenanzas en el mismo cap. num. 2.

7 Id. num. 3.

8 Id. num. 4.

8. Para averiguar el número, calidad y cantidad de las mercaderías arrojadas por echazon al mar ó robadas por piratas que hayan de entrar en dicha avería gruesa, se ha de estar á la razon que diere de ellas con justificacion legítima el capitan, y su valor se regulará por las facturas y conocimientos, dándoles sobre ellas el que tendrian en el puerto de su destino, si hubieran llegado bien tratadas y acondicionadas (1).

9. Si se reconociere no haberse expresado fielmente en las facturas la calidad, cantidad y valor de algunas mercaderías, resultando ser de mayor estimacion que la que se les dió en ellas, se estará (siendo de las salvadas) á su legítimo valor, y se regularán segun él; y si fueren de las perdidas, solo se les dará el que constare de las mismas facturas (2).

10. Si hubiere en el buque algunas mercaderías no comprendidas en el conocimiento, y fueren echadas al mar ó robadas por piratas, no se hará cuenta de ellas ni entrarán en la regulacion; pero si no hubiesen sido arrojadas ni robadas, y llegaren al puerto, contribuirán como las demas salvadas (3).

11. Cuando por rescate de apresamiento resultare la avería gruesa, entrarán tambien á la contribucion de ella los sueldos de capitan y marineros, entendiéndose que si el apresamiento se hizo navegando desde el puerto de la salida, deberán contarse los sueldos ganados hasta el dia del rescate; y si hubiere acontecido de vuelta desde otro puerto para el referido, se contarán desde que en este se comenzaron á ganar hasta el dia tambien del rescate (4).

12. Si la avería gruesa se originase de cortadura de palos, pérdida de velas, cables y otras cosas de los aparejos del buque que deban entrar en ella, se estimarán segun lo que valian al tiempo que se cortaron, rompieron ó abandonaron, á juicio y averiguacion jurídica (5).

13. Despues de liquidado y sabido el valor del buque, carga y lo demas que queda prevenido; se repartirá la avería gruesa prorateada sueldo á libra entre los interesados de uno y otro respectivamente (6).

14. Por avería ordinaria se entienden todos aquellos gastos menudos que hacen y causan los capitanes ó maestres de buques durante un viage, ya en los puertos adonde arriban por fuerza

1 Dicho cap. de las mismas Ordenanz. num. 5.
2 Id. num. 6.
3 Id. num. 7.
4 Id. num. 8.
5 Id. num. 9.
6 Id. num. 10.

del temporal, ya en los de su destino, para la descarga y hasta la total conclusion de ella, à saber: en los pilotages de costas y de puertos, lanchas, derecho de bolisa de piloto mayor, atoages de que se valieren, anclage, visita, fletes de gabarras y descarga hasta ponerla en el muelle (1).

15. Acerca del modo de pagar esta avería se previene en las mismas ordenanzas lo siguiente. Se pagará la avería ordinaria del flete sencillo que trajeren las mercaderías procedentes de los dominios de Inglaterra, á razon de un real de plata antigua de diez y seis cuartos por cada escudo de á ocho reales de la misma moneda, y doce y medio por ciento de avería ordinaria en la misma especie de vellon, entendiéndose que, aunque los conocimientos contengan dos fletes ó mas, no se regulará la avería por mas que los doce y medio por ciento de lo que montare el flete sencillo (2).

16. Por cada ducado de plata (en cuya especie se arreglan comunmente los fletes de los puertos de Flandes, Holanda y Hamburgo) se pagará lo siguiente. Por el que contuvieren los conocimientos da Holanda, à razon de veinticuatro reales y doce maravedís vellon (en que se incluyen el ducado de flete, sus averías, sombrero ó primage). Por cada ducado de Hamburgo de los contenidos en los conocimientos, se regularán veintitres reales y quince maravedís vellon (comprendido tambien el ducado de flete, su avería ordinaria y primage ó sombrero). Y por los de Ostende, Dunquerque y otros puertos de Flandes se pagarán diez y ocho reales y tres cuartillos de vellon (inclusos el ducado de flete, avería ordinaria y primage) (3).

17. Por lo que hace á fletes del reino de Francia, aunque la avería ordinaria es fija de un diez por ciento, sin embargo se experimenta diversidad por razon de lo que suele variar el sombrero ó primage del capitan; y para evitar diferencias en su regulacion, supuesto que el primage mas comun es el de otros diez por ciento, se imputarán en este caso los veinte por ciento al principal, y entonces se regulará cada real de plata de flete con la avería y primage á dos y cuartillo reales de vellon; y en esta proporcion será mas ó menos, segun lo que suba ó baje de dicho diez por ciento, el primage del capitan; y si los fletes vinieren en libras tornesas, francos ú otra especie de moneda extrangera, reduciéndolas primero á reales de vellon, se regularán

1 Cap. 20 de dichas Ordenanz. num. 1.
2 Id. num. 2.
3 Id. num. 3.

respectivamente segun la regla que va propuesta por ejemplo (1).

18. Cuando de otros cualesquiera puertos de España y Portugal no se expresare en los conocimientos lo que haya de pagarse de avería ordinaria, se deberá arreglar á razon de diez por ciento del valor de los fletes (2).

19. Cobrándose del modo referido por los capitanes ó maestres de los buques, no podrán bajo pretexto alguno pretender otra cosa por razon de dicha avería ordinaria (3). Y si sucediere que por razon de temporal ú otro accidente, no pudiendo el buque entrar en dicho puerto (de Bilbao), se pusiese á la boca de otro para guarecerse, y acudiesen las lanchas para salvar la carga exigiendo por ello una cantidad excesiva: en tales casos extraordinarios el prior y cónsules regularán lo que de ordinario se paga á las lanchas por entrada en tiempo de bonanza, aplicándolo como avería simple solamente al buque; y el exceso hasta la cantidad que se pagare por causa de temporal, será avería gruesa que se repartirá segun el modo ya dicho; en la inteligencia de que para la averiguacion de todo deberán traer los capitanes la certificacion y demas recados justificativos que sean conducentes (4).

1 Ordenanz. de Bilbao, cap. 20. num. 4.
2 Id. num. 5.
3 Id. num. 6.
4. Id. num. 7.

CAPITULO DECIMO.

De los seguros y sus pólizas.

§. 1. Definicion del contrato de seguro.

2. El asegurado no debe proponerse por fin prncipal de la estipulacion el lucro, sino la indemnizacion del daño.

3. El seguro es un contrato de buena fe, y consecuencias que de esto se siguen.

4. ¿Cuando se entiende cometido el dolo ó fraude en el contrato de seguro?

5. La accion que nace del contrato de seguro es de aquellas que en el derecho se llaman *stricti juris*, y por tanto jamas debe extenderse este contrato de un caso á otro.

6. El contrato de seguro es de los que se llaman consensuales.

7. De las cosas esenciales de este contrato.

8. Del instrumento por el que se prueba el convenio de los contrayentes, llamado *póliza de seguro*, y requisitos que debe tener.

9. De la póliza condicional.

10. ¿Que circunstancias deberán expresarse en la póliza cuando el cargador, capitan ó sobrecargo quisieren asegurar el valor de su buque ó cargamento, yendo sin destino determinado á venderle donde mejor le convenga?

11. Cuando el asegurado tiene compañía con otros, deberá expresarse en la póliza si el seguro se hace por su cuenta ó de la compañía, y lo mismo deberán practicar por su parte los aseguradores.

12. ¿Que circunstancias habrán de expresarse en la póliza cuando se hiciere seguro de embarcacion ó mercaderías de viage redondo de ida, estada y vuelta?

13. En la póliza que se hiciere sobre seguro de alguna embarcacion, debe expresarse el valor de esta.

14. Tendrán fuerza obligatoria las cláusulas derogatorias, ó modificaciones que el asegurador ponga en la póliza, si todos los interesados la firmaren.

15. Si el que hace asegurar no designa en la póliza por cuenta de quien procede, deberá presumirse que lo hace por sí mismo en calidad de propietario.

16. Cuando el asegurado simulare ó encubriere su nombre en fraude de los acreedores, será nulo el seguro.

17. La mudanza del nombre del buque ó del capitan men-

cionados en la póliza de seguro, no anula el contrato, con tal que esto se haga legalmente y en utilidad del cargamento sin causar perjuicio á los interesados.

18. En la póliza debe expresarse la verdadera calidad de la cosa asegurada.
19. La poliza es un instrumento justificativo del contrato; pero no es de esencia del mismo.
20. Del primer requisito esencial del contrato de seguro, que es el consentimiento de los contrayentes. ¿Si podrán los menores celebrar el contrato de seguro?
21. Razones porque no pueden otorgar contratos de seguros los corredores y otras personas.
22. Del segundo requisito esencial del contrato de seguro, que es la cosa sobre que este recae, y reglas que deben tener presentes en esta materia.
23. Del tercer requisito esencial del seguro, que es el riesgo.
24. Este se considera como el principal fundamento del contrato, y sin él no podria sostenerse.
25. De lo que previenen las Ordenanzas de Bilbao acerca de los riesgos.
26. Bajo el nombre de pérdidas y daños se comprenden no solo el deterioro de los efectos causados por un accidente de mar, sino tambien los gastos extraordinarios originados por esta causa, que llaman averias.
27. ¿Que se entiende por abordage?
28. ¿Que quiere decir mudanza de ruta ó de bajel ó de rumbo en el viage?
29. ¿Que es echazon?
30. Del peligro del fuego.
31. De los apresamientos y pillages.
32. De las detenciones, arrestos ó embargos de Principes.
33, 34, 35 y 36. Tratan de lo mismo.
37. Declaracion de guerra, y represálias.
38. De todos los casos fortuitos en general.
39. ¿De que menoscabos y pérdidas no son responsables los aseguradores?
40. Estos no quedan obligados á indemnizar los gastos ordinarios del buque.
41. Tampoco estan obligados por los riesgos que suceden cuando no se observó el tenor ó contenido de la póliza.
42. Cuando se previene en la póliza que tenga facultad el capitan ó maestre de navegar á derecha é izquierda, hacer escalas, ir y tornar ¿que permite esta cláusula al asegurado?
43. Del principio y termino de los riesgos.
44. Primeramente se ha de atender para esto al tenor y términos convenidos en la póliza.

45. ¿Desde que tiempo deberá empezar á correr el riesgo cuando esto no se expresa en la póliza?

46 hasta el 57. ¿A quien corresponde hacer la prueba del riesgo, y de que modo deberá hacerse?

58 hasta el 67. Del abandono que en caso de pérdida ó desgracia puede hacer el asegurado á favor del asegurador ó aseguradores, y modo de verificarlo.

68. Del cuarto requisito esencial del seguro, que es la cantidad que el asegurador promete pagar por via de indemnizacion al asegurado.

69. No se puede asegurar mas cantidad que la que importaren las mercaderias aseguradas, so pena de nulidad del seguro.

70. ¿Que se deberá hacer cuando el asegurado previene á tiempo al asegurador que en el seguro hecho se excedió de la cantidad que valia la cosa asegurada?

71. ¿A que estará obligado el asegurador cuando uno hizo asegurar mas cantidad de la que verdaderamente tenia cargada en el buque, y este padeciere despues naufragio?

72 y 73. De lo que deberá hacerse cuando el cargamento se asegura por una suma menor del valor efectivo.

74. Del doblado seguro.

75. ¿Que estimacion deberá pagar el asegurador cuando el asegurado engañó en la cantidad de mercaderias que dijo tener cargadas ó para cargar en un buque?

76. ¿Si estará obligado el asegurador á pagar las mercaderias aseguradas cuando se trasbordaren de un buque á otro?

77 hasta el 84. De otras obligaciones relativas al pago que por via de indemnizacion deben hacer los aseguradores.

85. Cuando la cosa asegurada no se hubiese estimado, ¿cómo deberá graduarse el valor de ella?

86. ¿Que deberá hacerse en caso de que parezca la cosa asegurada que se hubiese perdido?

87. Aunque se haya hecho en la póliza la estimacion de las mercaderias aseguradas, podrán sin embargo los aseguradores probar que es excesiva en el caso da fraude.

88. Resumen de las obligaciones de los aseguradores en cuanto á la indemnizacion.

89. La quiebra del asegurado que no ha pagado los premios, no exonera á los aseguradores de sus obligaciones.

90. Los aseguradores que solo han asegurado el retorno de las mercaderias, no tienen accion para pedir la rescision del contrato en dicho caso de quiebra.

91. Del quinto requisito esencial

del seguro que es el premio.

92. Puede este pagarse de contado ó formando un vale de premio pagadero á cierto plazo.

93. Diversos usos de las principales plazas de comercio de Europa sobre el modo de pagar el premio del seguro.

94. Los aseguradores pueden insistir de derecho en que se les satisfaga el premio luego que esté firmada la póliza.

95. Cuando el asegurador fia el pago del premio al asegurado, tiene hipoteca especial en las cosas aseguradas.

96. El premio debe ser equitativo y proporcionado á los riesgos.

97. ¿Si habiéndose hecho el seguro en tiempo de guerra, una paz imprevista dará lugar á la disminucion del premio?

98. ¿Que derecho tendrá el asegurador cuando el asegurado no pague el premio del seguro?

99. No habiéndose estipulado premio alguno, no se podrá decir que haya intervenido contrato de seguro.

100. Aunque es costumbre general que el premio del seguro se pague en dinero, bien podrá hacerse convenio en contrario.

101. A veces el asegurado por cláusula especial de la póliza no se obliga á pagar el premio sino en caso de feliz arribo del buque.

102, 103 y 104. Del modo de proceder para reclamar en caso de pérdida el valor de los efectos asegurados.

1. El seguro es un contrato en que se promete por alguno la indemnizacion de los daños que puedan acaecer á los efectos ó mercaderías do otros, mediante un precio que este ofrece pagar. El que toma à su cargo el riesgo se llama *asegurador*; el otro contratante *asegurado*, el precio de los riesgos se denomina *premio del seguro*, y el acta ó escitura que se extiende *póliza de seguro*. Los riesgos pueden acaecer en el mar ó en la tierra; y de aqui es que el seguro se hace ya sobre las mercaderías que se conducen de un puerto á otro, ó sobre los mismos buques &c., ya sobre los efectos almacenados, ó los que se trasportan por tierra, ó sobre los edificios por la contingencia de los incendios y otros peligros semejantes.

2. El contrato del seguro no es para el asegurado un medio de negar ó enriquecerse, puesto que no debe aprovecharse del daño del asegurador; de donde se sigue que el asegurado no debe proponerse por fin principal de la estipulacion el lucro, si-

no solo la indemnizacion del daño que pueda ocasionarse à sus efectos (1).

3. El seguro es un contrato de buena fe, la cual debe siempre reinar en él, en lugar de las sutilezas del derecho civil. Por tanto hallándose ambiguas ú oscuras las cláusulas de la póliza, deben interpretarse segun el estilo y uso de los lugares en que se haya hecho el seguro, aun cuando las disposiciones del derecho comun parezcan contrarias à las mismas (2). Síguese tambien que en el caso de que uno de los interesados haya usado de artificio ú dolo en el acto de la estipulacion, debe declararse nulo el seguro con respecto al mismo (3).

4. El dolo ò fraude se entiende cometido en el contrato de seguro, no solo cuando resulta de hechos contrarios à la verdad, sino cuando se ocultan ò disimulan circunstancias graves antes de extender y firmar la póliza, à ejemplo de los otros contratos del derecho comun (4). No obstante debe probarse de un modo concluyente el dolo en este contrato, à fin de que pueda rescindirse (5).

5. Siendo el contrato de seguro el resultado de la estipulacion de los contrayentes, la accion que nace del mismo es de aquellas que llamamos *stricti juris*, con respecto à los pactos que en él intervienen, con tal que estos sean claros y no prohibidos por las leyes; de donde se sigue que en semejantes casos las palabras de la póliza deben interpretarse rigorosamente en su propio sentido para sacar de ellas la obligacion, tomando la norma de la voluntad de los contratantes literalmente explicada. De aqui es que jamas debe extenderse este contrato de un caso à otro, ni de un objeto à otro realmente distinto (6).

6. El contrato de seguro se perfecciona con sola la voluntad de los contrayentes, y por consecuencia es de los que llamamos consensuales, el cual produce sus obligaciones luego que aquellos se han convenido en lo que respectivamente han de cumplir. Este contrato es una especie de compra y venta en que

1 Stracc. *de assecurat* glos. 20. num. 4. Targa *Pond. marit* cap. 66.

2 Rocc. *de assecurat.* not. 66. Santern. *de assecurat.* part. 3. num. 1 y 55. Casareg. disc. 1. num. 7.

3 *Guid. de la mer*, cap. 2. art. 7. Orden. de Felipe II. art. 10. Reglamento de Amsterdam, art 31. Orden. de Francia, art. 22. tit. *de los seguros*. Blackstone *Estatutos de Inglaterra*, lib. 1. cap. 3.

4 Ley 43. §. 2 ff. *de contrah. empt.* Ley 7. §. 9. ff. *de pactis*, y ley 1. §. 2. ff. *de dol. mal.*

5 *Guid. de la mer*, cap. 2. art. 15. Ordonn. de Franc. art. 61. tit. *des assur.*

6 Rota Genuen. *de mercat.* decis. 102. num. 5, y 129. num. 5. Rocc. *de assecur.* not. 18 y 61. Stypmann. *de jure marit.* part. 4. cap. 7. num. 420. Casareg. *de comm.* disc. 1. num. 1 y 20. Targa *Pond. marit.* cap. 52. num. 8.

el asegurado compra por cierto precio la indemnidad de los riesgos (*).

7. Cinco son las cosas que constituyen la esencia de este contrato, à saber: 1.ª el consentimiento de los contrayentes; 2.ª la cosa sobre que recae el seguro; 3.ª el riesgo à que esta se halla expuesta; 4.ª la cantidad que el asegurador promete pagar al asegurado por via de indemnizacion en caso de perderse la cosa; 5.ª el precio que el asegurado se obliga à pagar, y se llama premio del seguro. De todas estas trataremos particularmente, hablando antes de la póliza, que es el instrumento por el cual se prueba el convenio de los contrayentes.

8. Antiguamente los seguros se hacian sin escritura, confiándose solo en la buena fe y probidad de los interesados; pero ocasionando este uso muchos litigios, se prohibió en todas las plazas de comercio, y en algunas de ellas se excluyó la escritura privada, previniéndose que la póliza hubiese de hacerse ante un escribano, canciller ò corredor destinado para autorizar estos actos (1). Segun las Ordenanzas de Bilbao (2), las pólizas pueden hacerse ante escribano, ò entre los mismos asegurados y aseguradores por medio de corredor ò sin él, como mejor les pareciere, debiendo contener los requisitos siguientes. Los nombres, apellidos y vecindad del asegurador ò aseguradores y del asegurado; el valor de las mercaderías ò cosas aseguradas; si el seguro es de propia cuenta del asegurado ò de comision; los nombres del buque y del capitan ò maestre; el lugar ò puerto donde las mercaderías ò cosas aseguradas se carguen; la abra ò puerto de donde el buque debe salir, aquel adonde vaya destinado para descargar, y si hubiere de hacer escalas, los nombres de los puertos donde hayan de verificarse; la fecha (con dia y hora) de la póliza; desde cuándo ha de empezar á correr el riesgo, y cuándo acabará en el puerto de su destino; la cantidad ò cantidades que cada asegurador tomare à su cargo debiendo expresarla bajo su firma; el premio, que segun convenio, hubiere de pagarse por el seguro, con expresion de haberlo recibido de contado ò de otra forma; la obligacion que ha de hacer el asegurador al

* Algunos jurisconsultos asemejan el contrato de seguro al de alquiler; y añaden que asi como este se rescinde cuando hay lesion enormísima ó en mas de la mitad del justo precio, segun la ley 2 tit. 1. lib. 10 de la Nov. Rec., del mismo modo el seguro, para lo cual se ha de estimar en este el precio, no segun el valor de la cosa asegurada, sino por la importancia del riesgo que haya corrido. Véase la *Cur. Filip.* 2. part. lib. 3. cap. 14. num. 2 y 3.

1 *Guid. de la mer*, cap. 1. art. 2. Reglamento de Barcelona, cap. 9. Estatutos de los oficiales de seguridad de Florencia.

2 Ordenanz. de Bilbao, cap. 22. num. 1.

asegurado de pagar en caso de desgracia todos los daños que sobrevengan à la cosa que asegurare; y el plazo para el pagamento de esto. Las pólizas de seguros hechas entre los interesados, ò por medio de corredor, han de tener la misma fuerza y validacion que las otorgadas ante escribano por instrumento público, y han de cumplirse y ejecutarse aunque les falten alguna ò algunas cláusulas instrumentales que por los escribanos deben ponerse (1).

9. Pudiendo suceder que un comerciante tenga mercaderias ú otros efectos en América ò en paises extrangeros, sin saber positivamente los nombres de los buques en que sus corresponsales hayan de cargarlos, ni el tiempo en que puedan salir, cumplirá en tal caso el asegurado con manifestar al asegurador esta incertidumbre, y segun ella y las demas de duda que ocurran, podrán hacer una poliza condicional, la que tendrá la misma fuerza y validacion que las demas, y en caso de desgracia será de obligacion del asegurado manifestar al asegurador instrumento justificativo de ella, y de haberse embarcado sus efectos asegurados en el buque que hubiere padecido dicha desgracia (2).

10. Si algun cargador, capitan ò sobrecargo quisiere asegurar el valor de su buque y cargamento ò parte de ello, yendo sin destino determinado à venderle donde mejor le convenga; en este caso el asegurado deberá prevenir al asegurador la incertidumbre de su destino, con las demas circunstancias y órdenes que llevare, para que à su proporcion y de las escalas que consideraren pueda hacer, y riesgos que le puedan sobrevenir, arreglen y se ajusten en los premios que se hubieren de pagar, expresando en la póliza todas estas circunstancias, y las demas que se le ofrecieren y conduzcan (3).

11. Cuando el asegurador asegure mercaderías ú otras cosas de uno que esté en compañía con otro ú otros, sin expresar que la cantidad asegurada compete à la compañía, se deberá entender que el tal seguro es únicamente de cuenta particular del asegurado; pero cuando este quisiere hacer seguro por cuenta de la misma compañía, lo podrá hacer expresándolo con claridad y distincion en la póliza: y lo mismo deberán observar por su parte los aseguradores que tienen compañías con otros que no lo sean, declarando en la póliza si la obligacion que hacen es por su cuenta y riesgo particular, ò por la de toda la compañía en comun (4).

1 Dicho cap. 22. num. 2.
2 Id. num. 3.
3 Id. num. 4.
4 Id. num. 5.

12. Siempre que se hiciere seguro de embarcacion ò mercaderías de viage redondo de ida, estada y vuelta, se deberá expresar en la póliza con toda distincion qué premio corresponde al riesgo de la ida, para que en el caso de no poder efectuarse la vuelta, se pueda obligar al asegurador à la restitucion del precio correspondiente á ella, con la baja del medio por ciento de la cantidad que importe la parte que se anulare; precedido el aviso que deberá dar el asegurado al asegurador, segun es de su obligacion (1).

13. En la póliza que se hiciere sobre seguro de alguna embarcacion, debe expresarse el valor de esta, à fin de que conformándose el asegurador, no pueda en caso de naufragio ú otra desgracia mover pleito, como suele acontecer, sobre el mas ò menos valor que pudo tener el buque, ni excusarse à la paga de las cuatro quintas partes que se hubieren asegurado (2).

14. No se podrá en las pólizas de seguro derogar las disposiciones de las leyes en las cosas que son de esencia de este contrato; pero siempre será permitido derogar aquello que, no estando expresamente prohibido, no es esencial ni se opone à las buenas costumbres ò al derecho público (3). Por consiguiente si el asegurador al firmar la póliza derogase alguna cláusula de ella ò pusiese alguna modificacion, tendrá fuerza obligatoria para los demas contrayentes siempre que todos ellos la firmen; pues por este mero hecho debe creerse que relativamente se obligaron con arreglo à dicha modificacion (4).

15. Si aquel que hace asegurar, no designa en la póliza por cuenta de quién procede, deberá presumirse que lo hace por sí mismo en calidad de propietario; y en todo caso, ora diga el nombre de su comitente ora le calle, deberá él considerarse respecto de los aseguradores como verdadero asegurado; por cuanto los comisionistas contratan muchas veces en su nombre propio, aunque lo hagan por otros, de quienes suelen tener orden para no publicar sus negocios (5).

16. Cuando la póliza de seguro está conforme con el conocimiento (*), es igual para los aseguradores que las mercaderías

1 Dichas Ordenanz. cap. 22. num. 6.
2 Id. num. 10.
3 Stipmann. *Jus marit.* part. 4. tit. 7. num. 305 y 736. Kuricke Distrib. *de assecur.* pag. 833. Rota Genuen. *de mercat.* decis. 102. num. 5. Rocc. *de assecur.* not. 61. Casareg. disc. 1. num. 8. y 10. num. 8.
4 Ansald. *de comm* disc. 6. num. 18 y 20. Casareg *de comm.* disc. 1. num. 112. 98. num. 13. y 127. num. 33. Stracc. *de assecur.* glos. ultim. num. 2 y 12. Casareg. disc. 1. num. 157.
5 Ansald. *de comm.* disc. 30. num. 32. Casareg *de comm.* disc. 5. num. 92. 56. num. 12. 16. num. 24.

* Del conocimiento se trató en el cap. 8.

aseguradas pertenezcan ò no al sugeto asegurado; bastando que la materia del riesgo se halle en la nave para que dichos aseguradores no puedan oponer à aquel la falta de propiedad (1). Sin embargo no tendrá lugar esta regla cuando el asegurado simula ò encubre su nombre poniendo otro en su lugar, y haciéndolo en fraude de los acreedores, en cuyo caso estos no deben responder de la pérdida de las mercaderias, porque es nulo el seguro (2).

17. La mudanza del nombre del buque ò del capitan mencionados en la póliza de seguro no anula el contrato, ni deja de obligar à los aseguradores, con tal que esto se haga legalmente y en utilidad del cargamento, sin causar perjuicio à los interesados (3). De aqui es que el error en el nombre de la embarcacion no debe ser atendido en materia de seguros, con tal que por otras circunstancias se pruebe la identidad de la nave en que existan (4).

18. En la póliza debe expresarse la verdadera calidad de la nave asegurada, puesto que si la falsa designacion de ella fuere tal que baste à disminuir la idea del riesgo, debe considerarse como hecha en fraude de los acreedores, y por consiguiente se anulará el seguro (5).

19. Para concluir esta materia concerniente à la póliza resta averiguar si esta es un requisito tan necesario que por su omision se anule el contrato de seguro. Ya se dijo en el párrafo 6. que este es un contrato consensual, y por consiguiente la escritura no es de esencia suya, y esto mismo se infiere de las Ordenanzas de Bilbao, las cuales no imponen nulidad por la omision de la póliza, y su propósito fue sin duda ceñir la prueba de este contrato à dicho instrumento. En efecto à él se ha de ocurrir indispensablemente cuando se trate de probar que se celebró el contrato y los términos en que se hizo; no obstante si una de las partes alegase que este se extendió por escrito, pero que pereció la póliza en un incendio ò por otro accidente, en tal caso se ocur-

1 Rota Genuen. *de mercat.* decis. 5. num. 11. Santern. *de assecur.* part. 4. num. 48. Stracc. *de assecur.* glos. 10. num. 5. Rocc. *de assecur.* not. 46. Stipmann. *Jus marit* part. 4. cap. 7. num. 403. Ansald. *de comm.* disc. 12. num. 13. Vallin al art. 6 de la Orden. de Franc. tit. *de los seguros.*

2 Santern. *de assecur.* cit. part. 5. num. 11. *Cur. Filip.* part. 2. lib. 3. cap. 14. num. 16. Rocc. en el lugar cit.

3 Argum. leg. 1. Cod. *de mut. nomin.* Estatuto de Marsella, lib. 5. cap. 23. Edicto del consulado de Niza de 15 de julio de 1750. Otro de Cerdeña de 30 de agosto de 1770.

4 Vallin en el art. 3. tit. *de los seguros.* Casareg. *de comm.* disc. 1. adicion á los num. 27 y 159.

5 Casareg. dicho disc. 1. num. 27, 29 30 y 133.

rirá á los libros de los aseguradores, asegurados y corredores, ó si fuese necesario á la prueba de testigos; pues entonces no se puede imputar á ninguno de los contrayentes el haber faltado á lo que previene la Ordenanza sobre este punto.

20. Viniendo ahora al primer requisito esencial del contrato de seguro, que es el consentimiento de los contrayentes, debe advertirse que cuanto dicen los autores hablando de los contratos en general acerca de las personas que por falta de capacidad física ó legal no pueden contratar, es aplicable al seguro; siendo no obstante de notar que aunque los menores no pueden por sí celebrar contratos, con todo si fueren comerciantes ó mercaderes de profesion, se les considera capaces de contraer y obligarse en los negocios mercantiles, y por consiguiente les es permitido tambien celebrar el contrato de seguro.

21. Estando prohibido á los corredores por la ley 4. tit. 6. lib. 9. de la Nov. Rec. el comprar, vender ó tratar de mercaderías, y por los artículos 7, 9 y 10 de las Ordenanzas de Bilbao el que no hagan por sí ni para sí, directa ni indirectamente, negocio alguno de mercaderías, cambios ni letras, parece que estarán excluidos de poder celebrar contratos de seguros mientras ejerzan dicho oficio, por ser esta una negociacion. Los eclesiásticos pueden lícitamente hacer que se les aseguren sus propios efectos que vengan de lugar remoto, ó vayan á él; pero no podrán tomar parte, como aseguradores, por estarles prohibida segun los cánones toda grangería ó negociacion de esta especie; bien que si lo hicieren será válido el seguro, quedando ellos sujetos á las penas canónicas. A los comisionistas en general les está prohibido por las Ordenanzas consulares de otros paises hacer el mismo género de comercio para que tienen la comision, á fin de evitar los fraudes é infidencias que podrian cometerse, aprovechándose ellos de las ocasiones favorables, segun se dijo en el capítulo *de los comisionistas*. Por esta razon las Ordenanzas de Francia prohiben á los comisionados de las compañías de seguros hacer pólizas algunas en que tengan interes directo ni indirecto, como tambien el admitir cesiones de los derechos de los asegurados: esta cesion produce una presuncion fundada de que los asegurados son *testas de ferro*, como se dice vulgarmente, y de que el contrato se hizo por cuenta de otros. Por último debe saberse que aunque al parecer no deberia celebrarse el contrato de seguro entre individuos de dos naciones enemigas por cuanto las declaraciones de guerra prohiben todo cemercio entre ellos, sin embargo se observa lo contrario, como sucedió

durante la guerra de siete años en que los ingleses aseguraron las mercaderías de los franceses, y les pagaban el valor de las presas que les hacian los de su nacion.

22. El segundo requisito esencial del contrato de seguro es la cosa sobre que este recae, acerca de lo cual deben tenerse presentes las reglas que siguen. 1.ª Pueden asegurarse todas las mercaderías y efectos que la ley no prohibe, y el uso general del comercio ò el particular de cada plaza permite y autoriza (1). 2.ª No se puede hacer seguro de ganancias imaginarias, sueldos de maestres y marineros ni fletes que no se hayan cumplido efectivamente, pena de nulidad del seguro; exceptuando lo que se expresa en la regla 7.ª acerca de las ganancias del comercio de Indias (2). 3.ª Tampoco se podrán hacer seguros sobre las vidas de los hombres, so pena de la misma nulidad (3). 4.ª Bajo igual pena se prohibe asegurar los caudales ò dineros tomados à cambio ò à la gruesa ventura (4); por ejemplo, si un armador ha tomado un préstamo de veinte mil pesos para armar su buque, y lo ha hecho à la gruesa, esto es, pactando que si la embarcacion pereciese en el viage, la pérdida sea à cargo del prestador, y él quede libre del mutuo; pero que si arribase à buen puerto restituirá la suma prestada con un grueso interes marítimo: en este caso el armador no puede asegurar con respecto à esta cantidad, por cuanto no corre riesgo el buque en los veinte mil pesos: pero si hubiere empleado mas de esta suma en su armamento, puede asegurar el exceso. Sin embargo el que prestó à la gruesa puede hacer que se le asegure la suma prestada, porque corre riesgo en la pérdida del buque ò de su cargamento; pero no le es permitido asegurar los provechos é intereses que espera en caso de feliz arribo (5), la razon es porque solo puede asegurarse lo que corre riesgo de perderse, y dichos intereses en caso de que perezca el buque no son pérdida, sino una cantidad que deja de ganar. 5.ª Todo navegante y pasagero podrá hacer segura la libertad de su persona; y en este caso las pólizas deberán contener el nombre, pais, edad y calidad del que se hace asegurar, sus señas y demas circunstancias que le parecieren, y el nombre del buque, surgidero donde se halla, y el del puerto de su destino; la cantidad que se ha de pagar en caso de presa ò cautiverio, asi para el rescate como para el gasto del

1 Azuni *Dizionario de la giurisprudenza mercantile*, tom. 1. verb. *Assicuranza*, y tom 10. §. 26.
2 Ordenanz. de Bilbao, cap. 22. num. 11.
3 Dicho cap. num. 12.
4 Dicho cap. num 17.
5 El mismo num al fin.

retorno, à quién se haya de entregar el dinero, y bajo de qué pena, advirtiendo el término en que se deberá hacer el rescate, por qué medio, y à cuidado de quién ha de quedar su solicitud (1). 6.ª Si sucediere que cumpliendo una vez el asegurador con la remision del dinero asegurado para la redencion del cautivo ò preso, este falleciere antes del rescate ò libertad, ha de ser visto quedar de cuenta y riesgo del tal asegurador el recobro del dinero que hubiere desembolsado y remitido para dicho rescate ò libertad, porque en el caso referido pertenecerá à él (2): 7.ª En los negocios y comercios de Indias y otras partes remotas, en que por los grandes riesgos y otras razones se pueden prometer ganancias mayores que las regulares de Europa, se podrán hacer asegurar para la vuelta, ademas del interes principal que tuviere el asegurado, hasta veinticinco por ciento por via de ganancias, sin exceder de esta cantidad, declarando el asegurado al asegurador ser dicho aumento por la tal ganancia que espera conseguir, expresando esta circunstancia con claridad en la póliza (3). 8.ª Si el seguro se hiciere sobre el buque, aparejos, aprestos y gastos hasta la salida del puerto, el dueño de él ha de correr el riesgo de la quinta parte de su valor, como por ejemplo: si el navío y demas referido valieren mil pesos, el tal riesgo del asegurador ha de ser de ochocientos, y el del dueño del buque de los doscientos restantes, sin que por motivo de convenio ni otro alguno pueda alterarse esta Ordenanza entre las partes, aunque la renuncien y quieran ir contra ella; pues ha de ser nulo y de ningun valor ni efecto el seguro, por lo respectivo à lo que se excediere (4). 9.ª Cuando se hicieren seguros sobre mercaderías por su naturaleza corruptibles, y otras que con el tiempo, ò durante el viage, se dañan, merman ò cuelan por sí mismas, ha de ser visto que los daños y menoscabos que asi se recibieren no serán de cuenta del asegurador (5). 10. Si despues de haberse asegurado sobre buque ò mercaderías que existen en el puerto, y antes de la salida al mar convinieren los dueños de buque y carga por cualesquiera motivos en que no se lleve à efecto el viage, en este caso el asegurador ò aseguradores estarán obligados à anular el seguro y devolver los premios con la baja dicha del medio por ciento (6). 11. Cuando el seguro se hiciere sobre navíos y aparejos

1 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num 13.
2 Id num. 14.
3 Id num 8.
4 Dicho cap. num. 9.
5 Id. num. 18.
6 Id. num. 23.

por tiempo limitado, sin asignacion de viages, ni señalamiento de puertos, será visto haber cumplido el asegurador, y quedar libre de los riesgos el dia en que feneciere el tiempo expresado en la póliza (1). 12. Podrán hacerse seguros de buques, efectos y mercaderías perdidas ó robadas ó dañadas, aun despues de la pérdida, robo ò daño; pero si el buque, efectos ó mercaderías hubiesen perecido, ò sido robadas ó dañadas mucho tiempo antes que se hiciere el seguro (sea por mar ó tierra, haciendo la cuenta por tierra de una legua por cada hora de noche y dia) se tendrá por nulo dicho seguro, sin que se pueda oir en juicio, ni admitir prueba que quiera hacer el asegurado de que no tuvo noticia mala ni buena; á menos que se exprese en la póliza, que el seguro se hace sobre malas ó buenas noticias que entonces será válido, si el asegurador no pudiere probar (por los medios permitidos en derecho) al asegurado haber sabido la pérdida, robo ú daño antes del seguro (2). 13. Si teniendo noticia el asegurado de la llegada del navío y mercaderías que asegurare, firmare pólizas, será nulo el seguro (3). 14. Los aseguradores podrán hacerse asegurar de otros (por mas ó menos premios de los recibidos) de las cantidades que hubieren asegurado: asimismo podrán reasegurarse por otros, asi de los premios que pagaron como de la contingencia de la cobranza de los primeros aseguradores, expresándose por unos y por otros en la póliza esta circunstancia (4). 15. Se podrán asegurar tambien como los riesgos de tierra, la cobranza ó pagamento de cantidades fiadas, el procedimiento de los conductores de mercaderías y otros cualesquiera efectos que se puedan ó deban trasportar, con las demas contingencias que puedan acaecer en el comercio terrestre (5). 16. Cuando se asegura simplemente una embarcacion, se entiende hecho el seguro del cuerpo de ella, y no de las mercaderías que contiene; y si se asegurasen simplemente estas, se entiende el seguro solamente de ellas, y no de la nave (6). 17. Haciendose el seguro de mercaderías, se entiende de toda clase de efectos, oro, plata, perlas ó piedras preciosas (7). 18. El seguro que se hace de todas las mercaderías, no se entiende de las prohibidas ni de las que se llevan fuera de registro (8).

1 Dicho cap. 13. num. 24.
2 Id. num. 25.
3 Id. num. 26.
4 Id. num. 43.
5 Id. num. 44.
6 Santern. *de assecur.* 4. p. num. 68 al 92.
7 Ley 2. §. *Cum in eadem*, ff *ad leg. Rhod de jactu.* Ley 3 t.t 9 Part 5. Santern. en el lugar cit. num. 64 y sig.
8 Ley *Cum prop.* Cod. *de naut. fœn.* Strace. *de assecur.* glos. 5. Santern. ubi supr. num. 16 y 17.

19. Si se asegurasen cosas que consisten en número, peso ó medida, sin expresar el número ó cantidad de ellas, no vale el seguro; porque los contrayentes entendieron asegurar cosa cierta, y no consta de ella (1). 20. Cuando se asegura lana, se entiende el seguro aunque esté sin trasquilar, sucia ó limpia, hilada ó no; con tal que no esté teñida ni reducida á tela, ò destinada á otros usos semejantes (2); y lo mismo debe decirse de la seda. 21. Asegurando uno á otro todas las mercaderías de una nave, es visto asegurar las que tiene en ella al tiempo de hacer el seguro, y no las que despues se llevaren à bordo de ella; à menos que el seguro se refiera à todas las que haya de llevar, ò se convinieren asi los contrayentes (3). 22. El seguro hecho sobre mercaderías ò efectos que hayan de cargarse en un puerto designado en la póliza, se anulará siempre que las mismas se carguen en otra parte; y en este caso los aseguradores no estarán obligados à responder de los contratiempos; pues en el contrato de seguro, como en cualquiera otro, deben observarse los pactos convenidos (4). 23. El seguro estipulado por el viage de una nave, debe entenderse del primero que la misma haya de emprender; y no de cualquier otro posterior, à menos que se haya estipulado otra cosa en la póliza (5). 24. Si antes de empezar el viage asegurado emprendiese otro el capitan del buque, ya de su propia voluntad ó por orden de los asegurados, el seguro será nulo, y deberá entregarse por estos el premio convenido (6). 25. Si despues de embarcadas las mercaderías se volviesen à descargar por razon de fuerza mayor en el mismo lugar o puerto donde se cargaron, quedará el seguro sin efecto (7).

23. El tercer requisito esencial del contrato de seguro es el riesgo, bajo cuyo nombre se entiende cualquier accidente ó caso fortuito que pueda ocasionar la entera pérdida ó algun otro daño à la nave ó efectos asegurados.

24. El deseo que han tenido siempre los hombres de ponerse

1 Ley *Ita stipulatus*, ff *de verb. significat.*

2 Ley *Si cui lana*, y ley *lanx legata*, ff. *de leg.* Ley 4. tit. 9. Part. 5.

3 Ley *Cum ita*, ff. *de leg.* 2 Santern. *de assecur* 3. p. num. 49 a. 5.

4 Ley 1. § 6. ff *de posit* Ley 52. ff *de verb. oblig* Novel. 136. cap. 1. Rota Genuen *de mercat.* decis. 25. num. . Casareg. *de comm.* disc. 1. num. 105, 106 y 107.

5 Rota ubi supr. decis. 40. num. 2 y 63. num. 4. Santern. *de assecur.* part. 3. num 3. Loccen. *de jur. marit* lib. 2. cap. 5. num. 6. Strace *de assecur.* not. 19. Casareg *de comm* disc. 1. num. 70.

6 Ordonn. de France, art. 27. tit. *des assurances* et ibi Vallin. Rota Genuen. *de mercat.* decis. 4 num 2 Casareg. *de comm* disc. 67. Rocc *de assecur.* not. 20.

7 Ley 8 in princ. ff *de peric. et com. rei venditæ* Santern *de assecur.* part. 3. num. 22. Scaccia *de comm* § 1. quæst. 1. num. 135. Rocc. *de assecur.* not. 15.

á cubierto de los caprichos de la suerte, la incertidumbre de los acontecimientos y la naturaleza misma de las cosas indujeron á introducir en el comercio el contrato de seguro, por cuyo solo medio podia cada uno libertarse del riesgo que podian correr sus cosas expuestas, ora à la inconstancia del mar y à la incertidumbre de la navegacion, ora á otros accidentes que sobrevinie-sen en tierra, como por ejemplo los incendios. De aqui es que se considera como principal fundamento del seguro el riesgo, sin el cual no podria sostenerse este contrato (1).

25. El articulo 19, capítulo 22 de las Ordenanzas de Bilbao dice lo siguiente acerca de los riesgos. »El asegurador estará obligado y sujeto á todos los riesgos de las pérdidas y daños que sucedieren à lo asegurado por quebrantamiento del buque, mal calafate, ratones, falta de aparejos, naufragios, varamentos, abordages, mutaciones de ruta ó de bajel, lo que consumiere el fuego, lo que se apresare y pillare, detenciones de príncipes, declaracion de guerra, represalias, barateria de patron y marineros, y generalmente por otros cualesquiera casos fortuitos pensados o no pensados que puedan acontecer."

26. Las pérdidas y daños de que se habla al principio de dicho artículo, no se limitan al deterioro de los efectos ocasionados por un accidente de mar, sino que comprenden tambien los gastos extraordinarios originados por esta causa que llamamos averías (*).

27. Por abordage entendemos el daño que padece un buque por el choque ò acometimiento de otro: en tal caso el asegurador está obligado á indemnizar al asegurado si este fracaso provino de caso fortuito ó culpa de alguno de los patrones, ó de la gente que compone la tripulacion; quedando entonces dicho asegurador subrogado en todas las acciones que corresponderian á los comerciantes asegurados de este riesgo contra el maestre ó armador. Llámase barateria de patron y marineros toda especie de dolo, culpa, imprudencia, falta de cuidado ó impericia, ya del patron ya de la gente que compone la tripulacion del buque. Segun el Código mercantil de Francia, titulo 10, seccion 2, artículo 164, el asegurador no es responsable de las prevaricaciones y faltas del capitan y de la tripulacion conocidas con

1 Ordonn. de France, art. 27, 37, 38 y 56. tit. *des assurans* et ibi Vallin. Marquard *de jur. merc.* lib. 2. cap. 13. num. 23. Loccen *de jur. marit.* lib 2. cap. 5. num. 7. Pothier *des assurans.* num. 11 y 45. Luca *de credit.* disc. 111. num. 4. Casareg. *de comm.* disc 4 num. *. disc. 13. num 3 y 71. num. 1.

* De estas se trató en el capitulo anterior.

el nombre de barateria, si no hay estipulacion en contrario; pero como las Ordenanzas de Bilbao en dicho artículo 19. comprenden terminantemente la barateria de patron y marineros entre los accidentes à que son responsables los aseguradores, es claro que donde rijan dichas Ordenanzas, tendrán obligacion de responder de la barateria, á menos que haya excepcion sobre ella en la póliza de seguro.

28. Acerca de la mudanza de ruta ó rumbo en el viage, se previene en el artículo 22 del citado capítulo de las Ordenanzas de Bilbao lo siguiente: »Cuando el asegurado dueño del buque ò mercaderías intentare mudar de viage, por cualquier motivo que para ello tenga, será de su obligacion hacerlo saber primero al asegurador, á fin de que conformándose este, se advierta y anote en la póliza, y de lo contrario se anule el seguro hecho, y se vuelvan los premios con la baja del medio por ciento. Pero si dicho asegurado sin dar noticia al asegurador hiciere la expresada mudanza de viage, será visto quedar libre el asegurador, y sin obligacion á devolver los premios, sin que por esto se entienda embarazar al maestre ò capitan del buque el poder entrar de arribada en cualesquiera puertos ò abras por temor de enemigos, tormentas ú otros accidentes para su reparo ò resguardo, segun la necesidad lo exigiere; pues en tales casos dirigidos al beneficio comun del buque y de la carga, han de existir los seguros (1)." En orden á la mudanza de buque, puede esta á veces ser necesaria, como si por una tempestad el barco donde estaban las mercaderías aseguradas hubiere varado en la costa, y se inutilizase. En tal caso el gasto de trasladarlas à otro buque es un daño á cargo de los aseguradores, quienes no serán responsables si la mudanza ò traslacion de mercaderías se hiciere sin necesidad.

29. Cuando las mercaderías aseguradas se arrojan al mar, no hay duda que están obligados los aseguradores á pagar su valor, con reserva de las acciones contra los demas responsables á la contribucion; pero si fueren otras las mercaderías que se arrojaren, estarán obligados dichos aseguradores á pagar como daño la contribucion que toque al asegurado por sus mercaderías, con arreglo á lo que se dijo en el capítulo anterior tratando de la avería gruesa ò comun.

30. Estan obligados los aseguradores à pagar el daño causado por el fuego si este proviene de un caso fortuito; pero no si

1 Dicho cap. 22 de las Ordenanzas de Bilbao, num. 22.

aconteciere por negligencia ó culpa de los marineros, á menos que por una cláusula particular se hicieren cargo de la barateria del patron (*). En ningun caso debe concederse facultad al patron ó capitan de un buque mercante para ponerle fuego bajo pretexto de que no caiga en poder de enemigos; porque esto puede dar lugar à muchos fraudes.

31. Se considera como accidente de mar, y por consiguiente es de cargo de los aseguradores, todo lo que fuere apresado en guerra ò por piratas; debiendo tenerse presente acerca de esto el artículo 40, capítulo 22 de las Ordenanzas de Bilbao, que se hallará inserto en el párrafo 77 de este capítulo.

32. Acerca de las detenciones, arrestos ò embargos de príncipes, es preciso hacer la distincion siguiente: ò el embargo ò detencion se ejecuta en pais extrangero de orden de su Príncipe, ò en un puerto de nuestro reino de orden del Rey; en el primer caso debe hacerse diferencia de circunstancias. Si el embargo se ejecutare despues de una declaracion de guerra, ò en virtud de órdenes de represalia, es un acaso de mar de que son responsables los aseguradores, y puede inmediatamente el asegurado, antes de declararse la confiscacion, hacer à beneficio de aquellos abandono de las mercaderías aseguradas, y exigir de ellos la suma que se aseguró. Pero cuando el arresto ò embargo se ha hecho en tiempo de paz, como en este caso hay esperanza de un desembargo, no se reputa accidente de mar, ni puede hacerse el abandono sino pasado el tiempo y en los términos que prescriben dichas Ordenanzas de Bilbao, segun se verá en el párrafo 62 de este capítulo.

33. Si en caso de necesidad tomare el Príncipe las mercaderías ò parte de ellas, y pagare su precio, no tiene el asegurado recurso alguno contra los aseguradores, porque no hubo pérdida; pero si se hiciese embargo de dichas mercaderías por ser de contrabando, y como tales se confiscasen, deben ser responsables los aseguradores de esta pérdida, porque no debieron asegurar géneros de ilícito comercio.

34. Pudiendo suceder muy bien que el buque solo sea detenido ó embargado, y no las mercaderías, se previene lo siguien-

* En cuanto á incendios convendria adoptar el principio, comun en Inglaterra, de que para satisfacer el dueño de los efectos quemados pueda el asegurador pagarlo con efectos y en cantidades y calidades iguales, sin estar obligado á satisfacerlo con dinero. El objeto de esta disposicion es el evitar la tentacion de alguno que para conseguir la venta de sus efectos al precio que le acomode, los asegure y luego los queme.

te en dichas Ordenanzas. »Si algun navio quedase incapaz de navegar por retencion de príncipe ò defecto del casco, en que las mercaderías aseguradas no fuesen comprendidas, el asegurado, por sí ò por otras personas, podrá hacerlas pasar à otra ú otras embarcaciones, sin que por esto sea visto quedar libres los aseguradores de los riesgos á que se obligaron por la póliza hecha sobre la primera embarcacion; antes bien los deberán seguir en aquella en que de nuevo fuesen cargadas hasta el puerto de su destino, y ademas han de pagar al asegurado todos los gastos que se causaron en la descarga y mudanza de ellos" (1).

35. El segundo caso es cuando en los puertos de España se hace la detencion de orden del Rey en tiempo de guerra, ò cuando esta amenaza, para precaver las presas de buques hasta que estos puedan salir en conserva ò escoltados por embarcaciones de guerra, sobre lo cual, se manda en las citadas Ordenanzas lo siguiente: » Si en los puertos de estos reinos de España fuesen retenidos por orden de su Magestad (que Dios guarde) algun navio ò navios asegurados con mercaderías ò sin ellas, antes de empezar el viage para su destino, será visto no poderse hacer abandono alguno de ellos, antes bien se deberá en tal caso dar por nulo el seguro, devolviendo los premios el asegurador al asegurado, con el descuento de medio por ciento (2). De lo dicho debe inferirse por el contrario que no se anulará el seguro, y podrá hacerse el abandono, si la detencion se verificase despues de comenzado el viage en algun puerto del reino adonde el buque hiciese una arribada forzosa. La razon de esta diferencia consiste en que los riesgos no corren á cargo de los aseguradores respecto del buque, sino desde el dia de su salida, siendo por consiguiente la detencion antes de emprenderse el viage un daño de tierra, que no está á cargo de los mismos aseguradores.

36. No obstante lo dicho, si la detencion se hiciere antes del viage con el objeto de retardarle para esperar escolta, no deja de subsistir el contrato, ni pueden desistir de él los aseguradores. Ultimamente si la detencion se hubiere hecho por necesitar el Rey de aquel buque, puede el asegurado insistir en la observancia del contrato, trasladando las mercaderías á otra embarcacion, y notificándolo á los aseguradores; y si el Monarca tomase algunos efectos del buque, subsistirá tambien el contrato

1 Num. 42 del cit. cap. 22.

2 Num. 35 del cit. cap.

en cuanto à lo demas, rebajando a proporcion el premio. Necesitando su Magestad al maestre de dicho buque, podrá el propietario poner otro, sin que se altere el contrato.

37. Los riesgos dimanados de una declaracion de guerra son á cargo de los aseguradores, aunque el seguro se haya celebrado en tiempo de paz, y sin recelo de aquella. Compréndense tambien en dichos riesgos las represalias, que son las presas que hace una potencia vecina, cuando pretende haberse faltado á la justicia que se debia á sus súbditos, á quienes por esta razon autoriza para hacer el corso.

38. El citado artículo 19 de las Ordenanzas concluye diciendo que los aseguradores son responsables por todos los casos fortuitos pensados ó no pensados, en cuyos términos generales se comprenden todos los casos extraordinarios que pueden influir en la pérdida ò daño de los efectos asegurados.

39. Los menoscabos y pérdidas que dimanan del vicio de la misma cosa, no son à cargo de los aseguradores, porque estos no son casos fortuitos, ni de fuerza mayor ò extraordinarios, siempre que acontezcan naturalmente. Segun esta regla, los aseguradores no están obligados cuando las mercaderias se dañan, merman, trascuelan ò derriten estando sujetas á ello por su naturaleza (1). Pero si el trascuelo ò derretimiento fuese en mayor cantidad que la regular à causa de alguna tempestad, estarán obligados á resarcirlos rebajando lo que podia importar el trascuelo ordinario. Por esta misma regla, aunque los aseguradores hayan asegurado un buque por el viage de ida y vuelta, si no puede regresar por ser viejo, no estaran obligados á esta pérdida, á menos que por algun golpe de mar ú otro accidente haya quedado inservible, y lo mismo regirá en cuanto á las velas y cables. Por consecuencia de la misma regla, si los animales ò los negros asegurados murieren de muerte natural, ò estos por desesperacion se mataren à si mismos, no estarán obligados al pago los aseguradores.

40. Tampoco lo estarán por los pilotages, derechos ni demas impuestos sobre los buques y mercaderías que entran en los puertos, v. gr. por anclar, amarrar &c. Estos se llaman gastos ordinarios del barco y no tocan á los aseguradores, que no se obligan sino por los accidentes extraordinarios. Pero si un acaso extraordinario causare estos gastos, como si el capitan los hiciese por entrar ó salir de un puerto adonde hubiere arribado

1 Ordenanz. de Bilbao, cap. 22. art. 18.

por motivo de tempestad, ó por temor de enemigos, serán á cargo de los aseguradores.

41. Los aseguradores no están obligados por los riesgos que suceden cuando no se observó el contenido de la póliza de seguro, á menos de haber sido con su consentimiento, ò en caso de necesidad. Por ejemplo, si habiendo yo hecho asegurar mercaderías por valor de quince mil pesos en un buque, y otras por igual valor en otros dos diferentes, las cargare despues todas en uno contra lo estipulado en la póliza, solo correrán riesgo los quince mil pesos; pues en cuanto á las otras cantidades no tiene efecto el contrato de seguro. En consecuencia estarán obligados los aseguradores à volver el premio correspondiente á dichas últimas cantidades, salvo el medio por ciento en recompensa del interes por la inejecucion del contrato. Pero si durante el viage, de orden del asegurado y sin consentimiento de los aseguradores, se hiciere la mudanza de las mercaderías à otro buque, no estarán obligados ni aun á volver el premio, porque el contrato tuvo su cumplimiento hasta la mudanza, y habiendo comenzado los aseguradores á correr el riesgo, se les debe el premio.

42. Cuando se previene en la póliza que tenga facultad el capitan ò maestre de navegar á derecha é izquierda, hacer escalas, ir y tornar, esta cláusula permite al asegurado apartarse de la derrota, tocar en algun puerto á la derecha ó á la izquierda con el fin de desembarcar algunas mercaderías y cargar otras en su lugar, ir ó tornar de un puerto à otro, aun volviendo atrás; pero de manera que el buque tome de nuevo su rumbo para llegar al destino designado en la póliza; mas no se le permite mudar enteramente de viage, y si lo hiciese, se declarará libre al asegurador, no obstante esta cláusula.

43. En la mayor parte de las plazas de comercio donde está en uso el contrato de seguro, se ha considerado necesario fijar el principio y el término de los riesgos, á fin de evitar los abusos que podrian originarse de una ilimitada facultad en los asegurados de tener ó poner las mercaderías en la nave à cargo de los aseguradores: y por tanto se halla establecido por los respectivos reglamentos, ó al menos se acostumbra estipular en las pólizas de seguro, el tiempo preciso en que debe comenzar y acabar el riesgo de las cosas aseguradas con aquella proporcion que cada legislador ha creido adoptada à las circunstancias de su comercio.

44. En todo caso se ha de atender primeramente al tenor y

términos convenidos en la póliza; á veces se limita el riesgo al viage de ida solamente; otras se extiende al viage redondo de ida, estada y vuelta; y cuando las partes no se explicaron sobre esto, se entiende por solo el viage de ida, segun Vallin y otros autores. Hay casos en que el seguro se celebra por tiempo determinado; v. gr. de seis meses desde el dia de hacerse el buque á la vela, sin designacion del viage: esta especie de seguro se hace con los buques armados en corso; y en tal caso los aseguradores solo estan obligados á indemnizar los daños y averías ocurridas durante este tiempo, aunque la embarcacion continúe en el mar. Pero cuando el seguro se ha celebrado para un viage señalado, aunque la póliza haya determinado el tiempo de dicho viage, estarán obligados los aseguradores á todos los riesgos que sobrevengan aun despues de dicho tiempo, si durare mas el viage; porque el tiempo no se entiende designado para limitar la responsabilidad de los aseguradores, sino para denotar que pasada la época señalada para el viage, se les ha de aumentar el premio á proporcion.

45. Si las partes no hubieren expresado el tiempo desde que han de correr los riesgos á cargo de los aseguradores, y en el que deben acabar; se entiende que empiezan, en cuanto al navío, sus aparejos, aprestos, vituallas y demas gastos, desde que se hace á la vela hasta que llega al puerto de su destino; y respecto á las mercaderías, desde el punto que se trasportan del muelle al buque para cargarlas, hasta que sean puestas en tierra en el puerto de su destino (1). Esto se amplía aun á aquellas mercaderías aseguradas, que se han de cargar tambien al paso en otro puerto y en el mismo buque, porque no corre el riesgo de ellas sino despues de cargadas. Ocurrió sobre esto el siguiente exceso. El señor Huguet de Semonville, que habia prestado á la gruesa ocho mil libras sobre un buque que llegó á Buenos-Ayres á fin del año 1751, hizo asegurar los retornos en una de las oficinas de seguros de París en 21 de marzo de 53, bien fuesen en oro, plata ó efectos, sobre uno ó muchos buques desde su cargamento hasta su arribo á Cadiz, ú otro puerto de España. En 6 de febrero de 55 declaró haber llegado parte de las mercaderías por valor de setecientas cuarenta y cinco libras, en 25 de marzo siguiente hizo otra declaracion por setecientas cuarenta; y en el mes de diciembre de 64 requirieron ó demandaron los

1 Ordenanz de Bilbao, cap. 22. num. 19. *Cur. Filip.* lib. 3. *del Comercio naval*, cap. 14. num. 21.

aseguradores al señor Huguet, pretendiendo se declarase haber fenecido los riesgos. El señor Huguet sostenia tener aun efectos que traer, cuyo riesgo estaba todavía à cargo de los aseguradores, pues no habia ley ni costumbre que determinase el tiempo ó duracion de los riesgos; sin embargo por sentencia del Almirantazgo dada en el mes siguiente se declaró acabado el tiempo de los riesgos. Los fundamentos de esta sentencia, segun manifestó uno de los jueces, fueron que si no se limitaba por el juez el tiempo ó duracion de los riesgos estarian frecuentemente expuestos los aseguradores á ser engañados, porque siendo de ordinario ignorada por ellos la entrada de estos retornos, sucederia que un negociante de mala fe, despues de haber recibido íntegramente todos los efectos asegurados, pudiese, si perdia algunos, aplicarles el seguro de los otros diciendo ser parte de los retornos (*).

46. Siendo el riesgo, como se ha dicho, el principal fundamento y el requisito mas esencial del contrato de seguro, de cuya justificacion pende principalmente la validez ó insubsistencia del mismo, exige la razon que esté á cargo del asegurado la prueba del riesgo, debiendo para la ejecucion del contrato, justificar concluyentemente la base de su intencion, esto es, la existencia física y real de la cosa asegurada bajo el peligro individual que dió origen á su estipulacion con los aseguradores (1).

47. Rocco en sus notables observaciones á la materia de se-

* Emérigon en el tratado de seguros, cap. 13. secc. 2. §. 2. dice que el riesgo marítimo debe empezar desde el momento en que las mercaderías se hallan expuestas al mar, ya sea en la nave, ya en el trasporte que de ellas se hace desde el muelle para cargarlas. Fúndase en que la intencion del asegurado es ponerse á cubierto de todos los riesgos marítimos, lo cual no se verificaria enteramente si los aseguradores no respondiesen de la pérdida acaecida en el mar bajo el pretexto de haberse sumergido en él las mercaderías al tiempo de trasportarlas. Con este modo de pensar parece que coincide el citado artículo 19 de las Ordenanzas de Bilbao, donde se dice, que desde los mismos muelles donde se embarquen los efectos ha de empezar á correr el riesgo de los aseguradores. Verdad es que luego en la fórmula ó plantilla de póliza de mercaderías inserta en el artículo 50 del mismo capítulo se dice: »Corremos (los aseguradores) el dicho riesgo desde tal dia ó desde el punto y hora que se cargaren en dicho navio los referidos fardos y mercaderías." Ateniéndonos sin embargo al artículo 19, que es, por decirlo asi, el dispositivo, pues el 50 se reduce á un mero formulario; y siguiendo la sólida opinion del autor citado, decimos: que corre el riesgo, no desde el punto en que se embarcan las mercaderías, sino desde que se trasportan del muelle á la embarcacion.

1 Rota Genuen. *de mercat.* decis. 69. num. 1. Strace. *de assecur.* gloss. 6. in princip. y gloss. 11. num. 56. Santern. *de assecur.* part. 4. num. 46. Masquard. *de jur. merc.* lib. 3. cap. 13. num. 9. Scaccia *de comm.* §. 1. quæst. 1. num. 129. Casareg. *de comm* disc. 1. num. 10. 7. num. 1. 13. num 14. y 142. num. 34. Emerigon *des assuranc.* cap. 11. al princip.

guros ha pretendido demostrar que debe el asegurador tener la obligacion de probar que la cosa asegurada no se ha expuesto al riesgo marítimo, á menos que en la misma póliza se someta el asegurado á la justificacion del cargamento (1). Pero ha prevalecido la opinion contraria, como mas análoga á la naturaleza del contrato de seguro, y mas conforme á la recta justicia; pues siendo este un contrato condicional que no recibe su perfeccion sino cuando la cosa asegurada está expuesta á los riesgos, exige la razon que el asegurado justifique haberse verificado enteramente esta condicion, y seria contra el orden regular que en semejantes casos los aseguradores se viesen obligados á probar una negativa (2). Al intento se ha establecido por ley en diversas plazas marítimas el modo con que debe el asegurado suministrar la prueba del riesgo, á fin de que pueda proceder contra sus aseguradores.

48. Es preciso sin embargo distinguir la prueba del riesgo acaecido en el casco y aparejos de un buque, y del que sobreviene á las mercaderías, para que en uno y otro caso se pueda probar concluyentemente el interes del asegurado. Acerca del primero de estos dos riesgos se debe observar que, aunque parezca extraordinario é inverosimil que entre comerciantes pueda suponerse la existencia de un buque con su nombre y designacion de sus calidades no habiendo semejante embarcacion, han acaecido sin embargo atentados de esta especie; y por consiguiente los aseguradores deben estar muy sobre sí para precaverse de este nuevo género de fraude. En prueba de esto Emerigon refiere un suceso ocurrido el año de 1773 en Exon en Inglaterra, donde un negociante llamado Colvorty, por medio de facturas, conocimientos y otros papeles del todo falsos, acreditó la compra y cargamento de granos en diversos buques que jamas habian existido sino en su imaginacion, y cuyo pago logró apropiarse; y descubierta la superchería fue condenado en dicha plaza á la pena de muerte.

49. No rige, pues, enteramente, á lo menos en nuestros tiempos, lo que afirma Vallin sobre las Ordenanzas de Francia en los artículos citados, esto es, que en orden á la prueba del riesgo sobre las embarcaciones, siendo estas un objeto real y verdadero, no hay necesidad de justificarle, ni puede haber materia de discusion sino relativamente á la estimacion que el ase-

1 Roce. *de assecur.* not. 10. y 97.
2 Casareg. *de comm.* disc. 13. num. 4. y sig. Card. de Luc. *de credit.* disc. 111. num. 4. Emerigon *des assuranc.* cap. 11. in princip.

gurado haya hecho en la póliza excediendo de su justo valor; puesto que la malicia humana ha llegado al punto de hacer que aparezcan como objetos reales las cosas no existentes. Por consiguiente es necesario, para que se tenga por probado concluyentemente el riesgo de la nave, que por medio de un documento auténtico se pruebe en debida forma la parte de buque que se haya hecho asegurar, perteneciente con título cierto de propiedad á aquella persona que directa ó indirectamente está nombrada y comprendida en el contrato de seguro (1).

50. La prueba mas cierta que pueda darse para justificar el riesgo de las mercaderías es el conocimiento, y este es propiamente el documento justificativo de que hablan todas las leyes para establecer la existencia, la calidad y cantidad del riesgo conforme á su contenido (2).

51. Sin embargo es cierto que aun esta prueba puede estar sujeta á la excepcion de fraude y colusion; de aqui es que si los aseguradores demuestran en cualquier forma, que se ha procedido fraudulentamente para perjudicarlos en el contrato, no será atendible la prueba hecha por medio del conocimiento, á menos que esté corroborada con otros documentos auténticos y legales, por los que se acredite no solo el cargamento sino tambien la anterior adquisicion, el costo, la pertenencia y el hecho mismo del sucesivo cargamento con designacion de su calidad y cantidad; especialmente en el caso en que el contrato se haya celebrado con términos generales de mercaderías sin otra especificacion, como no pocas veces sucede (3).

52. No obstante lo dicho, el conocimiento no es la única prueba que puede acreditar el riesgo, y sin la cual no sea permitido al asegurado el resarcimiento de los daños; puesto que hay muchos casos en que la necesidad, la prudencia ó las circunstancias no permiten al cargador tener á mano el conocimiento, y no por esto le será prohibido el hacerse asegurar, ni tampoco quedará inhabilitado para hacer por otro medio la prueba del cargamento y del riesgo (4).

53. En efecto todos los cargamentos que se hacen en tiempo

1 Rot. Roman. decis. de 12 de febrero de 1776. §. 6 y sig. Luca *de credit* disc. 108. num. 14. Casareg. *de comm* disc. 1. num. 111. Pothier *des assur.* num. 144. Vallin. en el art. 57 de la Ordenanz. de Franc. tit *de los seguros.*

2 Casareg. *de comm.* disc. 173 y sig. Emerigon en el lugar citado, §. 2.

3 Luca *de credit.* disc. 108. num. 14 y sig. Casareg. *de comm.* disc 10. num 57 y 124.

4 Luca allí, disc. 106. num. 17. Pothier *des assuranc.* num. 114. Vallin en el art. 57 de la Ordenanz de Franc. tit. *de los seguros.* Emerigon *des assuranc.* cap. 11. secc. 6.

de guerra de mercaderías sujetas á los inconvenientes del apresamiento, carecen absolutamente de conocimiento, y sin embargo pueden ser asegurados. Tampoco se hace conocimiento por el equipage de los pasageros, y regularmente ni por las pacotillas ó pequeños bultos que el capitan recibe por hacer favor á alguno; y por fin es muy contingente el caso en que ó se pierdan dichos conocimientos, ó el capitan se haga á la vela sin haberlos firmado; lo que sucede facilmente con aquellas mercaderías que se envian á bordo al tiempo de la partida, las cuales por lo comun suelen ser las mas finas, y por consiguiente de mayor valor. Sería pues inadmisible en el comercio que por falta de un documento que muchas veces no puede tenerse, ó se privase al interesado de hacerse asegurar, ó se le pusiese en el duro caso de no poder percibir el resarcimiento de los daños padecidos. Por estas razones está admitida la opinion de que à falta de conocimiento pueda el asegurado suplir esta prueba con otros documentos que justifiquen el cargamento, y por consiguiente el riesgo de las mercaderías. Asi que la justificacion por medio del conocimiento que suele estipularse en el contrato de seguro, no debe entenderse pactada como condicion, sino por via de modo; esto es, que en defecto de ella pueda suplirse con otras pruebas equivalentes, como serian los despachos de la aduana y otros papeles semejantes que tengan una forma válida y concluyente (1).

54. Pothier en su tratado de seguros, número 114, propone esta dificultad: ¿si podrá el asegurado pactar en la póliza de seguro que no ha de estar obligado á justificar su cargamento con la exhibicion del conocimiento? y responde que no debe admitirse tal pacto, ni semejante cláusula puede dispensar al asegurado de tal prueba; por cuanto no se puede presumir otra causa para este convenio sino la intencion de querer engañar á los aseguradores, y en consecuencia no es válido, porque no debe admitirse pacto alguno que ponga á los contrayentes en estado de engañar.

55. Vallin comentando las Ordenanzas de Francia, en el artículo 57, título de los seguros, sostiene que la cláusula que dispensa al asegurado de hacer la prueba del riesgo por medio del cargamento, es contraria al espíritu de la ley que prescribe rigo-

1 Ordonn. de France, art. 25. tit. *des naufrages*. Stracc. *de assecur.* glos. 11. num. 55 al fin. Casareg. *de comm* disc. 1. num. 10. Pothier *des assurans.* num. 145. Vallin *Comment. à l'Ordonn de France.* art. 7. tit. *de l'écriture*; y 1 tit *du connoissement*. Emerigon *des assurans.* cap. 11. secc. 7. § 2.

rosamente la prueba del riesgo como requisito esencial del contrato de seguro, no siendo permitido á las partes el derogarlo, por cuanto no puede ser válido ningun pacto opuesto á la naturaleza del contrato. Pero Emerigon en su tratado de seguros, cap. 11. secc. 8, corrige á Vallin, suponiéndole equivocado en cuanto á la naturaleza de este pacto, y refiere que en el año de 1774, habiéndole consultado ciertos aseguradores sobre la siguiente cláusula adoptada por ellos en la póliza, á saber, *sin que el asegurado tenga obligacion de hacer prueba alguna del riesgo en caso de pérdida*, les respondió ser válido el tal pacto, pero que los aseguradores tenian derecho de probar que no habia tenido efecto el cargamento; que el fraude se entendia siempre excluido de semejantes convenios, con tal que le pudiesen acreditar los aseguradores; y que la susodicha cláusula no dispensaba de llevar á efecto el cargamento, sino solo de alegar la prueba del mismo afirmando el asegurado ser cierto; pues no estando prohibido por las leyes el convenio de estar á la fe de alguno, debia considerarse como válido semejante pacto.

56. En efecto no cabe duda que siendo un pacto de buena fe el de estar al juramento del asegurado para acreditar la existencia del riesgo, pierde toda fuerza, no solo cuando el asegurado es sospechoso de mala fe y de fraude, sino tambien cuando decaiga de su crédito ó condicion, ó enteramente quiebre; pues en tales circunstancias, haciéndose indigno de fe, podrán los aseguradores, no obstante el pacto en contrario, legalmente pretender y exigir la prueba del cargamento. Por tanto debe decirse que esta es una cláusula adoptada para solicitar la ejecucion del contrato de seguro, mas no para alterar su verdadera esencia. Asi que debe dársele una inteligencia y eficacia conveniente á la subsistencia del negocio, en lugar de darle otra que se dirija á destruirle; bajo cuyo aspecto debe ser generalmente recibida como válida semejante convencion (1).

57. Seria de desear que en todas las plazas de comercio fuese uniforme el método de probar el riesgo, y se determinase la prueba verdadera y legal, sin la que no se admitiese justificacion alguna; y que los cargadores debiesen indispensablemente presentar el conocimiento firmado por el capitan del buque para justificar la existencia del mismo. El arbitrio que se ha dejado á los jueces para valuar las pruebas, pone en estado á los contra-

1 Rota Genuens. *de mercat.* decis. 62. num. 4. Casareg. *de comm.* disc. 10. num. 2 y 18. Targa *Pond marit.* cap. 52. §. 15. Emerigon *des assuranc.* cap. 11. secc. 8. al fin.

yentes ó de acumular pruebas que no son legítimas, ó de verse disputar sin razon la legitimidad de aquellas que, aunque verdaderas en el fondo, carecen de alguna forma extrínseca que las hace vacilar.

58. La materia de los riesgos nos conduce naturalmente á hablar del abandono que en caso de pérdida ó desgracia puede hacer el asegurado á favor del asegurador, sobre lo cual establecen las Ordenanzas de Bilbao lo siguiente.

59. »Todas las veces que acaeciendo pérdida ó desgracia de la cosa asegurada, el asegurado con la noticia de ello quisiere hacer abandono y suelta á favor del asegurador ó aseguradores, lo deberá ejecutar sin la menor dilacion en el tribunal del consulado de esta villa, y estando en ella los aseguradores, se les hará saber judicialmente, para que, si bien visto les fuere, acudan ó nombren persona que por ellos asista á su cobro; pero siendo los dichos aseguradores de fuera, deberá constituirse el asegurado en su representacion con autoridad de prior y cónsules, á cuidar, recuperar y beneficiar lo abandonado sin perjuicio del abandono hecho y del derecho que tendrá en uno y otro caso de recurrir contra los aseguradores à que le paguen los daños, gastos y demas que se le siga" (1).

60. »No podrá hacerse abandono alguno, sino en caso de apresamiento ó naufragio, quebrantamiento ó varamento de navío, embargo de príncipe, ó pérdida entera de la cosa asegurada, y sucediendo otros cualesquiera daños serán reputados solamente como avería, la cual será arreglada entre los aseguradores y asegurados, prorateándola segun los intereses que tuvieren" (2).

61. »Tampoco se podrá hacer abandono de una sola parte de mercaderías, reservando lo demas, sino enteramente todas las aseguradas, ni de casco de navío que no haya padecido daño en parte esencial, y que pueda navegar" (3).

62. »Cuando el abandono quiera hacerse por motivo de retencion de príncipe, no se podrá ejecutar hasta despues de seis meses, contados desde el dia en que se hiciere saber el embargo ó retencion á los aseguradores, siendo este hecho en cualesquiera puertos de la Europa, y si lo fuere en los de la América, ú otros igualmente remotos, dentro de un año con-

1 Cap. 22. num. 30.
2 Id. num. 31.
3 Num. 32.

tado como se lleva dicho; pero si el asegurado tuviere noticia por instrumento justificativo de que el navío se halla innavegable, ó las mercaderías dañadas en la mayor parte, podrá hacer en este caso dicho abandono desde luego, sin esperar à los términos prevenidos" (1).

63. »Siempre que por los motivos expresados en el número precedente acaeciere haber de esperar el asegurado los seis meses ó el año referidos para dicho abandono, se declara y ordena, que si este pidiere al asegurador fianzas ó resguardo del interes asegurado, ó de los daños que resultaren, se le deberá dar incontinenti, mediante la dilacion de dichos términos; durante los cuales, y hasta su decision y paradero del embargo, será de la obligacion del asegurado hacer todas las diligencias necesarias para conseguir la libertad, ó desembargo del navío, ò efectos retenidos, y consiguientemente si el asegurador ó aseguradores se hallaren en disposicion de mas cercanía, podrán hacer las mismas diligencias en beneficio comun por sí mismos si les conviniere" (2).

64. »Si en los puertos de estos reinos de España fueren retenidos por orden de su Magestad (que Dios guarde) algun navío ó navíos asegurados, con mercaderías ó sin ellas, antes de empezar el viage para su destino, será visto no poderse hacer abandono alguno de ellos, antes bien se deberá en tal caso dar por nulo el seguro, devolviendo los premios el asegurador al asegurado con el descuento de medio por ciento" (3).

65. »Los instrumentos justificativos de la carga y pérdida de las mercaderías aseguradas y abandonadas, deberán presentarse á los aseguradores despues del abandono de ellos, y antes que pretendan el pagamento; á menos que por pacto expreso de la póliza hayan convenido los aseguradores en relevar à los asegurados de esta obligacion" (4).

66. »Si sucediere que algun navío y mercaderías aseguradas, yendo ó viniendo de cualquiera puerto de la Europa, no pareciere en el de su destino ni en otro alguno, ni se tuviere noticia de su paradero en el tiempo de un año contado desde el dia en que salió del puerto; en este caso podrá el asegurado hacer si le conviene su abandono, y pedir al asegurador el importe de las cosas aseguradas, y se le deberá pagar llana y puntualmente; y cuando la navegacion fuere à puertos de la

1 Num. 33 de dicho cap.
2 Num. 34.
3 Num. 35.
4 Num. 36.

América y otras regiones igualmente remotas, el dicho abandono y pagamento de lo asegurado se podrá tambien hacer y pedir dentro de dos años, contados asimismo desde el dia en que el navío empezó á navegar" (1).

67. »Despues que el asegurado abandonare el navío ó mercaderías aseguradas, han de pertenecer al asegurador ó aseguradores en la parte que lo fueren, sin que el asegurado pueda tener derecho à ellas, aunque lleguen con felicidad al puerto de su destino, y los tales asegurador ó aseguradores no podrán (por ningun motivo ni pretexto) dejar de satisfacer y pagar, segun lo contratado, todo el valor é importe de aquello que cada uno hubiere asegurado, sin que los unos ni los otros, puedan excusarse en manera alguna de cumplir lo á cada uno tocante" (2).

68. El cuarto requisito esencial del contrato de seguro es la cantidad que el asegurador promete pagar al asegurado por via de indemnizacion en caso de pérdida ó daño de la cosa asegurada. Regularmente se fija esta suma en la póliza de seguro, como se dijo en el párrafo 13; pero no es de esencia del contrato este señalamiento, bastando que los contrayentes se obliguen à pagar en caso de pérdida el precio de los efectos asegurados segun la estimacion que se haga. Esta suma no debe exceder del verdadero valor de aquellos, porque no se puede asegurar sino la que se arriesga; de modo que si las mercaderías valen diez mil pesos, solo estos se pueden perder, y de consiguiente asegurarse.

69. En el artículo 7 del citado capítulo 22 de las Ordenanzas de Bilbao se previene que »ninguna persona por sí ni en nombre de otra pueda hacer asegurar mas cantidad que la que importaren las mercaderías ó cosas aseguradas, sus derechos, gastos hasta bordo y premios de seguros, pena de nulidad del tal seguro, entendiéndose que el asegurado deberá en el todo correr el riesgo de diez por ciento, y solo podrá asegurar los noventa por ciento restantes; pero en el caso de que se conformen los aseguradores en que se asegure el todo, podrá cualquiera hacerlo, expresando en la póliza esta circunstancia, à menos que el mismo dueño asegurado navegare con sus mercaderías en el buque; porque en este caso deberá correr precisamente el riesgo de dicho diez por ciento, bajo la misma pena de nulidad." Y en el artículo 20 del mismo capítulo se ordena lo

1 Num. 37 de dicho cap. 22.
2 Num. 38

siguiente. »Si algun seguro se hiciere sin fraude excediendo del valor de las mercaderías cargadas, tendrá subsistencia hasta la concurrencia de su estimacion, y en caso de pérdida los aseguradores estarán obligados cada uno al pago de la prorata de las cantidades aseguradas por ellos." Cotejando estos dos artículos se infiere que en el primero se habla de un seguro hecho de mala fe, pues declara absolutamente su nulidad, siendo asi que en el otro artículo se expresa que el seguro hecho con exceso, aunque sin fraude, debe subsistir hasta la concurrente cantidad; debiendo advertirse que el que hace asegurar por un valor mayor que el de las mercaderías, se cree proceder de buena fe, porque de nadie se presume dolo, y los aseguradores que lo aleguen tendrán que probarlo.

70. Cuando el asegurado previene al asegurador (á tiempo que no se haya tenido por ellos noticia alguna buena ni mala del paradero del navío) que en el seguro hecho excedió de la cantidad que valia la cosa asegurada, será de obligacion del asegurador anular la parte del exceso, restituyendo al asegurado los premios correspondientes á ella con el descuento de medio por ciento (1).

71. Si alguno hiciere asegurar mas cantidad de la que verdaderamente tuviere en el buque ó para embarcar en él, y despues padeciere naufragio, el asegurador no ha de estar obligado á pagar mas cantidad que aquella que justificare tenia en él (con la baja y descuento del diez por ciento prevenido en el párrafo 69), ni á volver premio alguno de los que por razon de dicho seguro hubiere recibido (2).

72. Cuando el cargamento se asegura por una suma menor del valor, y el seguro se ha hecho indeterminadamente, se partirán los riesgos entre el asegurador à prorata de la suma asegurada, y el asegurado por el exceso. En tal caso el asegurado es asegurador de sí mismo por el resto; por ejemplo, hice asegurar cuarenta y cinco mil pesos en un cargamento mio de valor de sesenta mil; si sobreviene una pérdida de veinte mil, sufrirá el asegurador las tres cuartas partes, y yo la cuarta; porque no habiéndose hecho el seguro en efectos determinados del cargamento, no hay razon para imputar á unos mas que à otros la pérdida que sobrevenga.

73. ¿Y que diremos si antes de suceder esta pérdida, y en el curso del viage, hubiese sacado del buque el asegurado algunos

1 Num 21. del cit. cap. 2 Num. 15.

efectos por el valor de quince mil pesos, no habiendo dejado en él sino el importe de lo asegurado? ¿El asegurador correria solo los riesgos? La cuestion no há lugar en el caso de la total pérdida de la carga, porque entonces siempre tiene que pagar la suma asegurada, haya ó no retirado el otro parte de los efectos. La dificultad es cuando la pérdida fue parcial, ó fueron averías, porque en este caso tiene interes en que se prorratee con el dueño de la carga, ó con otro asegurador que hubiese asegurado los restantes quince mil pesos. Mr. Vallin dice que es accidental que subsistiendo todos los efectos en el buque se haga este prorateo; porque el asegurado no se obliga al asegurador á dejarlos en el barco, ni le está limitada la facultad de despachar parte de sus mercancías durante el curso de su viage en los puertos donde entre. Esta resolucion es muy justa, si el asegurado solo descargó los efectos no asegurados para despacharlos en el puerto donde entró; pero sí será responsable habiéndolos descargado solo con la mira de librarlos de las averías que recelaba.

74. En orden al doblado seguro que se hace sobre una misma cosa, previenen las Ordenanzas de Bilbao lo siguiente: »No se podrá hacer doblado seguro sobre una misma cosa, pena de nulidad; pero si sucediere que dos ó mas interesados de una misma cosa, sin noticia que tenga el uno del otro, cada uno de por sí hiciere el tal seguro, será visto quedar válido el que justificare haberse hecho primero; en cuyo caso, para anular el segundo ó posterior (como deberá hacerse) se ordena que el asegurado acuda puntualmente á hacerlo saber al asegurador con recaudo legítimo que lo certifique, en el término de treinta dias, contados desde el de la fecha de la última póliza, con tal que no tenga el asegurado antes de esta precisa diligencia noticia alguna del paradero del navío, y que de esta manera quede en sí nulo el tal segundo ó mas seguros últimamente hechos, y sus pólizas, volviéndose por el asegurador al asegurado el premio de que de él hubiere recibido, mediante dicha ignorancia del primer seguro, con la baja y descuento de medio por ciento (que podrá retener y llevar, por haber ya firmado la póliza); pero si el navío hubiere antes de dicho aviso llegado con felicidad, ha de ser visto haberse ganado ya por el asegurador ó aseguradores posteriores sus premios, sin que deban restituirlos; y al contrario, si el navío y cargas, ó lo que de ello estuviere asegurado, se perdiere en todo ó en parte, y constare esto á los últimos aseguradores antes de estar noticiosos de dicho primero y preferido seguro; en este caso todos los prime-

ros y últimos deberán sanear à prorata los daños ó pérdida de lo asegurado; y si alguno de ellos se hallare entonces fallido, se deberá suplir por los demas lo que por este faltare, à proporcion de lo que aseguraron; quedándoles el recurso por los asi suplidos contra los tales fallidos" (1).

75. Si uno asegurase á otro cierta cantidad de mercaderías que este dijo tener para cargar ó cargadas en un buque, y perdiéndose este resultase que no habia tales mercaderías à bordo, ó si existian algunas, no en tanta cantidad como dijo el asegurado, solo estará obligado el asegurador à pagar la estimacion de las que habia, y nada sino hubiese ninguna; porque la falsa asercion vicia el seguro à favor del asegurado en castigo de su mala fe (2).

76. Si en el viage se pasaren las mercaderías aseguradas de la nave en que iban à otra, y se perdiesen ambas, está obligado el asegurador à pagar la estimacion de lo asegurado por su responsabilidad; pero no lo estará si solo se perdiere la nave adonde se trasbordaron las mercaderías, por no estar à cargo del asegurador el riesgo de ella (3); ni tampoco será responsable, si las mercaderías se perdieren en las lanchas ò barcos en que se hiciere dicho trasporte, pues no ha recaido sobre ellos el seguro (4).

77. Las demas obligaciones relativas al pago que por via de indemnizacion deben hacer los aseguradores, estan contenidas en los siguientes artículos de las Ordenanzas de Bilbao, capítulo 22. »Por cuanto la experiencia ha mostrado que algunos capitanes ó maestres de navíos (à título de estar asegurados, ó por no tener interes en ello), viendo de lejos algun otro navío, sin encontrarse con él, ni hacer resistencia, ni conocer si es amigo ó enemigo, faltando á su obligacion los han desamparado, y echádose á tierra en grave perjuicio de los interesados de ellos y sus cargazones; se ordena que en semejantes casos, los seguros que fueren hechos sobre los cascos de los tales navíos, y sus aparejos asi abandonados, y sin ser realmente tomados, sean nulos, sin que por esto se entienda quedar libres los que fueren aseguradores de las mercaderías, antes bien deberán pagar las cantidades aseguradas sobre las dichas mercaderías, res-

1 Id. num 16.
2 Santern. *de assecur.* 3. p. num. 10 y sig. Strace. *de assecur.* glos. 6. num. 6.
3 Santern. en la obra cit. num. 35. Strace. alli, glos. 8. num. 2.
4 Santern. lug. cit. num. 36 y sig. Strace. alli, glos. 8. num. 7 y 13.

pecto de que los aseguradores de ellas no tuvieron parte en la negligencia y falta del capitan y su equipage" (1).

78. »En caso de que un navio y mercaderías, de que se hubiese hecho seguro, fuere apresado, el asegurado podrá rescatar sus efectos sin aguardar á orden de los aseguradores (sino hubiere podido darles aviso de ello, con tal que lo haya de hacer luego que pueda, con expresion del convenio hecho en esta razon); en cuyo caso, y cuando llegue á noticia de los aseguradores, estará á eleccion de ellos el tomar à su cuenta las cosas aseguradas, á proporcion de la parte que cada cual tenga en el seguro, pagando al asegurado las cantidades que aseguraron y el costo de su rescate; pero sino convinieren dichos aseguradores en tomar de su cuenta las cosas aseguradas que se rescataren, ademas de la paga del rescate continuarán en correr el mismo riesgo del seguro hasta el cumplimiento y paradero de su destino" (2).

79. »Si algun navío quedare incapaz de navegar por retencion de príncipe ó defecto del casco, en que las mercaderías aseguradas no fueren comprendidas, el asegurado por sí, ó por otras personas, podrá hacerlas pasar à otra ó á otras embarcaciones, sin que por esto sea visto quedar libres los aseguradores de los riesgos á que se obligaron por la póliza hecha sobre la primera embarcacion, antes bien los deberán seguir en aquellas en que de nuevo fueren cargadas hasta el puerto de su destino, y ademas han de pagar al asegurado todos los gastos que se causaron en la descarga y mudanza de ellas" (3).

80. »Los aseguradores estarán obligados à pagar à los asegurados las cantidades que les correspondieren de los daños ó pérdidas que justificaren haber padecido las mercaderías ó cosas aseguradas hasta la entrega de ellas en el puerto de su destino, dentro de treinta dias contados desde aquel en que se les manifestare dicha justificacion, á menos que en la póliza del seguro se exprese tiempo determinado para dicha paga" (4).

81. »Si llegare el caso de que despues de una arribada en que hubiere avería gruesa, y por ella hayan pagado los aseguradores lo que les correspondió, continuando la navegacion sucediere otra ú otras, y antes de llegar al puerto de su destino se perdieren asi navío como mercaderías, ha de ser visto estar los aseguradores de uno y de otro obligados á pagar enteramente la

1 Núm. 40.
2 Num. 41.
3 Num. 42.
4 Num. 43.

cantidad por cada uno asegurada, con mas los gastos si nuevamente se ocasionaren, sin descuento de cada paga que hayan hecho de averías gruesas que precediesen à la total pérdida, respecto de que todo asegurador, mediante los premios recibidos, ha de estar sujeto á cualesquiera contingencias y daños capitulados en la póliza, que durante el viage sobrevengan, poniéndose en el mismo lugar del asegurado" (1).

82. »Y si este no acudiere á pedir al asegurador el importe de la pérdida y daños de las cosas aseguradas dentro de un año, contado desde el dia en que tuvo la noticia de la tal pérdida, ò recibió las cosas asi averiadas, será visto quedar libre el asegurador de pagarle cosa alguna, mediante la omision y negligencia del asegurado" (2).

83. »Cuando en la misma póliza de los seguros no capitularen las partes baja alguna en el pagamento de las cantidades aseguradas ó daños que sobrevinieron, será visto deber pagar los aseguradores dichas cantidades enteramente, y sin descuento ni baja alguna" (3).

84. »Si los daños de navíos, mercaderías y demas cosas aseguradas (incluyendo el valor capital de todas) no excedieron de tres por ciento, será visto no tener recurso el asegurado contra el asegurador para demandarle cosa alguna sobre ello, y cuando los daños fueren en lanas ó añinos asegurados, deberá llegar á diez por ciento para que el asegurador esté obligado al saneamiento; á menos que en la póliza del seguro de unas y otras mercaderías se obligue el asegurador; que en tal caso deberá pagarlos" (4).

85. Cuando al tiempo de hacer el seguro fuere estimada la cosa sobre que este racae, se ha de pagar su estimacion con arreglo al precio que entonces se la dió; y no habiéndose estimado, se pagará por el valor que tuviere en el parage adonde se llevaba á vender, y si se estimare en mas, no se deberá pagar el exceso (5).

86. Si la cosa asegurada que se perdió se hallare despues en todo ó en parte antes de pagar la estimacion del asegurador, quedará este libre de responsabilidad en cuanto à lo que pareciere, aunque no en la parte perdida, si la hubo; debiendo el asegurado quedarse con lo que se encontró. Pero si esto pareciese des-

1 Num. 46.
2 Num. 47.
3 Num. 48.
4 Num. 49.

5 Santern. *de assecur.* 1. p. num. 40 al 46 Stracc. *de assecur.* glos. 6. y ley 2. §. *Sed es in his*, ff. ad leg. Rhod. *de jact.*

pues de pagada la estimacion, estará en arbitrio del asegurador tomar ó no la mercadería (1).

87. Aunque la Ordenanza de Bilbao requiere que se haga en la póliza la estimacion de las mercaderías, y en efecto conste por ella haberse hecho, no por eso queda cerrada la puerta á los aseguradores para probar el exceso ó injusticia de dicha estimacion cuando vieren haber sido fraudulenta; antes bien parece que el objeto de dicha disposicion fue abrirles ó proporcionarles camino para acreditar con la misma póliza el fraude ó la injusticia.

88. De lo que se ha dicho resulta que los aseguradores contraen dos especies de obligaciones en este contrato, á saber: 1.ª la de pagar à los asegurados la suma asegurada que expresare la póliza, en caso de pérdida total ó casi total de las mercaderías por fuerza mayor, con tal que el asegurado les haga abandono del resto de ellas y de sus derechos con respecto á las mismas: 2.ª la de indemnizar solamente al asegurado de las averías que sobrevengan à los mismos efectos; esto es, todos los daños causados por cualquiera accidente de fuerza mayor, aunque no hayan causado la pérdida total, y todos los gastos extraordinarios relativos á ellas, ocasionados por las mismas contingencias de mar.

89. La quiebra del asegurado que no ha pagado los premios acaecida en el tiempo de los riesgos, no exonera à los aseguradores de estas obligaciones; pero pueden mientras duren las mismas pedir la disolucion del contrato, si los acreedores no quieren afianzar el pagamento: pues no es justo que corran los riesgos sino se les asegura el precio de ellos.

90. Cuando los aseguradores no han asegurado sino el retorno de las mercaderías, la quiebra del asegurado no les da accion para demandar la disolucion del contrato, porque tienen seguridad suficiente en el privilegio que gozan en ellas para el cobro del premio, en caso de feliz regreso, y en el de pérdida pueden descontarle ó deducirle de la suma asegurada que deben.

91. Viniendo ahora al quinto y último requisito esencial del seguro, es de saber, que por *premio ó precio de seguro* se entiende la suma de dinero que da ó promete el asegurado en consideracion al riesgo de que se hace responsable el asegurador en caso de la pérdida ó daño que padezca la cosa asegurada.

1 Santern. *de assecur.* 4. p. num. 46 y 47. Ley 8. tit. 2. Part. 5.

92. Este premio, ó se paga *de contado* al tiempo de firmar la póliza, ò se forma un *vale de premio* pagadero á cierto plazo. Es costumbre que este premio consista en dinero, y en la cantidad en que se convienen las partes. A veces estipulan estas que se pague un tanto cada mes; otras cuando se asegura por la ida y vuelta, se convienen en que se pague una cantidad por aquella, y otra por la de vuelta; otras en una sola suma por ida y vuelta, ò por el viage redondo, lo cual se llama *premio ligado*, por cuanto reune la cantidad de ida y vuelta. Como quiera que sea, en el artículo 1.° de dicho capitulo 22 de las Ordenanzas de Bilbao se previene que haya de especificarse en la póliza del premio convenido, con expresion de haberse recibido de contado ò en otra forma.

93. Son muy varios los usos acerca del modo de pagar el premio del seguro en las principales plazas de comercio de Europa. Algunas ordenanzas previenen que el pago del premio haya de hacerse inmediatamente que se firme la póliza. Segun otras se considera á los corredores de seguros como deudores del premio; de modo que si el corredor afianzare el pago de este al asegurador, solo á aquel podrá pedírsele, à no ser que sea insolvente, en cuyo caso puede reclamarse del asegurado.

94. En medio de esta diversidad de opiniones solo puede sentarse como cierto que el admitir los aseguradores la fianza del corredor, ó el conceder plazos para pagar el premio, depende enteramente de su voluntad; pues de derecho los aseguradores pueden insistir en que se les satisfaga el premio convenido luego que esté firmada la póliza cuando no quieran fiar el pago (1).

95. Síguese de lo dicho, que el acreedor del premio, ò sea el asegurador, en aquellas plazas donde suele tenerse cuenta abierta del premio entre él y el asegurado ó el corredor, debe tener sobre las mercaderías aseguradas hipoteca especial mientras esten en camino ó à bordo del buque, ò existan en especie en poder del asegurado, pero si el mismo corredor hubiere pagado el premio, ò salido responsable de él por el asegurado, no hay en tal caso paridad de razon; y asi no será considerado dicho corredor sino como un simple acreedor *quirografario*, contra los bienes del asegurado (2) (*).

96. Para que se diga equitativo el premio debe ser el justo

1 Stypmann. *Jus marit.* part. 4. cap. 7. num. 354 y 355. Kuricke Diatriba *de assecur.* §. 15.

2 Stypmann. *Jus marit.* part. 14. cap. 7. num. 512. Roce. *de assecur* not. 96

* Acreedor *quirografario* es el que hace constar su crédito por vale, cuenta ó papel simple del deudor.

precio de los riesgos de que el asegurado se encarga; pero como no es facil determinarle, debe darse á este justo precio grande extension, reputando por tal el convenido por las partes, sin que alguna de ellas pueda de ordinario alegar lesion en una materia de tanta latitud y dificultad. Siendo el premio un precio de los riesgos que corren de cuenta del asegurador, debe ser mayor segun los riesgos y duracion: por eso como son mayores en tiempo de guerra, es mayor entonces el premio. Pero si el contrato se hizo en tiempo de paz, sin cláusula de aumentar el premio en el de guerra, ¿podrán en tal caso los aseguradores pedir aumento de él? Esta cuestion se agitó en diferentes parlamentos de Francia al principio de la guerra de siete años. La razon para no aumentar el premio es que en todos los contratos no se atiende para el precio de las cosas sino al tiempo de su celebracion, y no á lo que han podido valer despues: en el de venta v. gr. sucede asi; y lo mismo debe ser en el seguro hecho en tiempo de paz, en que no fuere estimado en mas el precio de los riesgos, comprendiéndose tambien en ellos la declaracion de guerra. Los aseguradores ingleses gobernados por estos principios, no tuvieron reparo en pagar á los franceses la suma asegurada, sin pedir aumento de premio, por el seguro de los efectos apresados por los corsarios ingleses. No obstante esto el Almirantazgo determinó conceder á los aseguradores un aumento de premio, proporcionado al aumento de los riesgos causados por la guerra, y sus sentencias fueron confirmadas siempre que se apelaron. La razon en que se fundó es muy recomendable, á saber, la necesidad absoluta é indispensable, por el interes del comercio marítimo, de precaver y estorbar la ruina de los aseguradores, que entonces habria sido infalible, si no se les hubiera dado este aumento de premio; porque fiados en la paz habian asegurado por premios muy módicos gran número de buques, y las presas que no podian menos de ser frecuentes, los hubieran arruinado sin este aumento (*).

97. Ofrécese ahora la cuestion contraria, á saber: ¿si cuando la póliza se hizo en tiempo de guerra, una paz imprevista dará lugar á la disminucion del premio? Las razones alegadas para rehusar el aumento de premio en caso de guerra sirven aqui para negarse á la disminucion de él; sin embargo con motivo de la paz imprevista ajustada en 1748, juzgó oportuno el Rey de Fran-

* Se acostumbra asegurar por un premio determinado, como, por ejemplo, de diez por ciento, con aumento en caso de pérdida, de otro diez, veinte ó treinta por ciento.

cia por decretos del Consejo de 16 de Enero de 1748, y 28 del mismo de 1749, citados por Valliu, ordenar una disminucion de premios en los contratos celebrados. Se debe observar que esta moderacion de premios no puede tener lugar sino respecto de los seguros de los riesgos que restan; porque á los aseguradores se ha de pagar el premio de los riesgos que ya corrieron.

98. Hay otra célebre cuestion, y es si la falta de pago del premio de seguro anula de tal modo el contrato que acaeciendo el infortunio antes de dicho pago, no sea responsable el asegurador de la pérdida de las cosas aseguradas. Prescindiendo de las contrarias opiniones de los escritores sobre este punto, nos limitaremos á exponer la que parece mas conforme á la razon y à la naturaleza del contrato. No habiéndose fiado ó dado plazo para el pago del premio, es claro que deben adoptarse las mismas reglas del contrato de compra y venta; quiero decir, que asi como en este tiene lugar la reivindicacion cuando no se haya pagado el precio (1), del mismo modo en el contrato de seguro, no pagándose de contado el premio convenido, pueden pedir con justicia los aseguradores que se rescinda el contrato estando pendiente todavía el riesgo de la cosa asegurada. Pero si para el pago se hubiere concedido plazo ó hecho alguna innovacion en lo que disponen las leyes sobre este punto, de donde resulte claramente que el asegurador fió en el crédito del asegurado ó del corredor; no dará en tal caso la falta de pago al tiempo convenido un derecho bastante para la rescision del contrato: asi que siendo este un crédito particular del asegurador contra el asegurado, podrá alegar sus razones en juicio, como por cualquiera otra obligacion civil, segun las disposiciones de derecho comun (2).

99. El premio que da el asegurado y el peligro de que se hace responsable el asegurador son dos cosas correlativas é inseparables una de otra, y concurren entrambas à constituir la esencia y el verdadero caracter del contrato de seguro (3); de donde se sigue que no habiéndose estipulado ni implícitamente prometido premio alguno, no se podrá decir que haya intervenido dicho contrato; y à lo mas será una estipulacion de diversa naturaleza del seguro; asi como es nula la venta en que no se haya estipulado precio, y vano el arrendamiento en que no se haya

1 Ley 5. §. 18. ff. *de trib. ac.*

2 Ley 1. Cod. *de pactis.* Ley 6 y 33. Cod. *de transact.* Stypmann. *Jus marit.* lib. 4. cap. 7. num. 535. Emerigon *des assur.* cap. 3. secc. 7. §. 2.

3 Stypmann. *Jus marit.* part. 4. cap. 7. num. 303 y 305. Pothier *des assur.* num. 81.

pactado pension alguna; pues tales contratos mudarian de esencia por falta de un requisito sustancial, y se convertirian en otro segun sus diversas circunstancias (1).

100. Aunque es costumbre general que el premio de seguro se pague en dinero efectivo, como se dijo en el párrafo 92, sin embargo bien puede hacerse convenio en contrario, especialmente el de pagarle con una porcion ó parte de la misma cosa asegurada cuando llegue á salvamento, ó en dinero contante si esta pereciere (2).

101. Aunque por lo regular el asegurado contrae pura y simplemente la obligacion de pagar al asegurador la suma convenida por precio de los riesgos; no obstante algunas veces por cláusula especial de la póliza no se obliga à pagar el premio sino en caso de feliz arribo del buque.

102. Explicado ya cuanto ha parecido conveniente decir acerca de los requisitos esenciales del seguro, se tratará ahora brevemente del modo de proceder para reclamar en caso de pérdida el valor de los efectos asegurados. Para que el asegurado pueda justificar como legitima la cantidad cuyo pago solicita, y que esta no excede el valor de los efectos asegurados, es preciso, como hemos dicho ya, que acredite haberse verificado el cargamento de dichos efectos, como tambien el valor de ellos. Asimismo debe probar la pérdida ó desgracia acaecida à los efectos, como que esta es el fundamento de la accion (3). La principal prueba para acreditar el cargamento de las mercaderías es el conocimiento del capitan, segun se dijo en el párrafo 50, y à falta de este documento, si se hubiere perdido ó extraviado, valdrá la declaracion de dicho capitan ú de otras personas de la tripulacion (*).

103. Asi como la cantidad de las mercaderías de la carga se justifica por el conocimiento, puede el asegurado acreditar el valor de ellas por las facturas y libros de comercio, asi suyos como de los comerciantes que se las vendieron. En defecto de esta prueba deben estimarse por peritos segun el premio comun y corriente de las mercaderías de la misma especie al tiempo y en el lugar en que se hizo el cargamento.

104. Tres son las excepciones principales que pueden opo-

1 Pothier, *des assur.* num. 7 y 9. Emerigon *des assur.* cap. 3. secc. 10 y 11; y *des contr. à la grosse*, cap. 3. sect. 1.

2 Pothier *des assur.* num. 81. Emerigon *des assur.* cap. 3. secc. 10. y *des contr. à la grosse*, cap. 3 secc. 1.

3 Ordenanz. de Bilbao en dicho cap. 22. num. 3.

* De esto se habló con extension en los párrafos 50 y siguientes.

ner los aseguradores para libertarse de pagar el todo ó parte de la suma que se les pide, á saber: 1.ª No haber el asegurado ejecutado el abandono, ni hecho la demanda dentro de un año contado desde el dia en que tuvo noticia de la pérdida, ó recibió las cosas averiadas, en cuyo caso queda libre el asegurador de pagarle cosa alguna. 2.ª Cuando la suma asegurada que se les pide excede el valor de los efectos que el asegurado tenia en el buque, para cuya justificacion se les recibirá prueba contra lo que resulte de los documentos presentados por el demandante para acreditar el valor y cantidad de la carga. El objeto de esta excepcion es que se reduzca la suma al legítimo valor de la carga. 3.ª Los aseguradores pueden oponer tambien que la pérdida de los efectos asegurados no está bien justificada por los documentos que presenta el actor, ó que dicha pérdida no fue producida por aquellos accidentes de que salieron responsables los aseguradores, á quienes se les admitirá prueba contra los instrumentos que presente el asegurado.

CAPITULO UNDECIMO.

Del cambio marítimo.

§. 1. Definicion y requisitos del contrato llamado cambio marítimo.

2. Analogía que tiene este contrato con el del seguro.

3. ¿Cual es el cambio que forma la esencia de este contrato?

4 y 5. ¿Como ha de hacerse la escritura del mismo y lo que deberá expresarse en ella?

6. Cantidad que puede tomarse á la gruesa sobre el cuerpo y quilla del buque.

7. No se podrá tomar dinero ni efectos á la gruesa ventura sobre fletes ni sueldos de marineros cuando fueren en viages arreglados por meses, excepto si navegasen á la pesca de ballenas y bacallao.

8. No se debe dar dinero á la gruesa á capitan ó maestre de un buque en el lugar donde se hallaren los dueños de este sin consentimiento de los mismos por escrito.

9. El contrato de cambio marítimo no obliga á las partes hasta el momento en que comienzan el riesgo de los efectos: desde cuando empieza á contarse este tiempo, no estando señalado por la escritura ó contrata.

10. A lo que estará obligado el cargador de mercaderías que hubiere tomado dinero á la gruesa sobre ellas, si se perdieren, y qué deberá hacer el tomador no pudiendo cargar ó interesarse en el lleno de todo lo tomado.

11. ¿Como deberá percibirse á prorata lo que se salvará si padeciesen naufragio el buque y las mercaderías?

12. Preferencia que deberá tener á los aseguradores el que hubiere dado dinero á la gruesa ventura ó riesgo de mar, en lo que se salvare cuando haya naufragio.

13. En la pérdida entera de mercaderías quedará libre el que hubiere tomado dinero á la gruesa.

14. ¿En que caso no será de cuenta del que hubiere dado dinero á la gruesa el daño que hubieren recibido las mercaderías?

15. ¿Cuando y en que casos será de cuenta del dador del dinero la contribucion á prorata?

16. Los que dieren dinero á la gruesa para un viage serán

preferidos á los que lo hubiesen dado para otros antecedentes, dejándolo de cobrar por omision.

17. El interes en el cambio marítimo no está fijado, y debe arreglarse segun el mayor ó menor peligro á que se expone el cambista.

18. Cuando el interes del cambio marítimo parezca exorbitante, podrá el juez reducirle á términos equitativos.

19. De otra especie de cambio marítimo.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1.ª Escritura de riesgo sobre mercaderías.

2.ª Escritura de riesgo sobre alguna embarcacion.

1. **El cambio marítimo**, que tambien se llama contrata á la gruesa ventura, es un contrato en que uno llamado cambista ó dador presta cierta cantidad de dinero bajo su responsabilidad á otro llamado combiatario ó tomador, que la recibe para emplearla en el tráfico marítimo, bajo la condicion de que en caso de pérdida acaecida por algun fracaso de mar ó de otro accidente no pueda el dador repetirlo sino hasta en el importe de lo que se hubiere podido salvar; y por el contrario si el buque retornare felizmente, ó los efectos perecieren por intrínseco vicio suyo ó por culpa del capitan ó marineros, esté obligado el tomador á restituir al dador la cantidad prestada, y ademas cierto interes ó utilidad convenida por precio en razon de los riesgos que el último tomó á su cargo (1).

2. Por esta definicion se ve que el contrato de cambio marítimo tiene grande analogía con el de seguro, y ambos dependen en los efectos de los mismos principios (2).

3. El cambio que forma la esencia de este contrato marítimo consiste en la utilidad estipulada en dinero ú otra cosa á favor del dador ó cambista ademas de la suma prestada, por precio del riesgo de que se hace responsable, sin lo cual no se llamaria cambio marítimo sino que seria un contrato de otra especie (3). Tambien es de esencia de este contrato que el riesgo marítimo

1 Leyes 1, 3, 4, 5 y 6 ff. *de naut. foen.* Kuricke *Jus marit. hanseat.* tit. 6. Loccen. *de jur. marit* Lib. 2. cap. 6. num. 2. Stypmann. *Jus marit.* part. 4. cap. 2. num. 13. *Estatutos de Inglaterra*, tom. 3. cap. 30. Targa *Pond. marit.* cap. 32. num. 6. Vallin al lib 3. tit. 5 de la Ordenanz de Francia.

2 Vallin al art. 11. tit *des cont. á la gross.*; y al art. 6. tit. *des assur.* Pothier *des contr. á la gross.*; num 6. Casareg. *de comm.* disc. 64. num. 1.

3 Argum. l. g. 2. §. 1. ff. *de contrah. empt* Loccen. *de jur. marit* lib 2. cap. 6. num. 4. Pothier *des contr. á la gross.* num. 15.

corra á cargo y por cuenta del dador ó cambista (1).

4. Las escrituras ó contratas de comercio de dinero ó efectos que se dan á la gruesa ventura ó riesgo de nao, pueden hacerse ante escribano público, ó entre las mismas partes por medio de corredor ó sin él, con los pactos, cláusulas y circunstancias en que se convinieren ó ajustaren los interesados (2).

5. En dicha escritura, contrata ó póliza, que en razon de este contrato se hiciere, deberá expresarse que quedan generalmente obligados la persona y bienes del tomador, é hipotecados especialmente en favor del cambista ó dador los mismos buques, aparejos y fletes que ganaren, ó las mercaderías sobre que se dió el dinero, ó las que con el mismo se compraren (3).

6. No se puede tomar á la gruesa sobre el cuerpo y quilla del buque mas cantidad que las tres cuartas partes de su valor, estimándole por peritos que nombren el dador y el tomador, so pena de que haciéndose lo contrario y reclamándose sobre ello por cualquiera de los dos, no se le oirá ni admitirá en juicio (4). Sobre mercaderías cargadas tampoco se podrá exceder del valor que tuvieren en el puerto donde empezaren á correr el riesgo, bajo la pena de que si se justificare lo contrario pague el tomador las cantidades principales y sus premios, aunque sobrevenga la pérdida de dichas mercaderías (5).

7. Tampoco se podrá tomar dinero ni efectos á la gruesa ventura ó riesgo de nao, sobre fletes ni sueldos de marineros, cuando fueren en viages arreglados por meses; pero bien se podrá dar á los capitanes, oficiales y marineros que navegaren á la pesca de ballenas y bacallao; precediendo por lo que respecta á los marineros intervencion y consentimiento de sus capitanes (6).

8. Ninguna persona deberá dar dinero á la gruesa á capitan ó maestre de buque en el lugar donde se hallaren ó residieren los dueños propietarios de él sin consentimiento de estos por escrito, aunque sea para repararle, para hacer prevencion en bastimentos ú otro objeto de su beneficio, so pena de que si haciendo lo contrario se reclamare ó resultaren diferencias sobre su cobranza, no tenga el dador recurso alguno de hipoteca de dicho buque, aparejos ni fletes, pero en el caso de que alguno ó algunos de dichos dueños é interesados en él, ó cosa ó parte,

1 Leyes 1, 3, 4 y 5. ff. *de naut. foen.* Stypmann. *Jus marit.* part. 4. cap. 2. num. 14 Pothier, loc. cit num. 16.
2 Ordenanz de Bilbao, cap. 23. num. 1.
3 Id. num. 2
4 Id num. 3.
5 Id num. 4.
6 Id. num. 5.

no quisiesen contribuir con su contingente para dicho reparo y su avío, se podrán dar y tomar las cantidades precisas, constando del previo requerimiento hecho á los mismos dueños, y de su renitencia, con cuyo requisito quedarán hipotecados para la seguridad el buque y sus fletes (1).

9. El contrato de cambio marítimo no puede tener su fuerza, y por consecuencia no obliga á las partes contrayentes, hasta el momento en que comienza el riesgo de los efectos sobre los que se ha tomado el dinero (2). En caso de que por la escritura ó contrata no estuviere señalado dicho tiempo, previenen las Ordenanzas de Bilbao (3) que por lo tocante al buque, jarcias, aparejos y vituallas, será visto empezar á correr desde el dia en que aquel se hiciere á la vela hasta que cumplan veinticuatro horas despues que se anclare y amarrare en el puerto de su destino; y por lo que respecta á lo dado sobre mercaderías, empezará á correr desde que se diere principio à cargarse en gabarras ú otras embarcaciones menores para trasladar à los navios hasta que sean entregadas en tierra en dicho puerto del destino (4).

10. El cargador que hubiere tomado dinero à la gruesa sobre mercaderías, tendrá obligacion en caso de pérdida de ellas de justificar que las tenia efectivamente cargadas por su cuenta hasta el importe del dinero que tomó para poder quedar libre del cumplimiento de lo contratado. Y si dicho tomador de dinero ó mercaderias à la gruesa ventura no pudiere cargar ó interesarse hasta el total complemento de lo tomado segun proyectaba, debe prevenirselo á tiempo, y antes que el buque se haga à la vela, al dador ó cambista para que se anule el contrato hecho, en aquella parte que no hubiere podido cargar, emplear ó interesarse, y quede solo subsistente en la parte empleada y cargada. Precedido este aviso en debido tiempo y forma, estará obligado el dador á conformarse sin excusa ni dilacion, y recibir la parte de dinero ó mercaderías que se le quiera devolver, con tal que sea en la misma especie que lo entregó; so pena de que no queriéndolo recibir, no estará obligado el tomador à satisfacerle mas que lo que conste y justificare haber cargado ó empleado, sin que por lo restante pueda ser demandado por el dador (5).

1 Ordenanz. de Bilbao, dicho cap. num. 6.

2 Ley 3. *ff. de naut. foen.* Stypmann. *Jus marit* part. 4. cap. 2. num. 14.

3 Dicho cap. de las Ordenanz. de Bilbao, num. 10.

4 El mismo num. 10 de dichas Ordenanz.

5 Dicho cap. num. 11 y 12.

11. Si acaeciere naufragio de buque y mercaderías sobre que se dió parte de su valor á la gruesa, y se salvare el todo ó parte de aquel ó de aquellas, en tal caso deberán entrar los que le dieron á percibirlo á prorata con los demas interesados en las mismas cosas salvadas, segun las cantidades que tuvieren como partícipes y compañeros en ellas y su producto, bajadas las costas y gastos, à pérdida y ganancia, como cuenta de compañía (1).

12. Si acaeciere dicho naufragio, y sobre parte del buque ó de las mercaderías estuviesen hechos seguros, el dador del dinero à la gruesa ventura ó riesgo de mar será preferido á los aseguradores para su pagamento en el producto de lo que se salvare hasta la concurrencia de la cantidad principal que hubiere dado, sin incluirse los premios mediante su especial sujecion é hipoteca (2).

13. Todas las escrituras y contratas de dinero y mercaderías dadas á la gruesa, se considerarán extinguidas por la pérdida entera de uno y otro siempre que esta provenga de caso fortuito, quedando libre de la obligacion contraida el que lo hubiere tomado, sin que el dador tenga recurso alguno contra él ni sus bienes (3).

14. Pero si las mercaderías sobre que se hubiere dado el dinero á la gruesa padecieren daño por vicio propio de ellas, ó por negligencia y causa de los maestres, propietarios ó mercaderes cargadores, llegado el buque al puerto de su destino, no será de cuenta del dador del dinero, y deberá el tomador pagarle enteramente el capital de sus premios, á menos de que en la escritura hecha sobre ello se haya estipulado que hubiese de correr tambien el riesgo en daños ó averías de la calidad referida (4).

15. Como toda echazon, rescate, composiciones de buques y lo demas que se comprende en avería gruesa, resulta siempre en beneficio del que hubiere dado sobre ello dinero à la gruesa ventura, el tal deberá contribuir en estos casos al pago de la prorata que le tocare, mas no á las averías simples; á menos que se hubiere pactado lo contrario en la escritura (5).

16. Cuando alguna persona que dió dinero á la gruesa, cumplido el viage ó plazo pactado, no lo cobró por omision suya ú

1 Cap. 23 de dichas Ordenanz. num. 13.
2 Id. num. 14.
3 Id. num. 15.
4 Cap. cit. num. 7.
5 Id. num. 8.

otros motivos, dejándole mas tiempo á la misma gruesa; y despues para otro ú otros viages dieren otra ú otras personas nuevas cantidades al mismo tomador, deben ser preferidas en cuanto á su cobranza las tales personas que dieren posteriormente el dinero, á las que le habian dado para el viage ó viages antecedentes (1).

17. En el cambio marítimo no está fijado el interes ordinario; y asi es permitido arreglarla segun el mayor ó menor peligro á que se expone ó cree exponer su dinero el cambista, puesto que segun la ley 1. Cod. *de naut. foen.* el dinero *trayecticio* es susceptible de un interes indefinido en razon del peligro que el acreedor toma à su cargo. Sin embargo Justiniano parece haber querido reducir el interes náutico à la usura centésima, esto es, al uno por ciento al mes, como se infiere de las novelas 106 y 110; pero el célebre Emerigon ha observado sabiamente que las novelas de Justiniano no son aplicables sino al dinero trayecticio cuyo peligro no corria à cargo del acreedor, y de ningun modo al verdadero contrato marítimo (2). Es tan cierta esta opinion, que se conforma en un todo con lo dispuesto por la ley 4. ff. *de naut. foen.*, y es tambien conciliable con la ley 26. Cod. *de usur.*

18. Cuando el interes del cambio marítimo parezca exorbitante, podrá el juez moderar reduciéndole à unos términos equitativos, como se practica en cuanto al interes ordinario (3). Pero en tal caso parece que el juez antes de resolver deberá considerar la calidad de los riesgos, de los viages, las circunstancias del buque, del lugar y del tiempo, observando tambien si fue la intencion de los interesados el comprender en la utilidad estipulada ademas de los riesgos la recompensa del préstamo y crédito que el cambiante hace de la suma prestada, lo que repugnaria à la naturaleza de este contrato, haciéndole en tal caso ilícito y usurario (4) (*).

1 Cap. cit. de las Ordenanz. de Bilbao, num. 7.

2 *Traité des contr. á la gross.* cap. 1. secc. 1.

3 Targa *Pond. marit.* cap. 33. num. 19. Pothier *des contr. á la gross* num. 2.

4 Rot. Florent. liburn. *de camb. marit. et assecur.* decis. 6. setiembre 1720. num. 15 y 16.

* Todo capitan, patron ó maestre deberia llevar consigo en los roles de matrícula, ó en registro separado, notados los cambios marítimos que hubiese contraido; de modo que por su anterioridad gozasen el privilegio de hipotecar. Asi ningun cambista pudiera ser engañado, como comunmente sucede, á no ser por culpa ú omision suya en hacerse presentar dicho registro, y hacer constar en él el cambio que prestase. Entonces ninguno prestaria mas de lo que pudiera valer la cosa hipotecada.

19. Existe otra especie de cambio marítimo muy útil y recomendable de forma inversa del contrato à la gruesa; porque asi como en este el capitan, patron ó maestre es el que recibe el dinero, en el otro de que aqui se trata lo da el capitan al comerciante ó cargador sobre los efectos que carga; por lo cual se llama contrato ó cambio de hipoteca. Por lo regular al tratarse el fletamento se estipula que el capitan adelantará tal cantidad de dinero al premio ó cambio de tanto por ciento, entregándolo en el puerto del embarco para recibirlo en el del desembarco, corriendo el capitan ó dador los riesgos hasta la concurrente cantidad de la hipoteca. Este contrato debiera propagarse y protegerse en beneficio del comercio y de la marina.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

1.ª ESCRITURA DE RIESGO SOBRE MERCADERÍAS.

Sea notorio, como yo Fulano, vecino de tal parte, otorgo: que debo y me obligo á pagar à Fulano, vecino de tal parte, y à quien su poder ú orden tuviere, tanta cantidad, por otra tal que para hacerme buena obra me ha prestado, y entregado en dinero para compra de mercaderías, ó en ellas mismas, que con ello he comprado, inclusos en la referida suma los premios del riesgo, que irán declarados; y de la misma cantidad, géneros y mercaderías me doy por contento y entregado à mi voluntad, sobre cuyo recibo, por no ser de presente, renuncio la excepcion de la *pecunia*, leyes de la entrega, su prueba, engaño y demas de este caso, como en ellas se contiene, de que le otorgo igualmente recibo en forma. La referida cantidad ha de ir y va corriendo riesgo por cuenta del dicho Fulano, à tal parte, en el buque nombrado tal, su capitan Fulano, que está surto y anclado en tal puerto, sobre dichas mercaderías, que estan ó se pondrán à bordo de él, y son tantas piezas, cajones (ó lo que fuere), con tales marcas ó números (que se pondrán al margen), que de mi cuenta irán embarcadas en dicho barco: y aseguro que valen mas que la referida cantidad de esta escritura, siendo el dicho Fulano igualmente participante é interesado en la asignacion de ellas para correr los riesgos en dicha embarcacion. Estos serán y se entenderán de mar, viento, tierra, fuego, amigos, enemigos, y otros desgraciados sucesos, pensados ó no pensados, que puedan

suceder à dicho navío (lo que Dios no permita), por donde se pierdan dichas mercaderías y efectos; y siendo total la pérdida, yo y mis bienes hemos de quedar libres de la paga y satisfaccion de la cantidad de esta escritura, quedando solo el recurso à dicho Fulano, para que si dicho buque diere en parte que se salve, ó algo de aquellas, haya de entrar heredando en lo que asi se salvare por la cantidad de esta escritura, y yo por lo que mas valieren, quedando ambas partes partícipes y compañeros, para que bajadas costas y gastos, lo que quedare líquido se parta, ratee à pérdida y ganancia, segun cuenta de compañía, y cada parte en lo que haya para *si*, ha de estar y pasar por la relacion jurada que diere la persona que en ello hubiere entendido, sin otra prueba. Se ha de dar principio à dicho riesgo desde el punto y hora que dicho navio se leve, y salga de esta ria para seguir su viage, y todo el discurso de él entrando y saliendo en cualesquiera puertos y barras, con causa ó sin ella, hasta que real y verdaderamente navegue, y entre en el que queda referido de su destinacion, y haya echado las anclas, y pasado veinticuatro horas naturales: cumplidas estas se fenecerá totalmente el riesgo de cuenta de dicho Fulano, à quien, ó à aquel ó aquellos que por su poder y orden tuvieren, pagaré llanamente los dichos tantos reales en buena moneda usual y corriente dentro de tantos dias, que empiecen à correr desde el en que se acabare y feneciere el riesgo; por los cuales, y las costas de su cobranza, se me ha de poder ejecutar en virtud de la escritura, y el juramento ó simple declaracion de quien la presentare, y fuere parte legítima, en quien dejo referida la prueba y averiguacion del cumplimiento de dicho riesgo, plazo de la paga, sin haberla hecho, y todo lo demas que se requiera, y deba liquidarse, segun la última Ordenanza de la universidad y casa de contratacion de esta dicha villa, confirmada por su Magestad, para que esta escritura sea exiquible, y traiga aparejada ejecucion, sin otra prueba de que le relevo. A la firmeza de todo obligo mi persona y bienes habidos y por haber, y doy poder à las justicias Reales de cualesquier partes que sean, ó en especial à las de donde esta escritura se presentare, y pidiere su cumplimiento, à cuyo fuero y jurisdiccion me obligo y someto, renunciando el que de presente tengo, y otro que ganare, y la ley: *Si convenerit de jurisdictione omnium judicum;* y demas de mi favor, y última pragmática de las sumisiones, para que me compelan al cumpli-

miento de lo que va referido, como por sentencia pasada en cosa juzgada, renunciando tambien las demas leyes, fueros y derechos de mi favor y defensa, y la que prohibe la general *(si fuere la escritura á favor de dos ó mas, se continuará diciendo)*, y consintiendo se dé à cada uno de dichos mis acreedores una copia de esta escritura, y las demas que hubieren menester, sin mandamiento de juez ni citacion mia, con tal que cumplida la una, las demas no valgan; y asi lo otorgo ante el presente escribano, en tal parte, tal dia, mes y año: testigos y fe de conocimiento &c.

2.ª ESCRITURA DE RIESGO SOBRE ALGUN BUQUE.

Sépase que yo Fulano de tal, vecino de tal parte, dueño ó capitan del buque nombrado tal, de porte de tantas toneladas, que está surto y anclado en tal parte, digo: que por cuanto le tengo prestado para hacer viage á tal parte, y para ello, y su despacho, me ha dado y prestado Fulano de tal, vecino de tal parte, tanta cantidad, de que me doy por contento y entregado, por haberla recibido y pasado á mi poder realmente y con efecto en buen dinero usual y corriente (sobre que por no parecer de presente su entrega, renuncio la excepcion de la *non numerata pecunia*, leyes de la entrega, y prueba de su recibo) los llevo al riesgo del dicho Fulano, que los dió sobre dicho navio, y sobre sus jarcias, velas, áncoras, artillería, municiones y demas pertrechos, fletes y aprovechamiento, y de lo mas cierto y seguro que de dicho buque se salvare de mar, vientos, tormentas, fuegos, enemigos, corsarios y otras malas gentes, y riesgos que sobrevengan desde que dicho navío se hiciere á la vela, y saliere del referido puerto en que está, en prosecucion de su viage, hasta llegar al de tal. Estando en él á salvamento, y echadas las áncoras, pasadas veinticuatro horas naturales, cesará el dicho riesgo, y entonces me obligo á pagar al dicho Fulano, y à quien su poder ú orden hubiere y su derecho representare, los dichos tantos reales, en buena moneda corriente, para tal dia, y antes si antes hubiere llegado dicho navío al referido puerto de tal, porque desde entonces ha de ser visto estar cumplido el plazo: y por dicha cantidad y las costas de la cobranza se me ejecute con esta escritura, y su juramento, en que lo defiero, revelándole de otra prueba; para cuyo cumplimiento obligo mi persona y bienes habidos y por

haber; y especial y expresamente hipoteco dicho navio, velas, jarcias, artillería, municiones y demas aparejos, y los fletes, para que todo esté sujeto y obligado, y no se pueda vender ni disponer de ello hasta estar pagada esta deuda; y lo que en contrario se hiciere no valga, y esta obligacion especial no derogue ni perjudique á la general, ni por el contrario; y doy poder à las justicias de su Magestad &c. *(Aqui la sumision, renunciacion y demas que queda puesto en la fórmula de escritura antecedente, con fecha, testigos y fe de conocimiento, siempre que se hiciere ante escribano cualquiera de ellas.)*

CAPITULO DUODECIMO.

De las bancarrotas.

§. 1. ¿Que se entiende por bancarrota?
2. Las voces bancarrota y quiebra se usan promiscuamente para designar la falta de pago en toda clase de fallidos.
3. La bancarrota fraudulenta es digna de todo el rigor de las leyes; y por el contrario la quiebra de buena fe es acreedora á toda indulgencia.
4. Especies de fallidos que se distinguen en las Ordenanzas de Bilbao.
5 y 6. Continuacion de lo mismo.
7. No puede procederse criminalmente contra los fallidos de buena fe.
8. Nuestras leyes distinguen dos clases de fallidos fraudulentos. ¿Cual es la primera de ellas?
9. ¿Como deberá procederse contra esta primera clase de fallidos?
10. De la segunda clase de fallidos dolosos, y quienes se comprenden en ella.
11. ¿Como deberá procederse contra estos?
12. De los trámites y diligencias que se practican en materia de quiebras.
13. Lo que deberá hacer el comerciante que se viere precisado à dar punto á sus negocios.
14 y 15. ¿Como han de proceder el prior y cónsules contra los tales, luego que sepan su atraso y retiro?
16. Que hagan fijar edictos para el descubrimiento de bienes, libros y papeles.
17. Que se haga inventario de lo que se hallare en la casa del quebrado ó fallido.
18. Que no se entreguen á acreedor alguno al tiempo del embargo é inventario ningunos efectos.
19. Que hagan notificar en la estafeta no se entreguen cartas al fallido ni á sus dependientes.
20. Depositarios que se han de nombrar, y derechos que deberán llevar los que fueren nombrados.
21. Que el prior y cónsules hagan juntar los acreedores para que nombren síndicos, comisarios y otros efectos.
22 y 23. Términos en que los acreedores, asi de Bilbao como de fuera, han de presentar sus escrituras y cuentes.
24. ¿Como y en qué términos deberán acudir los que tu-

vieren efectos existentes en la casa del fallido, y lo que se deberá hacer?

25. Que se solicite por los comisarios el recobro ó despacho de géneros y créditos del fallido.
26. Junta de acreedores que se deberá hacer, y para qué.
27. Que los comisarios reconozcan los libros del fallido, y formen memoria general de sus deudas, haberes y efectos, y que para ello concurra el fallido, y en qué caso y forma.
28. Como se ha de entender la mayoria, cuando hubiere variedad de opiniones entre los acreedores acerca de ajuste con el fallido, y demas accidentes y providencias.
29. Como ha de justificar su derecho el acreedor, sobre cuyas cuentas haya diferencia con los comisarios.
30. Que entre acreedores y quebrado no se haga ajuste ni convencion particular, sin noticia y consentimiento de los comisarios y los demas acreedores.
31. Que los pagamentos y demas que hicieren los quebrados de lo que no esten cumplidos sus plazos el dia que se publicare su quiebra, sean nulos, y se vuelva á la masa comun del concurso.
32. Pena de los que se fingieren acreedores del quebrado ó pidieren mas de lo que se les deba.
33. ¿Como se ha de proceder contra el quebrado que hubiere extraido de su casa y lonja mercaderías, alhajas y otras cosas, endosado letras, y cedido vales?
34. ¿Como y á quién han de pagar los que debieren al quebrado?
35. ¿Como se ha de entregar á sus legítimos dueños lo que se hallare en poder de los fallidos, de comision, depósito y en otra forma?
26. Si de venta de mercaderías de comision hecha por el quebrado, debieren los compradores cualquier cantidad, ¿à quien se ha de declarar pertenecer; y lo mismo letras, si se hallaren en poder del fallido?
37. Término en que el comitente ha de elegir para cobrar entre el comisionario y comprador, por lo que se le debiere estando ambos en estado de quiebra, ¿y cómo se ha de proceder?
38. Al que tuviere que haber del fallido de resto de mercaderías recibidas de su cuenta por mar, ó compradas en tierra, que estuvieren en ser, ¿como se le ha de pagar?
39. Si el fallido hubiere recibido conocimientos de mercaderías que todavia no hayan llegado á su poder, ni tenga pagado su valor, ¿que se deberá hacer?
40. ¿Que deberá observarse respecto á las cesiones, en-

dosos ó ventas de mercaderías que hubieren hecho los fallidos á otras personas, no habiendo llegado á su poder dichos efectos?

41. ¿Como se ha de proceder cuando en la casa del fallido se hallaren mercaderías recibidas ó compradas de su cuenta á uno ó mas acreedores á quienes haya pagado su valor, y que lo sean tambien por otras posteriormente recibidas ó compradas?

42. Ningun acreedor debe ser preferido en géneros ó mercaderías pertenecientes á él en la casa del fallido, si despues de cumplido el plazo á que se las vendió, y otros seis meses mas, no constare haberle demandado judicialmente; y las mismas se aplicarán á la masa comun del concurso.

43. ¿Como se ha de proceder sobre la entrega de los géneros que se hallaren en la lonja ó tienda del quebrado a venderse por menor, empezados y por empezar?

44. Lo que se deberá hacer cuando en casa del quebrado se hallaren mercaderías que se venden y reciben sueltas, sin distincion de marcas ni números; como son bacallao y otras semejantes.

45. Lo que tambien habrá de hacerse cuando algun vendedor de mercaderías tomare en pago letra á cierto término, dentro del cual el comprador de los géneros, librador ó endosador de ella faltare á su crédito.

46 y 47. ¿Como se ha de proceder cuando las mercaderías cargadas en buques por los fallidos no estuvieren pagadas en el todo de su valor á los vendedores que justificaren serlo?

48. Cuando las tales mercaderías estuvieren pagadas en parte al vendedor, ¿que se deberá tambien hacer?

49. Conviniendo al dueño de las mercaderías cargadas por el fallido recibir ó disponer de ellas enteramente, lo ha de poder hacer, ¿como, y por qué razon?

50. Cuando el fallido hubiere librado letras contra el comitente, ó este le hubiere hecho remesa de ellas ú otros efectos para en pago de mercaderías compradas y cargadas de su cuenta, ¿que privilegio tendrá y cómo se ha de proceder?

51. Si se cargaron las mercaderías de cuenta y riesgo del fallido, y hubiere librado sobre ellas en virtud del conocimiento remitido alguna cantidad al consignatario, ¿que se deberá hacer?

52. Si las tales mercaderías cargadas de cuenta y riesgo del fallido no fueren de vendedor que tenga derecho especial á ellas, sino

que el fallido las tenia pagadas, ¿que se deberá hacer?

53. Cuando no se hubieren remitido conocimientos por el cargador al consignatario, y con oferta de que en otro correo lo haria, libró algunas letras, y faltó á su crédito antes de poderselos dirigir, ¿que se deberá hacer?

54. Si el fallido hubiere dado en pago de las mercaderías cargadas otras compradas á una ó mas personas, por cuya cuenta no fueron las embarcadas, ¿que se deberá ejecutar?

55. Que por deuda del fallido, anterior á las mercaderias cargadas, no se dé privilegio de hipoteca en ellas.

56. Siempre que en cualquiera de los casos antecedentes mandándose judicialmente por prior y cónsules se descarguen las mercaderías, ó se mude su destino á otros consignatarios, se ha de hacer por los capitanes de los buques, y en qué forma.

57. Cuando el fallido hubiere remitido mercaderías de su propia cuenta en comision por tierra ó mar, y se hallen existentes en poder del comisionista á quien fueron dirigidas, ¿como se ha de proceder?

58. Si comprare mercaderías por cuenta y orden de otro, y se las remitiere por tierra ó mar, y al tiempo que declaró su quiebra le estuviere debiendo la persona por cuya cuenta fueron remitidas, el todo ó parte de su valor, ¿que se deberá hacer?

59. Si contra bienes tocantes á la quiebra y concurso se hiciere algun embargo en otro juzgado, ¿como se ha de proceder para que vengan al juicio universal?

60. ¿Cuales acreedores se deberán declarar por privilegiados?

61. Lo que se deberá hacer en cuanto á los acreedores hipotecarios sobre sus instrumentos y graduacion.

62. Forma de sentenciar de graduacion y hacer pago á los acreedores privilegiados, hipotecarios y personales, y cómo se ha de proceder, quedando su derecho á salvo á los que le tuvieren contra otros, por letra, vale ó libranza.

63. Lo que se ha de hacer en orden á los que habiendo recibido cantidades de dinero ú otros efectos por via de anticipacion, padecieron atraso ó quiebra.

1. Decimos que un negociante ó banquero hace bancarrota cuando falta al pago de sus débitos bajo el pretexto verdadero ó fingido de no hallarse en estado de poder satisfacerlos. Conó-

cense dos especies de bancarrotas, la una fraudulenta, que es cuando un negociante quiebra de mala fe, se fuga ó alza llevando consigo los mejores efectos de sus acreedores; la otra forzosa y acaecida sin dolo ni culpa, que es cuando un negociante, en razon de pérdidas y desgracias accidentales, se ha puesto en el caso de no poder pagar á sus acreedores. A la primera de estas dos especies llamaremos propiamente bancarrota para distinguirla de la segunda que denominaremos quiebra.

2. No obstante esta distincion entre bancarrota y quiebra, las dos voces se usan promiscuamente para designar la falta de pago en ambos casos; y asi las leyes que tratan de esta materia, sin distinguir los dos vocablos, se limitan á designar los grados de mayor ó menor fraude, estableciendo las debidas penas contra los fallidos verdaderamente dolosos.

3. Es indudable que asi como la bancarrota fraudulenta merece todo el rigor de las leyes y la severidad de la justicia; por el contrario la simple quiebra es digna de toda indulgencia. Sucede sin embargo, que á veces un fallido de buena fe es tratado con el mayor rigor, al paso que vemos quebrados fraudulentos con quienes transigen sus acreedores condonándoles parte de sus créditos, y burlando de este modo la severidad de las leyes. Semejante indulgencia opuesta á la sabiduría de las mismas leyes, fomenta las bancarrotas dolosas, que por desgracia se han multiplicado con demasia en Europa, destruyendo la buena fe del comercio.

4. En las Ordenanzas de Bilbao se distinguen tres especies de comerciantes fallidos. La primera comprende á aquellos que no pagan lo que deben á su debido tiempo; y esto se reputa por atraso, teniendo aquel á quien sucede bastantes bienes para pagar enteramente á sus acreedores, y justificándose que por accidente no se halla en disposicion de poder hacerlo con puntualidad; si bien lo ejecutará despues con espera de breve tiempo, ya sea con intereses ó sin ellos, segun convenio de sus acreedores. A semejantes fallidos se les ha de guardar el honor de su crédito, buena opinion y fama (1).

5. La segunda clase comprende á aquellos que por accidentes imprevistos, de que ellos no tuvieron culpa, se ven precisados á dar punto á sus negocios; forman exacta cuenta y razon del estado de sus dependencias, haberes, créditos y débitos, con los motivos justificados de su quiebra, y en conse-

1 Ordenanz. de Bilbao, cap. 17. num. 2.

cuencia piden quita y disminucion de débitos á sus acreedores, ofreciendo pagar parte de sus deudas con fiadores ó sin ellos dentro de ciertos plazos. Estos han de ser estimados como tales fallidos inculpables; pero hasta que satisfagan el total de sus deudas no tendrán voz activa ni pasiva en aquel consulado (1).

6. La tercera clase es de los quebrados fraudulentos que debiendo saber el mal estado de sus negocios por el avance que de ellos estan obligados á hacer, arriesgan los caudales agenos con dolo y fraude, y prosiguen negociando de mala fe hasta que llegan á alzarse con la hacienda agena que pueden, ocultando esta y las demas alhajas preciosas que tienen, como tambien los libros y papeles de su razon; y en tal estado se ausentan ó se retiran al sagrado de las iglesias sin dar ni dejar cuenta ni razon de sus dependencias (2).

7. No puede procederse criminalmente contra los fallidos que quiebran por desgracias accidentales sin culpa ni dolo de su parte; y por consiguiente no incurren en pena, ni son infames, aunque hagan cesion de bienes. De estos han de pagarse las deudas en términos que se les deje lo necesario para alimentos; á menos que el acreedor sea pobre, ó el deudor fallido tenga arte ú oficio con que poder subsistir (3).

8. En cuanto á los fallidos dolosos nuestras leyes distinguen dos clases. 1.ª De los que se llaman alzados, y son los que huyen con los bienes y libros ó se alzan con ellos, ó los alzan ú ocultan, aunque las personas no se ausenten. En esta clase son comprendidos tambien los que fingida ó simuladamente enagenan y trasfieren á otros los bienes para ocultarlos de este modo. Asimismo se presumen por alzados y habidos por tales los que tomaren algo fiado ó prestado en los seis meses anteriores al dia de la quiebra, á menos que prueben no haberlo hecho con ánimo de defraudar (4).

9. Contra estos fallidos alzados se debe proceder criminalmente, pues se tienen por ladrones públicos, é incurren en las penas impuestas contra estos (5): lo cual procede aun cuando sean nobles; porque en semejantes delitos nada vale el privile-

1 Las mismas Ordenanz. en el citado cap. num. 3.

2 Dichas Ordenanz. en el citado cap. num. 4.

3 Ley fin. Cod. *Qui bona ceder. poss.* Argum. l ey *Divus*, ff. *de offic. præsid.* Ley *Debitores*, Cod. *Ex quib. caus. infam. irrog. Cur. Filip.* lib. 2. *Comercio terrestre*, cap. 11. num. 5 y 6.

4 Ley *Summa cum ratione*, ff. *de peculio.* Ley 7. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.

5 Leyes 1, 2, 3, 6 y 7. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.

gio de la nobleza (1). Asimismo tiene lugar lo dicho contra la muger tratante alzada.

10. En la segunda clase de fallidos fraudulentos se comprenden los siguientes: 1.° los que por fraude, dolo, malicia, culpa ó vicio suyo defraudan à sus acreedores en los bienes, disipándolos ó consumiéndolos en juegos, mancebías, banquetes ú otros gastos excesivos (2); 2.° los que en fraude expreso ó presunto de sus acreedores enagenan los bienes ó los consumen para que no puedan cobrarse de ellos (3); 3.° aquellos que no tienen los libros en la forma que deben, ya por no haber hecho los asientos correspondientes, ya por tener las partidas enmendadas ó adulteradas, ó rotas las hojas, ó finalmente viciadas de algun modo que haga sospechosas las cuentas por presumirse dolo en tales casos (4); 4.° los que teniendo acreedores, y sabiendo que sus bienes no alcanzan para pagarles, contraen deudas ó hacen contratos, por presumirse tambien dolo en semejante caso (5); 5.° los que para contraer alguna deuda ó para que les den algo fiado afirman que son abonados no siéndolo, y mediante este engaño logran su intento (6); 6.° los que en fraude expreso ó presunto de sus acreedores remiten ó perdonan algun débito que tienen à su favor, ó pagan alguna deuda à un acreedor en fraude y perjuicio de los demas (7).

11. Contra esta segunda clase de fallidos fraudulentos se procede tambien criminalmente por el delito que en esto cometen é incurren en pena de infamia y las demas arbitrarias, segun el grado de la culpa ó malicia, y la mayor ó menor importancia de los negocios (8). Tambien quedan privados perpetuamente del oficio de mercaderes, cambistas, banqueros ó factores, sin poder ejercerlos nunca, so pena de tenerse por alzados, y de perdimiento de todos sus bienes para la Real Cámara (9).

12. Clasificadas como corresponde las diversas especies de fallidos, é indicadas las severas penas que estan reservadas á los fraudulentos, tratemos ahora de lo que deberá practicar el comerciante que se viere precisado á hacer punto en sus ne-

1 Ley 4. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 5. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec. y alli Mat. glos. 1. num 2 y 3 de dicho tit. 12.
3 Stracc. *de decoctor.* 3. p. num. 26, 27, 28 y 29. Mut. en la ley 2. glos. 1. num. 4 hasta el 11. tit. 9. lib. 5. Rec.
4 Ley 1. tit. 14. lib 10. Nov. Rec.
5 Ley *Si quis, eum habere;* et ibi Part. ff. *quæ in fraud. cred.*
6 Ley *Falsus, §. Si quis,* ff. *de dolo.*
7 Ley 18. tit 15. Part. 5.
8 Ley 5. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec. Ley 1. ff. *de his qui not. infam.*
9 Leyes 2, 5, 6 y 7. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.

gocios, y del modo con que ha de procederse en materia de quiebras; sobre lo cual no haremos mas que copiar el citado capítulo 17 de las Ordenanzas de Bilbao desde el número 5 hasta el fin, por hallarse en ellas bien especificado cuanto conduce al intento.

13. »Cualquiera comerciante que se considerare hallarse precisado à dar punto à sus negocios, estará obligado à formar antes un extracto ó memoria puntual de todas sus dependencias, donde con individualidad exprese sus deudas y haberes, mercaderías existentes, alhajas y demas bienes que le pertenezcan, citando los libros con sus folios y números debidos; y entregarle por sí ó por otra persona en manos del prior y cónsules."

14. »Luego que por el medio expresado en el número precedente, ó por otro legítimo, llegue à noticia del prior y cónsules de esta universidad y casa de contratacion, que algun comerciante de su jurisdiccion esté en estado de falencia ó quiebra, pasarán con escribano à la casa y morada del tal ó tales quebrados ó alzados, y en ella asegurarán la persona, pudiendo ser habida, y practicarán lo que abajo se dirá."

15. »A la persona principal que se hallare en la casa fallida, se le pedirán y harán entregar todas las llaves de ella, sus lonjas, entresuelos, tienda y demas de que hubiere usado el quebrado, y con ellas pasarán al escritorio ó despacho de libros y papeles, y los inventariarán con distincion, rubricando el escribano los libros al fin de las partidas de cada cuenta."

16. »Pudiendo suceder que fuera de lo inventariado falten algunos libros, papeles, alhajas, mercaderías y otras cosas de la casa fallida, por haberse ocultado ó extraido algun tiempo antes, se ordena que el prior y cónsules hagan fijar incontinenti edictos públicos, ofreciendo algun premio à la persona ó personas que los descubrieren ó dieren razon de su paradero."

17. »Hecho esto se continuará en inventariar tambien con distincion todas las mercaderías con sus marcas, números, pesos, piezas y medidas, y lo mismo el dinero, alhajas y demas menage de casa."

18. «El prior y cónsules no podrán entregar à acreedor alguno al tiempo del embargo é inventario, efectos ningunos que digan y representen haberlos tenido en poder del fallido por via de depósito confidencial, ó en comision, en trueque, ó por próxima compra efectuada con él, ni por otra cualquiera razon ni pretexto, que con juramento, justificacion y cotejo de marcas

quieran dar; hasta en tanto que precedan las juntas de acreedores, su consentimiento, formal determinacion y demas circunstancias que se prevendrá en este capítulo."

19. »El escribano pasará el mismo dia que se hubiere entrado en la casa fallida á la estafeta de esta villa (Bilbao), y notificará al correo mayor de ella y sus oficiales, que no entreguen carta alguna á la persona fallida, ni á ningun dependiente de su casa, sino á uno de dichos prior y cónsules, para que abiertas y leidas las pasen á manos de los comisarios que fueren nombrados, de quienes adelante se tratará."

20. »Despues de lo cual, y sin dilacion, nombrarán el prior y cónsules la persona ó personas de su satisfaccion por depositarios interinos: á quienes se ha de entregar lo embargado por dicho inventario, otorgando de ello depositario real en forma, hasta que en junta de los acreedores se determine lo conveniente: y si en ella se dispusiere remover el depósito á otras personas, de voluntad de la mayor parte de dichos acreedores, lo podrán hacer, pagando en este caso al primer depositario medio por ciento del valor de lo depositado que entrare en su poder, mediante su corto trabajo; al nuevo depositario (que lo fuere hasta la conclusion de la causa) se le aplicará por via de derechos de depósito, recaudacion y administracion, dos por ciento de los bienes que entraren en su poder."

21. »El prior y cónsules juntarán los acreedores que fueren conocidos por tales en esta villa, y á otros que representaren á los ausentes (con poderes, ó prestando caucion por ellos) lo antes que se pueda; y haciéndoles primero presente el contenido de este capítulo (para procederse en la causa arreglado á él, y que no pretendan ignorancia) les manifestarán lo obrado, y harán que tambien se nombren entre ellos una ó mas personas (que lo podrán ser si les conviniere los mismos depositarios) por síndicos-comisarios, para que haciéndose cargo de los libros y demas papeles del fallido, reconozcan en ellos por sí mismos ó por personas prácticas de quien necesitaren valerse, no solo el número y calidades de los acreedores, sino tambien los efectos y créditos que tenga dicho fallido."

22. »Los tales acreedores conocidos de esta villa (Bilbao), asi privilegiados como personales, serán obligados á presentar las escrituras y cuentas corrientes que tuvieren con el fallido, dentro de ocho dias primeros siguientes á él en que se hubiere hecho y publicado el nombramiento de los comisarios; con apercibimiento de que, siendo remisos, serán por su cuenta

cualesquiera perjuicios y daños que de su omision se causaren.

23. »Nombrados que sean dichos síndicos comisarios, será de su obligacion el dar á los acreedores de fuera aviso del estado de aquella persona fallida, y pedir que, por lo mas largo quince dias despues de el en que corresponda la respuesta, remitan sus poderes con las cuentas por menor que tuvieren, apercibiéndoles, que de no acudir dentro del término que se les prefiniere, les parará el perjuicio que hubiere lugar por derecho."

24. »Los acreedores que tuvieren efectos existentes en la casa del fallido, asi remitidos en comision como de propia cuenta, ó recibidos de otra mano, ya por no haberse hecho cobro de su importe ó ya por otra causa, intentaren tener derecho á ellos, deberán acudir á formar su pretension con recados justificativos; es á saber: los que fueren de esta villa, dentro de ocho dias primeros siguientes al en que se hubiere hecho el embargo é inventario de los bienes, libros y papeles de la casa del fallido; y los acreedores de fuera, dentro del término señalado en el número anterior respectivamente, segun las distancias de sus residencias, para que sobre ello se determine arreglado á la forma que adelante se contendrá, con apercibimiento de que pasados dichos términos, si maliciosamente no acudieren, no tendrán recurso á los tales efectos existentes, sino que serán estimados los créditos de dichos acreedores, como la masa comun del concurso; y en él se les aplicará sueldo á libra, como á los demas personales la prorata que les tocare."

25. »Reconociendo por los libros los comisarios haber efectos ó créditos à favor del fallido, deberán hacer toda diligencia para su recobro ó despacho, atendiendo en esto al beneficio general de todos los acreedores."

26. »Llegados que sean dichos poderes y cuentas, avisarán los síndicos comisarios á todos los acreedores de esta villa y poderhabientes de los de fuera, señalando dia para nueva junta general de ellos, en que se pueda conferir acerca del mas breve expediente de la causa."

27. »Los dichos comisarios tendrán tambien obligacion en cuanto á dichos libros, en primer lugar de especular y ver si se hallan con la formalidad y puntualidad de asientos prevenida en esta Ordenanza, y avisar de su estado á la junta, para poderse venir en su vista en conocimiento de la naturaleza de la causa, y resolver sobre las providencias conducentes á ella; y despues de lo referido, procederán á la formacion de una memoria

general de las deudas, haberes y efectos de la casa y negocios del fallido, con separacion y distincion de los acreedores privilegiados y personales, si la pudieren arreglar formalmente por dichos libros, sin la asistencia y noticias que pueda dar el fallido de sus dependencias, y en defecto, necesitando de su persona para alguna mayor claridad, lo harán tambien presente á la junta, y si entonces se determinare por esta ó su mayor parte, y consintiere en que dicho fallido asista, aprobándose por prior y cónsules, se le podrá llamar (con el salvo conducto necesario) al parage ó lugar que señalaren dichos prior y cónsules, pudiendo ser habido, para que allí dé razon de las dudas que haya; y si independientemente de todo lo referido, se hiciere por parte de dicho fallido alguna proposicion de ajuste, la manifestarán igualmente los comisarios, para que enterados los acreedores de ella y de lo demas que necesitan saber acerca del estado y negocios del fallido, resuelvan lo que hallaren por mas conveniente en cuanto á sus derechos respectivos, y lo deduzcan ante prior y cónsules, para que procedan á lo que haya lugar sobre su aprobacion."

28. »En el caso de que sobre el ajuste y demas incidentes y providencias necesarias hasta el fenecimiento de la causa, hubiere variedad de opiniones entre los acreedores; se ordena que el menor número de ellos deberá seguir el dictamen y acuerdo de la mayor parte, teniéndose, como se deberá tener, por tal las tres cuartas partes de acreedores, con las dos terceras de créditos, ó al contrario, las dos tercias de acreedores con las tres cuartas de créditos; bien entendido, que en esta regulacion para hacer mayoría, no han de entrar los acreedores que por escrituras ó en otra forma puedan ser privilegiados á los personales: y las resoluciones que para la mejor administracion de los bienes y pronto expediente del concurso se tomaren por la mayor parte de dichos acreedores personales, se mandarán cumplir por prior y cónsules, y se llevarán á debida ejecucion, no obstante cualquiera contradiccion ó apelacion que pueda ser interpuesta por los demas que hagan menoría."

29. »Si entre el fallido y alguno de los acreedores hubiere diferencia en sus cuentas, los comisarios deberán dar parte de ella al prior y cónsules, y será de la obligacion del acreedor justificar ante dicho prior y cónsules su partida, con citacion de los demas, á quienes y á los comisarios se oirán las razones que sobre lo hallado y reconocido en los libros del fallido manifestaren."

30. »No podrá hacerse ajuste ni convencion alguna particular entre acreedores y quebrado, sin noticia y consentimiento de los comisarios, y los demas acreedores; pena de su nulidad, y de que se procederá contra los que en ello hubieren intervenido à los rigores que hubiere lugar."

31. »Cuando algunas personas hallándose próximas à quebrar, antes de publicarse su falencia, anticiparen pagamentos de letras y demas débitos, ya sea en dinero, traspasos ó cesiones, ó ya en ventas, donaciones de bienes muebles ó raices, de plazos que no esten cumplidos para el dia en que se publicare su quiebra, aunque las tales cosas cedidas ó vendidas sean pagaderas à mas largo término que el de la obligacion del quebrado, será visto quedar los tales pagamentos nulos, como fraudulentos, y que la tal cantidad ó cantidades, que dieren, cedieren ó vendieren, de dinero ú otros bienes, hayan de volver y vuelvan los que las recibieren à la masa comun del concurso, sin excusarles ningun pretexto ni razon que quieran dar para lo contrario; y que ademas se tendrá à la tal ó tales personas quebradas, que asi hicieren semejantes pagamentos, por fraudulentos é incursos en las penas y comunicaciones prevenidas é impuestas por derecho."

32. »Cuando en caso de quiebra supusiese alguna persona ser acreedor del quebrado, no siéndolo, será visto quedar condenado por via de multa en la misma cantidad que pretendiere debérsele; y si otra alguna, debiéndosele efectivamente cierta cantidad, supusiese dolosamente otra mayor, à esta se le condenará à no ser oida ni admitida al concurso para la cobranza, ni aun de lo que legítimamente se le debia en castigo del fraude intentado, y las cantidades que resultaren en uno y otro caso han de agregarse à beneficio del concurso y de sus legítimos acreedores; y siempre que se justificare haber cooperado el quebrado en cosa ó parte de las simulaciones arriba expresadas, será tenido por infame fraudulento (aunque por otros títulos antes no lo hubiese sido), y castigado como tal con las penas correspondientes à los alzados."

33. »Y por cuanto se ha experimentado que algunos quebrados, dias antes, ó en los mismos de sus quiebras, con fraude, dolo y de caso pensado, han extraido de sus casas y lonjas, mercaderías, alhajas y otras cosas de valor, endosado en confianza letras de cambio, y cedido vales y otros créditos y derechos, pasándolos à poder de personas, parientes y amigos, sin deberles cosa alguna, y solo con el fin é intento de recu-

perar despues las tales mercaderias y demas extraido y sacado, importe de letras, vales y demas expresado, para aprovecharse de todo, en perjuicio conocido de sus acreedores; para evitar semejantes excesos, cautelas y encubiertos, se ordena que de aqui adelante siempre que se justificaren tales fraudes y ocultaciones de bienes, la persona encubridora que en ello interviniere (ademas de obligarla à que restituya lo en su poder guardado y puesto, entregándolo en manos de los comisarios del concurso para la masa comun con lo demas de él), será multada en otra tanta cantidad como la que importaren los bienes asi ocultados, con mas en cien escudos de plata, que se le deberán sacar irremisiblemente, aplicados à beneficio del concurso, en cuya exaccion (por si alguno de estos culpados gozare de otro fuero) procederán prior y cónsules segun orden de derecho; y al quebrado se deberá tener y tenga por este hecho, por fraudulento, y se le castigará con el rigor prevenido para en tales casos por leyes Reales, y condigno à su delito."

34. »Y por consiguiente se ordena, que cualquiera persona que se hallare deudora al quebrado al tiempo que este se declare por tal, no le pague ni entregue cantidad alguna, ni à su orden, sino à los comisarios del concurso, pena de segunda paga."

35. »Por evitar las dudas y diferencias que se han experimentado hasta aqui en orden à la preferencia ó prelacion de escrituras, letras, vales, mercaderias y otras cosas que se han hallado en poder de los fallidos, de comision, depósito, y en otra forma, se ordena: que en adelante à los acreedores que justificaren plenamente tener en casa del fallido escrituras, letras de cambio, vales, libranzas, alhajas y mercarderías existentes, ya sean estas en fardos, barricas, cajones enteros con sus marcas y números, ó abiertos y empezados à vender, recibidas por el fallido en comision ó depósito confidencial, el prior y cónsules se lo mandarán entregar en la misma especie y forma en que se hallaren, à la persona ó personas que legítimamente pertenecieren, ó à su representacion, pagando estas los gastos que hubieren causado y constare haber suplido el fallido, cuyo importe recibirán y abonarán los depositarios en los demas bienes del concurso: con advertencia de que si el comitente, dueño de los tales efectos, en la cuenta corriente con el fallido fuese deudor à este por anticipacion hecha sobre los mismos efectos, ó de otra manera, haya de entregar, ante todas cosas, lo que debiere."

36. »Si de resulta de venta de mercaderías de comision, que el quebrado hubiere hecho, se hallare que alguno de los compradores no haya satisfecho su valor ó parte de él, lo que asi se debiere por el tal comprador, se declarará pertenecer al dueño propietario de los tales efectos ó mercaderías, sin que semejantes ditas deban entrar con las demas en la masa comun, respecto de que el tal dueño está sujeto à las contingencias que puedan suceder en la paga de los compradores, no obstando para ello el que el comisionado quebrado haya hecho abono de las ditas por interes y convenio al comitente; pues este no debe perder su accion contra el comprador que se mantuviere en su crédito, por semejante convenio de abono, por ser visto que el premio que dió no fue para perjudicarse, sino para mejorar de partido en sus recursos: y si dichos compradores hubieren hecho letras de parte ó del todo de las tales mercaderías compradas, se ordena que si se hallaren en poder del fallido, se entreguen al dueño de ellas; pero si se hubieren negociado por el fallido, en este caso no tendrá derecho à dichas letras el dueño de las mercaderías de que proceden, sino que por su haber deberá acudir al concurso, como acreedor personal."

37. »Cuando algun comitente hallare que asi su comisionario (que en la cuenta de venta le cargó por convenio el abono de las ditas) como el comprador de sus efectos estan en estado de quiebra, no tendrá recurso à ambos comisionario y comprador, sino solamente à uno de ellos, que deberá elegir en el término de ocho dias, contados desde el en que se ha de manifestar acreedor, sin exceder de los prefinidos en esta Ordenanza: y si eligiere al comisionario, el crédito de este contra el comprador ó compradores deberá venir à la masa comun del concurso; y si eligiere al comprador, será visto no tener accion á los bienes concursados del comisionario; pena de que no eligiendo dentro de dicho término, quedará al arbitrio de los acreedores del comisionario consentir se le admita en dicho concurso; y si lo contradijeren, se le remitirá al del comprador."

38. »Si en la casa del quebrado se hallaren algunas mercaderías que hubiere recibido de su cuenta por mar ó compradas en tierra (ya sean en fardos, barricas ó cajones enteros, ó empezados á vender), constando no haber pagado su valor al remitente ó vendedor en el todo ó en parte; será visto debérsele, como se le deberán volver, hasta la concurrente cantidad que tuviere que haber del fallido; pero si alguna parte de ellas fue vendida por el fallido, las ditas que de esto resultaren, entra-

rán en la masa comun del concurso, por haber pasado à tercera mano.

39. »Si hubiere recibido el fallido conocimientos de mercaderías que sin llegar à su poder estuvieren navegando, se declara que en caso de que no haya satisfecho su valor, han de entregarse à la persona que representare al remitente, por entero ó hasta la parte de ella que no se hubiere hecho pago, sin embargo de que el quebrado haya cedido ó endosado los conocimientos à otras personas."

40. »Siempre que el fallido hubiere cedido ó endosado conocimientos, ó vendido mercaderías, que no habian llegado à su poder, à otras personas; la tal venta ó cesion se tendrá por nula, aunque haya pagado su valor al remitente y recibídole del comprador; y las tales mercaderías, llegadas que sean à esta villa, se aplicarán à la masa comun del concurso."

41. »Acaeciendo que en la casa del fallido se hallen mercaderías recibidas ó compradas de su cuenta, de una ó mas personas que sean acreedoras, à quienes habia pagado su valor anteriormente, y que el débito pretendan proceda de otras mercaderías posteriormente recibidas ò compradas, que ya no existan por haberlas vendido; en semejantes casos se ordena, que las tales mercaderías antecedentes que existan y fueron pagadas, no deberán ser entregadas à los acreedores, ni podrán tener accion à ellas, sino que servirán para la masa comun del concurso, cuya averiguacion deberán hacer los comisarios contadores del mismo concurso, por el cotejo de la cuenta del acreedor con las del fallido."

42. »Ningun acreedor será preferido en géneros ó mercaderías que se hallen pertenecientes à él en la casa del fallido, si despues de cumplido el plazo à que se las vendió y otros seis meses mas, no constare haberle demandado judicialmente su importe, sino que serán aplicadas à la masa comun del concurso, respecto de la negligencia que tuvo en la solicitud de la cobranza, y solo se les estimará su pretension por lo tocante à su importe sueldo à libra, como à los demas acreedores no privilegiados."

43. »Cuando la quiebra sucediere en persona de lonja ó tienda, donde se vendiere por menor, se declara y ordena, que todas las mercaderías que se hallaren enfardadas, encajonadas ó embarricadas enteramente, con sus marcas y números, como las recibió el quebrado, se deberán volver à sus dueños que fueren acreedores à ellas, bajo de las condiciones, justificaciones y li-

mitaciones expresadas en los números precedentes: y porque regularmente sucede, que en semejantes lonjas y tiendas deshacen los fardos, y abren las barricas y cajones para sacar parte ó el todo de su contenido para vender por menor; tambien se declara y ordena, que en este caso han de volverse à sus dueños vendedores las piezas que se hallaren enteras, siendo género de ropa y otras cosas que se varean, y tambien lo que se hallare y justificare pertenecerles de las mercaderias liquidas, y otras vendibles por peso; pero las piezas empezadas y demas pedazos y cosas menudas, asi de quinquillería como de otra naturaleza que se hallaren sueltas de los paquetes, fardos y cajones en que se recibieron, se han de aplicar al concurso para la masa comun de él y sus acreedores."

44. »Y porque acontece muchas veces hallarse en casa de los quebrados mercaderías que se venden y reciben sueltas, sin distincion de marcas ni números, como son, bacallao, cecial, granos de todos géneros, legumbres, cobre, plomo, sal y otras de esta especie, pudiendo suceder que algunas esten pagadas en parte ó en el todo, y otras no; por evitar las dudas y diferencias que en estos casos se suelen suscitar, se ordena que todas aquellas mercaderías que conocidamente por los libros del quebrado ó en otra forma se averiguare pertenecer à alguno ó algunos de los acreedores que no hubieren cobrado su valor, se les entreguen, y si hubieren cobrado parte, se les han de dar las que correspondan al resto de su crédito; pero si se hallaren mezcladas algunas mercaderías de las expresadas que sean de varios acreedores, con otras de la misma naturaleza que conste haberlas pagado el quebrado à otro ú otros que no lo sean, será visto que los tales acreedores (regulando las partidas que cada uno vendió con sus haberes respectivos, y con las que asi hubiere pagado el quebrado à otros que no son tales acreedores) lleven los que lo fueren, y los comisarios síndicos del concurso en representacion de él, sueldo à libra, las que à cada uno correspondieren de las asi halladas."

45. »Si un vendedor de mercaderías tomare en pago alguna letra à cierto término, dentro del cual el comprador de los géneros, ó librador ó endosador de ella, faltare à su crédito, en este caso se ordena, que hallándose existentes sus géneros en casa del quebrado, hayan de quedar y queden en depósito, hasta y en tanto que la tal letra recibida en pago sea satisfecha; y si lo fuere, han de quedar libres las dichas mercaderías para el concurso; y al contrario, si no se pagare en el todo ó en parte,

se le entregarán las correspondientes à la porcion que no pudiere cobrar; presentando en tiempo (segun va prevenido en el capítulo tocante à las letras en esta Ordenanza) los testimonios y recados de su protesto, y demas diligencias de esta razon; con cuyas circunstancias quedará la accion de dicha letra al beneficio del concurso."

46. »Habiéndose expresado en los números antecedentes la práctica que se ha de observar en lo tocante à mercaderías que existen en las casas de los fallidos, y no estuvieren pagadas en todo ó en parte à sus dueños; síguese aclarar lo que se ha de hacer cuando las de igual naturaleza se hallen embarcadas por los fallidos en navíos que se mantienen en este puerto, al tiempo de declararse las quiebras con destino para otros, sean de estos reinos ó fuera de ellos: y porque en estos casos se han ofrecido hasta aquí muchas diferencias y pleitos entre los dueños vendedores de las tales mercaderías, los demas acreedores de los fallidos, capitanes que firmaron los conocimientos, y consignatarios à quienes se dirigian; para evitarlos en cuanto se pueda en adelante, se ordena se observe y guarde lo que abajo irá declarado."

47. »Si las mercaderías cargadas por los fallidos no estuvieren pagadas en todo de su valor à los vendedores que justificaren serlo, estos serán los acreedores privilegiados à ellas; y estará á su voluntad el hacerlas descargar y recoger à su poder à costa suya, pagando al capitan del buque en que fueron cargadas el falso flete, y al depositario del concurso los gastos y derechos ocasionados hasta embarcarse, ó si mas le conviene dirigirlas al puerto para donde estaban destinadas, podrá hacerlo mudando los conocimientos à favor de la persona que las quisiere consignar, y bonificando, como va expresado, los gastos y derechos al concurso, en cuyo caso se volverán al capitan los primeros conocimientos que firmó del fallido, sino los hubo remitido antes."

48. »Cuando las tales mercaderías estuvieren pagadas en parte al vendedor, solamente en el resto que por ellas se le debiere, tendrá la accion de ser privilegiado, y la porcion que estuviere satisfecha pertenecerá al concurso, à menos de que las expresadas mercaderías cargadas hayan sido compradas por cuenta de algun comitente, y que con dinero, letras ú otros efectos de él se hubiere hecho la referida parte de paga; porque en este caso tocará y pertenecerá à dicho comitente con igual privilegio la cantidad que de sus bienes constare haberse pagado al vende-

dor de los mencionados géneros; bien entendido, que en caso de usar de las mercaderías por algunos de los medios que van prevenidos en el número precedente, han de pagar los gastos (como va dicho) al depositario del concurso, prorateados segun la cantidad que à cada uno correspondiere."

49. »Conviniendo al dueño de las mercaderías cargadas por el fallido, recibir ó disponer de ellas enteramente (por no perjudicarse en el surtido que tuvieren, ó por otro cualquiera motivo) lo podrá hacer, y se le mandará entregar, volviéndose por él ante todas cosas la cantidad de dinero, mercaderías y demas efectos que para en parte de pago recibió, con mas los gastos y derechos que se ocasionaron al cargarse, y lo que asi volviere, será visto tocar con preferencia à aquel ó aquellos por cuya cuenta se hizo la compra, y paga con cosa propia suya, y no de otra manera; de que se infiere que el dueño ò vendedor ha de tener à su arbitrio una de dos elecciones, que son la de disponer en la cosa vendida de la porcion que se le debiere (pagando los gastos correspondientes), ò de la del todo, volviendo lo que recibió en pago, y todos los que se causaron en cargarse."

50. »Si el fallido libró letras contra el comitente, ò este le hizo remesa de ellas ú otros efectos para en pago de las mercaderías que compró y se cargaron de su cuenta; tendrá privilegio en ellas solamente de la cantidad que percibió el vendedor, y no de las que el comisionario quebrado dejó de pagar, usando de ellas para otros fines, aunque le hubiese remitido conocimientos de las tales mercaderías asi compradas y cargadas de su cuenta; porque siempre el vendedor ha de ser preferido en la cosa vendida, por la parte que no le fuere pagada, y por lo respectivo à la porcion que retuvo el fallido, deberá el comitente acudir al concurso, à que se le haga pago de la prorata que le pudiera tocar en él como acreedor personal."

51. »Siendo cargadas las mercaderías de cuenta y riesgo del fallido, y librada sobre ellas en virtud del conocimiento remitido alguna cantidad al consignatario, se declara y ordena que en tal caso será este privilegiado en aquella parte, que con el valor de sus letras se averiguare haber satisfecho al vendedor, y por lo demas deberá acudir al concurso."

52. »Pero si las tales mercaderías, asi cargadas de cuenta y riesgo del fallido, no fueren de vendedor que tenga derecho especial à ellas, sino que el fallido las tenia pagadas; en este caso el consignatario deberá ser preferido en dichas mercaderías por toda la cantidad que se le libró por ellas en virtud de los cono-

cimientos que se le remitieron, y queriendo los demas acreedores pasar á descargarlas, ó mudar de destino, deberán antes satisfacer á dicho consignatario ó á su representacion, la cantidad ó cantidades libradas sobre las mercaderías."

53. »Cuando no se hubieren remitido conocimientos por el cargador al consignatario, y no obstante con oferta que le hizo de que en otro correo lo verificaria libró algunas letras, y faltó á su crédito antes de poderle dirigir los tales conocimientos; en este caso será visto no tener dicho consignatario accion ni derecho privilegiado á las expresadas mercaderías, y solo podrá acudir al concurso como los demas acreedores personales; pero si las letras libradas contra él ó su valor, se justificare haberse entregado al vendedor de las mercaderías cargadas, para en pago de ellas, aunque no tenga los conocimientos, se reputará su derecho por privilegiado, y no en otra forma."

54. »Para mas claridad se previene y ordena, que si el fallido hubiere dado en pago de las mercaderías cargadas, otras que compró á una ó mas personas, por cuya cuenta no fueron las asi embarcadas; el vendedor ó vendedores no tendrán privilegio á ellas, por haberse trasferido el dominio por la venta del cambio hecho de sus géneros; y solo podrán tener recurso á los bienes del concurso."

55. »Por deuda alguna del fallido, que sea anterior á las mercaderías cargadas, no se podrá dar privilegio de hipoteca en ellas á persona que le pretenda, sea vendedor, comitente ó comisionario, sino tan solamente por lo que de las tales mercaderías se les debiere legítimamente por venta, paga ó suplemento, en la forma que va referida, de que deberán presentar las justificaciones necesarias; pues por los créditos que no dimanan de cosa existente deberán acudir al comun del concurso."

56. »En cualquiera de los casos que van expresados, precediendo mandato judicial de prior y cónsules, se obligará al capitan ó capitanes de los navíos á la descarga de semejantes mercaderías ó á la naturaleza de destino á otros consignatarios, haciendo firmen nuevos conocimientos, segun y como les conviniere á las partes legítimas, sin embargo de haberse enviado los primeros que firmaron y no podérseles volver; otorgándose ante todas cosas por dichas partes fianza abonada de pagar todos los daños, intereses y demoras que les puedan resultar á dichos capitanes, sus buques y bienes en el puerto de su destino, por razon de la descarga ó mutacion que se hiciere, y ademas se les

dará para su resguardo testimonio auténtico en que conste los motivos por que se hizo la tal descarga ó mudanza.

57. »Sucediendo que mercaderías remitidas por el fallido de su propia cuenta en comision, sea por tierra ó por mar, se hallen existentes en poder del comisario á quien fueron dirigidas; será visto que la persona ó personas por quienes se vendieron al fallido, serán privilegiadas en ellas de toda la cantidad que por su valor tuvieren que haber; pero si el comisionario hubiere celebrado venta del todo ó de alguna parte, en el producto que de ellas se estuviere debiendo no tendrán preferencia ni accion, por haberse trasferido el dominio mediante la segunda venta, y por consiguiente en tal caso pertenecerá á la masa comun del concurso.

58. »Si el fallido comprare mercaderías por cuenta y orden de otro, y se las remite (sea por tierra ó por mar), sucediendo que al tiempo que declaró su quiebra, le esté debiendo la persona por cuya cuenta fueron compradas el todo ó parte de su valor; se ordena que lo que asi se debiere se traiga á la masa comun del concurso; sin que el vendedor al quebrado pueda pretender derecho de prelacion sobre dicho crédito, ni contra la persona deudora á quien se remitieron; por haberse trasferido el dominio de los efectos en tercera persona."

59. »Si sucediere que en bienes correspondientes á la quiebra y concurso, se hiciere algun embargo en otro cualquier juzgado de dentro ó fuera de estos reinos, pretendiendo alguno ó algunos acreedores cobrar en ellos apartándose del juicio universal, y de venir á la masa comun con los demas de su calidad; se ordena que en conformidad á lo dispuesto por derecho se acuda luego al remedio, despachando cartas de exhorto é inhibicion, para que se remita todo al juicio universal.

60. »Cuando hubiere acreedores privilegiados, se declara y ordena, que los que lo fueren por rentas de casa en que hayan vivido los fallidos; solo tengan derecho como tales, por la del año último antecedente, y el que fuere corriendo hasta que se les desembarace la casa de los bienes muebles y efectos, removiéndose, si pareciere necesario y de mayor beneficio del concurso, por los depositarios á otro parage: los criados por su salario ó sueldos de aquel año y el antecedente; y los boticarios, médicos, cirujanos y barberos, por lo que se les deba de la enfermedad última del fallido, si hubiere muerto durante el concurso; y otra cualquiera cosa que se les deba atrasada á

unos y otros, se reputará solo por derecho personal, y han de entrar por ello sueldo á libra como los demas acreedores personales."

61. »Si se hallare que algun instrumento que presentare cualquiera acreedor (aunque sea carta de pago de dote de la muger del fallido) se hubiere otorgado en tiempo inhabil, por presumirse haberse hecho en dolo y fraude de los acreedores personales, como es cuando se halla próxima á quebrar, ó que por otras reglas de derecho se conozca tal malicia; se deberá dar por nulo y ninguno, reputando á los tales acreedores como de derecho personal: y todos los demas que resultaren por instrumentos públicos que no padezcan vicio ni sospecha de fraude ni dolo, serán graduados con preferencia, segun sus antelaciones, en la forma acostumbrada y debida por derecho."

62. »Si no hubiere ajuste y convenio de espera y quita entre acreedores y fallido, puesta la causa en estado (procurando la mayor brevedad) se dará la sentencia de graduacion, y conforme á ella se harán los pagos á los acreedores privilegiados y de hipoteca, si hubiere, por el orden de sus grados, y lo que quedare en efectos, ditas y otros cualesquiera bienes del fallido, se repartirá entre los acreedores personales sueldo á libra, ya en los mismos efectos, ó ya en lo que hubieren procedido, si antes estuvieren rematados; y si sucediere que algunos de los tales acreedores personales tuviere derecho contra otro ú otros por el importe de letra, vale ó libranza que tenia en virtud de aceptacion ó endoso del fallido, sea visto que no porque tome y cobre la parte que le correspondiere en semejante juicio universal, pierda el tal derecho contra libradores, aceptantes y endosantes, para cobrar de ellos, y cualquiera *in-solidum*, lo que se le quedare debiendo; pues ha de poder pedirlo á los tales contra quienes tenga derecho, y hacer sus diligencias hasta que enteramente haya cobrado todo el valor ó importe de las tales letras, vales ó libranzas, segun lo que acerca de esto queda prevenido en el capítulo *de letras de cambio; vales y libranzas y cartas de crédito.*"

63. »Y por cuanto tambien ha sucedido muchas veces que personas que se mantenian en su sano crédito, recibian en esta villa (Bilbao), de estos reinos de España y de dominios de los demas extrangeros, porciones de lanas y otras mercaderías para venderlas de comision ó de su propia cuenta; y las personas remitentes pedian cantidades de dineros ú otros efectos, por via de anticipacion, sobre las tales letras y demas mercaderías que re-

mitan; y despues de haberlos socorrido padecian atrasos ó quiebras, con cuyo motivo ú otros, sus acreedores pretendian preferencia en las dichas lanas ó mercaderías, alegando no habérseles pagado su valor por la tal persona que las remitió, y pidiendo que por la cantidad ó cantidades de dinero con que el tenedor socorrió sobre ellas, acudiese al remitente y sus bienes; todo en conocido perjuicio de los que hacen semejantes anticipaciones, sobre que ha habido muchos pleitos y diferencias: para que en adelante se eviten, se ordena y manda que la cantidad ó cantidades que en la forma dicha se anticiparen sobre lanas ú otras mercaderías existentes, han de ser privilegiadas en ellas mismas, como hipoteca especial que se declara ha de ser para su seguridad y reembolso, sin que los demas acreedores puedan pretender mas que el residuo que de ellas quedare, habiéndose pagado lo que el tenedor tuviere que haber; pero si los tales acreedores quisieren satisfacer al tenedor todo su haber en dinero, en este caso se les hayan de entregar las tales lanas y demas mercaderías, precedida para todo la justificacion y título de su pertenencia."

CAPITULO ULTIMO.

De los consulados, y del modo de proceder en las causas mercantiles.

§. 1. Origen de los tribunales de comercio.
2. Establecimiento de estos tribunales en España.
3 hasta el 10. Continuacion de lo mismo.
11 hasta el 20. De las atribuciones y prerogativas de los consulados.
21 hasta el 30. De los asuntos cuyo conocimiento corresponde á los consulados.
31. De las causas mercantiles no pueden conocer las audiencias ni otros tribunales por caso de Corte.
32. El Consejo y demas tribunales deben remitir á los consulados las causas mercantiles.
33. ¿Donde deberá ser demandado el comerciante que estuviere sujeto á dos consulados por tener negocios en el territorio de cada uno?
34. ¿Ante quien habrá de ser demandado el mercader forastero de un pueblo en que tenga tienda?
35. ¿Donde deberá demandarse al mercader de un lugar, que tiene en otro factores que administren sus negocios?
36. El mercader puede ser demandado en el lugar donde permanece por causa de mercadería.
37 hasta el 56. Modo de proceder en los consulados de comercio.
Apéndice en que se insertan varias Reales órdenes y otros documentos.

1. En todas las naciones cultas y comerciantes asi antiguas como modernas se conoció pronto la necesidad de establecer tribunales particulares para sustanciar y decidir las causas mercantiles, que por su naturaleza deben tener un curso brevísimo, á fin de no entretener á los negociantes con largas discusiones y dispendiosos litigios.

2. Estos tribunales con el nombre de consulados se hallaban establecidos de tiempo antiguo en Barcelona, Valencia y otros puertos de extenso tráfico, con autoridad para entender en los negocios relativos al comercio. Asi consta de la Real carta ó pragmática expedida por los Reyes Católicos en 21 de julio de

1494 á favor del prior y cónsules de la universidad de mercaderes de la ciudad de Burgos, quienes pretendieron la misma facultad que tenian las mencionadas ciudades para juzgar las causas del comercio. Posteriormente en 22 de junio de 1511 extendió el Rey la propia facultad al consulado de Bilbao, conforme á lo dispuesto en la ley anterior para con el de Burgos (1).

3. Por pragmática de 9 de febrero de 1632 mandó el Rey Felipe IV, que en la Corte se formase un consulado como en Burgos, Sevilla y Bilbao, compuesto de un prior y cuatro cónsules, uno de la corona de Aragon, otro de los estados de Italia, otro de Portugal, y el cuarto de los estados de Flandes y demas provincias del norte. Dióse á este consulado la misma jurisdiccion que á los de Burgos, Sevilla y Bilbao; y á fin de que tuviese la autoridad necesaria, le puso dicho Rey bajo la proteccion de su Consejo Real, mandando que uno de sus individuos por turno y por su antigüedad presidiese en él un año, y acabado pasase al siguiente, el cual hubiese de conocer en grado de apelacion de lo que se determinase por el prior y cónsules (2) (*).

4. En la misma pragmática se autoriza á todas las ciudades, villas y lugares del reino donde haya número suficiente de mercaderes ó comerciantes, para que puedan erigir consulado, pidiéndolo antes en el Consejo para que este lo consulte al Rey, no entendiéndose esta disposicion con los pueblos de señorío y abadengo. Se previene ademas que todos los consulados que se erigieren hubiesen de tener correspondencia con el consulado de la Corte en todo lo perteneciente al gobierno universal del comercio; pues en lo tocante á la decision de negocios y pleitos, cada consulado debia tener jurisdiccion distinta y privativa con el juez de apelaciones que se le diere, sin dependencia ni subordinacion á dicho consulado de la Corte (3).

5. Por Real cédula de 16 de marzo de 1753 mandó el Rey Don Fernando VI. que se estableciese en la ciudad de Barcelona: 1.° un cuerpo de comercio ó magistrado compuesto de todos los comerciantes en quienes concurriesen las circunstancias siguientes: naturales de estos reinos; sugetos de buena fama y acreditada legalidad; que ejerzan actualmente el comercio en

1 Leyes 1 y 2. tit. 2. lib. 9. Nov. Rec.

2 Ley 4 del mismo tit. y lib.

* Lo determinado en la citada Real pragmática acerca de la ereccion de un consulado de comercio en Madrid no se llevó á efecto en aquel reinado ni en los posteriores. Pero ya se halla establecido por la Real cédula de su Magestad de 21 de agosto de 1827, la cual va inserta en el apéndice.

3 Ley 4 citada.

grueso ó por mayor y no en tienda abierta, y tengan caudal con que poder practicarlo. 2.° Un consulado para determinar lo contencioso, el cual hubiese de componerse de tres cónsules en lugar de los dos que hasta entonces habia habido, y un juez de apelaciones ó alzadas, todos comerciantes, con dos asesores abogados, y un escribano, para entender en todas las causas civiles de comercio marítimo y terrestre. 3.° Una junta de comercio para atender á su fomento en lo gubernativo, compuesta de doce individuos; á saber, los tres cónsules que actualmente fueren, dos caballeros hacendados y cosecheros para atender especialmente al bien comun y fomento de la agricultura, facilitando la venta y salida de sus frutos, y siete comerciantes elegibles entre los del cuerpo de comercio, y un secretario tambien comerciante; debiendo presidir esta junta el intendente de Cataluña; y encargándose á la misma la formacion de las ordenanzas, por las cuales hubiesen de regirse dichos tres cuerpos. Tambien se inhibe á estos en la misma pragmática de la jurisdiccion de la audiencia de Barcelona, y de otros cualesquiera jueces y tribunales, sujetándolos inmediatamente á la junta general de comercio (1). En Real cédula de 24 de febrero de 1763 renovó el señor Don Carlos III. la creacion de dichos tres cuerpos de comercio, y confirmó la donacion que les habia hecho su augusto predecesor del derecho de peraje para su subsistencia y de la casa lonja del mar para su residencia y ejercicio de sus funciones con todas las demas gracias concedidas anteriormente (2).

6. Por otra cédula expedida en el Pardo á 15 de febrero de 1762, y bajo las mismas reglas contenidas en la del señor Don Fernando VI; se estableció en Valencia un cuerpo de comercio, una junta y un consulado para determinar lo contencioso, eximiéndolos de la jurisdiccion de la audiencia y cualesquiera otros jueces, y sujetándolos inmediatamente á la junta general de comercio (3).

7. El mismo Soberano en Real cédula de 23 de junio de 1762 se sirvió aprobar las Ordenanzas para el establecimiento y régimen de un cuerpo general de comercio en Zaragoza, mandando que de todas las causas civiles y criminales relativas directa ó indirectamente al referido cuerpo y sus individuos en cosas tocantes á tráfico y comercio, conociese privativamente con inhibicion de los demas juzgados y tribunales el subdelegado de

1 Ley 9. tit. 2. lib. 9. Nov. Rec.
2 Ley 10 del mismo tit.
3 Nota 2 á dicha ley 9. Nov. Rec.

la junta general de comercio en primera instancia, y en apelacion la misma junta (1).

8. Por otra Real cédula de 24 de noviembre de 1784 se mandó establecer en la ciudad de Sevilla y su puerto un consulado de mar y tierra extensivo á todos los pueblos de su arzobispado, que no estuviesen incluidos en el de Cadiz. Debia componerse este consulado de hacendados que poseyesen doce mil pesos sencillos ó mas en fincas y heredades fructíferas; comerciantes por mayor, y de mercaderes que tuvieren igual suma empleada en su giro; de dueños del todo ó parte de fábricas considerables, y de propietarios de embarcaciones capaces de navegar en los mares de Europa y América, cuyos caudales en ambas clases fuesen á lo menos de ocho mil pesos: todos los cuales habian de tener ademas la circunstancia de mayores de edad, y otras que en la misma cédula se expresan (2).

9. A esta se siguieron otras para la ereccion y gobierno de nuevos consulados marítimos y terrestres; á saber, una en el Pardo á 18 de enero de 1785, para el establecimiento en la ciudad de Málaga y su puerto de un consulado extensivo á todos los pueblos de su obispado; otro en Aranjuez á 26 de junio del mismo año para establecer en la ciudad de Alicante y su puerto un consulado, cuya jurisdiccion se extendiese á todos los pueblos del obispado de Orihuela; otra en San Lorenzo à 29 de noviembre de dicho año de 85 para el establecimiento en la Coruña de un consulado, extensivo al puerto de Vigo y á todos los demas pueblos del arzobispado de Santiago; otra con igual fecha para establecer en la ciudad de Santander y su puerto un consulado, cuya jurisdiccion abrazase todos los pueblos de su obispado, y los puertos por la parte del oriente de Santoña, Laredo, Castrourdiales y su subdelegacion hasta la línea del consulado de Bilbao, y por el poniente los de San Martin de la Arena, Suances, Comillas, San Vicente de la Barquera, y toda la ribera del mar que comprende el mismo obispado y provincia de marina; otra cédula expedida en Madrid à 22 de diciembre de 1786 para el establecimiento de un consulado en la ciudad de San Cristoval de la Laguna de Tenerife, su puerto y demas islas Canarias y pueblos de su obispado; y otra en San Ildefonso á 7 de agosto de 1800 para el establecimiento en Mallorca, en la ciudad de Palma y su puerto, de un consulado extensivo á todos los pueblos de aquella diócesis.

1 Nota 3, dicho tit. 2. lib. 9. Nov. Rec. 2 Ley 14 del mismo tit. y lib. Nov. Rec.

10. Sin detenernos ahora en la organizacion y forma particular de estos tribunales, que puede verse en sus respectivas Ordenanzas, y no corresponde al objeto de esta obra, procedamos á tratar 1.° de las atribuciones y prerogativas de los consulados; 2.° de los asuntos cuyo conocimiento toca á estos tribunales; 3.° del modo de proceder en ellos.

11. Por lo que hace al primer punto debe saberse ante todas cosas que el oficio de prior y cónsules es público por estar instituido y hecho el nombramiento con autoridad pública, y asi los elegidos para estos cargos pueden ser compelidos á aceptarlos (1); debiendo jurar que los desempeñarán fielmente, y aun cuando los ejerzan sin preceder el juramento, se presume haberle prestado.

12. La jurisdiccion del prior y cónsules es ordinaria, y no la tiene cada uno de ellos solidariamente, sino todos ó el mayor número (2). Lo mismo sucede en cuanto al juez de apelaciones y sus adjuntos (3). El prior y cónsules no pueden conocer fuera del territorio de su demarcacion, como tampoco puede hacerlo ningun juez ordinario fuera del suyo (4).

13. Aunque para recusar á un juez ordinario, que reune en sí solo toda la jurisdiccion, no es necesario alegar ni probar justa causa de la recusacion, por cuanto no se trata de removerle del conocimiento de la causa, sino de obligarle á que se acompañe con otro (5); por el contrario para recusar á algun individuo del consulado es preciso alegar y probar justa causa, por no tener cada uno jurisdiccion *in solidum* sino todos juntos; y por tanto se remueve totalmente al recusado del conocimiento de la causa, sucediendo lo mismo en cuanto al juez de apelaciones y sus adjuntos (6).

1 Ley 1, 2 y 3. tit. 2. lib. 9. Nov. Rec.

2 Ley 1. tit. 4. Part. 3. Bald. en la ley unic. ff. *de offic. Cons.*

3 Ley 7. tit. 8. lib. 4. Rec.

4 Ley 15. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

5 Ley 22. tit. 4 Part. 3. y en ella Gregor. Lop. Ley 1 y 2. tit. 2. lib. 1. Nov. Rec.

6 *Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc. terrest.* cap. 15. num. 8. = En las Ordenanzas de Bilbao, cap. 1. num. 10 y 11, se previene lo siguiente: »Siempre que pendiente el pleito ante prior y cónsules se recusare á cualquiera de ellos por alguna de las partes, no se le ha de admitir la recusacion á menos que dé las causas que para ello tuviere, ofreciéndose á probarlas dentro de los tres dias primeros siguientes, y depositando antes tres mil maravedis de pena, para que en caso de no probarlas en el término que va señalado, quede condenado en ellos para reparos de la ria, como siempre se ha practicado y es de ordenanza. Si probadas las causas fueren bastantes conforme á derecho para que el recusado ó recusados sean removidos, y no puedan conocer, conocerá de la causa en lugar del prior su segundo, y en lugar del primero ó segundo cónsules el que de tercero y cuarto eligiere el prior: y si fuesen ambos cónsules primero y segundo los recusados, conocerá con el tercero el cuarto; y caso que la recusacion fuere y

14. En las Ordenanzas para el consulado de San Sebastian se especifican otras facultades ó atribuciones propias del prior y cónsules, que tienen aplicacion en todo ò en parte à otros consulados, y son las sigientes. »El prior y cónsules han sido, son y deben ser siempre jueces privativos para residenciar al prior y cónsules que acabaren de serlo. Para ello el dia 7 de enero de cada año harán publicar bando à voz de pregonero en los parages públicos acostumbrados de la ciudad para que los que tuvieren queja ò quejas sobre la administracion de justicia, disposiciones domésticas, económicas y de gobierno de la universidad y consulado, acudan á ellos en el término de treinta dias contados desde el de la tal publicacion; y en caso que acudan ò comparezcan algunas personas á quejarse, procederán en la causa y casos que se ofrezcan breve y sumariamente, admitiendo su queja, fianza y calumnia, segun estilo de comercio, la verdad sabida y la buena fe guardada; y de los autos y sentencias que dieren ó pronunciaren ellos, solamente se podrá interponer apelacion para ante el Real y Supremo Consejo de Castilla."

15. »Toca privativamente al prior y cónsules nombrar sugetos de comprension y experiencia para liquidar las cuentas de las averías de los buques que vinieren á los puertos de esta provincia. Los que fueren nombrados tanto para liquidar estas cuentas como para cualesquiera otras dependencias que ocurran al consulado, asi en esta ciudad como fuera de ella, no podrán excusarse sin legítima causa para ello, pena de veinte mil maravedís aplicados en la forma dicha por cada vez que no lo aceptaren; y al arbitrio de prior y cónsules queda tambien el fijar á ellos los sueldos correspondientes á la comision que se les diere, como ha sido uso, costumbre y ordenanza antigua hasta aqui."

16. »A prior y cónsules toca tambien privativamente el dar tornaguías ó aquietes causiones de los despachos que los capitanes extrangeros traen de sus aduanas para hacer constar á su regreso en ellas haber hecho las descargas de las mercaderías que conducian á estos puertos. No permitirán prior y cónsules en manera alguna que las tales tornaguías se despachen por los negociantes extrangeros establecidos en esta ciudad, aunque sea bajo de específico pretexto de estar autorizados por sus Soberanos para iguales casos: se ordena tambien que no viniendo las citadas aquietes causiones dirigidas á prior y cónsules, como

se debiere admitir de estos seis priores y cónsules, conocerán de la causa tres consiliarios que no fueren recusados, y se eligieren por los primeros prior y cónsules." Ley 5. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

de presente se practica, y no trayendo la expresion de que deban ser despachados por diputado de su nacion; las retengan en su poder, por mas que los capitanes ò maestres de navios reclamen la vuelta de ellas. El corredor jurado del consulado tendrá obligacion de recoger las referidas aquietes-cauciones luego que arribaren los navíos, para presentarlas."

17. »El prior y cónsules tienen la autoridad de exigir y hacer pagar á todos el derecho de avería en la misma conformidad que se observaba en el consulado de Bilbao; bien entendido que para los repartimientos de fuera se ha de guardar la ley Real segun uso, costumbre y práctica inconcusa que hasta aquí se ha observado; y será de la obligacion, celo y cuidado de prior y cónsules el que ninguno se excuse de pagar dicha avería."

18. »No podrán prior y cónsules, bajo de ningun pretexto, motivo ó causa alguna, obligar à ningun comerciante à que presente los libros de cuentas en la sala consular; pero caso que alguna de las partes litigantes pida se haga cotejo de su cuenta corriente con la del otro, ò le convenga certificarse si en ella hay partidas enmendadas, añadidas ó borradas, entonces y no de otra manera, mandarán prior y cónsules que se manifieste únicamente aquella cuenta sobre que se litiga, y tambien cualesquier otro papel que conduzca para saber la verdad y justificar el hecho."

19. »A prior y cónsules en fuerza de la jurisdiccion consular, de que han de ser fieles depositarios, pertenece y compete asimismo el oir à todos los capitanes de navíos mercantiles, que vengan de Europa á los puertos de esta provincia, en las protestas de mar, el arreglar las averías, el hacer que sean pagados de sus fletes, el conocer sobre las diferencias de ajustes y convenios que hubiere entre capitanes y tripulacion, el compeler y apremiar á las tripulaciones á que segun las convenciones y pactos sigan à los navíos hasta dejarlos en los puertos de sus destinos, el embarazar que se hagan á la vela las embarcaciones que el capitan de maestranza declare no estar en aptitud para navegar::::" (1).

20. Queriendo el Rey dar una prueba de su soberano aprecio à estos tribunales, se dignó conceder á sus individuos las siguientes exenciones por Real cédula de 16 de marzo de 1783, en la cual se dice: »He venido en declarar por punto general que

1 Véase el cap. 6. de dichas Ordenanzas, y la ley 7. tit 2. lib. 9. Nov. Rec.

los sugetos que hayan tenido y tengan el honor de ejercer mi Real jurisdiccion en los empleos de cónsules, jueces de alzadas ó de apelaciones, asesores ó diputados en los consulados de estos mis reinos y diputacion consular de Alicante, obtengan la distincion de que, si sucediere que despues del ejercicio de dichos empleos ó durante él, la justicia ordinaria les formase ó siguiese contra ellos causa civil en que tenga motivos para mandarles poner presos, no sea en la carcel pública, sino en sitio distinguido decente, ó señalándoles su casa por carcel; usando con ellos de la consideracion debida de los casos en que hayan de intervenir como testigos ó en otros actos judiciales: y asimismo para que puedan atender mas bien al desempeño de los pleitos y negocios del comercio, que estan á su cargo, les concedo la exencion de alojamiento, bagages y demas cargas concejiles de la república, que deberán gozar durante el tiempo de sus empleos; exceptuando los casos en que el bien de mi servicio, y la calidad ó cantidad de tropas, no permita que se les guarde esta exencion." Ley 16. tit. 2. lib. 9. Nov. Rec.

21. Viniendo al segundo punto, los consulados conocen de todas las causas que se originaren entre comerciantes, mercaderes, sus compañeros y factores, sobre sus negociaciones de comercio, compras, ventas, cambios, seguros, cuentas de compañía, fletamentos de buques, factorías &c. y de todo lo anejo á los mismos negocios, ó dependiente de ellos; pero no pueden conocer, aunque sea entre comerciantes ó mercaderes, en lo que no pertenezca al tráfico; pues su jurisdiccion es privativa para estos asuntos y no mas, de suerte que no admite extension en perjuicio de la jurisdiccion ordinaria, aun cuando medie consentimiento de ambas partes, pues la jurisdiccion mercantil no puede prorogarse (1).

22. Síguese de lo dicho que puede conocer el consulado sobre la validacion ó nulidad de los contratos mercantiles, cumplimiento de sus pactos ó condiciones, recision, defecto ó engaño, dolo ó lesion, que haya intervenido en ellos, precio, paga de él, y entrega de las cosas y de su saneamiento, y de lo demas perteneciente á dichos tratos, compras, ventas, trueques &c.

23. Por la misma razon puede el consulado obligar á los factores á que vengan á dar cuentas de su factoría ante él, y estar á derecho sobre ellas, compeliéndoles á ello en caso de necesi-

1 Leyes 1 y 5. tit. 2. lib. 9 Nov. Rec. Ordenanz. de Bilbao, cap. 1. num. 2. *Cur. Filip. Comerc. terrestr.* lib. 2. cap. 15. num. 11.

dad, aun cuando vivan ó se hayan casado fuera del territorio del consulado donde se les encomendó la factoría (1).

24. Asimismo puede el consulado proceder contra los comerciantes y factores que tomaren ó defraudaren la hacienda de su compañero ó principal, ejecutándolos hasta restituírsela, y condenándolos en cualquiera pena civil ó pecuniaria, y hasta inhibirlos del oficio de mercaderes; pero si merecieren otra pena criminal mayor, han de remitir el proceso á la justicia para que se la imponga (2).

25. Tambien puede el consulado conocer y condenar en caso de fraude, dolo ó delito cometido por comerciantes ó mercaderes, ya contrahaciendo las mercaderías, ya dando por buenas las que fueren malas, ó de cualquier otro modo (3).

26. Pertenece asimismo á la jurisdiccion de los consulados el conocimiento de paga y prelacion, concurso y graduacion de deudas procedidas de las negociaciones mercantiles. Por la misma razon pueden conocer de la revocacion del pago de estas deudas hecho indebidamente; como tambien de las esperas y quitas y cesion de bienes que se pidiere por otras deudas (4).

27. Conocen ademas los consulados de cambios y bancos y cosas procedentes de ellos, de letras pagadas, de penas é intereses que proceden de contratos hechos en razon de mercaderías, estatutos y ordenanzas en que se funden aquellos &c. (5).

28. Cuando sucediere que en un pleito que se siga ó intente en el consulado fuere interesado alguno ó algunos de prior ó cónsules, conocerá en lugar del que asi tuviese interes, el segundo; á saber, si fuere el prior, el segundo prior; y si fuere cualquiera de los dos cónsules, el tercer cónsul; y si ambos cónsules, el tercero y cuarto; mas si todos los referidos prior y cónsules fueren interesados, conocerán de la causa los tres primeros conciliarios; ó si estos tambien lo fueren, otros tres de los que sigan por el orden con que salieron, y tuvieren sus asientos y procedencia. Habiendo en todos la misma calidad de interesados, nombrarán los primeros cónsules y prior seis comerciantes que no la tengan, de los de la mayor integridad é inteligencia en el comercio; y escritos sus nombres en otras tantas cédulas, las sortearán en el cántaro, y los tres primeros que salieren conocerán de dicha causa; de manera que se cumpla el nú-

1 Ley 1. tit. 2. lib. 9. Nov. Rec.
2 Ley 1. de dicho tit.
3 Stracc. *de merc.* 2. p. num. 15.
4 Leyes 1 hasta la 6. tit. 15. Part. 6. y ley not. 1. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.
5 Leyes 1, 2 y 3. tit. 2. lib. 9. Nov. Rec. Stracc. *de merc.* 2. p. num. 11.

mero de los tres jueces que han de conocer de ella y juzgarla, para que de este modo se consiga la debida justicia (1).

29. Si un comerciante fuere demandado ante el consulado en razon de mercadería, á cuyo saneamiento sale otro que no es del comercio, ó se opone como tercero por otra cualquiera causa, aunque este no está sujeto á la jurisdiccion del consulado, sin embargo ha de conocer de dicho incidente. Asimismo si el que no es comerciante fuere demandado ante su juez sobre mercadería ú otra cosa, á cuyo saneamiento saliere un comerciante ò se opusiere como tercero, conocerá de ello el juez de aquel y no el consulado (2).

30. Aunque no conoce el consulado de lo que uno contrata ò hace antes de ejercer la profesion del comercio, aun cuando sea en negocios mercantiles, está sujeto sin embargo à su jurisdiccion el comerciante que dejó de serlo en todos los negocios ò contratos de comercio que hizo en tiempo que lo era (3).

31. De los negocios pertenecientes à la jurisdiccion de los consulados, no pueden conocer las audiencias ni otros tribunales por caso de corte (4).

32. El Consejo Real, las chancillerías, audiencias y cualesquiera otros tribunales ante quienes pendieren causas de comercio pertenecientes à la jurisdiccion de los consulados, deberán remitirlas à estos, los cuales han de recibirlas en el estado que tuvieren para determinarlas (5).

33. Si un comerciante estuviere sujeto á dos consulados por tener negociaciones en el territorio de cada uno, deberá ser demandado ante aquel en cuyo distrito se celebró el negocio, á menos que este fuere accesorio de otra negociacion principal, pues donde esta se ventile, alli corresponde tambien el conocimiento de la accesoria (6).

34. El mercader forastero de un pueblo, que tiene en él tienda, puede ser alli demandado en razon de la mercadería ò negocio que en él contratare, aunque no tenga alli domicilio; ya sea suyo lo que contrate, ya de compañía, factoría ú otra dependencia; pues la tienda representa á la persona (7). Pero si

1 Ley 5. § 9. tit. 2. lib. 9. Nov. Rec. Ordenanz. de Bilbao, cap. 1. num. 9.

2 *Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 15. num. 25.

3 Paul. de Castr. in leg. fin, Cod. *de jur. omn. jud.* Stracc. *de merc.* 2. part. 2. num. 16

4 Ley 3. tit. 2. lib. 9. Nov. Rec.

5 Ley 1. cap. 2 del mismo tit. y lib.

6 Ley *Legat. serv.* §. *Si unus*, ff. *de legat. Cur Filp* lib. 2. del *Comerc. terr.* cap. 15. §. 30. Bald cons. 74. *Quandoque agitur*, ley 5. *de reip.*

7 Ley *Hæres absens.* §. *Si quis tutelam*; et §. *Proinde*, in fin ff. *de jur.* Bald. cons. 74. *Quandoque agitur*, ley 5. *de reip.*

dicho mercader forastero no tuviere domicilio ni tienda en el pueblo, y alli hiciere contrato ó prometiere paga, no por eso ha de ser demandado en el mismo pueblo, aunque alli esten los bienes contratados ú otros suyos, á menos que personalmente sea hallado en el mismo lugar (1). Si el tal forastero del pueblo contrajere en él alguna deuda, ó hiciese algun contrato, no puede ser alli detenido ni arraigado en razon de ello, aunque se vaya, si al tiempo de contraer con él sabia el otro contratante que habia de marcharse, y asi lo verificare; entendiéndose que no ha de mudar de viage, ni ser sospechoso de fuga, pues mudándole ó siéndolo, podrá demandársele alli mismo (2).

35. El mercader de un lugar, que tiene en otro factores que administren sus negocios ó mercaderías, puede ser demandado en este último por el contrato que dichos factores ó administradores en él hicieren, si alli fuere hallado el dueño ó principal; porque no se tiene en consideracion el lugar donde se hace el mandato, sino donde se ejecuta (3).

36. Ultimamente puede el mercader ser demandado donde permanece por causa de mercadería, aunque no contraiga domicilio, pues su residencia ordinaria surte alli fuero para este efecto (4).

37. Explicado ya cuanto se ha creido conducente en orden á las causas cuyo conocimiento corresponde á los consulados, trataremos del modo de proceder en los litigios que se siguen ante estos tribunales. En la ley 5. tit. 2. lib. 9. de la Nov. Rec. se hallan insertas las principales disposiciones de las Ordenanzas de Bilbao sobre esta materia; asi por estar redactadas con orden y claridad, como por ser aplicables en lo sustancial á otros consulados, las copiaremos, explicando despues algunas cosas que por hallarse solo indicadas necesitan de mas aclaracion.

38. »Por cuanto en dicho consulado deben determinarse los pleitos y diferencias entre las partes breve y sumariamente, la verdad sabida y la buena fe guardada, por estilo de mercaderes, sin dar lugar á dilaciones, libelos ni escritos de abogados, como por las razones que se previene y manda por dichos privilegios y ley Real, ni guardar la forma y orden del derecho; se ordena que siempre que cualquiera persona pareciere en dicho consulado à intentar cualquiera accion, no se le

1 Dicha ley *Hæres*, §. *Proinde*; y § fin. ff. *de jud.*
2 La misma ley *Hæres*, §. *Proinde*.
3 Ley *Hæres*, §. *Proinde*, ff. *de jud.*
4 Felin. *dilect. filius*, num. 62 *de rescript.*

admitan ni puedan admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que ante todas cosas el prior y cónsules hagan parecer ante sí à las partes, si buenamente pudieren ser habidas; y oyéndolas verbalmente sus acciones y excepciones, procurarán atajar entre ellos el pleito y diferencia que tuvieren con la mayor brevedad; y no pudiendo conseguirlo les admitan sus peticiones por escrito; con tal que no sean dispuestas, ordenadas ni firmadas de abogados, como se ha practicado, y ha sido y es de ordenanza. Y procurando en cuanto à esto evitar malicias, si se presumiere que la demanda, respuesta ú otra peticion y libelo fuere dispuesta por abogado, no la admitirán hasta que bajo de juramento declare la parte no haberla hecho ni dispuesto ningun letrado. Habiéndose de dar lugar al pleito, por no haberse podido componer ni ajustar verbalmente, se proveerá á la demanda ò peticion del actor primero que á otra alguna del reo."

39. »Atendiendo á los fines arriba expresados, de que en los pleitos y diferencias se haga justicia breve y sumariamente, y solo sabida la verdad y guardada la buena fe; para mejor conseguirlo se ordena, que como se ha acostumbrado y acostumbra, y ha sido y es ordenanza, en los procesos que se hicieren en el juzgado de dicho consulado, asi en primera instancia como en grado de apelacion ante el corregidor y colegas, y corregidor y recolegas en los autos que se hubieren de dar, y en las sentencias que se pronunciaren, no se haya de tener ni se tenga consideracion á nulidad de lo actuado, ineptitud de demanda, respuesta ni otra cualquiera formalidad ni orden de derecho; pues en cualquier estado que se sepa la verdad, se ha de poder determinar y sentenciar, y para ello tomar de oficio los testigos que convengan, y los juramentos de las partes que les parezcan á los jueces, de manera que mejor se averigüe la verdad, y puedan pasar á dar su determinacion y sentencia."

40. »Y respecto á que se ha experimentado que en los pleitos que se siguen en dicho consulado, algunas de las partes suelen apelar para ante corregidor y colegas de autos interlocutorios, consiguiendo inhibir al prior y cónsules maliciosamente, solo con el fin de dilatar y molestar á las otras partes, pervirtiendo la verdad y el orden á que en dicho juzgado se debe atender; para evitar los inconvenientes y perjuicios que de esto resultan, se ordena que de aqui adelante ninguno pueda apelar del prior y cónsules, sino de sentencia definitiva ò auto interlocutorio que tenga fuerza de tal, ò que de él resulte daño irreparable; y que la apelacion que en contravencion de esto se interpusiere, no

valga, ni el prior y cónsules se inhiban, ni puedan ser inhibidos del conocimiento de la causa, sino que todavía conozcan de ella hasta sentenciarla definitivamente como se ha acostumbrado y acostumbra, y ha sido y es tambien de ordenanza."

41. »Los autos interlocutorios y sentencias que se dieren, se han de firmar por todos tres, aunque alguno no se conforme, pues el prior y un cónsul, ó los dos cónsules que esten de conformidad, han de hacer determinacion y sentencia, sin que el otro pueda dejar de firmarla bajo pretexto alguno."

42. »Cuando los pleitos esten conclusos y en estado de poderse determinar, ó en el que al prior y cónsules parezca, se llevarán por los escribanos ante quienes pasaren, y harán relacion de ellos en la forma acostumbrada, y con la brevedad posible y que tanto se desea por los comerciantes. Los autos y sentencias que se dieren en el consulado, no siendo apeladas, y pasándose en autoridad de cosa juzgada, se han de ejecutar breve y sumariamente por medio del ministro, alguacil portero y demas ministros que quisieren nombrar el prior y cónsules; despachando para ello los mandamientos necesarios y los exhortos á los demas jueces y justicias que convenga, para que les den el favor y ayuda que fuere menester, como se previene y manda por dichos privilegios y ley Real, y ha sido y es asimismo de ordenanza, uso y costumbre. Si de las tales sentencias ó autos definitivos se apelare por alguna de las partes, haya de ser para ante corregidor y colegas, y no para otro tribunal (*); y se ha de otorgar la apelacion por prior y cónsules, segun orden de derecho.

43. »Estando pendiente la causa en el tribunal del corregidor para conocer de ella y determinarla, no admitirá mas recusacion para cólegas que de hasta ocho personas de cada parte; y de las que no fueren recusadas nombrará dos que sean mercaderes de buena conciencia y experiencia, los cuales hará que acepten y juren cumplir con lo que deben; y con ellos procederá breve y sumariamente, por estilo de entre mercaderes, sin abrir nuevos términos para dilatorias ni probanzas, ni admitir libelos ni escritos de abogados, ni otro alguno que el de expresion de agravios del apelante; y en el que se respondiere por la otra ú otras partes (salvo solamente la verdad sabida y la buena fe guardada, como es uso entre mercaderes) determinarán la causa."

* En otros consulados hay un juez de apelaciones distinto del corregidor.

44. »Si confirmaren la sentencia de prior y cónsules, no se admitirá mas apelacion, agravio ni recurso, y se mandará ejecutar realmente y con efecto; para lo cual se devolverá á prior y cónsules."

45. »Si la revocaren en todo ó parte, y alguno de los litigantes apelare ó suplicare, volverá el corregidor á nombrar otros dos mercaderes para recolegas, en quienes concurran las mismas calidades que en los primeros; y precedida la propia solemnidad de recusacion, y demas prevenido para el nombramiento de colegas, lo volverá con ellos á ver, y determinar la causa.

46. »De la sentencia que asi diere con los segundos mercaderes recolegas (sea confirmando ó revocando ó enmendando en todo ó en parte) no se admitirá mas apelacion, suplicacion, agravio ni recurso, y se volverá al prior y cónsules para su cumplimiento y ejecucion, en que igualmente procederán breve y sumariamente, como tambien se previene y manda en los dichos privilegios y ley Real, ha sido y es de ordenanza, y está mandado observar en diversas ocasiones por cédulas Reales y cartas ejecutorias, que se hallan en el archivo del consulado."

47. »En las determinaciones de corregidor, asi con colegas como con recolegas, harán sentencia dos, ya sea el corregidor y uno de los mercaderes colegas, ó los dos colegas en aquella instancia, y en la de recolegas el corregidor y uno de ellos, ó los dos juntos sin el corregidor; y en una ú otra de dichas formas han de firmar todos tres, sin óbice alguno, la sentencia ó auto definitivo que se diere en cada instancia, como ha sido y es tambien costumbre en observancia de dichos privilegios y ley Real (1).

48. Hasta aqui la Ordenanza de Bilbao, sobre la cual haremos las observaciones siguientes. Cuando en el primer artículo de los que van insertos se dice que han de determinarse los pleitos mercantiles breve y sumariamente, se entiende que ha de procederse en ellos sin guardar las formalidades que por derecho positivo se requieren en un juicio ordinario sobre cualquier otro asunto que no sea mercantil. No obstante esto hay algunas solemnidades de derecho que no pueden omitirse aun en esta clase de litigios. Tal es por ejemplo la de que el demandante legitime su persona para parecer ante el consulado, pues en toda causa sumaria se necesita esta legitimacion, como

1 Marant. in *Spec.* 4. part. dist. 9. num. 33. Rug'n. in *Pract. quæst.* cap. 1. num. 87.

en las ordinarias; debiendo notarse que en el tribunal del consulado cualquiera puede ser procurador, aun la muger: y por ser esto especial en el consulado, no se entienden respecto á él las leyes que prohiben que en donde hubiere procuradores de número no lo pueda ser otro; á menos que este lo tenga por oficio, pues entonces no puede serlo, porque defrauda á los procuradores de número (1).

49. Tampoco puede omitirse la citacion del reo para la causa, por ser esencialísima en todo juicio ordinario ó sumario, en razon de que la defensa es de derecho natural. Por este mismo principio no pueden omitirse las pruebas con que ha de defenderse cada litigante; bien que no será necesario recibir la causa á prueba con término breve, á no ser que los testigos esten en un instrumento público; pero fuera de estos casos se ha de recibir á prueba con término breve, á no ser que los testigos esten en un lugar distante, que entonces se ha de dar el término competente (2).

50. Aunque no se admiten en el consulado las excepciones relativas al orden de proceder ó sustanciacion de la causa; pero sí deben admitirse las que tocan á la decision y determinacion de ella, verdad del negocio y defensa de la parte. Por consiguiente es admisible en el consulado la excepcion de *litis pendencia, cosa juzgada, litis finita y transaccion*, por ser de equidad que no sea uno molestado ante diversos jueces, ni dos veces por una causa (3). Asimismo debe admitirse la excepcion de no poder uno ser oido, cuando va contra la transaccion que hizo, hasta que restituya lo que por ella recibió, lo cual se ha introducido en los tribunales para evitar pleitos (4). Ultimamente son admisibles las excepciones de prescripcion, y de *innumerata pecunia* ó no entrega de la cosa de que procede la deuda, por estar fundadas en equidad (5).

51. Por lo que hace á las probanzas, debe advertirse que en esta clase de litigios, como en cualesquiera otros, no basta el dicho de un solo testigo para probar lo que se intenta, sino que se necesitan dos por lo menos, en quienes concurran las calidades que requiere el derecho; ni se les ha de dar crédito, á menos

1 *Cur. Filip.* lib. 2. *Com. terr.* cap. 15. num. 38.

2 Socin. cons. 12. col. 2. volum. 1. Clem. Past *de re judic.* Bart. in leg. prolat. in fin. Cod. *de sent. omn. jud.* Ley 18. tit. 27. lib. 5. Nov. Rec.

3 Marant. in *Spec.* 6. part. 9 *de except.* num. 42 y sig. Stract. *de mercat.* in sit. *Quum proceditur de except* num. 15.

4 Rugin. *in Pract. quæst.* cap. 1. num. 71, 78 y sig. Bolan. cons. 7. num. 50. vol. 3.

5 Stracc. en el lugar cit. num. 9. Marant. ibi supra num. 35.

que den razon de sus dichos. En el consulado hace plena fe y obliga la confesion extrajudicial hecha en favor del ausente, al contrario de lo que sucede en otros tribunales, y la razon es por fundarse esto en equidad, á la cual principalmente se atiende en esta clase de litigios (1). Por el mismo principio se da crédito en el consulado á las escrituras privadas; bien que estas nunca tienen la fuerza ejecutiva que las públicas, aunque sea de consentimiento de las partes; á no ser que dicha escritura privada fuere aprobada en instrumento público; el cual se refiera á ella, para ser creida, pues entonces tiene fuerza de escritura pública (2). Ultimamente como en el consulado solo se atiende á la verdad sabida y buena fe guardada, vale el dicho de los testigos sin citacion de la parte contraria (3).

52. En las causas que se ventilan ante los consulados por ser sumarias no es necesario hacer publicacion de testigos, à menos que se pida por alguna de las partes, pues entonces ha de hacerse como requisito necesario para la defensa á que cada uno tiene derecho, con la advertencia de que si pidiéndolo no se hiciere, puede apelarse, mas no causa esta omision nulidad en los autos (4). Tampoco se admiten en estos litigios tachas de testigos, à menos que sean importantes y convengan para la defensa, pues entonces se han de admitir, y asi se practica (5), ni es necesario hacer conclusion de la causa (6).

53. Aunque en el consulado no se ha de dar término para alegar é informar en derecho; sin embargo han de citarse las partes para la sentencia; à menos que estas hayan sido citadas al principio para la causa, que entonces basta esta citacion (7).

54. Despues de la conclusion de la causa pueden los jueces del consulado interrogar ó examinar asi à las partes como á los testigos, de oficio ó à peticion de parte (8). Tambien por equidad se pueden presentar testigos despues de la conclusion de la causa (9). Consistiendo esta en derecho incierto, el prior y cónsules han de sentenciar con acuerdo previo del asesor que sea

1 Marant. in *Spec.* 4. part. dist. 9. num. 94. Acev. en la ley unic. num. 13. tit. 13. lib. 3. Rec.

2 Ley *Si ita stirps, ff. de cond. et demonst.* Alv. Baez. *de jur. emph* 9. 10 num. 14. Rug in *Pract. quæst* cap. 7. num 10.

3 *Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc terr* cap. 15. num. 42.

4 Marant. in *Spec.* 4 part. dist. 9, 23. y 8 part. 6. act. *de testam prod.* num 28. Rug. in *Pract. quæst.* cap. 1. num. 12.

5 Marant. ubi supr. num. 23 y 24. Rug. ibi.

6 Gloss. in Clem. *Sæpe*; *de verb. sign*, Cuman. cons. 7. num. 7. Rug ibi, num. 12.

7 Gloss in Clem. *Sæpe de verb. sign.* Cuman. cons. 7. num. 7.

8 Gloss in Clem. *Sæpe*; in verb. *Interrogabat*; *de verb sign.*

9 Abad en el cap. 1. *de judic.*

letrado conocido (1); pero no estan obligados á seguir precisamente el consejo de este (2). Pueden dar sentencia, aunque no sea conforme á la demanda; y no pudiendo averiguar la verdad de lo que se litiga, tienen facultad para apremiar á las partes á que se convengan (3).

55. De la sentencia del prior y cónsules ha de apelarse é interponer la apelacion ante ellos, ó á viva voz ante el escribano, luego que se les notifica, para ante el juez de apelaciones que á ello estoviere diputado, sin que se pueda apelar para ante otro alguno (4). Ha de hacerse la apelacion dentro de cinco dias desde que se notifique la sentencia ó llegue á noticia de la parte agraviada, contándose en ellos el dia en que se hace la notificacion ó tiene la noticia; y no haciéndose asi, queda la sentencia pasada en cosa juzgada (5). El apelante ha de presentarse en grado de apelacion ante el superior que reside en el mismo pueblo dentro de tres dias de como hubiese apelado; y no haciéndolo asi, queda la apelacion desierta y la sentencia firme (6); bien que esta desercion no está en práctica (7). La causa que se sigue en grado de apelacion ha de pasar ante el escribano que actuó en la primera instancia (8).

56. De las sentencias del consulado en primera y segunda instancia no há lugar en nulidad en cuanto á lo que es permitido practicar segun el orden de proceder propio de estos tribunales; pero si contravinieren á este mismo orden, ó hubiere defecto de solemnidad sustancial en sus procedimientos, podrá introducirse el recurso de nulidad (9). En cuanto á revocarse ó no por via de atentado lo hecho en el tiempo en que se podia apelar y despues de apelado, se ha de atender á la verdad que resultare de la causa (10).

1 Leyes 1, 2 y 3. tit. 2. lib. 9 Nov. Rec.
2 *Cur. Filip.* lib. 2. *Com. terr.* cap. 15. num. 46.
3 Marant. in *Spec.* cap. 2. dist. 3. num. 33. Rug. in *Pract. quæst* cap. 1. num. 118.
4 Ley 1 y 2. tit. 25 Part. 3. Leyes 1, 2 y 3. tit 2. lib. 9. Nov. Rec.
5 Ley 6. tit 20. lib. 11. Nov. Rec.
6 Ley 3. tit. 20 lib. 11. Nov. Rec.
7 *Cur. Filip. Comerc. terr.* lib. 2. cap. 15. num. 47.
8 Ley 8. tit 20 lib. 11. Nov. Rec.
9 Rug. in *Pract. quæst.* cap. 1. num. 170.
10 Canc. *de atten. lit. pendent.* in præfat. num. 45 Grat. decis. 68. num. 19. Rug. ibi supr. num. 162.

APENDICE.

Real despacho librado por los señores del Real y Supremo Consejo de Castilla en 11 de diciembre de 1745, para que no puedan ser extraidos de las casas y tiendas de los comerciantes y mercaderes, vecinos y residentes en Bilbao y demas parages del señorio de Vizcaya, los libros y papeles de su comercio, visitarlos, pesquisarlos, ni proceder á su exhibicion por inquisicion general de ellos, aun en los casos en que interese la Real Hacienda, ò se intente descubrir fraudes ó probar otros delitos de los mismos individuos.

Don Felipe, por la gracia de Dios, Rey de Castilla &c.=Por recurso del prior y cónsules de la contratacion de Bilbao se me hizo presente que para la justificacion de un fraude contra mis rentas generales se habian allanado las casas de dos comerciantes naturales de la misma villa, atropellando sus personas, y sustrayendo sus papeles y libros de negocios con quebranto de los privilegios del comercio é inobservancia de diferentes Reales resoluciones; y habiendo considerado conveniente encargar á la junta general de comercio, que haciendo inspeccion puntual de este caso me informase de sus circunstancias, con inspeccion de su dictámen; he venido en resolver á consulta de este tribunal que no puedan ser extraidos de las casas y tiendas de los comerciantes y mercaderes, vecinos y residentes en Bilbao y demas parages del señorío de Vizcaya, los libros y papeles de su comercio, visitarlos, pesquisarlos ni proceder á su exhibicion por inquisicion general de ellos, aun en los casos en que se interese mi Real Hacienda, ó mire à descubrir fraudes, ó á probar otros delitos de los mismos individuos: sin que por esto se deje de proceder contra los tales comerciantes y mercaderes para la averiguacion de los particulares fraudes que ocurran, haciéndoles exhibir no todos sus papeles y libros, sino es solamente las partidas de ellos, ó las cartas y asientos que trataren de los negocios sobre que fuere el fraude, para cuyo descubrimiento se ha de poder tambien hacer escrutinio en sus casas y tiendas; pero con la precisa calidad de que para el uso de estos últimos procedimientos ha de preceder justificacion judicial en sumaria de los cargos que se les imputen, haciéndoles constar, aunque sea por indicios y con condicion de no practi-

carse á deshoras de la noche con estrépito. Tendráse entendido en el Consejo para disponer su puntual cumplimiento. En el Buen Retiro á 10 de diciembre de 1745.

Real orden expedida en 12 de febrero de 1753 declarando pertenecer al consulado de Bilbao el conocimiento de los naufragios que acontezcan en toda la costa del señorío de Vizcaya.

El consulado de la villa de Bilbao ha representado que habiendo naufragado en la barra de su ria la embarcacion inglesa nombrada Juan y María, su capitan Jaime Collins, y dispuesto pasase uno de los cónsules á dar las providencias regulares en iguales casos, el alcalde de la villa de Portugalete, no reconociendo la facultad del cónsul, se negó á entregarle los autos empezados, no obstante sus requerimientos y protestas fundadas en la orden de 17 de abril del año pròximo pasado, que explica la práctica de la Ordenanza de marina en ese señorío. Enterado su Magestad, manda: que sin embargo de cualquiera práctica anterior se esté en lo venidero á lo literal de la citada declaracion de 17 de abril, y que en su consecuencia prevenga V. S. al alcalde de Portugalete, que siempre que acontezca naufragio en su jurisdiccion dé por sí las primeras providencias de socorrer la embarcacion y su equipage, asegurar los efectos que el mar arrojare á la playa, ó se extrajeren de su bordo, de cualquiera modo que sea, evitando extravíos, ocultaciones y robos de lo que se salvare; pero que presentándose sugeto comisionado à este fin del consulado, se abstenga el alcalde de otra diligencia que sea la de auxiliarle en todo lo que de él dependa y conduzca á facilitar el cumplimiento de su comision, respecto de pertenecer esta inspeccion al consulado con intervencion del ministro de marina en los casos explicados en la orden; entendiéndose su conocimiento extensivo á todo cuanto tenga conexion con intereses, bien sea precautoriamente para la seguridad de estos, ó ejecutivamente para recoger los que se hubieren extraviado, y proceder contra los que ocultaren ó robaren efectos procedentes del naufragio; que si en el hecho de este resultare criminalidad de otra especie que no tenga conexion con intereses, entienda en ella el alcalde segun derecho y con total abstraccion del consulado. Consecuente á esta Real deliberacion mandará V. S. al alcalde de Portugalete que remita al consulado todo lo actuado en el naufragio de la embarcacion inglesa Juan y María, á fin de

que por él se prosiga y fenezca la causa. Esto mismo ha de practicarse en toda la costa de ese señorio en los naufragios que en cualquiera de ella acontezcan; y para su inteligencia pasará V. S. copia de esta orden à su diputacion y al consulado de esa villa. Dios &c. Madrid 12 de febrero de 1753.

Real provision de su Magestad y señores del Consejo de 14 de junio de 1806, por la cual se declaran los requisitos que han de tener los instrumentos públicos para la prelacion de que trata el capítulo 17, número 53 de las Ordenanzas del consulado de Bilbao.

Don Carlos &c. = Por cuanto en 31 de diciembre del año último, el prior y cónsules de la universidad y casa de contratacion la villa de Bilbao, representaron al nuestro Consejo solicitando se aprobase el medio que les habian propuesto varios comerciantes de la misma, por via de reforma ó adicion al número 53 del capítulo 17 de sus Ordenanzas, confirmadas por el nuestro Consejo en el año de 1737, el cual concede el derecho de prelacion à los instrumentos públicos, respecto de los créditos personales en los casos de quiebra ó atraso, para evitar el abuso que se habia hecho de esta disposicion, y los daños que los mismos comerciantes manifestaban en el papel, cuyo tenor y el de la insinuada representacion del consulado es el siguiente: Señores prior y cónsules del ilustre consulado de esta villa: los que abajo firman, comerciantes y hombres de negocios de esta villa, con la debida atencion hacen á V. SS. presente: que cuando la Ordenanza, en el número 53 del capítulo 17, distinguió á los instrumentos públicos, estimándolos por privilegiados respecto de los créditos personales, estuvo sin duda muy lejos de prever el abuso que pudiera hacerse de su contexto; entonces serian raras las ditas que se presentasen con esta investidura, pero hoy por nuestra desgracia apenas se observa quiebra ó otraso donde la masa no experimente diversas reclamaciones de igual naturaleza, siendo generalmente sus resultas las de convenirse en el pago prelativo, á pesar de que muchas veces no faltan motivos fundados para disputar su legitimidad. Si alguna vez llega el caso de ponerse la cuestion ante la justicia, suele ofuscarse por el manejo de esta clase de sugetos, que acostumbrados al dolo y á la intriga, no perdonan medios para conseguir sus ideas y no padecer un bochorno en el público. Todo esto cede en gravísimo perjuicio de los acreedores perso-

nales, à quienes se tiene mucho cuidado en ocultar semejantes obligaciones de privilegio, con la mira de que continúen sus confianzas, resultando el que son sacrificados con su propio dinero, que luego viene à parar à manos de los escriturarios. Algunos de estos parece se han valido tambien de otro arbitrio no menos reprobado, cuya malicia consiste en que viendo al deudor en disposicion de no poder corresponder à sus particulares empeños, tratan de animarle à que prosiga en el tráfico hasta tanto que mejore de circunstancias, siendo lo peor y lo mas lastimoso que logran el otorgamiento de las escrituras, habiéndoles manifestado ya el deudor su insolvencia, à quien procuran acreditar, fiando géneros para despues hacerse cobrados con lo que otros les franquean con la mayor sencillez y buena fe. Tal es el estado deplorable en que se presenta este asunto tan ordinario é inevitable en el comercio; de modo que la necesidad clama por una ley que ponga freno à la multitud de males que se experimentan, sin privar à los instrumentos públicos de aquella virtud y recomendacion que dispensa la Ordenanza. Si fuera lícito á los suplicantes dictar sobre la materia, dirian con sujecion à la autoridad legítima, que aqui es indispensable por lo menos discurrir un medio equivalente al que se halla adoptado con las escrituras hipotecarias; disponiendo que todos los instrumentos públicos se presenten al tribunal para que se anoten y se tome razon de ellos en un libro que al efecto se halle destinado, con expresa prevencion, de que careciendo de este requisito serán declarados por *merè* personales. De esta suerte teniendo facultad cada comerciante de informarse del resultado del libro en la parte que le convenga vendria à disminuirse mucho, cuando no se extinguiera enteramente, el número de estos créditos odiosos, pues cada cual por mantener su honor se excusaria de otorgarlos. V. SS. meditarán el pensamiento con el pulso y circunspeccion que les es tan propia, tomando la molestia de elevar à la Superioridad cuanto alcancen sobre la importancia de este objeto. Asi lo expresan &c. Bilbao y noviembre 8 de 1805.

M. P. S.=El consulado de esta villa de Bilbao con la mayor sumision dice: que las Ordenanzas con que se rige, confirmadas por V. A. en el año de 1737, conceden derecho de prelacion à los instrumentos públicos siempre que no tengan vicio ni sospecha de fraude ó dolo. Este establecimiento, que en sus principios no dejaria de merecer el mas alto aprecio, ha llegado en el dia à un punto que necesariamente exije alguna refor-

ma ó adicion, segun se manifiesta en el adjunto memorial de varios comerciantes y hombres de negocios.

Como la malicia humana no cesa de discurrir todo género de recursos para eludir hasta las leyes mas sagradas, ha demostrado la experiencia que comunmente estos instrumentos no llevan otro objeto que asegurar al acreedor sus intereses, con perjuicio y ruina de los demas que debian ocupar el mismo lugar y grado.

Con el fin de ocurrir en alguna manera à estos graves daños, proponen los comerciantes un medio que ciertamente parece sencillo, y tiene mucha analogía con las reglas que gobiernan en materias de hipotecas.

El consulado que siempre debe velar sobre la prosperidad del comercio se considera obligado à no omitir paso alguno que conduzca à establecer la sinceridad y buena fe en las operaciones mercantiles de sus individuos.

Por lo que suplico à V. A. rendidamente se sirva dispensar su aprobacion al método que se indica en el memorial, expidiendo para ello las órdenes que sean oportunas, ó en defecto acordar lo que en las circunstancias representadas juzgue util el superior discernimiento é inalterable justificacion de V. A., à quien conserve el cielo por dilatados años para el bien general de la nacion. Bilbao 31 de diciembre de 1805.

Y visto por los del nuestro Consejo con lo que expresaren nuestros tres fiscales, en consulta de 8 de mayo próximo nos hizo presente lo que entendia en el asunto; y por nuestra Real resolucion à ella, que ha sido publicada en 3 del corriente mes, hemos tenido à bien conformarnos con su dictamen, en cuya consecuencia se expida esta nueva carta. Por la cual declaramos y mandamos, que todos los negocios mercantiles y de comercio que se otorguen y reduzcan à escritura pública en la villa de Bilbao, se presenten al consulado de la misma en el preciso término de cinco dias, à fin de que se anoten en el libro destinado para este objeto: que con previo decreto judicial se exhiba à cualquiera comerciante que con justa causa solicite la instruccion de su resultado, con tal que ni por la toma de razon ni por la exhibicion expresadas se cobren derechos algunos, y con que semejantes instrumentos públicos que se celebren fuera de la referida villa de Bilbao por comerciantes sujetos al mismo consulado, se presenten en el propio término de cinco dias à las justicias ordinarias de los respectivos pueblos de sus otorgamientos, para que por ellas se reciban y pasen al

consulado á costa de los interesados las correspondientes copias ó tomas de razon para su incorporacion en los libros, con expresa declaracion de que el instrumento público que carezca de dicho reconocimiento en el expresado término, perderá el privilegio de la prelacion, quedando *merè* personal. Y mandamos al nuestro gobernador de la villa referida de Bilbao, á la diputacion del señorío y á los demas jueces y justicias á quienes pueda corresponder la ejecucion y cumplimiento de dicha nuestra Real resolucion, la observen y cumplan, y hagan guardar y cumplir, como en ella se contiene, sin contravenirla ni permitir que se contravenga en manera alguna, concurriendo por su parte á que se ejecute y observe en los casos que ocurran, que asi es nuestra voluntad. Dada en Madrid á 14 de junio de 1806.

Real orden expedida en 18 *de junio de* 1816 *para que los consulados de Bilbao y San Sebastian sigan en la posesion de disponer el salvamento de los naufragios y cargamento con independencia de otro juzgado.*

Habiendo dado cuenta al Rey nuestro Señor de los autos de competencia suscitada ante V. SS. y el comandante de marina de ese puerto acerca del conocimiento del naufragio del quechemarin nombrado San Francisco Javier, y teniendo presente lo que se previene en el artículo 21, título 11 de la Ordenanza militar de matrículas publicada en 1802: conformándose S. M. con el parecer de los ministros togados nombrados para redimirla, ha resuelto que en lo perteneciente á varadas y naufragios sigan ese consulado y el de San Sebastian en la posesion de disponer el salvamento de los naufragios y cargamento, con independencia de otro juzgado, y que á este fin se remitan á V. S. los autos obrados por una y otra jurisdiccion, como lo ejecuto. Y de Real orden lo comunico á V. S. para su cumplimiento y demas efectos correspondientes. Dios &c. Madrid 18 de junio de 1816.

Real orden circulada con fecha de 1.° *de octubre de* 1816 *para que por ninguna autoridad ni juzgado se admitan instancias, demandas ni recursos relativos á asuntos mercantiles propios de la jurisdiccion consular.*

Habiendo dado cuenta al Rey nuestro Señor de la instancia del consulado marítimo y terrestre de Sevilla, manifestando que con grave perjuicio de la jurisdiccion consular, y con notable

atraso y daño de los negocios mercantiles, se admiten en los juzgados ordinarios recursos, pretensiones y demandas sobre asuntos que por el artículo 27 de la cédula de ereccion de dicho cuerpo (ley 14. tit. 2. lib. 9 de la Nov. Rec.) son propios de la jurisdiccion consular, á la cual pertenece conocer y terminar privativamente con inhibicion de otra autoridad todas las diferencias y pleitos que ocurran entre hacendados, comerciantes, mercaderes y dueños de fábricas y embarcaciones, sus factores, encomenderos y dependientes, esten ó no matriculados estos, sobre ventas, compras y tratos puramente mercantiles, portes, fletes, averías, quiebras, compañías, seguros, letras y demas puntos relativos al comercio de mar y tierra, oyendo á las partes interesadas á estilo llano, la verdad sabida y buena fe guardada, sin admitir pedimentos ni alegaciones de abogados; y enterado igualmente su Magestad de que otros consulados se quejan de que los juzgados ordinarios se entrometen á conocer de asuntos mercantiles entre personas matriculadas, quitando á la jurisdiccion consular sus privativas y peculiares atribuciones; se ha servido mandar que se cumpla y guarde el susodicho artículo 27 de la citada ley 14. tit. 2. lib. 9 de la Nov. Rec., y que por ninguna autoridad ni juzgado se admitan instancias, demandas ni recursos relativos á los asuntos que allí se designan, por ser la soberana voluntad de su Magestad que en manera alguna se contravenga á lo mandado para la facil expedicion y mejor curso de los negocios mercantiles, y no se entorpezcan con los recursos maliciosos que instauran los litigantes de mala fe, con el fin de suscitar y promover competencias que embarazan y alejan la recta administracion de justicia. Comunícolo á V. SS. de Real orden para su puntual cumplimiento. Dios &c. Madrid 1.° de octubre de 1816.

Real orden despachada en 10 *de mayo de* 1817, *mandando que la circular expedida en* 1.° *de octubre de* 1816, *relativa á la jurisdiccion consular para el conocimiento de asuntos mercantiles que ocurran entre cualesquiera clase de personas, sea extensiva á los individuos que gozan el fuero militar de guerra ó marina y sus respectivos juzgados.*

Con esta fecha me dice el señor secretario de Estado y del Despacho de Marina que con la misma comunica al secretario del Consejo y Cámara del Almirantazgo la orden siguiente. = En circular expedida por el ministerio de Hacienda con fecha de

1.° de octubre último se ha prevenido el mas exacto y rigoroso cumplimiento del artículo 27 de la cédula de ereccion del consulado marítimo y terrestre de Sevilla, y en consecuencia es propio de la jurisdiccion consular conocer y terminar privativamente todas las diferencias y pleitos que ocurran entre cualesquiera clase de personas sobre ventas, compras y tratos puramente mercantiles, portes, fletes, averías, quiebras, compañías, seguros, letras y demas puntos relativos al comercio de mar y tierra, segun se expresa en dicha circular, oyendo à las partes interesadas, à estilo llano, la verdad sabida y buena fe guardada. Pero como ni en la mencionada circular, ni en el artículo de la Real cédula à que hace referencia, se trate de negar à los individuos que disfrutan el fuero militar de marina ó guerra la admision de instancias, demandas ni recursos relativos à los asuntos que se designan: y su Magestad se halla por otra parte muy penetrado de que para la completa expedicion y mejor curso de los negocios mercantiles, que no deben jamas ser entorpecidos con maliciosos recursos y competencias que dificulten y embaracen la debida administracion de justicia, es conveniente y necesario suprimir el expresado fuero militar para tales casos; se ha dignado resolver que la sobredicha circular sea extensiva à los individuos que gozan el fuero militar de guerra ó marina y sus respectivos juzgados. Y lo traslado à V. SS. de Real orden para su cumplimiento. Dios &c. Madrid 10 de mayo de 1817.

Real orden expedida en 13 *de agosto de* 1817, *por la cual se declara corresponder al tribunal del consulado de la villa de Bilbao el conocimiento de la demanda instaurada en el juzgado de Marina por el capitan de la fragata Bilbaina contra Don Manuel Mariano de Elorriaga, del comercio de la misma villa, en razon de la paga de sueldos devengados por aquel, como tal capitan; cuya competencia motivó el recurso hecho por Elorriaga al tribunal consular, sobre que en él y con arreglo á sus Ordenanzas, y no en el juzgado de Marina, debia terminarse la cuestion que tenia con dicho capitan.*

El Rey nuestro Señor en vista de la competencia suscitada entre el juzgado de Marina de Bilbao y el consulado de aquella villa, sobre el conocimiento de la demanda instaurada por Don Antonio Casal, capitan de la fragata nombrada la Bilbaina, contra Don Manuel Mariano de Elorriaga, del comercio de la misma, sobre pago de sueldos, y de lo informado en su razon por

Don Sancho Llanzas, ministro togado del Consejo de Hacienda, nombrado de conformidad para dirimirla; se ha servido resolver que el conocimiento de la causa que ha motivado esta competencia, corresponde al tribunal de ese consulado. Y de Real orden lo comunico à V. SS. para su cumplimiento y demas efectos correspondientes; acompañándoles las dos adjuntas piezas de autos obrados en dicha comandancia de Marina y consulado. Dios &c. Madrid 13 de agosto de 1817.

Real orden de 4 de setiembre de 1818 en que se manda que, con arreglo á la circular de 1.° de octubre de 1816 y Real orden de 10 de mayo de 1817, quede suprimido el fuero militar de guerra y marina en todos los negocios mercantiles; de los cuales deben conocer única y privativamente los consulados, sin atender á fuero ni calidad de personas nacionales ni extrangeras.

Al señor secretario de Estado y del Despacho de la Guerra digo con esta fecha lo que sigue.=Excelentísimo Señor: He dado cuenta al Rey nuestro Señor de la Real orden que V. E. se sirvió trasladarme en su oficio de 4 de junio último, por la cual, conformándose su Magestad con el dictamen de los ministros nombrados para dirimir la competencia suscitada entre el juzgado de extrangería y el consulado de la plaza de Cadiz, acerca del conocimiento de los autos formados para la venta en pública subasta de la fragata anglo americana Lapuing, que solicitó su consignatario Don Carlos H. Hall y compañía; habia tenido á bien resolver que continuase el consulado en el conocimiento de la venta y autos, declarando al mismo tiempo, para la mejor administracion de justicia, que en lo sucesivo se conociese en iguales casos, á prevencion, entre dichos jueces como militares ambos para estos negocios, y dependientes del supremo Consejo de la Guerra. Pero enterado su Magestad de lo prevenido en las leyes recopiladas, del orden admirable con que marcan los objetos y prescriben los límites á las autoridades, cometiendo el conocimiento de buques averiados á la Real Marina, la defensa y proteccion de extrangeros al juzgado de extrangería, y todo lo relativo á comercio á los consulados en toda la extension de la cláusula clara, terminante y expresiva de *asuntos mercantiles*, que no admite la menor duda de los objetos que comprende; atendiendo tambien su Magestad á la diferencia de la jurisdiccion consular de todas las demas en la naturaleza de su

ereccion, en los modos de proceder y artículos de apelacion; y considerando que en las otras naciones todos los negocios de comercio se deciden en los juzgados mercantiles, cuya reciprocidad de derechos y tribunales debe observarse sin atender á la calidad de aforados sino á la de negocio mercantil, cuyo conocimiento, á prevencion, lejos de evitar las competencias, complicaria los casos de ellas, disminuiria la autoridad consular en perjuicio de la prosperidad del comercio, de la buena fe, de la sencillez de sus juicios llanos y exentos de dilaciones forenses; y finalmente atendiendo su Magestad á lo prevenido en la circular de 1.° de octubre de 1816, que manda la puntual observancia del artículo 27 de la ley 14. tit. 2. lib. 9 de la Nov. Rec., encargando que por ninguna autoridad ni juzgado se admitan instancias que entorpezcan el curso facil de los negocios mercantiles, como asimismo á la Real orden de 10 de mayo de 1817 declaratoria de la anterior; por la que suprimiendo el fuero militar para estos casos, se sirvió su Magestad hacerla extensiva á los que gozan el fuero militar de guerra y marina y sus respectivos juzgados; se ha dignado resolver quede derogada y sin efecto en esta parte la referida Real orden de 4 de junio, sin que esto impida que el consulado de Cadiz continúe en el conocimiento de la venta y autos formados para la subasta de la fragata anglo-americana Lapuing, como deberán hacerlo los demas consulados de España en iguales casos, arreglándose á sus ordenanzas y leyes recopiladas, y á las circulares de 1.° de octubre y 10 de mayo de 1817, con la declaracion en esta última contenida de quedar suprimido el fuero militar de guerra y marina en todos los negocios mercantiles, de los cuales es la voluntad de su Magestad conozcan única y privativamente los consulados, sin atender á fuero ni calidad de personas nacionales ni extrangeras. Y lo traslado á V. SS. de Real orden para su inteligencia y cumplimiento. Dios &c. Madrid 4 de setiembre de 1818.

Real orden de 5 de abril de 1756 declarando los negocios y causas tocantes á la jurisdiccion de marina y consulado de Barcelona.

»En vista de la solicitud hecha por el consulado de la lonja del mar de Barcelona sobre conocimiento en las diferencias de tratos de mercaderías, trueques, compras, cambios, seguros, cuentas de compañías, fletamentos de embarcaciones, factorias

y encomiendas en cuanto miran al comercio marítimo y terrestre de mercaderes y marineros, aunque sean matriculados, y el de naufragios y averías en lo respectivo al interes de particulares, y sin distincion de navíos, en costas ó alta mar; he resuelto se dirima la competencia entre el mismo consulado y la jurisdiccion de marina, quedando á esta el conocimiento en las causas de todos los contratos que procedan de fletamentos hechos por marineros matriculados en cualesquiera embarcaciones, ó por otros individuos que tengan respeto al particular servicio de la Real armada, como tambien en los bajeles en que, aunque no sean de ella, tenga interes mi Real Hacienda, y en la especulacion de los naufragios de cualesquiera embarcaciones, en cuanto miran á la regalía que á los derechos fiscales corresponde: y dejándose al consulado que conozca, como hasta aqui, en todas las causas y negocios de que ha conocido siempre en consecuencia de sus Reales privilegios."

Otras dos Reales órdenes de 5 de julio y 10 de agosto de 1756 relativas al conocimiento de negocios entre las jurisdicciones de marina y consulado del mar de Barcelona.

»Pertenece á la jurisdiccion de marina, en competencia de la del consulado de la lonja del mar de Barcelona, el conocimiento en todo género de causas criminales y civiles, no comprendidas en la jurisdiccion que se declara corresponder al mismo consulado en fuerza de sus privilegios; el de los pleitos que ocurran, procedidos de contratos de fletamentos que hicieren los matriculados, asi de embarcaciones propias y agenas, como de naturales y extrangeras; el de las diferencias litigiosas que ocasionen los contratos de las embarcaciones que se fletaren por asentistas, ó de cuenta del Rey, ó de particulares que tengan relacion con el Real servicio ó de su Real armada; el de las que ocurran sobre contratos de cualquiera naturaleza que sean, en embarcaciones en que tenga algun interes la Real Hacienda, sin embargo de que esta quede reintegrada desde luego: ha de conocer igualmente de todos los naufragios que sucedan en las costas ó en alta mar, de toda clase de embarcaciones naturales ó extrangeras. Se han de fenecer en los juzgados de marina todas las causas que en ellos penden, de cualquiera especie que sean, aunque su inspeccion sea privativa del consulado; y para las que de estas haya en lo sucesivo en los territorios diferentes de la ciudad, ha de subdelegar el consulado su jurisdiccion en

los ministros de marina, para que los matriculados no experimenten la molestia y dispendios de ir á litigar sus pleitos á la misma ciudad, en los casos particulares en que haya necesidad de semejante delegacion, como son todos aquellos en que sean reconvenidos los matriculados por negocios cuyo conocimiento sea privativo del consulado. Quedando sujetos á la jurisdiccion de los cónsules todos los negocios de los matriculados procedentes de contratos de comercio marítimo y terrestre, de mercaderías, trueques, compras, cambios, factorías, encomiendas y averías que solo tengan relacion á su particular interes, y no conexion alguna con las causas que van reservadas privativamente á la jurisdiccion de marina."

Real decreto de 28 *de julio, y cédula del Consejo de* 12 *de agosto de* 1773, *relativos á la ejecucion de las sentencias de los jueces de alzadas en los consulados de comercio.*

»Habiéndose suscitado duda sobre el tribunal á que corresponden los recursos extraordinarios y circunstancias que han de tener los de esta clase, que conforme à derecho puedan introducir las partes agraviadas de las ejecutorias que causen las sentencias de los jueces de alzadas ó apelaciones en los pleitos seguidos en los consulados de comercio, he venido en declarar, que en la ejecucion de estas sentencias se ha de guardar lo dispuesto por las leyes 1 y 2 de este título (2. lib. 9. Nov. Rec.), como lo manda el decreto de 13 de junio de 1770, ley 10. tit. 1. lib. 9. Nov. Rec., y cédula expedida en su virtud en 24 del mismo: que contra ellas no deben admitirse con pretexto alguno otros recursos que los extraordinarios de nulidad ó injusticia notoria, ni en otro tribunal que en la sala segunda de Gobierno del Consejo, adonde corresponden por punto general los de esta calidad; que en su introduccion, admision y curso se ha de observar lo prevenido por las leyes de este reino (en el tit. 23. lib. 11. Nov. Rec.): y que para contener la malicia de los litigantes, se aumente á mil ducados el depósito y pena de los quinientos establecidos en ellas; condenando en aquella cantidad á los que usaren de estos recursos, siempre que no resulte de autos la injusticia en que han de fundarlos."

Por otra Soberana resolucion á consulta de 2 de mayo de 1782, y cédula de la junta general de comercio de 7 de noviembre de 83, se dió nueva planta á los juzgados de alzadas del consulado de Valencia y diputacion de Alicante. En cuanto al

primero se dispuso entre otras cosas lo siguiente. »Que el juez de alzadas nato lo sea el intendente, y que ademas de este se componga el tribunal de apelacion, ó juzgado de alzadas, de otros dos conjueces ó colegas con voto y jurisdiccion igual; y para cada una de estas plazas se hayan de proponer por la junta particular de comercio de Valencia tres sugetos, y elegirse por la Real junta general los dos que hayan de ser adjuntos ó colegas del presidente con el salario de mil y quinientos reales vellon cada uno, á cuyo fin se dividirá el de tres mil asignados al juez de alzadas, para que de esta suerte no se grave el fondo del consulado. Que asi compuesto y ordenado el tribunal de alzadas, se destinen precisamente dos dias á la semana para celebrar en ellos la audiencia, como lo hace el tribunal inferior; sirviendo en ambos el mismo escribano, para que se experimente la mas activa y pronta expedicion de los recursos y apelaciones."

Por Real decreto de 18 de junio de 1790 se extinguió la audiencia y casa de contratacion de Cadiz, y se creó en su lugar un juez de arribadas y alzadas con un asesor letrado, para determinar con su dictamen los negocios pertenecientes á aquel juzgado.

Autos expedidos en 2 *de diciembre de* 1789 *y* 19 *de julio de* 1790 *por el intendente general de los reinos de Valencia y Murcia Don Miguel José de Asanza para el buen gobierno de los tribunales de comercio de la ciudad de Valencia, y aprobados por la junta general de comercio, moneda etc.*

AUTO PRIMERO.

Articulo 1.° Que los jueces y asesores de los tres juzgados consulares voten las causas y acuerden las providencias siempre en forma de tribunal, sin concurrir los de un juzgado cuando despachen los de otros, debiendo hacerse la relacion de los pedimentos á puerta abierta, como en los demas tribunales de esta ciudad, para la debida satisfaccion de los litigantes.

2.° Que cuando se voten los negocios no esté presente el escribano ni su amanuense, ni otro alguno, segun lo exige la circunspeccion con que debe procederse en la administracion de justicia.

3.° Que se procure guardar por los jueces y asesores en las votaciones inviolable secreto, el que deba entenderse tambien con el escribano y su amanuense, si acaso al tiempo de su concur-

rencia supieren casualmente lo que está acordado ó haya de acordarse, ó el modo de pensar de cada uno.

4.° Que se despachen las causas y hagan las notificaciones y diligencias siempre á la mayor brevedad, conforme al instituto del tribunal.

5.° Que sin perjuicio de todo lo que pueda determinarse en juicio verbal, ó cortarse por composicion amigable entre las mismas partes, que deberá procurarse antes de todo, como lo previenen las Ordenanzas de comercio, en los demas asuntos en que fuere indispensable oirlas por escrito, se eviten los trámites de los tribunales ordinarios en todo lo posible, y cuando sean precisos se señalen cortos intervalos conforme á la naturaleza del negocio, procediéndose en todo breve y sumariamente, la verdad sabida y buena fe guardada, segun lo exige el instituto del consulado y el bien del comercio.

6.° Que los alguaciles del consulado asistan puntualmente à las horas en que se celebren las audiencias, y cumplan con fidelidad y exactitud cuanto se les mande, y en caso de observarse faltas que sean notables, se les corrija condignamente por los medios que los tribunales estimen mas del caso para su enmienda y escarmiento, pudiendo valerse de otros cualesquiera en los lances en que sea necesario.

7.° Que los asesores é igualmente los cónsules y adjuntos ó recolegas de los tribunales del consulado asistan puntualmente los dos dias de cada semana en que respectivamente se celebren las audiencias á las horas acostumbradas, y cuando por indisposicion ó grave motivo no pueda alguno concurrir, deba avisarlo con la posible anticipacion, para que convoquen los porteros (tomando razon del escribano) al sugeto que en tal caso haya de asistir segun las Ordenanzas en lugar del que no pueda.

8.° Que cuando los cónsules ó adjuntos en algun asunto de particular gravedad ó dificultad necesiten examinar por sí de espacio en sus casas algunos procesos ó expedientes, puedan llevárselos, quedando en el oficio el conocimiento que corresponde, para que á toda hora conste su paradero; pero deberán procurar devolverle con la posible brevedad: entendiéndose lo mismo con los asesores en todos casos, para que nunca se retarde la administracion de justicia.

9.° Que al modo que el tribunal de primera instancia tiene concedida comision al consul mas antiguo, y en su defecto al que le subsiga, para despachar por semanería por sí solo con acuerdo del asesor todo lo que tenga particular urgencia, y cuya

retardacion hasta el dia de audiencia pueda causar perjuicio, no siendo providencia definitiva, ni artículo que pueda causar daño irreparable en ella; se practique lo mismo en los tribunales de alzadas y suplicaciones, extendiéndose para ello las providencias que correspondan.

10. Que los ex-cónsules ó jueces adjuntos ó recolegas que acaben en todos los tres juzgados, siempre que se verifique falta de alguno de los actuales por enfermedad, ausencia indispensable, casual impedimento, ú otro legítimo motivo, se presten á suplirla, concurriendo al tribunal en los casos que corresponda y sean llamados, para que no se retarde el curso de los negocios en perjuicio de las partes y de la administracion de justicia, teniendo para ello presente ser este un cargo anejo á los mismos empleos que aceptaron y obtuvieron á consecuencia de lo prevenido en las Ordenanzas y de comun interes para todo el comercio.

11. Que las partes procuren entregar los pedimentos el dia antes de celebrarse tribunal, para que de este modo tenga tiempo el escribano de instruirse y de recoger los antecedentes que haya, y pueda dar cuenta con la exactitud que corresponde, sin que se verifique tardanza.

12. Que se procure la custodia exacta de los procesos, y el recogerlos por medio de los cargos ó conocimientos, sin los cuales no deban fiarse á persona alguna, aun teniendo estado competente, y que todos los años indispensablemente se renueven los cargos de los corrientes: todo bajo responsabilidad del escribano.

13. Que á los litigantes concurrentes se les trate con toda atencion, tanto por el alcaide y porteros de la casa lonja, como por el escribano y sus oficiales, en su posada, pudiendo aquellos dar cuenta à su señoría ó al tribunal si sucediese lo contrario.

14. Que los porteros cuando haya junta ó tribunal esten vestidos de militar y con la decencia correspondiente, y cuiden de tener bien limpias las piezas, y de que nadie transite por la del tribunal estando formado.

15. Que desde luego se cierren con el debido orden y numeracion los procesos ya fenecidos ó no corrientes en los dos armarios que han de servir de archivo, y que se han colocado á este fin en la pieza donde se celebra el tribunal, formándose un índice exacto, para que puedan encontrarse à la hora que se necesiten, del cual se extenderán dos copias, quedando la una en

uno de los mismos armarios y la otra en poder del escribano.

16. Finalmente, habiendo llegado à noticia de su señoría, que algunos de los que ordenan los pedimentos que se presentan en estos tribunales consulares sin firma de abogado segun los estatutos, al paso que no exponen las suyas á la contingencia del castigo, no reparan algunas veces en aventurar las de los interesados ó de sus procuradores con injusto abuso de la confianza de estos, ya promoviendo pretensiones notoriamente ilegales ó maliciosas; ya tambien profiriendo expresiones agenas de la civilidad y buena crianza, y tal vez injuriosas á los litigantes, al tribunal ó à sus individuos; encarga á todos los jueces el particular cuidado de castigar estos desacatos y de proceder contra los que indiscretamente firman y presentan tales escritos por medio de las correspondientes multas de pronta y efectiva exaccion, y tambien en caso necesario con pena de carcel y demas que procedan en derecho, segun la calidad del exceso y de las personas, para que de este modo se eviten solicitudes impertinentes é infundadas, y se conserve el respeto debido á los tribunales de justicia y á sus ministros, sin perjuicio de la produccion de cualesquiera quejas ó agravios, cuyo camino estará siempre abierto, con tal que vayan acompañadas de la moderacion y respeto debidos.

AUTO SEGUNDO.

Artículo 1.° Los traslados ó comunicatas de los procesos se entiendan por solo tres dias, á no ser que en las providecias se estreche ó se extienda el término.

2.° Pasado este deba pasar cualquiera de los porteros al que los tenga cargados, aunque no medie apremio por parte del contendor, y pasadas veinticuatro horas recogerlos con pedimento ó sin él, y entregarlos al escribano, de cuyo cargo será poner nota del dia y hora de su entrega, y dar cuenta sin falta en la primera sesion del tribunal.

3.° Lo que queda prevenido no debe entenderse mientras dure el término de prueba, á no mediar solicitud de alguna de las partes que bastará que sea verbal.

4.° Los porteros cobren por las dos diligencias que quedan indicadas sus derechos, con arreglo á los aranceles que citan las Ordenanzas, debiendo tener el libro que aquellas previenen, para asentar las citaciones y demas diligencias que hicieren.

5.° Si alguno resistiese la entrega de los autos á las veinticua-

tro horas despues del primer aviso, ó no se verificare aquella por cualquier motivo que sea, pague lo mismo al portero, y sea de cargo de este buscar desde luego á cualquiera de los alguaciles, quien á solo requerimiento de aquel haya de recoger el proceso, cobrando sus derechos con arreglo al arancel.

6.° Para todo lo referido no se necesitará providencia de los tribunales, ni instancia de parte, porque se ha de observar generalmente en todas las causas, à no ser que en alguna ó algunas se conceda mas ó menos tiempo, ó esté corriendo el de prueba, como queda prevenido.

7.° Deba ser de cargo del escribano enterar á los porteros del estado de las providencias y notificaciones, y extender por diligencia las relaciones que aquellos hagan.

8.° Para atajar la malicia de los que con el objeto de que no les corra término, difieren el encargarse de los autos aun despues de notificárseles las providencias, deba entenderse que les corre aquel desde el dia siguiente al de la notificacion, aunque no tomen los procesos, por estar en su mano el hacerlo.

9.° Para obviar la cautela de que los litigantes se escondan ó se excusen de ver al portero con el fin de evitar el efecto del primer aviso, y lograr que no corran desde él las veinticuatro haras para el apremio, se previene que en caso de no encontrarles el portero ó de no dejarse ver por cualquier motivo que sea, deba este entregar en su casa una cédula o nota simple de los autos que han de recogerse; y bastará esta diligencia para que corran dichas veinticuatro horas, aunque esté ausente el sugeto en cuyo poder existan los autos, pues aun en este caso es de su obligacion dejar apoderado que le represente; pero si estuviese gravemente enfermo, deberá dar cuenta el portero en la inmediata sesion del tribunal para que acuerde este lo que estime justo.

10. Las providencias han de quedar notificadas ó llevadas à efecto de una sesion à otra del tribunal, ya sea por el mismo escribano, ya por cualquiera otro à saisfaccion y de cuenta y riesgo del propietario; y cuando ocurra justo motivo para la retardacion, deberá dar cuenta del que sea en todas las audiencias que se celebren, juntamente con las diligencias que tenga practicadas hasta entonces.

11. Será tambien de cargo del escribano obervar los casos en que alguno de los jueces ó asesores tenga impedimento, y hacerlo presente sin tardanza, expresando el sugeto á quien toque sustituirle por ordenanza.

12. No podrá convocarse á tribunal extraordinario sin orden del consul mas antiguo, y en caso de ausencia ó impedimento de este, del que le subsiga por el orden de antigüedad.

13. Deberá haber en cada uno de estos tribunales una mano de particulares cargos ó conocimientos para cuando los individuos del mismo ordinario ó extraordinarios, inclusos asesores y promotores fiscales en las causas en que sean precisos, hayan de tomar los procesos à fin de enterarse de su resultancia, debiendo todos firmar dichos cargos á excepcion del presidente, con expresion del dia, mes y año en que reciban los autos. Y esta mano de conocimientos deberá tenerla el escribano, y hacerla presente en todas las audiencias que tengan dichos tribunales para que sirva de recuerdo con el objeto de acelerar el despacho de los negocios.

14. Deberá tambien entregar el escribano una nota de todos los procesos pendientes, con distincion de años, para que la tenga á la vista el tribunal en todas las audiencias, y pueda hacer los recuerdos oportunos ó tomar las disposiciones convenientes; cuya nota quedará siempre en el armario que se halla en la misma pieza donde se celebran aquellas, y se irán añadiendo sucesivamente las nuevas instancias por el mismo orden en que se verifiquen.

15. En todos los procesos que se hallan retardados sin que las partes cuiden de su terminacion, se harán los emplazamientos que correspondan, para que si estuviesen convenidas lo hagan constar, y en caso de no estarlo usen de su derecho como les convenga, á fin de que de uno ó de otro modo queden fenecidas las causas, cortadas las disputas y archivados los procesos.

16. Si à cualquiera de los porteros se justificase contemplacion, disimulo ó negligencia en la práctica de dichas diligencias, tomará el tribunal la providencia que corresponda contra el mismo ó contra cualquiera otro que sea culpable.

Adicion á los dos autos anteriores acordada en 26 de noviembre de 1810 por el intendente general de los reinos de Valencia y Murcia Don Tomas José Gonzalez Carvajal.

Articulo 1.° Que se observen con toda exactitud los dos autos de buen gobierno ya citados de 2 de diciembre de 1789 y 19 de Julio de 1790.

2.° Que no se dé curso à instancia alguna de cualquiera calidad y cantidad que sea, sin que previamente se hagan compare-

cer los litigantes ante el prior y cónsules, quienes oyéndoles verbalmente procuren transigirles, y atajar el pleito, y no pudiéndolo conseguir admitan las pretensiones por escrito, con tal que no sean firmadas de abogado, segun y en los términos que previene la Ordenanza sexta de las de Bilbao.

3.° Que no pudiéndose lograr la transaccion ó avenencia de las partes, se las oiga en justicia con esta diferencia: que si la causa ó interes que se litiga fuese de seis mil ó menos reales de vellon se haya de sustanciar y terminar precisamente á lo verbal citando á los litigantes para el tribunal inmediato, en el que comparezcan con los documentos, testigos ó justificaciones que tuviesen que producir, y extendiéndose por comparecencia cuanto dijesen y aprobasen, se sentencie definitivamente.

4.° Que si en las causas de esta especie alguna de las partes apelare de la determinacion del consulado, se deberán decidir las instancias de apelacion y suplicacion, tambien á lo verbal, mandándose en el auto en que se dé por presentado el litigante en uno de dichos grados, que para el tribunal inmediato comparezcan los interesados en la causa, con los documentos ó pruebas que de nuevo tuviesen que producir, se extienda por comparecencia y se sentencie, segun queda dicho, en el tribunal del consulado.

5.° Que en los tribunales de comercio de esta ciudad se observe con todo rigor y exactitud la ordenanza séptima de Bilbao que dice asi: »Atendiendo á los fines arriba expresados de que en los pleitos y diferencias se haga justicia breve y sumariamente, y solo sabida la verdad y guardada la buena fe, para mejor conseguirlo se ordena que como se ha acostumbrado y acostumbra, y ha sido y es de ordenanza en los procesos que se hiciesen en el juzgado de dicho consulado, asi en primera instancia como en grado de apelacion, ante el corregidor y colegas, y corregidor y recolegas, en los autos que se hubieren de dar y en las sentencias que se pronunciaren, no se haya de tener ni se tenga consideracion á nulidad de lo actuado, ineptitud de demanda, respuesta ni otra cualquiera formalidad, ni orden de derecho, pues en cualquier estado que se sepa la verdad se ha de poder sentenciar y terminar, y para ello tomar de oficio los testigos que convengan y los juramentos de las partes que les parezcan á los jueces, de manera que mejor se averigüe la verdad, y puedan pasar á dar su determinacion y sentencia."

6.° Que aun en los juicios ordinarios que se sustancien por escrito, el término de prueba haya de ser cuando mas el de cua-

renta dias, sin perjuicio de las facultades de limitarle siempre que las circunstancias lo exigiesen, y únicamente extenderle en el caso de que haya necesidad de pruebas ultramarinas; y que en los autos de prueba no se ponga la cualidad de todos cargos, si que despues de hecha la publicacion de probanzas, se comuniquen solo por tres dias à cada parte para alegar, debiendo tambien dentro de este término presentar cualesquiera documentos y concluir.

7.° Que para evitar la multitud de recusaciones, por la mayor parte infundadas, dirigidas solo à eternizar los negocios y complicar su resolucion, teniendo que asistir distintos asesores en cada una de las causas, y á veces en cada uno de los incidentes, siendo asi que sus votos son solo consultivos, no se admitan las recusaciones, sino con expresion de causa y justificacion de ella.

8.° Que los asesores ordinarios de los tribunales de comercio no lleven derechos de vista ni otros para que asi los interesados puedan seguir sus acciones y defensas con menos costas, supuesto que los comerciantes al tiempo de la introduccion de los géneros satisfacen el derecho consular, y es ya propio de este tribunal el administrar justicia en los negocios propios de su dotacion; pero en caso de separacion del asesor ordinario, ó de nombramiento de acompañado, porque la recusacion se hiciese del modo que manda el anterior capítulo, llevará derechos el asesor que nuevamente se nombrase, y los pagará la parte que recusare.

9.° Que tampoco cobren derechos algunos los señores cónsules en las diligencias de embargos y cualesquiera otras en que entiendan de comision del tribunal, y en que hasta ahora los acostumbraban llevar.

10. Que la visita de la escribanía del consulado prevenida en el artículo 4 de la ordenanza 18 de las de este de Valencia, se haga por el intendente lo menos una vez cada año, ó cuantas tuviere por oportuno, y ademas otra mensual por el consul decano, y no pudiendo verificarlas el mismo intendente ó consul, la hagan los sugetos que estos delegaren.

11. Que de esta adicion y autos, cuya observancia se reencarga, haya un ejemplar en cada uno de los tribunales, al tiempo que se celebren, por si ocurriere alguna duda, ó se advirtiese alguna contravencion.

Real cédula de su Magestad y señores del supremo Consejo de Hacienda de 26 de agosto de 1827 insertando el Real decreto de 7 del mismo, por el cual se erige un consulado de comercio en Madrid, bajo las bases que establece.

Don Fernando VII, por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de Leon &c. Estando mandado por la ley 4. tit. 2. lib. 9. de la Nov. Rec. y por órdenes posteriores, que se establezca un consulado en Madrid, y siendo necesario que el comercio de la capital del reino, en donde los consumos atraen numerosas y considerables relaciones mercantiles, y está concentrada la negociacion de los fondos y efectos que proceden del Estado, tenga un tribunal en el que se ventilen y decidan los pleitos y diferencias de su especial profesion, como lo tienen otras plazas de menor importancia mercantil; he venido en resolver, y resuelvo, conformándome con el dictamen del Consejo de Ministros, que se lleve à efecto la ereccion de dicho consulado, organizado segun las bases y disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

CAPITULO PRIMERO.

Del establecimiento y planta del consulado.

Artículo 1.° Se establecerá en Madrid un consulado de comercio, que se compondrá de un prior, cuatro cónsules, ocho consiliarios, un asesor letrado, un secretario, dos porteros y dos alguaciles.

2.° Será un cuerpo dividido en dos distintas secciones. La primera entenderá exclusivamente en los negocios judiciales de comercio, y se llamará tribunal consular. La segunda correrá con los asuntos y atenciones administrativas del reglamento, y se denominará junta de comercio.

3.° El prior y los dos cónsules mas antiguos formarán el tribunal consular, y juzgarán los negocios contenciosos de comercio.

4.° Los dos cónsules mas modernos asistirán sin voto, y en los casos de inhabilitacion legal ó de impedimento físico de los primeros, les sustituirán en las funciones de jueces.

5.° El tribunal consular se reunirá à despachar los negocios judiciales de comercio los martes, jueves y sábados; y cuando

alguno de estos dias fuere feriado, se trasladará la sesion al dia siguiente.

6.° El asesor, que será elegido por el consulado, ilustrará los puntos de derecho.

7.° El secretario autorizará las providencias y acuerdos del consulado, y à su propuesta obtendrá Real nombramiento.

8.° Los porteros y los alguaciles harán el servicio interior de él, y serán ejecutores de sus mandamientos y providencias.

9.° El síndico primero velará en que se observen en toda su pureza las Ordenanzas, reglamentos y prácticas consulares; defenderá los privilegios del cuerpo; cuidará de que en las elecciones y matrícula no se introduzcan abusos, y protegerá los intereses y adelantamientos del comercio. En vacante, enfermedad ó ausencia, será sustituido por el síndico segundo.

10. Habrá un juez de apelaciones de Real nombramiento, à quien pertenecerán el conocimiento y decision de los recursos de apelacion que se interpongan.

11. El prior, los cónsules, los consiliarios y el síndico formarán la junta de comercio que ha de dirigir los asuntos administrativos; pero el síndico no tendrá voto.

12. La junta de comercio se reunirá cuando sea necesario, en los dias en que no haya tribunal consular, y à horas que no perjudiquen las ocupaciones particulares de los vocales, à menos que no ocurran circunstancias extraordinarias.

13. Los cargos de prior, cónsules, consiliarios y síndicos se ejercerán gratuitamente.

14. Todos estos individuos deberán asistir puntualmente al desempeño de sus funciones, y el que por faltas voluntarias se hiciere acreedor à ser separado de ellas, quedará privado de obtener en lo sucesivo oficios consulares.

15. El asesor, el secretario, el juez de apelaciones, y los subalternos y dependientes tendrán los sueldos y emolumentos que se les señalarán.

16. Las horas de audiencia, el modo de tenerla, las atribuciones del síndico, el orden, solemnidad y trámites en la convocacion y celebracion de las elecciones, las obligaciones del secretario y de los subalternos, las dotaciones, las facultades y método de trabajar de la junta de comercio, las formalidades para la cuenta y razon de la recaudacion è inversion de los fondos, la fórmula del juramento de los individuos del consulado, y finalmente todo lo demas que concierne à su régimen interior, serán materia de un reglamento que él mismo formará, y

por conducto de mi secretario de Estado y del Despacho de Hacienda presentará à mi Soberano aprobacion luego que se haya instalado.

CAPITULO SEGUNDO.

De las elecciones, de la duracion de los oficios, y de las cualidades de los individuos del consulado.

17. Por la primera vez nombraré yo el prior, los cónsules, los consiliarios y los síndicos que han de constituir el cuerpo del consulado de comercio.

18. En lo sucesivo serán electivos.

19. Durarán dos años, y se renovarán por mitad en cada uno de ellos, saliendo los mas antiguos en el orden de la eleccion.

20. Para esto el consulado se ocupará inmediatamente despues de su instalacion, en formar la matrícula del comercio de Madrid y del distrito consular, comprendiendo en ella todos los banqueros, negociantes, comerciantes, mercaderes, longistas y corredores que tengan tienda ò escritorio abierto, cualquiera que sea la industria mercantil que profesen y el capital que empleen en ella.

21. El dia 14 de diciembre de cada año, empezando en el de 1828, el prior y los cónsules convocarán una junta electoral, compuesta de todos los individuos del comercio matriculados que posean un capital de cuatro mil duros, tengan veinticinco años de edad cumplidos, y no se hallen procesados criminalmente.

22. La junta electoral, con asistencia del síndico primero, procederá à elegir à pluralidad de votos los cónsules y consiliarios que deben renovarse anualmente conforme al artículo 19.

23. Ninguno podrá elegirse à sí mismo, ni à sus padres, hijos, hermanos, tios, cuñados, suegros ò yernos.

24. Despues de este acto la junta electoral designará doce individuos que tengan las cualidades necesarias para ser cónsules, los seis para que durante el año sirvan de colegas al juez de apelaciones en las que se interpongan, y los otros seis para que le sirvan de recolegas en los casos en que se suplique de las sentencias pronunciadas por él.

25. Las elecciones de prior y de síndicos se harán de dos en dos años.

26. El prior, los cónsules, los consiliarios y los síndicos deberán tener las cualidades siguientes: 1.ª estar matriculados, ser

naturales de estos reinos, ó naturalizados segun las leyes; 2.ª tener treinta años de edad cumplidos, seis de ejercicio en el comercio, y casa de familia; 3.ª no estar ligados entre sí en sociedad de comercio; 4.ª ni con parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y primero de afinidad; 5.ª poseer el capital de quince mil duros à lo menos; 6.ª no ser de la clase de corredores.

27. Para los consiliarios y síndicos bastará el capital de diez mil duros.

28. Dentro de las veinticuatro horas siguientes à las elecciones se dirigirá el acta de ella al ministerio de Hacienda, à fin de que recaiga mi Soberana aprobacion.

29. Los nuevos elegidos prestarán juramento el 31 de diciembre en manos del presidente, gobernador o decano de mi Consejo de Hacienda en junta general de comercio y moneda, y acreditándolo con testigos, tomarán posesion el dia 1.º de enero.

30. No podrán ser reelegidos el prior y cónsules hasta pasados dos años despues de haber cesado en sus cargos.

31. Lo podrán ser por un segundo bienio los consiliarios y síndicos; pero pasado este tiempo deberá mediar un hueco de dos años para volver à ser elegidos.

32. Será excluido de la matrícula el quebrado, el que por sentencia legal haya sido condenado à pena infamante, y el que en los pleitos y puntos de la inspeccion consular reclame otro fuero.

CAPITULO TERCERO.

De la jurisdiccion del consulado.

33. Pertenecerá al tribunal consular el conocimiento privativo y exclusivo en primera instancia de los pleitos sobre negocios de tráfico y comercio en que intervengan individuo ó individuos de la matrícula, quedando inhibidos los demas tribunales y justicias.

34. Por ahora, y entretanto que se redacta y publica un código mercantil para estos reinos, y se uniforma el modo de enjuiciar en todos los consulados, se observarán las leyes de Castilla y de Indias vigentes en las materias, y las Ordenanzas de Bilbao con las modificaciones y adiciones aprobadas en 1818, y en lo que no estuviese prevenido en una ú otra parte se recur-

rirá à las ordenanzas de otros consulados y à los principios del derecho.

35. El tribunal consular será respetado y auxiliado por las autoridades, tribunales y justicias del reino; y cumplidos los despachos, mandamientos, requisitorias y oficios que expidiere.

36. El distrito jurisdiccional del consulado comprenderá por ahora las provincias de Madrid, Guadalajara, Toledo y Segovia.

CAPITULO CUARTO.

Del conocimiento y procedimiento de los negocios judiciales de comercio.

37. En las demandas judiciales sobre negocios mercantiles, se procederá à estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada, sin admitirse escritos ni pedimentos de abogados, ni intervencion de procuradores.

38. El demandante se presentará en la audiencia personalmente ó por medio de apoderado especial, y con brevedad y sencillez expondrá de palabra su demanda y la parte contra quien la intentare.

39. Inmediatamente se hará comparecer al demandado; y oidas verbalmente ambas partes con los testigos y documentos que trajeren, si estas fuesen de facil inspeccion, se procurará avenirlas proponiéndolas la transaccion voluntaria, ó el compromiso en árbitros. Si no pudiese conseguirse, se extenderá la diligencia del juicio verbal, y se procederá à votar.

40. Cuando el negocio fuese de dificil prueba, por exigir examen y calificacion de documentos, si alguna de las partes pidiere audiencia por escrito, se le admitirá el memorial y los documentos que presentare, y con la respuesta en los mismos términos de la otra parte, se procederá dentro de ocho dias ò mas pronto à fallar definitivamente.

41. Tanto en el juicio verbal, como en este, dos votos conformes harán sentencia, la cual se ejecutará sin apelacion cuando la cantidad que se litiga no exceda de seis mil reales.

42. El tribunal consular consultará al asesor en los casos de derecho que lo requieran, y à los consiliarios en asuntos de cuentas, comisiones y otros complicados; pero no estará obligado à seguir sus dictámenes.

43. Los jueces no votarán: 1.° cuando sean interesados en el negocio que se litiga: 2.° cuando sean parientes de algunas

pertes hasta el cuarto grado de consanguinidad ó el primero de afinidad: 3.° cuando entre ellos y las partes exista enemistad ó mala inteligencia, probadas por hechos públicos. Las partes podrán recusar à los jueces por las mismas causas.

44. En los casos de inhabilitacion legal del prior le sustituirá el consul mas antiguo, y à este el que le siga, entrando en el hueco que resulte el consul mas antiguo en el orden de la eleccion que no se halle en el ejercicio de las funciones judiciales. El mismo orden de sustituir se guardará en la inhabilitacion legal de alguno de los dos cónsules que se hallen en el ejercicio de la jurisdiccion. Cuando en la clase de cónsules faltaren sustitutos entrarán los consiliarios por antigüedad en el orden de la eleccion. Lo propio se practicará en los casos de discordia, y en los de vacantes, ausencias ó enfermedades.

45. Las competencias y los casos de acumulacion de jurisdiccion se decidirán dentro de cuatro dias, sin mas requisito que oir la relacion que hagan los escribanos de los juzgados y los informes de los defensores de las partes; y las determinaciones que recaigan se ejecutarán.

46. En las causas criminales sobre ofensa ò desacato al consulado ó alguno de sus individuos, formará la sumaria el prior con el asesor, y la remitirá à la determinacion de mi Consejo de Hacienda en junta general de comercio y moneda, subsistiendo entre tanto presos los reos.

CAPITULO QUINTO.

De las apelaciones.

47. Serán apelables para ante el juez de apelaciones las sentencias definitivas ó con fuerza de tales, pronunciadas por el tribunal consular en pleitos de mayor cuantía que la señalada en el artículo 41.

48. El juez de apelaciones, para sustanciar y decidir los pleitos apelados, tendrá por conjueces ó adjuntos dos individuos sacados por suerte entre seis de los doce designados para el efecto por la junta electoral, conforme al artículo 24.

49. Estos pleitos se determinarán con un solo traslado, sin alegatos ni informes de abogados, en el término improrogable de quince dias, haciendo sentencia dos votos conformes.

50. Si por ella se confirmasen las dadas en primera instancia, se ejecutarán sin recurso.

51. Si se revocasen en todo ó en parte habrá lugar à la súplica.

52. En tales casos el juez de apelaciones con otros dos conjueces ó adjuntos, sacados por suerte entre los seis individuos restantes de los doce designados para el efecto por la junta electoral, conforme al artículo 24, reverá y sentenciará el pleito suplicado dentro del término perentorio de nueve dias, y su determinacion se considerará como ejecutoriada.

53. De los recursos de nulidad ó de injusticia notoria conocerá por ahora mi Consejo de Hacienda en junta general de comercio y moneda.

54. Podrán ser recusados el juez de apelaciones y los conjueces ó adjuntos. Al primero le sustituirá el ministro del Consejo de Hacienda, que nombrará dentro de veinticuatro horas el que lo presida; y à los segundos otros de su clase, sacados por suerte en la forma prevenida en los artículos 48 y 52.

CAPITULO SEXTO.

De los fondos para dotaciones y gastos.

55. Tendrá el consulado un fondo, que por ahora consistirá en el producto de uno por mil de toda letra de cambio que se pague, gire ó negocie en la Corte y distrito consular, y en el de la cuota que en él se exija à los traficantes transeuntes por el subsidio de comercio, cuyos dos arbitrios se denominarán derecho de consulado, y se cobrarán y entregarán con arreglo al Real decreto de 26 de enero de 1818, si fuese posible en ambos.

56. Gozarán de dotacion ó de asignacion el secretario, el asesor, los subalternos y dependientes, y el juez de apelaciones; y se pagarán el alquiler del edificio, los gastos de escritorio, y los demas que ocurran.

57. El consulado nombrará bajo de su responsabilidad un depositario de confianza abonándole por la comision un tanto por ciento.

CAPITULO SEPTIMO.

Del instituto de la junta de comercio.

58. Serán atribuciones de la junta de comercio: 1.ª cuidar de la recaudacion, distribucion y seguridad de los fondos; 2.ª hacer la propuesta de secretario, nombrar porteros y los demas

subalternos y dependientes, elegir asesor, y proponer los sueldos y honorarios de unos y otros; 3.ª formar el reglamento ó reglamentos á que se contrae el artículo 16; 4.ª evacuar los informes que se pidan, y los encargos que se hagan por el ministerio; 5.ª promover el fomento de la agricultura, artes y comercio, por los medios que emplean las sociedades económicas, y proponer las ideas y planes que convengan al objeto; 6.ª reconvenir á los individuos que faltan á la asistencia puntual sin causa legítima; y si despues de amonestados por primera y segunda vez continuasen en su omision, hacerlo presente para la disposicion que corresponda conforme al artículo 14.

59. Ninguna junta se celebrará sin asistencia del síndico primero y en su defecto del segundo." Tendreislo entendido y dareis las disposiciones convenientes á su cumplimiento.

En 30 de diciembre del mismo año se publicó un reglamento provisional de dicho Real consulado de Madrid, y un arancel de los derechos que han de cobrar los escribanos, alguaciles y porteros del tribunal consular, y juzgado de apelaciones del mismo Real consulado; aprobado uno y otro por el Rey nuestro Señor.

LIBRO TERCERO.

DE LAS ACCIONES Y DE LOS JUICIOS.

TITULO PRIMERO.

DE LAS ACCIONES Y EXCEPCIONES.

CAPITULO PRIMERO.

De las acciones.

§. 1. ¿De cuantos modos puede tomarse la palabra accion, y cómo se define?
2. Origen de las acciones.
3. Division de las mismas en reales, personales y mixtas.
4. ¿Que habrá de probar el que entabla la accion real?
5. ¿Que deberá pagar el demandado si respondiendo que tenia efectivamente la cosa, sin ser así, el actor continuase el pleito, y probare ser suya?
6. Si durante el litigio se destruyere la cosa, el demandado que la poseia de buena fe ha de ser absuelto; pero poseyéndola de mala fe, ¿que deberá pagar?
7. El que por dolo dejare de poseer, ha de ser condenado como si poseyese.
8. Diversas especies de acciones reales.
9. De la reivindicacion: ¿que se pide por ella?
10. Continuacion de lo mismo.
11. Cuando el actor entable la reivindicacion por el dominio *util*, ¿que habrá de pedir?
12. De las acciones confesoria y negatoria.
13. De la accion hipotecaria.
14. ¿Que deberá probar el que usa de la accion hipotecaria contra un tercer poseedor?
15. De las acciones personales.
16. Célebre ley de la Novísima Recopilacion que da al nudo pacto obligacion civil, y accion para demandar su cumplimiento.
17. De la accion personal pauliana.
18. Otra division de las acciones dimanada del diferente modo con que se piden las cosas en juicio.
19. De las acciones penales.

20. Otra division de acciones en directas y útiles.
21. De algunas acciones especiales.
22. De la accion exhibitoria.
23. De las acciones perjudiciales.
24. De las acciones *exercitoria* é *institoria*.
25. Tiempo en que deben deducirse ó entablarse las acciones para que produzcan su efecto, y de la prescripcion de las mismas.
26, 27 y 28. Explicacion de la ley de la Novisima Recopilacion, concerniente á la prescripcion de las acciones.
29. Solo se prescriben los réditos de los censos al quitar, y nunca el capital de estos.
30. ¿En que tiempo se prescribe el derecho de pedir los criados sus salarios?
31. Continuacion de lo mismo.
32. ¿Cuanto tiempo se concede á los boticarios, especieros y otros que tienen tiendas de comestibles para pedir lo que se ha llevado de ellas?
33. No hay obligacion de satisfacer lo que se queda debiendo en el juego, aun cuando sea de los permitidos, ni el importe de las mercaderías que se sacan fiadas para bodas.
34 y 35. Notable ejecutoria del Consejo en observancia de la anterior disposicion legal.
36. De la acumulacion de las acciones.
37. En una demanda puede proponer y acumular el autor diversas acciones civiles ó criminales con tal que no sean contrarias entre sí.
38. En una demanda se pueden proponer subsidiaria y condicionalmente dos remedios contrarios, cuando los derechos son tales que no se quitan por la eleccion.
39. Puede pedir á un tiempo el actor la propiedad y posesion.
40. No pueden acumularse las acciones cuando la una depende de la otra.
41. Lo mismo sucede cuando una de ellas es *perjudicial*.
42. Cuando se ponen muchas acciones encaminadas á diversos fines, pero no contrarias entre sí, deben acumularse.
43. Lo mismo sucede siendo diversas en número y especie.
44. El actor puede demandar civilmente á muchos por una misma cosa ó hecho, ó por varios. Tambien puede intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos, y no por uno solo.
45. Cuando por un hecho ó delito competen al actor las dos acciones civil y criminal, puede elegir la que quisiere de ellas.
46. Ampliacion de la regla antecedente.
47. Limitacion de la misma.
48. ¿Cuando se entiende principiada ó elegida la accion civil?

49. ¿Cuando se considera principiada la accion criminal?
50. Si el actor en los pedimentos preparatorios protestare usar, evacuadas que sean las diligencias pedidas, de as acciones civil y criminal que le competen, puede hacerlo resultando probada por aquellas la criminalidad; pero de lo contrario debe usar de la civil.
51. Si el actor deduce accion civil y el reo propusiere despues accion criminal contra él, se debe suspender aquella, y decidir antes esta.
52. Excepcion de la regla antecedente.
53 hasta el 60. Aclaracion de esta doctrina.

1. Esta palabra accion tiene dos acepciones. 1.ª A veces significa el derecho que nos corresponde para pedir alguna cosa; y en este sentido las acciones pertenecen á la segunda division de esta obra, como cosas comprendidas en el patrimonio de los hombres. 2.ª Otras veces se entiende por accion el medio legal con que reclamamos en justicia lo que es nuestro, ó se nos debe, cuando no podemos conseguirlo extrajudicialmente; y estas son las acciones de que vamos á tratar ahora.

2. La accion asi entendida, trae su origen del derecho de gentes, como que es absolutamente necesario su uso para que los individuos de la sociedad entablen y consigan la legítima pretension de sus derechos; pues de lo contrario ó habrian de perderlos cediendo, ò se verian obligados á valerse de la fuerza, de que resultarian continuas pendencias y alborotos, reduciendo el estado á una horrorosa anarquía.

3. La primera y principal division de las acciones es en *reales*, *personales* y *mixtas* (1). Accion real es aquella que corresponde al que tiene dominio ú otro derecho semejante en una cosa contra el que la posee ó detiene. Personal es la que proviene de alguna obligacion; y se da contra el obligado para que entregue la cosa si la tiene en su poder, ò pague al acreedor los perjuicios si no la tuviere. Accion mixta es aquella que procede juntamente de derecho real y personal, por ejemplo, la de peticion de herencia.

4. Como la accion real dimana del dominio ú otro derecho semejante á él, y el que la entabla pide que el demandado le

1 §. 1. *Inst. de action.* Ley 5. tit. 8 lib. 11. Nov. Rec., donde se halla adoptada, y se da por supuesta esta division.

entregue la cosa, habrá de probar dicho demandante que es dueño de ella, y que el otro la posee ò detiene.

5. Si el demandado respondiese que tenia efectivamente la cosa sin ser asi, y creyéndolo el actor continuare el pleito y probare ser suya, deberá aquel pagar el valor de ella, segun juramento del actor y previa tasacion del juez (1).

6. Si el demandado poseyendo la cosa resistiere la peticion del actor, alegando que este no tiene derecho en ella, y durante el litigio se perdiere la misma, ò muriere siendo algun animal, ha de ser absuelto si fuere poseedor de buena fe; pero si supiere que no tenia derecho alguno en ella, habrá de pagar su valor en los términos referidos en el párrafo antecedente, porque fue culpa suya el no entregarla cuando podia y debia (2).

7. El que por dolo dejare de poseer, ha de ser condenado como si poseyere, porque el dolo se tiene por posesion (3).

8. El derecho que el hombre puede tener en las cosas es de diferentes especies, y de aqui dimana la diversidad de acciones reales: el que tiene, por ejemplo, el dominio de una cosa no pretende conseguir lo mismo que el que tiene à su favor una hipoteca ò una servidumbre en ella. Asi que habrá tantas especies de acciones reales cuantas sean las variedades ò diferencias de derechos que puedan corresponder al hombre en las cosas sin relacion á las obligaciones personales de otro. No obstante, como estos derechos reales estriban principalmente en el dominio, en las servidumbres y en las hipotecas, solo trataremos de la *reivindicacion*, de las acciones *confesoria* y *negatoria*, y de la *hipotecaria*.

9. Por la reivindicacion reclama el actor la cosa de que es dueño, ò cuyo dominio le pertenece por algun justo título, y por consiguiente en la demanda se ha de exponer esta pertenencia, como fundamento de la accion. Y aunque no es necesario expresar la causa ò razon por qué se pide, bastan lo decir que le pertenece el dominio ò propiedad de la cosa, con una designacion clara de ella para que sea conocida; sin embargo, siempre es util hacerlo, porque si en fuerza de la razon ò causa que presenta, no se declarare en su favor, puede reclamarla por otra que no se haya expresado en el escrito. Al contrario si no expresó causa alguna; porque entonces se presume haberla pretendi-

1 Ley 2 tit. 3. Part. 3.

2 Ley 40. *de hær. pet.* Leyes 19 y 20. tit. 2. Part. 3. y 6. tit. 14 Part. 6.

3 Leyes 131, 150 y 157. §. 1. *de div. reg. jur.*

do por todas aquellas que juzgó le competian antes de la sentencia (1); á no ser que haga constar que despues de pronunciada esta, sobrevino ó llegó á su noticia otra causa ó justa razon que antes ignoraba para pretenderla; en cuyo caso, por su ignorancia, podrá pedirla, y será restituido *in integrum* (2).

10. Ademas de la cosa debe pedirse tambien expresamente que se condene al reo á la satisfaccion de los frutos de aquella, si le corresponden, como tambien los intereses, daños y menoscabos, si los hubiere, y asimismo las costas, para que por su silencio no las pierda, en caso que el reo deba ser condenado al pago de ellas. A este fin les dará estimacion en la demanda, pues justificándolos en la prueba, puede el juez dar sentencia sobre todo, y moderarlos si le parecieren excesivos, sin remitirlo á contadores, porque se lo prohibe el derecho (3).

11. La reivindicacion corresponde no solo por el dominio *directo*, sino tambien por el *util*; y cuando el actor la entable por este, no ha de pedir la *propiedad* sino el *dominio*, pues aunque al parecer estas dos palabras significan una misma cosa, la segunda es mas extensa y general, como que abraza ambos dominios directo y util, y la primera solo el directo (4).

12. Accion confesoria es aquella por la que uno reclama la servidumbre que entiende debérsele, ya sea real ó personal, debiendo designarse claramente el predio que la debe, y por qué causa. Al contrario, la accion negatoria es aquella por la que uno pretende estar libre su predio de servidumbre.

13. Accion hipotecaria es la que corresponde á aquel á cuyo favor obligó el deudor alguna finca ú otra cosa inmueble para mayor seguridad de la deuda. He dicho finca ó cosa inmueble, porque si la cosa empeñada fuere mueble, entonces la accion no se llama hipotecaria sino *pignoraticia*; debiendo notarse que hay dos acciones pignoraticias, una llamada directa, que corresponde al deudor para reclamar la alhaja luego que el acreedor está satisfecho de su débito, en cuyo caso debe restituirla (5). Para que el deudor pueda intentarla, es preciso que pague primero la deuda, ó la deposite judicialmente si aquel no quiere recibirla. La otra accion pignoraticia se llama *contraria*, y corresponde al acreedor contra el deudor cuando este le dió la prenda como un equivalente al débito, y luego resulta no ser-

1 Ley 25. tit. 2. Part. 3. y ley 4. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley *Si mater.* ff. *de except. rei judic.*
3 Leyes 6 y 7. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.
4 Ley 27. tit. 2. Part. 3 Greg. Lop. en la glos. 3 de dicha ley y otras que cita.
5 Leyes 21. tit. 13. Part. 5 y *Si rem alienam.* 9. §. *omnis.* ff. *de pignor. act.*

lo, ò no de tan buena calidad como aseguró el deudor. Sin embargo el acreedor no puede de su propia autoridad prendar ò tomar los bienes del deudor, y si lo hiciere deberá ser condenado à volverlos à su dueño, y pagar al Rey otro tanto como importa la deuda, perdiendo ademas por el mismo hecho la accion que contra el deudor tenia (1).

14. El que usa de la accion hipotecaria contra un tercero poseedor, debe probar dos cosas: 1.ª que la hipotecada era del deudor, ò que el que la empeñó tenia su poder para hacerlo; 2.ª que efectivamente se la empeñaron ò hipotecaron (2). Asimismo debe hacer antes excusion en los bienes del deudor por la accion personal; porque si este tiene con que pagar, no puede reclamarse contra un tercero, à menos que la escritura contenga el pacto de *no enagenar*, en cuyo caso no es necesaria dicha excusion para intentar la accion hipotecaria (3); ò cuando el principal deudor, estando pendiente el pleito y la demanda contestada con él, vende ò trasfiere la hipoteca á un tercero (4). Es de advertir que contra este no se da el derecho de ejecutar, aunque la deuda proceda de sentencia declarada en cosa juzgada, y la obligacion sea real ò personal (5); á no ser que interviniere el referido pacto de no enagenar, pues entonces como no se trasfiere el dominio de la cosa empeñada al tercero poseedor ya sea por título oneroso ò lucrativo, antes bien es nula la obligacion, se consideran los bienes enagenados en esta forma como existentes en poder del deudor principal y verdadero (6), por cuanto este por ningun acto ni contrato puede deteriorar la condicion de su acreedor (7), y por eso tiene lugar la ejecucion, como se dirá mas extensamente cuando se trate del juicio ejecutivo.

15. Las acciones personales nacen de la obligacion con que los hombres se comprometen á dar ò hacer algo, y como son innumerables los modos de obligarse, resulta una infinidad de acciones personales, muchas de las que toman nombre de los mismos contratos, como la accion de mutuo, de depósito &c. Todas ellas convienen en lo esencial, esto es, que solo pueden intentarse contra la persona que se obligó para que entregue la

1 Leyes 11. tit. 13 Part. 5. y 1, 5 y 6. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.

2 Leyes 18. tit. 13. Part. 5. y 4. tit. 19. lib. 11. Nov. Rec.

3 Ley 14. tit. 13 Part. 5. Auth. *Hoc si debitor.* Cod. *de pign.*

4 Ley *Ea leg* Cod. *de condit. ob caus.* Paz *in Praxi*, part. 4. tom. 1. cap. 1. num 49.

5 Leyes 63. ff *de re jud.* y 1 y 2. Cod. *Quib res judic non noc*

6 Covarr lib. 3. *Var.* cap. 7. num. 6. Salg. *Labyr. cred.* part. 1. cap. 11. num. 11 al 17.

7 Ley *Debitorem.* 15. Cod. *de pignor.*

cosa debida, ó pague su estimacion y los perjuicios.

16. Diferente nuestra legislacion de la romana, no da tanta importancia como esta á las fórmulas. Asi, por ejemplo, el nudo pacto entre los romanos no tenia fuerza civil obligatoria (1), esto es, no producia accion, porque estaba destituida de ciertas palabras solemnes que constituian el contrato verbal llamado estipulacion. Por el contrario nuestra legislacion, mas atinada y justa en esta parte, da fuerza civil obligatoria á toda clase de obligacion, sea cualquiera el modo de contraerla, como se ve por las siguientes palabras de la ley, que por ser tan notable ha parecido insertarla aquí á la letra. »Pareciendo que alguno se quiso obligar á otro por promision, ó por algun contrato, ó *en otra manera*, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepcion que no fue hecha estipulacion, que quiere decir, prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fue hecho el contrato ú obligacion entre ausentes, ó que no fue hecho ante escribano público, ó que fue hecho á otra persona privada á nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daria á otro ó haria alguna cosa; mandamos que todavía vala dicha obligacion y contrato que fuere hecho en cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar á otro." Esta célebre ley fundada en una rigorosa justicia, abolió para siempre las minuciosas fórmulas con que los romanos revistieron el contrato verbal, y constituyó un nuevo modo de obligarse civilmente, dando accion á los meros pactos que antes no la tenian.

17. Entre las acciones personales hay una que no debemos pasar en silencio, pues aunque trae su origen del derecho romano (2), está recibida entre nosotros, y aun suele ser frecuente su uso en los tribunales. Esta es la que se da á los acreedores para pedir que se revoquen las enagenaciones hechas en su perjuicio por los deudores, no solo despues de pronunciada la sentencia contra estos, sino tambien antes de ella, como opina Gregorio Lopez glosando la ley de Partida que habla de esto (3). Tiene pues lugar esta accion cuando el deudor enagena sus bienes ó parte de ellos en perjuicio de sus acreedores, debiendo notarse que cuando esto se hace por titulo lucrativo, como donacion, legado &c., basta el mero hecho de la enagenacion para que competa la accion al acreedor; pero si la enagenacion se hiciere por titulo oneroso, como venta, permuta &c., es necesa-

1 Ley 10. Cod. *De pact.*
2 Llamábase Pauliana.
3 Ley 7. tit. 15. Part. 5. Gregor. Lop. en la glos. 3. de dicha ley.

rio ademas que el que recibe la cosa del deudor, sepa que este la enagena maliciosamente; pues de lo contrario no corresponderá dicha accion al acreedor. No obstante, si el que recibe la cosa fuere huérfano, no se le podrá quitar sin pagarle lo que le costó; aun cuando se le pruebe que era sabedor del engaño ó fraude (1). Tambien deben notarse las tres cosas siguientes. 1.ª Que si alguno de los acreedores cobrare antes de haberse entregado à los demas los bienes del deudor, aunque estos no basten para pagar las deudas, no podrá ser aquel apremiado á restituir lo que cobró; pero lo será si hubiere cobrado despues de hecha la entrega de los bienes á los otros (2). 2.ª Cualquier quitamiento ó remision que hiciere un deudor de lo que otro le debia á él, está sujeto á revocacion en los términos referidos, siempre que aquel á quien se remite ó condona sea sabedor del fraude con que se hizo la remision en perjuicio de otros (3). 3.ª El término para intentar esta accion es un año, contado desde el dia en que lo supiere aquel á quien corresponde (4).

18. Segun el modo con que se piden en juicio las cosas, resulta otra division de acciones en *ejecutiva* y *ordinaria*. Ejecutiva es cuando el instrumento que la produce, ó de que dimana, lo es por su naturaleza ó disposicion legal, y en virtud de él compete al acreeder esta accion: v. gr. la escritura guarentigia de plazo pasado, el papel ó vale reconocido con la formalidad judicial desde el dia de su reconocimiento, y la sentencia declarada en cosa juzgada ó ejecutoriada por tribunal superior. Ordinaria se llama la accion cuando el documento en cuya virtud se pide no trae aparejada ejecucion, ó aunque la haya traido, perdió con el trascurso del tiempo la fuerza que para pedir ejecutivamente prescribe la ley 63 de Toro.

19. Ademas de las acciones referidas con que pedimos las cosas, esto es, lo que es nuestro ó se nos debe, hay otras llamadas *penales* ó *criminales*, porque dimanan de algun delito, y se pretende por ellas que se imponga la debida pena. Entre estas y las primeras hay la siguiente diferencia, que toda accion no penal, ó *persecutoria* de las cosas, pasa á los herederos del demandante y se da contra los herederos del demandado; pero no las penales, á menos que estuviere ya contestado el pleito cuando murió el antecesor, en cuyo caso se darán tambien contra los herederos (5); debiendo esto entenderse para el resar-

1 Ley 7. tit. 15 Part. 5. Ley 6. §§. 6. y 8. ff. *Quæ in fraud. cred.*
2 Ley 9. tit. 15. Part. 5.
3 Ley 12. tit. 15 Part 5.
4 Ley 7. tit. 15. Part. 5.
5 Ley 25. tit. 1. Part. 7.

cimiento de perjuicios, ó reclamacion de alguna cosa procedente del delito (á que siempre son responsables los herederos); mas no para que estos sufran pena alguna corporal por el delito que no cometieron.

20. Tambien se subdividen las acciones en directas y útiles. Directa es la que dimana del espíritu y de las palabras de la ley (1); util la que solo procede de la mente de la ley, y no de sus palabras, ó ni de aquella ni de estas (2). Consideradas las acciones util y directa en cuanto dependen del hecho del hombre, y por él son provechosas, se da el nombre de *directa* á la que corresponde al dueño, acreedor ó cedente; y el de *util* á la que compete al sugeto á quien se hace la cesion (3); pero realmente no son sino una sola que contiene dos calidades, la una por derecho de contrato, y la otra de cesion (4). Tambien se da el nombre de directa á la accion porque directamente se origina de alguna obligacion, y el de util porque viene de la directa, y por equidad se concede al cesionario, á quien no se puede trasferir la primera, por estar radicada en la persona del cedente, y como cosa incórporea no puede hacerse entrega de ella. Por tanto la ley en lugar de las acciones directas subrogó las útiles que hacen sus veces y las representan; por lo que el cesionario ó procurador en su propia causa ejerce las útiles en su propio nombre, y las directas en nombre del cedente; y aunque este diga que se las cede, solo se entiende cedido el ejercicio de ellas (5).

21. Omitiendo otras divisiones inútiles en el estado actual de nuestra legislacion, como las que conocieron los romanos con los nombres de *actiones bonæ fidei et stricti juris*; *actiones in simplum, duplum, triplum et quadruplum*, pasaremos á dar idea de algunas acciones especiales, que se apartan algo de las reglas comunes, y ocurren frecuentemente en el foro.

22. La primera de ellas es una accion que los romanos denominaban *ad exhibendum*, y nosotros podremos llamar *exhibitoria*, ó mas bien *preparatoria*, pues consiste en que el demandante pide al juez que mande al demandado exhiba ó presente ante sí aquella cosa que pretende, para formalizar con mayor claridad su demanda, y dar las pruebas correspondientes. Esta accion no solo corresponde al que pide la cosa como suya,

1 Ley *Actio*, ff. *de negot. gest.*
2 Ley 1. ff. *de æstimat. act.* § fin *Instit. de leg. Aquil.*
3 Ley 1. Cod de *action. et oblig.*
4 Ley *Si scripti hæred.* Cod. *de petit. hæred*
5 Gras. *de cess. jur. et action.* §. 5. Parlad different. 37. Gallerat *de renuntiation* lib. 1. cap 4. num. 40 al 71.

sino tambien aquel que pretende tenerla empeñada en su favor, ú otro derecho señalado en ella. Asimismo tiene lugar á favor del legatario cuando hubiese mandado el testador que escoja de sus cosas la que le acomodare, en cuyo caso deberá manifestarlas todas el heredero. Ultimamente, si alguno hubiere unido alguna cosa agena á la suya, deberá tambien manifestarla separándola, si fuere demandada en juicio (1); á no ser que fuesen vigas ú otro material ageno empleado en edificio suyo, que entonces no debe separarse para no arruinar la obra; pero debe pagarse al dueño de las vigas el duplo de su valor (2). En suma, compete esta accion á cualquiera que tenga interes ó derecho alguno en la cosa demandada; y si alguno la destruyere ó hiciere perecer maliciosamente para frustar el intento del actor, estará obligado á pagar el importe del perjuicio ó menoscabo que jurase el sctor haberle causado esta pérdida. Asimismo si manifestare la cosa deteriorada por su culpa, y el demandante probare ser suya ó pertenecerle otro derecho en ella, habrá de entregársela el demandado, y pagarle ademas el perjuicio que le resultó de su culpa ó engaño (3).

23. Son tambien de especie particular las acciones llamadas *perjudiciales*, por el perjuicio que causan á ciertas personas, aun cuando no hayan litigado, contra la regla general de que los pleitos solo perjudican á los sugetos que como partes han intervenido en ellos (4). Tambien tienen estas acciones la particularidad de que cada uno de los litigantes puede ser actor ó reo, porque ambos las pueden intentar, aunque se considera como actor el que las entabla. Conocíanse entre los antiguos tres especies de estas acciones, á saber: 1.ª Cuando uno pretendia contra otro ser declarado libre y no esclavo suyo, ó al contrario solicitaba este que se declarase ser su esclavo y no persona libre. 2.ª Cuando uno pedia se declarase que era ingenuo, y no liberto ó *aforrado* de otro, ó bien este pedia lo contrario. 3.ª Cuando se disputaba si uno era ó no hijo de tal matrimonio, bien entre el marido y la muger, ó entre el mismo hijo y el padre. Como entre nosotros es desconocida la servidumbre de los romanos, nos contraeremos al tercer caso que es el que únicamente puede ocorrir en nuestros tribunales. Supongamos, pues, que á pedimento de Pedro se hubiese declarado ser hijo de Francisco, no solo conseguiria contra este los derechos de hijo suyo, sino

1 Ley 23. §. 5. ff. *de rei vind.*
2 Ley 16. tit. 2. Part 3.
3 Ley 27. §. 1. ff. *de rei vind.* Ley 19. tit. 2. Part. 3.
4 Ley 20. tit. 22. Part. 3.

tambien los de hermano, contra los demas hijos de Francisco, sin haber litigado con ellos.

24. Aunque en materia de contratos se da comunmente la accion contra la persona que se obligó directamente en ellos, hay sin embargo algunas acciones con que se puede demandar à ciertas personas que, si bien no intervinieron en la celebracion del contrato, las considera el derecho obligadas à su cumplimiento. Tales son, por ejemplo, los dueños de una nave ó tienda que tienen puesto para manejarla ó dirigirla algun patron, maestre ó factor, y quedan obligados por los contratos de este, en términos que pueden ser demandados, porque se considera que el factor ò maestre contrató por orden ó voluntad de ellos (1). Llamábase entre los romanos *exercitoria* la accion que se daba contra el dueño de la nave, é *institoria* la que competia contra el dueño de la tienda (2); debiendo notarse al paso, que si el factor tomare dinero prestado por orden del dueño ó sin ella, y lo emplease en utilidad del mismo, estará obligado al pago el dueño y no el factor; siendo al contrario si lo tomare sin su orden, y lo emplease en utilidad suya propia (3).

25. Explicada ya la naturaleza de las acciones segun sus diversas especies, trataremos ahora del tiempo en que deben deducirse ó presentarse en juicio para que produzcan su efecto; porque si se deja pasar el tiempo que la ley ha señalado para entablarlas, tendrá el demandado una excepcion justa fundada en la prescripcion de las mismas acciones. La ley 5. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec. dice asi: *El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no menos; lo cual se guarde sin embargo de la ley del Rey Don Alonso, que puso que la accion personal se prescribiese por diez años* (4).

26. Esta ley contiene tres partes: la primera, dice que el *derecho de ejecutar ó la accion de pedir ejecutivamente la deuda por obligacion personal, dura á lo mas diez años, y pasa-*

1 Ley 1. Cod. *de inst. et exerc. act.* Ley 2. tit. 21. Part. 4.
2 §. ult. *Inst. Quod cum eo.*
3 Ley 1. Cod. *de inst. et exerc. act.* Ley 7. tit. 1. Part. 5.
4 No hablando esta ley ni otra alguna de la Recopilacion, de la prescripcion de las acciones meramente reales, debemos decir que queda en su fuerza y vigor la de 30 años, establecida por la ley 21. tit. 29. Part. 3.

dos prescribe; lo cual se entiende de esta forma: si se pide en virtud de escritura guarentigia, empiezan á correr los diez años desde el dia en que se cumplió el plazo, y si no le contiene, ó es obligacion pura ó simple, desde el de su otorgamiento. En los papeles simples desde el de su reconocimiento, haciendo este el deudor en los términos que explicaré en el juicio ejecutivo, pues no basta el de los peritos ni informacion de testigos en caso de negativa. Si son réditos de censo de legado ánuo, dentro de los diez años siguientes á la última paga, ó á la celebracion del contrato si ninguna hubo; y entonces se pedirá la ejecucion por los nueve y medio, ó nueve y dos tercios. Y siendo sentencia declarada en cosa juzgada ó ejecutoriada, debe pedirse antes que se cumplan los diez años siguientes al dia en que se ejecutorió; pasados los cuales no se debe despachar la ejecucion, y si se despacha es nula, porque por el trascurso del tiempo prescribió, y solo queda al acreedor la accion ordinaria, la cual dura otros diez años, que con los diez de la ejecutiva son veinte. Cumplidos estos no puede pedir en juicio ejecutiva ni ordinariamente, porque tiene contra sí la presuncion legal de estar satisfecha ó remitida la deuda, y si no lo está, échese el acreedor á *sí* propio la culpa de su omision en no haber pedido en tiempo hábil; pues de no prefijarse este, serian eternas las obligaciones é interminables los pleitos y acciones, y se irrogarian notables perjuicios al Estado.

27. La segunda parte dice: *que la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ella, prescribe por veinte años y no menos*; v. gr. en este caso: Pedro prestó á Juan mil reales ante testigos, y por no habérselos pagado al plazo estipulado, se los demanda judicialmente; el deudor niega la deuda, y en el término ordinario de prueba justifica Pedro la certidumbre de su pretension; en fuerza de lo cual se condena á Juan en definitiva á la satisfaccion de ellos, y se ejecutoria por tribunal superior, ó declara el mismo juez por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia. En este caso hay accion personal, porque Pedro siempre la tuvo para pedir á Juan lo que le debia, y hay ejecutoria dada sobre la accion, porque se declaró en juicio, y así desde el dia en que se da la ejecutoria ó declara la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, empiezan á correr, y deben contarse los veinte años de este modo: los diez para pedir ejecutivamente, y los otros diez para demandar ordinariamente dentro de ellos, si en los primeros calla, por haber perdido el vigor ejecutivo que en estos tenia; de suerte que si dentro de los veinte no usa de su

derecho en la forma expresada, no puede intentar despues accion ejecutiva ni ordinaria contra su deudor, por haber espirado ambas por lapso de tiempo, y presumirse pagado ó remitido el débito.

28. La tercera parte manda: *que cuando en la obligacion hay hipoteca, lo cual equivale á ser mixta de real y personal, ó cuando el deudor obliga su persona y bienes, prescriba la deuda por treinta años y no menos:* de suerte que en los diez primeros puede el acreedor pedir ejecutivamente; y si no lo hace le queda el recurso de demandar ordinariamente en los veinte restantes. Si espiran los treinta sin haber usado de las referidas dos acciones, ninguna le corresponde para demandar despues en juicio el débito; y aunque lo demande no será oido, si el deudor es poseedor de buena fe, y excepciona la prescripcion, pues se presume pagado por no ser regular que el acreedor se esté tanto tiempo sin usar de su derecho. Sin embargo algunos usan del medio y cautela de pedir que el deudor no solo reconozca bajo de juramento el vale ú obligacion, sino que declare si debe su importe, para hacer que de este modo reviva la accion extinguida por el trascurso del tiempo, en caso que lo confiese todo; y asi lo aconsejan Olea, Gutierrez y otros. Es de advertir que sin embargo de la prescripcion que conceden las leyes, el deudor no se exime en el fuero interno de responsabilidad si no paga la deuda pudiendo hacerlo.

29. Los capitales de los censos al quitar nunca prescriben, porque la hipoteca siempre está ligada con la responsabilidad hasta que se liberta, y porque el tiempo no corre contra el que tiene legítimo impedimento. Ademas, como por la naturaleza de este contrato y disposicion de la bula de San Pio V. está imposibilitado el censualista de pedir su capital cuando quiera aunque lo necesite, pues su entrega y redencion queda al arbitrio y voluntad del censuario, excepto en algun otro caso; por eso no se puede prescribir sino los réditos, permitiéndose solo exigir ejecutivamente los devengados en los nueve años y medio, ó nueve y dos tercios últimos, segun los plazos de la escritura primordial de su constitucion, aunque hayan pasado cuarenta, ochenta ó mas: el importe de los restantes hasta veinte años, ha de pedirse en via ordinaria, que con los nueve y dos tercios de la ejecutiva son veintinueve y dos tercios por la accion mixta, que prescribe por treinta años; mas no pedir los nueve y dos tercios en via ejecutiva, y despues los treinta ó veintinueve y dos tercios en la ordinaria, porque de esta suer-

te serian treinta y nueve y dos tercios, y se haria revivir una accion personal prescrita por la ley en los veinte años; y asi en los treinta se incluyen los diez en que prescribe el derecho de ejecutar; lo cual he visto ejecutoriado en el Consejo, modificando cierta sentencia de uno de los tenientes de corregidor de Madrid. El que quisiere enterarse de las prescripciones, vea las leyes y autores que se citan (1).

30. Mas limitado término tienen los criados para pedir judicialmente á sus amos los salarios devengados en su servicio, pues pasados tres años despues de haber salido de su casa prescribe el derecho de reconvenirlos ejecutiva y ordinariamente sobre su pago, mas no si prueban habérselos pedido en este intermedio y que no quisieron pagárselos, porque la interrupcion impide la prescripcion (2), y si estan enfermos no se les debe salario durante su enfermedad (3), segun algunos autores, cuya opinion es la que sigo.

31. Si sirven á prelados, consejeros ú otras personas semejantes, para pedir sus débitos por dicha razon han de tener asiento formado por sus amos ó por quien su poder tenga, ó estar sentados por tales con salario asignado en el libro en que los demas lo esten, ó confesarlo sus amos en juicio, ó acreditarlo por escritura; pues no es suficiente la prueba de testigos, ni otra alguna que no sea de las referidas; lo cual no se entiende con las criadas que no son sus parientas, ni con los criados de mercaderes, oficiales menestrales y libradores, pues con ellos se ha de observar lo expresado en el párrafo precedente (4). De las ejecuciones de los créditos de criados, jornaleros, artesanos ó menestrales, acreedores alimentarios de comida, posada, alquileres de casa y otros semejantes, pueden conocer los jueces ordinarios, aunque los deudores sean criados del Rey, militares (5) y matriculados de marina, ó gocen de otro fuero, pues todos estan derogados en esta parte por las Reales cédulas de 16 de setiembre y 26 de octubre de 1764, y 6 de diciembre de 1785, que son las leyes 12, 13 y 14. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec., y tambien hacen al propósito las 15 y 16 siguientes. Ex-

1 Los tit. 29. Part. 3. y 8 lib. 11. Nov. Rec Gom. en la ley 63 de Toro. Bayo *de præscriptionib.* Gutierr. *Repet* leg. *Nemo potest* ff. *de leg.* 1. desde el num. 480 al 495 y otros.

2 Ley 10. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

3 Parlad. different. 130. §. 9. Gom. lib. 2. *Var.* cap. y num. 3. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 13. num. 8.

4 Ley 11. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

5 Sobre el fuero militar en lo civil y criminal rigen actualmente los dos Reales decretos de 9 de febrero de 1793, 24 de abril de 1796 y otros que pueden verse en el lib. 6 tit. 4. Nov. Rec.

ceptúanse de esta disposicion los militares incorporados en sus respectivos cuerpos, y residentes en los destinos de estos, y los que esten empleados mientras se hallen en el lugar de sus empleos; como tambien los matriculados de marina cuando esten destinados á la tripulacion, armamento ó maestranza de algun buque ó departamento, y no en otros casos unos ni otros. De las demandas que los referidos acreedores pongan, pueden conocer los expresados jueces ordinarios, sin embargo de que no presenten desde luego documento que justifique la deuda, y traiga aparejada ejecucion; en cuya atencion el demandado debe contestar á la demanda que le ponga su acreedor ó criado, como se previene en otra Real cédula de 19 de junio de 1788; corriendo á los artesanos ó menestrales el interes mercantil de un seis por ciento, y á los criados el de tres desde el dia de la interpelacion judicial, para resarcirles el menoscabo que reciben en la demora y retardacion del pago (1).

32. Los boticarios, joyeros, especieros, confiteros y otros que tienen tiendas de comestibles, pasados tres años no pueden pedir en juicio lo que hayan dado de sus tiendas, ni las hechuras de lo que hayan trabajado (2); ni tampoco los abogados, procuradores y solicitadores ó agentes de negocios sus derechos y salarios (3), previniendo que la ley 9 citada al pie, no se debe renunciar, y aunque se renuncie no vale su renunciacion. Lo mismo deberá proceder para con los notarios y escribanos por los suyos, porque milita igual razon.

33. La obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos, es nula (4), y la que hace el que está para casarse á favor de mercader, platero ú otra persona semejante, de pagarles el importe de las mercaderías que para ello le han dado fiadas; pues no pueden demandárselo judicialmente, como dispone el párrafo 26 del auto 4. tit. 12. lib. 7. Rec. ó 2. tit. 8. lib. 10. Nov. Rec.; cuyo tenor es el siguiente: *Para remediar el imponderable abuso que con el mismo motivo de bodas se experimenta en estos tiempos, mando que los mercaderes, plateros de oro y plata, longistas ni otro género de personas, por sí ni por interposicion de otras, puedan en tiempo alguno pedir, demandar ni deducir en juicio las mercaderías y géneros que dieren al fiado para dichas bodas á cualesquiera personas de cualquier estado, calidad y condicion que sean.*

34. En observancia de esta legal disposicion he visto ejecu-

1 Leyes 12 y 13. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.
2 Ley 10. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.
3 Ley 9. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.
4 Ley 7. tit. 23. lib. 12. Nov. Rec.

toria de los señores del Consejo en sala de Provincia, confirmatoria de cierta sentencia dada por Don Juan Gayon, teniente corregidor que fue de Madrid, ante Don José Rubio Berriz, escribano de cámara del de Hacienda, siéndolo del número de ella en el pleito ejecutivo que en el año de 1760 movió Don Antonio Zorraquin, mercader, á Don Eugenio Cachurro, sobre pago de mas de doce mil reales, procedentes de géneros que para su boda le habia fiado; por cuya sentencia declaró el teniente por nula la escritura de obligacion, como hecha contra expresa ley del reino, no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y que Zorraquin no podia demandar en juicio en tiempo alguno el importe de los géneros; y habiendo interpuesto este apelacion para ante dichos señores, declararon por nulos los autos obrados (pues el teniente no debió admitir la demanda por ser contra derecho) y que Zorraquin en ningun tiempo podia demandar à Cachurro las mercaderías que le habia fiado.

35. Causó bastante novedad en la Corte esta decision, porque se ignoraba y no estaba en uso el auto acordado inserto, sin embargo de ser moderno, y de haber habido otros dos ejemplares años pasados en la misma sala; pero de nada sirvió al actor la excepcion del no uso que alegó, ni la de haber otorgado el reo la escritura despues de casado, porque la causa de deber traia su origen desde antes de casarse; el contrato se habia perfeccionado entonces, y no despues, y verificádose el fin de la legal prohibicion: à mas de que manda justamente el derecho Real (1): *que todas las leyes del reino que no se hallen expresamente derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la escusa de decir que no estan en uso;* pues muchas veces no se usa de ellas porque no ocurre el caso específico de la ley, ó aunque ocurra, como la ignoran los contrayentes, no se aprovechan de su auxilio, ó por evitar pleitos y dispendios transigen y se componen; y la ley solo cesa porque no subsiste el fin para que se estableció, por derogacion ó dispensacion del legislador, por privilegio ó costumbre contraria, generalmente observada en alguna provincia, pues no siendo general será corruptela y no costumbre (2). El que quisiere saber qué es costumbre, sus cuatro géneros y otras varias cosas relativas à ella, vea à Reinfest. lib. 1. *Decretal.* tit. 4. §§. 1 al 8.

36. Conocidos ya los términos legales concedidos para ha-

1 Leyes 3 y 11. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.
2 Ferrar. *Biblioth.* en la palab. *Lex*, art. 5. num. 1 al 50.

cer uso de las acciones, resta tratar de la acumulacion de ellas. Es de dos maneras: *propia é impropia*. La propia ó simultánea es union de diversas acciones propuestas y deducidas en un mismo juicio, tiempo y demanda; y la impropia ó sucesiva es la que se hace en diverso tiempo y demanda hasta la contestacion del pleito.

37. En una demanda puede proponer y acumular el actor contra uno ó mas sujetos muchas y diversas acciones civiles ó criminales por distintas causas y razones, con tal que no sean contrarias entre sí, pues si lo son, es necesaria para ello nueva instancia ó interpelacion (1).

38. Cuando los derechos son tales que no se quitan por la eleccion, se pueden proponer subsidiaria y condicionalmente en una demanda dos remedios contrarios, como alegar que el testamento es nulo, y caso que sea válido, que es inoficioso; ó que es nulo el contrato, y que cuando no se estime por tal, al menos debe ser restituido el contrayente, por haber sido perjudicado en él.

39. Tambien puede pretender á un mismo tiempo el actor la propiedad y posesion (2), aunque lo mejor es pedir solo esta, asi por ser mas facil de probar y mas difícil el quitársela, tenga ó no título para ella, como porque si la pierde, le queda el remedio de la propiedad; y al contrario siendo condenado en el juicio petitorio no puede intentar el posesorio, porque aquel abraza á los dos (3).

40. No se pueden acumular las acciones cuando una depende de la otra, como si el que con título de heredero quiere cobrar deuda hereditaria, pide despues se le declare por heredero, pues primero debe hacer constar serlo, que intentar la cobranza, y asi no se le admite; ni cuando las acciones son tales que la eleccion de la una excluye ó extingue la otra, ni cuando se oponen de tal suerte que la sentencia absolutoria dada en la una produce excepcion de cosa juzgada en la otra; ni cuando son contrarias en el ejercicio y no en el origen, pues siéndolo solamente en este no cesa la una por la eleccion de la otra.

41. Lo propio sucede cuando la una es *perjudicial*. Llámase

1 Ley 7. tit. 10. Part. 3. que al principio dice: *Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrándolas é razonándolas todas en uno, solo que non sea contraria la una á la otra: cá si tales fuesen, non lo podria facer.*

2 Leyes 27. tit. 2. Part. 3. y 4 tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

3 Leyes 27 y 28. tit. 2. Part. 3.

perjudicial una causa cuando la sentencia dada en ella produce real y verdaderamente, ó puede producir, excepcion de cosa juzgada en otra (*); ó cuando es mayor, y por razon de su mayoría no admite consigo otras, ó es de mayor perjuicio ó prelacion en cuanto al orden judicial, por no poderse seguir ambas, sin invertirse este; ó no son compatibles; ó cuando la una es universal, v. gr. la peticion de herencia, y la otra particular, por ejemplo, de una cosa de esta; ó una es de cosa principal, v. gr. sobre el dominio de la cosa, y la otra accesoria, esto es, sobre sus frutos y servidumbres; ó una civil de una cosa, y la otra criminal de otra; y en otros varios casos.

42. Pero si se oponen muchas acciones, que se dirigen á diversos fines, y de ninguna manera son contrarias entre sí, se deben acumular, como cuando uno pretende ciento por razon de venta, y otros ciento por la de mútuo, sino es que haya mayoría entre ellas; v. gr. si la una es civil y la otra criminal, en cuyo caso, como que esta es mayor por interesarse el bien público en el castigo de los delitos, se ha de proseguir y finalizar, suspendiéndose hasta su decision la civil.

43. Lo mismo procede siendo diversas en número y especie, como las de contrato, depósito y arrendamiento, ó solamente en número, v. gr. cuando uno es heredero y partícipe con otros en muchas herencias, y tienen varias compañías y depósitos, pues en el primer caso se acumularán en diversas demandas, y en el segundo en una; de suerte que habrá una conclusion, juicio y sentencia, y no teniendo lugar la acumulacion, debe el reo oponer esta excepcion, porque no oponiéndola, valdrá, á menos que el actor proponga al principio una de las que cesan por la eleccion, en cuyo caso, aun sin oponerla, no se deben acumular, porque con la eleccion de la una queda suprimida *ipso jure* la otra.

44. El actor puede demandar civilmente á muchos en un escrito por una misma cosa ó hecho, ó por varios. Tambien puede intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos, no por uno solo, ni tampoco contra dos ó mas personas, sino que sea por su propia injuria ó de los suyos (1); mas por un delito puede acusar á un tiempo muchos cómplices.

45. Cuando por un hecho ó delito competen al actor las dos acciones civil y criminal contra el reo, como por hurto, mala

* De suerte que perjudiquen aun á los que no han litigado entonces, sin embargo de que generalmente el juicio determinado con unos, no perjudica á otros. Puede verse sobre esto la ley 20. tit 22. Part. 3.

1 Ley 2. tit. 1. Part. 7.

versacion y extravío de caudales, puede elegir la que quisiere, pues no se le permite usar principalmente y á un tiempo de ambas.

46. Esto se amplía en primer lugar, cuando la una es perjudicial de modo que la sentencia dada en ella produce excepcion de cosa juzgada en la otra; en segundo lugar, cuando del mismo hecho resultan varias acciones; y en tercer lugar, cuando el turbado en la posesion intenta el remedio civil, pues mientras dura, no puede intentar el criminal; de suerte que, hasta que se termine en el juicio la accion que propuso sea civil ó criminal y se ejecute la condenacion, no ha de intentarse la otra.

47. Pero se limita en caso que haya usado principalmente de la criminal, y en el propio escrito por un otrosí, ó por incidencia de la civil, pues si intentó esta principalmente, no puede entablar por consecuencia la criminal, hasta que la civil se concluya reservándose á este efecto usar de ella á su tiempo, que es despues de sentenciada la primera (1).

48. Se entiende principiada ó elegida la accion civil expresamente cuando el actor la dedujo en demanda formal, pretendiendo se condenase al reo á la restitucion de los intereses, daños y cosa hurtada, ó su importe, y tácitamente cuando en el primero y demas pedimentos en que solicita que el reo ó testigos declaren al tenor de varios particulares, ó que se practiquen varias diligencias para deducirla en su vista, especifica y manifiesta que es para el fin de reintegrarse de sus intereses

49. Se dice incoada la accion criminal cuando en dichos pedimentos expresa que es para que se castigue al reo, pues como en los juicios se debe proceder con franqueza y verdad, aunque estas diligencias no son mas que actos preparatorios, los pedimentos en que se pretenden manifiestan la intencion del actor y eleccion de la accion: de modo que aun cuando despues se retracte de cualesquiera palabras que aludan á declarar, y quiera intentar la otra, no se le admitirá, y deberá seguir la empezada: lo cual he visto declarado por la sala de alcaldes de Corte confirmando otro auto, en que habia mandado repeler la demanda criminal de una causa suscitada sobre extravíos de caudales, y reservarla en el oficio para su tiempo, mandando al actor que usase de la que correspondia segun el estado de la causa.

50. Pero si en los pedimentos preparatorios protesta usar, evacuadas que sean las diligencias pedidas, de las acciones civil

1 Ley 18. tit. 14. Part. 7.

y criminal que le competen, y resulta probadas por ellas la criminalidad, puede hacerlo; no resultando esto en bastante forma, debe hacer uso de la civil, y si en la sentencia fuere condenado el reo, pretender despues su castigo, ó imponerle el juez de oficio; porque como para proceder criminalmente contra alguno no basta la presuncion de que hay delito, sino que es preciso que conste clara, real y verdaderamente haberse cometido, ha de intentarse primero la accion civil, y luego proceder y pedir con arreglo á la sentencia que se dé acerca de ella.

51. Si el actor deduce su accion civil, y el reo propone despues principalmente acusacion criminal contra él, se debe suspender la civil y decidir antes la criminal, por ser esta perjudicial y mayor que aquella; y decidida la criminal, perjudicial por la absolucion, puede procederse en la civil, mas no si es por condenacion, pues entonces perjudica la sentencia á la civil; pero si la criminal no es perjudicial, de modo que la sentencia dada en ella no produce excepcion de cosa juzgada en la civil, definase por absolucion ó por condenacion, puede intentarse la civil, decidida que sea la criminal.

52. Lo propio milita en la civil si es perjudicial á la criminal; pues aunque esta es mayor, tiene mas rigor el perjuicio, y ofrece impedimento mas fuerte que la mayoría; como si uno acusa de adulterio á otro, y este dice que el acusador es su esclavo, en cuyo caso primero se ha de conocer y determinar acerca de la libertad, porque siendo siervo no puede acusarle.

53. Es tan constante lo expuesto, que asi como el acusado criminalmente mientras se trata de su criminalidad, y hasta que se decida, no puede reconvenir civilmente á su acusador, para que no se distraiga de la prosecucion de su juicio, porque se interesa el público en que no queden impunes los delitos, asi tampoco el acusador puede reconvenir civilmente al acusado, aunque las causas sean enteramente diversas, lo uno para que con este motivo no se halle impedido de hacer sus defensas, y lo otro por razon de la mayoría de la criminalidad.

54. Mas los autores limitan esto: en primer lugar, cuando importa al reconvenido que se sobresea, y no en otra forma; en segundo lugar cuando la accion criminal es perjudicial, mas no cuando no lo es, y antes bien son compatibles, pues entonces en ambas se ha de proceder para abreviar los pleitos, aunque primero se ha de despachar la criminal; en tercer lugar, cuando esta se pone manifiesta y no presuntivamente con solo el fin de que se suspenda la civil; y en cuarto lugar, cuando el acusador

por su culpa ó negligencia tardó mucho tiempo en poner la acusacion al actor que le demandó civilmente, en cuyo caso se presume que procede con malicia para calumniarle.

55. Sobre cuando se puede decir que fue demasiado negligente el acusador, estan discordes los autores por no haber ley que lo declare. Unos dicen que se debe tener por tal, si esperó á deducir la criminalidad despues de la contestacion de la demanda civil; otros sino lo hizo hasta la conclusion de esta; y otros afirman que despues de pronunciada la sentencia se puede proponer, y el efecto será diferir su ejecucion hasta que se determine sobre el crimen, como cuando toda la fuerza y prueba del actor consiste en testigos ó instrumentos, y por ellos se ha de sentenciar, pues entonces si por su falsedad se revoca segun derecho la sentencia (1), con mayor razon se debe diferir su ejecucion hasta que se determine sobre la falsedad, por ser mejor evitar el daño, que tener que buscar el remedio despues de sucedido. Mas esta diversidad de pareceres puede conciliarse diciendo: que cuando la falsedad que se opone despues de la conclusion ó sentencia consta evidentemente ó aparece por indicios muy claros y presunciones indubitables conforme á derecho, ó se puede probar incontinenti, en cuyos casos no se verifica malicia, se ha de sobreseer en la causa primera sea civil ó criminal.

56. En quinto lugar, se limita lo expuesto cuando se propone la acusacion no solo contra los testigos ó el escribano que hizo el instrumento, sino tambien contra el que lo presenta; mas no cuando no se propone contra este; bien que algunos opinan que de cualquier modo que se objete la falsedad, se debe suspender la causa civil, y retardar la ejecucion segun el derecho romano: lo uno, porque tanto la excepcion como la acusacion de falsedad del instrumento es perjudicial á la causa civil, y la sentencia dada sobre aquella obsta á la que se ha de dar en esta; y lo otro por razon de la mayoría y preeminencia, por las que la causa criminal debe preceder á la civil; cuyo dictamen es mas equitativo, y como tal debe seguirse, especialmente en causa criminal de tal naturaleza que pudiese recaer en ella pena capital ú otra aflictiva, pues seria sumamente inicuo y duro que por no esperarse un poco tiempo en la averiguacion de la falsedad, se causase un gravísimo é irreparable daño al acusado. Para usar de la accion criminal contra la parte y tes-

1 Leyes 116. tit. 18. 13 y 19 tit. 22. Part. 3.

tigos ó instrumentos, se debe previamente preguntar al contrario si quiere aprovecharse de los que hubiere presentado; y respondiendo que sí, se le pone la acusacion. Esta pregunta sirve para que si ve antes la acusacion, no pueda arrepentirse, por no incurrir en pena de falsario, y no puede escusarse á dar respuesta categórica, ni el juez ha de hacer dicha pregunta de oficio, sino á instancia de la parte, ó esta por sí. Pero si aun probada la falsedad de los testigos ó instrumentos producidos, tuviere el actor otros de que valerse para calificar su intencion, no se ha de sobreseer en la causa principal.

57. En sexto lugar, se limita cuando se intenta la accion criminal por el reo demandado, mas no si es por un tercero, v. gr. el fisco ó juez de oficio; pues en este caso no se suspende la causa principal civil, ni por esta la criminal, si tambien es principal, porque lo que unos hacen no perjudica ni debe dañar á otros. En séptimo lugar, se limita en las causas civiles de posesion, aunque el crimen se oponga por via de excepcion, porque el posesorio es sumario, y la accion criminal exige mayor conocimiento de causa. Y en octavo lugar, se limita lo dicho en el párrafo 53 cuando la causa principal civil se puso ante el superior y la criminal ante el inferior, ó ambas ante dos jueces iguales en jurisdiccion, porque el igual no puede inhibir á otro igual, y mucho menos el inferior al superior; bien que el juez de la causa criminal puede prohibir al litigante de la civil que la prosiga hasta que aquella se determine.

58. Pero si el actor propone su accion y el reo su acusacion, no principalmente sino por incidencia ó via de excepcion para eludir su accion, como si pide el actor la herencia ó cosa donada en virtud de testamento ó donacion, y el reo para enervar esta pretension, excepciona la falsedad de estos documentos; en este caso no se suspende la causa civil, y antes bien se debe proceder en ella, examinar en su progreso esta excepcion como perentoria, y determinarla en la sentencia segun lo justificado.

59. Si ambas acciones ó causas de actor ó reo fueren criminales, pero la segunda mayor que la primera, se ha de sobreseer en esta, y ventilarse y resolverse aquella, y hasta que esté decidida no se ha de tratar de la primera; pues cuando un delito es mayor, hace que se suspenda el conocimiento del menor hasta su decision, excepto en el caso que expresa la ley 4. tit. 10. Part. 3, cuyas son estas palabras: *Mas si las demandas que face la una parte á la otra fueren de acusamiento en que haya pena de cuerpo ó de aver; la que fuere mayor debe primero*

ser oida é librada ante quien comiencen la menor á oirla. Fueras ende si el que face la menor acusase á la otra parte en razon de mal ó de tuerto (agravio ó sinrazon) que fuere fecho á él ò á los suyos: cá entonces deben ser tales acusamientos oidos, é librados en uno.

60. Y si dos acusan á un reo ante uno ó mas jueces, el uno por delito grave y el otro por leve, se ha de tratar primero de este que de aquel, porque si tratare primero del delito mayor, sucederia que el acusador del menor se quedaria sin la correspondiente satisfaccion de su injuria, y el reo sin el castigo merecido por ella, siendo asi que un crimen no debe motivar la impunidad de otro.

CAPITULO SEGUNDO.

De los interdictos.

§. 1. Origen y naturaleza de los interdictos.
2. ¿Cuantas especies hay de ellos?
3. Del interdicto para adquirir la posesion.
4. Del interdicto para retenerla.
5. Requisitos necesarios para que corresponda este interdicto.
6. Casos en que se usa de él.
7. ¿Contra quien corresponde?
8 y 9. Del interdicto para recobrar la posesion.
10 y 11. ¿Que término se concede al despojado para usar de su derecho, y contra quien?
12. Este interdicto solo tiene lugar en el despojo de fincas, ó en el de cosas incorpóreas, como las servidumbres.
13. Corresponde contra el juez que despojó sin conocimiento de causa.
14. Se concede tambien contra aquel de quien adquirimos la posesion por fuerza ó clandestinamente.
15. ¿Contra quienes no compete?
16 y 17. ¿Quienes no pueden intentar este remedio?
18. De los interdictos prohibitorios: ¿que es denuncia de nueva obra?
19. ¿Que se entiende por obra nueva?
20. ¿Como se hace esta denuncia?
21. ¿En donde debe hacerse?
22. Efectos de la denuncia.
23. De otro interdicto para precaverse del daño que amenazan las obras viejas.
24. ¿A quien corresponde esta accion?
25. ¿En que casos se da este interdicto?
26. ¿Cuantas cosas deben concurrir para intentarse esta accion?
27. La misma va siempre activa y pasivamente con el dominio.
28. Caso de excepcion en que puede intentarse esta accion sin que preceda haberse hecho alguna obra ó *manufacto*.
29. ¿Contra quien no puede intentarse esta accion?

1. Ademas de las acciones de que se ha hablado en el capitulo anterior, ocurren otras extraordinarias llamadas *interdictos*, con los cuales se pretende adquirir de pronto, retener ó recobrar la posesion, para cuya inteligencia es de saber, que las causas sobre posesion se dividen en *plenarias* y *sumarias*. Llámanse plenarias las que se siguen por el modo y trámites de cual-

quier juicio ordinario: sumarias son aquellas que se sustancian y deciden brevemente, sin observarse en ellas las solemnidades del juicio ordinario, ni admitirse apelacion de sus sentencias, ó si se admite es solo en el efecto *devolutivo* (1). El que pretende tener derecho sobre esta posesion momentánea, usa del interdicto que le corresponde, y en un breve juicio se declara quien ha de tener la posesion, mientras en otro mas largo se ventila el derecho de propiedad ó la verdadera posesion. Con este remedio se trató de evitar las pendencias que necesariamente debian suscitarse entre los hombres sobre quien habia de poseer las cosas cuya pertenencia no estuviese aun decidida por un juicio.

2. Hay varias especies de interdictos, de los cuales hablaré en particular, empezando por la division mas conocida y de mayor uso, á saber: interdictos para *adquirir, retener, y recobrar* la posesion, ó como se llamaban en el derecho romano de donde han pasado al nuestro *adipiscendæ, retinendæ et recuperandæ.*

3. Con el primero de estos tres interdictos se trata de conseguir brevísimamente la posesion de una cosa, y para que esto se comprenda mejor citaré dos ejemplos sacados de nuestras leyes. Redúcese el primero à que mostrando alguno delante del juez testamento otorgado en forma, no raido ni cancelado, en el cual se halle instituido heredero, debe el juez entregarle la tenencia y posesion de los bienes hereditarios, sin que tenga derecho para detenerlos cualquiera que se hallare poseedor de ellos, alegando que el testamento era falso, ó que no pudo otorgarlo el que le hizo por estarle prohibido ó por otra causa semejante, á menos que se ofrezca luego á probarlo, en cuyo caso deberá el juez detener la entrega y recibir pruebas en razon de ello (2). El segundo ejemplo muy parecido al primero se ofrece en una ley de la Nov. Rec. (3), la cual manda que el juez ponga en posesion pacífica de los bienes hereditarios á los hijos ú otros parientes inmediatos que tenga derecho de heredar al difunto por testamento ó abintestato, previa la debida informacion de ello; y manda al mismo tiempo que nadie ose tomar posesion de dichos bienes á título de que se halla vacante la herencia, y que los herederos no la han tomado corporalmente, so pena que los que entraren ó tomaren tales bienes sin licencia ni autoridad del juez competente, pierdan por el mismo hecho todo el derecho que en ellos tenian, y les pertenecia en cualquier manera; y si

1 Gomez en la ley 45 de Toro. Salgad. *de reg. protect.* part 3. cap. 12. num. 30 y 34.

2 Ley 2. tit. 14. Part. 6.

3 Ley 3. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.

derecho en ellos no tuvieren, que restituyan los bienes tomados con otros tales y tan buenos, si pudieren ser habidos, ó la estimacion de ellos; procediendo en todo esto la justicia *sumariamente* sin figura de juicio, aunque apoyándose en plena prueba, como dice Acevedo en dicha ley 3. num. 72 y 73 (*).

4. El segundo interdicto dirigido á conservar ó retener la posesion, corresponde á todo el que la tiene, sea la civil ó la natural (**); pero no compete á los meros detentadores ó que no tienen posesion alguna, y cuando mas podrán implorar el oficio del juez si fueren expelidos para que les restituya ó reintegre contra los que molestaron ó turbaron su detentacion, en cuyo caso se hallan el comodatario, el depositario y otros que tienen la cosa en nombre ageno.

5. Para que corresponda este interdicto al poseedor se requiere que no tenga la posesion dimanada de su adversario por fuerza, clandestinamente ni en precario ó à ruegos; bien que no le servirá de obstáculo el tenerla de otro extraño por uno de los tres medios referidos (1).

6. Usase de este interdicto cuando dos tratan de litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y cada uno de ellos pretende poseerla, cuya discusion debe preceder al juicio petitorio; pues para dirigir su accion real debe probar el actor que el reo posee, como ya se ha dicho, y no puede haber litigio de propiedad sin que uno sea actor ó demandante, y el otro poseedor. Por consiguiente es preciso decidir la posesion interina, antes de entablar el juicio petitorio, evitándose ademas por este medio las pendencias que podrian suscitarse con motivo de esta momentánea posesion. La sentencia que se da en este caso es interlocutoria, porque solo es interina mientras se decide el pleito principal sobre la propiedad ó posesion plenaria de la cosa; y asi suele concebirse dicha sentencia en estos términos: *Entre tanto que este pleito se ve y determina definitivamente, sin perjuicio del derecho de las partes en posesion y propiedad.*

7. No solo corresponde este interdicto contra otro que pretenda la misma posesion, sino tambien contra aquel que sin pretenderla nos inquieta y molesta en la que tenemos, no dejándonos usar de la cosa á nuestro arbitrio, v. gr. sembrar, cavar,

* De este interdicto trata largamente Gomez en la ley 45 de Toro, desde el número 120 al 168.

** Posesion natural, como ya se dijo en otra parte, es la que uno tiene por sí mismo corporalmente; civil es la que tiene por otorgamiento de la ley, v. gr. cuando uno sale de su casa ó heredad, no con ánimo de desampararla.

1 §. 4. *Inst. de interdict.*

labrar, edificar (1). El que intenta en este caso el interdicto debe probar que es poseedor al tiempo de la contestacion del pleito, y que el reo á quien demanda le turba en la posesion, pidiendo en consecuencia que el juez declare ser él poseedor, mande que el reo no le moleste en lo sucesivo en su posesion, y le pague los perjuicios que le haya causado por ello, y á este tenor lo debe declarar el juez.

8. El tercer interdicto se dirige á recobrar la posesion perdida, y es el mas favorecido por las leyes, porque asi lo exige la tranquilidad pública, en razon de que sin este remedio serian continuos los despojos. Asi, pues, la ley dispone que al que está en posesion de una cosa no se le quite sin que primero sea oido y vencido en juicio, de suerte que no valga la Real cédula que se expida en contrario (2), porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee (3); y asi no probando el contrario su intencion en debida forma, se debe conceptuar el otro por poseedor, aunque ningun título tenga para ello (4).

9. Pero esto se entiende cuando es poseedor de buena fe, y no despojó al otro clandestinamente ni por fuerza de la cosa; porque si le despojó de esta suerte, justificado que sea, el despojado y sus herederos y sucesores, deben ser restituidos á la posesion ante todas cosas sin citar al despojador, aunque quiera probar ó pruebe inmediatamente su dominio, pues se le ha de reservar su derecho para que lo deduzca en el juicio correspondiente que es el petitorio (5). Asimismo si el despojado percibia réditos ó renta anual del difunto, que otro poseia, se le debe restituir, para que continue en su percepcion (6); pues asi como el despojador hizo el despojo de propia autoridad sin dar lugar á que el despojado fuese oido, asi tambien es justo que en pena de su delito y atentado restituya sin que se le oiga, y que se le juzgue del mismo modo que procedió (7).

10. Si el despojado usa de su derecho por via de accion, tiene para ello de término un año util; pero si lo intenta por via de excepcion, dura perpetuamente, porque lo que ha de demandarse en tiempo limitado, es perpetuo para excepcionarse.

11. Se le permite usar de dicha excepcion no solo contra el despojador ó el que mandó hacer el despojo, ó posee la cosa, ó

1 Gomez en la ley 45 de Toro, num. 170.
2 Ley 2. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.
3 Leyes 128. ff. *de reg. jur.* y 2. ff. *Uti possidetis.*
4 Ley 28 tit 2. Part. 3.
5 Leyes 5. tit. 8 Part. 3. y 10. tit. 10. Part. 7.
6 Cap fin. *de restit. spoliator.*
7 Cap. 5. *de restit spoliator.*

la recibió, sabiendo que habia sido quitada por fuerza, sino tambien contra el que la enagenó á persona mas poderosa ó de otro fuero para que no se la quitasen; y no queriendo demandársela puede pedirles su estimacion (1).

12. Dicho interdicto ó accion solo tiene lugar en el despojo de fundos, edificios y otros bienes raices poseidos civil ó naturalmente, y en el de cosas incorpóreas, como servidumbres y otros derechos, no en el de los muebles, á menos que esten en aquellos, pues entonces se puede intentar por todos juntamente. Compete al despojado asi contra el mayor de veinticinco años y capaz que le despojó violenta ó clandestinamente, aunque no posea la finca, y contra su poseedor y apoderado, como contra el que mandó despojar ó aprobó el despojo hecho en su nombre, no contra otros (2); por lo que si uno quita por fuerza à otro alguna cosa suya, ó en que tenia algun derecho, pierde el que le competia en ella, y si ninguno le tocaba debe restituirla con todos los frutos percibidos y pendientes y que pudo haber procedido, ó con otro tanto como valian. Ademas si la cosa se deterioró ó perdió despues, está obligado à pagar su valor en pena, porque debió haberla pedido ante juez competente, y no tomarla de propia autoridad, haciéndose juez en su misma causa (3), pero conseguida la restitucion de uno de los expresados, no se le permite molestar á los otros (4).

13. Asimismo corresponde esta accion contra el juez incompetente, pues por carecer de jurisdiccion se reputa persona privada; y aun contra el competente que despojó de la posesion sin conocimiento de causa, porque por haberse excedido de los límites de su oficio se reputa incompetente. Lo propio milita, aunque proceda legalmente, si en la sentencia cometió algun exceso ó vicio sustancial (5).

14. Tiene de singular este interdicto, que se concede tambien contra aquel de quien adquirimos la posesion por fuerza, clandestinamente ó á sus ruegos (6); à diferencia del de retenèr que cesa en este caso, como se dijo antes; lo cual se introdujo por lo mucho que interesa al orden público que el despojado de la posesion sea restituido ante todas cosas (7); por lo mismo no se detiene la restitucion aunque se oponga la excepcion de dominio y

1 Ley 30. tit. 2. Part. 3.
2 Cap. 15. *de restit. spoliator.*
3 Leyes 10. tit. 10. Part. 7. 6. tit. 5. lib. 1. 8 tit. 1 lib. 6. 21. tit. 31. lib. 11. 7. y 8. tit. 15. lib. 12. Nov. Rec.
4 Ley 2. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.
5 Cap. 1 *de sentent. et re judicat.*
6 § 6 *instit. de interdict.*
7 Com. en dicha ley 45. num. 2.

el opositor ofrezca probarla inmediatamente (1); siendo de notar que en opinion de algunos jurisconsultos no solo puede uno defender su posesion cuando es invadida resistiendo al forzador, sino tambien recobrarla por su propia autoridad, con tal que lo haga en el acto, esto es, sin intervalo de tiempo (*).

15. No compete contra los menores, fatuos ni locos, ni á los hijos contra sus padres, aunque se les permite que les demanden la cosa para que se la devuelvan (2): ni el enfiteuta ó vasallo contra el señor del dominio directo, bien que puede reconvenirle para que le restituya á su posesion; ni contra el señor cuyos criados despojaron á alguno, á menos que supiese eran de mala conducta, pues entonces es culpado por permitirlos en su casa; ni contra los herederos del despojado, porque como es accion penal y de consiguiente personal, no se trasmite á sus herederos, ni á los de estos, y solo se les da la accion referida contra ellos; ni tampoco contra el sucesor particular que es el poseedor de buena fe é ignora el despojo, si el despojador le dió, donó ó enagenó la cosa en disposicion última ó por contrato lucrativo ú oneroso.

16. No pueden intentar este remedio el depositario ni comodatario, ni los que poseen en nombre de otro. Tampoco pueden intentarlo el colono, enfiteuta, usufructuario ni otros semejantes, si há poco tiempo que gozan de sus derechos, y se les concedieron por poco, pues son meros detentores, no poseedores, y asi compete pedir la restitucion al señor de la cosa que disfrutan, como verdadero dueño y poseedor, en cuyo nombre poseen, bien que si recurren al juez les protegerá (3).

17. Pero si se les concedieron por toda su vida estos derechos y los señores de ellos los despojan por fuerza de su posesion, podrán intentar contra los mismos dicho remedio, y ademas de tener estos que restituir con frutos la cosa, pierden para siempre el señorío, derecho ó utilidad que se habian reservado en ella, y cede en beneficio de los despojados. Si el despojador es extraño, debe restituírsele con los frutos, y darle otra tan buena de la que los perciban en la misma forma que habian de percibir los de la otra (4). Y si el deudor que entregó en prenda al acreedor alguna alhaja,

1 Gomez en dicha ley 15 de Toro, num. 182.

* En el cap. 9. del tit. siguiente se trata de los casos en que estos remedios posesorios ó interdictos pueden intentarse por via de reconvencion, y acumulándose y siguiéndose á un propio tiempo en juicio petitorio y posesorio.

2 Ley 10. tit. 10. Part. 7.

3 Cap 9. *de restit. spoliator.* y cap. 17. *de præscript.*

4 Ley 16. tit. 10. Part 7.

se la quita por fuerza, pierde el señorío de ella, pues el acreedor es legítimo tenedor y poseedor (1).

18. Hay otras acciones dirigidas á pretender que se prohiba hacer alguna cosa, ó que se observe la prohibicion que hay de hacerla. Conócense estas acciones con el nombre de *interdictos prohibitorios*, entre los cuales el mas notable y de frecuente uso es el de denuncia de nueva obra, la cual siendo aprobada por el juez es la *legítima prohibicion de hacer alguna obra nueva*. Trataré primeramente de esta denuncia, y despues de otros interdictos prohibitorios.

19. Llámase *obra nueva* la que se fabrica sobre cimiento nuevo, y tambien aunque sea sobre viejo si se le muda la fachada ó forma que antes tenia. Pueden impedir que se haga el que recibe daño con ella y sus hijos, mayordomos, apoderados, criados y amigos, pero estos deben prestar bastante seguridad de que aquel lo dará por bien hecho. Igualmente pueden prohibirla los tutores en nombre de sus menores (2), el usufructuario, el que tiene servidumbre en la finca, si se le quita con la obra, y el que la tiene en empeño, feudo ó à censo; mas este solo puede compeler al señor del dominio directo á que le reintegre del daño que ocasiona la obra; y si se hace en lugar público, cualquiera del pueblo puede impedirla, excepto el huérfano ó muger, á quienes solo en lo suyo se les permite (3).

20. La denuncia de obra nueva se hace acudiendo al juez, jurando no hacerla de malicia, y pidiéndole que impida su prosecucion, porque le perjudica, y que en caso de contravencion imponga al dueño y personas que trabajan en ella la pena que conceptúe justa: á cuyo acto ha de asistir el mismo juez: y no pudiendo ha de enviar un escribano con comision por escrito, para que haga el requerimiento, ponga testimonio del estado de la obra é impida su continuacion (4), y esto es lo que se practica.

21. Debe ejecutarse la denuncia en el lugar en que se hace la obra, y basta se haga saber al dueño de esta ó sobrestante, y en su defecto á los oficiales que trabajan en ella (5). Si la obra es de muchos, con hacer la denuncia á uno de ellos no tiene el denunciador que requerir á los demas; pero si siendo perjudicial á muchos uno de estos la denunciase, no bastaria sino por su parte, á no ser que lo hiciese en nombre de los otros interesados, en cuyo caso dando la competente seguridad de que la

1 Ley 13. tit. 10 Part. 7.
2 Ley 1. tit. 32. Part. 3.
3 Ley 3, 4 y 5. tit 32. Part. 3.
4 Ley 1. tit. 32. Part. 3.
5 Ley 1. tit. 32. Part. 3.

aprobarán, tendrá la misma validacion que si cada uno la denunciara por sí propio (1).

22. Tiene tal fuerza la denuncia, sea bien ó mal hecha, que si el dueño de la obra prosigue en ella despues de requerido sin licencia del juez que la mandó prohibir, debe este providenciar que demuela á su costa lo construido de nuevo por la inobediencia (2) (*); y si contesta el pleito de denuncia, no se concluye este en tres meses, y por el reconocimiento que se haga, se echa de ver que no resultará daño irreparable por la sentencia definitiva; pasados que sean, puede y debe el juez concederle licencia para la prosecucion de la obra, dando fianza segura de demolerla à sus expensas siempre que se le mande (3) (**).

23. A este interdicto ò accion de denunciar obras nuevas que acaba de explicarse, es semejante el interdicto que nos compete para precavernos del daño que nos amenaza por razon de obras viejas ó ya hechas, á cuyas acciones llamaron los romanos de *damno infecto*. Se da este interdicto cuando puede dañarnos alguna cosa del vecino que amenaza ruina ú otra cosa que tiene hecha en algun sitio suyo. En tal caso se acude al juez, y este, tomando los correspondientes informes de peritos, debe mandar que dichos edificios ruinosos se derriben, ò cuando no, que se reparen dando los dueños buenos fiadores à los vecinos de que no les vendrá mal por ello; y que si en efecto cayere el edificio, no siendo por algun accidente, como terremoto &c., haya de pagar el dueño todo el daño que reciba su vecino; pero en el caso de no querer dar dicha fianza ó hacer dicho reparo, se ponga al demandante en posesion del edificio hasta que se repare ó derribe por mandato del juez (4).

24. Corresponde esta accion no solo cuando tememos el daño por razon de algun edificio ò pared del vecino, sino tambien por la de algun arbol que amenace caer sobre heredades ò casas nuestras, haciendo daño en ellas; en cuyo caso el juez á instancia del interesado y tomando informe de peritos, debe hacerle cortar (5).

1 Ley 2. tit. 32. Part. 3.

2 Ley 8 tit. 32. Part. 3.

* El denunciador debe solicitar se haga alguna diligencia, por la cual conste qué estado tenia el edificio al tiempo de la denuncia, para que no se dude de lo que debe demolerse, pues en duda deberia subsistir todo lo edificado.

3 Ley 9. tit 32. Part. 3.

** El denunciado podrá proseguir la obra dando dicha fianza, en el caso de hacer ver que la interrupcion le causa un grave perjuicio, y que de la continuacion se le sigue uno leve al denunciador.

4 Ley 10. tit. 32. Part. 3.

5 Ley 12 de dicho tit. 32. Véase tambien la ley 28 tit. 15. Part. 7, la cual trata de otros daños que pueden hacer los árboles en las heredades y caminos públicos, y dispone lo que deberá hacerse en tales casos.

25. Asimismo se da este interdicto en los casos siguientes. 1.° Cuando alguno maliciosamente hiciere en su casa un pozo de que resulte daño al vecino: este podrá pedir que se derribe ó cierre, ó usar del interdicto de denuncia antes de hacerse el pozo (1). 2.° Los edificios que se hicieren en las plazas, egidos ó caminos que son comunes de las ciudades ó villas, ó los que se fabriquen arrimados á las iglesias ó muros de algun pueblo, deberán derribarse, y para ello usará del interdicto el que tenga derecho de dominio ò algun otro en el sitio ó lugar cuyo daño se teme (2). 3.° Cuando alguno hace torre ú otro edificio, y coge el agua llovediza por canales, sacándolos tanto afuera que caiga el agua sobre las paredes ó tejado del vecino. 4.° Si hiciere pared, estacada, valladar ú otra obra en su heredad, de manera que el agua no pueda correr por donde solia, estancándose con daño del vecino. 5.° Si alzase obra en sitio por donde solia correr el agua, y por dicho alzamiento se mudase el curso de ella, y cayese de tan alto que haga hoyos ó caños en la heredad vecina, ó detuviese el agua de manera que no puedan regar sus tierras los que tenian derecho de hacerlo. En estos tres últimos casos ú otros semejantes en que pueda causarse daño à las heredades, se debe derribar la obra á costa del que la hizo, pagando ademas el importe del daño que hubiere causado (3).

26. De lo dicho se infiere que para poderse intentar esta accion deben concurrir tres cosas, á saber: 1.ª que el vecino reciba ó pueda recibir daño; 2.ª que este le cause el agua de la lluvia; 3.ª que proceda el daño de obra que haya hecho otro. Cesará pues la accion: 1.° cuando sucediere el daño sin culpa, esto es, cuando la heredad inferior reciba daño del agua que corre de la superior por obra de la naturaleza y no de los hombres; 2.° cuando el recibir daño la heredad procede de obra antigua que esté ya hecha diez años antes, hallándose presente el dueño de la heredad que sufre, y veinte estando ausente; 3.° cuando recibe el daño en virtud de servidumbre constituida (4).

27. Esta accion va siempre activa y pasivamente con el dominio; esto es, corresponde al comprador ò dueño del campo que recibe el daño, y se da contra el dueño ó comprador de la heredad en que se hizo la obra perjudicial ó dañosa (5). Si fueren muchos los que hicieren la obra que causa el daño, puede el que lo recibe dirigir contra todos ó cada uno de por sí la ac-

1 Ley 19. tit. 32. Part. 3.
2 Leyes 21, 23 y 24 de dicho tit. 32. Part. 3.
3 Ley 13. tit. 32. Part. 3.
4 Ley 14. tit. 32. Part. 3.
5 Ley 16 de dicho tit.

cion para que la demuela; pero siempre deberá pedir à cada uno de ellos separadamente que resarza el perjuicio segun la parte que le corresponda: lo mismo se observará cuando solo uno hiciere la obra, y fueren muchos los que reciben el daño; es decir, que uno solo de estos puede pedir la demolicion; pero el resarcimiento total ha de dividirse entre ellos (1).

28. Aunque por lo comun no puede intentarse esta accion sin que preceda haberse hecho alguna obra ó *manufacto*, como tambien suele llamarse; hay sin embargo un caso de excepcion, y es cuando el agua corriendo naturalmente arrastra cieno, piedras ú otra cosa que se estanca ó detiene en alguna heredad causando daño à los vecinos. Entonces podrá cualquiera de estos precisar al dueño de aquella à que haga una de dos cosas, esto es, que limpie ó abra el lugar embarazado por donde solia correr el agua, ó bien le permita à él hacerlo (2). Si el lugar por donde debe ir el agua fuere acequia ó cauce que pertenezca à muchos, cada uno en el trozo lindero ó fronterizo de su heredad debe ayudar à componerlo.

29. No puede intentarse esta accion contra aquel que para preservar ó defender su heredad, procura apartar de ella algun torrente ó arroyo en tiempo de avenidas para que no le haga daño, aunque de ello resulte perjuicio al vecino; bien que este es asunto muy delicado, y debe el juez considerar maduramente las circunstancias de cada caso para determinar con acierto (3).

1 Ley 17. tit. 32. Part. 3.

2 Ley 15 del mismo tit.

3 Hay otros interdictos como estos, ó parecidos, cuyo uso es menos frecuente y de que no se hace aquí mencion en obsequio de la brevedad. El que desee conocerlos consulte la obra del Doctor Sala intitulada *Ilustracion Real del derecho de España*, de donde se ha tomado una gran parte de la doctrina de este capítulo por ser la de Febrero diminuta.

CAPITULO TERCERO.

De las excepciones.

§. 1. ¿Que es exepcion?

2. Division de las excepciones. ¿Cuales son las dilatorias?

3. Subdivision de estas. Unas son relativas á la persona del juez, otras á la del actor y otras á la causa ó proceso.

4. De la daclinatoria de fuero. ¿Cuantas clases hay de este?

5. El reo debe ser regularmente demandado ante el juez de su domicilio, excepto en los casos que se expresan.

6 y 7. De los casos de Corte. ¿Cuales son estos?

8 y 9. ¿Quienes gozan del privilegio de caso de Corte?

10. En un negocio individuo ó comun á dos personas, de los cuales una goce de dicho privilegio, alcanzará este tambien á la otra.

11. No pueden conocer en primera instancia los oidores dentro de las cinco leguas de su distrito, ni sacar á los reos de su fuero sino por caso de Corte.

12. ¿Cuantas especies hay de casos de Corte? ¿Cuales son los civiles?

13. ¿Cuales son las criminales?

14. ¿Donde deberá ser demandado el heredero en calidad de tal?

15. Estando yacente ó sin aceptar la herencia, se debe reconvenir al heredero en el propio lugar y ante el juez en cuyo tribunal pudo serlo el difunto.

16. ¿Que es recusacion?

17. ¿En que tiempo podrá hacerse?

18. Causas por que puede ser recusado el juez.

19. ¿Si será necesario expresar la causa de la recusacion?

20. Acompañado que debe tomar el juez recusado en las causas civiles y criminales.

21. ¿Con quien han de acompañarse los alcaldes de Corte que tienen provincia y conocen de lo civil en primera instancia como jueces ordinarios?

22, 23 y 24. ¿Que deberá hacerse cuando discordaren el juez recusado y el acompañado?

25. Obligaciones del acompañado.

26. El que hubiere pedido que un juez determinado conozca de su causa, no puede recusarle despues sino por nueva causa que sobrevenga.

27. El juez luego ordinario que nombra asesor debe hacer saber el nombramiento á los litigantes, á fin de que si tienen por sospechoso al nombrado, le recusen proponiendo otro ú otros.

28. Estan prohibidas por la ley las recusaciones vagas de asesores.
29. ¿Quien ha de pagar los derechos de asesoría?
30. Para recusar el juez eclesiástico se ha de expresar la causa.
31. Si el recusado fuere delegado del Papa, obispo ú otro juez ordinario, ha de compeler á los litigantes á que elijan árbitros letrados que conozcan de la causa de la recusacion y la decidan.
32. ¿Que deberá hacerse si los referidos árbitros declararen ser legitima la causa de la recusacion?
33. Recusacion de los jueces árbitros ó compromisarios elegidos por las partes.
34. El juez mero ejecutor no puede ser recusado.
35. Puede ser recusado el juez de residencia asi como el delegado.
36. Requisitos que deben observarse para la recusacion de los señores ministros de tribunales superiores.
37. ¿De que modo podrán probarse las causas de recusacion de dichos señores ministros?
38. El término para recusar á estos es perentorio, y corre contra los menores y demas privilegiados.
39. Pena del que recusa á uno de dichos señores ministros y no prueba la causa de su recusacion.
40. Recusacion de los relatores.
41, 42 y 43. Recusacion de los escribanos.
44. La parte que recusa al escribano originario del proceso, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado.
45. Real cédula de 11 de enero de 1770, que contiene varias disposiciones para que no suspendan los jueces el curso de los pleitos cuando su Megestad ó alguno de los tribunales superiores les pidan informe.
46. Con arreglo á la misma Soberana resolucion se debe proceder cuando alguno que está ejecutado acude al Consejo pidiendo moratoria.
47. De las excepciones dilatorias concernientes á la persona del actor.
48 y 49. ¿En que tiempo debe legitimar el actor su persona?
50. Tambien se tienen por excepciones dilatorias concernientes á la persona las fianzas ó seguridades que se piden y deben dar en juicio.
51. De las excepciones concernientes á la causa.
52. En estas excepciones no tiene lugar la acumulacion que produce la litispendencia.
53. Interes de los litigantes en la acumulacion de los autos.
54. Requisitos necesarios para que haya litispendencia.
55. Causas porque se hace la acumulacion de autos y procesos.

56. Excepcion de siete casos en que no debe hacerse la acumulacion.
57. Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales pendientes ante escribanos de diverso fuero, ¿como deberá hacerse?
58. Si los autos penden ante dos jueces uno mas digno ó condecorado que el otro, ¿ante quien debe pretenderse?
59. Declarándose haber lugar á la acumulacion, ¿que deberá hacer el escribano á quien se quitan los autos?
60. De las excepciones meramente perentorias.
61. De las excepciones mixtas ó anómalas.
62 y 63. De las excepciones perjudiciales.
64 hasta el 70. Del orden con que deben proponerse las excepciones.
71 al 74. Término que conceden las leyes para proponer las excepciones.

1. El buen orden exige que despues de haber tratado de las acciones se expliquen las excepciones ó medios de defensa que conceden las leyes al demandado (*). Llámase excepcion todo lo que opone el reo á la demanda del actor, ya para destruir el derecho de este, ya para dilatar el juicio ó impedir que se entable de cierto modo. Nuestras leyes suelen usar indistintamente de las voces excepcion ó defensa (1).

2. Las excepciones, por otro nombre artículos, se dividen en *meramente dilatorias y temporales*: en *meramente perentorias y perpetuas*; en *mixtas ó anómalas* y en *perjudiciales*. Meramente dilatorias son las que difieren ó retardan el ingreso ó curso del juicio principal, pero no ponen fin á él, porque el reo no impugna directamente la accion del demandante ni niega que tenga justicia en lo que pretende; sino que procura divertirle y entretenerle para que tal vez aburrido desista, y transija con él, ó por ganar tiempo para poder pagarle sin molestia, ó por otros fines.

* En las ediciones de Febrero anteriores á esta se trata de las excepciones despues de la citacion ó emplazamiento y antes de la contestacion; esto pudiera pasar por la conexion que tienen algunas excepciones con los procedimientos judiciales, ¿pero por qué razon se dislocó é intercaló la recusacion de los jueces, que es una de las especies de excepciones, entre el párrafo 1º en que se trata de la conclusion de los autos para definitiva, y el 2º en que se habla de la sentencia y de sus requisitos? Esta interrupcion de las doctrinas que tienen entre sí un conocido enlace es una de las cosas que mas fatigan, y parece increible que se haya dejado subsistir hasta ahora tal desorden. Para evitarle se ha reunido en este capítulo cuanto dice el autor separadamente en materia de excepciones, añadiendo algunas cosas.

1 Realmente toda excepcion es defensa, mas no toda defensa puede llamarse rigorosamente excepcion.

3. De estas excepciones unas son relativas al juez, otras al actor, y otras á la causa ó proceso. Las primeras son la declinatoria de fuero ó incompetencia de juez por defecto de jurisdiccion (1) y la recusacion por sospechoso para inhibirle del conocimiento de la causa.

4. En orden á la declinatoria de fuero debe saberse que todo juez tiene territorio señalado para administrar justicia fuera del cual no se extiende su jurisdiccion; y aun á veces no alcanza esta à todas las personas y causas de su mismo territorio por pertenecer á otros jueces privativos, en cuyo caso se dice que tal persona ó negocio pertenece á otro *fuero*. Esta palabra tiene diversos significados: unas veces se toma por el uso y costumbre de algun pueblo ó provincia (2), otras por el juicio, la jurisdiccion y potestad de juzgar; y segun mi propósito se entiende por el tribunal del juez á cuya jurisdiccion está sujeto el reo ó demandado (3). En este sentido el fuero es de tres clases, á saber: *eclesiástico*, *secular* y *mixto*. El primero es el que corresponde al juez eclesiástico para conocer de las causas que por disposiciones canónicas y reales le competen, ya sea contra legos ó eclesiásticos: el *secular* es el que pertenece al lego; y el *mixto* es aquel á quien corresponden los negocios sobre que ambos jueces tienen jurisdiccion preventiva, de suerte que el primero que empieza á conocer es el que prosigue.

5. Aunque regularmente debe ser demandado el reo ante el juez de su domicilio, se exceptúan varios casos por los autores, de los cuales no solo explicaré los cuatro mas frecuentes, que son: *por razon de domicilio; contrato con sumision; delito cometido; y alhaja sita dentro de la jurisdiccion*, sino algunos mas de que tratan las leyes del reino, en los cuales está uno sujeto al fuero de otro juez, sin embargo de que no sea súbdito suyo, y puede ser reconvenido ante él observándose lo dispuesto por la ley (4). El primero de estos casos es por ser natural ú originario del pueblo en que se le demanda hallándose en él. El segundo por haber obtenido en él la libertad, pues el esclavo manumitido sigue el fuero del que se la dió. El tercero por casamiento, y asi la muger está sujeta al juez de su marido, aun-

1 En el tit. 2. lib. 4. de la Nov. Rec. se trata de la decision de competencias.

2 Tambien se entiende por fuero ó fueros la compilacion de privilegios ó exenciones concedidas à alguna provincia, ciudad ó persona. Diccionario de la lengua castellana.

3 Ley 8. tit 2. Part. 1. Ley *De quibus* ff. *de legib* y ley fin. Cod *quæ sit longa consuetudo*. Ferrar. *Biblioth* verb *Forus*, num. 3, 5 y 18.

4 Ley 7. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec.

que haya nacido en la jurisdiccion de otro. El cuarto por razon de bienes heredados, pues el heredero puede ser reconvenido sobre ellos en el pueblo donde se hallan. El quinto por contrato con sumision especial ó promesa de dar ó hacer paga ú otra cosa en cierto lugar, aun cuando se haya formalizado la obligacion en otro; y en este caso pudiendo el reo cumplir lo pactado, tiene facultad el actor para demandarle en uno de tres lugares, que son: aquel en que habita; ó en que celebró el contrato; ó en que prometió él ó su causante hacer la paga ó cumplir la obligacion; lo cual procede sea la accion Real ó personal, y el contrato válido ó nulo; y lo mismo en el cuasicontrato, mas no en el distracto si se trata de rescindir el contrato, pues no debe ser llevado al lugar en que este se celebró. De este caso y del efecto que causa la renunciacion del propio fuero y domicilio con juramento, trata Covarrubias *Pract.* cap. 10. num. 4 al 6. El sexto por haber diez años que vive y está domiciliado en el pueblo donde reside el juez. El séptimo por poseer en él la mayor parte de sus bienes, aunque no haya diez años que le habita. El octavo por contestar llanamente la demanda sin usar de la *declinatoria*; pues debe continuarla ante el mismo juez hasta su final decision. El nono por haber cometido delito en aquel pueblo ó en su jurisdiccion; pues siendo preso en él, ó en virtud de requisitoria de aquel juez en otro pueblo, puede ser demandado civil y criminalmente ante él, aunque sea natural de otro y tenga en él su domicilio. El decimo cuando es vago, pues por no tener domicilio seguro debe responder en donde se le demande y encuentre; y aun cuando no lo sea, si tiene muchos fueros puede elegir el actor el que quiera. El undécimo cuando se encuentra en poder de alguno la cosa agena que se pide; en cuyo caso si es persona de buena fama y quiere dar fianza de estar à derecho, se le debe dejar en depósito, y no dándola se ha de depositar en otro; pero si tiene mala fama, debe ser y estar preso aunque no la haya hurtado hasta que pruebe el derecho que á ella le compete y de donde la hubo. El duodécimo por via de reconvencion, pues el actor está obligado á contestar la que el reo le hace ante su propio juez, sin embargo de que no sea súbdito suyo, excepto en los casos que explicaré en el capítulo 9 del título siguiente tratando de la reconvencion. El décimotercio por razon de cuentas de tutela, mayordomía ú otras semejantes, o uso de algun oficio público; pues debe responder en el lugar donde ejerció este, ó se

le encargaron aquellas, y ante el juez que le hizo el encargo (1). El décimo cuarto por haber sido alguno citado legítimamente de orden de su juez, aunque despues de la citacion vaya á domiciliarse à otro lugar, ó à estudios, romería, peregrinacion ó comision de Rey ó de su Consejo; porque el juez previno la jurisdiccion para conocer del negocio, y por eso debe contestar y seguir la demanda ante él (2).

6. Puede ser demandado tambien el reo en la Corte, como patria comun, y en las chancillerías ó audiencias siendo hallado en su distrito (3); y aunque no se le halle, se le puede sacar de su domicilio por *caso de Corte*, y obligar á contestar por las personas que gozan de este privilegio. Son casos de Corte las demandas sobre bienes vinculados ó sobre vasallos, fortalezas, muerte ó heridas de caballero principal, ú otros casos semejantes y de grande importancia (4); las civiles y criminales que contra cualesquiera personas ó concejos intentan los señores del Consejo, oidores y chancillería mayor, mayordomo mayor del Rey, sus contadores mayores (que hoy llaman ministros del tribunal de la contaduría mayor), tesoreros, notarios y oficiales de la Real casa, Corte y chancillerías, alcaldes de estas y de hijosdalgo, escribanos y demas oficiales que en aquellas gozan sueldo del Rey, mientras ejercen sus oficios solamente, mas no sus tenientes (5). Por lo que hace à los criados del Rey, que como tales gozan sueldo, dice asi la ley 8. tit. 26. lib. 7. Nov. Rec. *Y asimismo revocamos lo dispuesto en la ley 10. tit. 4. lib. 11, por la cual nuestros criados pueden poner demandas en esta Corte, y mandamos las pongan en las partes donde conforme á derecho se debiere, para que con ocasion de los pleitos no desamparen sus estados, ni continuen la asistencia en esta Corte.*

7. Son igualmente casos de Corte los pleitos que se tratan contra el corregidor, alcalde ordinario, regidor ú otro oficial del concejo del pueblo en que ejercen sus oficios, sobre los casos en que segun derecho pueden ser reconvenidos durante ellos (6); y contra grandes, duques, condes, marqueses, señores poderosos que nombran jueces, y tambien contra concejo,

1 Leyes 32. tit. 2. Part. 3. y 15. tit. 1. Part. 7. Leyes 3. tit. 4. lib. 11. y 2 y 3. tit. 36. lib. 12. Nov. Rec.

2 Ley 12. tit. 7. Part. 3, y ley. *Si quis postea* ff. *de judic.* Murillo lib. 2. *Decret.* tit. 2. *de foro compet.* Gregorio Lopez en las glosas de las leyes de Part. que se citan. Carlev. *de jud.* en las ocho cuestiones del tit. 1. disp. 2.

3 Ley 4. tit. 3. Part. 3.

4 Ley 5. tit. 2. lib. 5. y ley 9. tit. 4. lib. 11. Nov Rec.

5 Dicha ley 9. tit 4 lib. 11.

6 Ley 13. tit. 1. lib. 5. y ley 9. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

aunque el demandante sea otro ó persona à quien competa el privilegio de caso de Corte (1).

8. Gozan del privilegio de caso de Corte los concejos de cabeza de partido, las universidades (2), las iglesias, monasterios, hospitales, cabildos, cofradías y colegios de frailes y monjas de cualquiera orden (3), los muy viejos ó enfermos y personas miserables cuando litigan con alguna poderosa (4); el menor de veinticinco años, huérfano de padre, y no de otra manera; la viuda honesta, y por consiguiente la soltera que vive recatadamente (5), como tambien la casada cuyo marido está inutilizado y pobre, cautivo ó desterrado; pero no la viuda deshonesta ò que mató á su marido (6); lo cual se entiende aunque dichas personas miserables renuncien el citado fuero, pues no vale su renunciacion (7), ò sean contumaces (8).

9. Tienen privilegio activo y pasivo las personas miserables, menores, huérfanos y viudas honestas; por lo que pueden traer sus causas y conocerse de ellas por caso de Corte, ya sean actoras ó demandadas. Entre las personas miserables se comprenden los que forman concurso de acreedores y les ceden sus bienes aunque sean mayores (9), porque efectivamente es miserable el que ha decaido de su antiguo esplendor y fortuna. Tambien se tiene por persona miserable el que por sentencia es obligado à entregar sus bienes á otro, y el que no puede administrar sus propias cosas y hacienda (10) (*). Mas no gozan del privilegio

1 *Cur. Filip.* part. 1. *Juicio civil*, §. 9. num. 10.

2 Ley 37 del Estilo.

3 Covarr. *Pract.* cap. 1. num. 3. *Cur. Filip.* ibi.

4 Ley 5. tit. 3. y 41. tit. 18. Part. 3.

5 Ley 9. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. Greg. Lop. en la 5. tit. 3. Part. 3. glos. 2.

6 Olea *de cession. jur.* tit. 3. quæst. 7. num. 25. Acev. en las leyes 8 y 9. tit. 3. lib. 4. num. 10. al 12. Covarr. *Pract.* cap. 6. num. 7.

7 Carlev. *de jud.* tit. 1. disp. 2. sec. 7. num. 598 y 99.

8 Ley *de die*, §. *Plane*, ff. *Qui satisdare cogant.*

9 Carrasc. *in Casib. Curiæ*, num. 44 y 66 Salg. *Labyr.* part. 1. cap. 2. num. 28.

10 Leyes 5. tit. 3 y 20 tit. 23. Part 3.

* Acerca de este privilegio concedido á las personas miserables dice lo siguiente el señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, part. 3. cap. 4. num. 8. La razon (de este privilegio) se expresa en las mismas leyes citadas, y se reduce á que estan expuestos á ser oprimidos y fatigados por violencia y engaño con riesgo de perder sus derechos; y comparando este perjuicio con el que pueden sufrir las demas personas que saliendo de su fuero vayan á litigar á los tribunales superiores, es incomparablemente mayor aquel, y mas digno de ser atendido, especialmente cuando se compensa el mayor gasto que hagan en estos tribunales con la seguridad en la administracion de su justicia, conciliándose por estos medios en los casos referidos el interes de la causa pública, que hace cesar el de la regla general y comun; pero no basta para su dispensacion en estos privilegios cualquier daño ó perjuicio de las personas miserables, pues debe exceder en lo principal que se litiga de diez mil maravedis, segun la ley 11. tit. 3. lib. 4. Rec., ó 5 tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

En cuanto á otras personas que gozan del mismo privilegio se les concedió por

referido las personas expresadas sino en las causas de mas de diez mil maravedís (1), ni en aquellas en que se interesa la Real Hacienda, ni en las ejecutivas, feudales y criminales, ni cuando contestan la demanda ante el juez inferior (2); ni cuando el pleito se principia ante el ordinario, y la miseria ó indigencia sobreviene despues de contestado, porque está prevenida ya la jurisdiccion en cuanto á él, y en su perjuicio no se puede mudar de fuero (3); ni cuando tienen que dar cuenta pública ó privada, pues deben darla en donde y ante el juez que les encargó la administracion (4); ni tampoco unas con otras; por lo que si una demanda en la Corte á la otra, y esta declina y pretende se remita la causa al juez de su fuero, vencerá por ser mejor su condicion. Esto se limita en caso de que el actor sea mas miserable é infeliz, pues entonces será atendido (5).

10. Si el negocio es individuo y comun á dos, esto es, á uno que goza del privilegio y á otro que no, gozará este tambien de él, v. gr. cuando es mayor de veinticinco años y el otro huérfano menor, y ambos poseen *pro indiviso* alguna cosa, ó les compete alguna accion; pues el mayor puede usar de ella en la Corte al modo que el menor (6): y no se debe dar carta de emplazamiento por caso de Corte, sin que el que la pide deje procurador conocido (7).

11. No pueden conocer en primera instancia los oidores dentro de las cinco leguas de su distrito, ni sacar á los reos de su fuero, sino por caso de Corte (8). Tampoco pueden ser presos ni reconvenidos en esta los procuradores de Cortes mientras ejercen sus encargos, sino por derechos reales, delitos ó contratos que cometan ó hagan en ella; ó que contra alguno se haya dado sentencia criminal (9). Asimismo los procuradores que en nombre de sus concejos vienen á la Corte, ó llamados del Rey ó del Consejo, no deben ser prendados en ella por las deudas de aquellos; pero sí por las suyas propias (10). Se advierte que el privilegio de caso de Corte no compete al no privilegiado contra el que lo es, si este resiste y le incomoda usar de él, porque de

no entorpecer el servicio del Rey y del público sacándolas de sus destinos y de la Corte para defenderse de las demandas que les pusieren en otros pueblos.

1 Dicha ley 5 tit. 3 lib. 11. Nov. Rec.

2 *Cur. Filip.* en el lugar citado, num 15.

3 Ley *Tutor*. 28 ff. *de excus. tutor.*

4 Leyes 1 y 2. Cod. ubi *de ratioc. agi oportet*, et ibi DD.

5 Greg. Lop. en la ley 5. tit. 3. part. 3. glos. 7. *Cur. Filip* dicho §. 9 num 16.

6 Ley *Si communem*, 10. ff. *Quemadmodum servitutes amittuntur.*

7 Leyes 1 y 2. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

8 Ley 13. tit. 1 lib 5 Nov. Rec.

9 Ley 6. tit. 8. lib 3. Nov. Rec.

10 Ley 8 tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.

lo contrario se convertiria en su detrimento, habiéndose establecido para su beneficio (1).

12. Los casos de Corte (cuyo nombre se les da, porque su conocimiento toca principalmente al Rey, y por legales disposiciones (2) á su Consejo, chancillerías y audiencias) son de dos clases, *civiles* y *criminales*. Los civiles de que queda hecha mencion, ó son notorios ó no. Los notorios son los de un concejo contra otro, y los de cabildos, iglesias, monasterios, hospitales, cofradías, universidades, colegios, grandes de España, títulos de Castilla, oficiales y criados del Rey, y para que se admita el recurso basta alegarlos, y pedir se hagan por notorios. Pero no siéndolo, v. gr. el pleito del menor, huérfano, viuda y personas miserables, es preciso no solo que se aleguen, sino que se justifiquen dentro de nueve dias siguientes al último del emplazamiento (3); pues de lo contrario no se admitirán, por resultar perjuicio irreparable. La justificacion puede hacerse sin citar á la parte contraria, de cuya omision no se la causa perjuicio, porque en compareciendo puede alegar y probar dentro de los mismos nueve dias no ser de Corte el caso, y pretender se declare asi, y devuelva el conocimiento al juez que entendia en el negocio.

13. Los casos de Corte criminales son: la traicion contra el Rey ó su reino, el encubrimiento de malhechores ò deudores en castillo, fortaleza ó casa fuerte, sin querer entregarlos á la justicia, ó en lugar de señorío ó abadengo: el delito de prender á alguno, ó tomar sus bienes por su propia autoridad: la perpetracion de muerte segura: la violencia ó robo de muger: la infraccion de tregua ó camino: el incendio de casa ú otro edificio: el reto ó desafío: el ser ladron conocido, ó dado por encartado, como prófugo por el delito que cometió: la falsificacion de sello ó moneda real: y la resistencia de concejo ó persona poderosa á la ejecucion que en virtud de Real provision se hace por débitos reales (4). Por estos delitos puede ser emplazado cualquiera fuera de las cinco leguas de la Corte y chancillerías por los alcaldes y jueces de ellas (5); siendo de advertir que estos en aquellas en que lo fueron no pueden tener por caso de Corte pleitos suyos ni de sus mugeres ni hijos, como actores ni reos en primera instancia (6) (*).

1 *Cur. Filip.* §. 9. cit. num. 16 al fin.
2 Leyes 4 y 5. tit. 3. Part 3. Ley 9. tit. 4. lib. 5, 9 y 10. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.
3 Ley 1. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.
4 Leyes 3. tit. 4. 5 y 6 tit. 34. lib. 11. y ley 5. tit. 18. lib. 12. Nov. Rec.
5 Ley 9 tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.
6 Ley 11. tit 4. lib. 11. Nov. Rec.
* Villadiego en su *Política*, cap. 1. *de la Instruccion*, num. 61, trata del modo de seguir las causas por caso de Corte. Acerca del modo de poner la demanda véanse

14. El heredero debe ser demandado como tal en el lugar y fuero en que el difunto debia serlo (1), aunque aquel sea privilegiado por peculiar gracia del Soberano, pues por su personal y privativo privilegio no puede excusarse de responder en el fuero en que debia hacerlo su causante (2); pero si el privilegio de que goza el heredero no está concedido solamente à su misma persona, sino á algun estado ó cuerpo como los de clérigos, militares, viudas y pupilos, se le ha de demandar segun su fuero y ante el juez del territorio ó provincia en que vivia su causante (3). La razon es porque despues que el clérigo, por ejemplo, acepta la herencia, empieza esta á contemplarse patrimonio suyo propio y á gozar del privilegio que á aquel compete, y asi pierde su antigua naturaleza, y se constituye privilegiada (4); al modo que la que lo es pierde el privilegio luego que llega á poder del que no lo goza (5). Es verdad que la ley 57. tit. 6. Part. 1. dice: *otrosí, cuando el clérigo hereda los bienes del ome lego, é otro alguno ha demandado contra aquel lego por razon de aquel haber, ò de daño que hubiese fecho, tenudo es el clérigo de facer derecho ante aquel juzgador seglar, dò la faría aquel, de quien hereda el haber, si fuera vivo*; mas esto se entiende cuando el pleito se movió al difunto, y se le citó; pues basta la citacion, aunque no hubiese contestado la demanda (6); en cuyo caso, y no en otro, la instancia empezada con él pasa á su heredero, segun por derecho (7) está decidido; y por el contrario si el lego hereda al clérigo, y con este se principió la instancia ante su juez, debe el lego proseguirla ante él (8).

15. Estando yacente ó sin aceptar la herencia, en este caso, como el heredero representa al difunto (sea ó no privilegiado),

las leyes 1 y 2. tit 3. lib. 11. Nov. Rec.; debiendo saberse ademas que no solo las chancillerías conocen de los pleitos sobre casos de Corte, como se previno por el capítulo 7 de las Ordenanzas de Medina de 1489 (Ley 9. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.); sino que tambien el supremo Consejo de Castilla admite las demandas que se presentan por las razones que expresa el señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas*, part 3. cap 4. num. 19 y siguientes.

1 Ley *Hæres absens*, ff. *de jud.* y ley 32. tit. 2. Part. 3.

2 Dicha ley *Hæres absens*, ibi: *Nullo que suo proprio privilegio excusatur.* Carlev. *de jud.* tit. 1. disp. 2. quæst. 5. num. 298.

3 Covarr. *Pract.* cap. 8. num. 4. Greg. Lop. en la ley 57. tit. 6. part. 1. glos. 5. Carlev. ibi, num. 299 y 301.

4 §. *Licet autem. Instit. Quibus ex causis manumit. non licet*, §. 1. *Instit. de hæred. qualit.* Leyes *Sed si plures*, 0. §. *Filio*, ff. *de vulg. et pupil. substitut.* y *Paterfam.* 12. ff. *de privil. cred.* y cap. unic. §. fin. *de jure patron.* in 6.

5 Ley *Per procuratorem*, 89. ff. *de acquir. hæred.* et ibi Bart num. 3.

6 Greg. Lop. en la ley 57. inserta, glos. 5. Carlev. disp. 2, y quæst. 5. dichas, num. 308 al 318.

7 Ley *Si is qui Romæ*, 34. ff. *de jud.* ley *Si cum hominem*, 34. ff. *de fidejus* y cap. *Quia*, 11. ff. *de jud.*

8 Carlev. disp. cit. num. 310, 319, 20 y 21.

se le debe reconvenir en el propio lugar y ante el juez en cuya jurisdicion podia serlo el difunto, ya sea el de su domicilio ó aquel en donde existe la herencia ó la mayor parte de sus bienes; de modo que si se deduce en juicio accion real, debe demandársele ante el del pueblo en que se cita, y si accion personal ante aquel en donde el difunto podia serlo, ó su heredero si la hubiese aceptado (1).

16. La recusacion, segun mi propósito, es un remedio legal de que se vale un litigante contra un juez ú otro ministro á quien tiene por sospechoso, para que no conozca ó entienda en la causa.

17. Por derecho comun y de las Partidas se debia recusar al juez antes de la contestacion de la demanda, y no despues, á menos que hubiese causa nueva para ello; pero hoy en cualquier estado del pleito se permite recusar al juez y al escribano ó escribanos de él, con tal que la sentencia no esté publicada (*).

18. Muchas son las causas porque se puede conceptuar al juez de sospechoso, y ser por consiguiente recusado. La primera, por tener mucha familiaridad con la otra parte. La segunda, por tener con esta parentesco de consanguinidad ó afinidad; mas no si le tuviere igualmente con ambas. La tercera, cuando es teniente del juez ordinario, y se tiene á este por sospechoso con justa causa, aunque contra aquel no la haya; y lo mismo procede cuando el señor lo es, pues se puede tener por sospechosa á toda su familia. La cuarta, cuando quiere ser juez en causa propia. La quinta, cuando es enemigo capital del recusante, ó lo fue en otro tiempo, aunque esté reconciliado. La sexta, cuan-

1 Para comprender mejor cuanto se ha dicho acerca del fuero competente de los jueces, véase el cap. 2 del tit. siguiente, donde se trata de estos y de su jurisdiccion.

* Auth. *Offerat*, Cod. *de litis contest.* y leyes 22. tit. 4 y 8. tit. 10. Part. 3 El señor Conde de la Cañada tratando con su acostumbrado juicio y solidez de las recusaciones, dice en orden á este punto lo siguiente: » Hay cierta diferencia entre la recusacion que se pone al juez ordinario, y la que se dirige á los ministros de los tribunales superiores; y consiste en que los primeros pueden recusarse en cualquier estado del pleito, aunque esté concluso y dada la sentencia, con tal que no se haya notificado y publicado".

» Esta es doctrina del señor Covarrubias (*y otros autores que allí se citan*), quienes se fundan en que la recusacion no pide expresion de causa, ni mas prueba que la del juramento, el cual puede hacer la parte en cualquier estado de la causa sin el inconveniente de dilatarla "

» Como no hay ley que decida estos dos puntos, diria yo que el juramento que hace la parte de no recusar por calumnia ni con ánimo de alargar el pleito, no era suficiente para dar por recusado al juez que habia sido hasta entonces aprobado por la parte; y solo daria lugar á la recusacion si adicionase y estendiese aquel juramento á decir que la causa de sospecha habia nacido ó llegado nuevamente á su noticia en aquel tiempo en que hacia la recusacion &c." *Instituciones prácticas*, part. 3. cap. 6. num. 55, 56 y 57.

do es pariente del deudo de su enemigo, ó comensal suyo, ó de este ò su paisano, ú oriundo de su pais, y hallándose en tierra extraña se tratan como hermanos, bien que la amistad que solo proviene del paisanage no es causa suficiente para la recusacion. La séptima, cuando es súbdito de la otra parte por razon de la jurisdiccion ú otro motivo, v. gr. vasallo ò sufragáneo, pues por temor puede hacer injusticia. La octava, cuando fue abogado de ella en aquella causa; mas no si lo fue en otra del todo diversa. La nona, cuando favorece demasiado á la otra parte y grava al recusante. La décima, si tiene con él excesiva familiaridad. La undécima, si el juez procede injusta, animosa y extrajudicialmente contra el recusante. La duodécima, si tiene otro pleito igual al que pende ante él, pues se presume juzgará en este del modo que quiere se juzgue en el suyo. La décimatercia, si el recusante tiene algun pleito con el juez como persona privada. La décimacuarta, cuando el prelado quiere ser juez en pleito de su iglesia, porque se presume la tendrá excesiva aficion. La décimaquinta, cuando fue consultor en la causa, aunque no haya sido abogado, y reveló su voto; mas no si no lo hubiese hecho. La décimasexta, si fue electo por consultor á pedimento solo de la otra parte, ó testigo en la causa, y luego pasa á ser juez en ella. La décimaseptima, si es canónigo de aquella iglesia de la que lo es una de las partes; pero no, siéndolo ambas. La décimaoctava, si la parte contraria solicitó que su señor fuese su juez en aquella causa; ò el mismo juez procuró serlo, ó es socio suyo, ó ambos viven juntos. La décimanona, cuando el recusante tiene interpuesta apelacion de sentencia del propio juez, pues estando pendiente se hace sospechoso para otra sentencia. La vigésima, si recibió don ò premio de la otra parte, pues se presume corrompido, y para probarlo bastan tres testigos singulares fidedignos, aunque cada uno deponga de hecho y regalo distinto dado al juez, si con su dicho concurren otras presunciones y circunstancias, como lo ordena la ley 8. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec. La vigésimaprima, cuando fue juez en primera instancia, pues no puede serlo en la segunda. La vigésimasegunda, cuando por algun motivo puede redundar la causa en daño ò provecho del juez, v. gr. por estar obligado á eviccion, ser fiador de la otra parte &c. La vigésimatercia, cuando es imperito, y la causa ardua ó excesivamente severo y cruel, ó indiscreto por costumbre. Y la vigésicuarta, si es compadre de la otra parte, ò no quiere oir al recusante, aunque el pleito sea claro. Por estas causas, y otra

cualquiera que baste para remover al árbitro y al procurador, puede ser recusado el juez.

19. Si el juez letrado es ordinario, ó delegado secular, no es menester expresar la causa de la recusacion, pues basta jurar que no se le recusa de malicia, ni por calumniarle, sino porque se le tiene por sospechoso (*), y pedir con modestia se haya por recusado, y se acompañe conforme à derecho, mediante á no ser admisible la recusacion en el todo, pues no se le remueve ni quita el conocimiento; y únicamente se le prohibe continuar en la causa sin el acompañado, siendo nulo lo que sin este practique despues de la recusacion. Esta debe hacerse por escrito, y no verbalmente; y si faltare el juramento expresado, no se admitirá la recusacion, aunque no se pida al recusante (1), sin embargo de que la ley (2), solo le precisa à hacerlo cuando la parte contraria lo pide. Lo mismo creo se debe practicar con el asesor necesario del juez lego, cual es el alcalde mayor, en donde el corregidor es de capa y espada, el auditor de guerra, el asesor de alguna capitanía general ó comandancia, y otros semejantes que son letrados y tienen jurisdiccion, à los cuales no se quita el conocimiento como à los asesores voluntarios, y asi deben acompañarse como los jueces ordinarios.

20. La persona con quien debe acompañarse el juez en las causas civiles, ha de ser un hombre bueno, y en las criminales uno de los jueces del pueblo. No habiéndole han de nombrar los regidores à dos de estos por acompañados, y si no se convinieren, ò no los hubiere, ha de elegir el juez cuatro hombres buenos de los mas ricos de él, los cuales deberán echar suertes sobre quienes de ellos han de ser acompañados, y jurar los dos à quienes toque, que usarán legal y fielmente su oficio, determinarán rectamente el pleito, y guardarán secreto en lo que fuere necesario (3); y no siendo letrados han de buscar un asesor que lo sea. El recusante debe pagar sus derechos al acompañado, à lo que se le puede compeler por embargo y venta de bienes (4), porque da motivo á que se causen.

21. Siendo recusados los alcaldes de Corte que tienen provin-

* El señor Conde de la Cañada es de opinion que seria mejor obligar al recusante á que expresase la causa de su recusacion, por las razones que alega y pueden verse en la obra citada, part. 3. cap. 6. desde el num. 1 al 18.

1 Ley 1. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. y en ella Acev. .Greg. Lop. en la ley 22. tit. 4. Part. 3. glos. 4.

2 Ley 22. tit. 4. Part. 3.

3 Ley 22. tit. 4. Part. 3. y leyes 1 y 2. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

4 Acev. dicha ley 1, que antes era del tit. 16. lib. 4. num. 11. y num. 21 al 25.

cia, y como jueces ordinarios conocen de lo civil en primera instancia con los escribanos de provincia, se pueden acompañar con otro alcalde ó con persona de ciencia y conciencia (1); porque en dicho caso no se distinguen de aquellos para este efecto, como cuando juntos en sala entienden en algun negocio. Lo mismo practica hoy regularmente cualquier juez ordinario letrado, si hay otro en el pueblo, por evitar los rodeos de la ley, observando en cuanto al número de recusados lo dispuesto para con los asesores de los jueces legos, de que tratare mas adelante, pues por hombre bueno se entiende segun derecho (2) el juez ordinario.

22. No conformándose en las causas civiles el juez ordinario secular recusado y su acompañado, ha de ir la causa al superior, si se apela de la sentencia de alguno; pero si no se apelare, será válida la que se da en favor del reo, excepto en los casos de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pias, y otros, en los cuales vale la que se pronuncia á favor de lo expresado, aun cuando tambien resulte favorable al actor; y antes de pronunciarla pueden elegir tercero, y lo que los dos resuelvan será sentencia, porque aquel se reputa juez ordinario (3).

23. Si el recusado fuere delegado y no se conformare con el acompañado, ha de ir la causa al superior, porque sus sentencias no lo son, y como delegados ambos no pueden nombrar tercero, para que la de uno de ellos lo sea (4). Estos han de pronunciar juntos la sentencia, á diferencia del ordinario y su acompañado, que la pueden dar juntos ó cada uno de por sí separadamente por no prohibírselo el derecho (5).

24. En las causas criminales y en las de libertad y servidumbre, si el juez ordinario y acompañados discordaren, valdrá la sentencia pronunciada por la mayor parte, y dando cada uno la suya, será válida la favorable al reo; pero si el recusado, delegado y acompañados no se conformaren, ha de ir la causa al superior, porque el parecer de estos es uno y no prevalece contra el del juez, á menos que uno de ellos se conforme con el de este, pues entonces como de mayor parte será sentencia (6).

1 Ley 21. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 22. tit. 4. Part. 3.
3 Leyes 17 y 18. tit. 22. Part. 3. ley *Inter pares*: y ley *Duo judices*, ff. *de re judic.* y cap. fin. eod. tit.
4 Dicha ley 17. tit. 22. Part. 3. *Cur. Filip.* part. 1. §. 7. num. 15.
5 Aceved. ibi: num. 34. Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 94. num. 2. vers. *Ego verò.*
6 Ley 18. tit. 22. Part. 3. Paz tom. 1. part. 5. §. 12. num. 53 al 57. Pira *in Cur.* lib. 2. cap. 18. *Cur. Filip.* part. 1. §. 7. num. 15.

25. Debe asistir el juez acompañado con el recusado en su audiencia á dar la sentencia y providencias que ocurran, no teniendo impedimento legítimo; y si no fuere juez, respecto á que se le confiere jurisdiccion, debe jurar tambien que usará bien y fielmente su encargo, y administrará justicia á las partes, pues siéndolo no necesita hacer el juramento, por haberlo hecho cuando entró á serlo, ni se estila, aunque la ley 1. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. manda indistintamente á todos los acompañados que lo hagan (1); pero no puede ser recusado sin probarse causa (2), porque no se le contempla sospechoso, sino antes bien imparcial.

26. El que solicitó que un juez determinado conociese de su negocio acudiendo á este fin al Soberano ó à su tribunal supremo, ó puso voluntariamente la demanda ante un juez, no puede recusarle despues sino por nueva causa de enemistad, ú otra que sobrevenga, aunque sea en la de reconvencion puesta por el reo, porque por el mismo hecho de suplicar que se le nombrase, ó de haber acudido ante él para que le administrase justicia, es visto haberlo aprobado y no tenido por sospechoso.

27. Si el juez ordinario es lego, debe nombrar á su arbitrio por asesor un letrado aprobado para proferir la sentencia difinitiva ó auto interlocutorio que tenga fuerza de difinitivo, y mandar se haga saber el nombramiento á los litigantes, á fin de que si tienen por sospechoso al nombrado, le propongan otro ú otros de quienes no tengan sospecha (pues no les debe ocultar quien es, aunque algunos sienten lo contrario), como se prueba por la ley 2. tit. 21. Part. 3. Se les hace, pues, saber el nombramiento de asesor para que á la primera audiencia le recusen, si quieren, como lo pueden hacer sin necesidad de justificar ni expresar causa; bien entendido que hasta que pase la audiencia del dia siguiente no se le deben llevar los autos, y una vez recusado no debe entender en el negocio, porque no adquiere jurisdiccion, como el acompañado, para conocer de él por ser mero consultor; por cuya razon tampoco necesita jurar; como este, porque la ley no lo exige, y asi se observa. Pero despues de consentido tácita ó expresamente el nombramiento por las partes, y aceptado por el asesor, no se le debe recusar en aquel pleito; ni tenérsele por recusado sin justificacion sumaria de causa que sobrevenga ó que haya sido ignorada hasta en-

1 Ley 22. tit. 4. Part. 3. y dichas leyes 1 y 2. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

2 Auth. *de exhibendis reis, § Si vero, collat. 5.* Greg Lop. en dicha ley 22 glos. 9.

tonces (1), segun para con los árbitros y arbitradores ó compromisarios se dirá mas adelante. Si el pleito consiste en denuncias ó penas de ordenanza, no necesita el juez lego asesorarse (2), ni tampoco para sustanciarlo, pues basta el escribano que debe saber los trámites de su sustanciacion.

28. Con motivo de hacer recusaciones generales de los asesores voluntarios algunos litigantes cavilosos, y conformarse solamente con el letrado que nombrasen el señor presidente ó gobernador del Consejo, ó los presidentes ó regentes de las chancillerías ó audiencias en cuyo distrito se seguia el pleito, conspirando con estas ilegales, vagas y maliciosas recusaciones á vejar ó molestar á sus contrarios, diferir la decision, y á otros fines perniciosos; para evitar los gravísimos daños que con ellas se les causaban proveyó el Consejo á representacion fiscal el auto que dice asi: *En la villa de Madrid á 13 de mayo de 1766 los señores del Consejo de su Magestad, dijeron: que para evitar los graves perjuicios que se experimentan por la facilidad y abuso de admitirse en los juzgados ordinarios de estos reinos recusaciones vagas de abogados asesores, dilatando por este medio malicioso la breve expedicion de las causas, sus defensas y determinaciones en los dominios y provincias de los litigantes, tan recomendadas por todo derecho, debian de mandar, y mandaron que los jueces ordinarios no admitan recusaciones vagas de asesores, aunque sea con el pretexto de consentir en el que nombrare el señor presidente del Consejo, los presidentes, regentes ó decanos de las chancillerías y audiencias ó de otros cualesquiera superiores. Que solo se permita á cada parte la recusacion de tres abogados asesores para la final determinacion ó artículos de cada causa, quedando los demas de la residencia del juzgado y su provincia hábiles, para que el juez pueda nombrar de ellos, y no de otros, al que tuviere por mas conveniente, sin permitir sobre ello instancia, contestacion ni embarazo que difiera su conclusion en perjuicio de los litigantes y buena administracion de justicia* (3). Adviértase que la recusacion de los tres no se entiende disyuntivamente (como algunos litigantes de mala fe interpretan) para cada auto ó artículo, sino copu-

1 Greg. Lop. en la ley 2. tit. 21. Part. 3. glos. 9.

2 Scacia *de sent.* cap. 1. glos. 3. quæst. 9. y glos. 3. Bobad. lib. 3. *Polit.* cap. 8. num. 255. Acevedo en la ley 7. tit. 18. lib. 4. Rec. que es la 8. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. num. 105.

3 A consecuencia de este auto se expidió Real cédula en Aranjuez á 27 del propio mes (que es la ley 27. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.)

lativamente para todos los artículos, autos y sentencias que en cada juicio ó pleito se provean; de suerte que si hacen la recusacion solamente para los artículos, puede ser de tres; si solo para la sentencia, de tres tambien. Si recusan á tres para algun artículo, á ninguno mas pueden recusar ya en aquella causa: si recusan para cada artículo el suyo hasta el número de tres, quedan hábiles todos los restantes para la sentencia y demas providencias, artículos y recursos que ocurran en el pleito ó juicio, ya sea posesorio ó petitorio; pues en cada uno, haya ó no artículos, no se debe recusar mas que á tres de los de la provincia, ni admitir la recusacion de otros, porque de lo contrario podria no quedar abogado en ella con quien pudiese asesorarse el juez, en cuyo caso vendriamos á incidir indirectamente en el escollo que fue á evitar el auto inserto, y se frustraria y quedaria ilusorio; por lo que á excepcion de los tres todos los demas de ella quedan hábiles para que elija al que quisiere, lo cual he visto declarado varias veces, por ser conforme al espíritu del auto, y no concederles este tal facultad, y asi se entiende por los tribunales del reino. Pero es de advertir que si el asesor tiene firmada y entregada al juez la sentencia, no puede ser recusado (1), ni por consiguiente vale su recusacion.

29. El nombramiento de asesor se debe hacer saber á las partes, como queda expuesto, las cuales han de pagar los derechos de asesoría, ya lo haga el juez de oficio, ó à instancia de ambas; pero si lo es á solicitud de una sola, ò aunque esta no lo pretenda, si la providencia que se debe dar es á su pedimento, los debe satisfacer, lo cual se entiende no estando el juez asalariado, ó no siendo teniente suyo ó letrado, aunque lo esté, pues entonces los ha de llevar con arreglo al Real arancel sin excederse, pena de perdimiento del oficio y de pagar el exceso con el cuatrotanto (2).

30. Para recusar al juez eclesiástico ordinario ó delegado se ha de expresar ante él la causa, ya sea de amistad, enemistad, parentesco, interes ú otra. La recusacion es la primera excepcion dilatoria de que se debe usar antes de la contestacion, protestando poner las demas en su tiempo y lugar; pero si despues de esta vino á noticia del recusante la causa, ó es notoria, puede recusarla en cualquier tiempo y estado del pleito, jurándolo. Si le compete el beneficio de restitucion le puede recusar despues

1 Ley 9. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. 2 Ley 3. tit. 35. lib. 11. Nov. Rec.

de la conclusion, aunque la causa haya nacido antes de esta, y se debe admitir (1).

31. Siendo delegado del Papa, obispo ó de otro juez ordinario eclesiástico el recusado, ha de compeler á los litigantes á que elijan árbitros letrados, que conozcan de la causa de recusacion, y la decidan, señalándoles para ello término competente, y compeliéndoles á que nombren tercero en discordia. Estos árbitros han de asignar plazo á los litigantes para probarla, y si dentro del prefinido por el recusado no la determinaren, puede proceder este en el principal negocio sin embargo de la recusacion (2).

32. Declarando los referidos árbitros ser legítima la causa de la recusacion, si el juez recusado fuere delegado del Papa, se le ha de remitir el negocio para su conocimiento, y no á otro aunque lo consienta el recusante (3), y si fuere obispo ú otro ordinario puede remitirlo al superior ú á otro consintiéndolo el recusante; como asimismo á otro no sospechoso antes de la eleccion de los arbitros, ó de que se pruebe la causa, no obstante que esten electos (4). Si fuere subdelegado del Papa, se ha de examinar, probar y determinar la causa ante el delegado, y no ante árbitros (5); y si fuere vicario general ó delegado del obispo, ante este (6); pero se debe advertir que el recusado no puede subdelegar despues de probada la causa de la recusacion, porque esto es acto de jurisdiccion, y carece de potestad para ejercerlo (7).

33. Los jueces árbitros ó compromisarios elegidos por las partes para dirimir y decidir sus controversias, pueden ser recusados por enemistad nacida despues de su eleccion, ó descubierta entonces, aunque antes naciere, ó por soborno. Esta recusacion se puede hacer requiriéndoles el recusante á presencia de hombres buenos que no se entrometan á conocer del negocio pues los tiene por sospechosos por tal causa, nombrándola; y sino obstante este requerimiento continuasen, debe acudir al juez ordinario de ellos recusándolos, expresando la causa de la recusacion, ofreciendo probarla incontinenti, y pretendiendo

1 Cap. *Insinuante*, 25. *de offic. deleg.* cap. *Pastoralis*, 4. *de except.* *Cum speciali*, 61. *de appell.* cap. *Judex*, 5. y cap. *Si contra*, 14. *de offic. deleg.* in 6. y cap. *Quod suspecti*, 3. quæst. 1. Covarr. *Pract.* cap. 26. num. 2 al 4. Reinf. lib. 2. *Decret.* tit. 28 §. 2. num. 320 al 324. Paz tom. 2. part. 1. cap. 6. num. 6 al 8.

2 Cap. *Cum speciali*, 61. *de appell.* cap. 4. *de foro compet.* y 5. *de offic. deleg* in 6. Salg *de reg.* part. 2. cap. 10. num. 94.

3 Cap. 5. citado.

4 Dicho cap. 61. *de appell.* y cap. 5.

5 Cap. 27. §. 3. *de offic. deleg.*

6 Cap. 4. *de offic. deleg* in 6.

7 Cap. 5. citado.

que si constare de ella, les prohiba entender y proseguir en el negocio. El ordinario debe mandar al recusante que la justifique, y justificada ha de prohibirles la continuacion de la causa: si fueren tan tenaces que sin embargo de esta prohibicion prosiguiesen en ella, no valdrá lo que practiquen, ni está obligado el recusante á pasar por ello, ni por no obedecerlo incurre en pena (1). Si los árbitros no recusados discordaren en la decision, han de elegir tercero teniendo facultad para nombrarle, y careciendo de ella, ha de apremiar el juez ordinario á las partes á que lo elijan, y se debe ejecutar lo que el mayor número rusuelva (2).

34. En ninguna causa civil ni criminal puede ser recusado el juez *mero ejecutor*, porque nada hace de su autoridad propia (3); pero el *ejecutor mixto*, que tiene facultad para admitir excepciones, y determinarlas, y por consiguiente puede irrogar daño á los litigantes con sus procedimientos, puede serlo en los términos que el ordinario (4).

35. Puede ser recusado el juez de residencia, asi como el delegado; pero no se debe acompañar con los regidores, porque son reos igualmente que el residenciado, ni tampoco con otro del pueblo, pues aunque no sean reos, nunca deja de mediar entre ellos cierto espíritu de parcialidad por la dependencia y connotado de parentesco, y asi se ha de acompañar con letrado de otro pueblo que no sea sospechoso (5). Si discordaren en la sentencia, ninguna de las dos se debe ejecutar, porque la contraria no lo es; pero en caso de querer ejecutar alguna, ha de ser la menos gravosa á los residenciados, y en los casos en que se permite ejecutar sin embargo de apelacion (6).

36. Para la recusacion de alguno de los señores ministros de los Reales Consejos, alcaldes de Corte, oidores y alcaldes de las Reales chancillerías y audiencias, cuando juntos en sus respectivas salas conocen, como tribunal superior, de algunos negocios en vista y revista ó en grado de segunda suplicacion, y no cada uno de por sí como juez ordinario ó comisionado, se han de observar seis requisitos: 1.° que el pedimento en que se pretenda vaya firmado no solo de la parte ó de su procurador con poder bastante, sino tambien de letrado, pues de otra suerte

1 Ley 31. tit. 4 Part. 3.
2 Leyes 26 y 27. tit. 4. Part. 3.
3 Glos. fin. in cap. *Novi, de appellat.* Avend. in cap. *Prætor*, 23. part. 2. num. 10 al fin.
4 Diego Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Orden.
5 Ley *Nam et magis*, ff. *de arbitr.*
6 Ley *locatio*, 9. §. *Quod illicite*, 5. ff. *de publican. et vectigal.*

no se debe admitir; 2.° que contenga juramento de no recusarlos con malicia, sino por conceptuarlos sospechosos por tal causa (la que sea, pues se debe especificar); 3.° que se presente en el acuerdo y no en la sala, y se dé al señor presidente, y no al escribano de Cámara; 4.° que sean honestas, moderadas, y no ofensivas al recusado, ni mal sonantes las palabras con que se le recuse; 5.° que se especifique con claridad la causa legítima que impele á la recusacion, v. gr. si es por parentesco de consanguinidad ó afinidad, en qué grado (contado por derecho civil, como acto civil y profano), y por qué línea; si es por amistad ó enemistad, de qué causa proviene, y desde cuándo &c.; pues no especificándose con esta individualidad, no se admitirán por estar prohibida la admision de causas no especificadas (1). La recusacion por parentesco de los señores del Consejo y alcaldes de Corte, si es de consanguinidad no se debe admitir fuera del quinto grado, y quinto con sexto inclusive, y si es de afinidad fuera del cuarto grado, y cuarto con quinto tambien inclusive (2); 6.° que en vista (y lo mismo se practica en revista) la ponga el recusante dentro de treinta dias contados desde aquel en que se principiare á ver el pleito, y no de su conclusion, ó antes de los quince próximos é inmediatos al que se hubiere señalado para votarlo, pues de otro modo no se le admitirá, excepto por causas nacidas dentro de ellos ò despues; y si nacieron antes debe jurar que hasta entonces no llegaron à su noticia, lo cual se entiende tambien para en caso que el pleito no se vote en el dia señalado, y pase adelante; pues en este tiempo no se puede recusar sino por causas nacidas despues. Lo propio debe hacerse votándose el dia prefinido, y remitiéndose por discordia á otros jueces, pues estos no pueden ser recusados sino por causas nacidas despues de la remision (3). En todos estos casos lo ha de jurar asi el recusante.

37. Se pueden probar las causas de la recusacion de estos señores ministros por cualquier medio legal, y uno de ellos es por posiciones del recusado, las cuales debe poner el recusante en el pedimento de recusacion, si hubieren venido á su noticia despues de la conclusion, jurándolo asi y depositando la pena correspondiente. El recusado debe responder á ellas, no siendo criminosas (4); y para probarlas por testigos ú otro medio es arbitrario el término; pero no puede exceder de cuartos acá de

1 Leyes 3, 4, 5 y 19. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

2 Nota 4. á la ley 19. dicho tit. y lib.

3 Leyes 15, 19 y 16 tit 2 lib. 11. Nov. Rec.

4 Leyes 6 y 10 tit. 2. lib. 1 Nov. Rec.

cuarenta dias, y de puertos allá de sesenta: tampoco se pueden presentar ni admitirse sobre cada pregunta mas de seis testigos, ni despues de firmada la sentencia, aunque no esté publicada ó notificada, se debe admitir recusacion (1).

38. Es perentorio, y corre no solo contra los mayores de veinticinco años, sino contra los menores y demas privilegiados á quienes compete el beneficio de restitucion, el término para recusar á los señores expresados y probar las causas; pues para ello no gozan de él, y solo se les permite la justificacion de estas por confesion del recusado (2). Aunque algun tercero opositor salga á la causa, coadyuvando al principal, no puede recusar sino en los casos en que este, y asi la ha de tomar en el estado en que la halle (3).

39. El que recusa y no prueba causa legítima, si es al señor presidente del Consejo incurre en la pena de ciento veinte mil maravedis; si á otro cualquier ministro de él, en la de sesenta mil; y si á alcalde ó audiencia, en la de treinta mil; y no dandose las causas por bastantes, en la de seis mil (4); pero si es pobre cumple con obligarse á su satisfaccion cuando tuviere bienes (5). Por esta razon es menester gran cuidado en dichas recusaciones; pues aun cuando el recusante se aparte de la que haga, incurre en la mitad de la pena (6), asi como el que se aparta pasados tres meses de la segunda suplicacion en los casos de la ley de Segovia, debe pagar las mil quinientas doblas; mas no haciéndolo dentro de ellos (7): lo cual he visto practicar tambien en un recurso de injusticia notoria, y gobernarse el Consejo por la misma regla, sin embargo de no haber ley que de ello trate. Si es el fiscal Real el recusante, cumple el receptor de penas de Cámara con constituirse depositario de la mitad de ella, porque la otra mitad toca al Real fisco (8).

40. El relator puede ser recusado sin que haya necesidad de expresar la causa por que se le recusa; pero no se le ha de quitar el conocimiento é intervencion en el pleito, ni sus derechos; antes bien los jueces ante quienes penda le han de dar acompañado, debiendo el recusante satisfacer enteramente los derechos que importare el trabajo de hacer el apuntamiento, y el asistir á la vis.

1 Ley 9. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 18. tit. y lib. dichos.
3 Ley 17 del mismo tit. y lib.
4 Ley 7. tit. dicho, y cédula expedida en Madrid á 29 de marzo de 1563.
5 Ley 8. tit. y lib. cit.
6 Ley 19. cap. fin. tit. 2. dicho lib.
7 Ley 2. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
8 Quien desee adquirir mayor instruccion en esta materia de recusaciones de ministros togados, vea el tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. y la *Cur. Filip.* part. 1. §. 7. num. 13 y siguientes hasta el 31.

ta del pleito, aunque nada haya trabajado en él (1). El pedimento de recusacion ha de contener el juramento de no hacerla por malicia, dejando al relator en su buena fama y opinion, sin embargo de que la ley no lo previene.

41. Para recusar al escribano originario del pleito, no es menester probar ni aun expresar causa; pues basta jurar no hacerlo de malicia, dejándole en su buena fama y opinion, y pedir al juez que le dé acompañado, porque sin grave motivo justificado no se le puede remover de entender en dicho pleito, à causa de hallarse radicado en su oficio, donde debe subsistir, y ser contra su honor el removerle, lo que no puede decirse de la recusacion; y lo que haga sin el acompañado es nulo (2). Pero este no puede ser recusado sin causa, porque una vez que la parte pidió al juez que lo nombrase (pues ninguna ley le permite proponérsele), es visto haber querido conformarse con el que eligiese; y respecto deberse presumir que en su eleccion procedió con imparcialidad y justificacion, es preciso que para remover al nombrado le haga ver el defecto que tiene é ignoraba; de lo contrario le hace injuria, y no debe admitirse la recusacion como voluntaria, maliciosa y ofensiva al mismo juez. Si el escribano originario está enfermo ò ausente, puede despachar por sí solo el acompañado todo lo que ocurra en el pleito, porque no está recusado, y à falta de los dos otro que nombre el juez, porque con este tampoco se entiende la recusacion. Si el recusante se aparta, como puede, de la recusacion, ha de cesar incontinenti el acompañado, por quedar habilitado el recusado, el cual siendo juez comisionado para la probanza puede admitir el apartamiento, y hacerlo saber al acompañado á fin de que le conste, sin necesidad de ocurrir al tribunal, de donde dimana su comision, para que lo declare, pues se vuelve al estado que tenia antes de ser recusado, y es lo mismo que si no lo hubiera sido para proseguir en las diligencias ulteriores.

42. Para la recusacion del escribano de diligencias en los pueblos en que los Reales actúan (acerca de lo cual nada dicen los autores ni las leyes), se ha de practicar la misma solemnidad, á excepcion de que queda privado de entender mas en el negocio, porque para con él no se radica, como para con el originario que tiene oficio y archivo determinado, en el que debe parar siempre custodiado el pleito. La práctica que sobre esto hay en la

1 Ley 6. tit. 20 lib. 4. Nov. Rec.
2 Greg Lop. en la ley 22. tit 4. Part. 3. glos. 9 vers. *Item nota quod notarius.* Avend. in cap. *Prætor*, part. 2. cap 23. num. 13. Paz in *Prax* annotat. ult. *de tur bellion.* num. 42 al 44.

Corte, es proponer el recusante tres al juez, á fin de que de ellos elija el que quiera, y él mismo elige á veces uno, y á veces otro no propuesto á su arbitrio. Si elige de los propuestos por el recusante, suele el contrario recusarle, ó á todos, excepto al que nombre, y pretender que nombre de oficio otro *por vaga* (que quiere decir por discordia de los litigantes, ó por recusacion general), à lo que defiere. Si recusa à todos los del pueblo, excepto à los que propone, no se le admite ni debe admitir la recusacion por ser maliciosa, y asi elije el juez uno de los recusados y no propuestos.

43. Pero dudan algunos si nombrando el juez otro escribano de los no propuestos en cualquiera de los casos referidos, ó de oficio *por vaga*, podrá ser ó no recusado. Mi opinion en este punto es que el nombrado de los no propuestos puede ser recusado sin causa, como tambien el que elije el juez à su arbitrio, cuando la parte que recusa al primero que entiende en el negocio dice que le nombre; y las razones son: 1.ª porque si puede recusar al juez mucho mejor al escribano que elija, pues en cuanto á los Reales no hay la costumbre inconcusa de que se le pida darle acompañado, como se practica para con los originarios, ni para ello interviene el mismo motivo; 2.ª porque no hay ley que lo prohiba, y lo que no está prohibido se entiende permitido. Pero el nombrado de oficio *por vaga* no puede ser recusado sin causa probada, y antes bien debe estimarse maliciosa la recusacion, porque el juez usa en este caso de su autoridad y oficio de mediador, que no pueden quitarle ni limitarle los litigantes, ni impedirle su uso ínterin no cesen en el pleito, y porque de lo contrario se eternizarian las causas, y se ocasionarian graves é irreparables perjuicios á los que litigan de buena fe.

44. La parte que recusa el escribano originario, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado, porque los devenga à instancia suya, y á ello le puede apremiar el juez por embargo y venta de bienes, sea antes ó despues de visto y sentenciado el pleito (1), al modo que cuando se recusa á los relatores lo manda la ley (2), pues aunque acerca de esto ninguna trata, milita la misma razon, y asi se practica.

45. Para evitar los perjuicios que se causaban á algunos litigantes de suspender los jueces el curso de los pleitos cuando su

1 Acevd. en la ley 1. num 19 al 23. tit. 16. lib. 4 Rec., que hoy es la 1. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 1. §. 7. num. 33.

2 Ley 6. tit. 20. lib. 4. Nov. Rec.

Magestad ò alguno de los tribunales superiores por queja de los contrarios les pedian informe, sin embargo de que por esto no debian suspenderlo, porque lo prohiben las leyes (1); se expidió á consulta del Consejo Real cédula en el sitio del Pardo à 11 de enero de 1770, que dice: *que los tribunales y justicias del reino, asi ordinarias como comisionadas ò limitadas á ciertas causas ò personas, procedan con arreglo á las expresadas leyes en la administracion de justicia á determinar las causas con la brevedad mas posible, sin permitir dilaciones maliciosas ò voluntarias de las partes, ni suspender su curso, aunque por los tribunales y jueces superiores se les pida informe en su asunto. Que no se expidan cartas ni provisiones, ni se admitan apelaciones ò recursos que no sean conformes á derecho. Que si algunas se despachasen en contrario, se obedezcan y no se cumplan. Que cuando se pida de mi Real orden algunos informes sobre pleitos pendientes, se dé pronto cumplimiento; pero entendiéndose siempre sin retardacion ni suspension de su curso, á menos que en algun caso particular tenga á bien mandar expresamente que se suspenda: encargando, como encargo á todos los tribunales y jueces estrechamente la observancia de las leyes, la mas pronta expedicion de las causas, y la rectitud y libertad con que deben administrar justicia, como principal objeto á que se dirigen mis justificadas intenciones,* y asi se observa en la Corte.

46. Con arreglo à esta Real resolucion se debe proceder tambien cuando alguno que está ejecutado, acude al Consejo pidiendo moratoria, y que se manden suspender las diligencias ejecutivas, y este da traslado llano al acreedor ó acreedores, sin mandar al juez *que suspenda, ò no innove, ò no le moleste* por cierto término que señala, pues por este hecho es visto quiere que el juez prosiga las diligencias contra el deudor, y que el traslado sea y se entienda sin perjuicio del estado y naturaleza de la causa y su prosecucion, como lo he visto declarado por el Consejo, y practicado repetidas veces, y debe hacerse por los jueces y escribanos, aunque se les muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias mientras no se les mande expresamente; lo que no procede cuando la moratoria se obtiene antes de empezarse la ejecucion, y el Consejo confiere traslado, mandando pasar la pretension á Sala de Justicia para que alli se examine si se ha de deferir ò no á ella;

1 Ley 11. tit. 4. lib. 3. Nov. Rec. y otras del tit. 14. lib. 4. Rec.

pues en este caso hasta que se declare no haber lugar à su concesion, nada se debe practicar mediante á que el superior tomó conocimiento del negocio antes que el juez del ejecutado.

47. Las excepciones concernientes à la persona del actor son las de *legitimacion, no solo para pedir sino para comparecer en juicio;* como si el menor comparece sin intervencion de su curador, el tutor en nombre del pupilo, sin acreditar su encargo, el procurador sin poder, ò con él, pero diminuto, oscuro, y sin facultad especifica cuando el negocio la requiere; el sustituto suyo careciendo de facultad para nombrarle; el excomulgado vitando; el hijo de familias y todos los que no manifiestan la que les asiste, ò carecen de ella, ò tienen prohibicion legal de comparecer en juicio: pues ya sea en el civil ó criminal, ordinario ó ejecutivo, extraordinario, plenario ò sumario, y la causa tal que se trate de plano sin estrépito ni figura de juicio, debe legitimar el acter su persona (1).

48. Pero se duda si debe legitimarla al principio del pleito antes que el reo conteste, ò basta hacerlo en el término de prueba, ó antes de la sentencia. Carleval que propone esta dificultad (2), conciliando los muchos autores que cita, distingue dos casos: el primero cuando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, v. gr. el heredero y donatario, los cuales no necesitan acreditar que lo son antes de la contestacion, y basta producir los documentos de tales antes de la sentencia; porque estos mas sirven para justificar lo que piden, que para legitimar sus personas, pues miran á los méritos del proceso para obtener en juicio: y esto se amplia al cesionario cuando litiga como tal en su propio nombre, ejerciendo las acciones útiles que el cedente le trasfirió por la cesion; pero no cuando comparece en nombre y como mandatario de este, ejerciendo las directas que como dueño le competen. Mas esto tiene tres limitaciones, á saber: 1.ª cuando el actor hace mencion en la demanda (como debe) de la cesion, donacion, testamento &c., pues entonces ha de manifestarlo antes de la litiscontestacion, pidiéndolo el reo, para que este delibere en su vista si ha de continuar en el pleito ó separarse, à menos que jure no poder exhibirlo por no existir en su poder; 2.ª en las causas ejecutivas, en las cuales debe producir ante todas cosas el instrumento que trae aparejada la ejecucion; 3.ª si por la ley se requiere alguna cualidad para que sea admitido al juicio; pues en

1 Ley 9 y 24. Cod. *de procurator.* 2 *De judic.* tit. 2. disp. 4.

este caso debe acreditar que la tiene, y que es la misma que la ley exige, à menos que el reo no la excepcione, en cuyo caso bien se puede seguir el juicio sin este requisito.

49. El segundo caso es cuando el actor demanda en nombre y como procurador de otro: entonces, aunque sea cesionario, debe manifestar sus facultades en el juicio antes de la contestacion, y de no hacerlo le obstará la excepcion *tua non interest* (esto es, no te importa ó *no es de tu interes*), y podrá el juez repelerle de oficio por carecer de accion, siendo injusto permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interes, con solo el aparente pretexto de que lo hace por otro, á mas de que seria burlarse del juez, y por eso nuestro derecho (1) manda que no se defiera á la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro, mientras no acredite con el poder tener facultades para ella, é impone pena á los escribanos y relatores del consejo y audiencias; á aquellos si pasan à estos los autos antes que los poderes esten firmados por bastantes por los abogados de las partes; y á estos si hacen relacion del pleito sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los jueces instruidos proveen este auto: *Esta parte legitime ante todas cosas su persona, y hecho se traiga.* Y si se opone en nombre del reo sin su poder, dicen: *Presentando esta parte poder competente, se le entreguen los autos que pide, por el término ordinario.*

50. Se estiman y admiten tambien por excepciones dilatorias concernientes á la persona, y se han de decidir previamente, las fianzas ó seguridades que se piden y deben dar en juicio, y son las de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado; la de no ofender, que es cuando alguno se queja de que otro le amenaza; pues puede implorar el oficio del juez, y justificando á un tiempo no solo la amenaza sino que el que la hizo suele poner en ejecucion las que hace (pues no basta la justificacion de una cosa sola), debe el juez compeler á este á que afiance y asegure que no hará daño al querelloso, sus bienes ni familia, por sí ni por medio de otro; la de *rato ó aprobacion*, que debe dar el que comparece á nombre de otro sin su poder, ó sin el bastante, ó como conjunto en los casos que el derecho prescribe, de que su parte habrá por firme y no reclamará lo que se practique en el pleito; la que el actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas y daños que con

1 Leyes 2 y 3. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

motivo del pleito se le irroguen, en caso de que por no probar su intencion sea condenado, y este absuelto; *la de indemnidad* ó cuando el reo preso en carcel estrecha pretende se le alivie y traslade à otra mejor, ò que por carcel se le den villa y arrabales, y da fianza ó caucion ó seguridad de subsistir en ella, y no quebrantarla hasta que el juez se lo permita; la *convencional* en los contratos, que igualmente puede darse fuera de juicio si lo pactan los contrayente; la de *mudanza de condicion*, v. gr. cuando el deudor que está obligado à pagar cierta suma á plazo determinado, va empobreciendo, pues para evitar que se le moleste, da fianza de que al tiempo estipulado la satisfará; la que el Soberano ó su Consejo mandan dar al deudor que pretende espera ó moratoria para que durante esta no le persigan sus acreedores, sin la cual no vale ni le aprovecha, y segun la ley 1, tit. 33. lib. 11. Nov. Rec., no debe concederla el Consejo sin dar traslado á aquellos, ver su respuesta, y que luego dé á su satisfaccion fianza de pagar cumplido el tiempo de la concesion; la que los jurisconsultos llaman *Muciana*, cuando el testador legó cierta cosa ó cantidad à dia fijo, ò con condicion, y su heredero afianza de que verificada esta, ó cumplido aquel, entregará al legatario su legado; la de *damno infecto* (daño no hecho), que es para asegurar y resarcir el daño que no ha sucedido, pero que puede suceder; la de *usufructo*; la que se da en las denuncias de obra nueva; la que debe das el heredero extraño de restituir el exceso al importe de la *cuarta falcidia*, las de las leyes de Toledo y Madrid, y otras de que hacen mencion varias leyes del derecho civil y Real; todas las cuales son relativas á la persona del litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador, y de lo contrario no valdrán, porque como obligaciones accesorias y subsidiarias no pueden subsistir sin las principales, ni verificarse ó surtir su efecto sino á falta de estas, por ser fianzas puras y simples.

51. Las excepciones concernientes à la causa son la *litispendencia* sobre el mismo asunto ante diversos jueces, ó ante uno y distintos escribanos; la *subrepcion* del rescripto, esto es, el haberse obtenido con relacion siniestra; la de *estar el libelo inepto ú oscuro*, la de *pacto temporal de no pedir*; la de *carecer el actor de accion para litigar, pedir antes que espire el plazo, ó se cumpla la condicion*, y otras semejantes (1), las cuales debe poner el reo antes de la contestacion, á menos que hayan sobrevenido despues por algun acto del demandante, en

1 Ley 9. tit. 3. Part. 3.

que el reo no haya intervenido, ó que la misma excepcion anule el proceso, pues en estos dos casos, en cualquiera parte del juicio que las advierta, las puede oponer, y de no hacerlo es visto que las renuncia.

52. En estas excepciones no tiene lugar la *acumulacion* que produce la litispendencia, pues no solo se puede pretender en cualquiera parte del juicio, aun fuera de los dos casos expresados, sino que admite restitucion *in integrum*; y la razon es, para que la persona privilegiada no experimente vejacion en diferentes tribunales sobre una misma cosa (1). Otras excepciones dilatorias hay que se pueden oponer despues de la contestacion, de las cuales tratan Felin. in cap. *Exception.* col. 9. vers. *Fallit, de except.* y Alex. in leg. *Ita demum*, Cod. *de procurator.*

53. En la acumulacion de autos y procesos por causa de la litispendencia, se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continencia de la causa, ni se les irrogue detrimento, ni haya sobre un mismo asunto dos sentencias tal vez contrarias, de manera que la dada en un juicio pueda servir de excepcion en el otro, ó que los jueces y escribanos consientan se traten accesoriamente por su privativa utilidad pecuniaria y regalía de jurisdiccion.

54. Para que haya *litispendencia* es menester que el juez que principió á conocer del negocio sea competente, y que el reo sea citado é instruido plenamente de la demanda en tiempo y forma; ó que sino lo fuere tenga él la culpa, por no dejarse citar, ó usar de medios que impidan llegue á su noticia, pues no le deben aprovechar su dolo y malicia, ni por su contumacia constituirse de mejor condicion que el obediente (2); y es de advertir que pendiente el pleito no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena es nula su enagenacion, excepto que sea por razon de dote ó donacion por casamiento ó de transaccion, ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado ó fideicomiso, ó en los juicios universales, en que el juez permite, porque asi lo exije la necesidad, enagenar alguna para el funeral del deudor, paga de ciertos débitos suyos y alimentos de su familia (3). Fuera de estos casos se ha de revocar y volver la cosa enagenada á su antiguo estado, y sino puede ser, subrogarse otra en su lugar;

1 Carlev. tit. 2. disp. 2. num. 5 al 12. Molin *de primogen.* lib 3. cap. 13. num. 61. Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 52. num. 4.

2 Clementin. 2. *Ut lite pendente etc.* ibi *Immol.*

3 Leyes 13 y 14. tit. 7. Part. 3. y ley fin. Cod. *de rebus litig.*

y asi el rescripto ó privilegio que durante el pleito se obtiene sin mencionarlo, no perjudica á la parte contraria por ser subrepticio; bien que por la litispendencia no se priva al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos y uso de su comodidad; antes por el contrario subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle se le irrogaba injustamente grave daño, quitándoselo sin ser vencido, y la presuncion está por él de ser verdadero dueño y poseedor.

55. Supuesto lo referido debo sentar que la acumulacion de autos y procesos se ha de hacer por cualquiera de las tres causas siguientes. La primera *siempre que la cosa juzgada produce excepcion de tal sobre lo que se litiga,* pues de ventilarse ante dos jueces, y en diferentes procesos se determinaria en distintos tiempos, y la sentencia dada por uno obstaria y podria oponerse como excepcion ante el otro. La segunda por *litispendencia,* que es por razon de pleito pendiente sobre el dominio ó cuasidominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravamen que tenga ó sobre posesion de ella), y asi no debe continuar el juez segundo, estando principiada la causa ante el que previno el conocimiento. Lo mismo procede cuando el deudor forma concurso voluntario ante cualquier juez suyo, pues puede pedir y hacer que se unan y acumulen todas las causas que contra él penden ante otros, ya se hayan movido antes ó despues de formado, entablando esta pretension ante el del concurso en cualquier estado del pleito; y tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido à él, ó el defensor nombrado, aunque esté pasado el término prescrito para oponer las excepciones dilatorias (1), porque como juicio universal avoca y atrae à sí á todos los particulares, segun en él diré. La tercera causa porque debe hacerse la acumulacion es para que no se divida la *continencia* de la causa, lo cual puede suceder en seis casos. 1.° Cuando concurren las tres identidades, de *persona* (aunque esté representada por otro) *juicio* y *cosa*; quiero decir, cuando es una la accion, y son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden. 2.° Cuando la accion es diversa; pero la cosa y litigantes son los mismos. 3.° Cuando la cosa es distinta; pero la accion y los litigantes son los mismos. 4.° Cuando la identidad de la accion proviene de una causa contra muchos, aunque la persona y cosa sean diferentes; v. gr. la accion de tutela, por la cual se procede contra muchos tutores; ó cuando los acreedo-

1 Solg. Part. 1. *Labyr.* cap. 4. §. 3.

res litigan contra su deudor, ya sea por una cantidad y obligacion á favor de todos, ó por la cosa en que son partícipes, ó cada uno por su crédito particular y privativo. 5.° Cuando la accion y la cosa son las mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados* ó *mixtos*, por ser actores y reos todos los litigantes; y son el de deslinde y amojonamiento de tierras y términos, aunque en ellas haya edificios ó árboles; el de division de herencia; el de particion de la cosa que pertenece á muchos; el de *tenuta*, y otros semejantes que no pueden dividirse cómodamente sin dispendio y vejacion de las partes, y asi se han de tratar ante un juez, para que viendo á un tiempo el derecho de todos, pueda dar á cada uno el que le toca. 6.° Cuando los juicios son y se reputan como un género y especie, pues no deben dividirse (1).

56. Se exceptúan sin embargo siete casos, en los cuales no se deberá hacer la acumulacion de autos ó procesos, aunque la continencia de la causa se divida. 1.° Cuando la parte no lo pide, ni opone esta excepcion; pues el juez, como que no es interesado ni por consiguiente le incumbe, no debe hacerla de oficio. 2.° Cuando actor y reo son absolutamente de diverso fuero, v. gr. uno del eclesiástico y otro del secular. 3.° Cuando el reo demandado ante el primer juez es contumaz, pues por su contumacia pierde la excepcion y beneficio que le competia, á no ser que previamente satisfaga las costas, y siga luego ante él su justicia, que entonces le recuperará con este acto. 4.° Cuando el juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo pleito, ó intervienen otras causas justas para la division de su conocimiento; v. gr. si dos reos, uno clérigo y otro lego son cómplices de un delito, ó el negocio toca á entrambos, pues debe tratarse ante el juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos, como vi decidido en el Consejo en pleito que seguí (*). 5.° En las ejecuciones, pues el ejecutante puede acudir ante distintos jueces pa-

1 Carlev. *de judic.* tit. 2. y disp. 1. cit. num. 3, 4 y 11. Salg. *Labyr.* part. 1. cap. 4. §§. 1, 2 y 3.

* Sin embargo, siendo cómplices de un delito dos personas de distinto fuero, seria muy conveniente que no se dividiese la continencia de la causa, porque realmente no debe ser mas que una, siendo una la sumaria, y unas las pruebas ó los medios de probar. En este caso seria muy oportuno para facilitar la brevedad de la causa, que ambos jueces hallándose en un pueblo, formasen un solo tribunal, en donde se viese y sentenciase excusándose competencias, siempre muy perjudiciales para la recta administracion de justicia. Si estuviesen separados, deberia seguirla el que primero hubiese conocido en ella, dando despues al otro noticia de la sentencia para que le constase, o para que la pusiese en ejecucion con respecto al reo de su fuero. Esto debe entenderse en cuanto á los delitos en que no se incurre en desafuero, pues de los otros debe conocer indispensablemente la justicia ordinaria. *Febrero adicionado.*

ra la mas pronta exaccion de su débito, porque los remedios que se dirigen á un fin son compatibles, y la eleccion de uno no quita ni excluye al otro (*). 6.° Cuando los procesos estan en diversas instancias, v. gr. uno en primera y otro en segunda ó tercera. 7.° Por razon del juramento del contrario, pues por él adquiere jurisdiccion el juez eclesiástico; pero no por eso debe decirse que se añade fuero à fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, mas no seguir por ambos à un tiempo sobre la misma cosa.

57. Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales, pendientes ante escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores ó agraviados, ha de hacerse al del juez que debe conocer de la causa, el cual es el primero que empezó, aunque no sea tan condecorado, y si los escribanos son de un mismo fuero, al que principió à entender en ella, ya fuese à pedimento de parte ó de oficio. Lo propio se ha de observar en la ejecucion de cosa juzgada, ó eviccion, cuando ante el escribano se trató el pleito principal, y ambos son de un propio fuero. Con el auto en que se manda al escribano que vaya á hacer relacion y con el de señalamiento de dia para hacerla, se ha de citar á las partes, á quienes se ha de notificar el que se provea, declarando haber ó no lugar á la acumulacion, para que las conste y usen de su derecho, debiendo extenderle el que llamó al otro con quien se ha de concluir este artículo, como que por ante él, y no por ante el requerido, se principió.

58. Si los autos penden ante dos jueces, uno mas digno por su graduacion que el otro, v. gr. el uno togado y el otro no, ó si ambos lo son, pero consejero el uno, y el otro alcalde ú oidor de audiencia ó chancillería; ó si el uno solo tiene los honores de toga y el otro destino en tribunal donde todos son togados &c. se ha de pretender ante el mas digno que el escribano del otro juzgado vaya á hacer relacion citadas las partes, y que los autos de este se acumulen á los del otro, ó al contrario, segun por derecho deba hacerse, porque lo mas digno atrae á sí lo menos dig-

* Sin embargo de que por la opinion unánime de todos los intérpretes ha pasado á ser como un axioma el que la litispendencia no se admite en los juicios ejecutivos, y que puede el ejecutante recurrir á diversos jueces para la mas pronta ejecucion de su crédito; dudo mucho que en el dia sigan los jueces sensatos esta doctrina, que no se apoya en ninguna ley nuestra ni en ninguna razon sólida. *Febrero reformado.*

Sería una accion poco conforme á los principios de humanidad, y contraria á la justicia misma, el que por una misma deuda se viese un hombre vejado por diferentes tribunales... Si tuviese lugar esta doctrina se complicarian las diligencias, se comprometeria la autoridad de los jueces, y el reo no podria acudir á un tiempo á defenderse en todas partes. *Febrero adicionado.*

no, y el escribano del juez mas graduado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse á ir ante el otro á dar cuenta de los suyos. Pero si el juez de menor graduacion es comisionado por el Rey ó por tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él si se lo manda, porque no procede como ordinario sino representando al superior que le dió la comision, en la que es mas que el juez particular graduado; asi lo he visto práctiçar siempre en la Corte, y es conforme á razon.

59. Declarando haber lugar á la acumulacion, debe el escribano á quien le quitan los autos, entregarlos íntegros y originales al otro, sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, inclusos los de hacer relacion; pero cuando no há lugar á ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde y como las convenga, no está obligado á su entrega ni union, aunque todos pasen ante él, pues entonces si para unos aprovecha à la parte algo de los otros, puede pedir de ellos los testimonios que necesite (1), y que á este efecto el juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios, citando con ellos á la parte contraria, para que si quisiere se halle presente à verlos corregir y concertar. Asimismo en el auto en que se declare haber ó no lugar á la acumulacion se ha de expresar haber hecho relacion cada escribano de los que pendian en su oficio; y si unos y otros penden ante un escribano, no es necesario compulsorio para sacar los testimonios referidos, pues en virtud y á continuacion del auto en que se mandan dar, se pueden poner: asi lo he visto practicar siempre sin disputa. Por último mientras está pendiente la acumulacion, y hasta que se consienta ó ejecutorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como artículo dilatorio hace suspender el progreso de los autos hasta que se declare.

60. Excepciones meramente *perentorias* se llaman las que extinguen el derecho del actor, v. gr. las de *no haberse entregado el dinero*: *la prescripcion*: *solucion*: *juramento de no pedir la deuda en juicio*: *pacto perpetuo de no pedir*: *simulacion de contrato*: *dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligase*: *miedo grave que le impulsó á constituir la obligacion*, y otras semejantes.

61. Se titulan *mixtas* ó *anómalas* las excepciones que participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias, v. gr. *la cosa*

1 Ley 18. tit. 15 lib. 7. Nov. Rec. vers. *Item de cualquiera proceso que se remitiese*: *Cur. Filip.* part. 1. §. 8. verb. *Juicio*, num. 11.

juzgada: transaccion: pleito acabado: paga, finiquito, prescripcion, y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no competirle ó no tenerla ya aunque la hubiese tenido (*).

62. Las excepciones llamadas *perjudiciales*, se comprenden entre las dilatorias, y son de dos clases: unas *absolutamente* y de suyo *perjudiciales*, y otras que lo son respectivamente. Las primeras se proponen sobre causa muy grave y de gran perjuicio, v. gr. sobre el estado de libertad, servidumbre è ingenuidad de alguno; si es ó no hijo de quien se dice; si el parto es ó no verdadero; y otras semejantes: las cuales son perjudiciales de suyo por el perjuicio de la persona. Tambien se llaman *perjudiciales* cuando el hijo dice que no está bajo de la patria potestad, y por lo mismo niega la obediencia á su padre, ó el vasallo á su señor, ó el monge à su abad; y estos por la accion perjudicial deben ser compelidos à obedecer à sus respectivos superiores.

63. Son perjudiciales respectivamente las que se proponen como acciones privilegiadas contra otras que no lo son; lo cual sucede de diversos modos. 1.° Cuando se intentan dos, una principal y otra accesoria, pues aquella perjudica à esta porque se trata primero de ella. 2.° Por razon de su contrariedad, v. gr. cuando se instaura una y luego otra contraria, pues no se admite esta por el perjuicio que causa á la otra. 3.° Por la de mayoría y preeminencia, v. gr. cuando se intentan dos civiles, una particular y otra universal, pues aquella cede á esta porque el juicio universal, como mayor, es preferido al particular; ó cuando la una es civil y la otra criminal, y esta observe en sí à aquella, y no de otra suerte, pues como que se debe ventilar primero la criminal por ser mayor, perjudica el curso de la otra. 4.° Por razon de despojo de alguna alhaja, pues mientras se trata de recuperar su posesion ningun pleito puede mover sobre ella el despojador al despojado. 5.° Cuando alguno intenta la accion de division de herencia diciendo que es coheredero, pues ínterin justifica serlo, si se lo niegan, no puede dividirse la herencia; y esta excepcion perjudica á la accion intentada. 6.° Cuando

* Entre las excepciones meramente perentorias pone Febrero las de prescripcion y de paga, que cuenta asimismo despues entre las mixtas ó anómalas. Ademas dice que son de esta clase todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no haberla tenido ó no tenerla ya, lo cual puede decirse con toda verdad de las que coloca en la clase de meramente perentorias. Mejor fuera quitar de la division de las excepciones el miembro de mixtas ó anómalas, que en mi concepto menos que para dar claridad sirve para causar confusion. *Febrero reformado.*

intenta la de division de cosa comun, y se le niega ser comun la cosa cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño ó participante en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que la obtenga en juicio pasar á dividirse. 7.° Cuando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ò contra el fiador simple, porque si se le opone la excepcion de la excusion en el principal obligado, debe hacerla primero, y esta perjudica à la accion. 8.° Cuando se opone al actor la excepcion de excomunion mayor, de la cual se debe conocer antes que del principal negocio. 9.° Cuando no tiene accion ó no legitima su persona, ó se excepciona contra la del juez por incompetencia ó sospecha; de suerte que siempre que el reo intenta alguna accion como tal, ò por via de excepcion, de la cual debe tratarse antes que de la del actor, se llama *perjudicial*, porque detiene y perjudica su curso y conocimiento.

64. Explicada ya la naturaleza de todas las especies de excepciones pasaré à tratar 1.° del orden con que deben proponerse, 2.° del tiempo que para ello conceden las leyes. Empezando, pues, por las dilatorias debe saberse que la primera que ha de proponerse antes que todas las demas, es la declinatoria de fuero ó incompetencia de juez por defecto de jurisdiccion; pues de omitirla el reo se sujeta à él, le prorega la jurisdiccion en los casos en que puede prorogarse, y le constituye competente para conocer de las otras y del negocio principal; lo cual no sucede con la recusacion, porque esta requiere varias solemnidades, y à veces expresion y justificacion de las causas por que se hace, como se ha dicho. Asi que la declinatoria debe determinarse primero que todo, aun cuando exija mayor examen é indagacion: requiere especial y expresa declaracion, la cual no es precisa en otras excepciones, y de ella puede conocer el propio juez, sin que por esto se deba decir que lo es en causa propia; pues solamente se llama asi aquella de la cual se sigue daño ò provecho à alguno, y aqui ninguno se sigue al juez en declarar que es suya la jurisdiccion, y solo se amplía la de su oficio, debiendo esto entenderse, ya sea requirente ya requerido, especialmente si se controvierte entre partes.

65. Propuesta la declinatoria se impide el ingreso y curso del juicio, de tal suerte que el juez no puede pasar adelante interin no se declare expresamente por competente, y se consienta ò ejecutorie el auto, y si procede sin esta declaracion expresa (pues no basta la tácita), es nulo el proceso. Si se pone la excepcion de litispendencia, de legitimacion de persona, ú otra

que impide el curso del juicio, de modo que recayendo declaracion sobre ella no puede expedirse el negocio principal, debe el juez hacerla expresa ò tácitamente. Cuando se opone alguna otra dilatoria, que admitida anula todo lo actuado hasta allí, debe definirse tambien incontinenti y no reservarse para el fin de la causa, à efecto de que esta no quede ilusoria, ni el reo sea vejado con expensas inutiles. Lo mismo se debe practicar cuando propone alguna perjudicial que de dejarse para definitiva se sigue gravamen irreparable por esta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte Salgado. Pero sobre las demas excepciones no es necesaria declaracion expresa, excepto que el reo la pida; y lo que se practica es recibir el pleito à prueba sobre lo principal sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia tácitamente.

66. Si el reo forma artículo de no contestar y no pide que asi se declare ante todas cosas, ni hace la protesta de contestar la demanda à su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion y no de otra suerte, y el juez desprecia el artículo expresa ó tácitamente; ya no puede pretender término para contestarla por haberse pasado, en cuya atencion puede el juez recibir el pleito à prueba sobre lo principal, porque se tiene por contestada y por concluso para prueba; bien que no por esto se halla privado de articular y probar todas las excepciones perentorias que se dirijan à enervar y extinguir la accion del demandante, aunque no las haya expresado en la demanda. Pero si hace la protesta y pide declaracion expresa, no debe el juez recibir el pleito à prueba despreciando el artículo, sino mandarle que conteste dentro del término de la ley, y de lo contrario puede apelarse, como lo he visto observar.

67. Las excepciones perentorias deben oponerse despues de la contestacion (1), y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia definitiva que recaiga sobre el negocio principal absolviendo ó condenando al reo segun los méritos del proceso.

68. Las excepciones mixtas ó anómalas pueden oponerse antes ó despues de la contestacion, y à veces no solo antes de esta, como dilatorias, ó como mas haya lugar y puedan contribuir á la justificacion del artículo de no contestar que se forme, sino tambien despues en caso que aquel se desprecie y se man-

1 Mejor seria decir que se oponen en la contestacion, ó que se contesta con ellas; pues alegar, por ejemplo, el demandado que ha satisfecho la deuda, ó que se obligó por haber usado el actor de dolo, no es otra cosa que contestar negativamente á la demanda. *Febrero reformado.*

de contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen antes sirven para impedir el ingreso y curso del juicio, de modo que en caso de estimarse justas, se acaba; y si despues, para enervar la accion del demandante, que es el único fin à que se dirigen.

69. Si oponiéndose antes ofrece el reo probarlas incontinenti, que es en el término legal, y las prueba, deben decidirse, à menos que requieran mas escrupuloso examen è indagacion, por ser intrincadas en el hecho (lo cual se deja al arbitrio del juez por no haber ley sobre esto), y no poderse liquidar brevemente, pues entonces se ha de reservar su decision para definitiva, segun ha de hacerse tambien cuando se oponen despues de la contestacion como perentorias. Pero si la duda y dificultad es de derecho, deben determinarse al punto: lo uno porque acerca de la disputa de derecho no cabe ni se requiere orden judicial, y siempre ha de ser una la determinacion del juez; y lo otro porque para el pleito que consiste en mero derecho no conceden término las leyes por no ser necesario hacer justificacion, y estar resuelto en él lo que el juez debe practicar. Lo mismo se ha de decir de las excepciones dilatorias concernientes á los méritos de la causa (1) (*).

70. Tambien se deben resolver ó definir antes de pasar adelante las relativas al proceso, que llaman *emergentes* ó *incidentes*, como si se ha de conceder ó no mas término, si se han de recibir ó no los testigos antes del probatorio, y otras semejantes.

71. Tratemos ahora del término que conceden las leyes para proponer las excepciones. Aunque una de Partida (2) ordena que si el juez conociere ser la intencion del reo dilatar el pleito con las excepciones, puede prefijarle término para que proponga juntas todas las que tenga, y no haciéndolo, que pase adelante; sin embargo otra ley de la Nov. Rec. (3) prescribe el tiempo en que deben ponerse. Segun ella residiendo el demandado dentro de la jurisdiccion ó territorio del juez, de cuya orden se le emplazó, tiene nueve dias continuos y perentorios, contados segun la práctica inconcusa de los tribunales, desde el dia de la citacion ó emplazamiento exclusive, para oponer y justificar las excepciones dilatorias, pasados los cuales no se deben admitir en calidad de tales ni por via de restitucion del pri-

1 Cap. 1. *de litis contest. in* 6.

* Es excepcion dilatoria concerniente á los méritos de la causa segun Carleval (num. 14. cit) la de pedir el actor antes del plazo estipulado.

2 Ley 9. tit. 3. Part. 3. verb. *Otrosi decimos*

3 Ley 1. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.

vilegiado á quien competa, á menos que de no admitirse se le siga un grave perjuicio, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces con conocimiento de causa puede el juez admitirlas. Pero si se halla fuera de la jurisdiccion se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del último, y perentorio término que el juez en consideracion à la distancia le hubiere asignado para comparecer (1).

72. Para alegar y proponer las excepciones perentorias de cualquier calidad que sean, prefine la ley otros veinte dias, los cuales empiezan desde que se concluyen los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito; y despues de ellos no debe admitirlas el juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure asi, como tambien que hasta entonces no llegaron à su noticia, en cuyo caso no probándolas en el término que el juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion, sin esperar à la definitiva, y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno (2).

73. En la instancia en que se opusieron alguna ó algunas excepciones dentro del término competente, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba à prueba sobre ella, à no ser que quien la opone, pueda justificarla por escritura pública ó confesion de la parte contraria (3); ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó antes, porque de permitirse esto quedaria indefenso el colitigante, por no haber probado contra ella á causa de ignorarle; y asi se practica.

74. Lo expuesto no tiene lugar en los que gozan del beneficio de la restitucion por entero, porque estos la tienen para poner y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder solo una vez con tal que sea antes de la conclusion para definitiva, pues en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas (4). El juez debe suplir de oficio la excepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga. Por último si consiste en hecho, es preciso oponerla; y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana, sin ser necesario expresarla.

1 Dicha ley 1. que dice: «contados del fin del término de la carta de emplazamiento.»

2 Ley 1 cit.

3 Leyes 1, 2 y 3. tit. 7. lib 11. Nov. Rec.

4 Leyes 1 y 2, tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.

APENDICE A ESTE TITULO.

Formulario de pedimentos ò demandas con sus correspondientes autos, sobre las principales materias contenidas en los libros primero y segundo de esta obra.

LIBRO PRIMERO.

SOBRE DOTES.

PEDIMENTO DE DOTE NO PROMETIDA.

1.° F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, precedida la venia necesaria, digo: que habiendo mi poderdante casado legítimamente con M., hija legítima de F., de esta vecindad, como consta de la partida de casamiento que exhibo, no trajo aquella á su poder ninguna dote, ni ahora la tiene, con que pueda mi poderdante alimentarla y sostener las cargas del matrimonio; y mediante á que su padre está obligado á dotarla competentemente conforme la calidad de su persona, hacienda que disfruta è hijos que tiene, por lo menos en tanta cantidad, que es la que puede tocarla de legítima:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva condenar á F. á que dote à su hija en la expresada cantidad, y la entregue à mi poderdante, otorgando el correspondiente instrumento de su recibo. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE DOTE PROMETIDA NO CONSTANDO DE ESCRITURA LA PROMESA.

2.° F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, precedida la venia necesaria, digo: que habiendo mi poderdante contraido legítimo matrimonio con F., hija legítima de C., de este vecindario, segun acredita la partida de casamiento que exhibo,

le prometió este dar en dote tanto en aquella y tanto en la otra especie; pero sin embargo de hallarse mi poderdante sustentando desde entonces las cargas matrimoniales no ha podido conseguir el cobro de aquella. Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentados dihos documentos, se sirva condenar á C. à que satisfaga à mi poderdante la expresada cantidad con los réditos que pudo haber prometido desde su promesa hasta la entrega. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

DEMANDA PIDIENDO EL EXCESO DE UNA DOTE INOFICIOSA.

3.° F., en nombre de N., vecino &c., de quien presento poder ante V. y como mas haya lugar en derecho, digo: que habiendo S., padre que fue de mi poderdante, casado á B, su hija, y hermana de este, con R. en el año próximo pasado, le dió en dote tanto en esto y tanto en aquello, como resulta del instrumento que tambien exhibo; y mediante à que teniendo solo de caudal tanto, no pudo dotarla mas que en tanto, que es lo que correspondia de legítima y podia tocarle de mejora:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva declarar por inoficiosas en el exceso de la expuesta dote, y consiguientemente condenar al mencionado R. á que le restituya á mi poderdante, como es debido. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE UNA VIUDA PARA RECUPERAR SU DOTE.

4.° F., en nombre de N., vecina de esta villa, y muger legítima que fue de E., ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. y F., de este mismo vecindario, y digo: que cuando mi poderdante casó con aquel en tal año, llevó al matrimonio en dote tanta cantidad, de que se dió por entregada, segun acredita la escritura que presento; y en atencion à que por fallecimiento de E. están obligados á restituirla á mi poderdante S. y F., sus hermanos y herederos, con beneficio de inventario, como consta del testimonio que tambien presento:

A V. suplico, que habiendo por presentados los dichos documentos, y por admitida esta demanda, se sirva condenar á dichos S. y F. á que devuelvan á mi poderdante la mencionada cantidad. Pido justicia y costas.

Otrosí. = En atencion à que mi poderdante no tiene otros bienes con que poder sustentarse que los de su dote: = A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este otrosí con citacion contraria, y hecha la suficiente, se sirva mandar le den S. y F. los alimentos y litis-expensas que fuesen del agrado de V. teniendo en consideracion la calidad de su persona y la dote, hasta tanto que se haga su restitucion. Pido como antes.

Auto. = A lo principal traslado; y al otrosí haga la informacion; y hecha, autos.

SOBRE ADOPCION Y EMANCIPACION.

PEDIMENTO PARA LA ADOPCION.

1.° F., vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que hallándome viudo en edad avanzada con caudal considerable, y sin herederos forzosos ni esperanza de tenerlos, he resuelto adoptar à J., hijo de A., difunto, que es pobre y huérfano, tiene tantos años de edad, como consta de la certificacion de su bautismo que presento, y consiente en ser adoptado; mediante lo cual, y que de efectuarse la adopcion se le sigue manifiesta utilidad; para que tenga efecto:

A V. suplico se sirva haber por presentada dicha certificacion, mandar se me reciba informacion al tenor de este pedimento, y constando su certeza en la parte que baste, deferir à mi pretension, y concederme licencia para formalizar la escritura de adopcion correspondiente, interponiendo en ella su autoridad y decreto judicial para su mayor firmeza; pues asi procede de justicia que pido.

Auto. = Por presentada la certificacion que se refiere; recíbase la informacion que esta parte ofrece ante el presente escribano, á quien para ello se da comision en forma; y hecha, traigase para proveer. El señor Don N., corregidor de esta villa de tal, lo mandó à tantos de tal mes y año.

PEDIMENTO SOLICITANDO EN EL CONSEJO SE APRUEBE UNA EMANCIPACION.

M. P. S.

2.° F., en nombre y en virtud de poder que presento de N., natural y vecino de C., ante V. A., como mas haya lugar, digo:

que conociendo el padre de mi poderdante su juiciosa conducta y aplicacion á las labores del campo, ha tenido á bien emanciparle, de cuyo acto, para el que tiene la edad competente, se sigue utilidad al vecindario y ningun perjuicio à sus hermanos por los cortos bienes que le ha dado al tiempo de la emancipacion, segun consta de la escritura que tambien presento. Por tanto, para que esta tenga su entera validacion y firmeza:

A V. A. suplico, que teniéndola por presentada, se sirva aprobarla en todo, mandar que inserta se libre la Real provision correspondiente &c.

SOBRE TUTELAS.

PEDIMENTO PIDIENDO UNA MADRE SE LE DISCIERNA EL CARGO DE TUTORA.

1.° María Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, vecino que fue de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que el expresado mi marido falleció en tal dia, bajo del testamento que otorgó ante N., escribano Real, en el que instituyó por sus herederos à José y Antonio Alvarez, nuestros hijos, que se hallan en la edad pupilar, nombrándome en una de sus cláusulas por tutora y curadora de las personas y bienes de ambos, relevada de fianzas, segun acredita el testimonio que presento; en cuya atencion:

A V. suplico se sirva haberle por presentado, y por lo que resulta de dicha cláusula discernirme el cargo de tal tutora y curadora, con la expresada relevacion, mandando se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo, pues asi es justicia que pido. = María Fernandez.

Auto. = Hase por presentado el testimonio que se expresa, y por lo que resulta de él, se aprueba con relevacion de fianzas el nombramiento que hizo Antonio Alvarez en su muger María Fernandez de tutora y curadora de José y Antonio Alvarez, menores, hijos de ambos; notifíquesele, acepte, jure y se obligue como corresponde, y hecho traigase para discernirle el cargo. El señor Don N., corregidor de esta villa de tal, lo mandó á tantos &c.

PEDIMENTO DE UN TUTOR TESTAMENTARIO PIDIENDO LA TUTELA.

2.° F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que

como resulta del testamento bajo cuya disposicion falleció M., que exhibo, nombró en una de sus cláusulas á mi poderdante por tutor testamentario de sus hijos menores A. y B., cuyo cargo acepta en forma, y jura usar de él con la legalidad que es debida, dando á su tiempo cuenta con pago de lo que se le entregue como tutor. En esta atencion, y en la de que mi poderdante se allana à dar las acostumbradas fianzas:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, y aprobando la citada cláusula, se sirva mandar: que practicándose el correspondiente inventario de los bienes y efectos que pertenezcan à los mencionados A. y B. se le entreguen. Pido justicia &c.

Auto. = Autos.

PEDIMENTO PIDIENDO UN TUTOR LEGÍTIMO LA TUTELA.

3.° F., en nombre de N., vecina de &c., de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que segun demuestra el testamento, bajo cuya disposicion falleció H., marido que fue de mi poderdante, en ninguna de sus cláusulas nombró tutor á sus menores hijos P. y R., y mediante á que en este caso es mi poderdante tutora legítima conforme á derecho:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, y admitiendo á mi poderdante las fianzas que está pronta à dar, mande que practicándose el correspondiente inventario de los bienes y efectos de los mencionados sus hijos, y aceptando con juramento el cargo, se le entreguen. Pido justicia.

Auto. = Autos.

PEDIMENTO DE UN MENOR PIDIENDO CUENTAS Á SU TUTOR.

4.° F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que como acredita la partida de casamiento que tambien presento, mi poderdante se halla casado y velado con M., y mediante á ser mayor de diez y ocho años, segun manifiesta la partida de bautismo que asimismo presento, con la protesta de que á su tiempo se me devuelvan ambos originales:

A V. suplico, que habiéndolas por presentadas con el poder, se sirva mandar que F., tutor y curador de mi poderdante, le dé cuenta con pago de todos sus bienes y efectos. Pido justicia &c.

Auto. = Autos.

PEDIMENTO DE UNA VIUDA SOLICITANDO SE NOMBRE TUTOR A SUS HIJOS PAPA PASAR Á SEGUNDAS NUPCIAS.

5.° F., vecina de esta Corte, y viuda de S., ante V. como mejor proceda; digo: que de nuestro matrimonio tuvimos por hijos á C. y R., de quien soy actualmente tutora testamentaria, como consta del testimonio que tambien presento; y mediante á tratar yo de contraer segundas nupcias con B., de este mismo vecindario:

A V. suplico, que habiendo por presentado el referido testimonio, se sirva proveer de curador à dichos mis hijos menores, pues hecho asi protesto dar cuentas con pago de la administracion que he tenido á mi cargo. Pido justicia.

Auto. = Autos.

PEDIMENTO SOLICITANDO LA REMOCION DE UN TUTOR SOSPECHOSO EN LA TUTELA.

6.° F., en nombre y como curador á pleitos de N., hijo que fue de N., ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que por muerte de este se entregaron à P., como tutor testamentario de aquel, todos sus bienes y efectos; y mediante á que P. los va disipando por haber tenido mal éxito varias negociaciones que tiene:

A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y hecha la suficiente se sirva mandar que el referido P. dé cuenta con pago de los bienes y efectos administrados; removiéndole à su consecuencia de dicha administracion, y encargándola de nuevo á tutor lego, llano y abonado. Pido justicia y costas.

Auto. = Dé la informacion; y hecha, autos.

PEDIMENTO DE UN TUTOR SOLICITANDO LICENCIA PARA VENDER UNA FINCA DE SU MENOR.

7.° F., en nombre de N., vecino de esta Corte y tutor de M., hijo menor de R., ya difunto, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que entre los bienes adjudicados á dicho menor por fallecimiento de su padre, lo fue una casa sita en tal calle, que por su antigüedad necesita para su conservacion de considerables reparos, á los cuales no alcanzan ni sus réditos ni las

facultades del menor, por lo cual es muy util el venderla, y destinar su valor à otras cosas fructiferas. Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y hecha la bastante, se sirva mandar se subaste por el término ordinario dicha casa, y se reciban las posturas que se hagan á ella, defiriendo á su tiempo el remate en el mayor postor, concediendo á mi poderdante la correspondiente licencia para otorgar la escritura de venta, é interponiendo su autoridad y decreto judicial en todo. Pido justicia.

Auto. = Dé la informacion; y hecha, autos.

DEMANDA DE NULIDAD DE LA VENTA QUE HIZO UN CURADOR DE UNA HEREDAD DE SU MENOR.

8.° F., en nombre de B., vecino de esta ciudad, de quien presento poder ante V. como mejor haya lugar en derecho, pongo demanda á S., de este mismo vecindario, y digo: que habiendo fallecido en el año de tantos R., padre de mi poderdante, dejándole por su tutor y curador á J., se le discernió el cargo en la forma ordinaria, y debiendo en su cumplimiento cuidar de los bienes de su menor como un diligente padre de familia, lo hizo tan al contrario, que sin necesidad, utilidad ni licencia judicial correspondiente, vendió al referido S. tal heredad, sita aqui ó alli, por tanta cantidad, valiendo dos terceras partes mas. Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, y por admitida esta demanda, se sirva declarar por nulo en un todo el expresado contrato, y consiguientemente condenar á S. á que restituya á mi poderdante la heredad con los frutos que haya producido desde su injusta ocupacion hasta su total entrega. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

SOBRE ALIMENTOS.

PEDIMENTO PARA LA TASACION DE ALIMENTOS A UN MENOR.

1.° F., en nombre de tutor y curador que soy de la persona y bienes de N., menor de los veinticinco años, hijo y heredero de F., difunto, segun consta de dicho mi oficio por los autos de inventario de los bienes que han quedado en la herencia de este,

de que hago exhibicion; parezco ante V. y digo: que el dicho menor se halla constituido en la edad de ocho años conforme se verifica por el mote de su bautismo, que presento con la solemnidad necesaria; y como el patrimonio del referido menor importe ocho mil ducados líquidos con poca diferencia, deducidas las obligaciones á que está tenido, segun aparece por los instrumentos que con la misma solemnidad presento, que hará la renta anual de cuatrocientos ducados, poco mas ó menos; atendido lo cual, la calidad de dicho menor y su edad, necesita este en cada un año lo que menos de ciento y cincuenta ducados para sus alimentos, de vestir, comer, beber y calzado, habitacion, maestro que le enseñe, y demas adherentes á ellos: por cuyos motivos, en cumplimiento de mi obligacion, deseo obtener jurídica tasacion de alimentos para el dicho menor, y que se le señalen los que necesita en cada un año, desde ahora hasta que tenga los catorce cumplidos, por tanto:

A V. pido y suplico mande recibirme una sumaria informacion de testigos, que ofrezco á fin y efecto de justificar todo lo referido, mostrando y dándoseles á entender á los testigos al tiempo de sus deposiciones la nota de los bienes y patrimonio de dicho menor, que se halla en dichos autos; exhibidas, como tambien los dichos instrumentos que llevo presentados; y constando por dicha informacion en la parte que baste, se servirá V. tasar á dicho mi menor para sus alimentos en cada un año, lo que menos los ciento y cincuenta ducados que necesita desde el presente hasta que tenga la cumplida edad de catorce años, que me allano desde luego á suministrarle; cuya cantidad se me tome en descargo en la rendicion de cuentas de dicha mi administracion; interponiendo V. para todo su autoridad y judicial decreto; y que de estos autos se me libre uno ó mas traslados auténticos para resguardo de mis derechos. Pido justicia con protestacion de costas; juro en lo necesario &c.

Auto. = Por presentada, con los autos que exhibe, é instrumentos que refiere; y esta parte dé la informacion que ofrece; y fecho, autos. Lo mandó el señor &c.

Otro auto de tasacion de alimentos. = En tal ciudad ó villa, tal dia, mes y año, el señor F., corregidor &c. habiendo visto estos autos, dijo: que en atencion á la calidad de N., hijo y heredero del difunto N., constituido en la edad pupilar, su patrimonio y renta, que administra F. su tutor ó curador, debia declarar y declaró necesitar el referido N. para sus precisos alimentos de comer, beber, vestir, calzar, salario de maestro que le

enseñe, y demas anejo á ellos, la cuantía de ciento cincuenta ducados de esta moneda en cada un año, desde el dia que entró á cargo del referido F. su tutor ó curador, hasta que cumpla los catorce años de edad; cuyo importe de alimentos señalaba ó señaló su merced el susodicho, suministrándoseles el expresado su tutor ó curador, al cual se le tomará en descargo de su administracion al tiempo de la rendicion de las cuentas que de ella diere: que para todo interponia é interpuso su merced la autoridad y judicial decreto de este juzgado, cuanto puede y en derecho debe; y que de estos autos se le libren al dicho tutor el traslado ó traslados que pidiere, y lo firmó.

PETICION PARA LA PROTESTACION DE ALIMENTOS.

2.° F., parezco ante V. y como mas haya lugar en derecho, digo: que dias hace tengo en mi casa á N. mi sobrino ó hijastro, suministrándole yo de comer, beber, vestir y calzar, y demas alimentos necesarios, de mis propios haberes, y tengo deliberado por ahora continuarlo asi durante mi voluntad; y como la mia sea repetir todas y cualesquiera cantidades que importen dichos alimentos, y no tenga yo intencion de suministrarlos al susodicho por razon de piedad ni graciosamente, lo declaro en esta conformidad, para que en ningun tiempo se dude de este mi ánimo. Por tanto:

A V. Suplico mande admitirme la dicha protesta de alimentos que hago, para que en todo tiempo pueda yo repetir y cobrar su importe de los bienes de dicho mi sobrino ó hijastro, y de cualesquiera otros que con derecho pueda y deba, y de la presente y auto que sobre ella fuere dado, se me libre el traslado ó traslados que yo pidiere para resguardo de mi justicia, que pido, juro &c.

Auto. = Admítese la protesta que esta parte hace, en cuanto há lugar en derecho: líbrensele de estos autos el traslado ó traslados que pidiere. Lo mandó el señor F. &c.

SOBRE ELECCIONES DE OFICIALES DE JUSTICIA.

PEDIMENTO SOLICITANDO UNA INSACULACION.

M. P. S.

1.° F., en nombre y en virtud de poder que presento de N., vecino de &c., ante V. A. por el medio mejor de derecho digo: que en dicho pueblo hay dos familias establecidas hace muchos

años con los apellidos de &c., en las cuales se cuentan tantos vecinos, por manera que no salen de ellos los oficios de justicia; y resultando de esto graves inconvenientes:

A V. A. suplico se sirva mandar que pasando á dicha villa, á costa por ahora de mi poderdante, el abogado y receptor de esta Corte que nombre el señor presidente, reasuma la Real jurisdiccion, y precedidos informes reservados de personas ancianas y de probidad, haga insaculacion de las necesarias, libres y sin tacha legal por ambos estados para los empleos de justicia y consejo por el tiempo de cinco años, que han de finalizar en el de &c., en el cual el ayuntamiento que hubiese dé, cuando sea oportuno, cuenta á la Sala para que esta con conocimiento de todo prescriba el modo de hacerse las elecciones en lo sucesivo, librando á este fin la correspondiente Real provision. Pido justicia y costas.

Auto. = Pase al fiscal de su Magestad.

PEDIMENTO DE NULIDAD DE UNA INSACULACION.

M. P. S.

2.° F., en nombre y en virtud de poder que presento de N., vecino de &c., ante V. A. por el mejor medio de derecho, digo: ya consta á la Sala el recurso que hizo mi poderdante por estos y los otros motivos, en cuya virtud se mandó por Real provision expedida en &c. que el abogado y receptor de esta Corte D. L. y R., nombrados por el señor presidente, pasasen á aquella villa, y reasumiendo la Real jurisdiccion se hiciese insaculacion de este ó aquel modo; á cuya consecuencia se trasladó el comisionado á &c. y la hizo de esta ó aquella manera, tomando informes de sugetos notoriamente parciales y aliados de las familias de &c., de suerte que reducida á efecto la extraccion en todo el quinquenio son los enlazados y amigos de aquellas familias los árbitros de su gobierno, en términos que las personas insaculadas y extraidas hasta el dia tienen con los que obtuvieron los empleos en los dos años precedentes varios y específicos enlaces, mas y menos íntimos, pues los unos son hermanos, los otros primos, los otros afines en primer grado, los otros tios y sobrinos, algunos hijos de familia y pobres de solemnidad, y todos parciales de los insaculados para alcaldes, segun estos mismos lo publican, por concurrir en H. y S. &c. Asi pues, es manifiesto que el pueblo está próximo á verse en el mas deplo-

rable estado, si la Sala con su superior autoridad no provee de remedio á los perjuicios de una insaculacion arbitraria hecha por el comisionado, quien debió representar al tribunal las tachas y los obstáculos que esperimentaba en su ejecucion. Por tanto:

A V. A. suplico, que teniendo presente la insaculacion, y constando de ella haberse encantarado los que asi lo publican y se mencionan en este escrito, se sirva mandar librar la correspondiente Real provision cometida al realengo mas cercano al pueblo, para que trasfiriéndose á él, á costa por ahora de mi poderdante, le reciba justificacion al tenor de este pedimento y demas particulares relativos á los vicios y defectos de los insaculados, poniendo los testimonios que señalare y conduzcan al mismo fin con citacion del actual concejo, á quien admita á su costa las justificaciones que quisiese hacer sobre el asunto, notificando á los alcaldes M. y P. que ínterin se desempeña esta comision salgan del pueblo á distancia de ocho leguas, pena de doscientos ducados que han de ponerse á disposicion de la Sala, y que evacuado todo, lo remita á esta con su informe, declarando en su vista el tribunal por nula la insaculacion, acordando se hagan las propuestas para los oficios de justicia en los términos que prescribe la Real cédula de 17 de octubre de 1824. Pido justicia.

Auto. = Pase al fiscal de su Magestad.

PEDIMENTO SOLICITANDO EN EL CONSEJO DE CASTILLA LA ORDINARIA DE INOPIA.

M. P. S.

3.° F., en nombre y en virtud de poder que presento de N. y N., vecinos de &c., ante V. A. por el mejor medio de derecho, digo: que en aquella villa hay costumbre inmemorial de que los oficios de república se ejerzan por mitad entre las personas nobles y del estado general conforme á la ley; y no habiendo en el dia mas que tantas personas nobles que puedan regentar la jurisdiccion, todas emparentadas entre sí, y siendo contra las leyes el proponerse para tales empleos los parientes dentro del cuarto grado, se hallan mis poderdantes en el caso de no poderlo hacer para el año inmediato sin contravenir á ellas. Pero sin embargo, una vez que las mismas disposicio-

nes Reales previenen se circunscriban por inopia ó falta de sugetos los huecos y parentescos prefinidos, y que es público en la villa no hay mas personas del estado de hijosdalgo á quienes conferir los oficios de voto en ayuntamiento, que las ya dichas y tan unidas entre sí que es imposible observar los dos extremos de huecos y parentescos prevenidos en las leyes sin privar al estado de hijosdalgo de poder obtener los referidos empleos, lo cual será facil de subsanar guardándose únicamente en las propuestas los primeros y segundos grados de afinidad y consanguinidad; para que asi sea:

A V. A. suplico, que habiendo por presentado el poder, se sirva mandar expedir la provision ordinaria de inopia para que los capitulares mis poderdantes puedan proponer en las elecciones próximas del año &c. y los sucesivos las personas del estado noble que tengan por conveniente para la mitad de oficios de voto en ayuntamiento, guardando los primeros y segundos grados de parentesco, y los huecos prevenidos por Reales disposiciones, segun es justicia que pido.

Auto. = Despáchese.

LIBRO SEGUNDO.

SOBRE BIENES PERTENECIENTES Á PUEBLOS Y COMUNIDADES.

PEDIMENTO SOLICITANDO UNA VILLA FACULTAD PARA LA SUBROGACION DE UNOS CENSOS.

M. P. S.

1.° F., en nombre del concejo y justicia de la villa de &c., de quien presento poder ante V. A., como mas haya lugar en derecho, digo: que los propios de aquella se hallan gravados con un censo perteneciente á N., de su vecindario, de tantos mil reales de capital, por el que se pagan anualmente los réditos de tres por ciento conforme á la última Real pragmática, cuyo excesivo importe ha ocasionado á mi poderdante considerables atrasos y empeños que pueden remediarse; pues habiéndose ofrecido la ocasion de aprontar F. los expresados tantos mil reales en calidad de subrogacion y con la rebaja de uno por ciento, se hizo

presente al cabildo celebrado á este fin, y se admitió por la mayor parte, otorgándose para la consecucion de la correspondiente licencia el poder presentado y unido á los acuerdos hechos con este motivo, que asimismo presento. En esta atencion:

A V. A. suplico que habiendo por presentados dichos documentos se sirva conceder á mi poderdante la facultad competente para celebrar el referido contrato de subrogacion, librando á este fin el despacho conforme á justicia que pido.

Decreto. = Al señor fiscal.

PEDIMENTO PARA LA VENTA DE BIENES DE ALGUNA COMUNIDAD.

2.° F., en nombre del convento y religiosos de tal orden de esta ciudad, bajo el titular del santo, segun consta de mi poder por la escritura que presento y juro, ante V. parezco y como mas haya lugar en derecho, digo: que los dichos convento y religiosos mi parte, poseen como propia una casa sita en esta misma ciudad, en tal parroquia y calle; que linda por un lado con &c., la cual tendrá de valor al presente seiscientos ducados con poca diferencia, y hace ya años que no produce de alquileres ó renta anual mas que veinticuatro ducados; y ademas de los continuos reparos que es preciso hacer en ella, por ser un edificio antiguo, necesita de algunas obras capitales en diferentes parages de ella, que estan amenazando ruina, de suerte que reperándolos mi parte, importará su coste lo menos cien ducados, y sin embargo de ello no excederá el rédito anual de la casa de los dichos veinticuatro ducados: por cuyos motivos ha resuelto dicha mi parte venderla con la calidad que de su precio se forme un censo á favor de dicho convento y religiosos, por serles de mayor conveniencia y utilidad, que no conservar en su dominio util la expresada casa, mayormente cuando hay quien la compre y da por ella los seiscientos ducados; y como no se pueda pasar á la venta de ella sin la facultad y permiso de este juzgado. Por tanto:

A V. suplico mande recibirme sumaria informacion de testigos que ofrezco, á fin de justificar lo referido, y constando por ello en la parte que baste, y de la utilidad de mi poderdante, se sirva darle permiso y facultad para ejecutar dicha venta de casa en favor de cualquier comprador, por el precio de dichos seiscientos ducados, formándose de ellos un censo del mismo capital con el ánuo rédito de treinta ducados en favor de los dichos convento y religiosos, otorgándose la escritura ó

escrituras que convengan, con todas las cláusulas, condiciones, hipotecas y renunciaciones de estilo, y necesarias para su firmeza, interponiendo V. para todo su autoridad y judicial decreto: pido justicia, juro &c.

Puesto el auto á continuacion de este pedimento para que se dé la informacion, y extendida con tres testigos, que es lo ordinario, procurando que la mayor parte sean albañiles ó carpinteros, y dando razon concluyente de la utilidad; se provee auto de decreto, en que se da facultad para que la comunidad pueda verificar la venta de los bienes, que se ejecutará como la venta de menor, cuyas escrituras se otorgarán en la forma que se halla en la venta judicial, tom. 1.° pag. 193, tomando de ella lo mas conveniente; con la advertencia que allí la otorga el juez, y aquí ha de ser por el curador ó la comunidad; y si el menor hubiere salido de la edad pupilar debe tambien otorgar la venta juntamente con su curador, pidiéndole en ella licencia, y renunciando ambos el beneficio de restitucion *in integrum*, y jurando el menor no pedirle en tiempo alguno, ni otro derecho que por su menor edad le pertenezca; y de los autos del decreto se ha de dar traslado auténtico al comprador para su título.

SOBRE APEO DE HEREDADES.

PEDIMENTO SOLICITANDO UN APEO.

1.° F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi poderdante tiene en el término de esta jurisdiccion varias tierras y huertas confinantes con las de M. P. y T., segun acreditan los instrumentos que tambien presento, y conviniendo al derecho de mi poderdante hacer apeo y reconocimiento de sus linderos para que no se oscurezcan. A V. suplico que habiendo por presentados los referidos documentos mande se practiquen con citacion de los mencionados M. P. y T., á quienes se les haga saber presenten los títulos de pertenencia de dichas sus heredades, y que evacuado asi se me entregue todo para pedir lo que convenga. Pido justicia &c.

Auto. = Como se pide.

PEDIMENTO SOLICITANDO LA PROVISION ORDINARIA DE APEO.

M. P. S.

2.° F., en nombre y en virtud de poder que presento de N., ante V. A. parezco y digo: que á mi poderdante pertenece en propiedad la villa ó lugar de tal, ó tales haciendas, cuyos mojones ó límites se han oscurecido en el transcurso del tiempo, originándose de aqui que los pueblos ó hacendados circunvecinos los hayan quebrantado; y para que se aclare y verifique lo que corresponde á cada uno, poniéndose linderos conocidos:

A V. A. suplico se sirva despachar la ordinaria de apeo y deslinde cometida al juez que fuere del agrado de V. A., como es justicia que pido &c.

Decreto.=Madrid &c. Despáchese la ordinaria cometida á justicias y escribanos. *Esta provision se entrega bajo recibo al procurador que firmó el pedimento.*

PEDIMENTO SOLICITANDO UNA VILLA SE DECLARE QUE SUS TÉRMINOS SON CERRADOS, Y CONDENE Á LOS PUEBLOS CONFINANTES Á QUE NO LOS PERTURBEN.

M. P. S.

3.° F., en nombre y en virtud de poder que presento del concejo y de la justicia de tal parte, ante V. A., como mas haya lugar en derecho, digo: que habiéndose seguido pleito en tal tribunal entre mi poderdante y las villas de &c., se sirvió el Rey Don E. por su cédula expedida en tantos dar comision á M. para que pasando á aquellos pueblos señalase y amojonase á cada uno el término que juzgase debia corresponderle, y que desde luego daba su Magestad con la jurisdiccion civil y criminal sin impedimento alguno: en cuya virtud asignó el comisionado sus términos á cada villa, y los amojonó dando por cerrados á mi poderdante este y aquel, segun se justifica con los documentos que presento; pero sin embargo con el trascurso del tiempo las villas de &c. interrumpieron la posesion que tenia mi poderdante en virtud de tan legítimos títulos, ocasionando las mas graves contiendas, que por último se terminaron amigablemente por un compromiso en X. y Z., quienes dieron su sentencia

arbitraria en &c., como lo acredita el testimonio que tambien presento; y cuando creia mi poderdante que se hubiesen extinguido para siempre las diferencias, ocurre al presente la novedad de &c. En esta atencion para remedio de todo:

A V. A. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva condenar al concejo de tal ó tal parte y á sus vecinos y moradores á que en observancia de la citada Real cédula, de las diligencias obradas en su virtud, y de la sentencia arbitraria, no entren en los términos de la villa de &c. de mi poderdante á pastar sus ganados, beber las aguas, hacer rozas, cortar leña, ni á disfrutar de los demas aprovechamientos, condenándoles á que satisfagan á mi poderdante el importe de los que han gozado hasta aqui, con la pena impuesta por la sentencia arbitraria al que perturbare en ella á cualquiera de los que celebraron la transaccion. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO SOLICITANDO EN PARTE DE PRUEBA EL RECONOCIMIENTO DE UNA HEREDAD LITIGIOSA.

4.° F., en nombre de N., de este vecindario, en los autos con M., que lo es de &c., sobre la reivindicacion de una heredad sita en tal término, digo: que por providencia del dia tantos se recibieron aquellos á prueba por el término de la ley; y siendo una de las graves dificultades y aun la mas principal de este negocio, la identidad ó diversidad de la finca litigiosa con la que agregó R. á su mayorazgo, fundado en &c. por cuyo concepto y el de sucesor en él trata de reivindicar aquella mi poderdante; para hacerlo constar:

A V. suplico se sirva mandar que agrimensores de la satisfaccion de M., á quien se haga saber les nombre dentro de tercero dia, con apercibimiento de elegirse en su defecto de oficio; y G. y J. que nombro por mi parte, hagan á presencia de V. en el término de prueba, teniendo á la vista los títulos de pertenencia producidos en autos, el reconocimiento y medida de la expresada heredad, con especificacion de su cabida y linderos, manifestando si segun su pericia tienen por una misma esta heredad y la vinculada. Pido justicia.

Auto. = Como lo pide.

SOBRE EL DOMINIO.

DEMANDA DE REIVINDICACION.

1.° F., en nombre de D. N., vecino de tal villa, y en virtud de su poder, de quien en debida forma presento copia testimoniada, ante V. como mejor proceda en derecho, y sin perjuicio de cualquiera otro que en el asunto que aqui se expresa le competa, del que protesto usar dónde, contra quién y del modo que mas me convenga, digo: que por fallecimiento de D. P., padre de dicho N., recayeron en este, como su hijo único y varon legítimo, todos los mayorazgos que poseia, entre los cuales se comprende el que fundó J. en tantos de tal mes y año, ante tal escribano, en cabeza de M. su sobrino y séptimo abuelo de mi parte, de tales casas, tales tierras, tales olivares, un molino con su batan en la ribera de tal rio y término de esta villa, y otros varios bienes raices, situados en los de tal y tal, como consta de la escritura de fundacion, de que igualmente presento copia legalizada con la solemnidad necesaria: que habiendo quedado mi parte en la edad de ocho años, tomó á su nombre posesion de todos los mayorazgos y fundaciones D. G. su madre, como su tutora, segun acredita el testimonio que asimismo presento, y como tal los estuvo administrando por medio de sus apoderados durante la citada menor edad; y que habiendo salido de ella mi parte, como evidencia de certificacion de bautismo legalizada, que tambien presento, advirtió que no solo no habia percibido su madre las rentas de tales bienes &c. sino que los estaba poseyendo pro indiviso F., vecino de esta villa, y F. que lo es de la de tal, su hermano, á quienes reconvino su padre extrajudicialmente manifestasen el título legítimo con que los poseian, ó le reconociesen por poseedor legal, pagando los frutos y rentas que produjeron desde la muerte de su padre, y no quisieron asentir á uno ni á otro, pretextando haberlos heredado y poseido sus mayores con títulos verdaderos de tiempo inmemorial; en cuya atencion, en la de que no pueden tener documento que califique haberse desmembrado legítima y justamente del mayorazgo, y los constituya dueños; y en la de que sin preceder facultad Real no debieron haberse vendido ni enagenado, por lo cual es corriente que compete á mi parte su reivindicacion; para que esta se consiga:

A V. suplico se sirva haber por presentado el poder, fun-

dacion, testimonio de posesion y partida referidos; y por lo que resulta de ellos, declarar que los expresados bienes han tocado y pertenecido, tocan y pertenecen en posesion y propiedad al dicho mayorazgo fundado por &c. y al mencionado D. N. mi parte, como su poseedor legítimo, con todos sus frutos, rentas y aprovechamientos, condenando en su consecuencia á los referidos F. y F. como detentadores, á que se los restituyan con todos los que produjeron, no solo desde la muerte del padre de mi parte, de quien es único heredero, sino tambien en todo el tiempo que vivió, y en las costas de este pleito, sobre lo cual y cada cosa les pongo demanda formal, con la protesta de corregirla, suplirla y ampliarla conforme haya lugar en justicia, que pido jurando lo necesario.

Otrosí. = Mediante hallarse domiciliado el mencionado F. en tal villa = A V. suplico se sirva mandar expedir requisitoria de emplazamiento cometida á la justicia de ella con término perentorio para que se le haga saber en su persona esta demanda; y no pudiendo ser habido, á su muger, hijos, criados ó vecinos inmediatos, dejándoles memoria por escrito con la competente expresion de ella y de la requisitoria que se expida, y poniéndolo todo por fe y diligencia á su continuacion, à fin de que le pare el perjuicio que haya lugar. Pido como antes &c.

Auto. = Hanse por presentados los documentos que se refieren, en cuanto á lo principal traslado, y por lo respectivo al otrosí, líbrese la requisitoria que se pide con término de quince dias perentorios. = El señor D. N., alcalde mayor de esta villa de tal, lo mandó à tantos de tal mes y año &c.

PEDIMENTO DE CONTESTACION.

2.° F., en nombre de F., F., hermanos, y en virtud de poder suyo que tengo presentado, en los autos con D., vecino de tal villa, sobre dominio de tales bienes que dice pertenecer al mayorazgo que posee, y fundó F., y haberse segregado de él indebidamente; usando del traslado que se me comunicó de su demanda, y respondiendo à ella, digo: que sin embargo de cuanto expone y resulta de los documentos con que la acompaña, V. se ha de servir en justicia no solo desestimarla y absolver á mis poderdantes, sino tambien imponer perpetuo silencio á la parte contraria, y condenarla en las costas de este pleito; pues asi debe hacerse por lo que aqui se expondrá, y los documentos que han

de presentarse. Por todo lo cual, y por lo demas que se justificará á su debido tiempo, como protesto:

A V. suplico se sirva haber por presentados dichos testimonios, y en su vista proveer como he pretendido, y es justicia, que pido jurando lo necesario &c.

Auto. = Por presentados los documentos que se expresan: traslado á la otra parte. = El señor D. N. &c.

SOBRE POSESION.

PEDIMENTO SOLICITANDO LA POSESION DE LOS BIENES DE UN AUSENTE.

1.° F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que D. y P. tuvieron de su matrimonio por hijos legítimos á C. y mi poderdante, como lo han estado y estan reputados comunmente; y habiéndose ausentado aquel de esta península hace mas de diez años sin haberse sabido en el discurso de tan dilatado tiempo si es muerto ó vivo, es indudable que como á su hermano entero y pariente mas cercano corresponde en la actualidad á mi principal, por la voz pública que corre del fallecimiento de C., tales bienes que dejó en esta villa: en cuya atencion:

A V. suplico, que teniendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y que hecha la bastante se sirva mandar dar á mi poderdante en conformidad de la ley de Soria, ó por el remedio mas conforme á derecho, la posesion ó cuasiposesion de los expresados bienes, encárgandole su administracion, cuando no haya lugar á ello, bajo la correspondiente fianza, que desde luego está pronto á dar mi principal en la forma ordinaria. Pido justicia y costas.

Auto. = Dé la informacion; y hecha, autos.

PEDIMENTO DE RESTITUCION DE UN DESPOJO.

2.° F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que estando mi parte en la quieta y pacífica posesion de tal casa, cuya pertenencia acreditan los instrumentos que tambien presentó, pasó á ella D. y de propia autoridad lanzó á sus inquilinos quedándose en su posesion; y mediante á que mi parte se halla padeciendo su despojo:

A V. suplico, que teniendo por presentado el poder, me

admita informacion que ofrezco hacer incontinenti, y que hecha la bastante se sirva mandar restituir á mi parte la posesion de la exprasada finca, condenando de consiguiente al contrario en las costas y perjuicios que se han seguido á mi parte desde que este está detentándola, y en las demas penas pecuniarias en que como voluntario despojador ha incurrido por derecho. Pido justicia.

Auto.=Dé la informacion; y hecha, autos.

SOBRE SERVIDUMBRES.

DEMANDA DE SERVIDUMBRE DE UNA HEREDAD.

1.° F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda à F., de este mismo vecindario, y digo: que perteneciendo á mi poderdante, como dueño de tal heredad, la servidumbre de pasar por otra del mencionado F., para labrar, segar y beneficiar sus frutos, le ha impedido este sin título ni causa alguna usar y gozar de aquella, causándole gravísimos perjuicios; y para que en lo sucesivo no se le perturbe en la pacífica posesion que hasta aqui ha tenido y debe tener:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, se sirva declarar que dicha heredad de F., debe servidumbre á la de mi poderdante; condenándole en su consecuencia á que no se le inquiete en la cuasiposesion que se halla de aquella; à que le reintegre de los frutos, daños é intereses correspondientes; y à que dé la competente caucion y fianza de que ni ahora ni en ningun tiempo él, sus herederos y sucesores, ó los que tengan por ellos la expresada heredad, inquietarán á mi poderdante ni à los suyos en el uso de dicha servidumbre; bajo la multa que fuere del agrado de V. imponerles para su cumplimiento. Pido justicia y costas.

Auto.=Traslado.

DEMANDA DE LIBERTAD DE SERVIDUMBRE.

2.° F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho pongo demanda á F., de esta misma vecindad, y digo: que hallándose mi poderdante en la quieta y pacífica posesion de una casa sita en tal calle, que linda &c., y está libre de toda servidumbre,

F. hizo atravesar una viga en tal pared para asegurar su casa, ocasionando con este hecho mucho perjuicio á mi poderdante: Por tanto para su remedio:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, se sirva declarar que dicha casa no debe ninguna servidumbre; mandando en su consecuencia que se quite de la pared la viga introducida à costa de F., dando este caucion por sí y sus sucesores de que ni ahora ni en ningun tiempo harán igual novedad contra mi poderdante y los suyos, y de que contraviniendo les satisfarán los perjuicios ocasionados. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

SOBRE TESTAMENTOS.

PEDIMENTO PARA QUE UN TESTAMENTO NUNCUPATIVO SE REDUZCA Á ESCRITURA PÚBLICA.

1.° F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mejor proceda, digo: que B., de la misma vecindad, expresó à presencia de P. R. y F. que dejaba à mi principal por su único universal heredero, sentándolo en un papel, y falleció bajo esta disposicion, segun acredita la cédula que presento; y conviniendo al derecho de mi parte corroborarla ó autorizarla para tal efecto:

A V. suplico, que habiendo por presentados los documentos referidos, me admita informacion de los testigos de la cédula con citacion de los interesados, y que evacuada aquella se sirva mandar se reduzca à instrumento público, y protocolice en la forma ordinaria, dando à mi principal los traslados necesarios; y corroborándolo V. todo con su autoridad y decreto judicial. Pido justicia &c.

Auto. = Dé la informacion; y hecha, autos.

PEDIMENTO PIDIENDO LA APERTURA DE UN TESTAMENTO CERRADO.

2.° F., vecino de tal parte, parezco ante V. y digo: haber llegado á mi noticia que F., vecino de tal parte, otorgó su último testamento *in scriptis*, entregándosele en forma de plica en tal dia à F., escribano, con las circunstancias y formalidades prevenidas por el derecho, y respecto de haber pasado el expresado testador de esta vida á la eterna, como consta de la certificacion de su muerte, que presento y juro, y ser yo su parien-

te en tal grado, que tengo accion de heredarle *abintestato (ò tener yo noticia haberme instituido por otro de sus herederos, legatarios ò albaceas)*:

A V. pido y suplico mande al dicho F., escribano, le presente la plica del dicho testamento; y reconocida con la escritura de su entrega, que se halla confirmada en su cubierta por los testigos que fueron presentes á su otorgamiento, se abra y publique el expresado testamento declarándose por tal, y se lleve á su puro y debido efecto, con interposicion del judicial decreto, sin perjuicio de cualquiera derecho que me pertenezca contra él, de que protesto usar segun y como me convenga: que es justicia que pido, juro &c.

Auto. = Notifiquesele á N., escribano, en cuyo poder se dice para la plica del testamento de F., que incontinenti la presente ante su merced; y ejecutado, se ponga testimonio de ello, y de sus circunstancias, para en su vista providenciar lo conveniente. Lo mandó el señor F., corregidor de esta ciudad, villa ó lugar de tal, en ella á tantos dias de tal mes, y de tal año, y lo firmó.

PEDIMENTO PIDIENDO QUE SE INVENTARIEN LOS BIENES DEL DIFUNTO.

3.° Francisca Lopez, vecina de esta villa, y viuda de Manuel Rodriguez, ante V. como mas haya lugar, digo: que el citado mi marido falleció en tal dia, bajo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes de este año ante F., escribano; en el cual instituyó por sus únicos y universales herederos á Nicolasa Rodriguez nuestra hija menor de doce años, y á Manuel y Lorenzo Rodriguez mayores de veinticinco, hijos suyos, habidos en el primer matrimonio que contrajo con Angela Fernandez, segun acredita el expresado testamento, de que con la solemnidad necesaria presento copia testimoniada; en cuya atencion, para que se sepa qué bienes dejó, y se dividan á su tiempo entre todos los interesados, aceptando como acepto á nombre de la citada mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte:

A V. suplico se sirva haber por presentado el referido testamento, y por aceptada en dicho nombre la herencia con el beneficio expresado, y á su consecuencia mandar que con citacion de los interesados se inventarien y tasen por peritos que nombremos todos los bienes del difunto; y evacuado que sea esto protesto pedir lo que corresponda en justicia &c.

Otrosí. = Respecto carecer de edad competente la expresada Nicolasa Rodriguez, mi hija, para nombrar por sí curador de pleito. = A V. suplico se sirva proveerle del que sea de su agrado, con cuya citacion ó asistencia se practique todo: pido como antes. = Francisca Lopez.

Auto. = Hase por presentado el testamento que se cita, y por aceptada la herencia en la forma que se expresa; con citacion de los interesados hágase inventario y tasacion de todos los bienes y efectos que dejó Miguel Rodriguez, á cuyo fin nombren tasadores; y mediante á la edad pupilar de Nicolasa Rodriguez se nombra por su curador de pleitos à Pedro Sanchez, procurador de este juzgado; notifíquesele para que acepte este cargo, jure, se obligue, y dé la fianza necesaria por derecho; y discernido que sea aquel, practíquese todo con su asistencia por ante cualquier escribano de su Magestad, á quien para ello se comisiona en forma; lo cual evacuado pidan los interesados lo que les convenga. El señor Don F., corregidor de esta villa de tal, lo mandó à tantos &c.

PEDIMENTO SOLICITANDO EL HEREDERO LA POSESION DE LOS BIENES HEREDITARIOS.

4.° F., en nombre de M., vecino de &c., de quien presento poder en debida forma, ante V. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa à mi poderdante, digo: que por muerte de B., quien le instituyó por único y universal heredero, segun acredita el testamento que igualmente presento, quedaron tales bienes suyos en estos sitios (*Se designan los parages en que estan situados*), por lo que:

A V. suplico, que teniendo por presentados el poder y testamento, me admita informacion al tenor de este escrito, que ofrezco hacer incontinenti, y dada en cuanto baste, se dé à mi principal la posesion ó cuasiposesion de los indicados bienes. Pido justicia &c.

Auto. = Por presentados; dé la informacion, y hecha, autos.

PEDIMENTO DE UN TERCERO CONTRADICIENDO LA POSESION.

5.° F., en nombre de N. &c., en los autos principiados à instancia de M. sobre la posesion de los bienes y efectos que quedaron por fallecimiento de B., contradigo en forma la que por auto de tantos mandó V. darle, y digo; que en justicia se

ha de servir, reponiendo por contrario imperio, ó como mas haya lugar (hablando debidamente) el referido su auto, mandar que se dé à mi principal la posesion ó cuasiposesion de los referidos bienes, con recudimiento de frutos desde el dia de la muerte del mencionado B., pues asi es de hacer por lo que resulta de autos, y ahora se expondrá. (*Se alega.*) Por tanto.

A V. suplico, que habiendo por contradicha la posesion, se sirva proveer como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas &c.

Auto. = Por contradicha, y traslado.

PEDIMENTO PARA PEDIR UN HEREDERO ABINTESTATO LA POSESION DE LOS BIENES.

6.° F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que E., hermano de mi poderdante, murió en esta Corte sin descendientes ni ascendientes ningunos, dejando tales y tales bienes en estos ó aquellos sitios: en cuya atencion:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y dada en cuanto baste, se sirva declarar á mi poderdante por heredero abintestato del expresado su hermano, y mandar por consiguiente que se le dé la posesion ò cuasiposesion de dichos bienes. Pido justicia &c.

Auto. = Dé la informacion; y hecha, autos.

DEMANDA DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO EN QUE EL HEREDERO ESCRIBIÓ LA INSTITUCION.

7.° F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder en debida forma, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que M., hermana legítima de mi parte, segun acreditan los documentos que asimismo presento, instituyó por su heredero universal á P., su marido, en el testamento que otorgó en tal dia ante B., escribano público y del número de esta ciudad, de que tambien presento copia testimoniada; pero habiéndole aquel dispuesto con tal dolo y artificio que le escribió de su puño, no puede dudarse que semejante disposicion testamentaria es nula y reprobada por derecho, y de consiguiente que mi principal, como hermano legítimo de M., debe sucederle en calidad de heredero abintestato de todos los

bienes y efectos que hubieren quedado por su fallecimiento. En esta atencion:

A. V. suplico, que teniendo por presentados los instrumentos referidos, se sirva declarar por nulo el expresado testamento; y en su consecuencia à mi parte por heredero abintestato de M., su hermana, condenando à P. à que le restituya toda la herencia de esta, con los frutos que haya producido y podido producir hasta el dia. Pido justicia y costas, juro lo necesario &c.

Auto. = Por presentados, y traslado.

PEDIMENTO DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO POR EXHEREDACION SIN EXPRESION DE CAUSA.

8.° F., en nombre de N., de quien presento poder en debida forma, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que segun resulta de la partida de bautismo que tambien presento, mi principal es hijo legítimo de C., y D. quien en su testamento, otorgado en tal dia y ante tal escribano, que asimismo presento, instituyó por su único y universal heredero à P., hermano de mi parte, exheredando à este sin expresion de causa, contra lo prevenido por derecho; y mediante à que esta disposicion testamentaria con arreglo à él padece el vicio de nulidad:

A V. suplico, que habiendo por presentados dicho poder, partida y testamento, se sirva declarar este por nulo; y en su consecuencia à mi principal por coheredero abintestato con P. de los bienes y efectos de su padre. Pido justicia con costas, juro &c.

Auto. = Por presentados, y traslado.

DEMANDA SOLICITANDO LA HERENCIA UN SUSTITUTO PUPILAR.

9.° F., en nombre de N., de quien presento poder en debida forma, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que estando casado P. con M., y teniendo por su hijo único à B., de edad de diez y seis meses, otorgó testamento cerrado dicho P. &c. ordenando que si su hijo infante muriese en la edad pupilar, le sucediera mi poderdante en todos los bienes, herencias y legítimas que le perteneciesen, como primo hermano suyo, hijo de hermana del testador, y despues de sus dias, su descendencia varonil en infinito, à cuyo favor instituia un mayorazgo regular para toda su casa y familia. Bajo de esta disposicion testamentaria falleció dicho P. en tantos, y posteriormente su hijo

en la edad de veinte meses, quedando en cinta A., su madre, quien dió à luz pasados ocho meses à C., hija póstuma de P.; segun todo se acredita con el testamento y partidas de bautismo y entierro, que asimismo presento; de lo cual procedió que se introdujese A., como madre y tutora de C., en todos los bienes y efectos pertenecientes à P., sin hacer diferencia segun debia de la parte que tocó à B., en que mi principal, como sustituto pupilar, debe suceder conforme à la voluntad del testador. En esta atencion:

A. V. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, se sirva declarar pertenecer à mi parte todos los bienes y efectos que correspondan á B. en la particion que debe hacerse por fallecimiento de P., condenando à A., como madre y tutora de C., à que los entregue libremente à mi principal con los frutos y rentas que hayan producido desde la muerte del testador. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE CONTRADICCION DE LA HIJA PÓSTUMA.

10. F., en nombre de A., vecina de esta ciudad, por sí y como madre y tutora de la persona y bienes de C., su hija, de quien presento poder respondiendo al traslado que V. en auto de tantos ha conferido à mi parte de la demanda puesta por N., en que refiriendo &c. concluye &c. (*Se resume lo que expone y solicita la parte contraria.*) V. en justicia se ha de servir declarar por nula la sustitucion pupilar hecha en el testamento de P. con perjuicio de mi principal, madre del instituido heredero; ó al menos que dicha sustitucion caducó por el nacimiento de C., heredera genérica de los bienes y efectos que quedaron por fallecimiento de su padre, acaecido el de F., su hermano, pues asi es de hacerse por lo que se va à exponer. (*Se alega.*) Por tanto:

A. V. suplico, que teniendo por presentado el poder, se sirva proveer &c.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO PARA PEDIR LA SUBSISTENCIA Ó VALIDEZ DE UN CODICILO.

11. F., en nombre de N., de este vecindario, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que despues de haber otorgado D. su testamento cerrado en

tantos, ante E., escribano del número de esta ciudad, instituyendo à mi poderdante como à su hijo único por su universal heredero, y haciendo varias mandas, otorgó el dia tantos, pasado un mes, un codicilo ante E., mandando que cumplido su testamento, distribuyese mi poderdante lo que sobrase del quinto en limosnas y obras pias à su voluntad. Pero con motivo de haber, à los veinte dias de otorgada esta disposicion, declarado el testador ante siete personas, vecinas de esta ciudad, era su voluntad que se entendiera haber de ser entre parientes las limosnas y obras pias en que habia de distribuirse el quinto; ha ocurrido la novedad, acaecida la muerte de D., padre de mi poderdante, de que R., S. y F., sus primos hermanos y únicos parientes conocidos, pretendan, no obstante ser notoriamente hacendados, se distribuya el quinto en ellos, dejando à los pobres defraudados é ilusoria la voluntad del testador que no se revocó, por la que quiere conceptuarse voluntad suya en la clase de codicilo nuncupativo; en cuya atencion:

A V. suplico, que teniendo por presentados los documentos referidos, se sirva mandar se cumpla el único codicilo verdadero que otorgó D., padre de mi poderdante, en todas sus cláusulas, especialmente en la respectiva à la distribucion del quinto entre pobres de su eleccion, apremiando en caso necesario à R., S. y F. à que pasen por la expresada voluntad sin hacer cosa en contrario. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO SOLICITANDO UNA VIUDA LA CUARTA MARITAL.

12. F., en nombre de N., vecina de esta ciudad, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi poderdante contrajo en tal dia matrimonio con P., de la misma vecindad, sin llevar ningunos bienes ni los ha adquirido despues, y habiendo fallecido P. no dejó à mi poderdante cosa alguna, sin embargo de que en su testamento, otorgado en tantos &c. que tambien presento, instituyó heredero à C., à cuya instancia está V. practicando el correspondiente inventario por ante el presente escribano, que principó en tal dia. Pero aunque hasta el de hoy se han inventariado tales y tales bienes, tales y tales efectos, y tanta cantidad de dinero, no ha podido conseguir mi poderdante ni aun el menor socorro, à pesar de los oficios políticos y urbanos que por medio de sugetos condecora-

dos ha pasado à este fin al heredero, que es sabedor de todo; en cuya atencion:

A V. suplico, que habiendo por presentados los instrumentos referidos, se sirva condenar à C. à que entregue à mi poderdante la cuarta parte de todo el caudal que hubiere quedado por fallecimiento de P., y resulte del inventario y liquidacion que despues de concluido este debe hacerse; à cuyo fin nombró por perito à M., para que con el que nombre el heredero, se haga solemnemente à su tiempo la aplicacion à mi poderdante de todo el haber hereditario. Pido justicia y costas.

Por un otrosí se piden alimentos y litisexpensas, sobre que se forma artículo.

Auto. = Traslado sobre todo.

SOBRE MAYORAZGOS.

DEMANDA DE TENUTA.

M. P. S.

1.° F., en nombre y en virtud de poder especial que presento de M., ante V. A., como mas haya lugar, digo: que F. en su testamento, bajo el cual falleció, otorgado en &c., fundó mayorazgo de todos sus bienes, regular, de rigorosa agnacion, ò de tal especie, en cabeza de &c., con tales y tales llamamientos; y habiendo fallecido el último poseedor P. el dia tantos, segun acredita la partida de su muerte, que asimismo presento, es indudable que ha llegado el caso de suceder N. y su línea; en cuya atencion, y en la de ser cierto que mi poderdante es hijo de G., nieto de D. y biznieto de F., como todo resulta justificado de la fundacion y otros documentos que se presentan:

A V. A. suplico, que habiendo por presentados dicho poder, fundacion y demas instrumentos, se sirva declarar haberse trasferido en mi poderdante por ministerio de la ley de Toro, Partida y sus concordantes la posesion civil y natural del mayorazgo, vacante por el fallecimiento de P., su último poseedor, mandándole dar la real y actual con recudimiento de frutos desde el dia de la vacante, à cuyo fin pongo demanda de tenuta en forma, con la protesta de añadirla ò enmendarla, siempre que convenga al derecho de mi poderdante, como es justicia que pido con costas &c.

Otrosí. = Mediante el claro é indubitado derecho de mi po-

derdante à dicho mayorazgo y à su notorio abono = A V. suplico se sirva encargarle la administracion de todos sus bienes, frutos y rentas libremente y sin fianza, sobre lo cual formo artículo, pidiendo ante todas cosas su especial pronunciamiento. Pido como arriba.

Otrosí. = Suplico à V. A. se sirva mandar librar su Real provision ordinaria para que se remitan al vuestro Consejo originales todos los autos que se hubiesen formado ante cualesquiera justicias sobre la posesion del expresado mayorazgo, con emplazamiento à los que se consideren interesados en él. Pido como antes.

Decreto. = En lo principal y primer otrosí, traslado, para lo cual líbrese el correspondiente desdacho de emplazamiento en la forma ordinaria, y tambien para que se remitan los autos originales que se hubiesen formado sobre la posesion, segun se pide en el segundo otrosí.

PEDIMENTO SOLICITANDO LA POSESION DE UN MAYORAZGO.

2.° F., en nombre de N., hijo legítimo de D., último poseedor del mayorazgo que fundó E., ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que el referido D., padre de mi poderdante, murió en tal parte en tantos, declarándole por su hijo mayor, y mediante á que por serlo y de legítimo matrimonio, como acredita la fe de bautismo que presento, con la de muerte de su padre, y la fundacion de dicho mayorazgo, se ha trasferido en él la posesion civil y natural:

A V. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y hecha en cuanto baste se sirva mandar se le dé la real y corporal y cuasi. Pido justicia &c.

Auto. = Dé la informacion; y hecha, autos.

DEMANDA DE OPOSICION Y TENUTA.

M. P. S.

3.° F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. A. como mas haya lugar en derecho, digo: que J. fundó un mayorazgo llamando à su sucesion à P., R. y S. *(exprésanse los llamamientos)*, y mediante à que de sus propios llamamientos re-

sulta que B. no tiene el derecho que mi poderdante à su sucesion, y que por lo mismo no debe poseerle:

A V. A. suplico se sirva admitirme esta demanda de oposicion y tenuta que he propuesto; y en su consecuencia, declarando à su tiempo haberse trasferido en mi poderdante por ministerio de las leyes de Toro, Partida y sus declaratorias la posesion civil y natural de dicho mayorazgo, mandar se le dé la real y corporal ò cuasi, con recudimiento de frutos desde el dia de la vacante y citacion del poseedor *(ó de su curador si es menor)*; como tambien que se remitan à este Real Consejo los autos sobre la posesion tomada del mayorazgo; dando las demas providencias que fueren del superior agrado de V. A.: pues para todo pongo la demanda que mas util ò necesaria sea, con la propuesta de suplirla ó enmendarla en todo ò en parte. Pido justicia y costas. Se ha de poner un otrosí sobre la administracion, como el de la demanda anterior de tenuta.

Auto.=A lo principal y otrosí traslado.

DEMANDA DE TENUTA DE UN TERCERO ADHIRIÉNDOSE Á LA ANTERIOR.

M. P. S.

4.° F., en nombre de N., ante V. A., como mejor proceda, digo: se me ha dado traslado de la demanda que ha presentado J. en tantos, pidiendo tal cosa; y V. A. en justicia se ha de servir, declarando haberse trasferido en mi poderdante por ministerio de las leyes de Toro, Partida y sus declaratorias la posesion civil y natural del expresado mayorazgo, mandar se le dé la real y corporal, ò cuasi, con recudimiento de frutos desde su vacante, haciendo à este fin todas las declaraciones convenientes; sobre lo cual à continuacion de la demanda de tenuta que ha puesto M., pongo en nombre de mi poderdante la que mas le convenga, con la protesta de suplirla ò enmendarla en todo ò en parte; pues asi es de hacer por lo que resulta de autos, y ahora se expondrá: *(Se alega, se pone la conclusion regular ò comun, y se pide la administracion, como en la primera demanda de tenuta.)*

Auto.=Traslado.

PEDIMENTO RESPONDIENDO EL POSEEDOR Á ESTAS DEMANDAS.

M. P. S.

5.° F., en nombre de N., ante V. A. como mejor proceda, digo: que E. puso cierta demanda de tenuta en tantos contra mi poderdante como poseedor de tal mayorazgo, en que refiriendo &c. Concluye solicitando se declare que à consecuencia de habérsele trasferido por ministerio de la ley su posesion civil y natural, se le mande dar real y corporal ò cuasi, con recudimiento de frutos desde el dia de su vacante; y pidiendo por un otrosí la administracion de los bienes vinculados: sobre todo lo cual presentó despues D. à nombre de P. otra demanda igual. En esta atencion, evacuando el traslado que se me ha conferido de ambas demandas, V. A. en justicia se ha de servir declarar que en el presente caso no tiene lugar el interdicto ò remedio de tenuta, y que por consecuencia no tiene mi poderdante obligacion de contestar á dichas demandas, proveyendo que si los referidos E. y D. tienen que pedir sobre la propiedad, lo hagan adonde corresponda, acerca de lo que formo artículo de previo y especial pronunciamiento; pues todo es de hacerse asi por lo que demuestran los autos y se va à exponer. *(Se alega.)* Por tanto:

A V. A. suplico determine como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.

Auto.=Traslado.

DEMANDA DE PROPIEDAD DE MAYORAZGO EN LAS CHANCILLERÍAS.

M. P. S.

6.° F., en nombre de N., vecino de tal ciudad, ante V. A., como mas haya lugar en derecho pongo demanda de propiedad del mayorazgo que fundó P., à S. su poseedor, y digo: que segun acredita la escritura de fundacion, que presento, llamó P. à su sucesion à B. y D., mediante lo cual y de que por muerte de J. su último poseedor recayó en mi poderdante como en su hijo primogénito, V. A. en justicia se ha de servir declarar que le pertenece, condenando al referido S. en las costas, y à la restitucion de los frutos producidos desde el dia que le está detentando; pues debe hacerse asi por lo que se va à exponer. *(Se alega.)* Por tanto:

A V. A. suplico me admita esta demanda; y à su consecuencia, teniendo por presentada la escritura de fundacion se sirva proveer como se ha expresado en este escrito. Pido justicia.

Otrosí. = Mediante à que este pleito por su naturaleza es caso de Corte notorio = A V. A. suplico, que declarándole por tal, se sirva expedir vuestra Real provision de emplazamiento para que se le haga saber esta demanda. Pido como antes. *Si es contra menores se pide la ordinaria de estos.)*

Auto. = A lo principal por admitida; y traslado, y al otrosí, como se pide.

CONTESTACION Á LA DEMANDA.

M. P. S.

7.° F., en nombre de N., vecino de tal parte, en el pleito con Z. sobre la pertenencia del mayorazgo que fundó D., del que mi poderdante es poseedor, contestando à la demanda de tantos, del referido Z., en que pretende se le restituya con los frutos que ha producido desde el dia que mi poderdante le está poseyendo, digo: que V. A. en justicia se ha de servir absolverle en un todo de dicha demanda, y condenar al contrario en las costas de este pleito como injusto y temerario litigante; pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos, y ahora se expondrá. *(Se alega, y se concluye como en los demas.)*

Auto. = Traslado.

DEMANDA DE INCOMPATIBILIDAD DE UN MAYORAZGO.

8.° F., en nombre de N., de tal vecindario, ante V. como mas haya lugar en derecho digo: que A., en su testamento otorgado en tantos ante &c., que presento y bajo el cual falleció en tal dia, fundó un mayorazo del tercio y quinto de sus bienes, llamando à F., L. y M., y mandando expresamente que los que sucedieren en él, tomasen el nombre y apellido de &c., sin otro alguno aunque fuese propio, y pusiesen forzosamente en sus reposteros &c. las armas de &c., sin mezclarlas con otras algunas, ni aun con el pretexto de estar en parte inferior ò en la siniestra. Mas sin embargo de esta disposicion S. ha tomado posesion judicial de dicho mayorazgo por fallecimiento de Y., su último poseedor, acaecido en tal dia, habiendo sucedido antes en otro que fundó V. en tal instrumento, que asimismo presento, con

la misma condicion de nombre, apellido y armas, incompatible manifiestamente con cualesquiera otras; y en atencion á que por esta incompatibilidad es mi poderdante sin duda alguna sucesor de uno de los dos mayorazgos, como hijo de &c., nieto de &c., segun lo justifican las partidas que tambien presento:

A V. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, se sirva declarar por incompatibles en una persona los mencionados mayorazgos; y á su consecuencia mandar se haga saber á S. que dentro de un breve y perentorio término elija uno y dimita otro, dándose de este á mi poderdante la posesion real ó corporal ó cuasi, con los frutos y rentas desde el dia de su vacante. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO EN QUE UN HERMANO PIDE ALIMENTOS Á OTRO POSEEDOR DE UN MAYORAZGO.

9.° F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi poderdante es hijo legítimo de C., y como tal, hermano entero de B., su hijo mayor, y poseedor por su muerte del mayorazgo que fundó E., cuyos réditos ascienden á tanta cantidad: en esta atencion y en la de que el referido B. se halla obligado por derecho á contribuirle con los alimentos correspondientes para su decente manutencion, hallándose como se halla mi poderdante sin medios algunos:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y hecha en cuanto baste; se sirva condenar á B. á que asista á mi poderdante con tercios anticipados con la cantidad que fuere del agrado de V. Pido justicia y costas.

Otrosí. = Mediante á ser mi poderdante pobre, y hallarse como tal sin facultades para la prosecucion de esta instancia = A V. suplico, que evacuada la informacion sobre lo principal, mande se le consignen por razon de alimentos y litisexpensas tanta cantidad. Pido como arriba.

Auto. = Dé la informacion; y de su vista resultará la providencia sobre el otrosí.

PEDIMENTO SOLICITANDO EL SUCESOR DE UN MAYORAZGO LE DÉ EL POSEEDOR FIANZA DE SU RESTITUCION.

10. F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que hallándose P., del mismo vecindario, en la posesion del vínculo que fundó E., á la cual está llamado mi poderdante despues de los dias de aquel, segun acredita la escritura de fundacion que tambien presento, ha enagenado y actualmente trata de enagenar las mejores posesiones vinculadas, en conocido perjuicio de sus sucesores, y contra lo prevenido por el fundador: mediante lo cual:

A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos documentos, me admita informacion, que ofrezco hacer incontinenti con citacion contraria al tenor de este escrito; y hecha la bastante, se sirva, declarando los mencionados bienes sujetos á restitucion, y á mi poderdante por inmediato sucesor de P., condenar á este á que le dé las correspondientes fianzas de conservar aquellas segun estaban al tiempo que se le dió su posesion. Pido justicia y costas.

Auto. = Haga la informacion; y hecha, autos.

MEMORIAL Á LA CÁMARA PARA LA IMPOSICION DE UN CENSO SOBRE UN MAYORAZGO.

SEÑOR.

11. D. F., vecino de tal parte, hace presente á V. M. con la debida veneracion, se halla poseyendo un mayorazgo, del que es inmediato sucesor D., compuesto de tales fincas, que reditúan tanta cantidad; en cuya atencion y en la de que por causa de la esterilidad de los tiempos se halla absolutamente sin caudales para emplear tanta cantidad en sus reparos:

Suplica á V. M. se sirva expedir su Real cédula de diligencias para que la expresada ciudad le reciba á continuacion de esta solicitud, y con citacion del inmediato sucesor, la informacion correspondiente, y evacuada la remita á esta Real Cámara, donde se libre en su vista Real facultad á favor del suplicante para que pueda imponer sobre las expresadas fincas el censo redimible de tanta cantidad. Gracia que espera merecer de V. M.

Decreto. = Expídase la cédula de diligencias.

SOBRE CAPELLANÍAS.

PEDIMENTO DE OPOSICION Á CAPELLANÍA.

1.° F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. S. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi poderdante, me opongo á la capellanía colativa que en la iglesia de &c. fundó E., pariente de mi poderdante en tal grado, como se justifica con los instrumentos que tambien presento, la cual se halla vacante por muerte de C., su último poseedor, segun acredita la partida que exhibo. Por tanto:

A V. S. suplico, que teniendo por presentados ó exhibidos dichos documentos, y á mi poderdante por opuesto, se sirva mandar despachar sus edictos en la forma ordinaria, citando ó llamando á los que tuvieren derecho á ella, haciendo á su tiempo á mi poderdante su colacion é institucion canónica, despachándole título en forma, y poniéndole en su posesion. Pido justicia &c.

Auto. = Hanse por presentados y por opuesto á este interesado, y despáchense los edictos en la forma ordinaria.

PEDIMENTO DE OPOSICION DE UN TERCERO.

2.° F., en nombre de N., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi poderdante, digo: que por muerte de C. está vacante la capellanía que en la iglesia parroquial de tal fundó E., á la que me opongo; y para hacerlo mas en forma, mediante á que N. ha hecho oposicion á ella:

A V. S. suplico, que habiendo por presentado el poder, y por opuesto á mi poderdante, se sirva mandar se me entreguen los autos. Pido justicia y costas.

Auto. = Por opuesto, y entréguensele.

PEDIMENTO DE OPOSICION EN FORMA.

3.° F., en nombre de M., en los autos con N., sobre la sucesion á la capellanía que en la iglesia parroquial de tal parte fundó E., y se halla vacante por muerte de C.; afirmándome en la oposicion que he hecho á ella, y en caso necesario oponiéndome de nuevo, digo: que sin embargo de la oposicion contraria, V. en justicia se ha de servir declarar correspondiente á mi poderdante, como á su inmediato y legítimo sucesor, haciéndole colacion é institucion canónica de dicha capellanía, y des-

pachándole título en forma de ella; pues es de hacerse asi por lo que resulta de autos, y ahora se expondrá. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. S. suplico se sirva proveer como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

SOBRE CONTRATOS.

DEMANDA DE COMPRA.

1.° F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á P., de la misma vecindad, y digo: que mi poderdante le compró en tal tiempo tales fincas, con tales linderos, en tanto precio, del que se dió por entregado, como acredita la escritura que tambien presento; y mediante á que rehusa ahora dejar á mi poderdante libres y desembarazadas aquellas con la entrega de los títulos de su pertenencia:

A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos instrumentos, y por admitida esta demanda, se sirva condenar al expresado P. á que entregue á mi poderdante las mencionadas fincas con sus respectivos títulos y rentas caidas desde el dia en que se celebró el contrato. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

DEMANDA DE VENTA.

2.° F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S., de este mismo vecindario, y digo: que mi poderdante le vendió en tal dia de tal mes y año tal heredad, sita &c. por tanta cantidad que habia de satisfacer en tal tiempo, como consta de la escritura que tambien presento; pero sin embargo de que mi poderdante le ha entregado aquella, y de haberse pasado el tiempo, no ha tenido efecto lo estipulado. Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, y admitiendo esta demanda, se sirva condenar al mencionado S. al pago de la expresada cantidad. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

DEMANDA DE RETRACTO.

3.° F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento

poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que C., del mismo vecindario, vendió en tal dia tal finca de abolengo á F. en tanta cantidad; y mediante á que corresponde á mi poderdante, como á su nieto, el derecho de tanteo dentro de nueve dias:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti á continuacion de este escrito; y hecha la bastante, se sirva declarar tiene lugar el derecho de retracto, nombrando asimismo sugeto en quien se deposite el valor de dicha finca, que consigno desde luego. Pido justicia, y juro ser para mi poderdante, y no para otra persona.

Auto. = Dé la informacion; y hecha, autos.

PEDIMENTO SOLICITANDO ALGUNO QUE OTRO SALGA Á LA EVICCION, COMO OBLIGADO Á ELLA.

4.° F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que S., de este mismo vecindario, vendió á mi poderdante tal caserío en tanto, obligándose á su eviccion y saneamiento, segun acredita la escritura que tambien presento: mediante lo cual, y de que en el dia de hoy se ha hecho saber á mi poderdante una demanda de reivindicacion de aquella finca, puesta por M., para que pare al referido S. el perjuicio á que hubiere lugar:

A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos documentos, mande se le cite en la forma ordinaria, haciéndole saber el estado de la causa, para que tomándola á su cargo la siga y defienda á su costa, hasta poner á mi poderdante en la quieta y pacífica posesion de dicho caserío con apercibimiento. Pido justicia y costas.

Auto. = Como se pide.

DEMANDA DE EVICCION.

5.° F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien tengo presentado poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á G., de esta misma vecindad, y digo: que habiéndole comprado mi poderdante en el año de tantos tal finca en tanta cantidad, segun resulta de la escritura que presento, le puso M. demanda de reivindicacion en este juzgado, y por el propio oficio, donde obtuvo sentencia favorable en tantos, que despues confirmaron los señores del Consejo, á cuya consecuencia se despojó á mi poderdante de dicha finca, y sa-

tisfizo las costas de ambas instancias que ascendieron á tanto. En esta atencion y en la de que mi poderdante citó de eviccion en tiempo al mencionado S. para que saliese á su defensa, no pudo conseguir lo hiciese, como resultará de los autos:

A V. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, y por admitida esta demanda, se sirva condenarle á que dé á mi poderdante otra finca tan buena como la vendida, con los correspondientes frutos, satisfaciéndole ademas todos los perjuicios y costas. Pido justicia.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO SOLICITANDO EL DUEÑO DIRECTO DE UN ENFITEUSIS EL LAUDEMIO DEL UTIL.

6.° F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que teniendo mi poderdante el dominio directo de tal heredad, le pagaba M., y actualmente está pagando tanta cantidad de renta anual por el enfiteusis que le concedió de ella en tal tiempo por este ó aquel, como consta por la escritura que tambien presento; y mediante á que M. ha pasado á vender subrepticiamente dicha heredad á P., y á que por haber hecho la venta sin licencia de mi poderdante le competen como á dueño directo los dos derechos de retracto y percepcion de laudemio:

A V. suplico, que habiendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar que M., bajo de juramento en forma al que no le defiero y protesto estar solo en lo favorable, declare si vendió la expresada heredad á P., en cuánto y ante qué escribano; recibiendo á mi poderdante en el caso de estar negativo la correspondiente informacion que ofrezco hacer sobre todo con su citacion; como tambien constando lo expuesto por uno ú otro medio condenar á M. á que pague á mi poderdante el laudemio por que resulte otorgada la venta. Pido justicia y costas.

Auto. = Jure y declare como se pide.

DEMANDA DE TANTEO DE ALGUN ENFITEUSIS.

7.° F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á B., del mismo vecindario, y digo: que hallándose mi poderdante en la posesion de tal heredad, que le concedió en enfiteusis por tal tiempo y tanta cantidad de renta en cada año; le puso B. demanda de reivindicacion de dicha here-

dad, y obtuvo sentencia á su favor, como todo consta mas por menor de los documentos que tambien presento: á cuya consecuencia, sin preceder despojo ni haber satisfecho á mi poderdante las mejoras que ha hecho, concedió de nuevo la misma heredad en enfiteusis por tal pension en cada año á S., de este vecindario, quien en virtud de tal título intenta apropiársela, y despojar á mi poderdante. En esta atencion, y sin que sea visto renunciar ningun otro recurso que me competa:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos instrumentos, se sirva declarar que debe entenderse el referido enfiteusis á favor de mi poderdante, concediéndole su tanteo en la forma ordinaria, y condenando á S. á que le ceda todo derecho que hubiese adquirido por la nueva concesion; pues mi poderdante se allana á cumplir las condiciones nuevamente estipuladas, y á satisfacer la pension pactada. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

DEMANDA DEL DUEÑO DE UNA CASA CONTRA SU INQUILINO.

8.° F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi poderdante alquiló á M., de este mismo vecindario, una casa suya en tal calle, por tantos años y por tanta cantidad en cada uno, segun consta de la escritura que tambien presento; y sin embargo de habérsela desahuciado en tiempo, pasado aquel no ha querido desocuparla, como debe hacerlo; en cuya atencion:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, mande se haga saber al referido M., que dentro del término que V. le prefina, deje libre la expresada casa, con apercibimiento. Pido justicia y costas.

Auto. = Hágase saber á M. que dentro de nueve dias desocupe la casa en que habita, con apercibimiento.

DEMANDA DE UN INQUILINO CONTRA EL DUEÑO DE UNA CASA.

9.° F., en nombre de N., de esta vecindad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que P., de la misma vecindad, dió á mi poderdante en arrendamiento una casa suya por tanto tiempo y tanta cantidad, segun consta del instrumento que tambien presento; y mediante que, á pesar de varias diligencias extraordinarias, no ha querido el mencionado P. entregarle las llaves para habitarla:

A V. S. suplico, que habiendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar se haga saber á P. que dentro de

un breve y perentorio término que V. le señale entregue á mi poderdante las llaves de la expresada casa, dejándola desembarazada para su uso. Pido justicia y costas.

Auto. = Hágase saber á P. que dentro de tantos dias entregue á N. las llaves de la casa que se menciona, con apercibimiento.

PEDIMENTO DE DESPOJO DE UN INQUILINO POR NECESITAR EL DUEÑO LA HABITACION.

10. F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi poderdante es dueño de una casa sita en tal calle, que dió en arrendamiento á P., vecino de &c., por tanta cantidad anual á estilo de Corte, y que en su virtud ha habitado tanto tiempo; pero necesitándola ahora mi poderdante para vivir en ella con motivo de haber casado á M. su hijo primogénito, y querer tenerle en su compañía, se lo manifestó así á dicho inquilino, quien no obstante se resiste á desocuparla, causando con esto á mi poderdante muchos perjuicios, que no es justo se toleren; y para su remedio:

A V. suplico se sirva mandar se haga saber á P. que en el término preciso y perentorio de quince dias desocupe la expresada casa, con apercibimiento de que se le lanzará de ella. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO SOLICITANDO UN INQUILINO EN LA CORTE LA TASA DE ALQUILERES DE SU CUARTO.

11. F., vecino de esta Corte, ante V. S. como mas haya lugar en derecho, digo: que en el año de tantos tomé en alquiler un cuarto principal propio de M., sito en tal calle, y compuesto de tales piezas, en tanta cantidad por cada año; pero habiendo conocido el exceso del alquiler, é indagado el precio por que estuvo arrendado anteriormente, supe que en el año de tantos lo estuvo por tanta cantidad, en el de tantos por tanta &c., á cuya consecuencia, usando del remedio que me sea mas útil, sin ser visto renunciar los demas que puedan corresponderme:

A V. S. suplico se sirva librar el competente mandamiento de taso, para que en conformidad del privilegio especial que la Real pragmática concede á los inquilinos de esta Corte, se haga la que corresponda de dicho cuarto, y evacuada que sea, se notifique al referido M. pase por el precio en que se tasare, abonándome el exceso que resultare haber cobrado en el tiempo de

mi habitacion, ó teniéndolo como recibido á cuenta de los alquileres devengados y que se devengaren; á cuyo fin dará V. S. las demas providencias conformes á justicia, que pido con costas.

Auto. = Hágase con citacion de los interesados, despachándose para ello los correspondientes papeles de aviso á los señores aposentador y regidor à quienes tocaren.

PEDIMENTO PARA HACER DEPÓSITO DE LA PROPIEDAD DE UN CENSO.

12. F., vecino de tal parte, parezco ante V., y como mas haya lugar en derecho, digo: que por escritura que pasó ante F., escribano, en tal dia, mes y año, N., mi padre ó abuelo, impuso en favor de P. un censo de propiedad de quinientos ducados, y anuo rédito de veinticinco, todo moneda de este reino, con la condicion y expreso pacto que en caso de redencion del capital de dicho censo se hubiese de depositar en la persona que eligiere la justicia ordinaria de esta ciudad, para que á conocimiento de la misma se emplease en parte segura á beneficio de los herederos del dicho P., y como mi ánimo sea hacer redencion del referido censo, y no pueda ejecutarlo en virtud de dicha condicion, á menos que no sea haciendo depósito de su capital y prorata vencida hasta el dia de hoy en poder de la persona que V. fuese servido nombrar; por tanto:

A V. suplico se sirva admitirme depósito de dichos quinientos ducados de la propiedad de dicho censo, con mas catorce ducados y tantos maravedís que importan sus réditos y prorata vencida desde tal dia hasta el dé hoy, señalando para ello la persona que á V. fuere bien vista; y fecho dicho depósito, se mande á F., sucesor del referido P., y como tal poseedor del mencionado censo, que incontinenti me otorgue escritura de su redencion en toda forma, dándome, y á los bienes hipotecados especial y generalmente á dicho censo, por libres de la obligacion en que estaban constituidos, para que desde hoy en adelante no corran mas sus réditos, y cancelada la dicha escritura de su imposicion, la que se me entregue con los demas documentos de su justificacion, que es justicia que pido: juro &c.

PEDIMENTO DE DEPÓSITO DEL CAPITAL DE UN CENSO.

13. F., vecino de tal parte, parezco ante V., y digo: que N. impuso en favor de P. un censo de propiedad de quinientos ducados, y anuo rédito de veinticinco, segun escritura que pasó

ante F., escribano, en tal dia, mes y año: seguidamente el mismo P., en virtud de facultad Real instituyó un vínculo riguroso, subrogando en él entre otros bienes el referido censo, y con la expresa condicion, que en caso de redimirle se hubiese de depositar su capital con conocimiento de la justicia ordinaria de esta ciudad, para emplearse en parte segura, á mayor beneficio de los sucesores del expresado P. en dicho vínculo; y como yo esté pronto à redimir dicho censo, y no pueda ejecutarlo para mi seguridad de otra forma que haciendo depósito de su capital y réditos vencidos en la persona que V. señalare. Por tanto &c.

Este pedimento se concluirá como el anterior, y á ambos les corresponde el auto siguiente.

Auto. = Por presentada; esta parte haga el depósito que ofrece en poder de F., á quien se nombra por depositario; y fecho se notifique á F. que dentro de tercero dia otorgue escritura de redencion en forma del contenido censo, cuyo capital emplee á su mayor beneficio y demas sucesores suyos. Lo mandó el señor &c.

PEDIMENTO SOLICITANDO EMPLEAR EL CAPITAL DE UN CENSO.

14. F., sucesor del vínculo y mayorazgo instituido por P., parezco ante V. y como mas haya lugar en derecho, digo: que T. para el efecto de redimir un censo de propiedad de quinientos ducados, y anuo rédito de veinticinco, que me correspondia y pagaba, como á sucesor que soy en dicho vínculo, ha hecho depósito de dichos quinientos ducados en poder de D. depositario nombrado por V. á fin de que esta cantidad se emplee en parte segura á conocimiento de este juzgado, segun una de las condiciones de la imposicion de dicho censo, del cual le he otorgado la escritura de redencion, confesando haber recibido su propiedad con el depósito de ella. Todo lo referido consta de autos, y en virtud de ello he hecho varias diligencias para encontrar conveniente empleo de dichos quinientos ducados, y me ha ofrecido N. venderme por ellos tal pedazo de tierra, ó tomarlo á censo, pagando el anuo rédito de cinco por ciento conforme lo permitido por la ley Real, hipotecándole especial y expresamente sobre tal heredad, que valdrá por lo menos dos mil ducados libres, por no estar afecta á otro censo ni obligacion alguna, segun consta por las escrituras que presento y juro; y como dicho empleo sea muy util y conveniente para mí y demas sucesores en dicho vínculo, pues á mas del dicho peda-

zo de tierra ó heredad se encuentra el referido N. con tales bienes suyos propios, que valen lo que menos mil y quinientos ducados, que han de quedar tambien obligados al saneamiento del dicho pedazo de tierrra que ha de vender; por tanto:

A V. suplico mande recibirme sumaria informacion de testigos que ofrezco, á fin de justificar lo susodicho y la conveniencia y utilidad que se sigue á los poseedores del mencionado vínculo de emplear asi el dinero; y constando por ella lo necesario y en la parte que baste, se sirva concederme permiso y facultad para que con los quinientos ducados pueda yo comprar al citado N. el dicho pedazo de tierra (*ó dárselos para que con ellos se imponga un censo de otra tal propiedad con el anuo rédito de cinco por ciento, cargándolo especialmente sobre la dicha heredad*), y quedando sujeto á los mismos vínculos, sustituciones y gravámenes dispuestos por el dicho P. vinculador; á cuyo fin se despache libramiento en forma contra el dicho depositario para la entrega de dichos quinientos ducados, y para ello se otorgue la escritura ó escrituras que convengan con las cláusulas, firmezas, condiciones, obligaciones, renuncias y circunstancias de estilo necesarias, interponiendo V. para todo su autoridad y judicial decreto, y librándose de estos autos los testimonios y traslados que se necesitaren: que es justicia que pido, juro &c.

Esta peticion se acumula á los primeros autos del depósito hecho de la propiedad del censo redimido, y á su continuacion se provee auto para que se dé la informacion que se ofrece; y suministrada, constando de la utilidad de los poseedores del vínculo, se da auto en que se concede facultad al actual poseedor de aquel para comprar por la propiedad del censo redimido la tierra que se pretende vender, ó cargarla á censo sobre los bienes que se proponen, con las condiciones y gravámenes que se refieren en el pedimento; para lo cual se despacha libramiento contra el depositario, á fin de que entregue la cantidad depositada en su poder al vendedor de la tierra, ó cargador del censo, á quien se entregará al tiempo de otorgarse la escritura de venta ó imposicion, haciendo relacion en ella de todo lo referido y actuado para este fin.

DEMANDA DE REDUCCION DE UN CENSO.

15. F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo

demanda á S., de esta misma vecindad, y digo: que hallándose mi poderdante necesitado en el año de tantos, tomó de él á censo perpetuo tanta cantidad sobre tal finca, obligándose á darle de rédito en cada año tantas fanegas de trigo, segun acredita la escritura de imposicion, que asimismo presento; pero mediante á ser esta en fraude de la ley del reino:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, y por admitida esta demanda, se sirva declarar por nulo el expresado contrato; y cuando no haya lugar á ello, por redimida la suerte principal y reducida á lo acordado por derecho, mandando en su consecuencia se impute en la extincion de aquella el exceso del tres por ciento que constare haber percibido, y se le haga saber cobre solo esta cantidad en lo sucesivo. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

DEMANDA DE REDENCION DE UN CENSO.

16. F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: *(ahora se refiere el caso)*, y queriendo mi poderdante redimir este censo, consigno desde luego su principal y caidos hasta el dia del depósito; en cuya atencion:

A V. suplico, que teniendo por hecha la consignacion, mande que la expresada cantidad se deposite en la general de esta villa; declarando que desde ahora cesan los réditos, y proveyendo que este escrito y depósito se hagan saber al referido M., para que otorgue á favor de mi poderdante la correspondiente escritura de redencion, y le pare el perjuicio á que hubiese lugar por derecho. Pido justicia.

Auto. = Hase por hecha la consignacion; depositese en D. la cantidad, y hágase saber á M. este escrito, como se pide.

DEMANDA DE UN SOCIO DE COMPAÑÍA UNIVERSAL CONTRA OTRO SOBRE CUMPLIMIENTO DE LO ESTIPULADO.

17. F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á P., de esta misma vecindad, y digo: que en el año próximo pasado contrajo con mi poderdante compañía universal de sus bienes y efectos, y á su consecuencia cumpliendo la mia con lo estipulado, le hizo entrega formal de los suyos confiriéndole poder bastante para que á nombre de ambos hiciese las negociaciones mas convenientes y oportunas; mas sin

embargo de este convenio, aun no ha incorporado, como debia hacerlo, sus bienes con los de mi poderdante, dividiendo entre uno y otro los frutos que hayan producido; por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, y por admitida esta demanda, se sirva condenar al mencionado P. á que incorpore sus bienes y efectos con los de mi poderdante, como asimismo á la division de las rentas vencidas y entrega de las que le corresponden desde el dia del contrato. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

DEMANDA DE DISOLUCION DE COMPAÑÍA.

18. F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi poderdante hizo compañia universal de sus bienes con M., de este mismo vecindario, segun acredita la escritura que tambien presento, y mediante á que por fallecimiento de aquel ha quedado disuelta:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, y admitiéndome esta demanda, mande se haga saber á B. C. y D., hijos y herederos de M., presenten el libro de cuenta y razon que llevaba su padre, y nombren por su parte perito, para que con J., que nombro por la mia, hagan las correspondientes liquidaciones y adjudicaciones de lo que legítimamente pertenezca á cada uno. Pido justicia.

Auto. = Por presentado, y como lo pide.

DEMANDA DE UN DEPOSITANTE CONTRA EL DEPOSITARIO.

19. F., en nombre de N., vecino &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á T., de esta misma vecindad, y digo: que habiendo depositado voluntariamente en poder de mi principal tal cosa, le fue indispensable hacer para su custodia tales y tales gastos; y mediante á que T., se excusa á satisfacerlos, aunque es responsable á ellos como invertidos en su utilidad:

A V. suplico, que teniendo por presentado el poder, y por admitida esta demanda, se sirva condenar á T. á que pague á mi poderdante la expresada cantidad. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

DEMANDA DE UN DEUDOR PIDIENDO SU PRENDA SATISFECHO EL CRÉDITO.

20. F., en nombre de N., vecino de &c. de quien presento

poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á H., de este mismo vecindario, y digo: que en el año de tantos, prestó á mi poderdante tanta cantidad, para cuyo resguardo le dió en prenda tal alhaja; y mediante á que sin embargo de haberle satisfecho aquella, se excusa á la restitucion de esta:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, y por admitida esta demanda, se sirva condenar al mencionado H. á que devuelva á mi poderdante dicha alhaja segun estaba al tiempo de su empeño. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

DEMANDA DE UN ACREEDOR SOLICITANDO OTRA PRENDA EN LUGAR DE LA ENTREGADA.

21. F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á T., de esta misma vecindad, y digo: que en tal dia le prestó mi poderdante tanta cantidad, recibiendo de él en prendas tantas alhajas, que aseguró ser de esta ó aquella especie; pero habiéndolas hecho tocar mi poderdante en el contraste, halló ser de esta ó de aquella calidad, como lo acredita la certificacion que asimismo presento; y mediante á que se halla en la obligacion de dar á mi poderdante otras alhajas del peso ó quilates con que supuso aquellas al tiempo del contrato:

A V. suplico, que habiendo por presentados el poder y certificacion, y por admitida esta demanda, se sirva condenar á T. á que entregándose de las referidas alhajas dé á mi poderdante otras por el mismo título, y de la misma calidad que supuso. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE DONACION.

22. Pedro Rodriguez, vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que en tantos de tal mes, de mi libre voluntad, y por el amor que profesó á J. R., de la propia vecindad, le hice donacion de una casa que tenia en tal calle, otorgando de ella á su favor ante F., escribano Real, la correspondiente escritura, que en debida forma exhibo é insinúo; y mediante á no exceder esta donacion de los quinientos maravedís de oro, á ser verdadera y no simulada, á no perjudicar á la Real Hacienda ni á tercero, y á no haber intervenido en ella miedo,

violencia, dolo ni colusion, como lo declaro, y en caso necesario lo juro solemnemente:

A V. suplico se sirva haberla por manifestada é insinuada legítimamente; y en su consecuencia aprobarla, é interponer su autoridad judicial, cuanto haya lugar en derecho, para su mayor firmeza y validacion; y mandar que con este pedimento y auto de aprobacion se entregue original al donatario, para que use de ella como le convenga; pues asi es justicia que pido, y para ello &c.

Auto.=Hase por exhibida é insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que se menciona, en la cual para que sea válida se interpone la autoridad judicial en legal forma; y entréguese original al donatario para que use de ella como le convenga, segun se pretende. El señor Don F., corregidor de esta villa de tal, lo mandó y firmó en ella, á tantos de tal mes y año &c.

PEDIMENTO DE NULIDAD DE DONACION.

23. F., en nombre de N., de este vecindario, de quien presento poder, ante V. como mejor proceda, digo: que mi poderdante en escritura otorgada en esta ciudad á tantos, que tambien presento, dónó para siempre y por lo que habia de haber de las legítimas paterna y materna á R., su hijo único, diferentes bienes muebles y raices, sitos en &c., de tanto valor, para que los gozase desde el mencionado dia por hallarse en la edad de &c. y capaz de gobernar su hacienda, y á fin de que pudiera mantenerse con el decoro correspondiente á su clase, expresando quedar á la donante suficientes facultades para su manutencion, y obligándose con juramento á no revocar la donacion, en cuya virtud la aceptó el donatario y se hizo la debida insinuacion ante la justicia de &c., si bien no obstante esto quedaron dichos bienes en poder de la donante, y permanecen en el mismo, aunque despues murió el donatario; por manera que mi poderdante administró toda la hacienda y percibió sus frutos y rentas, como si no hubiese otorgado la donacion. Posteriormente, con motivo de haber fallecido R. en el dia &c., dejando de su matrimonio una hija en la edad de la infancia, pasó V. á hacer inventario de los bienes de la donacion, y encargó y discernió á mi poderdante la tutela de la menor, como abuela de esta. Pero habiendo despues de un año contraido segundas nupcias Doña M. con P., solicita este, por haber muerto la menor, suceder en todos los bienes de la donacion, de lo que resultaria quedar mi poderdante sin la donacion; por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva declarar aquella por nula; y cuando no haya lugar á esto, que por muerte del donatario R. y su hija menor, viviendo su madre y abuela donante, caducó la donacion. Pido justicia.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR LESION ENORMÍSIMA.

24. F., en nombre de N., vecino &c., de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á E., del mismo vecindario, de nulidad del contrato de venta que celebró con mi poderdante, de tal finca, por tanta cantidad y en tal tiempo, y digo: *(Se refiere el hecho.)* Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentado el poder, y admitiéndome esta demanda, se sirva declarar por nulo el expresado contrato; y en su consecuencia condenar al referido E. á que entregándose de la mencionada finca dé á mi poderdante el precio en que se hizo su venta. Pido justicia y costas.

Auto. = Por presentado el poder, y por admitida esta demanda; y traslado.

PEDIMENTO DE RESCISION DE UN CONTRATO POR LESION ENORME.

25. F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á D., de la misma vecindad, de rescision del contrato de venta que celebró con mi poderdante de tal heredad, en tal tiempo y en tanta cantidad, y digo: *(Refiérese el caso.)* Por tanto:

A V. suplico, que teniendo por presentados el poder, y admitiéndome esta demanda, se sirva condenar al mencionado D. á que restituya á mi poderdante la expresada cantidad en que por mas de su valor se vendió dicha heredad, ó á la consignacion formal de lo que percibió, entregándose en ella. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

FIN DEL TOMO TERCERO.

INDICE

DE LOS TITULOS, CAPITULOS Y ESCRITURAS

QUE COMPRENDE EL TOMO TERCERO.

CONTINUACION DEL LIBRO SEGUNDO.

TITULO QUINTO.

Tratado de jurisprudencia mercantil.

	PAG.
CAP. 1.° *De los comerciantes en general y de los libros que deben tener.*	1
CAP. 2.° *De las compañías de comercio.*	8
CAP. 3.° *De los comisionistas.*	48
CAP. 4.° *De los corredores.*	56
CAP. 5.° *De los contratos mercantiles.*	64
CAP. 6.° *De las cuentas.*	71
CAP. 7.° *De las letras de cambio, de los vales y libranzas de comercio.*	79
CAP. 8.° *De los fletamentos de buques, y conocimientos que hacen los capitanes ó muestres.*	111
CAP. 9.° *De las averías.*	128
CAP. 10. *De los seguros y sus pólizas.*	137
CAP. 11. *Del cambio marítimo.*	177
CAP. 12. *De las bancarrotas.*	187
CAP. ÚLTIMO. *De los consulados, y del modo de proceder en las causas mercantiles.*	209
Apéndice que contiene varias Reales órdenes y otros documentos.	226

LIBRO TERCERO.

DE LAS ACCIONES Y DE LOS JUICIOS.

TITULO PRIMERO.

De las acciones y excepciones.

CAP. 1.° *De las acciones.*	259
CAP. 2.° *De los interdictos.*	282
CAP. 3.° *De las excepciones.*	292
Apéndice. Formulario de pedimentos ó demandas sobre las principales materias contenidas en los libros primero y segundo de esta obra.	329
Indice de los pedimentos.	379

ESCRITURAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO TERCERO.

Escritura de una sociedad entre dos mercaderes que ponen tienda para hacer el comercio por menor, llevando ambos dinero efectivo por capital.	21
Idem de una sociedad de dos mercaderes, de los cuales el uno tiene ya tienda y lleva por capital géneros y deudas activas, y el otro dinero efectivo.	25

Idem de una sociedad entre dos comerciantes por mayor para el comercio de toda especie. 31
Idem de una sociedad en comandita para el establecimiento de una fábrica. 36
Idem de otra sociedad en comandita para el comercio de paños y otros géneros, y enviarlos á América. 43
Idem de otra sociedad entre un comerciante y otra persona para el comercio de vinos y aguardientes. 48
Protesto de no aceptacion de letra. 102
Protesto de nò pagamento. id.
Carta de pago de letra protestada. 113
Escritura de riesgo sobre mercaderias. 187
Idem. De riesgo de algun buque. 189

INDICE DE LOS PEDIMENTOS.

LIBRO PRIMERO.

SOBRE DOTES.

1.º Pedimento de dote no prometida. 329
2.º Idem de dote prometida no constando de escritura la promesa. id.
3.º Idem pidiendo el exceso de una dote inoficiosa, 330
4.º Idem de una viuda pidiendo la restitucion de su dote. id.

SOBRE ADOPCION Y EMANCIPACION.

1.º Pedimento para la adopcion. 331
2.º Idem solicitando en el Consejo una emancipacion. id.

SOBRE TUTELAS.

1.º Pedimento solicitando una madre se le discierna el cargo de tutora. 332
2.º Idem de un tutor testamentario pidiendo la tutela. id.
3.º Idem pidiendo un tutor legítimo la tutela. 333
4.º Idem de un menor pidiendo cuentas á su tutor. id.
5.º Idem de una viuda solicitando se nombre tutor á sus hijos para pasar á segundas nupcias. 334
6.º Idem solicitando la remocion de un tutor sospechoso. id.
7.º Idem de un tutor solicitando licencia para vender una finca de su menor. id.
8.º Demanda de nulidad de la venta que hizo un curador de una heredad de su menor. 335

SOBRE ALIMENTOS.

1.º Pedimento para la tasacion de alimentos á un menor. id.
2.º Idem para la protestacion de alimentos. 337

SOBRE ELECCIONES DE OFICIALES DE JUSTICIA.

1.º Pedimento solicitando una insaculacion. id.
2.º Pedimento de nulidad de una insaculacion. 338

3.º Idem solicitando en el Consejo de Castilla la ordinaria de inopia. 339

LIBRO SEGUNDO.

SOBRE BIENES PERTENECIENTES A PUÉBLOS Y COMUNIDADES.

1.º Pedimento solicitando una villa facultad para la subrogacion de unos censos. 340
2.º Idem para la venta de bienes de alguna comunidad. 341

SOBRE APEO DE HEREDADES.

1.º Pedimento solicitando un apeo. 342
2.º Idem solicitando la provision ordinaria de apeo. 343
3.º Idem solicitando una villa se declare que sus términos son cerrados, y condene á los pueblos confinantes á que no los perturben. id.
4.º Idem solicitando en parte de prueba el reconocimiento de una heredad litigiosa. 344

SOBRE EL DOMINIO.

1.º Demanda de reivindicacion. 345
2.º Pedimento de contestacion. 346

SOBRE LA POSESION.

1.º Pedimento solicitando la posesion de los bienes de un ausente. 347
2.º Idem solicitando la restitucion de un despojo. id.

SOBRE SERVIDUMBRES.

1.º Demanda de servidumbre de una heredad. 348
2.º Idem de libertad de servidumbre. id.

SOBRE TESTAMENTOS.

1.º Pedimento para que un testamento nuncupativo se reduzca á escritura pública. 349
2.º Pedimento pidiendo la apertura de un testamento cerrado. id.
3.º Idem pidiendo que se inventarien los bienes del difunto. 350
4.º Idem solicitando el heredero la posesion de los bienes hereditarios. 351
5.º Idem de un tercero contradiciendo la posesion. id.
6.º Idem para pedir un heredero abintestato la posesion de los bienes. 352
7.º Demanda de nulidad de un testamento en que el heredero escribió la institucion. id.
8.º Idem de nulidad de un testamento por exheredacion sin expresion de causa. 353
9.º Idem solicitando la herencia un sustituto pupilar. id.
10. Pedimento de contradiccion de la hija póstuma. 354
11. Idem para pedir la subsistencia ó validez de un codicilo. id.
12. Idem solicitando una viuda la cuarta marital. 355

SOBRE MAYORAZGOS.

1.° Demanda de tenuta. 356
2.° Pedimento solicitando la posesion de un mayorazgo. 357
3.° Idem de oposicion y tenuta. id.
4.° Demanda de tenuta de un tercero adhiriéndose á la anterior. 358
5.° Pedimento respondiendo el poseedor á estas demandas. 359
6.° Demanda de propiedad de mayorazgo en las chancillerías. id.
7.° Contestacion á la demanda. 360
8.° Demanda de incompatibilidad de un mayorazgo. id.
9.° Pedimento en que un hermano pide alimentos á otro, poseedor de un mayorazgo. 361
10. Idem solicitando el sucesor de un mayorazgo le dé el poseedor fianzas de restitucion. 362
11. Memorial á la Cámara para la imposicion de un censo sobre un mayorazgo. id.

SOBRE CAPELLANIAS.

1.° Pedimento de oposicion á capellanía. 363
2.° Idem de oposicion de un tercero. id.
3.° Idem de oposicion en forma. Id.

SOBRE CONTRATOS.

1.° Demanda de compra. 364
2.° Idem de venta. id.
3.° Idem de retracto. id.
4.° Pedimento solicitando alguno que otro salga á la eviccion como obligado á ella. 365
5.° Demanda de eviccion. id.
6.° Pedimento solicitando el dueño de un enfiteusis el laudemio del util. 366
7.° Demanda de tanteo de algun enfiteusis. id.
8.° Idem del dueño de una casa contra su inquilino. 367
9.° Idem de un inquilino contra el dueño. id.
10. Pedimento de despojo de un inquilino por necesitar el dueño la habitacion. 368
11. Idem solicitando un inquilino en la Corte la tasa de alquileres de su cuarto. id.
12. Idem para hacer depósito. 369
13. Idem de depósito del capital de un censo. id.
14. Idem solicitando emplear el capital de un censo. 370
15. Demanda de reduccion de un censo. 371
16. Idem de redencion. 372
17. Idem de un socio de compañía universal contra otro sobre cumplimiento de lo estipulado. id.
18. Idem de disolucion de compañía. 373
19. Idem de un depositante pidiendo al depositario el importe de los gastos hechos en el depósito. id.
20. Idem de un deudor pidiendo su prenda satisfecho el crédito. id.
21. Idem de un acreedor solicitando otra prenda en lugar de la entregada. 374
22. Pedimento de donacion. id.
23. Idem de nulidad de donacion. 375
24. Idem de nulidad de un contrato por lesion enormísima. 376
25. Idem de rescision de un contrato por lesion enorme. id.

DER-A 93- 1/1

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

R. 97240

DE LOS JUICIOS.

TITULO II.

DEL JUICIO ORDINARIO.

OBSERVACION PRELIMINAR.

Antes de pasar á la definicion y division de los juicios en general, convendrá advertir que en nuestro derecho se usa indistintamente de las voces *causa, pleito, instancia, controversia y juicio;* las cuales, aunque parecidas entre sí, se diferencian sin embargo; pues la causa se toma por la accion y derecho deducido en juicio (ya sea civil ó criminal) antes y despues de contestado el pleito. Este, hablando propiamente, es la misma causa que se ventila en juicio (*), é impropiamente se entiende por la instancia; la cual no es otra cosa que el ejercicio de la accion desde la contestacion de la demanda, y no antes, hasta la sentencia definitiva ante los jueces inferiores, y

* Esta distincion que hace Febrero entre *causa* y *pleito*, no se comprende bien en los términos con que el autor se explica. Segun la acepcion comun, lo mismo es causa que pleito, con la diferencia que la primera de estas dos voces se aplica mas bien á los asuntos criminales, y así decimos, se ha formado causa á tal reo, y no se ha formado pleito; por el contrario, cuando se ventilan negocios civiles usamos de esta última voz; v. gr. se sigue un pleito ruidoso sobre tal mayorazgo entre F. y N.

en apelacion y suplicacion hasta su ejecutoria ante los magistrados que componen los tribunales supremos; de suerte que hasta estar contestado el pleito no hay instancia, ni por consiguiente juicio, que es lo propio. Y asi cuando en este se introduce alguna pretension con el aditamento, *sin causar instancia*, es lo mismo que decir, sin que haya juicio formal sobre ella, sino que se determine de plano. La controversia es contienda ó disputa entre dos ò mas personas en juicios ó fuera de él, ya sea demandando, ya defendiendo ó alegando cada uno sus razones para conseguir lo que intenta.

CAPITULO PRIMERO.

Definicion y division de los juicios, y personas que intervienen en ellos.

§. 1. Definicion del juicio.
2. Primera division del juicio en civil, criminal y mixto.
3. Segunda division en petitorio y posesorio.
4. Tercera division en ordinario, extraordinario y sumario.
5. ¿Como debe procederse cuando pidiendo uno al Rey que se le oiga sumariamente, su Magestad da la orden, y en ella solo se expresa *que se le oiga y haga justicia?*
6, 7 y 8. De los dias feriados en que se prohibe juzgar.
9. Personas que se requieren esencialmente para constituir el juicio.
10. Circunstancias que deben tener dichas personas.
11. Todos los que no tienen prohibicion legal para ello, pueden comparecer en juicio.
12. Los religiosos no pueden comparecer en juicio sin licencia de sus superiores.
13. El hijo de familias que está bajo la potestad de su padre, no puede demandar á este sino en ciertos casos.
14. Estando fuera de la patria potestad, puede hacerlo civilmente en todos casos pidiendo antes la venia necesaria.
15. Para demandar á un tercero el hijo que está bajo el poder del padre, debe pedir licencia á este.
16 y 17. Deben pedir tambien la venia referida el yerno al suegro, el súbdito al superior, y otros.
18. Los hermanos no deben demandarse criminalmente en causa de que haya de resultar pena aflictiva.
19. Tampoco pueden los criados ó sirvientes acusar á sus amos.
20. El menor, siendo púbero, necesita curador *ad litem* para presentarse en juicio.
21. No le necesita sin embargo en las causas espirituales y beneficiales.
22. El menor púbero puede nombrar el curador para pleitos; pero no habiendo llegado á la pubertad, debe nombrársele el juez.
23. Estando imposibilitado el curador para comparecer en juicio, puede constituir procurador ó apoderado para determinado negocio.
24. La muger casada no puede comparecer en juicio ni elegir procurador sin licencia de su marido.
25. El marido ni su heredero no pueden intentar contra la muger durante el matrimo-

nio causa alguna de que la pueda resultar pena aflictiva.
26. Otras observaciones acerca de la persona del actor.
27. Caso primero en que uno puede ser obligado á demandar.
28. Caso segundo.
29. Caso tercero.

1. Juicio es un acto legítimo que se ejerce por dos ó mas personas ante un juez sobre alguna cosa (*); y fue establecido para que ninguno osase de propia autoridad tomar por sí mismo satisfaccion de la injuria que se le hiciese, ni apropiarse el derecho que le competia, precaviéndose de este modo las funestas consecuencias que infaliblemente resultarian de semejante desorden.

2. Segun los asuntos ó materias que se tratan en el juicio, se divide este en *civil*, *criminal* y *mixto*. Civil es el que no trae su origen de delito, ó en que no se procede principalmente por razon de este, sino de contrario, v. gr. compra, préstamo, arrendamiento (1), ó cuando se ventila únicamente el interes particular, aunque provenga de delito, por lo que se llama accion criminal civilmente intentada. Juicio criminal se denomina cuando se trata principalmente del delito y de su castigo para satisfacer á la vindicta pública, ó cuando se ha de aplicar el fisco la pena pecuniaria en que el reo es condenado (2); de modo que del delito nacen regularmente dos acciones: una civil, que mira solo al interes del agraviado; y otra criminal, que tiene por objeto el castigo del delincuente (3). De aquí se sigue que el agraviado puede proceder á su arbitrio, ya sea civil ó criminalmente, ó de ambos modos, como se explicará en su lugar. Juicio mixto se llama aquel en que no se trata solamente de interes ó delito, sino de ambas cosas, como sucede en la denuncia, ó cuando la pena pecuniaria se ha de aplicar al fisco y á la parte (4).

3. Subdivídese el juicio en *petitorio* y *posesorio*. Petitorio es aquel en que los litigantes contienden principalmente sobre la propiedad, dominio ó cuasidominio de alguna cosa, ó el de

* Ley 1. tit. 22. Part. 3. glos. in cap. *Forus*, *de verb. sign.* Pudiera tambien definirse el juicio de este modo: una controversia legal entre dos ó mas personas ante un juez autorizado para decidirla con su sentencia.

1 Ley *Properandum*. Cod. *de judic.* Paz in *Prax.* annot. 1. *de jud.* num. 19 al 28.

2 Ley 9. tit. 4. Part. 3. Greg. Lop. en ella, glos. 1.

3 Ley *Qui nomine*, ff. *de falsis*. Ley final, ff. *de privat. delict.*

4 Ley *Leg Cornelia*, §. final, ff. *de sillan.* Paz ubi supr. num. 26.

recho que á ella les compete (1). Posesorio es el que versa, no sobre la propiedad ó dominio, sino sobre obtener ó retener la posesion ó cuasiposesion de alguna finca ó alhaja, ó de recuperar la que se tiene perdida, y de que uno está despojado.

4. Segun el modo de proceder se divide el juicio en *ordinario*, *extraordinario* y *sumario*. Ordinario es aquel en que se procede por via de accion ó acusacion, observando todos los trámites y solemnidades prescritas por el derecho positivo. Extraordinario se llama cuando no se procede mediante accion ó acusacion verdadera, sino de oficio, ó por el juez, sin guardar el orden y las solemnidades legales. Sumario es aquel en cuya prosecucion no se observan los expresados requisitos, sino que el juez procede brevemente de plano, sin aparato ni figura de juicio en los casos en que tiene lugar, atendiendo solo á la verdad del hecho (2); bien entendido que aunque en este juicio se pueden omitir dichas solemnidades, pero no las necesarias para la legitima decision de la causa, segun derecho natural y de gentes; pues de lo contrario se ocultaria la verdad, y seria injusta la sentencia (3).

5. Si alguno acudiere al Rey pidiéndole que mande se le oiga breve y sumariamente sobre su pretension, y su Magestad cometiere á cierto juez el conocimiento, sin expresar en la orden otra cosa, que *le oiga y haga justicia*, se entiende que el juez debe oirle en juicio ordinario observando todos los trámites legales, y no sumariamente mientras no lo exprese la orden, ó diga que se haga como se pide (4), y asi lo he visto practicar.

6. Conocidas ya las diversas especies de juicios, diremos algo acerca de los dias en que por las leyes está prohibido juzgar, y despues pasaremos á tratar de las personas que intervienen en los juicios, y de las circunstancias que deben tener.

7. En las causas civiles está prohibido á los jueces, sean ordinarios ó delegados, el hacer juicio ó sentenciar en dias feriados, sagrados ó profanos, aunque lo consientan los litigantes; á no ser que asi lo exijan la necesidad pública ó privada, ó la piedad (5): la misma prohibicion alcanza á los *árbitros de dere-*

1 Ley *Cum fundum*, §. fin. ff. *de vi et vi armat.* Marant. tit. *judicium super petitorio et possessorio*, num. 1.

2 Clementin. *Sæpe de verbor. sign.* Ley *Necquidquam*, §. *de pleno*, §. *de offic. procons.* y ley *Nihil aliud*, ff. *de obligat. et action.* Paz in *Prax.* annot. 1. *de jud.* num. 6, 17, 30 y 33.

3 Clement. *Sæpe*, y Clement. *Dispendiosam de judic.*

4 Alex. cons. 93. col. 1. vers. *Ad hoc*, vol. 2. Marant. part. 4. tit. *judic. ordin. et sumar.* num. 4, 5 y 6.

5 Leyes 33, 34 y 35. tit. 2. Part. 3. Ley 1 y 2. Cod. *de feriis*, cap. *omnes dies*, y cap. *conquæstus de feriis.*

cho, quienes no pueden actuar sino en los dias y casos en que á los jueces ordinarios está permitido; pero esto no se entiende con los arbitradores, quienes pueden hacerlo en cualquier dia (1).

8. Los dias feriados son de tres clases; á saber, *sagrados, rústicos y repentinos*. Llámanse sagrados ó colendos los que estan destinados principalmente al culto y veneracion que se debe á Dios, como autor de todo lo criado. Los rústicos, que tambien se llaman necesarios, son los que estan establecidos por ley ó costumbre, como los de mercado, vacaciones &c., ó los que introdujo la necesidad para las labores del campo; v. gr. la recoleccion de cosechas en el agosto, las vendimias y otros semejantes. Repentinos son aquellos que no estan establecidos por ley ni costumbre, sino que se designan por algun repentino y extraordinario acontecimiento; v. gr. la muerte del Soberano, la coronacion del sucesor, ú otras causas extraordinarias; y estos dias solo pueden señalarse por el Soberano, mas no por el juez de propia autoridad (2).

9. Para constituir el juicio, ya se proceda por via de accion, acusacion, denuncia, inquisicion ó de oficio, se requieren esencialmente tres personas principales, que son *actor* ó acusador verdadero ó ficto; *reo demandado;* y *juez* (3). Actor ó demandante es el que propone la accion, y el primero que provoca y llama á juicio, pretendiendo alcanzar derecho sobre alguna cosa que juzga pertenecerle (4). En las causas criminales se le llama acusador. Reo se denomina en las causas criminales el que cometió delito, que quiere decir *culpado*; y en las civiles, el demandado por el actor sobre alguna cosa, contra el cual se procede en juicio á instancia de este (5). Juez es una persona revestida de jurisdiccion, y como mediadora entre actor y reo, que declara y da á cada uno lo que le corresponde sobre su pretension, segun las leyes establecidas, y los méritos del proceso (6). Tambien intervienen en el juicio otras personas menos principales, que son abogado, escribano, procurador, testigos y otros, como lo vemos en la práctica.

10. En orden á las circunstancias que deben tener dichas personas, veremos primeramente quienes pueden comparecer en juicio, y á quienes está prohibido, y despues pasaré á tra-

1 Ley 32. tit. 4 Part. 3.
2 Leyes 33. á la 36 tit. 2. Part. 3. Ley *Sed et si*, §. *si feriæ*, ff. *ex quib. causis majores*.
3 Cap. *forus*, y su glos. verb. *Judic.* y ley *Inter litigantes*, ff. *de judic.*
4 Ley 1. tit. 2 Part. 3.
5 Argum. del tit 3. Part. 3.
6 Ley 1. tit. 4. Part. 3.

tar en capítulo separado de los jueces y de la jurisdiccion.

11. Pueden comparecer en juicio y elegir árbitros todos los que no tienen prohibicion legal para ello (1); pero no los que la tienen, y son el excomulgado vitando, ó no tolerado, como actor, aunque sí como reo para defenderse, porque la defensa es natural; y tampoco puede ser personero, abogado ni testigo; pero esto no se entiende con el tolerado ó de excomunion menor (2).

12. Tampoco pueden comparecer los religiosos profesos sin orden de sus prelados, ni los siervos sin las de sus señores, á menos que sea sobre su libertad, ó cuando el pleito ceda en beneficio de su señor (3).

13. El hijo de familias que está bajo la patria potestad no puede demandar en juicio á su padre legítimo ni adoptivo, aunque tenga veinticinco años, á menos que aquel niegue ser tal hijo suyo, ó le maltrate duramente, ó quiera obligarle á hacerse vicioso; ó por razon de bienes castrenses ó cuasicastrenses, ó uso de oficio público; ó para que le alimente pudiendo; ó para quitarle la administracion de sus bienes adventicios porque se los disipa (4); bien que si está indigente, debe dejarle de sus frutos lo que hubiere menester, pues en este caso no tiene derecho á todo su usufructo, como lo advierte la ley (5).

14. Pero estando fuera de su dominio, aunque no puede demandarle criminalmente en causa de que le resulte mutilacion de miembro, ó infamia de hecho ó de derecho, ni en otra, á menos que le irrogue grave daño en su persona y bienes para resarcirle de los de su padre, y no para otro efecto; puede hacerlo civilmente, con tal que ante todas cosas pida al juez la *venia* y licencia que el derecho (6) previene, y debe dársela sin citar al padre; pero si no la pide, ya sea en la misma demanda, como se estila ó en otros términos, no se debe admitir esta.

15. Si estando bajo de su poder, quiere demandar á alguno, debe pedir para ello licencia á su padre. Lo propio milita para responder á la demanda que le hayan puesto, á menos que sea mayor de veinticinco años, y su padre esté ausente de la provin-

1 Ley 14. tit. 2. Part. 3.

2 Ley 6. al fin, tit. 9. Part. 1. Menoch. *de arbitr.* lib. 1. quæst. 77. Olea *de cession. jur.* tit. 6. quæst. 11. num. 49.

3 Leyes 8, 9 y 10 tit. 2. y 4. tit 5. Part. 3, y leyes 9 y 10. tit. 9. Part 7. Jul. Capon. tom. 5. discept. 381. num. 1 Marescot. lib. 1. *Var.* cap. 92.

4 Ley 2. tit. 2, y leyes 4 y 5. tit. 7. Part. 3, y 11. tit. 17. Part. 4. Castill. *de alim.* cap. 23. Olea *de cession. jur.* tit. 2. quæst. 6. num. 37.

5 Ley 2. tit. 2. Part. 3, y Greg. Lopen su glos. 14.

6 Ley 3. tit. 2. Part. 3. Vela dissert. 40. num. 4.

cia; ó sobre bienes castrenses ó cuasicastrenses (1). Si el padre se negase á darle la licencia, puede el juez con justa causa compelerle si se moviese pleito sobre cosas en que no tenga el usufructo de los bienes de su hijo (2).

16. Deben pedir tambien la venia en iguales términos que el hijo, el yerno al suegro, el súbdito al superior, el vasallo á su señor, el discípulo à su maestro, el parroquiano à su párróco, el entenado ò hijastro á su padrastro ò madrastra (aunque sobre esto hay variedad de opiniones, pero no daña el pedirla), y el ahijado à su padrino de bautismo si los demandan (3).

17. Lo propio debe observar el liberto, cuando su señor le dió libertad voluntaria ò espontáneamente sin precio ò por él, recibiéndole del mismo liberto; en cuyos dos casos, à mas de no deber ser oido por no pedirla, incurre en la pena de cincuenta maravedís de oro, de la cual se eximirá si se aparta de la demanda antes de la contestacion, ò no comparece el demandado en el término de la citacion, ò aunque comparezca no alega esta excepcion. Pero si otra persona dió el dinero para que le libertase, no necesita la venia de su señor para demandarle (4).

18. Los hermanos carnales no deben demandarse criminalmente en causa de que les resulte muerte, mutilacion de miembro ó destierro, à menos que el uno haya maquinado contra el otro alguna de estas cosas, ó que sea por traicion contra su señor no habiendo quien le acuse, ó contra el Rey ó su reino, pues en estos casos pueden hacerlo (5).

19. Tampoco pueden los criados ó sirvientes acusar á sus amos pasados ó presentes, no siendo por alguna de las causas referidas: si lo hacen no se les debe admitir la acusacion, y ademas incurren en pena de muerte segun una ley de Partida (6); pero civilmente no está prohibido que todos se demanden.

20. El menor siendo púbero tiene obligacion de recibir curador *ad litem*, pero no precisamente sugeto determinado, sino el que quiera elegir y sea idóneo; y no queriendo hacerlo, debe nombrarle de oficio el juez por su contumacia, á fin de que el juicio no sea ilusorio, y evitar su nulidad por falta de persona legítima, pues el menor no lo es para comparecer por sí solo

1 Ley 7. tit. 2. Part. 3. et ibi glos. 1, y leyes penalt. tit. 17. Part. 4. Salgad. *Labyr.* part. 1. cap. 17. num. 27.
2 *Cur. Filip.* part. 1. §. 10. num. 7. 1 fin.
3 Paz in *Prax.* tom. y part. 1. temp. 2. num. 8 y 9. *Cur. Filip.* ibi, num 5.
4 Leyes 8 tit. 2, 4 y 5 tit. 7. Part. 3.
5 Ley 4. tit. 2 Part. 3.
6 Ley 6. tit. 2. Part. 3.

en aquel (1), antes bien debe hacerlo en su nombre su curador. Si comparece sin este, vale solamente lo que resulte en su utilidad, á menos que su contrario se oponga, en cuyo caso ni aun esto vale (2); por lo que si el menor que no tiene curador, quiere demandar á alguno, no ha de poner por sí mismo la demanda, y por un otrosí nombrar al curador para que se le discierna el cargo y le defienda, sino nombrarle previamente, y discernido el cargo, pondrá en su nombre la demanda; y en otros términos no debe admitirla el escribano, á menos que el juez lo mande.

21. No procede lo explicado en el párrafo anterior respecto á las causas espirituales y beneficiales, pues en estas si entró en la pubertad, puede comparecer por sí sin intervencion de su curador, porque en esto no depende de él (3), y constituir procurador, lo cual no se permite al pupilo; bien que tiene el beneficio de la restitucion, siendo perjudicado (4). Pero si el menor, que no tiene curador, comparece en juicio y ratifica con juramento lo actuado, no puede pretender la restitucion aunque haya padecido perjuicio, porque como casicontrato se confirma con el juramento al modo que el contrato (5). Sobre esto y otros favores que les estan concedidos por derecho, véase á Lara (6), y lo que diré en el apéndice al cap. 2. tit. 4. de este libro.

22. Teniendo el varon catorce años cumplidos, y la hembra doce, deben nombrar por sí curador que los defienda en juicio y cuide de sus bienes: resistiéndose á nobrarle, les ha de apremiar á ello el juez, ó por su resistencia nombrársele de oficio, como dejo expuesto; pero si estan en la edad pupilar, toca al juez la eleccion. Lo mismo debe practicar con los mudos y sordos, pródigos, locos y mentecatos declarados; y en uno y otro caso debe el nombrado dar fianza lega, llana y abonada de que cumplirá fiel y exactamente su encargo, con lo cual no siendo de los prohibidos de ser tutores y curadores, se le ha de discernir y confirmar el juez (7). Cuando tenga que declarar el

1 Leyes 13 y 17. tit. 16. Part. 6. y §. *Item inviti*, ley 2. Cod. *Qui personam legitimam*, y ley 1. Cod. *de In lit. dando tutor. et curator.*

2 Leyes 11. tit. 2 y 1 al fin, tit. 3. Part. 3. y ley *Clarum*, Cod. *de tutor. præstand.* Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 2. num. 1130. Covarr. in cap. *Quamvis pactum*, part. 1. §. 3. num. 9. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 29. num. 9.

3 Cap. fin. *de jud.* in 6. Vela dis. 6. num. 61. Lara *de vita hom.* cap. 24. num. 44 y 45.

4 Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 5 num. 8. Canc. part. 2. *Var.* cap. 1. num 295

3 Ley 6. tit 11 y ley 59. tit. 18 Part. 3. Gutierr. in Authent *Sacram puber*, num. 127. y lib. 1 *Pract.* quæst 67. Jul. Cap. tom. 1. discept 64. Font. decis. 1101.

6 *Comp. vitæ homin.* cap. 28, y á los que cita.

7 Leyes 12 y 13. tit. 16. Part. 6. Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 2. num. 1130. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 52.

menor como parte, ha de asistir su curador al juramento, mas no á la declaracion, y con su asistencia firmarla, ya sea civil ó criminal el negocio, y el menor actor ó reo, y asi se observa.

23. Estando legítimamente imposibilitado el curador de comparecer en juicio por su menor, ya sea por ausencia del pueblo, enfermedad ú otra causa, puede constituir procurador ó apoderado para negocio determinado, especificando en el poder el impedimento que tiene (1). Pero no estando impedido, se le permite solamente hacerlo despues de contestada la demanda (2).

24. La muger casada no puede comparecer en juicio ni elegir procurador sin licencia de su marido, á menos que este se halle ausente del pueblo donde se ha de litigar, y no se espere su pronto regreso, en cuyo caso puede el juez concedérsela con previo conocimiento de causa, ó bien si el marido fuere loco, furioso, mudo ó mentecato; pues aunque esté presente se le considera como ausente, ó si tuviere que usar contra él de sus acciones civiles y criminales, v. gr. sobre restitucion de su dote, porque se la disipa; ó sobre divorcio, nulidad de matrimonio, excesiva rigidez en el trato, alimentos y otras cosas, para las cuales no necesita licencia de su marido ni del juez. Sin embargo, si es preciso recibirla alguna declaracion como parte ó testigo, ha de presenciar su marido el juramento, y firmarla, si sabe; mas ella no ha de declarar ante él, y asi se practica.

25. El marido ni su heredero no pueden intentar contra la muger, durante el matrimonio, causa de hurto, ni otra de que se la pueda seguir infamia, ó por la que merezca pena aflictiva, excepto por adulterio, ó por traicion contra el Rey ó su reino, ó contra su señor temporal; lo propio milita para con la muger respecto de su marido (3).

26. Explicadas ya las circunstancias necesarias para que uno pueda comparecer en juicio, resta hacer algunas otras observaciones acerca de la persona del actor. Aunque ninguno puede ser obligado á demandar, por cuanto toda accion está fundada en un derecho que puede renunciar libremente aquel á quien corresponde (4); sin embargo hay tres casos que sirven de excepcion á esta regla general, y en los cuales está uno obligado á presentarse en juicio como actor aun contra su voluntad.

27. El primero llamado vulgarmente de *jactancia*, es cuan-

1 Ley 8 al fin, tit. 10, y ley 2. tit. 23. Part. 3.

2 Ley 3. tit. 5 y ley 96. tit. 18. Part. 3. Navarr. *in Manual.* tom. 3. cap. 25. num. 6. y siguientes.

3 Ley 5. tit. 2. Part. 3.

4 Ley unic. Cod. *Ut nemo invitus*, y ley 46. tit. 2. Part. 3.

do uno dice de otro injurias ó baldones que menoscaban su buena fama y opinion. Entonces el difamado ú ofendido puede acudir al juez pidiendo que el difamador ponga demanda en juicio para probar sus baldones ó desdecirse de ellos, ó bien dar otra satisfaccion competente á arbitrio del juez (1). Si el difamador fuere rebelde, y no quisiere poner la demanda despues de habérselo mandado el juez, debe este dar por libre al otro de la calumnia, imponiendo al primero perpetuo silencio y la pena á que se haya hecho acreedor.

28. El segundo caso es cuando alguno tiene intencion de demandar á un comerciante ú otro que trata de hacer algun viage por mar ó tierra, y está esperando maliciosamente que llegue el tiempo de estar todo aparejado para dicho viage, á fin de poner entonces la demanda é impedir que se verifique, ocasionando de este modo la mayor vejacion á su contrario. Cuando este recele justamente tan perverso designio, puede pedir al juez que apremie al otro para que ponga luego su demanda, y no haciéndolo, debe dicho juez mandar que no sea oido hasta que el demandante vuelva de su viage (2).

29. El tercer caso es cuando uno tiene excepcion que depende de accion de otro, y le conviene que desde luego se declare. Entonces puede precisar al otro á que exponga su accion, ó le abone la excepcion cuando entablare aquella (3).

1 Ley 46. tit. 2. Part. 3.
2 Ley 47. del mismo tit.
3 Covarr. 1. *Var.* cap. 18. num. 3. Molin *de hispan. y imog.* lib. 3. cap. 14. num. 31. y otros.

CAPITULO SEGUNDO.

De los jueces ordinarios y delegados, y de su jurisdiccion.

§. 1. Calidades que deben tener los jueces.
2. Edad correspondiente.
3. Años de estudio.
4. Personas que no pueden ser jueces por falta de capacidad.
5. Otros no pueden serlo por inmoralidad.
6. Id. por presuncion de parcialidad.
7. Varias disposiciones legales para asegurar mas la imparcialidad de los jueces.
8 y 9. Obligaciones de los jueces.
10. El eclesiástico que por razon de su dignidad ejerce jurisdiccion temporal, ha de reputarse en orden á ella como juez lego.
11. Diferentes clases de jueces: ¿quienes se llaman ordinarios?
12. De los alcaldes ordinarios y pedáneos.
13. De los corregidores.
14. Del corregidor de Madrid.
15 y 16. De los alcaldes de Corte considerados como jueces ordinarios.
17. ¿Que es jurisdiccion?
18. La suprema jurisdiccion reside en el Soberano.
19. Del mero y mixto imperio.
20. Primera division de la jurisdiccion en ordinaria y delegado.
21. ¿Cuando se entiende que un juez procede en virtud de la jurisdiccion ordinaria?
22 hasta 25. De la jurisdiccion delegada, y facultades de los jueces que la tienen.
26. Division segunda de la jurisdiccion en privativa y acumulativa.
27. ¿Quienes gozan de la jurisdiccion privativa?
28. ¿Quienes ejercen jurisdiccion acumulativa?
29. Tercera division de la jurisdiccion en forzosa, voluntaria y prorogada: ¿cual se llama forzosa y cual voluntaria?
30. ¿Que es jurisdiccion prorogada?
31. Requisitos necesarios para prorogarse la jurisdiccion.
32. ¿De cuantos modos se puede prorogar la jurisdiccion? Primero, de persona á persona.
33. Segundo modo, de cantidad á cantidad.
34. Tercer modo, de tiempo á tiempo.
35. Cuarto modo, de lugar á lugar.
36. Prorogacion tácita ó expresa.
37. ¿Cuando se entiende prorogada tácitamente la jurisdiccion?
38, 39 y 40. Excepciones de la regla anterior.
41. De otros actos judiciales por los que no se proroga tácitamente la jurisdiccion.
42. Facultades del juez prorogado.

43. El juez superior puede prorogar la jurisdiccion del ordinario.
44. Efectos de la prorogacion.
45. De las personas que no pueden prorogar la jurisdiccion segun nuestras leyes.
46. Causas en que no puede prorogarse la jurisdiccion.

Apéndice. Real orden de 5 de diciembre de 1826, y otra aclaratoria de aquella en orden á la jurisdiccion de los alcaldes ordinarios en los pueblos de señorío donde hubiese alcaldes mayores ó corregidores.

1. En el capitulo anterior se dijo cuanto pareció necesario acerca de las personas que disputan en juicio sus respectivos derechos, y ahora corresponde tratar de los jueces que estan autorizados para decidir estas controversias legales. Claro es que este es uno de los cargos mas nobles é importantes del Estado, y de cuyo buen desempeño resultan los mayores beneficios á la causa pública; por lo mismo es necesario que todo juez ademas de la edad correspondiente tenga una instruccion sólida en la legislacion, una consumada prudencia y otras calidades no menos recomendables de que hablan las leyes.

2. Por lo que hace á la edad, se previene en la ley 6. tit. 1. lib. 11. de la Nov. Rec. que ningun letrado pueda ser juez sin tener veintiseis años por lo menos (1).

3. En orden á la instruccion que debe tener el juez letrado, previene la ley 6 citada que haya de haber estudiado en cualquiera universidad del reino los derechos civil y canónico por espacio de diez años; bien que segun la práctica cualquiera que esté

1 Acevedo comentando esta ley pretende que despues de ella ninguno puede absolutamente ser juez ordinario sin que tenga cumplidos veintiseis años, por ser correctoria de la ley 3. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec., segun la cual y la ley 5. tit. 4. Part 3. (*) bastaban veinte años cumplidos para ser juez ordinario. Sin embargo el Doctor Sala en su *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 3. tit. 2. num. 10, no se conforma con esta opinion de Acevedo, fundado principalmente en que dicha ley 6 no hace mencion de las anteriores para corregirlas, y que no habla de todos los jueces ordinarios, sino solo de los letrados, como lo indican sus palabras: *ningun letrado &c.* En cuanto al juez delegado, segun dicha ley 3. tit. 1. lib 11. Nov. Rec., y la 5. tit 4. Part. 3, puede serlo el que tenga diez y ocho años cumplidos, aunque no podrá obligarle el juez ordinario que le delegó, á conocer del Pleito sino fuere mayor de veinte. Aun añaden dichas leyes, que el menor de diez y ocho años y mayor de catorce puede ser juez delegado si fuere puesto á voluntad de ambas partes, y con otorgamiento del Rey. Si pareciere extraño que se exija mayor edad en el juez letrado que en el lego, debiendo al parecer ser al contrario, téngase presente que el lego juzga con acuerdo de asesor, cuya ciencia suple la que pueda faltar á aquel, lo que no sucede con el letrado.

* En unos Códices de las Partidas se lee veinte años, y en otros veinticinco. Véase la edicion de la Real Academia de la Historia.

recibido de abogado puede ejercer el cargo de juez; y asi es necesario tener presente lo que en orden al recibimiento de abogados se dice en el capítulo 4 de este título, párrafo 6.

4. Por defecto de incapacidad para ejercer tan grave cargo, no puede ser juez el loco, mudo, sordo, ciego, enfermo habitual, el religioso, el clérigo de órdenes mayores, y la muger, à menos que sea reina ú otra señora que herede el señorío de algun territorio; pues en tal caso podrá serlo con el consejo de hombres sabios (1).

5. Por falta de moralidad no puede ser juez el sugeto de mala conducta, ni el que recibe dádivas por la administracion de la justicia (2).

6. Ultimamente por presuncion de parcialidad ninguno puede ser juez en causa propia, ó en otra en que él, sus parientes ó allegados tengan algun interes, ni en la que hubiere sido abogado ó consejero (3). Asimismo no puede serlo en causa criminal contra su padre, ó persona que viva en su compañía, y solo debe hacerlo presente al Soberano (ó tribunal superior) para que nombre quien conozca de ella y la determine. Lo propio ha de decirse de las causas civiles siendo el juez ordinario, pues si fuese nombrado por el Rey para sentenciar algun pleito, podrá hacerlo en los términos que se le hubiere encargado aunque fuere contra su hijo ó padre (4). Ademas nadie puede ser juez en causa de muger de su jurisdiccion, à quien hubiese querido violentar, ó con la que hubiere querido casarse contra la voluntad de ella; ni tampoco de persona que viviere en su compañía; debiendo los agraviados recurrir à otro juez del pueblo, y no habiéndole al tribunal superior (5). Finalmente no puede ser juez en causa llevada por el recurso de mil y quinientas al Consejo, el ministro de este que hubiere conocido antes de la misma en alguna chancillería ó audiencia (6). Por la misma razon de parcialidad no pueden ser oficiales ó dependientes de justicia los parientes dentro del cuarto grado, ni el yerno ni cuñado de un juez; pues aunque la ley que lo prohibe (7) habla solo de los corregidores, milita la misma razon respecto de todos los jueces.

7. A fin de asegurar mas la imparcialidad y desprendimiento en los jueces, está prohibido à estos y sus oficiales durante

1 Ley 4. tit. 4. Part. 3, y 4. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec.
2 Dicha ley 4. tit. 4. Part. 3, y 4. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec
3 Leyes 9 y 10. tit. 4. Part. 3.
4 Ley 9. tit. 4. Part. 3.
5 Ley 6 tit. 7. Part. 3.
6 Ley 7. tit 22. lib. 11. Nov. Rec. y notas 1, 2 y 3 de la misma.
7 Ley 14. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec.

su oficio comprar por sí ni por otro heredad alguna, y edificar casa sin especial licencia ó mandato del Soberano en el territorio de su jurisdiccion, como tambien tener en él comercio alguno y ganados en sus baldíos (1). Tambien se halla prohibido à todos los empleados en la administracion de justicia el arrendar sus oficios, bajo la pena de perderlos por el mismo hecho y de ser castigados quienes les tomen en arriendo y usasen de ellos con las penas prescritas contra los que ejerzan oficios que no les corresponden (2).

8. Muchas son las obligaciones de los jueces cuya recopilacion no es de este lugar, ya porque de las principales se habla en el discurso de esta obra, ya por hallarse reunidas en la última Instruccion de corregidores. No debe sin embargo omitirse que los jueces y tribunales, con especialidad los supremos, pueden ó mas bien deben representar ó consultar inmediatamente con el debido respeto, siempre que haya algunas razones graves y poderosas para proponer la revocacion ó modificacion de las órdenes que expida el Soberano si no fueren conformes al derecho divino ó natural, ó à las leyes positivas, no habiendo cláusula derogatoria de estas; si bien no deberá hacerse lo dicho sino despues de una bien meditada deliberacion, de suerte que se eche de ver alguna complicacion de circunstancias que no previó el Príncipe, ó que pueda creerse no quiere se lleve à efecto su soberana resolucion (3).

9. Asimismo es obligacion de los jueces darse mutuamente con prontitud y atencion todo el auxilio y favor que necesiten para la buena administracion de justicia, como es debido entre personas que desempeñan sus cargos en nombre y bajo la proteccion del Soberano.

10. Siempre que algun eclesiástico por razon de su dignidad ejerza jurisdiccion temporal, sea en primera instancia, ó en grado de apelacion, ha de reputarse en orden à ella como juez lego, y la debe ejercer por medio de jueces seculares y escribanos Reales con apelacion à los tribunales del Rey, sin valerse de las censuras (4).

11. Hay tres clases de jueces, à saber, *ordinarios*, *delegados* y *árbitros*: de aquellos se tratará en este capítulo, y de los

1 Leyes 5. tit. 5. Part. 5, y 3. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec. Cap 11 de la última Instruccion de corregidores.

2 Ley 4. tit. 6. lib. 7. Nov. Rec. Real provision de 28 de abril de 1768, ó nota 1. tit. y lib. cit. Nov. Rec.

3 Véanse las leyes 25. tit. 13. Part. 2. y las del tit. 4. lib. 3. Nov. Rec.

4 Ley 10. tit. 1. lib. 2. Nov. Rec.

árbitros en el siguiente. Empezando, pues, por el juez ordinario, se llama asi el que ejerce la jurisdiccion ordinariamente ó en virtud de su mismo oficio. Tales son los alcaldes ordinarios, los alcaldes mayores, corregidores y demas jueces nombrados por su Magestad.

12. Los alcaldes ordinarios propiamente tales, conocen por lo regular de las causas civiles y criminales hasta la sentencia definitiva, de oficio ó à instancia de parte con acuerdo de asesor (1); à diferencia de los llamados vulgarmente *pedáneos*, y por nuestras leyes *alcaldes ordinarios de las aldeas* (2), quienes en lo civil únicamente conocen hasta la cantidad de seiscientos maravedís (3), y en lo criminal, aunque pueden prender, mas no soltar ni sustanciar las causas (4).

13. Ademas de la jurisdiccion ordinaria que ejercen los corregidores y alcaldes mayores para determinar las causas civiles y criminales en su territorio, tienen en todo él una especie de inspeccion gubernativa en todo lo económico y político, como puede verse en la citada Instruccion de corregidores de 15 de mayo de 1788 (*).

14. El corregidor de Madrid ejerce la jurisdiccion civil y criminal en la Corte y pueblos no exentos por medio de sus dos tenientes. Estos dan audiencia pública à la salida del Consejo en las casas consistoriales, y tambien en las suyas, si hay urgencia, y quieren hacerlo para evitar atrasos: de sus sentencias en causas civiles se apela al Consejo de Castilla en sala de provincia. Su jurisdiccion criminal es acumulativa con la de los señores alcaldes de Corte, pero no pueden llevar à ejecucion ninguna pena corporal sin consultar à la sala, à quien deben asimismo dar cuenta dentro de veinticuatro horas de las causas sobre aprension de armas de fuego, consultando despues las sentencias. Ultimamente las apelaciones en las causas criminales sentenciadas por ellos, deben interponerse para la misma sala.

15. Ademas de la jurisdiccion criminal que tienen los señores alcaldes de Corte, de la cual hablaré en el tratado del Juicio criminal, ejercen tambien la civil en primera instancia, como

1 Real cédula de 13 de mayo de 1776. Leyes 9. tit. 16. lib. 11, y 9. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec.

2 Ley 25. tit. 9. lib. 3. Rec. Se ha suprimido en la Novísima.

3 Ley 25. tit. 9. lib. 3. Rec.

4 Ley 20. tit. 4. lib. 3. Rec. suprimida en la Novísima.

* El que quiera instruirse mas en este punto, puede consultar tambien las obras siguientes: *Gobierno político de los pueblos, y el corregidor, alcalde y juez en ellos*, por Santayana. *Tratado de la jurisdiccion ordinaria para direccion y guia de los alcaldes*, por Vizcaino. *El corregidor perfecto*, por el Dr. Guardiola.

jueces ordinarios, los diez mas antiguos, que lo son de cuartel y provincia, del mismo modo que los tenientes de corregidor, formando su audiencia ordinaria à la salida de la sala, cada uno en uno de los oficios de escribanos de provincia, donde despachan los pleitos con asistencia de los abogados en el dia de su señalamiento, y de los litigantes si quieren asistir, aunque en sus casas podrán oir los juicios verbales, cuya cantidad ha de ser hasta quinientos reales, y despachar negocios de poca monta. Esta jurisdiccion que es acumulativa con la del corregidor y sus tenientes, se extiende à la Corte y todo su rastro; y de las sentencias de los alcaldes se interpone apelacion para el Consejo de Castilla en sala de provincia, excediendo el valor de la cosa litigiosa de mil ducados, y no llegando, para la sala segunda criminal de los mismos alcaldes (1); si bien posteriormente se mandó (2), que sin embargo de esta asignacion de los pleitos de menor cuantía que fueren en apelacion à dicha sala segunda, ya de los juzgados de provincia de los alcaldes, ya de los tenientes de villa, hubiese de conocer de un pleito la sala primera, quedando dos para la sala segunda, guardándose turno entre ellas.

16. En la citada Real cédula de 6 de octubre (ley 9. tit. 21. lib. 3. Nov. Rec.) se estableció la division de Madrid en ocho cuarteles à propuesta del señor Conde de Aranda, presidente del Consejo, hecha al Soberano, y habiendo su Magestad aprobado dicho establecimiento, manifestó verbalmente à dicho señor Conde, seria de su Real agrado que se extendiese à las capitales en donde hubiere chancillerías y audiencias, como se hizo en efecto al año siguiente en virtud de otra Real cédula (3). Por lo tanto cada alcalde ha de ejercer en su cuartel la jurisdiccion civil en la forma que se habia hecho hasta entonces en las chancillerías y audiencias, donde los alcaldes tenian juzgado de provincia, y para ellos se estableció este de nuevo, fijando cinco leguas por rastro en Zaragoza y Barcelona, en cuyas ciudades no le tenian los alcaldes del crimen, à fin de que en lo sucesivo ejerciesen tambien la jurisdiccion civil, arreglándose enteramente al modo y forma con que la ejercian los demas alcaldes del crimen, para lo cual se señaló à cada uno un escribano numerario, hasta que el Consejo bien instruido arreglase este punto, creando, si le

1 Real cédula de 6 de octubre de 1768, art. 1. §§. 4 y 6 y art 4 §. 2, ó leyes 9. tit. 21. lib. 3, y 4. tit. 27. lib 4. Nov. Rec.

2 En Real cédula de 19 de abril de 1785, ó ley 5 de dicho tit. 27. lib. 4. Nov. Rec.

3 De 13 de agosto de 1769, ó ley única tit. 13. lib. 5. Nov. Rec.

parecia conveniente con consulta de su Magestad, escribanos de provincia. Asimismo los alcaldes han de tener su despacho civil en las piezas señaladas en sus chancillerías y audiencias, y resolver en sus propias casas los juicios verbales hasta en cantidad de quinientos reales (*).

17. Habiendo dicho lo que segun el propósito de esta obra nos ha parecido bastante acerca de los jueces ordinarios que conocen en primera instancia, tratemos ahora de la jurisdiccion, ó sea la *potestad que corresponde á los jueces por autoridad pública para conocer y sentenciar en los pleitos civiles y criminales.*

18. La suprema jurisdiccion en lo civil y criminal solo reside en el Rey, y por consecuencia ningun señor ó particular puede ejercer en sus dominios la jurisdiccion, sin mostrar el título ó privilegio que para ello tenga (1), ó en su defecto la prescripcion inmemorial (2).

19. A toda jurisdiccion va anejo el poder de hacer cumplir las sentencias, y esto se llama *imperio* ó potestad armada. Este imperio es *mero* ó *mixto*. El mero ó *puro* y *esmerado*, como le llama la ley (3), es: *poderío de administrar justicia en los pleitos en que puede imponerse pena de muerte, perdimiento de miembro, echamiento de la tierra (esto es, destierro perpetuo), tornamento de hombre en servidumbre, ó darle por libre.* Imperio mixto es: *la potestad de conocer y terminar los pleitos con la ejecucion de la sentencia, cuando esta fuere mas leve que las referidas.*

20. La jurisdiccion se divide 1.° en *ordinaria y delegada*. Ordinaria es la que reside con toda extension en el juez ó magistrado por razon de su oficio. Delegada es la que se da á alguno para el conocimiento de cierta y determinada causa, de la cual usan todos los jueces comisionados.

21. La jurisdiccion ordinaria es favorable y perpetua; al contrario de la delegada que se tiene por odiosa y terminable. De aquí es que si al juez ordinario se le da comision para alguna causa sobre la cual tenia jurisdiccion ordinaria, se entiende ejercer esta, á no ser que de ella ó á ella se quite ó añada

* En las Reales cédulas citadas de 6 de octubre de 1768, y de 13 de agosto de 1789, se habla principalmente y con mas extension de la jurisdiccion criminal de que hemos prescindido ahora, por no corresponder á este lugar. La jurisdiccion criminal de los alcaldes de cuartel de las chancillerías y audiencias tiene mucha uniformidad con la de los de la Corte, como se advertirá cotejando dichas dos Reales cédulas.

1 Leyes 1 y 2. tit. 1. lib. 4 Nov. Rec.
2 Ley 6 tit. 5. lib. 3. Nov. Rec.
3 Ley 18. tit. 4. Part. 3.

alguna cosa; pero aun en tal caso si no usare de la limitacion ó extension, se entenderá haber ejercido la ordinaria (1). Por el mismo principio, concurriendo ambas jurisdicciones en un juez, se entiende que ejerce la ordinaria (2).

22. La jurisdiccion delegada pasará al sucesor del delegado cuando este último no fue designado por su nombre, esto es, cuando solo se atendió en el nombramiento al oficio ó dignidad por cuya causa fue delegado. Tambien pasara al sucesor aun en el caso de haberse nombrado por su nombre al delegado, pudiéndose probar que ignoraba el delegante quién era el delegado al tiempo de darle la comision (3). La razon es porque ni en uno ni en otro caso se buscó ó tuvo por principal objeto la habilidad ó mérito personal del delegado, y por consiguiente puede pasar su comision à otra persona.

23. El delegado no puede extenderse à mas de lo que se exprese en su comision, por cuanto su jurisdiccion dimana de la voluntad del delegante, à la que debe rigorosamente atenerse (4). Tampoco puede el delegado subdelegar ó cometer su jurisdiccion à otro (5); sin embargo, siendo delegado del Rey puede subdelegar, y aun el delegado del juez ordinario podrá tambien hacerlo despues de haber sido contestada ante él la demanda (6).

24. La delegacion se acaba casi de los mismos modos que el mandato de las demas cosas; à saber, de parte del delegante por la revocacion, ó porque este quiera conocer por sí mismo de la causa ó encomendarla à otro (7). En caso que el mandante muriese ó perdiere el oficio antes de estar entablado el pleito ante el delegado, cesaria la jurisdiccion de este, à no ser que ya esté hecha la citacion; pues en tal caso, aun cuando la muerte del delegante sobrevenga antes de la contestacion, seguirá conociendo el delegado (8). Por parte de este se acaba la delegacion si mejorase su estado, esto es, si se hiciere igual ó superior en el oficio à aquel que le delegó (9). Tambien fenece por muerte del delegado, ó por haber pasado un año sin hacer uso de la delegacion (10).

25. Nuestras leyes prohiben delegar el mero imperio, excepto en los casos de una justa y necesaria ausencia del delegante, quien podrá entonces conceder à otro la facultad de sus-

1 *Cur. Filip.* part. 1. §. 4. num. 4 y 5.
2 *Cur. Filip.* alli, num 5.
3 *Cur. Filip.* alli, num 11.
4 Ley 19. tit 4 Part. 3.
5 Ley 47. tit. 18. Part. 3.
6 Ley 19. tit. 4. Part. 3.
7 Ley 21. dicho tit 4.
8 Ley 25. tit 18 Part. 3.
9 Ley 21. tit 4 Part. 3.
10 Ley 35. tit. 18. Part. 3.

tanciar la causa que le delegare, solo basta la sentencia que deberá pronunciar el mismo delegante à su vuelta, segun lo que resultare de las diligencias practicadas por el delegado (1). Asimismo está prohibida la delegacion para dar tutores ó curadores, y por último no pueden delegarse las causas en que se trate de cosa que vale mas de trecientos maravedís de oro, excepto en los casos siguientes: 1.° cuando el juez ordinario esté tan sobrecargado de negocios que no pueda atender à todos; 2.° cuando el Rey le diere alguna comision en servicio de su Real Persona ó del público, y no pudiere por esta ocupacion despachar los pleitos (2). Con ocasion de lo dicho, debe advertirse que es permitido por otra ley (3) à los jueces ordinarios poner sustitutos en su lugar si estuvieren enfermos ó achacosos de manera que no puedan juzgar, ó ausentes por alguna causa legal. En el pueblo donde hay regidores se observa generalmente que estos en dichos casos ocupan el lugar del juez, y ejercen la jurisdiccion por su turno.

26. Divídese tambien la jurisdiccion en *privativa y acumulativa*. Privativa es la que por sí sola priva à otros jueces del conocimiento de la causa; y de ella usan todos los jueces à quienes se cometen las causas con inhibicion de ellas à los demas del partido ó territorio. Acumulativa es aquella por la cual puede un juez conocer de las mismas causas que otro, con prevencion entre ellos.

27. Gozan de la jurisdiccion privativa: 1.° Los que la adquieren por privilegio ó por favor à su persona; debiéndose notar que si el privilegio fuere concedido por consideracion al sugeto á quien se da, la jurisdiccion será en tal caso privativa; pero si aquel fuere concedido en favor de la causa, entonces será la jurisdiccion acumulativa (4). 2.° Los que la adquieren por prescripcion; entendiéndose esto de la jurisdiccion secular, pues la eclesiástica prescrita por el prelado inferior, es acumulativa (5). 3.° Los que tienen jurisdiccion delegada por un juez superior al del partido; por cuya razon pueden inhibir à los ordinarios y otros del conocimiento de las causas comprendidas en su comision, aunque esten pendientes ante ellos; y mientras este comisionado no muera ó falte ó acabe su oficio, no pueden aquellos conocer de ellas sin nueva concesion del delegante (6).

1 Ley 18. tit. 4. Part. 3.
2 Ley 18. tit. 4. Part. 3.
3 Ley 2. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec.
4 *Cur. Filip.* part. 1. §. 4. num. 14.
5 *Cur. Filip.* en el lugar cit.
6 Ley 47. tit. 18. Part. 3. *Cur. Filip.* alli, num. 14 y 15.

28. Jurisdiccion acumulativa la ejercen todos los jueces inferiores respecto de sus superiores, esto es, en cuanto á aquellas causas en que expresamente se concede la prevencion; pues por lo general deben radicarse los juicios ante los ordinarios, segun disponen muchas leyes. Tampoco será acumulativa sino privativa la jurisdiccion que se da para cierto género de causas (1).

29. En tercer lugar se divide la jurisdiccion en *forzosa, voluntaria y prorogada*. Llámase forzosa la que se ejerce sobre los que estan sometidos á ella, quieran ó no, aun cuando la sumision hubiese sido en su principio voluntaria, ó en otros términos, la que se ejerce forzosamente, y no por acto voluntario de los súbditos, como es la ordinaria. Voluntaria es la que ejercen los jueces sin administrar, por decirlo asi, la justicia, como cuando se hace alguna adopcion ú otro acto semejante que es voluntario de parte de los interesados, y el juez no hace mas que autorizarlo (2). Esta en rigor mas debe llamarse autorizacion que jurisdiccion.

30. Prorogada es, la extension de jurisdiccion al caso ó persona á que por su naturaleza no se extiende; esto es, cuando uno se somete á jurisdiccion incompetente (3).

31. Para prorogarse la jurisdiccion son necesarias dos cosas: 1.ª consentimiento de las partes: 2.ª que el juez á quien se proroga tenga anteriormente legítima jurisdiccion.

32. La prorogacion se puede hacer de cuatro maneras. La primera de persona á persona, v. gr. cuando el juez tiene jurisdiccion limitada en un pueblo ó territorio; pues si algunos de otro quieren convenirse en que su negocio se ventile ante él, y lo determine, puede hacerlo, sin embargo de no ser súbditos suyos; por lo que su jurisdiccion limitada se amplia por el convenio á personas que no estan sujetas á ella (4).

33. La segunda es *de cantidad á cantidad ó de cosa á cosa*, v. gr. cuando un juez tiene jurisdiccion para entender solamente en negocios que no excedan de una suma determinada; y no obstante quieren las partes que el suyo, que es de suma mayor, se trate ante él: en este caso, por el consentimiento de estas, se proroga la jurisdiccion de la cantidad menor á la mayor. De la misma manera se proroga de una cosa cierta á otra diversa que tambien lo sea, con tal que el juez sepa la prorogacion (5).

1 *Cur Filip.* part. 1. §. 4. num. 18.
2 Ley 32. tit. 2. Part. 3. Ley 2. ff. *de offic. procons.* Ferrar. *Biblioth. verb. jurisdictio*, num. 4, 5, 58 y sig.
3 Ley 7. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec.
4 Ley 1 y 2 ff. *de judic.* y ley *Si convenerit.* ff. *de jurisdict. omn. judic.*
5 Ley *De qua re.* §. 1. ff. *de judic.*

34. La tercera de *tiempo á tiempo*, v. gr. un juez delegado tiene jurisdiccion para conocer de cierto negocio; pero con la calidad de determinarlo precisamente dentro de un año; pues si acabado este quieren las partes prorogarle la jurisdiccion que espiró, pueden hacerlo por el término que les parezca hasta su decision, y se ampliará de un tiempo á otro tiempo (1).

35. La cuarta de *lugar á lugar*, y es cuando el juez de un territorio quiere conocer en otro de alguna causa con el consentimiento de los litigantes; en este caso vale la prorogacion de jurisdiccion, con tal que el juez del lugar preste expresamente su permiso; bien que algunos autores afirman ser bastante el tácito, esto es, que sabiéndolo no lo prohiba. Lo mismo procede cuando acostumbra hacer audiencia ó juicio en lugar determinado de su territorio, y las partes quieren que conozca de su negocio en otro de la misma jurisdiccion (2). Se previene que la jurisdiccion del delegado se puede prorogar de los tres modos últimos, pero no de persona á persona (3), sobre todo lo cual véase á Carleval (4).

36. Tambien puede hacerse expresa y tácitamente la próroga de jurisdiccion. Se hace expresamente cuando las partes consienten de llano en ser reconvenidas, ó en tratar su negocio ante juez que no es suyo, y perseveran en su consentimiento (5).

37. Se hace tácitamente, cuando el reo permite ser reconvenido ante juez incompetente, y no declina su jurisdiccion ó fuero; acerca de lo cual dicen algunos que para que tenga efecto irretractable esta prorogacion tácita, y el reo no pueda arrepentirse, se requiere de parte de este la litiscontestacion. Otros afirman ser suficiente que antes de esta proponga alguna excepcion dilatoria, y que el juez la determine; por cuyo acto es visto prorogarle la jurisdiccion, y consentir en él sin necesidad de contestacion (6), y es la opinion mas corriente.

38. Pero esto se limita, lo primero cuando la excepcion propuesta se dirige á la persona del juez y su jurisdiccion; pues entonces como se le deniega esta, aunque se le pida que pronuncie sobre la excepcion, no es visto aprobar su persona sobre lo

1. Ley *Consensisse*, 2. §. *Si et judex*, ff. *de judic.*

2. Marant part. 4. tit. *judicium ordinar. et prorogat. distinction.* 12. num. 3. vers. *Exemplum de quarta prorogatione*, y num. 4.

3. Dicha ley *De qua re*, y cap. *Statum*, §. *In nullo, extra, de rescript.* in 6.

4. Lit. 1. disp. 2. num. 977 al 1173.

5. Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 2. num. 1003 al 1072.

6. Ley *Sed et si suscept.* 52. ff. *de judic.* y ley fin. Cod *de exception.* Carlev. tit. 1. disp. 2. num. 990 al 93. Doctor. in cap. *Inter monasterium de re judicat.*

principal, ni sujetarse á él, antes bien por lo mismo puede oponer despues la declinatoria (1). Lo segundo, cuando al tiempo de proponer la excepcion, protesta que no consiente en el juez, y despues ningun acto hace del cual se induzca la próroga de jurisdiccion; en cuyo caso esta protesta le conserva su derecho para declinar despues (2).

39. Mas para evitar dudas y disputas, y que el juez siga en el conocimiento de los autos, deben concurrir tres circunstancias. La primera, que la protesta sea expresa, y no tácita ó genérica, á cuyo fin en el primer pedimento que el reo presente, pondrá esta cláusula: *sin que sea visto atribuir ni prorogar á V. mas jurisdiccion que la que por derecho le compete, ni sujetarme por este acto á fuero que no es mio, ni tampoco contestar demanda que no debo; y con ánimo y bajo la protesta de contestarla en el término competente ante quien legalmente corresponda, siendo digna de contestacion, y no en otra forma, y de usar de todas las acciones y recursos que me tocan, cuando y en donde me convenga, V. en méritos de justicia, se ha de servir inhibirse del conocimiento de este negocio, declarándose por no juez de él, y mandando á dicho Fulano que use de su derecho donde, contra quien y como le convenga; sobre lo cual formo artículo de previo y especial pronunciamiento con protesta de la nulidad en el progreso de la causa; pues debe hacerse como lo pido, por lo que resulta de autos, y expondré en este escrito etc.* La segunda, que no haga acto alguno del cual se induzca la prorogacion, v. gr. cuando la excepcion ó artículo fue de no contestar, y sobre él se recibió el pleito á prueba, y luego pide llanamente prorogacion del término; en cuyo caso por este acto se induce tácitamente la próroga de jurisdiccion. Y la tercera, que declarado que sea el artículo, proponga precisamente la declinatoria dentro de los nueve dias legales, porque si la propone despues, como que ya espiró el término, perdió por su omision y descuido el derecho de usar de ella, como lo he visto declarado en juicio. Con estas cautelas no se perjudica el reo, ni aunque el juez se declare por competente, puede haber por contestada la demanda en el auto de declaracion, antes bien ha de concederle término para ello, ni por tal se le debe reconocer hasta que el auto se con-

1 Cap. *Super litteris*, 20. *de Rescript.* Panormit. in cap. *Inter monasterium* cit. num. 20.

2 Felin. in dict. cap. *Inter monasterium*, num. 8. Decio in cap. 1. *de judic.* num. 187. in 1. *lectur.* Petr. Barbos. in leg. 1. ff. *de judic.* art. 3. num. 16.

sienta y pase en autoridad de cosa juzgada, porque tiene fuerza de definitivo, y es apelable, y como que la demanda no está contestada, ni empezó el término de contestarla, pueda oponer luego simultánea ó separadamente dentro del legal las demas excepciones dilatorias que tenga, y asi se practica.

40. Lo tercero se limita lo explicado cuando el juez procede contra alguno por via de inquisicion en caso prohibido, pues entonces puede usar de la declinatoria en cualquier tiempo, no obstante que haya propuesto ante él cualesquiera excepciones dilatorias; y la razon es, porque con la declinatoria una vez que se declare, se anula todo la actuado hasta ella (1).

41. Hay otros actos judiciales, por los que no se proroga tácitamente la jurisdiccion del juez sin que intervenga la litiscontestacion, y son: el primero, por pedir el reo los autos ó término para el despacho de ellos, y responder lo que convenga á su derecho y defensa; porque esto es para deliberar lo que debe hacer, y tener tiempo para ello (2): el segundo, por dar las fianzas de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, porque en estas se entiende puesta la condicion *de que no tenga causa para declinar ó recusarle*, pues si la tuviere ha de poder hacerlo (3): el tercero, por hacer la confesion ante juez incompetente, porque es visto que no la hace espontáneamente, ni por sujetarse á él, sino solo por redimir la vejacion del apremio (4); pero para evitar toda duda conviene que lo exponga asi en la propia confesion, pues el juez y escribano deben admitírselo, y es lo que se practica en la Corte: el cuarto, por la contumacia, lo cual se entiende á menos que el juez incompetente se pronuncie en vista de ella por competente, pues entonces aunque el reo no sea súbdito suyo, como por su contumacia se inhabilita de poder apelar, y pierde el derecho de la declinatoria, carece despues de la facultad de oponerla (5): el quinto, en las causas criminales, pues por la oposicion de la excepcion no se proroga, porque cede en perjuicio del juez competente (6): el sexto, en la que se hace de lugar á lugar, pues debe ser expresa (7): el séptimo, en caso de absoluta incompetencia, que es cuando el

1 Ley *Licet*, 24. num. 6. Cod. *de procurator.*

2 Ley *Non videtur*, 33. ff *de re judicat.* Ley *Edendo.* Autent. *Offeratur.* Cod. *de litis contextat.*

3 Ley *Si convenerit*, cit. Carlev. tit. 1. disp. 2. num. 997.

4 Socin. consil. 108. col. fin. vol. 3. Avendañ respons. 40. num. 6. vers. *Secus vero.* Marant part. 4. distinct. 12. num. 13.

5 Carlev. disp. cit. num. 1000 al 1002.

6 Ley *Si quis ex consensu*, col. 2 al fin. Cod. *de episcop. audient.*

7 Marant. ubi sup. num. 15.

que se titula juez ninguna jurisdiccion tiene, en cuyo caso puede el reo oponer la declinatoria en cualquiera parte del juicio, porque en nadie reside potestad para hacerse juez por solo el tácito ó expreso consentimiento de las partes, y de consiguiente para prorogar una jurisdiccion que no tiene (1): lo propio milita cuando la jurisdiccion es limitada á cierta especie de personas ó causas, pues no puede prorogarse á otras de diversa especie (2): el octavo, si interviene error ó ignorancia continuada de hecho ó de derecho de parte del reo, porque como el error quita el consentimiento, impide que se haga y entienda hecha la prorogacion (3), y esto tiene lugar cuando el juez es del todo incompetente por derecho, mas no cuando es competente, y solo por la excepcion se constituye incompetente, pues entonces, aunque haya error, vale la prorogacion (4); y el nono en la causa de apelacion, pues esta debe hacerse gradualmente al juez competente, y no há lugar la prorogacion del incompetente por consentimiento de las partes (5).

42. El juez prorogado puede conocer y sentenciar, mas no poner en ejecucion la sentencia que pronuncie, porque esto toca al ordinario como competente (6) (*).

43. Todo juez superior puede prorogar la jurisdiccion del ordinario (7); esto es, someterse á ella, en cuyo caso podrá ser juzgado por el inferior, excepto aquellos negocios y juicios en que el superior no puede someterse á este (8). Asimismo puede prorogarse la jurisdiccion entre jueces iguales (9).

44. Los efectos de la prorogacion son: 1.° que pase esta jurisdiccion al sucesor en el oficio, á no ser que la próroga hubiere sido personal (10): 2.° que hecha en el juez delegado acabe con la delegacion (11): 3.° que una vez admitida por el juez la prorogacion, se le puede compeler al conocimiento

1 Ley *Privatorum consensus*, Cod. *de jurisdict. omnium judic.* cap. *Si diligenti, de foro compent.*

2 Ley 2 al princip. y ley 61. §. *Latrumculator.* ff. *de judic.* Marant. loco cit. num. 11.

3 Ley 15. tit. 22. Part. 3. Greg. Lop. en ella, glos. 2.

4 Ley *Ex quacumque*, col. 4. ff. *Si quis in jus vocatus.*

5 Marant. part 4. distinct. 12. num 22.

6 Ley *Episcopale*, Cod. *de episcop. audient.* Marant. y Carlev. en los lugares citados.

* Los señores Asso y Manuel en sus *Instituciones del derecho civil de Castilla*, lib. 3. tit. 1. cap. 4., dicen lo contrario. Ni estos ni Febrero citan ley alguna de nuestros Códigos para afianzar su opinion; pero yo tengo por mas probable la de aquellos, pues concediéndose al juez prorogado facultad para sentenciar, es consiguiente que la tenga para ejecutar su sentencia, y si para lo primero es competente ¿por que no para lo segundo?

7 Ley 7. tit 9. Part. 1.

8 *Cur. Filip.* part. 1. §. 4. num. 33.

9 *Cur. Filip.* alli, num. 23.

10 Carlev. tit. 1. disp. 1. secc. 6. num. 1234 y 1235.

11 Carlev alli, num. 1236.

de la causa: 4.° que pueda el juez delegar la jurisdiccion prorogada (1).

45. Hay ciertas personas que no pueden prorogar la jurisdiccion, y son las siguientes: 1.° los menores de veinticinco años sin autoridad del curador (2): 2.° los labradores, á quienes está prohibido renunciar su fuero y someterse á otro en razon de sus deudas (3): 3.° las personas miserables (4): 4.° el procurador sin especial mandato (5).

46. Tambien hay ciertas causas en que no puede prorogarse la jurisdiccion. Tales son: 1.° aquellas en que se ventila un negocio de valor de cuarenta mil maravedis ó menos, cuyo conocimiento corresponde á los ayuntamientos por apelacion (6): 2.° los pleitos pendientes en las audiencias no pueden llamarse al Consejo (7): 3.° todas las causas de apelacion, pues no puede apelarse sino al juez inmediato superior (8): 4.° las causas profanas que no pueden someterse á la jurisdiccion eclesiástica (*).

APÉNDICE.

Con fecha de 8 de diciembre de 1826, el excelentísimo señor gobernador del Consejo comunicó á la sala de alcaldes de la Real Casa y Corte, chancillerías y audiencias la Real orden que al efecto le habia dirigido con la de 5 del propio mes el excelentísimo señor secretario del despacho de Gracia y Justicia, por la que se sirvió su Magestad resolver, en la calidad de por ahora, y entre tanto que se arreglasen los juzgados y mejorase la cédula sobre ayuntamientos de 17 de octubre de 1824, que en los pueblos de señorío donde hubiese alcaldes mayores ó corregidores cesasen los alcaldes ordinarios, quedando solo aquellos

1 Carlev. alli, num. 1240 y 1241.
2 Ley 17. tit. 16. Part. 6.
3 Ley 7. tit. 11. lib. 10 Nov. Rec.
4 Carlev. alli, num. 1142.
5 *Cur. Filip.* part. 1. §. 10. num. 31.
6 Ley 11. tit 20. lib. 11. Nov. Rec.
7 Leyes 8 y 23. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.
8 Ley 18. tit. 23. Part. 3.

* La ley 7. tit. 1. lib. 4. de la Nov. Rec. previene que ningun seglar pueda mandar citar ni emplazar á otro lego ante el juez eclesiástico, ni otorgar obligacion sometiéndose á la jurisdiccion eclesiástica; el que contraviniere á esto pierde por el mismo hecho su accion segun la misma ley; y si tuviere oficio en algun lugar del reino tambien le pierde, no pudiendo ademas obtener ninguno en lo sucesivo; fuera de esto incurre en la pena de diez mil maravedis.

Otra ley (que es la 6. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.) previene que el escribano que signare escritura de obligacion ó juramento en los términos prohibidos en la ley anterior pierda el oficio, y ademas de esto la mitad de sus bienes (la tercera parte para el acusador y las otras dos para la Real Cámara), y que ademas la escritura no haga fe ni prueba en juicio.

La ley 8. tit. 1. lib. 4. de la Nov. Rec. previene que el lego que maliciosamente por vejar á su contrario con quien litiga pusiere excepciones ante el juez seglar, di-

ejerciendo la jurisdiccion como los de realengo, y que en los demas, ó aldeas de sus respectivos distritos donde no residiese el juez, se nombrase un pedaneo sujeto á este. Posteriormente, y á consecuencia de varias reclamaciones, se sirvió su Magestad declarar que los pueblos que tienen privilegio de villazgo, y los que por tolerancia ó permiso han ejercido la jurisdiccion ordinaria, no son comprendidos en la expresada Real orden de 5 de diciembre de 1826, aunque con la calidad de por ahora respecto de estos; mandando en consecuencia que se les restituya la jurisdiccion, para que donde los habia ya antes de expedirse la citada Real orden de 5 de diciembre se ejerza por medio de los alcaldes ordinarios, mientras los mayores ó corregidores no residan de fijo en ellos. Esta Real resolucion se publicó en el Consejo en 5 de febrero de 1828, y á su consecuencia expidió circular este supremo tribunal.

ciendo que no puede conocer de la causa que ante él pende y que pertenece á la jurisdiccion eclesiástica, pidiendo en consecuencia que deje el conocimiento de ella y la remita al juez eclesiástico; por el mismo hecho pierda los oficios, raciones, mercedes y exenciones que hubiere recibido del Rey, y que ademas todos sus bienes sean para la Real Cámara.

Ultimamente los jueces eclesiásticos no pueden entrometerse en perturbar la jurisdiccion Real haciendo ejecucion de los bienes de los legos, ni prender ó encarcelar sus personas, pues cuando estos fueren rebeldes en no cumplir lo que la iglesia justamente les mandare, deberá el eclesiástico implorar el auxilio del brazo secular. Los jueces eclesiásticos que usurpen la jurisdiccion Real, incurren en la pena de perder la naturaleza y temporalidades que tengan en estos reinos, debiendo ser tenidos por extraños de ellos, y los escribanos que firmaren mandamiento ó testimonio contra los dichos, juntamente con los fiscales, alguaciles ú otros ejecutores que concurrieren á la ejecucion de bienes ó á la aprension de los legos, incurran por lo mismo en la pena de confiscacion de todos sus bienes y destierro perpetuo de estos reinos. (Sala *Ilustracion del derecho Real de España*, lib. 3. tit. 2. num. 25, 26 y 27.)

CAPITULO TERCERO.

De los jueces árbitros, y de los arbitradores.

§. 1. ¿Que es compromiso?

2. Regularmente hablando pueden comprometerse en árbitros todos los negocios civiles y criminales.

3. ¿En que tiempo puede hacerse el compromiso?

4. De los árbitros de derecho y de los arbitradores: ¿como deben determinar el negocio unos y otros?

5. ¿Quienes pueden ser árbitros y arbitradores?

6. Puede comprometerse la causa ó negocio en el contrario como arbitrador, ¿y de que modo valdrá lo que resuelva?

7. Los árbitros no deben ser apremiados á aceptar el encargo de tales, pero despues de aceptado les puede compeler el ordinario á la decision del negocio.

8. ¿En que casos no estarán obligados á determinar el negocio, aunque hayan aceptado el encargo?

9. Si despues del nombramiento se enemistare alguno de los interesados con los árbitros, ó pudiere probar que el otro los sobornó, ¿que podrá hacer?

10. Los árbitros y el tercero en discordia han de jurar cuando aceptan el encargo.

11. Los árbitros deben sentenciar el pleito en el lugar que señalaren los litigantes, y á falta de señalamiento en aquel en que les cometieren el negocio.

12. ¿En que penas incurrirán los árbitros si dejaren pasar dolosamente el término sin decidir el negocio, ó fuere injusta ó maliciosa su determinacion?

13. No pueden ser recusados los árbitros ni el tercero sino por justa causa originada y sabida despues del nombramiento.

14. Falleciendo alguno de los jueces árbitros antes de la determinacion del pleito, no pueden los otros sentenciarlo, á menos que los litigantes les hayan dado facultades previniendo este caso.

15. De la sentencia de los árbitros puede interponer apelacion el agraviado, y de la de los arbitradores pedir reduccion á albedrío de buen varon, y nulidad.

16. Trae aparejada ejecucion la sentencia arbitraria consentida tácitamente por los litigantes, que es por no haber apelado ó pedido reduccion de ella en tiempo habil.

17. ¿En que casos no incurrirá en pena el litigante condenado que no cumple la sentencia?

18. Pueden los árbitros por ra-

zon de su oficio prefinir término á los litigantes, é imponerles penas para que cumplan su sentencia, aunque no les hayan dado facultades para ello.

19. Deben los litigantes imponerse pena convencional, para que se exija al que no quiera conformarse con la sentencia arbitraria.

20. Modo de ordenar la escritura de compromiso.

Formulario correspondiente á este capítulo.

1. Como el nombramiento de los árbitros y arbitradores pende del compromiso de las partes, exige el buen orden que se hable de este antes de tratar de las circunstancias y facultades de dichos jueces. Compromiso *es un convenio en que los litigantes dan facultad á una ó mas personas para que decidan sus controversias y pretensiones.* Todos los que pueden contratar y parecer en juicio, pueden tambien comprometer sus pleitos, negocios é intereses (mas no ser compelidos á hacerlo) en los jueces que conocen de ellos, aunque sean dudosos y muy intrincados, y por el contrario las personas á quienes está prohibido tratar y presentarse en juicio, se hallan asimismo imposibilitadas de hacer compromisos. Asi pues, el menor de catorce años que tiene curador, si compromete sin autoridad de este, y despues no quiere cumplir la sentencia arbitraria, aunque dé fiadores y se imponga pena, no está obligado á pagar la una ni á pasar por la otra; pero si es mayor de ellos pasará por la sentencia, ó en su defecto satisfará la pena si no es que pruebe haber habido dolo, ó sido engañado gravemente (1).

2. Regularmente hablando se pueden comprometer en árbitros y arbitradores todos los negocios civiles y criminales, aunque estos solo en cuanto al daño ó interes del agraviado, y no en cuanto á la pena. Tampoco puede comprometerse la causa de servidumbre ó de libertad, ni la matrimonial (2).

3. Puede hacerse el compromiso antes de poner la demanda, ó estando pendiente el pleito ante los jueces superiores ó inferiores, habiendo ó no sentencia, y aunque esté pasada en autoridad de cosa juzgada, sabiéndolo los interesados (3); mas por el compromiso y division no es visto remitir los litigantes el derecho de sustitucion que les compete.

4. Las personas á quienes los litigantes confian la decision de sus contiendas y pretensiones se llaman *árbitros de derecho*, ó

1 Leyes 5. tit. 4. Part. 3, y 17. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.

2 Ley 24. tit. 4. Part. 3.

3 Ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.

arbitradores (*). Los primeros deben determinar el negocio con arreglo á las leyes, dando la justicia al que la tenga segun lo alegado y probado, del mismo modo que si fuesen jueces ordinarios, haciendo que los litigantes principien ó prosigan el pleito ante ellos, y oyendo y recibiendo las pruebas (**), razones y defensas que hicieren; y los segundos, que son unos amigos comunes ó unos amigables componedores, tienen facultad para oir las razones de los interesados, avenirlos y componerlos, segun les parezca, sin observar el orden judicial ni tener obligacion de arreglarse á derecho, de suerte que aunque falte este requisito, será válido el juicio no interviniendo dolo, porque si interviene, debe enmendarse por hombres buenos que elija el juez de aquel lugar (1).

5. Puede ser árbitro y arbitrador el menor de veinticinco años sabiendo los litigantes que no los tiene (2). La muger, señora de vasallos, puede ser árbitra en su territorio porque tiene jurisdiccion (3), y arbitradora aunque no lo sea; pero si está casada necesita para ello licencia de su marido, aunque algunos afirman que puede serlo sin ella. El clérigo puede ser tambien árbitro y arbitrador; mas el mudo, sordo, ciego, fatuo, religioso, esclavo é infame no pueden ser árbitros ni jueces ordinarios (4).

6. En el contrario puede comprometerse la causa ó negocio como arbitrador, y valdrá lo que resuelva, procediendo con moderacion, pues de lo contrario no hay obligacion de pasar por su sentencia, y se ha de enmendar por el albedrío de buen varon, es decir, segun la ley de Partida (5), por el juez ordinario; pero no se puede comprometer en este como árbitro, porque no debe ser juez en su misma causa (6). Lo mismo se puede hacer en el juez ordinario ante quien se hubiere principiado; mas no en los alcaldes y oidores despues de comenzado el pleito ante ellos, aunque en el delegado se puede comprometer, no solo como arbitrador sino tambien como árbitro (7).

7. No deben ser apremiados los referidos jueces à aceptar el encargo de tales; pero despues de aceptado los puede compeler

* No resultando del compromiso, si se han nombrado árbitros ó arbitradores, se ha de presumir lo segundo.

** La Curia Filipica dice que si en la causa de compromiso se hubiere de hacer alguna probanza, no puede hacerse ante los árbitros ni arbitradores, por no tener jurisdiccion, sino ante el juez ordinario.

1 Ley 23. tit. 4. Part. 3.
2 Ley 3. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec.
3 Ley 4. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec.
4 Leyes 4 y 5. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec.
5 Regla 3ª tit 33. Part. 7.
6 Ley 24. tit. 4 Part. 3.
7 Leyes 24. tit. 4. Part. 3, 5. tit. 11. lib. 5, y 4. tit. 35. lib. 11. Nov. Rec.

el ordinario à la decision del negocio; y estando discordes tienen facultad para elegir tercero no nombrándole las partes, y valdrá lo que dos resuelvan (1), à cuya eleccion puede compelerlos el mismo juez à instancia de ellas, no de otra manera (2); y si discuerdan los interesados en el nombramiento de tercero, lo ha de hacer el propio juez.

8. Pero no estan obligados, ni deben ser compelidos à la determinacion del negocio, aunque hayan aceptado este encargo, cuando los interesados despues de haberle comprometido en ellos, principian pleito sobre él ante el juez ordinario, ó le comprometen en otro, ò los maltratan: ó cuando alguno de ellos tiene que ir à alguna comision del Rey ó de su Consejo, ó necesidad de cuidar de su hacienda sin poderlo excusar; ó cuando por enfermedad ú otro grave impedimento se halla imposibilitado de entender en él (3).

9. Si despues del nombramiento se enemistó alguno de los interesados con los árbitros, ó sabe y puede probar que el otro los sobornó, puede pedir al juez ordinario que les prohiba entender en el negocio, y debe deferir à su pretension. Por estas causas puede tambien requerirles ante testigos fidedignos que no conozcan de él, y sino obstante conocieren, será nula la sentencia, y el interesado no incurrirá en pena por no estar á ella (4).

10. Los expresados árbitros y el tercero en discordia, han de jurar cuando aceptan el encargo, ó á lo menos antes de proferir la sentencia, que ni por odio, enemistad, amor, temor, dádivas, promesas ni otra causa dejarán de cumplir fielmente su oficio segun su inteligencia, y asi se practica, sin embargo de que el autor de la Curia Filipica dice que no es necesaria esta solemnidad; y no pueden proceder en el negocio en los dias en que á los demas jueces está prohibido juzgar, à no ser que las partes les den facultad para ello (5). Lo mismo milita tocante á declarar las sentencias en lo que esten oscuras, à reformarlas, ó à deshacer el error ó equivocacion padecida, sea dentro ó fuera del término concedido ó de los dias feriados, por lo cual será muy oportuno que los litigantes les confieran estas facultades.

11. Deben sentenciar el pleito en el lugar que los litigantes señalaren, y en defecto de señalamiento en aquel en que se lo cometieren. Tambien deben determinarlo dentro del término prefinido, citando para ello à los interesados, quienes pueden

1 Leyes 26 al fin, y 29. tit. 4. Part. 3.
2 Dicha ley 26.
3 Ley 30. tit. 4. Part. 3.
4 Ley 31. tit. 4. Part. 3.
5 Leyes 32. tit. 4. Part. 3, y 3. tit. 1. lib 11. Nov. Rec.

prorogárselo, ó darles poder para que ellos mismos se lo prorroguen; y no habiendo próroga, ó aunque la haya, si espira todo el término sin decidir el negocio, no pueden entender despues en él por falta de jurisdiccion, y si entendieren será nulo todo lo que hagan. No señalándoles término los interesados, les concede el derecho tres años desde el dia de su aceptacion, pasados los cuales se acaban sus facultades; y aunque aquellos quieran prorogárselos no estan obligados à admitir la próroga, y si uno quiere y el otro lo contradice, espira el poder, pero el contradictor debe pagar la pena impuesta en el compromiso (1).

12. Si dejan pasar dolosamente el término sin decidir el negocio, ó es injusta y maliciosa su determinacion, á mas de incurrir en pena arbitraria, deben satisfacer al litigante agraviado el perjuicio que se le cause, no pudiendo exigirle del otro; y si todos concurren á la injusticia, está obligado cada uno *in solidum* á resarcirla, y haciéndolo uno no tiene accion el interesado contra los otros (2).

13. No pueden ser recusados los árbitros ni el tercero, sino por causa justa, originada y sabida despues del nombramiento, probada ante el juez ordinario, y declarada por tal; y todo lo que hagan despues de la recusacion será nulo (3).

14. Falleciendo alguno de los jueces antes de la determinacion del pleito, no pueden los otros sentenciarlo, sino es que los litigantes les hayan conferido competente facultad previniendo este caso. Lo mismo procede cuando el juez entra en religion, pierde la libertad ó es deportado: cuando la cosa litigiosa se pierde ó muere, cuando uno de los litigantes la quita al otro, y este se obliga à no demandársela, ó cuando alguno fallece antes de la decision; bien que si en el compromiso les confirieron facultad especifica para decidir el litigio, aun en este caso pueden proseguir en él, con tal que antes emplacen á los herederos del difunto y no de otra suerte (4). Mas si se ha decidido y notificado la sentencia en que consintió el muerto, no pueden reclamarla los herederos, y se ha de ejecutar.

15. De la sentencia de los árbitros puede interponer apelacion el agraviado, y de la de los arbitradores pedir reduccion á albedrío de buen varon y nulidad (5); lo cual procede, aunque hubiese renunciado con juramento esta accion y beneficio, si la

1 Leyes 27. tit. 4. Part. 3, y 233 del Estilo.
2 Ley 24 tit. 22. Part. 3.
3 Ley 31 tit. 4. Part. 3.
4 Ley 28. tit. 4. Part. 3.
5 Leyes 23 y 35. tit. 4. Part. 3, y 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.

determinacion es injusta, mas no siendo moderada, pues los litigantes se ponen en sus manos, y dejan á su arbitrio la decision, en la firme creencia de que juzgarán rectamente, y por lo mismo la renuncia y juramento se deben entender segun la mente de los contrayentes y naturaleza de la obligacion en que se interponen. Si apela el agraviado ha de ser ante el superior mas digno de uno de ellos, y si ambos tienen uno mismo, este debe conocer. Lo mismo se ha de observar pidiendo reduccion á albedrío de buen varon ó nulidad, con la diferencia que la reduccion se ha de pedir dentro de los diez dias siguientes al de la notoriedad ante el juez ordinario del árbitro ó arbitrador, ó en caso que este lo sea, ante su superior, y la nulidad ante el propio juez dentro de sesenta dias contados desde el de la notificacion (1).

16. La sentencia arbitraria consentida tácitamente por los litigantes, que es por no haber apelado ó pedido reduccion de ella en tiempo hábil, trae aparejada ejecucion, y se puede ejecutar. Lo mismo se ha de decir aunque no la hayan consentido, constando del compromiso por instrumento público, y haber sido dada en término prefinido y sobre el negocio comprometido, sin embargo de que se interponga apelacion, ó se pida reduccion ó nulidad, aunque el interesado á cuyo favor se profiera ha de dar la fianza de Madrid (2), como en el compromiso no se hubiese relevado de darla. La apelacion, nulidad ó reduccion no causa efecto suspensivo sino devolutivo, y si el superior la confirma, no há lugar despues suplicacion, nulidad ni otro recurso; pero si la revoca se puede suplicar de ella, quedando en su fuerza y vigor la ejecucion que se hubiere hecho hasta que se dé sentencia de revista (3).

17. No incurre en pena el litigante condenado que no cumple la sentencia por estar enfermo, tener que ir á servir al Rey ó á su concejo, ú otro impedimento legítimo; pero cesando este debe cumplirla, y en su defecto pagar la pena. Tampoco incurre en ella cuando es contra ley, naturaleza, buenas costumbres ó tan desarreglada que no se puede cumplir, ó dada por engaño, falsa prueba, soborno ó sobre cosa para que los jueces no tuvieron jurisdiccion; pues probada cualquiera de estas causas no solo no incurrirá en la pena, sino que el juicio y sentencia serán nulos (4).

1 Leyes 23 y 35. tit. 4. Part. 3, y 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.

2 Se habló de ella en el §. 5. cap. 18. tit. 4. lib. 2.

3 Ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.

4 Ley 34. tit. 4. Part. 3.

18. Pueden los árbitros por razon de su oficio prefinir término á los litigantes, é imponerles pena para que cumplan su sentencia, aunque no les hayan conferido facultad para ello; y estos deben cumplirla y pagar la pena por el desprecio que hacen del mandato judicial. Si no se lo prefinen tienen cuatro meses, y pasados incurren en la pena; pero si al tiempo de la exaccion de esta, dicen que quieren pasar por la sentencia, no deben satisfacerla (1).

19. Deben los litigantes imponerse pena convencional para que se exija al que no quiera conformarse con la sentencia arbitraria, y si se omite no estan obligados á su cumplimiento; pero los jueces pueden compelerles á que se la impongan porque no se haga menosprecio de su trabajo, y el que no se conformare con la sentencia cumple con pagar la pena, y á nada mas podrá ser compelido (2), sino es que se obligue á satisfacerla y á cumplir con lo mandado, que entonces lo quedará á todo (3). Tambien pueden hacer juramento en el compromiso para su mayor estabilidad, aunque sean mayores de veinticinco años (4); mas en este caso no es preciso.

20. De la forma de ordenar la escritura de compromiso trata la ley 23. tit. 4. Part. 3. desde las palabras: *E estos avenidores que de suso dijimos*, y con mas extension la 106. tit. 18. de la misma Partida, y se reduce á tres puntos principales: el primero es hacer mencion individual del pleito y negocio que se ha de comprometer, en qué estado se halla, en cuál debe determinarse, dentro de qué término, y si los jueces han de decidirle como árbitros de derecho ó como arbitradores, ó del modo que quisieren: el segundo es que los interesados les confieran amplia facultad para ello, para que nombren tercero en discordia, y se prorroguen el término para su decision, ó que reserven en sí los litigantes hacer uno y otro; como tambien para que si alguno de los jueces y litigantes muriese, sentencien ó no la causa los demas; y el tercero es que los propios interesados se obliguen ó no á reclamar la sentencia arbitraria, apelando ó pidiendo reduccion de ella ó nulidad, ni de otra forma, sino antes bien á recibirla por pasada en autoridad de cosa juzgada, para que se lleve á debido efecto, imponiéndose á este fin mutua pena contra el infractor, y pactando que ya la pague, ya se le remita graciosamente, se ejecute sin embargo, y se le apremie

1 Ley 33. tit. 4. Part. 3.
2 Ley 26 y final, tit. 4. Part. 3.
3 Ley 34. tit. 11. Part. 5.
4 Ley 7. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

en forma legal à todo, concluyendo con la obligacion general de bienes y renuncia de leyes que en otras contratas.

Formulario correspondiente á este capitulo.

ESCRITURA DE COMPROMISO.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro y Juan de tal, vecinos de ella, à quienes doy fe conozco, dijeron: que estan siguiendo autos ante tal juez y escribano, sobre tal cosa, los cuales tuvieron principio en tal dia, por demanda que el citado Pedro puso à dicho Juan, pretendiendo &c. *(Se relacionarán los autos y su estado con mucha prolijidad, y luego proseguirá la escritura en esta forma)*: y habiendo reflexionado que por lo dudoso de su éxito se les ocasionarian crecidos gastos, dilaciones y disturbios, para evitarlos han determinado comprometer sus acciones y pretensiones en personas de ciencia y conciencia de toda su satisfaccion; à cuya consecuencia para que tenga efecto en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que les compete, de su libre voluntad = Otorgan: que comprometen sus pretensiones en Don Antonio y Don Diego de tal, abogados de los Reales Consejos, y vecinos de esta villa, à quienes nombran por jueces árbitros, arbitradores y amigables componedores, confiriéndoles tan amplia facultad y jurisdiccion como necesitan para que dentro de tanto tiempo, contado desde el dia siguiente al de la aceptacion de este encargo (cuya próroga reservan en sí) poniendo los autos con citacion de los otorgantes ó sin ella, ni otro requisito, aunque legalmente sea necesario, en el estado correspondiente para su instruccion, los vean y determinen definitivamente aun en dias feriados, observando ó no el orden judicial en su sustanciacion, procediendo atendida la verdad y buena fe, sin sutilezas de derecho, segun lo que resulte de dichos autos, y de los papeles y justificaciones que reciban y se les presenten, quitando al uno y dando al otro à su arbitrio, como tuvieren por conveniente en lo que sea verdaderamente dudoso: conociendo igualmente no solo de lo principal, sino tambien de los incidentes que resultaren sin limitacion, hasta que todo quede enteramente evacuado; y en caso de no conformarse en la decision ó en cualquiera otra cosa concerniente á ella, eligiendo à quien les parezca por tercero, el cual ha de dar su voto, adhiriéndose al que de los mencionados

jueces contemple mas arreglado. Asimismo podrán declarar su sentencia en lo que esté oscura, modificarla ó deshacer cualquier error ò equivocacion à instancia de cualquiera de los interesados, aunque haya espirado el término referido, pues para esto se entiende prorogado : à cuya sentencia, decision y autos que proveyeren, los otorgantes prometen estar, sin que por ninguna razon, aunque sea admisible en juicio, hayan de pedir reduccion à albedrío de buen varon, ni nulidad, excepcionar, apelar ni agraviarse de ella, ni reclamarla en todo ni en parte, sino es que sea por atentado, injusticia notoria, errror sustancial y lesion enormísima; pues à este fin la aprueban desde ahora en todas sus partes, renuncian el auxilio de las leyes 23 y final, tit. 4. Part. 3., y 1 y 4. tit. 12. lib. 4. de la Rec., y quieren que se ejecute incontinenti sin remision, como tambien que si alguno apelare de ella ó pidiere reduccion ó nulidad, ó la reclamare, se le condene en las costas y daños que se ocasionen al colitigante, deferido su importe en la relacion jurada de este, sin otra prueba de que se relevan, é incurra en la pena de tantos reales que se imponen para que se exija toda al infractor por la via mas breve y sumaria à que haya lugar, y pagada la pena ó graciosamente remitida, sea compelido no obstante à la observancia de dicha sentencia, y se lleve à debido efecto por manera que aunque afiance, no ha de poder usar de los remedios de la apelacion, reduccion ni nulidad, sin que deposite precisamente en dinero efectivo el importe de dicha pena, costas y daños. Por tanto, à tener por firme este contrato obligan todos sus bienes &c.

Nota. Si los otorgantes no quisieren dar facultad à los jueces para elegir tercero, se omitirá la cláusula en que se les concede. Si quieren dársela para prorogarse el término en que han de decidir el negocio, se omitirá la reserva que contiene la escritura anterior, y en su lugar se pondrá la de próroga; y lo mismo se observará en cuanto à si uno de los litigantes ó jueces muriere antes de la decision, para que sentencien ó no el pleito, y que sus herederos pasen por aquella, aunque no esté consentida ni notificada. Si quieren hacer juramento pueden verificarlo aunque sean mayores de veinticinco años, y si alguno es menor de ellos ó goza del beneficio de menor edad, precederá para la mayor firmeza del contrato y sus defectos la solemnidad judicial que se requiere en los de los menores, la cual se insertará en el compromiso, renunciándose el beneficio de menor edad y auxilio de restitucion por entero, y jurándose la obser-

vancia de la sentencia. Si el menor de veinticinco años no tiene curador, puede otorgar por sí solo el compromiso, y si no quiere pasar por la sentencia despues de cumplidos los catorce, no debe pagar la pena; mas si le tiene, y con su concurrencia compromete y se da por agraviado de la sentencia, incurrirá en la pena, á no ser que pruebe haber sido leso, como lo dice la ley 25. tit. 4. Part. 3, y se ha sentado en el párrafo 1.° Si no hubiese autos principiados, no se ha de hacer mencion de ellos, y solo se ha de dar facultad á los jueces para formarlos. Si es testamentaría, y los interesados quieren que los jueces despues de declarado su derecho hagan la particion y aplicacion, se expresará así, con tal que procedan á esta, consentida que sea la sentencia, y no antes. Finalmente, segun el caso ocurra, formará el escribano la escritura, ya mudando lo preciso, ya ampliando ó restringiendo las facultades á los jueces.

Aceptacion de los jueces.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, á pedimento de Pedro y Juan de tal, contenidos en la escritura de compromiso que precede, hice saber en sus personas el nombramiento que incluye, á Don Antonio y Don Diego de tal, abogados de los Reales Consejos, jueces electos por los referidos para el efecto que expresa dicha escritura, y enterados dijeron; que aceptaban el mencionado encargo; y bajo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, segun derecho, se obligan á usar bien y fielmente segun su inteligencia el oficio de jueces árbitros, arbitradores y componedores amigables, sin contravenir á ello por respeto, amor, temor, odio, interes ni otro motivo. Esto respondieron, y lo afirman; de que doy fe.

Nota. Esta notificacion y aceptacion se extiende à continuacion de la copia original de la escritura de compromiso, como tambien la sentencia, y para hacerla tiene facultad el escribano, como persona pública, creada para dar fe de este y otros actos judiciales y extrajudiciales que pasen ante él, sin que necesite de mandato judicial. Si se hiciere à cada juez con separacion, como regularmente sucede, se extenderá del mismo modo hablando de una sola persona.

CAPITULO CUARTO.

De los asesores y abogados.

§. 1. Personas que intervienen en los juicios ademas del juez y de las partes.
2. De los asesores.
3. ¿Cuantas especies hay de asesores?
4. Obligaciones de los asesores.
5. De los abogados.
6. ¿Que requisitos se necesitan para ser abogado?
7 y 8. De los que tienen prohibicion absoluta ó limitada para ejercer la abogacía.
9 al 16. Obligaciones de los abogados.
17. Prerogativas de los abogados.

1. En todo juicio, ademas del juez y de las partes interviene tambien el escribano, como oficial ó secretario público, para dar fe de los actos judiciales que ante él pasan, à fin de que conste siempre lo actuado; y como ya en el libro primero, tit. 6, se dijo lo bastante acerca de los escribanos y sus obligaciones, pasaré á hablar de otras personas que intervienen en los juicios, contribuyendo con su ilustracion á que se aclaren los negocios contenciosos para dar à los litigantes el derecho que les corresponda.

2. Los primeros que se ofrecen en esta categoría son los asesores, quienes, aunque propiamente no sean jueces, cooperan á la administracion de justicia con sus consejos y dictamen; estando establecido por el derecho de España que los jueces no letrados en toda causa de alguna consideracion, que no pueda sustanciarse ni decidirse sin el correspondiente conocimiento de las leyes del reino, hayan de asesorarse con personas cuyos títulos acrediten su instruccion en la jurisprudencia.

3. Hay dos clases de asesores, unos son *voluntarios*, y otros *necesarios*. Voluntarios se llaman los que á su voluntad y arbitrio nombra el juez lego en los juicios contenciosos, para lo cual se vale regularmente de alguno de los abogados del pueblo. Necesarios son los que nombra el Soberano, y tambien los alcaldes mayores, con quienes deben asesorarse los corregidores é intendentes en todos los pleitos y negocios de justicia.

4. Las obligaciones de los asesores en cuanto al desempeño de su oficio, son las mismas que las de los jueces; y en orden á su responsabilidad se observa lo siguiente. Los gobernadores,

intendentes, corregidores y demas jueces legos, à quienes el Soberano nombra asesor, del cual han de valerse forzosamente (á no ser que alguna vez crean tener razon para no conformarse con su dictamen, en cuyo caso podrán suspender el acuerdo y consultar à la superioridad, con exposicion de las razones y remision del expediente), no han de ser responsables à las resultas de las providencias ó sentencias que dieren con acuerdo del mismo asesor, sobre quien recaerá la responsabilidad. Lo mismo habrá de decirse de los alcaldes y jueces ordinarios que nombran por sí sus asesores, mientras no se justifique que hubo colusion ó fraude en tal nombramiento (1).

5. Despues de los asesores corresponde tratar por su dignidad y nobleza del oficio de los abogados, quienes defendiendo el derecho de las partes, ora en los asuntos civiles aclaran con sólidos discursos las cuestiones dudosas y complicadas, contribuyendo de este modo à su acertada decision, ora en las causas criminales patrocinan al desgraciado, y hacen triunfar no pocas veces la inocencia injustamente perseguida. De aqui la consideracion que ha merecido siempre en las naciones cultas esta profesion ilustre, para cuyo buen desempeño se necesitan cualidades sobresalientes.

6. Segun nuestras leyes ninguno puede ser abogado en los tribunales del reino, sin haber sido antes examinado y aprobado por el Consejo, chancilleria ó audiencia. Acerca de los años de estudio necesarios para presentarse à examen y merecer dicha aprobacion, se previene lo siguiente en los artículos 67 y 68. tit. 6. del nuevo plan de estudios aprobado por su Magestad en decreto de 14 de octubre de 1824. Artículo 67. »Con estos siete cursos probados (los que se expresan en los artículos anteriores) serán admitidos los profesores de leyes al grado de licenciado, cuyo título exhibido al Consejo, les sufragará para abogar en todos los tribunales del reino. Los que no se gradúen de licenciados, estudiarán otro año de práctica antes de presentarse al examen de abogados." Artículo 68. »Los juristas que en vez de los dos últimos años de universidad quisieren estudiar la práctica en Madrid, asistiendo à las vistas de pleitos podrán hacerlo, con tal que asistan tambien à la academia práctica forense tres años, matriculándose en ella, y acreditando con la certificacion del presidente, firmada tambien por el secretario, su puntual asistencia y aprovechamiento. A los que no hayan

1 Real cédula de 22 de setiembre de 1793.

estudiado el séptimo de universidad, se exigen dos de práctica en la forma dicha si han de examinarse de abogados." Con estos documentos debe presentar el interesado la fe de bautismo para hacer constar que tiene veinticinco años cumplidos (1). En los pueblos donde hay colegio de abogados, como sucede en la Corte, es preciso incorporarse en él para poder ejercer allí la abogacía. Ademas se requiere que el abogado al tiempo de su recibimiento jure en el tribunal superior donde fuere examinado, que ejercerá su oficio con fidelidad y rectitud: este juramento deberia reiterarse cada año segun otra ley (2); pero esto solo se observa en algunas partes, como por ejemplo, Granada y Barcelona.

7. Veamos ahora quienes tienen prohibicion absoluta ó limitada para ejercer este oficio por razon de algun defecto ó inconveniente personal. La tienen absoluta el menor de diez y siete años, el que sea sordo del todo, el loco, el que por pródigo necesita de curador, el que recibiere precio por lidiar con fieras ó animales bravos, como toros &c., y últimamente el que hubiere hecho con la parte interesada el pacto de *quota litis*, del cual hablaremos luego (3).

8. Tienen prohibicion limitada los sugetos siguientes: 1.° en los tribunales de la Corte, chancillerías y audiencias, nadie puede ser abogado directa ni indirectamente en causa en que sea juez su padre, hijo, yerno ó suegro; y por lo que hace à los demas juzgados en que solo haya un juez, no podrá abogar en ninguna manera su padre, hijo, yerno, hermano ni cuñado bajo cierta pena pecuniaria (4). Tampoco en pueblo alguno puede ser abogado ni procurador en una causa el padre, hijo, yerno, hermano ó cuñado del escribano ante quien pendiere (5). 2.° Los clérigos de orden sacro ó de menores órdenes, con beneficio eclesiástico, no pueden abogar en los tribunales Reales, à no ser que obtengan dispensa de la Cámara; si bien podrán abogar por sí, por su iglesia, parientes y personas miserables (6). Tampoco pueden abogar los canónigos regulares ni los monges, sino por bien de su iglesia ó monasterio, y por mandato del abad (7). Pueden abogar solamente por sí y no por otro las mugeres (8),

1 En 8 de junio de 1826 se publicó una circular del Consejo incluyendo una Real orden, por la que se previene que á ninguno se expida título de abogado, inclusos los licenciados y doctores de las universidades, sin que tenga la edad cumplida de veinticinco años.

2 Ley 3. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.

3 Leyes 4 y 14. tit. 6. Part. 3.

4 Ley 7. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.

5 Ley 6 tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

6 Cap. 2 y 3 *de postulando*. Ley 5. tit. 22. lib 5 Nov Rec.

7 Dicha ley 5. tit 22.

8 Ley 3. tit. 6. Part. 3.

los ciegos, los que hayan sido condenados por causa de adulterio, traicion ó alevosía, falsedad, homicidio ú otro delito tan grave como estos (1). 4.° Pueden abogar por sí y por otras señaladas personas, mas no por las demas, los que hayan sido infamados por algun delito menor que los referidos, cual es, por ejemplo, el hurto. Estos tales pueden abogar por cualquiera de sus parientes en línea recta, sus hermanos, mugeres, suegros, yerno, nuera, entenado ó hijastro, padrastro ó sus hijos, ó por el huérfano que tuviere bajo su custodia. 5.° El que haya sido abogado de una de las partes en primera instancia, no puede serlo de la otra en la segunda ó en la tercera; ni el juez que hubiere pronunciado sentencia en cualquier pleito, puede ayudar ó hacer escrito ni peticion, impugnando ó yendo contra su sentencia (2).

9. Los abogados tienen obligacion de patrocinar ó defender gratuitamente á los pobres y desvalidos, no habiendo abogados asalariados para ello (3). En la Corte, chancillerías y audiencias hay cierto número de abogados de pobres que, ó bien los eligen anualmente los colegios sin dotacion, ó dichos tribunales con ella; y los negocios de que no pueden encargarse, se reparten entre los demas por la obligacion que todos contraen con juramento al recibirse de defender á las personas miserables. En una Real orden (4) se halla prevenido por punto general que todos los letrados y curiales de España trabajen sin interes alguno en las causas de oficio contra paisanos ó militares, cuando no tienen facultades los reos para satisfacer los honorarios.

10. Segun otra ley de la Recopilacion (5) deberia el abogado recibir del litigante, y firmada de su mano ó de otra persona de confianza si no supiere escribir, una relacion ó instruccion del hecho que motive el pleito y de todo lo conducente al derecho, para que si se le pidiere cuenta pueda manifestar que hizo lo que estuvo de su parte, ó que perdió el pleito por su culpa; pero esta disposicion se halla enteramente olvidada y sin uso.

11. En los escritos debe el abogado, segun dice el señor Elizondo, »proponer la dificultad y estado de sus causas breve y metódicamente, sin citas de leyes ó autores, con cláusulas precisas y sencillas, evitando especies impertinentes, sin dividir el punto capital en casi infinitos artículos, que puedan con el tiempo producir cada uno un pleito, no usando jamas de expre-

1 Ley 3. tit 6. Part. 3.
2 Ley 17. tit. 22. lib. 5 Nov. Rec.
3 Ley 13. tit. 22. lib. 5 Nov Rec.
4 De 18 de marzo de 1790.
5 Ley 10. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.

sion injuriosa, ó de alegacion ú oposicion impertinente, viendo por sí mismo originalmente los procesos, sin asegurar jamas el éxito favorable de los negocios, ni sacar aquellos fuera del pueblo." »No hay fatiga, prosigue poco mas adelante, de mas prolija atencion en un letrado, que la disposicion y coordinacion de un papel en derecho, debiendo por lo mismo ceñirse este á proponer en una introduccion de estilo grave, pero ingenua y sin afectacion, el hecho que ha de servir á la alegacion de exordio, en cuyo final han de proponerse por su orden los temas que hubiesen de persuadirse, con método, tocando únicamente en cada uno las especies de hecho que exija la oportunidad, sin trasladarle á la letra, por dejarle ya puntualizado el relator en el memorial ajustado y repartido á los ministros que han de votar el pleito, proponiéndose los abogados en todas sus gestiones verdad y claridad, evitando el flujo pedante de muchas autoridades, que solo sirven de confusion y de aglomerar páginas, y dando únicamente peso á la ley, cuando la haya, ó á falta de esta à la costumbre" (1).

12. Respecto á los informes verbales, los letrados han de sentarse en estrados con modestia y por su antigüedad, dando el lado derecho el mas moderno al mas antiguo, como se practica en el Consejo, no hablando hasta que el relator concluya el hecho, en cuyo caso lo deberá hacer cada uno por su parte, sin oirse á dos sobre un mismo punto, usando siempre de urbanidad, en que se apoya la prohibicion de atravesarse, aun à pretexto de faltarse á la verdad del hecho, que puede advertirse despues, y siempre con respeto, sin orgullo ó desentono (2).

13. Asi por escrito como en estrados han de nombrar los letrados con el distintivo de *Señor*, cuando sea necesario, al ministro ó fiscal de su Magestad que haya sido ó fuese en la actualidad de cualquiera tribunal superior ó de los Consejos del Rey, y tratando del propio modo á los escritores togados, excepto en el Consejo, donde solos sus ministros ú otros de igual clase tienen este distintivo, y no los demas de la península, lo que deben exactamente observar los abogados; pues si bien no se titulan subalternos de los tribunales, son dependientes mediatos de los mismos.

14. Ningun abogado puede pactar con el litigante que ha de darle cierta parte de lo que se demanda ó litiga; porque se

1 Elizond. *Pract. universal for.* tom. 4. pag. 68 y 69.

2 Leyes 7 y 8 tit. 6. Part. 3. y 4. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.

trabajaría, dice la ley de Partida (1), *de facer toda cosa, porque la pudiesse ganar, quier á tuerto, quier á derecho.* Tampoco puede pactar que le dé cierta cantidad ú otra cosa por razon de la victoria en el pleito, bajo la pena de suspension de oficio por seis meses, ni asegurar al litigante el vencimiento por cuantía alguna, so pena de pagarla duplicada; ni convenirse bajo cierta multa en seguir y finalizar el pleito por cierta cantidad (2).

15. Pero bien podrá el abogado hacer sobre su honorario un convenio justo y arreglado con su litigante; y en caso de no haberse hecho, ó de reclamar los interesados, se pasarán los autos al tasador ó al colegio de abogados, ó en los casos graves lo regularán los mismos jueces. Sobre esta tasacion de derechos de los abogados, punto frecuentemente ventilado en las causas, no puede darse regla fija, y todo debe dejarse al prudente arbitrio del juez, quien ha de tener en consideracion la calidad de la causa, la diligencia y esmero empleados en ella, y la costumbre del tribunal en donde se hubiere seguido, sin gobernarse para esta regulacion por el número de páginas, líneas, artículos ú otras cosas semejantes que harian depender el valor del honorario de la locuacidad ó charlatanería de un profesor; si bien de todos modos los letrados de honor deberán contentarse con la regulacion de un magistrado para no incurrir en la nota de codiciosos.

16. No puede poner su firma el abogado en pedimentos que se hicieren sobre cosa cuyo valor no pase de quinientos reales de vellon, segun otra ley, por la cual se manda que se decidan verbalmente estas causas (3). Otra ley exige que los poderes que hayan de presentarse en juicio, esten firmados de abogados, diciendo que son bastantes ó tales como deben ser (4). Ultimamente, está mandado por nuestro derecho (5), que no se pueda presentar en juicio ningun pedimento que no esté hecho por abogado aprobado, bajo pena por la primera vez de cincuenta ducados; por la segunda seis meses de suspension; y por la tercera privacion de oficio, siendo escribanos ó procuradores los que los hubieren formado (6). Lo único que se permite á estos es hacer los pedimentos que vulgarmente llaman de *cajon*, para acusar rebeldías, pedir prórogas &c. (7);

1 Ley 14. tit. 6. Part. 3.
2 Ley 22. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.
3 Ley 1. cap. 7. tit. 13. lib 5. Nov. Rec.
4 Ley 3. tit. 31. lib. 5. Nov Rec.
5 Ley 1. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec y nota 2. tit. 19. lib. 4. Nov Rec.
6 Ley 9. tit. 31. lib. 5 Nov. Rec.
7 Leyes 1. tit. 22, y 9. tit. 31. lib. 5. Nov. Rec.

y á los interesados, que puedan exponer verbalmente lo que les parezca el dia de la vista del pleito despues de informar los abogados.

17. Resta solo hablar de las prerogativas de estos. Actualmente en todos los paises está recibida la exencion de cargas concejiles y sórdidas en favor de los abogados, á quienes la concedió el derecho romano por razon de su nobleza personal. Asi es que un Real decreto (1) dice lo siguiente: »Respecto à que por derecho comun y leyes del reino gozan los abogados personalmente, y por privilegio de su profesion, las mismas exenciones que competen por su calidad y sangre á los nobles y caballeros, y son exentos de tortura, pechos y demas á que estan sujetos los del estado llano; por decreto de mi Consejo de la Cámara de 11 de este mes, he venido en declarar que dico N., por razon de su profesion y de su nobleza personal que por ella adquiere, debe tener asiento en la clase de regidores nobles, y preferir á sus modernos.... sin que sea visto declararle nobleza alguna de sangre.

Nota. En el cap. 14. tit. 4. lib. 2. se trató de los procuradores y agentes de negocios, por ser alli el lugar oportuno.

1 De 17 de noviembre de 1765.

CAPITULO QUINTO.

De la demanda.

§. 1. ¿Que es demanda ó libelo?
2. Cuando se pone la demanda por procurador, debe este legitimar su persona.
3. De los requisitos que debe tener la demanda.
4. Requisito primero.
5. Segundo requisito.
6. Tercer requisito.
7. Cuarto requisito.
8. ¿Cuando se entiende que el actor pide mas de lo justo en cantidad?
9. Exceso de peticion por razon del lugar.
10. Exceso de peticion por razon de causa ó modo.
11. Pena del actor que se excede en su peticion de cualquiera de dichos modos.
12. Requisito quinto de la demanda.
13. Sexto y último requisito.
14. ¿Cuando podrá pedir el actor que el reo arraigue el juicio?
15. Cláusula util que suele ponerse en la demanda, para poder luego corregirla ò enmendarla.
16. Continuacion de lo mismo.
17. Cuando dos demandan à uno por una misma cosa, ¿á quien deberá responder el demandado?
18. Cuando hubiese duda sobre la inteligencia de las palabras de la demanda, ¿como deberán entenderse?
19. De otras cláusulas que suelen ponerse en las demandas.
20. Utilidad de dichas cláusulas.
21. Del juramento.
22. del juramento de calumnia.
23. ¿Quien ha de hacer este juramento?
24. Si las partes no pidieren que se haga este juramento, no se anulará el proceso por su defecto.
25. ¿Sobre que debe recaer este juramento?
26. Los procuradores necesitan poder especial para hacerle.
27. Del juramento de malicia.
28. ¿En que se diferencian estos dos juramentos?
29. Reglas generales relativas al modo de entablar debidamente un litigio. Regla primera.
30. Excepciones de la regla primera.
31. Regla segunda.
32. Regla tercera.

1. La demanda ó libelo es un escrito en que refiere el actor lo que pretende en juicio, ya sea civil, criminal ó mixto. Se ha de poner por escrito y firmar por abogado conoci

do (1); pues aunque las leyes de Partida citadas al pie, y otra de la Recopilacion (2), dan á entender que es permitido al juez admitirla verbalmente, con tal que conste de ella por auto en el proceso, no se halla esto en uso, y se sigue lo que otra recopilada previene para las audiencias Reales (3).

2. El actor ó demandante puede poner la demanda por sí mismo ó por medio de procurador autorizado con poder suficiente: si lo hace del último modo, debe este legitimar su persona presentando copia íntegra del poder, y si despues compareciere la parte por sí en juicio, se entiende revocado el poder, á menos que exprese lo contrario en el pedimento que presente.

3. Antes de formalizar la demanda debe el actor considerar los siguientes requisitos, expresados en el proemio del tit. 2. Part. 3, que voy á explicar, y se contienen en los versos siguientes:

Quis, quid, coram quo, quo jure petatur, et á quo
Ordine confectus quisque libellus habet,

que quieren decir en castellano: todo libelo debe contener lo siguiente: quién es la persona que pide y aquella á quien se demanda, cuál es la cosa que se pide, ante qué juez, con qué derecho, y el orden que debe guardar.

4. Requisito primero: *Quien es la persona que demanda, y aquella á quien quiere demandar*? porque si fuere abuelo, padre, hijo, señor, siervo, amo, criado, marido ú otra de las referidas en el capítulo primero de este título, es preciso saber en qué casos ò con cuáles requisitos se ha de poner la demanda (4); ó si es persona que deba responder á ella, porque no siéndolo, formará artículo de no contestar, y se decidirá á su favor.

5. Segundo requisito: *¿Que cosa es la que pretende*? pues si fuere semoviente, deberá expresar con claridad su naturaleza, sexo, edad, color y especie: si pieza de oro ú otro metal, su peso, calidad y hechura: si dinero, la cantidad y especie: si trigo, cebada, vino, aceite ú otra cosa semejante, su especie y medida: si vestido, el nombre, hechura y color de la tela ó paño: si arca, maleta, cofre ó cajon cerrado con llave, bastará explicar de qué son y lo que contienen por mayor, pues no hay

1 Leyes 40 y 41. tit. 2. Part. 3 y 1. tit. 14 lib. 11. Nov. Rec
2 Ley 2. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.
3 Ley. 1. tit. 13. lib 5. Nov. Rec.
4 Ley 2. tit. 2. Part. 3. y en ella Greg. Lop.

obligacion de individualizarlo todo; asi como cuando se demanda genéricamente la herencia de alguno, ó la cuenta de bienes de huérfano, compañia, mayordomia, daños causados ú otras cosas semejantes, basta que ofrezca el autor probarlo en el discurso del pleito. Si demandare castillo, villa, aldea ú otro lugar señalado, bastará nombrarlo diciendo que le corresponde con todas sus pertenencias. Siendo alguna finca la que se pide, se ha de especificar su sitio, linderos y demas señales por las que sea conocida, expresando tambien si pretende su propiedad ó sola la posesion; y si intentare que se le restituya esta, ha de especificar el año y mes en que fue despojado. Si fuere cosa de peso ó medida la demandada, bastará afirmar con juramento que no se acuerda con certeza á cuanto asciende, protestando que en el progreso del pleito lo declarará. Ultimamente si el actor hubiere sido injuriado de palabra ó por obra, deberá manifestar con claridad la ofensa, el ofensor, cómo y con qué le ofendió, en qué parage, dia, mes y año. Careciendo la demanda de dicha claridad y especificacion, no debe ser admitida (1).

6. Requisito tercero: *¿A que juez ha de acudir?* El actor debe seguir regularmente el fuero del reo, y demandarle ante el juez de su domicilio como competente. La razon es, porque no debe ser condenado ni absuelto sino por aquel á cuya jurisdiccion está sujeto; y si es reconvenido ante otro, puede oponer la excepcion de *incompetencia* ó *declinatoria* (2).

7. Requisito cuarto: *No debe el actor excederse en pedir mas de lo que se le debe*: lo cual puede suceder de los cuatro modos que expresa la ley 42. tit 2. Part. 3, y son por razon de tiempo, de cosa ó cantidad, de lugar y de causa. *De tiempo*, cuando se pide en el prohibido; pues como se dijo arriba no debe hacerse juicio en dias feriados, sino en ciertos casos: por ejemplo, para dar tutores á los pupilos; remover de la tutela á los sospechosos; conocer sobre alimentos, ya se pidan de oficio al juez, ó por derecho de accion, si el que los pretende está indigente; dar á la viuda embarazada la posesion de los bienes de su difunto marido por representacion del hijo póstumo, siendo pobre, y no de otra manera; la justificacion de menor edad; la apertura de un testamento; la custodia de bienes del difunto, para evitar su extravío; la prision y escarmiento de malhechores; y otros

1 Leyes 15, 25, 26 y 31. tit 2. Part. 3, y 4. lib. 11. Nov. Rec.

2 Leyes 32. tit. 2. Part. 3. Véase lo que se dijo acerca de esta excepcion y del fuero en el cap. 3. del tit. 1. de este libro, párrafos 4 y siguientes.

casos semejantes (1). Tambien hay exceso de peticion por razon de tiempo, cuando se demanda antes de cumplirse el plazo ó condicion estipulados en el contrato, á menos que haya causa justa: v. gr. si el marido empobrece, ó el padre disipa la legítima materna de su hijo, pues pueden pedirse esta y la dote; ò si el sucesor del mayorazgo pide que se declare pertenecerle este despues de la muerte del poseedor, que intenta trasferir en otro su posesion; ó cuando pide en el tiempo en que naturalmente no se le puede entregar lo que pretende, ni cumplirse el pacto, v. gr. el parto ó fruto que ha de nacer, hasta que nazca (2).

8. Se pide mas de lo justo en cosa ó cantidad, solicitando lo que el demandado no está obligado á dar, ó cuando se le pide mas cantidad de la que realmente debe; aunque no obstante valdrá la sentencia en lo que se probare, atendida la verdad; y si se pidieren tambien los frutos de la cosa sin deberse, no claudicará por esto la demanda, ni se tendrá por exceso, por ser cosa accesoria (3).

9. Se pide mas de lo justo por razon de lugar, cuando el demandado no está obligado á hacer la paga ó entrega en aquel en que se le demanda, à menos que nunca se le encuentre en el de su domicilio, pues entonces en cualquiera que exista puede ser reconvenido, para que por su malicia no pierda el acreedor su deuda.

10. Finalmente se pide mas de lo justo por razon de causa ó manera, v. gr. si el demandado tuviese obligacion de dar al demandante de dos cosas la que quisiere, y este eligiese tocando la eleccion al otro; ó si el demandado hubiere prometido genéricamente dar ò hacer algo, y el demandante pretendiese cosa determinada (4).

11. Si el actor se excede en su pretension de cualquiera de los cuatro modos expresados, no por error, sino por dolo, y no modifica su demanda segun lo justo antes de la contestacion, ó no se aparta de lo que pidió de mas, ni es menor, el cual ha de gozar el beneficio de la restitucion, deberá ser condenado en costas, y perderá la deuda principal (5).

1 Ley 35. tit. 2. Part. 3. Greg. Lop. en sus 15 glos.

2 Ley 45. tit. 2. Part 3. y ley *Interdum*, 35 ff. *de verb oblig.*

3 Ley 43 tit. 2. Part 3. Greg Lop. en la 42. dicho tit glos 2.

4 Dicha ley 45. y §§ *Plus autem*, y *Hic autem*, *Instit. de action.* Marill lib. 2. *Decret.* tit. 11.

5 Conviene aclarar mas este punto segun las disposiciones terminantes de nuestro derecho. El que cometió dolo para pedir mas de lo que se le debe, pierde efectivamente la deuda; pero no interviniendo fraude en los términos que dice la ley 14. tit. 2 Part 3, solo ha de ser condenado en

12. Requisito quinto: *¿Por que derecho y razon pretende la cosa, y qué documentos tiene para obtenerla en juicio?* pues si ninguna accion le compete, y el reo forma artículo de no contestar, se declarará que no es parte, para pedir; y aunque la tenga, sino la justifica, y el reo la niega, será reputado por litigante de mala fe, como que no tuvo causa para litigar, y se le condenará en costas (1), aun cuando el reo tome sobre sí el cargo de probar que no debe lo que se le pide (2); pero si la probare plenamente, aunque luego sean reprobados los testigos, y tachados no por razon de delito sino de sus personas, no se le condenará en ellas (3).

13. Sexto y último requisito: *¿Como ha de ordenar el actor la demanda?* para lo cual se le advierte que esta, segun la ley, debe contener cinco cosas; á saber: *el nombre del juez* (4); *el del actor; el del demandado* (5), *la cosa, cantidad ó hecho que la motive; y la causa ó razon porque pide*, lo cual debe expresarse especialmente en la accion personal (6), mas no es necesario sino útil hacerlo así en la real, como se dijo en el título 1. de este lib. cap. 1. §. 9.

14. Si el reo es fallido, ó se presume que haga fuga, puede pretender el actor que arraigue el juicio; mas para que á esto haya lugar, debe hacer constar primero su deuda por uno de tres medios que son: por confesion del mismo reo, por informacion de testigos á lo menos sumaria, ó por escritura; y en otros términos no se debe deferir á su solicitud. Constando por uno de ellos, está obligado el reo á dar fianza lega, llana y abonada; y si no halla fiador, á jurar que estará á derecho hasta la con-

todos los daños y costas que ocasionó al demandado por lo que pidió de mas; sin que al mismo tiempo deje de condenarse á este á pagar la cantidad que verdaderamente debiere, absolviéndole de la parte que no deba. Et que pidiere antes del plazo ó tiempo en que se le debe pagar, no ha de ser oido, debiendo el juez alargar el plazo otro tanto cuanto el autor pidió antes de lo que debia pedir. Ultimamente el que pide en otro lugar del que corresponde, ha de pagar al demandado el trestanto del daño que le causó en su demanda, y lo mismo será si se excediese en el modo, pidiendo, por egemplo, una cosa determinada, y sin hacer mencion de la otra, cuando el deudor debiere una de las dos; bien que sobre esta última causa dice el señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas*, part. 1. cap. 3. num. 21 y 22, que para evitar las perniciosas consecuencias de inutilizarse una instancia y repetirse otra nueva, persuade la buena fe que el juez sufra tales defectos, concibiendo la sentencia en los mismos términos que lo haria si el actor no los hubiese cometido, conservando al demandado la eleccion, y condenándole á que entregue la cosa que eligiere (Leyes 42, 43, 44, 45 y 48 tit 2. Part. 3.

1 Ley 39 tit 2 Part. 3.
2 Greg. Lop en dicha ley 39 glos 1.
3 El mismo allí, glos. 3.
4 En el dia no se pone en la demanda el nombre del juez
5 Expresando de donde son vecinos.
6 Ley 40 tit. 2. Part. 3.

clusion del juicio (1); bien que si se puso de peor condicion que estaba cuando contrajo la deuda, ya sea esta líquida ó ilíquida, y se haya constituido puramente, ó á dia cierto ó con condicion, puede ser preso por defecto de fiador (2), en caso de no gozar de fuero que le exima de serlo (*).

15. En las demandas se acostumbra poner esta cláusula: *sobre lo cual le pongo formalmente la demanda mas arreglada y conforme á derecho, con protesta de ampliarla, corregirla, suplirla y moderarla siempre que á mi parte convenga, y con las demas que la sean útiles en justicia, que pido etc.* Esta cláusula es muy útil para los efectos que menciona, pero sin embargo de ella, una vez contestado el pleito, no puede el actor sin consentimiento del reo, con quien cuasi contrae, apartarse de él, añadir ni enmendar la demanda en cosa sustancial, de modo que mude la accion á otra diversa, pues para ello es precisa nueva instancia ó interpelacion (3).

16. Si la mutacion ó enmienda es de aquellas para las que no solo no necesita el reo usar de nuevas excepciones y defensas, sino que se dirige á declarar la accion, ó á moderarla, ó ampliarla, ó la cantidad pretendida en ella; por las mismas causas y razones pueden, en virtud de dicha cláusula y no sin ella, asi el demandante como su heredero ó cesionario, hacerlo en la respuesta ó réplica al pedimento de contestacion del reo (4); y el juez debe sentenciar atendida la verdad, sin pararse en las sutilezas del derecho (5) (**). Tambien lo pueden hacer despues en

1 Ley 41. tit. 2. Par. 3 y ley 66 de Toro.

2 Ley 2. tit *de los emplazamientos*, libro 3 *del fuero Real*

* En el dia son pocas las personas que pueden ser presas por deudas, como se verá cuando se trate del juicio ejecutivo.

3 Olea *de cession*, tit 6. quæst. 9. num. 28 Salg. *de reg.* part. 4. cap 8 num 22. Parej. *de edition.* tit. 6. resolut. 5. num. 45.

4 Matienz. en la ley 1. tit. 11. lib 5. Rec. glos. 5. num. 4. Cancer part. 3. *Var.* cap. 10. num. 29.

5 Ley 2. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec

** El reformador de Febrero dice en una nota que la ley 2 citada habia de las sutilezas ó formalidades prescritas por derecho romano, mas no de las solemnidades que segun nuestras leyes deben intervenir en los juicios. El editor del Febrero adicionado, impugnando á aquel en otra larga nota, pretende probar que dicha ley habia tambien de las formalidades ó solemnidades establecidas por nuestro derecho patrio. Para atajar esta contienda oigamos al juicioso y docto Conde de la Cañada, quien en sus *Instituciones prácticas*, part. 1. cap 3. num. 12 dice asi: » Y aunque las leyes de la Nueva Recopilacion removieron ciertas solemnidades que embarazaban el curso y decision de los juicios, y quisieron que cada uno se obligase del modo que le pareciese, y que se determinasen los juicios, sabida la verdad, sin detenerse en escrupulosas solemnidades, aunque fuesen de las correspondientes al orden y sustancia de los mismos juicios, mantienen sin embargo las cosas *esenciales &c.*" En efecto ¿como habia de mandar la ley que pudiesen estas omitirse? Por ejemplo, sin oir el reo, ó lo que es lo mismo, sin previa citacion para que se defienda, ¿seria justo condenarle? Claro es, pues, que nunca deberán omitirse las cosas esenciales de que dependen el acierto de los fallos y su justicia, aun cuando puedan fal-

el alegato de bien probado por lo justificado en la prueba con citacion contraria, lo cual es corriente, y lo he visto practicar y practiqué en pleitos que seguí en la Corte, porque esto no muda la accion.

17. Si dos demandan á uno por una misma cosa ó por mas, está obligado el demandado á responder al que primero le demandó, y despues al otro; y aunque el primero le venza en juicio, no debe entregarle la cosa demandada, á menos que le dé caucion y seguridad de que le defenderá del otro demandante. Si ambos ocurrieron á un tiempo á poner su demanda, puede elegir el juez al que entienda tener mejor derecho, mandando al reo que le conteste, y despues al otro, pero si la demanda fuere sobre deuda ó contrato celebrado con ambos en diversos tiempos, debe responder á aquel con quien primero contrajo (1).

18. Habiendo duda sobre el sentido de las palabras de la demanda antes de contestarla el reo, se deben entender segun el demandante las entiende, y no de otra suerte; y lo que se practica es que si la demanda está oscura, pide el reo se mande al actor que la aclare, á lo cual se defiere, y hasta que este lo hace no la contesta aquel, ni corre el término de contestarla.

19. En todas las demandas se ponen regularmente las siete cláusulas siguientes: 1.ª *ante Vmd., como mas haya lugar, ó mejor proceda en derecho parezco y digo:* 2.ª *pongo demanda á N. sobre tal cosa:* 3.ª *y aunque varias veces le requerí extrajudicialmente me pagase ó hiciese tal cosa, no lo puedo conseguir:* 4.ª *á Vmd. suplico se sirva condenar á dicho N. á que me dé ó pague tal cosa,* ó lo que sea: 5.ª *pues asi es justicia que pido:* 6.ª *á cuyo fin imploro el noble oficio de Vmd.:* 7.ª *y juro lo necesario.*

20. Estas cláusulas generales son muy útiles, aunque no todas necesarias, porque la ley recopilada (2) que se citó en el párrafo 16 manda que valga el juicio aun cuando falten las solemnidades legales, á menos que las partes declarándolas especificamente, pidan que se observen. La primera es necesaria, porque si se pretenden dos remedios, uno cierto y otro incierto, ó se duda del competente, ó el libelo es inepto ó dudoso, vale en la forma que por derecho puede, y se ha de interpretar y declarar del modo que sea mas util al actor. La segunda es precisa, ya sea al principio ó fin de la demanda, porque en esta se

tar otras cosas ó formalidades prescritas para la sustanciacion de un proceso.

1 Ley 6. tit. 10. Part. 3. Ley *Is á quo*, ff. *de reivindicat* y ley penult. ff. *de petition. hæred.*

2 Ley 2. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.

deben expresar los nombres del actor, reo y la cosa que se pretende, y faltando estos requisitos puede el juez no admitirla (1). Tambien podrá declararla si contuviere palabras supérfluas, y citas de leyes y autores, porque está prohibido esto á los abogados, pena de seiscientos maravedís (2); bien que se puede contar el hecho en el ingreso del pedimento, y en la conclusion pretender la condenacion poniendo sobre ello la demanda. La tercera cláusula puede aprovechar para condenar al reo en las costas causadas antes de la citacion primera en muchos casos, probando el actor haberle requerido é interpelado extrajudicialmente, aunque por sola esta razon no se le condenará en ellas. La cuarta es necesaria (como que es la conclusion y declaracion del derecho del actor), para que si este no prueba todo lo que sienta en su libelo, pronuncie el juez la sentencia sobre lo justificado, pues puede hacerlo, y absolver al reo en lo demas, y valdrá (3); pero no le relevará de hacer prueba. Tambien es muy conveniente para que la sentencia se arregle á la conclusion, en caso que en ella pretenda una cosa, y en el principio de la demanda refiera otra. La quinta no solo es util sino necesaria y sustancial, porque suple muchos defectos de la demanda, y así no debe omitirse; pues por el hecho de *pedir justicia*, es visto que el que la pide, quiere arreglarse y conformarse en todo con lo que dispone el derecho. La sexta se pone porque el oficio del juez, como noble, si se implora, sucede en lugar de accion, y sirve á la propuesta, y para mandar pagar las costas y otras cosas accesorias; pero no implorándose no podrá surtir efecto, porque no debe interponer de oficio su autoridad á la utilidad privada. Y la séptima es necesaria en las causas civiles arduas, y en las acusaciones, restituciones de menores, oposiciones á las ejecuciones, y en otros casos semejantes (4). Si se omite, y el contrario opone este defecto, no valdrá el juicio (5), pues con el juramento se excluye la presuncion de que la demanda es maliciosa (*).

1 Ley 40. tit. 2. Part. 3.

2 Ley 1. tit. 14 lib. 11. Nov Rec.

3 Ley 43. tit. 2. y 1. tit. 14. Part. 3. y §. *Sed hæc quidem. Institut. de action.*

4 Ley 23. tit. 11. Part. 3. Ley 1. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.

5 Ley *de pupillo*, § *Qui opus*, et ibi Bart. colum. fin. ff. *de novi oper. nunciation.* Ley 10. tit. 17. lib. 4 Nov. Rec.

* El autor da en este párrafo demasiada importancia á ciertas fórmulas que son entre nosotros, atendida la legislacion y la práctica, enteramente inútiles ó de poco momento, como dice el Sr. Conde de la Cañada en el lugar citado, num. 23, 24 y 25. Efectivamente, ¿de que servirá implorar el noble oficio del juez cuando este tiene obligacion de administrar justicia, y le está mandado por la ley que así lo haga atendida la verdad, supliendo la falta que pueda haber de ciertas formalidades? Los autores demasiado adictos al derecho ro-

21. El juramento que se hace en las demandas y sus contestaciones se llama de *calumnia* ó creencia; y para que el principiante se instruya de los que se hacen en los pleitos, y de sus nombres y efectos, los explicaré con la claridad posible. El juramento es *invocacion tácita ó expresa del nombre de Dios, como verdad primera é infalible* (1). Debe contener tres cosas del todo esenciales, verdad, juicio, y justicia (2), y es de tres maneras: *asertorio, promisorio* y *confirmatorio*. Se llama *asertorio* aquel con el cual se afirma ó niega simplemente alguna cosa sin intervenir promesa. *Promisorio* es el que se hace para confirmacion y observancia de algun pacto ó promesa. Y *confirmatorio* el que se interpone para corroborar ó dar vigor á algun contrato ó acto lícito que no se opone al derecho natural y buenas costumbres, ni á la utilidad pública, ni cede en perjuicio de tercero, ni de la salud eterna, porque si contiene alguna cosa de estas no se corrobora con el juramento (3). Omito explicar otras especies de juramentos, á saber: *simple, solemne, contestativo, conminatorio y execrativo ó execratorio;* las cuatro maneras de hacerlo, que son mentalmente, con señales, palabras y hechos, y otras cosas, por ser todas concernientes á la teología moral; y paso á tratar del juramento asertorio que se hace en juicio.

22. El juramento asertorio judicial es de tres clases, á saber: de *calumnia*, de *malicia* y de *decir verdad* (4). El de *calumnia* ó *creencia* es el que deben hacer actor y reo al principio del pleito ó despues, en todas las causas civiles, criminales, mixtas, eclesiásticas y profanas, ya sea en primera ó segunda ins-

mano han querido trasladar al nuestro toda la minuciosidad y rigidez de las fórmulas civiles, sin considerar que nuestras leyes, mas equitativas y filosóficas en esta parte, atienden mas bien al fondo de las cosas que á las meras palabras, para que se administre la justicia debidamente, asi como desterraron tambien aquellas sutilezas de las antiguas estipulaciones tan contrarias á la sana razon.

1 Ley 1. tit. 11. Part. 3. cap. *et si Christus de jurejur.* Math. cap. 5.

2 Se requiere la verdad; esto es, que sea cierto lo que se afirma ó niega, y que se cumpla á su tiempo lo que se promete. Se requiere la justicia, á saber, que el juramento recaiga sobre lo lícito y honesto, porque si es contra las buenas costumbres, ni obliga, ni ha de cumplirse. Ultimamente se requiere el juicio, esto es, que se ha de jurar con prudencia y discrecion cuando la necesidad lo exija, y por cosa no leve. Vallens. lib. 2. tit. 24. §. 3. num. 4, 5 y 6.

3 Cap. 28. *de jurejur.* cap. 2. *de pact.* in 6 cap. 12. *de foro compet.* Regul. 58. *de regulis jur.* in 6.

4 Para evitar confusion hablaremos aqui solamente de los juramentos de calumnia y de malicia que pertenecen á la sustanciacion de la causa, reservando para el capítulo de las probanzas que se hacen en juicio el juramento de decir verdad, y el decisorio del pleito de que trataba aqui el autor, apurando, segun suele hacer, la materia, aun cuando no sea el lugar oportuno. ¿Con que razon tratándose de los requisitos que ha de tener la demanda, se ha de anticipar la doctrina del juramento, que constituye en juicio una de las especies de prueba? ¿No ha de resultar de aqui precisamente el desorden y la confusion?

tancia, ya se proceda sumariamente y de plano, sin estrepito ni figura de juicio, ó plenariamente, observando el orden y las solemnidades legales. En las civiles afirma el actor que mueve el pleito, porque cree tiene justicia, y que asi lo proseguirá de buena fe, sin diferirlo ni cometer fraude, molestar ni calumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa ni intenta acriminar falsamente. Y el reo que las excepciones de que usa, y defensas que hace son en los mismos términos, y que de ellas usará igualmente en el discurso del pleito.

23. Ha de mandar el juez hacer este juramento á ambos litigantes desques de contestado el pleito, siempre que lo pidan uno al otro expresamente, por ser de sustancia del juicio en este caso (1). Pero si uno lo pide dos veces al otro, y no quiere hacerlo, habiéndoselo mandado el juez, y este sentencia sin embargo la causa, à mas de ser nulo el proceso, debe ser condenado en costas el mismo juez. Lo propio milita en otras cosas de sustancia del juicio, cuando la parte declarándolas, pide que la otra las guarde, y no quiere aunque se le mande (2).

24. Si no lo piden, no se anula por su defecto el proceso; y asi rara vez se pide ni hace con la especialidad referida, entendiéndose hecho con aquellas palabras *juro lo necesario* &c. que se ponen al final de los pedimentos, por lo que se confunde con el de *malicia*, y los letrados usan de este en lugar de aquel; pero á la verdad ambos debieran omitirse, sin embargo de haberse introducido por la autoridad pública, y para que los litigantes no ocultasen la verdad; pues parece que mas juran cometer calumnia y proceder de malicia que evitarlas, y de esta suerte no habria tantos perjurios de que ningun caso se hace.

25. Deben hacer los litigantes este juramento, particularmente sobre cinco cosas: 1.ª que creen tener justicia ó buena causa; 2.ª que cuantas veces sean preguntados, dirán ingenua y sencillamente la verdad; 3.ª que no han prometido ni prometerán, ni han dado ni darán ninguna cosa al juez ni al escribano del pleito, fuera de lo que es costumbre por razon de su trabajo; 4.ª que no usarán de falsas pruebas ni excepciones fraudulentas; 5.ª que no pedirán dilaciones maliciosas en perjuicio del colitigante (3).

26. Tambien pueden hacer este juramento los apoderados, procuradores y defensores de los litigantes en su ánima y en las

1 Leyes fin. tit. 10, y 23. tit. 11. Part. 3.
2 Ley 2. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec.
3 Ley 23. tit. 11. Part. 3.

de estos, con tal que para hacerlo tengan su poder especial, y no de otra suerte, ya sean procuradores de alguna persona particular, ó de concejo, villa, ciudad, obispo, prelado, convento ó maestre de alguna orden, si ellos principiaron el pleito, pues sino deben prestarle sus principales. Lo mismo procede para con los tutores de menores y administradores de iglesias, hospitales, universidades, y para con otras personas que con legítima autoridad administran bienes agenos cuando tuvieren que demandar ó contestar en juicio por ellos; y si el menor es de claro entendimiento, está cerciorado del negocio sobre que versa el pleito, y principió este con otorgamiento de su tutor ó curador, debe hacer por sí mismo el juramento (1).

27. El juramento de malicia (que se acostumbra poner en las demandas, sus contestaciones y en otros pedimentos que se dan en el discurso del pleito) es el que se hace, no sobre toda la causa, sino sobre algunos artículos ó excepciones antes ó despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante propone maliciosamente la excepcion, ó pide la dilacion (2).

28. Se diferencian estos dos juramentos: lo primero, en que el de malicia se puede pedir antes y despues de contestado el pleito, y el de calumnia solo despues. Lo segundo, en que el de malicia se puede pedir tantas veces cuantas se presume que el colitigante propone maliciosamente alguna excepcion, ó pide la dilacion, y el de calumnia sola una vez se debe pedir y hacer por una persona en una instancia y sobre toda ella. Y lo tercero, en que este se pide y hace sobre toda la causa ó negocio que se controvierte, y aquel sobre excepciones ó artículos particulares ó sobre dilaciones (3).

29. Explicados ya los requisitos de que debe constar la demanda, sentaré, antes de hablar de la citacion, ciertas reglas generales relativas al modo de entablar debidamente un litigio. Primera: todo juicio ó pleito civil ordinario debe empezarse por demanda y contestacion, y no por declaracion jurada del demandado; á menos que el actor no pueda, si omite esta diligencia, ir adelante ó proseguir la instancia; pues en tal caso puede hacer al reo las preguntas conducentes para entablar su demanda, como expresan las leyes 1 y 3. tit. 10. Part. 3. Admítense, pues,

1 Ley 24. tit. 11. Part. 3. Greg. Lop. en dicha ley 23. glos. 9.

2 Ley 23. tit. 11. Part. 3. verb. *La quinta*. Greg. Lop. en ella, glos. 7.

3 Authent. *De iis, qui ingrediuntur ad appellandi* §. fin. *colat.* cap. *et si Christus*, 26. *de jurejur.* cap. 2. *de probation.*

al actor, segun estas leyes, las preguntas concernientes al pleito, y el juez manda que el reo conteste á ellas antes de ponerse la demanda, como repetidas veces lo he visto por ser conveniente para fundarla. Preguntas concernientes al pleito son, por ejemplo, la que se hace á quien se quiere demandar como heredero de alguno, de si lo es ó no, y en qué parte de la herencia; la que se hace al padre por el peculio de su hijo, si este le tiene ó no; y la que se hace á cualquiera á quien se intenta demandar, de si tiene ó no veinticinco años, para en caso de no tenerlos pedir que ante todo se le provea de curador de pleito con quien se sustancie el juicio, sea civil ó criminal; á cuyas preguntas y otras semejantes segun la clase de demanda, se debe responder clara y categóricamente (1).

30. Sin embargo de lo dicho, ni el reo, ni el actor estan obligados á responder en los casos siguientes: 1.° cuando las preguntas son incongruentes ó impertinentes á la causa ó sobre puntos de derecho; 2.° cuando uno ú otro goza de fuero, y no es suyo el juez que conoce de la causa; 3.° cuando se hacen las preguntas sobre los derechos del actor; 4.° cuando no son preguntados por via de *posicion* sino de *interrogacion* sobre el negocio principal, ó si en su hecho propio se les pregunta del agena, sea civil ó criminal; 5.° cuando se hacen las preguntas sobre lo que consiste en su mera intencion, no declarada con hechos ni palabras; ó tratándose de reivindicacion, sobre si posee la cosa ó finca con buena ó mala fe, y en otros casos semejantes (2).

31. Regla segunda: tampoco debe empezar el juicio por secuestro ó embargo de bienes, ni por intervencion que en el efecto viene á ser lo mismo, sino en cinco casos, que son: 1.° por convenio de los litigantes; 2.° cuando la cosa litigiosa es mueble, y quien la tiene sospechoso, por lo que se presume que huya con ella ó la deteriore, ó si son frutos de alguna finca que los consuma. En tal caso corresponde al juez decidir si es fundada ó no la sospecha, precedida informacion sumaria ú otra justificacion y conocimiento de causa; 3.° cuando el que es condenado definitivamente á entregar una cosa ó alhaja, apela de la sentencia, y su contrario recela de fuga; 4.° cuando el marido disipa la dote de su muger, pues acreditándolo esta debe el juez deferir á su pretension entregándola su dote, ó á otra persona para que la administre y la contribuya con sus frutos; 5.° cuando el hijo preterido ó exheredado injustamente pretende

1 Leyes 1 y 2. tit. 10. Part. 3.

2 Ley 2. tit. 12. Part. 3.

su legítima; pues si su hermano instituido único heredero se resiste á entregársela con sus frutos, puede pretender que hasta que se efectue la division se depositen todos los bienes partibles de que el hermano está apoderado (1).

32. Regla tercera: no debe tampoco principiarse el juicio por informacion de testigos á instancia del actor antes de la contestacion, á menos que de omitirla pueda este perder su derecho por falta de justificacion; v. gr. cuando son muy viejos ó estan enfermos, y se teme su muerte; ó tienen que hacer larga ausencia del pueblo, ó con otros motivos justos, sobre los cuales decidirá la prudencia del juez. En estos casos pueden ser examinados con citacion de la parte contraria. Si esta no se halla en el pueblo, ó si no quiere presenciar el juramento, no dejará el juez de admitirlos (2), y hará fe su dicho siendo idoneos y fidedignos (3). Por parte del reo se pueden admitir, y hay costumbre de que con citacion contraria se admitan y examinen antes de la contestacion, aunque no intervengan las causas referidas (4), especialmente despues de tomada la declaracion á la parte contraria que está negativa. Tambien se admiten á instancia del actor, porque la declaracion sucede en lugar de contestacion, y asi lo he visto practicar en la Corte repetidas veces. Asimismo se admiten en causas criminales, y de pesquisa y residencia, y sobre capítulos contra los jueces ú otros comisionados del Rey, sin citar á los reos, y en otros casos que traen las leyes (5); pero en este último es menester que el capitulante firme el memorial de capítulos, y afiance de calumnia ante todas cosas (6). Ultimamente se admiten cuando el padre adoptivo prometió algo á su hijo delante de testigos, y sobre las excepciones dilatorias, v. gr. recusaciones de jueces togados ó eclesiásticos, para probar las causas de su recusacion, pacto de no pedir, pleito acabado sobre lo mismo que se pretende, privilegio obtenido con vicios de obrepcion y subrepcion &c. citando en estos casos á la otra parte (7).

1 Ley 1. tit 9. Part. 3.
2 Ley fin. tit. 10, y ley 2. tit. 16. Part. 3.
3 *Cur. Filip.* part. 1. §. 17. num 7 y 8.
4 Greg. Lop. en dicha ley 2. tit. 16. glos. 1. vers. *Adverte.*
5 Leyes 3 y 6. tit. 16. Part. 3, y leyes 5 y 6. tit. 13. lib. 7. Nov. Rec.
6 Ley 7. tit. 34. lib. 12 Nov. Rec.
7 Ley 7. tit. 16. Part. 3, y el tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

CAPITULO SEXTO.

De la citacion ó emplazamiento.

§. 1. Especies de citacion. ¿Como se define la citacion verbal?

2 y 3. ¿Quienes deben ser citados?

4. El citado debe comparecer ante el juez que le mandó citar, aunque goce de privilegio.

5. ¿Que deberá hacer el escribano en caso de no poder hallar al que ha de ser citado?

6. Si hiciere la citacion el portero mayor del juez, ha de justificarla con un testigo, y si el portero menor, con dos.

7. Si fuere menor de edad el que ha de ser citado, se le debe proveer de curador *ad litem*.

8. ¿Que deberá hacerse si el que ha de ser citado estuviere domiciliado en territorio de otro juez?

9. Siendo delegado ó comisionado el juez que entiende en el negocio, ¿que deberá prácticarse para hacer la citacion?

10. Documentos que deben insertarse en una requisitoria.

11. ¿Cuantos dias ha de estar la requisitoria en el juzgado donde se presenta?

12. En las demandas contra alguna corporacion, basta que la notificacion se haga á su procurador ó apoderado.

13. Respecto de otro cualquier particular, sino pudiere ser hallado cómodamente, basta que se notifique á su procurador.

14. En los pueblos donde hay procuradores determinados se entregan á estos los autos, y no á las partes.

15. La citacion es un acto de jurisdiccion.

16. En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados.

17. Cuando el reo comparece por sí ó por su procurador en el juicio antes de ser citado, no es necesario hacer citacion.

18. Es necesaria nueva citacion, si el juez de la causa delegare su jurisdiccion para dar sentencia, ó si muriere alguna de las partes.

19. ¿Que es la citacion real?

20. Por esta citacion se empieza real y verdaderamente el uso de la accion.

21. De la citacion por escrito.

22. ¿En que casos tiene lugar esta citacion?

23. El modo de citar por edictos compete solamente á los jueces ordinarios, y á los delegados del Soberano ó su Consejo.

24. De la contumacia ó rebeldia. ¿De cuantos modos se comete?
25. ¿Cuantas especies hay de contumacia?
26. Diferencia entre la contumacia verdadera y fingida ó presunta.
27. Si el citado tuviere algun justo motivo para no comparecer, y lo probare, no incurrirá en contumacia.
28. ¿De que modo podrá proceder el juez contra el verdadero contumaz?
29. ¿A que puede ser compelido el actor si fuere contumaz?
30. En caso de ser contumaz el reo, ¿que medios conceden las leyes al actor para conseguir su pretension?
31. Despachos ó requisitorias que suelen librarse en el discurso del pleito, cuando el reo se halla domiciliado en otra jurisdiccion.
32. Cuando van documentados dichos despachos, debe cumplimentarlos el juez de su domicilio.
33. ¿Como debe proceder el juez requirente respecto del requerido, siendo ambos ordinarios?
34. Facultades del juez requirente, si fuere comisionado del Soberano ó de tribunal superior.
35. Del asentamiento.
36. ¿Que personas no incurren en contumacia, aunque no comparezcan ante el juez?
37. ¿Cuales son las personas que no deben ser emplazadas en causas civiles para que comparezcan personalmente ante el juez?
38. El que tuviere accion contra los bienes de algun difunto que dejó herederos conocidos, deberá pretender se les notifique que admitan la herencia dentro de un breve término, para pedir despues contra ellos.
39. Si los herederos repudian la herencia, han de ser requeridos á instancia del actor los parientes inmediatos.
40. Cuando el marido ó su heredero intente proceder contra la muger, debe pedir primeramente que se la prefije término para aceptar ó repudiar los gananciales.
41. ¿Que deberá practicarse cuando la accion corresponda contra un cautivo?
42. ¿Que deberá justificar el actor cuando pretenda la herencia de algun ausente?
43. Si este tuviere contrasi acreedores, y pidieren que se nombre defensor ó curador á sus bienes, habrá de hacerse asi cuando no se espera el pronto regreso del ausente.

1. Presentada la demanda se ha de citar al reo y conferírsele traslado de ella. La citacion ó emplazamiento es *verbal, real y por escrito*. La verbal es un llamamiento jurídico que el juez hace al demandado para que comparezca ante él á defender-

se ó á cumplir algun mandato suyo (1). Es el principio, raiz y fundamento sustancial del juicio, y se ha introducido por todos los derechos como indispensable para la defensa del reo (2): asi que no debe omitirse, ni en esto puede dispensar el Papa, el Príncipe ó la ley; y si se omitiere, será nulo el juicio; á no ser que el demandado ocurra por sí ó su procurador antes de ser citado, en cuyo caso es superflua la citacion. Sobre el modo de hacerla, y circunstancias en que puede tener lugar, véanse los autores que se citan (3); debiendo advertirse que para citar, tomar declaracion ó practicar otra diligencia con persona distinguida por su dignidad, jurisdiccion ú otro motivo, debe preceder el darle recado de atencion, aunque con el auto ó despacho no se mande, porque la justicia no se opone á la urbanidad.

2. No solo debe ser citado al principio del pleito el reo contra quien se entabla la demanda, sino todas las personas de cuyo perjuicio se trata principalmente en el juicio (4); y sino se hiciere asi, tal vez por ignorarse quiénes son, se puede pretender su citacion en cualquier estado del pleito, formando artículo sobre ella, especialmente cuando de omitirse se puede causar perjuicio al que la pretende, y el juez debe deferir á esta solicitud antes de proceder adelante, sin reservar la determinacion sobre el artículo para definitiva. Sino lo hace asi, se puede apelar, como se ejecutorió á mi instancia por la sala de justicia del Consejo en pleito que seguí, revocando el auto de un señor ministro de él, por haber reservado para definitiva la decision sobre que se citase á otra parte al juicio, segun se habia pretendido por la mia, á consecuencia de su prueba, despues de haber alegado el actor de bien probado.

3. Aunque no es necesario citar á las demas personas, á quienes accesoria ó secundariamente toca, y puede causarse perjuicio; no obstante será útil para que les perjudique la sentencia (5). Asi, pues, en los pleitos de mayorazgo, basta que se cite á su poseedor (6): en los de arrendamiento y comodato, si la cosa que se demanda está prestada ó arrendada, debe citar-

1 Leyes 1. tit. 7. Part. 3, y 14 tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

2 Proem. del tit. 7. Part. 3. Covarrub. *Practic.* cap 23. num 6. Salgad. *de reg.* part. 2. cap. 13. num. 85.

3 Covarrub. en el lugar cit. Salgad. ibi. Gom. en la ley 76 de Toro, num. 8. Larrea allegat. 107. num. 8.

4 Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 9. num 20.

5 Gom en la ley 40. de Toro, num. 73. Castill. lib 6. *Controvers.* cap. 756. num. 12. Gutierr. lib. 3. *Pract.* quæst. 17. num. 29.

6 Mieres *de mejorat.* part. 4. quæst. 1. num. 160. Molin. *de primogen.* lib. 4. cap. 8.

se al señor ó deudor, y no al arrendatario ni comodatario, à menos que otro se la haya prestado ó arrendado, que entonces como tercero se le debe citar igualmente para que use de su derecho (1): en los de jurisdiccion entre los señores no es necesario citar al pueblo (2): ni en el suscitado sobre alhaja dotal á la muger por ser suficiente que con el marido se sustancie y entienda, como administrador legítimo que es y dueño de sus bienes (3); y asi se practica.

4. El citado debe comparecer ante el juez que le mandó citar, aunque goce de privilegio; en cuyo caso, no siendo competente, le ha de manifestar el que tenga (4): no pudiendo ser hallado en su casa, se ha de hacer saber en ella la demanda à su muger, hijos ó criados si los tuviere, y en su defecto à sus vecinos mas cercanos, para que se lo noticien cuando venga (5); pero no es preciso que esta comparecencia sea personal, pues basta se haga por procurador, porque en las causas civiles, ya sean ordinarias, ejecutivas ó sumarias, ninguno está obligado ni puede ser compelido à comparecer personalmente ante el juez, sino solamente por procurador ó apoderado con suficiente poder. Los emplazamientos expedidos en contrario, no valen (6); por lo cual se deben expedir, para que por si ó por su procurador, con poder bastante, comparezcan; y asi se practica. Pero no siendo suyo el juez, no es menester que comparezca con pedimento ante él, y basta que en el acto de la notificacion exhiba el título ó privilegio de exencion de su jurisdiccion al escribano, el cual ha de poner en ella lo que de él resulte, y devolvérselo, à lo que no debe excusarse; y asi se observa en la Corte.

5. En caso de no poder ser hallado el que ha de citarse, lo que se observa, sin embargo de no ser rigorosamente preciso, porque las leyes no lo mandan, es hacer el escribano tres diligencias en diversos dias y á horas cómodas, en que los hombres, segun la costumbre del pueblo, suelen estar en sus casas, poniéndolo por fe cada dia con la respuesta que le hayan dado, y en vista de todo acude el actor al juez con pedimento refiriendo lo acaecido, y pretendiendo mande dejarle cédula ó memoria por escrito con la expresion competente, y decla-

1 Castill. ibi. Gom. en dicha ley, num. 43 y 49. y num. 73. Salgad. part. 4. *de retent.* cap. 8. num. 112. Vela dissert. 19. num. 4.

2 Lex 1. Cod. *de liberal. caus. Innocent.* in cap. *Inter quatuor, de mayor. et obed.*

3 Gom. dicho num. 73. Castill. en la ley 56 de Toro, num. 44.

4 Ley 2. tit. 7. Part. 3.

5 Ley 1. tit. 7. Part. 3.

6 Ley 3. tit. 7. Part. 3, y ley 28. tit 4. lib. 11. Nov. Rec.

re en su consecuencia por hecha la citacion como si fuese en persona, para que le pare el mismo perjuicio, y no alegue ignorancia, á lo cual defiere el juez mandando que primero se practique otra diligencia en su busca, con cuyo acto queda citado, y no es menester buscarle por el pueblo, como lo previene la ley. Despues da fe de todo, y lo pone por diligencia el escribano en los autos, con expresion de la persona á quien entregó la cédula, y de las horas en que fue á buscarle, lo cual basta para prueba de la citacion. Si el reo no puede ser habido, ni tiene casa en el pueblo, ha de ser llamado por edictos ó pregones (1). Lo propio se ha de practicar cuando las personas á quienes debe citarse son inciertas, ó aunque ciertas, tantas que sin dificultad no pueden ser habidas ó conocidas para hacerles la citacion, y asi se observa.

6. Haciendo la citacion el portero mayor del juez, ha de justificarla con un testigo para que se le crea; y si es el menor, con dos; pero nada de esto es menester haciéndola el mismo juez ó escribano, pues deben ser creidos.

7. Si el que ha de ser citado es menor, se le debe proveer de curador *ad litem* (esté ó no en el pueblo, segun se dijo en el capítulo 1.° de este título, párrafos 20 y 22); con el cual, y no con el menor, se han de entender, no solo la primera citacion, sino todas las diligencias que ocurran en el juicio (2), hasta su final decision.

8. Si está domiciliado en territorio de otro juez, puede el de la causa (suponiendo que tiene jurisdiccion para conocer de ella por alguna de las razones expuestas) ir por sí mismo á citarle, ó expedir requisitoria de emplazamiento, ó letras exhortatorias á aquel juez á instancia de la parte, ó de oficio, si no la hay, á fin de que mande hacer la citacion (3); esto último es lo que se observa entre jueces inferiores, y no lo primero, sin embargo de la terminante disposicion de la ley recopilada que se cita; mas los jueces superiores citan por medio de sus despachos, y de cualquiera comisionado, como que tienen jurisdiccion en todo el reino, ó provincias demarcadas á cada tribunal, tomando antes el cumplimiento del juez del pueblo. Nótese que el juez debe señalar al reo en la requisitoria término competente para comparecer, y perentorio, como si fuese asignado por tres términos, sin que el actor tenga obligacion de acusar las

1 Dicha ley 1. tit. 7. Part 3. Greg. Lop. en ella, glos 6.

2 *Ley in causa*, §. fin ff. *de procurator.* y leyes 11. tit. 2, y 1 al fin, tit. 3. Part. 3.

3 Ley 3. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

rebeldías mas que al fin del prefinido (1); y es lo que se practica.

9. Siendo delegado ó comisionado el juez que entiende en el negocio, debe incorporarse en la requisitoria el título ó comision que tiene, ó à lo menos dar fe de serlo el escribano de la comision, porque de otro modo no la acredita ni se presume tenerla, y el requerido puede negarle el cumplimiento, lo cual no es preciso, siendo ordinario, por ser notoria su jurisdiccion, como que el derecho se la concede.

10. Pero sea ordinario ó delegado, se deben insertar en la requisitoria el poder de la parte, si le hay, la demanda, el papel ó escritura en que se funda el auto, y los demas documentos concernientes y justificativos, como tambien la sentencia, segun sea el estado en que se expide. En las causas criminales debe ademas contener la prueba del cuerpo del delito, y de que es reo aquel contra quien se dirige, y la legitimidad del juez para conocer de la causa, à fin de que el requerido no tenga reparo en cumplimentarla, como está obligado (2); pues faltando estos requisitos, puede denegarle el cumplimiento sin incurrir en pena.

11. La requisitoria ó despacho de emplazamiento, ú otro cualquiera, ha de estar tres dias naturales, despues de aquel en que se concluyeron las diligencias que previene, en el juzgado donde se presenta, para lo cual no es necesario dar pedimento à efecto de que en ellos pueda el sugeto contra quien viene dirigida pedir su retencion, si para ello tiene legal fundamento, por incompetencia de jurisdiccion ú otro cualquiera motivo, y pidiéndola, se le debe entregar. Si pretende que se retenga, parece se deberá sustanciar con el que la presentó, sin pedirle poder, porque à mas de habilitársele por ella, es visto conferírsele el demandante por el hecho de encargarle la solicitud, y esto procederá aunque sea necesario apelar de la providencia en que el juez requerido declara haber ó no lugar à su retencion, y seguir la apelacion; por lo que en las requisitorias se pone, y no se debe omitir esta cláusula: *que siendo presentadas por cualquiera persona en nombre de Fulano, sin pedirle poder ni otro documento, los manden aceptar y cumplir etc.*; pues si se omite, y no tiene poder el que las presenta, carece de facultades para todo lo expuesto, y no se le tendrá por parte; pero sin embargo, mi dictamen es que se le dé poder, à fin de que

1 Leyes 12 y 13. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. y en esta Aceved. num. 8

2 Ley 14. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. Covarr. *Pract.* cap. 10. num. 7. al fin, y cap. 11. num. 8.

llegado el caso de pedir su retencion, no se le ponga el defecto de ilegitimidad de persona para seguir este incidente, pues las leyes nada tocan sobre este particular; ademas de que la requisitoria no le autoriza para seguirlo, y sí únicamente para hacer que se evacue lo que en ella se manda; de manera que sin poder no se le debe estimar parte ni entregar los autos.

12. En cuanto à las demandas contra concejo, comunidad, cabildo ó universidad, aunque es lo mas conveniente que se hagan saber à todos, ó la mayor parte congregada segun se acostumbra; no obstante, como es difícil conseguirlo y entenderse con todos separadamente, si no quieren ò no pueden congregarse, basta que se notifique à su procurador ó apoderado existente en el pueblo ó en el del juicio. Y sus individuos no deben ser reconvenidos singularmente por el débito y obligacion de sus respectivos cuerpos, ni al contrario estos por lo que debe cada uno de aquellos (1).

13. No solo puede hacerse la citacion al síndico ò procurador de dichos cuerpos, sino al de cualquiera persona que le tenga, si cómodamente no se la halla (2); y con él, no con su principal, à menos que este le revoque el poder, se han de entender y sustanciar, despues de contestada la demanda, todos los autos y diligencias que ocurran hasta declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y ejecutarla si el poder se extiende à esto, y no de otra suerte, á fin de evitar los gastos y dilaciones que de entenderse con la parte se pueden causar al colitigante, y el que sean interminables los juicios, si aquel existe en otro pueblo, ò procede de mala fe; mas no en otra instancia, v. gr. en grado de apelacion; pues en esta, ò se han de hacer saber á la misma parte, ó esta conferir su poder á procurador de aquel tribunal con quien se practiquen (3); y asi se observa.

14. Si el demandado es vecino del pueblo en que se sigue el juicio, no debe ser compelido á nombrar procurador, antes bien puede comparecer en él por sí y defenderse (4); aunque en el dia, como hay procuradores determinados en los tribunales superiores y en muchos inferiores, no se entregan los autos á las partes en donde los hay, sino à ellos para la mayor seguridad, porque á su devolucion son responsables sus oficios, y por la facilidad de apremiarlos; de suerte que es preciso darles poder,

1 Ley 13. tit. 2. Part. 3. Greg. Lop. en ella, glos. 3 y 4.
2 Dicha ley 13 y 14 sig.
3 Covarr. *Practic.* cap. 11. num. 2.
4 Leyes 1 y 2. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

y sin él à nadie se admite en los Consejos Reales.

15. La citacion, ya se considere como acto judicial ò extrajudicial, lo es de jurisdiccion, porque para mandarla hacer el juez, ha de tenerla sobre el sugeto como súbdito suyo, y por ella adquiere prevencion en las causas civiles, de manera que conociendo del negocio dos ó mas jueces, el que previno el juicio por previa y legitima citacion, ha de proseguir en él como competente (1); bien que el citado debe comparecer ante todos los que le mandan citar, segun la comun práctica, y usar de su derecho, pretendiendo la acumulacion para no ser molestado por diversos jueces sobre una misma cosa. En las causas criminales si fuere citado por muchos á un propio tiempo sobre una, no incurre en pena, compareciendo ante uno solo, excepto que sean desiguales en jurisdiccion, pues entonces debe comparecer ante el mayor y mas condecorado, y siendo iguales, y las causas diversas, ante el que entienda en la mas grave.

16. En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados, y si se hace es nula, por estar prohibido en ellos todo juicio; bien que si se interesa la utilidad pública ò privada, puede habilitarlos el juez, y si el citado comparece, en virtud de ella, se revalida. Tampoco debe hacerse de noche sin especial habilitacion con causa justa, lo cual se observa por evitar nulidades y controversias. De orden judicial expresa puede hacerse la verbal en la iglesia, con tal que no impidan los divinos oficios ni cause escándalo. En un solo acto no es necesario hacer muchas citaciones, pues basta una sola, como lo ordena nuestro derecho (2).

17. No es necesario hacer citacion cuando el reo comparece por sí ó por su procurador en el juicio antes de ser citado (3), ni cuando consta notoriamente que ninguna excepcion ni defensa le compete (4), ni tampoco en los casos en que el juez puede practicar de oficio lo que dispone el derecho, aunque la parte no esté presente, v. gr. cuando se trata de evitar escándalos.

18. Si el juez de la causa delegare su jurisdiccion para dar la sentencia ò muriere alguno de los litigantes, es precisa nue-

1 Cap. *Proposuisti, de probation.* Ley *Contra pupillum.* §. final, ff. *de re judicat.* y ley 2 al fin. ff. *de Custodia reor.* Acev. en la ley 18. tit. 13. lib. 8. Rec., que hoy es la 9. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec.

2 Leyes 2. tit. 15. lib. 11, y 13. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

3 Bobadill lib. 3. cap 7. num. 15. Gutierr. lib 1. *Pract.* quæst. 133. num. 12.

4 Barbosa in cap. 23. *de election.* num. 5. Farinac. *Prax. crimin.* part. 1. quæst. 21. num. 70.

va citacion, en el primer caso à los propios litigantes, y en el segundo à los herederos del muerto.

19. La citacion *real* es la captura del reo, ya esté ó no formalmente demandado, por ser fallido, presumirse que haga fuga, y no tener arraigo ni domicilio en el pueblo en que se le demanda, pues muchas veces se le prende bajo la obligacion (*) que constituye el actor de responderle de los daños en caso de no justificar su pretension. Esta citacion es la mas eficaz de todas, y se prefiere à la verbal; de tal suerte, que si en causa de fuero mixto, por ejemplo, cita el juez eclesiástico al lego, y el juez secular le prende despues por el mismo delito, debe conocer de él este y no aquel, porque con la captura previno mejor que el eclesiástico con su citacion.

20. Por esta citacion se principia real y verdaderamente el uso de la accion, que será *civil*, y como tal la deberá proponer el actor y seguir, cuando el motivo de la captura se dirige solamente à cobrar lo que el reo le debe ó consumió; *criminal*, cuando dimana de delito, y se dirige à que por él se le castigue; y *mixta*, cuando el actor no solo trata de resarcir su pérdida, sino tambien de que el delito no quede impune, como sucede en el hurto, mala versacion y extravío de caudales, y en otros delitos.

21. La citacion por escrito es la que se hace por edictos, llamando y emplazando al reo que está ausente, por ignorarse su paradero: esta no es de igual eficacia que las otras, pues siempre que parezca el citado se le debe oir, ni debe hacerse por mera voluntad del juez, sino en caso de necesidad, ó cuando el reo no puede ser citado de otra suerte (1).

22. Tiene lugar esta citacion en cuatro casos. El primero, cuando el que ha de ser citado se oculta maliciosamente para que no llegue á su noticia, ó impide por sí ò por otros que se le cite. El segundo, cuando el lugar en que se le ha de citar no es seguro por causa de enemigos ú otro impedimento, pues entonces se han de fijar los edictos en los lugares inmediatos. El tercero, cuando es vago, en cuyo caso se deben poner en

* Esta obligacion nunca subsana el daño y las fatales consecuencias que pueden seguirse de privar á un hombre de su libertad. Los jueces no deben proceder á la captura en casos civiles, cuando puede quedar alguna duda de la certeza de las pretensiones del autor. No basta que se pida la prision para decretarla. Es necesario examinar con gran prudencia las causas, considerar las circunstancias del que se supone reo, hacer la crítica mas escrupulosa de las pruebas, graduarlas y considerar cuales deben ser las consecuencias del juicio. Vale mucho para un hombre su libertad, sea la que quiera su condicion. *(Febrero adicionado)*

1 Extravag. *Rem non novam, de dolo, et contumacia.*

aquel lugar ó lugares en que mas suele permanecer, y si en alguno tiene casa abierta, en la puerta de ella. Y el cuarto, cuando es persona incierta, v. gr. en un concurso de acreedores á los bienes de difunto en que se ignora quiénes y cuántos son, pues entonces se ponen edictos llamando á todos los interesados para que dentro del término que se les prefine comparezcan, amonestándoles que de lo contrario se les impondrá perpetuo silencio, y les parará el perjuicio que haya lugar.

23. Compete solamente este modo de citar por edictos á los jueces ordinarios, y à los delegados del Soberano ó su Consejo; pero no á otros comisionados, por lo que en caso de entender estos en alguna causa en que sea preciso citar por escrito, se ha de recurrir á aquel de quien dimana la comision, excepto que se le conceda especialmente ó se le permita por costumbre, pues entonces podrá citar por edictos.

24. Sucede algunas veces que los litigantes son contumaces; el actor desamparando la demanda que puso al reo, y este no queriendo comparecer en juicio; en cuyo supuesto es indispensable hablar de la contumacia ó rebeldía, la cual no es otra cosa que inobediencia al mandato del juez legitimo que llama á alguno á juicio (1). Se comete regularmente en siete casos: el primero, cuando el actor no manifiesta su accion habiéndolo mandado el juez dos ó mas veces. El segundo, cuando si la manifestó y el reo contestó, no la prosigue instándolo este. El tercero, cuando el reo no comparece ò impide que se le haga la citacion, ó se oculta maliciosamente. El cuarto, cuando no responde al libelo y posiciones del actor, ó responde oscuramente, no obstante habérsele mandado que responda clara y categóricamente. El quinto, cuando uno ú otro no quieren jurar de calumnia mandándoselo el juez. El sexto, cuando no obedecen la sentencia é impiden su ejecucion. Y el séptimo, cuando estando delante del juez, no quieren responder á lo que se les pregunta, y esta es la mayor contumacia por la injuria que le hacen en no darle respuesta, desairando su autoridad en su presencia (2).

25. La contumacia es de cuatro maneras: *notoria, verdadera, presunta y ficta*. Se llama *notoria*, cuando el citado en persona responde que no quiere comparecer. *Verdadera* cuando el citado legitimamente ò sabedor de la citacion, dice que com-

1 Cap. 3 y 6 *de dolo et contumacia*, ley 53. ff. *de re judicat.* y ley 8. tit. 7. Part. 3.

2 Greg. Lop. en la ley 1. tit. 8. Part. 3. glos. 3.

parecerá ó calla, mas no comparece. *Presunta*, cuando no consta que la citacion haya llegado à noticia del citado, pero se presume mientras no lo pruebe. Y *ficta*, cuando comete dolo para que no llegue, pues entonces finge y supone el derecho que llegó, y fue citado.

26. Entre la contumacia verdadera y ficta ó presunta, hay esta diferencia, que el contumaz ficto puede apelar ó pedir restitucion *in integrum*, pero el verdadero no (1); y para proceder contra este, aunque por nuestro derecho Real (2) à la primera rebeldía que se le acuse, se le tiene por tal, y se puede pedir que se le condene en las costas y daños causados á su contrario; no obstante, en la práctica suelen hacerse (como lo he visto repetidas veces) tres citaciones, estando el sugeto en el pueblo, ó una perentoria, si se halla fuera de la jurisdiccion, siguiendo lo dispuesto por derecho civil y canonico (3), y aun en este caso es menester que lo pida la parte, y le acuse dos rebeldias; bien que el juez no se excederá por seguir con todo rigor las leyes patrias, y asi, conformándose con ellas, puede declararle contumaz à la primera rebeldía.

27. Pero si el citado tiene justo motivo ò impedimento para no comparecer, y lo prueba, v. gr. incompetencia de juez, tiempo de ferias, prohibicion de su propio juez, estar llamado à tribunal superior, haber tempestades, guerras ó crecientes de rios por donde ha de transitar, ser menor ó rústico, estar cautivo y otros semejantes, no incurre en contumacia (4).

28. Contra el verdadero contumaz puede proceder el juez por prision, embargo de bienes, condenacion de costas, imposicion de multa y otras penas arbitrarias (5), con tal que la condenacion no sea en perdimiento de la causa, ni confiscacion de todos sus bienes, aunque el delito sea grave y extraordinario.

29. Si es actor, y despues de contestada la demanda se ausenta ò no quiere comparecer, puede compelerle el juez, à pedimento del reo, y no de oficio, à proseguirla (6); y si no la prosigue, absolver á este de la instancia, y condenar à aquel en las costas y daños que le causó, no oyéndole despues, à menos

1 Cap. 18 *de sentent et re judicat.* y ley 1. Cod. *Quorum appellationes non recipiuntur.*

2 Ley 8. tit. 7. Part. 3, y leyes 6. tit. 4. y 2. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec.

3 Cap. fin. §. *In aliis, ut lite non contextat.* y ley 53. §. 1. ff. *de re judicat.*

4 Leyes 53 y 54. ff. *de re judicat.* y ley 11. tit. 7. Part. 3.

5 Cap. 1. *de judic.* cap. 2. *de dolo et contumac.* cap. 3. *Ut lite non contextat.* Ley 8. tit. 7. Part. 3.

6 Cap. 3. *de dolo et contumacia.*

que preste caucion de comparecer y continuarla, ó pruebe haber estado legítimamente impedido, ó que el reo haya sido tambien contumaz, pues en este caso se compensa la contumacia del uno con la del otro. Tambien puede imponerle multa segun sea la contumacia (1); pero no debe imponérsela por no usar de la accion que le compete, y proponer otra; porque ninguna ley le concede esta facultad sino solo la de repelerla, siendo contra derecho, y prefinirle término para que la deduzca, apercibiéndole que si dentro de él no lo hace, procederá á lo que haya lugar, que es á imponerle perpetuo silencio, y absolver al reo de la instancia, pues no hay contumacia para que el juez se extienda á mas.

30. Si el reo es contumaz, conceden las leyes (2) al actor dos medios para conseguir su pretension. 1.° El de seguir la causa por rebeldía en estrados hasta definitiva, como si hubiere comparecido. En este caso, estando en el pueblo, y la causa pendiente, se declara por contestada la demanda á la tercera rebeldía que el actor le acusa, se recibe á prueba, y el auto de esta se le hace saber; justifica el actor su accion, y pasado el término de prueba, y hecha publicacion, si la pide, alega de bien probado; concluye; el juez procede á sentenciar la causa; y las diligencias de sustanciacion se notifican en los estrados de la audiencia, á excepcion de las de demanda, prueba y sentencia, que se le deben hacer saber en persona, y no dejándose ver, á su muger, hijos ó criados, y no teniéndolos, á sus vecinos mas cercanos en la forma explicada en el párrafo 5: pasado el término de la apelacion, declara el juez la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y procede á su ejecucion, todo á instancia del mismo actor.

31. Si se halla domiciliado en otra jurisdiccion, y está sujeto en aquel negocio al juez que de él conoce, aunque segun las leyes 13. tit. 4, y la 1. tit. 5. lib. 11. Nov. Rec. debe ser uno y perentorio el término sin necesidad de otro, ni estar obligado el actor á acusar las rebeldías mas que al fin de él, sustanciándose los autos en los estrados de la audiencia; se suelen librar no obstante cuatro despachos ó requisitorias en el discurso del pleito, no estando muy distante el reo. El primero de emplazamiento con término perentorio para que comparezca. El segundo para hacerle saber el auto de prueba, pues

1 Leyes 2 y 6. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. y ley 8 tit. 7. Part. 3.

2 Leyes 13. tit. 4. lib. 11. y las del tit. 5 del mismo lib., como tambien las del tit. 8. Part. 3.

aunque no haya comparecido hasta entonces, se le deben entregar los autos si comparece y los pide, y admitir la que haga dentro de su término. El tercero para notificar la sentencia por si quiere apelar de ella. Y el cuarto para que una vez declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, se ejecute en su persona y bienes. Este es el verdadero y mas justificado modo de sustanciar los autos en rebeldía, para que el reo no tenga disculpa de no habérsele oido, y pague las costas, si en ellas debiere ser condenado.

32. Yendo documentados estos despachos, los debe cumplimentar el juez de su domicilio, y como ejecutor mixto no excederse de lo que previenen, à excepcion de lo que se explicará mas adelante. Si deniega el cumplimiento, ó se teme que lo deniegue, debe el requirente ó la parte acudir y representar al superior inmediato para que los auxilie, y le imponga penas, à fin de que los cumplimente y evacue. Lo propio se ha de practicar cuando el juez del negocio no quiere expedirlos al otro, ò es moroso en ello por dolo ó malicia; pues por este hecho hace suyo el pleito, y probado debe pagar à la parte los gastos y daños que le ocasionó, y sobre ellos estarse à su juramento (1); lo cual es corriente en la práctica. Pero si del mismo despacho resultan méritos suficientes para no cumplimentarlo, ya sea por no ir documentado, ó por incluir algunas excepciones legales para denegacion, ò por no llevar el tratamiento político que corresponde al juez requerido, puede denegarle el cumplimiento, asesorándose si es lego, con letrado, como lo he visto practicar.

33. Siendo ordinarios asi el juez requirente como el requerido, no debe cometer el exceso de conminar à este con multa ni otra pena, porque son iguales en jurisdiccion, aunque el requerido parezca en este caso inferior, pues el igual no tiene imperio sobre otro igual, y mucho menos el inferior sobre el superior; lo cual se entiende aunque sea togado, y por esta razon mas digno, pues el honor de la toga es personal, y no presta mayor jurisdiccion que la ordinaria; por lo que el requerido puede exhortarle se abstenga de imponerlas, y no se exceda en su jurisdiccion y facultades, ó retener el despacho original, y con él quejarse de sus procedimientos al superior para que le contenga.

34. Mas si el juez requirente es comisionado del Rey ó de

1 Ley *Si quando*, Cod *de testib.* y ley 9. tit. 7. Part. 3.

tribunal superior, puede en vista de la inobediencia, y no antes, no solo conminarle, sino exigirle la multa que le imponga, porque la superioridad á quien representa, y cuyas veces hace, le concede tácitamente jurisdiccion y facultad para mandarle y hacer que le obedezca, respecto de que por política no obedeció. Si el requerido es superior al requirente, le ha de despachar suplicatoria y no exhorto, y asi se practica.

35. El segundo medio que las leyes conceden al actor, es la via de *asentamiento*, para que por contumacia del reo se le ponga en posesion de sus bienes, ya proceda por accion real ó personal, de lo cual tratan las cuatro del tit. 5. lib. 11. Nov. Rec. y el tit. 8. Part. 3; y no obstante que no se estila en la Corte ni en otras muchas partes (por cuya razon no trato de él), puede usarse, como lo dicen los autores (1). Si el actor elige la via de prueba, aunque sea contra el menor contumaz, puede dejarla y usar de la de asentamiento, segun la ley final de dicho tit. 5. lib. 11 (*).

36. No incurren en contumacia, aunque no comparezcan ante el juez de la causa, los siguientes: el que es mayor ó igual á él; el clerigo mientras celebra ó está en las horas canónicas; el religioso, y otros que estan bajo de obediencia, pues la citacion se debe entender con sus prelados: los que por grave enfermedad, servicio de la república ú otro motivo semejante estan impedidos de comparecer; pero estos lo deben hacer por procurador: los novios en el dia en que se casan; el que va acompañando algun cadaver de su casa ó de la de su señor, amigo, ó pariente hasta que esté enterrado: los menores, locos, pró-

1 Paz en su *Pract.* tom. 1. part. 2. y tom. 2. part. 1. cap. 3 y 4. Hevia Bolañ. en la *Cur. Filip.* part. 1. *Juicio civil.* §. 14. num. 11 y 12.

* El asentamiento se ha de hacer de este modo. Si la demanda fuere sobre accion real, la cosa demandada se ha de entregar al actor; y si fuere sobre accion personal, se le han de entregar bienes del reo hasta en la cantidad de la deuda que sean muebles, y á falta de estos raices. Si el reo pareciere á alegar de su justicia, despues de haberse entregado al actor los bienes (por accion real en el término de dos meses, y por personal en el de uno) purga la rebeldía, y han de devolvérsele, oyéndole en via ordinaria; mas no pareciendo dentro de dicho término, el actor es verdadero poseedor de los bienes, y no está obligado á responder al reo sobre la posesion de ellos sino sobre su propiedad. Siendo hecho el asentamiento por accion personal, pasado el mes de su término, si el actor quisiere mas bien ser pagado de la deuda que tener la posesion de los bienes, han de ser vendidos por mandado del juez en almoneda, con sus correspondientes pregones, y con su precio ha de ser satisfecho del importe de la deuda y costas; mas si no alcanzaren para esto, se echará mano de otros bienes y se venderán para dicho efecto; todo lo cual se previene en la ley 1. tit. 5. lib. 11 Nov. Rec.; debiendo notarse que en causas de seiscientos maravedis abajo no se puede hacer asentamiento, sino que se han de sacar prendas y venderse para lo paga, segun la ley 4 del mismo tit. y lib. *Curia Filipica*, part. 1. §. 14. num. 12.

digos y mentecatos que tienen curador: los diputados ó comisionados por el Rey ó por su señor, ciudad ó villa, mientras estan en su comision: el pregonero ínterin pregona: el siervo, sino en ciertos casos: el que está llamado por juez mayor que el que le emplazó, pues debe comparecer ante el primero. Todos los demas deben comparecer por sí ó por medio de procurador, aunque gocen de privilegio; pero en este caso será únicamente á hacerle ver que no es juez suyo, ni puede conocer de sus negocios (1), ó practicarán lo explicado en el párrafo 4.°

37. En causas civiles no debe ser emplazada la muger honrada que vive honestamente, para ir en persona ante el juez, sino solamente por procurador; pues si hay que tomarla alguna declaracion, debe el juez ir á su casa, ó enviar escribano que se la reciba; pero puede serlo en las criminales (2). Si el juez hubiese querido violentarla torpemente, ó casarse por fuerza con ella, no debe emplazarla, como tampoco á ninguno de su casa, ni estan obligados á ir aunque los emplace, ni á enviar personeros. Lo que debe hacer en este caso el demandante, es usar de su derecho ante otro juez del pueblo, y no habiéndolo, ante el mayor de aquel territorio (3).

38. Si alguno tiene accion contra bienes de difunto que dejó herederos conocidos por *testamento ò abintestato*, y estos no han admitido ni dimitido ò repudiado la herencia, debe pretender se notifique à todos que la admitan dentro de un breve término que se les prefina, y aceptándola, ha de pedir contra ellos. Lo mismo ha de practicar cuando callan; pero en este caso, pasado el primer término, les ha de acusar dos rebeldías, y el juez haberlas por acusadas, prefiniéndoles en cada una otro competente, segun la distancia, para que acepten ò repudien, apercibiéndoles en el último, que si dentro de él no lo cumplieren, deferirá à la pretension del actor, que será à haberla por aceptada ò repudiada; bien que si acudieren, aunque sea en el último, pretendiendo les conceda el legal para deliberar, se le debe conceder, y pasado sin haber dicho cosa alguna, se estimará haberla aceptado; y con ellos ha de seguir el actor la demanda ordinaria ò ejecutiva que corresponda; y si uno solo la admite, con él debe entenderse.

39. Si los herederos repudian la herencia, han de ser requeridos à instancia del actor los parientes inmediatos por su

1 Ley 2. tit. 7. Part. 3.
2 Ley 3. tit. 7. Part. 3.
3 Ley 6. tit. 7. Part. 3.

orden hasta el cuarto grado, contado por derecho civil; y no queriéndola estos, se debe pretender ante todas cosas para evitar nulidad, que el juez nombre defensor à los bienes, con quien se entiendan la demanda y las diligencias sucesivas, que se inventarien y custodien para evitar su extravío, y en caso de haber algunos raices, que elija administrador lego, llano y seguro que los cuide. Pero si por falta de parientes conocidos (para cuya averiguacion se deben fijar edictos llamándolos segun lo previenen las leyes), ò por repudiar todos la herencia, recayere en el fisco, se ha de entender la demanda con el fiscal de su Magestad.

40. Del mismo modo se debe proceder cuando el marido, su heredero ú otro acreedor quieren reconvenir ò demandar à la muger ò al suyo, pues deben pretender se le prefina término para que acepte ò repudie los gananciales, y es lo que se observa.

41. Compitiendo accion contra cautivo, se ha de nombrar defensor à sus bienes y sustanciarse con él los autos (1), como tambien cuando compete contra el ausente en paises de ultramar, ò en otros remotos, si no tiene apoderado en el pueblo del juicio, ni se espera el pronto regreso, pues esperándose, se ha de aguardar á que venga (2); pero no cuando dejó procurador ò apoderado, en cuyo caso se ha de entender con este, y no nombrarle defensor; para lo cual el actor debe probar la ausencia dilatada y la ignorancia de su pronta venida.

42. Alegando el actor que el ausente se ha muerto, y pretendiendo su herencia como pariente inmediato, ha de justificar por fama pública del pueblo su fallecimiento, ò à lo menos que se ignora su paradero mas de diez años há; y entonces se le entregarán sus bienes por inventario, para que los tenga como curador, dando fianzas seguras y saneadas de restituirlos con los frutos que produzcan, al ausente ò al heredero que haya instituido, siempre que venga (3), como para otros casos lo previenen dos leyes recopiladas (4). No pudiendo probar uno ni otro, ni sabiéndose de su vida ò muerte, se deben entregar sus bienes bajo de fianzas à sus parientes mas cercanos, para que los tengan en la propia forma.

43. Si el ausente tiene acreedores, y estos piden que se nombre defensor ò curador à sus bienes, basta que conste es-

1 Leyes 4. tit. 29. Part. 2, y 12. tit. 2. Part. 3.
2 Greg. Lop. en la 12 cit. glos. 1.
3 Ley 14. tit. 14. Part. 3.
4 Leyes 4 y 5. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.

tarlo en partes remotas, y que no se espera su pronta venida, para que se nombre, y con él se han de sustanciar los autos, y valdrá lo que sin engaño haga, del mismo modo que si el ausente lo hiciera por sí (1). Pero esperándole en breve, se han de aguardar los acreedores, y no nombrársele defensor.

CAPITULO SEPTIMO.

De la contestacion y sus efectos.

§. 1. ¿Que es contestacion, y de cuantos modos puede hacerse?
2. ¿Dentro de qué término y ante quién debe contestar el reo?
3. El reo puede contestar ó contradiciendo al actor, ó confesando su obligacion. En este último caso se impide el progreso del juicio.
4. ¿Cuando y de qué modo puede hacerse dicha confesion?
5. Efectos de ella.
6. Cuando el reo no contesta dentro de los nueve dias siguientes al de la citacion, se tiene por contestada la demanda.
7. ¿Que requisitos son necesarios para tener al reo por contumaz?
8. Abusos introducidos por los litigantes para vejar con dilaciones á sus contrarios.
9. Efectos que produce la contestacion.

1. La contestacion en los juicios, es la respuesta asertiva ò negativa que da el reo à la demanda del actor (2). Es el fundamento del juicio, y tan esencial y precisa, aunque sea en causas sumarias, que las partes no pueden remitirla; y si se omite, son nulos el proceso y el juicio (3). Puede hacerse expresa ò tácitamente: expresamente, cuando el reo comparece por sí ò por su procurador con poder bastante, y responde à la demanda confesándola ò negándola; y tácitamente cuando por su contumacia ó rebeldía se declara por contestada, conforme lo ordena la ley (4).

2. El reo debe contestar à la demanda ante el juez y escribano de la causa, si pueden hallarse, y sino ante otro escribano y testigos, con palabras claras y terminantes, dentro de los mis-

1 Ley 12 tit. 2. Part. 3.
2 Leyes 7. tit. 34. Part 3. y 1. tit. 6. lib. 11. Nov. Rec.
3 Greg Lop. en la ley fin. tit. 10. Part. 3. glos. 4.
4 Ley 1. tit. 6. lib. 11. Nov. Rec.

mos nueve dias siguientes al de la citacion ò emplazamiento, en que debe oponer las excepciones dilatorias, los cuales corren de momento à momento, aunque sean feriados; por lo que en estos y aun de noche se puede hacer, esté presente ò ausente el actor. Si el pleito fuere sobre alcabalas, ha de hacerse la contestacion dentro de tres dias precisos, contados desde la intimacion de la demanda (1).

3. El reo que contesta expresamente puede hacerlo de dos modos, á saber, contradiciendo al actor, ò confesando llanamente su obligacion en los términos que este la propone. En el primer caso, como falta la prueba que necesita el juez para su decision, es necesario ir por la causa adelante, esperando à que los litigantes justifiquen sus respectivos derechos por los medios que les conceden las leyes. Pero cuando el reo confiesa su obligacion, se impide el progreso del juicio, y no tiene que hacer otra cosa el juez sino condenarle inmediatamente al pago ò restitucion de la cosa que se le pide, concediéndole término competente (2).

4. Esta confesion del reo se llama en la ley 1. tit. 13. Part. 3. *conocencia*, la cual puede hacerse en dos tiempos y maneras: 1.ª cuando el actor la pidiere ante juez competente como preliminar à su demanda, y antes de formalizarla; y en este caso producirá un precepto ò mandamiento de pago, que sin ser sentencia verdaderamente definitiva, obra los mismos efectos, y la debe cumplir en el término que le señale el juez, sin dar lugar à pleito ni demanda: 2.ª cuando responde à las posiciones del actor despues de contestada la demanda, ò en el mismo acto de la contestacion; y entonces procede el juez à dar su sentencia definitiva estando el pleito concluso (3).

5. La razon de esta diferencia en el modo de concebir su mandamiento el juez, aunque no la haya en el efecto de su ejecucion, consiste en que sin demanda y contestacion no puede tener lugar la sentencia definitiva, y se suple con el mandato de pagar que tiene en este caso la misma fuerza por efecto de la confesion, que es la prueba mas firme y segura, como si se hiciese con buenos testigos ò por cartas verdaderas, y asi produce ejecucion (4), siendo de notar que de la sentencia ò manda-

1 Ley 5. tit. 7. lib. 9. Rec. Esta ley que cita Febrero no se halla en la tabla de correspondencia de la Novísima, ni en el tit. 6. lib. 11 de esta, donde se trata de las contestaciones, hay tal disposicion relativa al pleito sobre alcabalas.

2 Leyes 7. tit. 3. y 2. tit. 13. Part. 13.

3 Leyes 2. tit. 22. Part 3. y 1. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.

4 Ley 4. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

miento que diere el juez por efecto de la confesion que hiciere el deudor en los términos referidos, no hay apelacion (1). No obstante si motivase en ella haber hecho con error su confesion, y se ofreciese à probarlo, debe ser admitida, y se revocará la sentencia dada à consecuencia de su confesion, si probare su error en el juicio de la apelacion (*).

6. Cuando el reo no contesta dentro de los nueve dias siguientes al de la citacion ò emplazamiento en que debe oponer las excepciones dilatorias, segun se ha dicho (2), la ley tiene por contestada la demanda, y al reo por confeso en pena de su contumacia ó rebeldía.

7. Para tener al reo por contumaz, son precisas dos cosas segun la inconcusa práctica de los tribunales: 1.ª que el actor le acuse la rebeldía (3); y 2.ª que el juez lo declare; por lo que si muere antes de la contestacion, no se trasmite la pena de contumacia à sus herederos; y si despues, se debe hacer saber à estos el estado de los autos para que salgan à su defensa, elijan otro procurador, si quisieren, y les perjudique la sentencia, pues de otro modo no les perjudicará. Por lo mismo, aunque en derecho se le estima confeso, no le está prohibido oponer dentro de los veinte dias siguientes al de la contestacion las excepciones perentorias. Pero si no quiere contestar, porque

1 Greg. Lop. en la ley 7. tit. 3. Part. 3. glos. 1. con otros muchos que cita.

* La doctrina de este párrafo y el anterior está tomada de la citada obra del señor Conde de la Cañada, part. 1. cap. 4, y se ha añadido aqui por estar el autor diminuto en esta materia.

2 Leyes 1 y 3. tit. 6. lib. 11. Nov. Rec. »Esta confesion presunta ó legal hace veces de contestacion, y cierra la puerta á las excepciones dilatorias que podria poner al demandado si hubiera venido á producirlas dentro de los mismos nueve dias. Induce tambien esta presuncion un efecto de prueba de la demanda, que permanece hasta tanto que el demandado pruebe concluyentemente su libertad y ninguna obligacion; pues como en esta parte procede por via de excepcion contra la confesion presunta que considera la ley haber hecho no compareciendo dentro de los nueve dias, hace en esta parte las veces de actor, y ha de probar lo que propone contra la intencion de aquel que la tiene ya fundada en la presuncion ó ficcion de la ley. Estos son los efectos á que debe restringirse la confesion presunta en rebeldía, quedando libre al demandado todo el progreso de la causa para alegar y probar en ella no ser deudor de lo que se le demanda, y ser de consiguiente absuelto en la sentencia definitiva." El señor Conde de la Cañada (en el lugar citado, num. 22, 23 y 24.) que funda principalmente esta doctrina en la ley 1. tit. 5. lib. 11. Nov. Rec.

3 »La ley 2. tit. 15. lib. 11 de la Nov. Rec. da ocasion para dudar si la novedad de concluir con una sola rebeldía, es privativa de los negocios que penden en los Consejos y audiencias, ó si es comun á los demas tribunales del reino.... Sin embargo que la letra de dicha ley sea limitada á los Consejos y audiencias, su razon y espíritu es general, y en beneficio de la causa pública; ademas de que hay otras diferentes leyes que no tienen la restriccion indicada; antes bien disponen en términos indefinidos que con sola una rebeldía se concluya y tenga el mismo efecto que hacian las tres anteriormente." (Leyes 13. tit. 4 y 3. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec.) Conde de la Cañada: *Instituciones pract.* part. 1. cap. 7. num. 44 y 45.

el procurador del actor no legitima su persona, no está obligado á ello, ni se le debe tener por confeso, ni el juez ha de proceder á la determinacion una vez opuesto este defecto, porque en el juicio nulo no se puede considerar confesion.

8. La malicia de los que procuran entretener y vejar á sus contrarios, ha querido introducir el uso de que solo se cuente cualquiera término desde que toman los autos; y asi cuando se les notifica algun traslado, no los toman hasta el último dia en que debian evacuarlo, haciendo de modo que se conviertan en nueve ó mas los tres dias que tienen para responder á él, con notable perjuicio de sus colitigantes. Semejante abuso no debe ser permitido por los jueces, debiéndose contar cualquiera término desde el dia de su notificacion exclusive, de suerte que si en aquel en que espira toma el litigante los autos, y al siguiente quiere apremiarle el contrario á su devolucion, se le debe dar el apremio, y de ningun modo ha de contribuir el juez ni el escribano á que contra lo prevenido repetidamente por las leyes que encargan justamente la brevedad en los pleitos, se dilaten y causen gastos y extorsiones á los que proceden de buena fe (1) (*).

9. Muchos efectos produce segun derecho la contestacion. El primero es que una vez hecha, no puede el demandante arrepentirse, dejar de proseguir el juicio hasta la sentencia, ni mudar su accion contra la voluntad del demandado; ni al contrario este contra la de aquel, porque ya hay juicio, está trabada la litis, y pasa á casicontrato que se celebra entre los litigantes; lo cual antes de hacerla es permitido y se practica. El segundo es cerrar la puerta é impedir que se opongan la declinatoria de fuero y demas excepciones dilatorias, quedando el reo sujeto al juez y obligado al actor. El tercero es interrumpir la pres-

1 Salg. *de reg* part 2. cap 8. num. 76. Parej. *de edition.* tit. 6. resolut. 7. num. 27.

* Si pasado el término ordinario no se hubiese evacuado el traslado, no debe omitirse el apremio; pero acontece comunmente pedirse término para despachar los autos, y los jueces defieren á esta pretension, concediendo muchas veces diez, quince, veinte dias y aun un mes. Se cumple este termino, se pide y se concede otro por tantos dias, en los cuales tampoco se responde al traslado. Se hace nueva pretension, y se suelen conceder dos ó tres dias perentorios, pasados los cuales se mandan volver los autos con respuesta ó sin ella. A las veces se pasan en estos términos hasta dos meses, y esta dilacion suele repetirse por un efecto de la malicia de los litigantes, tantas cuantas veces se toman los autos, de manera que un pleito de poca monta que debia terminarse á lo mas en el espacio de dos ó tres meses, suele durar dos ó tres años. Este es un abuso que merece toda la atencion de los jueces, teniendo presente cuanto recomiendan nuestras leyes la brevedad, para evitar los daños y perjuicios que se ocasionan á las partes mismas con semejantes dilaciones. *Febrero adicionado.*

cripcion de la accion, aunque se haga ante juez árbitro. El cuarto constituir en mora y de mala fe al reo en cuanto à los frutos de la cosa litigiosa; por lo que si es vencido en el juicio, debe restituir los devengados desde la contestacion. El quinto es que siendo válida se perpetúa la accion personal por cuarenta años. El sexto, que el procurador que la hace se estima dueño del pleito, puede sustituir despues como tal el poder que se le confirió, y con él y no con el dueño se deben entender en aquel juicio todas las diligencias que ocurran mientras no le revoque el poder, hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y no mas, pues su ejecucion ha de ser con el dueño en persona. El séptimo, que despues de contestado el pleito se puede proceder á la recepcion de testigos; lo que antes no, excepto en los casos ya expresados de que tratan las leyes 2. à la 8. del tit. 16. Part. 3. Otros muchos efectos produce la litiscontestacion, que explican la 8. tit. 10. de la misma Partida, Paz in *Prax.* tom. y part. 1. temp. 6. num. 9 al 22. Carlev. *de judic.* tit. 2. disp. 1. num. 11 y 12, y otros autores que citan. El octavo es, que una vez contestado el pleito, aunque fallezca uno de los litigantes, puede el procurador que lo contestó, continuarlo hasta su final decision, sin embargo de que sus herederos no le ratifiquen el poder, ni le den otro, con tal que no elijan nuevo apoderado.

CAPITULO OCTAVO.

De la compensacion.

OBSERVACION PRELIMINAR.

El señor Conde de la Cañada, que en sus *Instituciones prácticas* trató de los juicios civiles con la mayor solidez y afinado método, despues del capítulo 4, en que habla de la contestacion, explica en el siguiente la compensacion, como que esta es una de las mas vigorosas defensas del demandado, por cuanto extingue la accion del demandante, y puede producirse no solo ante el juez de la primera instancia en todo el progreso de los autos, sino tambien en el tribunal adonde hayan ido por apelacion. Siguiendo pues, el egemplo de tan respetable autor, trasladaré à este lugar la doctrina que acerca de la compensacion insertó Febrero en su tratado del juicio ejecutivo, sin otra razon que la de admitirse y tener lugar tambien en las causas ejecutivas, como una de las excepciones que él llama útiles, aunque impropiamente; pues como dice muy bien el señor Conde de la Cañada, la compensacion no es realmente excepcion, sino pura defensa con efectos de paga; y siendo admisible en toda clase de juicios civiles, corresponde tratar ahora de ella, mayormente cuando tiene cierta semejanza con la reconvencion; de que se hablará en el capítulo siguiente, aunque sus efectos son diferentes, como se verá despues.

§. 1. ¿Que es compensacion?
2. De las varias especies que hay de compensacion.
3. Efectos de la compensacion.
4. ¿En que se diferencia de la retencion?
5. Requisitos necesarios para que tenga lugar la compensacion.
6. ¿Cuando podrá oponerse?
7. Facultad que tiene el heredero para compensar con el acreedor del difunto su causante.
8. Igual facultad tiene el deudor demandado por el heredero acerca de lo que debia al difunto.
9. El socio carece de accion para compensar lo que debe á la sociedad con lo que peculiar y privativa-

mente le debe su consocio.

10. Si el fiador es demandado por la fianza que constituyó, puede compensar no solo la suma que el acreedor ó demandante le debe, sino tambien la que este debe al principal deudor, á su eleccion.
11. Excepcion de la doctrina sentada en el párrafo antecedente.
12. Siendo el padre y el hijo para los efectos civiles una sola persona, tendrá lugar con el uno la compensacion de lo que un tercero debe al otro.
13. ¿Como podrá compensar el procurador de negocios agenos?
14. El procurador en su misma causa, ó cesionario, podrá excepcionar la compensacion con el crédito adquirido en virtud de la cesion.
15. Diversidad de opiniones acerca de si es válida la renuncia de la compensacion.
16. El deudor demandado no podrá oponer contra su acreedor la compensacion de lo que este debe á un tercero, aunque el tal, cuyo crédito se deduce para que se compense, lo consienta.
17. El prelado ú otro que administra bienes de la iglesia, no está obligado á admitir la compensacion de su propio débito con lo que el demandado debe á la iglesia.
18. Los créditos del tutor y curador no deben compensarse con los de su menor.
19. Si el vendedor instare para la solucion del precio de la cosa que vendió, puede el comprador oponerle la compensacion del crédito que tiene contra él, no siendo el vendedor el fisco.
20. El comprador á quien el vendedor reconviniere por el precio de la cosa que vendió, puede oponer la compensacion de lo que se le quitó por eviccion.
21. Si el comprador hubiere hecho mejoras en la cosa ó finca, puede usar por ellas de la retencion de esta contra el que la haya ganado en juicio, y en tal caso podrá oponer la compensacion de las mejoras con los frutos percibidos de la finca.
22. En el retracto de consanguinidad, ¿cuando deberá admitirse al retrayente la compensacion de su crédito?
23. ¿Que circunstancias deberá tener presentes el juez para admitir ó no la compensacion?
24. La compensacion no tiene lugar en el depósito de cualquier clase que sea.
25. Tampoco tiene lugar en el comodato.
26. En los créditos pertenecientes al fisco por razon de contribuciones Reales, no se admite compensacion á su deudor, y lo mismo se entiende con el administrador de bienes de cual-

quiera persona, ejecutado por el alcance de su administracion.

27. Tampoco es admisible la compensacion por lo que se debe à la república ó comun de algun concejo ó pueblo por razon de censo ó portazgo.

28. ¿En que casos deberá admitirse la compensacion al demandado por alimentos?

29. En cuanto á la ejecucion de alguna obra ó hecho, no debe admitirse la compensacion de este ni de su ejecion en otro lugar que el convenido.

30. Es admisible la compensacion del crédito con las obras ó servicios que alguno hace.

31. La compensacion tiene lugar no solo en los débitos y acciones, sino tambien en los delitos é injurias, siendo de una misma especie, y no de diversa.

32. Aunque el deudor no deduzca la compensacion de su crédito, no por eso se entenderá que confiesa haberséle satisfecho; bien que si sabiendo que puede compensar paga por error de derecho, pierde el beneficio de la compensacion.

1. La compensacion es una mutua contribucion del crédito y débito entre sí, ó un descuento y modo de satisfaccion con que el ejecutado ó demandado pretende enervar y desvanecer la ejecucion ó demanda que el actor le puso (1).

2. Hay varias especies de compensacion conocidas con diversos nombres, que les dan los autores. La una se llama *relativa* entre el deudor y el acreedor: otra *propia*, que es la que se hace entre los dos referidos, ó *ipso jure*, ó mediando oposicion: otra *impropia*, que tiene lugar en las últimas voluntades, v. gr. cuando el testador instituye heredero ó legatario á su acreedor: otra *necesaria*, y es la que hace el juez en los casos permitidos contra la voluntad de una de las partes: *voluntaria*, y es la que hacen espontáneamente los interesados, la cual se admite aun en los casos permitidos en derecho: *directa*, que es la verdadera; é *indirecta*, de que usa aquel á quien se niega la directa, y la dan el nombre de retencion: *extrínseca*, y es la que se deduce de causa separada del crédito del actor; é *intrínseca*, que proviene de la misma fuente, hecho y causa de donde se toma la peticion del actor: *legal*, que se hace por la ley, sin que intervenga ministerio de hombre: y últimamente hay compensacion llamada de delitos.

1 Ley *Compensatio*, 1, y ley *Quod in diem*, §. *Etiam*, ff. *de compensat.* Ley 20, tit. 14. Part. 5.

3. Se introdujo la compensacion por equidad, con el fin de cortar los litigios y evitar rodeos superfluos, de suerte que se haga á un tiempo lo que habia de hacerse en muchos. Pasa activa y pasivamente, como excepcion real perentoria, inherente á la cosa, á los herederos y sucesores singulares del deudor á prorata de lo que debia; y asi aunque este no la haya opuesto, pueden oponerla por ello, mas no por su propia deuda. Tambien pasa contra los herederos conjuntos, de manera que es recíproca entre todos: extingue no solo la primera obligacion sino asimismo las accesorias, una vez hecha la oposicion judicial: se numera entre las especies de paga, y tiene el vigor y efecto de verdadera: impide *ipso jure* el curso de las usuras é intereses, débanse por una parte ó por ambas: exime al deudor de la nota de moroso, y disuelve la obligacion pignoraticia: produce accion pignoraticia contraria para reivindicar la prenda que se halla en poder del acreedor, y causa ademas otros muchos efectos que pueden verse en el tratado de *compensationibus* de Bartolomé Bersano, cap. 1. quæst. 20. Adviértase que al deudor que niega su débito, si despues se le convence de falsedad, no se le admite por derecho la compensacion de su crédito, sino solo por equidad, porque la mentira deroga los privilegios.

4. La *retencion* que es *una reservacion del derecho antiguo que alguno tiene sin concederle cosa nueva*, suele tambien llamarse compensacion, aunque se diferencia de esta en los siguientes efectos: 1.° por la compensacion se disuelve y extingue el débito; mas no por la retencion, pues solo se trata de que se extinga, y mientras esto se declara, retiene el acreedor en su poder la prenda que tiene de su deudor: 2.° la compensacion se hace por derecho en algunos casos; y la retencion á pedimento, por excepcion de parte solamente; 3.° la compensacion se limita á ciertos casos y cosas permitidas por derecho, y solo en ellas tiene lugar; pero la retencion en cualquiera se admite, y asi excluida la compensacion directa entra la indirecta, cual es la retencion hasta contra la ejecucion de la sentencia, si el crédito no está líquido: 4.° aunque del dinero á la cosa no se admite compensacion, porque cuando se elige á alguno para que ejecute cierta cosa, es visto elegir su industria, no es asi con respecto á la retencion, por lo que esta es mas favorable al acreedor que aquella, y es indudable que todo el que compensa retiene, mas no todo el que retiene compensa: 5.° la compensacion tiene naturaleza de accion; pero la retencion es al contrario, porque se funda en la cosa poseida sin la mas leve participacion

de accion, y asi mejor es poseer la cosa, que tener accion á pedirla, y mas seguridad hay en ella que en la persona del deudor. Igualmente se diferencia la compensacion de la solucion, en que en esta cualquier tercero se admite á pagar por otro, y el acreedor puede ser compelido á recibir de él lo que le satisface por el deudor (1); pero á compensar no es admitido, como adelante diré (*).

5. Para que haya lugar á la compensacion se requiere: 1.° que las cosas que se piden y pretenden compensar, consistan en número, peso ó medida, y sean líquidas ambas, v. gr. dinero con dinero, trigo con trigo, vino con vino &c. (2); pues del dinero con la especie no se admite, à menos que perezca esta, y se venga à su estimacion, en cuyo caso no se juzga de la especie como tal, sino como cantidad; ni cuando ambas partes deben dinero, la una como cantidad, y la otra como especie, v. gr. si en un bolsillo cerrado y sellado existe alguna sin contar, pues entonces mas será permuta que paga; ni de género con especie (3); ni tampoco de género con género, siendo diversos; pero si es uno mismo, v. gr. trigo con trigo, y ambos tienen igual bondad, es admisible: 2.° que la cosa que se intenta compensar tenga la misma estimacion y bondad que la que se pide, por lo que si uno debe cierta porcion, v. gr. de trigo á otro, y este á él otra tanta, pero de mejor calidad, no se admitirá la compensacion por defecto de idéntica bondad; en cuya atencion, en la de ser incierto su valor, y no poderse liquidar brevemente, y en la de considerarse ademas de esto la aficion á la cosa y otras circunstancias que hacen à la una mas cara que á la otra, no se debe compensar la especie con la especie, ni el género con otro género: 3.° que el crédito y el débito concurran en una misma persona, de suerte que ambos litigantes sean acreedores y deudores, actores y reos; pues con el crédito de un tercero no se admite la compensacion por favor del deudor, ni se puede obligar á este à que contra su voluntad compense lo que debe à otro que á su deudor: 4.° que el crédito y el débito se pidan en nombre propio y no en el de un tercero, por lo que el tutor que es acreedor de alguno, no puede compensar con él lo que debe en nombre de su pupilo, ni con el acreedor de este

1 Ley *Solvere*, 53. ff. *de solut.* et ibi glos. et DD. y ley 3. tit. 14. Part. 5.

* En el capítulo siguiente se dirá en qué se diferencia la compensacion de la reconvencion.

2 Ley 2. §. *Mutuus*, ff. *Si cert. petat.* Ley 21. tit. 14. Part. 5.

3 Ley 21. tit. 14. Part. 5, y en ella Greg. Lop. glos. 1, 2 y fin.

lo que él mismo debe por sí; 5.° que conste del crédito y esté líquido, ó se pueda liquidar en el término de diez dias, por confesion de la parte contraria, ò por otro medio legal, pues en otros términos no se admite compensacion de lo líquido con lo ilíquido (1): 6.° que el débito provenga de causa justa, y título legítimo, y no de pura ó mera gratitud: 7.° que intervenga la voluntad del deudor en querer la compensacion, pues en su eleccion está el pretenderla ó satisfacer à su acreedor lo que le debe: 8.° que el débito sea puro y no alternativo ni condicional, ni á dia cierto, porque hasta que este se verifique, y la condicion se cumpla, no se considera como tal. Concurriendo estos requisitos, asi como el que tiene à su favor muchas prendas ò bienes obligados puede elegir el que quiera para que se venda y se le haga pago, y el fiador reconvenido compensar el débito con su crédito, ó con el del principal deudor; del mismo modo el acreedor, aunque lo sea por muchas causas, y resulte deudor de su deudor, por una sola, puede elegir el crédito que mas bien le parezca y compensarle con su propio débito, y esto en cualquier parte, aunque hubiese prometido pagarle en lugar determinado, ya porque no le está prohibido, y ya tambien porque en este caso mayor efecto causa la accion mixta de excepcion que la pura accion. Es de notar, que asi como no se admite reconvencion de reconvencion por las razones que se darán en el capítulo siguiente, tampoco compensacion de compensacion en todos casos.

6. No solo puede oponerse la compensacion antes de la sentencia en cualquier parte del juicio, ya sea sumario ó plenario, sino despues de pasada en autoridad de cosa juzgada, por ser excepcion perentoria que no la impugna, y solo la modifica (2); y puede hacerse la oposicion ante el juez ordinario, el delegado, el de apelacion, el árbitro en la causa compromisaria, y el mero ejecutor por via de excepcion, aunque esten pasados los diez años que la ley 63 de Toro prescribe para pedir ejecutivamente, pues se debe admitir conteniendo los requisitos expresados, porque lo que es temporal y limitado para demandar, es perpetuo para excepcionar, como tambien por via de reconvencion. Si el demandante la opone por excepcion, entonces, como que alega no ser deudor y pretende que asi se declare y que se le descuente su importe de lo que el acreedor le pide, debe admitir-

1 Dicha ley 21. tit. 14. Part. 5.

2 Leyes *Si const.* y *Ex causa*, Cod. *de compens.* y ley *Unusquisque*, ff. eod. tit.

sele y descontársele; pero si no la justifica de suerte que no se dude de ella, debe pagarle ante todas cosas, y luego seguirse el pleito, recibiéndose á prueba por via de justificacion (1). Lo mismo se ha de practicar cuando la opone por via de reconvencion como mutua peticion; y para que no sea perjudicado, ni la compensacion que intenta surta el efecto de reconvencion, ha de pretender se le absuelva de lo pedido por el actor, mediante la compensacion deducida. Es de advertir que el que opone la compensacion, puede pedir se compela á su contrario á la manifestacion de los papeles ó instrumentos que existen en su poder, para probarla cuando es intrínseca, esto es cuando proviene de la misma causa de que se origina su peticion ó demanda, pero no cuando es extrínseca.

7. El heredero á quien pasa activa y pasivamente la excepcion de compensacion, tiene facultad de compensar con el acreedor del difunto su causante lo que debe á este, si aquel le demanda por lo que el difunto le debia, porque la compensacion como excepcion real es inherente á la cosa y no á la persona. Si son muchos los herederos, ha lugar tambien entre ellos la de los débitos hereditarios, v. gr. si uno posee la parte de la herencia que corresponde al otro, y este la que se debe dar á aquel, en cuyo caso si uno de ellos quiere reivindicar la suya, le obsta la excepcion de compensacion de la que retiene y pertenece al otro partícipe (2); pues aunque de la especie á la especie no se admite en derecho, cesa la prohibicion con la voluntad de las partes. Pero el coheredero no puede excluir á su acreedor por lo que este debe á otro heredero, cuyo débito no dimana de parte de la herencia (3).

8. Igual facultad tiene el deudor demandado por el heredero acerca de lo que debia al difunto; pues puede excepcionar la compensacion no solo de lo que este le debia, sino tambien de lo que el mismo heredero le está debiendo, porque despues de la aceptacion de la herencia se confunde esta con los bienes del aceptante, á cuya consecuencia los débitos de este se consideran y gradúan como de aquel para el efecto de compensarse, especialmente siendo lisa y llana la aceptacion; pues si fuere con beneficio de inventario es opinable, á causa de que la herencia aceptada de esta suerte, se distingue del heredero, el

1 Ley 20. tit. 14. Part. 5. et ibi glos. 3 y 4, y ley 1. tit. 28 lib. 11. Nov. Rec.

2 Greg. Lop. en la 21. tit. 14. Part. 5. glos. 2. Bersan. cap. 3. glos. 7. num. 18 al 21 y glos. 7. num. 17 y 18.

3 *Medices de compensat.* part. 2. glos. 6. num. 1; Bersan. cap. 3. glos. 1. num. 4 al 9. y glos. 7. num. 17 y 19.

cual en este caso es un mero depositario, y no está obligado á mas de lo que permita la herencia. Pero si los herederos son muchos, y tratan de cobrar el crédito perteneciente al difunto, les puede oponer el deudor demandado la compensacion á prorata de lo que el difunto debia á este, mas no de lo que cada uno de aquellos le debe por su propia persona, pues esto no es admisible.

9. Carece de accion el socio para compensar lo que debe á la sociedad, con lo que peculiar y privadamente le debe su consocio; y asi debe satisfacer á aquella lo que resulte á su favor, y luego podrá usar de su derecho contra el consocio deudor suyo (1); bien que si el crédito y el débito pertenecen á la sociedad en comun, y no á otra particular en la que no son partícipes todos, no hay obstáculo á la compensacion (2). Los que tienen compañía ó poseen en comun alguna cosa, pueden descontarse mutuamente el daño ó deterioro que por su negligencia ó casualmente se hayan irrogado, con tal que sea igual, y el crédito de la sociedad no consista en especie, bien que si consiste en esta podrá apreciarse para aquel efecto, y si fuere desigual, pueden hacer el descuento con el lucro del que lo haya causado hasta la concurrente cantidad (3); lo cual no sucede respecto del perjuicio que un socio causó por su culpa á la sociedad, pues no se compensa con el lucro que en ella adquirió, porque este pertenece á la compañía en comun, y el daño se atribuye solo al que lo causó, por lo que no se comunica ó extiende á los consocios.

10. Como á todos está permitido usar de los derechos que protegen á su autor ó causante (4), y á los fiadores competen las excepciones que á los principales deudores, especialmente si son relativas á la obligacion de la causa, se sigue de aquí, que si el fiador es demandado por la fianza que constituyó, puede compensar no solo la suma que el acreedor ó demandante le debe, sino tambien la que este debe al principal deudor, á su eleccion: lo primero, porque asi como puede pagar por este, pueda tambien compensar: lo segundo, porque al modo que puede satisfacer con dinero de su principal, asimismo oponer la compensacion de la cantidad á que este es acreedor, porque el fin y efecto de la compensacion es hacer la paga; y lo tercero, porque el

1 Ley *Actiones* 65. §. *Si communis*, ff *pro socio*. Greg. Lop. en la 24. tit. 14. Part. 5. glos. uit.

2 Ley *Si duo*, ff. *de duobus reis*, Bevan. cap. cit. num. 2.

3 Ley *Si ambo*, ff. *de compensat* y Ley 22. tit. 14. Part. 5.

4 Ley *Fer personam*, ff *de fidejus.* ley *Venum* 3. y sig. ff. *de compensat.* y ley 4. tit. 14. Par. 5. et ibi glos. 2.

fiador no debe ser condenado en mas que el principal obligado: y puesto que este no debe serlo por la cantidad que se compensa, tampoco aquel; y asi puede excepcionar no solo la compensacion de su crédito, ó del principal deudor separadamente, sino la de ambos á un tiempo, si el uno no alcanza á la total solucion de lo que este debe, aunque lo resista el mismo deudor, porque la compensacion es excepcion real inherente á la cosa y no á la persona. Esto procede aun cuando el crédito compensable fuese posterior á la fianza, ó á la condenacion del fiador ó deudor principal, ó sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y aun en el caso de que el principal obligado esté impedido por derecho de usar de la compensacion, porque el fiador trata de evitar su daño, y no debe perjudicarle el delito de aquel, como tambien en el de que haya prometido pagar sino oponer excepcion alguna el mismo deudor principal, á menos que haya renunciado especificamente la de compensacion. Pero se tendrá presente que si el acreedor ejecuta al fiador simple antes de hacer excusion en el deudor principal, y el fiador tiene que liquidar cuentas con el mismo acredor que resulta alcanzado, ha de oponer á este la excepcion de la excusion, y no la de compensacion; porque esta requiere mas examen y tiempo, no estando liquida y confesada la suma, y por el hecho de omitir la otra excepcion, se constituye deudor principal no siéndolo; y asi se sentenciará la causa de remate, y se le reservará su derecho para otro juicio acerca de la compensacion; pero esto se entiende cuando el crédito y débito dimanan de diversos contratos, mas no si se derivan de uno mismo que tiene causa individua y conexa, v. gr. la sociedad, tutela y otro género de administracion de la que se pueden dar á entrambos las acciones *directa y contraria*, en cuyo caso la excepcion de compensacion impide la ejecucion de lo líquido recibido, hasta que se liquide la data ó descargo (1).

11 Lo explicado en el párrafo anterior no milita cuando el fiador es deudor del deudor principal por igual suma que aquella que le fió, y este le demanda sobre su pago, pues la fianza no le presta derecho para intentar la compensacion: lo primero, porque esta es mutua contribucion del crédito y débito, de tal suerte que ninguno puede pretenderla, si no es acreedor y deudor juntamente: lo segundo, porque el principal deudor no se dice obligado en cantidad alguna á su fiador, á pretexto de la

1 Escobar *de ratioc.* cap. 21. num. 21.

fianza que por él constituyó; y lo tercero, porque no hay débito ni cantidad antes que se pague, y el peligro á que está expuesto el fiador no es razon suficiente para la compensacion; y asi no es justo se permita esta ni la retencion al que todavia no es acreedor; lo cual se limita en caso de que pague por él, pues entonces se constituye verdadero acreedor suyo, y se le debe admitir.

12. Como para los efectos civiles el padre y el hijo se tienen por una sola persona, tendrá lugar con el uno la compensacion de lo que un tercero debe al otro. Por lo que hace al padre se halla obligado á admitir la de su crédito con el débito de su hijo, que está bajo su poder en los casos siguientes: 1.° cuando le concedió peculio, y trata de exigir el crédito del mismo hijo contraido con ocasion del referido peculio, pues si el hijo se halla deudor de su deudor, podrá oponer este á su padre la compensacion no solo por lo que importe el peculio, sino por el total débito; lo cual no sucederá si el padre intenta recobrar su propio crédito; pues entonces se admitirá la compensacion al acreedor de su hijo hasta en el importe del peculio asignado á este y no mas. La razon de diferencia consiste en que cuando el padre intenta exigir el crédito que su hijo contrajo con motivo del peculio, es visto que lo aprueba, y respecto usar de su derecho por solo el mismo contrato, es justo que por esta causa sufra *in solidum* la compensacion que se le objeta; mas no cuando usa de él por su privativo débito, y no por el que proviene del contrato de su hijo. El segundo caso es cuando el padre aprobó el contrato de su hijo, y se le opone la compensacion del débito de este dimanado del propio contrato; pues por el hecho de aprobarlo, se sujeta á las leyes de él sin consideracion ni limitacion á su importe. El tercero es cuando el padre mandó al hijo que contragese con alguno, y de este contrato resultó deudor el hijo; pues si el acreedor de este fuere reconvenido por su padre como deudor por aquella causa, podrá deducir la compensacion de lo que el hijo le debe por razon del mismo contrato. El cuarto es cuando el hijo convirtió en utilidad de su padre lo que recibió de su acreedor, y el padre le dió facultad para contratar, pues tendrá lugar la compensacion de lo invertido en su provecho, porque asi como puede pedir y obtener el acreedor contra aquel en cuya utilidad se convirtió su crédito, asi tambien compensar lo que se le debe. Y el quinto caso es por los alimentos necesarios que alguno suministró al hijo estudiante, pues puede el padre ser reconvenido acerca de ellos por el prestador, y se debe

admitir á este la compensacion contra él hasta en su importe; bien que si el hijo se halla emancipado, no está obligado su padre á pagar sus débitos, ni por consiguiente á admitir la compensacion, porque esta es solucion. Y en cuanto al hijo existente en la patria potestad, si demanda á su deudor, es indudable que este puede compensar con él lo que el padre le debe hasta el importe de su peculio, mas no en lo que adquirió con su arte ó industria. Pero si el hijo es demandado, no se le permite compensar su deuda con el crédito de su padre, excepto que afiance de que este lo aprobará, y no reconvendrá á su deudor por ella: lo propio milita cuando el padre es demandado, y el hijo sale al juicio á defenderle sin su poder, y en otros, aunque no sean hijos ni parientes, que sin su respectivo poder quieren defenderse judicialmente; pues precediendo la fianza referida pueden oponer la compensacion de lo que el demandante debe al que quieren defender (1). La razon en cuanto al hijo es, porque esta impedido de comparecer en juicio por su padre, á menos que se lo mande, y como el que compensa, demanda, y mueve pleito, por cuanto pide lo que pretende se compense, por eso es preciso que dé la caucion ó fianza de aprobacion.

13. Cuando el procurador de negocios agenos fuere demandado para que pague la deuda del que le dió el poder, ó excepciona la compensacion del crédito de este, ó del suyo privativo. Si la del crédito de su principal, es indudable que se le debe admitir, afianzado de que este lo habrá por firme, y no lo pedirá á su deudor, cuya fianza se llama *de rato* entre los jurisconsultos (2), excepto que el mismo principal hubiese opuesto antes la compensacion, en cuyo caso no necesita afianzar porque no es quien la opone, y solo la renueva: lo propio milita en los casos en que *ipso jure* se hace. Si excepcionare la compensacion de su mismo crédito, aunque no falta quien afirme que puede hacerlo, obsta sin embargo á este dictamen la razon legal de que para admitirse la compensacion, deben ser ambos acreedores y deudores, recíprocamente uno de otro, y no intervenir el crédito de tercero, como dejo expuesto, y asi no habrá lugar á ella. Lo mismo procede cuando es demandado por su privativa deuda, y opone la compensacion del crédito de su constituyente ó poderdante; advirtiéndose que por el ausente que ningun procurador tiene, cualquiera del pueblo puede oponer la compensacion del

1 Ley 25. tit. 14. Part. 5. 2 Ley. 24. tit. 14. Part. 5.

débito por el cual se procede contra él, con el crédito del mismo ausente.

14. En orden al que es procurador en su misma causa ó cesionario, digo que como se constituye acreedor por su propia persona, y no por la del cedente despues de hecha la cesion, de tal suerte que solo al cesionario está obligado el deudor cedido, y despues de la oposicion se retrotrae la compensacion al dia del contrato del débito; el acreedor cesionario que es deudor de su deudor cedido, si por este fuero reconvenido acerca de su débito, podrá excepcionar la compensacion con el crédito adquirido por virtud de la cesion; lo cual se entiende aunque el cesionario no haga saber al deudor que no pague á otro. Pero se limita en caso que la cesion se haga con fraude, ó el crédito cedido esté afecto á algun vicio ó carga, por el que no puede pretender el cedente su exaccion.

15. Dicen algunos que la renuncia del beneficio de la compensacion, no vale por ser contra la equidad natural y buenas costumbres, y que aunque el deudor jure en el contrato no usar de ella, se debe admitir no obstante el juramento; pero otros afirman lo contrario, porque cuando el juramento se puede observar sin detrimento de la salud eterna, se ha de estar á él; y la renuncia de la compensacion no es contra la equidad una vez que la parte la hace espontáneamente, fuera de que cada uno puede renunciar lo que está establecido en su privativo beneficio, no habiendo legal prohibicion, y asi en pagando puede usar de su derecho acerca de lo que requiere se compense con lo que debe. Lo propio milita en su heredero, quien se halla obligado á la observancia del contrato. Pero es de advertir que porque el deudor haya pedido término, ó la ley se lo conceda para pagar, no es visto renunciar la compensacion, ni haber perdido la facultad de oponerla.

16. Como segun se ha dicho, para que tenga lugar la compensacion, es necesario que el crédito y el débito sean de un sugeto, y no de un tercero; de nada servirá al deudor demandado el oponer contra su acreedor la de lo que este debe á otro que á él, para eximirse por este medio del pago de su deuda; aunque aquel cuyo crédito se deduce para que se compense, lo consienta, ni aun cuando sean dos deudores mancomunados, puede el reconvenido oponer contra el actor la compensacion de la cantidad que este debe al co-reo ó mancomunado.

17. Lo propio procede en el prelado, rector ú otro que go-

bierna ó administra los bienes de la iglesia, pues no está obligado á admitir la compensacion de su propio débito, con el que el demandado debe á la Iglesia, como tambien en el poseedor del mayorazgo que pide los créditos de este, pues no se compensarán con lo que él debe, porque el mayorazgo que está bajo la administracion del poseedor, se asemeja al pupilo que vive bajo de la tutela, y á la Iglesia que se administra por su prelado (*).

18. Los créditos del tutor y curador no se deben compensar con los de su menor; pero entre muchos tutores de un menor se ha de admitir la compensacion, aunque la tutela ó administracion esté dividida entre ellos, con tal que el crédito pertenezca al menor, y no privativamente al tutor, porque no obstante ser diversas las administraciones, es una sola é individua la tutela. Lo propio sucede al tutor reconvenido por lo que el pupilo debe, con lo que el demandante está debiendo al mismo pupilo, y tambien con su propio crédito en favor de este. Y al que nombró los tutores reconvenido por el pupilo á causa de no haberlos elegido idóneos, se permite compensar con este la cantidad que pagó últimamente por él.

19. Si el vendedor instare por la solucion del precio de la cosa que vendió, puede el comprador oponerle la compensacion del crédito que tiene contra él, no siendo el vendedor el fisco, lo cual se amplía á lo que el comprador pagó por razon de la cosa vendida, como si se vendió por libre y luego resulta gravada, aunque el vendedor no expresase que era libre, ó si este prometió reintegrarle de lo que por su culpa y por razon de la cosa satisficiese, pues así como el comprador puede repetir las expensas, así tambien compensarlas con el precio no pagado. Asimismo se amplía á lo comprado en pública subasta.

* Error craso y manifiesto. Entre el prelado ó el tutor y el poseedor de un mayorazgo hay suma diferencia sobre el punto de que se trata. Los créditos de la iglesia ó pupilo no pertenecen al prelado ó tutor, y sí los del mayorazgo á su poseedor, quien puede disponer de ellos y emplearlos en los propios usos. Por tanto aunque no se deba admitir la compensacion del débito del prelado ó tutor con lo que el demandado debe á la iglesia ó pupilo, ha de admitirse la de la deuda del poseedor del mayorazgo con el crédito de este, que lo es verdaderamente de aquel. Y en vista de una razon tan clara y poderosa ¿deberé detenerme á impugnar ó desvanecer las ridículas sutilezas en que fundan su opinion Salgado, Valenzuela, Castillo y otros muchos autores, *de que el mayorazgo que está bajo la administracion del poseedor, se asemeja al pupilo que está bajo de la tutela y á la iglesia que se administra por su prelado*; de que el mayorazgo es el actor ó demandado, no la persona del poseedor que le representa, cuando reconviene ó es reconvenido como tal; y de que el mayorazgo del mismo modo que la iglesia como persona ficta ó representada, la cual nunca muere, tiene el dominio y posesion de las cosas y derechos pertenecientes á ella, y el poseedor ó prelado la administracion? *Febrero reformado.*

20. El comprador á quien el vendedor reconviene por el precio de la cosa que le vendió, puede oponer la compensacion de la que se le quitó por eviccion. Lo propio milita si le reconviene por otra cantidad fuera del precio, á causa de haberse pagado antes que se le quitase la cosa. Y no solo por el precio, sino tambien por el interes del que se obligó á eviccion se puede deducir la compensacion; pero si no se obligó á aquella, solo tendrá lugar esta por el precio que siempre se debe, á menos que se haya pactado otra cosa. Lo mismo procede en el comprador que reconviene al vendedor de eviccion por la cosa que se le quitó, pues este podrá oponerle la compensacion del precio de ella que no le pagó.

21. Si el comprador hubiere hecho mejoras en la cosa ó finca, se le permite usar por ellas de la retencion de esta contra el que la ha ganado en juicio, porque ceden en su utilidad, y nadie debe lucrarse en detrimento de tercero; bien que en este caso podrá oponerse la compensacion de las mejoras con los frutos percibidos de la finca: lo cual se entiende reduciendo los frutos á cantidad, mas no si existen, porque esta no se compensa con la especie.

22. Sin embargo de que la compensacion no se diferencia en el efecto de la paga verdadera, si en el retracto de consanguinidad manda la ley ó estatuto que le permite, que el retrayente pague real y efectivamente en dinero al contado el precio de la finca que retrae, no se le debe admitir la compensacion de su crédito; pero si la ley ó estatuto habla simplemente en cuanto al precio, se puede admitir la compensacion por dos razones: la primera, porque esta equivale á la verdadera paga y satisface á la restitucion del precio; y la segunda, porque el consanguíneo hace las veces del comprador, y este las del vendedor, al cual se puede objetar la compensacion del precio que pide, como se ha sentado. Lo mismo procede cuando el crédito que se quiere compensar, fue cedido sin fraude al consanguíneo.

23. Para admitir ó no la compensacion, debe tener presentes el juez cuatro cosas, á saber: si el débito es ó no compensable; si la obligacion es ó no válida; si la cantidad está ó no líquida, ó se puede liquidar brevemente, y si el que opone la compensacion tiene ó no facultad para compensar. Ha de hacerla á pedimento de parte y no de oficio, excepto en los casos en que se hace *ipso jure*, en los cuales debe declararla hecha total ó parcialmente, segun sea el débito y lo que pretende compen-

sarse. Si el demandado la deduce de mayor cantidad que la que le pide el demandante, ha de hacerla tan solo hasta la cantidad competente, y no condenar á este en el exceso, á menos que sobre él sea reconvenido por aquel, pues la compensacion no es propiamente reconvencion, y asi no recae en ella la próroga de jurisdiccion que en esta. Y sin embargo de que segun derecho no se debe admitir la paga que el deudor quiere hacer de parte de la deuda contra la voluntad de su acreedor, por ser contra equidad que experimente incomodidad y detrimento quien hizo beneficio, no milita esto en la compensacion, porque esta no es paga de presente, sino paga que ya está hecha y admitida por el acreedor espontáneamente.

24. No tiene lugar la compensacion en el depósito, consista en especie ò en cosa numerada, medida ó pesada, y asi el depositario debe restituir las depositadas en él, y luego podrá usar de su derecho contra el depositante sobre la cobranza de su crédito (1); ya porque se violaria la confianza y buena fe que debe haber en este contrato, impidiendo la compensacion la restitucion del depósito, que sin excepcion se debe hacer incontinenti; y ya porque la compensacion no se admite acerca de lo que se debe no pagar sino restituir, como es el depósito. Esto procede, aunque el dinero se deposite como cantidad, pues no varía la naturaleza del depósito, aunque este sea irregular, es decir, que se constituya en términos que el depositario pueda usar de él y se le trasfiera su dominio, y aun cuando solo sea confesado, porque con la confesion se prueba la verdadera entrega, á menos que se acredite que esta no se hizo, ó que hubo fraude; ya se deba el depósito por ambas partes, ó provenga de contrato anterior, como si uno debe ciento por razon de mutuo, que con beneplácito del acreedor quedaron depositados en el mutuario; pues donde no falta lo sustancial de la obligacion, el débito que proviene de una causa, se puede convertir indirectamente en otra; y asi no se debe admitir la compensacion contra el depositador ni contra sus herederos, porque estos le representan, y por la muerte de aquel no se muda la naturaleza del contrato.

25. Tampoco tiene lugar la compensacion en el comodato, como que se hace de especie que se presta para usarse y se debe restituir, y no otra por ella, á no ser que por deterioracion de la cosa prestada se trate de su estimacion; porque esta no se

1 Ley 27. tit. 14. Part. 5.

reputa especie, sino cantidad. Mas sin embargo puede el comodatario retener la cosa por las expensas hechas en ella hasta que se le paguen.

26. Con los créditos pertenecientes al fisco por razon de alcabalas y otros pechos, derechos y contribuciones Reales, sean personales, prediales ó de otra clase, no se admite compensacion á su deudor (1): lo cual se amplía al arrendador de las rentas de diversas provincias ó ramos, pues lo que anticipa por el arrendamiento de una no le sirve de pago para la otra, porque de permitirse esta aplicacion se confundirian los oficios en perjuicio de los oficiales y administraciones, excepto que haya costumbre contraria. Lo mismo se debe practicar con el administrador de bienes de cualquiera persona ejecutada por el alcance de una administracion, y asi no se le admitirá compensacion de lo que resulte á su favor en otra administracion de la misma persona; pero si es una sola la administracion, se le debe admitir de todas las partidas líquidas, asi en la cuenta como en la ejecucion. Igualmente se amplía á la exaccion del precio que el fisco pide de la cosa que vendió y no se le pagó, pues no se debe compensar con lo que debe por otra causa al comprador. Asimismo se amplia á las penas impuestas á los reos por la utilidad pública, para que los delitos no queden impunes, aunque no á las que se aplican á la parte ofendida. Finalmente se amplía á lo que debe á otro que al compensante, excepto que aquel obtenga cesion de este contra el fisco.

27. Tampoco admite compensacion lo que se debe á la república ó comun de algun concejo ó pueblo por razon de censo ó portazgos, ó siempre que trata de pagar al Rey sus contribuciones, ó de exigir repartimientos para reedificar muros, construir puentes ó fuertes, comprar armas, dar raciones á los soldados ú otros que tienen por objeto el Real servicio ó el del mismo comun. Lo propio milita cuando uno nombra á otro por su heredero con la condicion de que despues de sus dias pase la herencia á la Real Cámara ó á algun concejo; ó le da en fianza dinero ú otra cosa cierta para que se la entregue (2). En todos los casos expresados y otros semejantes, debe pagar al fisco y á la república ante todas las cosas lo que les debe, porque de lo privado no se admite compensacion con lo público, y luego podrá usar de su derecho contra ellos por su crédito.

28. En orden á si deberá admitirse la compensacion al que

1 Ley 26. tit. 14. Part. 5.

2 Ley 26. tit. 14. Part. 5.

es demandado por los alimentos que está obligado á dar, se ha de distinguir: si la demanda se ha puesto por los futuros, no es admisible, porque estos no sufren dilacion á no ser que se deban condicionalmente, v. gr. de que el alimentario ha de practicar ciertas cosas, pues hasta que las ejecute se le puede oponer la compensacion, porque segun la naturaleza del contrato, que es recíprocamente obligatorio, no se da accion á una parte contra la otra mientras esta no cumple lo que debe. Pero los alimentos pasados son compensables, porque socorrido ya el alimentario cesa la razon de indigencia, y no gozan aquellos de los privilegios que los futuros, en cuya atencion no solo puede el reconvenido oponer la compensacion por lo que le debe el que los pide, sino tambien por lo que este debió hacer y no hizo, y se admitirá á prorata. En cuanto á las pensiones que se dan por via de alimentos, se debe observar lo dicho acerca de los futuros, porque hay la misma razon.

29. Como para la ejecucion de alguna obra ó hecho se consideran la industria de la persona electa y el lugar en que se debe ejecutar, no se ha de admitir la compensacion del hecho, ni la del ejecutado en otro lugar que en el convenido, aunque un tercero, v. gr. el fiador, cumpla por el que prometió, porque el cumplimiento para dicho efecto debe ser personal; y lo propio milita de un hecho con otro hecho. Pero si se trata del interes por no haber cumplido la obligacion, ó por no haberlo hecho en el lugar destinado ó del modo estipulado, tendrá lugar la compensacion con el crédito del reconvenido por el interes, porque ya se hace de cantidad á cantidad, y no de cantidad á especie. Lo mismo procede cuando por ambas partes consiste el débito en la obligacion del hecho, ó el de la una solamente, y el de la otra en cantidad, y por su mutuo consentimiento ó por otro motivo se convierte el hecho en interes.

30. Si se trata ó intenta compensar el crédito con las obras ó servicios que alguno hace, aunque parece que estas se consideran como especie, y la especie ni con otra ni con la cantidad se compensa, se compensarán sin embargo, porque quien ha de recibir las obras ó servicios, no los pide, sino su estimacion, y asi se trata de cantidad como con el alimentario. Lo propio milita cuando el débito de ambas partes consiste en las obras, si hay semejanza en ellas, de suerte que sea igual su estimacion.

31. No solo en los débitos ó acciones há lugar á la compensacion, sino tambien en los delitos é injurias de una misma es-

pecie y no de diversa, cuando se trata de ellos civilmente por el interes de la parte, mas no cuando se intenta la accion criminal, porque en este caso quedarian impunes, y en perjuicio del público no se admite compensacion. Y aun en dicho caso no se debe admitir al que por delito que cometió contra alguno, fue condenado judicialmente á pagarle la pena que se le impuso (1). Tambien se admite la compensacion del dolo malo con otro igual dolo cometido acerca de su mismo hecho, ó si es diverso, con tal que aquel se dirija á un propio fin. Lo mismo procede en la culpa lata, que se equipara al dolo, con otra igual, y en la leve y levísima con las que lo sean. Pero el dolo no se compensa con la culpa, ni la lata ó grave con la leve, ni esta con la levísima (2).

32. Por no deducir la compensacion de su crédito el deudor de alguno, no es visto confesar que se le ha satisfecho, porque respecto de él es puramente voluntaria, mediante á que no se puede compeler á nadie á que use del privilegio que le está concedido, si no quiere, y así le queda salvo su derecho para repetir el crédito; bien que si sabiendo que puede compensar, paga no por error de hecho sino de derecho, pierde el beneficio de la compensacion, así como quien paga lo que sabe no debe, no puede exigirlo, excepto que sea menor (3); aunque al que paga, dudando si es deudor ó no, si prueba que no lo es, le debe restituir su presunto acreedor lo que recibió, porque quien duda se equipara al ignorante (4) (*).

1 Ley 27. tit. 14. Part. 5.
2 Leyes 13. tit. 10. y 23. tit. 14. Part. 5.
3 Ley 30. tit. 14. Part. 5.
4 Ley 30. tit. 14. Part. 5. verb. *Otrosí decimos.*

* Puesto que, como se dijo al principio, la compensacion se introdujo por equidad, y para evitar pleitos y rodeos superfluos, soy de parecer que los jueces deben admitirla siempre que no se viole ninguna de las pocas leyes nuestras que hablan de ella, ni hay ningun motivo poderoso que se oponga á su admision. Por tanto yo la admitiria en varios casos en que la rehusa Febrero, no apoyado en buenas razones ni en la utilidad de los litigantes, sino en el derecho romano y sus intérpretes. *Febrero reformado.*

CAPITULO NOVENO.

De la reconvencion y sus efectos.

§. 1. ¿Que es reconvencion?
2. ¿Quien puede hacerla?
3. No es permitida al reo cuando el actor le demanda en nombre de otro.
4. ¿En que se diferencia de la compensacion?
5, 6 y 7. Efectos de la reconvencion.
8. No puede excusarse el actor de responder ante el juez de la demanda á la reconvencion del reo en los casos en que esta se admite.
9. El clérigo que como actor demanda al lego ante su juez, debe ante el mismo responder á la reconvencion del lego.
10. Excepciones de la doctrina del párrafo anterior.
11. Debe hacerse la reconvencion dentro de los veinte dias que se conceden para proponer las excepciones perentorias.
12. Debe comunicarse al reo traslado de la réplica que hiciere el actor á su reconvencion.
13. Con dos escritos de cada parte tiene la ley por concluso el pleito, y el juez no debe admitir otro alguno.
14. Si el actor en vez de responder al traslado que de la reconvencion se le comunica, concluyere llanamente, se entiende haber respondido á ella.
15. Puede hacerse la reconvencion ante cualquier juez, no habiendo expresa prohibicion legal.
16. Tambien tiene lugar la reconvencion ante los jueces particulares que tienen algunas personas.
17. Casos en que tiene ó no lugar la reconvencion ante el juez prorogado.
18. No puede ser reconvenido el actor ante el arbitrador; pero sí ante el árbitro de derecho.
19. La reconvencion no tiene lugar ante el juez de apelacion.
20. Casos en que podrá el juez nombrado para conocer de cierta especie de causas, entender en la de reconvencion sobre otras de diversa especie.
21. Tiene lugar la reconvencion en cualquiera causa en que no hay prohibicion especial.
22. ¿Si será admisible la reconvencion en las causas ejecutivas?
23. ¿Cuando tendrá lugar la reconvencion en las causas sumarias?
24. ¿Como será admisible la reconvencion en las causas criminales?
25. De la reconvencion en las causas posesorias.
26, 27, 28, 29 y 30. ¿Como ten-

drá lugar la reconvencion en los casos de despojo?

31. ¿Que deberá hacerse si litigando dos, el actor sobre el remedio posesorio de recuperar, y el reo sobre el petitorio, saliese un tercero pretendiendo tambien por el petitorio la misma cosa?

32. Acumulacion de las causas de posesion y propiedad.

33. Esta acumulacion de los remedios posesorio y petitorio no tiene lugar habiendo reconvencion sobre despojo.

34. Limitacion de la regla anterior.

35. Ambos remedios posesorio y petitorio pueden tratarse en un juicio y ante un mismo juez.

36. Intentado el juicio petitorio, se puede volver al posesorio, quedando aquel suspenso hasta que conste de la posesion.

1. Como muchas veces competen á los demandados no solo excepciones para enervar ó destruir las pretensiones de los demandantes, sino tambien acciones para reconvenirlos judicialmente; y á fin de evitar gastos en nuevos pleitos, ó en acudir ante sus jueces privativos, si son de diverso fuero, quieren usar de ellas en el mismo juicio; trataré ahora en primer lugar de la reconvencion y de las personas que pueden hacerla: en segundo, de sus efectos: en tercero, del tiempo en que se debe hacer: en el cuarto, de los jueces que pueden ó no conocer de ella: y en el quinto, de las causas en que há ó no lugar. Bajo este supuesto, la reconvencion es una mutua peticion ó nueva demanda que el reo pone al actor despues de contestada la que este le puso (1).

2. Puede hacer la reconvencion el que tiene facultad para comparecer en juicio, no habiendo expresa prohibicion; pero no se permite al actor que demande segunda vez, ó reconvenga en la misma causa al reo que le reconvino; lo cual es reconvencion de reconvencion, porque seria proceder en infinito (2); ni tampoco el reo excomulgado tiene facultad para reconvenir al actor, porque aunque puede comparecer en juicio para excepcionar y defenderse, no para intentar accion, como se verifica en la reconvencion (3).

3. Asimismo no es permitido al reo que reconvenga al actor por lo que debe cuando le demanda en nombre de otro; por ejemplo, si el tutor le pide lo que está debiendo á su pupilo,

1 Ley *Cum Papinianus*, 14. y Auth. *Et consequenter*, Cod *de sent. et interlocut.* y ley 22. ff. *de judic.* cap. 1. *de mutuis petit.*

2 Cap. 2. *de rescript* in 6.

3 Cap. 5 y 12. *de except.*

al clérigo, como administrador de su iglesia &c.; pues estos no son entonces verdaderos demandantes, sino los sugetos á quienes representan y cuyas veces hacen (1).

4. Se diferencia la reconvencion de la compensacion en que por esta nada se pide al actor, y solo se dirige á enervar y excluir su accion y demanda (2); pero por la reconvencion se le pide otra cosa: bien que á veces tiene vigor de excepcion, si se opone para rebatir y elidir la accion ó convencion, v. gr. cuando esta y la reconvencion tienen por objeto la misma cosa; en cuyo caso las pretensiones de ambos litigantes son directamente contrarias, y la reconvencion tiene fuerza de excepcion y defensa. Igualmente se diferencia de la compensacion. 1.° En que esta para que se admita, ha de ser de deuda líquida y confesada, y no de otra suerte; pero la reconvencion se puede hacer asi de lo que se debe y no está liquidado (en cuyo caso es preparatoria para pretender la compensacion), como tambien de lo que lo está, y asimismo de otra cosa y especie del todo diversa de la que se demanda; lo cual no sucede con la compensacion. 2.° En que la compensacion elide el derecho del actor, y produce á favor del reo que la opone, la absolucion de lo pedido por su contrario; lo cual no sucede con la reconvencion, pues á entrambos queda ileso y salvo el suyo. 3.° En que en la compensacion no cabe la prorogacion de jurisdiccion del juez; pero en la reconvencion es al contrario, porque el juez que es incompetente se constituye competente por ella para conocer de ambas acciones. 4.° En que el reo puede reconvenir al actor no solo sobre el mismo negocio, sino sobre otro diverso, y sobre cualesquiera causas ante un propio juez; pero la compensacion se admite únicamente en ciertas cosas, como se dijo en el capítulo anterior. 5.° En que la compensacion se termina siempre en una sentencia; pero la reconvencion no siempre, segun adelante explicaré. 6.° En que el que opone la compensacion confiesa el débito; lo cual no sucede con la reconvencion, y asi conviene mas al deudor que no está bien cerciorado de la legitimidad de su crédito, usar de la reconvencion que de la compensacion. 7.° En que el que compensa no puede exceder de lo que se le pide, y para lo demas á que es acreedor, debe usar de la reconvencion. 8.° En que si el que intenta compensar es vencido, puede usar luego de la reconvencion; mas no, siéndolo en esta. 9.° En que aun cuando en la primera instancion se omita la compensa-

1 Cap. 1 y 2. *de mutuis pet.*

2 Ley 2. T. *de excep.*

cion, se puede usar de ella en la segunda; lo cual no sucede con la reconvencion, porque en la causa de apelacion no há lugar la próroga de jurisdiccion. 10. En que contra la compensacion vale á veces la réplica; mas contra la reconvencion no se admite, porque se ofenderia la autoridad del juez con la acumulacion de pretensiones.

5. La reconvencion causa cuatro efectos. 1.° Hacer que el proceso sobre la causa principal se siga juntamente con ella, y que ambas, sin embargo de ser diversas y desiguales, se determinen á un propio tiempo y en una sentencia, bien que por su orden, aunque la reconvencion sea de mayor cantidad. 2.° Dar y prorogar por derecho la jurisdiccion del juez que conoce de la convencion ó negocio principal (1), aun cuando no intervenga consentimiento de los litigantes. 3.° Que no esté obligado el reo á responder á la demanda si el actor no quiere contestar su reconvencion, pues entrambas se han de tratar simultáneamente, y la condicion de los dos debe ser igual (2). 4.° El modo de proceder en una causa se debe observar en la otra (3).

6. Esta próroga de jurisdiccion se puede verificar asi de parte del demandante como del demandado. Del demandante cuando pide ante juez que no es del demandado, y este no declina, antes bien reconviene al demandante ante él, pues por el mismo hecho consiente y le proroga la jurisdiccion. De parte del demandado cuando el demandante le pide ó conviene ante su propio juez, y el demandado le reconviene ante el mismo, pues debe responder á la reconvencion.

7. Se ven juntos á veces en los juicios los dos primeros efectos de la reconvencion, y á veces solo el segundo. Juntos, cuando la demanda y reconvencion caminan á igual paso, se siguen á un propio tiempo, y deben determinarse en una sentencia por el orden explicado. Y el segundo cuando la causa principal requiere brevedad por ser sumaria, y la reconvencion prolijo examen y discusion, por ser plenaria, y no poderse probar con tanta celeridad; pues en este caso el juez que conoce de la primera proseguirá conociendo de la reconvencion; y asi debe pronunciar sobre cada una su sentencia en su respectivo tiempo, y no aguardar á que se liquide y pruebe la reconvencion para decidir sobre la demanda, porque en esto haria agravio al actor.

1 Ley 32. tit. 2. Part. 3. verb. *La trecema es*. Ley 20. tit. 4. y ley 4. tit. 10. Part. dicha, cap. 1 y 2. *de mutuis petit.*

2 Dichos cap. 1 y 2. *de mutuis petit.* y cap. ult. §. fin. *de juram. calumn.*

3 Arg. dicho cap. 2. Reinf. lib. 2. tit. 4. §. 3. num. fin.

8. No puede excusarse el actor de responder ante el juez de la demanda á la reconvencion del reo en los casos en que esta se admite, puesto que el derecho le proroga la jurisdiccion siendo prorogable, y no le protege el privilegio que tenga; por lo que si se excusa á ello, se le debe denegar la audiencia sobre su convencion ó demanda, como á contumaz; al modo que si el reo no quiere contestar á esta, se le tiene por confeso; y la razon legal es, porque asi como no quiso obtener justicia en aquel juicio ante el juez que eligió contra el reo, asi tambien está obligado á responder á la reconvencion de este ante el propio juez, por ser justo que ya que lo eligió para que determinase á su favor, sufra que determine en contra (1) (*).

9. En las causas civiles tiene esto lugar en tanto grado, que aunque el actor que demandó al lego ante su juez sea clérigo ordenado *in sacris*, y el reo le ponga la reconvencion por via de excepcion y defensa, ó por via de accion, deberá responder á ella ante el mismo juez, como se prueba de la ley 57. tit. 6. Part. 1. alli: *Mas si el clérigo demandare alguna cosa al lego temporal, tal demanda como esta debe ser fecha ante el juzgador seglar. E si ante quel pleito se acabase, el lego á quien demanda, quisiere facer otra demanda al clérigo su demandador, alli debe responder por aquel mismo juicio, é non se puede excusar por la franqueza que han los clérigos por razon de la eglesia.* Esta disposicion se funda en que el reo usa de la reconvencion para su defensa, y para que la accion del actor no le perjudique en mas de lo justo.

10. Pero se exceptúan tres casos, en los cuales no podrá el lego demandado reconvenir al clérigo demandante ante el juez secular. 1.° Si la reconvencion es cosa espiritual ó aneja á ella, porque aunque la reconvencion quita el privilegio de la persona, no el de la causa de que el juez no puede conocer por falta de jurisdiccion, aun cuando las partes lo consientan (2). 2.° Cuando es por delito que ha cometido contra el lego, aunque este lo intente civilmente (3), pues milita la misma razon. 3.° Cuando el lego injurió ó hizo daño al eclesiástico, ó le hurtó alguna co-

1 Ley 20 al fin, tit. 4. y ley 4. tit. 10. Part. 3.

* El señor Conde de la Cañada explica bien los sólidos fundamentos en que se apoyaron los legisladores para dispensar á la reconvencion y mutua peticion tres particulares prerogativas, limitando y derogando en este punto las leyes y cánones que con tanta razon protegen al reo para que pueda defenderse dentro de su domicilio y fuero. Véanse las *Instituciones prácticas*, part. 1. cap. 6. desde el num. 9 hasta el 30.

2 Cap. 3. *de ordin. cognition.* y cap. 5. *Qui filii sint legitimi.*

3 Cap. unic. *de cleric. conjugat.* in 6.

sa con ánimo deliberado de que este le demandase ante su propio juez por la injuria ó delito, para poderle reconvenir ante el mismo, pues no debe sufragarle este fraude; porque si en tal caso se permitiera la reconvencion, ó se ofenderian impunemente el clérigo y el lego, ó estaria en el arbitrio del uno sujetar al otro á la jurisdiccion del juez que no era suyo, por medio de la injuria (1).

11. Aunque, segun derecho canónico, se puede proponer la reconvencion en cualquier estado del juicio para surtir el segundo efecto, que es la próroga de jurisdiccion, en cuyo caso no será reconvencion perfecta (2): por el nuestro debe hacerlo el reo dentro de los mismos veinte dias en que ha de proponer las excepciones perentorias, y pasados no es admisible, ni por consiguiente surtirá efecto alguno (3). De unas y otras se debe conferir traslado al actor, al cual para responder á las excepciones, se le conceden seis dias (*); y para la reconvencion, si la hay, excepcionar, replicar y presentar escrituras que la enerven, nueve mas (4); contados unos y otros (segun se practica) desde el de la notificacion del traslado exclusive; pues corren de momento á momento, aunque sean feriados; de modo que, segun nuestro derecho, tiene el reo nueve dias solos para contestar la demanda y poner las excepciones dilatorias, y despues de contestada puede proponer las perentorias, y la reconvencion dentro de los veinte siguientes; pasados los cuales no se le debe admitir: al actor concede seis dias la ley para satisfacer á las excepciones perentorias, y nueve para responder á la reconvencion.

12. De la réplica del actor y documentos ó escrituras que presente en satisfaccion á las excepciones perentorias y reconvencion del reo, se debe comunicar igual traslado á este, para

1 Ley 2. §. *Sed si agant*, ff. *de judic.* cap. *Sedes*, 15. y cap. *Ex tenore*, 16. *de rescript.* Greg. Lop. en la ley 57 inserta, glos. 4.

2 Cap. 3, §. *Reus quoque; de rescript.* lib. 6 et ibi glos.

3 Ley 1. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.

* Aunque la ley 3 tit. 7. lib 11. Nov. Rec. solo concede seis dias á cada parte para responder en uso del traslado al escrito de la contraria, los interesados en alargar el pleito nunca evacuan el traslado en dicho término, sino que piden otro y otros, pretextando algun grave motivo, y los jueces, aun cuando recelen ó presuman alguna malicia, suelen conceder nuevos términos, ya por no dar lugar á que la parte acele de su denegacion y cause mayores dilaciones, ya porque en duda es justo atender á la defensa natural, aunque sea á costa de sufrir alguna dilacion. Para atajar los abusos que se observan en este punto, mandó el Consejo que no se admitiesen pedimentos de término para el despacho de los pleitos, sin que los firmase el abogado, en cuyo estudio se hallasen. Véase las demas observaciones que sobre esto hace el Conde de la Cañada en la citada obra, part 1. cap. 7. num. 76 y sig.

4 Ley 3. tit 7. lib. 11. Nov. Rec.

que en el término de otros seis dias responda á ella, presente sus réplicas, ó concluya; pues pasados, no se deben admitir las escrituras, excepto que jure que de nuevo las hubo y vinieron á su noticia, en cuyo caso se le permite su presentacion hasta la sentencia definitiva, y al actor hasta la interlocutoria; y sin mas pedimento ni auto de conclusion, se ha de tener el pleito por concluso, aunque las partes no concluyan. Todo lo cual es conforme á nuestro derecho (1).

13. Lo que se practica cuando se sigue llanamente el juicio, y no hay artículos dilatorios, es dar el actor dos pedimentos principales, que son el de demanda y el de réplica al de contestacion del reo, respondiendo en este al mismo tiempo à la reconvencion si la hay, y el reo otros dos, el uno contestando á la demanda, en el que se ponen la reconvencion y excepciones perentorias sin dar otro para ellas (no obstante lo que indica la disposicion legal), y el otro satisfaciendo al de réplica del actor, ó concluyendo para prueba; bien que en vista de la contestacion y reconvencion puede concluir sobre todo sin replicar. Con estos dos escritos de cada parte tiene la ley el pleito por concluso, y asi el juez no debe admitir otro alguno (*). Si se forma artículo se dan dos pedimentos acerca de él, por cada uno el suyo, y del último se comunica traslado al que lo formó, el cual concluye; y decidido se continúa el negocio principal, en caso de que con el artículo no se termine, pues mientras dura este debe estar suspenso el curso de aquel.

14. Si el actor en vez de responder al traslado que de la reconvencion se le comunica, concluye llanamente, se estima haber respondido á ella, porque es contumaz, y asi debe recibirse á prueba sobre todo. Si concluye especifica y llanamente sobre su demanda, desentendiéndose de la reconvencion, se debe dar traslado de su conclusion al reo; quien, mediante á que la ley (2) por esta omision y silencio no tiene por confeso al actor, ha de pretender que en atencion á no oponer su contrario excepcion que le exima de responder á su reconvencion, se ha-

1 Ley 1 al fin. tit. 14, ley 3. tit. 7, y ley 1. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec.

* Hay en esto un abuso intolerable, especialmente en los juzgados ordinarios. Sea la malicia de los litigantes ó el interes de los curiales, lo cierto es, que sobre cualquier bagatela que se litiga, se hacen mil escritos, en los que solo se luce un estilo chavacano y un sinnúmero de sutilezas, y metafísicas para zaherirse las partes ó desvanecer sus pretensiones por medios tortuosos. De estos escritos se confieren traslados, y se da asi un motivo para dilatar los pleitos. Ojála se supiesen y respetasen mas nuestras leyes Entonces habria menos pleitos, y estos serian mas breves. *Febrero adicionado.*

2 Ley 4 ó final, tit. 6. lib 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 1. §. 14. num. 10.

ya esta por contestada, y los autos por conclusos para prueba ó para los efectos que haya lugar en derecho. El juez ha de declararlo asi sin dar mas audiencia, porque aun cuando sea incompetente por gozar el actor de algun fuero, le proroga este la jurisdiccion por haberle elegido para sí, y sujetádose á él. Asi lo he visto practicar, y declarar en pleitos que seguí, y en otros.

15. La reconvencion se puede hacer regularmente ante cualquier juez, no habiendo expresa prohibicion legal; y asi tiene lugar ante el delegado, cuando fue electo à peticion del actor para entender en su negocio, y no de espontánea voluntad del Soberano, pues en esto no se diferencia del ordinario (1), por la razon que dejo expuesta, y da la ley citada, al fin: *Cá guisada cosa es que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante este juez, que ante él lo faga al demandado.* Esto se entiende no solo sobre la accion originada antes de obtener rescripto para que el delegado conociese de ella, sino despues, á menos que la facultad en él contenida se circunscriba limitadamente à ella, y le prohiba entender en otra. Pero es de advertir que aunque el actor quiera apartarse de la demanda puesta ante el delegado no puede hacerlo despues de la reconvencion sin permiso del reo; aunque antes sí, para evitar que este le reconvenga, y si el reo no quiere reconvenirle, nadie le puede precisar à ello.

16. Tambien há lugar la reconvencion ante los jueces particulares que tienen algunas personas, v. gr. los estudiantes, cuando el actor elige al juez, porque su jurisdiccion se proroga por la eleccion, y milita la razon de la ley; lo cual no sucede cuando alguno que tiene dos ò mas jueces que puedan conocer de sus causas, es demandado ante uno de ellos, y porque no le conviene contestar la demanda ante él, interpone la declinatoria, y acude ante otro que no lo es del demandante, pues no puede reconvenir à este ante él, porque no lo eligió.

17. Acerca de si habrá ò no lugar á la reconvencion ante el juez prorogado, es de advertir que ò proviene la próroga de la sumision de uno de los litigantes, ó de la eleccion de ambos: si de la sumision del uno, v. gr. cuando el mayor ó igual se sometió espontáneamente á un juez, demandando ante él á su contrario, há lugar entonces; porque por el hecho de someterse à su jurisdiccion, es visto que no solo le elige para sí, sino contra sí, por cuya razon no se debe desdeñar de que asi como conoce á su favor conozca en contra. Pero si es electo de una-

1 Ley 20. tit. 4. Part 3. y cap. *de mutuis petit.*

nime consentimiento de los dos, no há lugar; porque á mas de no militar la razon legal expuesta, se entiende haberle elegido solamente para conocer de la demanda, excepto que conste lo contrario.

18. No puede ser reconvenido el actor ante el árbitro voluntario, electo de comun consentimiento de los litigantes, porque carece de jurisdiccion, y solo tiene cierta nocion ó conocimiento arreglado á la mera facultad dada por las partes, que no puede exceder de los términos del compromiso, por lo que cesa la razon legal. Pero bien puede serlo ante el árbitro de derecho, electo por necesidad de la ley ò estatuto para ciertas causas que se han de comprometer, con tal que lo sea para toda la causa y no para un solo artículo, v. gr. para conocer de la sospecha porque se recusa al juez en razon de que estos árbitros son elegidos de necesidad por la ley misma, de la cual dimana la jurisdiccion que tienen, que ni bien es ordinaria ni delegada; pero como de tercera especie participa de ambas.

19. Tampoco tiene lugar la reconvencion ante el juez de apelacion. Lo 1.° porque el apelante no recurre à él por su voluntad y eleccion, sino por necesidad, para que le desagravie de la injuria que el inferior le hizo en la sentencia definitiva: 2.° porque la apelacion sirve únicamente para reparar el gravamen irrogado en la sentencia dada en primera instancia, y reduce la causa al estado que tenia despues de la litiscontestacion, que es el de conclusion para prueba, y no teniendo, como no tiene, lugar despues de esta la reconvencion, tampoco puede tenerle ante el juez referido, à lo menos para que surta el efecto de tal: 3.° porque este juez no puede conocer de otra cosa que de la que se conoció en primera instancia. Si la apelacion fue de alguna providencia interlocutoria antes de la contestacion, y el superior la confirma, sucede lo propio, porque no quedan en su jurisdiccion los autos, antes bien los devuelve al inferior; pero si los revoca y los retiene, habrá lugar ante él (1).

20. El juez nombrado para conocer de cierta especie de causas podrá entender en la de reconvencion sobre otras de diversa especie, v. gr. civil ó criminal, si le hubiere elegido el litigante mismo en persona, y asi el clérigo que elige al juez secular para demandar al lego ante él, puede ser reconvenido por este en el mismo juicio (2). Pero sino tuviere potestad para co-

1 Cancer. part. 2. y cap. 13. num. 61. al 63. Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 2. num. 1175, y tit. 2. disp. 7. num. 8.

2 Glos. 2. in Authent. *Et consecutentur.*

nocer por el privilegio de la misma causa, ó porque su jurisdiccion es limitada á ciertas de determinada especie ó suma, y no se amplia á otras de mayor cantidad y especie diversa, habrá lugar á la reconvencion, siendo la causa de la misma especie que la demanda, aunque haya diferencia en la cantidad, porque por ser de la propia especie se proroga accesoria é incidentemente la jurisdiccion del juez; pero no si fuere de diversa especie, v. gr. la demanda de cosa profana ante el lego, y la reconvencion de la espiritual ante el mismo, ó la demanda criminal ante juez que solo puede entender en causas criminales, y la reconvencion civil ante el propio, y en otros casos semejantes.

21. Tiene tambien lugar la reconvencion en cualquiera causa en que su naturaleza y cualidad no lo repugnan, ó no hay prohibicion especial, aunque las dos sean de diverso género, v. gr. la demanda por accion de compra, y la reconvencion por la de *mutuo*, ó si la una procede de accion real, y la otra de personal, ó si ambas fueren sumarias ó plenarias, ó una sumaria y otra plenaria, y deben sustanciarse á un propio tiempo, y determinarse en una sentencia, á menos que la una exija celeridad y la otra no pueda sustanciarse con tanta, pues entonces la de reconvencion surtirá solamente el segundo efecto, que es la próroga de jurisdiccion, porque de lo contrario se causaria perjuicio al actor en la demora.

22. Há lugar asimismo la reconvencion en las causas ejecutivas, cuando ella lo es tambien, y se puede liquidar y decidir al propio tiempo que la demanda, porque como ambas tienen igual vigor, no impide la una el curso y pronta expedicion de la otra; pero no cuando no pueden liquidarse, porque el instrumento ejecutivo, en cuanto á poderse despachar ejecucion en su virtud, es semejante á la sentencia; y como despues de esta no se admite reconvencion, tendrá lugar solamente su admision en lo que concierna al segundo efecto, que es la próroga de jurisdiccion, porque versa la razon legal expuesta (*).

* Precisamente en la via ejecutiva no se admite la reconvencion, segun la práctica de dentro y fuera de la Corte. Si la cantidad porque el reo trata de reconvenir al actor, es líquida como la suya, podrá excepcionarlo asi en el término del encargado con presencia del documento que justifique su accion: si no es líquida, como que no tiene lugar para una excepcion justa, tampoco la tiene para la reconvencion. De consiguiente, no habiendo lugar á ella, no puede prorogarse la jurisdiccion del juez que conoce en la demanda. Véase acerca de este punto al señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones practicas*, part. 1. cap. 6. num. 35. y siguiente *Febrero adicionado*.

Tambien impugna esta doctrina ó próroga de jurisdiccion con mucha solidez el señor Conde de la Cañada (en el lugar citado, num. 50 al 55); y en fuerza de sus razones y otras reflexiones que podrian

23. Tambien tiene lugar en las causas sumarias; mas no cuando la una es sumaria y la otra plenaria, sino en cuanto al segundo efecto, á menos que esta se pueda liquidar al mismo tiempo que aquella, ó que el actor lo consienta (1), ni en las de depósito, porque estas son privilegiadas por la buena fe que en ellas debe haber; y así ninguna excepcion ni compensacion admiten, pues lo líquido no se debe retardar por lo ilíquido; y si se proponen, servirán únicamente para la próroga de jurisdiccion (2): ni tampoco en las de apelacion, por los motivos expuestos en el párrafo 19.

24. En orden á las causas criminales, para explicar con claridad cuando habrá ó no lugar la reconvencion, se distinguen cuatro casos: 1.° Si el acusado criminalmente quiere acusar tambien de otro delito mayor al acusador ante su juez, ó de otro que tenga conexion con él, há lugar la reconvencion; mas no, si lo hace de otro igual ó menor, á menos que sea por su injuria ó por la hecha á sus parientes, ó que ambos litigantes procedan respectivamente por la suya, ó que el acusado se liberte principalmente por su acusacion del delito que se le imputa (3). Pero si el acusado no reconviene al acusante por su injuria ó por la de los suyos, ó el juez carece de jurisdiccion para proceder contra el acusador, v. gr. por ser clérigo, ó para conocer de causa criminal, no há lugar entonces á la reconvencion, porque el que demanda criminalmente, lo hace de necesidad por la ofensa ó injuria que recibió, y no de voluntad, como en lo civil, en que no media ni se interesa su honor; y así no se proroga la jurisdiccion al juez en aquello como en esto, excepto que el acusador saque algun despacho ó provision para conocer contra el acusado; pues en este caso habrá lugar la reconvencion, porque es visto haberle buscado para sí y contra sí, y milita la misma razon legal. 2.° El acusado criminalmente no puede reconvenir civilmente al acusante, porque este lo hace por necesidad, y así la causa criminal se seguirá sola, pues no se verifican los efectos de la reconvencion por falta de la voluntad del actor en la eleccion de juez, y demas razones expuestas anteriormente. 3.° El demandado civilmente puede

hacerse, soy de parecer que nunca debe admitirse la reconvencion para el efecto de prorogar la jurisdiccion del juez, siempre que no haya de seguirse y decidirse al mismo tiempo que la demanda principal. *Febrero reformado.*

1 Cap. fin. *de offic. judic.* Ley *Sed ha.* § *Non solum* ff. *de procurator.*

2 Cap 2. *de deposit.* ley 11. Cod. y ley 31. ff. eod. tit.

3 Leyes 1 y 19. Cod. *de his qui acusant.* y ley 4. tit. 1. Part. 7.

reconvenir criminalmente al actor siendo el juez competente de este, y no de otra suerte; pero se ha de conocer primero de la criminalidad, como mayor y perjudicial á la accion civil. 4.° El acusado civilmente puede acusar del mismo modo al actor ante su juez, porque como es accion criminal intentada civilmente, versa la razon de la ley; pero sino es juez suyo no se le permite, porque el acusador ó actor le elige de necesidad por el delito contra él cometido, y no de voluntad, y así cesa la razon legal.

25. Paso ahora á explicar cuando tendrá ó no lugar la reconvencion en las causas posesorias. En el capítulo 2.° título 1.° *de las acciones y excepciones*, se dijo que habia tres especies de interdictos, uno para conseguir la posesion, otro para conservar ó retener la adquirida, y el tercero para recobrar la perdida. Veamos pues si estos remedios posesorios se podrán ó no intentar por via de reconvencion, acumular y seguir á un propio tiempo, y en un juicio el petitorio y posesorio; y si el verdadero despojador ó el tercero poseedor estarán ó no obligados á responder á la reconvencion del despojado.

26. Si este intentare contra el despojador el interdicto de recuperar, y él mismo le reconviniere por otro igualmente privilegiado, se debe admitir la reconvencion, siendo sobre despojo de otra cosa, no de la misma, sin que esté obligado á restituir; y ambas causas, como de igual privilegio, se seguirán y decidirán á un tiempo (1). Pero si es tercero poseedor con buena fe, y el despojado le demanda por el mismo interdicto, se halla este obligado á responder sobre otro igual despojo antes que le restituya la que pretende, porque el remedio de la restitucion contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos despojadores, que por su delito deben ser castigados.

27. Intentando el despojado el mismo interdicto de recuperar contra el despojador, si este quiere reconvenirle por el de conseguir ó por el *petitorio* sobre la propia cosa, no debe admitirse su reconvencion antes que la restituya, ya porque estos no son igualmente privilegiados, y ya porque implica que pretenda conseguir el dominio de la que tiene, y la posesion de lo que posee (2); lo cual se amplia en primer lugar aunque el

1 Leyes 5. tit. 10. Part. 3. verb. *Mas si el demandado non razonase*, y fin. tit. 10. Part. 7.

2 Leyes 5 y 6. tit 34. lib. 11. Nov. Rec. y 10. tit. 28. Part. 3.

8. No puede excusarse el actor de responder ante el juez de la demanda á la reconvencion del reo en los casos en que esta se admite, puesto que el derecho le proroga la jurisdiccion siendo prorogable, y no le protege el privilegio que tenga; por lo que si se excusa á ello, se le debe denegar la audiencia sobre su convencion ó demanda, como á contumaz; al modo que si el reo no quiere contestar á esta, se le tiene por confeso; y la razon legal es, porque asi como no quiso obtener justicia en aquel juicio ante el juez que eligió contra el reo, asi tambien está obligado á responder á la reconvencion de este ante el propio juez, por ser justo que ya que lo eligió para que determinase á su favor, sufra que determine en contra (1) (*).

9. En las causas civiles tiene esto lugar en tanto grado, que aunque el actor que demandó al lego ante su juez sea clérigo ordenado *in sacris*, y el reo le ponga la reconvencion por via de excepcion y defensa, ó por via de accion, deberá responder á ella ante el mismo juez, como se prueba de la ley 57. tit. 6. Part. 1. alli: *Mas si el clérigo demandare alguna cosa al lego temporal, tal demanda como esta debe ser fecha ante el juzgador seglar. E si ante quel pleito se acabase, el lego á quien demanda, quisiere facer otra demanda al clérigo su demandador, alli debe responder por aquel mismo juicio, é non se puede excusar por la franqueza que han los clérigos por razon de la eglesia.* Esta disposicion se funda en que el reo usa de la reconvencion para su defensa, y para que la accion del actor no le perjudique en mas de lo justo.

10. Pero se exceptúan tres casos, en los cuales no podrá el lego demandado reconvenir al clérigo demandante ante el juez secular. 1.° Si la reconvencion es cosa espiritual ó aneja á ella, porque aunque la reconvencion quita el privilegio de la persona, no el de la causa de que el juez no puede conocer por falta de jurisdiccion, aun cuando las partes lo consientan (2). 2.° Cuando es por delito que ha cometido contra el lego, aunque este lo intente civilmente (3), pues milita la misma razon. 3.° Cuando el lego injurió ó hizo daño al eclesiástico, ó le hurtó alguna co-

1 Ley 20 al fin, tit. 4. y ley 4. tit. 10. Part. 3.

* El señor Conde de la Cañada explica bien los sólidos fundamentos en que se apoyaron los legisladores para dispensar á la reconvencion y mutua peticion tres particulares prerogativas, limitando y derogando en este punto las leyes y cánones que con tanta razon protegen al reo para que pueda defenderse dentro de su domicilio y fuero. Véanse las *Instituciones prácticas*, part. 1. cap. 6. desde el num. 9 hata el 30.

2 Cap. 3 *de ordin. cognition.* y cap. 5. *Qui filii sint legitimi.*

3 Cap. unic. *de cleric. conjugat.* in 6.

sa con ánimo deliberado de que este le demandase ante su propio juez por la injuria ó delito, para poderle reconvenir ante el mismo, pues no debe sufragarle este fraude; porque si en tal caso se permitiera la reconvencion, ó se ofenderian impunemente el clérigo y el lego, ó estaria en el arbitrio del uno sujetar al otro á la jurisdiccion del juez que no era suyo, por medio de la injuria (1).

11. Aunque, segun derecho canónico, se puede proponer la reconvencion en cualquier estado del juicio para surtir el segundo efecto, que es la próroga de jurisdiccion, en cuyo caso no será reconvencion perfecta (2): por el nuestro debe hacerlo el reo dentro de los mismos veinte dias en que ha de proponer las excepciones perentorias, y pasados no es admisible, ni por consiguiente surtirá efecto alguno (3). De unas y otras se debe conferir traslado al actor, al cual para responder á las excepciones, se le conceden seis dias (*); y para la reconvencion, si la hay, excepcionar, replicar y presentar escrituras que la enerven, nueve mas (4); contados unos y otros (segun se practica) desde el de la notificacion del traslado exclusive; pues corren de momento á momento, aunque sean feriados; de modo que, segun nuestro derecho, tiene el reo nueve dias solos para contestar la demanda y poner las excepciones dilatorias, y despues de contestada puede proponer las perentorias, y la reconvencion dentro de los veinte siguientes; pasados los cuales no se le debe admitir: al actor concede seis dias la ley para satisfacer á las excepciones perentorias, y nueve para responder á la reconvencion.

12. De la réplica del actor y documentos ó escrituras que presente en satisfaccion á las excepciones perentorias y reconvencion del reo, se debe comunicar igual traslado á este, para

1 Ley 2. §. *Sed si agant*, ff. *de judic.* cap. *Sedes*, 15. y cap. *Ex tenore*, 16. *de rescript.* Greg. Lop. en la ley 57 inserta, glos. 4.

2 Cap. 3, §. *Reus quoque; de rescript.* lib. 6 et ibi glos.

3 Ley 1. tit. 7. lib. 11. Nov Rec.

* Aunque la ley 3 tit. 7. lib 11. Nov. Rec. solo concede seis dias á cada parte para responder en uso del traslado al escrito de la contraria, los interesados en alargar el pleito nunca evacuan el traslado en dicho término, sino que piden otro y otros, pretextando algun grave motivo, y los jueces, aun cuando reciben ó presuman alguna malicia, suelen conceder nuevos términos, ya por no dar lugar á que la parte agraviada de su denegacion y cause mayores dilaciones, ya porque en duda es justo atender á la defensa natural, aunque sea á costa de sufrir alguna dilacion. Para atajar los abusos que se observan en este punto, mandó el Consejo que no se admitiesen pedimentos de término para el despacho de los pleitos, sin que los firmase el abogado, en cuyo estudio se hallasen. Véanse las demas observaciones que sobre esto hace el Conde de la Cañada en la citada obra, part 1. cap. 7. num. 36 y sig.

4 Ley 3. tit 7. lib. 11. Nov. Rec.

que en el término de otros seis dias responda á ella, presente sus réplicas, ó concluya; pues pasados, no se deben admitir las escrituras, excepto que jure que de nuevo las hubo y vinieron á su noticia, en cuyo caso se le permite su presentacion hasta la sentencia definitiva, y al actor hasta la interlocutoria; y sin mas pedimento ni auto de conclusion, se ha de tener el pleito por concluso, aunque las partes no concluyan. Todo lo cual es conforme á nuestro derecho (1).

13. Lo que se practica cuando se sigue llanamente el juicio, y no hay artículos dilatorios, es dar el actor dos pedimentos principales, que son el de demanda y el de réplica al de contestacion del reo, respondiendo en este al mismo tiempo à la reconvencion si la hay, y el reo otros dos, el uno contestando á la demanda, en el que se ponen la reconvencion y excepciones perentorias sin dar otro para ellas (no obstante lo que indica la disposicion legal), y el otro satisfaciendo al de réplica del actor, ó concluyendo para prueba; bien que en vista de la contestacion y reconvencion puede concluir sobre todo sin replicar. Con estos dos escritos de cada parte tiene la ley el pleito por concluso, y asi el juez no debe admitir otro alguno (*). Si se forma artículo se dan dos pedimentos acerca de él, por cada uno el suyo, y del último se comunica traslado al que lo formó, el cual concluye; y decidido se continúa el negocio principal, en caso de que con el artículo no se termine, pues mientras dura este debe estar suspenso el curso de aquel.

14. Si el actor en vez de responder al traslado que de la reconvencion se le comunica, concluye llanamente, se estima haber respondido á ella, porque es contumaz, y asi debe recibirse á prueba sobre todo. Si concluye especifica y llanamente sobre su demanda, desentendiéndose de la reconvencion, se debe dar traslado de su conclusion al reo; quien, mediante á que la ley (2) por esta omision y silencio no tiene por confeso al actor, ha de pretender que en atencion á no oponer su contrario excepcion que le exima de responder á su reconvencion, se ha-

1 Ley 4 al fin. tit. 14, ley 3. tit. 7, y ley 4. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec.

* Hay en esto un abuso intolerable, especialmente en los juzgados ordinarios. Sea la malicia de los litigantes ó el interes de los curiales, lo cierto es, que sobre cualquier bagatela que se litiga, se hacen mil escritos, en los que solo se luce un estilo chavacano y un sinnúmero de sutilezas, y metafisicas para zaherirse las partes ó desvanecer sus pretensiones por medios tortuosos. De estos escritos se confieren traslados, y se da asi un motivo para dilatar los pleitos. Ojála se supiesen y respetasen mas nuestras leyes Entonces habria menos pleitos, y estos serian mas breves. *Febrero adicionado.*

2 Ley 4 ó final, tit. 6. lib 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 1. §. 14. num. 10.

ya esta por contestada, y los autos por conclusos para prueba ó para los efectos que haya lugar en derecho. El juez ha de declararlo asi sin dar mas audiencia, porque aun cuando sea incompetente por gozar el actor de algun fuero, le proroga este la jurisdiccion por haberle elegido para sí, y sujetádose á él. Asi lo he visto practicar, y declarar en pleitos que seguí, y en otros.

15. La reconvencion se puede hacer regularmente ante cualquier juez, no habiendo expresa prohibicion legal; y asi tiene lugar ante el delegado, cuando fue electo à peticion del actor para entender en su negocio, y no de espontánea voluntad del Soberano, pues en esto no se diferencia del ordinario (1), por la razon que dejo expuesta, y da la ley citada, al fin: *Cá guisada cosa es que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante este juez, que ante él lo faga al demandado.* Esto se entiende no solo sobre la accion originada antes de obtener rescripto para que el delegado conociese de ella, sino despues, á menos que la facultad en él contenida se circunscriba limitadamente à ella, y le prohiba entender en otra. Pero es de advertir que aunque el actor quiera apartarse de la demanda puesta ante el delegado no puede hacerlo despues de la reconvencion sin permiso del reo; aunque antes sí, para evitar que este le reconvenga, y si el reo no quiere reconvenirle, nadie le puede precisar à ello.

16. Tambien há lugar la reconvencion ante los jueces particulares que tienen algunas personas, v. gr. los estudiantes, cuando el actor elige al juez, porque su jurisdiccion se proroga por la eleccion, y milita la razon de la ley; lo cual no sucede cuando alguno que tiene dos ò mas jueces que puedan conocer de sus causas, es demandado ante uno de ellos, y porque no le conviene contestar la demanda ante él, interpone la declinatoria y acude ante otro que no lo es del demandante, pues no puede reconvenir à este ante él, porque no lo eligió.

17. Acerca de si habrá ò no lugar á la reconvencion ante el juez prorogado, es de advertir que ò proviene la próroga de la sumision de uno de los litigantes, ó de la eleccion de ambos: si de la sumision del uno, v. gr. cuando el mayor ó igual se sometió espontáneamente á un juez, demandando ante él á su contrario, há lugar entonces; porque por el hecho de someterse à su jurisdiccion, es visto que no solo le elige para sí, sino contra sí, por cuya razon no se debe desdeñar de que asi como conoce á su favor conozca en contra. Pero si es electo de una-

1 Ley 20. tit. 4. Part 3. y cap. *de mutuis petit.*

nime consentimiento de los dos, no há lugar; porque á mas de no militar la razon legal expuesta, se entiende haberle elegido solamente para conocer de la demanda, excepto que conste lo contrario.

18. No puede ser reconvenido el actor ante el árbitro voluntario, electo de comun consentimiento de los litigantes, porque carece de jurisdiccion, y solo tiene cierta nocion ó conocimiento arreglado á la mera facultad dada por las partes, que no puede exceder de los términos del compromiso, por lo que cesa la razon legal. Pero bien puede serlo ante el árbitro de derecho, electo por necesidad de la ley ò estatuto para ciertas causas que se han de comprometer, con tal que lo sea para toda la causa y no para un solo artículo, v. gr. para conocer de la sospecha porque se recusa al juez en razon de que estos árbitros son elegidos de necesidad por la ley misma, de la cual dimana la jurisdiccion que tienen, que ni bien es ordinaria ni delegada; pero como de tercera especie participa de ambas.

19. Tampoco tiene lugar la reconvencion ante el juez de apelacion. Lo 1.° porque el apelante no recurre à él por su voluntad y eleccion, sino por necesidad, para que le desagravie de la injuria que el inferior le hizo en la sentencia definitiva: 2.° porque la apelacion sirve únicamente para reparar el gravamen irrogado en la sentencia dada en primera instancia, y reduce la causa al estado que tenia despues de la litiscontestacion, que es el de conclusion para prueba, y no teniendo, como no tiene, lugar despues de esta la reconvencion, tampoco puede tenerle ante el juez referido, à lo menos para que surta el efecto de tal: 3.° porque este juez no puede conocer de otra cosa que de la que se conoció en primera instancia. Si la apelacion fue de alguna providencia interlocutoria antes de la contestacion, y el superior la confirma, sucede lo propio, porque no quedan en su jurisdiccion los autos, antes bien los devuelve al inferior; pero si los revoca y los retiene, habrá lugar ante él (1).

20. El juez nombrado para conocer de cierta especie de causas podrá entender en la de reconvencion sobre otras de diversa especie, v. gr. civil ó criminal, si le hubiere elegido el litigante mismo en persona, y asi el clérigo que elige al juez secular para demandar al lego ante él, puede ser reconvenido por este en el mismo juicio (2). Pero sino tuviere potestad para co-

1 Cancer. part. 2. y cap. 13. num. 61. al 63. Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 2. num. 1175, y tit. 2. disp. 7. num. 8.

2 Glos. 2. in Authent. *Et consequenter.*

nocer por el privilegio de la misma causa, ó porque su jurisdiccion es limitada à ciertas de determinada especie ó suma, y no se amplía á otras de mayor cantidad y especie diversa, habrá lugar á la reconvencion, siendo la causa de la misma especie que la demanda, aunque haya diferencia en la cantidad, porque por ser de la propia especie se proroga accesoria é incidentemente la jurisdiccion del juez; pero no si fuere de diversa especie, v. gr. la demanda de cosa profana ante el lego, y la reconvencion de la espiritual ante el mismo, ó la demanda criminal ante juez que solo puede entender en causas criminales, y la reconvencion civil ante el propio, y en otros casos semejantes.

21. Tiene tambien lugar la reconvencion en cualquiera causa en que su naturaleza y cualidad no lo repugnan, ó no hay prohibicion especial, aunque las dos sean de diverso género, v. gr. la demanda por accion de compra, y la reconvencion por la de *mutuo*, ó si la una procede de accion real, y la otra de personal, ó si ambas fueren sumarias ó plenarias, ò una sumaria y otra plenaria, y deben sustanciarse á un propio tiempo, y determinarse en una sentencia, á menos que la una exija celeridad y la otra no pueda sustanciarse con tanta, pues entonces la de reconvencion surtirá solamente el segundo efecto, que es la próroga de jurisdiccion, porque de lo contrario se causaria perjuicio al actor en la demora.

22. Há lugar asimismo la reconvencion en las causas ejecutivas, cuando ella lo es tambien, y se puede liquidar y decidir al propio tiempo que la demanda, porque como ambas tienen igual vigor, no impide la una el curso y pronta expedicion de la otra; pero no cuando no pueden liquidarse, porque el instrumento ejecutivo, en cuanto á poderse despachar ejecucion en su virtud, es semejante á la sentencia; y como despues de esta no se admite reconvencion, tendrá lugar solamente su admision en lo que concierna al segundo efecto, que es la próroga de jurisdiccion, porque versa la razon legal expuesta (*).

* Precisamente en la via ejecutiva no se admite la reconvencion, segun la práctica de dentro y fuera de la Corte. Si la cantidad porque el reo trata de reconvenir al actor, es liquida como la suya, podrá excepcionarlo asi en el término del encargado con presencia del documento que justifique su accion: si no es liquida, como que no tiene lugar para una excepcion justa, tampoco la tiene para la reconvencion. De consiguiente, no habiendo lugar á ella, no puede prorogarse la jurisdiccion del juez que conoce en la demanda. Véase acerca de este punto al señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas*, part. 1. cap 6. num. 35 y siguiente. *Febrero adicionado.*

Tambien impugna esta doctrina ó próroga de jurisdiccion con mucha solidez el señor Conde de la Cañada (en el lugar citado, num. 50 al 55); y en fuerza de sus razones y otras reflexiones que podrian

23. Tambien tiene lugar en las causas sumarias; mas no cuando la una es sumaria y la otra plenaria, sino en cuanto al segundo efecto, á menos que esta se pueda liquidar al mismo tiempo que aquella, ó que el actor lo consienta (1), ni en las de depósito, porque estas son privilegiadas por la buena fe que en ellas debe haber; y así ninguna excepcion ni compensacion admiten, pues lo líquido no se debe retardar por lo ilíquido; y si se proponen, servirán únicamente para la próroga de jurisdiccion (2): ni tampoco en las de apelacion, por los motivos expuestos en el párrafo 19.

24. En orden á las causas criminales, para explicar con claridad cuando habrá ó no lugar la reconvencion, se distinguen cuatro casos: 1.° Si el acusado criminalmente quiere acusar tambien de otro delito mayor al acusador ante su juez, ó de otro que tenga conexion con él, há lugar la reconvencion; mas no, si lo hace de otro igual ó menor, á menos que sea por su injuria ó por la hecha á sus parientes, ó que ambos litigantes procedan respectivamente por la suya, ó que el acusado se liberte principalmente por su acusacion del delito que se le imputa (3). Pero si el acusado no reconviene al acusante por su injuria ó por la de los suyos, ó el juez carece de jurisdiccion para proceder contra el acusador, v. gr. por ser clérigo, ó para conocer de causa criminal, no há lugar entonces á la reconvencion, porque el que demanda criminalmente, lo hace de necesidad por la ofensa ó injuria que recibió, y no de voluntad, como en lo civil, en que no media ni se interesa su honor; y así no se proroga la jurisdiccion al juez en aquello como en esto, excepto que el acusador saque algun despacho ó provision para conocer contra el acusado; pues en este caso habrá lugar la reconvencion, porque es visto haberle buscado para sí y contra sí, y milita la misma razon legal. 2.° El acusado criminalmente no puede reconvenir civilmente al acusante, porque este lo hace por necesidad, y así la causa criminal se seguirá sola, pues no se verifican los efectos de la reconvencion por falta de la voluntad del actor en la eleccion de juez, y demas razones expuestas anteriormente. 3.° El demandado civilmente puede

hacerse, soy de parecer que nunca debe admitirse la reconvencion para el efecto de prorogar la jurisdiccion del juez, siempre que no haya de seguirse y decidirse al mismo tiempo que la demanda principal. *Febrero reformado.*

1 Cap. 6n. *de offic. judic.* Ley *Sed hæc.* §. *Non solum* ff. *de procurator.*

2 Cap 2. *de deposit.* ley 11. Cod. y ley 31. ff. eod. tit.

3 Leyes 1 y 9. Cod. *de his qui acusant.* y ley 4. tit. 1. Part 7.

reconvenir criminalmente al actor siendo el juez competente de este, y no de otra suerte; pero se ha de conocer primero de la criminalidad, como mayor y perjudicial á la accion civil. 4.° El acusado civilmente puede acusar del mismo modo al actor ante su juez, porque como es accion criminal intentada civilmente, versa la razon de la ley; pero sino es juez suyo no se le permite, porque el acuzador ó actor le elige de necesidad por el delito contra él cometido, y no de voluntad, y asi cesa la razon legal.

25. Paso ahora á explicar cuando tendrá ó no lugar la reconvencion en las causas posesorias. En el capítulo 2.° título 1.° *de las acciones y excepciones*, se dijo que habia tres especies de interdictos, uno para conseguir la posesion, otro para conservar ó retener la adquirida, y el tercero para recobrar la perdida. Veamos pues si estos remedios posesorios se podrán ó no intentar por via de reconvencion, acumular y seguir á un propio tiempo, y en un juicio el petitorio y posesorio; y si el verdadero despojador ó el tercero poseedor estarán ó no obligados á responder á la reconvencion del despojado.

26. Si este intentare contra el despojador el interdicto de recuperar, y él mismo le reconviniere por otro igualmente privilegiado, se debe admitir la reconvencion, siendo sobre despojo de otra cosa, no de la misma, sin que esté obligado á restituir; y ambas causas, como de igual privilegio, se seguirán y decidirán á un tiempo (1). Pero si es tercero poseedor con buena fe, y el despojado le demanda por el mismo interdicto, se halla este obligado á responder sobre otro igual despojo antes que le restituya la que pretende, porque el remedio de la restitucion contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos despojadores, que por su delito deben ser castigados.

27. Intentando el despojado el mismo interdicto de recuperar contra el despojador, si este quiere reconvenirle por el de conseguir ó por el *petitorio* sobre la propia cosa, no debe admitirse su reconvencion antes que la restituya, ya porque estos no son igualmente privilegiados, y ya porque implica que pretenda conseguir el dominio de la que tiene, y la posesion de lo que posee (2); lo cual se amplía en primer lugar aunque el

1 Leyes 5. tit. 10. Part. 3. verb. *Mas si el demandado non razonase*, y fin. tit. 10. Part. 7.

2 Leyes 5 y 6. tit 34. lib. 11. Nov. Rec. y 40. tit. 28. Part. 3.

despojador ó un tercero se opongan, diciendo que la cosa es suya, y lo ofrezcan probar incontinenti; pues no obstante esto, ha de ser restituido previamente el despojado, y se reservará al despojador y tercero su derecho para que en otro juicio intenten la reivindicacion; y en segundo lugar, aun cuando sean menores é imploren el beneficio de la restitucion, si confiesan que el despojado es señor de la cosa, pues no deben gozar de aquel por obstarles la excepcion de dominio que aseguran tiene este.

28. Tampoco por las razones ya dichas tiene obligacion el despojado de responder á la reconvencion del interdicto de retener (1) sobre la misma cosa que le hace el despojador, pues aunque ambas causas de recuperar y retener son sumarias, la de despojo es privilegiada, y no se admite otra que no lo sea igualmente, por lo que no tiene lugar el juicio petitorio ni el posesorio; y si se trata contra un tercero que no despojó ni mandó despojar, habrá lugar á la reconvencion del petitorio y posesorio de otra cosa, y de la misma lo tendrá solamente la del interdicto de retener (2).

29. Si el tercero poseedor usa por via de accion del mismo interdicto, exponiendo que el despojado le molesta extrajudicialmente, y pretendiendo que el juez le ampare en la posesion de la cosa, y mande al despojado que no le perturbe en su posesion, puede este hacer la reconvencion del interdicto de recuperar sobre ella, y se admite el concurso de ambas acciones como sumarias.

30. Intentando el actor el juicio petitorio por accion real ó personal, esto es, porque el reo esté obligado á darle ó hacerle alguna cosa, ó reivindicar la que dice ser suya; si el reo le reconviene sobre el violento despojo de otra cosa, se ha de distinguir: si deduce el despojo por reconvencion, como accion, se seguirán ambas causas á un tiempo, como mutuas ó recíprocas peticiones, pues por lo mismo no excluye la una á la otra; pero si le excepciona, pretendiendo no se oiga al actor mientras no le devuelva la cosa de que le despojó, se suspenderá el juicio petitorio procediendo á conocer de la excepcion, por ser dilatoria, y verificada la certidumbre del despojo, se declarará que el reo no debe contestar ni el actor ser oido interin no

1 Equivale en algun modo al artículo que hoy llamamos de interin ó de *manutenendo*.

2 Cap. 2. y cap. fin. *de ord. cognition.*

restituya, y hecha la restitucion se continuará el juicio petitorio (1).

31. Si litigando dos, el actor sobre el remedio posesorio de recuperar, y el reo sobre el petitorio, sale un tercero pretendiendo tambien por el petitorio la cosa sobre que contienden, aunque el reo y el tercero ofrezcan probar que es suya, se debe deferir ante todas cosas á la restitucion solicitada por el despojado, y hecha se proseguirá la accion del petitorio, sin que obste la excepcion del tercero opositor. Así lo ordena la ley 18. tit. 10. Part. 7. que dice: *E por ende decimos que cuando asi acaezca que tales demandas vengan de consuno sobre una cosa, que la demanda de aquel que dice que seyendo el tenedor gela tomaron por fuerza, debe ser oida primeramente, é ser librada segun derecho, é de si oyan é libren las demandas de los otros, assi como fuere derecho.*

32. Las causas de posesion y propiedad, ó el juicio petitorio y posesorio, regularmente hablando, se pueden acumular, recibirse á prueba para ambas partes, y no dudándose quien posee, determinarse en una sentencia, pronunciando primero sobre el posesorio, y en cuanto á la ejecucion siguiendo y prevaleciendo el petitorio; pero si se duda del poseedor, ó no consta probado mas que lo tocante al posesorio, se debe controvertir y determinar solamente sobre este, para que se vea á quien incumbe probar en el petitorio (2). Es verdad que la acumulacion de acciones está prohibida; pero esto se entiende de las que son contrarias entre sí, ó se quitan por la eleccion, ó cuando la sentencia absolutoria dada en la primera, produce excepcion de cosa juzgada en la segunda; y como nada de esto sucede en las causas de posesion y propiedad, las cuales son del todo separadas ó diversas, se pueden acumular, lo cual se permite para que se acaben mas presto los pleitos, y para evitar á los litigantes muchos dispendios (3).

33. Esta acumulacion de los remedios posesorio y petitorio, no tiene lugar habiendo reconvencion sobre despojo, pues si la hay se debe practicar lo que se ha dicho en los párrafos anteriores, segun sean los litigantes. Ademas, aunque la reivindicacion puede acumularse con los interdictos de conseguir y

1 Ley 5. tit. 10 Part. 3. verb. *Otrosi decimos*; y verb. *Mas si aquel que ficiese empiaza.*

2 Cap. 2, 3, 4 y 6. *de causa possess. et proprietat.*

3 Cap. 2. cit. *de causa possess. et proprietat.* Lo dicho se limita en las causas de mayorazgo.

recuperar, por lo expuesto en el párrafo inmediato, no con el de retener sobre una misma cosa, à causa de ser contrarios y repugnantes entre si, puesto que quien intenta este, confiesa tácitamente que está poseyendo, con pretender se le mantenga en la posesion contra su contrario que se la perturba; y el que usa de aquella, afirma que no posee.

34. Lo dicho se limita en los derechos incorpóreos, como las servidumbres, en las cuales se pueden acumular el interdicto de retener y el remedio petitorio por no haber contrariedad; y porque el poseedor puede usar de la accion *real ó confesoria*, que es la que compete al actor que afirma tener servidumbre en el fundo ò predio de otro; y asi en virtud de esta accion pide se declare debérsele la servidumbre que poseyó hasta entonces, y se imponga perpétuo silencio á su contrario que se la perturba, haciéndole dar caucion de no turbársela.

35. Ambos remedios posesorio y petitorio se pueden tratar en un juicio y ante un mismo juez, sea ordinario ó delegado, el cual debe oir á entrambos litigantes, recibir á prueba sus pretensiones, y determinarlas en una propia sentencia para evitarles muchas expensas, y porque cuando quieren hacer probanzas se les deben admitir, como asimismo para que no se divida su continencia si se proponen á un propio tiempo (1). Mas esto procede cuando actor y reo son de un mismo fuero, pues siendo de diverso, no puede ser (2); por lo que si el clérigo litiga sobre la posesion contra el lego, y obtiene el juicio posesorio, no puede el lego demandarle ante el propio juez secular sobre la propiedad, sino que debe acudir á su fuero, el cual, por ser distinto, hace que se divida la continencia de la causa. Y aunque el lego puede reconvenir al clérigo, milita diversa razon, porque la reconvencion se hace en el mismo juicio, y asi esta como la causa de la demanda se siguen á un tiempo, y en el presente caso hay dos juicios; de los cuales el uno no se principia hasta que el otro se concluye, por lo que el lego, como que es actor en el petitorio, debe seguir el fuero del clérigo, que es reo en él y demandarle ante su propio juez, al modo que en la causa de posesion siguió el del lego, y se le demandó ante el de este.

36. Aunque está prohibido por derecho que despues de contestado el pleito se pueda mudar la demanda, no se prohibe que

1 Cap. 1. *de caus. possess. et proprietat.* cap. 9. *de probat.*

2 Cap. ultim. *de judic.*

intentado el juicio petitorio se vuelva al posesorio, porque no se muda aquella sino que se enmienda, añadiéndole algo que es el posesorio, y queda suspenso el petitorio hasta que conste de la posesion; de tal suerte, que si el actor no obtiene esta, pueda hacer reversion al petitorio; y si obtiene, mande el juez que se le restituya y permanezca aposesionado de la cosa hasta que el reo pruebe competirle su propiedad y dominio; pero dicha reversion se ha de hacer antes de la conclusion, pues conclusa la causa no se admite (1); ni tampoco se puede intentar el juicio posesorio, una vez condenado el litigante en el petitorio (2).

1 Cap. 5. *de caus. possess. et proprietat.*

2 Pareja *de edition. instrum.* tit. 6. resol. 9. num. 42. Rojas *de incomp.* part. 5. num. 19 y siguientes.

CAPITULO DÈCIMO.

De la prueba que puede hacerse en juicio, y de sus especies.

§. 1. Conclusos los autos, debe el juez recibirlos á prueba en el término de los seis dias siguientes al de la conclusion.

2. Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleito en presencia de todos ò en rebeldia.

3. El juez segun los méritos del proceso y calidad del negocio, puede determinarlo definitivamente sin recibirlo á prueba, cuando no hay sobre que recaiga esta.

4. ¿Que es prueba, y de cuantas clases?

5. Otra division de la prueba segun el modo de hacerla.

6. La prueba incumbe regularmente al actor, y no al reo, excepto en ciertos casos.

7, 8 y 9. Aclaracion de la doctrina sentada en el párrafo anterior.

10. La prueba puede hacerse por ocho medios, que son: confesion de parte; juramento decisorio; testigos; instrumentos, privilegios y libros de cuentas; vista ocular ò evidencia; presunciones; ley ò fuero; y fama pública.

11. ¿Que es confesion?

12. ¿Cuantas clases hay de ella?

13. ¿Que circunstancias se requieren para que haga fe y pruebe la confesion?

14. Concurriendo en la confesion los requisitos que se expresan en el párrafo anterior, hace plena prueba.

15. ¿Que se entiende por posiciones?

16. Pueden hacerse las posiciones por ambos litigantes.

17. ¿En que se diferencian las posiciones de los artículos ò interrogaciones?

18. Puede hacer tambien las posiciones el procurador del actor ó el del reo.

19. Cuando una parte presenta su interrogatorio, puede pedir por un otrosí para abreviar, que antes de procederse al examen de los testigos jure posiciones el contrario al tenor de las preguntas.

20. Siendo estas ó las posiciones confusas ó no concernientes al pleito, no está obligado el contrario á responder á ellas.

21. ¿Que se deberá hacer en el caso de que el sugeto á quien se hicieren las posiciones no quiera declarar ó responda ambiguamente?

22. De la confesion ó respuesta á las posiciones de una parte, se debe dar traslado al que las hizo.

23. De la confesion extrajudicial.

24. Del juramento decisorio.

25. ¿Que es juramento necesario?

26. ¿Que es juramento judicial?

27. Requisitos necesarios en el juramento *decisorio voluntario*, y en el necesario ó supletorio.
28. Del juramento *in litem*.
29. Circunstancias necesarias para que se defiera á este juramento.
30, 31 y 32. ¿Sobre que ha de recaer este juramento?
33. De la prueba que se hace por testigos.
34. De las personas que no hacen fe en juicio, y por consiguiente no pueden servir de testigos.
35. ¿Quienes no podrán ser apremiados para comparecer como testigos en los juicios civiles?
36. De los que no pueden serlo en causas criminales.
37. Continuacion de lo mismo.
38. ¿En que casos hará fe el dicho del esclavo?
39. ¿Como deberá recibirse el juramento á los testigos?
40. El testigo que no haya sido juramentado no deberá regularmente ser creido.
41. ¿Como han de jurar los católicos?
42. ¿Como habrán de hacerlo los judios?
43. Fórmula del juramento de los moros.
44. Fórmula del juramento de los hereges.
45. Modo de jurar los eclesiásticos seculares, y los religiosos.
46. ¿Como han de jurar los arzobispos y obispos?
47 hasta el 50. Del modo de formar los interrogatorios.
51. Del interrogatorio de una parte no se da traslado á la otra, sino en los tribunales eclesiásticos.
52. Destreza que debe tener el escribano para examinar bien á los testigos.
53 y 54. Continuacion de lo mismo.
55. En el examen de la parte y testigos, no debe usarse de preguntas sugestivas.
56. No debe permitirse al testigo que corrija ó amplie su declaracion despues de haberla firmado, si hubiese hablado ó tenido tiempo para hablar con alguna de las partes.
57. No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del que los examina hasta que evacuen su declaracion.
58. Los testigos solo deben ser preguntados sobre aquellas preguntas, de cuyo contenido sean sabedores.
59. Cada testigo debe ser examinado secreta y separadamente de los demas.
60. ¿Que deberá hacerse cuando hayan de ser examinados los testigos por intérpretes?
61. Las partes estan obligadas á satisfacer á los testigos los gastos que hagan en ir á declarar.
62. El juez puede apremiar á los testigos por prision y embargo de bienes.
63. De las requisitorias para examinar testigos fuera del territorio del juez de la causa.

64. Dentro del término probatorio podrán las partes presentar otro interrogatorio insertando en él algunos particulares omitidos que sean conducentes á su defensa.
65. Un solo testigo no hace prueba.
66. Hacen plena prueba dos testigos hábiles, contestes, excepto para justificar pago ú otro contrato de que se haya otorgado escritura pública ó testamento, en cuyos casos son necesarios mas.
67. Se permite sin embargo à cada litigante presentar hasta treinta testigos sobre cada pregunta.
68. Continuacion de lo mismo.
69. No hacen plena prueba los testigos varios y singulares ¿Que se entiende por singularidad obstativa?
70. De la singularidad cumulativa.
71. De la singularidad diversificativa.
72. ¿Que deberá hacer el juez probando entrambas partes su intencion con testigos?
73. ¿Que deberá hacerse cuando las partes se comprometieren en árbitros, y estos recibieren declaraciones de testigos?
74. De las declaraciones de los peritos.
75. De la prueba que se hace por instrumentos, privilegios y libros de cuentas.
76. De los instrumentos públicos.
77. Cuando alguna parte alega ser falso el instrumento producido contra ella, ¿que deberá hacer para probar su falsedad?
78. ¿A que circunstancias ha de atenderse para que sea fundada la presuncion de falsedad en los instrumentos?
79. ¿Que se requiere para que sea creido el escribano cuando afirma ó niega haber hecho un instrumento?
80. Continuacion de lo mismo.
81. Aunque el instrumento no sea válido se puede justificar su contenido por testigos ú otro medio legal.
82. El instrumento producido antes de la contestacion, se ha de reproducir en la prueba.
83. Tambien ha de reproducirse en el término de prueba la hecha por testigos, instrumentos ò de otra manera en otro juicio con el colitigante ó su causante.
84. Requisitos necesarios para que haga fe el traslado ó ejemplar sacado de la copia original.
85. Hace fe el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la debida solemnidad, cuando en virtud de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que le presenta.
86. Del instrumento auténtico.
87. ¿En que se diferencian el instrumento público y el auténtico?
88. Del instrumento privado.
89. Para que este instrumento ha-

ga fe en juicio, es necesario que le reconozca el que lo hizo ó firmó, y á falta del reconocimiento, ó por su negativa, que se compruebe por dos testigos idóneos.

90. De los privilegios ó rescriptos.

91. Division de los privilegios en afirmativos y negativos.

92. ¿De cuantos modos se puede adquirir el privilegio?

93. De la interpretacion de los privilegios.

94. De la confirmacion de los mismos.

95. No goza de privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, sino en ciertos casos que se expresan.

96 hasta el 99. Modos de cesar ó extinguirse los privilegios.

100. Los privilegios se despachan en el dia por el Real y supremo Consejo de la Cámara en virtud del Real decreto de concesion de la gracia que precede.

101. Requisitos que debe contener el privilegio para que haga fe en juicio.

102. De los libros de cuentas, y prueba que se hace por ellos.

103. De la quinta especie de prueba, que es por vista ocular y evidencia de la cosa ó hecho.

104. De la presuncion.

105. De la prueba que se hace por ley ó fuero.

106. De la octava especie de prueba, que es por fama y notoriedad.

107. La fama originada de personas fidedignas, hace regularmente semiplena prueba.

108. ¿En que casos hace la fama plena prueba?

109. ¿Como se ha de probar la muerte de una persona ausente?

110. ¿Cuantas cosas se requieren para que pruebe la fama?

1. Conclusos los autos por las partes, ò habiéndolos el juez por tales con dos escritos de cada una, segun lo ordena la ley 1. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec. (*), debe en el término de los

* El señor Conde de la Cañada, explicando esta ley y otras recopiladas dice así: *En estas leyes no se halla contrariedad alguna entre las dos proposiciones que dejo sentadas como regla fundamental de este artículo: la primera que del último de los dos escritos que presenta el reo se da traslado al actor; la segunda que el fin de este traslado es limitado á que se instruya de lo expuesto en el citado escrito, y concluya en su vista, ya sea para prueba ó ya para definitiva, segun la naturaleza y calidad de la causa en los términos insinuados, pues no prohiben literalmente dicho traslado, ni que la parte del actor concluya.*

Lo único que disponen es que no sea necesaria la conclusion de las partes, y que sin ella se tenga el pleito por concluso; pero esto debe entenderse cuando las partes no concluyen dentro del término ordinario de los seis dias, pues se les comunica traslado para dicho fin, porque no debe estar en arbitrio de los litigantes dilatar el curso de la causa, especialmente cuando alguno de ellos lo solicita.

Con esta inteligencia se uniforman las dos enunciadas leyes (2. tit. 5, y 9. tit. 6.

seis dias siguientes al de la conclusion, recibirlos á prueba, si es necesaria, y no de otra suerte, proveyendo auto interlocutorio á este fin, para que los litigantes justifiquen lo que les convenga; y no haciéndolo dentro de ellos, pagará dobladas las costas que se causaren hasta que lo provea, y cincuenta mil maravedís á la Real Cámara; en cuya pena incurre tambien, por tardar mas en pronunciar otro cualquiera interlocutorio (1). Pero aunque no haya mas que tres escritos, á saber, demanda, contestacion y conclusion, debe el juez haberlos por conclusos, y recibirlos á prueba; porque ni la ley precisa á que cada parte presente dos, ni es necesaria la réplica á la contestacion, si el actor no quiere hacerla, ya porque no contiene cosa digna de ella, ó porque en negando y contradiciendo lo perjudicial y adverso, responde y replica á lo que dice el reo, lo que basta para haber los autos por conclusos.

2. Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleito en presencia de todos, ó en rebeldía de alguno; y no pudiendo ser habido este, se ha de notificar á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se lo participen, dejándoles á este fin memoria expresiva; y si se despacha receptoría, se ha de notificar igualmente esta en ambos casos, antes que el que la saca use de ella (2), como se practica en el Consejo.

3. Sin embargo de lo que queda sentado en el párrafo 1, y de estar prohibido que el escribano haga relacion de los autos, pues el juez inferior debe verlos por sí, y no tener relator (3), se ha introducido en todos los tribunales de la Corte, y en algunos de otros pueblos, que se pida señalamiento de dia para verlos, y se cite con él á las partes, como asimismo que los escribanos ordinarios hagan relacion á presencia de los litigantes ó de sus defensores, y que segun los méritos del proceso, y calidad del negocio, providencie el juez, recibiéndolos á prueba, ó determinándolos definitivamente; pues si nada falta, ni tienen que probar las partes, puede y debe hacerlo, y no se causa nulidad, antes bien es conforme á la intencion de las leyes que de-

lib. 4.) *con la* 4. tit. 16. lib. 2. Rec. *que es la primitiva y capital que trató de abreviar los pleitos cortando maliciosas dilaciones por el medio de reducir los escritos de cada litigante á dos, poniéndolos en la necesidad, si quieren continuarlos, de concluir en el perentorio término de los seis dias desde el último traslado; y por su defecto y morosidad que se tengan por conclusos para las sentencias interlocutorias ó definitivas que correspondan. Esto es lo que observan los tribunales de la Corte, y no he visto declarar ó tener por concluso el pleito, sin que alguna de las partes concluya ó incurra en contumacia. Instit. pract.* part. 1. cap. 7. num. 23, 24 y 25.

1 Ley 1. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.
3 Ley 3. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.

sean consiga cuanto antes justicia el que la tiene, y prohiben que los pleitos se reciban á prueba sobre cosas que probadas no le han de aprovechar, ni dañar al contrario, ó no conciernen al asunto litigioso, ó consisten en puro derecho, en el que está resuelto lo que el juez debe determinar (1); por lo que si este los recibe en los tres últimos casos, se puede apelar de la providencia por dilatoria, gravosa y contraria à las leyes, y se debe revocar, como lo he visto hacer en el Consejo.

4. Prueba es lo mismo que averiguacion que se hace en juicio, à fin de aclarar las dudas que aparecen acerca de la materia que se disputa, y de las pretensiones de los litigantes (2); y el juez no debe dejar de admitir la necesaria por ser de derecho divino (3). Es de dos maneras, hablando con propiedad, à saber, *plena* y *semiplena*. Se llama *plena* la que hace tanta fe cuanta basta para definir la controversia, condenando ó absolviendo; y *semiplena* la que hace alguna fe, pero no tanta que en su virtud pueda moverse el juez à dar sentencia, v. gr. la que induce la escritura privada, la comparacion ò cotejo de letras, la confesion extrajudicial, la fuga del reo que debió responder, y no respondió, el dicho de un testigo solo, ó la fama (4).

5. La prueba generalmente hablando recibe diversos nombres, segun el modo con que se hace. Si es en juicio, se llama judicial; si fuera de él, se denomina extrajudicial (5). Hay otra *evidentísima*, que se hace por privilegios y escrituras auténticas; otra *apertísima* ó *plenísima*, y es la que se hace por la evidencia y otros medios que no dejan duda; otra *clara*, que se hace por testigos ú otros modos semejantes; otra *menos evidente*, que es por conjeturas y presunciones, aunque esta no es clara, á menos que la pronunciacion sea de derecho; otra *legítima*, la cual se hace por testigos, instrumentos, ó por otros medios aprobados por derecho; y la otra *mixta*, que se compone de dos simiplenas encaminadas á un mismo fin.

6. Aunque segun el uso de algunos tribunales de fuera del reino, no está obligado el reo à probar sus excepciones hasta que el actor justifica su intencion y demanda, para que aquel no sea gravado con costas, à que no puede ser compelido, mientras este no acredite lo que propone; no está recibido este estilo en

1 Ley 7. tit. 14. Part. 3, ley 5. tit. 10. lib 11 Nov. Rec.
2 Ley 1. al principio. tit. 14. Part. 3.
3 Cap. *Novit de judiciis*. Matth. cap. 18.
4 Glos. in leg. *admonendi*, C. *de jurejurand*. Cancer. part. 3. *Var.* cap. 7. num. 348. Gom. lib. 3. *Var.* cap. 12. num. 2. y 26.
5 Cap. *Cum dilecta*, 4. *de confirmat.* y cap. ult. *Ut lite non contestata.*

los de España, y asi no obstante que la prueba incumbe regularmente al actor que funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en excepcion negativa improbable, por lo que si este niega, debe ser absuelto, no probando aquel, pues cuando el derecho es oscuro se le debe favorecer mas que al actor; sin embargo, si de su excepcion negativa resulta afirmativa por la razon porque niega, debe probar la excepcion y la causa ó razon en que la apoya, porque es el fundamento afirmativo de su negativa, y en la excepcion que alega para su defensa hace veces de actor (1); y lo mismo debe practicar este con la suya, porque funda en ella su accion y demanda (2).

7. Para mejor inteligencia de lo explicado en el párrafo anterior, debo sentar, que aunque las negaciones son varias, y de ellas unas se pueden probar indirectamente, y otras no; generalmente hablando, la negacion ó proposicion negativa es de tres maneras, de *derecho*, de *cualidad* y de *hecho*. Negativa de *derecho* es aquella, por la cual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho, ó no está permitida por él; v. gr. que uno no puede ser juez, abogado, testigo &c., y esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley y demas medios no concurrir en él el defecto que se le imputa, y asi debe probarla el negante (3).

8. La negativa de *cualidad* es aquella, por la que se niega concurrir en alguno cierta cualidad, la cual si es de las que naturalmente tiene cada uno, v. gr. que es capaz y de claro entendimiento, ó que no era mayor cuando contrajo &c., debe probarla el que niega, porque es el fundamento de su intencion, y de esta negativa se induce afirmativa que trasfiere la obligacion de probarla en el negante, pues la presuncion está por su contrario, y no haciéndolo se deferirá á la solicitud de este, aunque nada pruebe. Pero si es de las que competen accidentalmente á alguno, y no naturalmente á todos, v. gr. que es noble, doctor &c., toca la prueba al que afirma, como asimismo si dice que es mayor de edad, y se le niega: porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á lo material de la afirmativa, sino á que cada uno pruebe el fundamento de su intencion (4).

9. La negativa de *hecho*, que se dice ser improbable por na-

1 Leyes 1 y 2. tit. 14 Part. 3, y leyes 2, 12 y 19. ff. y 23. Cod. *de probat.*

2 Cap. 6, 11, 12. *de probat.* y leyes 2 á la 6. tit. 14. Part. 3.

3 Ley *Ab ea parte*, ff. *de probat.* Leyes 2 y 4. tit. 14 Part. 3.

4 Cap. unic. *de escrutinio in ordine*, cap. ult. *de præsumpt.*

turaleza, es de tres maneras, una *pura*, *simple é indefinida*, otra que envuelve en sí *afirmativa*, y otra *coartada*. La pura ó simple, es la que no determina tiempo, lugar ni otra circunstancia, por lo que es absoluta, como cuando uno niega que contrajo, ó que hizo la muerte que se le imputa &c.: y esta no se ha de probar por el que niega, porque el hecho no se presume, y asi le basta negar (1). La negativa que envuelve en sí *afirmativa*, es, por ejemplo, cuando dice uno que no renunció ó no contrajo espontáneamente, y el que asi niega debe probarla, porque viene á afirmar que para renunciar ò contraer fue violentado (2). La negativa *coartada*, es la que se coarta y limita á cierto lugar, tiempo ú otra circunstancia, v. gr. se imputa á alguno una muerte hecha en tal parte, tal dia y à tal hora; debe en este caso probar la negativa de que no estuvo alli, sino en otra parte, porque esta excepcion negativa se reduce à afirmativa, por la razon que tiene para negar que hizo la muerte (3).

10. La prueba judicial se ha de hacer de lo afirmado ó negado en la demanda, porque sobre esto ha de recaer la sentencia, y puede hacerse por ocho medios, ó de ocho maneras, que son: 1.° *confesion de parte* (bien que esta mas es relevacion de ella que otra cosa); 2.° *juramento decisorio*; 3.° *testigos*; 4.° *instrumentos, privilegios y libros de cuentas*; 5.° *vista ocular*, ó evidencia; 6.° *presunciones*, ó conjeturas; 7.° *ley*, ó fuero; y 8.° por *fama* pública (4), á que se puede añadir la que se hace por inscripciones esculpidas en mármoles ó lápidas antiguas, puestas en las iglesias y en otros edificios y lugares públicos de tiempo inmemorial, como tambien por historias, mapas y tablas geográficas, y serán nueve clases de prueba, que expresan los siguientes versos.

Aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Jurans, confesus, præsumptio, fama, probavit.

11. La confesion ó declaracion judicial es respuesta afirmativa, que un litigante da en juicio á lo que el colitigante ó el juez de oficio le pregunta una ó mas veces (5). Se divide en *verdadera* ó expresa, y en *tácita*. Se llama verdadera, la que se hace

1 Leyes 1 y 2. tit. 14. Part. 3, y ley 23. Cod. *de probat.*

2 Ley 8. ff. *de probat.* y cap. 2. *de restitut.*

3 Cap. 35. *de testib.* Ley 14. Cod. *de contrahend. stipulation.* y ley 32. tit 11. Part 5. Acev. en la ley 4. tit. 17. lib. 8. Rec. num. 39.

4 Leyes 2. tit. 11. y 8 y final, tit. 14. Part. 3, y los tit. 10. y 11. lib. 11. Nov. Rec.

5 Ley 1. tit. 13. part. 3.

con palabras ó con señales que manifiestan paladina ó claramente lo que se depone; y tácita, la que se infiere de algun hecho, ó se supone por la ley, v. gr. cuando el preguntado es contumaz en no querer responder, ó en no responder como debe, ó huya despues de contestado el pleito, y lo abandona (1).

12. Subdivídese la confesion en *simple* y *cualificada*. Se llama simple, cuando el litigante confiesa lisa y llanamente lo que el colitigante le pregunta; y cualificada, cuando por alguna cualidad ó circunstancias que añade, restringe la intencion de su contrario, por lo que le pone en la precision de hacer prueba sobre ella. Asimismo se subdivide en *judicial y extrajudicial*. Se llama judicial la que se hace en juicio ante juez competente, ó de su orden por escrito ante escribano aprobado conforme á derecho; y extrajudicial la que se ejecuta fuera de juicio, ó en él ante juez que no es competente para recibirla ni mandarla hacer, ó ante el arbitrador (2); de las cuales paso á tratar.

13. Para que haga fe, y pruebe la confesion judicial contra el que la hace, debe contener las diez circunstancias que trae la ley 4. tit. 13. Part. 3, y comprenden los siguientes versos:

1. 2. 3. 4. 5. 6.
Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit, et hostis,
7. 8. 9. 10.
Certum, lisque, favor, jus nec natura repugnet.

La primera es que quien la hace sea mayor de veinticinco años, ó si es menor de ellos, y entró en la pubertad, que la haga con autoridad de su curador; bien que aunque este presencie el juramento, si es perjudicado en él, se le restituirá (3): la segunda, que la haga espontáneamente, sin miedo de tortura, ni por fraude ni promesa que el juez le haga de que le libertará; pues no vale la hecha por engaño, ni tampoco en el tormento, á menos que al dia siguiente se ratifique en ella fuera de él, y conste del cuerpo del delito (4); la tercera, que la haga con cierta ciencia, porque si procede de error inculpable del hecho, y luego lo prueba, puede revocarla antes de la sentencia; y lo propio milita, cuando no la hace de propósito, sino con motivo de ira,

1 Cap. fin. *de conf.* in 6. cap. 4. *de præsumpt.* y leyes 1 y 2. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley unic. Cod. *de conf.* cap. 4. *de judic.*

3 Leyes 1. tit. 13, y 3. tit. 25. Part. 3.

4 Cap. 1. caus. 15. quæst. 6. Leyes 4 y 5. tit. 13. Part. 3.

ó por causa falsa (1): la cuarta, que sea contra sí, ó para obligarse á otro (2): la quinta, que la haga ante juez competente, ó de su orden ante alguacil ó escribano, ó ante este solamente, como se practica (3); ó en la demanda y demas escritos, aunque sea sin juramento (4), ó ante el árbitro, que procede observando el orden legal (5); mas no ante el arbitrador, porque ante este no hay juicio: la sexta, que sea á presencia de su contrario (6); aunque esto rara vez se usa, antes bien se estima por bastante que se reciba sin presenciarla, que conste en los autos, y luego se le comunique: la séptima, que sea de cosa cierta en cuanto á la sustancia y cantidad, pues no siéndolo, no le perjudica, porque no puede recaer sentencia sobre ella, y si es errónea, puede revocarla, probando el error (7); pero el juez debe compelerle á que conteste categóricamente lo que se le pregunta (8): la octava, que se haga en juicio, porque si se hace fuera de él, servirá de presuncion y no de prueba, lo cual se entiende siendo la confesion de delito; pero en los contratos le perjudica, estando presente su contrario ó su apoderado, y exime á este del cargo de probar si al mismo tiempo que la hace, expresa la causa justa del débito ó cosa que debe darle ó hacerle, pues si no la menciona inducirá presuncion solamente (9), excepto en los casos que explicaré en el párrafo 23 de este capitulo: la nona, que no sea à su favor, pues de lo contrario seria testigo en su misma causa, lo cual está prohibido (10): la décima, que no sea contra naturaleza ni contra ley (11).

14. Concurriendo en la confesion las diez circunstancias referidas hace plena prueba, aprovecha al contrario del confeso, le exime del gravamen y precision de probar, supera á todas las pruebas, porque ninguna iguala al dicho de propia boca, inutiliza las opuestas hechas por testigos ó instrumentos á su favor, desvanece las presunciones contrarias; y es de tal calidad, que aunque se haga en proceso inepto ó inválido, puede darse

1 Ley *Divortium non est.* ff. *de divortio*, cap. fin. *de conf.* Canon. *Sicut tenor*, 15. *de regularib.*

2 Ley 4 tit. 13. Part 3.

3 Ley fin. ff. *de interrogat. in jure faciend.* dicha ley 4. tit. 13, y leyes 4 y 5. tit 28 lib. 11. Nov. Rec.

4 Gom. lib. 3, *Var.* cap. 12. num. 4. *Cur. Filip.* part 3. §. 13. num. 10.

5 Ley 1. ff. *de recept. arbitr.* Mascard. conclus. 343. num 9 y 10. Reinf. lib. 2. tit. 18. § 1. num. 8 al 11.

6 Dicha ley 4. tit. 13. Part. 3, y ley 6. § 3. ff. *de conf.*

7 Ley *Certum*, ff. *de conf* y dicha ley 4. tit. 13. Part. 3.

8 Ley 6. tit. 13. Part. 3

9 Ley final, ff *interrogat. accion.* y leyes 4. y fin tit 13. Part 3.

10 Dicha ley 4. tit. 13, y ley 10. Cod. *de testibus*

11 Leyes 4 y 6. tit. 13. cit.

sentencia segun ella, y el confeso se tiene por condenado sin otra alguna (1). Puede pedir una parte á la otra la confesion en cualquiera estado del pleito, aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado; y lo mismo puede hacer el juez de oficio, á fin de inquirir la verdad en caso de que haya duda (2): tambien puede pedir una parte á la otra todas las declaraciones ó posiciones que tenga por conveniente de una vez ó de muchas, con tal que conciernan al pleito, y no sean sobre lo confesado claramente; y el juez debe deferir y apremiar al preguntado á que las absuelva categóricamente, sin darle traslado ni tiempo para aconsejarse, como adelante expondré, ni precisar al ponente ó interrogante á que de una vez las haga, porque ninguna ley le concede esta facultad; de suerte que si hace lo contrario, y no reforma su providencia como dilatoria, injusta y perjudicial, se puede apelar, y debe revocarse: lo primero, porque la ley no prefine cuantas declaraciones ó confesiones ha de pedir una parte á la otra, ni en cuantas veces, y asi pueden ambas pretender las que quieran; lo segundo, porque la confesion es la mejor prueba de todas, y con ella se evitan gastos y dilaciones; y lo tercero, porque las leyes encargan la brevedad en los pleitos, la cual se logra por medio de la confesion. Asi, pues, para no acreditarse el juez de ignorante ni constituirse sospechoso, debe deferir lisa y llanamente á la solicitud de cuantas confesiones pida una parte à la otra, siendo pertenecientes al punto litigioso, y asi se practica en la Corte.

15. Como la confesion debe ser de cosas concernientes al asunto litigioso, y para ello deben preceder preguntas que llaman *posiciones*, á fin de que el escribano no confunda tal vez estas con las preguntas ó interrogaciones que se hacen á los testigos, debo advertir que las posiciones no solo han de ser de los hechos relativos al punto que se controvierte, sino que tambien deberán hacerse clara y positivamente, y no con oscuridad ni por via de interrogacion; porque el que las pone, afirma como cierto lo que en ellas sienta, pues la posicion *es simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, sobre el cual pide en juicio el litigante que el otro declare bajo de juramento, para relevarse de probarle.* Esto no puede decirse de las interrogaciones ó artículos, los cuales son parte de la intencion del interrogante, contienen lo que intenta probar por testigos ó instrumentos, y quien los pone, no confiesa lo que expre-

1 Ley 2. tit. 13. Part. 3. et ibi glos. 1. 2 Ley 2. tit. 12. Part. 3.

se en ellos como en la posicion; bien que hoy los confunden muchos.

16. Pueden hacerse las posiciones por ambos litigantes (aunque lo mas regular es que las haga el actor al reo) despues de la contestacion; y una vez puestas en los autos no se pueden revocar, mudar ni emmendar, excepto que sea incontinenti, ó por error de hecho que contengan; bien que cuando estan oscuras, se pueden declarar à pedimento del contrario, y á ello está obligado el ponente, porque mediante su declaracion nada se les añade, y se retrotrae esta al tiempo en que se pusieron.

17. Se diferencian las posiciones de los artículos ó interrogaciones: lo primero en su origen, pues aquellas fueron inventadas por la costumbre, y estas por derecho; lo segundo en su forma, porque las interrogaciones se hacen con palabras interrogativas, y las posiciones por afirmativas de algun hecho; lo tercero, en que aquellas se hacen á los testigos cuando hay necesidad de prueba, y estas son para que si el contrario las confiesa, sea relevado el ponente de probarlas; lo cuarto, en que el que articula, no confiesa los artículos, ni afirma ser verdaderos, sino que cree poderlos probar, y asi á los testigos se pregunta de esta suerte: si saben, han visto ó tienen noticia &c.; pero el que hace posiciones las confiesa, y afirma que ha sucedido ó no, qué debe hacer ó no, que es cierta ó incierta la cosa que pone y sienta en ellas, y por esto hace la pregunta de esta suerte: *como es cierto ò incierto* &c.; lo quinto, en que la posicion se hace regularmente en causas civiles, y la interrogacion en ellas y en las criminales; lo sexto, en que las interrogaciones se hacen por la parte y por el juez, y las posiciones solo por la parte y no por el juez, quien no puede hacerlas sino que de ellas resulte duda, para aclararla. La razon es porque las posiciones suceden en lugar de prueba, y el juez nada tiene que probar, ya porque ignora los hechos, y asi no sabe lo que ha de preguntar, ya porque el que las pone confiesa el hecho que sienta, y el juez ninguno tiene que confesar.

18. No solo pueden hacer posiciones el reo y el actor, sino tambien sus procuradores en su nombre con su especial poder y no de otra suerte (1). Siendo sobre el negocio principal, se deben poner despues de contestada la demanda en el tiempo probatorio, y antes de la presentacion de los testigos, porque suceden en lugar de prueba, si se confiesan puramente; pero sien-

1 Ley *Divus*, §. 1. ff. *ad leg Cornel. de fals.* y ley 1. tit. 10. Part. 3.

do sobre algun artículo ó excepcion que se proponga antes de esta, sobre el cual haya que hacerla, se pueden poner entonces, bien que como queda sentado, las puede hacer una parte á la otra hasta la sentencia en cualquiera estado del pleito.

19. Lo que se practica para abreviar, es presentar la parte el interrogatorio; pedir que á su tenor se examinen los testigos que presente; y por un *otrosí*, que antes de proceder á su examen, jure posiciones el contrario al tenor de todas ó de algunas de las preguntas del interrogatorio; ò pedir se haga esto antes de presentarle, y en vista de lo depuesto, que se le debe comunicar, formarle solamente sobre lo no confesado, pues no en todos los pleitos se pueden hacer, porque hay hechos que las partes ignoran, y es necedad el preguntárselos.

20. Siendo confusas ó no concernientes al pleito las preguntas ó posiciones que un litigante hace al otro, ninguno de los dos está obligado á responder á ellas, ni el juez se lo debe mandar, ni admitirlas (1). Pero si son hechas con claridad, y sobre lo que se litiga, debe el preguntado, ó por su ausencia su procurador, teniendo para ello poder especial, responder categóricamente bajo de juramento la verdad del hecho, afirmándola ó negándola simple y abiertamente, sin el mas leve artificio ni cautela, ni con palabras de *creo ó no creo, ó me persuado ó niego la pregunta segun está puesta*, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir. El juez no debe permitir que su abogado esté presente á la declaracion, ni darle traslado ó copia de las posiciones, ni término para que se aconseje, pues debe responder á ellas en el mismo acto, como lo ordenan las leyes (2).

21. Si responde ambigua y confusamente, se le puede compeler á que responda lisa y llanamente á las preguntas con toda pureza é ingenuidad, y si no quiere declarar, ó se ausenta por no practicarlo, habiéndoselo mandado el juez tres veces por ante escribano (que es por tres autos) y no de otra forma, es habido, y le puede declarar, por confeso, y determinar el pleito, ya sea definitivamente, ó recibiéndolo á prueba, segun su estado, ó con arreglo á derecho. Habiendo declarado, si despues se le convenciere de perjuro à sabiendas, incurre el actor en perdimiento de la causa; se há por confeso al reo, y á entrambos se pueden imponer otras penas. Respondiendo que ignora la pregunta, no se le debe admitir esta respuesta, y es habido por con-

1 Ley 2 ó final, tit. 12. Part. 3. y 1 y 2. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.
2 Leyes 1. tit. 10. y 3. tit. 13. Part. 3.

feso (1); y cuando está ausente, se le ha de expedir requisitoria para que declare (2). Si el pleito es de gravedad é importancia, debe el juez recibir por sí mismo las posiciones y juramentos de calumnia, y no cometer al escribano ni á otro su recepcion, pues aunque la parte se ratifique luego ante él, no cumple con lo que está mandado (3).

22. De la confesion ò respuesta á las posiciones de una parte se debe dar traslado á la que las hizo, aunque no lo pida, para que exponga y pretenda en su vista lo que le convenga; mas no se deben hacer preguntas, ni prueba sobre lo confesado clara y expresamente, pena de tres mil maravedís al abogado que las hiciere (4). Pero contra la confesion ficta, que es la que el derecho estima hecha, por no declarar, ó no declarar conforme se debe, se ha de admitir prueba al preguntado, porque esta confesion surte el efecto de que se trasfiera en él la obligacion de probar que incumbia al interrogante (5). Y para que este no sea perjudicado en la declaracion de su contrario, ni se juzgue que la aprueba en caso de que niegue ó tergiverse los hechos, se debe poner en el pedimento esta cláusula: *sin que sea visto estar á su dicho ò declaracion mas que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo ó parte etc.* Así puede luego probar lo que haya negado, tergiversado ò declarado oscuramente el contrario, y aun hacer que vuelva á declarar.

23. La confesion extrajudicial en causas civiles, si se hace á presencia de dos testigos, y de la parte contraria, con palabras claras, terminantes y dispositivas, y con expresion de causa justa, ó aunque esta no se exprese, si luego se justifica, hace plena prueba presentándose despues en juicio, y aceptándose por la parte à quien favorece, ó por su procurador, para que no se pueda revocar, y perjudica al confeso y á sus herederos. Si la parte está ausente, hace semiplena prueba; y aunque no la presencie, si es hecha por escrito ó en favor de causa piadosa, ó promisoria, ó jurada, ó aceptada por alguno en nombre de aquel á cuyo beneficio cede, y este aprueba y ratifica la aceptacion de aquel, ó si se hace en dos ocasiones con intermision de tiempo, prueba plenamente (6).

1 Dichas leyes 1 y 2 tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 3. tit. 9. dicho libro.
3 Ley 6. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.
4 Dicha ley 3. tit. 13. Part 3. y ley 4. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.
5 Paz *in Prax.* tom. y part. 1. temp. 8. num. 82 al 84. Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 49.
6 Ley fin. tit. 13. Part. 3. *Cur. Filip.* part. 1. §. 17. num. 6.

24. La segunda especie de prueba de las referidas en el párrafo 10 es el juramento decisorio. Este es de dos clases, á saber, *decisorio del pleito*, y *decisorio en pleito*. El primero es aquel por el cual se decide la controversia y negocio principal, y es de tres maneras: *voluntario* ó convencional; *necesario* ó supletorio, y *judicial*. El voluntario es el que defiere una parte à la otra despues de principiado el juicio, para no proseguir la contienda sin que le presencie el juez; y se le da este nombre por que está en la voluntad de aquella en quien se defiere el hacerlo ó no, ó pedir que la otra le haga. Pero si entre los dos se pacta que lo ha de hacer no puede excusarse, y asi deberá ó jurar, ó pagar ó renunciar à aquella cosa sobre que versa el litigio, teniendo á este fin el actor y el reo su accion y excepcion respectivas, y lo mismo sus sucesores (1).

25. El juramento *necesario* es el que el juez de oficio, ó á pedimento de uno de los litigantes manda hacer al otro, quien no puede excusarse de hacerlo sin legítima causa, ni pretender que el que lo pide lo haga; y si se resiste, se le debe dar por convicto, del mismo modo que si su contrario hubiera probado plenamente su intencion. Este juramento se llama tambien *supletorio*, porque suple la falta de prueba, y se defiere por necesidad de la bastante; y asi solo se manda hacer cuando el pleito está dudoso, por no haber justificado plenamente su accion y excepcion los litigantes; v. gr. cuando los testigos dicen que han visto á Pedro prestar á Juan cierta suma, pero no se acuerdan cuanta fue, en cuyo caso se defiere su importe en el juramento del actor (2); y lo mismo sucede en otros casos semejantes. Se puede mandar hacer aunque sea despues de la conclusion, con tal que antes se haya pedido (3); pero no deferirle el procurador en el colitigante, á menos que para ello tenga poder especial ó general, con libre y franca administracion, en causa dudosa, pues de otra suerte no aprovecha al que jura, ni daña al otro colitigante (4). El tutor carece de facultad para deferir en el contrario de su pupilo este juramento, excepto en el caso de que no pueda justificar con pruebas legítimas su derecho (5).

26. Finalmente el juramento *judicial* (que se llama asi por

1 Leyes 2 y 8. tit. 11. Part. 3. ley 8. Cod. *de rebus credit.*

2 Cap. *Ex litteris; de jurejur.* Parlador. lib 2. cap. 18.

3 Ley 2. tit. 11. Part. 3. cap. *Sicut.* 2. *de probat.* y cap fin. de este tit.

4 Ley 4. tit. 5. Part. 3. y ley 2. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.

5 Ley *Tutor*, 35. ff. *de jurejur.*

el lugar en que se hace) es el que á presencia y con aprobacion del juez defiere el actor al reo, ó este á aquel. Este juramento es tambien voluntario, y no necesario, porque está en la libre voluntad de aquel á quien se pide el hacerlo, ó pretender que el otro lo haga; pero no debe excusarse á una de las dos cosas, y si se excusa se le tiene por confeso, y pierde su derecho, porque manifiesta en su resistencia la injusticia de su pretension; lo cual se entiende no teniendo causa justa para resistirlo, v. gr. si es preguntado de un hecho que ignora, si probó plenamente su intencion, ó si la accion propuesta por el actor es tal que el reo no pueda ser reconvenido; en cuyos casos ninguno está obligado á jurar ni puede pretender que jure el que pide el juramento (1).

27. Para el juramento *litis decisorio voluntario* basta de parte del que lo hace lo que se requiere para jurar cualquier pacto ó transaccion, esto es, que no tenga prohibicion legal de hacerlo (2). Para el judicial se requiere á mas de esto que lo apruebe el juez con previo conocimiento de causa (3). Pero para el necesario ó *supletorio* son necesarias cinco cosas: 1.ª que la parte no tenga prohibicion de jurar, ni de pedir el juramento, que el negocio esté dudoso, y que la prueba no sea plena ó bastante; porque si el actor justifica plenamente su accion y demanda no hay lugar al juramento, y el reo debe ser condenado (4): 2.ª que la causa esté semiprobada por un testigo fidedigno de toda excepcion, que dé razon de su dicho, ó por otro medio legal, y verosimil; pues si nada prueba el actor, debe ser absuelto el reo, aunque nada haya justificado, y no hay para que hacer el juramento, porque este sirve únicamente de semiplena probanza (5): 3.ª que la parte en quien se defiere, no sea vil ni sospechosa de perjurio, sino fidedigna, y que sea sabedora de la causa, y cosa por los sentidos, asi como el testigo, al cual se equipara en este caso, por lo que no se suele deferir en el heredero (6); como tambien que para la declaracion esté presente, ó sea citada la parte contraria (7): 4.ª que la causa civil sea de corta entidad, pues en las de consideracion no se defiere, sino que sea sobre algun incidente, ó que haya vehementes presun-

1 Ley 2. tit. 11. Part. 3.
2 Leyes 2 y 34 ff. *de jurejur.*
3 Ley 2. tit. 11. Part 3.
4 Cap. *Sicut*, 2. *de probation.* y ley 3. tit. 11. Part. 3.
5 Ley *Qui accusare*, Cod. *de edendo*, y cap. *Cum Ecclesia*, Gn. *de caus. possession.*
6 Arg. cap. *Testes*, caus. 25. quest. 9. y ley *Testium*, Cod. *de testib.*
7 Greg. Lop. en la ley 2. tit. 11. Part. 3. glos. 7.

ciones á favor del actor (*). Tampoco se defiere en las causas criminales, excepto al reo para purgar su inocencia, por lo que en estas se llama juramento de *purgacion* de los indicios que resultan contra él, y por los cuales no puede ser condenado en definitiva, en cuya atencion el juez le hace que jure si cometió el delito: 5.ª que la probanza semiplena de una parte no se eluda ni desvanezca por la de la otra. Faltando alguna de estas cosas no se puede deferir el juramento.

28. El juramento *in litem* ó en pleito, que es propiamente de decir verdad, es aquel en el cual por falta de prueba defiere el juez (pues la parte no puede hacerlo) la estimacion de la cosa que se disputa en el juicio, ó el daño que á su dueño causó su contrario por dolo, y no lata culpa (aunque contra el tutor basta esta), engaño ú otro motivo justificado. Debe hacer este juramento el actor ó dueño de la cosa litigiosa, y no el reo; y por el pupilo su tutor ó curador de bienes; bien que si llegó á la pubertad, ha de hacerlo por sí propio (1).

29. Para que se defiera à este juramento se requieren seis circunstancias: 1.ª dolo del contrario: 2.ª dificultad de probanza á mas de dolo: 3.ª que el que hace el juramento esté cierto de que es verdad lo que jura, y ninguna presuncion tenga contra sí: 4.ª que se cite al colitigante para hacerle: 5.ª que se haga despues de la contestacion, y antes de la conclusion de la causa: 6.ª que el que lo hace, tenga capacidad para ello, pues el menor, loco, pródigo ó desmemoriado, no pueden pedirlo ni hacerlo, y por ellos le deben hacer sus tutores; bien que si el contrario les pidiese el juramento, y lo hiciesen à su favor, se debe estar á él, ya sea ó no verdadero; mas no, siendo contra sí, sin que por no ser verdadero se les pueda sindicar de perjuros (2).

30. Debe recaer este juramento sobre una de tres cosas, à saber: *aficion, interes singular, y verdadera estimacion* ò *interes comun*. Recae sobre aficion cuando el dueño jura no sobre lo que la cosa valia, sino sobre el valor correspondiente al aprecio que hacia de ella, y sobre el daño que el reo le causó por el dolo de habérsela sustraido ú hecho perder, aunque exceda del justo valor que tenia. Pero para que se estime este juramento, es

* Cual sea ó no causa ardua ó grave, lo ha de decidir el juez, teniendo presente entre otras cosas la calidad de las personas.

1 Ley 5. tit. 11. Part 3.

2 Leyes 3, 5, 6 y 7. tit. 11. Part 3. Gutierr. *de inventar.* lib. 4. cap. 1. num. 72.

menester que concurran tres circunstancias: 1.ª que el reo haya sido condenado por el dolo cometido, y no quiera sin embargo restituir la cosa: 2.ª que la aficion recaiga sobre alguna alhaja ó cosa que no sea dinero; pues este se paga con otro de igual especie: 3.ª que su dueño proceda de buena fe, y la regulacion que haga no sea absolutamente arbitraria, sino justa y exacta, pues ha de hacerla ante el juez, y luego debe mandarle este que jure sobre aquella cantidad cierta en que la estima, como lo ordena la ley 5. tit. 11. Part. 3, lo cual ignoran muchos, y por no haber visto la ley hacen lo contrario. El tutor puede hacer este juramento por su pupilo, si quisiere, y no de otra suerte (1).

31. Recae el juramento sobre *interes singular*, cuando por no haber pagado el reo al actor en el plazo estipulado lo que le debia, fue condenado este á instancia de un acreedor suyo en alguna pena pecuniaria, ó se le vendieron sus bienes; pues el actor puede jurar sobre el interes singular, y perjuicio que le ocasionó la morosidad del reo. Y finalmente recae sobre *verdadera estimacion*, cuando por dolo del reo pierde el actor alguna cosa, y jura cuanto valia justamente, à cuya satisfaccion debe aquel ser condenado (2).

32. Advierto por último que resistiéndose el tutor, acabada la tutela, à dar cuenta de esta al menor, que ya es mayor, ó á quien tenga su poder, ó á entregarle el inventario de sus bienes y estos con sus títulos, puede el menor hacer contra él el juramento *in litem*, asi de *aficion* como de *interes singular*. Lo propio puede hacer, si prueba que por su culpa, aunque no interviniese dolo, se le menoscabaron algunos de sus bienes, lo cual es especial en el tutor; pero contra sus herederos no há lugar el juramento referido, y asi solo averiguando el juez el valor de los bienes y sus frutos, se les debe condenar à la entrega de su importe, haciendo primero la regulacion, y que jure luego el menor que valian la cantidad en que los estimó, y no de otra suerte en ambos casos: bien que si por engaño ó culpa de los herederos se le menoscabaron sus bienes, puede jurar contra ellos del propio modo que contra el tutor (3). Lo mismo puede practicar, cuando este contestó la demanda antes de morir.

33. La tercera especie de prueba es por *testigos*, y para que

1 Ley *Videamus*, ff. *Si in litem jurand.* y ley 5. cit. tit. 11. Part. 3.
2 Ley 5. tit. 11. Part. 3.
3 Ley 6. tit. 11. Part. 3.

hagan fe contra quien se presentan, se ha de atender á su condicion, sexo, edad, capacidad, fama, fortuna y fe, cuyos requisitos comprenden los siguientes versos en la glos. in cap. 2. tit. 20. *de testib.*

Conditio, sexus, ætas, discretio, fama,
et fortuna, fides; in testibus ista requires.

Asimismo han de intervenir otras circunstancias. La primera es que, en las causas civiles, sean dichos testigos de catorce años, y en las criminales y de pesquisa, de que pueda resultar muerte, mutilacion de miembro ó destierro, tengan veinte cumplidos á lo menos; bien que en llegando á la pubertad pueden ser testigos de lo que antes de esta han visto y se acuerden; y si son sagaces y discretos (*), tambien podrán hacerlo en su edad pupilar, y su dicho hará presuncion. Asi pues en las causas criminales se reciben por costumbre, y para inquirir; bien que en las de lesa Magestad hacen fe, à menos que sean enemigos capitales de aquel contra quien testifican (1). La segunda circunstancia es, que ademas de tener la correspondiente capacidad, y ser sugetos de buena vida y opinion, den razon de su dicho, y que aquella sea diversa de este, como tambien que depongan de positivo y cierta ciencia, y no de parecer ó creencia lo que percibieron por los sentidos; pues semejante deposicion, como que dimana de congeturas, y nada afirma, solo induce presuncion, y asi no hace fe; excepto que tenga relacion muy próxima con el sentido, por el cual se pueda percibir la verdad del hecho, v. gr. haber visto á un hombre y muger

* Estas voces son bastante vagas, y pueden en su inteligencia ocasionar daños irreparables, especialmente en causas criminales de gravedad. Sobre la sagacidad y discrecion de los muchachos formamos juicios muy equivocados. A las veces parece lo que no son, y si por desgracia admitiésemos sus dichos bajo de un concepto errado, aunque solo fuese por via de presuncion, ya se puede conocer el peligro de dar una sentencia injusta, cuando esta presuncion concurriese con otros adminículos, que en sentir de muchos autores prácticos hacen á lo menos semiprueba. Por lo mismo, y suponiendo en los jueces los conocimientos necesarios para juzgar de la capacidad ó incapacidad de los testigos, cosa muy difícil, se requiere en ellos gran prudencia para graduar la de los muchachos, á lo menos cuando se trata de la vida de un hombre. Si el roce continuo con ellos no basta para conocerlos, ¿que podrá hacer un juez, que acaso no los ha visto sino aquella sola vez? No quiero decir por esto que no se admitan sus deposiciones, sino que se debe proceder con mucha circunspeccion, y muy maduro examen. *Febrero adicionado*

1 Leyes 9 y 13. tit. 16 Part. 3. La ley 9 previene que el testigo en causa criminal haya de tener veinte años á lo menos, y la 13 ordena que en las causas de traicion contra el Rey ó reino puede ser testigo *todo home que sentido haya.*

desnudos, solos y cerrados, por cuyo hecho se presume y puede creer el adulterio, ó cuando concurren otros adminículos para creer aquello que se trata, y el testigo los expone; ó en casos de difícil probanza, ó para probar la inocencia del reo, ó de cosas que consisten en la pericia del arte, v. gr. del de los médicos y comadres; ó contra el que presenta el testigo (1). Tampoco deben deponer de oidas á otros, porque esta deposicion no se funda sobre el hecho principal, sino en el dicho de un tercero, y por consiguiente no sirve ni hace prueba en juicio, á menos que sea sobre hechos, labores, y otras cosas antiguas oidas á sus mayores y estos á los suyos; ó contra el que presenta el testigo, ó para la defensa del reo, ó en causas de difícil probanza (2); ó en las de inquisicion ó pesquisa, en las cuales deben jurar tambien de lo que creen sobre aquel hecho que se les pregunta si es cierto ó no. Sin embargo, estas declaraciones inducen presuncion (3), y para que prueben acerca de la consanguinidad y afinidad, deben intervenir los doce requisitos que recopila Reinfestuel lib. 2. *Decretal.* tit. 20. §. 11. desde el num. 373. La cuarta circunstancia es, que sean citados y rogados, para remover toda sospecha de falsedad; y asimismo que sean vecinos ó residentes en el pueblo, y no transeuntes. La quinta que no solo se presenten, sino que se juramenten tambien dentro del término probatorio antes de declarar, pero no antes de la contestacion, sino en los casos referidos en los párrafos 29, 30 y 31 del cap. 6, ni despues de la publicacion de probanzas, á menos que sea sobre nuevos artículos dependientes de los primeros. La sexta que para conocerlos y verlos juramentar, se señalen dias y horas á la parte contraria por si quiere asistir, cuyo señalamiento puede hacer el escribano á menos que la parte quiera que los juramente el juez (en cuyo caso las ha de señalar este á pedimento del interesado), porque faltando el juramento y citacion no hacen fe. Si la parte citada no quisiere presenciarlo ni pareciere, no por eso dejará el juez de juramentar y examinar al testigo (4), á no ser que este se presente de convenio de las partes, y que las dos se conformen en que no se cite ni jure relevándole del juramento (*); y habiéndose juramenta-

1 Leyes 8 y 10. tit 16. Part. 3.

2 Dicha ley *Si arbiter*, y ley 29. tit. 16 Part. 3.

3 Leyes 25, 28 y 29. tit. 16. Part. 3.

4 Ley 23. tit. 16. Part. 3. cap. 2. et ibi, glos. *de testibus*.

* En el párrafo 22. del cap. 5 de este título se dividió el juramento asertorio judicial en tres clases, á saber, de *calumnia*, de *malicia* y de *decir verdad*. Este último es el que hacen en juicio no solo los litigantes cuando juran posiciones, ó antes de la contestacion en los casos prescritos por derecho, sino tambien los tes-

do en dia util del término probatorio, pueden ser examinados en el referido (1), y tambien fuera del término, segun se practica. La séptima que no tengan legal prohibicion de testificar en juicio, la que por nuestro derecho (2) no tiene ningun hombre ni muger sino los que se expresarán en los párrafos siguientes.

34. No hacen fe en juicio el excomulgado vitando, el infame conocidamente por hecho ó derecho, el de mala vida y fama, v. gr. labron, alcahuete, tahur conocido, y borracho, aunque no lo esté cuando depone, el loco, el mentecato ó fatuo, el amigo íntimo del que le presenta, ó enemigo capital de aquel contra quien es presentado; pero si lo es de ambos, podrá testificar (*); el familiar ó criado del presentante sino en cosas domésticas, que ninguno otro pueda saber mejor ni tan bien; el paniaguado; el interesado en la causa, à menos que sea el capitular, ó particular en las de su cabildo, concejo, comunidad, ó universidad; pero si la causa en que se presentan por testigos los vecinos de un pueblo, ó individuos de comunidad, toca al particular interes de cada uno, no se deben admitir ni hacen fe sus dichos; los ascendientes y descendientes, sino que sea sobre edad ó parentesco suyo; el juez en la causa que juzgó ó ha de juzgar; bien que puede certificar al superior de lo que ante él pasare, si se lo manda, y aun decir lo que sepa siendo presentado à falta de otros, y no habiendo malicia en presentarle para excluirle de juez, pues queda recusado; el abogado, procurador, apoderado, agente ó curador à favor de la parte á quien defienden, pero sí al de la contraria, en cuyo caso esta debe protestar al tiempo de presentarlos *no estar á su dicho mas que en lo favorable;* porque de omitir esta cautela pueden perjudicarle con su deposicion, si por pasion declaran á favor de su parte, y por el hecho de valerse de ellos absolutamente, aprue-

tigos y peritos que declaran en él. Los testigos juran sobre lo que saben, y no sobre lo que creen, á diferencia del juramento de calumnia, que es al contrario, porque recae sobre la creencia y no sobre la ciencia de lo que se pregunta; por cuya razon el que jura decir verdad no debe afirmar sino lo que realmente vió, oyó, conoció y percibió por los sentidos, debiendo expresar con individualidad el motivo porque sabe lo que depone, si es por haberlo visto ó oido, cuándo, á quién, cómo y en dónde; y no ejecutándolo asi no hará fe su declaracion, segun se insinuó al principio de este párrafo. Los peritos deben declarar por lo que ven, entienden y observan en la materia litigiosa que reconocen, y estan obligados á decir verdad con expresion del motivo por que lo afirman segun las reglas de su arte; bien que el juramento de estos es propiamente de creencia.

1 Glos. in Clement. 1. *de legat.*

2 Leyes 2, 8, 9, 10 y 23. tit. 16. Part. 3.

* Parece peligroso admitir por testigo al enemigo capital de ambos litigantes; porque podria serlo del uno mas que del otro, y faltar á la verdad, vengándose asi del uno mas que se vengaria del otro con decirla. *Febrero reformado.*

ba sus personas y dichos, excepto que se convenza despues su falsedad; el que dijo mentira por precio ò soborno; el que falsificó carta, sello ò moneda del Rey; el alevoso, traidor y homicida, ya sea por haber hecho muerte (excepto en su defensa) ò intentado hacerla, ò abortar à muger preñada, con yerbas, ò de otra suerte; el marido por su muger, esta por él, ni uno contra otro en ningun pleito; los hermanos mientras estan bajo de la patria potestad, pero sí despues; los socios en pleito de su compañía, aunque sí en otro, con tal que no sea en causa criminal, en que todos son cómplices; el que no es conocido del juez, y de la parte contra quien es presentado, siendo muy pobre y vil; el casado que vive amancebado públicamente; el que extrae y roba las religiosas de su convento; el que violenta las mugeres para acto impúdico, aunque no las robe; el religioso apóstata, mientras lo sea; el que à sabiendas se casó sin dispensa con parienta dentro del cuarto grado; el muy pobre y vil, ò de mala fama; el que hizo pleito homenage, y no lo cumplió pudiendo y debiendo; el judío, moro ò herege contra cristiano, excepto en causa de traicion contra el Rey ò su reino; ni en pleito de eviccion el que vendió la finca, porque es interesado (1); ni el que es contrario á sí mismo en su dicho (2).

35. No deben ser apremiados à ser testigos en juicio civil el que fuere mayor de setenta años; el soldado ú otro que se hallaren ocupados en la guerra, mientras lo esten; el que tuviere tan poderoso enemigo, que sin gran peligro no pudiere ir al lugar destinado; ni el enfermo, interin lo esté. No deben ser obligados à ir à declarar ante el juez, los arzobispos, obispos, próceres y otros personages, ni las mugeres honradas que viven honestamente; por lo que, si el pleito es grave, debe el juez ir à su casa à recibirles sus deposiciones; y no yéndolo, comisionar para ello al escribano (3), poniendo auto por escrito, y no verbalmente, pues no basta.

36. En causas criminales no pueden ser testigos, el que está preso, contra otro que sea acusado criminalmente; ni el que lidia por dinero con bestia brava; ni la muger prostituta (4). Tampoco pueden serlo contra el acusado los parientes del acusador dentro del tercer grado, ni los que viven con este cuotidianamente (5).

37. Asimismo no deben ser apremiados ni atormentados pa-

1 Leyes 8 y 14, á la 22. tit. 16. Part. 3.
2 Ley 42, al fin tit. 16. Part 3.
3 Ley 36. tit 16 Part. 3.
4 Leyes 10 tit. 16. Part. 3. y final, tit. 20. Part 7.
5 Ley 32. tit. 16. Part. 3.

ra declarar como testigos los ascendientes, descendientes ni trasversales dentro del cuarto grado en causas contra sus personas, fama ó pérdida de la mayor parte de sus bienes; ni los suegros, yernos, padrastros é hijastros unos contra otros, bien que si espontáneamente testificaren, valdrá su dicho (1); pero se deberá expresar asi en su declaracion, como lo advierte Gregorio Lopez en la glos. 3. de la ley 11. tit. 16. Part. 3, y el escribano lo tendrá presente; ni el marido y muger uno contra otro (2); ni el corredor sobre la cosa vendida por su mano, sino de unánime consentimiento de las partes (3).

38. El dicho del siervo hará fe en estos cinco casos: en causa de traicion ó defraudacion del Real haber; en la de muerte de su señora por el señor, ó de este por ella; en la de adulterio de esta; en la muerte de su señor por sus herederos, y cuando son dos sus señores, si el uno es acusado de haber muerto al otro; pero despues que esté libre, puede testificar de lo que vió y supo mientras fue siervo (4).

39. Habiendo explicado qué requisitos han de concurrir en los testigos para que sus dichos hagan fe, uno de los cuales es el que sean juramentados, y qué personas pueden ó no testificar en juicio; paso á explicar ahora cómo se ha de recibir el juramento á ellos y á las partes, cuando declaran en juicio, ó juran algun contrato en los casos en que se permite interponerlo para su observancia y mayor firmeza. Los católicos seculares deben jurar de esta forma. Ha de hacer cada uno la señal de la cruz con los dedos pólice é indice de su mano derecha, y tambien el que le juramenta, ó á lo menos este, el cual debe preguntarle: *si jura por Dios nuestro Señor, y por aquella señal de cruz, decir cuanto supiere y sea concerniente á los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado, y en todo la verdad, lisa y llanamente, y que por amor, temor, odio, venganza, promesas, dádivas ni por otro motivo alguno no la ocultará ni dirá mentira para favorecer ni perjudicar á ninguno de los litigantes, antes bien declarará lo cierto como cierto, y lo dudoso como dudoso, segun lo tenga en su mente, sin añadir, quitar ni tergiversar cosa alguna: y asimismo que á ninguna de las partes revelará lo que se le pregunte, ni lo que declare, hasta que el juez lo publique.* El testigo ha de responder: *asi lo juro*, y entonces el que le juramenta ha de de-

1 Leyes 10, 11 y 15. tit. 16. Part. 3. y final, tit. 30. Part. 7.
2 Leyes 15. tit. 16. Part. 3, y final, tit. 30. Part. 7.
3 Ley 37. tit. 16. Part. 3.
4 Ley 13. tit. 16 Part. 3.

cir: *si asi lo hiciere, Dios le ayude; y si no, se lo demande en su recto tribunal cuando le tome estrecha cuenta de su vida*, á lo que ha de responder el testigo: *amen*, ó *asi sea*. Esta es la fórmula que prescribe la ley 24. tit. 16. Part. 3., la cual, aunque manda que el testigo ponga las manos sobre los Santos Evangelios, y otras cosas, no se observa, y en su lugar se jura por costumbre sobre la cruz en que todos fuimos redimidos, pues en jurando por Dios y por ella, no hay mas por quien jurar.

40. No debe ser creido regularmente el testigo en lo que declara, no habiendo sido juramentado sobre ello (1); y para que ninguno de los litigantes pueda repeler su dicho, pretextando excederse de los particulares contenidos en las preguntas, segun se han articulado, por no haber sido juramentado acerca de lo demas que depuso (pues cada uno los articula á su modo, y calla lo que no le tiene cuenta), prevengo al escribano, que en la recepcion y extension del juramento observe precisamente dos cosas: la primera, que no omita juramentar al testigo, y poner las palabras: *decir cuanto supiere y sea concerniente á los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado.* Por ejemplo, si preguntan á alguno si es cierto que Pedro hirió á Juan con un puñal tal dia, á tal hora y en tal lugar, no solo ha de responder á esta pregunta, ciñéndose á lo literal de ella y no mas, sino tambien declarar si Juan le provocó ó injurió antes de palabra ú obra, ó lo que precedió y dió motivo para herirle, y asi en otros casos; pues lo demas es ocultar la verdad de parte del hecho, no deponiendo sino por el que le pregunta, y de esta forma se entiende el precepto de la ley. Y la segunda, que jure tambien que *á ninguna de las partes revelará lo que se le preguntó ni lo que depuso*, pues de este modo se evita la corrupcion y soborno de otros testigos, si no declaró à medida del deseo de la que le presentó; todo lo cual previene Gregorio Lopez en las glosas 4 y 5 de la ley 24. tit. 16. Part. 3, y esta lo manda expresamente (2). Si el testigo es llamado á declarar en pesquisa, debe jurar no solo decir la verdad de lo que se sabe ciertamente, sino tambien de lo que oyó decir, y de si cree ó no ser cierto el hecho que se le pregunta, por que lo cree, y à quien lo oyó (3). Y aunque cada testigo debe ser examinado con separacion, pueden ser juramentados mu-

1 Ley 23. tit. 16. Part. 3. lib. 11. Nov. Rec.

2 Tambien ordena á los testigos que no revelen su deposicion la ley 3. tit. 11.

3 Ley 25. tit. 16. Part. 3.

chos á un mismo tiempo, porque ni hay ley que lo prohiba, ni de ello resulta el mas leve daño al que los presenta ni á su contrario; y este en caso de asistir al juramento de ellos, debe firmarlo si sabe, y si no asiste, ha de expresarse asi en él, segun se practica.

41. A los litigantes católicos seculares se ha de preguntar: *si juran por Dios y por la señal de cruz, que forman con su mano derecha, decir lo que supieren sobre lo que se les pregunte, y en todo la verdad lisa y llanamente, sin ocultar ni tergibersarla, sino conforme la perciban, y sea en sí.* Y deben responder *que asi lo juran.* Hecho esto, les ha de decir el que los juramenta lo que queda referido en el párrafo 39; y ellos han de responder *amen;* lo cual es arreglado á la ley 19 del tit. 11. Part. 3, que habla indistintamente sin exceptuar á persona alguna noble ni plebeya, y aunque trae mas extension en lo ceremonial, lo ha modificado la práctica por la razon expuesta. Del mismo modo juran los clérigos de órdenes menores, porque para esto, aunque posean beneficio eclesiástico, se reputan por legos.

42. Los judíos han de jurar *por un solo Dios Todopoderoso, que crió el cielo y la tierra y todas las demas cosas visibles é invisibles, y sacó á su pueblo de la esclavitud de Egipto, llevándole á la tierra de Promision, por la ley de Moisés que profesan; y por todo lo que creen de la Biblia Sacra, decir verdad etc.;* y el que los juramenta, despues que respondan, *que asi lo juran,* debe decirles: *si asi lo hiciereis, el mismo Dios os ayude y premie, llevándoos al Paraiso celestial, como á Abraham, Isaac y Jacob vuestros progenitores, y si no, envie sobre vos todas las plagas que envió contra Faraon y su reino, y maldiciones que por vuestra ley estan puestas contra los que desprecien los Mandamientos de Dios,* y han de responder: *amen;* lo cual es conforme á la ley 20 del mismo tit. 11.

43. Los moros para jurar han de estar en pie, tener levantado el brazo, y mirar hácia el mediodía; y puestos asi se les ha de juramentar de esta suerte: *Juras por Alá Alquivir, aquel que tú dices ser gran Dios, á quien haces oracion; por Mahomat, que llamas su gran profeta; por su Alcorán, y por todo lo que entiendes y crees de tu ley, y por ella te está mandado guardar, que dirás verdad etc.;* á que debe responder: *sí lo juro;* y el que le juramenta le ha de decir luego: *si asi lo hicieres, hayas parte con él y con los demas profetas en los Paraisos en que crees estan; y si no, seas apartado de todos los bie-*

nes que dices te tiene prometido, y caigas en todas las penas con que el Alcorán amenaza á los que no creen en tu ley; y deben responder: *amen:* lo cual está ordenado así por la ley 21. tit. 11. Part. 3.

44. Los hereges arrianos, eusebianos, maniqueos, luteranos, hugonotes, calvinistas y demas sectarios, y los cismáticos, han de jurar *por Dios Todopoderoso, por los santos Evangelios, y por lo que creen de la Biblia ó Escritura Sagrada, nuevo y antiguo Testamento;* y los pérfidos ateistas, respecto á negar la primera causa, jurarán por lo que les obliga el juramento segun su secta. Los idólatras ó gentiles por el Dios ó Dioses que digan que adoran, y con las ceremonias que acostumbren, en las que suelen estar muy bien instruidos, poniéndose en la extension del juramento segun las hagan, pues en nuestro derecho no hay ley que las exprese.

45. Los eclesiásticos seculares ordenados de orden sacro han de jurar (precedida licencia de su ordinario, y no de otra suerte, en el fuero secular y en causas civiles (1), y no criminales), *in verbo sacerdotis por las sagradas órdenes que han recibido, y segun su estado,* tocando al mismo tiempo, y formando la cruz sobre su pecho con la mano derecha. Los religiosos sacerdotes (*) por lo mismo, *y por el santo hábito que visten;* y los legos *por Dios, por la señal de la cruz y el santo hábito* (que es la fórmula establecida por uso y costumbre del Foro.) Los caballeros de las Ordenes militares *por Dios y por la señal de su hábito que traen al pecho,* y al propio tiempo han de tocarla con la mano derecha. Así se practica, por no haber ley que prescriba en todos estos otra forma de juramento ni solemnidad. Y aunque algunos dicen que al sacerdote no se debe pedir que declare bajo de juramento, porque su declaracion jurada no admite prueba en contrario, no debe seguirse esta opinion errónea, y puramente caprichosa, porque no hay texto canónico, ley ni fundamento sólido en que apoyarla, pues su dicho admite prueba, como el de otro cualquiera litigante ó testigos sin diferencia alguna.

1 Cap. *Testim.* 11. quæst. 1. cap. *Super prudent* y cap. *Quamquam.* 14 quæst 2.

* Los religiosos necesitan licencia de sus prelados para deponer en juicio lo que ante ellos pasó, como tambien para testar, tratar y contratar; esta licencia ha de estar firmada de su superior, sellada con el sello de su religion y refrendada de su secretario, ó dada ante escribano por instrumento público, é insertarse en el que se otorgue en su virtud, á fin de documentarlo, y sin estos requisitos no debe admitirla el escribano, porque no es auténtica, ni por consiguiente merece crédito.

46. Los arzobispos y obispos jurarán como los sacerdotes, teniendo los Evangelios delante; pero sin poner las manos sobre ellos (1). Y se previene que por la ley 5. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec. está prohibido que se haga juramento en San Vicente de Avila, en el herrojo de Santa Agueda, sobre altar de cuerpo santo, reliquias del cuerpo de San Isidro de Leon, ni en otra iglesia juradera, aunque la parte lo pida y el juez lo mande; pena de pagar este, aquella, y el que jurare diez mil maravedís á la Real Cámara.

47. Para hacer las partes sus probanzas por testigos, forman regularmente sus respectivos interrogatorios con varias preguntas, de las cuales la primera y última se llaman *generales*, porque en todos se ponen, y las demas son especiales, y se titulan *útiles*, porque conciernen al punto que se controvierte, y de todas procuraré instruir al escribano. Lo primero que se suele articular es, que los testigos sean preguntados *por el conocimiento de las partes, noticia del pleito y generales de la ley*, de cuyas preguntas, la del conocimiento de los litigantes, y noticia del pleito, se hacen, porque sino los conocen ni estan instruidos del hecho litigioso, no pueden deponer con claridad y verdad (2), aunque cuando el hecho es respectivo á uno solo, basta que le conozca.

48. Las que llamamos *generales* se reducen á si el testigo es *pariente* por consaguinidad ó afinidad de alguna de las partes, y en qué grado, ó amigo íntimo suyo, ó enemigo capital; si tiene interes en el pleito; si desea que alguna lo gane, aunque no tenga justicia, y cuál; si fue sobornado, corrompido ó intimidado por alguna de ellas para que oculte la verdad y diga mentira (3). Estas preguntas se dirigen á las tachas que se les pueden poner, para debilitar ò desvanecer su dicho, si alguna los comprende. Pero es de advertir lo primero, que aunque el testigo declare que le tocan alguna ó algunas, no ha de dejar de examinarle el escribano, antes bien le ha de preguntar *cual es, y si dejará por eso de decir la verdad*, y poner la respuesta que dé, la cual es regularmente que no dejarán por eso de decirla; y lo segundo, que si las partes nada tocan acerca de las generales de la ley, fama y notoriedad, no debe preguntar acerca de ello á los testigos, porque se excede

1 Leyes 24. tit. 11. y 24. tit. 16. Part. 3.

2 Glos. in cap. *Cum causam*, verb. *De causis, Extra, de testib.* et in cap. 2. verb. *Interrogatoria*, eod. tit. in 6. Abb. in cap. *Cum causam.* num. 16.

3 Ley 24. tit. 16. Part. 3.

en su comision, y carece de autoridad para suplir los defectos de ellos, por cuyo exceso y oficiosidad deberá rer reprendido.

49. A mas de lo referido ha de preguntar à los testigos, aunque en el interrogatorio no se mencione, *de qué edad son, y qué oficio ò destino ejercen, y de dónde son vecinos;* pues la edad es para ver si tienen ò no la que para testificar prescribe el derecho; bien que si es sacerdote ò persona pública, v. gr. abogado, escribano ú otros semejantes, no es necesario preguntárselo ni expresarlo, y basta poner su profesion, porque se supone tenerla; excepto que sea sobre hechos antiguos ò edad de otro, en cuyo caso es preciso, porque de lo que pasó cincuenta años há, mal puede declarar si no por oidas el de treinta: la misma pregunta en cuanto à la edad se ha de hacer à la parte. Debe asimismo preguntarse el oficio, por si es ò no vil, pues siéndolo, como el que le ejerce está envilecido, y nada tiene que perder de su honor, es capaz de todo, y no le causa rubor cometer la vileza de dejarse sobornar y mentir. Debe en fin saberse la vecindad, para formar concepto de su dicho; hacer que le aclare, si depone confusamente; averiguar el caracter de su conducta, buscarle y castigarle si se perjura, y para otros fines conducentes al colitigante; à todo lo cual deben responder despues de juramentados: siendo de notar que el juramento del testigo no se puede hacer por procurador, como el de calumnia (1); y asimismo que la pregunta acerca de las generales de la ley, edad, oficio, empleo y vecindad, no solo se ha de hacer al testigo, que es presentado en el término de prueba, sino tambien al que declaró antes, y luego se ratifica dentro de él, ya sea ò no examinado al tenor del interrogatorio, ò solamente ratificado.

50. Las preguntas especiales llamadas *útiles*, que son las que conciernen al asunto litigioso, han de ceñirse à lo alegado, y excepcionado en el pleito, pues si no son concernientes à él, no debe admitir el juez los interrogatorios, y aunque los admita no vale lo impertinente (2); pero como el cúmulo de negocios, especialmente en lugares muy populosos, no le da tiempo para su examen é inspeccion, lo que se practica es poner el auto: *habiendo por presentado el interrogatorio en lo que pertenece á la causa*, cuya cláusula surte tres efectos: 1.° que con ella cumple en la parte posible con el precepto legal, y no incurre en pena: 2.° que si luego aparece que no debieron admi-

1 Cap. *Licet ex quadam*, vers. *Proprio*, *Extra de testib.*

2 Ley *Ad probationem*, Cod. *de probat.* Ley 2. tit. 12. Part. 3. ley 174 del Estilo, y ley 5. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec.

tirse las preguntas inconducentes, se desprecian y estiman por no admitidas, y se repele lo que los testigos depusieron acerca de ellas: 3.° que aunque el testigo que por su infamia ú otro defecto legal no debia ser examinado, lo sea y haga indicio para la tortura, no hará fe su dicho estando puesta la inserta cláusula (1). De la última pregunta general que es la *fama*, y una de las especies de prueba propuestas, trataré mas adelante.

51. Del interrogatorio de cada parte parece seria conveniente, y deberia darse traslado á la otra, para que en su vista formase otro de repreguntas, á fin de que los testigos expusiesen mejor el hecho y la razon de sus dichos, y para hacerlos variar y apurar si venian ó no sobornados (2); pero la inconcusa práctica del Consejo y de muchos juzgados Reales está en contrario, y asi ni se comunica, ni el escribano debe manifestarlo, y solo en los tribunales eclesiásticos se hace; por lo que se estará á su estilo. Mas el interrogatorio de repreguntas, ni aun en estos se comunica, por no permitirlo el derecho (3). En aquellos en que se estila admitir repreguntas, se forma el interrogatorio como el de preguntas, refiriéndose al de estas en el pedimento con que aquel se presenta, pretendiendo que á los testigos que sobre tal pregunta ó hecho fueren interrogados, se repregunte esto ó lo otro &c., y se omite la de *conocimiento*, y la de *público y notorio*, porque como se hacen en el interrogatorio principal, son superfluas en el de repreguntas. Tambien se estila en algunas provincias nombrar acompañados que vean examinarlos, y los repregunten, en cuyo caso estos acompañados no deben excederse, ni hacer repreguntas que no sean concernientes al pleito y preguntas, como muchos enredadores lo practican, ni el escribano comisionado ha de admitirlas ni permitirlo, pues se deben dirigir á apurar la verdad del hecho, y no á confundirla ni oscurecerla.

52. La habilidad y destreza del escribano en los pleitos consiste en saber examinar los testigos, á fin de no perjudicar á los litigantes, mayormente cuando su prueba se afianza en sus dichos; en cuyo acto, como que ejerce oficio de juez en virtud de la comision que este le confiere, no debe llevar otra mira ni objeto que el de investigar y aclarar la verdad, sin pasion por una ni por otra parte. A este efecto debe enterarse del espíritu

1 Gom. lib. 3. *Var.* cap. 12. num. 20. Paz tom. y part. 1. temp 8. num 50 y sig.

2 Ley 2. Cod. *Ut lite pendente*, Marant. part. 6. tit. *de testium product.* num 16.

3 Cap. 2. et ibi glos. verb. *Interrogatoria; de testib.* in 6.

de las preguntas, del modo con que estan concebidas, y del fin á que se dirigen, para explicarlo à los testigos, y evitar que tal vez declaren con error ó falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien, y entender al reves la pregunta, como suele suceder, y hasta que evacuen una, no les ha de leer ni examinar por la siguiente, sino cada una con separacion: lo mismo ha de practicar con la parte, cuando se la pide que jure posiciones al tenor de diversos capítulos. Y respecto á que en esto hay mucha ignorancia y condescendencia perjudicialísima, digo que en el examen de testigos ha de observar las diez circunstancias que trae el capítulo *Causa*, 31. lib. 2. *Decretal.* tit. 20. *de testibus et attestationibus*, cuya glosa los resume en los siguientes versos:

Auditus, visus, personæ, scientia, causa,
Fama, locus, tempus, ac certum, credulitasque.
Dum testes recipit judex, hæc cuncta notabit.

Es á saber: si oyó á los litigantes ó á otro lo que deponen, cuándo, en qué parage y cómo se llama el que lo dijo; ó si lo vió, en qué dia y lugar sucedio, á qué hora, y quiénes estaban presentes: si conoce á los colitigantes, desde cuándo, con qué motivo, por qué sabe lo que declara; cuál fue la causa del hecho litigioso y de moverse el pleito; si lo tiene por cierto, en qué funda esta certidumbre, ó si lo cree, y por qué; si de él, ó de ser asi, hay fama pública en el pueblo; en qué tiempo se empezó á divulgar esta; si fue desde que se principió el litigio, ó antes, con qué motivo, y de quién sabe que provino; de suerte que dé razon de su dicho, pues no dándola, no sirve (1); al modo que tampoco el de oidas y credulidad, sino en ciertos casos que expresan las leyes (2). De todo ha de poner la respuesta que dé, y esto mismo ha de hacer el acompañado, y no otra cosa, debiendo el comisionado repeler lo demas, como que hace de juez, y no es del caso ni sirve sino para confundir á los testigos y oscurecer la verdad.

53. Suele haber testigos tan perversos que mienten á rostro firme por odio, pasion ó soborno, ó palian los hechos de tal suerte, que los desfiguran, sin hacer caso de la religion del juramento, del imponderable perjuicio que causan, y restitucion á que son responsables, ni de las penas con que estan conmina-

1 Ley 29 al fin. tit. 16. Part. 3. 2 Leyes 29 y 30 del mismo tit.

dos. Para evitar en lo posible los perjuicios y daños que pueden irrogar á las partes, especialmente en causas criminales, luego que el escribano haya instruido al testigo de cada pregunta, debe mirarle atentamente á la cara, como que le está leyendo y penetrando su corazon, oirle con agrado y mansedumbre, sin interrumpirle mientras hable, referirle lo que le responda, para que conozca que le entendió, y hacerle las repreguntas expresadas en el párrafo anterior, segun sea el caso, y otras concernientes únicamente á apurar la verdad, y no mas, mirándole todavía á la cara, como lo manda la ley (1); pues en el semblante podrá conocer si se perjura ó no, por ser difícil mentir sin inmutarse (2), bien que esto no es infalible, porque muchas personas con solo presentarse delante del juez ó de algun individuo de justicia, se inmutan y aturden, aunque esten inocentes: lo mismo se debe practicar con la parte cuando le tome declaracion.

54. Pero si la razon que el testigo da de su ciencia y dicho, no es verosímil ni satisfactoria, ó parece contraria á la que depone, ó está vario, ó se implica, ó titubea, ó es persona vil ó sospechosa, puede replicarle: *que cómo pudo ser, respecto á lo que dice, qué tiempo hacia, si estaba claro ó nublado cuándo sucedió el caso; á qué hora fue; quiénes eran los circunstantes; de qué estaban vestidos*, y segun sea el hecho ó cosa litigiosa, hacerle con destreza y disimulo las demas réplicas y repreguntas genéricas é indirectas que le dicten la imparcialidad, prudencia y deseo del acierto, llevando el fin principal, no de que falte á la verdad ni de confundirla ú oscurecerla, sino de desentrañarla, descubrir la mentira, y saber si viene ó no sobornado el testigo por quien le presenta; para lo cual debe el escribano desnudarse de toda pasion, y prescindir de consideraciones que influyen muchas veces en daño de las partes, faltando á su obligacion. Oida la respuesta del testigo, debe decirle sustancialmente lo que depuso y las razones que dió de su dicho, y si todo está conforme á su mente, sentarlo ó escribirlo sin añadir ni quitar; leérselo muy de espacio luego, para que quede plenamente enterado; enmendar en el mismo acto lo que quiera se enmiende, y concluido, poner al pie de la declaracion, *que se afirma y ratifica en ella, y que es lo que sabe, puede declarar, y todo la verdad bajo del juramento que tiene*

1 Ley 26. tit. 16. Part. 3.
2 Prov. 10. num. 29. Ecclesiast. 15. num. 31. y 6. num. 5. Machab. 3. num 27. Nehemias, 2. num. 3. Cicer. *in Pison.* et 2. *de orator.* Senec. epist. 18.

hecho, y sabiendo firmar, hacer que la firme despues de salvadas las erratas, enmiendas, testaduras y adiciones que haya; pues sino sabe, no es menester, porque cada testigo debe ser examinado con separacion, y nuestras leyes no mandan que no se reciban las de los que no saben firmar, ni que haya testigos que le vean declarar (1), asi como tampoco son necesarios en los demas autos judiciales, excepto que en el juzgado se estile hacerse estos con ellos.

55. En el examen de la parte y testigos no se debe usar de preguntas *sugestivas*, las cuales son ó claras ó paliadas. Se llaman *claras* las que se hacen especialmente de algunas cosas, expresando las personas, circunstancias, y cualidades de la causa civil ó criminal, ó de la cosa hecha ó delito cometido, v. gr. si se pregunta al testigo, *si vió que Pedro mató á Juan en tal dia, en tal parte y á tal hora, hiriéndole con un puñal en el pecho.* Son *paliadas* cuando se previene sutilmente al testigo, indicándole el modo de responder, ó se le abre camino y da luz para la respuesta, aunque en la pregunta no suene directamente. Estos modos de preguntar, como perniciosos y reprobados por derecho (2), no se deben usar, antes bien las preguntas han de ser genéricas é indirectas, y no particulares ó sugestivas; pues de lo contrario las respuestas serán dadas por los que tengan interes en sugerirlas, y no por los preguntados, especialmente siendo pobres ó sencillos, pues estos, aunque asientan á ellas, mas lo harán tal vez por miedo ó por no desagradar al que pregunta, que por ser verdad lo que dicen, como suele suceder.

56. Si el testigo, despues de haber firmado su declaracion y apartádose del juez ó del escribano que le examinó, hablare ó tuviere tiempo para hablar con alguna de las partes, y quisiere corregir ó ampliar su dicho, no debe ser admitido; y asi, haciendo muchas declaraciones, debe ser atendida la primera; pero si hubiere declarado ambigüamente, ó no hubiere dado razon de su dicho, puede ser llamado por el juez, aunque sea despues de hecha publicacion, para que la dé, aclare las dudas que de su deposicion resulten, y no quede oculta la justicia de la parte, en cuyo caso tendrá valor su dicho. Lo mismo puede practicar el juez á instancia de la parte que le presentó, cuando esta halla que no fue preguntado al tenor de todas las preguntas

1 Leyes 26 y 29. tit. 16. Part. 3. y ley 3. tit 11. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 1. §. *Qui quæstionem*, ff *de quæstionib.* ley 3. tit. 30. Part. 7. Scacia *de judic.* lib. 1. cap. 86. Farinac. tom. 1. *Prax. crim.* quæst 84. num. 91 y 92. y tom. 3. quæst. 83. num. 84. y *de testib.* quæst. 79. num. 78.

de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleito (1).

57. No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del que los examina, hasta que evacuen su declaracion, excepto que no pueda recibírsela entonces; pues en este caso se la ha de tomar despues, y deben esperarle hasta quince dias á lo menos (2); de lo cual se deduce no ser preciso que el testigo sea examinado en el acto del juramento, y que puede serlo despues de algun tiempo; pero en dicho caso debe practicar el escribano dos cosas: la primera, extender entonces el juramento en los autos, y que lo firme el testigo si sabe, para que conste que fue presentado y juramentado en tiempo habil; y la segunda, poner en la cabeza de la declaracion: *que la hace en fuerza del juramento que prestó en tal dia, el que en caso necesario reitera.* Cuando el testigo juramentado en tiempo habil, dice que duda de lo que se le pregunta, ó no se acuerda ciertamente, y pide término para hacer memoria de ello, se le debe conceder (3). Lo propio debe hacerse para con la parte, con tal que lo diga en el mismo acto por sí, y no por consejo de su abogado (4); bien que esto es peligroso, y asi solo se observa lo que ordena la ley recopilada posterior, y dejo explicado en el párrafo 20. Si uno y otro dicen que no pueden evacuar su declaracion por tener que inspeccionar algunos papeles, á fin de darla con toda exactitud y certeza; se les debe conceder tiempo para su inspeccion, y no concediéndoselo al testigo, podrá pedir la parte, y el juez deberá mandar que la evacue despues de la publicacion, lo cual, como justo, he visto practicar.

58. Aunque los interrogatorios contengan muchas preguntas, si la parte que los produce dice al escribano que tal y tal (nombrándolos) sean examinados solamente al tenor de ciertas y determinadas que señala, debe expresar en la cabeza de su deposicion para cuales fueron presentados, y de ningun modo examinarlos sobre las restantes, porque á mas de ser superfluo, no aprovecha á la parte el que digan que las ignoran; se le evitan gastos, y no se pierde tiempo, pues no todos pueden deponer acerca de todos los particulares de los interrogatorios.

59. Cada testigo debe ser examinado secreta y separadamente de los demas, sin que estos, las partes ni otra persona le

1 Ley 31. tit. 16. Part. 3. Hermos. en la 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6. num. 72.

2 Ley 27. tit. 16. Part. 3. Ley *Si quando*, 19. Cod *de testibus*.

3 Ley 11. tit. 11. Part. dicha, verb. *Ca si por aventura.*

4 Ley 3. tit. 13. Part. 3. cap. *Per tuas; de testibus*, y cap. *Præterea, de testib. cogend.*

vean declarar, ni sepan lo que depuso ni lo que se le preguntó, hasta que se haga publicacion de probanzas; tampoco se ha de apartar del que lo examina, hasta que concluya su declaracion, como dejo expuesto (1); á no ser tan larga que requiera mas de un dia para hacerse. El escribano ha de extender sus dichos á la letra y no en abreviatura, ni la letra muy metida, sin mudar palabra ni aclararla, sino como la diga, pues asi lo manda la ley (2); pero no obstante, se permite y está en práctica ponerlos con voces claras, inteligibles y bien sonantes, que no varíen la sustancia, y antes bien hagan mas perceptibles los hechos, porque de lo contrario, si el testigo es rústico, sirve no de declaracion sino de confusion su dicho; cuesta muchísimo trabajo entender á algunos, y es menester casi adivinarlos, y repetirles muchas veces lo que dicen, para que lo entiendan y vean que los entienden (*). Pero si los testigos y las partes quieren escribir sus declaraciones, ó rubricar las hojas de ellas, nadie se lo debe impedir, pues tienen facultad para ello, como que son produccion y acto suyo privativo, que han de corroborarse con su firma, sin que en esto injurien al escribano ni al juez que se las recibe, porque usan de su derecho.

60. Examinándose los testigos por medio de intérpretes, han de jurar estos: *que dirán en idioma castellano lo mismo que aquellos depongan en el suyo, sin añadir, quitar, interpretar ni tergiversar cosa alguna*, y el testigo tambien ha de ser juramentado. Si hay dos intérpretes en el pueblo, ha de ser examinado cada testigo por medio de ambos, á presencia del escribano, para que no se dude de su deposicion, á menos que los litigantes se conformen en que uno solo intervenga al examen y juramento, ó que en el pueblo no haya mas, en cuyos dos casos se le ha de creer y estar á su dicho, pues hace plena fe, y asi se practica (3).

61. Estan obligados los litigantes á satisfacer á los testigos los gastos que hagan ó ganancias que pierdan en el tiempo que ocupen en ir á declarar y regresar á sus casas (4); pero no de-

1 Ley 27. tit. 16. Part 3. ley 3. tit. 16. lib 11. Nov. Rec.

2 Ley 5. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

* En este punto hay un gran riesgo si los escribanos no proceden con la pureza y buena fe que exige su oficio, como sucede por desgracia muchas veces. Ademas, no teniendo los conocimientos necesarios de nuestra lengua, podrán muy bien sustituir una voz que en su sentir, ó en la accepcion vulgar, diga una misma cosa, y sea sin embargo muy diversa en la inteligencia legal. Seria pues conveniente abolir esta práctica, y que se observase literalmente la ley. *Febrero adicionado.*

3 Ley *Theopompus*, 14 ff. *de dote prælegat.* Gom. lib. 2. *Var.* cap. 9. num. fin. *Cur. Filip.* part. 1. § 17. num. 26.

4 Ley 27 al fin, tit. 16. Part. 3.

ben sobornarlos, corromperlos, intimidarlos, rogarlos ni inducirlos á que declaren lo que no saben, pena de ser castigados conforme á derecho; bien que se les permite traerles á la memoria los hechos, y encargarles sus conciencias sobre que digan la verdad y lo que supieren y de que se acordaren (1), y á este efecto entregarles copia del interrogatorio.

62. Puede apremiar el juez á los testigos por prision y embargo de bienes á que comparezcan á su presencia á declarar bajo de juramento lo que sepan, ya sea en pleito civil ó criminal, y no debe admitir su dicho dado ó enviado por escrito, porque ademas de no valer, está prohibido (2). En las causas civiles árduas y de importancia, y en las criminales, debe el juez examinar por sí á los testigos, sin cometer su examen al escribano, ni usar de la cautela de que este tome á solas sus dichos despues que aquel los juramente, y luego en su presencia los lea al juez, pena á este por la primera vez de cinco mil maravedís y al escribano dos mil, por la segunda doblados, y por la tercera privados ambos de sus oficios (3).

63. Existiendo algunos testigos fuera del territorio ó jurisdiccion del juez que conoce de la causa, ha de enviar requisitoria este al del pueblo en que viven, con insercion del interrogatorio y demas conducente, para que los examine á su tenor (4); con cuya requisitoria, ó con la receptoría si se despechare, se debe citar particularmente (como cuando se sigue en rebeldía) á la parte contraria, si está en el pueblo, ó á su procurador, por si quiere ir ó enviar persona que los conozca y vea juramentar, para que le conste, y no se descuide. Lo mismo se practica y debe hacerse para compulsar instrumentos, cotejar los producidos, y redargüirlos civilmente de falsos, ó hacer vista ocular, sin embargo de la citacion general hecha con el auto en que todo lo referido se mande, como se colige de la ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. Estas requisitorias deben cumplimentarse, yendo documentadas, asi para el efecto referido, como para otra cualquier cosa, ya sea en causa civil ó criminal, no solo por el juez con quien expresamente hablen, sino por el sucesor en su audiencia y jurisdiccion, aunque en ellas no esté nombrado, y el requirente haya fallecido ó cesado en su oficio, como está en práctica.

1 Ley 3 al fin, tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 7 tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. Leyes 32 y 36. tit. 16. Part. 3.
3 Ley 36 al fin, tit. 16. Part. 3. Leyes 36 y 37. tit. 32. lib. 12. Nov. Rec.
4 Ley 28. tit. 16. Part. 3. Ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

64. Si las partes omiten articular en el interrogatorio principal algunos particulares de los alegados y conducentes á su defensa, ya sea por olvido ó porque al tiempo de su formacion no creyeron poder probarlos, y despues de presentado, hallan testigos que los declaren, pueden ponerlos por pedimento ó por otro interrogatorio, y pretender se examinen á su tenor; pero esto ha de ser precisamente dentro del término probatorio; pues ninguna ley lo prohibe, ni dice que se forme un interrogatorio solo, ni tampoco que no se puedan hacer por pedimento las preguntas á los testigos; lo cual es corriente, y asi lo he practicado y visto practicar.

65. Un solo testigo por autorizado que sea, no hace prueba regularmente hablando (1), excepto que sea emperador, rey ó papa (2); bien que cuando no se trata de perjuicio de tercero, ó se convienen las partes, ó el testador mandó que en cuanto á su herencia se esté al dicho de cierta persona que señala, ó para probar la inocencia del acusado, ó en las causas en que de ningun modo, ó al menos con grave dificultad, se pueden presentar muchos testigos, ó cuando con su dicho concurre la fama, ó para probar la causa verosimil de ignorancia, ó en causas muy leves, y en otros varios casos que trae Reinfestuel (3), hace prueba el dicho de un testigo solo.

66. Dos testigos contestes en cosa ó hecho, tiempo, lugar y circunstancias, y no varios ni singulares, hacen plena probanza siendo hábiles, idóneos y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos ni personas; á menos que sea para justificar paga ó liberacion de débito ú otro contrato de que se haya otorgado escritura pública ó testamento, ú otra última voluntad; pues entonces son necesarios mas (4), como queda dicho en sus respectivos lugares.

67. No obstante esto, se permite á cada litigante que presente hasta treinta testigos sobre cada pregunta ó artículo, con tal que jure que no lo hace con malicia ni por dilatar; mas si despues de nombrados supiere de otros, con quienes crea probar mejor su intencion, y lo jurare asi, en este caso, dejando los que no esten examinados, se le deben admitir los que nuevamente nombre, hasta completar el número referido, y no mas (5). Si de

1 Ley *Ubi numerus*, ff. *de testib.* ley 33. tit. 16. Part. 3. cap. *Licet universi*, 23. *de testib.* y Canon, *Si testes*. §. *Ubi numerus*, 4 quæst 3

2 Dicha ley 33 tit. 16.

3 Lib. 2. *Decret.* tit. 20. §. 8 y tit. 19. §. 3. num 61 al 68.

4 Leyes 33 y 41. tit 16. Part. 3. Deuteron 19. vers. 15. Matth. 18. vers. 16. y Luc. 19.

5 Leyes 2 y 5. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

los presentados no quiere que se examinen todos, nadie le puede precisar á ello, porque asi como está en su arbitrio el hacer ó no prueba, lo está tambien el presentar y hacer que se examinen ó no los presentados y juramentados, sin que haya ley que diga lo contrario. Pero es de advertir, que en la segunda ó tercera instancia en grado de apelacion y suplicacion no se deben admitir interrogatorio ni testigos sobre los mismos artículos, ú otros directamente contrarios á los que en las precedentes ó en alguna de ellas se recibieron, ya sean relativos á los méritos de la causa principal, ó á las tachas de los testigos examinados en cualquiera de las instancias anteriores; y el abogado que pusiere el interrogatorio, incurre en la pena de mil maravedís (1).

68. Aunque las partes despues de haber presentado algunos testigos, digan que no quieren valerse de mas, no se les han de dejar de admitir por eso los que presenten hasta los treinta expresados, con tal que sea dentro del término probatorio, y que juren que ignoran sus deposiciones y las de su contrario, y no de otra suerte, como lo manda la ley 35. tit. 16. Part. 3. Por esto los escribanos en el requerimiento que hacen á las partes para si quieren presentar mas testigos, y responden que no, ponen esta cláusula: *por ahora, y sin perjuicio de presentarlos siempre que lo tengan por conveniente*, cuyo aditamento es muy util, aunque no necesario, por lo que el escribano comisionado puede, sin embargo de que no se ponga, recibirlos, sin que la parte tenga precision de acudir al juez para ello, durante el término probatorio; porque en virtud de la comision le subroga en su lugar, y le da las facultades que á dicho fin le concede la ley.

69. No hacen plena probanza los testigos varios y singulares, que son los que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno testifica del suyo, y no concuerdan con el otro. La singularidad es de tres maneras: *obstativa, cumulativa y diversificativa*. Se llama *obstativa ò adversativa*, la que contiene contrariedad de los testigos que deponen de un mismo hecho, ó repugnancia en sus dichos; v. gr. dice uno *que Pedro hizo la muerte, ò hurtó, en tal parte y á tal hora*; y otro *que la ejecutó en otro lugar y á otra hora*; pues repugna que una misma muerte ó delito pudiese haberse hecho y cometido en diversos parages

1 Ley 6. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec. Clement 2. *de testib.* Covarr. *Pract.* cap. 18. num. 6.

y á distintas horas, por lo que á ninguno se debe creer ni deferirse el juramento supletorio; y así mas vale un testigo idóneo, que hace semiplena prueba, que muchos singulares con singularidad obstativa, aunque sean mil, porque uno hace sospechoso, y destruye al otro, y ambos arguyen falsedad (1).

70. *Cumulativa* se llama, cuando los testigos deponen de hechos, que aunque son diversos, se ayudan mutuamente para probar aquello que se controvierte; v. gr. dice uno *que vió á Pedro quitar un caballo;* y otro *que oyó decir á Pedro que habia quitado aquel mismo caballo.* Esto sucede generalmente todas las veces que las diversas deposiciones de los testigos se dirigen á averiguar el hecho litigioso; pues unos suelen deponer de vista, otros de fama, oidas ó confesion de él, y otros de hechos, que aunque distintos, ayudan al intento, y no son repugnantes; por lo que el uno no destruye al otro, ni le hace sospechoso, y así en las causas civiles si testifican de hecho por su naturaleza sucesivo, continuo ó genérico, hacen plena prueba (2); y en consecuencia siendo preguntados sobre él ó sobre el todo integral, aunque depongan de actos diversos, como todos miran por distintos medios á un propio fin y sustancia de la cuestion, no se juzgan singulares, sino contestes (3); pero si se trata de algun acto particular ó especial è individuo, no prueban plenamente; bien que hacen presuncion, y el juez puede deferir el juramento supletorio (4). En las criminales no prueban tampoco para que pueda imponerse la pena ordinaria; pero inducen presuncion grande contra el reo, y abren camino al juez para inquirir, y aun muchas veces son suficientes para imponerle pena extraordinaria (5); pues para la ordinaria es indispensable que la prueba sea indudable (6), no obstante haber delitos para cuya calificacion bastan testigos singulares, siendo fidedignos.

71. Finalmente, se llama singularidad *diversificativa*, cuando los testigos deponen de diversos hechos que no son contrarios ni repugnantes entre sí, ni el uno ayuda al otro, v. gr. dice uno

1 Cap. *In nostræ*, 32. *de testib* Alex. consil. 94 num. 1 al 4 lib. 6. Mascard. *de probat.* conclus. 958 num. 20. Farinac. glos. 64. num. 37, 41 y 44 al 50.

2 Glos in leg *Ob carmen*, ff. *de testibus*, et in cap. *Nihilominus*, 3. quæst. 9. Felin. in cap *Licet, ex quadam*, num. 2. vers. *Secunda limita* Farinac. quæst cit. num. 145, 159, 160 y 164. Mascard. concl. 1025. num. 1 y sig.

3 Ley *Qui sententiam*, Cod. *de pœnis.* Reinf. lib. 2. tit. cit. num. 297 al 306.

4 Glos in cap. *Nihilominus*, cit. Felin. in cap *Licet*, cit. Farinac. quæst. dicha, num. 52, 113 y 126. Mascard. concl. 958. num. 20 al fin.

5 Farinac. *Prax. crim.* lib. 1. quæst. 37. num. 34 y 35.

6 Ley *Sciant cuncti*, 25 Cod. *de probat.* cap. 1. *de elect.* Canon *Testes*, 2. quæst. 7. Reinf. ibi, num. 307 hasta el fin.

que Pedro prestò á Juan cien reales en tal dia y tal parte; y otro *que le prestó veinte en otro dia y parage;* y asi estos testigos sin embargo de no ser repugnantes, ni enervar el dicho del uno el del otro, no hacen prueba; pero si alguno es de mayor excepcion, hará semiplena probanza, porque se queda con el valor que merece la deposicion de un testigo fidedigno (1).

72. Probando ambas partes su intencion con testigos, debe el juez gobernarse para dar la sentencia, por los que depongan lo mas verosimil, tengan mejor fama, esten mas autorizados, y sean mas dignos, aunque menos en número. Siendo iguales en fama y dichos, porque todos deponen lo que es posible hubiese sucedido, ha de estar á la pluralidad; y si lo son en el todo, y deponen cosas contrarias, debe absolver al reo (2); á menos que el actor intente causa favorable, como son las de libertad, matrimonio, dote y testamento, pues entonces ha de decidir por estas (3). Si los de una parte discordaren, debe creer á los que digan lo mas verosimil al hecho, y sean de mejor fama, aunque pocos, lo cual no sucederá si el litigante presenta dos instrumentos contrarios, pues á ninguno debe creer el juez, por cuanto aquel pudo verlos antes, y considerar si le aprovecharia ó dañaria su presentacion; pero en los testigos no puede saberlo, porque á la parte suelen decir una cosa, y ante el juez declarar otra, como lo vemos y lo dice la ley: últimamente si el testigo es contrario á sí mismo en su dicho, no hace fe (4).

73. Comprometiéndose las partes en árbitros, si estos recibieren testigos, y aquellas hicieren algun pacto sobre si el juez ha de sentenciar ó no por sus dichos, en caso que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto. Si nada pactaron, está en eleccion de aquella contra quien se presentaron, el pasar por sus dichos, y hacer que vuelvan á declarar ante el juez; pero si ya estuviesen muertos, deben valer sus deposiciones, y el juez sentenciar con arreglo á ellas; bien que no se priva á la parte de alegar contra las personas y dichos de los testigos (5).

74. Consistiendo el pleito en ciencia, arte ú oficio, han de nombrar las partes dos peritos para que declaren acerca del asunto litigioso, en caso de haberlos en el pueblo: si alguna no quiere nombrar por sí, lo ha de hacer el juez de oficio por su rebel-

1 Farinac. quæst 61. dicha, num. 41 y 47. Reinf. ibi, num. 294 al 296.
2 Ley 41. tit. 16. Part. 3.
3 Cap. *Ex litteris*, 3. *de probat.* et ibi glos. y cap. ult. *de sentent. et re judicat.*
4 Ley 42. tit. 16. Part. 3.
5 Ley 38 tit. 16. Part 3.

dia; pero si no hubiere mas que uno, bastará, y se deberá estar á su informe ó declaracion, excepto en las causas arduas y de entidad, en las cuales se deben buscar dos, á menos que las partes se conformen en uno (1). Con ellos y con el tercero que se elija en caso de discordia (ya asistan ó no todos tres á la vista ocular ó reconocimiento, ó cada uno lo haga por sí solo, como puede, y el juez lo presencie ó no), nada mas tiene que hacer el escribano que recibirles el juramento de que *dirán la verdad como la conciban segun su inteligencia con arreglo á su arte, oficio ò ciencia, sin causar agravio á ninguna de las partes*, pues ellos ponen en borrador sus declaraciones, y se las entregan para que las extienda en los autos, coordinándolas segun estilo forense, bien que si el juez concurre, debe juramentarlos, y no el escribano. Para que depongan con justificacion y pleno conocimiento, se les han de manifestar, siendo preciso, no solo los autos, sino los documentos en ellos producidos por las partes, y al tercero en discordia unos y otros con las declaraciones de ambos peritos, á fin de que con presencia de todo se conforme con la que sea arreglada. Las partes deben ser citadas para asistir al juramento y reconocimiento si quisieren, mas no á la declaracion, señalando dia en que aquel se ha de evacuar, con tal que sea en el término probatorio si el reconocimiento se pide dentro de él; pero el tercer perito puede serlo despues.

75. La cuarta especie de prueba es la que se hace con instrumentos, privilegios y libros de cuentas. En el lib. 1. tit. 6. cap. 2. se dijo que habia tres clases de instrumentos, á saber: *privados*, *auténticos* y *públicos*: se habló con extension de las circunstancias que debian tener estos últimos para su validacion, y se insinuó algo acerca de los auténticos, reservando para este capítulo la restante doctrina acerca de unos y otros, como mas enlazada con la cuestion que aquí se ventila.

76. Volviendo, pues, ahora á tratar de los instrumentos públicos, debe saberse que hay dos clases de ellos, esto es, unos que se otorgan entre vivos, y son los relativos á contratos; otros que se hacen por causa de muerte, que son los testamentos y demas últimas disposiciones: todos los cuales se componen de *protocolo* ó *registro*, *copia original*, y *traslado* ó *ejemplar*, como se dijo en el citado capítulo 2. Llámase público el instrumento, porque lo autoriza persona en quien reside autori-

1 Hermos. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6. desde el num. 24 al 60. Gomez lib. 2. *Var.* cap. 6. num. 6n.

dad pública concedida por el Rey para ser creido, y se otorga ante testigos (1), por lo que no se debe dudar de su otorgamiento. Asi pues si el instrumento producido en juicio está autorizado por escribano no conocido en el juzgado, en que se presenta, y la parte contra quien se produce lo redarguye de falso (como puede en cualquier tiempo y estado de la causa, aunque al principio no lo haya hecho por inadvertencia), diciendo que el que lo autorizó no es ó no fue escribano; no hace fe, si á lo menos por fama pública del pueblo en que suena otorgado, no justifica el producente haberlo sido (2); ó si no está comprobado por dos ó tres escribanos que den fe, no solo de que lo es, sino de que la firma y signo puestos á su final son suyos; pues puede ser escribano y haberse suplantado el instrumento; y lo propio sucede habiéndose hecho en parte remota, segun se practica y estima en juicio (3). Pero si es muy antiguo, que pase de cien años, hace fe, aunque no esté comprobado, ni conste que fue escribano el que lo autorizó por la gravísima dificultad de hallar testigos del conocimiento de este, en cuyo caso se omite el reconocimiento (4). Con este motivo convendrá hacer las advertencias siguientes: 1.ª que si un mismo litigante presenta en juicio dos escrituras contrarias en un propio hecho, á ninguna se debe creer (5): 2.ª que el escribano no solo está obligado á custodiar y conservar el protocolo (6), como se insinuó en el citado capítulo, sino que una vez otorgado el instrumento, no debe entregarlo á las partes ni á otro, porque á mas de no hacer fe por los motivos expuestos en el mismo capítulo, debe conservarlo, y existir siempre en su poder, y asi dará copias de él. Tampoco debe romperlo, aunque lo quieran los otorgantes á pretexto de haberse rescindido el contrato, porque es acto que se publicó y puso en el archivo público de que está constituido archivero el escribano, y como tal carece de facultades para extraerlo de este; á mas de que puede probarse su otorgamiento en lo sucesivo, hacérsele cargo de él, y castigarle por su falta; y asi aunque los interesados no usen de él, ó lo revoquen por otro, cumple poniendo en aquel la competente nota de revocacion: 3.ª que si el acreedor devuelve á su deudor el instru-

1 Cap. 15. *de fide instrument.* Covarr. *Pract* glos. cap. 19. num. fin.

2 Ley 115. tit. 18. Part. 3. cap. 2. *de fide instrumentor.*

3 Ley *Jubemus*, 24 Cod. *de probat.* Parej *de edit.* tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 47, 61 y sig.

4 Greg. Lop. en dicha ley 115. glos. 5. Parej. ubi sup. num. 36 y 59. Covarr. *Pract.* cap. 21 num. 7.

5 Ley 111. tit 18 Part. 3.

6 Cap *Quamquam contra. extra de probat.* Ley 6 tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Covarr. *Pract.* cap. 19. num. 2 al fin.

mento de la deuda, ó la cancela, se entiende libertarle de ella, excepto que lo haga por fuerza, miedo ó engaño, y se pruebe (1): 4.ª que aunque el instrumento carezca de la fe de conocimiento del que le otorga, y de la deposicion acerca del de dos de los testigos instrumentales, no será nulo, porque la ley no lo invalida ni pone por forma los expresados requisitos (2).

77. Alegando la parte ser falso el instrumento que contra ella se produce, porque en el dia que aparece otorgado, se hallaba fuera del pueblo donde se hizo, y en otro en que fue testigo de otro instrumento, tan distante que no podia haber venido naturalmente; ha de presentar para probar su falsedad el otro público, hecho aquel dia en el lugar donde dice estuvo, y de que fue testigo; ó á lo menos cuatro testigos idóneos y legales que depongan haber estado en otro diverso de aquel en que suena otorgado el que se impugna; pero si el instrumento no es público, bastan dos que asi lo declaren, y séalo ó no, debe jurar el que alega la falsedad, que no lo hace de malicia ni por calumnia, sino porque cree que es falso. Todo lo cual se entiende cuando la parte que lo presenta quiere usar de él, pues si dice que no, no se ha de admitir prueba sobre su falsedad (3).

78. La falsedad es mutacion de la verdad hecha con dolo en detrimento de tercero; y se comete por escrito, dicho, hecho y uso, cuyos modos explica la ley (4). Para que sea fundada la presuncion de falsedad en los instrumentos, se ha de atender á las circunstancias y opinion de la persona que los presenta, á los vicios legales del instrumento mismo, y á los defectos que contenga, ya del modo, ya de la letra, del tiempo, y otros; por ejemplo, mala gramática ó construccion; diversidad de estilo ó forma de dictar del que los hizo; las cláusulas ò cautelas no acostumbradas que contengan, excepto que intervenga causa justa para ponerlas; diferencia de papel y signo; tardanza en producirlos; hallarse en un libro antiguo, cuando consta que entonces no se hacian tales instrumentos; inverosimilitud en las cosas mismas que se contratan; contener testigos muertos, ó estar el uno muerto, y afirmar el otro que no presenció su otorgamiento; haber estrechado ó ensanchado los renglones para concluirlo, habiendo espacio ò campo bastante al principio, hallarse cortado ò roto, ò por orden inverso antepuesto ó pospuesto;

1 Ley 40. tit. 13. Part 5.

2 Burgos de Paz en la ley 3 de Toro, part. 2. concl. 7. num. 1285. Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 144 al fin.

3 Leyes 112, 116 y 117. tit. 18. Part. 3, y ley 3. Cod *de fide instrumentor.*

4 Ley 1. tit. 7. Part. 7.

carecer de la solemnidad que requiere, y otras varias causas. Tambien se hace muy sospechoso cuando está manchado ò agujereado en lugar sustancial, mas no si lo está en otro (1). Pero si se hubiese presentado sin mancha en juicio ante el escribano que entiende en los autos, aunque despues se halle manchado, no pierde su valor, ni la fe que merece (2). Aunque el instrumento sea nulo, no por eso lo será el contrato ni el testamento, si se prueba haber intervenido en ellos el competente número de testigos, porque la escritura no es de sustancia del contrato (3).

79. Afirmando el escribano de buena fama que no hizo el instrumento debe ser creido, no probándose plenamente lo contrario, lo mismo que si confiesa haberle hecho, aunque los testigos instrumentales lo nieguen, ò digan que no se acuerdan si presenciaron ò no su otorgamiento, con tal que la copia concuerde con el registro, y no en otros términos. Pero siendo de mala fama, y todos los testigos instrumentales de buena, si estos concuerdan en una cosa, ya sea afirmando ò negando, y el instrumento há poco tiempo que se hizo, deben ser creidos, y no el escribano (4); de suerte, que para declararse falso el instrumento son necesarias tres cosas, á saber: que los testigos sean mayores de toda excepcion; que todos concuerden en no haberse hallado presentes á su otorgamiento; y que el escribano tenga mala fama; de lo cual se trató ya en el citado capitulo; siendo de advertir que asi como la falsedad opuesta al instrumento, supone el hecho incierto de haberse otorgado (5); por el contrario la nulidad que se le objeta, supone por necesidad la verdad de su otorgamiento, y el hecho cierto de su contexto (6).

80. Si la parte niega que el instrumento está autorizado por el escribano que le signa, porque su signo, firma y letra son desemejantes á las suyas, y él contesta que lo hizo, ha de ser creido; mas si lo niega, no debe hacer fe. Si dice que lo hizo, pero que fue falso y con error, tambien ha de ser creido. Si ha muerto ó está ausente á mucha distancia, se deben elegir peritos, que bajo de juramento cotejen la letra, firma y signo con otras de instrumentos ciertos que haya hecho, y segun declaren y parez-

1 Mascard. *de probat.* concl. 283. num. 1 al 3. y 284. num. 1.

2 Ley *Si unus*, num. 5. Cod. *de testam.* Farinac. glos. 158. num. 185 al 187.

3 Burgos de Paz en la ley 3 de Toro, part 2. num. 104. Parlad. ley 2. cap. fin. part. 1 §. 12. limit. 1. num. ult.

4 Ley 115. tit. 18. Part 3. verb. *E si por aventura.*

5 Ley 1. tit. 7. Part. 7. Salg. *de retent.* part. 2. cap. 30 § 3. num 8.

6 Parej. *de edit. instrum.* tit. 1. resolut. 3. §. 1. num. 35 y 36.

ca al mismo juez, aunque concuerden en una misma cosa, puede determinar si merece ò no crédito, porque la ley (1) fundada en que por la mudanza de tinta ò pluma, ò por enfermedad ò vejez del que escribe suelen desemejarse las letras, no le sujeta ni obliga precisamente á estar por lo que produzca la mera comparacion ò cotejo, sin otros adminículos verdaderos, ò dos testigos fidedignos que juren habérselo visto firmar; por no ser prueba plena, sino á lo mas semiplena. Ademas el juicio y dictamen de los peritos, como fundados en un mero parecer ò concepto, no hace fe concluyente, sino de credulidad y verosimilitud, y hay notable diferencia entre parecer y ser; por consiguiente lo podrá estimar ò despreciar segun conceptúe mas conforme y verosimil. Si se cotejan firmas, cartas ú otros papeles privados, ha de ser con otros verídicos del sugeto por quien suenan escritos, como son los que pasan ante escribano, de cuya certidumbre y veracidad no se debe dudar, ò los que estan reconocidos expresamente en juicio; pues siendo con otros, de nada sirve el cotejo, porque no hay cosa cierta en que se afiance: lo cual procede igualmente para el actor que para el reo.

81. Aunque el instrumento no valga, se puede justificar su contexto por testigos ò por otro medio legal (2); y en la prueba de testigos instrumentales se incluye el escribano; mas no cuando se hace por otro instrumento, porque no ha de hacer de testigo y escribano á un propio tiempo. Pero es de saber: lo primero, que el instrumento se presume falso por el hecho de querer probar su contenido con testigos el que lo presenta; y lo segundo, que los instrumentos que la parte produce judicialmente han de estar en el idioma vulgar del pueblo del juicio, y en letra legible y clara, pues de lo contrario deberán ser traducidos á su costa; pero si pide que se acumulen algunos autos antiguos seguidos con algun causante ò antecesor del colitigante sobre lo mismo, y se manda asi, no está obligado á poner en escritura usual y corriente lo que está oscuro, antes bien debe el contrario ponerlo á su costa; porque es continuacion del mismo juicio, y lo propio que si con él se hubieran principiado; cuyo caso se me ofreció en cierto pleito.

82. Aunque la parte que produce el instrumento diga y proteste que solo quiere usar de él en lo que le sea favorable, no le servirá; pues no obstante su protesta, le dañará lo que contenga

1 Ley 118. tit. 18. Part. 3.
2 Ley 32. tit. 16. y ley 117. tit. 18. Part. 3.

contra ella (1); y una vez presentado antes de la contestacion, está obligado á reproducirlo en la prueba, ya diga ó no su contrario que quiere redargüirlo de falso, civil ó criminalmente (2). Debe esto hacerse no solo en primera instancia, sino en la segunda de apelacion, y mas cuando el instrumento es relativo à los méritos del negocio en lo principal, y hay causa justa, como lo es la de la antigüedad, ó media interes de la parte que lo pide, y ningun perjuicio se irroga à la que lo ha de presentar (3); lo cual es corriente en la práctica. Pero se advierte que el reo no está obligado à dar al actor sus propias escrituras (4), porque ni la equidad ni el derecho permiten que ninguno dé contra su voluntad y contra sí armas à su contrario; bien que siendo comunes à los dos, está obligado á manifestarlas y darlas (5); é igualmente lo está cada uno à mostrar aquellas en que funda su intencion, si su contrario lo pretende, como diré mas adelante.

83. Tambien ha de reproducir en el término de prueba la hecha por testigos, instrumentos ó de otra manera en otro juicio con el colitigante ò su causante, como cuando siguiendo via ejecutiva sobre paga de alguna suma, intentó al mismo tiempo otra accion ordinaria, y sobre esta le reservó su derecho para el juicio correspondiente, en cuyo caso, si la prueba conduce à la accion ó excepcion ordinaria, debe reproducirla, *pidiendo se haya por reproducida, y entienda con la prueba*, à lo que se deferirá, y tal vez no necesitará hacer mas; pues si no la reproduce ni hace otra, como que es visto no querer aprovecharse de ella, se quedará indefenso.

84. Para que haga fe el *traslado* ó *ejemplar*, sacado de la copia original, y pruebe en perjuicio de la parte contra quien se presenta, ha de ser dado en virtud de auto de juez, precediendo citacion de esta, si se halla autorizado por otro que aquel ante quien pasó; pues si lo está por este, y es de aquellos de que puede y debe dar cuantas copias le pidan, el mismo efecto produce que la copia original; y aunque no intervenga la citada solemnidad, ni haya pasado ante el escribano que sacó el traslado, si no se redarguye de falso civilmente, no necesita comprobarse, por ser visto aprobarle, y no duder de él la parte con-

1 Menchac *Illust. quæst.* lib. 1. cap. 2. num. 9. Parlad. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 5. num. fin

2 Ley fin. Cod. *de fide instrum.*

3 Parej. *de edit.* tit. 3. resolut 3. num. 9, y tit. 5 resolut. 1. num. 62 y 65, y resolut 5. num. 32. Felin. in cap. 1. num. 28. *de probat.* Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 1. num 5. Salg. *de reg.* part. 3. cap. 9. num 90.

4 Cap. 1. *de probat.* y ley *Quiaccusare*, 4. Cod. *de edendo.*

5 Cap *Cum perpetuus Vicarius*, 12. *de fide instrument.*

traria. Lo propio milita, siendo sacado del protocolo con citacion ó sin ella, y por el escribano ante quien pasó, ó por otro, en caso de no redargüirse (1), y si se pierde el instrumento obligatorio, suple su falta la prueba clara de la deuda por otros medios (2).

85. Hace fe el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la solemnidad referida, cuando en virtud y à consecuencia de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que le presenta, ó à la persona, cuya causa trae; en cuyo caso basta el trascurso de treinta años (3). Asi lo he visto ejecutoriado por el Consejo en pleito de un patronato Real de legos del lugar de Vicálvaro; pues mas crédito se debe dar à los instrumentos antiguos que à los dichos de los testigos, como está resuelto en derecho (4); porque la memoria de estos es debil, mutable y falible; y las palabras de los instrumentos firmes y constantes, y la antigüedad tiene lugar de ley y de verdad; lo cual se entiende no probándose la falsedad del instrumento, porque si se prueba en ningun caso hace fe. El que quiera saber cuando hace ó no fe el instrumento antiguo, qué tiempo se requiere para constituir la antigüedad, y qué solemnidades se pueden presumir por el tiempo para la autoridad del traslado, vea al señor Covarrubias en el lugar citado al pie (*).

86. El instrumento *auténtico*, que es el que está autorizado con el sello del Rey, Principe, arzobispo, obispo, cabildo abad bendito, maestre de orden militar, ó de otra persona constituida en dignidad, v. gr. grande, duque, conde, marques, ò de concejo, hace fé para probar su contenido contra el que lo mandó sellar, mas no à su favor. Lo propio milita para con el que otra persona hizo por su mano, ó mandó hacer y sellar con su sello, obligándose en él á dar ó pagar alguna cosa que consista en número, peso ó medida, si lo reconoce en juicio, en cuyo caso será ejecutivo tambien, y no de otra suerte; pero no hará fe si le niega, á menos que se pruebe con testigos que lo hayan visto firmar; ni tampoco cuando es de otro contrato, v. gr. compra, venta ó cambio de cosa raiz &c., porque este debe otorgarse ante escribano público y testigos para su perpe-

1 Parej. *de edition.* tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 152 y sig.
2 Ley 2 Cod. *de fide instrument.*
3 Covarr. *Pract.* cap. 21. num. 7.
4 Ley *Census*, 10. y ley *Si arbiter*, 28. ff. *de probat.* Mascard. *de probat.* tom. 1. quæst. 6. num. 11.

* *Pract.* cap. 21. num. 7, donde trae nueve casos. Véase tambien el mismo cap. num. 2 al 6, donde el autor trata qué fe merece el traslado, ya sea sacado del protocolo ó de la copia original por el escribano ante quien se otorgó, ó por otro.

tuidad; y asi solo induce presuncion; por lo que los testigos del instrumento auténtico de estos contratos, para hacer prueba, no solo han de declarar haberle visto firmar, sino tambien deponer de su contexto (1).

87. Se diferencian el instrumento público y el auténtico, en que por instrumento público se entiende el que está hecho por persona en quien reside autoridad pública, con todas las solemnidades prescritas por derecho para su validacion y firmeza; y por auténtico el que hace fe por sí mismo, ya sea por estar autorizado con el sello del que lo hizo, ó de otra suerte; bien que el público se suele llamar tambien auténtico, porque el mismo que lo hizo y firmó, le da autoridad y fuerza para que sea creido, pero el auténtico no es público, porque no se otorga ante persona pública ni testigos, ni con solemnidad alguna, y hace prueba por sí, sin tener que remitirse à otro; sin embargo ambos convienen en la estabilidad que tienen, y crédito ó fe que merecen.

88. El instrumento *privado*, segun se llama el que no está autorizado en forma por escribano, ni sellado como el auténtico, es de tres maneras, á saber: *ápoca* ó *quirógrafo*, bajo del cual se incluye la *antápoca* y *singrafa;* libro de *cuentas*, ó *inventario privado*, y *cartas*. Apoca, ó quirógrafo es el instrumento ó resguardo que el acreedor da á su deudor para acreditar lo que recibió de él y le pagó. Antápoca es el que da el deudor de lo que percibe prestado ó á censo ó en otros términos de su acreedor, con el cual acredita el débito de aquel, que en castellano llamamos *vale* ó *pagaré*. Singrafa es escritura ó cédula que hacen algunos para la fe de sus pactos. Libro de cuentas es escritura privada en que alguno sienta lo que da y recibe. Inventario privado es aquel en que sienta sus bienes; y epístola ó carta es la escritura privada que alguno envia á otro ausente.

89. Aunque se debe dar crédito al instrumento público, aun cuando hayan muerto el escribano que le autorizó, y los testigos que presenciaron su otorgamiento (2), no sucede esto con el privado; y asi no hace fe, ni prueba por sí solo en juicio si se le opone esta objecion; ó se redarguye de falso (3), como es conveniente para enervarlo; de modo que para probar con él

1 Leyes 1 y 114. tit. 18. Part. 3. Greg. Lop en esta, glos. 10. y ley 1. tit 20 de la misma Part.

2 Cap. penult. y ult. *de fide instrum.* y ley 55. tit. 18. Part. 3.

3 Ley *Instrumenta*, Ley *Rationes*, y ley *Exemplo*, Cod. *de probat.*

en juicio, es preciso que lo reconozca el que lo hizo ó firmó; y en defecto del reconocimiento, ó por su negativa, que se compruebe por dos testigos idóneos y fidedignos, á lo menos, quienes bajo del propio juramento declaren con su citacion que se le han visto firmar. Y aunque se compare ó coteje con otros verdaderos del que lo hizo, y la letra y firma de todos se asemejen totalmente; ó declaren testigos que lo tienen por suyo, por haberle visto firmar muchas veces; no merece fe ni hace prueba bastante (1), porque la ley no estima por tal la comparacion sola, antes bien lo deja al arbitrio del juez para que la aprecie ó desprecie (2), como queda dicho. Asi que el cotejo de papeles privados produce efectos muy diversos del de un instrumento público que se redarguye de falso civilmente, por no ser original, ò por no estar sacado con la debida citacion, porque aquellos por ser simples, como ninguna fe hacen por sí, no les da el cotejo solo el valor que necesitan; pero en el instrumento, como es indudable y hace fe à causa de estar autorizado por persona pública á quien se debe dar crédito, y no contiene mas defecto que el de haber sido sacado sin asistencia ó citacion de la parte à quien perjudica; se subsana este defecto de pura solemnidad con el cotejo, el cual lo remueve enteramente para que no se dude de su contexto, y se queda del mismo modo que si no se hubiera impugnado; lo que no sucede à los instrumentos privados, si con el cotejo no concurren otros adminículos; sobre lo cual véase al señor Covarrubias, *Pract.* cap. 22. que lo trata con claridad. Pero si el instrumento privado no se redarguye de falso, ni se objeta defecto que destruya su legitimidad, hará prueba contra quien se produzca, aunque no lo reconozca ni se compruebe, porque es visto confesarlo y aprobarlo tácita y virtualmente por su silencio; lo que he visto declarado en juicio.

90. A la cuarta especie de prueba pertenecen como dejamos dicho los privilegios ó rescriptos. Es el privilegio una gracia ó merced que concede el Soberano *á alguna persona, comunidad ó pueblo; ó una ley dada señaladamente á alguno para su utilidad* (3). Puede concederlo solamente el que tiene potestad de hacer leyes, ya sea de su propio *motu* ó voluntad, ó á instancia del agraciado. Si contiene la cláusula de *motu proprio, cierta ciencia y plenitud de potestad ó poder absoluto*, no solo es pro-

1 Leyes 114, 119 y sig. tit. 18. Part. 3. Greg. Lop. en ellas.

2 Ley 118, cerca del fin, tit. y Part. cit.

3 Cap. *Privilegia*, 3. *dist.* cap. *Abb.* 25. *de verb. signific* y leyes 1. tit. 11. part. 1. y 2, y 28. tit. 18. Part. 3.

picio al agraciado, y admite plenísima interpretacion à su favor (1), sino que no se le debe objetar el vicio de obrepcion ni el de subrepcion (2); pero si carece de ella, se le puede argüir de haberse ocultado para su consecucion la verdad intrínseca y esencial, que es lo que constituye el vicio de *obrepcion*, ò de haberse dicho falsedad y mentira, que es la *subrepcion*, pues su concesion se entiende siempre con la condicion tácita de que sea verdadero lo expuesto, aunque en él no se exprese (3), y si contiene alguno de los dos vicios mencionados, no vale (4). Puede ser personal y real: personal es el que se concede privativamente à una ó mas personas determinadas, ó por ley general á cierto género de personas, á las que compete solamente, y no á sus herederos; de suerte que no es cedible ni trasmisible, porque á serlo, saldria de la persona agraciada contra la voluntad del concedente (5); real es el que se concede á la cosa, causa y accion, y como coherente á ella pasa no solo á los herederos del agraciado, sino tambien á los que suceden en la misma cosa; y en caso de dudarse si es personal ó real, oneroso ó gracioso, se ha de entender personal y gracioso (6). Tambien puede ser mixto de real y personal, gracioso, remuneratorio, puro, convencional comun, ó de comunidad y privado ó de personas privadas.

91. Se dividen los privilegios en afirmativos y negativos: los primeros son para dar, hacer ó percibir cierta cosa; y los segundos para no darla, hacerla ni pagarla (7). De ellos algunos estan incorporados en el derecho, cuales son los de las iglesias, eclesiásticos, soldados, menores, estudiantes, labradores, hidalgos, jueces, abogados, hijos de familia, fisco, acreedores, mugeres &c. Otros fuera de él, v. gr. el que por especial rescripto se concede á alguna persona, comunidad ó pueblo. Otros son contra el derecho comun, porque lo derogan y eximen al privilegiado de la ley á que estaba sujeto, y estos pueden ser concedidos por el Príncipe á sus súbditos solamente; y otros no lo son, por no prohibir el derecho el acto, cosa ó materia sobre que recae el privilegio; y puede concederse tanto á los vasallos, como á los que no lo son (8).

1 Cap. *Quamvis*. 4. *de præbend.* in 6. et ibi glos. verb. *Plenissime*.
2 Cap. *Si motu proprio*, 23. eod. tit. Ferrar. *Biblioth.* verb. *Privilegium*, art. 1. num. 12.
3 Cap. *Ex parte*, 2. *de rescript.*
4 Leyes 36 y 37. tit. 18. Part. 3.
5 Ley 19. ff. *de reb. auctorit. judic. possid.* y regla 27. tit. 33. Part. 7.
6 Ley 3. §. 1. y 4. § 3. ff *de cæsib.*
7 Ley *Falso*, 2. Cod. *de divers. rescript.* y ley 42. tit. 18. Part. 3.
8 Leyes 28 à la 34. tit. 18. Part. 3.

92. No solo puede adquirirse el privilegio por concesion del Soberano hecha de su espontánea voluntad, ó à súplica del privilegiado, sino tambien por prescripcion ó costumbre legitimamente prescrita (1); porque esta tiene fuerza de privilegio, y por ella se adquieren la jurisdiccion, la facultad de exigir tributos, la exencion de pagar diezmos, y otras cosas (2); bien que para adquirir la jurisdiccion en estos dominios es necesario título con el uso de ella por espacio de cuarenta años continuos sin interrupcion civil ni natural; y á falta de título es indispensable la prescripcion inmemorial (3). Tambien se adquiere el privilegio por comunicacion ó participacion, y es cuando el Soberano manda que el que concedió á uno, se amplíe y extienda á otro, y que este participe de él (4); pero siendo concedido à personas singulares, no se debe ampliar por identidad de razon á otras no expresadas en él, ni de un caso á otro (5). Tampoco se extiende la dispensa á casos en que milita mayor razon que en los contenidos en ella, porque es odiosa y restringible por su naturaleza (6); lo contrario sucede en la legitimacion, á causa de ser favorable; por lo que para la concesion de esta no es necesaria citacion de los parientes que deben suceder abintestato, y para la dispensacion sí, aunque algunos lo niegan (7).

93. No las cosas claras sino las oscuras necesitan de interpretacion. La de los privilegios es de cuatro especies. La una se llama *extensiva*, y es aquella por la que la disposicion legal se extiende á otro caso ó persona fuera de las palabras de la ley, y de la mente del legislador; mas no contra la intencion de este (8). Otra *comprensiva*, y es la que se hace fuera de las palabras de la ley, y no de la mente del legislador; la cual se verifica cuando la decision de la ley se amplía á otro caso ó persona no comprendida en aquellas, pero sí en la voluntad del legislador, que es la que debe ser atendida, y no las palabras con que la manifiesta ó explica (9). Otra *autoritativa* ó *auténtica, definiti-*

1 Cap. *Novit*, 13. *de judic* cap. *Conquæst.* 8 caus. 9. quæst. 3 cap. *Quia sancta*, 28. disc. 63 can. *Quia per ambitionem*, 6 dist. 64 y cap. *Super quibusdam*, 26. *de verb. sign.*

2 Cap. *Duo vicinal, de offic. jud. ordin.* y cap. *Quod alicui*, 74. *de reg jur.* in 6.

3 Ley 3. tit 10. lib. 5. Rec. y en ella Matienz. glos. 2, hoy es la 6. tit. 5. lib. 3. de la Nov.

4 Arg. cap *Cum de diversis*, 2. *de priv.* lib. 6.

5 Ley 1. §. *Permittuntur*, ff. *de aqua quotidian.*

6 Cap. fin. *de postul. relat.* cap. 1 y 2. *de fil. presbyter.*

7 Matienz en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 15. y sig.

8 Arg. cap. *Cum dilecta*, 4. §. *Nos igitur de confirmat. util.*

9 Ley *Scire*, 16. ff. *de legib.* cap. *Humanæ aures*, 11. caus. 22. quæst. 5. y cap. *Certum est*, 88. *de reg. jur.* lib. 6.

va ó *judicial*, y es la que hacen el Soberano que concede el privilegio ó su sucesor; y á esta se debe estar así en juicio como fuera de él (1). Y la otra *doctrinal* ó *magistral*, que es la que pueden hacer los doctores, maestros y personas versadas en el derecho; pero esta, aunque tiene autoridad y hace opinion, no induce necesidad ni obligacion de asentir á ella, como á la otra (2). Supuesto lo referido, digo que los privilegios que son contra el derecho comun, ó ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrechamente, ya porque toda derogacion de aquel es odiosa, y estas se deben restringir (3), ya porque no es visto derogarlo, ni querer privar el Príncipe á nadie del que tiene adquirido, á menos que el mismo privilegio lo exprese (4). Los que no son contra derecho, sino fuera de él, ni ceden en perjuicio de tercero, por ser unas meras gracias ó beneficios del Soberano, se han de interpretar latamente (5); y si este concede privilegio, por el que hace donacion de villa, castillo ú otro lugar poblado, ó que se pueble despues, se ha de entender esta donacion con arreglo á lo que ordena la ley 9. tit. 4. Part. 5.

94. La confirmacion es ratificacion y corroboracion del derecho adquirido; y la de privilegios es un rescripto, por el cual el Soberano ratifica y corrobora el primero expedido legítimamente, pues el que es nulo, no se puede confirmar; y cuando se confirma simplemente algun acto, no se extiende esto al que contiene nulidad (6). De dos maneras se hace la confirmacion: la una en forma comun, simple y ordinaria; y la otra en forma específica y de cierta ciencia. La primera es aquella por la cual se confirma el derecho ó privilegio, sin que preceda conocimiento de causa, ni darle mas vigor, ni tampoco concederle nuevo derecho; de modo que le deja en el estado en que antes se hallaba, sea el de válido ó inválido (7). La confirmacion en forma específica es la que se hace con pleno conocimiento y examen del privilegio y de todas sus circunstancias, de tal suerte que no solo corrobora el privilegio válido, y da nuevo derecho al privilegiado,

1 Leyes *Inter æquitatem*, 1, 9, y *Si imperialis*, 12. Cod. *de legib.* cap. *Inter alia*, 31, *de sentent. excomm.* y cap. *Cum Venissent*, 12. *de judic.*

2 Ferrar. *Biblioth.* verb. *Privilegium*, art. 2. num. 21 al 24.

3 Cap. 1 y 2. *de filiis presbyter.* in 6. cap. 15 y 28. *de reg. jur.* in 6.

4 Cap. *Super eo*, *de offic. ordinar.* cap. *Cum capella*, 16. *Pastoralis*, 19, y *Dudum*, 31. *de privileg.*

5 Cap. *Cum olim*, 16. *de verb. signif.* ley 27. tit 18 Part. 3. y regla 28 tit. 33. Part. 7.

6 Cap. *Ex parte de constit.* cap. *Dudum*, *de dec.* Mieres *de major.* part. 4. num 9 al 13.

7 Cap. *Cum dilecta*, 4. *de confirmat. util.* cap. *Quia diversitat.* 5. *de conc. præb.* y cap. *Præceptis*, 2. dist. 10 y ley 2 tit. 18. Part. 3 verb. *Pero si fuere de confirmamiento.*

sino que revalida y de nuevo concede los privilegios revocados, y asi viene á ser nueva concesion (1). Debe inferirse que hubo este conocimiento en la expedicion de un privilegio cuando contiene estas cláusulas: *de cierta ciencia*: *de plenitud de potestad* ò *de poder absoluto. No obstante cualesquiera leyes, decretos, usos, costumbres y estatutos en contrario, pues los derogo y anulo etc.* y otras semejantes; ó cuando en el privilegio de confirmacion se inserta el primitivo confirmado, que es lo mas seguro para evitar dudas, como se ordena en una ley de Partida (2). Se divide la confirmacion en util y en inutil: se llama *util* la que es válida, y tal que el juez no puede contravenir á ella, ni aun tomar conocimiento de la misma (3): é *inutil* cuando es de ningun valor, por haber sido obtenido el privilegio con vicios de obrepcion y subrepcion (4), ó por contener defectos sustanciales segun las leyes que no se subsanan especificamente en su confirmacion; pues las cosas contrarias á derecho nunca se entienden confirmadas, excepto que el Príncipe las conceda nuevamente.

95. No goza de privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, y asi el menor no es restituido contra otro menor; lo cual se limita: 1.° para con el que es dos veces privilegiado, ó tiene doble privilegio, pues este goza de él contra el que lo es solamente una (5); 2.° cuando el uno trata de adquirir lucro, ó utilidad, y el otro de evitar su daño, pues este gozará del suyo contra aquel; y lo 3.° para con el privilegiado específico, porque se prefiere al génerico (6). En concurrencia de dos privilegios, uno general y otro especial, vale este, porque el género se deroga por la especie (7); siendo de advertir que el privilegiado que atropella y quebranta otro privilegio, debe ser privado del suyo (8), por ser justo no se conserven los derechos y prerogativas al que se atreve á vulnerar y despreciar las agenas, y que se le trate del modo que trata á los demas (9).

96. Siendo personal el privilegio, cesa y se extingue por muerte de la persona á quien singularmente se concedió, como

1 Arg. cap. *Sicut grave*, 1. *de trans.*
2 Ley 2. tit. 18. Part. 3. vers. *Pero si fuere de confirmamiento.*
3 Cap. *Si quis*, 1. y cap. *de confirm.* 3. *Conf util.*
4 Cap. *Bonæ memor.* 3. *Ad nostram*, 5. *Porrect.* 6. y *Examinata*, 7 *de confirm. util.* y cap *Super literis*, 20. *de rescript.*
5 *Cephal.* cons 748. num. 18. Barbos. lib. 14. cap. 83. axiom. 26.
6 Barbos. ibi, Menoch. cons. 52. num. 49. Mangil. *de imput.* quæst. 18. num 25.
7 Ley 90. *de reg jur.* cap. 1. *de reg. jur.* in 6.
8 Cap. *Dilecti*, 4. *de privil.*
9 Cap. *Sic decet*, 22. caus. 25. quæst. 2. Cap. *Cum omnes*, 6. *de constitut.* y cap. *Porro, de privil.*

dejo expuesto (1): mas no por la del que la concedió, ni por la deposicion de su oficio, si es concedido absolutamente (2), pues siéndolo con alguna condicion, ó limitacion á tiempo cierto, cesa con la muerte del concedente (3), aunque no si lo fue con la cláusula *hasta que lo revoque*; porque para la revocacion se requiere acto nuevo positivo contrario, el que no se verifica por sola la muerte del concedente, y únicamente hay cesacion de su voluntad, ó falta de continuacion en ella. Siendo el privilegio real, cesa por extincion de la cosa privilegiada (4), lo cual procede cuando se extingue ó perece, sin que haya esperanza de reparar-se ó volverse al estado que antes tenia, y no en otros términos.

97. Se extingue asimismo por las siguientes causas. 1.ª Cuando cesa la final por que se concedió, pues no basta la impulsiva que motivó su concesion, lo cual se entiende del privilegio que deroga el derecho comun ó el de algun tercero, mas no del que proviene de mera liberalidad y munificencia del Príncipe, y no es derogatorio de aquellos, pues este, como no requiere causa, se conserva aunque cese la que motivó su concesion (5). 2.ª Por haber espirado el tiempo de su concesion, ó faltado la condicion puesta en él (6). 3.ª Por renuncia que de él haga libre y espontáneamente el sugeto privilegiado, lo cual se entiende cuando fue concedido singularmente á su persona, pues cada uno puede renunciar lo que está establecido en su privativo beneficio; pero si se concedió principalmente á favor de alguna iglesia, comunidad, pueblo, estado, universidad ó dignidad, no se extingue ni pierde por renunciarlo alguno ó algunos de los individuos de estos cuerpos (7). 4.ª Cuando empieza á ser nocivo, pues entonces cesa por sí mismo (8). 5.ª Por convertirse en daño de muchos (9). 6.ª Por abusar de él la persona privilegiada (10); bien que por esta causa no siempre se pierde de derecho, por lo que es menester que recaiga sentencia declaratoria. 7.ª Por no usar de él en juicio para su defensa el agraciado, siendo demandado, ó no apelar de la sentencia condenatoria (11); ó fuera de juicio en el discurso de diez

1 Ley *In omnibus causis*, 68 y *Privil. quædam* 196. ff. *de reg. jur.* cap. *Privil.* 7. *de reg. jur.* lib. 6. y regla 27. tit. 33. Part. 7.

2 Cap. *Si super gratia*, 9 *de offic. deleg.* in 6 y cap. *Si cui*, 20. *de præb.* Cod. lib. 6.

3 Cap. *Si gratiosæ*, 5. *de rescript.* in 6.

4 Cap. *Accessorium*, 42 *de reg. jur.* lib. 6.

5 Cap. *Cum cessante*, 60 *de appellat. Abb.* in cap. *Sugestum*, 9. *de decim.*

6 Arg. cap. *de causis*, 4. *de offic. deleg.*

7 Cap. *Si diligenti*, 12. *de foro compet.*

8 Cap. *Quod. ob gratiam*, 64. *de reg. jur.* in 6.

9 Ley 34. tit. 18. Part. 3. verb. *Otrosí decimos:::*

10 Ley 42. tit. 18. Part. 3. al fin. cap. *Ubi ista*, 7. dist. 47. cap. *Privilegium*, 33. caus. 11. quæst. 4. y cap. *Ut privil.* 24. *de privil.*

11 Dicha ley 43. verb. *Otrosí decimos:* al fin. tit. 18. Part. 3.

años entre presentes, y treinta entre ausentes; lo cual se entiende cuando es afirmativo y concedido con gravamen de tercero, y sin embargo de haber ocurrido al privilegiado ocasion de usar de él, no lo hizo sabiendo que lo tenia, pues por esta omision es visto renunciarlo tácitamente (1); pero si es de pura gracia, y no cede en detrimento de tercero, no se pierde por el no uso. 8.ª Por el contrario uso, siendo privilegio negativo y oneroso á otro ú otros sugetos; mas no, si es puramente gracioso y á nadie gravoso (2); y quien alega haberse perdido por el no uso, ó por uso contrario, debe probarlo, porque es el fundamento de su intencion (3); pero si es de confirmacion debe probar el que lo presenta que se ha usado, y no el que lo niega. Si en el posterior se dice, *salvo los derechos de los privilegios de otros*, deben presentar los suyos todos los privilegiados, y valdrán solamente los primeros (4); porque entre el privilegio y su confirmacion hay la diferencia, de que en la confirmacion nada se pone ni afirma, ni se concede nuevo derecho, antes bien todo se entiende condicionalmente; pero en el privilegio es al contrario (5).

98. La nona y última causa porque cesa y se extingue el privilegio, es por revocacion ó derogacion hecha por el concedente ó por su sucesor ó superior. La revocacion puede ser *expresa ó tácita*: y la expresa, *especial* ó *general*. Se llama especial cuando se nombran en ella cierto ó ciertos privilegios determinados; y general cuando generalmente se revocan todos los privilegios contrarios á cierta ley, constitucion ó decreto. La revocacion general es de dos maneras; *comun* y *extraordinaria*: la comun es la que se hace por cláusula general comun, cual es esta: *no obstante cualesquiera privilegios;* por cuya cláusula, puesta en el privilegio posterior, sin otra expresa ni especifica mencion, no se revocan los incorporados en el derecho; ya porque se debe evitar cuando sea posible la correccion de este, que no se presume si no se expresa claramente (6), y ya tambien porque con la general derogacion no se juzga abolirse ni quitarse el derecho especial, excepto que el Príncipe lo diga, pues si este

1 Leyes 42. tit. 18. Part. 3 y 3. tit. 7. Part. 5 al fin. cap. *Cum super*, 23. *de offic. deleg.* cap. *Si de terra*, 6 *de privil.*

2 Dicha ley 43 al principio. Suar. dicho lib 8. cap. 34. num. 20. y cap. 35. num. 1 y 22.

3 Greg. Lop. en la ley 42. cit. glos. 8. al fin.

4 Ley 27. tit. 18. Part. 3. et ibi glos. 2 á la 7.

5 Cap. *Cum dilecta. de confirmat. util. vel inutil.* y cap. *Quia diversitatem, de concess. præb.*

6 Arg. cap. *Cum expediat, de elect.* in 6.

lo quisiera lo expresaria (1); ni tampoco se quitan ni suprimen los privilegios existentes fuera del cuerpo del derecho, si estan concedidos con la cláusula *de que no se entiendan revocados, excepto que de ellos se haga especifica mencion en el de revocacion.* Pero se entenderán serlo, si contuvieren cláusulas generales extraordinarias, v. gr. *No obstante cualesquiera privilegios concedidos con cualesquiera cláusulas ò forma de palabras*, ò con las de que: *se deba hacer mencion literal y especifica de los anteriormente concedidos; pues sin embargo de esto se revocan y dan por referidos é insertos á la letra como si lo fueran, para que jamas valgan, ni de ellos se pueda usar.* Si el privilegio fue concedido por modo de contrato ó por remuneracion de méritos y servicios, no se juzga revocado por la cláusula general comun, á menos que en el posterior se ponga esta especifica y particular expresion; porque esta revocacion cede en perjuicio de tercero, à quien por ella se pretende privar del derecho que tiene adquirido, y no se presume que el Príncipe quiera quitárselo sin causa mientras no lo exprese, excepto que interese la causa pública, la cual siempre se prefiere á la privada (2).

99. La revocacion tácita se hace por acto del Soberano directamente contrario al privilegio, ò porque no puede subsistir ni tener efecto el fin para que se dió, sin revocarse el anterior, con tal que sea de presumir tenia este presente: de modo que por la ley general, que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan tácitamente revocados los que estan en el cuerpo del derecho, porque como estos pertenecen á las leyes universales, se presume que el legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del derecho comun, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se consideran revocados los que existen fuera del cuerpo del derecho, á menos que de ellos se haga referencia, porque como contienen derecho privado y hecho particular, y no se presume que el legislador lo sabe, se sigue que no se entiende haber querido revocarlos mientras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero por el posterior contrario, excepto que de él se haga especial mencion; porque como el privilegio es un derecho privado y particular,

1 Cap. *Inter corporalia*, 2. *de translat. episc.* §. *Sed neque*, cap. *Audientiam*, 12. *de decim.* y cap *Quia circa*, 21. *de privil.* y ley 37. tit. 18 Part. 3.

2 Leyes 27. verb. *E si fueren*: 29 y 30. tit. 18 Part. 3. Ley *Quæ ex relationibus*, et ibi Bald. Cod *de legib.* et ibi glos. y cap *Veniens*, *de præscript.* Ferrar. *Bibloth* dicho art. 3 num. 39 al 46.

se presume que el Príncipe concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente que esta concesion fue subrepticia, y como tal nula (1). Se advierte que por la sentencia proferida contra el privilegio por el Soberano que pudo concederlo, no se revoca tácitamente, sino que se reprueba y desecha como inválido y defectuoso.

100. Antes de la era de 1442, que corresponde al año de 1404, se expedian los privilegios ó cartas de donaciones y mercedes Reales de dos modos: el uno por albalá ó cédula firmada por el Rey y sellada con el sello de plomo ó cera, ó con otros signos de que usaban los reyes; y el otro con sello en forma de rueda, y expresion de los nombres del rey, reina, infantes y demas próceres y ministros que los confirmaban, à cuyos privilegios llamaban *rodados* (2). En las Córtes celebradas en Valladolid el referido año por el señor Don Juan el II, se estableció que no se hiciesen dichas donaciones sin acuerdo de los de su Consejo, ó de su mayor parte y número de personas, exceptuando los oficios menores de la casa Real, limosnas y otras cosas que expresaba la ley 5. tit. 10. lib. 5. Rec.; y actualmente se despachan los títulos, privilegios y sus confirmaciones por el Real y supremo Consejo de la Cámara, en virtud y á consecuencia del Real decreto de la Concesion de la gracia que precede, se refrendan por el secretario de la Cámara, los firman ó rubrican los señores de ella á la espalda de la firma Real, se registran y sellan en la chancillería ú oficina de Real sello, y se toma la razon de ellos en las contadurías que à su final se previenen.

101. Todo privilegio Real antiguo, ya sea ó no rodado, para hacer fe en juicio, debe contener el nombre del Rey que lo concedió, los años de su reinado, el dia, mes y año, ó era y pueblo de su concesion, y mencion específica de la cosa que se concedió. Debe tambien estar sellado con el sello, ó señalado con el signo que usaba, refrendado del notario ó escribano (ó llámase como hoy *secretario*) ante quien se expidió; registrado en los libros de mercedes, y ademas de no estar roto, cancelado ni sospechoso en parte sustancial, ha de ser conforme á los que aquel rey expedia (3); lo cual deberá acreditar precisamente con otros indubitados el que le tiene, si se le niega ser suyo, por contener defectos sustanciales que le constituyan sos-

1 Dichas leyes 29 y 39. tit. 18 Part. 3. Ferrar. ibi, num. 46 al 49.

2 Ley 2 y 4. tit. 18. Part. 3.

3 Leyes 2, 3, 4, 44, 111 y 114. tit 18. part. 3.

pechoso, ó por otro motivo aunque tenga sello de plomo ó cera; porque como este pende de hilos, se puede quitar de uno y poner en otro cuando se quiera, y asi este sello por sí solo le da poco valor. Conteniendo todos los requisitos expresados, hace prueba en juicio en todas cosas, lo que no sucede con las cartas selladas por otros, pues prueban solamente contra ellos (1). Si es rodado, debe contener, á mas de lo expuesto, los requisitos que prescribe la ley 2. tit. 18. Part. 3, y siendo de confirmacion, ha de insertarse en este el confirmado, para que no se dude que lo fue con conocimiento de causa, como lo manda la ley (2). Pero se debe tener presente: lo primero, que el traslado del privilegio no hace fe, á menos que el rey le mande sellar, ó que se compruebe con su original, manifestando este el privilegiado (3); lo segundo, que el privilegio ó carta obtenida sin poder del dueño del pleito no vale, excepto que el que lo obtuvo sea de los que pueden comparecer en juicio sin él (4); y lo tercero, que el rescripto ganado por uno de los socios aprovecha á sus consocios (5). Acerca de las donaciones hechas por el señor Rey Don Enrique IV, véase la ley 9. tit. 5. lib. 3. Nov. Rec., y de las del señor Don Enrique II, en caso de reversion á la corona, la 10 y 11. tit. 17. lib. 10 del propio libro que la declara. Sobre otros particulares relativos á este punto véanse tambien las leyes 1 á la 53. tit. 18 de la Part. 3, á Ferraris adicionado, verb. *Privilegium* y verb. *Rescriptum*, y las leyes y autores que cita.

102. Los libros de cuentas en que sientan los mercaderes y otros lo que dicen les deben (que es la última de las tres clases de prueba contenidas en la cuarta especie), no prueban sino contra ellos mismos; pero si contienen cantidad cierta, y es mayor el débito, pueden sus herederos probarlo, á menos que aquellos juren en el testamento que no es mas, ó remitan el exceso al deudor; pues entonces no se debe admitir prueba á los herederos, ni pueden pedirlo (6). Si los libros contienen varias partidas en pro y contra, ha de aceptarlas ó desecharlas en el todo el que los tiene, porque se le prohibe admitir lo favorable, y desechar lo adverso (7) (*).

1 Ley 1. tit. 20. Part. 3.

2 Dicha ley 2 verb. *E si fuere de confirmamiento*, et ibi, glos. 8

3 Dichas leyes 4 al fin, y 114. verb. *E todo esto.*

4 Leyes 10. tit. 5. y 39 al fin, tit. 18. Part. 3 et ibi, glos. 4. y cap. *Nonnulli*, §. *Sunt et alii*, *de rescript.*

5 Ley 40. tit. 18. Part. 3. et ibi, glos. unic.

6 Ley 121. dicho tit. y Part.

7 Salg. part 3. *Laby int.* cap. 4. num. 32. Noguerol allegat. 33. num 35 Escobar. *de ratiocin.* cap. 13. num. 10.

* De estas clases de instrumentos tratan con bastante extension Reinf. lib. 2.

103. La quinta especie de prueba es *por vista ocular, y evidencia de la cosa ò hecho;* y así ninguna es mejor que ella cuando puede haberla, como sobre edificios, términos de pueblos y heredades, injurias graves, y otros semejantes, á que asiste ó puede asistir el juez (1), en cuyos casos no debe este, sin preceder dicho requisito, dar el pleito por probado, como lo dice la ley 13 al fin, tit. 14. Part. 3: *ca en cualquier destas razones non debe el juzgador dar el pleito por probado, á menos de ver él primeramente cuál es el fecho, porque ha de dar su juicio, é en qué manera lo podrá mejor ò mas derechamente departir.* En este supuesto podrá admitirse hasta despues de la conclusion; y si las partes no piden la vista ocular, puede el juez de oficio mandarla hacer antes de la sentencia para mejor proveer, asistir á ella, y nombrar peritos que la hagan, y si se pide en la prueba, han de ser juramentados dentro de ella los inteligentes que se nombren.

104. La sexta especie de prueba es la que se hace por *presuncion* ó *conjetura*. Hay presuncion de *derecho*, de *hombre* y de *hecho*. La de derecho se divide en presuncion *solo de derecho (juris)* y presuncion de *derecho* y por *derecho (juris et de jure)*. La primera es la que se halla mencionada en las leyes como una sospecha ó conjetura razonable y fundada; y la segunda es la que constituye ciertas y verdaderas las cosas, segun la ley, y así hace plena prueba estando bien determinada por aquella (2). La de hombre es la que no se menciona en el derecho, y puede concebir toda persona sensata atendidas las circunstancias; pero esta no hace prueba, aunque sea del juez, porque como hombre puede engañarse, excepto que sea grande ó manifiesta (3). La presuncion de hechos es aquel concepto que se forma por las ocurrencias pasadas ó futuras, de lo que sucedió y puede suceder, como lo dicen estos versos:

Rumor de veteri faciet ventura timere,
Cràs poterunt fieri turpia, sicut heri:

y esta tampoco hace prueba. La sentencia dada en virtud de presunciones, no se debe mandar ejecutar sin embargo de apelacion

Decretal. tit. 22. §. 5, 6 y 7 y otros autores que cita, con muchas especies dignas de saberse por los letrados.

1 Ley 8 verb. *Otrosí: hay otra manera de prueba:* y ley 13. tit. 14 Part. 3.

2 Leyes 8, 10 y 12. tit. 14. Part 3.

3 Ley 11. tit. 14. Part. 3. Menochio *de præsumptione*, lib. 1. quæst. 3. y 60. Card. de Luca *de judic.* disc. 33.

ó suplicacion: si no hay otras pruebas, y no se apela de ella, pasa en autoridad de cosa juzgada (1), y es lo que se practica (*).

105. La séptima prueba que se hace es por *ley ó fuero*, sobre lo cual se debe tener presente, que si los colitigantes son extrangeros, y la controversia es sobre contrato celebrado en su reino, ó sobre cosa que en él existe, se ha de decidir con arreglo á sus leyes y fueros, haciéndolos constar; pero si la cosa existe, ó el contrato se celebró en nuestro reino, se debe resolver por las de él, porque las de una nacion extrangera no tienen aquí fuerza de tales (2). Si son regnícolas, se ha de observar lo que manda la ley 1 de Toro, que es la 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

106. La octava especie de prueba y última pregunta general es *por fama y notoriedad*, y así se articula en los interrogatorios: *que los testigos digan, de público y notorio, pública voz y fama y comun opinion.* La fama no es á veces otra cosa que una vana voz del vulgo ó rumor del pueblo, que no tiene autores ciertos ni razones probables para que el hecho sea creido, la cual no debe ser atendida ni estimada por tal; otras veces se origina de algunas personas malévolas y sospechosas, que por su propia utilidad y comodidad, ó por malevolencia esparcen aquella voz, y esta tampoco es fama ni merece otra cosa que un absoluto desprecio; y otras veces trae su origen de personas graves y timoratas. Para nuestro propósito se llamará *fama* ó hecho notorio ó manifiesto, el que todos los vecinos, ó la mayor parte del pueblo afirman, por haberlo visto ú oido á personas ciertas y fidedignas que lo vieron (3), á diferencia del *rumor*, pues para este basta que algunos lo digan, sin señalar el autor de quien lo saben.

107. El efecto de la fama, originada de personas timoratas y fidedignas, es hacer regularmente semiplena probanza; bien que se deja al arbitrio del juez el graduar el aprecio que merezca, atendidas la cualidad de ella, las causas, conjeturas y personas de quienes trae su origen, la gravedad del negocio contencioso, y otras circunstancias; teniendo entendido que los autores es-

1 *Cur. Filip. ilustr.* part. 1. §. 17. num. 37.

* Las divisiones de la presuncion que se hacen en este párrafo, no se encuentran en nuestras leyes, y son seguramente invencion de los intérpretes, como á primera vista ellas mismas manifiestan. Los miembros de la presuncion de derecho, hasta ahora oscura y desaliñadamente definidos, debieran ser mas breves, mas claros y significativos, y el miembro de *presuncion de hecho* deberia omitirse como comprendido bajo del de *presuncion de hombre. Febrero reformado.*

2 Ley fin. tit. 1. Part. 3.

3 Cap. *Qualiter*, y cap *Licet. ex quadam.* 47. hoc tit.

tan vacilantes sobre si la fama hace prueba semiplena aun en las causas civiles, por ser tan falaz, siguiendo facilmente muchos el dicho de uno. Como quiera que esto sea, en las causas criminales no hace prueba, porque esta debe ser clara como la luz, concluyente é indubitada, y no se han de determinar por sospechas (1).

108. Sin embargo, la fama prueba plenamente hechos antiguos á que no alcanza la memoria de los hombres (2); como tambien en cosas de leve perjuicio; en las de dificil prueba; cuando concurren con ella otros adminículos y presunciones (3); ó se trata del interdicto de recuperar, para que el despojado sea restituido; ó de evitar pecado (4); ó de probar la muerte de alguno en guerra, naufragio ó parte remota; ó cuando la opinion de todos los hombres del pueblo es de la certidumbre inmemorial de aquella cosa; ó la ley quiere que baste la fama para la prueba de algun hecho; y en otros casos que trae Mascard. conclus. 154, desde el número 22.

109. Como la ley presume que la vida del hombre puede llegar á cien años (5), hay discordia de pareceres acerca de si por fama se podrá probar la muerte del ausente, cuyo paradero se ignora. Unos lo niegan absolutamente, fundados en que se requiere nuncio ó portador cierto de la noticia (6); porque la fama suele traer su principio de autor incierto y á veces falso, por lo que no prueba íntegra ni ciertamente (7). Otros lo afirman, con tal que con la fama pública concurra la ausencia de diez años del que se dice difunto (8). Y otros (que es la opinion segura) distinguen asi: si há poco tiempo que se supone muerto el sugeto, v. gr. cinco años ó menos, ó el pueblo en donde se dice que murió está cercano, es menester que depongan dos testigos fidedignos haberlo visto enterrar, como lo manda la ley (9), pues no basta la fama de su muerte. Si por la distancia del pueblo no se pudiere justificar esto, para que la prueba se pueda llamar cierta en el concepto moral, es preciso, lo primero, que la fama esté auxiliada de otros adminículos, á saber con su generalidad;

1 Ley 12. tit. 14. Part. 3.
2 Cap. *Cum causam*, 13. *de prob.*
3 Cap. *Præterea de testibus*, cap. 1. *de apell.* y cap. *Illud quoque*, *de præsumpt.* lib. 6.
4 Cap. *Super eo*, et ibi glos. fin *de consang. et affin.*
5 Leyes fin. Cod. *de sacros. eccl.* y 26. tit. 31 Part. 3. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 7. num. 6.
6 Cap. *In præsentia*, *de spons.* Sanchez. *de matr.* disp. 41. *In summar.* lib. 2. quæst. 3. num. 13.
7 Cap. *Vestra*, *de cohab. cleric* Sanchez ibi.
8 Jul. Clar. lib. 5. *Recep.* vers. penult. Gom. en la ley 80 de Toro, num 5. Perez en la 3. tit. 1. lib 5. *Orden.* al fin.
9 Ley 14. tit. 14. Part. 3.

con la larga distancia del pueblo en que se asegura haber muerto; con la ausencia de él, que exceda de diez años (1); con la deposicion de si tenia edad avanzada, si estuvo en la guerra sin volver despues de algun tiempo, como el de un año, en que se esperaba su regreso &c. Lo segundo, que se acredite á lo menos con dos testigos mayores de toda excepcion, que depongan haberlo oido á otros fidedignos que nombren, y públicamente á la mayor parte del pueblo, no siendo suficiente que en sitio público lo hubiesen oido à uno solo, y que expresen de qué personas ha nacido la fama, que estas sean próbidas y honestas, y no tengan ningun interes. Lo tercero, que concurra causa razonable de que dimane ò se origine la fama, v. gr. si el supuesto difunto se embarcó; si hubo alguna tempestad, y no volvió cuando se le esperaba, ni la nave tampoco; y ni de él ni de esta se supo por mas exactas y exquisitas diligencias que se practicaron en su busca en los parages en que podia hallársele, y otras que especifican los autores (2); pues la fama debe traer su origen de noticias probables, y la vana voz del vulgo que carece de autor no solo cierto sino fidedigno y de verosímiles fundamentos, no es atendible; por lo que los testigos deben expresar las causas de que se deriva, á fin de que el juez discierna si son probables, ò es voz vana (3). No probándose la muerte en bastante forma, solo podrá el que intenta suceder al que se supone difunto, deducir accion para que bajo de fianzas se le encargue la administracion de sus bienes (4); pero si alguno pretende pension, salarios ò rédito vitalicio de otro, no le basta la presuncion legal de que puede estar vivo, sino que debe probar que realmente está vivo al tiempo que pide, que es el fundamento de su intencion (5); y asi la prueba del que se funda en vida, es muy diversa de la del que alega la muerte de alguno.

110. Cinco cosas se requieren à lo menos para que la fama pruebe: 1.ª que sea uniforme, constante, perpetua, y no vaga, leve ni contraria, ó mezclada con alegaciones ó dichos contrarios, porque si unos dicen que sí y otros que no, no se sabrá de que cosa es la fama: 2.ª que traiga su origen de personas honestas y fidedignas; pues de lo contrario no será fama sino rumor ò vaga voz del pueblo, que es despreciable: 3.ª que se pruebe

1 Dicha ley 14. tit. 14. Part 3.
2 Masc concl. 718. num. 11. y concl. 1075. num. 8 Sanchez ibi, num. 16.
3 Masc. dicha concl. 718. num. 5 al 7.
4 Ley 1. §. 1. ff *Ad tertill.* Ley 1. ff *de bonor. possess. furiosi.* Greg. Lop. en la 14 tit. 14. Part. 3 glos 2.
5 Glos. *In leg* 2. §. *Si dubitetur*, ff. *Quommodo testam aperiant.* glos. 2. cit al fin en la ley 14 tit. 14 Part. 3. *Cur. Filip.* Part. 1. §. 17. num. 22.

legítimamente, á lo menos por dos testigos mayores de toda excepcion, que expresen las causas probables de que se ha originado; que estas sean capaces de inducir y persuadir al pueblo ò à su mayor parte à creerlo; y que asimismo digan bajo de juramento, que aquel ò la mayor parte lo cree asi, y se lo han oido, debiendo entenderse por mayor parte la de aquellos que pueden, y à quienes toca saberlo, segun sea la cosa que se va à probar: 4.ª que los testigos den razon de su dicho, quiero decir, que expongan haberlo oido à lo menos à dos personas fidedignas, y las causas probables que estas dieron para saberlo y persuadir al pueblo á creerlo; v. gr. por haberlo visto aquellas, de quienes se originó la fama, pues no siendo asi, no prueba: 5.ª que siendo preguntados (como deben serlo) depongan del tiempo que trae su origen aquella fama, y que esta no sea despues de movido el pleito, pues en este caso no prueba, porque tiene contra si la presuncion de que se originó con motivo de él, y de que su motor lo esparció. Tendrá presente todo esto el escribano para saber preguntar á los testigos acerca de la fama de lo que deponen.

CAPITULO UNDECIMO.

Del término de prueba, siendo mayores los litigantes; cómo se cuenta; desde cuándo corre; y si durante él se podrá suspender y practicar otra cosa.

§. 1. ¿Que es dilacion, y cuantas clases hay de términos?

2. Facultades de los jueces para conceder términos y restringirlos.

3. Término ordinario que la ley concede para probar en las causas civiles.

4. Requisitos necesarios para que se conceda el término ultramarino ó extraordinario.

5. ¿Que término se podrá pedir cuando el hecho que se intenta probar haya acaecido en América, ó en otros parages remotos?

6 y 7. Los jueces no tienen precision de recibir de una vez los autos á prueba por todo el término legal. ¿Como deberán las partes pedir la próroga del que se les hubiere dado?

8. El término probatorio es comun á entrambas partes; y ¿cuando empieza á correr?

9. ¿Desde cuando se cuenta el tiempo de la próroga?

10. Siendo feriados todos ó la mayor parte de los dias, corre tambien el término por que es continuo.

11. Los jueces reciben á veces los autos á prueba por *via de justificacion* con término limitado.

12. Recibida la causa á prueba, han de tomar las partes por su orden los autos, para formar sus respectivos interrogatorios.

13. Orden regular de tomar los autos siguiendo el del juicio.

14. ¿En que tiempo han de ser examinados los testigos?

15. Continuacion de lo mismo.

16. ¿De cuantos modos pueden redargüirse de falsos los instrumentos públicos?

17. ¿Que deberá hacerse para remover todo vicio ó sospecha de falsedad ó suplantacion de los instrumentos cuando son redargüidos de falsos civilmente?

18. No deben extraerse de los archivos los padrones y papeles originales para hacer pruebas de cualquiera clase que sean.

19. Mientras dura el término probatorio, ninguna cosa se puede hacer mas que la prueba. Suspension del término de esta.

20. ¿Desde cuando empieza dicha suspension?

21. Si en los dias que se señalaron y mediaron antes de notificarse la suspension, se juramentaron algunos testigos, pueden ser examinados durante ella.

22. ¿Que auto deberá dar el juez cuando defiere á la peticion que hace una de las partes solicitando la suspension del término probatorio?

1. Dilacion en el lenguage forense es lo mismo que término ó espacio de tiempo que se concede al actor y reo para evacuar algun acto judicial. El término se divide en *legal, judicial* y *convencional*. Llámase legal el que concede la ley, estatuto, estilo ó costumbre, sin ministerio del juez ni de los litigantes; judicial es, el que concede el juez por disposicion ó con permiso de la ley; y convencional, el que se conceden mutuamente las partes. El término probatorio es el que se da al que quiere acreditar su derecho, ó el que se concede al actor y reo para probar su intencion y sus excepciones despues de contestado el pleito.

2. Puede el juez conceder á los litigantes el término que contemple necesitan para probar su intencion; pues está en su arbitrio abreviarlo, segun forme juicio por los méritos del proceso, calidad de las personas, cantidad y distancia del pueblo en que ha de hacerse la prueba, mas no ampliar el prescrito por la ley, porque esta se lo prohibe expresamente (1); á menos que haya causa justa para ello, y se pruebe; en cuyo caso no solo puede abreviarlo y restringirlo, sino tambien revocar el concedido y ampliar todos los legales, aunque esten prefinidos con palabras restrictivas ó taxativas (2); porque como las leyes se establecieron para los casos comunes, y los legisladores no pudieron tener presentes los extraordinarios que pueden ocurrir, ni se puede autorizar de justo el que por falta de término suficiente queden indefensos los litigantes, dejaron al prudente arbitrio del juez su ampliacion, restriccion y revocacion (*).

1 Leyes 1 y 3. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 3. tit. 15. Part. 3. y dicha ley 1. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec.

* Los intérpretes arrogándose la mayor autoridad, y haciéndose superiores á la misma ley, dan á los jueces amplias facultades para prolongar las dilaciones. El legislador instruido por una dilata la experiencia de la malicia de los litigantes, coartó los términos para abreviar los pleitos; y á pesar de esto los intérpretes parece que se empeñan en eternizarlos, abriendo una anchurosa puerta á los enredos y fraudes. La ley conoce que los males que pueden originarse de no quebrantar ó de observar con todo rigor los términos, son muy pocos en comparacion de los innumerables que pueden ocasionar su violacion, y sin embargo, los intérpretes solo tratan de evitar los primeros sin poner la atencion en los segundos. *Febrero reformado.*

3. Supuesto lo referido, debo sentar que el término ordinario que la ley concede perentoriamente en las causas civiles (1), es el de ochenta, y ciento veinte dias: de ochenta cuando la prueba de testigos se ha de hacer dentro de los puertos del lugar ò provincia en que el pleito se controvierte; y de ciento veinte, cuando se ha de evacuar fuera de ellos, que la ley llama de *puertos allende*. Si todos los testigos existen fuera del reino ò en provincias ultramarinas, v. gr. en las islas Canarias, puede el juez conceder seis meses, ò el que con atencion à la distancia del pueblo del litigio, cantidad y calidad del negocio y personas que litigan, conceptúe suficiente para que estas justifiquen lo que les convenga, y no queden indefensas por falta del competente (2); de lo cual parece se infiere que si parte de la prueba se ha de evacuar dentro, y parte fuera, deberá hacerse cada una en el término que está asignado respectivamente, y no toda fuera del de los ochenta dias, porque para los testigos que estan de puertos adentro no concede mas la ley; pero como ella no hace mencion de este caso ni lo prohibe, y como el término es comun à los colitigantes, y hasta que espire no se ha de hacer publicacion, ni se les irroga detrimento; se les permite en dicho caso hacer su total prueba pasados los ochenta dias, y no se anula por esta razon, lo cual he visto practicar asi.

4. Para que se conceda el término ultramarino ò extraordinario, son precisas de parte del que lo pretende cuatro cosas. 1.ª Que lo pida juntamente con el ordinario, ya sea cuando la causa se recibe à prueba ò cuando se prorroga, de modo que se verifique correr ambos à un propio tiempo; porque despues de pasado el ordinario, está prohibido al juez conceder el ultramarino. 2.ª Que mencione los nombres y apellidos de los testigos de que intenta valerse, y el parage de su residencia, y que dentro de treinta dias perentorios justifique no solo que se hallan en aquel, sino que al tiempo del hecho litigioso estaban en el pueblo ò lugar donde sucedió; y lo mismo procede cuando estan fuera del reino. 3.ª Que jure no pide el término maliciosamente por deferir ò alargar el pleito. 4.ª Que deposite luego la cantidad que parezca al juez de la causa para las costas que el colitigante haga en ir ò enviar persona al pueblo en que dice hallarse los testigos, à fin de conocerlos y verlos presentar y juramentar, pues no siendo

1 En las criminales es absolutamente arbitrario en el juez (segun la necesidad del reo para que no quede indefenso), porque no lo hay prefinido.

2 Ley 1, 2, 3 y 4. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec.

pobre ò el fisco, debe ser condenado en ellas si no prueba su intencion (1).

5. Si el hecho que se intenta probar hubiere acaecido en las Indias ó en otros parages remotos, y los testigos existen en ellos, se ha de pedir el término de año y medio, dos ò mas, segun la distancia, y el juez debe conceder el competente. Este término es ordinario, y como tal se debe pretender, y no como ultramarino, pues este se llama asi cuando el hecho pasó en esta península, y los testigos con quienes se ha de justificar se hallan en parage ultramar, mas no cuando sucedió allá; en cuyo caso, como es accidental el que la demanda se ponga aquí, y es de creer que los testigos existen en su tierra, cesa la presuncion de malicia; á cuya consecuencia no se necesitan para su peticion y concesion ninguno de los requisitos que para el ultramarino, como tampoco cuando la prueba se ha de hacer dentro del reino, porque las leyes nada dicen en este punto; bien que la parte debe expresar el lugar en que existen los testigos, para que su contrario pueda ir à enviar à conocerlos y verlos juramentar, porque de lo contrario no podrá practicarlo ni tacharlos; pero no se debe prorogar sin causa justa é impedimento probado, cual es la falta de embarcacion ú otra semejante, ni concederse restitucion, segun se colige del espíritu y contexto de las leyes citadas (2); y asi se observa.

6. Como los jueces no tienen precision de recibir de una vez los autos à prueba por todo el término legal, los reciben por quince ò veinte dias, ò por el que les parece, segun lo tienen por conveniente, atendida la naturaleza de la causa; en cuya atencion, si los litigantes quieren gozar íntegramente del ordinario, y que se entienda ser el mismo y no otro nuevo, deben pretender una ò mas veces que se prorogue, y para que se acceda à la próroga es indispensable que la soliciten dentro del concedido; pues si ocurren à pedirla despues de pasado, y este es todo el legal, no debe prorogarlo; si bien en el caso de que el primero sea limitado, y el litigante jure y justifique que durante él estuvo imposibilitado de hacer su prueba, podrá el juez conceder hasta cuarto plazo, el cual será nuevo término, y no el mismo ni prorogacion de él (3); pues no hay que prorogar por haber espirado; y asi lo que entonces se debe hacer es *dar*

1 Dichas leyes 1, 2, 3 y 4. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec. Gutierr. lib. 4. *Prac.* quæst. 56 *Cur. Filip.* §. 16. num. 11, 12 y 13. part. 1.

2 Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 55. *Cur. Filip* alli, num 14 y 15.

3 Leyes fin. tit. 15. y 31. tit. 16. Part. 3. *Cur. Filip*, dicho §. 16. num. 4.

traslado de la pretension al contrario, mandando que con lo que dijere ó no, dentro de tercero dia se traiga. Este auto se le hace saber, y si contradice la pretension, y quien la hizo no justifica á lo menos sumariamente el impedimento que tuvo para probar en el primer término y no usar de él, ó para pedir la prorogacion, ú otra causa justa, no debe deferir el juez á su concesion, y si defiere se puede apelar (1); lo cual se practicó á mi instancia en dos pleitos que seguí en la Corte, pues por haber espirado el primer término de veinte dias en el anterior á aquel en que se pidió, teniendo en su poder los autos el actor sin justificar la imposibilidad, me opuse á la próroga y nueva concesion, y se le denegó. Sin embargo, si la consiente el contrario, ó no la contradice, puede concedérsele, aunque no jure ni justifique, y valdrá la prueba que en ella se haga (2). En esto tienen mucho lugar la equidad y arbitrio del juez, atendida la naturaleza de la causa, el término que pasó, y el motivo ocurrido para no haber pretendido su prorogacion; y asi, para que la parte no quede indefensa, respecto no haber ley que trate de este caso especifico, podrá no prorogar el término que espiró, porque no hay materia sobre que recaiga la prorogacion, sino conceder por equidad el que estime competente, para que en él haga la parte su prueba; de modo, que por defecto del suficiente no alegue estar indefenso. El término probatorio corre de momento á momento desde el dia de su notificacion última exclusive, segun naturalmente corren los dias, y de este modo se debe contar; por cuya razon si acude la parte á pedir su prorogacion á la hora de audiencia del siguiente al en que espiró el concedido, ya no llega á tiempo por no ser dentro de él; y si en la última notificacion se pone la hora, corre desde ella.

7. Si la parte pide la próroga dentro del término, se le ha de conceder llanamente, y aunque sea para probar hecho acaecido de puertos allá, no necesita expresar causa, ni mas de que tiene que hacer su prueba fuera de estos, por existir allá algunos de sus testigos, puesto que la ley no previene otro requisito. En este caso se entiende continuar el mismo término, no obstante que la prorogacion se decrete mucho despues de pasado el anterior, pues la omision ó imposibilidad del juez en no decretarla cuando se pide, ó del escribano en darle cuenta, como que no es culpa de la parte ni está en su mano, no debe da-

1 Salg. *de reg.* part. 2. cap. 1. num. 118. *Cur. Filip.* dicho §. 16. num. 35 y 37.

2 Cap. fin. *de accus.* lib. 6. Marant. *de dilation.* num. 12.

ñarle, por cuanto cumple con llegar á tiempo. Para precaver este perjuicio, y remover dudas de si ocurrió ó no á pedirla en tiempo habil, lo que se practica y debe practicar es: poner el escribano originario ó su oficial mayor en el pedimento, fe ó nota del dia y hora en que esta se presenta, con la cual se estima haber estado suspenso el término desde que espiró hasta que se prorogó é hizo saber á ambos colitigantes la próroga, lo cual se practicó á mi instancia en el Consejo, y he visto practicar en los demas tribunales de la Corte. El escribano y su oficial mayor no deben negarse á poner la nota, ni á recibir el pedimento, aunque sea de noche.

8. Los litigantes son correlativos: entre ellos debe haber igualdad; lo que no es conveniente para el uno, no lo es para el otro (1); y lo propio ha de ser para entrambos (2); por cuyas razones el término probatorio es comun á los dos, y todo para cada uno, como asimismo sus prórogas, aunque uno solo las pida (3); y sea ó no probatorio, se les debe hacer saber para que les conste y empiece á correr; pues mientras no se les notifica, no corre; ni como ignorantes de él les perjudica (4). Si se les hace saber á ellos ó á sus procuradores en distintos dias, empieza á correr desde el siguiente al de la última notificacion, ya sean dos los litigantes ó muchos, como en un concurso, porque todo compete á todos, y á cada uno para probar; pues si se empezara á contar desde la primera, se verificaria no ser totalmente comun para cada uno, y por consiguiente el uno gozaria íntegramente de él, y los otros no, ó correria en dos tiempos, y no seria un solo término, sino dos ó mas, concluyéndose el del uno antes que el de los demas; lo cual es contra la mente de las leyes.

9. Lo mismo se debe entender cuando las prórogas se hacen y notifican antes que espire el término ó dilacion anterior, pues no se cuenta ni debe contar el prorogado hasta que se acaba el primero, porque continúa este, y es uno mismo; pero si se decretan despues de haber espirado, habiéndose pedido en tiempo, empieza á correr el que en ellas se prefine desde el dia siguiente al de su notoriedad en la forma expuesta, y el de su intermedio se entiende suspenso (5); lo mismo procede cuando

1 Ley *Non debet actori*, 41. ff. *de reg. jur.* y cap *Non licet*, 32. eod. tit. in 6

2 Ley *Favorabiliores*, 125. ff *de reg. jur.*

3 Ley *Pretenda*, Cod. *de in integrum restit. Cur. Filip.* dicho §. 16. num. 9.

4 Salg *de retent.* part. 2. cap. 20. num. 21. y *de reg. protect.* part. 1. cap. 7. num. 59 y 71.

5 Ciriac. controv. 348 y sig. Leon dec. 86 *Cur. Filip. illustr.* part. 1. §. 16. num. 1 al fin.

aunque se haya decretado antes no se hizo saber hasta mucho despues. Todo esto se practica asi en la Corte, que debe servir de regla á todo el reino, al modo que en las causas criminales manda expresamente la ley 4. tit. 32. lib. 12. Nov. Rec. que los términos y dilaciones que se guardan en la Corte, se guarden en todas las ciudades, villas y lugares de estos reinos, y no otros diversos de ellos, no obstante el uso contrario (*); pues cuando hay dos opiniones contrarias se ha de seguir la mas usada y recibida (1). Cuando alguna de las partes pide término para despachar los autos por verse apremiada, debe contarse el que se la conceda, no desde el dia en que los toma, sino desde el siguiente al de su notificacion inclusive: pasado el concedido, aunque haya tomado los autos dos dias antes de espirar este, se la puede apremiar á volverlos, porque de lo contrario seria mayor que el que tal vez pretendió y el juez le concedió.

10. Siendo feriados todos ó la mayor parte de los dias, corre tambien el término porque es continuo en este caso; asi como para apelar corre y se deben contar igualmente segun derecho (2). Si las ferias son repentinas, y por esta causa padece detrimento la parte, debe ser restituida por todo el tiempo que duraron, y para que no quede indefensa por defecto del competente, y evitar dudas (bien que no debe haberlas, pues el testigo puede ser examinado en ellos, habiéndose juramentado en dia util), ha de pedir al juez que habilite los dias feriados, y los suspenda, á lo cual debe deferir, y de esta suerte se consigue que todos sean útiles. Si repentinamente sucede alguna suspension de tribunales, v. gr. por parto de reina ó princesa ú otra causa semejante, despues que se abran ha de pretender se declare haber estado suspenso el término, á lo que tambien debe deferir el juez, mas no si no le pide, porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad á la utilidad privada, lo cual he visto practicar y declarar en la Corte; porque como caso inopinado y de que la parte estaba ignorante, no le debe perjudicar el no haber ocurrido á pedir la suspension ó habilitacion, y asi ha de ser restituida, aunque sea mayor de edad. En la requisitoria ó des-

* No osaré yo afirmar que la práctica de la Corte en orden á los términos de las causas civiles debe servir de regla á todo el reino, ya porque no hay ley en que apoyarlo, y ya porque la citada solo habla de las dilaciones en las causas criminales haciendo tres veces mencion de estas, sin que haya expresion que pueda referirse ó comprender los términos de aquella. *Febrero reformado.*

1 Mejor seria decir que habiendo dos opiniones contrarias, deben examinarse ambas detenidamente para adoptar la mas razonable, sólida y conforme á derecho. *Febrero reformado.*

2 Ley 24. tit. 23. Part. 3.

pacho exhortatorio que se expida para hacer probanza fuera del territorio del juez que conoce de la causa, se ha de expresar qué dia se recibió esta á prueba, cuánto término está pasado y cuánto falta, para que la parte no se descuide en presentar sus testigos en tiempo habil, ni sea perjudicada por este defecto, ni pueda alegar ignorancia.

11. Reciben muchas veces los jueces lisa y llanamente los autos á prueba *por via de justificacion* con término limitado, v. gr. veinte ó treinta dias, y suelen prorogarlo hasta los setenta y nueve, añadiendo algunos la cualidad de que el término sea *preciso y perentorio*, y entonces no defieren á la prorogacion sin causa. Este modo de actuar que ha introducido la práctica, es legal, sin embargo de que las leyes no hablan expresa y terminantemente de él, y se funda en que como el espíritu de estas se dirige á que cuanto antes se dé la justicia al que la tenga, y no se eternicen los pleitos confiriendo por esto á los jueces la potestad de restringir ó abreviar el término; cuando advierten que los litigantes pueden probar su intencion brevemente, ó que les falta algun adminículo para hacerla mas expedita, limitan el término legal, y queda en su arbitrio el prorogarlo ó no; en cuyo caso asi como en el auto regular de publicacion se dice: *Hácese en este pleito publicacion de probanzas*, se pone de esta suerte: *De las justificaciones hechas se comunica traslado reciproco á las partes;* bien que en la sustancia es lo mismo (1).

12. Recibida la causa á prueba han de tomar las partes por su orden los autos para formar sus respectivos interrogatorios, y pedir se compulsen con citacion contraria los instrumentos que les conviene presentar segun lo alegado, y que se comprueben los producidos antes, si están redargüidos de falsos civilmente, por no ser los originales, y haberse sacado sin la referida citacion; pues que si no se redarguyeron, es superfluo pretender su comprobacion, por ser visto no dudar de ellos; y no han de solicitar se compulsen los que señalaren, sino señalarlos, porque no se debe admitir ni admite señalamiento absolutamente indefinido; aunque sí siéndolo en parte de cosa determinada y cierta, v. gr. de tal libro de casados las partidas que señale, de tal convenio ó estatuto, las condiciones, artículos ó ca-

1 Aunque los jueces tienen facultad para restringir el término probatorio, suelen seguirse de esto graves inconvenientes, como advierte el señor Conde de la Cañada, y para evitarlos observan ya los tribunales en la sentencia ó auto de prueba, recibir la causa á ella por los ochenta dias de la ley comunes á las partes. *Instit. práct.* part. 1. cap. 8. num. 10 y 11.

pítulos que le convengan &c. Si conviene à las partes probar algunos particulares nuevos concernientes á la accion intentada, que por olvido no hayan alegado, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio, de cuyo pedimento y no de este, se debe dar traslado á la parte contraria para que alegue y pruebe contra ellos, ó impugne su admision si no conducen al pleito.

13. El orden regular de tomar los autos siguiendo el del juicio, es primero el actor, y luego el reo; y asi se han de entregar à aquel si ambos acuden à un tiempo á tomarlos, y si no los vuelve à los ocho ó quince dias (tal vez como suele suceder con ánimo de que este quede indefenso y no pueda formar su interrogatorio), se le puede apremiar á que los vuelva, pues debe tenerlos menos tiempo por tres razones: la primera, porque cuando llega á poner la demanda, tiene ó debe tener preparados todos los materiales y medios de probar su intencion, como que le sobró tiempo para premeditarla y buscarlos, lo cual no sucede al reo, pues se ve sorprendido con la demanda, y precisado asi á contestar como á excepcionar y probar en los términos legales: la segunda, porque el actor como que toma primero los autos, goza íntegramente de todo el término, y mientras el reo prepara sus defensas y forma su interrogatorio, puede hacer su prueba; siendo asi que el reo no goza de él, sino desde que se le entregan, y asi debe ser apremiado à volverlos, sin que sirva alegar que la mitad del término toca al actor, y que los puede tener durante ella, porque es todo para todos y no se puede dividir, pues la ley no permite division, y la práctica contraria introducida por litigantes de mala fe para alargar los pleitos y causar costas al contrario, es viciosa y se debe abolir; la tercera razon es, porque aunque el reo tenga los autos el resto del término probatorio, en nada perjudica al actor, por no hacerle falta regularmente, sino que se le ofrezca ratificar testigos, ò hacer algun reconocimiento; pues para la comprobacion de instrumentos se pueden separar de los autos, como se hace, ò cotejarse despues de pasado el término. Es de advertir, lo primero, que este orden de tomar los autos no es necesario por no mandarlo ni aun hablar de él las leyes, en cuya atencion si el reo acude primero por ellos, se le deben entregar, y si ninguno los quiere, no se le puede precisar á que los tome; y lo segundo, que el término probatorio corre y no se suspende en los tribunales donde se comunican los interrogatorios, mientras una parte tiene el de la otra para hacer preguntas á los testigos

contrarios, porque ninguna ley lo dice, y porque pasado el tercer dia de su comunicacion le puede apremiar á volverlo, por ser bastante tiempo tres dias para examinarlo.

14. Los testigos presentados en el juicio civil ordinario, han de ser examinados con citacion contraria dentro del término probatorio, aunque haya dias feriados; pero si falta tiempo para alguna razon pueden declarar despues, con tal que hayan sido presentados y juramentados precisamente dentro de él, porque sus deposiciones se retrotraen al tiempo legal en que juraron; y aun despues de la publicacion pueden declarar y explicar, ya sea á pedimento de parte ó de oficio del juez lo que hayan depuesto confusamente ú omitido por no habérseles preguntado dando razon de sus dichos (1). Asimismo se han de ratificar en el término probatorio con citacion contraria los que sin ella fueron examinados antes de la prueba y contestacion: y si algunos han fallecido ó están ausentes en parte remota, de donde no puedan regresar para ratificarse, se ha de recibir con testigos íntegros y fidedignos informacion de abono á instancia de la parte que los produjo, y no de oficio, en la que deben declarar: *que el que abonan era buen cristiano, temeroso de Dios y fidedigno, y por tal estuvo siempre reputado entre todos los que le conocian y trataban, por lo que ninguna duda les queda, antes bien tienen por cierto que habrá dicho verdad en la declaracion que dió tal dia* (el que fuere), *y por lo mismo se debe dar entera fe y crédito á cuanto en ella expuso, y saber que falleció en tal dia por haberlo visto cadaver: ó que está ausente en tal parte, por haberlo oido públicamente en el pueblo; ó que se ignora su paradero desde tal tiempo que se ausentó etc.* segun sea. Pero si precedió la citacion á su examen, aunque no es necesario que se ratifiquen, y basta que reproduzcan sus dichos en la prueba, como parte de ella; no obstante, como antes de la contestacion no hay juicio, no dañará para que no se alegue que depusieron fuera de él, y no en tiempo oportuno, y que no fueron preguntados por las generales de la ley, por cuya causa se ignora si algunas les comprenden, á fin de tacharlos; como asimismo para obviar otros escrúpulos y reparos que sugiere á los litigantes su cavilosidad, mala fe y poca ó ninguna justicia. En la ratificacion (como que viene á ser corroboracion de la declaracion primera, si en ellas se ratifican llanamente, ó nueva

1 Ley 31. tit. 16. part. 3. y en ella num. 20.
Greg. Lop. *Cur. Filip.* part. 1. §. 16. cit.

deposicion hecha con las solemnidades legales, caso de que varíe en algo), pueden los testigos añadir, quitar y enmendar lo que depusieron antes, si con mejor acuerdo rectifican los hechos sobre que fueron preguntados, á cuyo fin se les debe leer á la letra su primera declaracion.

15. Lo explicado en el párrafo anterior es corriente en la práctica de los tribunales de Castilla, sin embargo de que algunos (1), fundados en las palabras, *para probar y haber probado, y para presentar la probanza*, que trae la ley 1. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec., hablando del término que concede para la prueba, afirman que despues de este no se pueden examinar los testigos, no obstante que estén juramentados en tiempo habil, ni tampoco cuando el juez concedió ó prorogó todo el de la ley, aunque en el auto de prueba se omitan las palabras expresadas, pues el estilo de los referidos tribunales superiores é inferiores ha moderado la estrechez de la ley con omitir dichas expresiones en el auto de recepcion, y ponerle lisa y llanamente; práctica que dictó la necesidad á fin de que las partes no quedasen indefensas, y se aclarase la verdad: lo cual tiene lugar aun cuando se haya concedido todo el término legal, como lo he visto practicar y aprobar repetidas veces, bien que si se concede este íntegro, y se ponen las referidas expresiones, entonces, como que el juez por el hecho de ponerlas, advierte que el termino es bastante para todo, concibo no podrán examinarse despues de pasado, á menos que intervenga causa que obste, y se le acredite en forma para que aprecie sus dichos (*).

16. Los instrumentos públicos se pueden redargüir de falsos *absoluta ó civilmente con la protesta ordinaria*: absolutamente,

1 Parlad. lib. 2. *Rer.* part. 5. cap fin. §. 2. num. 8. *Cur. Filip.* ibi, num. 19, y otros que cita.

* El señor Conde de la Cañada ventilando de propósito esta cuestion dice entre otras cosas lo siguiente: »¿Adonde, pues, está la ley que permita jurar los testigos dentro del término señalado por el juez, y recibir sus declaraciones despues de pasado? ¿Como se podrán unir dos tiempos tan distantes en su naturaleza, siendo el del juramento habil, y el de la declaracion inhabil?.... A mi me parece que podria evitarse la oscuridad que producen las opiniones referidas (las de varios autores que cita) y las razones en que se fundan, reduciéndolas á una muy sencilla, natural y sólida, y consiste en que el término de prueba menor que el de la ley, usando del prudente arbitrio que dispensa al juez la ley 1. tit. 6 lib. 4. Rec. (1 y 3. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec.) procede de un auto interlocutorio, cual es el de prueba; y como este puede reformarse por el mismo juez que le dió, ya lo haga por palabras prorogando el término, ó por hechos que induzcan iguales efectos, se convence con toda evidencia que cuando el juez recibe el juramento á los testigos dentro del término señalado en el auto de prueba, que se supone ser menor que el de la ley, y reserva recibir las declaraciones despues de él, se entiende que le prorroga por el tiempo que sea necesario para concluir aquella probanza, y por este medio ordinario puede extenderla al que señala la ley." *Instit. práct.* part. 1. cap. 8. desde el num 20 al 35.

segun dejo sentado en los párrafos 77 y siguientes del capítulo anterior, y civilmente por una de cuatro causas, á saber: *eficiente*, que es cuando son hechos por persona inhábil, v. gr. por el que no era escribano público, ó aunque lo fuese estaba excomulgado ó suspenso cuando lo hizo; *material*, cuando se hicieron sobre cosa reprobada por derecho; *formal*, cuando en su extension no se observaron todas las solemnidades legales, v. gr. si faltó la fecha, suscripcion ú otra cosa sustancial, ó si el traslado presentado se compulsó sin la debida citacion del contrario; y *final*, v. gr. si fueron hechos ó sacados con vicios de obrepcion y subrepcion, que son diciendo mentira ó callando la verdad, ó si están raidos ó rotos en parte sustancial, ó contienen otros defectos sustanciales. La causa de la protesta ordinaria que se pone, quiere decir que no se procede de malicia ni por diferir el pleito, ni causar costas á su contrario, sino meramente por convenir á su defensa y dudar de ellos, respecto no ser los originales, ni haberlos visto, ni sido citado para compulsarlos.

17. Para remover todo vicio y sospecha de falsedad ó suplantacion de los instrumentos y testimonios redargüidos de falsos civilmente, se deben comprobar ó cotejar con sus originales ó protocolos de donde se sacaron, precedida citacion de la parte contraria, y señalamiento de dias y horas, á fin de que asista si quiere á su cotejo. Si no son los originales, han de ser genuinos; pues el traslado autorizado que se sacare de papeles que la parte tenga en su poder, no hace fe si no se compulsó legalmente; y así cuando se redarguye civilmente, se redarguyen tambien los documentos de donde por exhibicion se sacó; por lo cual es indispensable cotejarlos con sus originales, por no serlo aquellos. A la manifestacion ó exhibicion de estos no debe excusarse el que presentó sus copias, si el redarguyente ó su procurador ó el letrado quieren verlos (1); é igualmente está obligado cualquiera de los litigantes á la exhibicion del testamento ó escritura que exista en su poder, si el contrario lo pretende (2). En su comprobacion ó cotejo ha de tener muchísimo cuidado el escribano ó receptor; pues debe poner todas las enmiendas, testaduras, raspaduras, entrerenglonaduras y demas cosas y defectos que advierta, así en los traslados producidos, como en el protocolo, original ó libro becerro de donde se compulsaron, expresando si estan salvados con arreglo á la ley, y de una misma letra y tinta, ó de diversas; lo cual debe hacer

1 Ley 2. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec. 2 Ley 17. tit. 2. Part. 3.

con presencia de los originales mismos, y no del traslado, dando fe no solo de las señas del instrumento ó libro producido ó exhibido para comprobacion, á saber: si está foliado, con qué pergamino ó cubierta, de qué color y á qué folio, y cuántos tiene, y de si todas las hojas estan ó no rubricadas por el que lo autorizó; sino tambien de las demas circunstancias dignas de reparo que haya en él y en el traslado, y de si con estos concuerda ó no, expresándolo todo con individualidad. Mas no debe admitir á la parte contra quien se produce, alegaciones ni objeciones que se dirijan á enervarlo y anularlo por otras razones sustanciales que resulten de su mismo contexto, ya porque el acto del cotejo y comprobacion solo es para notar los defectos que aparecen de la material inspeccion, lectura y vista ocular del original y del traslado, y ver si este concuerda con aquel; y ya porque el escribano ó receptor es un mero ejecutor, sin la mas leve jurisdiccion para la admision de dichas objeciones, si expresamente no se le concede. En esta inteligencia si tiene algunos defectos, se deben exponer y deducir ante el juez de la causa, como que es el único que tiene potestad y jurisdiccion para conocer de los méritos de ella, y de cuanto intenten y produzcan en apoyo de su intencion los colitigantes. Lo mismo se debe practicar en la comprobacion de los privilegios, libros y otros papeles, porque hay igual razon. Pero si se compulsaron con la debida citacion, ó no los redarguye de falsos la parte contraria luego que se le comunican, como lo debe hacer, no es necesaria su comprobacion, por ser visto aprobarlos, y no dudar de su contexto, ni despues debe redargüirlos con nuevo motivo.

18. No se deben extraer los padrones y papeles originales para las pruebas, de cualquier clase que sean, de los archivos públicos en que estan, ni de los oficios de escribanos sus protocolos, ni tampoco de las iglesias los libros parroquiales, antes bien á presencia de las personas á cuyo cargo está la custodia de unos y otros; se han de sacar y compulsar las partidas é instrumentos que se necesiten; lo cual está asi mandado para evitar su pérdida y extravío, y los irreparables daños que experimentaba el público (1). Lo propio debe observarse con los papeles, instrumentos y privilegios existentes en archivos de personas privadas, porque milita igual razon, y las leyes no distinguen; pero con la diferencia de que á estas se debe compeler litigando entre sí, y estando en el pueblo del juicio, á que los muestren

1 Ley 15. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec.

ó exhiban en la audiencia, á fin de cotejarlos con las copias producidas, ó sacarlos de ellos con la correspondiente citacion, devolviéndoselos evacuado el cotejo ó compulsa, sin demora, bajo de recibo, para que los custodien en sus archivos; pero no cuando existan fuera del pueblo. Asi se concilian las leyes que mandan mostrarlos, y las que prohiben su extraccion de los archivos; las partes logran verlos, y no se las causa detrimento, que es lo que como justo se observa en la Corte; y en consecuencia se debe abolir como injusta y perjudicial la práctica de algunos tribunales contraria á esta, que es propiamente un abuso; pues ninguna ley manda que se presenten los originales, y se queden en los autos, sino que se muestren, es decir, que se exhiban ó manifiesten para que la parte contraria los vea, y de ellos se saque copia, ó se coteje la producida. Hay notable diferencia entre la presentacion y exhibicion: con la una se despoja de sus armas al que las tiene para su defensa, sin oirle ni vencerle; y con la otra las conserva. Lo propio se debe observar con los libros de caja que los comerciantes y girantes tienen en sus casas para su giro y comercio. Pero en los pleitos de reversion á la Corona de cosas enagenadas de ella, y en otros en que es interesada, se deben presentar originales los privilegios, donaciones y concesiones Reales y pontificias, si el fiscal Real lo pretende, por razon de su privilegio y del derecho fundado que tiene la Corona á ellas, y por esto el poseedor debe manifestar el título en cuya virtud las posee; lo cual asi se practica. El escribano tendrá muy presente esta doctrina para evitar daños y perjuicios á las partes, pues por haber presentado los originales muchas casas privadas y fallecido los que los produjeron, se ven desposeidas de haciendas, privilegios y regalías, á causa de no haberlos vuelto á recoger, é ignorar en donde paran para pedirlos y reivindicarlos.

19. Mientras dura el término probatorio ninguna cosa se puede hacer mas que la prueba, ni el juez puede ir adelante en el pleito, porque este término fue establecido únicamente para ella; y si se hace es nulo, como lo dice la ley 2 al fin, tit. 15. Part. 3: por lo que si se introduce algun artículo *perjudicial*, se debe pedir al propio tiempo suspension del término de prueba, deferirse á ella, y subsistir suspenso hasta que en justicia se declare lo que corresponda sobre el artículo. Las razones son: 1.ª porque como la ley prohibe que se practique otra cosa durante él, si se hiciere lo contrario se procederia contra ella; y á fin de no quebrantarlo se usa del medio de la suspension, para que ni los

litigantes queden indefensos por falta de término competente, ni las leyes sin efecto: 2ª porque de no hacerlo así, se verificaba correr á un tiempo dos términos, uno de prueba sobre lo principal, y otro sobre el artículo; lo que no puede ser porque como distintos, incompatibles y dados para cosas diferentes, deben correr en diversos tiempos: 3ª porque en los juicios se deben evacuar con la respectiva audiencia todas las pretensiones é incidentes; pues de omitirse habria que reponer los autos al estado que tenian cuando se intentaron, como muchas veces sucede, en lo que se causan gastos y dilaciones: 4ª porque de lo contrario se daba en uno de dos escollos, ó de que ínterin se sustanciaba y determinaba el artículo se pasase el término de prueba, y la parte que le habia introducido quedase indefensa en lo principal por su defecto (lo cual resisten las leyes y la razon, ó de que si la hacia, no se evacuase el artículo, y corriendo el término no llegase el caso de la publicacion por haber espirado este, y hubiese precision de volver atras á determinar el artículo.

20. Empieza la suspension desde el dia en que se presenta el pedimento, pretendiéndola, é introduciendo el artículo, aunque mucho despues se defiera á ella, ó por ejecutoria se declare no haber lugar á este. Mientras dura, ninguna de las partes, sabiéndola judicialmente, puede hacer prueba, y si la hace, y la contraria respondió cuando se le citó, que queria hallarse presente á juramentar los testigos, compulsar ó comprobar instrumentos, ó hacer otro género de prueba (cuya respuesta debe admitir el escribano comisionado, y señalarle dias, horas y parage para que concurra, sin que necesite dar pedimento á este fin, porque no hay ley que lo prevenga), y por haber formado el artículo, no asistió; es nula, como hecha fuera del término legal y sin la correspondiente solemnidad; y así se han de volver á juramentar los testigos á su presencia, y cotejar los instrumentos presentados y compulsados, si no quiere pasar por lo actuado durante la suspension.

21. Pero si en los dias que se señalaron y mediaron antes de notificársele la suspension, se juramentaron algunos testigos, pueden ser examinados durante ella, por haber sido juramentados en tiempo habil, aunque á consecuencia de la citacion para su juramento no le hubiese presenciado; y lo propio milita si se sacaron ó comprobaron despues de ella algunos documentos, en cuyo caso no debe la otra parte pedir nulidad de lo actuado, ni aunque la pida ha de deferirse á ella; pues de no ha-

ber asistido échese á sí mismo la culpa, porque el juez ó escribano que entiende en la probanza, no tiene obligacion de esperarle, ni con este motivo debe causar costas al litigante cuya prueba hace, como lo dice expresamente la ley 23. tit. 16. Part. 3. Todo esto se ha practicado á mi instancia en el Consejo en pleito en que recibido á prueba formé cierto artículo para que se citase á un tercero al juicio, y habiendo pasado los ochenta dias y mucho mas, hice se declarase no haber corrido el término desde la presentacion del pedimento, y que no sirviese la prueba que la parte contraria habia hecho, mientras estuvo pendiente, porque no obstante saberlo la habia continuado el receptor comisionado.

22. Si una de las partes pide con justa causa la suspension por ciertos dias del término probatorio que falta, y el juez defiere á ella, se debe poner el siguiente auto: «Mediante los motivos que se exponen, se suspende el término probatorio por tantos dias, y pasados vuelva á correr sin nueva providencia." Este auto se debe notificar á ambos litigantes, y finalizados los dias suspendidos continúa el término, sin necesidad de mas decreto, pedimento ni notificacion, ni de volverle á hacer saber, como algunos poco instruidos piensan.

CAPITULO DUODECIMO.

De la publicacion de probanzas, y restitucion del término probatorio que compete á los menores y demas que gozan del mismo beneficio.

§. 1. Pasado el término por que la causa se recibió á prueba y no siendo menores ó privilegiados los litigantes, está prohibido, regularmente hablando, admitir testigos en primera instancia; y lo que se debe practicar es: pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron.

2. No habiendo hecho probanzas las partes, y espirado que sea el término concedido, pueden concluir para definitiva, ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho.

3. De la pretension de publicacion de probanzas ha de comunicarse traslado á la otra parte, y ¿para que fin?

4. ¿Para que sirve la publicacion?

5. Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los testigos el juez originario del pleito, y no el delegado.

6. Término que ha de conceder el juez por via de restitucion á los menores de veinticinco años, y á otros privilegiados.

7. Segun práctica inconcusa del Consejo y demas tribunales de la Corte, se concede por via de restitucion la mitad de todo el término ordinario, sea ó no prorogado.

8. ¿Que habrá de acreditar el privilegiado para esta concesion de término?

9. Circunstancias precisas que se requieren para que al privilegiado se conceda restitucion de la mitad del término probatorio.

10. El término de la restitucion es comun, y como tal compete al litigante no privilegiado.

11. El no privilegiado no puede, hecha publicacion, alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella por testigos.

12. No solo compete el privilegio de restitucion á los que gozan del beneficio de menor edad, siendo principales en la causa, sino tambien cuando salen á ella coadjuvando como terceros el derecho de otro no privilegiado.

13. Siendo privilegiados ambos litigantes, ninguno de ellos goza del privilegio, á menos que el uno trate de adquirir lucro, y el otro de evitar daño.

14. Si la cosa litigiosa fuere *individua*, y perteneciere á dos, uno mayor y otro menor, gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es, mas no, siendo la cosa *dividua*.

1. Pasado todo el término por que la causa ò negocio principal se recibió á prueba, y no siendo menores ó privilegiados los litigantes, está prohibido (regularmente hablando (*)) admitir testigos en primera instancia, à fin de evitar sobornos y perjurios (1); bien que se pueden axaminar los que dentro de él fueron juramentados, como queda expuesto en el párrafo 14 del capítulo anterior; y asi, lo que se debe practicar es: pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron, en cuyo solo caso es sustancial en el juicio, segun nuestro derecho (2); pues si no la piden, no se vicia el proceso por su defecto (3), y si no hicieron probanzas, no tiene sobre que recaer la publicacion. En segunda ó tercera instancia no se deben hacer probanzas por testigos, ni admitirse interrogatorios sobre los mismos artículos ú otros directamente contrarios, sobre los que se recibió el pleito á prueba en la anterior, ya sea en lo principal ò en tachas, pena de mil maravedis al abogado que formare dichos interrogatorios, y de nulidad de la probanza (4).

2. Si las partes no hicieron probanzas, y espiró el término concedido, pueden concluir para difinitiva, ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho y justicia, y se les deben entregar sin hacer publicacion. Si la una los pide, no debe darse traslado á la otra, porque no hay materia sobre que recaiga, ni motivo para dicho traslado; y asi este y la publicacion son ociosos en dicho caso: lo mismo procede cuando una

* Regularmente hablando, dice Febrero, no deben admitirse testigos pasado el término de prueba, y esto es muy conforme á las leyes, que se propusieron el saludable fin de no abrir campo á la malicia de los litigantes, y de abreviar los pleitos. Sin embargo, pudiera suceder que alguna de las partes no hubiese hecho su prueba tan completa como necesitaba, y que por esto quedase ilusoria ó dudosa su justicia. En este caso, si con mejor acuerdo podia rectificar ó aclarar los hechos con los mismos testigos que le sirvieron antes, ó con otros nuevos, no debia darse lugar á que quedase indefenso y perjudicado por ceñirse á los términos legales. Queda y debe quedar entonces reservado á la prudencia del juez el admitirlos, con tal que sea antes de hacer la publicacion de probanzas, previo el juramento de no proceder de malicia, y con citacion de la parte contraria. Véase al señor Conde la Cañada en sus *Instituciones pract.* part. 1. cap. 8. num. 34 hasta el 72. *Febrero adicionado.*

1 Ley 37. tit. 16. Part. 3. y ley 7. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. Matienz in *Dialog. relator.* cap. 16. num. 1. Paz tom. 1 part. 1. temp 8 num. 134 y 135.

2 Ley 1. tit. 12. lib. 11. Nov. Rec.

3 Marant part. 6. tit. *De processus publicat.* num. 4. Paz ibi, num 136 y 137.

4 Ley 6. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec.

sola hizo prueba, y la otra concluye sin embargo renunciando la publicacion, ó cuando ambas la renuncian (1). Pero no obstante que ambas la hagan, y la de la una se concluya mucho antes que la de la otra, como suele suceder, no se ha de hacer la publicacion hasta que espire todo el término probatorio concedido, aunque la una lo pida, si la otra lo contradice (2); pero sí, conformándose ambas, y es lo que se practica.

3. Mas de cualquier suerte que se haga, se ha de comunicar traslado de la pretension de publicacion a la otra parte, y notificársele para que exponga si está ó no pasado el término, ò falta que examinar algun testigo juramentado, ó tiene algun motivo que la impida por entonces, y á este fin en cualquiera instancia puede tomar, y se le debe entregar la pieza corriente ó todos los autos, excepto las probanzas; y si nada dice á la primera audiencia, ó á los tres dias de notificado el traslado, debe deferir el juez á la publicacion, y hacerse saber esta á ambos litigantes (3). De modo, que segun nuestro derecho, es menester dar dos pedimentos, el uno pidiendo llanamente la publicacion, y el otro insistiendo en ella, y acusando la rebeldía, y asi se practica en el Consejo: pero en algunos juzgados inferiores de la Corte se da uno solo, y el juez dice, *traslado y autos*; y pasado el tercero dia, contado desde el siguiente al de la notificacion, sin responder, se pone el auto de publicacion, que en el efecto es lo propio, y se excusa un pedimento. Aunque este auto parece implicatorio en cuanto el juez da traslado, y al mismo tiempo llama los autos, no lo es; porque el traslado sirve únicamente para que la parte contraria exponga si ha espirado ó no el término, ò si hay algun motivo que obste á la publicacion; y el llamarlos es para hacerla, si nada dice, y está pasado; y asi se observará en esto el estilo del juzgado, pues en la sustancia nada se altera.

4. Sirve la publicacion para que los litigantes puedan ver recíprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos y demas medios legales de que se han valido; y en vista de ello aleguen lo conducente à su defensa, si quieren (4).

(5). Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los

1 Ley 3. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 1. dicho §. 16 num. 29

2 Dicha ley 3. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec.

3 Ley 37. tit. 16 Part. 3. Ley 51. tit. 4. lib. 2. y dicha ley 3. Nov. Rec.

4 Lex in Auth *Si quis in alia*, col. 1. vers *Juxta primam*, Cod. *de edendo*. Marant. *de processus publ.* num. 1, 2 y 5. Pax. tom. y part. 1. temp. 8 num. 133, 134 y 149.

testigos el juez originario del pleito, y no el delegado, que en virtud de su comision las recibió; antes bien se las debe remitir cerradas, y asi se practica (1). Hecha y notificada á las partes se les han de entregar todos los autos con las probanzas por su orden, primero al actor que al reo, á fin de que alegue de bien probado, cuyo alegato surte el efecto de la instruccion legal para el juez, de que habla la ley. De este alegato se debe comunicar traslado al reo, y del de este á aquel, el cual debe concluir para definitiva; y si por no concluir, se da traslado de lo que alegue al contrario, lo debe practicar este, porque la ley (2) manda que con cada dos escritos que las partes presenten, sea habido el pleito por concluso, aunque estas no concluyan, asi para sentencia interlocutoria, ò para recibirlo á prueba, como para definitiva; de suerte, que siguiendo el orden del juicio, debe alegar primero el actor (3); pero como no hay ley que lo mande, si este no quiere, y tiene cuenta al reo la brevedad, pueda hacerlo, pues de lo que diga el actor, se le ha de conferir traslado, y entonces podrá rebatir sus argumentos ó razones, y el contenido de los instrumentos que haya producido. El término legal para alegar es el de seis dias á cada litigante (4); pero esto se entiende en pleitos ligeros, y cuando no ocurre motivo para mayor dilacion; pues habiéndole, se ha de conceder el que el juez contemple necesario; y asi se practica, pidiéndolo las partes.

6. Lo explicado en los párrafos anteriores, procede cuando ambas partes son mayores de veinticinco años, y los testigos de que se han valido idóneos y fidedignos; pero si alguna de ellas es menor al tiempo que el pleito se recibe á prueba, y consta en los autos, ó goza del privilegio de menor edad, como son el fisco, iglesias, hospitales, concejos, universidades, colegios, cabildos, mayorazgos, patronatos, capellanías y demas obras pias, y quiere usar de él para hacer prueba, si no la hizo, ó para probar lo que omitió en el término ordinario regular, ó alguna excepcion nueva que alegue, le ha de conceder el juez por via de restitucion una vez y no mas, pidiéndolo, y no de otra suerte, la mitad del término que se dió primero para hacer la probanza principal, ya fuese dado en presencia ó en rebeldía,

1 Paz ibi, num. 147 y 148. Marant. ibi, num 6.

2 Ley 1. tit 15. lib. 11. Nov. Rec.

3 Lex *Nesennius*, ff. *de negot. gest.* Marant. part 6. tit. 16. *de allegat.* et disp. num. 6.

4 Ley 1. tit. 12. lib. 11. Nov. Rec.

sin dar traslado de la pretension, ni oir sobre ella al mayor, aunque este resista la concesion, denegando otra restitucion en el mismo auto de concesion (1).

7. De dicha ley 3, citada en el párrafo anterior, parece deducirse que la restitucion no ha de ser del término prorogado, sino del primero concedido para probar; pero no obstante, segun práctica inconcusa del Consejo, se concede la mitad de todo el término ordinario, sea ó no prorogado, porque es uno mismo concedido en varias veces, y no término nuevo; excepto que se haya recibido á prueba por cierto término, v. gr. veinte dias, y este haya espirado sin pedir prorogacion dentro de él, ó del prorogado, pues en este caso se concede solamente la mitad del corrido; bien que si no se concedio todo el término probatorio, no se debe dejar indefenso al privilegiado; y asi se le ha de conceder no solo la mitad del primer otorgado, sino el que tuviere por competente el juez, atendida la cualidad del negocio litigioso (2), como lo he visto practicar. Lo mismo se observa en los demas tribunales de la Corte, y debe practicarse á su imitacion en los restantes del reino.

8 Para esta concesion de término no necesita el privilegiado justificar lesion, como en los contratos (3), porque ninguna ley lo manda, y basta acreditar sumariamente (como debe hacerlo si no consta) que le compete el privilegio; pero contra el término ultramarino y extraordinario no hay restitucion, á menos que haya dejado de concederse para la prueba principal; en cuyo caso, pidiéndose despues, se ha de conceder el necesario, aunque exceda al ordinario, para que el litigante no quede indefenso por este defecto, haciendo constar, y cumpliendo con las tres cosas últimas de las cuatro que para su concesion quedan referidas en el párrafo 4 del capitulo anterior. Este término no es nuevo, sino ampliacion del ordinario, que por privilegio compete al litigante; y asi se ha de pedir: *que en virtud del privilegio, y por via de restitucion se amplie á la mitad del concedido;* á cuya consecuencia, de las probanzas hechas en él no se hace nueva publicacion, ni mas que una sola en cada instancia. Lo que se practica es pedir los autos con ellas luego que espira, para alegar de bien probado, y se mandan y deben entregar teniéndose la prueba hecha en el término de la restitucion, no por

1 Ley 3 tit. 13 lib. 11. Nov. Rec.
2 Parlad. lib. 2. *Rer.* cap. 11. num. 4.
3 Sobre este punto véanse las *Instituciones prácticas* del señor conde de la Cañada, cap. 9. num. 65 y 66.

nueva sino por aumento y suplemento de ella. Y aunque el menor lo sea al tiempo de demandar ó ser demandado, si al de recibirse el pleito à prueba salió de la menor edad, no le competerá el privilegio de restitucion por haber cesado el motivo, y asi no se le debe conceder (1).

9. Tres cosas precisas se requieren para que al privilegiado se conceda restitucion de la mitad del término probatorio, haya hecho ó no probanza: la primera es que la pida (si está hecha publicacion de probanzas) dentro de los quince dias inmediatos al en que se notifique el auto de publicacion, como lo dispone la ley 3. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec., que dice: *porque la experiencia ha mostrado cuanto daño se ha recibido en hacer probanza por via de restitucion despues de las probanzas publicadas, por la sobornacion de testigos y corrupcion; queriendo obviar á la tal malicia, ordenamos y mandamos que si cualquiera de las partes pidiere en la primera instancia restitucion* in integrum *para hacer su probanza, por ser en caso que haya lugar de pedir restitucion por alguna parte, ó persona ó universidad que tenga privilegio ó derecho para la pedir, que agora haya hecho probanza ó no, se le conceda y otorgue, pidiéndola dentro de quince dias despues de la publicacion:::* pero ni esta ley ni otra alguna prohiben que se pretenda antes de la publicacion, ni precisa á que se pida solamente despues de hecha esta: solo se permite su concesion, pidiéndose dentro de dichos quince dias y no despues, que es dar estos mas al privilegiado, para que en ellos delibere si le conviene ó no hacer ó ampliar su prueba, por lo que puede pretenderla luego que espiren los ochenta dias ó el término concedido, y concluido el de la restitucion, pedir la publicacion, como si aquella no se hubiera solicitado. La segunda cosa precisa es, que ya alegue y quiera probar ó no excepciones nuevas, si pretendiere la restitucion hecho publicacion, deposite luego la pena que estime el juez, aten-

1 Si pasado el término ordinario de la prueba cumple el menor los veinticinco años, goza de dicho privilegio: si entra en la menor edad pendiente el mismo término, y cuando le queda el suficiente para hacer su probanza, goza tambien de él: si muere en la menor edad, y su heredero ó sucesor es mayor, gozará asimismo del beneficio; y en fin, si el menor sucede al mayor de edad, ha de distinguirse: si este murió pendiente el término de prueba, y en tiempo que podia hacer la suya, le corresponderá á aquel el privilegio; y si falleció despues de pasado el término ordinario por que el pleito se recibió á prueba, procederá lo contrario. Asi decide los casos referidos el señor Conde de la Cañada en el capítulo antes citado, números 79 hasta 87, donde podrán verse los fundamentos en que se apoya. *Febrero reformado.*

didas la cualidad y circunstancias de la causa y personas, para pagarla en caso que no pruebe (1) (*); bien que hoy pocas veces se impone, ni manda depositar esta pena; y de ella estan exentos los pobres y el fisco. Y la tercera es, que si pidiere la restitucion en segunda instancia sobre excepciones nuevas que no se pusieron en primera, ó aunque se hubiesen puesto, se repitieron por no haberse deducido en el término y con la solemnidad debida, á mas de lo expuesto jure no pedir de malicia la restitucion, y que en ella solo se propone hacer su defensa; pero el término para probarlas no ha de exceder de la mitad del concedido en la primera. Si se pidiere en tercera instancia ó en grado de suplicacion, debe jurar tambien que las excepciones que propone vinieron de nuevo á su noticia; pero asi en la segunda como en la tercera instancia, no se ha de pretender la restitucion despues de los quince dias expresados, pues no se debe conceder, ni el término ha de exceder de la mitad del que en la misma causa de suplicacion fue asignado para probar, y se puede imponer pena arbitraria al que la pretendiere, mandándole que la deposite del mismo modo que en la primera instancia (2). El juramento de no pedir de malicia la restitucion, se suele hacer tambien en la instancia primera, sin embargo de que la ley no lo previene.

10. El término de la restitucion es comun, y como tal compete al que no es privilegiado, para probar ó ampliar su probanza sobre lo articulado y alegado, como lo dice la ley 3. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.; siendo de notar que una vez concedido á instancia del privilegiado no puede arrepentirse, y renunciarlo en perjuicio de su contrario, sin que este preste su consentimiento, sea la causa dividua ó individua, porque adquirió derecho á disfrutarlo (3).

11. El que no es privilegiado, no puede hecha publicacion alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito

1 Leyes 1, 2 y 3. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.

* Esta pena no está en práctica, y debería estarlo, porque la malicia interviene frecuentemente en estas restituciones. Bien podria suceder que algunos menores ó personas privilegiadas no usasen de este derecho por temor de la pena, y que por esta razon, como dice el señor Conde de la Cañada, no lograsen la justicia que tenian en sus causas; pero sin embargo, me parece que por este temor no debe quedar derogado ó sin uso una ley tan saludable y necesaria. *Febrero aaicionado.*

2 Ley 7. tit. 10. y 4. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.

3 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 22. Acev. en la ley 3 tit. 8. lib. 4. Rec., que hoy es la 3. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. num. 45 al 65. *Cur. Filip. ilustr.* part. 1. §. 16. num. 6 y 9.

se reciba á prueba sobre ella por testigos, sino tan solo probarla por confesion de la parte contraria ó por instrumento público (1); lo cual se limita en caso que la excepcion nuevamente alegada, sea sobre falsedad y suplantacion verdadera de alguno producido en el juicio, contra el cual nada articuló ni probó; pues entonces puede recibirse á prueba sobre ella con término arbitrario, no solo antes sino despues de la conclusion, y aun tambien en segunda instancia, si no la alegó, probó ni renunció probarla en la primera, y no en otros términos, con tal que jure no alegarla maliciosamente, para cuya justificacion no sirven ni se deben admitir pruebas presuntivas sino muy claras y concluyentes; pero despues de ejecutoriado el pleito, no puede alegarla sino la probó entonces, excepto que de ella no se haya conocido plenamente (2).

12. No solo compete el privilegio de restitucion á los que gozan del beneficio de menor edad, siendo principales en la causa, sino tambien cuando salen á ella por sí como opositores, ó coadyuvando como terceros el derecho de otros no privilegiados; bien que acerca de esto hay discordia entre los autores, por no especificarlo la ley, y así pidiéndose pasados los quince dias, ó conclusa la causa, será arbitrario en el juez el concederla ó no, segun los méritos del proceso y razones que se aleguen (3).

13. Siendo privilegiados ambos litigantes, ninguno goza del privilegio, á menos que uno trate de *lucro captando* (adquirir lucro), y el otro de *damno vitando* (evitar el daño), en cuyo caso compete à este como leso, y gozará de la restitucion (4); por lo que de la pretension ó ampliacion de término, que el uno introduzca, se debe dar traslado al otro, à fin de que exponga si se le debe conceder ó no, y con audiencia de ambos deferir ó no á la solicitud, como lo he visto practicar en el Consejo, aunque lo contrario se ha de decir, siendo uno solo menor. Lo mismo procede cuando acredita no haber podido hacer su prueba en el término ordinario habiéndola hecho el otro, pues entonces se le debe conceder para que no quede indefenso; bien que en el discurso del ordinario debe pedir suspension de él, exponiendo

1 Ley 1 al fin, tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 1 y 2. tit. 26. Part 3. Greg. Lop. en la ley 116. glos. fin. Covarr. *Pract* cap. 19. num. 8. vers. *Hæc sane. Cur. Filip* part. 1. §. 16. num 32.

3 Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 66 Gom. lib. 3 *Var.* cap. 12. num. 10 Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 10.

4 Cap. 1. y cap *Auditis, de in integr. restit.* y cap. *Si à sede*, 11. *de præb.* in 6. Covarr. *Pract.* cap. 7. num. 4.

el motivo de su imposibilidad, y ha de deferirse á ella hasta que cese el impedimento que no depende de culpa suya: porque al impedido legítimamente no corre término ni prescripcion.

14. Si la cosa litigiosa es individua, y pertenece á dos uno mayor y otro menor, y ambos litigan sobre ella contra otro, gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es; mas no siendo dividua (1). En cuanto á si compete ó no el beneficio de restitucion al menor, que es letrado ó jurisperito, hay dos opiniones contrarias; pero lo cierto es que la ley habla general é indistintamente, y cuando no distingue no debemos distinguir.

1 Barb. en la ley unic. Cod. *Si in communi*, num. 6a. y en la 6. Cod. *de in integrum restit.* Gutierr. lib 1 *Pract.* quæst. 67. Font. decis. 112 y 120.

CAPITULO DECIMOTERCERO.

De las tachas ó repulsas de los testigos, del tiempo y forma de ponerlas, y del término para probarlas, como tambien de las alegaciones en derecho.

§. 1. Objeto que se propuso la ley permitiendo poner tachas á los testigos.
2. Hecha publicacion en cualquiera de las instancias podrá cada litigante poner tachas á los testigos ó á sus declaraciones.
3. Requisitos necesarios para que se admitan las tachas ó repulsas de los testigos.
4. ¿Como y en que término se han de oponer las tachas?
5. Siendo admisibles las tachas, se ha de dar término arbitrario para su justificacion, con tal que no exceda de la mitad del probatorio concedido en la causa principal.
6. Para justificar las tachas por testigos, se han de buscar los que sean idóneos y fidedignos que ninguna tengan.
7. ¿Cuantos son los géneros de tachas que se pueden oponer á los testigos?
8. Si para poder tachar à los testigos contrarios será necesario protestar contra sus personas y dichos al tiempo que se juramentan?
9. La parte que hubiese presentado testigos en algun juicio, no puede tachar sus personas en él, ni tampoco en otro si se presentan contra ella.
10 y 11. ¿Si podrá el juez repeler de oficio los dichos de los testigos inhábiles?
12. Pasado el término de la restitucion y prueba de tachas, han de alegar las partes de bien probado.
13. ¿Que deberá hacerse si alguna de las partes no quiere tomar los autos?
14. Aunque no es sustancial en el juicio ni se anula este por no alegar las partes de su derecho, no obstante está introducido por varios motivos que se les comuniquen las probanzas para que aleguen.

1. Para probar su intencion los litigantes y enervar la de sus contrarios se valen muchas veces de testigos que son parientes ó íntimos amigos suyos, ó enemigos de aquellos, y de otros que tienen prohibicion de testificar en juicio, los cuales se mencionaron en el párrafo 34 y siguientes del capitulo 10 de este título. En esta atencion queriendo las leyes evitar el perjuicio

que pueden causar con sus deposiciones, proveyeron de remedio permitiendo que se les pongan las tachas y defectos que tengan, para que justificadas se desprecien sus dichos como sospechosos.

2. No pueden los litigantes tachar al tiempo de hacer su prueba los testigos presentados de contrario, porque es artículo impertinente, á no ser por razon de enemistad, y no otra; pero hecha publicacion en cualquiera de las instancias, podrá cada cual poner tachas no solo á los referidos testigos sino tambien á sus dichos, abonando los suyos (1) (*).

3. Para que se admitan las tachas ó repulsas de los testigos, deben concurrir de parte del que las opone tres requisitos: el primero es que en cualquiera instancia las proponga dentro de los seis dias siguientes al de la notificacion de la publicacion de probanzas, y no despues, porque no se concede mas término ni restitucion (**): el segundo es que las especifique con toda claridad y distincion, como tambien las causas de que provienen, v. gr. si pone al testigo la de *excomunion*, ha de expresar si esta es mayor ó menor, quién le excomulgó, en qué tiempo y lugar, y por qué razon: si la de *falsario*, en qué tiempo y pleito dijo falso testimonio: si la de *perjuro*, en qué caso lugar y tiempo y por qué razon se perjuró: si la de *homicida*, á quien mató

1 Ley 38. tit. 16. Part. 3. 6. al fin, tit. 33. Part. 7, y 1. tit. 12. lib. 11. Nov. Rec.

* Cualquiera de las partes puede tachar los testigos que presenta la otra cuando presencia el juramento; pero estas tachas no producen entonces efecto alguno, estando, como está, reservada su prueba para despues de hecha la publicacion de probanzas. Véase sobre este punto al señor Conde de la Cañada, quien despues de haberle tratado magistralmente exponiendo las leyes patrias que hacen al propósito y sus razones, concluye así: »La enunciada ley 1. tit. 8. lib. 4 de la Rec., ó sea 1. tit. 12. lib. 11. Nov. Rec., enmendó estos perjuicios, disponiendo reservar la prueba para comprender unidamente las tachas de los testigos y las de sus dichos despues de publicados, pues aunque tachen antes de este tiempo las personas de los testigos, no se suspende el pleito principal, ni se reciben á prueba, reservando hacerlo en el oportuno despues de la publicacion."

»Y aun en este tiempo y caso concurre otra circunstancia de gran momento á favor de esta última disposicion, y es que no se dé sentencia sobre las tachas que se ponen á los testigos ni á sus dichos, y solo sirve su prueba para instruir el ánimo del juez de la fe que debe darles, y proceder á la sentencia del pleito principal." *Instit. pract.* part. 1. cap. 10. num. 38 al 62. *Febrero reformado y adicionado.*

** Aunque para alegar las tachas contra las personas ó dichos de los testigos señala la ley 1. citada el término perentorio de seis dias que empiezan á correr desde que el auto de publicacion se notifica á la parte ó á su procurador; el señor Conde de la Cañada fundado en razon y autoridad dice que esto debe entenderse de un modo efectivo y posible, sin que puedan empezar á correr los seis dias sino desde aquel tiempo en que las partes hayan visto los testigos que declaran en la probanza contraria, y combinar sus dichos para asegurarse de la calidad y vicios de sus personas, de la falsedad que contengan sus declaraciones, y del medio de probarlas, pues de otro modo correria el término de los seis dias contra el ignorante é impedido. Lug. cit. num. 6 al 71. *Febrero reformado.*

alevosamente, en qué tiempo y lugar; y asi las demas que se pueden objetar, pues no especificándose con esta claridad, no se deben admitir, porque prohibe nuestro derecho que se admitan tachas generales y no bien especificadas (1): y el tercero que para eximirse de la pena de injuriante proteste y jure no ponerlas de malicia ni con ánimo de infamar al testigo, sino únicamente por convenir á su defensa, pues de esta suerte se libertará de la pena aunque no justifique la tacha (2). De estos requisitos los dos primeros son indispensables por exigirlos la ley; y el tercero es en beneficio del que tacha, á fin de evitar que se le imponga la pena referida si no prueba la tacha ó tachas que opone.

4. Se pueden poner las tachas en interrogatorio ó pedimento. Los seis dias para oponerlas parece se deben entender por cada parte; porque de lo contrario se verificará que si el que toma primero los autos los consume, ya por ser voluminosa su prueba ó la de ambos, ó por otro motivo, no podrá el otro usar de su derecho, especialmente no habiendo presenciado el juramento de los testigos, ó no conociéndolos ó ignorando hasta entonces la tacha aunque los conozca; pero sin embargo en la práctica no se observa lo dicho, porque de permitirse, si los litigantes fuesen muchos, se consumiria largo tiempo, y respecto á que en el término de prueba puede indagar la parte contraria las que tengan los testigos de la otra, ya que se le cita para ello, para conocerlos y verlos juramentar, échese la culpa de su omision. Asi, pues, los seis dias son para todos indistintamente, y no para cada uno solo, porque la ley no permite mas ampliacion, y nadie tiene facultad para ampliar el término que ella prescribe, y mucho menos en materia odiosa, como esta (*).

5. Siendo admisibles las tachas, se ha de dar término arbitrario para su justificacion, con tal que no exceda de la mitad del probatorio concedido en la causa principal, ya sean o no menores los litigantes ó alguno de ellos, porque es perentorio. En ninguna instancia se ha de conceder restitu-

1 Ley 2. tit. 12. lib. 11. Nov. Rec. cap. *Præsentium*, §. *Testes*, *de testib* in 6

2 *Cur. Filip.* part. 1. §. 17. num. 13. cerca del fin.

* En el párrafo 2 del cap. 11. dice el autor que el juez puede ampliar el término prescrito por la ley, cuando hay justa causa para ello y se prueba. Esta doctrina es en cierto modo contraria á la de este párrafo, donde se afirma absolutamente que nadie tiene facultad para ampliar el término que la ley prescribe. Esta última opinion es la que en realidad debe asegurarse; pues la facultad que dan los intérpretes á los jueces para prolongar los términos legales, es mera invencion y arbitrariedad suya como ya se dijo en la nota á dicho párrafo 2 del mismo capítulo.

cion para ponerlas ni probarlas, ni recibirse prueba de ellas, hasta que pasen los quince dias despues de la publicacion en que se puede pedir la restitucion, en caso que haya privilegiado á quien deba concederse esta, ni el juez la puede ampliar, pero sí abreviar si le pareciere (1); de suerte que deben correr á un propio tiempo el de la restitucion si le hubiere, y el de tachas, ó por mejor decir, ha de ser todo uno (*), dentro del cual no solo se han de presentar, sino tambien examinar los testigos de ellas, y pasado no se deben recibir aunque esten juramentados: la razon es porque las tachas son odiosas, y para admitirlas y probarlas se concede el término con gran conocimiento de causa, y por eso se debe restringir. Pero si no litiga algun privilegiado que goce del beneficio de menor edad, no se ha de esperar á que pasen los referidos quince dias; y asi se ha de recibir á prueba de ellas inmediatamente que se proponen porque no hay motivo para la espera. Del pedimento ó interrogatorio en que se especifican se ha de dar traslado al colitigante (**), para que diga si son ó no admisibles, y oponga á los testigos de su contrario las que tengan. Si dentro de tres dias siguientes al de la notificacion del traslado nada responde, se le acusa una rebeldía, y siendo de admitir, las admite el juez, y recibe la causa á prueba de ellas, y lo mismo practica aunque lo contradiga; pero no siendo admisibles debe despreciarlas, y declarar no haber lugar á su admision.

6. Para justificar las tachas por testigos, se han de buscar los que sean idóneos y fidedignos que ninguna tengan, pues en el fuero secular no se admite prueba de tachas contra tachas, ni se hace publicacion particular de los examinados por restitucion, ni tampoco hay ni debe haber mas que una en cada

1 Ley 1. tit. 12. lib. 11. Nov. Rec. cap. 22. *de re judicat.*

* El señor Conde de la Cañada propone la duda de si pasados los quince dias despues de la publicacion, en que los privilegiados pueden pedir la restitucion para hacer probanza, podrá el juez recibir inmediatamente las tachas á prueba, ó si la ha de suspender hasta que el menor haga la suya en el pleito principal, esperando de consiguiente a que pase todo el término que para hacerla le concede el juez, no excediendo de la mitad del ordinario que permite la ley, y resuelve, que debe hacerse dicha suspension, y esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que haya hecho el menor en uso de la restitucion; por manera que el auto de recibir las tachas á prueba, es respectivo no solo á las que se hayan puesto á los examinados en el término de la restitucion, sino tambien á las que estaban anteriormente indicadas, y se hallaban suspendidas por los quince dias referidos. *Instit pract.* en el cap. cit. num. 73 hasta el 78. *Febrero reformado.*

** Lo contrario dice el señor Conde de la Cañada, fundado en que no lo previene la ley, como lo hace en todos aquellos casos en que lo considera necesario, ni se observa en los demas interrogatorios ó artículos que se proponen. Lug. cit. num. 72. *Febrero reformado.*

pleito, como dejo expuesto, por lo que en el término de esta se han de proponer y probar las que tengan asi los examinados en el ordinario, como los que se examinen en el de la misma restitucion si las tienen, porque la ley no da mas ampliacion; y por lo mismo manda que aunque litigue alguno á quien competa el beneficio de menor edad, no se reciba la causa á prueba de tachas hasta que hayan espirado los quince dias en que se puede pedir la restitucion (1), como queda sentado para que corra todo junto, y se eviten mas dilaciones. Pero en el fuero eclesiástico se pueden admitir tachas contra tachas, quiero decir, testigos que declaren las que tienen los que tacharon á los examinados en la causa principal, que llaman reprobatorios de los reprobantes de estos, y no mas (2). Sin embargo aunque no se reciba el pleito á prueba de ellas, no se causa nulidad en caso que no se pongan ni pidan, porque no hay materia sobre que recaiga su prueba.

7. Tres son los géneros de tachas que se pueden oponer á los testigos. El primero, contra sus personas, diciendo que son inhabiles para testificar absolutamente en toda causa, ó para haber testificado en aquella en que depusieron. El segundo, contra su examen, v. gr. por falta de jurisdiccion del que los examinó, ó por haberse examinado fuera del tiempo competente, ó paladina y no secretamente, admitiendo á muchos á un propio tiempo, ó despues de hecha publicacion, ó faltando la citacion de la parte contraria, ó por no haber sido juramentados &c. El tercero, contra sus dichos, v. gr. por haber depuesto cosas contrarias, oscuras, inciertas, vacilantes, no verosímiles ni congruentes al hecho litigioso, ó totalmente falsas, ó singulares, ó fuera de lo articulado, ó sobre lo que no se les juramentó, ó por no haber dado la razon de su ciencia y dicho (3).

8. Aunque para poder tachar á los testigos contrarios no es menester protestar contra sus personas y dichos al tiempo que se juramentan, á fin de que no sean admitidos á declarar, y basta hacerlo despues, como se estila; es util no obstante cuando el testigo tiene algun defecto por el cual se le reprueba en favor del mismo protestante ó reprobante; pues de omitir en este caso la protesta, es visto aprobar á lo menos su persona, y aun consentir su dicho. Pero si el defecto es relativo solamente á su persona, v. gr. por estar excomulgado &c. no es precisa la pro-

1 Ley 3, cerca del fin, tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 1. §. 10. num. 30 al fin.

2 Cap. *Licet dilectus*, 49. tit. *de except. contra testes proponendis*, lib. 2. *Decretal.*

3 Dicho cap. *Licet.*

testa, antes bien si se hace, debilita su asercion, y surte el efecto de que deponiendo algo á su favor, no le aprovecha en razon de presumirse que lo ha depuesto por miedo, y porque con la protesta quiso que en nada se le diese crédito (1); por lo cual es menester gran precaucion en las que en semejantes casos se hacen, pues pueden ser perjudiciales al mismo que protesta.

9. La parte que presentó testigos en algun juicio, no puede tachar sus personas en él, aunque no se hayan examinado, ni tampoco en otro, aunque se produzcan contra ella, porque es visto haberlas aprobado (2); lo cual se limita en caso de enemistad ú otra causa legal, nacida y sabida despues, en cuyo caso se le permite. Pero contra sus dichos puede alegar y probar en el término expresado lo que le convenga, ya sea por razon de falsedad, contrariedad, error, equivocacion, ú otro motivo (3). Y para que sus deposiciones no le perjudiquen, conviene que en el pedimento con que presenta su interrogatorio ó al tiempo de la presentacion de ellos, proteste: *que no ha de ser visto aprobarlos, ni estar á sus declaraciones mas que en lo favorable*, con cuya cautela no se le puede reconvenir de que aprobó lo que depusieron.

10. En cuanto á si el juez podrá ó no repeler de oficio los dichos de los testigos inhábiles, es de advertir que en ellos pueden concurrir varias especies de inhabilidad. Unos lo son para testificar absolutamente en cualquiera causa respecto de toda persona, v. gr. los infames, los delincuentes, los impúberos &c. porque la ley los reprueba: otros para testificar contra, ó en favor de ciertas personas, como los padres por los hijos, estos por ellos, los parientes por otros parientes, á menos que sea sobre edad, los domésticos &c.: otros contra personas determinadas, v. gr. el enemigo capital contra aquel á quien profesa enemistad, excepto que lo sea de ambas partes: y otros que no pueden testificar en ciertas causas, v. gr. el clérigo en las de sangre (4).

11. Supuesto lo referido, digo que si el testigo es inhabil por culpa, infamia, edad pupilar, y en otras cosas semejantes, puede el juez repeler su dicho, porque la ley le prohibe testificar por el bien público; y así no tiene facultad la parte para habilitarle; pero si la inhabilidad no es legal ni respectiva á los litigantes, y estos la pueden remitir, v. gr. por ser domésticos,

1 Cap. *Licet dilectus*, 40 *de except. contra testes*, lib. 2. *Decret.* al fin, et ibi glos.

2 Ley 32. tit. 16. Part. 3. verb. *Et decimos aun*, Grog. Lop. en ella, glos. 4.

3 Dicha ley 32. tit. 16. y cap. 31. *de testib.*

4 Reinf. lib. 2. *Decret.* tit. 20. §§. 1. hasta el 17 inclusive, y otros que cita.

parientes, amigos, enemigos, &c., no debe repelerlos sino à su instancia, porque con su silencio es visto que los aprueban y habilitan, pues à ninguno está prohibido renunciar lo que está establecido en su propio beneficio (1).

12. Pasado el término de la restitucion y prueba de tachas, si las hubo, han de alegar las partes de bien probada su intencion y justicia que las asiste, segun resulte de sus probanzas, y si no las hicieron, alegarán solamente de su derecho.

13. Si alguno de los litigantes no quiere tomar los autos, aunque segun la ley 2. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec. basta acusarle una rebeldía para haberlos por conclusos, asi para auto interlocutorio como para sentencia definitiva, como ya he dicho, se estila no obstante en algunos juzgados acusarle dos. A la primera *la há el juez por acusada, y manda que se le notifique que dentro del tercero dia responda al traslado que le está conferido.* Este auto se le hace saber; y pasados los tres dias, si no los ha tomado se la vuelve à acusar insistiendo en que se hayan por conclusos legítimamente, y el juez defiere à ello; bien que algunas veces suele mandar se le vuelva à notificar que dentro de segundo dia responda, y pasado sin haberlo hecho, se declaran por conclusos, debiendo hacerse saber en estos casos la conclusion à ambas partes, para que les conste: lo mismo se practica cuando son muchos los litigantes, pues à todos los que no quieren tomar los autos se acusan las rebeldías en un mismo pedimento hablando con ellos, sin ser necesario para cada uno el suyo separado. Pero tomándolos ambos, los puede el juez haber por conclusos con dos escritos de cada uno, asi para sentencia interlocutoria, ó recibirlos à prueba, como para definitiva segun lo ordena la ley 1. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec., y lo dejo advertido en el párrafo 1, del capítulo 10, concediéndoles el término que le parezca competente para alegar; pues los seis dias legales son para pleitos ligeros, lo cual se entiende cuando no hay nuevo motivo para volver à alegar, pues si se producen ó sacan nuevos instrumentos, como que se deben comunicar à la otra parte, podrán alegar ambas con este motivo nuevamente; y asi lo he visto practicar.

14. Aunque no es de sustancia del juicio, ni se anula este por no alegar las partes de su justicia y derecho en vista de sus probanzas, pudiendo dejar de hacerlo y concluir; no obstante está introducido por varios motivos, que se les comuniquen, y

1 Cap. *Si diligent.* 12. *de foro compet. Cur. Filip.* part. 1. § 17. num. 14 y 15.

aleguen. El primero es para que deliberen si han de continuar el pleito, ó ceder: el segundo, porque el alegato es especie de defensa, en el cual (estando formado como se debe) se compendian no solo los hechos resultantes de los autos y las razones legales y las reflexiones que de ellos nacen, sino que se impugna con solidez todo lo que el contrario ha dicho en apoyo de su intencion; pero se tendrá cuidado de no citar leyes ni doctrinas, porque lo prohibe la ley 1. tit. 14. lib. 11. Nov. Rec. (*), pena de seiscientos maravedis al abogado que lo haga, ó repita lo que antes alegó, por los motivos que expone. El tercero es porque una vez que las probanzas se ponen en los autos, son comunes à ambos litigantes y se les deben manifestar si las piden, y de lo contrario pueden apelar: lo cual se halla dispuesto por las Condiciones de millenes, súplica sexta, en las del quinto género, fol. 94. vuelto, donde se ordena que en los pleitos civiles y criminales se den las informaciones en derecho de unas partes à las otras, para que asi se aclare mejor la verdad à menos costa suya, y no experimenten daño los pobres, con tal que no sean mas de dos alegatos principal y réplica, ni los jueces los puedan recibir. Y el cuarto es para demostrar mas bien al juez la verdad, á fin de que determine con mayor prontitud y conocimiento lo que estime arreglado segun los méritos de la causa; bien que el juez no debe sentenciar por lo que en él se exponga, sino por lo resultante de autos, à cuyo fin los debe inspeccionar con toda prolijidad; y á la verdad en la Corte y en donde se informa verbalmente por los abogados á los jueces, es ociosa la alegacion de bien probado, y un gasto inutil de tiempo y dinero, porque aquella no se lee regularmente. De las alegaciones ó informaciones en derecho que se hacen para mera instruccion del juez, no se debe conferir traslado, excepto que se pongan con los autos, como deben ponerse al fin de ellos si se pide, segun lo manda dicha ley, porque en este caso, y no en otro, se hacen comunes, y corresponden al proceso.

* La ley que cita Febrero dice literalmente asi: *cualquier abogado ó procurador ó parte principal que replicare y repilogare lo que está ya dado y escrito en el proceso, peche en pena para la nuestra Cámara seiscientos maravedis:* y mas adelante: *concluso* (el pleito) *entonces cada una de las partes ó abogados ó procuradores, por palabra ó por escrito, antes de la sentencia, informe al juez de su derecho, alegando leyes y decretos, y derechos. Partidas y fueros, como entendieren que le mas cumple.*

CAPITULO DECIMOCUARTO.

De la conclusion de los autos para definitiva, y de si despues de conclusos podrán hacerse probanzas.

§. 1. La conclusion es sustancial en el juicio. Modo con que debe concluirse en los pleitos.

2. El juez podrá á instancia de ambas partes ó de una sola (aun cuando lo resistan), haber y declarar la causa por conclusa, si pasados los términos que les prefine, no alegasen de bien probado.

3. Se puede hacer probanza por instrumentos, aun despues de la conclusion, observando ciertos requisitos que para ello son necesarios.

4. Tambien puede hacerse la prueba despues de la conclusion, por confesion ò posiciones, por juramento supletorio á instancia de parte, y por vista ocular en los pleitos sobre que puede recaer.

5. Asimismo puede recibir el juez de oficio cualquiera prueba despues de la conclusion, á fin de investigar la verdad, y sentenciar con mayor acierto.

6 hasta el 21. Observaciones del señor Conde de la Cañada sobre esta materia.

1. Concluir en los pleitos quiere decir que los litigantes renuncian todas las pruebas y defensas que les competen, y que nada mas quieren ni tienen que justificar en ellos. La conclusion es sustancial en el juicio, pídanla ó no las partes (1); por lo que siendo dos solas las que litigan, y concluyendo la una, se tiene el pleito por concluso legitimamente, sin que se deba dar traslado de la conclusion a la otra, como se practica en el fuero eclesiástico, sino tan solo hacérsele saber para que le conste que ya está concluso, no para otro efecto; y siendo mas de dos, como en un concurso, es menester que concluya la mayor parte en número. En tal caso se han por conclusos conforme van concluyendo, y se va mandando hacer saber la conclusion, y correr el traslado ó traslados, hasta que se concluye por los mas, y se les hace saber; bien que si por la presentacion de nuevos documentos de la una, alegó la otra, y al mismo tiempo concluye esta, se debe dar traslado de su alegacion à la que los produjo, aunque no sean mas que dos litigantes, para que en vista de lo

1 Así se echa de ver en las leyes 1. tit. 9. y 3. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec.

que responda á ella vuelva á concluir; pero siendo muchos, sino toman los autos, se les acusan las rebeldías expresadas en el párrafo 13 del capítulo anterior. La conclusion, por ser cosa sustancial del juicio, debe ir firmada de letrado, y no ha de hacerla por sí solo el procurador, porque podrá perjudicar á su parte.

2. Podrá el juez, á instancia de ambas partes ó de una de ellas (aun cuando lo resistan), haber y declarar la causa por concluso, si pasados los términos que les prefine, no alegan de bien probado: tambien puede hacerlo cuando no hay probanza, y una pide que se haya el pleito por concluso, y porque la otra nada responde al traslado que se le comunica, le acusa la rebeldía á la primera audiencia (1); pero si los litigantes son muchos, se ha de observar lo que queda sentado en el párrafo anterior.

3. Aunque está prohibido hacer probanzas con testigos en primera instancia despues de la publicacion y conclusion, por evitar que las partes, en vista de lo que han declarado los presentados, corrompan otros que se perjuren, excepto sobre falsedad de instrumentos producidos en la prueba ó despues como he sentado en el párrafo 11 del capítulo 12, no lo está el hacerla por instrumentos despues de la conclusion, y aun despues de visto el pleito, con tal que no esté sentenciado; y de ello se debe dar traslado al contrario, á fin de que los impugne y se cotejen, si fueron sacados sin su citacion, y exponga lo que le convenga acerca de su contenido para evitar la nulidad; pero para que se admitan y manden sacar, debe jurar la parte, que hasta entonces no tuvo noticia de ellos, y que no los pide ni presenta de malicia, ni por diferir el pleito, sino solamente por conducir á su justicia, lo cual es corriente en la práctica y conforme á derecho (2), porque no hay riesgo de soborno, perjurio ni otro fraude, como con los testigos, y se permite á efecto de aclarar la verdad, y de que no perezca la justicia de la parte. Para probar la falsedad y suplantacion de los instrumentos expresados, ha de conceder el juez al que los redarguya término competente, recibiéndole juramento de que no lo hace (3) con malicia, sino por convenir á su defensa; ó jurándolo (como queda expuesto) en el pedimento en que solicita la prueba de su falsedad.

1 Ley 3. tit. 15. y 9. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.

2 Leyes 1, 2 y 3. tit. 7. y 1. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. Paz tom. 1. temp. 8. num. 145.

3 Ley 16. tit. 18. Part. 3. *Cur. Filip.* part. 1. §. 16. num. 32.

4. No solo puede hacerse la prueba por instrumentos despues de la conclusion, sino tambien por confesion ó posiciones de la parte contraria concernientes al pleito, porque la confesion no es propiamente prueba, sino relevacion de ella (1). Igualmente puede hacerse por juramento supletorio á instancia de la parte en los casos en que há lugar, y quedan expresados en el párrafo 27, capítulo 10, y asimismo por vista ocular en los pleitos sobre que puede recaer, y dejo referidos en el párrafo 103 de dicho capítulo.

5. Tambien puede recibir el juez de oficio cualquiera prueba despues de la conclusion, á fin de investigar la verdad, y sentenciar con mas justificacion y conocimiento, porque para él jamas concluye el pleito (2). Asimismo podrá á instancia de parte ó de oficio examinar segunda vez al testigo que no fue preguntado sobre todas las preguntas del interrogatorio concernientes al pleito si para todas fue presentado; y en caso de haber depuesto confusamente, hacer que aclare su dicho (3), *mandando que para mejor proveer se haga esto ó lo otro, ó lo que sea, etc.*, cuyo auto no es apelable; bien que sino quiere hacerlo, no está obligado á ello, aunque algunos dicen que sí, y que no lo haciendo se puede apelar (4).

(Hasta aqui la doctrina del autor sobre esta materia, para cuya aclaracion ha parecido conveniente añadir un extracto de las observaciones que hace el señor Conde de la Cañada en la parte 1, *capitulo* 11 *de sus Instituciones civiles, donde trata de la conclusion de la causa para definitiva.)*

6. »La conclusion contiene dos partes: la una se reduce á la manifestacion que hacen los litigantes al juez de haber expuesto y cerrado todas sus razones; y la otra á dejar el proceso al arbitrio del juez para que dé su sentencia."

7. »Por estos dos respectos quedan las partes contenidas en los límites de un profundo silencio, que les cierra del todo la libertad de alegar ó decir cosa alguna en el pleito; y el intervalo entre la enunciada conclusion y la sentencia, es privativo del juez, y toca al desempeño de su obligacion, quien para llenarla cumplidamente, debe examinar con detenida refleccion los hechos del proceso, sin cuyo previo discernimiento expondria su sentencia á la nota de precipitada y nula, segun la ley 3. tit. 32. Part. 3.

1 Ley 2. tit. 12. Part. 3. Greg. Lop. en ella, glos. 1 y 2.

2 Dicha ley 2. tit. 12. y cap. 10. *de fide instrumentorum.*

3 Ley 31. tit. 16. Part. 3. y cap. *Per tuas de testib.*

4 Paz tom. y part. 1. temp. 10. num. 11 al 17.

8. »Las dos enunciadas proposiciones de que la conclusion da punto á las alegaciones y pruebas, y es el término final de ellas, y de que en la misma conclusion empieza el que señalan las leyes al juez para dar su sentencia, se demuestran por las uniformes disposiciones de las leyes que tratan de la conclusion y de la sentencia. (Estas leyes son la 34. tit. 16. Part. 3. (1), la 6. tit. 11. lib. 3 del Ordenamiento Real, las 17. tit. 4, 4. tit. 16. lib. 2. y 9. tit. 6. lib. 4 de la Rec.) ò 7. tit. 7. lib. 4; 1. tit. 14; y 1. tit. 15. lib. 11. Nov. Rec.

9. »Si por las leyes se permitió á los que litigaban hacer uso de los instrumentos para probar su intencion en cualquiera parte del proceso hasta su conclusion, se coartó y limitó despues por otras leyes posteriores á unos términos muy precisos, concluyendo todas con la disposicion uniforme de no ser lícito presentar instrumentos despues de la conclusion para definitiva."

10. »Las leyes antiguas que permitian á las partes presentar las escrituras hasta la conclusion de la causa, convienen con las posteriores en este punto, y la diferencia consiste únicamente en que por aquellas las podian presentar simplemente sin necesidad de juramento de que hubiese nuevamente llegado á su noticia; y esta mayor libertad que suponen los autores citados (2) haberse retenido y continuado en los tribunales con desprecio de las leyes posteriores, da motivo á los que litigan para reservar sus respectivas escrituras, y sorprender con ellas á las partes casi al fin de la causa, obligando á sufrir mayores dilaciones si las han de reconocer con la atencion que corresponde para redargüirlas de falsas, comprobarlas y dar lugar á que por las otras partes se presenten otras separadamente en que sean necesarias iguales dilaciones, retardándose la conclusion de la causa."

11. Ninguna de las leyes antiguas ni modernas dispone ni manda que se admitan las escrituras que se presentaren despues

1 Esta ley de Partida no trata de lo que dice el autor, sino de los plazos que han de darse á los que quieran presentar testigos. Las leyes del título 22, Partida 3, son las que tratan de la sentencia y modo de darla.

2 Pareja, Paz, Acevedo y otros contestan con el señor Covarrubias la práctica y estilo que observaron constantemente los tribunales de admitir los instrumentos que presentaban las partes en cualquier estado de la causa hasta la conclusion para definitiva, sin haber recibido ni usado las restricciones y solemnidades del juramento que para la admision de dichas escrituras previenen diferentes leyes de la Recopilacion, y en especial las 1 y 2. tit. 3: las 1 y 3 tit. 7: y las 45 y 6. tit. 21. lib 11. Nov. Rec. El señor Conde de la Cañada sin negar este hecho, apoyado en el testimonio de tan respetables autores, se detiene á probar las perjudicialísimas consecuencias que pueden seguirse de esta opinion, en cuanto al superior efecto que da al estilo y práctica de derogar ó impedir el efecto de las leyes.

de la conclusion hasta la sentencia definitiva; ni se prohibe tampoco su presentacion ó admision; pero de unas y otras se infiere por una consecuencia casi necesaria, que no se deben admitir los instrumentos que presentaren desde la conclusion hasta la sentencia definitiva; porque habiéndose puesto aquella por punto y término final hasta donde era lícito usar de escrituras, ya lo hiciesen libremente, segun lo disponen las leyes antiguas y el estilo de los tribunales, que se ha indicado, ó ya con las restricciones del juramento y fórmulas que señalan las posteriores, que tambien se han citado, queda en aquel punto extinguida la facultad de producir nuevas escrituras, no solo por efecto del argumento contrario, que se deduce, sino principalmente por lo esencial de la positiva disposicion que contienen las citadas leyes."

12. »Esta regla tiene una limitacion principal recibida en los tribunales, y fundada en la autoridad de graves autores antiguos y modernos. Redúcese esta limitacion á los instrumentos que despues de la conclusion hubiesen llegado á noticia de las partes, probando esta verdad con su juramento, y con tal que la escritura que se presente conduzca principalmente á descubrir la verdad y la justicia de la parte que usase de ella."

13. »Supuesta pues la presentacion de escrituras despues de la conclusion, toma el juez un conocimiento pasagero de lo que contienen, y si concibe que no conducen ni prueban la principal intencion de la parte, ó á lo menos duda de ello, provee el auto siguiente: »Pónganse con los autos para los efectos que haya lugar, sin perjuicio de su estado."

14. »En esta providencia se contiene una reserva para declarar en la sentencia definitiva si há lugar ó no á admitir dichas escrituras: porque siendo este un artículo ó incidente conexo con el mérito de la causa principal, que pide mayor examen, y que no es de los judiciales que miran al orden del juicio; y teniendo por otra parte contra sí la ley que prohibe admitir escrituras despues de la conclusion; entra por todos conceptos la regla de que puede el juez reservar la decision para definitiva, sin que en ella cause á las partes agravio que induzca nulidad, ni injusticia que dé motivo para apelar de la enunciada reserva, que es sentencia interlocutoria. Con esta distincion procede la doctrina de Salgado *de reg.* part. 2. cap 18: de Carl. *de judic.* tit. 2. disput. 5. num. 13, y de Mol. *de prim.* lib. 4. cap. 9. num. 42. con otras muchas."

15. »El instrumento que se presente despues de la conclu

sion, ha de tener la precisa calidad de probar la intencion del que lo produce, de un modo claro y convincente; pues entonces tiene lugar la equidad que obliga à relajar la regla establecida de excluir toda prueba despues de la conclusion, aunque sea de instrumentos, para que no perezca aquella justicia que se toca como de bulto en la misma escritura; y como esta demostracion ha de resultar del reconocimiento del proceso y combinacion de las pretensiones, no es facil decidir esta calidad sin mas alto examen y conocimiento de la causa en lo principal."

16. »Si por el conocimiento que tomase el juez con respecto al estado en que se halla la causa para dar sentencia definitiva, ó suspenderla admitiendo las escrituras, hallase que estas no influyen en el mérito de la justicia, y que presentadas antes de la conclusion en tiempo oportuno, no inclinarian el ánimo del juez à que la concibiese y declarase à favor del que las propone y presenta; entonces podrá estimar y declarar que no deben admitirse, y proceder en el mismo auto à dar sentencia definitiva en lo principal de la causa."

17. »Por este medio se ataja la malicia de los que usan en aquel tiempo de escrituras frívolas con el fin de dilatar la sentencia, si con solo presentarlas con el juramento indicado se hubiesen de admitir y comunicar à las partes contrarias, como seria preciso, abriendo el juicio con alegaciones, excepciones de falsedad, comprobaciones y otras diligencias, que dilatarian por mucho tiempo el fin de aquella causa."

18. »Pero si al tiempo de oir y reconocer lo principal del proceso, y cotejarlo con las escrituras presentadas, concibiese el juez que si son verdaderas y legítimas, podrá formar nuevo juicio acerca de la justicia de la parte que las presenta, provee un auto admitiéndolas, y mandando dar traslados de ellas à las otras partes que litigan, suspendiendo la sentencia definitiva."

19. »El referido auto, por el cual se admiten las escrituras, precedida la instruccion y examen conveniente para asegurar el dictamen del juez sobre la utilidad é importancia de ellas, revoca y repone el de la conclusion que antes habia dado por la incompatibilidad que tienen entre sí; pues el de conclusion impide toda alegacion y defensa, aunque sea por escrituras, y el posterior en que las admite remueve aquel impedimento, y deja en libertad à las partes para que redarguyan de falsas las citadas escrituras, ó presenten otras que destruyan ó debiliten su contenido, y hagan en fin las defensas que estimen convenientes."

20. »Esta proposicion es bien notoria, y la comprueban con

uniformidad los autores en las dos partes que contiene: la una que el auto de conclusion, por el que se cerraron todas las razones à las partes, es interlocutorio, y que puede de consiguiente revocarse por el mismo juez de la causa: la otra que el auto posterior en que se admiten las nuevas escrituras, y se comunican à las otras partes, abre el juicio, y es incompatible estar cerrado y abierto; y en estos términos se explican los autores: Parej. *de inst. edit.* tit. 6. resol. 3. limitat. 2. Menoch. *de præsumpt.* præsumpt. 63. num. 4. et *de arbit.* lib. 1. quæst. 35. Giurb. decis. 83. num. 2. y Fontanel. decis. 104. num. 1 al 4, en donde refiere la práctica observada en lo antiguo de concluirse segunda vez, cuando se habia abierto la primera conclusion para recibir nuevas probanzas al menor por efecto de su restitucion; y aunque añade despues en el núm. 5, que en su tiempo se procedia, sin repetir la conclusion, à sentenciar la causa, funda este nuevo estilo en que la restitucion se concedia al menor, sin perjuicio del estado que tenia la causa, por consecuencia de una particular constitucion que cita, y la enunciada cláusula preservativa de que se entendiese la prueba del menor sin perjuicio del estado mantenia el efecto de la anterior conclusion, sin necesidad de repetirla."

21. »Si el juez por el contexto de la escritura concibiese al tiempo de su presentacion, que con ella prueba la parte su justicia, siendo cierta, legítima y valedera, puede y debe admitirla inmediatamente, comunicándola à las otras partes para que usen de su derecho y defensa en los términos y por los medios indicados en el caso antecedente."

CAPITULO DECIMOQUINTO.

De la sentencia definitiva, y de los requisitos que exige para su validacion: ¿que se entiende por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y casos en que esta puede rescindirse ó revocarse?

§. 1. ¿Cuantas clases hay de sentencia?

2. ¿Como deberá el juez pronunciar la sentencia?

3. ¿En que se diferencian la sentencia definitiva y la interlocutoria?

4. De las sentencias interlocutorias que tienen fuerza de definitivas.

5 y 6. Casos en que el mandato de pagar se tiene por sentencia interlocutoria ó definitiva.

7. La sentencia debe ser conforme á la demanda en tres circunstancias, que son, cosa, causa y accion.

8. Si hubiere condenacion de frutos ó intereses, debe tasarlos el juez en la sentencia sin remitirlo á contadores.

9. ¿Que deberá expresarse en la sentencia?

10. ¿En que caso no habrá necesidad de que la sentencia sea conforme á la demanda?

11. Requisitos que deberá observar el juez para pronunciar la sentencia.

12. Circunstancias esenciales para que la sentencia sea válida.

13. Para dar sentencia deben los jueces inferiores examinar por sí mismos los procesos, y no por relacion de escribano.

14. Los jueces, asi superiores como inferiores han de determinar el proceso conforme á la verdad que resulta probada, aun cuando falten las solemnidades del orden del juicio, con tal que no sean las sustanciales.

15. ¿Que deberá hacer el juez inferior cuando dude de la sentencia que haya de dar?

16. El que pide una cosa por otra, puede corregir su error en el mismo juicio, y valdrá la sentencia que se diere.

17. El litigante temerario debe ser condenado en las costas que causó á su contrario, pidiéndolas este.

18. Aclaracion de la regla anterior.

19. Si fuere pobre el litigante temerario, y lo hiciere constar, no ha de ser preso ni obligársele á dar fiador por el importe de las costas.

20. ¿Que deberá práctica la parte vencedora si el juez no hiciere condenacion de costas habiéndose pedido?

21 y 22. ¿Que sentencias podrá

el juez revocar ó reformar?

23. ¿A quien se deberá notificar la sentencia definitiva?

24. Notificada la sentencia definitiva, si la parte vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez, pretendiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

25. ¿Que se entiende por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada?

26. Casos en que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se puede rescindir y revocar.

1. La sentencia generalmente hablando es de dos maneras, *interlocutoria* y *definitiva:* se llama interlocutoria la que el juez pronuncia en el discurso del pleito entre su principio y fin, sobre algun incidente, y todo auto preparatorio para la definitiva; y asi no es propiamente sentencia. La definitiva es la decision ó determinacion que con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes, pronuncia el juez sobre el negocio principal, imponiendo fin con la absolucion ó condena, á la controversia que ante él suscitaron.

2. Se llama sentencia de la palabra latina *sentiendo*, y de la castellana *sentir*, porque el juez declara ó decide segun lo que siente. Debe pronunciarla estando presentes los litigantes, ó citándolos para darla dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion, so pena de pagar dobladas las costas que les causare, y cincuenta mil maravedís á la Real Cámara, si siendo requerido por alguno de ellos, no lo hace; y de nulidad si falta su presencia ó citacion (1); pero el cúmulo de negocios, especialmente en los lugares populosos, imposibilita á los jueces de sentenciar los pleitos en muchos meses; y asi tardan mas tiempo en hacerlo (2).

1 Leyes final, tit. 26. Part. 3. y 1. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.

2 Sobre este punto hace el señor Conde de la Cañada las observaciones siguientes.

»La duda consistirá en poder asegurarse de si se dió con efecto la sentencia con aquel previo y circunspecto exemen que mandan las leyes, ó con la precipitacion que resisten; y para resolver esta duda no hay ley que señale el tiempo y las circunstancias que lo manifiesten, y es preciso reservarlas al prudente conocimiento de los jueces superiores; atendido lo voluminoso del proceso, la entidad y gravedad de la cosa que se litiga, y las dificultades que se ofrecen en su decision; de manera que se venga á conocer casi con evidencia, que el juez por diligente y experto que sea, no pudo tomar aquel exacto conocimiento de los hechos que segun las leyes deben preceder á su juicio y sentencia...

»La ley 1. tit. 17. lib. 4. Rec., ó 1. tit. 16 lib. 11. Nov Rec. señala el término de veinte dias desde la conclusion del pleito, para que el juez dé y pronuncie la sentencia definitiva; pero no determina si pronunciándola antes se ha de tener por pre-

3. Se diferencian la sentencia definitiva y la interlocutoria: lo primero, en que por la definitiva se decide el negocio principal, ó lo que se dedujo principalmente en el juicio, condenando ò absolviendo; y en la interlocutoria nada se trata del negocio principal, sino solo de algun incidente ó excepcion que se opone en el juicio, por lo que no se acaba la controversia: lo segundo, en que el juez no puede revocar, ampliar ni enmendar la definitiva despues de publicada, porque espiró la jurisdiccion que para el conocimiento y decision del negocio le prorogaron los litigantes por su voluntaria sumision (1), excepto en los casos que explicaré en el párrafo 32 y siguientes; pero sí la interlocutoria en cualquiera parte del juicio antes de la definitiva, porque para él nunca pasa à cosa juzgada (2), à menos que la revoque ó confirme el superior; y para pedir reformacion de ella no hay término señalado en el derecho, por lo que el agraviado puede pretenderla antes que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada; lo que no sucede para apelar, como diré en el párrafo 26: lo tercero, en que la definitiva puede justificarse en grado de apelacion por los mismos autos, y otros nuevos; pero la interlocutoria no, pues se ha de determinar por lo que resulta justificado y excepcionado ante el juez inferior, sin que se admita nueva prueba ni otra cosa (3): lo cuarto, en que para dar la sentencia definitiva deben ser citadas precisamente las partes, y de faltar este requisito es nula; pero para la interlocutoria no es necesaria la citacion, excepto que tenga fuerza de definitiva, ò sea de mucha entidad, y pueda causar grave perjuicio: lo quinto, en que la definitiva produce *accion in factum*; pero no la interlocutoria, que no tiene fuerza de tal: y lo sexto, en que para la definitiva se requiere el orden judicial que prescribe el derecho; pero para la meramente interlocutoria no es preciso. Véanse las trece cuestiones que promueve y examina Maranta en la part. 6. tit. *de sententia diffinitiva et interlocutoria*, num. 3 al 23, y desde este al 41, sobre si ciertas sentencias que refiere son interlocutorias ó definitivas.

4. Toda sentencia interlocutoria, sobre la cual no puede dar

cipitada; ni si induce nulidad de la misma sentencia, aunque la dé pasados los veinte dias; y asi queda pendiente siempre del arbitrio del juez superior considerar la precipitacion de la sentencia, conciliando el tiempo en que se dió, la entidad y gravedad de la causa, y las demas calidades que se han indicado por regla de este artículo" *Instit. pract.* part. 1. cap. 12. num. 9 y 11.

1 Ley *Judex posteaquam*, 55 ff. *de re judic.* y leyes 2 y 3. tit. 22. Part. 3.

2 Ley *Quod jussit*, 74 ff. *de re judic.* y cap. *Cum cessante, de appell.*

3 Leyes 6 y 7. tit. 10. y 6. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.

otra el mismo juez, tiene fuerza de definitiva, porque surte el efecto de esta, y pone fin á aquella instancia ó incidente, v. gr. la absolutoria de la observancia de las formalidades del juicio; la en que se declara por desierta la apelacion; la en que se multa à alguno; aquella por la cual se acaba el oficio del juez, v. gr. cuando se pronuncia incompetente; la que define algun artículo sustancial del principal negocio, v. gr. cuando uno de los litigantes pide restitucion porque dice ser menor, y el juez declara que no lo es; pues por esta sentencia queda excluido de la restitucion pedida, y se decide este artículo sustancial de la causa principal; ó cuando se admite ó excluye la excepcion perentoria; ó el juez no quiere admitir algunas pruebas, sin las cuales no puede obtener justicia el que intenta hacerlas; ó cuando por la sentencia interlocutoria se manda dar ó hacer alguna cosa; y en otros casos semejantes. De estas sentencias se puede apelar antes que se defina el negocio principal (1); pero no se admite segunda suplicacion de ellas, ni el juez las puede proveer.

5. El mandato de pagar si se diere sin conocimiento de causa, ó con cláusula justificada, v. gr. *pague, y si razon tuviere para no hacerlo la deduzca etc.*, se debe tener por sentencia interlocutoria, y compareciendo el llamado se convierte en simple citacion; pero si no comparece, y por esto se le acusa la rebeldía, queda firme el mandamiento (2).

6. Si este se da contra el confeso se debe distinguir. Si para darle precedió demanda formal, contestacion y forma de juicio, y el reo en el discurso de este confesó, se debe tener por sentencia definitiva, porque mas se adhiere y semeja à esta que à la interlocutoria, y asi no se puede revocar. Si se dió verbalmente sin formalidad de proceso, v. gr. cuando habiendo sido llamado el reo à presencia del juez confesó, y este en vista de su confesion le manda que pague, es interlocutoria por falta de formalidad, no obstante que define el principal negocio; pero respecto darse con conocimiento de causa, y tener por esto fuerza de sentencia definitiva, no se puede revocar.

7. La sentencia judicial debe ser conforme al libelo ó demanda en tres puntos, que son, *cosa*, *causa* y *accion*. Debe ser tambien arreglada à derecho y buenas costumbres, sobre hechos claros y plenamente probados, sin exceder de lo pedido; y de lo contrario es nula por derecho, aunque de ella no se apele. Ha

1 Glos. 1. ley *Intra utile*, ff. *de minor.* Dueñ. reg. 52. num. 3. Paz tom. 1. part. 7. cap. unic. num. 82.

2 Marant. part. 6. tit. *de sent. diffinit. et interlocut.* num. 27.

de recaer sobre cosa cierta, bien que el juez puede remitirse á los autos si en ellos consta; y si es sobre cantidad ilíquida debe mandar que se liquide, aprobando luego la liquidacion con audiencia de las partes antes de ejecutar la sentencia, como sucede en las de condenacion à dar cuentas, restituir herencia, y otras semejantes, y en los juicios universales (1).

8. Si hay condenacion de frutos ó intereses debe tasarlos el juez en la sentencia, y no remitirlo à contadores, porque está prohibido (2); y si fuere condenatoria en parte, y en parte absolutoria, debe especificar las razones de esta diferencia (3); bien que hoy regularmente no fundan muchos jueces sus sentencias para evitar siniestras y violentas interpretaciones, y solo se remiten genéricamente à lo resultante de autos, sin mencionar especificamente cosa alguna de ellos (*).

9. Segun la práctica de los juzgados de la Corte, se expresa al principio de la sentencia el nombre del juez, quien la firma juntamente con el escribano; pero al contrario en muchos de fuera no se estila expresar en ella quién la dá, y por eso el escribano la lee en su audiencia ante testigos, y pone à su continuacion el pronunciamiento, diciendo en él quién la dió, y en qué dia, y lo firma. El juez, como se acostumbra, entrega la sentencia al escribano, y este la notifica à las partes, asi como por derecho comun y canónico (4) se permite à los obispos y personas ilustres por la prerogativa de su dignidad que la hagan saber por medio de otro. Ademas de dicho requisito debe expresarse en la sentencia si el juez es ordinario ó delegado, y últimamente es necesario que la dé estando sentado *pro tribunali*.

10. Aunque segun se ha dicho, la sentencia debe ser confor-

1 Leyes 1 y 16. tit. 22. Part. 3.
2 Ley 6. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.
3 Paz tom. y part. 1. temp. 11. num. 24.
* El señor Don Carlos III, por su Real cédula de 23 de junio de 1778, que hoy es la ley 8. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec., mandó que para evitar los perjuicios que resultaban con la práctica que observaba la audiencia de Mallorca de motivar sus sentencias, dando lugar á cavilaciones de los litigantes, y consumiendo mucho tiempo en la extension de ellas, cesase dicha práctica en todos los juzgados con inclusion de los privilegiados, ateniéndose á la que observa el Consejo. En otros paises se ha mandado lo contrario, creyéndose muy conveniente para cortar los malos efectos del arbitrio judicial, que los jueces precisamente funden sus sentencias con las leyes, de modo que estas sean las premisas, y aquellas la consecuencia. Asi la justicia en estas naciones no queda en presuncion, y las partes tienen la satisfaccion de saber que los jueces son justos; pues que deciden por las leyes, y no por su opinion particular, ó la de otros. Será siempre perjudicial que la autoridad ocupe el lugar de la razon, especialmente en los juicios, donde cada interesado que litiga de buena fe, se esfuerza para demostrar la suya, y si no se le demuestra que no la tiene, callará, pero no quedará satisfecho ni convencido. *Febrero adicionado.*
4 Cap. ult. *de sentent. et re judic.* in 6.

me à la demanda, esto no tiene lugar cuando se da comision para proceder *atendida solamente la verdad del hecho*, en cuyo caso no se anula por dejar de serlo, como cuando se pide una cosa y se probó otra, porque dicha cláusula es mas amplia, y tiene mas vigor que la de que se proceda *sumaria simplemente* y *de plano*, se aparta de las reglas prescritas por derecho positivo, y se juzga comisionado al juez para proceder como si fuera la Real Persona, que no está obligada à observar el orden judicial, ni tampoco sujeta à las leyes positivas en lo coactivo (1). Pero si el libelo es inepto, no sirve la sentencia, ni de consiguiente todo lo obrado en el proceso, excepto en las causas sumarias en que no se observa estrictamente el orden y solemnidades judiciales (2).

11. El juez ha de pronunciar su sentencia en el lugar que debe, y sus predecesores acostumbraron, y no fuera de su territorio, à menos que las partes lo consientan; bien que el delegado no siéndolo para todas las causas, el árbitro y el de apelacion, pueden darla en cualquiera parte decente, y lo mismo se observa en aquellas en que se procede de plano, en las de jurisdiccion voluntaria, y en todos los actos que conciernen à los trámites del pleito. No ha de dar la sentencia en el tiempo prohibido de juzgar, ni despues del legal, ni de noche, ni pendiente la dilacion ó término concedido, ni tampoco sin presencia ó citacion de las partes, à menos que proceda de oficio, ó que haya habido vista de autos con su citacion, y para mejor proveer mande practicar alguna cosa. Ademas el juez ha de ser competente, no ha de dudar de su facultad, ni proceder despues de admitida la apelacion, ó de inhibido del conocimiento por el superior, y últimamente no ha de tener impedimento ni prohibicion legal de juzgar. Con respecto à los litigantes deben nombrarse en la sentencia, ya sean hábiles para comparecer en juicio, ó tengan defensor legítimo que por ellos comparezca.

12. La sentencia se ha de escribir antes de publicarse, no ha de ser notoriamente injusta ni falsa la causa en que se funda, ni dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, ni incierta, ni en ella se ha de expresar persona cuyas facultades para litigar no consten en el proceso, ni ha de contener error manifiesto, ni otros vicios que la anulen *ipso jure*, ni tampoco le han de faltar los demas requisitos prescritos por derecho para su

1 Cap. *Ad petitionem*, 22. *de accus.* num 58 al 69.
2 Marant part. 6. *de sentent. diffinit.*

validacion. Ultimamente ha de contener las palabras *condeno* ó *absuelvo*, ú otras equivalentes decisivas y no dudosas; y si estuviere ambigua, oscura ó confusa, se puede pedir al juez que la aclare, y hasta que lo haga no corre el término de apelar de ella, siempre que se pida dentro de él la declaracion.

13. Para dar la sentencia deben los jueces inferiores ver y examinar por sí propios los autos, y no por relacion de los escribanos (1), como queda dicho en el párrafo 3 del capítulo 10. Lo mismo deben practicar los alcaldes de Corte, que como jueces ordinarios conocen de lo civil, pues les está prohibido tener relatores pena de cinco mil maravedis y destierro de un año al relator por cada vez que se la hiciere (2); bien que sin embargo de esta prohibicion se acostumbra en los juzgados de la Corte, no solo hacer relacion los escribanos, sino pedir las partes se les comunique el apuntamiento ó memorial ajustado con los autos, à fin de ver si está conforme, y no estándolo hacer que se enmiende, adicione, ó coloquen los hechos como deben estar para su mas clara inteligencia, como tambien asistir sus abogados à la vista para informar verbalmente à los jueces del derecho de ellas, é ilustrarlos con las leyes y doctrinas que conduzcan al asunto. Aun algunas veces se les informa por escrito, segun lo permite la ley 1. tit. 14. lib. 11. Nov. Rec., observando en estos papeles ó informaciones en derecho (que no se unen á los autos, ni se comunican à las partes por no ser del proceso) lo que previenen las leyes 9 y 29, tit. 22. lib. 5. 3. tit. 14. lib. 11. Nov. Rec. y las notas 2 y 3 del mismo tit. 14. en caso de imprimirse, como suele hacerse en el Consejo, para que teniéndolo todo presente, no yerren la determinacion, y puedan despachar con mas brevedad los muchos negocios que ocurren; pues de otro modo serian interminables.

14. Para juzgar deben los jueces superiores è inferiores, asi en primera como en segunda y tercera instancia, mirar y atender á la verdad, y no detenerse en las solemnidades y sutilezas prescritas por derecho para el orden de enjuiciar, de suerte que constando justificado el hecho, aunque falten las solemnidades del orden del juicio (con tal que no sean las sustanciales, v. gr. la citacion, prueba &c.), pueden y deben determinar el pleito conforme à la verdad que resulta probada segun el libelo ó accion intentada, y será válida la sentencia; pero si alguna de las partes declara las cosas que son sustanciales en el juicio, pide

1 Ley 3. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 10. tit. 14. lib. 5. Nov. Rec.

que la otra las guarde ó jure de calumnia, el juez se lo manda dos veces, y no quiere, y sin embargo procede à dar la sentencia; entonces, à mas de ser nula esta, debe pagar el juez las costas (1). Lo mismo procede aunque el actor ponga la demanda por una causa, y pruebe otra diversa, porque esta diversidad no muda la accion (2). Y si el juez por ignorancia ó malicia procede injustamente causando daños à alguno de los litigantes, incurre en las penas que le imponen las leyes 12. tit. 4. 24 y 25. tit. 22. Part. 3. y 4. tit. 15. Part 7.

15. Dudando justamente el juez inferior de la sentencia que ha de dar por ser iguales las pruebas de las partes, debe aconsejarse de letrados expertos, imparciales y de buena fama, elegidos con aprobacion de ellas; y si no disuelven su duda, pueden remitir la causa al superior, citándolas á este efecto, y no de otra suerte (3); mas no mandarles que comprometan el negocio en sus manos (4). La remision debe ser no de los autos originales (à menos que intervenga precepto superior), sino por compulsa, la cual y los demas gastos que ocurran en este caso deben pagar las partes por mitad (5); al contrario cuando se apela, pues el apelante debe satisfacerlos íntegramente, porque à su instancia se causan; pero despues de remitida la causa no está prohibido à dicho juez inferior sentenciarla, por lo que valdrá la sentencia arreglada que dé antes que el superior responda (6).

16. El que pide una cosa por otra puede corregir su error en el mismo juicio, y valdrá la sentencia que se diere (7). Si la que prueba es diversa de la que demandó, debe ser absuelto el reo de la instancia, no de la demanda, y si se da otra sentencia es nula (8); bien que basta que el actor tenga la accion y dominio de la cosa que pide al tiempo de la sentencia, aunque no lo haya tenido al de la demanda, porque convalece el juicio con el derecho superveniente, y recae la sentencia sobre cosa cierta (9); pero no se deben admitir probanzas y defensas incon-

1 Ley 2. tit. 16 lib. 11. Nov. Rec.

2 Fontan. decis. 154. Valenz. cons. 11. num. 16. Seac. *de sent.* glos. 11 y 23. Vela diss. 15, num. 86 y diss. 42. num. 66. Parlad. lib. 2. cap. 10 num. 3 y 4.

3 Ley 11. tit. 22. Part. 3. y cap. *Intimasti, de appell.*

4 Ley 17. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.

5 Greg. Lop. en la ley 2. tit. 21. Part. 3. glos. 4. Bobad. lib. 3. *Polit.* cap. 8. num. 255.

6 Ley 1. §. *Quæsitum*, ff. *de appell.* Greg. Lop. en la 11. tit. 22. Part. 3. glos. 6.

7 §. *Si quis aliud pro alio*, *Instit de action.* Salg. *de retent.* part. 2. cap. 8. num. 11. Vela dissert. 33. num. 71.

8 Gutierr. *Pract.* quæst. 10. Greg. Lop. en la ley 9 tit. 22. Part. 3. glos. 4. Salg. *Labyr.* part 3. cap. 1. num. 30.

9 Crespí observ. 32. Sal en el lugar citado, y part 1. *de retent* cap. 7 num. 79. Olea *de cess. jur.* tit. 6. glos. 9. num. 28.

ducentes à la accion propuesta (1). No debiendo ser condenado el reo, no solo ha de ser absuelto de la instancia del juicio, sino de la demanda y entrega de la cosa que en ella se le pide; lo cual se entiende, ya pruebe ó no el actor, por lo que este no puede volver à suscitarla, si no se le reserva para ello su derecho (2), porque obsta la excepcion de cosa juzgada.

17. Todo litigante temerario, o que no tiene causa justa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario, pidiéndolas este; y se entiende no tenerla cuando la demanda es inepta, ó el actor no la probó ni el reo sus excepciones, ó puso alguna maliciosamente, ó fue contumaz, ó por otras causas semejantes; bien que si justifica su intencion con dos testigos à lo menos, aunque estos sean luego tachados, no debe pagarlas (3).

18. Tampoco debe pagarlas cuando tuvo justa causa para litigar, aun que el reo sea condenado ó absuelto en lo principal; ni cuando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia, porque con él se excluye la presuncion de haber litigado maliciosamente; a menos que resulte lo contrario del proceso, pues en este caso se desvanece la presuncion de buena fe que el juramento induce à su favor, por lo que se le ha de condenar y apremiar à su solucion tasandolas el juez (4).

19. Pero si el litigante temerario es pobre, no debe prendérsele ni tomársele sus vestidos, ni ser compelido à dar fiador por el importe de las costas ni por el de los derechos que en defenderse devengue, ni pagarse estos de las limosnas que se hacen á los presos (5); siendo suficiente que la haga constar por informacion, aunque sea hecha en otra parte, presentando un testigo habil y fidedigno en la audiencia ó juzgado en que el pleito se sigue, que deponga de su pobreza, con tal que le reciba el escribano de la causa (6). Llámase pobre el que aunque tenga lo indispensable para vivir, no tiene para litigar; y para que se le declare por tal, basta que haga informacion concluyente de su pobreza ante cualquier juez, y practique despues lo que queda explicado, sin ser rigorosamente necesario que la dé ante el de

1 Ley *Qui habebat*, ff. *de institutor. action.* Salg. part. 3. *Labyr.* cap. 1. num. 30.

2 Leyes 24 y 43. tit. 2. y ley 1. tit. 14. Part. 3. Bobad. lib. 5. *Polit.* cap 3. num. 132 y sig. *Cur. Filip* part 1. § 18. num. 8.

3 Leyes 39. tit. 2. y 8. tit. 22. Part. 3. Greg. Lop. en ambas, glos 3. Valenz cons. 50. Fontan. dec. 95. Gutierr lib. 1. *Pract.* quæst. 134.

4 Ley 8. tit. 22. Part. 3. et ibi. glos. 2 y 3. y ley 1. tit. 19. lib 11. Nov Rec.

5 Leyes 20 y 23. tit. 38. lib. 12. Nov. Rec.

6 Ley 7. tit 49. lib. 5. Nov. Rec.

la causa; pero hasta que esté declarado no se le debe tener por pobre, en cuya atencion ha de pagar los derechos de la informacion y los demas que ocurran; y si ganare en juicio, deberá satisfacer de las cantidades que perciba los legítimos, como si se le hubiera mandado defender sin derechos hasta entonces, porque ya tiene con que pagar.

20. Si el juez no hace condenacion de costas habiéndose pedido, y el vencido apeló, no es necesario que apele el vencedor de semejante omision, porque en segunda instancia puede conseguir que se le condene en ellas adhiriéndose à la apelacion, para cuya adhesion no hay término señalado; y si el vencido no apeló puede tambien el vencedor apelar en derechura de dicha omision, ó de aquello à que el juez no defirió. Lo propio debe practicar por las que se le deben por derecho de accion, v. gr. por contrato, de lo cual trata el señor Covarrubias (1).

21. Como piden muchas veces los litigantes que el juez reponga ó revoque y reforme por contrario imperio, ó como mas haya lugar, sus autos y sentencias; debe saberse que siendo estas *mere interlocutorias*, puede y debe hacerlo con causa justa, cuando quisiere antes de la sentencia definitiva sobre lo principal; pero siendo definitivas ó de las que tienen fuerza de tales, no solo no puede reformarlas ni revocarlas una vez publicadas y notificadas à las partes, sino que tampoco las puede mudar, corregir ni adicionar en cosa alguna. Lo mismo debe entenderse con las interlocutorias que se pronuncian juntamente con las definitivas, por haber espirado sus facultades, y acabádose en aquel juicio su oficio; pero si puede declararlas, á instancia de alguno de los litigantes, en lo que esten oscuras (2), cuya declaracion se debe pedir antes que espire el término de apelar, y se introduzca la apelacion, para que desde que se haga saber la declaracion, empiece á correr este, y asi se practica. Es de advertir que el juez puede ir á defender su sentencia al tribunal superior, con tal que no lleve salario por ello (3).

22. Si en la sentencia definitiva no hizo el juez mencion de los frutos y rentas de la cosa litigiosa, sino solo de esta; ó no condenó en las costas (debiendo hacerlo) á la parte vencida; ó juzgó sobre estas cosas mas ó menos de lo que por derecho debia, puede enmendar y enderezar su sentencia dentro del dia de su pronunciamiento, y no despues (4). Lo mismo puede prac-

1 Covarr. *Pract.* cap. 27, y especialmente en el num. 5.
2 Leyes 3 y 4. tit. 22. Part. 3.
3 Ley 17. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.
4 Ley 3. tit. 22. Part. 3. verb. *Pero si el juzgador.*

ticar cuando condenó en multa ó pena pecuniaria á alguno que es pobre, pues la ley le concede facultad de moderarla ó de quitársela por piedad, si quisiere, especialmente si está aplicada al fisco (1).

23. La sentencia definitiva se debe intimar ó notificar á ambas partes, aunque una sola venza, y si litigan por procuradores, á estos, entregándoseles copia de ella y de otra cualquiera providencia, si la piden, para que la consulten con sus abogados, vean si les es ó no gravosa, y han de apelar ó no de ella, pues á este efecto se les notifica; y sin embargo de que los procuradores respondan que se haga saber á sus partes en persona (como muchas veces lo practican para diferir y ocasionar gastos á las contrarias), no debe el escribano admitirles esta respuesta, porque por la contestacion y uso de su poder se constituyen dueños de la instancia; y por lo mismo hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y llegue el caso de su ejecucion, se han de entender con ellos todas las diligencias que ocurran, á menos que conste en autos la revocacion del poder, pues entonces se han de practicar con la parte, para evitar nulidad por la falta de facultades. Sin embargo la ejecucion de la sentencia se ha de entender con las mismas partes en persona, porque de estas y no del procurador ó apoderado depende su cumplimiento, como obligadas á él.

24. Notificada la sentencia definitiva ó interlocutoria á las partes, ó á sus procuradores ó apoderados, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez, acusando la rebeldía á la otra, expresando ser pasado el de la ley, y pretendiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la lleve á pura y debida ejecucion; á cuya pretension debe proveer este auto: *Por acusada la rebeldía; autos, citadas las partes.* Si dentro de tres dias siguientes al de la última citacion no manifiesta despacho del superior, ha de deferir á la declaracion en la primera audiencia, condenando á los litigantes á que cumplan con el tenor de la sentencia, pues por la ley ya está pasada en cosa juzgada; bien que algunos jueces llaman los autos solamente, y á la siguiente audiencia hacen la declaracion, porque pasado el término de la ley ya está ejecutoriada, y asi, ni tiene para que citar á las partes, ni oirlas sino sobre su ejecucion, ni debe hacerla, porque se aca-

1 Ley 4. tit. 22. Part. 3.

bó su oficio en aquella instancia, y esto es lo mas arreglado. Este auto se debe hacer saber tambien á los procuradores para que les conste que no tienen recurso, por ser visto haber consentido la sentencia; y si entonces responden que se entienda con sus poderdantes, se les debe admitir la respuesta, pues cesaron sus facultades por haberse concluido la instancia, en cuya atencion se ha de notificar á las partes la sentencia y el auto de declaracion para que la observen y cumplan.

25. Para que el escribano sepa lo que es sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y sus efectos, debo advertirle que se llama *cosa juzgada* aquella sobre la que recayó absolucion ó condenacion, y fue proferida en contradictorio juicio oidas las partes plenamente, mas no adquirió el vigor y autoridad de tal; pero *pasar una sentencia en autoridad de cosa juzgada* se entiende cuando recibió irrevocablemente dicho vigor por haberse consentido expresamente, ó no haberse apelado de ella, en cuyo caso es visto haberse consentido, ó si se apeló, se apartó despues el apelante de la apelacion interpuesta, ò se declaró esta por desierta, de suerte que se estima por verdadera y justa la sentencia (1) (*) Esta es entonces de tanta fuerza, que aquel contra quien se dió, sus herederos legítimos, el juez que la pronunció y sus sucesores deben observarla, aun cuando contenga error de cálculo, si provino de los litigantes y no del juez; ó el agraviado, si no apeló de ella, halle despues nuevos instrumentos, y tales que si el juez los hubiere tenido presentes hubiera determinado lo contrario (2); por lo que quien la obtuvo y su

1 Ley 19 tit. 22. Part. 3.

* Segun se explica aqui el autor, parece que no hay otros medios de pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada, sino por no haber apelado de ella las partes, ó no haber seguido la apelacion en los tiempos debidos; siendo así que nuestras leyes declaran por pasadas en autoridad de cosa juzgada muchas sentencias absolutamente, y sin relacion alguna al consentimiento ó desistimiento de los litigantes Por ejemplo: tres sentencias conformes acaban enteramente el pleito, se ejecutan, y no reciben apelacion. En los pleitos concernientes á las rentas y propios de las ciudades, si fueren dadas por cualesquiera jueces dos sentencias conformes, no se puede apelar de ellas, y por consiguiente producen los efectos de cosa juzgada. En las causas que van por apelacion al Consejo, audiencias ó chancillerías, aunque se confirme la sentencia del juez inferior de primera instancia, por la de vista, tiene lugar la súplica; y la sentencia dada en revista, aunque sea revocatoria de las anteriores, causa ejecutoria, sin embargo de ser una sola sentencia. Los pleitos de tenuta y posesion se acaban con sola una sentencia, y no se admite súplica ni otro recurso, sin embargo de ser por lo general de grande entidad. Otros ejemplos pudieran citarse, pero bastan para prueba los indicados El que desee mayor ilustracion sobre este punto puede consultar las Instit. práct. del señor Conde de la Cañada, part. 2. cap. 4.

Acerca de la ejecucion de las sentencias, véase el mismo autor en la obra y lugar citado cap. 11 y siguientes.

2 Ley 19. tit. 22. Part. 3.

sucesor tienen de término veinte años para pedir la cosa litigiosa (1), porque la accion personal, y la ejecutoria dada sobre la misma, prescriben en dicho tiempo (2).

26. Sin embargo, como toda regla general padece sus excepciones, hay casos en que la sentencia declarada en cosa juzgada se puede rescindir y revocar porque no adquirió el vigor y fuerza de tal. El primero es cuando el que fue condenado en ella halló posteriormente nuevos instrumentos, pues aunque sea mayor de veinticinco años puede pretender se rescinda por via de restitucion que le compete por la cláusula general: *si pareciere haber alguna causa justa*; y debe deferirse á ello por la ignorancia y legítimo impedimento que tuvo para no haberlos producido (3) (*). El segundo es cuando se pronunció la sentencia en virtud del juramento supletorio de su contrario, y luego por los instrumentos que halla acredita que este se perjuró, y justifica su intencion (4). El tercero es cuando se dió en causa matrimonial declarando no haber matrimonio, ó que fue ilícito, si hubo error en la declaracion ò el juez no fue el legítimo diocesano que debió conocer de ella (5). El cuarto es cuando fue dada por pruebas falsas de testigos ò instrumentos, y no se alegó ni conoció de su falsedad, en cuyo caso el agraviado ha de pedir al mismo juez por via de restitucion que rescinda su sentencia citando à la parte contraria, lo que debe hacerse si prueba la falsedad, para lo cual le concede la ley veinte años y no mas (6). El quinto es cuando la causa porque se pronunció se convierte en no causa, como si alguno es condenado à la satisfaccion del valor de la cosa que le prestaron y perdió, y luego la halla su dueño, en cuyo caso este debe volver el precio que recibió al comodatario, quien sino lo satisfizo no está obligado à su entrega (7). El sexto es cuando la sentencia es venal, por haber sido sobornado el juez con dádivas ò promesas. Si el juez con conocimiento da una sentencia injusta por odio ò amor á uno de los litigantes, perderá su oficio, quedará infamado para siempre y satisfará al agraviado aquello en que se le condenó,

1 Greg. Lop. en dicha ley 19.

2 Ley 63 de Toro.

3 Greg. Lop. ley 19 tit. 22. Part. 3. glos. 9

La ley 19 citada dice lo contrario, segun se ha expresado en el parrafo anterior, exceptuando solamente el caso de que el juicio fuese dado contra el Rey ó contra sus personeros, ó en pleitos que perteneciesen á la su Cámara ó á su señorío;" y el que se menciona despues en este párrafo tocante al juramento supletorio. *Febrero reformado*

4 Leyes 15. tit. 11, y 13 y 19. tit. 22. Part. 3

5 Ley 19. tit. 22. Part. 3. cap. 10. y cap. 11. *de sententia et re judicat.*

6 Leyes 15. tit. 11, 116. tit. 18, 13 y 19. tit 2°. y 1 y 2. tit. 26. Part. 3.

7 Ley 19. cit.

juntamente con todos los perjuicios y gastos que jurare haber recibido y hecho por razon de la sentencia; mas si fue injusta por necesidad ò ignorancia del juez, solamente debe satisfacer al perjudicado todo el daño que se le siguió de ella (1). El séptimo es tocante à las causas beneficiales, pues solo respecto de las partes pasa en cosa juzgada, no en perjuicio del superior (2). El octavo es cuando se dió contra el Rey ó su procurador, y este ú otro cometió dolo para ello, pues en cualquier tiempo se puede pedir la revocacion (3). El nono caso es cuando la sentencia es tal, que de su tenor ó por vista ocular ó evidencia del hecho aparece su injusticia (4); y por último, todas las sentencias nulas de que se trata en el capítulo siguiente se pueden rescindir y revocar dentro de treinta años segun el derecho de las Partidas.

1 Leyes 13 y 14. al fin. tit. 22. Part. 3.
2 Cap. 18. *de re judicat.* glos. et Abb. in cap. 1. *de conces prœbend.* cap. 32. *de election.* y cap. 31. *de rescript.*
3 Dicha ley 19. tit. 22. Part. 3.
4 Cap. 9. *de sententia et re judicat. Innocen.* in cap. 18. del mismo tit.

CAPITULO DECIMOSEXTO.

De la nulidad de las sentencias, y término en que se debe pedir.

§. 1. Medios que tiene la parte que se sintiere agraviada de la sentencia, para reparar los perjuicios que el juez le hubiere irrogado con ella.

2. Toda sentencia tiene á su favor la presuncion de haberse pronunciado segun la forma prescrita por derecho.

3. ¿Que se entiende por nulidad de una sentencia?

4. Diferencia entre sentencia nula é injusta.

5 hasta el 9. De las sentencias que tienen el vicio de nulidad.

10. La nulidad notoria puede intentarse como perpetua en cualquier tiempo; pero las demas nulidades deben pedirse dentro de los sesenta dias siguientes al de la notoriedad de ella.

11. Diferentes modos con que puede intentarse la nulidad de la sentencia.

12, 13 y 14. Ventajas de proponer y seguir el juicio de nulidad en el tribunal superior.

15 hasta el 23. Ventajas que resultan de proponer la nulidad al mismo tiempo que la apelacion.

24. Mientras se ventila el juicio de nulidad, no corre el término de apelar si se intentó antes que este espirase.

25. No puede intentarse nulidad de ciertas sentencias.

26. Tampoco tiene lugar la restitucion en los casos referidos en el párrafo anterior, respecto de los menores y demas privilegiados.

27. ¿En que términos deberá pedir el menor la restitucion de la sentencia cuando el derecho se la concede?

28. ¿En que casos podrán decir de nulidad de la sentencia la iglesia y el concejo?

29. Término en que deberán pedir la restitucion la iglesia, comunidad ó concejo, si fueren perjudicados en la sentencia.

30. ¿Que deberán hacer las corporaciones indicadas para que no haya lugar á la prescripcion en aquellas cosas suyas que se pueden perder por el tiempo de cuarenta años?

31. Regularmente hablando no perjudica á los que no fueron citados la sentencia dada contra otros.

32. Excepciones de la regla anterior.

1. La parte que se sintiere agraviada de la sentencia, puede reparar los perjuicios que el juez le hubiere irrogado con ella,

ya proponiendo y formalizando la accion de nulidad, cuando contiene alguno de los vicios que la hacen nula, como se dirá en este capítulo; ya usando del medio de la apelacion, para que el juez superior enmiende ó repare el daño que le hizo el inferior por ignorancia ó malicia, de lo cual se tratará en el capítulo siguiente.

2. Toda sentencia tiene á su favor la presuncion de haberse pronunciado segun la forma prescrita por derecho (1), con conocimiento de causa, y por juez legítimo con jurisdiccion para darla, mayormente siendo superior (2); y si es antigua se amplía la presuncion á que precedieron para ello todos los requisitos y solemnidades sustanciales (3). Pero no obstante, como sucede muchas veces que algunas contienen el vicio de nulidad por varios motivos que voy á exponer, pueden impugnarse y rescindirse por esta causa; aunque si las partes consienten la sentencia nula, se confirma esta, porque el acto nulo convalece por convenio y conformidad, como se dice en el derecho (4).

3. La nulidad considerada en abstracto ó genéricamente, no es otra cosa sino un derecho que compete á los litigantes ó á cualquiera otra persona para invalidar la sentencia, el acto, testamento ó contrato de que se trata. Contraida á la sentencia misma, es el vicio ó defecto que contiene, y procede de la trasgresion de la ley. Asi cuando la nulidad es clara, se llama favorable, y el juez está obligado á declararla abiertamente, pues no hay mayor injusticia que la nulidad; pero cuando es oscura se llama odiosa, y en caso de duda está la presuncion por la validacion del acto ó sentencia (5).

4. Puede ser nula ó injusta la sentencia: se llama *nula* cuando es dada contra la forma y solemnidad que prescriben las leyes; é *injusta* cuando se profiere contra el derecho del litigante (6), por cuya causa los letrados piden al superior en las apelaciones que interponen, la declare nula ó la revoque como injusta. Los autores lo distinguen con los adverbios *ritè* y *recte*, de los cuales el primero recae sobre la nulidad, y el segundo sobre la injusticia. Estas pueden provenir de diez causas, á que

1 Cap. 16. *de sent. et re judicat.*

2 Vela diss. 48. num 5. Gutierr lib 1. *Pract.* quæst. 35. Covarrub. *de matrim.* cap. 8. §. 1. num 7.

3 Salg. *de reg. prot.* cap. 1. num. 19. Parej *de edit.* tit. 2. resolut. 5 num. 83.

4 Leyes 2. Cod. *Communia utriusque judicii*, y 3. Cod. *Quomodo et quando judex.* Parlad. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 2. num. 7.

5 Vanc. *de nullitat.* tit. 1. per tot. Scacia *de appellat.* quæst. 19.

6 Cap. 1. *de re judic.* ley *Prolatis*, ff. eod. tit. Parlad. differ. 70. num. 1.

se reducen los treinta modos, por los que expresa Marant. part. 4. dist. 16, se pueden decir nulos el juicio y sentencia, y son: por falta de jurisdiccion del juez; legitimacion ó citacion de parte; por razon del lugar en que se pronuncia la sentencia, y solemnidades observadas en el juicio; error en la cantidad ó en otra cosa; tiempo, proceso, modo, injusticia manifiesta, ó por la de la condicion de las personas (1), las cuales paso à explicar.

5. Es nula la sentencia pronunciada por el juez que tiene prohibicion legal de serlo, ó carece de potestad de juzgar, ó si la tuvo espiró, ó le fue revocada por la ley ó por el delegante, aunque ignore la revocacion; ó la dada contra naturaleza, derecho y buenas costumbres, ó contra el que no fue emplazado, excepto en los casos explicados en el párrafo 17, capítulo 6, en los cuales no es necesario el emplazamiento; ó en tiempo en que está prohibido juzgar, ó fuera del prefinido para ello, ó en un lugar indecente, v. gr. la taberna, ó fuera de su territorio, ó no estando sentado *pro tribunali;* ó por yerro de parte del juez en la cantidad en que consista aquel y no mas, ó contra menor de veinticinco años, loco, fatuo ó mudo, y sordo por naturaleza ó enfermedad sin audiencia de su curador, ó contra esclavo sin la de su señor, excepto en los casos en que por sí solo puede comparecer en juicio; ó por juez lego sobre cosa espiritual (2).

6. Tambien es nula la que se da bajo de condicion, ó à ejemplo de otra, à menos que sea al de la proferida por el Rey, como legislador en caso semejante (3); ó contra el que no es súbdito del juez, excepto en los casos en que, aunque no lo sea, se hace por las razones expuestas en los párrafos 5 y siguientes del capítulo 3, título 1 de este libro, ó contra hombre muerto sino se cita á sus herederos, aunque hay crímenes, como lo es la traicion, en que sin este requisito se puede proceder despues de su muerte contra su fama ó bienes; ó antes de la contestacion; ó no estando presentes los litigantes, ó al menos no siendo citados, pues basta que se les cite, aunque luego huyan ó no concurran; ó sin pleno conocimiento de causa, porque en el juez no reside autoridad para mudar la forma del juicio; ó sino contiene las palabras: *condeno, absuelvo,* ú otras equivalentes, como se

1 Peregrin. in *Prax. vicarior.* Bayo *Prax. ecclesiast.* part 3. lib. 1. cap. 21. Guerrero *de division* lib. 8. cap. 3. num. 3.

2 Ley 12. tit. 22. Part. 3. Greg. Lop. en ella, glos. 3, 6 y 14. Salg *de reg.* part. 2. cap. 13. num. 38. y part. 3. *Labyr.* cap. 1. num. 100.

3 Leyes 14. tit. 22. y 3 y 4. tit. 16. Part. 3.

dijo en el capítulo anterior, párrafo 6 (1); ó sino se expresa la cosa ó cantidad cierta, à menos que se remita à los autos, y en ellos conste; ó si la causa ó fundamento que en ella menciona es falso; bien que para que por esta razon no se alegue nulidad, es buena cautela añadir, *y por lo demas que de autos resulta*; ó si en estos falta el poder ó legitimacion de persona; ó cuando excede de lo pedido, ó no es sobre ello, ó lo que se pide es genérico, y la sentencia se da sobre cosa específica, ó es diversa en sí ó en la accion (2).

7. Asimismo es nula la sentencia de los jueces (ya sean ordinarios, delegados ó árbitros) dada sin concurrencia de todos los comisionados para pronunciarla, aunque los ausentes envien à decir por escrito à los otros que la den, excepto que para ello tengan poder especial del que les confirió la comision; pero si concurren todos y discordan, se ha de estar à la pluralidad de votos. Si la discordia es igual en número, no sirve la sentencia; y si unos condenan al reo en mayor suma que los otros, debe prevalecer el voto de estos, como mas piadoso, por la condenacion menor (3).

8. Igualmente es nula la que el juez lego profiere en pleito intrincado y de gravedad, sin consulta de asesor letrado; mas no si consiste en penas de ordenanza y denunciaciones; pues para darla sobre esto no necesita asesorarse (4); la que se da por testigos, instrumentos ú otras pruebas falsas, ó por haber corrompido al juez con dádivas, si se justifica que por el soborno juzgó injustamente, y no de otra suerte; en cuyo caso puede rescindirse dentro de veinte años, y no despues, y el juez incurre en la pena del triplo; y la que pronunció en virtud del juramento supletorio de una de las partes, siempre que la otra acredite con documentos legítimos que aquella se perjuró, y muestre certidumbre de su pretension (5).

9. Es nula finalmente la sentencia definitiva dada en una instancia, ó en otra diversa, contra otra definitiva de que no se apeló, la cual no puede revocarse ni rescindirse, sin embargo de que lo consientan las partes, à menos que conste de su injusti-

1 Ley 32. tit. 2. y leyes 9, 10, 15 y 22. Part. 3. Salg. *de reg.* part. 3. cap. 9. num. 20.

2 Ley 16. tit. 22. Part. 3. Salg. *de reg.* part. 3. cap. 7. num 225, cap. 8. num. 27. y cap. 9. num. 212. Parej. *de edition.* tit. 5. resolut. 10. num. 50. Parlad. differ. 70. num. 10 al 12.

3 Ley 17. tit. 22. Part. 3.

4 Acev. en la ley 7. tit. 28. lib. 4. Rec. num. 105. Bobad. lib. 3. *Polit.* cap. 8. num. 255. Scac. *de sent.* cap. 1. glos. 3. quæst. 2 y glos. 13.

5 Leyes 13 y 24. tit. 22. y leyes 1 y 2. tit. 26. Part. 3.

cia, y sobre esta se admita prueba. Lo mismo procede aunque se haya apelado, si la apelacion se declaró por desierta. Pero si se disputase sobre si hubo ó no sentencia, el juez declarare que no, y no apelare ninguna de las partes, ó si apela se confirmare la segunda, quedará inválida é ineficaz la primera (1).

10. La nulidad notoria que consta evidentemente de los autos, v. gr. cuando la sentencia es contra ley ó fuero, naturaleza ó buenas costumbres, ó falta alguno de los jueces nombrados para darla, ó espiró el tiempo prefinido para ello, ó la condenacion excede de la pena de la ley, ó contiene error de parte del juez, ó falta la contestacion de la demanda, ó las partes no son citadas para darla, ó fue venal, que es cuando se corrompe al juez con dádivas, ó cuando se profirió contra muerto, excepto en causa de traicion, ó la nulidad proviene de defecto de jurisdiccion; puede intentarse como perpetua en cualquier tiempo, segun las leyes de Partida (2), aunque no se haya apelado de la sentencia, y se intente contra tres conformes (3). Las demas nulidades deben pedirse dentro de los sesenta dias siguientes al de la notoriedad de aquella; y no despues, ya se proceda por via de accion ó de excepcion (4). Pero conforme al dictamen del señor Covarrubias (5), todas se deben intentar dentro de ellos, porque la ley recopilada citada, que es posterior á las de Partida, habla indistinta y absolutamente, manda que despues de pasados no sea oido mas el litigante; que si en ellos dijere que es nula, y se diere sentencia sobre esto, ninguna de las partes puede alegar nulidad de esta sentencia, sino apelar ó suplicar de ella, segun sea el juez; y que de lo que se determine en estos grados ó instancias, tampoco haya ni se permita recurso de nulidad (6).

11. La nulidad de la sentencia puede intentarse de varios modos: 1.° como accion directa sola, ya ante el mismo juez de la causa, ya recurriendo al tribunal superior por via de queja, sin preceder gestion alguna ante el inferior que dió la sentencia: 2.° Puede intentarse tambien como accion principal acompañada de la apelacion, indicando ante el juez inferior la nulidad que contiene la sentencia, y pidiendo el testimonio correspondiente para proponer y mejorar mas en forma el competente re-

1 Dicha ley 13. tit. 22. et ibi glos. 2. ley 1. Cod. *Quando provocare non est necesse.* Cap. *Inter cæteras, de re judic.*

2 Leyes 3, 4 y 5. tit. 26. Part. 3.

3 Acev. en la ley 2 tit. 17. lib. 4. Rec. (ó 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec.) num. 25 al 40. Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 96.

4 Ley 1. tit. 18. lib 11. Nov. Rec.

5 Covarr. *Pract.* cap. 25. num 5. vers. *Ego contrariam sententiam.*

6 Ley 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec.

curso de nulidad en el tribunal superior. La diferencia entre este recurso y el primero consiste únicamente en que para salir acompañado de la apelacion, y correr mejor suerte en su progreso, necesita anticipar y atemperar su uso al término de la apelacion. 3.° Ultimamente se puede hacer uso de la nulidad que contenga la sentencia por incidencia de la apelacion; y esto tiene lugar cuando solo se habla de su injusticia ante el juez que la dió, y se apela de ella para el tribunal superior, en donde podrá motivarse la nulidad al mismo tiempo que se expongan las causas y fundamentos de la injusticia (1).

12. Si para tratar de la nulidad principalmente, puede tomar el actor á su arbitrio los dos caminos señalados, haciéndolo ante el juez inferior, ó en el tribunal del superior, conviene mucho reflexionar cuál de estos dos medios sea mas ventajoso y seguro á la misma parte interesada y á la causa pública.

13. Si propone la nulidad ante el juez inferior, tocará al primer aspecto el desabrimiento que regularmente causa á los hombres el que les impugnen sus determinaciones, y mucho mas haciéndolo por causas que descubren su ignorancia, culpa ó iniquidad; pues hay muy pocos que quieran confesar sus yerros, y mucho menos su malicia; porque si la nulidad se funda en que el poder no fue suficiente, en que no se hizo publicacion de probanzas, habiéndola pedido la parte, ó en que no se concluyó ni citó para sentencia, ó en cualquiera otro defecto sustancial que resulte de los mismos, arguye ignorancia ó culpa en el juez, por no haberse instruido bien de los hechos del proceso, como disponen las leyes, ó no haber conocido los defectos legales que aquellos contenian; y si la nulidad se funda en colusion del juez, soborno ú otra cosa que irrogue nota, será mas duro que la confiese y manifieste en su sentencia, declarando ser nula por esta razon la que habia dado en la causa principal; y no es justo ni conveniente ponerle en el estrecho de que falte nuevamente á la justicia, desestimando la nulidad propuesta.

14. Si al contrario, desde sus principios, omitiendo el juicio de nulidad ante el inferior, se propusiese ante el superior, se lograrán conocidas ventajas en todo; porque aquellos jueces no estan ligados con las notas que padece el inferior que dió la sentencia de cuya nulidad se trata, y con las dos sentencias en que la declaren se causa ejecutoria, como se dispone en la ley 3. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. Por estas consideraciones y otras

1 *Instit. pract.* del señor Conde de la Cañada, part. 2. cap. 1. num. 2, 5 y 7.

que se omiten por no ser necesarias, se convence la utilidad y seguridad de proponer y seguir la nulidad, como accion principal, ante el juez superior del que dió la sentencia (1).

15. Habiendo hecho ver las ventajas que resultan de acudir desde luego al tribunal superior, se demostrará ahora la utilidad de proponer la nulidad al mismo tiempo que la apelacion, para que corran juntos estos dos recursos, y se evite de este modo que haya dos nuevas instancias, con grande aumento de gastos y dispendio de tiempo.

16. Proponiendo la nulidad al mismo tiempo que la apelacion, para que una y otra guarden el concepto de principales, independientes y separadas en su ingreso, en su continuacion y en sus respectivos fines, se devuelve desde luego toda la causa principal al juez superior en fuerza de la apelacion, llevando tras sí el conocimiento de la nulidad al mismo tribunal superior; y este es el primer efecto favorable que produce la union de estos dos recursos.

17. El segundo efecto mas ventajoso, que resulta de la union de estos dos remedios, consiste en que los procedimientos que hiciere el juez despues de haberse introducido, aun sin esperar la inhibicion, se gradúan de atentados, y se reponen inmediatamente como nulos; y esto no se lograria por el primer medio de usar de la nulidad separadamente, como lo exponen los mismos autores citados.

18. El tercer efecto favorable se funda en que la apelacion, en el caso de no deferir á ella el juez, y proceder sin embargo *ad ulteriora*, prepara la fuerza del juez eclesiástico, y á esto no alcanza la nulidad por sí sola.

19. El cuarto y mas principal favor de la union de estos dos recursos estriba en que conociéndose en el mismo tribunal superior juntamente, y por los propios trámites del mérito y justificacion de uno y otro, y comprendiéndose su decision en una misma sentencia, se logra que con las dos de vista y revista se acabe el pleito en todo, y se excusan seis instancias mas: las tres sobre la nulidad sola, cuando se ha empezado ante el juez ordinario que dió la sentencia; y las tres restantes sobre si há lugar á la apelacion, por haberse introducido el recurso de nulidad con causa y razon probable, ó por temeridad y malicia; y presentándose las ventajas que tuvieron las leyes en tan alta consideracion para buscar medios de evitar pleitos, y reducir-

(1) *Instit. pract.* cap. cit. num. 33, 34, 38 y 39.

los al menor número posible, queda demostrado cuanto interesa la causa pública en que se use de la apelacion al mismo tiempo que de la nulidad.

20. Podrá decirse en oposicion de lo referido, que usando al mismo tiempo de la nulidad y de la apelacion ante el juez superior del que dió la sentencia, pierde la parte el arbitrio y eleccion que le concede la ley 2. tit. 26. Part. 3, de proponer la nulidad ante aquel mismo juzgador que dió su juicio, y que en esta parte se hace ilusoria la disposicion de la misma ley.

21. Yo entiendo por lo que va expuesto, que nada pierde la parte en no proponer la nulidad separada, que es el caso en que podria hacerlo ante el juez inferior, y que gana mucho en unirla con la apelacion, siguiendo el espíritu de las leyes posteriores que se han citado; y cuando necesitase de alguna declaracion, convendria se hiciese mandando que lo dispuesto en la ley 2. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec. acerca de la nulidad que se propone contra las sentencias que se dieren en el Consejo ó audiencias, se entendiese y extendiese á las de los demas jueces, reservándose tratar y determinar sobre la nulidad, juntamente con el negocio principal, sin permitir que se cause, haga ni forme juicio aparte para sentenciarla y determinarla sobre sí y apartadamente.

22. Y prescindiendo de si la ley de Partida se puede considerar derogada por la posterior de la Recopilacion; aun cuando se entendiese subsistente, tendria yo por irracional, fraudulento y malicioso el recurso de nulidad apartada por el solo hecho de introducirlo y proponerlo ante el juez que dió la sentencia, y estimaria sin otro conocimiento ni examen del proceso, que no debia aprovecharle el término de la apelacion que segun la opinion de los autores citados queda suspenso.

23. De la nulidad que viene por incidencia de la apelacion, y de la que se propone como excepcion, se tratará mas oportunamente en los capítulos siguientes.

24. La nulidad se ha de controvertir en contradictorio juicio con audiencia del colitigante, y mientras se ventila no corre el término de apelar, si se intentó antes que este espirase (1), lo cual es corriente en la práctica; y una vez interpuesta la nuli-

1 Yo supongo, dice el señor Conde de la Cañada, que la opinion que llaman comun los referidos autores, no se funda en ley alguna del reino, pues ninguna hay ni ellos la enuncian en que se disponga ó declare que el juicio de nulidad impida el curso de la apelacion, y haga dormir la jurisdiccion en la causa principal. En seguida impugna dicha opinion fundado en varias leyes y sólidas razones. Véanse sus *Instit. pract.* part. 2. cap. 1. num. 51 y siguientes.

dad dentro de los sesenta dias, no pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada, aunque no se apele de ella, ó la apelacion se declare por desierta (1).

25. No puede intentarse nulidad de las sentencias dadas en el Consejo, chancillerías y audiencias, ni suplicacion ni otro recurso de aquellas en que sus ministros se declaran ó no por jueces, ni se impide su ejecucion, aunque se alegue incompetencia y defecto de jurisdiccion, y conste en el proceso ó en cualquiera forma, y asi se han de llevar á debido efecto (2). Tampoco puede intentarse nulidad de las sentencias de revista (3); pero sí de las de los alcaldes de Corte que tienen provincia, y conocen de lo civil, pues con estos no se entiende lo expuesto (4).

26. Tampoco há lugar á la restitucion en todos los casos referidos en el párrafo anterior, asi para con los menores y demas privilegiados, como respecto de los mayores, á quienes por justas causas se la concede el derecho, aunque ambas concurran en una misma persona, por lo que no se deben volver á ver, suscitar ni tratar con pretexto de nulidad, restitucion ni otro, los pleitos que por tales sentencias quedaren acabados (5). Pero en los casos de suplicacion ordinaria, y en los de segunda, segun la ley de Segovia, si se alega nulidad de las sentencias precedentes, se ha de reservar su decision para cuando se dé sobre el negocio principal, y no hacerse ni formarse juicio separado sobre ella (6).

27. Aunque es válida la sentencia dada contra el menor de veinticinco años en pleito que sigue con asistencia de su curador, no interviniendo alguno de los motivos explicados; no obstante, si fue perjudicado en ella, hace constar la lesion, y la sentencia se profirió durante su menor edad, puede por sí ó por medio de su curador ó procurador con especial mandato, pedir restitucion por via de excepcion ante el propio juez (ó ante su superior, si se apeló de ella) dentro de los veinticinco años, ó de los cuatro siguientes á ellos, y no despues. Esta restitucion se le debe conceder una vez en una causa, y no mas, y ha de ventilarse con audiencia de su contrario; el cual, si quiere, puede gozar del término de la restitucion, y dentro de él probar lo que le convenga igualmente que el menor. Entre tanto no puede

1 Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 1. num. 13. y differ. 70. num. 3. 4 y 5.
2 Leyes 5. tit. 13. 2. tit. 18. y 7. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.
3 Leyes 5. tit. 13. 3. tit. 17. y 2. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec.
4 Ley 3. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec.
5 Dicha ley 5 tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.
6 Ley 2. cerca del fin, tit. 18. lib. 11. Nov. Rec.

hacerse ninguna otra cosa; de suerte que por la restitucion pedida en tiempo y forma, se vuelve el menor al estado que tenia antes de la sentencia, y el pleito á su principio, y se abre nuevamente el juicio. Pero no há lugar la restitucion cuando la sentencia se pronunció despues de su menor edad, aunque el pleito se principiase dentro de ella, ni tampoco cuando es nula por derecho, porque en este caso, como no hay materia sobre que recaiga la restitucion, por no haber sentencia, se ha de intentar solamente la nulidad (1).

28. Pueden decir tambien de nulidad la iglesia y concejo, cuando no se les mandó nombrar defensor, ó no se les citó; mas no si habiéndoles emplazado el juez, no quisieron enviar su síndico, ni la iglesia ó su prelado comparecer en el juicio; pues de permitírselo estaria en su mano eludir el proceso, y nunca comparecerian á defenderse, por lo que les perjudicará la sentencia. Esto no tiene lugar para con el menor que no está provisto de curador; pues si teniendo edad para nombrarle, no quiere, se le puede nombrar el juez, aunque lo resista, y con él se han de sustanciar los autos (2).

29. Siendo perjudicados en la sentencia ó contrato la iglesia, comunidad ó república, deben pedir la restitucion dentro de los cuatro años siguientes á su fecha, y si la lesion es enorme, les concede el derecho (3) treinta para ello. Los mismos concede al Rey, como cabeza del comun del reino, cuando interviene lesion en alguno de los contratos que se hacen á su nombre (4); pero se ha de advertir que el Rey puede poseer tres clases de bienes. Unos como persona privada, otros que tocan y son perpetuamente de su Real patrimonio; y otros que recaen en su Real Cámara ó fisco, por condenacion ó por falta de parientes dentro del grado legal. Las dos últimas clases (que llaman fiscales) gozan del privilegio; pero por la primera ninguno mas le compete que á cualquiera persona privada (5).

30. Para que no haya lugar á la prescripcion en aquellas cosas suyas, que se pueden perder por tiempo de cuarenta años, es preciso que las pidan dentro de cuatro despues de estos; pues pasados, no tienen derecho alguno (6). Pero las alcabalas, pechos y tributos Reales nunca prescriben, ni las cosas sa-

1 Leyes 1, 2 y 3. tit. 25. Part. 3. y 8. y 9. tit. 19. Part. 6.

2 Cap. fin. *de sede vacante*. Cap. *Tam ex literis, de in integrum restit.* Greg. Lop. en dicha ley 1. tit. 25. Part. 3. glos. 5. cit.

3 Ley fin. tit. 19. Part. 6.

4 Ley fin. tit. 19. Part. 6.

5 Greg. Lop en la ley 1. tit. 17. Part. 2. glos. 4, y en dicha ley fin. glos 2. Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 1. num. 701.

6 Ley 8. tit 29. Part. 3.

gradas y religiosas, ni tampoco las del comun uso de los pueblos, v. gr. dehesas, ejidos, caminos y otros semejantes (1).

31. Regularmente hablando no perjudica á los que no fueron citados, la sentencia dada contra otros (2), porque ninguno debe ser gravado ni condenado por lo que no hace ni aprueba, pues no tiene culpa en ello (3); y asi el reconocimiento de la deuda ó su solucion, hecha por uno de los herederos del difunto, no perjudica á los coherederos que la niegan, á menos que el acreedor la pruebe por otro medio (4); ni la transaccion hecha con uno perjudica al ausente (5); ni el hermano á su hermano en lo que ejecuta con mandato suyo (6); ni la dada contra uno á su conjunto que no le mandó litigar, ni lo probó ni se obligó á haberlo por estable, pero sí de lo contrario (7); ni la dada contra un legatario daña al colegatario que tiene igual derecho, y mucho menos al heredero (8); al contrario sucede en la que se profiere contra este, que dijo ser inoficioso el testamento, pues dañará al legatario (9); ni en causa criminal la que se pronunció contra un reo, es nociva al correo (10), y por lo mismo que no daña á estos, tampoco aprovecha á los otros; y en otros casos semejantes (11); de suerte que el tercero puede apelar de la sentencia dada entre otros en lo que le toque, y se le debe admitir la apelacion, como que no fue oido ni citado, manifestando y probando á lo menos sumariamente su derecho, y que se le irroga perjuicio (12). Asimismo no perjudica al coheredero la proferida contra el heredero, aunque sea sabedor del pleito; pues uno de ellos puede ser condenado y el otro no (13); pero para la inteligencia de esto se presuponen tres casos: el primero, cuando todos son instituidos puramente, y entonces es constante que no les perjudica por las razones expuestas: el segundo, cuando uno fue instituido puramente y el otro con condicion, y son conjuntos en la cosa, y separados en las palabras; en cuyo caso el instituido puramente se contempla serlo *in solidum*

1 Leyes 6 y 7. dicho tit. 29. Part. 3. 4 y 9 tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.

2 Rubr. y leyes 1 y sig. Cod. *Res inter alios*, y ley 10 tit. 22. Part. 3. Cap. *Inter dilectos*, 6. §. *In omnibus*, *de fide instrum.* Cap *Cum super*, 17. y cap. *Quamvis*, 25. *de sent et re judic.*

3 Regla 22. *Jur.* in 6. y ley 18. tit. 33. Part. 7.

4 Ley 1. Cod. *Res inter alios.*

5 Ley 2 sig.

6 Ley 3. Cod. eod. tit.

7 Ley 1. Cod. *Quibus res judic.*

8 Ley 1. ff. *de excepc. rei judic.* Scac. *de sentent.* glos. 14. quæst. 12. num. 34.

9 Ley *Papinianus*, §. *Si ex causa*, ff. *de inofficios. testam.*

10 Ley 3. Cod. *Quibus res judic.*

11 Ley 2. Cod ibi.

12 Ley *Et sententia*, ff. *de appellat.* y cap. *Cum super de sentent. et re judic.*

13 Ley *Circa*, ff. *de inofficios. testam.* Ley *Cum duobus.* Cod. eod. tit.

pendiente la condicion (1); por lo que la sentencia dada contra el que es puramente instituido, dañará condicionalmente al que lo es con condicion, porque el negocio toca principalmente á aquel, y no tienen igual derecho ambos; y el tercero, cuando los coherederos son separados en la cosa del modo propuesto en el segundo caso; pues entonces el instituido puramente es heredero en parte, y asi la sentencia proferida contra él, no dañará al que lo es condicionalmente, porque la cosa en que lo fue puramente, nada tiene de comun con la otra considerada dividida.

32. *Dije regularmente hablando*, porque esta regla tiene sus limitaciones, y por consiguiente hay varios casos en que la sentencia dada contra unos, daña ó aprovecha á otros, aunque no sean citados. El primero, respecto del pleno perjuicio, pues no obstante que en esto no les puede dañar ni aprovechar, les dañará en cuanto á la presuncion, v. gr. la confesion del delito hecha por un reo, no perjudica al cómplice ó correo para la condenacion, mas sí para la presuncion. El segundo, cuando compete á alguno primeramente alguna accion ó excepcion, y permite que el siguiente, á quien secundariamente toca, litigue, y no lo protesta, que la sentencia dada contra este, perjudica al primero (2), porque se presume que lo hace con su consentimiento, ó cuando dos se constituyen deudores de mancomun de otro, ó fue prometida á entrambos alguna cosa, de manera que cada uno la pudiese demandar en el todo, pues la sentencia proferida á favor ó contra el uno, aprovecha ó perjudica al otro (3). El tercero, en las causas conexas, v. gr. la sentencia dada contra el ordenado indignamente, y perjudica al ordenante (4). El cuarto, en la cosa individua y comun á dos ó mas, en las servidumbres y cosas correlativas, pues si se profiere á fa-

1 Glos. in leg. 2. ff. *Si pars hæredit. petat*

2 Cuando el principal interesado que tiene la primera parte en la accion y derecho que se disputa promueve ó defiende la instancia, y es vencido en la sentencia que pasa en cosa juzgada, le obsta de nuevo esta excepcion: pero igualmente trasciende á todos sus sucesores universales y particulares, y á cualquiera otro que traiga y derive su derecho de aquel principal que fue vencido. Asimismo cuando se dan las sentencias contra los que tienen un derecho secundario, y accion mas remota en lo que se controvierte y defiende, perjudica á los principales que tienen en lo mismo un derecho primario, siempre que estos sepan y toleren que se siga el pleito con aquellos, y que el derecho primario de los unos proceda de los otros, á quienes se permita litigar. Por tanto, si un marido sufre que su suegro, suegra ó muger defienda en juicio alguna de las cosas dadas por razon de casamiento, le perjudicará la sentencia. Conde de la Cañada, *Inst. pract.* part. 1. cap. 12. num. 39, 51, 54 y 56.

3 Ley 20. tit. 22. Part. 3.

4 Canon *Hæc quippe*, 3. quæst. 6. Canon *Tantis Daniel.* dist. 81.

vor de uno, aprovecha á los otros, ó al contrario, porque la sentencia no puede ser válida en parte y en parte no (1). El quinto, en la cosa comun con el pupilo, pues por este respecto y comunion, el que con él posee algun fundo, retiene la servidumbre que á este se debe, aunque no la use; y asi como contra el menor no corre la prescripcion, asi tampoco contra el mayor que tiene comunidad con él en alguna finca: lo cual procede por razon de la comunidad; pues en las cosas individuas puede uno conseguir por su socio lo que es imposible por sí mismo (2). Y el sexto, cuando se da contra uno respecto de la cosa, por la cual compete á muchos *in solidum* algun derecho, v. gr. en las acciones populares (3). Otros varios casos traen las leyes 20 y 21. tit. 22. Part. 3, y Gregorio Lopez en sus glosas.

1 Ley *Loci*, 3. ff. *Si servitus vindicetur*. Cap. *Una sententia*, 72. *de appell.*

2 Cap. *Sacris*, 12. *de sepult.* cap. unic.

3 Ley 3. ff. *de popular. action.*

CAPITULO DECIMOSEPTIMO.

De las apelaciones, y sus efectos.

§. 1. Objeto de la apelacion.
2. Utilidad de esta.
3. La apelacion puede hacerse verbalmente, ó por escrito.
4. No es necesario que el apelante exprese ó pruebe el agravio.
5. De las personas que pueden apelar.
6 y 7. Solo puede apelarse de las sentencias definitivas; mas no de las interlocutorias, excepto en los casos que alli se expresan.
8. De algunas sentencias definitivas, en las cuales no se admite apelacion.
9. Cuando la sentencia contiene diversos capítulos ó cosas separadas, puede apelarse de las unas dejando las otras.
10. La apelacion interpuesta por uno de los compañeros en el pleito, aprovecha á los demas comprendidos en la misma sentencia, excepto en los casos que alli se expresan.
11. Deben admitirse todas las apelaciones, excepto aquellas en que haya para negarlas causa aprobada por las leyes.
12. Efectos que produce la apelacion.
13. ¿De cuantos modos puede el juez admitir la apelacion?
14, 15 y 16. Ventajas de la apelacion, cuando se admite en los dos efectos suspensivo y devolutivo.
17. ¿Como se entiende la apelacion, cuando se admite sin la expresion de que sea en los dos efectos?
18, 19 y 20. ¿Si la apelacion admitida con la cláusula *en cuanto há lugar en derecho*, producirá los dos efectos devolutivo y suspensivo? Dudas que ocurren sobre este punto, y resolucion de ellas.
21. Regla para facilitar un conocimiento sencillo de las causas que por su naturaleza ó por accidente no admiten apelacion suspensiva.
22. Ejemplos de sentencias que no admiten apelacion suspensiva, para aclaracion de la regla anterior.
23. Testimonio que debe darse al apelante, y lo que ha de contener.
24, 25 y 26. ¿Que se practica cuando el juez ó escribano deniega ó retarda el testimonio pedido por el apelante?
27. Del término que conceden las leyes para apelar.
28. La apelacion se ha de interponer del juez menor al

mayor inmediato.

29 y 30. De los tribunales á quienes corresponde el conocimiento de las causas apeladas.

31 hasta el 37. Negocios cuyo conocimiento es privativo de las chancillerías y audiencias.

38 hasta el 46. Causas de que estan inhibidas las mismas, por corresponder privativamente al Consejo.

47. Otros asuntos de cuyo conocimiento estan inhibidas las chancillerías y audiencias.

48. La chancillería de Granada está especialmente inhibida de todas las causas tocantes al Soto de Roma, y de otras.

49. ¿A quien corresponde el conocimiento de las apelaciones de las sentencias pronunciadas por los señores alcaldes de Casa y Corte que despachan las causas civiles en provincia?

50. ¿Quien conoce de las causas entre los individuos de los gremios menores de Madrid sobre la observancia y cumplimiento de sus ordenanzas?

51. Causas cuyo conocimiento es privativo de los intendentes.

52. Los ayuntamientos tienen facultad de conocer privativamente por apelacion de algunas causas. ¿Cuales sean estas?

53 hasta el 59. Trámites que se observan en la apelacion al cabildo.

60. ¿A quien ha de apelarse del juez delegado secular?

61. No puede apelarse del alcalde mayor del señor á este mismo, ni del teniente corregidor al mismo corregidor, ni del vicario general del obispo para ante este.

62. ¿A quien debe apelarse del obispo y del patriarca ó primado?

63. Cuando los prelados eclesiásticos tienen jurisdicion temporal, ¿á quien ha de apelarse por lo respectivo á ella?

64. En el fuero secular solo puede apelarse dos veces.

1. Hay otro modo de reparar la parte agraviada el daño que hubiere recibido en la sentencia, cual es apelar de ella al superior del juez que la pronunció, para que la reponga y mejore. Es, pues, la apelacion segun dice una ley de Partida (1), *querella que alguna de las partes face de juicio que fuese dado contra ella, llamando é recorriéndose á enmienda de mayor juez.*

2. Cuan necesaria sea la apelacion, y cuan grande y general el bien que trae consigo, á mas de que lo dicen las leyes, lo

1 Ley 1. tit. 23. Part. 3.

asegura y acredita la misma experiencia. Y en efecto con el uso de este remedio enmiendan los jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias por ignorancia ó malicia, ya sea juicio acabado, ó cualquier otro sobre cosa que acaezca en el pleito: sirve este mismo remedio para suplir y enmendar las omisiones y defectos que puedan haber tenido las mismas partes que litigan en alegar y probar los hechos de su justicia: igualmente aprovecha para preservarse de las injusticias y agravios que harian los jueces si entendiesen que por otro no se podian descubrir ni corregir; y ultimamente llena de satisfaccion á los interesados, viendo que por el juicio de muchos jueces se declara su justicia (1).

3. Puede apelarse de la sentencia verbalmente en el acto de notificarse, diciendo solamente *apelo*, sin necesidad de otros términos; pero apelando despues de algun intervalo, se ha de hacer por *escrito* diciendo en qué causa, de qué sentencia y contra quién, para ante qué juez ó tribunal se apela, y pidiendo el testimonio de los autos; lo cual debe hacerse ante el juez de la causa, y por su ausencia, impedimento ó temor de él, ante el escribano ó testigos (2). De la sentencia interlocutoria en que tiene lugar la apelacion no se puede apelar de palabra sino por escrito, á no ser que tenga fuerza de definitiva ó contenga gravamen irreparable por ella (3).

4. Para que sea admisible la apelacion de la sentencia basta que el apelante se tenga por agraviado, sin que sea preciso expresar la causa del agravio (*). Pero si de la misma causa y sentencia constase por notoriedad, que ni el juez ha causado agravio á la parte, ni esta puede mejorar su derecho en otra instancia, le faltará el supuesto en que ha de motivar y justificar la apelacion, y se deberá despreciar la que interponga como frivola y calumniosa; pues no pudiendo aprovecharle, se convertiria en daño de la causa pública, dilatando los pleitos y causando otros perjuicios á las partes que litigan (4).

5. Puede apelar de la sentencia no solo el litigante que se sintiere agraviado ó su procurador, sino tambien cualquiera otro

1 *Institutiones prácticas* del señor Conde de la Cañada, part. 2. cap. 2. num. 1 y 2.

2 Ley 22. tit. 23. Part. 3.

3 *Cur. Filip* part 5. § 1. num. 17.

* El autor de la *Curia Filipica* añade que en la apelacion de la sentencia interlocutoria, aunque contenga gravamen irreparab'e por la definitiva, se ha de expresar la causa del agravio; pero no cita ley alguna, sino solo la autoridad ó testimonio de Paz, que si bien es digno de consideracion, no basta su mero dictamen para hacer regla en este punto

4 Conde de la Cañada en el lugar citado, num. 17.

á quien aquella cause perjuicio: por egemplo, si el comprador de alguna cosa hubiere sido vencido en un pleito en que se le demandaba la misma, y no apelare, podrá hacerlo el vendedor que no litigó, por la eviccion á que está obligado (1).

6. Segun las leyes 13. tit. 23. Part. 3 y 23. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec., solo puede apelarse de las sentencias definitivas, mas no de las interlocutorias, fundándose esta disposicion en dos razones que da dicha ley 13: 1.ª para evitar que los pleitos se alarguen: 2.ª porque el perjuicio que pueda causar una sentencia interlocutoria injusta, puede repararse en la definitiva. Sin embargo esta regla que prohibe las apelaciones en las sentencias interlocutorias recibe muchas limitaciones. Algunas de ellas se explican literalmente en las leyes, y otras se deducen de los ejemplos y casos que refieren, y de la razon general en que convienen. La citada 23: tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. establece la regla ya indicada de que no haya alzada de las sentencias interlocutorias, y que los juzgadores no la otorguen ni la den, y continúa con las limitaciones siguientes: »salvo si las sentencias interlocutorias fueren dadas sobre defension perentoria, ó sobre algun artículo que haya perjuicio en el pleito principal, ó si fuere razonado contra él por la parte que no es su juez, y pruebe la razon porque no es su juez fasta nueve dias.... y el juez se pronunciare por juez, ó dijere que há por sospechoso al juez, y en los pleitos civiles no quisiere el juez tomar un hombre por acompañado para librar el pleito, ó si en los pleitos criminales no guardare lo que se contiene en la ley 1.ª de las recusaciones en este libro cuarto, ò si la parte pidiere traslado del proceso publicado y el juez no se lo quisiere dar; en cualquiera de estos casos otorgamos á la parte que se sintiere agraviada, que se pueda alzar, y el juzgador que sea tenudo de otorgar la alzada."

7. La citada ley 13. tit. 23. Part. 3. pone por igual limitacion, »cuando el juzgador mandase por juicio dar tormento á alguno á tuerto, por razon de saber la verdad de algun yerro ó de algun pleito que era movido antél", y continúa con la razon general que hace apelable toda sentencia interlocutoria; »ó si mandase facer alguna otra cosa torticeramente, que fuese de tal natura que seyendo acabado non se podria despues ligeramente emendar, á menos de gran daño ó de gran vergüenza de aquel que se tuviese por agraviado della (2)."

8. La regla general de que son apelables las sentencias defi-

1. Ley 4. tit. 23 Part. 3.
2 *Instit. pract.* part. 2. cap. 2. num. 24 y 25.

nitivas tiene sus excepciones, pues hay casos en que está absolutamente prohibida la apelacion de ellas, y son los siguientes: 1.° cuando el valor de lo que se litiga no pasa de mil maravedis (1): 2.° cuando versa sobre cosa que no se puede guardar, como sobre ubas, mieses ú otras cosas semejantes, que si no se cogen à su tiempo se han de perder, ó sobre nombramiento de tutor (2): 3.° tampoco se puede apelar de sentencia en que se manda dar sepultura à alguno que no estuviere excomulgado (3): 4.° cuando las partes se convienen entre si en juicio ó fuera de él, que no apelarán de la sentencia que diere el juez contra alguna de ellas (4): 5.° cuando fuere vencido en juicio, alguno que debiese dar algo al Rey por razon de cuenta, pecho ú otra cualquiera deuda (5): 6.° cuando por orden del Rey se da comision á algun juez ó tribunal para sentenciar algun pleito, de manera que ninguna de las partes pueda apelar de la sentencia (6): 7.° Cuando se hubiere dado la sentencia en virtud de juramento voluntario de las partes (7). Tampoco se admite apelacion en las causas criminales siguientes: las de los ladrones conocidos, amotinadores ó cabezas de motin, forzadores ó robadores de doncellas y de viudas ó mugeres religiosas, los falsificadores de oro ò plata, de moneda ó sellos reales, los que matan con yerbas venenosas, á traicion ò con alevosía, siéndoles probado el delito con testigos idóneos, ó por confesion hecha en juicio sin apremio (8).

9. En las causas civiles, cuando la sentencia contiene diversos capítulos ò cosas separadas ò distintas, se puede apelar de unas dejando las otras y en cuanto á aquellas tiene lugar la apelacion, quedando pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia en orden á las no apeladas. Lo mismo procede en las causas criminales, cuando la sentencia contiene diversos delitos y penas diferentes, separadas unas de otras; observándose sin embargo, que si la pena de que se apeló fuere mayor que la otra, no se ha de ejecutar esta hasta que la primera se determine en el grado de apelacion; y si al contrario la pena de que se apeló fuere menor, se ha de egecutar la mayor (9).

1 Ley 8. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 22. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. Aunque es cierto que en estos casos no hay apelacion, lo es tambien que hay recurso de queja segun la misma ley 22 citada.

3 Dicha ley 22.

4 Ley ult. §. ult. Cod. *de temp. et repar. appell.* Ley 13. tit. 23. Part. 3.

5 Ley 4 y ult. Cod. *Quorum appell. non recip.* Dicha ley 13. tit. 23. Part. 3.

6 Dicha ley 13.

7 Ley 15. vers. *Otrosi*, tit. 11. Part. 3.

8 Ley 16. tit. 23. Part. 3.

9 Ley 14. del mismo tit. y la glos. de Greg. Lop.

10. La apelacion interpuesta por uno de los compañeros en el pleito, aprovecha á los demas comprendidos en la misma sentencia. Pronunciada esta sobre una cosa que pertenezca en comun à muchos, aunque uno solo de ellos apelare y venciere en el juicio de apelacion, aprovechará tambien su vencimiento á los otros que no apelaron; á menos que se revocare la sentencia por via de restitucion á favor de alguno de dichos comuneros que fuese menor, pues en tal caso solo para él aprovechará la victoria. Si el litigio versare sobre alguna servidumbre predial que perteneciere á muchos, el vencimiento de uno solo que hubiere apelado, servirá para los otros que no apelaron; aunque si la servidumbre fuere de usufructo, solamente será util para el que apeló, en razon de que el derecho del usufructo es meramente personal (1). Esta apelacion hecha en negocios ó causas comunes, aprovecha á la parte que no apeló en lo apelado solamente, y en cuanto á esto no puede el apelante separarse de la apelacion en perjuicio y contra la voluntad de aquel. Asi que cuando uno apela de la sentencia que en parte le es favorable y en parte contraria, debe decir que la consiente en lo primero, y que apela de ella en lo perjudicial, para que en lo consentido y no apelado no pueda pedir el que no apeló reformacion de la sentencia (2).

11. Habiéndose establecido las apelaciones con el objeto de que se reformen los fallos injustos de los jueces inferiores, deben admitirse todas, excepto aquellas en que haya para negarlas causa aprobada por las leyes, y el juez que sin ella dejare de admitirlas incurre en la pena de trienta mil maravedis para el fisco (3).

12. La apelacion surte regularmente dos efectos: el uno se llama *suspensivo*, porque suspende la jurisdiccion del juez inferior, y le ata las manos para que no pueda proceder mientras está pendiente; y el otro se llama *devolutivo*, porque con la apelacion se devuelve el conocimiento de la causa al superior.

13. El juez puede admitir la apelacion de cuatro modos: 1.° diciendo expresamente que la admite en ambos efectos devolutivo y suspensivo: 2.° cuando dice que la admite sin expresar en qué efectos, ni poner otra alguna limitacion: 3.° cuando la admite en cuanto há lugar en derecho: y el 4.° diciendo que la admite solamente en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo.

1 Ley 5 tit. 23. Part. 3.
2 *Cur. Filip.* en el lugar cit. num. 22.
3 Ley 24. tit 20. lib. 11. Nov. Rec.

14. En el primer caso, que se ha de acreditar con el testimonio de la apelacion, manda librar el juez superior, provision ó despacho para que se le remitan los autos originales, logrando las partes y el público mayor expedicion y brevedad en el seguimiento de aquella instancia, y excusando los gastos de la compulsa; y estas son dos ventajas muy considerables que no podia conceder el juez inferior, porque estaba ligado á dar copia ó traslado de los autos, segun disponen las leyes (1).

15. No se hace agravio al juez inferior en pedirle los autos originales, porque habiendo deferido á la apelacion en los dos efectos le son inútiles, y no puede proceder en ellos, por haber apartado de sí toda su jurisdiccion, ligándose las manos, y quedando inhibido para proceder en aquella causa; y asi el juez superior no ofende al inferior con la inhibicion virtual que contiene la remision de autos originales, antes bien va conforme á su intencion.

16. Procede esta doctrina y el uso de los tribunales aun en los casos en que el juez inferior concediese la apelacion en las causas que por su calidad y naturaleza no la admiten en el efecto suspensivo, porque en cuanto está de su parte se desprendió de toda su jurisdiccion y conocimiento; y constando por el testimonio de la apelacion haberla admitido en los dos efectos, estima el juez superior por el concepto y presuncion que debe tenerse á favor de la justicia en los procedimientos de los jueces entre tanto que no se pruebe y declare lo contrario, que la apelacion es legítima en los dos efectos en que fue admitida, y procede por consecuencia, que no se le hace agravio en que se manden remitir los autos originales, aun cuando la parte apelada lo contradiga, motivando que la sentencia dada á su favor es ejecutiva; porque este incidente, en el cual se trata de la nulidad ó revocacion del auto del juez inferior por haber admitido la apelacion en los dos efectos, pide audiencia, conocimiento y decision, y no debe embarazar entre tanto el progreso de la causa principal, especialmente para que se lleve original al juez superior, en cuyo tribunal podrá tratarse y decidirse este artículo previo por los mismos hechos, calidad y naturaleza del proceso, asi como se hace para inhibir al juez inferior cuando él no se inhibió en la apelacion, limitándola solo al efecto devolutivo, y reservándose la jurisdiccion para ejecutar su sentencia.

17. En el segundo caso referido proceden uniformemente

1 Leyes 26 y 27. tit. 23. Part 3. 3 y 17. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

todas las disposiciones que se han aplicado al primero: porque admitida la apelacion sin expresion de que sea en los dos efectos, ni restriccion de que se entienda en solo el devolutivo, queda el auto de admitir la apelacion en forma indefinida, que equivale á la universal, concurriendo alguna razon de equidad y beneficio.

18. Si los jueces admiten la apelacion con la cláusula *en cuanto há lugar en derecho* (que es el tercer caso), dan motivo á las partes para que duden y disputen si dicha apelacion produce los dos efectos devolutivo y suspensivo, ó solamente el primero; y aun si acaso se extiende á excluir los dos, considerando que la causa por su naturaleza no puede admitir de modo alguno apelacion.

19. Para conciliar el dictamen de los autores que tratan de esta materia (1), y sus fundamentos, con la práctica de los tribunales, deben distinguirse dos casos: 1.° que admitida la apelacion *en cuanto há lugar en derecho*, gobierna lo dispuesto por la regla general, entre tanto que no se prueba su limitacion; y como en el derecho es cierto, y lo es tambien para las partes, que toda apelacion tiene por la regla indicada los dos efectos (pues con la posibilidad de introducirla en el término de los cinco dias, mucho mas con interponerla, y con mayor razon despues de admitida, se ligan las manos del juez inferior, y acaba su jurisdiccion para los procedimientos sucesivos), viene á quedar aquella apelacion, admitida *en cuanto há lugar en derecho*, en una disposicion positiva sin duda ni condicion alguna; porque si la ley es cierta, y el juez sabe los efectos que dá á la causa de que se trata, y es tambien cierta la misma ley para las partes, pues ni aun pueden alegar su ignorancia, es preciso que se estime la apelacion con todo el favor y beneficio posible en utilidad de las partes ó de su natural defensa.

20. Si alguna de las partes reclamase la enunciada apelacion, y acreditase que por la naturaleza y calidad de la causa no debe suspenderse la ejecucion de la sentencia, y se declarase asi con audiencia instructiva de los interesados, cederá entonces la regla general y sus efectos á la especial de su limitacion, y retrotrayéndose al tiempo en que se admitió la apelacion *en cuanto habia lugar en derecho*, podrá entenderse que desde entonces

1 Salg. *de reg.* part. 3. cap. 18. num. 1 y 2. Lanceloto *de attent.* part. 2. cap. 12. limit. 1. desde el núm. 72 al 90. Menoch. *de recuper. possess.* remed. 9. núm. 331.

salió restringida á solo el efecto devolutivo, y que pendia de su declaracion posterior; pero sin alterar entre tanto la regla que siguen los tribunales superiores, mandando en su consecuencia librar provision ò despacho para que se remitan los autos originales, por los favorables efectos que se han explicado en los dos casos antecedentes, viniendo à ser todos tres uniformes en sus efectos.

21. Para facilitar un conocimiento sencillo de las causas que por su naturaleza ó por accidente no admiten apelacion suspensiva, me ha parecido util establecer una regla por donde se podrán resolver las dudas que se exciten en los casos particulares sobre el artículo de admitir las apelaciones en el efecto devolutivo solamente ó tambien en el suspensivo. Consiste dicha regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al público; y si fuese mayor el que padecia la parte apelante, y el que trascenderia al mismo tiempo al público sino se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella en ambos efectos; y si la parte á cuyo favor está dada la sentencia se expusiese á mayor perjuicio por la suspension, ó fuese trascendental á la causa pública, cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo (1).

22. Segun la regla sentada en el párrafo anterior, las sentencias en que se mandan dar alimentos, ya sean definitivas ó interlocutorias, no admiten apelacion suspensiva cuando el que los ha de recibir es pobre, y no tiene otros medios para mantenerse sino los alimentos presentes y futuros. Asimismo las apelaciones que se interponen de la provision, institucion y colacion de los beneficios curados, no suspenden la ejecucion por el motivo indicado arriba de resultar gravísimos perjuicios á los fieles que carecerian entre tanto de propio pastor que les administrase sus alimentos espirituales. Lo mismo sucede en los mandamientos para que se residan los beneficios curados (2). Ultimamente el señor Elizondo, apoyado en la autoridad del derecho civil y canónico y de varios intérpretes (3), hace mencion de otras sentencias cuya apelacion solo se admite en el efecto devolutivo, como son las dadas en favor de causas pias, sobre salarios de sirvientes, oficiales ò jornaleros, aquellas en que se manda dar

1 *Instituciones prácticas* del Conde de la Cañada, part. 2. cap. 3. num. 13, 14, 15, 16, 18, 22, 28 y 29, y cap 2. num. 46, 55, 61 y 65.

2 *Instit. Pract.* part. 2. cap. 2. num.

3 *Pract. univers. for.* tom. 1. pag. 148. num. 4.

la posesion hereditaria, las favorables al fisco, ó á la iglesia en pleitos de diezmos, y otras, bastando las que se han puesto aqui por ejemplo para aclaracion de la mencionada regla.

23. Una vez admitida la apelacion en el efecto á que haya lugar, segun lo expuesto anteriormente, manda el juez dar al apelante testimonio claro y expresivo de la causa (1), y le señala plazo conveniente para presentarse y mejorar su apelacion ante el juez de la alzada, y no señalándosele gozará de los que le prefine la ley citada al pie (2). El escribano originario ha de poner en el referido testimonio la expresion de si la causa es civil ò criminal, relacion de la demanda, su calidad y reconvencion, si la hubiere, calidad de la sentencia y fecha de ella, como tambien la demanda y apelacion; y en las causas criminales, á mas de la relacion expresada, ha de referir tambien si el reo está preso ó no, so pena de suspension de oficio por dos meses (3). Asimismo está prevenido por otra ley, que los procesos de que se ha admitido apelacion, se envien firmados, sellados y cerrados (4).

24. Sucede á veces que el apelante se presenta en el tribunal superior sin testimonio de la apelacion interpuesta y admitida, refiriendo y motivando la dilacion y vejaciones que le causan el juez y el escribano retardando el testimonio que ha pedido con repetidas instancies; y aunque concluye pidiendo que se manden remitir los autos, se provee el correspondiente, limitado á que dentro del breve término que se le señala, el juez mande darle el testimonio de la apelacion que hubiere interpuesto ó interpusiere en tiempo y forma, y que el escribano lo cumpla con apercibimiento.

25. Esta práctica observada constantemente en los tribunales superiores, como lo he visto muchas veces en el Consejo, confirma la necesidad de probar la apelacion como fundamento de la parte que ocurre.

26. Si en el término señalado no le dieren el testimonio, vuelve la parte al mismo tribunal quejándose del juez y escribano; y presentando unas veces la provision original con los requerimientos ó citaciones puestas á su continuacion, y otras con solo el testimonio de las notificaciones. En el primer caso constando ser pasado el término, se manda librar sobrecarta á cos-

1 Ley 26. tit. 23. Part. 3.

2 Ley 3 tit. 29. lib. 11. Nov. Rec. Asi en el término de apelar, como en el de introducir la apelacion, se cuentan los dias feriados.

3 Ley 18. tit. 20 lib. 11. Nov. Rec.

4 Ley 17 del mismo tit.

ta del juez ó escribano que haya motivado la dilacion; y en el segundo se libra nuevo despacho sin la expresion de que sea sobrecarta, aunque el efecto es uno mismo (1).

27. El término para apelar de auto ó sentencia los mayores de veinticinco años, es el de cinco dias en el fuero secular (2), los cuales se cuentan desde el de su intimacion, que es cuando llega judicialmente á su noticia; y aunque en algunos juzgados de la Corte se amplian los cinco dias á nueve ó diez, se debe desterrar semejante abuso, por no haber en ellos facultad para hacer esta ampliacion contraria á la ley. El menor por el beneficio que goza de la restitucion, puede aun sin probar lesion apelar hasta cuatro años despues de su menoría (3). Asimismo el fisco, las iglesias y concejos, valiéndose de dicho beneficio, pueden apelar en los cuatro años siguientes al término en que podria apelarse; y habiendo lesion enorme que ascienda á mas de la mitad del justo precio, podrán hacerlo dentro de treinta (4). Ademas al ausente y ocupado en servicio del Rey ó de su Consejo, ó por razon de estudios, al cautivo, desterrado ó preso por delito que haya cometido, no les corre el término de la apelacion hasta despues de la ausencia, pidiendo restitucion por esta justa causa dentro de diez dias (5). En el fuero eclesiástico se conceden diez dias para interponer la apelacion de sentencia definitiva (6); pero de la interlocutoria no debe admitirse, á menos que tenga fuerza de definitiva, ó contenga gravamen irreparable (7). De la sentencia de los árbitros, que debe ejecutar el juez ordinario, y no ellos por falta de jurisdiccion, se puede apelar, ó pedir reduccion á albedrio de buen varon dentro de diez dias, bajo la fianza que previene la ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec., y pasados queda firme (8).

28. Ha de interponerse la apelacion del juez menor al mayor, pues debiendo este corregir ó reformar la sentencia que dió el primero, seria en vano buscar semejante facultad en otro juez inferior ó igual suyo, debiéndose observar, que el juez superior para quien se apele, ha de ser el inmediato en grado, y no otro mas superior, omitido el del medio, á menos que sea al Rey, á

1 *Instit. pract.* part. 2. cap. 3. num. 3. 4 y 5.
2 Ley 1 tit. 20. lib 11. Nov. Rec.
3 Leyes 1, 2 y 3. tit. 25. Part. 3 y 8 y 9. tit. 19. Part. 6. y en ellas Greg. Lop.
4 Ley 10. tit. 19. Part. 6. Elizondo. *Pract. univ.* tom. 1. part. 146. num. 1.
5 Leyes 10 y 11. tit. 23. part. 3.
6 Cap. 5. y 13. *de sent. et re judic.* Canon *Anteriorum*, 2 quæst. 6. Reinf. lib. 2. tit. 27. §. 4. num. 107.
7 Concil Trid. sess. 13. *de reform.* cap. 1. sess. 24. del mismo tit. cap. 12.
8 Ley fin. tit 4. Part. 3. *Cur. Filip.* part. 5. §. 1. num. 16 al fin.

quien siempre se puede apelar (1). Si alguno por equivocacion apelase á juez superior, que no sea el inmediato, ó á juez igual al que dió la sentencia, vale la apelacion, no para el efecto de que puedan estos juzgar de ella, sino para enviarla á otro á quien pertenezca; lo cual suele mandarse con esta providencia: *Acuda esta parte adonde corresponda.* Pero si apelase á juez inferior al que sentenció, ó al de otro territorio que no tenga jurisdiccion, sería del todo inutil la apelacion, como si no hubiese apelado (2).

29. Explicados ya los requisitos con que debe hacerse la apelacion para que sea legítima, solo resta por conclusion de este capítulo, especificar los tribunales á quienes corresponde conocer de las causas apeladas, segun lo dispuesto por las leyes. La 2. tit. 5. lib. 2 de la Rec. (3) señala los reinos y comarcas de donde deben ir las apelaciones á las dos chancillerías de Valladolid y Granada, declarando al fin, para remover toda duda, que estando las ciudades y villas en una de las dichas comarcas, aunque en su término y jurisdiccion tengan pueblos de la otra, todos los lugares sigan la cabeza de su jurisdiccion. La ley 20. tit. 4. lib. 2. (4) ratifica en su principio la misma regla; y la 39 del expresado tit. 5. lib. 2. (5), siguiendo el espíritu de la citada ley 2, declaró para el recurso de las fuerzas, que residiendo los jueces eclesiásticos en el territorio de algunas de las dos chancillerías, aunque las partes correspondiesen al otro, fuesen los procesos á la del territorio en donde residia el juez eclesiástico, y lo mismo se declaró para la audiencia de Sevilla en la ley 7. tit. 2. lib. 3. (6).

30. Esta audiencia y las demas que se han establecido en el reino tienen sus respectivas demarcaciones, y son los tribunales inmediatos adonde deben ir las apelaciones de los jueces que residen dentro de sus términos (7).

31. Pertenecen privativamente á las chancillerías y audiencias los pleitos de acreedores á mayorazgos (8). En ellas se ventilan tambien los recursos sobre omision en el repartimiento, ó colusion de los concejales á favor de sus paniaguados, dejando lo económico á las juntas de propios y á los intendentes, á me-

1 Leyes 1 y 18. tit. 23. Part. 3.
2 Dicha ley 18.
3 Ley 2. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.
4 Ley 13. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.
5 Ley 4 tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.
6 Ley 6. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.
7 *Instit. pract.* part. 2. cap. 2. num. 74 y 75.
8 Real cédula de 27 de julio de 1632.

nos que aquellos tribunales noten alguna omision que excite su curiosidad (1).

32. En las chancillerías y audiencias se conoce de los pleitos sobre elecciones de oficios, estanco ò imposiciones, aunque el Consejo puede retener y conocer de los que le pareciere (2).

33. Las controversias en materias de elecciones de diputados y síndicos del comun, é instancias de estos sobre abastos, tocan tambien privativamente á los Reales acuerdos de las chancillerías y audiencias del territorio, donde con intervencion fiscal se deciden gubernativamente consultando al Consejo las dudas cuya decision pueda producir regla general (3).

34. En las salas civiles de las chancillerías y audiencias se conoce regularmente en primera instancia con intervencion fiscal de las causas de nulidad de elecciones de oficiales de justicia, como que ordinariamente se introducen contra concejos y poderosos, cuyo caso es uno de los notorios de Corte, de que hablan las leyes del reino y nuestros prácticos, asi activa como pasivamente, no estando el negocio contestado ante las justicias (4).

35. Corresponden tambien à dichos tribunales los recursos y apelaciones sobre ejecucion de las Reales cédulas y autos acordados, circulares del Consejo, á excepcion de aquellos casos en que se reserve su superioridad conocer privativamente de ellos.

36. Las causas que quieran seguir las comunidades y conventos del Real patronato, asi en juicios activos como pasivos, deben instaurarse en los tribunales, chancillerías y audiencias de sus respectivos distritos (5).

37. En el territorio de las chancillerías de Granada y Valladolidad, y en el de la audiencia de la Coruña, reside un ministro juez protector de las rentas del voto de Santiago, que conoce privativamente del cumplimiento de sus privilegios y ejecutorias con las apelaciones á dichos tribunales, compitiendo los demas recursos á la Cámara, de la que son privativos (6).

38. Asi como de los mencionados negocios conocen privativamente las chancillerías y audiencias, estan por el contrario especialmente inhibidas del conocimiento de todo lo relativo á sub-

1 Véanse los artículos 4 y 5 de la Real provision de 11 de abril de 1768.
2 Ley 2. tit. 6. lib. 4 Nov Rec.
3 Cap. 8 del auto acordado de 5 de mayo de 1766.
4 Leyes 9 y 13 tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.
5 Real decreto de 13 de octubre de 1748.
6 Real cédula de 18 de febrero de 1615.

sidio, cruzada y cuarta, y á las cosas pertenecientes á dichas gracias (1). Asimismo estan inhibidas de otros negocios que corresponden privativamente al supremo Consejo de Castilla, y son los siguientes (*).

39. Primero, todos los relativos á propios y arbitrios de los pueblos de estos reinos, aunque sean del territorio de las órdenes (2); bien que el Consejo de Hacienda conoce tambien privativamente de los propios y arbitrios de aquellas poblaciones en que la Real Hacienda no se ha cubierto de los capitales del precio por que se vendieron algunas alhajas de la Corona, ó que los tales propios y arbitrios sean responsables á otros créditos en favor de ella, con tal que estando cubiertos pase el conocimiento al Consejo de Castilla.

40. Segundo, las apelaciones de alcaldes mayores de los adelantamientos en pleitos, sobre si pueden ó no visitar los pueblos de su distrito, y hacer justicia en ellos (3); como tambien los de los jueces de residencia, cartas ejecutorias del Consejo y sus pesquisidores; aunque no las de los jueces ordinarios y cualesquiera otros delegados, cuyos asuntos pertenecen á las chancillerías y audiencias de sus respectivos territorios.

41. Tercero, sobre todo lo relativo al cumplimiento de los decretos del santo concilio de Trento (4); fuerzas de millones, y sobre los espolios de los obispos (5), visitas y correccion de los religiosos y religiosas (6); no admitiéndose tales recursos de autos puramente interlocutorios (7).

42. Cuarto, las apelaciones de las causas respectivas á montes y plantíos y sus incidencias; habiendo de tener las justicias libros de cuenta y razon en que asienten las condenaciones.

43. Quinto, los asuntos relativos á arbitrios que las poblaciones del reino tomen para pagar millones (8), como tambien los negocios pertenecientes á cañamas y pecherías (9).

44. Sexto, las apelaciones de las causas respectivas á caza y pesca en estos reinos (10).

45. Séptimo, los pleitos sobre amparo y despojo de dehe-

1 Ley 2. tit. 11. lib. 2. Nov. Rec.

* Los tit. 5 y 6. lib. 4 de la Nov. Rec, tratan de los negocios pertenecientes al conocimiento del Consejo, y de los que no puede conocer; y en los siguientes 7 y 8 se prescribe el modo de proceder y votar los pleitos y negocios en dicho supremo tribunal.

2 Real decreto de 12 de mayo de 1762, mandado cumplir en 31 de octubre de 1771.

3 Ley 12. tit. 20 lib. 11. Nov. Rec.
4 Ley 10. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.
5 Nota 5. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.
6 Ley 9. tit. 2. lib. 2. Nov Rec.
7 Ley 3. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.
8 Ley 9. tit. 16. lib 7. Nov. Rec.
9 Ley 14. tit. 1. lib. 5 Nov. Rec.
10 Cap. 17 y 18 de la Real cédula de 16 de enero de 1772.

sas, posesiones de pastos de la cabaña Real de ganado lanar merino; las apelaciones de los señores presidentes del concejo de la Mesta, de los dos alcaldes mayores entregadores (1) y de cuadrilla, cuyos asuntos tocan privativamente al Consejo en sala de Mil y Quinientas (2); como tambien las del señor juez protector de la cabaña Real de carreteros (3) en puntos de pastos, porque de las demas conoce la sala de Justicia (4); á la cual corresponde tambien la confirmacion de las ordenanzas de las poblaciones del reino (5).

46. Octavo, todo recurso sobre reeleccion de diputados y personeros del comun (6), aprobacion de los acuerdos que celebran los ayuntamientos y concejos con aplicacion de sus propios, y los repartimientos de salarios de médicos, cirujanos, preceptores de gramática, y maestros de primeras letras, cuyos asuntos corresponden al Consejo en sala primera de Gobierno. Y finalmente, como dice el señor Conde de la Cañada (7): »En todos tiempos han confiado al Consejo los señores Reyes de España los negocios de mayor importancia y gravedad, concediéndole amplísimas facultades para conocer de todos los asuntos que le pareciere convienen al mejor servicio del reino, como se dispone en la ley 22. tit. 4. lib. 2 de la Rec. (8), debiendo observarse que aunque en algunas leyes se mandan remitir á las chancillerías y audiencias los negocios de ciertas clases, en ninguna se halla inhibido el Consejo; y le queda expedita su autoridad para conocer de lo que entienda que conviene al mejor servicio del Rey y beneficio de las partes, ya sea por la gravedad de la causa, ya por la proximidad de los paeblos, aunque esten fuera del rastro de la Corte, y comprendidos en la demarcacion de las chancillerías. De estas facultades he visto yo usar algunas veces, añade dicho autor; pero siempre con previa y detenida instruccion que asegure la utilidad de traer al Consejo la causa que en otros términos iria á la chancillería del territorio."

47. Tienen ademas las chancillerías y audiencias especial inhibicion de lo correspondiente á extrañamientos del reino, sa-

1 Por Real cédula de 17 de febrero de 1781 se redujeron á este número.

2 Leyes 4 cap. 6. y 5. cap. 13. tit. 27. lib. 7. Nov. Rec.

3 Real resolucion de 18 de abril de 1754.

4 Auto del Consejo de 28 de enero de 1756.

5 Auto del Consejo de 4 de octubre de 1748.

6 Carta acordada del Consejo de 22 de agosto de 1771.

7 *Instit. pract.* part. 2. cap. 2. num. 82 y 83.

8 Es la 1. tit. 5. lib. 4. Nov. Rec.

ca de las cosas vedadas, esperas y moratorias á deudores y labradores, auxiliatorias á cuadrilleros y comisarios de la santa Hermandad, de los recursos tocantes á los juzgados de penas de Cámara, de lo respectivo á las subdelegaciones de imprentas; de los asuntos de visitas de escribanos del reino, y todo lo concerniente á ellas, de los pleitos sobre ventas de oficios y cosas que se benefician contra condicion de millones; de los tanteos de aquellos, y jurisdiccion de señorío; de los de reversion á la Corona de cualquier estado, villa ó lugar; y de cuantos negocios sean peculiares de cualquier tribunal, juntas ó ministro, á quienes su Magestad tenga à bien encargar su privativo conocimiento. Ni en las chancillerías y audiencias se conoce en primera instancia de las causas civiles de las ciudades donde residen, con cinco leguas en derredor, excepto por caso de Corte (1); y ademas les está prohibido conocer de las cosas relativas á ordenanzas de Valladolid y Granada, como no sea por via de apelacion y agravio. Ultimamente no conocen por causa ni motivo alguno de capitulaciones contra los gobernadores del territorio de órdenes ó sus tenientes, por corresponder privativamente al Consejo de estas (2).

48. La chancillería de Granada se halla especialmente inhibida de todas las causas tocantes al Soto de Roma, aun con el pretexto de injusticia ó exceso (3), y lo mismo ha de decirse de los negocios relativos al Real sitio de la Alhambra. Tampoco conoce por apelacion ú otro recurso de los asuntos del juzgado de la Real renta de las nuevas poblaciones del reino de Granada, que despacha el intendente con inhibicion de las justicias ordinarias (4). Asimismo no conoce dicha chancillería de las demandas de causas respectivas á disposiciones de comendadores de Santiago, Calatrava y Alcántara, ni sobre estancos pertenecientes á la mesa maestral, á encomiendas ó derechos que tengan aneja espiritualidad de las órdenes, ni de lo tocante á diezmos que pretendan no pagar los del Tao de San Juan.

49. Las apelaciones de las sentencias pronunciadas por los señores alcaldes de Casa y Corte, que despachan las causas civiles en provincia ó sea en primera instancia, como tambien las del corregidor de Madrid ó sus tenientes, corresponden á la sala segunda del crimen (repartiéndose por turno entre ella y la sala

1 Ley 13. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.
2 Reales cédulas de 16 de mayo y 10 de diciembre de 1602, y de 9 de octubre de 1769.
3 Ley 20 tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.
4 Tit. 17 lib. 1. de las Ordenanzas de la Chancillería.

primera los asuntos de menor cuantía, cuando el valor de la causa no excede de trescientos mil maravedis (que son ocho mil ochocientos veintitres reales y diez y ocho maravedis vellon); pero pasando de esta cantidad van las apelaciones al Consejo (1).

50. De las causas entre los individuos de los gremios menores de Madrid, sobre la observancia y cumplimiento de sus ordenanzas, conocen los señores alcaldes de provincia en primera instancia, y sus apelaciones van siempre á la sala segunda; pero cuando se trata de la inteligencia, interpretacion ó declaracion de alguna de dichas ordenanzas, corresponden las apelaciones al Consejo en sala de Gobierno, por dimanar de ella la aprobacion de las ordenanzas (2).

51. Los intendentes del reino conocen privativamente de todo lo tocante al Real Patrimonio en las instancias y negocios concernientes á los derechos y rentas Reales y sus incidencias (3); en cuya virtud se mandó pasasen á su juzgado (4) los ordinarios todos los expedientes que tuvieran relativos à tercias, diezmos Reales y demas ramos de contribuciones y derechos Reales, para que los sustanciasen y determinasen privativamente con las apelaciones al Consejo de Hacienda, debiendo abstenerse en lo sucesivo, de conocer de estas materias los demas Consejos y las chancillerías y audiencias. Son tambien los intendentes jueces privativos de todas las causas y negocios civiles y criminales con las apelaciones al Consejo de Hacienda, de los subalternos y ministros empleados en la administracion y resguardo de esta; los cuales en los delitos comunes, juicios universales, tratos y negocios particulares, se hallan sujetos á la Real jurisdiccion ordinaria (5). Asimismo conocen privativamente los intendentes de todas las cosas de fraudes tocantes à la Real renta del tabaco y demas géneros estancados que se administran de cuenta de la Real Hacienda, de sus ministros y dependientes, y de las que por razon de resguardo tuviesen incidencia ó conexion con el exterminio de los contrabandos y castigo de los defraudadores.

52. Nuestras leyes conceden tambien á los ayuntamientos la facultad de conocer privativamente en apelacion de algunas causas. Tales son aquellas cuyo valor no pase de diez mil mara-

1 Véanse las Reales cédulas de 6 de octubre de 1768, y 19 de abril de 1785, como tambien la ley 21. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

2 *Instit. pract.* part. 2. cap. 2. num. 98.

3 Leyes 6 y 7. tit. 10. lib. 6. Nov. Rec.

4 Real decreto de 10 de junio de 1760, que es la ley 8. del mismo título.

5 Cap. 64 de la Real institucion de 13. de octubre de 1749.

vedis segun la ley 8. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec., cuya cantidad se aumentó à treinta mil por la ley 10 del dicho título, y últimamente por Real cédula de 5 de noviembre de 1778 (que es la ley 11 del mismo título) se determinó que puedan ir á los ayuntamientos las apelaciones que no excedan del valor de cuarenta mil maravedis (que son mil ciento setenta y seis reales, y diez y seis maravedis vellon); pero esto debe entenderse si la ciudad, villa ó lugar donde acaeciere el litigio, estuviere mas de ocho leguas distante de la chancillería ó audiencia; pues si solo distase ocho leguas ó menos, deben ir á ellas dichos pleitos por apelacion, segun uso y costumbre (1). Los trámites que se observan en esta apelacion son los siguientes.

53. El interesado ha de interponerla dentro de cinco dias, desde que se le notifica la sentencia, y durante este término deberá presentarse ante el ayuntamiento pidiendo se nombren dos de los diputados ó regidores para que conozcan de la causa (2). Si en los cinco dias en que la parte agraviada debe apelar y apeló en efecto, no pudiere presentarse en el cabildo, cumplirá si se presentare en el primer ayuntamiento que se celebre, aunque sea despues del quinto dia (3); y si en dicho término no se celebrase, se ha de presentar ante las puertas de las casas consistoriales, ó ante el escribano de cabildo y testigos, expresando la causa, poniéndolo aquel todo por diligencia, y presentándolo despues en el primer cabildo que haya, segun está en práctica (4).

54. Requerido el cabildo por el apelante en los términos referidos, ha de nombrar aquel dos de los capitulares para conocer de la causa. Estos juntamente con el juez que pronunció la sentencia de que se apela, han de jurar que determinarán la causa fielmente; y luego procederán á conocer de ella, y determinarla ante el mismo escribano que actuó en la primera instancia (5). El escribano de cabildo da un testimonio de los regidores diputados que fueron nombrados para dicha causa, y se pone en el proceso de ella.

55. El apelante tiene obligacion de concluir la causa para definitiva dentro de treinta dias, los cuales se cuentan, segun la ley 8 citada, desde el último de los cinco en que el agraviado ha de apelar y presentarse; sin embargo no tendrá esto lugar

1 Ley 8. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.
2 Dicha ley 8. tit. 20.
3 Bobad. lib. 3. *Polit.* cap. 8. num. 202. Dominguez *Cur. ilustr.* part. 5. §. 6. num. 2.
4 *Cur. Filip.* part. 5. §. 6. num. 2. Dominguez, lug. cit.
5 Dicha ley 8. tit. 20.

cuando se nombren despues de dicho término los diputados que han de conocer de la causa, en cuyo caso no empezarán á correr los treinta dias hasta el del nombramiento; pues mientras no haya diputados no se puede alegar (1). Y este último término no puede prorogarse ni aun por consentimiento expreso de las partes (2), ni contra él se admite restitucion à ningun privilegiado (3).

56. Si habiendo de determinarse la causa por dictamen de asesor, no pudiese llegar á tiempo la sentencia para pronunciarse dentro de los diez dias prefinados por la citada ley 8, bastará que en ellos provean auto, declarando que determinan desde luego la causa con arreglo al parecer del asesor nombrándole; pues aunque es nula la sentencia incierta, no lo es cuando se refiere à cosa cierta (4).

57. Los dos votos por dictamen de un asesor, hacen mayor parte, y si los dos regidores diputados tuviesen un mismo asesor, podrá uno de ellos adoptar su parecer, y el otro no (5).

58. En caso de discordia se han de nombrar otros dos regidores para que decidan la causa con los primeros, y será sentencia el dictamen de la mayor parte, como sucede en el pleito que por discordia remite una sala á otra en las audiencias, segun dos leyes recopiladas (6), y estos nuevos diputados han de prestar en mi dictamen el mismo juramento que los otros, asi como se observa hacerlo los que sustituyan á los ausentes ó enfermos, padeciendo de lo contrario la causa el vicio de nulidad (7).

59. Sin embargo de que no puede recusarse al juez de la causa en esta segunda instancia, puesto que aun habiendo decidido el negocio puede serlo, y lo es en ella, tienen los litigantes facultad de recusar á los regidores diputados, y siéndolo se nombrarán otros en su lugar (8), como puede apoyarse sólidamente en las leyes y doctrinas tocantes á recusaciones.

60. Del juez delegado secular se apela al delegante, y del subdelegado á este mismo, excepto que sea subdelegado del delegado del juez ordinario; pues entonces no ha de ser al delegado sino al mismo ordinario delegante (9); bien que del delegado del Soberano ó su Consejo debe apelarse á las audiencias

1 Parlad. lib. 2. *Rer. quotid.* cap. fin. part. 1. §. 2. num. 21 y 22.
2 Avend. resp. 26. num. 5 y 10.
3 Acev. in *Addit. ad Pisa in Cur.* ley 4. cap. 6. num. 82. *Cur. Filip.* lug. cit. num. 4.
4 *Cur. Filip.* lug. cit. num. 5.
5 *Cur.* lug. cit.
6 Leyes 42 y 43. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec. *Cur. Filip.* en el lug. cit.
7 Dominguez, lug. cit. num. 6.
8 *Cur.* lug. cit.
9 Ley 21. tit. 23. Part. 3.

y chancillerías, fuera de aquellos casos en que ha de ser al Consejo, como de las ejecutorias que emanaren de él, y pesquisidores que nombrase sin facultad para sentenciar ó residenciar (1) (*).

61. No se puede apelar del alcalde mayor del señor al mismo señor, ni del teniente corregidor al mismo corregidor, porque componen un solo tribunal (2). Por la misma razon tampoco se puede apelar del vicario general del obispo para ante este, aunque si ha de apelarse á él y no al arzobispo de sus vicarios foráneos y delegados, de los prelados sus inferiores, y de los oficiales dependientes del mismo obispo por ser el mas próximo superior suyo (3).

62. Del obispo debe apelarse al arzobispo metropolitano, y del patriarca ó primado al papa ó su nuncio ó legado (4).

63. Cuando los prelados eclesiásticos tienen jurisdiccion temporal, ha de apelarse en lo respectivo á ella, no para ante sus superiores eclesiásticos, sino para ante el Soberano y sus tribunales seculares (5).

64. En el fuero eclesiástico se puede apelar gradualmente de un tribunal á otro, hasta que haya tres sentencias conformes en todo (6), mas en el fuero secular solo dos veces puede apelarse (7).

1 Leyes 10. tit. 1. lib 5. y 13. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 5. §. 1. num. 11.

* En esto se equivocó el autor de la *Curia Filipica*, pues lo que dicen las leyes de la Recopilacion citadas es que *todas las apelaciones de cualesquiera jueces asi ordinarios como delegados* vayan á las chancillerías, excepto los casos expresados.

2 *Cur. Filip.* lug. cit num. 9.
3 *Cur. Filip* lug cit. num. 4.
4 Leyes 10, 11 y 15. tit 5. Part. 1.
5 Ley 10. tit. 1. lib 2. Nov. Rec.
6 Cap *Sua nobis*, 65. *de apell.*
7 Leyes 25 tit 23. Part 3. 3 tit. 16. lib. 7. y 2. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* lug. cit. núm. 15.

CAPITULO DECIMOCTAVO.

De la mejora de la apelacion.

§. 1 y 2. Casos en que el juez superior manda librar provision ó despacho para que se le remitan originales los autos.

3. ¿Cuando se libra solamente despacho compulsorio y de emplazamiento?

4. Dado el compulsorio y citatorio, primero se ha de sacar el proceso que citar á la parte.

5. ¿Quien ha de pagar las costas de la saca del proceso?

6. El juez inferior queda del todo inhibido con la remision de los autos originales, para proceder á la ejecucion de su sentencia.

7. Del escrito de agravios que presenta el apelante, y de los atentados.

8. Diversas especies de estos.

9. Escrito de agravios *medio*.

10 y 11. Tiempo preciso en que ha de usarse del derecho de adherirse á la apelacion contraria.

12. Clases de pruebas que se admiten en la segunda instancia.

13. Restitucion que puede pedir el privilegiado contra el lapso del término que se conceda para probar las excepciones nuevas en segunda instancia, ó que se repelieron en la primera.

14. ¿Cuando han de presentarse las escrituras?

15. No habiéndose tachado los testigos en primera instancia, no pueden tacharse en la segunda.

16. La apelacion de la sentencia interlocutoria no puede justificarse con nuevas pruebas.

17. ¿Que deberá hacerse en los dos casos de que el juez superior confirme ó revoque la sentencia interlocutoria del inferior?

18. El juez superior debe oir en justicia á la parte agraviada que no osó apelar ò proseguir la apelacion por temor de muerte, de herida ó prision.

19. De la avocacion de las causas por los tribunales superiores.

20. Avocacion de causas al supremo Consejo.

21. En las chancillerías y audiencias no hay avocacion sino en los casos de Corte.

22. Práctica que se observa en algunas chancillerías cuando las partes ocurren á ellas, quejándose de las injusticias ó falta de audiencias de los jueces inferiores.

23 y 24. Práctica de las mismas en los procesos criminales.

25. Los señores que tengan jurisdiccion, no pueden avo-

car á sí los pleitos ó causas que se ventilan en los juzgados de sus alcaldes mayores ú ordinarios.

26 y 27. Avocaciones de las causas eclesiásticas.

1. Luego que el apelante se presenta con poder suficiente y testimonio de la apelacion ante el tribunal del juez superior, manda este librar provision ó despacho para que se le remitan los autos originales cuando la apelacion fue admitida en los dos efectos. A veces tambien se mandan remitir los autos originales aun cuando la apelacion se haya admitido solamente en el efecto devolutivo, por ser verdaderamente ejecutiva la causa y su sentencia, con tal que esté ejecutada al tiempo que sea requerido el juez inferior, ó en el que se le conceda para ello, porque en estos casos, verificado el pago y satisfaccion, ha concluido su oficio de inferior, la parte está reintegrada, y no padece perjuicio alguno. De este modo tambien el apelante excusa los gastos de la compulsa, minora los del correo ó conduccion en la parte que excede á los originales, como sucede comunmente, y adelanta el tiempo para el despacho de la instancia, en lo que se interesa tambien la causa pública; y en consideracion á estos tan importantes fines proceden los tribunales superiores por todos los medios posibles para que se logren, conciliándolos con el interes de las partes contrarias, y que no se perjudiquen (1).

2. Si los autos son de crecido volumen, y la sentencia dada en ellos puede ejecutarse, reservando el juez inferior testimonio ó copia íntegra de ella, por contener cantidad cierta ó restitucion de cosas determinadas, sin dependencia de los mismos autos; he visto mandar algunas veces que el juez inferior reserve testimonio íntegro de la sentencia, y de alguna otra parte de los autos que sea necesaria ó conducente para la ejecucion, y proceda en ella con estos documentos, remitiendo luego los autos originales (2).

3. Pero cuando la apelacion se admite solo en el efecto devolutivo, ó no median las circunstancias expresadas en los párrafos anteriores, se libra despacho compulsorio y de emplazamiento, por el cual se manda dar un traslado del proceso, y no que se remita el original (3).

1 *Instit. pract.* del señor Conde de la Cañada, part. 2. cap. 3. num. 30.

2 Id. num. 31.

3 Leyes 26. tit. 23. Part. 3. y 17 y 20 tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

4. Dado el compulsorio y citatorio, primero se deberá sacar el proceso que citar à la parte, porque podria suceder que citándose antes á esta, espirase el término ante el superior, y despues el escribano no podria dar el proceso para presentarse dentro de aquel, incurriendo asi en condenacion de costas personales y procesales, como se hace muchas veces (1).

5. El apelante ha de pagar las costas de la saca del proceso, y apelando entrambas partes, por mitad (2). Si el escribano, siendo requerido y pagándole sus derechos, no diere el traslado, ha de ser apremiado à ello y condenado en costas; ni podrá exigir derechos por dicho traslado cuando haya de darle à algun pobre de solemnidad, á hospital, monasterio ò al fisco (3).

6. Traidos los autos originales ó por compulsa, segun la calidad de la apelacion, y presentados al juez que ha de conocer de ella con la citacion y emplazamiento de las partes que litigan, queda desde entonces suspendida la jurisdiccion del juez inferior, y del todo inhibido con la remision de los autos originales para proceder à la ejecucion de su sentencia, la cual continuaria pendiente y sin efecto al arbitrio del que se interesaba en su dilacion, sino se proveyese de oportuno remedio para evitar el daño de la parte á cuyo favor está dada, y asimismo el que resultaria à la causa pública.

7. Para instaurar esta segunda instancia el apelante presenta un escrito exponiendo sus agravios contra la sentencia, y solicitando la revocacion del atentado si le hubiere; pues debe revocarse ante todas cosas; y aunque esto se puede pedir en cualquiera parte del pleito, sin embargo suele hacerse comunmente en el libelo de agravios (4); bien que el juez inferior puede revocar por sí mismo el atentado que hubiere cometido despues de la apelacion. Las sentencias pronunciadas sobre si tiene ó no lugar dicha revocacion, como que son ejecutivas por su naturaleza, no admiten apelacion, à menos que sean notoriamente nulas é injustas (5).

8. Hay tres especies de atentados: unos se hacen con autoridad de un juez pendiente pleito ante otro; algunos se cometen despues de interpuesta la apelacion, ó durante el curso de ella;

1 Ley 6. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 5. §. 2. num. 6

2 *Cur. Filip.* lugar citado num. 7.

3 Ley 3. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

4 Covarr. in *Pract.* quæst. cap. num.

3. Paz in *Pract.* tom. 2. Part. 5. cap. unic. num. 6

5 Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 1. pag. 200. núm. 3.

y otros se hacen requerido é inhibido ya el juez inferior, con la provision ó despacho del superior para la remision de los autos en menosprecio de su autoridad. Todos estos atentados se equiparan al despojo violento, y en ellos se observan los mismos términos que en este; de suerte que quien comete el atentado, siendo manifiesto, y liquidado el negocio, debe reponer las cosas en su anterior estado, con restitucion de frutos y costas, aunque la parte no lo pida.

9. Del escrito de agravios se da traslado à la parte que no apeló, y como puede suceder que esta se halle tambien agraviada de la sentencia por haberle sido favorable en parte y en parte adversa, tiene el recurso ò remedio subsidiario de *adherirse á la apelacion contraria* (*), pretendiendo en su escrito de contestacion *(que se llama de agravios medio)*, que la sentencia se confirme en los capítulos que exprese y le fueron favorables, y que se estime y declare nula, de ningun valor ni efecto, ó se revoque, como injusta, en la parte que le fue perjudicial, señalándola con la ampliacion á la condenacion de costas omitida en la sentencia, y á las que se causaren en la instancia de la apelacion.

10. Esta es la forma que observan las partes por uso y práctica comun de los tribunales; y por ella se confirma que el tiempo de evacuar el traslado, es el preciso en que debe usarse del derecho y facultad de adherirse à la apelacion contraria.

11. Si en este tiempo, que es el de la contestacion á la pre-

* Dos capítulos enteros trae el señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas* acerca del auxilio ó remedio subsidiario de adherirse á la apelacion contraria, y del tiempo en que debe hacerse; pero sin embargo, en mi concepto puede reducirse á bien pocas palabras todo lo util y conducente á la practica que se debe seguir sobre este punto. Se entiende *por adherirse á la apelacion contraria* (expresion tanto mas impropia que significa realmente todo lo contrario de lo que se le hace significar en el foro), el agregarse á la apelacion interpuesta por el vencido el vencedor en el pleito, si se considera agraviado en alguna parte de la sentencia, de que no apelo en el término de la ley, para que se declare nula, ó se revoque en lo que le es dañosa; aunque tambien se adhiere á la apelacion el que no ha litigado en la causa, si le perjudica la sentencia, ó pretende tener interes en ella. Es enteramente superfluo disputar si el remedio de la adhesion y sus efectos, estan apoyados en una ley del emperador Justiniano &c., una vez que se hallan admitidos en los tribunales

El tiempo preciso en que debe usarse de dicho recurso, segun el uso constante de aquellos, es aquel en que el vencedor evacua el traslado que se le da del escrito de agravios del apelante, pretendiendo que se confirme la sentencia en tales capítulos que le son favorables, y se declare nula, ó revoque como injusta, en lo que le perjudica, especificándolo, y extendiéndose á la condenacion de costas omitida en la sentencia, y á la de las que se causen en la segunda instancia. Autor cit. part. 2. de sus *instit.* cap. 7. num. 14, 15 y 16. *Febrero reformado.*

tension del apelante, redujere el otro la suya à que se confirme la sentencia, sin oponerse à ella en parte alguna, se extingue el derecho de adherirse y todos sus efectos, pues se entiende que le renuncia, y que aprueba la sentencia enteramente, sin que pueda despues variar su pensamiento (1).

12. Aunque en la segunda instancia se admite sobre los mismos hechos suscitados en la primera, prueba instrumental, ó la que se hace por confesion de la parte contraria, no tiene lugar la de testigos (2), excepto que su examen hubiese padecido el vicio de nulidad; que aunque se hubiesen presentado en la primera instancia, no se hubieren examinado en ella; que consientan ambas partes en su presentacion y examen; que los menores pidan restitucion para probar sobre los mismos artículos de la primera instancia; ó que la causa sea matrimonial (3); mas si las partes proponen excepciones nuevas, ò las que el juez inferior despreció en primera instancia, ha de admitirse prueba sobre ellas, siendo admisibles en juicio, y no mudando su forma ò naturaleza (4).

13. Contra el lapso del término que se conceda para probar las excepciones nuevas en segunda instancia, ó que se repelieron en la primera, por no haberse opuesto en el término ó con la solemnidad debida, puede pedir restitucion el privilegiado que goce de ella, solicitándola dentro de los quince dias despues de la publicacion, segun debe hacerse en la primera instancia: de suerte, que aun cuando se haya concedido en esta, ha de concederse en la segunda, sea sobre nuevos artículos, sea sobre los mismos, ó directamente contrarios, deducidos en la primera; pues aunque una ley recopilada dice (5) *que se le deniegue otra restitucion*, esto se ha de entender en la primera instancia. Y si despues de las probanzas en dicho grado en cualquiera tiempo, aunque se haya hecho la publicacion, alegase alguna parte nueva excepcion, jurando que hasta entonces no habia llegado à su noticia, ni la habia dejado de poner con malicia, ha de recibirse à prueba, dándose para ella la mitad del término que se señaló en la primera instancia, è imponiendo el juez la pena que le pareciere justa no probándose la tal

1 *Instit. pract.* cap. y párrafos citados.
2 Ley 6. tit. 10. y lib. 11 Nov. Rec.
3 Covarr. *Pract.* cap. 18 num 6. Diego Perez, ley 4. tit. 19. lib. 3. del Ordenamiento Real, glos. 1. Matienz. *Dialog. relat* 3. part. cap. 46. Elizondo *Pract.* tom. 1. pag. 00. num 4
4 Salg. *de supplicat* part 2. cap. 8. num. 5. Elizondo, num cit.
5 Ley 1. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.

excepcion, con tal que no se reciba mas à prueba ni esta ni otra, sea por restitucion ó por otra causa (1).

14. El apelante ha de presentar sus escrituras con el pedimento de agravios, y la parte contraria con el escrito de respuesta à ellos; en una palabra, han de presentarse en los mismos términos sin diferencia, que segun las leyes debe hacerse en primera instancia (2).

15. No habiéndose tachado los testigos en esta, no podrán tacharse en la segunda, porque se aprobaron taritamente; y aunque se hubiesen tachado en aquella, sino se probaron las tachas, no puede admitirse la prueba de ellas en la segunda, por ser un artículo de la primera; pero si el juez inferior no hubiese querido admitir las tachas, ò por otra causa justa no hubiesen podido oponerse en aquella, se podrán oponer en la segunda en el mismo escrito de agravios, y han de probarse al mismo tiempo que los puntos principales (3).

16. Al contrario de lo que sucede en la apelacion de la sentencia definitiva, la de la sentencia interlocutoria no puede justificarse con nuevas pruebas; y asi no se admitirán en la segunda instancia nuevos instrumentos (4).

17. Si el juez superior confirma la sentencia interlocutoria de que se apeló, ha de volver la causa al inferior para que conozca de ella, y condenar en costas al apelante, por presumirse que no tuvo justa causa para litigar; mas si revoca dicha sentencia, ha de retener la causa principal, y determinarla sin condenacion de costas, por creerse en ambos litigantes justo motivo de pleitear. Lo mismo se ha de decir en orden à las costas, si la apelacion fue de sentencia definitiva, aunque si esta se confirmó con algun aditamento ó moderacion, ó en virtud de pruebas hechas en la segunda instancia, no habrá condenacion de costas (5).

18. Alegando y probando quien se tiene por agraviado de la sentencia, que no osó apelar de ella ó seguir la apelacion por temor de muerte, herida ó prision, debe oirle el juez superior, y determinar la causa conforme à justicia (6); como tambien cuando no continuó la apelacion por causa ò culpa del juez (7).

1 Ley 3. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. Acevedo en ella, num 4.

2 Leyes 4, 5 y 6 tit. 21. lib. 11. Nov Rec.

3 Gutierr. *Pract.* lib. 1. quæst. 64. *Cur. Filip.* part. 5 §. 3. num. 8.

4 Pareja *de edit. instrum.* tit. 2. resolut 7. num. 20 Dominguez *Cur. illustr.* tom. 1. part. 5 §. 3. num. 7.

5 Leyes 27. tit. 23. Part. 3 y 2 y 3. tit. 19 lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* Ingar cit. num 11.

6 Ley 27 al fin, tit. 23. Part. 3.

7 Ley 24 al fin del mismo tit. y Part.

19. Sucede tambien á veces que el Soberano ó sus tribunales superiores, sin provocacion ó apelacion de las partes, llaman à sí por algun motivo legítimo el pleito que está pendiente ante un juez inferior, y esto es lo que se llama *avocar una causa*.

20. Es indisputable la regalía que corresponde á los reyes y príncipes supremos para avocar à sí de cualquiera de sus magistrados todas y cualesquiera causas, à fin de conocer de ellas, o delegar su jurisdiccion en quien tengan à bien (1); y aunque muchos de nuestros escritores regnícolas sostienen que el Consejo necesita para las avocaciones de las causas pendientes ante los magistrados inferiores del reino consultar á su Magestad, la experiencia nos enseña en repetidos casos y ejemplares, acostumbra aquel supremo tribunal por la gravedad y calidad de las causas, y por las circunstancias de las personas y cosas, avocar las causas pendientes aun de los superiores tribunales del reino (2), librándose à este fin las cédulas correspondientes, que presentadas en los Reales acuerdos, se llevan á las salas originarias para su ejecucion y cumplimiento.

21. En cuanto à las chancillerías y audiencias del reino, de ningun modo se decretan las avocaciones por un concepto general, mas que en los casos de Corte, requiriéndose siempre en aquellas una causa legítima para deferir à ellas el Rey y el Consejo, cuales serán la utilidad pública, gravedad del negocio y sospecha del juez, acostumbrando los tribunales de provincia decretar las avocaciones, privando a los jueces ordinarios de las primeras instancias, siempre que conste legítimamente de su injusticia, omision ó negligencia, injuria o justicia denegada, no bastando ni el juramento de las partes (à cuya voluntad, si se defiriese á las avocaciones por solo aquel medio sujeto à una infinidad de perjurios é inconvenientes, estarian ligadas las justicias con grave perjuicio de los pueblos y vasallos), ni la simple recusacion, pues entonces se manda á los jueces recusados se acompañen conforme à las disposiciones de las leyes, y procedan en las causas segun lo dispuesto por derecho (3).

22. »La practica constante de nuestra chancillería, dice el señor Elizondo, nos ha enseñado que siempre que las partes ocurran à ella, quejándose de la injusticia, falta de audiencia ó injuria de las justicias inferiores, se libran unas provisiones llamadas *incitativas*, las cuales se reiteran si los interesa-

1 Faria en Covarr. *Pract.* cap. 9. num. 4.
2 Cast. *de tert.* cap. 41. num. 134. Far. lugar cit. num 20 y 21.
3 Cast. *de tert.* cap. 41. num. 141.

dos vuelven à quejarse, con alguna multa ó apercibimiento, mandando á su tercer recurso que los jueces inmediatos remitan los autos *con la cualidad de la vista*, la cual equivale á lo mismo que reservarse el tribunal con examen del proceso y de la injusticia de este, retenerlo ó devolverlo en su caso, para que tenga efecto su legítima y progresiva sustanciacion.

23. En los procesos criminales es frecuente la dificultad cuando tendrá lugar el decreto, para que la causa venga por su orden, ó para su retencion, supuesta la necesidad de consultar las justicias á las salas respectivas del crimen de las chancillerías y audiencias provinciales las sentencias aflictivas, esperando su aprobacion para ejecutarlas.

24. Nosotros hemos observado inconcusamente la práctica de expedirse el *decreto de orden*, siempre que del proceso mismo aparezca con defecto de justificacion la sentencia consultada, ó por carecer de prueba el crimen, ó por ser de aquellos en que la apelacion no es denegable; de modo que equivale la resolucion á decir: debe admitirse aquella y conocerse de la causa plenamente, no siendo practicable el decreto de retencion en otros casos que cuando advierte la sala, que el juez inferior omite ó comete alguna cosa en proceder ó instruir los autos, por cuya omision ó comision queda la causa en el tribunal superior, aunque la apelacion se haya tan solamente interpuesto en cuanto à un artículo especial, pendiendo del alto arbitrio de la sala la graduacion ó motivo por suficiente para la retencion que es indispensable preceda, aunque la sentencia consultada sea conforme, otras tantas veces cuantas se le añada cualidad; bien que sin emplazamiento, ni mas solemnidad ó sustancia, se devuelve el proceso à la justicia inferior para que aquello se ejecute (1).

25. Los duques, condes, marqueses y otros que tengan jurisdiccion inferior, no pueden avocar á sí los pleitos ó negocios que se ventilan ó deben ventilarse en los juzgados de sus alcaldes mayores ú ordinarios (2).

26. Hacemos tránsito à las avocaciones de las causas eclesiásticas, dando principio por la autoridad indisputable á los obispos de ejecutar aquellas en las causas pendientes ante sus vicarios, á consecuencia de haberles por sí solo cometido libremente su propia jurisdiccion, de modo que es un mismo tribunal el de ambos (3); pero siendo diversos el del metropolitano y sufragá-

1 Bobad. *Polit.* lib. 2. cap. 22. num. 201. Mateu *de re criminali*, controv. 3. num. 28.

2 Covarr. *Pract.* cap. 9. num. 4. y en él Faria.

3 Covarr. lugar cit. num. 1.

neo, no pueden los muy reverendos arzobispos avocar de este las causas pendientes ó que deban pender ante él mismo, ni ejercer jurisdiccion en los diocesanos, aun por consentimiento de las partes, ó negligencia de los obispos y sus vicarios generales, sino es que sea por apelacion, ó por otro de los medios que prescriben las sanciones canónicas, ni visitar à los sufragáneos, ejercer actos pontificales, y conferir órdenes, sin voluntad expresa de sus propios prelados (1): extendiéndose igualmente la prohibicion de estas avocaciones à los reverendos nuncios ó legados *á latere* de su Santidad en estos reinos, segun el concordato ajustado con el muy reverendo arzobispo de Diarcata Don Cesar Jaquineti, siendo nuncio en estos reinos, é inserto en el breve del señor Clemente XIII, expedido en 18 de diciembre de 1766 al reverendo arzobispo de Nicea, con el auto del Consejo de 18 de agosto de 1767.

27. Este mismo orden de ritualidad de los procesos eclesiásticos, es muy conforme à la primera disciplina de la iglesia, confirmada en los cánones de los concilios, entre los cuales es muy digno de notar el Niceno (2), donde se prescribió que los negocios eclesiásticos tuviesen término en las provincias mismas donde principiaron, prescribiendo el concilio Sardicense no se avocasen á Roma las causas: de forma que por el respeto á los primitivos cánones se abstuviesen los papas de atraer à la curia romana las causas eclesiásticas que no fueren de las ciudades suburvicarias, señalando únicamente los jueces que decidiesen en los mismos pueblos los negocios tocantes à deposicion ó acusacion de obispos con el sínodo provincial, de que ofrecen repetidos ejemplares los sumos pontífices Hilario I, San Gregorio y San Leon el Grande (3).

Véase sobre esta materia de avocaciones el tomo 6, part. 1 de la *Práctica universal forense* del señor Elizondo, de donde se ha extractado cuanto aqui se dice sobre este asunto.

1 Concil. Trid. cap. 20 y 24. *de reformat.* Salg. *de retent.* part. 2. cap. 5. §. 2.
2 Labé in *Collect.* tom. 4. pag. 568.
3 Marca *Concord. sacerdot. et imper.* lib. 8. cap. 12.

CAPITULO DECIMONONO.

De la súplica ó primera suplicacion.

§. 1. De los tribunales superiores no se admite apelacion, y solo súplica; razon por que, y objeto de este recurso.
2 hasta el 9. Casos en que tiene ó no lugar la súplica.
10. En todos los casos en que no se admite la súplica, tampoco tiene lugar ninguna oposicion ni excepcion de nulidad aunque sea notoria, excepto cuando hubiere faltado la citacion necesaria para la defensa.
11. Derecho que tienen los colitigantes para adherirse á la súplica, como se practica en el recurso de la apelacion.
12. Término en que ha de interponerse la súplica.
13 hasta el 16. Trámites que se observan en la sustanciacion de las causas en revista.
Notas. Primera. Real pragmática de 18 de abril de 1792, autorizando al Consejo de Ordenes para que revise sus sentencias en grado de súplica.
Segunda. Real cédula de 21 de setiembre de 1783, prescribiendo que se admitan las súplicas de la sala de Provincia del Consejo en los casos suplicables, cuando por ello se hubieren revocado ó confirmado las sentencias de los alcaldes de Casa y Corte, y juzgados del corregidor de Madrid, y sus tenientes.
Tercera. ¿Para ante quien se ha de interponer la súplica del juez mayor de Vizcaya?

1. En el capítulo anterior se dijo que la apelacion ha de interponerse de un juez menor á otro mayor, y por consiguiente no puede apelarse de sentencia que hubiere dado el Rey por cuanto no reconoce superior (1). Tampoco se da apelacion de los tribunales superiores, porque representan inmediatamente la persona del Soberano en la administracion de justicia (2); pero de sus sentencias se puede suplicar para ante los mismos, con el objeto de que las enmienden si hubiere razones y méritos para ello. Es pues la súplica ó suplicacion un remedio ó gracia concedida por el legislador (3) para asegurar mas la buena administracion de justicia; y aunque diferente en algunos efectos de la

1 Ley 17. tit 23. Part. 3.
2 Ley 2. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec. Covarr. *Pract. quæst.* cap. 4. num 10.
3 Dicha ley 17. tit. 23. Part. 3.

apelacion, tiene por lo demas con esta la mayor analogía y semejanza. Así es que regularmente en todos los casos en que se admite la apelacion, y tiene efecto suspensivo, há lugar tambien la suplicacion; y por el contrario no se admite esta en aquellos casos en que no hay apelacion (1).

2. Pero como la regla general que acabo de sentar no es aplicable á todos casos, especificaré aquellos en que no se admite el recurso de súplica, y son los siguientes. No puede suplicarse de la sentencia de un tribunal superior confirmatoria de otras dos sentencias conformes del inferior (2); por aquel principio sentado en varias leyes de que *tres sentencias conformes hacen ejecutoria* (3), pues tienen la fuerza de cosa juzgada, cuya ejecucion no puede detenerse. Mas si en dichos tribunales supremos se revocasen en vista las dos sentencias conformes de los jueces inferiores, se admitirá la suplicacion, aunque no la que se interponga de la sentencia confirmatoria ó revocatoria que se diere sobre el mismo negocio en revista (4).

3. Tampoco se admitirá la suplicacion, ni otro recurso alguno cuando el tribunal supremo confirme en vista la sentencia de jueces árbitros ó arbitradores, pero sí puede suplicarse de la sentencia revocatoria, quedando en su fuerza la ejecucion que se hubiese hecho de la sentencia arbitraria, hasta que se dé sentencia en revista. Lo mismo ha de decirse de las transacciones hechas entre partes (5).

4. Asimismo si la sentencia de remate se revocase en segunda instancia, tendrán lugar la apelacion y suplicacion de esta sentencia revocatoria, y no podrá ejecutarse, si no es que la sentencia apelada fuese manifiestamente nula ó injusta, en cuyo caso no surtirian aquellas efecto suspensivo por ser frívolas. Pero al contrario si la sentencia absolutoria, declarando no haber lugar á sentenciar la causa de remate, fuere revocada, y se mandase hacer, se hará en efecto, sin embargo de apelacion ó suplicacion, por ser una prerogativa de la sentencia de remate el ejecutarse no obstante ellas (6).

5. Tocante á la sentencia del juez inferior de la Hermandad, si se confirmó en grado de apelacion, no se admite esta ni la súplica; pero sí revocándose ó siendo diversa de la segunda

1 Acev. en el procm. y en la ley 1. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 2. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.
3 Leyes 25. tit. 23. y 4. tit. 24. Part. 3.
4 Ley 7. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 5. §. 4. num 4.
5 Ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.
6 *Cur. Filip.* lug. cit. num. 8 y 9.

sentencia (1). Lo propio milita en rentas Reales y en los propios de los pueblos (2).

6. Mas sin embargo de todo lo expuesto hay dos casos en que tambien puede suplicarse segunda vez en los tribunales superiores; á saber, cuando en la sentencia de revista hay nueva declaracion ó condenacion acerca de hecho nuevo ó caso omitido, sobre el cual no se habia dado ninguna decision; y cuando pronunciada la sentencia de vista se opuso alguno, ó se le hizo saber el estado del pleito, pues este ó su contrario puede suplicar de la sentencia de revista, mediante á que es de vista respecto à los que comparecen nuevamente en el juicio. En el primer caso se da ejecutoria por lo que se ha juzgado en revista, y no en el segundo hasta que se determine el negocio en revista con todos; si bien lo contrario se ve frecuentemente en los pleitos ó concursos de acreedores, en que se despacha carta ejecutoria por lo sentenciado en revista con la fianza de acreedor de mejor derecho (3).

7. Es tambien dispensable la súplica de sentencias de vista ó revista, que tengan nueva cualidad de que el juez ordinario no conoció: de modo que por esta regla siempre que se trate acerca de admitir la súplica de la tercera ó última sentencia, deberá dispensarse cuando sobre la novedad no hubiese habido anterior disputa tácita ó expresamente: ateniéndose, para entender legalmente si la decision comprende novedad, à la demanda con que dió principio la causa, de cuyo contexto se reconocerá si las sentencias son ó no conformes en todas sus partes (4).

8. El recurso de súplica es inadmisible de las sentencias pronunciadas en los juicios posesorios; de las interlocutorias que no tienen fuerza de difinitivas, de aquellas en que se reciben à prueba los autos en segunda instancia; de las dadas sobre admitir ó no los instrumentos que se presenten en ella; de las de graduacion en concurso de acreedores, de los autos sobre artículos de administracion, y de los de tenuta proveidos por el Consejo; de las sentencias que pronunciasen los delegados inmediatos del Soberano; de los autos sobre retener ó remitir los procesos á cierto juez cuando no se confirme, declare ó revoque alguna providencia de que se hubiese apelado, pues entonces se oye la súplica de este auto; de lo determinado en los negocios eclesiásticos llevados à las chancillerías ó au-

1 Ley 8. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec.
2 Ley 3. tit. 6. lib 7. Nov. Rec.
3 *Cur. Filip.* lug. cit. num. 6. Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 6. part. 1. cap. 14. num. 9
4 Elizondo lug. cit. num. 10.

diencias por recurso de fuerza, ya negando esta, ya calificándola de tal, y remitiendo el proceso à juez Real, ó reteniéndole en la sala, ó ya mandando que el eclesiástico le otorgue, reponga ó absuelva; de las sentencias conformes sobre alcabalas, de las de oidores confirmatorias de otras en pleitos de menor cuantía; de la en que se manda jurar de calumnia bajo de la pena de confeso; de la declaracion sobre ser ó no bastantes las causas de la recusacion; de la sentencia ó auto dándose por recusado un oidor ó alcalde, pues de lo contrario será suplicable; de la dada sobre recibirse ó no instrumento en segunda instancia; de aquella en que se multa á un abogado por formar interrogatorios sobre los mismos artículos de la primera instancia, ó directamente contrarios; de la de aprobacion de fianzas dadas para llevar à ejecucion las sentencias arbitrarias ó transacciones; de las declaraciones de ser ó no suficientes las fianzas de quien intenta el recurso de Mil y Quinientas; de las de depositar el recusante la cantidad señalada por la ley; de las condenaciones hechas por el Consejo contra los capitulantes de los corregidores; de las sentencias del mismo supremo tribunal sobre visitas de escribanos, residencias de alcaldes de sacas y sus oficiales, tesoreros y receptores de alcabalas; de las determinaciones de dicho tribunal en las visitas ordinarias que alguno de sus señores ministros haga de los escribanos de cámara, relatores y demas subalternos; y finalmente es inadmisible el recurso de súplica de las providencias en que se mandan llevar à la sala los pleitos en definitiva (1).

9. Excepto dichos casos en que está especialmente prohibido el recurso de suplicacion, debe admitirse en todos los demas; aunque prácticamente se ve que pende del arbitrio de los jueces el admitirla ó no, segun la calidad del negocio, ó la buena ó mala fe que conceptúan en los litigantes, con lo cual se evitan muchos pleitos injustos; debiendo notarse que para interponer suplicacion de las sentencias que tengan la cláusula *ejecútese sin embargo*, es indispensable pedir en la misma sala que la pronuncie, licencia para suplicar (2).

10. En todos los casos en que no tiene lugar el recurso de

1 Leyes 6. tit. 10. y 2, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 15 y 17. tit. 2°. lib. 11. Nov. Rec., y nota 2 del mismo tit. 11. Salg. *Labyr.* part. 1. cap. 16 num. 61. Vela dissert. 36. Larrea decis. ult. Elizondo *Pract univ. for.* tom. 1. pag. 244. num. 7. tom. 5. part. 1. cap. 6. §. 5. num. 19., y tom. 6. lug. cit. num. 11. Dominguez *Cur. Filip. ilustr.* tom. 1. part. 5. §. 4. num. 11.

2 Ley 16. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec., y su nota.

suplicacion en los tribunales superiores, se entiende no admitirse tampoco ninguna oposicion ni excepcion de nulidad, aunque sea por defecto de jurisdiccion, ó que notoriamente conste de los autos, ni en otra manera, excepto solo cuando hubiere faltado la citacion necesaria para la defensa (1). Asimismo en todos los casos y negocios en que las sentencias dadas por dichos tribunales superiores hayan de ejecutarse sin embargo de súplica, la tal alegacion de nulidad ú otra oposicion cualquiera no impide la ejecucion de dichas sentencias; debiéndose tratar de la nulidad juntamente en la causa principal sin formar juicio aparte para aquella (2). Ultimamente segun otra ley (3) en todos los casos y negocios en que no se admite suplicacion de dichas sentencias, tampoco se puede intentar con ellas el remedio de la restitucion *in integrum*.

11. Asi como el recurso de la apelacion es comun à entrambos litigantes, pudiendo adherirse el uno à la que interpuso el otro, para que el tribunal superior reforme la sentencia del inferior en la parte que no le fuere favorable; del mismo modo los recursos de súplica son comunes à los interesados en el pleito, y surten los propios efectos de tener las chancillerías y audiencias facultad para enmendar sus resoluciones en favor del que no suplicó, y puramente por su adhesion (4). Sin embargo en todos aquellos tribunales donde son ejecutivas las sentencias de vista, y solo se dispensa la súplica afianzando el que la interpone las resultas del juicio, como en Valencia y Mallorca, únicamente pueden usar los colitigantes del derecho de adhesion prestando igual solemnidad, y no de otra suerte (5).

12. La súplica de la sentencia interlocutoria en los casos permitidos por derecho, esto es, cuando tiene fuerza de definitiva, se ha de interponer dentro de tres dias, expresando por escrito los agravios; sin que haya restitucion contra el trascurso de estos dias. Si la suplicacion fuere de sentencia definitiva, deberá interponerse dentro de diez dias (que empezarán à contarse desde su notificacion, y tambien han de expresarse por escrito los agravios. Puédese interponer la súplica ante el escribano de la causa, con tal que el primer dia de audiencia se presente en ella, y no haciéndolo se tendrá por pasada en auto-

1 *Cur. Filip.* part. 5. §. 4. num. 11, donde cita á Paz.
2 Ley 2. tit. 18. lib. 11. Nov Rec.
3 Ley 5. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.
4 Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 6. part. 1. cap. 14. num. 7.
5 El mismo autor en el lug. cit. num. 8.

ridad de cosa juzgada la sentencia (1). Admitida la súplica, puede la parte alegar y probar en este juicio lo que no alegó ó probó en el de vista (2); con cuyo motivo paso à tratar de los trámites que se observan en la sustanciacion de las causas en revista.

13. El modo de sustanciar la súplica, cuando sea dispensable, se reduce á presentarla en la sala ò audiencia pública, donde se manda dar traslado á la otra parte, la cual regularmente concluye en el pleito á la siguiente inmediata; y ofreciédose á probar los agravios que alegan, se llevan los autos à la sala originaria, en la cual se hace expresion de ser lo deducido punto ó extremo nuevo, pues en las instancias de revista no puede de otra suerte recaer prueba.

14. Dispensada esta, se asigna para ella un término competente, segun la calidad de la causa y distancia del lugar, haciéndose despues de pasado publicacion de probanzas, del modo y en la misma forma que sobre la primera instancia, por cuyo concepto si cualquiera de las partes quiere poner tachas à los testigos de las otras, ó pedir restitucion, puede ejecutarlo en igual conformidad que le es permitido hacerlo sobre el juicio de vista, llevándose el pleito concluso à la sala, sino es que sean los negocios de menor cuantía, hubiesen venido por apelacion al tribunal, ó se hayan retenido en él por via de fuerza.

15. Pronunciada la sentencia de revista confirmatoria ó revocatoria de la de vista, se pide por la parte que la obtuvo, despues de publicada en el primer dia de audiencia pública, se libre de ella carta ejecutoria, la cual han de firmar tres oidores de los que dieron aquella, excepto si alguno estuviese ausente ó impedido, en cuyo caso firma otro por él, y pasan despues al señor semanero las sentencias que motivan la ejecutoria, asi para su inspeccion como para que tase las costas, cuando hay condenacion, sino es que toque la semanería al oidor mas antiguo, pues entonces ha de practicarlo por él el moderno, con el fin de que si cualquiera de los interesados suplicare de la tasacion, haga la retasa aquel.

16. »En las instancias de revista recae tambien sentencia en rebeldía de algunas de las partes, las mas de las veces contra el rebelde, y algunas en su favor, la cual se sustancia en los mismos términos que dejamos instruido al tratar de los jui-

1 Ley 1. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec. 2 Leyes 4 y 5. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.

cios de vista, sin que en una y otra instancia pueda el juez inferior declarar sobre la desercion, una vez introducido el recurso en la superioridad, á quien corresponde la declaracion, segun se halla repetidamente ejecutoriado en el antiguo Consejo de Aragon: de modo que si por la desercion de apelacion se tiene el proceso, como si nunca hubiese sido interpuesta en él, y vuelve la jurisdiccion al inferior, lo mismo es y se entiende respecto de los tribunales superiores, una vez declaradas desiertas las súplicas; bien que estos hacen poco mérito de las deserciones, cuando reconocidos los procesos advierten por su justicia y méritos de la causa que las sentencias de vista son dignas de enmienda, ó por el hecho de la causa ó por la duda intrincada de su derecho, con tal que aun no se haya publicado su desercion, en que deben ser muy cautos los tribunales superiores (1).

Notas. 1.ª En Real pragmática de 18 de abril de 1792 (2) se autorizó al Consejo de Ordenes para que reviese sus sentencias en grado de súplica, quedando suprimida la junta de comisiones, á quien antes competia la facultad de hacerlo.

2.ª Cuando la sala de Provincia del Consejo confirmaba ó revocaba la sentencia de los alcaldes de Casa y Corte, y juzgados ordinarios del corregidor de la villa de Madrid y sus tenientes, no debia admitirse la súplica (3), y únicamente tenian los interesados el recurso á su Magestad para que se volviese á ver el asunto, bien en la misma sala sola, bien juntamente con la de Justicia, precediendo al decreto de revision informe del Consejo sobre el memorial de la parte querellosa; mas en Real cédula de 21 de setiembre de 1783 (4), con el fin de cortar los muchos recursos que se hacian á su Magestad, y en que el Consejo consumia mucho tiempo en perjuicio de otros negocios, se ordenó que se admitiesen las súplicas de la sala de Provincia en los casos que fuesen suplicables, segun la calidad y naturaleza del juicio; que si las tales sentencias de vista fuesen confirmatorias en un todo, pusiese el Consejo la calidad de que se ejecutasen *sin embargo de suplicacion*, y no diese licencia para suplicar sino en los pleitos muy graves y dudosos, ó en que las nuevas pruebas que pudiesen ofrecer las partes hubieran de variar las

1 Elizondo *Pract univ. for.* tom. 6. part. 1. cap. 14. num. 12, 13, 14 y 15.
2 Ley 16. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.
3 Auto acordado de 9 de octubre de 1574.
4 Ley 15. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec. y su nota.

determinaciones; y que siempre que tuviese lugar la instancia de revista, pasasen los autos á escribanía de cámara y á relator, y se sustanciase en la forma que el Consejo acostumbra en las demas salas y sus negocios de justicia.

3.ª Los vizcainos conforme á una de sus capitulaciones tienen en la chancillería de Valladolid, á quien corresponde el señorío, un tribunal separado, que regenta el juez mayor de Vizcaya nombrado por su Magestad, de cuyas sentencias no puede interponerse apelacion sino súplica para ante el presidente y oidores que componen la sala destinada para su conocimiento (1).

1 Leyes 1 y 3. tit. 16. lib. 5. Nov. Rec.

CAPITULO VIGESIMO.

De la segunda suplicacion.

§. 1. ¿En que consiste la segunda suplicacion?

2. Requisitos necesarios para que tenga lugar este recurso. El primero es que el pleito sobre que recae haya empezado en el Consejo, chancillerías y audiencias.

3. El segundo requisito consiste en que la causa sea ardua y difícil, y de cantidad considerable, esto es, que lo que se litigue tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza en los juicios sobre propiedad, y seis mil en los posesorios.

4. El tercer requisito se reduce á que quien interponga este recurso, se obligue y dé fianzas de pagar, si la sentencia se confirmase, mil y quinientas doblas.

5. ¿En que casos no tiene lugar este recurso?

6. Siempre que las sentencias de vista y revista de los tribunales superiores sobre propiedad esten enteramente conformes, se han de ejecutar incontinenti, no obstante la segunda suplicacion, bajo la fianza que allí se expresa.

7. ¿Como ha de entenderse dicha conformidad en las sentencias?

8. Cuando en la sentencia de revista se añade la condenacion de costas, aunque no hay conformidad en esta última parte, se ejecutan en el todo por ser accesoria á lo principal.

9. Nadie puede eximirse de dar las fianzas para que se ejecute lo decidido uniformemente en vista y revista.

10. Diversa práctica que hay en las audiencias de Indias sobre este punto.

11. Término que se concede para interponer el recurso de segunda suplicacion, y necesidad que hay de expresar en él las causas del agravio.

12. La chancillería ó audiencia provee auto concediendo ó negando el testimonio para presentarse á su Magestad: ¿que deberá hacer el suplicante en uno ú otro de estos dos casos?

13. Caso único en que las audiencias de América tienen facultad para declarar si há lugar el grado de segunda suplicacion.

14. Diligencias que se practican para hacer la notificacion á su Magestad.

15. Practicada esta notificacion, ¿que deberá hacer el suplicante?

16. En este recurso es admisible la adhesion del contrario ó colitigante como en el grado de apelacion ó de súplica.

17. Aunque segun la ley las causas han de verse y determinarse en el grado de segunda suplicacion por lo que resulte de los mismos autos, hay ejemplares de haberse admitido nuevos documentos.

18. Doctrina del señor Conde de la Cañada sobre este punto.

19 y 20. Continuacion de lo mismo.

21. Si despues de instruida la segunda suplicacion falleciese el que se valió de este recurso, ¿que deberá hacer su heredero?

22 hasta el 27. De los demas trámites que se observan en este recurso.

28. De la sentencia dada por la sala de Mil y Quinientas en el grado de segunda suplicacion, no hay recurso ni súplica alguna.

Nota. Reales cédulas de su Magestad de 10 de mayo de 1797, y 8 de abril de 1802. Por la primera tuvo á bien mandar su Magestad que se admitiese en el supremo Consejo de la Guerra el recurso de segunda suplicacion; y en la segunda se declara que dicho recurso de las sentencias de revista del Consejo de Ordenes, está reservado al supremo Consejo de Castilla.

1. La segunda suplicacion es una revision del proceso que concede el Soberano en ciertas causas en que no compete otro remedio contra el agravio recibido en la segunda instancia (1). Aunque este recurso es muy anterior al reinado del señor Don Juan el I, como que se halla establecido en el Código de las Partidas, sin embargo debe su primera forma y solemnidad á aquel Monarca, quien en el año de 1390 publicó en Segovia la ley que ha tomado el nombre de esta ciudad, y es la 1. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

2. Para que tenga lugar el recurso de segunda suplicacion, es necesario que concurran los requisitos siguientes: 1.° que el pleito sobre que recae haya empezado en el Consejo, chancillerías ó audiencias, y no ante las justicias inferiores (2); pues contestada la causa en el tribunal inferior, no es admisible este recurso, aunque sea respecto de los privilegiados por caso de corte; bien que si antes de la contestacion y citadas ya las partes por el tribunal inferior, se llevase la causa al superior, y este la retuviese para conocer de ella y juzgarla, tendrá lugar el recurso, igualmente que en otros dos casos especiales, que son: 1.° si llevados los autos por apelacion á la chancillería ó audien-

1 Ley 1. tit. 22 lib. 11. Nov. Rec. 2 Ley 4 del mismo tit.

cia, se añadiese en la segunda instancia algun nuevo artículo ó gravamen considerable no comprendido en la primera, pues entonces así como es admisible la súplica, tambien lo es la segunda suplicacion sobre este nuevo gravamen, de que no conoció el juez inferior: 2.º si devuelta por apelacion la causa al superior, desistiesen las partes de su accion, é introdujesen otra nueva en el tribunal superior; pues verificado este caso, que es frecuente, serán las sentencias de vista y revista capaces de admitir el grado de segunda suplicacion, por ser un nuevo litigio empezado en dicho tribunal superior (1).

3. El segundo requisito para que pueda admitirse este recurso, es que la causa sea ardua y difícil, y de cantidad considerable, esto es, que lo que se litigue tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza en los juicios sobre propiedad, y seis mil en los posesorios (2); bien entendido que en estos ha de tratarse principalmente de la posesion, porque entonces será definitiva la sentencia; pero tratándose de aquella por incidencia y por vía de excepcion, será la sentencia interlocutoria, y de estas no hay segunda suplicacion, segun se verá mas adelante. Debe tambien advertirse que para tener lugar el recurso de segunda suplicacion en las causas en que se trata de la posesion principalmente, se requiere que las dos sentencias del tribunal superior no hayan sido conformes; pues de lo contrario no hay lugar á suplicacion ni otro recurso, y han de ejecutarse dando el que las obtuvo fiadores abonados de restituir la cosa á su contrario si le venciere en el juicio de propiedad, y la aprobacion de suficiencia de dichos fiadores pertenece á los señores ministros del mismo tribunal superior, sin que pueda suplicarse ni apelarse de ella (3). En los pleitos de Indias ha de ser la cantidad de seis mil pesos de oro, que hacen ocho mil ducados de la moneda de Castilla, para que tenga

1 Elizondo *Pract. univers. for.* tom. 6. part. 2. cap. 1. num. 5.

2 Cada dobla de oro de cabeza venia á valer cincuenta y un reales y medio vellon, segun el señor Cantos en su *Escrutinio de monedas*, cap. 15. num. 16 al 20. Este cómputo no viene bien con lo que dicen Matdonado *de segunda suplic* tit 9 quæst. 12. num. 12, 13 y 14, y Dominguez en la *Ilustracion á la Cur. Filip.* tom. 1. part. 5. §. 5. num. 5. Segun la cuenta de estos las tres mil doblas no importan mas de cuarenta y dos mil setecientos noventa y siete reales vellon. Para regular la estimacion del pleito, no tanto debe atenderse á la cantidad ó cosa que se demanda, cuanto á aquella sobre que recae la condenacion en la sentencia de revista, ya acerca de los bienes muebles ó semovientes, ya de los raices, créditos, acciones y derechos litigiosos; probándose la estimacion comun por testigos ó peritos imparciales, segun la calidad, utilidad y necesidad de las cosas, y fijando la principal atencion acerca de los inmuebles en los frutos y rentas que produzcan por un quinquenio.

3 Ley 5. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

lugar el grado (1), el cual nunca se dispensa en las causas posesorias, sean ó no conformes las dos sentencias de vista y revista de las audiencias (2).

4. El tercer requisito para la admision de este recurso es que el que le interponga se obligue y dé fianzas de pagar, si la sentencia se confirmase, mil y quinientas doblas, que hacen de nuestra moneda veinte y un mil trescientos noventa y ocho reales diez y siete maravedís (3) (*); observándose en las segundas suplicaciones de Indias dar solamente el que las interpone fianzas legas, llanas y abonadas de pagar mil ducados de pena, si se confirmare la sentencia; los cuales se aplican, como en España las mil y quinientas doblas por terceras partes, una á la Cámara y fisco, otra á la parte por el vejamen que le causó el recurso, y otra á los jueces que hubieren sentenciado el pleito en revista ó sus herederos, añadiendo la ley de Indias (4), que porque podria suceder declararse no haber lugar al grado, haya de ser la fianza para este caso, de pagar el suplicante cuatrocientos ducados, la mitad á la Cámara, y la otra á la parte contraria. Todas las fianzas, cuando se interpone la segunda suplicacion, han de ser con informacion de abono y aprobacion de las justicias ordinarias, no bastando cualesquiera pedáneas (5). Los fiscales de su Magestad cuando interponen el grado de segunda suplicacion en los pleitos que siguen por sí y principalmente, se hallan obligados á ofrecer la caucion de mil doblas de oro (6), por corresponder las restantes á la Real Cámara, cuyos derechos patrocinan, debiendo entonces y en cumplimiento de la ley de Segovia hacer presentacion de la escritura de obligacion y fianza otorgada por sí y por el receptor de penas de Cámara, con la solicitud de que se le dé testimonio de su instancia para presentarse ante la Real Persona; no teniendo obligacion á formalizar todas estas gestiones en aquellos casos en que interpongan la autoridad de sus oficios, coadyuvando el derecho de un tercero, comunidad ó república, cuyos cuerpos entonces habrán de prestar la pena y fianza de las mil y quinientas doblas (7), debiendo notarse que contra dicha obligacion de afianzar, no se admite restitucion de privilegiado (8).

1 Ley 1. tit. 13. lib. 1 de la Rec. Ind.
2 Elizondo *Pract univers. for.* tom. 6. part. 2. cap. 1. num. 6. Solórzano *Polit.* lib. 5 cap. 11. num 6
3 Segun Escolano importan veinte y un mil trescientos noventa y seis reales vellon, a razon de cuatrocientos, ochenta y cinco maravedís cada una *Febrero reformado.*

* Véase lo que se dijo acerca de esta fianza en el cap. 18 tit. 4 lib. 2. §. 16.
4 Ley 6. tit 13. lib. 5 de la Rec Ind.
5 Elizondo *Pract. univers for.* tom. 6. part. 2. cap. 1. num. 15 y 17.
6 Ley 12. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
7 Elizondo lug. cit. num. 16.
8 Ley 2. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

5. No tiene lugar el recurso de segunda suplicacion en los casos siguientes: 1.° en las causas criminales por lo que hace á la pena de que principalmente se trata en ellas (1); pero será admisible en cuanto al interes de la parte, que por incidencia y accesoriamente se pide (2): 2.° en los pleitos de la Real Hacienda (3): 3.° en causas de retencion de bulas; en pleitos sobre hidalguía que se ventilen en las chancillerías; sobre precedencia de asientos en los tribunales, no teniendo emolumentos anejos que asciendan á la cantidad de la ley; sobre derecho de patronato que no tenga aneja alguna cosa que llegue á la misma cantidad; ni en pleito sobre privilegios de exencion (4): 4.° tampoco se admite segunda suplicacion de la sentencia de revista, aunque no sea conforme con la de vista, en las causas de posesion de los bienes de mayorazgo, aunque se trate principalmente de ella (5): 5.° solo tiene lugar la segunda suplicacion de sentencia definitiva de revista (6); pero no de interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva, y pare perjuicio al negocio principal (7).

6. Siempre que las sentencias de vista y revista de los tribunales superiores sobre propiedad, esten enteramente conformes, se han de ejecutar incontinenti, como asimismo aquello en que lo fueren, no obstante la segunda suplicacion que se interponga, dando quien las hubiese obtenido, fianzas á satisfaccion de los mismos jueces, de quienes se suplicare, de devolver lo que se le entregue en el caso de que la sala de Mil y Quinientas mandase otra cosa contraria (8). Con estas fianzas ha de llevarse indistintamente á ejecucion la sentencia de revista en causas de Indias, sin embargo de la segunda suplicacion, aunque debe admitirse (9).

7. La expresada disposicion legislativa, dice el señor Elizondo (10), »como que recae sobre la conformidad de las dos sentencias, y la supone necesaria para su ejecucion, ofrece la duda relativa á cuando se dirán ó no conformes para graduarse de ejecutivas las decisiones. Nosotros juzgamos debe ser la conformidad en la sustancia y en el efecto, esto es, en la cantidad, cualidad y condicion litigiosas (11), pudiendo suceder muy bien, como nos lo enseña diariamente la experiencia, ocurrir en las

1 Ley 13. tit. 22. lib 11. Nov. Rec.
2 Ley 10. del propio tit.
3 Ley 17. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
4 Elizondo *Pract. univers. for.* tom. 1. pag. 249. num. 6.
5 Ley 16. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
6 Ley 4 de dicho tit. 22.
7 Ley 14 del mismo tit.
8 Ley 8. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
9 Ley 1. tit. 13. lib. 5 de la Rec. Ind.
10 Tom. 6. part. 2. cap. 1. num. 10, 11, 13 y 14.
11 Salgad. *de reg.* part. 3. cap. 16, desde el num. 25.

resoluciones varios capítulos, ó comprender diversas partes, respecto de las cuales en unas sean conformes las sentencias de vista y revista, y en otras se note diversidad acerca de su contexto; de modo que entonces si bien deberán ejecutarse las sentencias en lo que tuvieren conformidad, no puede suceder lo mismo en los demas capítulos que contengan diferencia, habiendo siempre de sobreseerse en el todo de lo decidido, cuando los extremos diversamente juzgados tienen tal conexion y dependencia con aquellos en que se observe la conformidad, que no puedan estos ejecutarse sin perjuicio de los primeros (1).

8. Suele ser tambien frecuente en la práctica, añade el mismo autor, el caso de que en la sentencia de vista, solo se mande una cosa, añadiendo la de revista la condenacion de costas; en cuyas circunstancias, aunque no hay la conformidad de las dos en esta última parte, se ejecutan en el todo, considerándola como dependiente y aneja á lo principalmente juzgado (2): siendo tan indispensable la fianza para la ejecucion, que ha de prestarse por la parte que obtenga, aun cuando su colitigante, ó no la pida ó deje de oponer este defecto, por ser aquella cualidad de sustancia en la disposicion de la ley (3), y como tal no admite interpretacion alguna.

9. De la necesidad que hay de dar las fianzas para ejecutarse lo decidido uniformemente en vista y revista, deducimos no se exime de prestarlas persona alguna, ni alcanza á suplirlas la caucion juratoria del pobre que obtenga, á restituir lo que se le mande entregar en su caso, pues aquella cualidad es tan precisa por la naturaleza de la misma cosa y por la sustancia del acto, que ha de cumplirse específicamente, y de modo alguno se admite en su suplemento cualquiera otro medio, especialmente en un pobre, en quien siempre es de temer la difícil conservacion de la cosa y la cuasi imposible recuperacion de esta, de suerte que entonces lo que dictan á un propio tiempo la razon de justicia y de conveniencia de los interesados es, se ponga la cosa litigiosa en secuestro hasta recaer la última decision; que fue el último medio que propusimos en un grado de segunda suplicacion de Antequera, teniendo entonces á la vista asi la ley de la fianza llamada de Toledo, la cual no admite por suplemento la caucion juratoria en el pobre, como ni tampoco la dispen-

1 Salgad. log. cit cap. 15.
2 Covarr. *Pract.* cap. 25. num. 6.
3 Ley 1. dicho tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

sa el establecimiento legislativo acerca de la ejecucion de las sentencias arbitrarias, no obstante apelacion ó reclamacion (*).

10. En las audiencias de Indias hay diversa práctica acerca de este punto, pues aunque de lo sentenciado en vista y revista se interponga segunda suplicacion para el Consejo, no se suspende la ejecucion, y asi se despachan ejecutorias en favor de las partes que las obtienen, unas veces con fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado en su caso y lugar, y otras aun sin poner este gravamen, hallándose en aquella legislacion dispuesto por el señor Don Felipe IV, en Madrid á 7 de julio de 1621 (1), que pudiendo suceder que por ser pobre la parte en cuyo favor ha de ejecutarse la sentencia de revista, sin embargo de la segunda suplicacion, no halle fiadores, y aun la contraria conociendo no ha de librársele la ejecutoria sin fianza, interponga el grado para no desembolsar con esta ocasion su adeudo, conforme á la sentencia; precediendo informacion de pobreza con citacion del fiscal de su Magestad y de la parte, suceda la caucion juratoria en lugar de fianza real y verdadera, y asi se ponga en los autos (2).

11. El litigante que quiera usar de este recurso ha de presentarse en el tribunal mismo donde se siguió el pleito dentro del término de veinte dias siguientes al de la notificacion hecha al procurador (3), sin que sea necesario que se le haga saber á la misma parte en persona, como se practicaba antes, segun lo dispuesto modernamente por la Real pragmática de 18 de agosto de 1774 (4). Se introduce el recurso suplicando *segunda vez* para ante su Magestad de la sentencia de revista con la pena y fianza de las mil y quinientas doblas que dispone la ley de Segovia, ó una escritura de fianza de la misma cantidad. En el recurso se han de expresar las causas del agravio del mismo modo que se practica en las súplicas ordinarias; y de esta solicitud se da traslado á los demas colitigantes, para que con vista de los autos ó contradigan el grado, por no admitir la causa este remedio, ó se opongan á las fianzas por falta de idoneidad, ó aleguen de la justicia de la sentencia de revista. Este expediente pasa siempre

* Algunos opinan que la caucion juratoria se admite por equidad en este caso, como en otros; pero las razones alegadas contra esta opinion son muy poderosas: ademas de que en el tit. 22. lib. 11. Nov. Rec., donde se trata de la segunda suplicacion, no hay disposicion alguna acerca de dicha caucion juratoria.

1 Ley 4. tit. 13. lib. 5 de la Rec. Ind.
2 Elizond. en el lug. cit.
3 Ley 3. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
4 Contra el lapso ó trascurso del término prefijado por la ley para la segunda suplicacion no hay lugar á la restitucion de personas privilegiadas. Ley 2. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

y por necesidad à los fiscales de su Magestad, asi en España como en Indias, por quienes se contradice ó coadyuva el grado (1).

12. En vista de lo que por todos se alega, la chancillería ó audiencia provee auto concediendo ó negando el testimonio para presentarse á su Magestad. Si se le concede, debe el suplicante hacer la presentacion dentro de los cuarenta dias desde que se declara haber lugar á la segunda suplicacion, y se le da el testimonio (2). Pero si el tribunal se le denegare desestimando el recurso, puede valerse de uno de los dos medios siguientes: 1.° (que es el mas comun) quejarse directamente al Rey por medio de un memorial, el que se remite á consulta del Consejo, y segun lo que en ella expone este supremo tribunal, se concede ó niega el recurso. Estas consultas se han hecho á veces por la sala de Gobierno, y otras por las tres de Mil y Quinientas (3); el 2.° arbitrio que tiene la parte agraviada, es el de presentarse con el testimonio correspondiente por el recurso de súplica en la sala de Mil y Quinientas, donde se manda despachar la provision ordinaria de emplazamiento y remision de los autos originales obrados sobre este incidente, y venidos se toman y alega por las partes, y conclusos se procede por las tres salas à su determinacion. Si se revoca el auto apelado, se manda dar la certificacion para presentarse á su Magestad (4). Pero estimándose no corresponder el recurso, se da la providencia siguiente: *No há lugar el grado, y devuélvanse los autos*, cuya devolucion se hace siempre por un portero del Consejo á costa de la parte que introdujo el grado; debiendo notarse que segun se dispone en una ley (5), en las causas en que se declare haber ó no grado para suplicar segunda vez con la pena de las mil y quinientas doblas, no hay lugar ni debe admitirse súplica de los tres autos.

13. Las audiencias de América no tienen facultad para declarar si há lugar el grado de segunda suplicacion en otro algun caso que en el de constar claramente de los autos que el valor ó cantidad de la causa litigada llega ó no à ocho mil ducados, que requiere la ley para la admision de este recurso extraordinario; debiendo aun entonces mandarse remitir el proceso original al Consejo, quedando copia autorizada de él á costa del

1 Elizondo *Pract. univ. for.* tom 6. part. 2. cap 1. num. 17.

2 Escolano *Practica del Consejo Real*, tom. 2. cap. 17. pag 95. Señor Conde de la Cañada, *Instit. pract.* part. 3. cap. 4. num. 43

3 Escolano en el lug. cit. pag. 105.

4 Escolano en el lug. cit.

5 Ley 15 tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

suplicante en la audiencia, y citando á las partes para que prosigan su justicia (1).

14. Admitido que sea el recurso de la segunda suplicacion, para hacer la notificacion á su Magestad se entrega el testimonio ó certificacion, que se libra por el escribano de Cámara actuario del pleito, á cualquier notario escribano de los reinos, quien se presenta al secretario de la Real estampilla; y en su vista le señala el dia y hora en que puede presentarse á su Magestad, y en él hace la notificacion extendiendo la diligencia á continuacion del testimonio (2).

15. Practicada esta diligencia solicita el suplicante en la Real Cámara por medio de un memorial se despache la correspondiente cédula de comision, la cual con el testimonio y poder especial se presenta al Consejo, pretendiendo que á consecuencia de lo que se ordena en ella se manden librar los competentes despachos de emplazamiento, y para que el escribano de Cámara de la chancillería ó audiencia, ante quien ha pasado el pleito, remita los autos originales de él; y por decreto del Consejo pleno se manda cumplir la cédula de comision, y que pase á la sala de Mil y Quinientas, donde se hace presente y se acuerda la expedicion de los despachos, que se piden, de remision de autos y emplazamiento (3).

16. Es admisible en este recurso la adhesion del contrario ó colitigante, asi como en el grado de apelacion ó de súplica, para obtener la revocacion ó enmienda de la sentencia en lo que le sea perjudicial (4).

17. Aunque segun una ley de la Recopilacion (5), las causas han de verse y determinarse en el grado de segunda suplicacion por los mismos autos del proceso, sin recibir escrito ni peticion, y sin dar lugar á nuevas alegaciones ni probanzas, escrituras, ó dilaciones ni pedimentos, por via de restitucion, ni en otra manera alguna; sin embargo hay ejemplares, segun afirma Escolano (6), de que hallándose ya los autos de grado en el Consejo, si alguna de las partes ha encontrado á este tiempo algunos documentos tales que pudieran hacer variar enteramente el concepto y justicia del negocio, los ha presentado á su Magestad con un memorial jurando haber llegado entonces á su noticia, y pi.

1 Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 6. part. 2. cap. 1. num. 8.
2 Escolano en su *Pract.* tom. 2. cap. 17. pag. 97.
3 Escolano pag. 97. cit. y sig.
4 Elizond. lug. cit. num. 20. Escolano lug. cit. pag. 96, nota 2.
5 Ley 7. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
6 Escolano lug. cit. pag. 105.

diendo se sirviese mandar que se admitieran, y se volviese á ver el negocio. Estas solicitudes se han remitido al Consejo para consulta, y en vista de la que ha hecho, se ha resuelto que se admitan, y se devuelvan con los autos à la chancillería ó audiencia de donde habian venido, para que se volviese á ver el negocio.

18. Sobre este mismo punto dice el señor Conde de la Cañada lo siguiente (1). »La repetida observancia del Consejo ha explicado este artículo, y ha removido toda disputa acerca de admitir los nuevos instrumentos; pero siempre la hay muy empeñada entre las partes sobre la existencia y prueba de las dos calidades indicadas (esto es, de haber llegado nuevamente á noticia de la parte, y de descubrirse en los mismos instrumentos el derecho y justicia del que los presenta), y como se detienen algunos ministros del Consejo en admitir instrumentos, aun para examinar su calidad y circunstancias, segun he visto muchas veces, toman las partes el medio de presentarlos à su Magestad, suplicando reverentemente se sirva mandarlos remitir al Consejo, para que teniéndolos presentes, como parte de los autos, los determinen en justicia. Su Magestad los manda pasar para que el Consejo haga de ellos el uso que tenga por conveniente, y entonces procede à examinar sus circunstancias, y à declarar si há lugar ó no á su admision.

19. »Tambien he visto en otros casos presentarse instrumentos en los pleitos de segunda suplicacion que pendian en el Consejo, y haberlos remitido á las chancillerías y audiencias, en donde se habian dado las sentencias de vista y revista, para que oyendo à las partes instructivamente sobre la calidad de los mismos instrumentos, remitiesen despues el expediente original al Consejo, para hacer de él el uso conveniente.

20. »Esta práctica lleva dos fines: uno no embarazarse tanto el Consejo con estos incidentes, que las mas veces causan grandes dilaciones; y otro facilitar su defensa á las demas partes que litigan, considerando que podrán hacerla mejor y sin tanto gasto en las chancillerías ó audiencias; y esto sucede mas propiamente cuando se redarguyen de falsos los instrumentos presentados en el Consejo, ó se ofrecen á presentar otros que destruyan ó debiliten la fuerza de los primeros.

21. Si despues de instruida la segunda suplicacion falleciere el que se valió de este recurso, deberá ocurrir entonces el here-

1 *Instit pract.* part. 3. cap. 4. num. 39, 40 y 41.

dero á la justicia ordinaria del pueblo del domicilio de su causante á legitimar su persona con citacion de los demas colitigantes, reduciéndose su instancia á solos dos extremos, cuales son: haber muerto el que litigó, y sucedido en sus derechos el que trata de subrogarse en ellos. Lo mismo se practica cuando los bienes litigiosos son de mayorazgo, pues el juicio deducido acerca de ellos no es propio del poseedor, y asi pasa activa y pasivamente á sus sucesores, pudiendo en aquel hacer lo que dejó de hacerse por el que poseyó en su tiempo, ya acerca de interponer ò abandonar la segunda suplicacion, ya en orden à todos los demas actos y cuestiones judiciales que en nada pueden perjudicarles; ocurriendo progresivamente al Consejo, donde se presenta la informacion, ó saca provision para ejecutarse (1).

22. Los demas trámites que se observan en la prosecucion de este recurso, se reducen à lo siguiente: si las partes quieren tomar los autos con el objeto de que sus abogados se instruyan para la vista, lo solicitan con un pedimento firmado de procurador que tenga poder competente, y dándose cuenta en sala ordinaria de Mil y Quinientas, se decreta lo siguiente: *Madrid etc. Entreguénsele los autos por el término ordinario para solo el fin de que se imponga su abogado.* A consecuencia de este decreto se entregan los autos al procurador bajo de un conocimiento expresivo, numerando las fojas que tenga cada pieza. Pasados los tres dias siguientes á la fecha del conocimiento (que es el término ordinario) puede la parte contraria pedir que se le apremie á la vuelta de los autos; en cuyo caso, si los devolviese pidiendo término, ha de firmar tambien el abogado defensor esta peticion, de la cual, y de la contradiccion á ella, si la hiciere el colitigante, se dará cuenta en la sala ordinaria de Mil y Quinientas, expresando los dias en que se tomaron los autos y devolvieron, el nombre del letrado que firmó, y el término pedido. Se pone luego por decreto el que se concede, y se notifica inmediatamente al procurador, porque desde el dia siguiente al de la notificacion se cuenta dicho término, y si en él no se vuelven los autos, se saca otro apremio, y se practica lo mismo. Si las partes devolvieren los autos sin solicitar término, deben ponerse en ellos unas notas que rubrica el oficial mayor, mencionando en ellas los dias, mes y año en que se tomaron y devolvieron, despues de lo cual se decreta que pasen al relator.

23. Luego que este tiene hecho el apuntamiento ó memorial

1 Elizondo en el lugar cit. num. 21.

ajustado, puede cualquiera de los litigantes solicitar señalamiento de dia en un escrito, del que da cuenta el escribano de Cámara en la sala de Tenutas, y el decreto se extiende de esta forma: *Madrid etc. Señálese para el dia tantos, hágase saber á las partes, y pase al relator.*

24. El dia señalado para sentenciarse el pleito concurren para votarlo los mismos señores que lo vieron, y no pueden ser menos de nueve (1), excepto si ocurriese que despues de visto el pleito por solo el número de nueve, y antes de votarse, se hubiese muerto, impedido ó ausentado de estos reinos alguno ó algunos de ellos, pues en este caso lo pueden votar los que queden, con tal que lo menos sean cinco, sin que sea necesario el consentimiento de las partes, ni darles traslados, como se hacia antiguamente (2).

25. »Pero si ocurriese el caso, como suele suceder, de no haber sentencia por razon de discordia, esta se dirime por tres señores ministros que debe nombrar el señor presidente ó gobernador del Consejo (3), y para ello se le presenta memorial por cualquiera de las partes del pleito expresando las calidades y circunstancias de él, y que habiéndose visto tal dia por los señores de tal sala, salió en discordia, concluyendo con la súplica de que para que se dirima, se sirva nombrar los tres señores ministros que fueren de su agrado, conforme lo dispuesto por el auto acordado: el nombramiento se pone al margen del memorial, se pasa original por la secretaría de la presidencia á la escribanía de Cámara originaria del pleito, y por esta los avisos correspondientes á los señores nombrados, y el espediente al relator; en cuyo estado puede cualquiera de las partes pedir señalamiento de dia para que lo vean los señores nombrados á quienes se hace presente, y con el señalamiento se practica lo mismo que con el anterior.

26. »Como los jueces nombrados suelen ser de distintas salas, se hacen estas vistas despues de la audiencia en una de las del Consejo, y en teniéndolo visto se debe presentar otro pedimento, solicitando señalamiento de dia para el voto, del cual se da cuenta en la sala de tenutas á la primera hora de audiencia, y señalado dia, se pasa el aviso correspondiente á los señores ministros que lo vieron, y no se hallaron al señalamiento, y despues se lleva al relator."

1 Auto acordado de 8 de enero de 1745.

2 Real resolucion de su Magestad de 8 de setiembre de 1747, á consulta del Consejo de 12 de agosto del mismo año.

3 Auto acordado citado.

27. »En el dia señalado se juntan en la sala de Mil y Quinientas, y se procede á su votacion y sentencia, que extiende el relator en papel del sello cuarto á lo ancho (1).« Si en dicha sentencia se confirmare la de revista en lo principal de que se suplicó, habrá de satisfacer el suplicante la pena de mil y quinientas doblas, aunque se hubiese modificado ó enmendado en otros artículos menos principales, ó respecto de las costas, frutos ú otras cosas accesorias, á no ser que la revocacion ó enmienda de dicha sentencia de revista hubiere recaido sobre cosa tan ardua ó de tanto valor, que por ella sola y sin respecto á la causa principal, se pudiera haber suplicado (2). Si el suplicante se apartase de la suplicacion dentro de tres meses de como la interpuso, se eximirá del pago de las mil y quinientas doblas; pero si se hubiese apartado de aquella despues, tendrá igual obligacion á satisfacerlas que si se hubiese confirmado la sentencia de revista (3).

28. De la sentencia dada por la sala de Mil y Quinientas en el grado de segunda suplicacion, no hay recurso ni súplica alguna; por lo cual no se notifica á las partes; y si se confirma la de revista de la chancillería ó audiencia, se devuelven á ella los autos para que haga despachar la ejecutoria; pero si se revoca, se quedan en el Consejo, y este la expide (4).

Nota. Por Real cédula de 10 de mayo de 1797 (5), tuvo á bien mandar su Magestad se admitiesen en el supremo Consejo de la Guerra el recurso de segunda suplicacion y el de injusticia notoria en los casos en que tiene lugar segun las leyes; y como la particular constitucion de dicho supremo tribunal exigiese ciertas prevenciones necesarias para acomodar á él uno y otro recurso, se espicificaron en los artículos de la misma cédula, á la cual podrá acudir quien necesite mayor informacion sobre este punto. El Consejo Real de las Ordenes no ha podido obtener la misma gracia que el supremo de la Guerra, como puede verse en la Real cédula de 8 de abril de 1802 (6), por la cual se declara que la reserva al supremo Consejo de Castilla de los juicios de injusticia notoria, es extensiva tambien á los de segunda suplicacion, que promueban las partes de las sentencias de revista, para que se habilitó al Consejo de las Ordenes en pragmática de 18 de abril de 1792.

1 Esto se ha tomado de Escolano, buen testigo en la materia. Véanse las pag. 100, 101, 103 y 104, tom. 2. de su *Práctica*.
2 Ley 10. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
3 Ley 2. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
4 Leyes 11 y 15 del mismo tit. y lib.
5 Ley 22. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
6 Ley 23 del mismo tit.

CAPITULO VIGESIMOPRIMERO.

Del recurso de injusticia notoria.

§. 1, 2, 3 y 4. Explicacion de lo que se entiende por injusticia notoria.

5. ¿Si será necesaria la *notoriedad* de la injusticia para justificar este recurso?

6 hasta el 11. Argumentos por la negativa de la dificultad propuesta.

12 hasta el 19. Razones por la afirmativa.

20. Para introducir este recurso debe preceder depósito de quinientos ducados vellon, ó fianza llana y abonada de dicha cantidad.

21. ¿En que casos no tiene lugar este recurso?

22, 23 y 24. Si la sentencia de revista contiene diversos capítulos, podrá justificarse el recurso en unos y no en otros.

25. Pueden ser multados los abogados que firmaren las peticiones de dichos recursos y los que entraren á defenderlos, suponiendo que estan revestidos de las circunstancias necesarias para su justificacion, y resultando lo contrario por la inspeccion de los autos.

26. Para introducir este recurso no hay término señalado por las leyes.

27 hasta el 34. Trámites que se observan en este recurso.

Nota. Reales órdenes declarando varias dudas acerca del tribunal en que deberán introducirse los recursos extraordinarios de las sentencias que dieron los jueces de alzadas ó apelaciones en los consulados de comercio.

1. Dos dificultades se ofrecen desde luego al tratar de este recurso: 1.ª ¿que se entiende por injusticia notoria? 2.ª ¿si será necesaria la notoriedad de la injusticia para entablar ó justificar el recurso? En orden á la primera son diversas las opiniones de los autores, pues como dice el señor Don Simon Viegas en su *Discurso sobre el foro*: »Se han escrito tales cosas sobre la notoriedad, y hay tales opiniones, que casi nos han frustrado este remedio de las leyes." Sin embargo, el mismo autor, despues de varias reflexiones, añade: »à pesar de todo esto la voz notoria tiene su significacion y su valor, y se entiende por tal la que resulta del proceso sin necesidad de nuevas pruebas." El señor Elizondo (1) ofrece esta misma idea con mayor amplitud,

1 *Pract. univers. for.* tom. 6. part. 1. cap. 10.

diciendo ser »*notoriamente* injusta aquella sentencia, cuya iniquidad aparece de sola la material lectura de los autos, ó por no ser la decision conforme á la demanda ó à lo deducido ó probado por las partes, ò cuando tiene contra sí la notoria resistencia del derecho, explíquese ò no el error en la misma decision." El Sr. Conde de la Cañada, tratando con su acostumbrada solidez de esta materia, dice asi (1): »La mayor y cuasi insuperable dificultad, à causa de no poder sujetarse à reglas positivas y ciertas en todos los casos que ocurren, ni aun en el mayor número de ellos, consiste en el concepto y graduacion de la que se llama injusticia notoria, y en los medios por donde deben caminar los jueces para acrisolarla y asegurarse de ella con un juicio constante sin ninguna duda racional y probable."

2. »A mi me parecia, añade el mismo autor, que los jueces no deben pararse en las primeras nociones que presentan los autos en su inspeccion, sino que deben internarse en su examen y conocimiento, combinando los hechos hasta ponerlos en estado de su positiva y clara existencia; pues una vez asegurados los jueces de esta fuente y manantial del derecho, conocerán las mas veces con toda claridad el que sea aplicable à la decision del pleito, viniendo à convencerse de si la sentencia de revista fue ó no justa.

3. »Yo he defendido y juzgado bastantes pleitos que han venido al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno he hallado que las sentencias de las chancillerías y audiencias contengan una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos expresos, ni que caduque por falta de poder, citacion ni subversion del orden público, que influyen en la natural defensa de las partes, y en todos ha sido necesario internar el conocimiento en los hechos probados, y descender á lo que determinan las leyes, y cuando no las hay adaptables, recurrir á las razones que han admitido con uniformidad los autores.

4. »Si hubiese alguna duda acerca de si estan probados los hechos, ò sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo razonable y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entonces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Consejo, y la sentencia que entonces se da en él, pone un sello perpetuo à las disputas y à los recursos del pleito."

5. Por lo que hace á la segunda dificultad propuesta en el

1 *Instit. pract.* part. 3. cap. 5. num. 40, 41, 46 y 47

párrafo 1, el mismo Conde de la Cañada pone argumentos muy fuertes en pro y en contra, adhiriéndose por fin à la opinion de que es necesaria la *notoriedad* de la injusticia para justificar el recurso, como se verá por el siguiente estracto de sus observaciones.

6. »Atendiendo las leyes al debido honor, respeto y decoro de los jueces, mandan que los que apelan de sus sentencias, no digan que juzgaron mal; y esto se entiende generalmente con todos, aunque sea con los ordinarios, que conocen en primera instancia, segun previene la ley 12. tit. 18. lib. 4. Rec., ó 24. tit. 30. lib. 11. de la Nov.: »Otrosí mandamos: que aquellos que apelaren, no sean osados de decir al alcalde que juzgó mal:" lo mismo dispone la ley 26. tit. 23. Part. 3. Para con los que componen los tribunales superiores, es mas estrecho el encargo en cuanto al respeto y veneracion con que deben mirarse sus providencias, especialmente las definitivas. ¿Como pues será compatible que las partes que introducen este recurso de las sentencias de revista de las chancillerías y audiencias, digan no solo que juzgaron mal sus ministros, sino que lo hicieron con injusticia notoria, que es lo mismo que con iniquidad? Porque ya proceda de ignorancia, ya de poca diligencia en el examen del proceso, ó ya de malicia, siempre será grande la injuria que se hace à dichos ministros, y mayor la osadía de imaginarla y proponerla.

7. He observado en el auto 7. tit. 20. lib. 4. Rec. (1), que entre las causas que excitaron el aumento de los cincuenta mil maravedis, señalados en el auto 6 anterior, à quinientos ducados, se expresa como una de ellas: »No siendo menos reparable la nota de los tribunales superiores que han determinado los pleitos, de que se introducen los recursos;" pero esta nota no se fija precisamente en que se traten sus sentencias de inicuas ó notoriamente injustas; pues bastaria para que se concibiese nota reparable contra dichos ministros el tratar sus determinaciones de injustas, como se supone en los recursos.

8. La prueba de la proposicion antecedente se presenta con toda demostracion en la ley 1. tit. 20. lib. 4. Rec. (2), que dispone lo conveniente acerca de la segunda suplicacion en los pleitos, que por su entidad y calidad puedan recibirla. El depósito ó fianza de las mil y quinientas doblas que debe preceder, es con exceso mayor que la de los quinientos ducados que

1 Ley 2. tit. 23. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 1. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

exije para el recurso el citado auto 7; y en esto se descubre haber intentado la ley detener mas estrechamente la segunda suplicacion, sin embargo de que la causa por su entidad debia facilitarla; y verificándose igual nota reparable contra los ministros que dieron la sentencia de revista, no se cae en la pena de las mil y quinientas doblas, si probase la parte por los medios comunes de derecho que la sentencia de revista no fue justa, sin necesidad de probar que no lo sea notoriamente. Esta pena y la de los quinientos ducados fueron introducidas para contener la malicia de las partes en el uso de las segundas suplicaciones y de los recursos. Asi se expresa literalmente en la citada ley 1. tit. 20. lib. 4, pues dejando explicadas las calidades de los pleitos, en que puede tener lugar la segunda suplicacion, continúa diciendo: »Pero es nuestra merced que, porque la malicia de aquellos que suplican por alongar los pleitos, no haya lugar, que la parte que suplicare de la dicha segunda sentencia, dada por los dichos nuestros oidores con el perlado que fuere presidente, que se obligue y dé fiadores dentro de los dichos veinte dias ante los dichos oidores de pagar mil y quinientas doblas, si por aquel ó aquellos, à quien Nos lo encomendaremos, fuere hallado que la segunda sentencia de los dichos nuestros oidores fue bien y derechamente dada."

9. En el auto 10. tit. 20. lib. 4. de 12 de enero de 1740, se hallan por primera vez las palabras injusticia notoria aplicadas à este recurso; pero de un modo enunciativo y con referencia à las disposiciones anteriores. En la parte principal del referido auto 10 se ordena y dispone que se admitan por punto general los grados de segunda suplicacion de las sentencias que causaren ejecutoria en la audiencia de Cataluña, segun estaba resuelto y declarado para las demas de la corona de Aragon.

10. »En la segunda parte, que es subalterna ó incidente de la primera, se dice que en los pleitos que por sus circunstancias no pueden recibir la segunda suplicacion, quede libre y salvo à las partes el recurso de *injusticia notoria*, de dichas sentencias del Consejo, segun su auto acordado, y como se practica en todos los tribunales de estos reinos. No hallándose en el auto acordado, à que se refiere, expresion alguna que indique haber de ser notoria la injusticia de la sentencia de revista, es preciso que se modere y ajuste à dicho relato, mayormente cuando no se debe presumir revocacion de las leyes anteriores en todo ni en parte; no constando claramente en las posteriores la voluntad del legislador, »acordada con omes

entendidos é sabidores," del modo y forma que establecen las leyes 9, 17 y 18. tit. 1. Part. 1, y la 8. tit. 1. lib. 2. de la Rec. ó sea 8. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

11. »Convéncese mas la inteligencia explicada, teniendo presente que las leyes deben ser manifiestas y claras en lo que disponen, sin dar ocasion à engaños por su oscuridad: leyes 1. tit. 1. lib. 2. y 8. tit. 1. Part. 1; y el canon 2. dist. 4. Y si se extendieran los *dos autos acordados* 6 y 7. tit. 20. lib. 4, que son los que tratan de intento de este recurso, á que se hubiese de justificar y probar necesariamente la *injusticia notoria*, que no se expresa en dichos autos, no serian claros, manifiestos y cumplidos, sino muy capciosos, exponiendo no solo á los ignorantes, sino tambien à los sabios, á que padeciesen engaños; pues hallaban abierto el paso à este recurso en su principio, y cerrado estrechamente en su resolucion, queriendo que se probase con notoriedad la injusticia de la sentencia de revista; pero esto se acerca à lo imposible por las dificultades que inventan los hombres, las cuales bastarian las mas veces para hacer oscura en el dictamen de los jueces la injusticia que se pretendia fuese notoria: (Novel. 44. cap. 1. §. 3. ibi: *Nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit (liced aliquid sit valde justissimum) tamen suscipere quandam solicitam dubitationem,* y el Papa Clemente V. en su prefacio á las clementinas: *Nulla juris sanctio, quamtumcumque perpenso digesta consilio, ad humanæ naturæ varietatem, et machinationes ejus inopinabiles sufficit, nec ad decisionem lucidam suæ nudosæ ambiguitatis attingit.)*

12. Hasta aqui las razones que parece prueban bastar la simple injusticia, y no ser necesaria la *notoria* para justificar el recurso: veamos ahora cuales son las que hay en pro de la notoriedad, y cuya fuerza movió al autor à que abrazase esta opinion.

13. »Aunque el citado auto 10 se refiere al 6 y 7 del propio título, su disposicion es completa en cuanto denomina este recurso *de injusticia notoria*, y debe subsistir por sí sola en toda la ampliacion de su autoridad, aunque los relatos no pareciesen en el mundo, porque el legislador es libre en lo que ordena y manda, sin depender en manera alguna de las leyes anteriores, siendo esta una limitacion muy solemne de la regla que establece que el referente no prueba sin el relato, de la cual tratan muchos autores, señaladamente Pareja *de instrumentorum edit.* tit. 7. res. 9. desde el 9 hasta el 32.

14. »El Consejo cuando consultó el citado auto 10, y mas principalmente su Magestad en su soberana resolucion, tuvieron muy

á la vista los dos enunciados autos 6 y 7, y en su letra y en su espíritu, y no podia menos de ser adecuada su referencia à los mismos autos 6 y 7; y esta es otra prueba que convence su uniforme inteligencia en cuanto à que el recurso es y debe llamarse siempre »de injusticia notoria."

15. »Uno de los primeros principios de la legislacion es que cuando hay una ley oscura, se entienda y declare por otra que sea clara, y trate del propio asunto; y esta es otra regla que obliga à conocer la identidad de las disposiciones acerca de la »injusticia notoria" de este recurso.

16. »Los que le introducen, lo proponen siempre con las palabras expresivas de ser de injusticia notoria, y esta fórmula repetida con uniformidad en sus escritos, demuestra por los principios indicados su constante inteligencia.

17. »El Consejo lo admite en el propio concepto, y como que el fundamento de él es la misma injusticia notoria que motiva la parte que litiga, y con el mismo próposito procede á examinar los autos del proceso, y dar su sentencia; y este es otro medio que califica mas seguramente la inteligencia explicada: ley 5. tit. 2. Part. 1. ley 34. *de legib.* y el §. 6. *Institut. de satisdationibus.*

18. »El recurso por solo este título, sin unirle el de injusticia notoria, comprende como único fundamento la misma injusticia notoria, sin que su explicacion ò declaracion obre efecto alguno esencial en cuanto á este requisito, si solo el extrínseco de manifestar y poner en claro lo que se contenia en el nombre ó voz de *recurso.* Prueban esta proposicion las consideraciones siguientes: 1.ª que este es un remedio extraordinario, introducido por equidad en los casos en que se prohiben los ordinarios de apelacion y suplicacion, y ha de tener precisamente alguna particular circunstancia que lo justifique; y esta no puede ser otra que la iniquidad ó injusticia notoria, y la opresion que reclama. De otro modo seria igual este recurso en el conocimiento y determinacion con los medios ordinarios de la apelacion y suplicacion; pues tambien se busca en ellos la injusticia de las sentencias que los motivan. Si la ley prohibe las apelaciones y suplicaciones porque sean tres conformes, ó por la excelencia de los jueces que han dado las de vista y revista, y entrase el recurso con el mismo efecto en su conocimiento y decision, vendria à permitirse por este medio extraordinario lo que está prohibido por las vias comunes de apelacion y súplicas, dilatando con la ampliacion de estos recursos el fin de los pleitos con daño de la causa pública, lo cual resisten poderosamente otras leyes.

19. »Este modo de conocer y demostrar que la causa que justifica este recurso es la iniquidad ó injusticia notoria de la sentencia de revista, se deduce de las doctrinas de los autores que tratan en general de él como remedio extraordinario, señaladamente el Sr. Mat. *de regimine regni Valentiæ*, cap. 12. §. 7, y el Sr. Crespí, part. 1. observ. 10. num. 79, y en la observ. 60 y 77. con otros muchos que refieren.

20. El que introduzca este recurso debe previamente depositar quinientos ducados de vellon (1), ó dar fianza lega, llana y abonada hasta dicha cantidad (que ha de recibir de su cuenta y riesgo el escribano ante quien se otorgue), en la cual se le condena desde luego si el Consejo con vista de los autos reconoce haberse valido las partes de este remedio del recurso sin verificar por él las causas que le justifiquen (*). Dicha condenacion se aplica por terceras partes, la una para la Cámara de su Magestad, otra para los jueces de la chancillería ó audiencia de donde viniere el recurso, y la otra para la parte contra quien se intentare; quedando libres de las obligaciones del depósito ó fianza los pobres que como tales hubieren litigado, y lo justificaren en el Consejo, cumpliendo con la de hacer caucion juratoria en la forma ordinaria en la chancillería ó audiencia donde litigaren (2).

21. No tiene lugar el recurso de injusticia notoria en los cinco casos siguientes: 1.° cuando la última determinacion de la causa toca por las leyes de estos reinos privativamente al grado de segunda suplicacion, y por ella á la sala de Mil y Quinientas, en los términos que se dijo en el capítulo anterior; 2.° en los juicios posesorios de cualquiera calidad y entidad que sean; 3.° tampoco se han de admitir dichos recursos de sentencias de vista mandadas ejecutar sin embargo de suplicacion, sin que las partes que intentaren introducirlos justifiquen en el Consejo haber pedido licencia para suplicar de dichas sentencias, y que no se les concedió; 4.° de las sentencias interlocutorias, excepto si fueren de aquellas que causan perjuicio irreparable (3); 5.° en las causas criminales determinadas por la sala del crímen de los tribunales superiores de las provincias (4).

22. Si la sentencia de revista contiene diversos capítulos, po-

1 Si el recurso fuere de los tribunales de Indias ha de ser el depósito de mil pesos, escudos de plata. Real cedula de 24 de febrero de 1712.

* De esta fianza se trató en el cap. 18. tit. 4. lib. 2. §. 13 y 14.

2 Ley 1. tit. 23. lib. 11. Nov. Rec.

3 Ley 2. tit. 23. lib 11. Nov. Rec.

4 Real resolucion del señor Don Fernando VI. á consulta del Consejo, publicada en noviembre de 1758.

drá justificarse el recurso en unos y no en otros; y será la sentencia del Consejo correspondiente en la confirmacion y revocacion de los artículos respectivos, con cuyo motivo se suscita la duda acerca del depósito de los quinientos ducados. Para igual caso se dispuso lo conveniente en la segunda suplicacion por la ley 3. tit. 20. lib. 4. Rec. (1) declarando que si la sentencia de revista se revocare en parte sustancial, cuyo importe y valor pudiera dar lugar à la segunda suplicacion, quedará la parte excusada de pagar las mil y quinientas doblas.

23. Si para los recursos de injusticia estuviera determinada la cantidad ó valor del pleito en que pudieran tener lugar, se deberia guardar la misma proporcion alzando el depósito ó la fianza de los quinientos ducados, cuando ascendiese la sentencia en la parte que se revocase à la cantidad suficiente para introducir el recurso; pero como falta este supuesto, es preciso que se regule por el justificado arbitrio de los señores ministros del Consejo. Asi se ha verificado algunas veces, y fue una de ellas en el pleito que se determinó el año de 1784 entre Don Martin de Epalza y su hijo D. Pablo, vecinos de Bilbao; pues habiendo revocado la sentencia de revista de la chancillería de Valladolid en parte considerable, aunque se confirmó en otras de mayor valor, se mandó alzar y entregar el depósito de los quinientos ducados.

24. Por tanto, convendria para no dejar dudas en la legislacion de estos recursos, que se acordase y señalase el valor de la causa para que se admitiese el recurso, como se declaró para la segunda suplicacion, y se aumentó con proporcion al tiempo y á la calidad de la causa, asi en posesion como en propiedad, en los términos que se explicó en el capítulo próximo. Asi se evitaria por medio de esta providencia el daño público y particular que producen estos recursos, que no son compatibles con la equidad en que se fundan, si no corresponde la entidad y gravedad de la causa; pues en cosas de poca monta es mas ventajoso á la causa pública y à las mismas partes sufrir el daño que les puede causar la sentencia de vista, que exponerse à otros incomparablemente mayores, que necesariamente resultarian aun en el caso de su vencimiento, que es tan contingente y raro.

25. Los abogados que firmaren las peticiones de dichos recursos, y los que entraren à defenderlos, suponiendo que estan revestidos de las circunstancias necesarias para su justificacion,

1 Ley 10. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

pueden ser multados á arbitrio de los jueces si apareciere lo contrario por la inspeccion de los mismos autos (1).

26. Como no hay término señalado por nuestras leyes para introducir este recurso, suelen suscitarse dudas acerca de si va ó no en tiempo al Consejo. Convendria pues, que se señalase un término preciso para ello, pues como dice muy bien el señor Conde de la Cañada, no solo se excitan dudas si el agraviado retarda por tiempo considerable la presentacion de dicho recurso, sino que tambien este retraso produce otro daño muy considerable à los particulares y al público, cual es la poca seguridad que da la sentencia de revista en orden al derecho y dominio de las cosas, pendiendo de la voluntad del otro litigante el atacarla como injusta despues de largo tiempo. Sin embargo en la práctica se observa que las mas veces ocurre el agraviado sin dilacion al Consejo; mas para evitar disputas convendria el señalamiento de término para introducir el recurso, como le tienen el de apelacion, el de súplica, y el de segunda suplicacion.

27. En orden à los trámites que se observan en este recurso, dice Escolano lo siguiente. Para introducirle ha de acudirse al Consejo con poder especial para ello, que se presenta con un pedimento. De este se da cuenta en la sala segunda de Gobierno, y se provee el decreto que con el aviso que en su virtud se pasa al señor subdelegado de penas de Cámara, es del tenor siguiente: »Madrid &c. Esta parte deposite en la receptoría general de penas de Cámara y gastos de justicia del Consejo, los quinientos ducados en la conformidad que está mandado por punto general, á cuyo fin se participe al señor subdelegado general de dichos efectos para que disponga su percibo, y que de ello se dé á esta parte la certificacion correspondiente para el fin que pide."

28. »Por Don N. se ha ocurrido al Consejo manifestando sus deseos de introducir recurso de injusticia notoria de la sentencia de revista dada por &c. en el pleito que ha seguido en ella con Don N. sobre &c.: y para poderlo hacer como corresponde, ha pedido se pase aviso á V. S. para que disponga que por la contaduría de penas de Cámara se le reciban los quinientos ducados que conforme al auto acordado debe depositar para la introduccion de dicho recurso, y que se le dé certificacion de ello para los fines que le convengan. Enterado el Consejo de dicha instancia ha mandado que el citado Don N. deposite en la receptoría general de penas de Cámara y gastos de justicia los qui-

1 Dicha ley 2. tit. 23. lib. 11. Nov. Rec.

nientos ducados en la conformidad que está resuelto por punto general, y que se pase aviso á V. S. (como lo hago) para que disponga que se reciban en ella, constituyéndose el correspondiente depósito, y dándose al interesado certificacion por donde conste, para que pueda formalizar su recurso. Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid y &c. Señor Don N."

29. »Este aviso se entrega al mismo interesado, quien se presenta con él al señor subdelegado de penas de Cámara, y con la certificacion que le da el contador de gastos de justicia y depósitos del Consejo, de quedar hecho el de los quinientos ducados, introduce el recurso por medio de pedimento, del cual se da cuenta en la misma sala segunda de Gobierno, y se acuerda el decreto que se sigue. Madrid &c. Informe la chancillería ó audiencia con copia de autos, y emplácese á los interesados."

30. »Si es para chancillería se libra Real cédula firmada por su Magestad; y si es audiencia, provision de los señores del Consejo."

31. »Para introducirse el recurso se puede tambien presentar fianza de los quinientos ducados, como previene el auto acordado, y en este caso se ejecuta el primer pedimento y diligencias que le subsiguen."

32. »Venida la compulsa de autos y el informe, piden las partes se les entregue, á fin de que se impongan sus abogados para el dia de la vista: en efecto se les manda entregar solo para este fin, porque en esta clase de recursos extraordinarios no se puede alegar ni presentar documentos algunos, pues se ven y determinan como vienen. Tomados los autos por los procuradores, y devueltos, puestas las notas del dia en que los tomaron y devolvieron, se pone decreto para que pasen al relator, y se lleva la pieza corriente á la secretaría de la Presidencia para que se encomiende á uno de los tres de las salas de Gobierno: encomendado, y señalado relator, se le pasan inmediatamente los autos, y luego que tiene hecho el memorial ajustado, piden las partes y se señala dia para su vista, en el cual pueden pedir licencia para escribir en derecho, cuya peticion se hace presente antes de empezarse la relacion del pleito; y cuando este por sus circunstancias lo requiere, se concede dicha licencia poniendo el relator el auto en esta forma: »visto, y se concede licencia para que las partes escriban en derecho con arreglo al auto acordado, y por el término de dos meses, el cual pasado, presentados ó no los papeles, dese cuenta para señalar dia para el voto: Madrid &c."

33. Este auto se hace saber incontinenti á los procuradores de las partes para que corra el término, y despues de él se reparten los papeles impresos á los señores ministros que vieron el pleito, y se señala dia para el voto.

34. La sentencia ó auto que se provee no se notifica á las partes, porque de ella no hay ya recurso ni suplicacion alguna, y cuando el relator la entrega en el oficio con los autos, debe el secretario de Cámara pasar inmediatamente certificacion de ella al señor subdelegado de penas de Cámara, y gastos de justicia del Consejo para la cobranza de la tercera parte que corresponde á estos efectos, quedando registrada en el libro que tiene en su oficio, y dar otras á los ministros de la chancillería, y parte que obtuvo, á quien si quisiese ejecutoria se le dará igualmente.

Nota. En el reinado anterior ocurrió la duda acerca del tribunal en que deberian introducirse los recursos extraordinarios de las sentencias que diesen los jueces de alzadas ó apelaciones en los consulados de comercio, y ordenó el señor Don Carlos III. que con ningun pretexto se admitiese contra ellas mas recurso que el de nulidad ó injusticia notoria, y solamente en la sala segunda de Gobierno del Consejo, á que por punto general corresponden los de esta clase (1).

El mismo Soberano habiendo concedido á sus vasallos la libertad de comerciar en todas las islas Occidentales y en las de Filipinas, mandando que en los puertos habilitados en España y sus islas adyacentes, donde no hubiera consulados de comercio, se estableciesen con arreglo á las leyes de Castilla é Indias; y erigido ademas en las ciudades de Sevilla, Málaga y sus puertos un consulado de mar y tierra, extensivo á todos los pueblos de su arzobispado no inclusos en el de Cadiz; dispuso que de los negocios ejecutoriados solo pudiera interponerse el recurso de nulidad ó injusticia notoria para el Consejo supremo de Indias, si eran relativos al comercio de estas, y de todos los demas para el Consejo de Castilla (2) (*).

1 Elizondo *Pract. univers. for.* tom. 6. part. 1. cap. 10 num. 25.

2 Elizondo lug cit num. 26 y 30.

* Ademas de los autores citados tratan tambien de este recurso el Doctor Don Juan Antonio Marin Alfocea en una obra que se publicó en Madrid el año de 1784 con este título: *Observaciones originales sobre los autos acordados que dieron regla para la introduccion del recurso de injusticia notoria;* y asimismo Don Miguel Ruano en su *Tratado suscinto sobre el recurso de injusticia notoria y del grado de segunda suplicacion* impreso en Madrid el año de 1782.

FORMULARIO
DE PEDIMENTOS Y DILIGENCIAS
QUE OCURREN
EN LA SUSTANCIACION DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO,
EN PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA INSTANCIA.

DEMANDA DE REIVINDICACION.

F. en nombre de F., vecino de tal parte &c. (*véase el modelo de esta demanda á la gág. 345 del tomo 3.°*)

Auto. = Hanse por presentados los documentos que se refieren; en cuanto à lo principal traslado à F. y F., y por lo respectivo al otrosí líbrese la requisitoria que se pide con término de quince dias perentorios. El señor D. N., alcalde mayor de esta villa de tal, lo mandó á tantos de tal mes y año &c.

REQUISITORIA PARA NOTIFICAR LA DEMANDA.

Yo, el licenciado D. F., abogado de los Reales Consejos, y alcalde mayor de esta villa de tal, hago saber á los señores jueces y justicias de la de tal, ante quienes se presentare este despacho requisitorio y pidiere su cumplimiento, que en mi juzgado y por el oficio del presente escribano, D. F., vecino de tal lugar, con presentacion de varios documentos dió un pedimento, cuyo tenor y el del auto que proveí es el siguiente:

Aqui se insertan el pedimento y auto, y luego prosigue.

Concuerdan el pedimento y auto insertos en los originales que se hallan en el oficio del infrascrito escribano con los documentos que en ellos se citan; y en conformidad de lo proveido expido el presente, por el cual de parte de su Magestad, cuya jurisdiccion ejerzo, exhorto y requiero á dichos señores jueces, y por mi parte pido y encargo, que siéndoles presentado

por cualquiera persona en nombre del referido D. N., sin pedirle poder ni otro recado alguno, le manden aceptar y cumplir, y en su consecuencia, que cualquier escribano de su Magestad haga saber á F., uno de los reconvenidos en el pedimento, el expresado auto, para que dentro de quince dias siguientes al de su notificacion, que por tres términos y el último perentorio le prefino, comparezca por sí ó por su procurador con suficiente poder ante mí y en dicho oficio, á decir y alegar lo que á su derecho convenga, pues le oiré y guardaré justicia en lo que la tuviere, apercibiéndole que si pasare dicho término sin haber comparecido, procederé á sustanciar y determinar la causa conforme á derecho sin citarle ni emplazarle mas, y los autos y diligencias que ocurran en su progreso se harán y notificarán por su ausencia y rebeldía en los estrados de mi audiencia, y le pararán el mismo perjuicio que si personalmente se le notificasen. En caso de no hallarse en esa villa ó no poder ser habido el citado F., se dejará memoria con relacion del contenido de este despacho á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se lo participen, poniendo por diligencia el dia y la persona á quien se entregó: y evacuado lo devolverán á la persona que le presente, para que se me entregue, y en su vista haga justicia, que en hacerlo asi la administrarán dichos señores jueces, y yo corresponderé recíprocamente siempre que se me presenten sus despachos. Dado en tal parte, á tantos &c. = Lic. D. F. = Por su mandado F.

AUTO DANDO CUMPLIMIENTO A LA REQUISITORIA.

Sin perjuicio de la Real jurisdiccion cúmplase en todo la requisitoria precedente, y en su consecuencia practique el presente escribano, ú otro de este juzgado, las diligencias que previene. El señor D. F. &c.

Notas. 1.ª Este auto se notifica al sugeto con quien habla, y pasados los tres dias contados desde el de su notificacion exclusive, si no pide retencion del despacho, se pone el auto de remision y devolucion, diciendo: *mediante estar evacuadas las diligencias prevenidas en el despacho anterior, se entregue con ellas á la parte que lo presentó, para que lo devuelva al juzgado de donde dimana.* El señor D. F. &c. Si pide que se le entregue por tener que excepcionar contra él, se le entrega, y de lo que exponga se comunica traslado al demandante, el cual contesta, y de su respuesta se da tambien traslado al deman-

dado, el cual concluye. El juez há por concluso el incidente, llama los autos, y en vista de lo alegado por ambos, ó declara no haber lugar á la retencion del despacho, y manda se entregue á la parte que lo presentó, y que el emplazado acuda ante el juez requirente à usar de su derecho; ó se declara por juez legítimo para el conocimiento de la causa principal por las excepciones y motivos que alegó el emplazado, y manda que el demandante use en su juzgado del derecho que le competa, y que á este efecto se retenga en él el despacho, cuyos autos son apelables, siguiéndose la apelacion en la forma regular. Pero aunque la requisitoria contenga la cláusala puesta en el párrafo 11, capítulo 6 de este título, si el que la presenta no es el mismo interesado, y se suscita el incidente sobre su retencion, no se le debe tener por parte para seguirlo sin poder suyo, porque por la requisitoria se le autoriza solamente para practicar las diligencias conducentes á su cumplimiento, mas no para otra cosa ni incidente que ocurra. Si el emplazado es personage debe proceder recado urbano á la notificacion ó citacion, y expresarse en el auto, porque la urbanidad no se opone á la justicia, y aunque el auto no lo exprese, debe darlo el escribano.

2.ª En cuanto á la introduccion que deben llevar los despachos requisitorios, es de advertir, que si se dirigen á cualquiera provincia donde hay virey, debe decirse: *Yo el licenciado D. F. etc. hago saber al excelentísimo señor virey y capitan general del reino de etc., presidente de su Real audiencia, á los señores regente y oidores de ella, y á todos los corregidores, gobernadores, alcaldes mayores, ordinarios, y demas jueces de dicho reino, ante quienes se presentare esta requisitoria etc.* Si son para *Navarra*, han de hablar con el virey y capitan general de su reino, su lugarteniente y con los muy ilustres del Consejo y chancilleria del mismo reino, y demas jueces &c. Si para *Cataluña*, con el excelentísimo señor gobernador y capitan general de su principado y presidente de su Real audiencia que reside en la ciudad de Barcelona, y con los señores regente y oidores de ella, corregidores, gobernadores y demas jueces &c., y lo mismo yendo á otra, donde haya gobernador y capitan general y no virey, ya sea de esta peninsula ó de las Indias. Si al principado de *Asturias*, con el señor regente y oidores de su Real audiencia. Si á *Sevilla*, con el regente y oidores, su lugarteniente, y demas jueces &c. Para los paises extrangeros se han de arreglar los encabezamientos de estos des-

pachos al estado y constitucion de sus gobiernos, y nombre de los jueces á quien se dirijen.

3.ª Si el demandado ocurre por procurador á mostrarse parte en los autos ha de presentar poder, pues sino, ni se le ha de estimar por tal en ellos, ni mandar que se le entreguen hasta que lo presente, y asi se pone este auto: *Presentando esta parte poder suficiente, se le há por tal en los autos que refiere, y hecha la presentacion se le entreguen por el término ordinario.* De ellos debe dejar conocimiento ó recibo en el oficio para su resguardo y poderle apremiar á su vuelta. Si forma artículo de no contestar dentro el término legal y se desprecia, se debe poner este auto: *Sin embargo de lo expuesto y alegado y del artículo introducido por F., se le notifique que dentro de tercero dia conteste y responda á la demanda puesta por F., en tal, con apercibimiento que pasado sin haberlo hecho, se declarará por contestada, y se procederá á lo demas que haya lugar: con vista de autos lo mandó el señor D. etc.* Si ha espirado el termino de contestar, se ha de poner este: *No há lugar al artículo introducido por parte de F., se declara por contestada la demanda, y se reciben estos autos á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, hágaseles notorio: con vista de autos lo mando etc.* Contestándose à la demanda, se extiende el pedimento en la forma siguiente.

PEDIMENTO DE CONTESTACION A LA ANTERIOR DEMANDA.

F., en nombre de N., y en virtud de su poder que tengo presentado en los autos con D. N., vecino de tal villa, sobre la propiedad y dominio de tales bienes &c. (*véase el modelo de contestacion á la pág.* 346. tomo 3.°)

Auto. = Por presentados los documentos que se expresan: traslado. El señor D. F. &c.

Nota. Este auto se notifica al demandante, el cual en su vista toma los autos, y si quiere puede replicar contra las excepciones perentorias que oponga el demandado, y si no concluye para los efectos que haya lugar, que es para prueba, segun el estado del pleito, pudiendo poner la conclusion á continuacion del mismo auto, segun en la Corte se practica, y si no por pedimento como adelante se verá.

PEDIMENTO SOLICITANDO UNA MUGER CASADA LICENCIA PARA COMPARECER EN JUICIO POR AUSENCIA DEL MARIDO.

F., vecina de esta Corte, y muger legítima de N., ante V. como mas haya lugar en derecho digo: que este se halla ausente há tantos años, sin saberse el lugar ó pueblo de su residencia, ni esperarse vuelva en breve á esta villa; y en atencion á que no puedo menos de promover una instancia contra P., de este vecindario, sobre nulidad del préstamo que me hizo de tanta cantidad á satisfacer por tal tiempo con estos ó los otros intereses:

A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este pedimento, y hecho en la parte que baste, se sirva concederme la correspondiente licencia en la forma ordinaria con el fin expuesto. Pido justicia.

Auto. = Dé la informacion, y evacuada, autos.

DEMANDA DE JACTANCIA.

F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que sin embargo de estar mi parte, y de haberlo estado anteriormente sus causantes, en la quieta y pacífica posesion de tal heredad, ha llegado ahora á su noticia que E., de esta vecindad, anda jactándose de tener que poner á mi parte pleito sobre aquella finca: y no siendo justo que continúe semejante jactancia:

A V. suplico que habiendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este pedimento, y que dada la bastante, se sirva mandar se le haga saber al referido E., que dentro del breve y perentorio término que V. le señale, use de su derecho, con apercibimiento de que se le impondrá perpetuo silencio con una grande multa: pido justicia y costas.

Auto. = Dé la informacion; y hecha, autos.

PEDIMENTO MUDANDO LA ACCION.

F., en nombre de N., vecino de esta Corte, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que despues de haber mi parte puesto demanda de reivindicacion de tal hacienda á F., de

este mismo vecindario, y habérsele hecho saber, ha llegado á su noticia habérsela vendido al dicho F. S., abuelo de mi parte, en tanta cantidad, segun lo acredita el instrumento que presento, siendo su legítimo valor este ó aquel, por lo cual me aparto de la expresada accion de reivindicacion, y deduciendo la mas conforme, V. en justicia se ha de servir declarar por nulo el referido contrato, y à su consecuencia condenar al referido F. á que restituya á mi parte dicha hacienda con los frutos que haya producido desde su injusta ocupacion hasta la entrega; como asimismo en todas las costas: pues asi es de hacer por lo que va á exponerse. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico se sirva proveer como se ha expresado al principio de este escrito. Pido justicia.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO SOLICITANDO SE RECIBA INFORMACION DE CIERTO ACTO EXTRAJUDICIAL PARA QUE CONSTE EN LO SUCESIVO.

F., vecino de tal parte, ante V. como mejor proceda, digo: que llevando yo de orden de N., del mismo vecindario, á este ó al otro pueblo tal y tal cosa, me las robaron tales salteadores que me salieron al camino en tal dia, á presencia de B., P. y J., vecinos de tal villa, y arrieros que al presente residen en esta; en cuya atencion, y en la de convenir á mi derecho se les reciban sus declaraciones sobre el caso:

A V. suplico se sirva mandarles comparecer ante sí á declarar bajo de juramento, conforme á la ley, lo que vieron y oyeron en dicho lance; proveyendo asimismo se me entreguen originales las diligencias que se practiquen, corroboradas con su autoridad y decreto judicial. Pido justicia.

Auto. = Como lo pide.

Esta justificacion, segun el señor Elizondo y otros autores que cita, se ha de hacer ante el juez del lugar mas próximo al del lance, y ha de presentarse ante el juez competente dentro de un año.

PEDIMENTO DE ARTÍCULO INHIBITORIO.

F., en nombre de N., vecino de &c., en los autos con P., sobre tal cosa, digo: se me ha dado traslado de la demanda que ha presentado en tantos el referido P., pretendiendo aquello ó lo otro; y sin que sea visto atribuir á V. mas jurisdiccion que

la que le compete por derecho, y declinando esta en forma le hago presente que en justicia se sirva inhibirse del conocimiento de estos autos, mandando que si el mencionado P. tuviese que pedir contra mi parte, lo haga ante D. E., á quien toca privativamente su conocimiento, sobre lo cual formo artículo de previo y especial pronunciamiento; pues asi es de hacer por lo que demuestran los autos, y ahora va á exponerse. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico se sirva proveer como se ha expresado al principio de este escrito. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado y autos.

PEDIMENTO INTRODUCIENDO DE OTRO MODO EL MISMO ARTÍCULO.

F., en nombre de N., ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: (*cuéntase el hecho*), y respecto à que el mencionado juez debe como incompetente sobreseer en los procedimientos que corresponden á los expresados autos, y à que estos deben ventilarse ante V. como privativo:

A V. suplico se sirva mandar librar su exhorto cometido al expresado D. F. para que remita los autos à este tribunal, adonde toca su conocimiento. Pido justicia.

Auto. = Despáchese el exhorto.

PEDIMENTO INTENTANDO EL ARTÍCULO DE NO TENER OBLIGACION Á RESPONDER.

F., en nombre de N., en los autos con B. sobre &c., digo: que se me ha conferido traslado de la demanda que ha presentado en tantos el dicho B., solicitando tal cosa, y V. en justicia se ha de servir declarar no tiene mi parte obligacion de contestarla, sobre lo que formo artículo de previo y especial pronunciamiento; pues asi es de hacer por lo que resulta de autos, y ahora se espondrá. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico (*Se concluye como en el anterior.*)

Auto. = Traslado y autos.

PEDIMENTO PIDIENDO UNA DECLARACION PARA RESPONDER.

F. en los autos con N. sobre tal cosa, digo: se me ha dado traslado del escrito que ha presentado en tantos el referido N., y para responder á él conviene al derecho de mi parte que este

declare al tenor de los capítulos siguientes. (*En seguida se ponen separados y cada uno de por sí.*) Por tanto:

A V. suplico se sirva mandar que el expresado N., bajo del juramento en forma, al que no le defiero y protesto estar solo en lo favorable, evacue la declaracion exigida, pues protesto responder al traslado pendiente hecha que sea. Pido justicia, y que en el interin no me corra término, ni pare perjuicio la notificacion que se me ha hecho.

Auto. = Como se pide.

PEDIMENTO DE RECONVENCION.

F., en nombre de N., vecino de tal parte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, reconvengo á D. por mutua peticion, y digo: se ha hecho saber á mi parte en un auto que V. proveyó en tantos, mandándole entregar al referido D. tal prenda, y V. en justicia se ha de servir (reponiéndole por contrario imperio ó como mas haya lugar hablando debidamente) acordar se tase y venda con citacion contraria, y se haga con su valor pago á mi parte de tanta cantidad de que le es deudor, segun acredita el instrumento que tambien presento; pues asi debe hacerse por lo que se expondrá. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico se sirva proveer á favor de mi parte como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE REPOSICION DE AUTO.

F., en nombre de N., en los autos con E. sobre esto, digo: que V. en auto de tantos fue servido de mandar tal cosa, cuya providencia en justicia se ha de servir, hablando debidamente, reponer por contrario imperio ó como mas haya lugar, sobre lo que formo artículo de previo y especial pronunciamiento, pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos, y ahora se expondrá. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico se sirva proveer como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado y autos.

PEDIMENTO SOLICITANDO UN TANTO Ó COPIA DE UNA ESCRITURA.

F., en nombre de N., en los autos con E. sobre tal cosa, digo: se me ha conferido traslado del escrito que ha presentado en tantos de dicho E., y para responder à él conviene al derecho de mi parte que A., escribano público y del número de esta ciudad, le dé testimonio á la letra de una escritura que ante el mismo otorgó F. en tantos, en la forma competente, de manera que haga fe para presentarla en estos autos. Por tanto:

A V. suplico se sirva mandar despachar su mandamiento compulsorio para que el mencionado A. entregue á mi parte el referido tanto autorizado con citacion contraria, y que en el interin no le corra término, ni pare perjuicio la notificacion que se me ha hecho. Pido justicia.

Auto. = Despáchese.

PEDIMENTO DE ACUMULACION DE AUTOS HECHA ANTE UN TESTIGO DEL PUEBLO.

F., en nombre de N., ante V. como mejor proceda en derecho, digo: que siguiéndose contra mi parte autos en este juzgado á instancia de P. sobre esto, presentó el mismo cierta demanda en tantos ante el señor D. F., por la misma accion y acerca de una misma cosa; y mediante á que unos y otros autos conspiran à un mismo fin y se dirigen contra una propia persona, como asimismo que los de este juzgado son anteriores á aquellos, para que no se divida la causa:

A V. suplico se sirva mandar que el escribano por quien pasan los autos venga á hacer relacion de ellos ante V. y en su vista que se acumulen y unan á estos. Pido justicia.

Auto. = Venga á hacer relacion.

Nota. Si siguiéndose autos ante un juez se principian otros sobre lo mismo ante otro de fuera del pueblo de su jurisdiccion, se pone la cabeza del escrito como la del anterior, y la conclusion de esta manera:

A V. suplico se sirva librar su exhorto al mencionado juez para que remita los autos que tuviese formados á este tribunal sobreseyendo en todos los procedimientos que correspondan á ellos, y venidos, mandar se acumulen á estos. Pido justicia.

Auto. = Líbrese como se pide.

PEDIMENTO EN QUE SE SOLICITA AFIANCE ALGUNO DE ARRAIGO.

Lo regular es pedir esto por un otrosí de la demanda en la forma siguiente.

Otrosí digo: que el mencionado N. está para ausentarse de esta Corte, y à fin de que este juicio no quede ilusorio = A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este pedimento, y que hecha la bastante, se sirva mandar afiance de arraigo el referido N. hasta en la cantidad del valor de lo que se litiga, poniéndole de lo contrario preso. Pido como antes.

Auto. = Haga la informacion, y hecha autos.

PEDIMENTO RECUSANDO AL JUEZ INFERIOR.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que estos autos se hallan conclusos y en estado de determinarse, y mediante á que hablando con la judicial modestia, tengo á V. por sospechoso, desde luego usando de la accion que me compete, le recuso para su determinacion:

A V. suplico se sirva haberse por recusado y acompañarse con otro juez (*si lo hubiere en el pueblo*), ó con abogado de ciencia y conciencia, y mandar se me haga saber su nombramiento, pues de lo contrario protesto la nulidad, y juro en forma de derecho no hacer de malicia esta recusacion, sino únicamente por convenir à la defensa de mi parte, y su justicia que es la que pido.

AUTO DE RECUSACION.

Híse por recusado su merced para la determinacion de esta causa (*ó para lo que sea*), y nombra por su acompañado al licenciado D. F., abogado de los Reales Consejos, vecino de esta villa, al cual, haciéndose saber à las partes para los efectos que haya lugar, se notifique acepte este nombramiento, y jure en la forma ordinaria (*Si fuere juez el nombrado se omitirá el juramento.*), para lo cual se da comision à cualquiera escribano de su Magestad. El señor D. F., corregidor de esta villa de tal, lo mandó &c.

Nota. Este nombramiento se hace saber ante todas cosas à las partes, por si quieren ó no recusar (como pueden) al acom-

pañado; y si dentro de tres dias siguientes al de su notificacion nada dijeren, se procede á notificarlo al acompañado; cuya diligencia se extiende en la forma siguiente.

NOTIFICACION, ACEPTACION Y JURAMENTO DEL ACOMPAÑADO.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué en persona el auto antecedente al licenciado D. F., abogado de los Reales Consejos, mencionado en él, y enterado, dijo: que acepta el nombramiento que incluye, y jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, que desempeñará legalmente su encargo, procediendo con rectitud en la determinacion de los autos que se refieren en el escrito que motivó dicho nombramiento: esto respondió y lo firmó, doy fe.

Nota. En cuanto á la recusacion de los relatores y escribanos originarios y de diligencia, expliqué en los párrafos 40, 41 y 42. capitulo 3. *de las excepciones* lo que se debe practicar, y respecto ser cosa muy facil, omito extender las diligencias concernientes á ella.

PEDIMENTO DE RECUSACION Á UN ALCALDE DE CORTE EN SU PROVINCIA.

F., en nombre de N., en los autos con A. sobre tal cosa, digo: que por justas causas que me mueven á ello, hablando debidamente, recuso à V. S. para la determinacion de esta causa en definitiva; en cuya atencion:

A V. S. suplico que teniéndose por recusado, se sirva acompañarse en la forma ordinaria. Pido justicia, y juro no ser de malicia la recusacion.

Auto. = Háse por recusado, y acompáñase con N., lo que se haga saber á las partes.

PEDIMENTO RECUSANDO Á UN MINISTRO DE CHANCILLERÍA Ó AUDIENCIA.

M. P. S.

F., en nombre de N., en el pleito con M. sobre esto, digo: que por tal y tal causa (*exprésanse*), hablando con la modestia judicial que corresponde, recuso para la determinacion de este litigio al señor D. P., oidor de vuestra Real chancilleria (*ó audiencia*) y juez en él (*Si es al presidente ó regente, se dirá*

al ilustrísimo señor D. B.); en cuya atencion:

A V. A. suplico que teniéndole por recusado se sirva nombrar señores jueces que determinen este pleito. Pido justicia y juro que no hago con malicia esta recusacion.

Auto. = Dentro de treinta dias justifique esta parte las causas que alega.

PEDIMENTO DE CONCLUSION PARA PRUEBA.

F., en nombre de N., en los autos con F. sobre la propiedad de varios bienes &c. ante V. como mas haya lugar, digo: que de la demanda de mi parte se comunicó traslado á las otras, y habiéndole estas contestado, se me ha hecho saber su contestacion, y para que no se tarde el progreso de este pleito, mediante ser por su naturaleza ordinario, y deberse recibir á prueba desde luego, negando y contradiciendo cuanto se expone en contrario, y afirmándome en lo dicho por la mia, concluyo para los efectos que haya lugar, cesante cualquiera novedad. En esta atencion = A V. suplico se sirva haber estos por conclusos legítimamente, y proveer lo que corresponda en justicia que pido &c.

Auto. = Hanse por conclusos estos autos en cuanto há lugar en derecho; tráiganse citadas las partes para proveer lo conveniente. El señor Don F. &c.

Nota. Este auto se debe hacer saber á las partes, à fin de que les conste que el pleito se halla concluso, y que el juez ha llamado los autos para proveer segun su estado y naturaleza lo que corresponda; pero en la Corte como la conclusion se pone á continuacion del auto de traslado, se omite poner otro auto habiendo el pleito por concluso, y solo se cita con la conclusion à la otra parte ó partes; acerca de lo cual véase lo explicado en los párrafos 1 y 2 del capítulo 10, y 1 y 2 del capítulo 14, pues en cuanto al modo de sustanciar se deberá seguir el estilo del tribunal del juicio, que no sea opuesto à derecho. Dentro de seis dias à lo mas segun la ley despues de la citacion con la conclusion, ó à la primera audiencia, segun quiera el juez y se acostumbre en su juzgado, ha de recibir el pleito à prueba por medio de auto, el cual se debe hacer saber à los litigantes para que hagan la que les convenga. Si el reo no contesta la demanda ni pide los autos, le ha de acusar el actor la rebeldía, y pedir que el juez la haya por acusada y el pleito por concluso, á lo que ha de deferir, ó mandar se le vuelva á notificar en los términos explica-

dos en el párrafo 13, capítulo 13. Si no obstante la acusacion los pide, debe mandar sin embargo de ella y de su estado, se le entreguen por el término ordinario, y luego à su tiempo recibirlos à prueba. El auto y probanza se extienden en la forma siguiente.

AUTO DE PRUEBA.

Recíbese este pleito à prueba con término de tantos dias comunes á las partes, y hágaseles saber: con vista de autos lo mandó el señor Don F. &c.

Nota. Cuando el demandado no compareció, y el demandante le acusa la rebeldía, pidiendo que los autos se hayan por conclusos, y se sustancien en estrados, se pone este auto: *Por acusada la rebeldía: recíbese este pleito á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, á quienes se haga notorio; y mediante no haber comparecido la de F., demandado, en su ausencia y rebeldía se notifiquen y hagan en los estrados de la audiencia de su merced los autos y diligencias que ocurran: con vista de ellos lo mandó el señor etc.* Las notificaciones se extienden así.

NOTIFICACIONES.

En tal parte, tal dia, mes y año, yo el escribano notifiqué el auto precedente à F., actor demandante en su persona, y por la ausencia y rebeldía de F., demandado, publiqué el mismo auto en los estrados de la audiencia del señor juez que le ha proveido: doy fe = F.

INTERROGATORIO.

Los testigos que se presentaren por parte de Don N., en el pleito que sigue con F. y F., sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes á su mayorazgo, serán examinados al tenor de las preguntas siguientes.

Primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleito y demas generales de la ley; digan y den razon &c.

Mas: si saben, han visto ú oido, y tienen entendido que &c.

Mas: de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion, digan &c.

PEDIMENTO PRESENTANDO EL INTERROGATORIO.

F., en nombre de Don N., vecino de tal parte, en los autos con F. y F., sobre la propiedad de tales bienes, digo: que estos autos se recibieron á prueba en tantos de este mes con término de tantos dias comunes á las partes; y para la que intenta hacer la mia presento interrogatorio. En esta atencion:

A. V. suplico se sirva haberlo por presentado, y mandar que á su tenor y con citacion contraria, se examinen los testigos que por mi parte sean presentados, á cuyos dichos protesto estar solo en lo favorable; y en caso de excusarse á disponer lo que sepan, sean apremiados á ello, dando para todo comision á cualquiera escribano de su Magestad, como es de justicia que pido.

Otrosí. = Mediante que algunos de los testigos de que mi parte intenta valerse se hallan en tal pueblo = A V. suplico se sirva expedir requisitoria á sus justicias, para que por ante escribano y en forma los examinen al tenor de dicho interrogatorio que se insertará en ella, dándoles comision á este efecto, y para que procedan con apremio en lo que sea necesario, y mandando que se cite con la requisitoria á las otras partes á fin de que presencien su juramento si quieren; pido como antes.

Otrosí. = Atento á que por las partes contrarias se redarguyó de falsa civilmente la copia de la fundacion del mayorazgo que posee la mia, y presenté con su demanda = A. V. suplico se sirva mandar que con igual citacion se compruebe con su protocolo, que está en el oficio de F., escribano del número de esta villa, á fin de que no se dude de su contenido.

Otrosí. = A V. suplico se sirva mandar que con la propia citacion se compulsen por dicho escribano tal y tal instrumentos que paran en sus protocolos, librando á este fin el correspondiente compulsorio.

Otrosí. = Respecto estar para espirar el término por que este pleito se recibió á prueba = A V. suplico se sirva prorogarlo hasta los ochenta dias de la ley, y mandar se haga saber á las partes la prorogacion; pido &c.

Auto. = En orden á lo principal y primer otrosí, se há por presentado el interrogatorio en cuanto es perteneciente: á su tenor y con citacion contraria se examinen por el presente escribano, á quien se da comision, los testigos que presentare esta parte en este juzgado; y para los existentes en tal pueblo se libre la requisitoria que se solicita. Respecto al segundo otrosí,

se compruebe por el mismo con la propia citacion la escritura de fundacion que se expresa, á cuyo fin se requiera á F., escribano de este número, ponga de manifiesto el protocolo en que se halla. En cuanto al tercero, expídase el compulsorio competente para el efecto que se pretende. Y por lo que hace al último otrosí, se prorroga el término de prueba hasta los ochenta dias de la ley: hágase saber. El señor Don F. &c.

CITACION Y NOTIFICACIONES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano cité con el auto anterior para los efectos que expresa en lo principal, y tres otrosí del pedimento, á F., procurador de F. y F., haciéndole saber, como tambien á F., que lo es de Don N., la próroga del término probatorio concedida en el mismo auto, y solicitada en el último otrosí; y el expresado F. dijo que para conocer y ver juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, se le señalasen dias y horas, pues quiere hallarse presente; doy fe.

SEÑALAMIENTO DE DIAS Y HORAS PARA PRESENTAR TESTIGOS.

Incontinenti yo el escribano, mediante la respuesta dada á la citacion precedente, señalé para juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, las horas desde tal á tal de la mañana, y desde tal á tal de la tarde, en tal parage, desde hoy dia de la fecha, é hice saber este señalamiento al citado F., procurador de F. y F., como tambien á F. que lo es del expresado Don N., de lo cual quedaron enterados; doy fe.

REQUERIMIENTO PARA LA PRESENTACION DE TESTIGOS.

En tal dia, á tantos de tal mes y año, yo el escribano requerí á F., procurador de Don F., presente los testigos de que pretenda valerse para la probanza que intenta hacer en su persona, y enterado dijo: está pronto á su presentacion desde mañana á las horas señaladas; doy fe.

RECEPCION DEL JURAMENTO DE TESTIGOS EN PRESENCIA DE LAS PARTES.

En tal parte, tal dia, mes y año, F. procurador de Don N., en consecuencia del requerimiento que precede, y para la pro-

banza que pretende hacer en este pleito, presentó por testigos á F. de tal ejercicio, que expresó vivir en tal parte, á F. de tal oficio, que dijo vivir en tal, y de ambos yo el escribano en presencia de las partes, usando de la facultad que me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz, que hicieron como se requiere, y bajo de él prometieron decir verdad cuando sean examinados, y lo que supieren por ambas partes sobre el hecho ó hechos litigiosos, aunque sobre ellos no sean preguntados, sin añadir, quitar, ocultar ni tergiversar cosa alguna, sino lo cierto como cierto, y lo dudoso como dudoso, segun lo sepan y entiendan, y lo firmaron ambos juntos con F., procurador de las otras partes; doy fe.

Nota. Si la parte contraria responde al tiempo de la citacion que quiere que el juez juramente á los testigos, debe dar pedimento, y el juez ha de hacer el señalamiento por auto, el cual se notifica á los colitigantes, y entonces el escribano en la recepcion del juramento ha de decir que el juez se lo recibió ante él, y no que él se lo recibe, debiendo rubricar la diligencia el mismo juez, y firmarla tambien la parte si está presente, para que no alegue que no lo presenció, excepto que no sepa firmar, en cuyo caso se expresará que no sabe.

REQUISITORIA PARA HACER PROBANZA.

Yo el licenciado Don F. &c. hago saber á los señores corregidores, asistentes, gobernadores, alcaldes mayores, ordinarios y demas ministros de justicia, asi de la ciudad de tal, como de todas las demas ciudades, villas y lugares de estos reinos y señoríos (*); ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada, y se pidiere su cumplimiento, que en mi juzgado, y por ante el presente escribano del número, se siguen autos á instancia de Don N. contra F. y F. sobre la reivindicacion y propiedad de tales bienes *(ó lo que sea)*, los que tuvieron principio en tal dia por demanda presentada con varios documentos por parte del citado Don N., en la que haciendo expresion de tal y tal cosa concluyó con la pretension de &c. *(se expresará la introducida)*, de cuya demanda comuniqué traslado á los demandados, quienes la contestaron; y conclusos los autos por el que pronuncié en tal dia, los recibí á prueba por tantos comunes

* En la cabeza de una requisitoria no deben nombrarse mas jueces que aquellos á quienes se dirige, esto es, los del pueblo en donde han de practicarse las diligencias expresadas en la misma requisitoria. *Febrero reformado.*

á las partes, y por la del expresado Don N. se pidió próroga hasta los ochenta de la ley, presentando al mismo tiempo interrogatorio, y solicitando que á su tenor se examinasen los testigos que presentase, y que respecto existir en esa ciudad algunos de que intentaba valerse, expidiese requisitoria para su examen, á cuya solicitud deferí en auto de tal dia; cuyo tenor, el de prueba, sus notificaciones, demanda é interrogatorio, es el siguiente.

Aqui se inserta por su orden todo lo relacionado, y luego prosigue la requisitoria.

Y para que tenga efecto mi último proveido, y lo pretendido por el susodicho Don F., expido la presente; por la cual de parte de su Magestad, cuya jurisdiccion ejerzo, exhorto y requiero á los referidos señores jueces, y de la mia pido y encargo, que siéndoles presentada por cualquiera persona en nombre de Don N., sin pedirle poder ni otro documento, la manden cumplir, y en su consecuencia, mediante estar citada la parte de los mencionados F. y F., que ante escribano y en forma reciban juramento de todas las personas que como testigos se presenten por la de dicho Don N. dentro del término de prueba, que cumplirá en tal dia; que preceda su solemnidad, las examinen con separacion, preguntándoles al tenor de cada una de las preguntas del interrogatorio inserto, haciendo que den razon de sus dichos, de modo que no resulte confusion, y procediendo con apremio en lo que fuere necesario; y evacuadas las manden entregar originales con esta mi requisitoria, cerradas y selladas, á la persona que las presente, para que las traiga ante mí, y provea en su vista lo que corresponda en justicia, pues en hacerlo asi la administrarán, y yo corresponderé en iguales términos siempre que se me presenten las suyas. Fecha en tal parte, á tantos de tal mes y año. = Licenciado Don F. = Por su mandado F.

EXAMEN DE UN TESTIGO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, en virtud de la comision que me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, del que dijo llamarse F., ser vecino de tal lugar, y de tal oficio, testigo presentado por parte de Don N. para la probanza que intenta hacer en el pleito que sigue contra F. y F. sobre tal

cosa, el cual lo hizo como se requiere, y bajo de él prometió decir todo lo que sepa y sea concerniente á los hechos de este pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado, y en todo la verdad lisa y llanamente; y habiéndole examinado al tenor de las preguntas del interrogatorio producido en estos autos, y de cada uno con separacion, dijo lo siguiente.

A la primera dijo: que conoce á las partes litigantes *(ò solamente á F.)*, que tiene noticia de este pleito *(ò no la tiene)*, que de ninguna de aquellas es pariente, amigo ni enemigo, ni ha sido intimidado, corrompido ni sobornado *(ò que es pariente en tal grado, de quien le presenta, ò de entrambos litigantes; pero que no por eso dejará de decir la verdad)*, que no tiene interes en este pleito, ni desea que alguno lo gane y otro lo pierda, sino que Dios dé la justicia al que la tenga, ni le tocan las demas generales de la ley, de que le instruí, y que es de tantos años poco mas ó menos.

A la segunda dijo: que ignora su contenido.

A la tercera dijo: que sabe tal cosa por tal razon.

A la última dijo: que lo que deja declarado es publico y notorio, pública voz y fama, y comun opinion en tal parte y entre sus moradores, y todo la verdad bajo del juramento hecho, en que se afirma, ratifica y lo firma *(ò no lo firma porque dijo no saber)*, de todo lo cual doy fe.

PEDIMENTO PARA QUE SE NOMBREN INTÉRPRETES Á FIN DE EVACUAR LAS DECLARACIONES DE TESTIGOS EXTRANGEROS.

F., en nombre de Don F., en los autos con F. y F. sobre tal cosa, digo: que habiéndose recibido este pleito á prueba, para la que mi parte intenta hacer, presenté interrogatorio, á cuyo tenor se mandaron examinar los testigos que presentase, de los cuales dos llamados F. y F. son alemanes, y por no entender su idioma el escribano comisionado, ni ellos el castellano, no los ha examinado, en cuya atencion para que mi parte no quede indefensa, ni deje de aclarar su justicia por esta causa:

A V. suplico se sirva nombrar dos intérpretes que entiendan y hablen ambos idiomas, por medio de los cuales, precedida su aceptacion y juramento, sean examinados ante dicho escribano los referidos testigos. Pido justicia &c.

AUTO DE NOMBRAMIENTO.

Para el efecto que se expresa se nombran por intérpretes á F. y F., de nacion alemanes: notifíqueseles acepten este nombramiento, y juren evacuar fielmente el encargo que por él se les hace; y hecho se proceda á examinar á F. y F., segun se pretende. El señor Don F. lo mandó &c.

ACEPTACION DE LOS INTÉRPRETES.

En tal parte, á tantos &c. yo el escribano notifiqué el auto antecedente y nombramiento que incluye á F y F. de nacion alemanes, en sus personas, y enterados dijeron lo aceptan y juran por Dios nuestro Señor y una señal de cruz que formaron con sus manos derechas, usar bien y fielmente el encargo de intérpretes, á cuyo fin estan prontos á concurrir al examen y declaraciones que han de hacer F. y F., de la misma nacion, esto respondieron y lo firman, doy fe.

EXAMEN DE UN TESTIGO CON ASISTENCIA DE INTÉRPRETES.

En tal parte &c. en consecuencia de lo que está mandado en el precedente auto, y en continuacion de la probanza que en estos pretende hacer F., presento por testigos á F., de tal ejercicio, y de nacion aleman, para cuyo examen, por no hablar el idioma castellano, estan nombrados por intérpretes F. y F., de la propia nacion, quienes bajo de juramento que tienen hecho ante mí, el que reiteran, aseguraron usar bien y fielmente el cargo y oficio de tales intérpretes, y para su desempeño estando con ellos el citado F., yo el escribano formé la señal de la cruz con mi mano derecha, y la misma formaron los intérpretes é hicieron formar al testigo, y les dije le preguntasen si juraba por Dios y por la cruz decir cuanto supiese por ambas partes en razon de los hechos del pleito sobre que era presentado por testigo, aunque sobre ellos no fuese preguntado, usando en todo de la verdad lisa y llana; y habiéndole hablado en su idioma, dijeron que se lo habian preguntado, y respondia que asi lo juraba, en cuya atencion se procedió á examinarle, al tenor del interrogatorio producido, en la forma siguiente.

A la primera pregunta que leí á los intérpretes, y estos refirieron al testigo, dijeron respondia que conoce á los litigan-

tes, y tiene noticias de este pleito: que de ninguno de ellos es amigo ni enemigo, ni le tocan las demas generales de la ley &c. y que es de tantos años de edad.

A la segunda que les leí, y dieron á entender en igual forma á dicho testigo, respondieron decia que sabe tal y tal cosa por tal y tal razon &c.

A la última que tambien les leí y le refirieron, dijeron respondia tal y tal cosa, y que todo lo que habia declarado era lo que sabia, y la verdad en que se afirmaba y ratificaba bajo del referido juramento, y lo firma con los intérpretes, los cuales aseguraron bajo del que tienen hecho que todo lo que consta en esta declaracion es lo mismo que ha depuesto el testigo, siñ añadir, quitar ni tergiversar cosa alguna, de todo lo cual doy fe.

Nota. Muchas veces se reciben informaciones de testigos sin citacion de partes, por alguno de los motivos expuestos en el párrafo 32, capítulo 5, antes de principiar el pleito, ó de contestar la demanda, y para que aprovechen al sugeto á cuya instancia se recibieron, pretende que en el término de prueba se ratifiquen con citacion contraria, y su ratificacion se extiende de esta suerte.

RATIFICACION DE TESTIGOS.

En tal parte &c. yo el escribano, en virtud de la comision que se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor &c. de Pedro de tal, vecino de tal parte, de tal oficio, uno de los testigos que depusieron en la informacion presentada en estos autos, recibida á instancia de F., y habiendo jurado como se requiere, prometió decir verdad &c.; y siéndole leida por mí la declaracion que hizo tal dia ante F., escribano, y consta en tal pieza de los autos á tal folio, enterado de ella dijo: que su contenido es lo que entonces depuso con toda verdad, sin que se le ofrezca añadir, quitar ni enmendar cosa alguna, y en ello se afirma y ratifica, y lo firma, expresando no comprenderle las generales de la ley, de que le instruí, y que es de tantos años de edad, de que doy fe *(si el testigo tuviere que añadir, quitar ò enmendar alguna cosa)* dirá que el contenido de la citada declaracion es lo mismo que entonces depuso, y ahora declara, añadiendo tal cosa *(lo que sea)*, de que antes no se acordó, y en cuanto á tal cosa dice que aunque en dicha declaracion depuso esto *(lo que sea)*, padeció equivocacion en tal y tal especie, pues lo que pasó fue tal y tal cosa, y en lo demas da por subsistente

su primera declaracion, en la cual y en lo que ahora expresa de nuevo y la corrige, se afirma, ratifica y lo firma &c.

Nota. Como á veces no se pueden ratificar en el término de prueba los testigos que se examinaron antes á causa de haber muerto, ó estar ausentes algunos en parages remotos, y la parte que los presentó quiere valerse de sus dichos, porque convienen á su defensa, á fin de que no le perjudique si se examinaron sin citacion de la contraria, debe pretender que con la referida citacion se le reciba informacion de los testigos muertos y ausentes, y el juez ha de deferir á su solicitud: las diligencias se practican en la forma siguiente.

PEDIMENTO PARA QUE SE RECIBA INFORMACION DE ABONO DE UN TESTIGO.

F., en nombre de F., en los autos con F. sobre tal cosa, digo: que para prueba intentada por mi parte pedí, y se mandó que los testigos que depusieron á su instancia sin citacion contraria en una informacion que se halla en estos autos, se ratificasen con ella, á lo cual se defirió en tantos de tal mes; y habiendo pasado el escribano que entiende en la probanza á su ratificacion, halló que N., uno de ellos, ha muerto (ó se ausentó de este pueblo sin saberse su paradero), segun se acredita de las diligencias hechas en su busca, ó de la certificacion de su entierro que presento. Mediante lo cual, y para que dicha declaracion no quede ilusoria, ni mi parte indefensa:

A V. suplico se sirva mandar recibir con dicha citacion informacion de abono que ofrezco del expresado N., y para ello dar comision al presente escribano; pido justicia &c.

Auto. = Por lo que resulta de las diligencias practicadas en busca de N., se reciba á esta parte con citacion de la otra la informacion que ofrece, por el escribano que entiende en las de estos autos, á quien para ello se da comision en forma. = El señor Don F. &c.

DECLARACION DE UN TESTIGO DE ABONO.

En tal parte, yo el escribano, en virtud de la comision que por el auto precedente se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, de N., testigo presentado por parte de F. para la informacion de abono que tiene ofrecida y se le ha mandado dar, el cual lo hizo como se requiere, prometiendo bajo de él decir verdad en to-

do lo que supiere y fuere preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento que la motiva dijo: que conoció de vista, trato y comunicacion á N., á quien tuvo siempre por buen cristiano, temeroso de Dios, y hombre ingenuo, y por tal ha estado reputado en este pueblo, sin que jamas haya oido el declarante cosa en contrario; por cuya razon tiene por cierto que en la declaracion que hizo tal dia á instancia de dicho F. habrá dicho la verdad, por lo que se le debe dar entera fe y crédito, y le consta que el expresado N. falleció tal dia, porque asistió á su entierro, ó vió su cadaver, *(ò que se ausentó de este pueblo en tal tiempo, y se ignora su paradero, ò lo que sea)*, y asimismo dijo: que todo lo que lleva declarado es la verdad bajo del juramento que tiene hecho, en que se afirma y ratifica, y lo firmó, expresó ser de tantos años de edad; de que doy fe.

Nota. Estos testigos de abono son diferentes de los que se presentan á abonar ó afianzar á un sugeto y sus bienes para alguna administracion, tesorería ó cosa semejante, los cuales son verdaderamente fiadores; y asi en sus deposiciones han de decir que saben y les consta que F., por quien son presentados, es sugeto de notorio arraigo y abono en aquel pueblo; que tiene tales bienes que valdrán tanta cantidad en venta, y que no estan afectos ni gravados con carga alguna, ó con mas carga que tal *(la que sea)*, y en el caso que no la valgan, ó que lo esten, los abonan los testigos con los suyos presentes y futuros, los que obligan expresamente á la seguridad, fianza y responsabilidad de tal cosa, y quieren ser compelidos por la via ejecutiva y todo rigor legal á la satisfaccion de lo que por dicha causa resulte deber el citado F., y para la que no alcancen sus bienes, á cuyo efecto se constituyen sus fiadores y abonadores simples en forma legal.

INTERROGATORIO DE PREGUNTAS.

Preguntas por parte de N. al interrogatorio de preguntas que ha presentado A. en los autos sobre &c.

A los que depusieron al tenor de esta ó la otra pregunta, se les preguntará esto. *(Se continúa asi en los demas)*.

No se pone la de conocimiento de las partes ni la de público y notorio.

MANDAMIENTO COMPULSORIO.

Yo el licenciado Don F., alcalde mayor de esta villa de tal &c. F., escribano del número de esta villa, siendo requerido con

este mandamiento por parte de N., y hallándose en su poder y oficio los protocolos de escrituras que pasaron ante F., su antecesor, le dará á su continuacion copia íntegra de una carta de pago *(ó lo que sea)*, que ante él parece otorgó F., en tal dia, mes y año, la cual quiere y necesita para presentarla en el pleito que sigue ante mí y el presente escribano sobre tal cosa, mediante estar citada la otra parte (ó precediendo citacion con él á la otra parte). Fecho en tal villa, á tantos &c. =Licenciado F. =Por su mandado F.

Nota. Este mandamiento se entrega á la parte, á fin de que lo ponga en poder del escribano con quien habla, el cual á su continuacion extenderá el testimonio ó copia que se pide hasta concluir el pliego en el papel sellado correspondiente, segun sea la clase del instrumento ó cosa que ha de compulsar, ó metiendo dentro del mismo pliego algunos comunes, si en ellos cabe, en la forma siguiente.

FORMA DE EXTENDER EL TESTIMONIO Ó COPIA QUE PREVIENE EL MANDAMIENTO.

En virtud de lo que ordena el mandamiento anterior, yo F., escribano del número de esta villa, sucesor en el oficio que ejerció F., doy fe: que al folio tantos del registro de escrituras que parece pasaron ante él en tal año, se halla una cuyo tenor es el siguiente. *(Se inserta á la letra y se pone el concuerda regular.)* Si se hubiese de dar testimonio en relacion de algun pleito, dirá: doy fe, que ante tal juez y en mi oficio se siguen y están pendientes autos *(ó se han seguido)* á instancia de F. contra N., de esta vecindad, sobre tal cosa, los cuales tuvieron principio en tal dia, por pedimento que con tales documentos presentó el mismo F., haciendo relacion de tal y tal cosa, y concluyendo con tal pretension, de la cual se comunicó traslado á N., quien solicitó tal cosa, y puestos los autos en estado se recibieron á prueba por tanto término, que se prorogó hasta los ochenta dias de la ley, dentro de los que hizo cada litigante la que estimó convenirle con testigos é instrumentos, y hecha publicacion de probanzas alegaron de su justicia: y conclusos los autos para definitiva, se dió en ellos sentencia, cuyo literal tenor con el de tal y tal cosa *(lo que pida la parte)* es el siguiente. *(Se insertará todo, y luego proseguirá:)* Lo relacionado resulta mas difusamente en los autos de que queda hecha mencion, y lo inserto concuerda con lo que existe en ellos, á que me remito; y todo

queda en mi poder y oficio, y en cumplimiento de lo mandado en el compulsorio que precede, lo signo y firmo en tal parte &c.

PEDIMENTO PRESENTANDO UNA ESCRITURA PARA SU COMPROBACION.

F., en nombre de N, en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que por el proveido de tantos de tal mes, se recibieron à prueba por tantos dias comunes à las partes, y para manifestar la justicia que à la mia asiste, hago presentacion de un traslado de tal escritura que en tal dia otorgó P. ante M., escribano; en cuya atencion:

A V. suplico se sirva haberlo por presentado, y mandar que con citacion contraria, à fin de que no se dude de la legitimidad, se compruebe por el escribano de estas diligencias con su protocolo, que existe en el oficio que ejerce F., al cual se requiera lo exhiba y ponga de manifiesto á este efecto. Pido justicia &c.

AUTO.

Compruébese con citacion de la parte contraria la escritura que por esta se presenta en la conformidad que solicita, à cuyo efecto F., escribano, existiendo en su poder el protocolo de ella lo exhiba. El señor Don F. &c.

CITACION.

En tal parte &c. yo el escribano cité con el auto precedente à D. para el efecto que en él se refiere, en su persona, el cual dijo está pronto à concurrir al cotejo ò comprobacion, señalándosele dia y hora: doy fe. *(Se le señalará dia y hora, y pondrá el señalamiento y notificacion.)*

COTEJO Ó COMPROBACIÓN DE LA ESCRITURA.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, yo el escribano, estando presente D. uno de los litigantes en este pleito, requerí à F., escribano, que me exhibiese el protocolo de la escritura que se manda comprobar, y con efecto me exhibió uno en pergamino de las que parece pasaron ante F., su antecesor, en tal año, con tantas fojas, que á su final está signado y firmado por él, y à la página tantas se halla la que refiere el pedimento, y habien-

do tomado el protocolo yo el escribano, y el traslado producido el mencionado D. , y leido este por él, y yo atendido por aquel, advertimos estar bien y fielmente sacado dicho traslado sin defecto alguno; ó que en tal foja, plana primera ó à su vuelta, à tal linea dice *tal cosa* (la que sea) debe decir *tal*, segun el contexto del mismo protocolo, con el que está conforme en todo lo demas, y para que conste lo noto por diligencia que con dicho D. Firmo; de que doy fe.

PEDIMENTO PRESENTANDO PAPELES PARA QUE UNA DE LAS PARTES LOS RECONOZCA.

F., en nombre de D., en los autos con N. sobre tal cosa, digo: que estos autos se han recibido à prueba por el de tantos, y para la que conduce á mi parte presento dos cartas firmadas por B., padre de la contraria, en tales dias, de tal mes y año; en cuya atencion:

A V. suplico se sirva haberlas por presentadas, y mandar que el citado N. bajo de juramento las reconozca y declare si las firmas puestas à su final son de propio puño y letra de su padre, y las que acostumbraba hacer, à lo que se le apremie en caso necesario, pues evacuado que sea, protesto pedir lo que al derecho de mi parte convenga en justicia, que es la que solicito &c.

Auto. =Por presentadas las cartas que se espresan: N. las reconozca segun se pretende ante el escribano que entiende en las diligencias de estos autos, à lo que se le apremie en caso necesario, y hecho pida esta parte lo que le convenga. El señor Don F. lo mando &c.

DECLARACION ACERCA DEL RECONOCIMIENTO DE LAS CARTAS.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, yo el escribano, usando de la comision que se me ha conferido por el auto antecedente, recibi juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, de N. mencionado en él, quien lo hizo como se requiere, y bajo de él prometió decir verdad, y habiéndole manifestado las cartas presentadas por parte de F., sus fechas tal y tal dia; vistas y reconocidas dijo, que aunque parece que las firmas que contienen y dicen B. *de tal*, son semejantes à las que su difunto padre acostumbraba hacer, no puede afirmar si son ó no de propio puño de este por no habérselas

visto echar, ni menos tiene noticia del contenido de las cartas en que se hallan. Esto es lo que asegura poder declarar con verdad bajo de dicho juramento, en que se afirma y ratifica, y lo firma, expresando ser de tantos años de edad, poco mas ò menos : de que doy fe.

PEDIMENTO NOMBRANDO PERITOS PARA HACER COTEJO DE FIRMAS.

F., en nombre de D., en los autos con N. sobre tal cosa, digo : que para la prueba que mi parte pretende hacer presenté dos cartas escritas y firmadas por B., padre de la contraria, pretendiendo que esta las reconociese y declarase si las firmas que estan à sus finales eran del referido su padre, à lo cual se defirio; y habiéndoselas manifestado el escribano de estas diligencias, no contestó positiva ni afirmativamente sino con ambigüedad sobre su certeza; y à fin de desvanecer toda duda de que son suyas para su cotejo y comprobacion nombro para mi parte à F., maestro de primeras letras de esta villa : en esta atencion :

A V. suplico se sirva haberle por nombrado, mandando que la otra dentro de un breve y perentorio término que se le señale, nombre otro perito por la suya ó se conforme con el nombrado, y pasado se elija de oficio à su costa; como tambien que ambos peritos, bajo de juramento y con la citacion correspondiente, hagan el cotejo de las citadas firmas, à cuyo fin el presente escribano les ponga de manifiesto tal y tal escritura, otorgadas por el mencionado B. difunto, que existen en su protocolo; pido justicia &c.

Auto. = Para el cotejo y comprobacion que el pedimento refiere, se ha por nombrado por esta parte à F., maestro de primeras letras; notifíquese à la otra que dentro de tercero dia perentorio nombre otro perito por sí ó se conforme con el propuesto, con apercibimiento de que pasado se nombrará de oficio à su costa; y hecho procedan con la citacion correspondiente ambos peritos al cotejo que se solicita ante el presente escribano, à cuyo fin hallándose en su poder las escrituras que se mencionan, se las manifieste segun se pretende. El señor Don F. lo mandó &c.

DILIGENCIA DE COTEJO Y DECLARACION DE LOS PERITOS.

En tal parte, tal dia &c., yo el escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, de F. y F., maestros de primeras letras de esta villa, quienes lo hicieron como se requiere, prometiendo bajo de él decir verdad; y habiéndoles manifestado las dos cartas presentadas en estos autos por F., y asimismo tal y tal escrituras otorgadas ante mí en tal año por B. difunto, dijeron: han visto y examinado con toda atencion y cuidado asi las firmas de las cartas como las de las dos escrituras, y que segun sus caracteres, aire de letra, firmeza de pulso y otras circunstancias que advirtieron en unas y otras y en sus rúbricas, son hechas todas por un propio puño, en lo cual no les queda ninguna duda, y que esto es lo que pueden declarar segun su inteligencia y reglas de su arte, y la verdad bajo de dicho juramento en que se afirman y ratifican, firmándolo y expresando ser de F. de tantos años, y el F. de tantos poco mas ó menos, de edad; de que doy fe.

Nota. Si se quisiere poner antes de la declaracion la aceptacion del nombramiento, y tambien el juramento, se podrá hacer reiterándolo en la declaracion, pues esto en nada altera la diligencia. Se ha de preguntar á los peritos la edad que tienen, y ponerla, excepto si tienen oficio público, pues entonces no es necesario, ni tampoco que hagan juramento, si al tiempo de su ingreso y admision lo hicieron, como es regular.

REQUERIMIENTO Á LAS PARTES PARA QUE PRESENTEN MAS TESTIGOS SI LOS TUVIEREN.

En tal parte, á tantos &c., yo el escribano, mediante á estar para espirar el término que por estos autos se recibieron á prueba, requerí á F. que si tenia mas testigos con que ampliar su probanza los presentase ante mí para su examen, y enterado dijo: que por ahora no quiere presentar mas, y que si lo tuviere por conveniente los presentará antes que el termino espire: esto respondió, doy fe.

PEDIMENTO PARA PUBLICACION DE PROBANZAS.

F., en nombre de D., en los autos con N. sobre tal cosa,

digo: que el término con que se recibieron à prueba y mucho mas se ha pasado; por lo que:

A V. pido y suplico se sirva hacer en ellos publicacion de probanzas por el término de la ley para que las partes aleguen de su derecho y justicia que pido &c.

Auto. = Traslado à la otra parte. El señor Don F. &c.

Notificacion. En tal parte, à tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué el auto precedente à F., procurador de F., en su persona, á nombre de su parte; doy fe.

PEDIMENTO ACUSANDO LA REBELDIA, É INSISTIENDO EN QUE SE HAGA LA PUBLICACION.

F., en nombre de F., en los autos con N. sobre tal cosa, digo: que habiendo espirado el término de prueba concedido en ellos: pretendí se hiciese publicacion de probanzas, de cuya solicitud se comunicó traslado á la parte contraria, la cual, sin embargo de habérsele notificado y ser pasado el término en que debió responder à él, no lo ha hecho, por lo que le acuso la rebeldía; en cuya atencion:

A V. suplico se sirva haberla por acusada, y deferir á la publicacion pretendida. Pido justicia &c.

Auto.=Por acusada la rebeldía; se hace en este pleito publicacion de probanzas por el término de la ley; y hágase saber à las partes. El señor Don F. &c.

Nota. Hecha la publicacion de probanzas toman las partes los autos, alegan y concluyen; y si alguna no quiere tomarlos, se practica lo que dejo explicado en el párrafo 13 del capítulo 13.

PEDIMENTO DE TACHAS, Y ABONO DE TESTIGOS.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que de las probanzas hechas en ellos por las partes se hizo publicacion en tal dia; y mediante à que los testigos de que mi parte se valió son fidedignos, sin vicio ni defecto alguno, y los presentados por la contraria, á mas de no hacer prueba como à su tiempo expondré, padecen varios defectos y tachas legales, por las cuales deben ser despreciados sus dichos; para acreditarlas conviene al derecho de la mia que con citacion de la otra se me reciba informacion al tenor de los capítulos siguientes.

Si saben que P. es enemigo capital del referido N., mi parte, por tal y tal causa, digan &c.

Si saben que F. se perjuró en tal pleito que F. siguió contra P. en tal año, ante tal juez y escribano, y que como tal perjuro se le impuso tal pena &c.

Si saben &c.

Y para que sus dichos y deposiciones sean de ningun valor ni efecto en este juicio:

A V. suplico se sirva admitir y estimar por legítimas las tachas y defectos que contienen las preguntas referidas; recibir esta causa á prueba de ellas por el término que gradúe competente con arreglo á la ley, y mandar que los testigos que depusieren acerca de su contenido, y otros de que mi parte se valga, abonen los que esta presentó en su prueba principal, declarando con juramento como son personas timoratas y fidedignas, y que por tales han estado siempre y estan reputadas entre todos, sin que jamas hayan oido cosa en contrario, y juro en forma de derecho no poner de malicia las referidas tachas, ni por infamar á los sugetos mencionados en ellas, sino solamente por convenir á la defensa de mi parte, y su justicia que pido &c

Auto. 1.°= Traslado á la otra parte. El señor Don F., corregidor &c. lo mandó en tal parte. *(Este auto se notifica á la parte contraria.)*

AUTO DE ADMISION Y PRUEBA DE TACHAS Y ABONO DE TESTIGOS.

Sin embargo de lo expuesto por parte de D., se admiten en cuanto há lugar en derecho las tachas propuestas á sus testigos por la de N., y se reciben á prueba de ellas por tantos dias comunes á entrambos litigantes, á quienes se cite y haga saber este auto, el cual sea asimismo para que en el propio término abone tambien el citado N. los suyos, apremiando si fuere necesario á aquellos de que intente valerse, á que depongan lo que sepan acerca de los particulares del pedimento, y para ello se da comision al escribano de estas diligencias y alguacil de este juzgado. Con vista de autos lo mandó el señor Don F., corregidor &c.

Nota. Este auto se debe notificar à las dos partes: à la una para que pruebe las tachas que opone á los testigos de la contraria, y abone los suyos; y á la otra para que abone tambien los

suyos tachados, justificando lo incierto de las tachas propuestas: si quisiere puede tachar tambien á los de la contraria en caso de que tengan algunas, proponiéndolas en forma. Si las tachas se proponen en interrogatorio (como se puede hacer), se habrá por presentado, y de él y del pedimento se ha de conferir traslado. Lo contrario sucede con el interrogatorio sobre la causa principal, el cual no se comunica, y la razon de diferencia consiste: lo primero, en que las tachas deben ser especificadas, como tambien el orígen de donde provienen, y no viéndolas la parte contra cuyos testigos se oponen, no podrá impugnar su admision; lo segundo, porque en el asunto litigioso, si se comunicara el interrogatorio, podria cualquiera de los litigantes sobornar á los testigos de su contrario, á fin de que no depusiesen la verdad, ó buscar otros que sobre los mismos artículos depusiesen tal vez falsamente lo que no habia, perjudicándole de este modo, y haciéndole perder su derecho. Este riesgo no es de temer en los de las tachas, los cuales no versan sobre los méritos de la causa y accion ó excepcion propuesta como interrogatorio principal, sino que se dirigen á debilitar uno de los medios con que se intentó probar, lo cual es muy diverso, y por eso no hay inconveniente en que se comunique el interrogatorio ó pedimento en que se proponen como en el de la causa principal. Los testigos que se presentan deben ser idóneos y fidedignos, y han de hacérseles las preguntas generales de la ley, edad, oficio y vecindad, como á los del negocio principal, aunque en el pedimento ó interrogatorio no se exprese, pues sin embargo de que la ley no lo manda, es conveniente para que hagan plena fe, y no se dude de su idoneidad ni de la verdad de sus dichos.

PEDIMENTO RESPONDIENDO AL DE TACHAS.

F., en nombre de N., en los autos con C. sobre esto, y artículo de tachas de los testigos que ha presentado en ellos mi parte, formado por el referido C., digo: se me ha dado traslado de su solicitud, deducida en su último escrito de tantos, y sin embargo de lo que expone y alega en apoyo de ella, V. en justicia se ha de servir despreciándola mandar evacúe el traslado pendiente, pues deb hacerse asi por lo que resulta de los autos, y se va á exponer. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico se sirva proveer como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.

Auto. = Autos.

PEDIMENTO PRETENDIENDO AMPLIACION DEL TÉRMINO DE PRUEBA POR VIA DE RESTITUCION.

F., curador *ad litem* de N., en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que estos autos se recibieron à prueba por el término de la ley, y habiendo espirado se hizo en ellos publicacion de probanzas en tal dia; y por no haber tenido noticia de algunos testigos que conducen á su defensa *(ó por el motivo que haya)* no los presenté, lo cual puede serle perjudicial; y mediante à que el referido N., por ser menor compete el beneficio de restitucion contra el lapso del término, para que no sea perjudicado:

A V. suplico se sirva concedérsela, y en su consecuencia ampliar el término ordinario por que este pleito se recibió à prueba por tantos dias, que son su mitad, a fin de que en ellos pueda justificar lo que se omitió por la razon expuesta, pues asi es justicia que pido, juro en forma de derecho no pedir de malicia el referido término, sino por convenir à la defensa de mi menor &c.

Auto. = Mediante constar en estos autos la menor edad de N., y corresponderle por ella el beneficio de restitucion, se amplia el término por que se recibieron à prueba, por tantos dias perentorios comunes à ambas partes, mitad del probatorio concedido anteriormente con denegacion de otro: hagaseles saber para que en ellos justifiquen lo que les convenga con la respectiva previa citacion por ante el escribano de estas diligencias: con vista de autos lo mandó el señor Don &c.

PEDIMENTO ALEGANDO DE BIEN PROBADO.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que vistas por V. las probanzas que ha hecho mi parte, hallará haber probado bien y cumplidamente su accion, como le ha convenido probarla, con instrumentos auténticos y suficiente número de testigos contestes y mayores de toda excepcion; y que por el contrario D. no ha justificado cosa alguna que pueda aprovecharle; à cuya consecuencia V. en justicia se ha de servir proveer en todo à favor de mi parte por ser de hacer asi, atendido lo que resulta de autos, y lo que ahora se expondrá. *(Se alega.)* Por tanto:

A V. suplico se sirva determinar como se ha expresado a principio de este escrito. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE RESPUESTA.

F., en nombre de N., en los autos con P. sobre tal cosa, digo: que vistas por V. las probanzas que ha hecho mi parte, hallará haber acreditado bien y cumplidamente sus excepciones y defensas, y que por el contrario P. no ha justificado cosa alguna &c. *(Prosigue como el anterior hasta la conclusion.)*

Auto. = Traslado.

SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLVIENDO AL DEMANDADO.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, el señor Don F., corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por parte de D. y N. sobre tal cosa, dijo: que mediante haber probado bien y cumplidamente el citado N. las excepciones que propuso, le debia absolver y absuelve de la demanda que presentó contra él el mencionado D., al cual se impone perpetuo silencio: y por esta su sentencia definitivamente juzgando, asi lo pronunció, mandó y firmó.

SENTENCIA DEFINITIVA CONDENANDO AL DEMANDADO.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, el señor Don F., corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por N. contra D. sobre tal cosa, dijo: que sin embargo de lo expuesto alegado y excepcionado por el citado D., le debia condenar y condena à que dentro de tantos dias primeros siguientes dé ò pague al referido F. los tantos reales que solicitó en su demanda con apercibimiento de ejecucion; y por esta sentencia definitivamente juzgando, asi lo pronunció, mandó y firmó.

OTRA SENTENCIA.

Dijo: debia declarar y declara, que los bienes contenidos en la demanda sobre que se siguió este pleito tocan y pertenecen al mayorazgo que erigió B., y posee el referido N., à cuya consecuencia manda que se le ponga incontinenti en posesion de

ellos, librándose al efecto el mandamiento competente; y condena al referido D. á que los deje libres y desembarazados, y à la restitucion de todos los frutos producidos y que debieron producir desde la contestacion de la demanda, los cuales precedida su liquidacion por el presente escribano ha de pagar dentro de nueve dias con apercibimiento de ejecucion, como tambien las costas procesales causadas y que se causen hasta el efectivo reintegro, en que igualmente le condena; y para la averiguacion de su importe pasen los autos al tasador general. Por esta su sentencia definitivamente juzgando, asi lo pronunció &c.

Nota. Estas sentencias van extendidas con arreglo al estilo de la Corte; las firma el juez, y autoriza el escribano, por lo que no hay pronunciamiento. En otros juzgados las firma el juez solo, por cuya razon se pone su pronunciamiento separado á presencia de testigos, el cual firma el escribano, y en seguida se notifica á las partes; pero nada se altera en la sustancia, y asi se observará la práctica que haya en cada juzgado.

PEDIMENTO DE NULIDAD DE UNA SENTENCIA.

F., en nombre de N., en los autos con G. sobre tal cosa, digo: que la sentencia pronunciada en ellos en tantos, declarando esto ó aquello, es nula, hablando debidamente, y como tal V. en justicia se ha de servir declararla, sobre lo cual formo artículo de especial pronunciamiento, pues asi es de hacer por lo que resulta de autos, y ahora se expondrá. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico se sirva proveer segun se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.

Auto.=Traslado.

PEDIMENTO DE APELACION.

F., en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que por la sentencia pronunciada en ellos se manda à mi parte que pague ò haga tal cosa, y mediante à que dicha sentencia hablando con la judicial modestia le es gravosa y perjudicial, desde ahora apelo de ella para ante quien con derecho puedo y debo: en esta atencion:

A V. suplico se sirva admitirme dicha apelacion lisa y llanamente en ambos efectos, y para el de mejorarla mandar se

me entreguen los autos (*ó se me dé el testimonio competente*), pues asi es justicia que pido, y para ello &c.

Auto.=Admítese á esta parte la apelacion que interpone cuanto há lugar en derecho, y para el efecto que expresa se le entreguen los autos por el término ordinario (*ó se le dé el testimonio que pide*). El señor D. &c. lo mandó á tantos de tal mes y año.

Nota. Admitiéndose la apelacion en ambos efectos no hay inconveniente en mandar entregar los autos; pero si se admite en el devolutivo solamente, como sucede en la via ejecutiva, ó el pleito es de los que prohibe su admision la ley 22. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec., se debe denegar la entrega, porque de hacerse, se priva al que obtuvo en la sentencia de continuarlos, y pretender la ejecucion de esta mientras los tiene.

PEDIMENTO PARA QUE SE DECLARE POR DESIERTA LA APELACION.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que de la sentencia dada por V. en ellos interpuso apelacion el citado D., la que le fue admitida, y sin embargo de haber pasado el término en que debió mejorarla, no lo ha hecho ni requerido con el despacho correspondiente; en cuya atencion:

A V. suplico se sirva declarar por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la referida sentencia, mandando se lleve á pura y debida ejecucion: pido justicia &c.

Auto.=Notifíquese á la otra parte que dentro de tantos dias haga constar haber mejorado la apelacion que tiene interpuesta con apercibimiento. El señor D. F. &c.

Nota. Este auto se notifica al apelante, y si no requiere con la mejora en el término prefinido, se le acusan dos rebeldías insistiendo en la pretension primera: el juez las há por acusadas, y le concede segundo y tercer término; y pasados da otro pedimento el que obtuvo acusándole tercera rebeldía: llama el juez los autos con citacion de las partes, y citadas con él, pasados tres dias defiere á su solicitud proveyendo el siguiente

AUTO DE DECLARACION.

Mediante no haber mejorado la parte de F., la apelacion que interpuso de la sentencia definitiva pronunciada en estos autos en tal dia, sin embargo de los términos que para ello se le han concedido, se declara por desierta dicha apelacion, y por pasa-

da en autoridad de cosa juzgada la expresada sentencia, à cuya consecuencia llévese á pura y debida ejecucion: con vista de autos lo mandó el señor D. &c.

Nota. Si la parte condenada no apela de la providencia en el término legal ante el juez que la pronunció, ò no requiere con despacho del de alzadas ó del tribunal superior á quien toca el conocimiento en grado de apelacion, debe dar pedimento la otra acusándole una rebeldía, haciendo relacion de la providencia y del dia en que se le hizo saber, con la pretension de que se declare por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, à cuyo pedimento debe el juez providenciar en los términos que expliqué en el párrafo 24. capítulo 15. de la *sentencia definitiva*, y practicarse lo que allí expuse: y el pedimento y auto se extienden en la forma siguiente.

PEDIMENTO PARA QUE SE DECLARE UNA SENTENCIA POR PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que vistos por V. dió en tal dia sentencia definitiva condenando al expresado D. en tal cosa, la cual se le hizo saber en tal dia; y sin embargo de haber pasado el término de apelar, y mucho mas, no lo ha hecho, por lo que le acuso la rebeldía; en esta atencion:

A V. suplico se sirva haberla por acusada, y en su consecuencia declarar dicha sentencia por consentida por la otra parte, y por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando se lleve á debida ejecucion, y que se dè à mi parte el competente testimonio que le sirva de ejecutoria para resguardo de su derecho: pido justicia &c.

A este pedimento se dice: *por acusada la rebeldía: autos citadas las partes etc.*, y pasados los tres dias despues de la última citacion se provee el siguiente auto; ò puede el juez llamarlas solamente, y á la siguiente audiencia hacer la declaracion sin citar las partes.

AUTO DECLARANDO UNA PROVIDENCIA POR PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

Mediante no haberse apelado por parte de D. de la sentencia proferida en tal dia, por la cual se le condenó á tal cosa, ni expuesto cosa alguna acerca de ella, y haberse pasado el tér-

mino en que le debió practicar, y mucho mas, se declara por consentida y por pasada en autoridad de cosa juzgada; en consecuencia se le condena á que esté y pase por su tenor sin contravenirlo en manera alguna, bajo de tal pena, aplicada para la Cámara de su Magestad. Dése á esta parte el testimonio que pide: con vista de autos lo mandó el señor D. F. &c. (*Este auto se hace saber á ambos litigantes.*)

Nota. Siendo en parte absolutoria y en parte condenatoria la sentencia ó auto proferido, si uno de los litigantes pide se declare en autoridad de cosa juzgada, se deferirá á ello condenando á entrambos á su observancia. Si uno de ellos apeló y luego se arrepiente y desiste de la apelacion interpuesta (pues puede hacerlo con consentimiento de su contrario), se debe dar traslado á este, del desistimiento, y conformándose con él, se le habrá por conformado, y se declarará la providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, segun se expresa en el anterior.

Otra. Si el apelante obtiene Real provision para la remision de autos por compulsa, y para emplazar á la parte contraria se pone este auto. *Habiendo visto el señor D. etc. corregidor de esta ciudad, la Real provision que precede, la tomó en sus manos, besó y puso sobre su cabeza: dijo que la obedecia con el debido respeto, como carta de su Rey y Señor natural, y mandó se guarde cumpla y ejecute, como en ella se ordena, y lo firmó en esta ciudad de tal, á tantos etc.* A continuacion de este auto se saca y se pone la compulsa; concluida se cita y emplaza al contrario para que acuda al tribunal superior; luego se cierra y sella la compulsa, y se entrega al apelante para que la presente en la escribanía de Cámara, por donde se libró el despacho, á fin de seguir la causa en grado de apelacion, y en los autos originales se pone fe del dia que se entregó la compulsa y á quien, con relacion del despacho y escribano que lo refrendó, ó copia de él.

PEDIMENTO DE APELACION EN UN CONSULADO.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre &c., digo: que la sentencia que V. pronunció en ellos en tantos, mandando tal cosa, agravia á mi poderdante (hablando debidamente), por lo que he expuesto, alegado y probado. Por tanto:

A V. suplico me admita libremente y en ambos efectos la apelacion que interpongo de ella, proveyendo que estos autos

se pasen al señor juez de alzadas, para que acompañándose con los dos adjuntos, conforme á las ordenanzas de este consulado, decidan el pleito. *No firma letrado porque la ley 31. tit. 3. de la Recopilacion de Indias prohibe se admitan en los consulados pedimentos de abogados.*

PEDIMENTO PRESENTÁNDOSE EL APELANTE ANTE EL SUPERIOR.

M. P. S.

F., en nombre y en virtud de poder que presento de S., vecino de tal parte, ante V. A. me presento en grado de apelacion, nulidad, queja, agravio, ó por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del alcalde mayor de &c., con especialidad de la sentencia definitiva que dió en tantos de tal mes, en los que ha seguido contra mi poderdante D., vecino de &c., en cuya sentencia condenó à mi parte á que en el término de tantos dias satisficiese à la contraria treinta mil reales, de lo cual sintiéndose aquella agraviada, interpuso apelacion en tiempo y forma, que se le admitió en ambos efectos, segun el testimonio que tambien presento. En esta atencion:

A V. A. suplico que habiendo por presentados los referidos poder y testimonio, se sirva mandar librar vuestra Real provision para que el escribano, en quien paran los autos, los remita originales en el breve término que se le señale; y que venidos que sean se me entreguen para mejorar la apelacion y exponer los agravios que contiene la expresada sentencia, por ser todo conforme á justicia &c.

Auto. = Líbrese la Real provision.

PEDIMENTO PRESENTÁNDOSE DE HECHO EN EL CONSEJO EN GRADO DE APELACION DE SENTENCIA PRONUNCIADA POR ALGUN ALCALDE DE CORTE Ó TENIENTE DE VILLA.

M. P. S.

F., en nombre de P., vecino de esta Corte, de quien presento poder, ante V. A. me presento de hecho en grado de apelacion, de queja, ó del recurso que mas tenga lugar en derecho, y digo: que mi poderdante ha seguido pleito ante el alcalde ó teniente D. N., contra A., sobre tal cosa, en el que dió sentencia en tantos, mandando &c.; y en atencion à ser perjudicial á mi poderdante por esto ó aquello, para que se revoque:

A V. suplico que habiendo por presentados el poder y á mi poderdante en dicho grado, se sirva mandar que el escribano ante quien pasan los autos, venga á hacer relacion de ellos al Consejo, citadas las partes; y en su vista revocar la expresada sentencia: pido justicia y costas.

Auto. = Por presentados: el escribano venga.

PEDIMENTO PRESENTANDOSE EN GRADO DE APELACION EN EL CONSEJO DE SENTENCIA PRONUNCIADA POR JUEZ INFERIOR DE FUERA DE LA CORTE.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de tal parte, de quien presento poder, ante V. A. me presento en grado de apelacion, de queja, ó del recurso que mas tenga lugar en derecho, y digo: que ante M., corregidor de tal parte, se han seguido autos á instancia de E., contra mi poderdante sobre &c., y en el dia tantos pronunció el expresado corregidor su sentencia, mandando &c., de la que habiendo interpuesto apelacion se le admitió en ambos efectos, dándosele á su consecuencia para obtener la mejora el correspondiente testimonio, que tambien presento; en cuya atencion:

A V. A. suplico que habiendo por presentados el poder y testimonio, y á mi poderdante en dicho grado de apelacion, se sirva mandar librar el competente despacho compulsorio y de emplazamiento, para que remita los autos originales el escribano á persona en quien pararen, imponiéndoles para su cumplimiento la pena que fuere del superior agrado del Consejo. Pido justicia y costas.

Auto. = Librese el despacho.

PEDIMENTO MEJORANDO LA APELACION.

M. P. S.

F., en nombre de N., en los autos con E. sobre esto, insistiendo en la apelacion que tengo interpuesta, y en caso necesario interponiéndola de nuevo, de la sentencia que pronunció en ellos M., corregidor de tal parte, mandando &c., digo: que V. A. en méritos de justicia se ha de servir declararla absolutamente nula, y cuando de algun valor, revocarla como injusta, proveyendo esto ó lo otro; pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos, y ahora se expondrá. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. A. suplico se sirva proveer como se ha solicitado en este escrito, y es justicia &c.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO RESPONDIENDO AL ANTERIOR.

M. P. S.

F., en nombre de E., en los autos con N. sobre esto, adhiriéndome á la apelacion que ha interpuesto la contraria de los autos y procedimientos de M., corregidor de tal parte, y en particular de la sentencia en que mandó esto ó aquello, como mas circunstanciadamente se expresa en ella, à que me refiero, digo: que es justa en todo, y como tal V. A. se ha de servir mandar se lleve à puro y debido efecto; pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos, y aqui se expondrá. *(Se alega, y despues se concluye como el anterior.)*

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO PRESENTÁNDOSE EN GRADO DE APELACION EN LA CHANCILLERÍA DE GRANADA, DE UNA SENTENCIA PRONUNCIADA POR SU ALCALDE MAYOR.

M. P. S.

F., en nombre de N., ante V. A., como mas haya lugar en derecho, digo: que mi poderdante ha seguido pleito con P. sobre tal cosa, ante el alcalde mayor de esta ciudad, quien en su sentencia de tantos, mandó &c.; y teniéndose mi poderdante por agraviado de dicha sentencia, me presento ante V. A. en grado de apelacion, nulidad ó agravio de ella; por lo que:

A V. A. suplico me tenga por presentado en dicho grado de apelacion, y se sirva mandar se me entreguen los autos para hacerlo mas en forma: pido justicia y costas. *(Si hay atentado, y quiere pedirse despues de la palabra* costas, *se pone:* y pido atentado.)

Auto. = No siendo ejecutivos, entréguensele á esta parte los autos; y hallándose en estado, venga el escribano á hacer relacion.

PEDIMENTO DE LA PARTE APELANTE DESPUES DE ENTREGADOS LOS AUTOS.

M. P. S.

F., en nombre de N., en el pleito con P. sobre esto, digo: que la sentencia dada en él por el alcalde mayor de esta ciudad en tantos, es nula, y como tal ha de declararse, ó á lo menos revocarse como injusta, proveyendo à favor de mi parte, segun tengo pretendido, y aqui se contendrá; pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos, y ahora va à exponerse. *(Se alega.)* Por tanto:

A V. A. suplico provea y determine como se ha solicitado, y en este escrito se contiene. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO RESPONDIENDO.

M. P. S.

F., en nombre de N., en el pleito con P. sobre tal cosa, digo: que la sentencia que dió en él el alcalde mayor de esta ciudad en tantos, es justa, conforme á derecho, y que como tal debe confirmarse, proveyendo èn todo á favor de mi parte, segun es de hacerse &c. *(Se alega.)* Por tanto: (*Concluyese como el anterior.*)

Nota. Hay otro modo de presentarse en la chancillería, dice el señor Elizondo, que llaman *en la forma ordinaria*, para lo que antes la parte agraviada de la sentencia del inferior, apela ante él, con la distincion de que ante el alcalde mayor de Granada *no se pide testimonio*, y despues se presenta en la chancillería con este pedimento.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, ante V. A., como mas haya lugar en derecho, me presento en grado de apelacion, nulidad y agravio de una sentencia dada por el alcalde mayor de esta ciudad, y digo: que ante este ha seguido mi parte pleito con F. sobre &c., en el que se ha dado sentancia mandando &c., y teniéndose mi parte por agraviado de ella, ha ape-

lado en tiempo y forma ante dicho alcalde mayor; por tanto:

A V. A. suplico que teniendo á mi parte por presentado en dicho grado de apelacion, se sirva mandar que para hacerlo mas en forma se me entreguen los autos; pues es justicia que pido con costas.

Por un otrosí se pide que el escribano vaya à hacer relacion de los autos hallándose en estado.

PEDIMENTO PRESENTÁNDOSE EN GRADO DE APELÀCION DE AUTO INTERLOCUTORIO.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, ante V. A., como mac haya lugar en derecho, me presento en grado de apelacion, nulidad y agravio de un auto proveido por el alcalde mayor de esta ciudad, y digo: que ante este ha seguido mi parte pleito con D. sobre tal cosa, y habiendo en el referido su auto de tantos mandado esto, V. A. en justicia se ha de servir declararle nulo, ó à lo menos revocarle como injusto, pues asi es de hacer por lo alegado ante el juez inferior en que me afirmo, y en caso necesario alego de nuevo. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. A. suplico que habiéndome por presentado en dicho grado de apelacion, se sirva mandar que el escribano, ante quien paran los autos, venga á hacer relacion de ellos en la forma ordinaria, y en su vista determinar á favor de mi parte. Pido justicia y costas.

Auto. = Venga á hacer relacion.

PEDIMENTO PRESENTÁNDOSE EN GRADO DE APELACION EN LA CHANCILLERÍA DE GRANADA, DE LA SENTENCIA DE CUALQUIER ALCALDE MAYOR.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de tal parte, ante V. A., como mas haya lugar en derecho, digo: que ante su justicia ha seguido mi parte sobre tal cosa pleito con F., en el que se dió en tal dia sentencia, mandando &c.; de la cual, considerándose mi parte agraviada, apeló en tiempo y forma, segun acredita el testimonio que presento; y apelando en caso necesario de nuevo, y presentándose en grado de apelacion, nulidad y agravio de la expresada sentencia:

A V. A. suplico que habiendo por presentado dicho testimonio, y mi parte en el grado de apelacion, se sirva mandar despacharle vuestra Real provision de emplazamiento y compulsoria. Pido justicia y costas.

Auto. = Despáchese.

PEDIMENTO EXPRESIVO DE AGRAVIOS.

M. P. S.

F., en nombre de N., en el pleito con D. sobre esto, digo: que la sentencia pronunciada en ellos en tantos, es nula, y como tal se ha de declarar, ó por lo menos revocar como injusta, proveyendo á favor de mi parte; pues asi es de hacer &c. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. A. suplico provea à favor de mi parte, segun he pedido y aqui se expresa; pues es justicia que pido con costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO RESPONDIENDO.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de tal parte, en el pleito con D. sobre tal cosa, digo: que la sentencia que ha pronunciado en él el alcalde mayor de tal parte, es justa y conforme á derecho, y que como tal debe confirmarse, proveyendo en todo à favor de mi parte, pues asi es de hacer &c. (*Se concluye como el anterior.*)

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE AGRAVIOS MEDIO.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de tal parte, en el pleito con D. sobre &c., digo: que la sentencia de su alcalde mayor, dada en él en tantos, es justa y conforme à derecho, y que como tal debe confirmarse en la parte en que mandó esto, y en cuanto no proveyó aquello revocarse como injusta, por lo que en caso necesario me adhiero à la apelacion que ha interpuesto la contraria, y à su consecuencia, V. A. en justicia se ha de servir

condenarla en aquello ó lo otro; pues asi debe hacerse &c. *(Se alega, y despues se concluye como en el pedimento de agravios.)*

Nota. En la audiencia de Sevilla, como dice el señor Elizondo, se pretende igualmente que en la chancillería de Granada, provision para que se remitan los autos, y despues se hace expresion de agravios en los mismos términos que en las sentencias de los tenientes.

PEDIMENTO PRESENTÁNDOSE DE HECHO EN GRADO DE APELACION EN LA AUDIENCIA DE SEVILLA DE AUTO DEFINITIVO, PRONUNCIADO POR ALGUNO DE SUS TENIENTES.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre tal cosa, apelo, y de hecho me presento ante V. S. en grado de apelacion, nulidad y agravios de la sentencia que ha pronunciado en ellos en tantos el teniente primero de esta ciudad, mandando tal cosa; pues como perjudicial que es á mi parte, es digna de que V. S. la revoque por los fundamentos que he hecho presentes en la primera instancia, y protesto exponer en esta. Por tanto:

A V. A. suplico que habiéndome por presentado en dicho recurso, se sirva mandar que los expresados autos pasen por su orden de definitivos á esta Real audiencia, y que venidos que sean, se me entreguen para expresar agravios en forma. Pido justicia y costas.

Auto. = Pasen por su orden.

PEDIMENTO EXPRESIVO DE AGRAVIOS.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre esto, afirmándome de la apelacion que he interpuesto, de la sentencia dada en ellos por el teniente primero de esta ciudad, en tantos, y en caso necesario interponiéndola de nuevo, y expresando agravios en forma, digo: que V. S. en justicia se ha de servir revocarla, proveyendo segun he solicitado en mi anterior escrito, que asi es de hacerse por lo que resulta de los autos, y se va á exponer. *(Se alega.)* En esta atencion:

A V. S. suplico se sirva proveer á favor de mi parte, como se expresa en la cabeza de este escrito. P.do justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO RESPONDIENDO AL ANTERIOR.

F., en nombre de D., en los autos con N. sobre tal cosa, digo se me ha dado traslado del escrito que ha presentado el referido N. en tantos, pretendiendo revoque V. S. la sentencia pronunciada en estos autos por el teniente primero de esta ciudad, en tal dia; y sin embargo de cuanto ha expuesto, V. S. en justicia se ha de servir confirmarla en todo, pues asi es de hacer por lo que resulta de los autos, y se va á demostrar. (*La conclusion ha de ser como la anterior.*)

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE AGRAVIOS MEDIO.

F., en nombre de F., en los autos con D. sobre esto, adhiriéndome á la apelacion que ha interpuesto la contraria, de la sentencia pronunciada en ellos por el teniente primero de esta ciudad, en tantos, por la que mandó tal cosa, digo: se me ha dado traslado de su escrito en tantos, y sin embargo de lo que expone en él, V. S. en justicia se ha de servir de confirmar la referida sentencia en la parte en que se mandó esta, y revocarla en la parte en que se mandó aquello; pues asi es de hacer por lo que resulta de autos, y se expondrá. (*Se alega, y concluye en la forma ordinaria.*)

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE APELACION DE AUTO INTERLOCUTORIO.

F., en nombre de N., en los autos con P. sobre esto, apelo y me presento de hecho ante V. S. en grado de apelacion, nulidad y agravios del auto proveido en tantos, por el teniente primero de esta ciudad, y digo: que V. A. en justicia se ha de servir revocarle en todo; pues es de hacer asi por lo que resulta de autos, y se va á demostrar. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. A. suplico que habiéndome por presentado en dicho grado de apelacion se sirva mandar que el escribano ante quien paran los autos venga á hacer relacion de ellos á esta Real audiencia, y en su vista determinar á favor de mi parte. Pido justicia y costas.

Auto. = Venga á hacer relacion, pena de dos ducados.

PEDIMENTO PRESENTÁNDOSE EN GRADO DE APELACION ANTE LOS JUECES CONSISTORIALES.

F., en nombre de N., de este vecindario, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi parte ha seguido autos ante el alcalde mayor de esta ciudad, contra R. sobre &c., y habiéndose pronunciado sentencia en tantos, mandando &c. interpuso mi parte apelacion de ella, que se le admitió para el consistorio en ambos efectos, segun acredita el testimonio que presento. En esta atencion, y para que se sustancie el recurso como corresponde:

A V. suplico que habiendo por presentado el testimonio, y à mi parte en grado de apelacion, se sirva nombrar jueces que determinen la causa. Pido justicia con costas.

SENTENCIA DE VISTA EN LA CHANCILLERIA DE GRANADA, CONFIRMATORIA DE OTRA PRONUNCIADA POR EL JUEZ INFERIOR.

En el pleito entre Don F., vecino de &c., y N., su procurador en nombre suyo por una parte, y Don Z., vecino de &c., y M., su procurador en su nombre por la otra:

Fallamos: que Don F., alcalde ordinario, mayor, corregidor &c. que conoció en este pleito, en la sentencia que pronunció en él tal dia, declarando tal cosa (*se hace una completa relacion de la determinacion, y despues se dice*): juzgo bien y rectamente; por lo que la confirmamos en un todo, y mandamos se cumpla y ejecute en todas sus partes. Por esta sentencia definitiva asi lo pronunciamos con costas (*ó sin ellas*): *si se revocase se dirá*: juzgo mal é injustamente; por lo que la revocamos y damos por nula, declarando que &c. por esta nuestra sentencia &c.

PEDIMENTO DE SUPLICACION EN EL CONSEJO DE CASTILLA.

M. P. S.

F., en nombre de D. sobre tal cosa, suplicando en forma, de la sentencia del vuestro Consejo de tantos, por la que mandó &c. digo: que V. A. en justicia se ha de servir (hablando debidamente) suplirla y enmendarla (*en todo ó en parte, segun fuere*), confirmando en un todo la que pronunció el alcalde mayor

de tal parte, en tal dia, y haciendo en razon de ella todas las declaraciones convenientes; pues como lo suplico es de hacer por lo que resulta de autos, y ahora se expondrá. *(Se alega.)* Por tanto:

A V. A. suplico se sirva determinar á favor de mi parte como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

RESPUESTA A LA ANTERIOR.

M. P. S.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre &c. adhiriéndome á la suplica que ha interpuesto la contraria, de la sentencia del vuestro Consejo de tantos, en que se sirvió mandar aquello ó lo otro, como mas circunstanciadamente se contiene en ella, y respondiendo al escrito presentado por la contraria en tantos, de que se me ha conferido traslado, y en el que solicita se supla y enmiende, digo: que V. A. en justicia, y sin embargo de cuanto se expresa en él, se ha de servir confirmarla en un todo, condenando á la contraria en las costas de esta y de las anteriores instancias; pues asi es de hacer por lo que acreditan los autos, y aqui se expondrá. *(Se alega y concluye como el anterior.)*

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO SUPLICANDO EN UN EXPEDIENTE SIN CAUSAR INSTANCIA.

M. P. S.

F., en nombre de N., de quien presento poder ante V. A., como mas haya lugar en derecho, digo: *(Refiérese el hecho.)* Por tanto suplicando, como lo hago, de la expresada providencia, sin que sea visto causar instancia:

A V. A. suplico que no obstante cuanto ha expuesto la contraria se sirva mandar esto ó aquello; pido justicia &c.

Auto. = Traslado y autos.

PEDIMENTO DE LICENCIA PARA SUPLICAR DE UN AUTO MANDADO EJECUTAR SIN EMBARGO DE SUPLICACION.

M. P. S.

F., en nombre de N., de este vecindario, en los autos con D. sobre tal cosa, digo: que V. A. en auto de tal dia se sirvió acordar esto ó lo otro, mandando que se ejecutase sin embargo de suplicacion, y para poder interponerla en forma:

A V. A. suplico se sirva conceder à mi parte la correspondiente licencia: pido justicia &c.

Auto. = A la sala originaria.

PEDIMENTO DE SUPLICACION EN LA CHANCILLERÍA DE GRANADA.

M. P. S.

F., en nombre de N., en el pleito con D. sobre tal cosa, suplico de una sentencia que han pronunciado vuestro presidente y algunos de vuestros oidores en tantos, y hablando con el respeto debido, digo: que la expresada sentencia, en cuanto se ha mandado por ella esto ó lo otro, es de formar, suplir y enmendar, proveyendo en todo à favor de mi parte, segun tengo solicitado, pues asi debe hacerse por todas las razones que protesto exponer con el abogado de mi parte. Por tanto:

A V. A. suplico se sirva mandar se me entreguen los autos para hacerlo mas en forma: pido justicia y costas.

Auto. = Entréguensele.

SUPLICACION EN FORMA.

M. P. S.

F., en nombre de N., en el pleito con D. sobre esto, afirmándome en la suplicacion que mi parte ha interpuesto de una sentencia que han pronunciado vuestro presidente y algunos de vuestros oidores, é interponiéndola mas en forma, y hablando con el debido respeto, digo: que la referida sentencia, en cuanto se mandó por ella esto ó lo otro, es de reformar, suplir y enmendar, proveyendo en todo á favor de mi parte; pues debe hacerse asi por lo que se va á exponer. (*Se alega.*) En esta atencion:

A V. A. suplico provea y determine á favor de mi parte, por ser justicia que pido con costas.

Auto. = Traslado.

RESPUESTA Á LA SUPLICACION EN FORMA.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de tal parte, en los autos con S., que lo es de tal, digo: que la sentencia ó proveido dado en ellos en tal dia es justo y conforme á derecho, y que como tal se ha de servir V. A. confirmarle, sin embargo de cuanto ha pretendido y alegado S. en su peticion de suplicacion en forma, de que se me ha conferido traslado; pues asi es de hacer por lo que resulta de autos, y asimismo porque &c. Por tanto sin ser vista dejar consentida especie alguna gravosa à mi poderdante:

A V. A. suplico se sirva determinar en todo á su favor como aqui se contiene, y es de justicia que pido con costas.

Otrosí. = Digo: que la contraria se ofrece á probar, y mediante á que lo que propone á este efecto es inutil para la disputa, y que sobre ello tiene articulado y probado en la instancia anterior, me opongo á dicha prueba: por lo que = suplico à V. A se sirva tenerme por opuesto á ella, y denegarla. Pido como arriba.

PEDIMENTO DE SUPLICACION EN LA AUDIENCIA DE SEVILLA.

F., en nombre de N., en los autos con D. sobre tal cosa, suplico de la sentencia de vista que V. S. ha pronunciado en tantos, sirviéndose mandar &c., y à su consecuencia V. S. en justicia se ha de servir suplirla y enmendarla, y en caso necesario, hablando con la modestia judicial que corresponde, reformarla; pues asi es justo hacerse por lo que manifiestan los autos, y aqui se expondrá. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. S. suplico me admita este recurso, y que á su consecuencia se sirva proveer segun se ha expresado en este escrito: pido justicia con costas.

Auto. = Por admitida, y traslado.

PEDIMENTO DE SÚPLICA EN LA AUDIENCIA DE LA CORUÑA.

EXCELENTISIMO SEÑOR.

F., en nombre de N., vecino de &c., en el pleito con D., del mismo vecindario, sobre tal cosa, digo: que V. E. ha sido servido mandar esto ó aquello en su sentencia de tantos: y de ella como gravosa á mi parte, hablando debidamente, suplico al tribunal para que mas bien informado se sirva reformarla, mandando tal y tal cosa; pues asi es de hacerse por lo que resulta de los autos, y ahora mismo se expondrá. *(Se alega.)* Por tanto:

A V. E. suplico se sirva proveer como se ha expresado en este escrito. Pido justicia y costas, y reproduzco el poder con los autos.

Decreto. = Traslado.

PEDIMENTO DE SÚPLICA EN LA AUDIENCIA DE ZARAGOZA.

EXCELENTISIMO SEÑOR.

F., en nombre de N., vecino de &c., en los autos que se siguen á su instancia contra B. sobre tal cosa, digo: que V. E. se ha servido mandar esto ó aquello en su sentencia definitiva de vista de tantos, y siendo gravosa á mi parte, hablando debidamente, suplico de ella; en cuya atencion, para hacerlo mas en forma:

A V. E. suplico se sirva admitir á mi parte la referida súplica, y mandar se me entreguen los autos por el término ordinario. Pido justicia con costas.

Decreto. = No teniendo calidad.

PEDIMENTO DE SÚPLICA EN LA AUDIENCIA DE CATALUÑA.

EXCELENTISIMO SEÑOR.

F., en nombre de N., vecino de &c., en los autos con B. sobre tal cosa, digo: que la Real sentencia que V. E. ha pronunciado en tantos es perjudicial á mi parte, hablando con el debido respeto, no solo por lo que resulta de autos, sino tambien por lo que se justificará; mediante lo cual, suplicando de ella:

A V. E. suplico que sea en mejor conmutar la expresada Real

sentencia, ofreciendo la estilada caucion por el modo que mas haya lugar en derecho, oficio &c.

Decreto. = Dé la caucion, y se dará providencia.

Nota. = Dada la caucion, que es de pagar las costas el suplicante si se le condena en ellas, pide comunicacion de autos, ó que se le conceda un término para probar, y ambos litigantes continúan la instancia hasta ponerla en estado de sentencia.

SENTENCIA DE REVISTA EN LA CHANCILLERÍA DE GRANADA.

En el pleito entre &c.

Fallamos: que la sentencia definitiva pronunciada en dicho pleito por el presidente ó regente, y por alguno de nos los oidores (*ó por estos solos*) de la chancillería de su Magestad, tal dia, en la que se revocó ó confirmó la del alcalde &c., de tal dia, en que habia declarado &c. *Si se confirma se dice:* fue justa y recta &c. *Si se revoca se dice:* atento á los nuevos autos hechos ante nos, y presentados en dicha instancia de revista, debemos reformar y reformamos la expresada sentencia de vista, y á su consecuencia debemos mandar &c. Por esta nuestra sentencia definitiva en grado de revista, asi lo pronunciamos con costas.

OTRA SENTENCIA DE REVISTA EN LA MISMA CHANCILLERÍA, Y EN PLEITO ADMITIDO POR CASO DE CORTE.

Fallamos: que la sentencia definitiva que han pronunciado en dicho pleito algunos de nos los oidores de la chancillería de su Magestad, en la cual se declaró que F. habia probado su accion y demanda, y que Z. no lo habia hecho de sus excepciones y defensas, mandándosele dar en su consecuencia posesion de tal cosa, con los frutos &c., de que se suplicó, fue justa y recta; y como tal, sin embargo de lo alegado contra ella en dicho grado de suplicacion, la debemos confirmar y confirmamos en un todo. Por esta sentencia definitiva en grado de revista asi lo pronunciamos con costas (*ó sin ellas*).

PEDIMENTO PRESENTÁNDOSE EN GRADO DE SEGUNDA SUPLICACION.

M. P. S.

F., en nombre de N., en los autos que sigue con D. sobre tal cosa, ante V. A. me presento en grado de segunda suplicacion

para ante la Real Persona de V. A., con la fianza de las mil y quinientas doblas, ó como mas haya lugar en derecho, de la sentencia de revista que han pronunciado en estos autos el presidente y algunos de vuestros oidores de la Real chancillería de Valladolid, en tantos, declarando esto ó lo otro, como mas circunstanciadamente se expresa en ella, y digo: que la referida sentencia, hablando con la modestia judicial que corresponde, es nula y muy perjudicial á mi parte, por lo que se siente agraviada de ella, y como tal digna de revocarse, suplicarse y enmendarse, mandando tal ó tal cosa; pues asi es de hacerse por lo que resulta de autos, y se va à exponer. *(Se alega.)* Por tanto:

A V. A. suplico, que habiéndome por presentado en este grado de segunda suplicacion, se sirva proveer como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia &c.

Otrosí = Presento poder especial para seguir esta instancia con la obligacion de pagar las mil y quinientas doblas conforme á la ley de Segovia, con informacion de abono y aprobacion de la justicia para el caso de que la expresada sentencia se confirme: en cuya atencion. = A V. A. suplico que teniendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar que el presente escribano de Cámara los reciba, y dé à mi parte el correspondiente testimonio para poder presentarse ante la Real Persona de V. A. Pido como antes.

Auto. = A lo principal traslado; y al otrosí como se pide.

NOTIFICACION Á SU MAGESTAD.

Estando en el Palacio del Real sitio de tal, à tantos de tal mes y año, yo N., escribano de su Magestad público en sus reinos, precedidas las ceremonias, oficios y formalidades que se requieren y son necesarias para semejantes actos, habiéndome franqueado la entrada en el cuarto del Rey nuestro Señor, con la mas reverente veneracion y respeto, hice notoria á la Persona de su Magestad (que Dios guarde) la segunda suplicacion y recurso introducido por parte de D. N., en el pleito que se refiere en la certificacion antecedente, dada por D. N., y enterado de todo su Magestad se dignó responder que la oia, hallandose presentes como testigos los excelentísimos señores duques de tal *(se nombran tres)*, y otros diferentes señores; en fe de lo cual yo el escribano lo signo y firmo.

REAL CÉDULA DE COMISION.

Don Fernando &c. gobernador, á los de mi Consejo, sabed: que se ha tratado pleito en mi Real chancillería ó audiencia de tal entre partes de la una &c. sobre &c. y de la sentencia de revista dada en dicho pleito se suplicó por el referido D. N., para ante mí con la pena y fianza de las mil y quinientas doblas de oro de cabeza que la ley de Segovia y su declaracion dispone, y se presentó ante mí, pidiéndome mandase nombrar jueces que viesen el citado pleito en grado de segunda suplicacion, ó como la mi merced fuese y Yo he tenido por bien. Y confiado en vosotros que hareis justicia á las partes, mi voluntad es de encomendaros y cometeros este negocio, como por la presente os le encomiendo y cometo, y os mando veais el proceso de dicho pleito en grado de segunda suplicacion; y al tenor y forma de dicha ley de Segovia y declaracion de ella le libreis y determineis como en justicia debais, para lo que os doy poder cumplido en forma con todas sus incidencias y dependencias, anexidades y conexidades, que asi es mi voluntad. Dado en &c.

DESPACHO PARA LA REMISION DE LOS AUTOS AL CONSEJO.

Don Fernando &c. A vos el escribano de Cámara de la nuestra chancillería ó audiencia &c. por ante quien ha pasado el pleito de que en esta nuestra carta se hace mencion, salud y gracia: ya sabeis que ante el regente y oidores de esa nuestra audiencia se ha seguido pleito entre partes, de la una &c. sobre &c., y lo demas contenido en dicho pleito, y de la sentencia de revista que ha dado en él la referida nuestra audiencia suplicó segunda vez para ante N. R. y D. con la pena y fianza de las mil y quinientas doblas de oro de cabeza que la ley de Segovia y su declaracion disponen, D. N., quien se presentó ante nos en dicho grado, y fuimos servidos cometerla á las del nuestro Consejo para su determinacion, á cuyo fin R., procurador, en su nombre nos suplicó fuésemos servidos mandar despachar nuestra Real provision para que remitieseis al nuestro Consejo los expresados autos originales, y se citase á las partes en la forma ordinaria; y visto por los de nuestro Consejo por decreto que proveyeron en... de este mes se acordó expedir esta nuestra carta, por la cual os mandamos que dentro de los ocho dias primeros siguientes de como con ella fuereis requeridos, remitais ó hagais

remitir ante Nos, y à poder de N., nuestro secretario, todos los autos originales formados en razon del pleito de que va hecha mencion, íntegramente, y sin que les falte cosa alguna, lo que ejecutareis á costa del referido D. N., para que vistos y reconocidos se determinen conforme à justicia en dicho grado, que asi es nuestra voluntad. Dada en Madrid &c.

SENTENCIA EN GRADO DE SEGUNDA SUPLICACION.

En el pleito que por especial comision de su Magestad ha pendido ante nos en grado de segunda suplicacion interpuesta por N. de la sentencia de revista dada por el presidente ó regente y oidores de la chancillería y audiencia de &c. en el pleito que litigó en ella con N. y N. sobre tal cosa, y lo demas contenido en dicho pleito &c. visto &c. fallamos: que debemos confirmar y confirmamos la referidr sentencia de revista, pronunciada en dicho pleito por alguno de los oidores de la chancillería ó audiencia de tal parte, en tantos de tal mes y año, por la cual se declaró &c., y en su consecuencia debemos condenar y condenamos al citado N. en la pérdida de las mil y quinientas doblas, las que se distribuyan conforme á la ley, y mandamos que à costa del referido N. se devuelvan los autos originales á dicha audiencia para que se libre por ella la correspondiente ejecutoria, y por esta nuestra sentencia en grado de segunda suplicacion asi lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=La firman todos los señores, y despues el relator la entrega al escribano de Cámara originario, quien la lee en el salon del Consejo y extiende la diligencia de publicacion en esta forma. »Dada y pronunciada fue la sentencia antecedente por los señores del Consejo, de su Magestad, que la firmaron en Madrid á tantos de tal mes y año, de que certifico yo D. N. &c.

Como en los pleitos ó instancias que se siguen en el Consejo se imprimen muchas vecer los apuntamientos, y escriben asimismo las partes en derecho, se insertará en este lugar lo que se practica en tales casos, y refiere Escolano en este capítulo de segunda suplicacion (1).

Sacado el apuntamiento, »si las partes quisieren que se coteje y compruebe con su citacion y asistencia; y que se imprima, lo piden juntas bajo de un pedimento, estando conformes, y cuando no, solo la que le acomode; de cuya peticion se da cuenta

1 Tomo 2. pág 101 y 102.

en la misma sala; y si se defiere à esta solicitud (que es regular) se notifica à las partes, y pasa este decreto al relator, por quien à su continuacion se pone el señalamiento de dia para hacer dicho cotejo y lo entrega en la escribanía de Cámara, para que por el de diligencias de la misma se haga saber á las partes, y ejecutado se devuelve al relator.

»Si alguna de las partes ó todas quisieren que se escriba en derecho, lo pretenden por medio de pedimento, el que se hace presente en el mismo dia del señalamiento antes de empezarse la relacion del pleito; y si no se acaba en aquel dia, se debe poner por el relator un auto en que diga; empezado á ver por los señores del margen. = Madrid &c. y lo firma, y lo mismo debe practicar en cada uno de los dias en que se continúa, y en que se concluye la vista: todo á continuacion del decreto de señalamiento para que siempre conste."

»Si se defiere á la licencia de escribir en derecho, se pone por el relator el auto siguiente. = Visto, y se concede licencia para que las partes escriban en derecho con arreglo al auto acordado, y por el término de dos meses, el cual pasado, presentados ó no los papeles, dése cuenta para señalar dia en que se vote este negocio. = Madrid &c."

»Este auto se notifica inmediatamente á los procuradores de las partes para que corra el término, y no se pueden imprimir los papeles sin licencia del Consejo; reconociéndose primero por el ministro que señalare (1), para evitar que contengan sátiras y cláusulas denigrativas contra el honor y estimacion de alguna persona (2), y se presenta por la parte solicitando dicha licencia: esta instancia se despacha en la sala ordinaria de Mil y Quinientas, y se manda que informe el relator, y no resultando reparo, se concede licencia para la impresion; si por este informe no aparece reparo alguno, se da la certificacion en esta forma."

»D. N., secretario de Cámara, certifico: que por los señores del Consejo se ha concedido licencia á D. N. para la impresion del papel en derecho que ha escrito, y se le devuelve firmado y rubricado de mi mano, para el pleito que litiga con D. N. sobre tal cosa, con tal de que en cuanto al número de pliegos, letra y papel se arregle á lo prevenido en el auto acordado, y á el en que se dió permiso para escribir en derecho en dicho pleito. Y

1 La práctica del dia en el Consejo es el mandar que estos papeles los reconozca é informe sobre ellos el relator que lo es del pleito.

2 Real decreto de 12 de diciembre de 1749.

para que conste doy esta certificacion en Madrid."

»Luego que los papeles estan impresos y puestos en poder del relator, este los reconoce prolijamente, para ver si los hechos que en ellos se citan estan conformes ó no al memorial ajustado y á los autos; y hallando conformidad y exactitud en ellos, pone al fin de cada alegacion en derecho una nota y certificacion en esta forma: *está conforme á los hechos*, y lo rubrica."

»Pero si advierte que los hechos citados en algun papel en derecho estan alterados, diminutos, ó referidos con alguna cautela que los puedan hacer equívocos, ó varian en cualquier modo su integridad, pone al margen de cada uno de estos hechos una nota, en la cual refiere con brevedad el verdadero hecho, insinuando ligeramente el motivo para esta nota, en la que rubrica igualmente, y al fin del papel pone otra que sirve de informe de este modo: *con las notas puestas al margen está conforme á los hechos*, y la rubrica, ejecutando lo mismo en todos los ejemplares que debe entregar á los señores ministros del pleito, acompañados del memorial ajustado, luego que se señale el dia para su voto."

»Despues de entregados los papeles en derecho al relator, como queda dicho, se pide y señala dia para el voto por las mismas tres salas, aunque no se hallen en ella todos los señores que lo han visto, pues se les pasa luego aviso formal para ello.

PEDIMENTO INTRODUCIENDO EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA EN EL CONSEJO, Y PIDIENDO SE MANDE HACER Ó ADMITIR EL DÉPOSITO DE LOS QUINIENTOS DUCADOS.

M. P. S.

N., en nombre y en virtud de poder especial que presento de D. N., ante V. A. parezco y digo: que mi parte ha seguido pleito en la audiencia ó chancillería de &c. contra D. N. sobre tal cosa, en cuyo pleito pronunció dicho tribunal sentencia de vista que es notoriamente injusta y muy gravosa á mi parte por las razones que se expondrán á su tiempo; y para poder introducir el recurso correspondiente con arreglo á derecho y á las órdenes del Consejo:

Suplico á V. A. se sirva mandar que se comunique la orden conveniente al señor subdelegado general de penas de Cámara,

para que disponga que por la contaduría de estos efectos se admita el depósito que estoy pronto á hacer de los quinientos ducados prevenidos por auto acordado, dándome de ello la certificacion acostumbrada, à fin de formalizar el recurso de injusticia notoria que se ha insinuado, por ser conforme à justicia.

PEDIMENTO INTRODUCIENDO EL MISMO RECURSO QUE EL ANTERIOR, Y PRESENTANDO EL TESTIMONIO DE DÉPOSITO DE QUINIENTOS DUCADOS, Ó LA FIANZA.

M. P. S.

F., en nombre de N., de quien presento poder ante V. A. por el recurso de injusticia notoria ó por el que mas tenga lugar en derecho, digo: que mi parte ha seguido pleito ante el presidente y algunos de vuestros oidores en la Real chancillería de Granada sobre la reivindicacion de tal hacienda, y en él se pronunció sentencia en tantos, mandando &c.; y aunque á mi parte se le admitió la súplica que interpuse de ella, se le condenó por sentencia de vista y revista á tal cosa, cuya sentencia y demas providencias (hablando debidamente) irrogan un perjuicio notorio à mi parte; y para poder hacerle ver en el Consejo, cumpliendo con los Reales decretos, presenta el testimonio del depósito de quinientos ducados, ó de la fianza *(y si es pobre que como á tal se le ha mandado defender, despues de la cláusula*, cumpliendo con los Reales decretos, se dirá: está pronto mi parte á otorgar caucion juratoria de satisfacer los quinientos ducados luego que venga á mejor fortuna.) Por tanto:

A V. A. suplico que teniendo por presentados el poder y testimonio, y á mi parte en este recurso, se sirva librar su Real despacho para que la chancillería remita los autos al Consejo; y vistos declarar que la expresada sentencia es injusta notoriamente, revocándola en su consecuencia, y declarando aquello ó lo otro. Pido justicia y costas.

PEDIMENTO POR EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA DE LAS SENTENCIAS DE LOS CONSULADOS DE ESPAÑA EN EL SUPREMO CONSEJO DE LAS INDIAS.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de la ciudad de Sevilla, y en

virtud de poder que presento ante V. A. por el recurso de injusticia notoria, ó por el que sea mas conforme à derecho, me presento y digo: que mi parte ha seguido pleito ante el prior y cónsules del consulado de la ciudad de Sevilla, contra D. sobre pago de tanta cantidad, en el que se dió sentencia en tantos, mandando &c.; y aunque se admitió à mi parte la apelacion que interpuso de ella, habiendo pasado los autos, con arreglo à sus ordenanzas, al juez de alzadas para determinarlos con los dos adjuntos, por su sentencia de tantos confirmó la que pronunció en &c. el mencionado tribunal; en cuya atencion, y en la de que dicha sentencia (hablando debidamente) hace una injusticia notoria à mi parte, para poderlo manifestar asi al Consejo, cumpliendo con lo que dispone el Real decreto presento el testimonio del depósito de quinientos ducados, ó de la fianza. (*Si es pobre se pondrá la cláusula puesta entre paréntesis en el pedimento anterior.*) Por tanto:

A V. A. suplico, que teniendo por presentados el poder y testimonio, y à mi parte en dicho recurso, se sirva expedir vuestra Real provision para que el consulado remita los autos al Consejo; y vistos, declarar que la referida sentencia es notoriamente injusta, revocándola à su consecuencia, y mandando esto ó aquello. Pido justicia y costas.

SENTENCIA DECLARANDO HABER LUGAR AL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA.

Há lugar el recurso de injusticia notoria que ha introducido Don N., y en su consecuencia devuélvansele los quinientos ducados que depositó en la receptoria de penas de Cámara, ó cancélese la fianza &c. Madrid &c.

SENTENCIA DECLARANDO NO TENER LUGAR DICHO RECURSO.

No há lugar al recurso de injusticia notoria que ha introducido Don N., y en su consecuencia se le condena en los quinientos ducados que tiene depositados ó afianzados, y que se han de distribuir como lo previene al auto acordado. Madrid &c.

Nota sobre el papel sellado en que deben extenderse las diligencias de este juicio.

Todos los pedimentos, autos interlocutorios, citaciones, no-

tificaciones y otras diligencias que ocurren en el juicio ordinario, se han de escribir en papel del sello cuarto mayor. Las probanzas è informaciones judiciales, en el del sello segundo el primero y último pliego, y los demas serán del comun; pero si las informaciones fueren de nobleza ó limpieza en cualesquiera concejos, chancillerías y comunidades de estatuto, el primero y último pliego serán del sello mayor, y los intermedios del papel comun; para los autos de aprobacion ó reprobacion de estas pruebas, se extenderán en papel del sello segundo. Las requisitorias de emplazamiento y demas, en el del sello tercero. Las sentencias definitivas, en el del segundo: y las compulsas de autos que se remiten en apelacion, en el sello segundo el primero y último pliego, y los demas de papel comun. Si las partes fueren pobres, mandadas defender por tales, ó gozaren del privilegio de que en sus causas y negocios se actúe en papel de pobres, todo se escribirá en el del sello de estos.

INDICE

DE LOS CAPITULOS Y ESCRITURAS

QUE COMPRENDE EL TOMO CUARTO.

CONTINUACION DEL LIBRO TERCERO.

TITULO SEGUNDO.

PAG.

Del juicio civil ordinario. 1

CAP. 1.° *Definicion y division de los juicios, y personas que intervienen en ellos.* 7

CAP. 2.° *De los jueces ordinarios y delegados, de su jurisdiccion.* 16

CAP. 3.° *De los jueces árbitros y de los arbitradores, como tambien de los compromisos.* 32

CAP. 4.° *De los asesores y abogados.* 42

CAP. 5.° *De la demanda.* 49

CAP. 6.° *De la citacion ò emplazamiento.* 62

CAP. 7.° *De la contestacion y sus efectos.* 78

CAP. 8.° *De la compensacion.* 83

CAP. 9.° *De la reconvencion y sus efectos.* 101

CAP. 10. *De la prueba que puede hacerse en juicio, y de sus especies.* 117

CAP. 11. *Del término de prueba siendo mayores los litigantes; cómo se cuenta; desde cuándo corre; y si durante él se podrá suspender y practicar otra cosa.* 179

CAP. 12. *De la publicacion de probanzas, y restitucion del término probatorio que compete á los menores y demas que gozan del mismo beneficio.* 195

CAP. 13. *De las tachas ò repulsas de los testigos, del tiempo y forma de ponerlas, y del término para probarlas, como tambien de las alegaciones en derecho.* 204

CAP. 14. *De la conclusion de los autos para definitiva, y de si despues de conclusos podrán hacerse probanzas.* 212

CAP. 15. *De la sentencia definitiva, y de los requisitos que exige para su validacion: ¿que se entiende por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada? y casos en que esta puede rescindirse ó revocarse.* 219
CAP. 16. *De la nulidad de las sentencias, y término en que se debe pedir.* 233
CAP. 17. *De las apelaciones y sus efectos.* 246
CAP. 18. *De la mejora de la apelacion.* 266
CAP. 19. *De la súplica ó primera suplicacion.* 275
CAP. 20. *De la segunda suplicacion.* 283
CAP. 21. *Del recurso de injusticia notoria.* 296

Escritura de compromiso. 39
Aceptacion de los jueces árbitros. 41

INDICE

DE LOS PEDIMENTOS, AUTOS Y DILIGENCIAS

QUE OCURREN

EN LA SUSTANCIACION DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO,

EN PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA INSTANCIA.

	Pag.
Demanda de reivindicacion, y auto correspondiente. . .	307
Requisitoria para notificar la demanda.	id.
Auto dando cumplimiento à la requisitoria.	308
Pedimento de contestacion à la anterior demanda. . .	310
Idem solicitando una muger casada licencia para comparecer en juicio por ausencia del marido.	311
Demanda de jactancia.	id.
Pedimento mudando la accion.	id.
Idem solicitando se reciba informacion de cierto acto extrajudicial para que conste en lo sucesivo.	312
Idem de artículo inhibitorio.	id.
Idem introduciendo de otro modo el mismo artículo. . .	313
Idem intentando el artículo de no tener obligacion á responder.	id.
Idem pidiendo una declaracion para responder. . . .	id.
Idem de reconvencion.	314
Idem de reposicion de auto.	id.
Idem solicitando un tanto ó copia de una escritura. . .	315
Idem de acumulacion de autos hecha ante un testigo del pueblo.	id.
Idem sobre lo mismo ante otro sugeto de fuera del pueblo.	id.
Idem en que se solicita afiance alguno de arraigo. . . .	316
Idem recusando al juez inferior.	id.
Auto de recusacion.	id.
Notificacion, aceptacion y juramento del acompañado. .	317
Pedimento de recusacion á un alcalde de Corte en su provincia.	id.
Idem recusando á un ministro de chancillería ó audiencia.	id.
Idem de conclusion para prueba.	318
Auto de prueba.	319
Notificaciones.	id.

Interrogatorio 319
Pedimento presentando el interrogatorio. 320
Citacion y notificaciones. 321
Señalamiento de dias y horas para presentar testigos. . id.
Requerimiento para la presentacion de testigos. . . . id.
Recepcion del juramento de testigos en presencia de las partes . . . . . id.
Requisitoria para hacer probanza. 322
Examen de un testigo. 323
Pedimento para que se nombren intérpretes, à fin de evacuar las declaraciones de testigos extrangeros. . . . 324
Auto de nombramiento. 325
Aceptacion de los intérpretes. . . . . id.
Examen de un testigo con asistencia de intérpretes. . . id.
Ratificacion de testigos. 326
Pedimento para que se reciba informacion de abono de un testigo. 327
Declaracion de un testigo de abono. . . . . id.
Interrogatorio de repreguntas. 328
Mandamiento compulsorio. . . . . id.
Forma de extender el testimonio ó copia que previene el mandamiento. 329
Pedimento presentando una escritura para su comprobacion. 330
Auto . . . . . id.
Citacion . . . . . id.
Cotejo ó comprobacion de la escritura. . . . . id.
Pedimento presentando papeles para que una de las partes los reconozca. 331
Declaracion acerca del reconocimiento de las cartas. . . id.
Pedimento nombrando peritos para hacer cotejo de firmas. 332
Auto, diligencia de cotejo, y declaracion de los peritos. 333
Requerimiento á las partes para que presenten mas testigos si los tuvieren. . . . . id.
Pedimento para la publicacion de probanzas. . . . . id.
Idem acusando la rebeldía, é insistiendo en que se haga la publicacion. 334
Auto de publicacion de probanzas. . . . . id.
Pedimento de tachas y abono de testigos. . . . . id.
Auto de admision y prueba de tachas, y abono de testigos. 335
Pedimento respondiendo al de tachas. 336
Idem pretendiendo ampliacion del término de prueba por

R. 97270

FEBRERO NOVISIMO,

Ó

LIBRERIA DE JUECES,
ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL

Y ALGUNOS OTROS:

POR DON EUGENIO DE TAPIA,

individuo de la inspeccion de Estudios, y Magistrado honorario de la Audiencia de Valladolid.

Tercera edicion,

Revista y corregida, y añadida con la Jurisprudencia Mercantil, con arreglo al Código de Comercio, que comprende los dos tomos del suplemento.

TOMO QUINTO.

VALENCIA: IMPRENTA DE DON ILDEFONSO MOMPIÉ
DE MONTAGUDO.

AÑO 1837.

TITULO III.

DEL JUICIO EJECUTIVO.

CAPITULO PRIMERO.

Observaciones preliminares.

§. 1. ¿Que es juicio ejecutivo, y por que se introdujo?

2. ¿Por quien ha de ser otorgada la obligacion de dar ó hacer alguna cosa, y en qué términos quedará obligado el promitente?

3. En la obligacion se ha de expresar el término ó plazo en que se ha de satisfacer la deuda, y el deudor ha de dar poder al acreedor para que pasado que sea le apremie ejecutivamente.

4 y 5. Si por morosidad del deudor fuere preciso enviar ejecutor contra él para la exaccion de la deuda; ¿como han de satisfacerse los salarios que este devengue en ida, estada y vuelta? Para que pueda enviarse dicho ejecutor, ¿que renuncias deberá haber hecho el deudor?

6. Aclaracion de la doctrina anterior.

7. Tambien ha de contener la escritura de obligacion la cláusula guarentigia: ¿cual es esta, y qué efecto produce?

8. Aunque, segun el derecho comun, el acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes de su deudor, puede trabar ejecucion en los que mejor le parezca, sin necesidad de hacer previa excusion en los obligados especialmente; sin embargo, esto no se practica en los tribunales, antes bien se hace primero la ejecucion en las hipotecas especiales.

9. Cuando en las escrituras de préstamo ó mútuo se pacta que el deudor ha de pagar lo que se le presta en la misma especie, está obligado á hacerlo asi.

10. Como á veces los acreedores reciben los bienes de sus deudores en pago de sus créditos, y despues de en-

tregados sale otro que por su escritura tiene mejor derecho á ellos, para evitar disputas y perjuicios, ¿como deberá extender la cláusula el escribano?

1. El juicio civil ejecutivo es un juicio sumario que se introdujo en favor de los acreedores, para que sin experimentar los dispendios ni dilaciones de la via ordinaria, ni las molestias ó vejaciones de los deudores morosos, consiguiesen brevemente el cobro de sus créditos, sin distraerse del desempeño de sus deberes respecto á sus empleos, oficios ó familias (1). Mas por otra parte, aunque el juicio ejecutivo tiene tanta eficacia, sino se sabe seguir se convierte facilmente en ordinario, y sino se usa de él en tiempo, se pierde el derecho de ejecutar, el cual se prescribe por cierto tiempo, como se dijo en el capítulo 1, titulo 1 de este libro, párrafos 25, 26 y 27. Asi, pues, para instruir perfectamente al escribano principiante en la teórica y práctica de dicho juicio, en cuya sustanciacion se padece mucha ignorancia, explicaré metódicamente lo que me han enseñado el estudio de las leyes y de los autores de mejor nota, juntamente con la práctica, dando principio á esta materia con algunas observaciones preliminares que creo conducentes al propósito.

2. La obligacion de dar ó hacer alguna cosa, debe ser otorgada por quien puede contratar, y la cosa á que se obligue posible y arreglada á la ley y buenas costumbres, y concurriendo estos requisitos, aunque el promitente ú obligado oponga la excepcion de que se hizo entre ausentes, ó se obligó á que otro daria ó haria algo, ó que no hubo estipulacion ú otra semejante, serán infructuosas y no la viciarán, porque en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado (2). Tambien lo quedan sus herederos, á menos que la obligacion sea personal, v. gr. de hacer alguna cosa por sí propio, por depender su cumplimiento de su habilidad, industria ó persona, pues entonces no se trasmite á los herederos, antes bien espira con su muerte (3): lo cual procede, ya sea constituyendo por sí mismo la obligacion ú otro en su nombre con poder bastante, porque lo que el apoderado hace en nombre y con poder de su principal, se entiende haberlo hecho este. Si se obliga á

1 Ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Paz *in prax.* tom. 1. part. 4. Rodrig. Suar. *in leg. post rem judicat. in declarat. leg. regn.* limit 4. num. 7.

2 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 12. tit. 11. Part. 5.

pagar dinero, y lo recibe del acreedor en el acto del otorgamiento de la escritura, debe el escribano dar fe de ello, y sino parece de presente, confesará haberlo recibido, renunciará la excepcion que le compete por no haber recibido el dinero, la ley que trata de la entrega, y el término que para probarla prefine, y explicaré en adelante.

3. Se ha de expresar tambien en la obligacion el término ó plazo en que se ha de satisfacer la deuda, y el deudor dará poder al acreedor para que pasado que sea le apremie ejecutivamente no solo á su pago, sino tambien al de las costas, perjuicios y menoscabos, ó intereses que por no cumplir lo prometido se le ocasionen, expresando que por su importe se haga la misma ejecucion, remate de bienes y pago que por la deuda principal. Obligado en estos términos, aunque sea por deuda que otro tenga contra sí, deberá pagarlo todo luego que espire el plazo, y si este no se prefine, queda á arbitrio del juez concederle el que le parezca, y pasado puede compelerle á su satisfaccion (1) (bien que por punto general el acreedor puede pedir su débito, y el deudor debe pagarlo diez dias despues de prestado, segun queda dicho en otra parte). Pero si se prefine plazo y condicion posible y honesta, debe cumplirse todo antes que se le apremie á su paga (2).

4. En las obligaciones de hacer, dar ó pagar alguna cosa ó cantidad, suele pactarse que si por morosidad del deudor fuere preciso enviar ejecutor contra él para la exaccion de la deuda, ha de satisfacerle los salarios que devengue en ida, estada y vuelta, contando por cada dia de camino ó por cada jornada ó dieta, á razon de ocho leguas, por cuyo importe se ha de hacer la misma ejecucion, trance, remate de bienes y pago que por la cantidad principal &c. Nuestras leyes no estan conformes en cuanto á las leguas que en cada dia de camino se deben andar, y llamamos *jornadas*, pues la ley 2. tit. 6. lib. 8. Nov. Rec., párrafo 2, señala diez por cada dieta ó jornada, y las 8. tit. 28. lib. 5, 2 y 3. tit. 19. lib. 6, prefinen ocho, y para evitar disputas se ponen en las escrituras las mismas ocho, que son las que en el comun concepto se gradúan por jornadas regulares (3). Para que pueda enviarse el ejecutor, habrá el deudor

1 Leyes 10, 12, 13 y 14. tit. 11. Part. 5.
2 Ley 17. tit. 11. Part. 5.
3 Aunque Febrero dice que la legua civil ó legal consta de quince mil pies, debemos atenernos a la Real orden de 20 de enero de 1801, circulada en 20 de febrero siguiente, en la cual se dice: »Para que la legua corresponda próximamente á lo que en toda España se ha llamado y llama legua, que es el camino que regular-

de renunciar la pragmática de 11 de febrero de 1623, que es la ley 8. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec., la cual en el párrafo 1.° dice asi: *Ordenamos y mandamos que ningun consejo, tribunal, chancilleria, audiencia, comunidad, universidad ni persona particular de cualquier estado, calidad ó condicion que sea, por cualquier título, causa ó razon, no puedan enviar ni envien á ninguna parte de estos nuestros reinos ningun juez de comision; ni tampoco ejecutor, ni otra cualquier persona con jurisdiccion, comision, instruccion ni en otra forma á costa de las partes, ni en otra manera, so pena que las personas que asi no lo cumplieren, serán castigadas con todo rigor, y á las que admitieren las dichas comisiones, las condenamos en privacion perpetua de los oficios que tuvieren, y á la restitucion de los salarios que llevaren con la pena del dos tanto, y que todos los negocios y causas que se ofrecieren, en las cuales sea necesario dar comision á persona particular, asi de probanzas, averiguaciones, cobranzas, ejecuciones, notificaciones, citaciones, como de otras cualesquiera diligencias, para las cuales hasta agora se han enviado personas, se remitan de aqui adelante á las justicias ordinarias de la ciudad, villa ó lugar donde se hubieren de hacer; y si por alguna consideracion ó causa padecieren excepcion, se remitirán al realengo mas cercano; y tan solamente permitimos que en el nuestro Consejo se puedan dar jueces pesquisidores en los casos, y con los requisitos de la ley, y no en otro alguno de cualquier calidad que sea, y encargamos á los de él los procuren excusar lo mas que fuere posible.* Igualmente renunciará las demas leyes, prácticas y estilos de audiencias y tribunales que prohiben y moderan los salarios, y aunque podrá deferir la liquidacion del importe de estos, y de las costas, daños y menoscabos en la relacion jurada del acreedor, ó de quien sea parte legítima, esto no sirve, porque con pretexto del juramento dirá que importaron mas que lo que gastó, y para evitar fraudes se ha de estar á la tasacion que haga el tasador general con arreglo al Real arancel, como se practica.

5. Renunciará tambien su propio fuero y domicilio, lo que puede hacer, porque á nadie está prohibido renunciar lo que se ha establecido en su favor (1); pero esta renunciacion hecha

mente se anda en una hora, será dicha legua de veinte mil pies (tercias de vara de á diez y seis dedos), la que se usará en todos los casos en que se trate de ella, sea en caminos reales, en los tribunales y fuera de ellos.

1 Ley *Si quis in conscribendo*, 29. Cod. *de pact.*

simplemente no aprovecha, porque puede invalidarse por el arrepentimiento del renunciante antes de la contestacion, como lo dice la ley 18. ff. *de jurisdictione omnium judicum* (de que los escribanos ponen renunciacion, como si fuera ley nuestra, en los contratos, para que valga la del domicilio del otorgante, y pueda ser reconvenido ante otro juez que el suyo). Tampoco sirve el pacto de litigar ante juez que no es suyo, ni la sumision y próroga de jurisdiccion à otro, ni la renunciacion simple de fuero de futuro, á menos que sea jurada ó se haga en juicio (1), y asi la cláusula *de que renuncia su propio fuero y otro que de nuevo ganare*, que por estilo ponen los escribanos en los contratos, vale lo mismo que si no la pusieran.

6. Pero si el deudor se somete á la jurisdiccion de otro juez determinado, ó al presidente y oidores de las audiencias y chancillerías, ó à los alcaldes de ellas ó de los adelantamientos, ó generalmente à cualesquiera jueces, renunciando su propio fuero y domicilio, podrá ser reconvenido ante ellos, observándose lo dispuesto por la pragmática de 20 de febrero de 1573 (que llaman la última de las sumisiones, y es la ley 7. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec.), y su tenor literal es el siguiente: *Ordenamos que en los contratos de censos ó de cualquiera otra causa y razon que procedan, en que las partes obligadas á pagar alguna cuantía de dineros á los plazos y términos en ellos declarados, en que las partes se sometieron á la jurisdiccion de los nuestros alcaldes de las audiencias y chancillerías, con renunciacion de su propio fuero y domicilio, hallándose las personas de las tales partes que asi se sometieron, dentro las cinco leguas donde las audiencias y alcaldes residen, aunque no se hallen bienes suyos dentro en la dicha jurisdiccion, se haga y pueda hacer la dicha ejecucion en la dicha su persona por uno de los dichos alcaldes ante quien se pidiere, y por el mismo se pueda proceder á la ejecucion de los bienes que tuviere fuera de las cinco leguas, haciéndolo esto de fuera con requisitoria, y no de otra manera: y que otrosí, teniendo el tal deudor que asi se sometió, bienes dentro de la jurisdiccion de las cinco leguas, aunque no sea hallada su persona, se pueda hacer la ejecucion en dichos bienes por cualquiera de los alcaldes ante quien se pidiere; y no siendo aquellos bastantes, mejorarse en los que tuviere fuera, con que esta mejora se haga por requisitoria, y no en otra manera. Y otrosí*

1 Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 25.

ordenamos, que en dicho caso de la sumision hecha à los alcaldes de las nuestras audiencias y chancillerias con renunciacion de su propio fuero, aunque ni la persona ni los bienes se hallen dentro de la jurisdiccion de las cinco leguas, pidiendo la parte ejecucion del dicho contrato ante uno de los dichos alcaldes, pueda proceder á ella, haciéndolo como dicho es por requisitoria; y que en ninguno de los dichos casos puedan enviar juez ejecutor, ni dar para este efecto nuestras cartas firmadas de todos, como dizque lo han acostumbrado; por cuanto no queremos que se haga, antes expresamente lo prohibimos y defendemos. = Otrosi mandamos, que en los contratos y escrituras donde las partes se sometieren á la jurisdiccion del presidente y oidores de las dichas nuestras audiencias, con renunciacion de su propio fuero, con clausula de que puedan enviar no cumpliéndolo á costa del deudor, con dias y salario, ejecutor; que si las personas ó casos en que esto se hiciere fueren tales, que por ser casos de Corte, podian ser convenidos ante el dicho presidente y oidores en primera instancia, que en los tales casos y personas puedan el nuestro presidente y oidores, pidiéndolo la parte, enviar ejecutor para el cumplimiento y ejecucion del tal contrato, ó dar nuestras provisiones para que aquella se haga en su jurisdiccion, segun que les pareciere mas conveniente á la buena y breve ejecucion de la justicia; y queremos que esto mismo se guarde en el nuestro reino de Galicia por el regente y alcaldes mayores del dicho reino, para que contra las dichas personas, y en los dichos casos de Corte, en los contratos que hubiere la dicha sumision, renunciacion y cláusula, puedan proceder á la ejecucion, segun dicho es, lo que puedan hacer el dicho presidente y oidores; pero que en los casos y personas que no fueren de Corte, habiendo sumision y renunciacion de propio fuero, tan solamente puedan el dicho regente y alcaldes mayores proceder á la ejecucion, hallándose la persona ó bienes del deudor dentro de las cinco leguas, y que con esta declaracion y limitacion se guarde la ley y ordenanza que en este caso estaba hecha, y se contiene en esta Recopilacion, que es la ley 27. tit. 1. lib. 3 de esta Recopilacion. Y que otrosi en cuanto al regente, jueces de grados y alcaldes de cuadra de la ciudad de Sevilla, dentro del distrito y jurisdiccion de la dicha audiencia, en las escrituras en que hubiere la dicha sumision y renunciacion, se pueda proceder por cualquier de los alcaldes ante quien se pidiere la tal ejecucion, por la forma y manera que de suso está dicho en los alcaldes

de las nuestras audiencias y chancillerías.= Otrosí mandamos, que en cuanto toca á los nuestros alcaldes de los adelantamientos, los cuales, segun lo que tenemos proveido y ordenado, no pueden en las causas civiles conocer ni proceder fuera de las cinco leguas del lugar donde residieren con su audiencia; que en los contratos donde hubiere dicha sumision con renunciacion de fuero, siendo las personas que asi se sometieron y renunciaron señores de jurisdiccion, ó justicias ó concejos, puedan proceder á la ejecucion dentro en el distrito de su adelantamiento, aunque esten fuera de las cinco leguas; pero no siendo personas de la dicha cualidad, no puedan proceder en virtud de los tales contratos á la ejecucion, no se hallando las personas ó bienes de los tales deudores dentro de las cinco leguas. Y que otrosi, en cuanto toca á los otros jueces y tribunales del reino, mandamos que en virtud de los tales contratos con sumision y renunciacion, no puedan proceder á la ejecucion no hallándose la persona ó bienes del deudor dentro de su jurisdiccion, excepto si el tal reo que asi se sometió, ó por razon del contrato que alli hizo, ó por razon de la paga que en tal lugar habia de hacer, ó por otra causa hubiese surtido el fuero del tal juez á quien se sometió, que en tal caso pueda proceder á la ejecucion, aunque no se halle la persona y bienes dentro de su jurisdiccion, haciéndolo por requisitoria. Y otrosí mandamos, que en virtud de las sumisiones generales que se suelen hacer, sometiéndose á cualquier fuero, jurisdiccion y juez ante quien fueren demandados, aunque haya renunciacion de fuero y cualesquier otras cláusulas, no pueda proceder sino tan solamente hallándose la persona ó bienes en la jurisdiccion del juez ante quien se pidiere la ejecucion. Todo lo cual asi mandamos se guarde y cumpla por los dichos jueces en los dichos casos y personas, segun que en esta carta, ley y pragmática nuestra se contiene, y no en otra manera, no embargante cualesquiera cláusulas, posturas ó condiciones, ó renunciaciones de esta ley ó de otras que en los dichos contratos ó escrituras se hicieren y pusieren, porque no embargante aquellas y cualesquiera otras firmezas y cláusulas, queremos que se guarde y cumpla y tenga la orden que dicha es, y ni se proceda ni pueda proceder en otra. Esta ley es la que se observa sin embargo de que se renuncie, y de la *Si convenerit* citada en el párrafo 4, es superflua la renuncia, como igualmente la de ciertas leyes civiles que en otros casos suelen poner los escribanos solo por estilo y por haberlo visto á otros, y todos

con ignorancia de lo que mandan ó prohiben. El que quisiere enterarse de dicha ley Real, vea á Paz, tom. 1. part. 4. cap. 2. num. 12 y siguientes, y en cuanto á la de *Si convenerit*, á Carlev. *de jud.* tit. 1. disp. 2. sect. 2. num. 1029 al 1054 que trata de ella, de las opiniones que hay sobre si puede ó no renunciarse; y de la validez de su renunciacion y sus efectos.

7. Ha de contener tambien la escritura de obligacion ó promesa de dar ó hacer alguna cosa la cláusula que llaman *guarentigia*, y es la siguiente: *Y confiere amplio poder á los señores jueces de su Magestad, que de este negocio deben conocer conforme á derecho, para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe*: pues si carece de ella no será ejecutiva, segun el estilo y universal práctica de estos reinos; bien que algunos autores que cita Paz en su *Práctica*, tom. 1. part. 4. cap. 1. num. 9 y 10, dicen que no es necesaria, porque en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado eficazmente, segun la ley tantas veces citada; pero lo mas seguro es que no se omita, con lo que se evitan motivos de disputas. Llámase dicha cláusula *guarentigia*, porque esta voz se deriva de la toscana *guarentare*, que significa hacer firme ó *garantir* una cosa, y se pone en las escrituras para que como la cosa juzgada se tiene por verdadera (1), quede el obligado sin recurso temporal que le exima de cumplir la obligacion y promesa contraida, y por lo mismo puede ser compelido á ello. Para mayor seguridad del acreedor, obligará el deudor su persona, sino es privilegiada, pues siéndolo no queda obligada; y si el escribano, sabiéndolo, la obliga, será tenido por ignorante. Tambien obligará sus bienes, porque con ellos queda mas seguro su crédito que con su persona (2). Con dichos requisitos será ejecutiva la escritura, y obligando el deudor su persona y bienes, se podrá proceder contra todo sino goza de exencion ó privilegio que le liberte de entrar en la prision (*). Si obliga solamente sus bienes, solo contra ellos se deberá dirigir la accion, justificando tener los suficientes para la solucion del débito, y no habiendo dolo, porque es obligacion meramente Real; pues sino lo justifica, podrá ser preso aunque no obligue su persona, á menos de que

1 Leyes 207. ff. *de reg. jur.* y 19. tit. 22. Part. 3. y 13. tit. 33. Part. 7. Parlad. lib. 2. *Rer.* cap. ult. part. 1. §. 11.

2 Leyes 25. ff. *de reg. jur.*

* En el dia son muy pocas las personas que no gozan de esta exencion, como se dirá mas adelante.

proteste en la obligacion que de ningun modo quiere obligarla, ni sea encarcelado por el débito (1); y aun cuando no los obligue con mas expresion que esta: *al cumplimiento de este contrato obligo mis bienes;* quedan obligados no solo los presentes sino los futuros, y sus frutos, como está resuelto en derecho (2); pero para evitar todo escrúpulo (bien que infundado), se especificarán unos y otros, y no se dudará que estan comprendidos todos; mas si la obligacion se limitare á una clase sola, v. gr. á los presentes, no se ampliará á los demas; y si obliga una alhaja solo, no le quedarán las restantes.

8. El acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes de su deudor, puede segun derecho (3) trabar ejecucion en los que mas bien le parezcan, sin necesitar hacer previa excusion en los especialmente obligados; mayormente si la escritura en que se obligaron contiene (como se acostumbra, y es conveniente poner en todas) esta cláusula: *Y para mayor seguridad de esta deuda, sin que la obligacion general deroguc ni perjudique á la especial, ni esta á aquella; sino que de ambas ha de poder usar el acreedor á su eleccion, hipoteca y grava especial y expresamente el otorgante á su responsabilidad y á la de los salarios, costas y daños que por falta de puntual pagamento se irroguen al acreedor, tal tierra* (ú otra cosa), *de tanta cabida, que posee en tal parte* (aqui se expresarán sus linderos), *contra lo cual quiere y consiente que este ó quien le represente y su accion tenga, dirija la ejecutiva que le compete, al mismo tiempo que contra los demas sus bienes, ó segun le parezca, para que con mayor prontitud pueda reintegrarse no solo de su principal crédito, sino de todo lo demas expresado etc.* Sin embargo, no se practica asi en los tribunales, antes bien se hace primero la ejecucion en las hipotecas especiales, porque se presume son suficientes para la total satisfaccion de la deuda, y porque de lo contrario puede irrogarse perjuicio á otro acreedor posterior, á quien no esten sujetas, lo cual por equidad debe evitarse, como exponen los autores (4), y se prueba de la ley 2. Cod. *de pignor.* Tampoco necesita hacer la excusion cuando es muy dificil ó intrincada, porque no se ha de exponer á gastar en hacerla tal vez mas de lo que importa su crédito: ni

1 Salg. *de reg. protect.* part. 2. cap. 4. num. 143 al 15. Sigüenz *de claus.* lib. 1. cap. 3. num. 2 y sig..

2 Leyes 5 y 16. tit. 13. Part. 5 y 7. tit. 19. lib. 3 del Fuero Real. Carlev. *de judic.* tit. 3. disp. 34. num. 1 y 2.

3 Ley *Creditoris arbit.* 8. ff *de distract. pignor.* Rodrig. *de anual. reddit.* lib. 2. quæst. 9. num. 19.

4 Carlev. tit. 3. disp. 19. num. 10, y otros que cita.

cuando el deudor hizo concurso de acreedores, porque con este está hecha (1). Es de advertir ademas, que en todas las escrituras de obligacion en que interviene especial hipoteca; en las de imposiciones, ventas y redenciones de censos ó tributos; en las de ventas de bienes raices ò considerados por tales, que conste estar gravados con alguna carga, y no sino lo estan; en las de fianzas en que se hipotecaren especialmente los bienes referidos; en las de fundaciones de mayorazgos y obras pias, y generalmente en todas las que contengan especial y expresa hipoteca ó gravámen de vinculacion ú otro, debe prevenir que se tome la razon en la oficina de hipotecas del partido en que esten sitos, en el término correspondiente, bajo la pena de nulidad prescrita por la pragmática de 31 de enero de 1768, é igual prevencion debe hacer en las escrituras é hipotecas que se dicen de donaciones piadosas, y con los censos del fisco, segun Real cédula expedida en el Pardo à 10 de marzo de 1778, referente á la citada pragmática, y por la Real cédula de 17 de enero de 1805; mas no con otras, como algunos ignorantes lo practican hasta en los poderes y testamentos. Si la escritura contiene el pacto *de no enagenar*, que es el siguiente: *Y se obliga á no vender, ceder, trocar ni enagenar por ninguna via ni especie de enagenacion la referida tierra á persona ni comunidad eclesiástica ni secular, sin que primero lo haga notorio al acreedor á quien queda hipotecada, y este se halle satisfecho íntegramente de su crédito, costas, salarios y daños que por su exaccion se le causen; y la enagenacion que en otros términos hiciere sea nula, y no pase derecho á tercero, cuarto ni á otro poseedor, como celebrada contra este pacto, á la observancia del cual grava y sujeta tambien especial y expresamente la enunciada tierra*, podrá ejecutar no solo al deudor, sino al tercero poseedor, ya sea eclesiástico ó secular (2), porque en virtud de este pacto es nula la enagenacion, y se contempla la cosa hipotecada en poder del deudor al intento expresado. Para que surta el debido efecto se ha de sujetar la alhaja ó finca à la observancia del pacto, y ordenarse la cláusula con la amplitud absoluta que se ha indicado, porque si la obligacion de no enagenar se circunscribe y limita á tiempo ó personas determinadas, lo surtirá solamente para con estas (3). El que quiera saber en qué casos se puede impedir ó prohibir la enagenacion y traslacion de

1 Olea *de ces. jur.* tit. 7. quæst. 3. num. 38.

2 Siguenz. *de claus.* lib. 1. cap. 3, 4, y otros que cita. Carlev. tit. 3. dis. 11. num. 3 y 4.

3 Gom. en la ley 40 de Toro, num. 18.

dominio por contrato y convenio de los contrayentes, y en cuales no, vea á Gomez en la ley 40 de Toro, desde el num. 13 al 47.

9. Suele pactarse en las escrituras de mutuo, que el deudor ha de pagar lo que se le presta en la misma especie en que lo recibe; y es constante (regularmente hablando) que está obligado à ello, y no de otra suerte contra la voluntad del acreedor, porque puede irrogársele perjuicio, asi como este no puede compelerle á pagarlo contra la suya en otra que en la que se obligó, por la misma razon; pero se entiende hallándolo, pues si no lo halla, cumple con entregarlo en otra á arbitrio del juez. Lo mismo procede cuando promete hacer alguna cosa, sino puede cumplirlo segun prometió: en cuyos casos debe resarcir al acreedor el daño que se haya irrogado por este defecto (1). Mas si renuncia la ley 3. tit. 14. Part. 5, y se obliga con juramento à cumplir literalmente lo pactado, estará obligado á ello (2); pero el escribano, no debe autorizar el contrato con juramento para no incurrir en pena, excepto cuando el deudor, obligándose á satisfacer alguna cantidad, declara con juramento si hay intereses, y cuánto importan, en cuyo caso debe el escribano dar fe de este juramento, segun se dijo en el tomo 2.°, página 473, nota 1.ª

10. Algunos acreedores reciben muchas veces los bienes de sus deudores en pago de sus créditos, y despues de entregados sale otro que por su escritura tiene mejor derecho á ellos. Para que el que los recibió primero no pierda su deuda ni el derecho que le pertenece contra los del deudor que pasaron á poder de otro acreedor, ni á los de sus fiadores, ni se pueda alegar que por su recibo es visto haberse contentado con ellos, y renunciado el derecho que le competía contra los demas; se ordenará la cláusula en esta forma: *Por cuya paga y entrega ha de ser visto no apartarse el otorgante de la primera hipoteca que tiene contra los bienes de su deudor y de Pedro su fiador, que estuvieren entregados á los demas acreedores, ó á tercero poseedor, pues deja vivo, ileso y en su fuerza y vigor el derecho que le compete contra ellos, para usar de él cuándo, cómo y ante quién le convenga, en caso que aparezca otro que la tenga mejor á los que acaba de recibir*, y de esta suerte podrá repetir contra los demas que estuvieren entregados á otro de inferior privilegio, y en su defecto contra los del fiador.

1 Ley 3. tit 14. Part. 5. Carlev. *de jud.* tit. 3. disp. 3.

2 Gutierr. *de juram. confirm.* par. 1. cap. 29.

CAPITULO SEGUNDO.

De las cosas que traen aparejada ejecucion.

§. 1. Traen regularmente aparejada ejecucion las diez cosas que en este párrafo se expresan.

2. La sentencia del juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, no solo trae aparejada ejecucion en lo que expresa, sino tambien en lo que tácitamente contiene.

3. Trae igualmente aparejada ejecucion la sentencia válida de los árbitros en derecho.

4. Se ha de ejecutar sin embargo de apelacion la sentencia dada sobre dote y alimentos, y otras que alli se expresan.

5. Tambien es ejecutiva la sentencia que confirma y aprueba los pareceres conformes de los contadores.

6. No trae aparejada ejecucion la sentencia dada contra el juez para que restituya las costas y salarios que llevó, á menos que sea citado y oido; pero si por las condenas ó multas que hubiere recibido.

7. Tampoco es ejecutivo el mero mandato del juez en que ordena que alguno haga, dé ó pague á otro cierta cosa ó cantidad, sin citarle ni oirle.

8. Asimismo no es ejecutiva la sentencia contra la cual pide restitucion el que goza de este beneficio.

9. La ejecutoria dada por tribunal superior, confirmando ó revocando la sentencia del juez inferior, trae aparejada ejecucion.

10. Es ejecutiva tambien la confesion clara y pura ó simple, hecha por el deudor ante juez competente y escribano, ó ante este en virtud de su mandato.

11. Aunque el deudor al tiempo que confiesa haber contraido la deuda, excepcione que el acreedor se la remitió, pagó ó hizo pacto de no pedirsela, se ha de despachar no obstante ejecucion contra él, en virtud de su confesion.

12. Remitiéndose ejecutado en su confesion á algun instrumento, se debe despachar la ejecucion solamente por lo que conste en él como liquido.

13. La confesion segunda que es contraria á la primera, no produce accion ejecutiva.

14. Tampoco es ejecutiva la confesion que hace el testador en su última disposicion, de que es deudor de alguno, nombrándole.

15. No trae aparejada ejecucion la confesion que hace el menor que tiene curador, sin que este intervenga al

juramento que debe precederla.

16. No es ejecutiva la confesion que en pena de la contumacia tiene la ley por hecha.

17. El juramento *litis decisorio*, que tambien se llama voluntario, trae aaparejada ejecucion.

18. Las escrituras privadas y demas papeles simples reconocidos por el deudor ante juez competente y escribano, ó de su mandato ante este solamente, traen aparejada ejecucion en cuanto á lo liquido confesado.

19. Toda letra de cambio aceptada, es ejecutiva como un instrumento público.

20. Si el deudor niega la deuda, y tambien su firma, no se ha de despachar ejecucion contra él, aunque reconozcan la obligacion los testigos que la presenciaron.

21. Excepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion que no se le entregó la cantidad ó cosa que se le pide, sino han pasado los dos años que prefine la ley para oponer esta excepcion, no se debe despachar ejecucion en virtud de este reconocimiento.

22. Pero si hubieren trascurrido los dos años contados desde la fecha del vale, deberá despacharse la ejecucion.

23. Si dentro de los diez años, contados desde la fecha del vale, pide el acreedor su reconocimiento, y el deudor declara que la firma es suya, pero niega la deuda, oponiendo la excepcion de estar pagada ú otra semejante, se ha de despachar ejecucion sin embargo de esta.

24. El reconocimiento puro de escritura privada hecho por el deudor, no perjudica á los demas acreedores suyos que tengan escritura pública hipotecaria, y asi serán preferidos estos al quirografario.

25. Lo dicho en el párrafo anterior procede tambien en la confesion hecha por el tutor contra su menor y en otras.

26. Cualquier juez, aunque sea incompetente, puede compeler á la parte á que reconozca el vale o papel que hizo, pero este acto no radica el juicio.

27. El reconocimiento extrajudicial no trae aparejada ejecucion.

28. Es ejecutivo el instrumento público original, otorgado ante escribano público ó notario Real, siempre que tenga los requisitos legales.

29. Lo mismo procede en cuanto á la promesa futura de obligarse uno á otro dentro de cierto tiempo, pues pasado este puede ser reconvenido el promitente, por cuanto ya queda obligado.

30. Será ejecutivo el instrumento, ya se haya otorgado en estos reinos, ya fuera de ellos, si aqui se pide su ejecucion.
31. Igualmente trae aparejada ejecucion el instrumento en lo que tácitamente contiene, siendo *conjunto* de lo que está expresado en aquel.
32. Es asimismo ejecutivo el testamento solemne por la deuda, legado, fideicomiso y mejora, ó prelegado de cosa especifica.
33. Si el testador dejare en su última enfermedad algun legado á su confesor, iglesia ó convento, lejos de poderse proceder ejecutiva ni ordinariamente por él será nulo.
34. Trae tambien aparejada ejecucion el instrumento en que alguno promete y se obliga á hacer alguna cosa.
35. No es ejecutivo el instrumento que carece de las formalidades legales, ó que no está extendido en el papel sellado correspondiente, ni tampoco lo es el instrumento novado.
36. Tampoco trae aparejada ejecion la escritura de arrendamiento, por el tácito del año sucesivo al en que espiró el expreso.
37. Asimismo no la trae aparejada el instrumento público ó privado que se remita á otro, sin que conste primero de este.
38. No es ejecutiva la escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el juramento de su importe.
39. Ni tampoco lo es la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego.
40. Trae aparejada ejecucion el instrumento líquido ó la liquidacion que consta por instrumento público, ó por confesion y reconocimiento judicial de la parte hecho en forma legal.
41. Por alimentos ó intereses de dote retardada se puede proceder ejecutivamente, sin ser necesario hacer liquidacion.
42. Pidiéndose ejecucion en virtud de instrumento por lo líquido é ilíquido, debe despacharse por aquella, aunque el deudor ofrezca deposite ó dé fianza por todo el débito.
43. Para que el instrumento que no está liquidado traiga aparejada ejecucion, ha de contener una de las dos circunstancias que alli se expresan.
44. Se puede hacer la liquidacion del instrumento ilíquido por escrituras, probanzas de testigos, contadores y juramento decisorio ó *in litem*.
45. Aunque la liquidacion se haga á presencia de escribano y de las partes, preceda para ella auto dado á instancia de la una, y ambas la firmen, debe reconocerla, consentirla y confesarla despues ó rati-

ficarse en ella bajo de juramento la que resulte alcanzada.

46. ¿De que modo serán ejecutivas las cuentas extrajudiciales formalizadas por las partes?

47. No debe procederse ejecutivamente en virtud de los asientos que cualquiera tenga hechos en sus libros de cuentas, donde tiene sentadas las partidas que le deben varias personas.

48. Tampoco se debe proceder ejecutivamente contra el obligado á dar cuentas antes que las dé, aunque se conozca y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas.

49. Los rescriptos, privilegios, cédulas y provisiones Reales que no ceden en perjuicio de tercero, ni han sido obtenidos con los vicios de obrepcion y subrepcion, son ejecutivos.

50. No vale el rescripto contrario á otro, á menos que en él se haga mencion especifica de este.

51. Los juros, situaciones y libranzas dadas por el Rey ó por los ministros á quienes concede esta facultad, contra los tesoreros, cobradores y administradores de su Real Hacienda, traen aparejada ejecucion.

52. Ultimamente la traen tambien aparejada los tributos públicos y Reales, los diezmos y primicias de la iglesia, cuando por instrumento ejecutivo consta estarse debiendo.

1. Traen aparejada ejecucion regularmente en estos reinos de Castilla las diez cosas siguientes. 1.ª La sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada. 2.ª La ejecutoria dada por el tribunal superior competente, ya sea confirmando ó revocando la sentencia del juez inferior (1). 3.ª La confesion de la deuda hecha en juicio, y el juramento litis decisorio (2). 4.ª Los conocimientos, vales y papeles simples despues de reconocidos con juramento por el que los hizo ante juez competente, ó de su orden por escrito ante alguacil ó escribano, ó ante este solamente, aunque no contengan expresion del dia, mes y año en que se hicieron (3). 5.ª El instrumento público ó auténtico que hacen fe (4); bien que el auténtico solo la traerá si se reconoce judicialmente, y no de otra suerte, porque aunque hace prueba en juicio, ninguna ley lo constituye ejecutivo como al público, por ser cosa muy diversa. 6.ª La liquidacion ó ins-

1 Leyes 1, 3, 4 y 5. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec., y el tit. 27. de la Part. 3.

2 Ley 4. tit. 28. lib 11. Nov. Rec., y ley *Post rem*, 56. ff. *de re judic.*

3 Ley 119. tit. 18. Part. 3, y leyes 4 y 5. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

4 Leyes 1 y 3. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

trumento simple líquido de cantidad, daños é intereses, siendo reconocido y consentido por la parte con la solemnidad expuesta (1). 7.ª Los libros y cuentas extrajudiciales hechas por las partes ó por los contadores que eligen, si estas las reconocen y consienten en juicio, segun queda dicho, ò en instrumento público y no de otra suerte (2). 8.ª El rescripto, cédula ó provision del Rey ó Príncipe que no reconoce superior en lo temporal, y los Reales privilegios (3). 9.ª Los juros, libranzas y situaciones que se dan por el Rey ó por quien en su nombre tiene potestad contra sus tesoreros, cobradores, administradores y arrendadores de su Real haber (4). 10.ª Los pareceres conformes de los contadores (5).

2. La sentencia del juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, como dada en contradictorio juicio con audiencia de los litigantes, y consentida por estos expresamente, ó con su tácita anuencia por no haber apelado de ella, ó habiendo apelado, por no haber mejorado la apelacion, y declarádose por desierta, no solo trae aparejada ejecucion en lo que expresa, sino tambien en lo que tácitamente contiene, aunque despues conste que es injusta (6); porque de ella nace una nueva accion, que en latin se llama *judicati* ó *in factum* (7), y nuevo pleito y autos para ejecutarla.

3. Trae igualmente aparejada ejecucion la sentencia válida de los arbitros de derecho, que son unos jueces delegados, y la de los arbitradores y amigables componedores, ya contenga ó no pena el compromiso, y sean dos ò mas, ó uno solo el compromisario, con tal que sea dada en el término prefinido en él, por los jueces electos sobre lo comprometido, sin exceder ni faltar, presentándose con ella signada de escribano público el compromiso, si no se ha apelado ni pedido reduccion á albedrío de buen varon; y lo mismo procede con la del tercero en discordia (8). Esta sentencia se debe ejecutar por el juez ordinario, y no por

1 Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 11. Carlev. *de judic.* tit. 3 dis. 5, 8 y 15.

2 Parlad. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 6. Escovar *de ratiocin* cap. 10, 11 y 12. García *de expens.* cap. 20 num. 22.

3 Leyes 28 y 52. tit. 18. Part. 3.

4 Ley 14. tit. 7. ley 9. tit. 16. lib 9. de la antigua Recopilacion. En la Novísima se han suprimido.

5 Ley 5. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. y su nota. Adviértase que segun esta ley, ha de ser confirmado el parecer uniforme de los contadores por sentencia del juez que de la causa conociere.

6 Ley 19. tit. 22, y leyes 1 y 2. tit. 27. Part 3. Salg *de reg.* part. 4. cap. 9. num. 151. Parlad. § 1. part. 1. cap. ult.

7 Ley *in judicati*, ff. *de re judic.* ley *Actori* Cod. *de jurejur.* Parlad. ibi, num. 1 al 3. y num. 6 y 7

8 Ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. y ley ult. tit. 4. Part. 3. Rodrig *de exec.* cap y art. 1.

ellos, porque carecen de jurisdiccion (1), y por la misma razon no pueden recibir las pruebas que las partes ofrecieren. En este caso debe acudirse á los jueces ordinarios, ó para hacerlas ante ellos, ó para que libren sus despachos á otras justicias si los testigos no estuviesen en el territorio. La reduccion de la sentencia se ha de pedir ante el referido juez, y dentro del término prefinido para apelar, y no pidiéndose ni apelando, pasa en cosa juzgada (2).

4. Se ha de ejecutar sin embargo de apelacion la sentencia dada sobre dote y alimentos (3), en caso de ser pobre la parte à cuyo favor se dió; ó sobre jornales ó estipendios por paga de trabajo (4). La que consiste en pena de ordenanza, y no excede de diez mil maravedís (5). La dada sobre sepultar algun difunto, proveer de tutor á los menores, y recoger frutos, cuando de diferir su recoleccion puede irrogarse perjuicio; pues en estos casos solo tiene efecto devolutivo, á menos que sea notoriamente injusta, y en este efecto y no en el suspensivo se debe admitir la apelacion (6). Lo mismo sucede con la de los árbitros, arbitradores, dándose préviamente la fianza que llaman de *Madrid*, prevenida en la ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec., aunque se pida reduccion á albedrío de buen varon, y en las transacciones hechas ante escribano (7). Pero la de los árbitros, si se consiente, ó no se contradice en el término legal, que son diez dias, se ha de ejecutar sin fianzas (8).

5. Tambien se ha de ejecutar sin embargo de apelacion la que confirma ó aprueba los pareceres conformes de los contadores, ya se nombren por las partes, ó de oficio en rebeldía de alguna que habiéndosele notificado en persona que nombrase por sí, no quiso hacerlo, dándose primero la fianza prevenida en dicha ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec., pidiendo el interesado que mediante esta fianza se le dé posesion y entreguen los bienes que se le aplican, y que hecho, use la parte contraria de su

1 Ley *Privatorum*, Cod. *de jurisdict. omnium jud Cur Filip.* lib. 2. *Commerc. terr.* cap. 14 num 29

2 Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 12. num. 2. Parlad differ. 43 § 1. num. 3 y 4.

3 Esto procede no solo en las sentencias que despues de un serio y maduro examen del juicio salen con el nombre de definitivas, sino tambien en aquellas que se proveen como interlocutorias, fundadas en las pruebas y presunciones de la calidad del que litiga y de su buen derecho. Conde de la Cañada, *Instit. pract.* part. 2. cap. 11. num. 60.

4 Salg. *de reg* part. 2. cap. 1 y 2. part. 3 cap. 16. num. 36. Acev. en la ley 9. tit. 15 lib. 4. Rec num 38. Carlev. tit. 1. disp. 6.

5 Ley 22 tit. 20 lib. 11. Nov. Rec.

6 Dicha ley 22. tit. 20, y en ella Acev. num. 11.

7 Ley 4. tit. 17. l'b. 11. Salg. *de reg.* cap. 13. Covarr. lib 2 *Var.* cap. 2.

8 Ley 23. y ley fin. tit. 4. Part. 3, y en esta Greg. Lop. glos. 7 cap 3 y 4. *Ut lite pendente*, y cap. 14. *de re judic.*

derecho como le convenga, y sobre ello debe formar artículo. En los propios términos se ha de ejecutar el parecer del tercero electo por discordia de los contadores, que esté conforme con uno de ellos, y se apruebe ó confirme por el juez en tres casos: 1.° cuando fue nombrado por los mismos interesados segun lo dispone la ley 24. tit. 21. lib. 4. Nov. Rec. por estas palabras: *mandamos que en lo que se conformaren los contadores nombrados por las partes, siendo confirmado por sentencia del juez que de la causa conociere, la tal sentencia se ejecute sin embargo de apelacion;* mas no siéndolo por el juez, ó por los mismos contadores en virtud de facultad para nombrarle, porque no hay contumacia, y la ley no lo dice. 2.° Cuando en la comision para liquidar se mandó ejecutar el parecer unánime de los dos. 3.° Cuando la parte que se siente agraviada no apeló en tiempo y forma. De la misma manera se ha de ejecutar la sentencia que se diere à favor del Real fisco (1).

6. No trae aparejada ejecucion la sentencia dada contra el juez para que restituya las costas y salarios que llevó, á menos que sea citado y oido, porque es pronunciada sin verdadero conocimiento de causa, y asi no surte otro efecto que el de simple citacion (2); pero si por las condenaciones que hubiere recibido; porque asi como las recibió por su sentencia condenatoria, es justo que las restituya por la revocatoria sin ser citado, y asi se practica.

7. Tampoco la trae aparejada el mero mandato del juez en que ordena á alguno que haga, dé ó pague á otro cierta cosa y cantidad sin citarle ni oirle, pues por defecto de audiencia no cobra vigor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, antes bien se convierte en simple citacion (3), como se dijo en el capítulo 16 del título anterior, párrafo 5. Si contiene causa justificativa, y el negocio es ó no de consideracion, hay opiniones sobre si se puede ó no ejecutar (4); pero no he visto ejecutarlo.

8. Asimismo no la trae aparejada la sentencia, contra la cual pide restitucion el que goza de este beneficio (5), á menos que por conjeturas parezca que la pretende con malicia, ni las

1 Ley 13. tit. 21. Part. 3. verb. *Eso mismo decimos.*

2 Ley 6. tit. 4. lib. 5. Nov. Rec. Gom. en la 76 de Toro.

3 Ley 22. tit 22. Part. 3. Parlad. lib. 2 cap. ult. part. 1. §. 4. num. 20.

4 Parlad. lib. 2. part. 1. cap. ult. §. 1. num. 22. Gom. lib. 3. *Var.* cap. 1. num. 43.

5 Ley 2. tit. 25. Part 3. Salg *de reg.* part. 4. cap. 7. num. 38. Covarr. *Pract.* cap. 25. num. 7.

de que traté en el referido capítulo 16, párrafos 21 y 22. La sentencia nula por su naturaleza, no se debe ejecutar aunque la ejecucion provenga de ley (1).

9. La ejecutoria dada por tribunal superior, confirmando ó revocando la sentencia del juez inferior, trae aparejada ejecucion, y en esta ha de actuar el mismo juez que profirió la sentencia (2), lo cual se entiende subsistiendo en el mismo juzgado, pues si no subsiste, toca al que le suceda en él. En cuanto á si se debe ó no ejecutar cuando se opone la excepcion de nulidad, véanse los autores que se citan (3).

10. Trae aparejada ejecucion tambien la confesion clara y pura ó simple hecha por el deudor ante juez competente y escribano, ó ante este en virtud de su mandato por escrito, de que está debiendo en aquel acto lo que se pide (4), lo cual procede en cualquier tiempo que la haga, porque las leyes hablan indistinta y absolutamente sin limitacion, y asi no debemos distinguir. Tambien la trae aparejada contra el heredero del testador la confesion que este hizo; bien que siendo hecha en testamento, la puede revocar, y entonces ningun efecto surtirá (5). Se entiende por confesion clara no solo cuando dice el deudor paladinamente que está debiendo lo que se le pide, sino cuando expresa que *cree deberlo*; pues la confesion de creencia le perjudica igualmente que la verdad, ó cuando dice que lo debe *sobre poco mas ó menos*; y asi se despachará la ejecucion por el todo como expresó en el instrumento, reservándose justificar en los diez dias de la ley la menor cuantía, si quisiere y no debiere mas (6). Pero si es ambigua, cualificada ó condicional, y consta de la condicion; ó se limita á cierto dia y plazo no cumplido, no la trae aparejada, ni en su virtud se debe despachar hasta que se verifique la condicion ó el plazo se cumpla, porque el acto condicional no obliga hasta entonces, ni por consiguiente se deben embargar bienes al deudor. De la declaracion que haga el deudor confesando ó negando, se debe dar traslado al ejecutante ó acreedor, aunque no lo solicite, para

1 Covarr. dicho cap. 25. Salg. *de reg.* part. 3. cap. 9. num. 101. Parej. *de edition.* tit 6. resolut. 7. num. 85.

2 Ley 1. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. Gutierr. lib. 1. cap 25. num. 7.

3 Salg. *de reg.* part. 4. cap 3. num. 230, y part. 3. *Labyr.* cap. 1. num. 121 y 128. Pedro Barbos. en la ley 75. §. *Marcellus*, ff. *de judic.* Escobar. *de purit.* part. 2. cap 4. §. 2. num. 32.

4 Leyes 4 y 5. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

5 Panorm. in cap. fin. *de succes. ab intestat.* Gutierr. *de juram. confirm.* part. 2. cap. 1. num. 10.

6 Ley *pluvia Mævia*, 26. ff. *Depositi.* Parlad. lib 2. part. 1, y cap. ult. §. 4, 9 y 10.

que en su vista pida la ejecucion ó lo que le convenga, al modo que en juicio ordinario.

11. Aunque el deudor al tiempo que confiesa haber contraido la deuda, excepcione que el acreedor se la remitió, pagó ó hizo pacto de no pedírsela, se ha de despachar no obstante ejecucion contra él en virtud de su confesion, y asegurarse la deuda con el embargo de sus bienes, pues le perjudica lo que confiesa, y no le aprovecha la excepcion para impedir que se expida el mandamiento ejecutivo, porque debe probarla en el término legal, y hasta que llegue el caso de encargarse este, no se ha de admitir prueba ni dar término para ella (1), y asi se observa.

12. Remitiéndose el ejecutado en su confesion á algun instrumento, se debe despachar la ejecucion solamente por lo que conste en él como líquido (2). Lo mismo procede cuando se remite á carta, ó á otro papel que no tiene contradiccion, en el cual se pide alguna cosa por ser confesion geminada, que tiene mas valor y eficacia para obligar (3).

13. La confesion segunda que es contraria à la primera, no produce accion ejecutiva, porque ninguno puede ir contra su propia confesion (4); ni la hecha extrajudicialmente (5), ni la que se hace en pedimento presentado judicialmente, pues esta no es la que pide la ley, porque le falta el juramento ante escribano de orden del juez, en cuya atencion el deudor debe ratificarse bajo de él ante aquel, y de faltar este tan esencial é indispensable requisito, será nula la ejecucion que se despache, por manera que dicha confesion servirá solamente para condenarle en via ordinaria, si su contrario le acepta, y esto es lo que he visto practicar.

14. No produce accion ejecutiva la confesion que hace el testador en su última disposicion de que es deudor de alguno nombrándole, pues debe ser demandado en via ordinaria (6); bien que por ella queda obligado en algunos casos; á saber, siendo jurada, estando presente el sugeto, si este la acepta antes que la revoque, ó cuando en ella concurren otros adminículos ó conjeturas, por las que se induce realmente que quiso obligar-

1 Castill. lib. 6. *Controv.* cap. 165. num. 31. Ciriac. controv. 304. Parlad. ibi, num. 12.

2 Noguerol. allegat. 11. Valenz. consil 27. num. 17. Castill. *de tertiis* cap 5.

3 Valenz. cons. 102. num. 85, y cons. 124. num. 29.

4 *Cur. Filip.* part. 2. §. 6. num. 5. Valenz. ibi.

5 Ley 4, y ley fin. tit. 13. Part. 3. Covarr. in cap. *Quamvis pactum*, part. 2. §. ult.

6 Gom. lib. 1. *Variorum*, cap. 12. num. 81. Vela disert. 42.

se, lo cual se deja al arbitrio del juez, ó cuando fue hecha por modo de contrato, de suerte que se colige del ánimo del testador que quiso obligarse incontinenti, y el sugeto la aceptó antes de la revocacion: fuera de estos cuatro casos se tiene en el concepto de legado que puede revocar como el testamento en que le hizo (1). Tampoco se debe estar à la confesion que hace en los últimos periodos de su vida, y puede perjudicar à un tercero, aunque sea con juramento por el estado en que se halla, y para exoneracion de su conciencia, si de otro modo no se prueba lo que en ella dice (2). Lo mismo procede para con la que hace la madre, diciendo que el hijo que ha parido ó trae en el vientre no es de su marido (3); por lo que no perjudica al hijo, excepto que por otros medios se acredite, de suerte que el juramento daña al que le hace, y sus herederos deben observarle.

15. No trae aparejada ejecucion la confesion que hace el menor que tiene curador, sin que este intervenga al juramento que debe precederla, pero sí la que hace no teniéndole (4).

16. No es ejecutiva la confesion que en pena de la contumacia tiene la ley por hecha, aunque algunos dicen que sí, porque se tiene por confeso el contumaz, con tal que se le cite para que la haga. Tampoco lo es la que está concebida en términos oscuros ó con ambigüedad, porque ha de ser clara, expresa y de cantidad cierta, como se prueba de la ley 7. titulo 3. Partida 3: *Otorgando de llano lo que le demandan, si es cierto que verdaderamente lo debe*; de la 4. titulo 13: Partida dicha: *é otrosí, que sea dicha en cierto sobre cosa, ó cuantia ó fecho;* y de la 4. titulo 28. lib. 11. Rec.: *ó las confesiones claras, fechas ante el juez competente, traigan aparejada ejecucion.* Asimismo no lo es la alternativa, de la cual no resulta certidumbre de la cantidad, v. gr. *si dice que debe á Pedro ó á Juan*: pero sí resultando á quién y lo que debe; ni tampoco otras confesiones semejantes, v. gr. cuando dice que corrió tanto tiempo con los negocios del que pide, y que le es deudor, pero no expresa de cuanto; en cuyos casos se debe liquidar con su audiencia el débito, y consintiéndolo se le puede ejecutar por él, y no de otra suerte (5).

17. El juramento *litis decisorio judicial*, que tambien se lla-

1 Gutierr. lib. 5. *Pract.* quæst. 57, y *de juram. confirm.* part. 2. cap. 1. num. 10, y cap. 2. num. 5.

2 Ley *Si quis in gravi* 3. §. *Quisquis moriens*, ff. *de senatusconsulto silaniano.* Valenz cons. 174.

3 Ley 9. tit. 14. Part. 3.

4 Ley 17. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec

5 Rodrig. *de execut.* cap. 1. art. 2. num. 10, 11, 29 y 30. Paz *in Prax.* part. 4. tom. 1. cap. 1. num. 54.

ma voluntario, trae aparejada ejecucion, porque es confesion verdadera, hecha à presencia y con aprobacion del juez, por lo que tiene fuerza de transaccion y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; lo cual se entiende, siendo el que le hace de los que pueden jurar en juicio sin intervencion ni consentimiento del curador, y no tienen otra prohibicion legal; pero el necesario supletorio no la trae aparejada, porque se manda hacer en defecto de bastante prueba, y como puede retraerse por nuevos instrumentos que se hallen (lo cual no sucede con el *litis decisorio*), no tiene fuerza de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ni por consiguiente vigor ejecutivo (1). Por lo mismo es menester que recaiga sentencia, y que se consienta ò ejecutorie, y entonces se podrá despachar en virtud de ella la ejecucion.

18. Los vales ó papeles de obligacion, ya sean hechos á favor de persona determinada, ya digan solamente *vale que pagaré á quien este me entregare etc.* que llaman *vales ciegos*, las cartas en que alguno confiesa la deuda, ó pide á otro le preste cierta cantidad, diciéndole en ellas *que le sirvan de resguardo*; é igualmente las escrituras privadas, libranzas y demas papeles simples (que la ley llama y comprende en el nombre de conocimientos), si son reconocidos paladinamente por el deudor que los firmó, precedido juramento ante su juez competente y escribano, ó de su mandato por escrito ante este solamente, ó acompañado de alguacil, traen aparejada ejecucion en cuanto à lo líquido confesado, ya contengan ó no fecha. Lo mismo sucede aunque no los haya escrito, si los firmó y confiesa su firma solamente, porque el que suscribe ó firma un papel, aprueba y confirma todo su contexto, y se reputa escrito por él; y aunque no los haya escrito ni firmado por no saber ó no poder, si los reconoce en la forma expuesta, sucederá lo mismo, porque la obligacion es suya, y no del que en su nombre ó de su orden los escribió y firmó (2); pero no sino los reconoce, porque falta la circunstancia y solemnidad prescritas por la ley para acreditarse de ciertos é indubitados, sin la cual se tienen por sospechosos, y no merecen fe en juicio.

19. En orden á las letras de cambio aceptadas y reconocidas, para que su giro esté expedito y libre de dilaciones maliciosas, y se eviten tergiversaciones y providencias arbitrarias é inconstantes acerca de su aceptacion, y pago sin distincion de personas, por ser esencial á la buena fe del comercio que la satisfac-

1 Leyes 3 y 15. tit. 11. Part. 3. 2 Leyes 4 y 5. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

cion de su importe se haga pronta y exactamente (pues cada uno debe considerar antes las que libra, endosa y acepta); se expidió la pragmática en fuerza de ley en el Real sitio de Aranjuez á 2 de junio de 1782, que se publicó en la forma acostumbrada en 5 de él (1), por la cual con derogacion de cualesquiera ordenanzas, estilo y costumbres contrarias se prescribe y manda lo que deben practicar los jueces superiores é inferiores. He aqui sus palabras: *declaro por via de regla y punto general que toda letra aceptada sea ejecutiva como instrumento público; y en defecto de pago del aceptante la pague ejecutivamente el que la endosó á favor del tenedor de la letra, y en falta de este al que la hubiese endosado antes, hasta el que la haya girado por su orden, sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones ni controversias: y que el tenedor de la letra tampoco tenga necesidad de hacer excusion, cuando los primeros aceptantes hubieren hecho concurso ó cesion de bienes, ó se hallare implicada y dificil la paga por ocurrencia de acreedores, ú otro motivo, pues basta certificacion del impedimento para recurrir pronta y ejecutivamente contra los demas obligados al pago;* de modo, que una vez aceptada y reconocida judicialmente la letra, aunque el aceptante no tenga fondos ó caudal del librador ó endosante, puede ser apremiado á satisfacerla, sin que le sirva esta excepcion, como antes de dicha pragmática le servia para eximirse, y asi los demas que nombra por su orden.

20. Si el deudor niega la deuda, y tambien su firma, no se debe despachar ejecucion contra él, aunque los testigos que presenciaron la extension de los papeles referidos, y los que los firmaron á su ruego ó firmaron de su orden los reconozcan; porque la ley recopilada citada en el párrafo 15, exige que sean reconocidos por los mismos deudores, segun consta de sus palalabras: *los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez que manda ejecutar.* Faltando esta indispensable circunstancia, aunque el deudor pacte y consienta que se estimen por escrituras públicas, y que no sea necesario su reconocimiento, no servirá este convenio, ni tendrá vigor de instrumento público para decretarse en su virtud la ejecucion, porque nadie puede inmutar la forma y solemnidad prescritas por derecho, debiéndose seguir la causa en via ordinaria, sin que tampoco pueda procederse ejecutivamente contra el deudor por el cotejo de letras; porque este á lo mas hace semiplena probanza; y aun

1 Leyes 6 y 7. tit. 3. lib. 9. Nov. Rec.

para la via ordinaria debe arreglarse el juez à lo que previenen las leyes 114, 117 à la 119 del título 18. Part. 3: y asi como no basta para despachar la ejecucion, tampoco para eludirla, aunque el deudor presente el papel, y se coteje en el término de los diez dias, por lo que se debe sentenciar la causa de remate, y reservar al ejecutado su derecho para que hecho el pago bajo de fianza use de él en juicio ordinario. Tampoco bastan las declaraciones de los testigos, sin embargo de que contestes digan que les consta el crédito, que vieron firmar al deudor el instrumento presentado, y que la firma es suya; porque esto es bueno solamente para que hagan fe en juicio, y que se pueda proceder ordinariamente à la condenacion, mas no para despachar la ejecucion; todo lo cual tendrá presente el escribano, y advertirá al juez lego, pues acerca de esto se cometen muchos absurdos en los pueblos. Lo mismo debe observarse cuando es contumaz y no quiere reconocer los instrumentos que se presenten, ó huye como queda sentado en el párrafo 16.

21. Excepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion ó reconocimiento, como puede hacerlo, y se le debe admitir, que no se le entregó la cantidad ò cosa que se le pide (pues la ley no se limita al dinero, sino á todo lo que en general puede constituir una deuda, cuya excepcion llaman de la *non numerata pecunia*), sino han pasado los dos años que prefine dicha ley (1) para oponerla, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, ó de contraida la obligacion, no se debe despachar ejecucion en virtud de este reconocimiento; porque la cualidad ó excepcion propuesta es conjunta, individua é inseparable de él, y por lo mismo no puede producir mérito ejecutivo, aunque el vale se halle autorizado y robustecido con la solemnidad del juramento.

22. Pero si han trascurrido los dos años contados desde la fecha del vale, se ha de despachar la ejecucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida excepcion; porque sin embargo de ser conexa con este, es individua, y como tal incapaz de impedir el curso ejecutivo, pues la circunstancia agravante del trascurso de los dos años sin oponerla ó pedir la vuelta del vale ó entrega del dinero, produce el efecto de incumbir al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio, sin usar del auxilio legal. Lo mismo procede cuando confesó llanamente, y despues del acto del re-

1 Ley 9. tit. 1. Part. 5.

conocimiento la opone; porque es distinta é inconexa de este, y contra la confesion judicial pura, no se admite excepcion que impida despachar la ejecucion (1); y tambien cuando en el vale la renunció expresamente, aunque le reconozca antes de los dos años. Asi lo he visto declarado por el Consejo, porque ninguna ley manda que pueda renunciarse solamente en escritura pública, ni prohibe practicarlo en la privada; bien que para que la causa no se sentencie de remate, puede probarla dentro de los diez dias legales, y si no pudiese, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá; y probándola en esta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido.

23. Si dentro de los diez años contados desde la fecha del vale, pide el acreedor su reconocimiento (para lo cual basta pedir que el deudor reconozca la firma, sin ser necesario que declare si debe ó no la cantidad que consta en el vale, porque este lo dice), y el deudor declara que la firma es suya, pero niega la deuda, exponiendo que está pagada ó que no la contrajo, ú opone otra excepcion semejante, se ha de despachar la ejecucion sin embargo de la excepcion; porque por el mismo hecho de haber firmado el vale, se deduce haber contraido el débito, recibido el dinero ó cosa que se le pide, y estar obligado natural y civilmente á su solucion ó entrega, y por consiguiente es maliciosa la excepcion: fuera de que el hallarse en poder del acreedor el vale, acredita que ni se le satisfizo ni remitió el débito al deudor; pues en tal caso este lo hubiera recogido, ó bien algun resguardo en que esto constase; y asi debe justificar la excepcion en el término legal para enervar la intencion del acreedor (2). Lo mismo se debe practicar, aunque excepcione que tiene cuentas pendientes con el acreedor; porque lo liquido no se debe retardar por lo ilíquido, y las cuentas exigen mas prolijo examen que la via ejecutiva; asi que deberá pagar, y luego usará de su derecho en la ordinaria.

24. Aunque en virtud del reconocimiento puro de escritura privada hecho por el deudor, sin otros adminículos ni pruebas, se puede despachar ejecucion contra él, de tal suerte que se retrotrae al dia del contrato; no perjudica esto á los demas acreedores suyos que tengan escrituras públicas hipotecarias, anteriores al reconocimiento de la privada; y asi serán preferidos

1 Vela disert 23 num 8, 16, 17 y 32 al 36 Molin. *de justit. et jur.* disp. 302. Gom lib. 2 *Var.* cap. 6. num. 3. Gutierr. *de juram. confirmat.* part. 1. cap. 37. num. 175. Parlad. dicho §. 5. num. 12 y 13.

2 Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 124. num. 30.

estos al quirografario; y mucho menos les perjudicará despues de formado el concurso, porque se presume hecho con fraude y ánimo de privarlos de su derecho (1). Lo propio milita con su confesion hecha en los términos que el reconocimiento expresado.

25. Lo mismo procede en la confesion hecha por el tutor contra su menor (2); en la del vasallo contra su señor; en la del procurador ó mandatario contra su mandante, à menos que el poder contenga cláusula especial para ello (3); en la del prelado contra su iglesia (4); en la del marido de haber recibido la dote contra sus acreedores, excepto que su muger lo pruebe por otros medios legales; en la del padre que en su testamento dice haber recibido de un hijo suyo el precio de la finca que le vendió, pues no perjudica à los demas hijos; ó cuando afirma que debe á un extraño cierta suma, si este no lo justifica en debida forma. Pero en estos dos casos se tendrá por legado en cuanto al extraño en lo que quepa en el quinto, y por lo respectivo al hijo por mejora de tercio y quinto hasta en lo que alcance y quepa (5).

26. Cualquier juez, aunque sea incompetente, puede compeler à la parte á que reconozca el vale ó papel que hizo; pero este acto no radica el juicio, ni por él previene el juez, y solo aprovecha al acreedor para que en su virtud pueda pedir se le compela por el suyo propio á que persista en él.

27. El reconocimiento ó confesion extrajudicial no trae aparejada ejecucion, pero aprovecha para la via ordinaria si se prueba por testigos (6); y aunque segun una disposicion del derecho civil (7), debe ser firmado el judicial por la parte que le hace, para que en su virtud se pueda proceder; no obstante, como por el nuestro no se previene esto, basta la fe del escribano, si la parte no sabe escribir ó dice que no sabe, para despachar la ejecucion, lo cual es corriente en la práctica.

28. Trae aparejada ejecucion el instrumento público original, otorgado ante escribano público, ó notario Real ó numerario, que hace fe por tener todos los requisitos legales, siempre que

1 Ley *Scripturas*, §. ult. Cod. *Qui potiores in pignor.* y ley 31. tit. 3. Part 5. Covarr. *Pract.* cap. 22. num. 5. y lib. 2. *Var.* cap 11. num. 4.

2 Ley *Lucius*, §. *Tutelæ*, ff. *de admin. tutor.* Greg. Lop. en la ley 60. tit. 18. Part. 3. glos. 5.

3 Ciriac. controv. 122. Greg. Lop en la ley 61. tit. 18. Part. 3. verb. *Por pagado.*

4 Barb. in cap. 54. *de elect.* num. 20 y 21. Noguer. alleg. 27.

5 Salg. dicho cap. 13. num. 21 al 25.

6 Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 54. Vela disert. cit. num. 15. Rodrig. ibi, num. 8.

7 Ley *Cum antiquitas*, 28. § fin. Cod. *de testam.*

esté claro, y no de modo que no se pueda entender su contexto, no obstante que carezca de la cláusula guarentigia, y el sugeto á cuyo favor se formalizó no esté presente, ya sea puro, condicional ó à dia cierto el pagamento del débito, una vez que se verifique el dia ó la condicion, y no de otra suerte, sin que el deudor necesite reconocerle, como el papel simple. Pero es de advertir, que aun cuando haga fe por hallarse autorizado por escribano público, fiel y de buena fama, si es de aquellos de que este no debe dar mas copias que la primera, llamada *original*, y aquella en cuya virtud se pide la ejecucion es segunda ó tercera sacada del protocolo sin la solemnidad legal, que expliqué en el tit. 6. lib. 1, donde se trata de los escribanos é instrumentos públicos, no se debe despachar; y si se despacha es nula, porque el instrumento no la trae preparada, à causa de estar concedida solamente la fuerza y virtud ejecutiva à la primera y única, por el mero hecho de prohibirse al escribano el dar mas por sí solo de los instrumentos de esta naturaleza; mas siendo dadas con la solemnidad referida, sí, porque se subrogan en el lugar de la primera, y hacen sus veces en el todo. Lo mismo procede con el *traslado* ó testimonio por *concuerda* extraido de la copia original; pues una cosa es que pruebe y haga fe para la via ordinaria, en la que ha de recaer sentencia que le corrobore, y otra muy diversa el que tenga vigor ejecutivo. Advierto ademas, que sin embargo de que todas las copias dadas por el escribano que autorizó el protocolo son originales, y hacen plena fe y prueba para la via ordinaria, de las cuales por sí mismo, sin decreto judicial y citacion de parte, no debe dar mas que una, que es la que únicamente se llama original, y la que trae aparejada ejecucion; no obstante si se halla dada por *concuerda* con el protocolo, ó con otra palabra equivalente, aunque sea en el mismo dia de su otorgamiento, si no está suscrita por el propio escribano, como debe hacerlo, segun se previene en la ley 54. tit. 18. Part. 3, no se tendrá en estos reinos de Castilla en que rige por la original y primera, que es la que tiene el vigor ejecutivo, ya porque le falta la suscripcion que por forma pone dicha ley en la palabra *debe*... la que supone y denota precision, necesidad y obligacion de hacer alguna cosa, y ya tambien porque con omitir la suscripcion, da á entender que ya dió otra copia, y que por eso le pone el *concuerda*, aunque le está prohibido dar por sí sin la solemnidad explicada, mas que una de las de esta clase. Lo tendrá presente el escribano para no dejar de suscribirla, à fin de no irrogar por esta omision perjuicios al acreedor;

pues por ello he visto excepcionar contra una ejecucion, darse por nula y estimarse la excepcion; y porque hay muy pocos que lo sepan, aunque sean legistas, á causa de no haberlo explicado los autores, ni visto la ley; tuve por indispensable prevenírselo á ellos y á los jueces, para que no despachen ejecucion en su virtud no estando suscritas.

29. Lo mismo procede en cuanto á la promesa futura de obligarse uno á otro dentro de cierto tiempo; pues pasado este puede ser reconvenido el promitente, porque ya queda obligado, el modo que si promete libertar á otro, se estima hecha la liberacion, le sirve de excepcion contra él la promesa, y puede oponerla como si estuviera hecha. Pero se ha de tener presente, lo primero, que para poderse ejecutar el instrumento hecho ante escribano, ha de ser este numerario; porque si pasó ante el Real, no se podrá, á menos que no le haya numerario en el pueblo donde pasó, ó si le hay, sea hecho con su consentimiento, para su protocolo, ó en la Corte y chancillerías, en las que segun nuestro derecho pueden actuar los Reales, aun habiéndolos numerarios (1); ó siendo instrumento concerniente á las comisiones para que suelen diputarse los Reales; ó donde haya costumbre de que estos autoricen instrumentos para sus registros, aun cuando los haya numerarios. Las razones de esta prohibicion impuesta á los escribanos Reales, se expresaron en el libro 1.° donde se trata de los escribanos é instrumentos públicos. Tambien es de tener presente, que aunque el escribano numerario haya hecho y autorizado el instrumento, si lo hizo como persona y en forma privada, sin signarlo ó sellarlo, no trae aparejada ejecucion, porque sin el signo no hace fe, no solo porque la ley citada en el párrafo anterior lo prescribe tambien por forma, y manda que en él ponga su signo, firma y suscripcion, como se pone en el título que se les expide, sino porque dista mucho y hay notable diferencia de que los firme el escribano como persona privada, ó los autorice como pública, y de que esten ó no robustecidos y afianzados con el signo, que es el caracter Real que les da fuerza para que sean creidos del público. Asi los que por tener honores de secretarios del Rey, firman sin poner su signo, certificando haber pasado ante ellos algun acto, no serán ejecutivos: 1.° porque para serlo es indispensable que esten suscritos, signados y firmados, y no lo uno sin lo otro, y que la copia sea la primera, ó la que se subroga en su lugar:

1 Ley 3. tit. 15. lib. 7. y 7. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

2.° porque los secretarios del Rey no tienen como tales potestad para autorizar instrumentos públicos, sin que se les expida (como se practica) notaría de reinos, ni por consiguiente para darles fuerza ni eficacia alguna, por lo que no estando signados, aunque tengan notaría se estimarán como hechos por persona privada, y no deberán hacer fé: 3.° porque la ley concede el vigor ejecutivo à los que estan hechos y autorizados segun la forma que prescribe, la que no debemos variar ni alterar, y no à otros: y 4.° porque en los títulos que se expiden à los escribanos, se les manda signar los instrumentos con el signo ò sello que el Rey les da para que se tengan por públicos, y sean creidos; por lo que faltándoles el signo no se debe despachar ejecucion; y si se despachare será nula, como dejo expuesto.

39. Será ejecutivo el instrumento, ya se haya otorgado en estos reinos, ya fuera de ellos si aqui se pide su ejecucion, aunque allá no fuese ejecutivo (1); y la razon es, porque en todo lo concerniente al orden del juicio se debe atender y atiende siempre al lugar en que se instaura, y no à aquel en donde se formalizó el contrato ò instrumento; pero en lo tocante à la sustancia de este se debe mirar al en que se celebró. Para remover la duda de si el que le autorizó es ò no escribano, conviene que se compruebe ò legalice por dos ò tres *que den fe, no solo de que es legal y fidedigno, sino de que el signo y firma puestos en él son suyos propios, y los que acostumbra hacer* (2). Este es el verdadero modo de legalizar los instrumentos, sin que baste decir que *es escribano fiel y legal*; porque puede serlo, y el instrumento, signo y firma suplantados, como repetidas veces se ha visto; y asi es menester que tambien den fe *de que el signo y firma son suyos, y los que acostumbra hacer*; lo que tendrá presente el escribano, asi para extender las comprobaciones, como para dar ó no crédito à instrumentos autorizados y legalizados por los que no conozca.

31. Igualmente trae aparejada ejecucion el instrumento en lo que tácitamente contiene. Asi, por ejemplo, aunque en la obligacion dotal ò instrumento de la deuda no se hable de su restitucion ò paga, se tienen por expresas, y se puede, siendo conjunto de lo que está expreso en él, proceder ejecutivamente

1 Parej. *de edit.* tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 44. Mascard *de probat.* conclus. 1097. Gom. en la ley 64 de Toro, num. 8. Rodrig. *de execut.* cap. 1. art. 4. num. 24.

2 Paz. tom. 1. part. 4. cap. 3. num. 28 y 29. Parlad. lib. 2. cap. fin. §. 11. ampl. 3 dicha, num. 13 y 17. Greg. Lop. en la glos. fin. de la ley 8. tit. 18. Part. 3. Rodrig. art. 4. cit. num. 25 al 27.

en su virtud. Lo propio sucede en lo que se compra en almoneda, pues no es menester pactar su satisfaccion, porque se tiene por expresa, à mas de ser de la naturaleza de este contrato la solucion de lo comprado.

32. Es asimismo ejecutivo el testamento solemne por la deuda, legado ò fideicomiso y mejora, ò prelegado de cosa especifica, porque es instrumento público, y se estima por tal, como hecho ante escribano; pero para evitar la discordia de dictámenes que hay acerca de esto, es muy útil mande el testador en su testamento *que se pueda pedir ejecutivamente la cosa que en él lega*, lo que tendrá presente el escribano para prevenírselo, pues en este caso, sacándose la cláusula con citacion del heredero, y presentándose testimoniada con cabeza y pie; ó si el testador no lo manda, haciendo el legatario que el heredero le reconozca judicialmente bajo de juramento, se puede proceder ejecutivamente contra él (1), y asi se practica.

33. En orden al legado, si le deja el testador en su última enfermedad à su confesor, à su iglesia, convento, pariente ó deudo, lejos de poderse proceder ejecutiva ni ordinariamente por él, será nulo, y el escribano incurrirá en la pena de privacion de oficio, que hoy le está impuesta por la Real cédula expedida en el Real sitio de San Ildefonso à 18 de agosto de 1771, que es la ley 16. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

34. Trae tambien aparejada ejecucion el instrumento en que alguno promete y se obliga á hacer alguna cosa, asi en cuanto à esto pudiendo cumplirlo, como en orden à la estimacion ó interes cierto à falta de cumplimiento, con tal que en él se haya pactado y preceda su liquidacion; y aunque el obligado tiene el arbitrio alternativo de cumplir lo prometido ó pagar el interes (2), no obstante puede ser compelido al cumplimiento en siete casos: 1.° cuando lo que ofreció se debe practicar en juicio para alguna cosa que ocurra en él: 2.° cuando la ley le impone la obligacion de ejecutarlo: 3.° cuando cede á beneficio de la república, como el usar de algun oficio ó arte: 4.° cuando el testador manda à su heredero ó legatario que lo hagan á favor

1 Ley *Servum filii*, § *Cum qui chirographum*, ff. *de legat.* 1. Gom. en la ley 4 de Toro, num. 8. Ciriac. controvers. 476. Parlad. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 9. num. 1, 2, 5 y 6.

2 Como segun nuestro derecho queda obligado cualquiera de cualquier modo que quiso obligarse, quien promete alguna cosa deberá á mi entender cumplirla en todo caso, y ser apremiado á ello siempre que sea posible el hecho prometido y convenga al estipulante. Los intérpretes apoyan dicha alternativa no en las leyes patrias, sino en las romanas, fundada ó infundadamente. *Febrero reformado.*

de ella: 5.° cuando es sobre accion real, v. gr. la entrega de alguna alhaja: 6.° cuando el promitente juró hacerlo: y 7.° cuando lo prometió por instrumento público. Asimismo si recayó sentencia por la cual se le condenó á su ejecucion, no cumple con pagar el interes, segun la ley 5. tit. 27. Part. 3. que dice: *y si la sentencia fuese dada contra algun demandado en razon de alguna cosa que debiere facer, débelo apremiar que la haga asi como fue puesto, ó lo prometió* (1).

35. No trae aparejada ejecucion el instrumento que carece de las formalidades legales, ó que no está extendido en el papel sellado correspondiente à la calidad y cantidad del contrato. Asimismo no la trae el condicional, hasta que se cumpla la condicion, sea expresa ò tácita, v. gr. en la promesa dotal; pues hasta que se verifique el matrimonio y el marido lo haga constar, no puede pedir la dote, porque se entiende puesta esta condicion; lo cual no procede cuando consta notoriamente haberse efectuado (2), porque lo que es notorio y por tal se alega en juicio, no es necesario probarlo. Tampoco trae aparejada ejecucion el instrumento novado, porque por la novacion perece la obligacion primera, se constituye otra nueva, se trasfiere aquella en esta (3), y se desvanece por el segundo contrato el valor del primero (4), y por consiguiente el derecho de pedir ejecutivamente en su virtud (5).

36. Tampoco trae aparejada ejecucion la escritura de arrendamiento por el tácito del año sucesivo al en que espiró el expreso, pues sin embargo de que segun la ley (6) por el hecho de retener la heredad el arrendatario tres dias despues de concluido el tiempo del arrendamiento, es visto que quiera tenerla un año mas con idénticas calidades, condiciones, hipotecas, precio y seguridades en cuanto á lo que depende de su voluntad, y de la del arrendador ó locador por ser accesorias al contrato principal, aunque no en lo tocante al fiador si no renueva la fianza y obligacion, no obstante no se comprende en aquel para el efecto de ser ejecutivo, excepto que en él se pacte y pre-

1 El que quiera instruirse mas en esta materia consulte los autores siguientes: Greg. Lop. en la glos. 3 de dicha ley, y en la 3. tit. 14. Part. 5. Carlev. *de judic.* tit. 3. disp. 3. En cuanto á si el instrumento auténtico trae ó no aparejada ejecucion como el público, véase á Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 11. ampl. 2.

2 Leyes 11 y sig. tit. 11. Part. 4. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 11.

3 Ley 1. ff. *de novation.* §. 1. *Institut. quibus mod. tollitur obligatio.*

4 Ley 2. Cod. *de novation.* Ley *Si causa*, Cod. *de transaction.* y ley *Novation.* ff. *de novation.*

5 De la novacion y delegacion se trata en el capitulo 5 de este titulo.

6 Ley 20. tit. 8. Part. 5.

ceda liquidacion y confesion llana del débito (1), y asi en los contratos de arrendamiento conviene (si los contrayentes quieren) se ponga la condicion, *de que por el año ò años mas que el conductor ò arrendatario subsista en el arrendamiento, ha de pagar la propia cantidad y pension que por los pactados expresamente; y ha de poder ser ejecutado por la de cada uno en iguales términos, sin ser necesario hacer previa liquidacion ni otra diligencia, y entenderse comprendidos en el primer arrendamiento con la misma hipoteca, prelacion y seguridades, como si todo fuera especificado en él, sin diferencia en cosa alguna.*

37. Asimismo no la trae aparejada, ni hace prueba el instrumento público ó privado que se remite á otro sin que conste primero de este, ya sea por estar inserto en él, como debe, ó por manifestarse separadamente, en cuya atencion deben presentarse ambos, y siendo privados reconocerse por el deudor; y no presentándose, debe el juez dar traslado liso y llano á este, ò un mandato de pagar para que dentro de tercero dia exponga lo que le convenga, y no despachar la ejecucion porque será nula, ò denegar al acreedor lo que pretende, mandándole pida conforme á derecho. Esto se entiende cuando el referente nada dispone, ò es condicional la remision, porque si es casual, ò el referente dispone por sí mismo, y el otorgante se obliga en él, de modo que sin el relato consta claramente lo que se pretende en el referente, prueba y se puede ejecutar en su virtud (2), como sucede en el que el fiador se obliga à pagar la deuda que consta en otro, aunque este no se exhiba, como tambien en la sentencia, pues la proferida en otro juicio daña al fiador para que se proceda contra él ejecutivamente sin nuevo proceso (3); en la obligacion que se constituye por la cosa vendida remitiéndose á la venta (4), en el reconocimiento de censo, ya sea enfitéutico, consignativo ò reservativo, sin que se produzca la escritura de imposicion (5), especialmente si en esta se pactó asi, y en otros casos semejantes. Es de notar que si la cosa debida pereciere por culpa del deudor, se puede proceder ejecutivamente contra él por su importe ó estimacion, en virtud de instrumento guarentigio (6).

1 Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 11. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num 15.

2 Barb. vot. 86 Guzm. *de eviction.* quæst 11. num. 92. Parej. *de edition.* tit. 4. resol. unic. §. 1. num. 95.

3 Carlev. tit 1 disp 3. quæst. 5. num. 38 Parlad. dicha limit. 3 num. 25. Castill. lib. 4. *Controvers.* cap. 14. num 29. Olea *de cession.* tit. 5. quæst. 5. num. 43. Noguer. allegat. 12.

4 Aflict. decis. 273. Cevall *Commun.* quæst 129. Parlad. ibi, num. 26. Olea tit. 4. quæst. 4. num. 18.

5 Vela disert. 33. num 70 y 71.

6 Parlad. lib 1. cap. 6. §. 2. num. 12 y 13.

38. No es ejecutiva la escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el juramento de su importe que deben hacer el acreedor y el deudor, como lo declara expresamente el capítulo 16 de la pragmática de 14 de noviembre de 1652, que hoy es la ley 22. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., cuyo literal tenor es el siguiente: *Por cuanto al paso que se han desconcertado las monedas y los contratos que se han hecho con ellas, se han desordenado los intereses del dinero anticipado tomado á daño ò retardado, y es justo que moderándose el precio de todas las cosas se reforme al mismo tiempo este exceso: ordenamos y mandamos que todos los intereses causados hasta hoy que estuvieren por pagar, y los que de aqui adelante corrieren por cualesquiera contratos, obligaciones ò negocios en que conforme á derecho se puedan pedir ò llevar intereses, aunque sean tocantes à mi Real Hacienda ò por mí aprobados, no puedan pasar ni exceder de cinco por ciento al año, ni haya obligacion de pagarlos mas que á este respecto, sin embargo de cualesquiera pactos ò contratos que haya hechos ò se hicieren, los cuales anulamos y prohibimos como injustos y usurarios, y so las penas impuestas por derecho contra ellos, sin que se pueda sustentar ni defender con ninguna causa ni color de daño emergente ò lucro cesante ni con otro algun pretexto aunque sea en nombre de cambio; y revocamos la ley 20 de este titulo, y las demas leyes, órdenes y cédulas nuestras, y cualesquiera usos ò costumbres que hubiere habido en contrario, ò hubiere de aqui adelante. Y para excluir las obligaciones simuladas que se pueden hacer en fraude de esta ley incluyendo en ella los intereses como suerte principal: mandamos que el deudor al tiempo que otorgue cualquier escritura ò cédula en que se obligue à pagar alguna cantidad, declare en ella con juramento si hay intereses, y lo que montan, y el escribano dé fe de tal juramento; y el acreedor para usar de la escritura ò cédula hecha en su favor, haga el mismo juramento; y sin lo uno y lo otro no se pueda ejecutar ningun instrumento ò cédula aunque esté reconocida, ni admitirle las justicias en ningun tribunal ni juicio ò fuera de él, ni haga fe ni probanza para ningun caso ni efecto, porque queremos que lo susodicho sea tenido por forma sustancial de cualesquiera obligaciones ò contratos que se hicieren ò celebraren por escrito: y faltando en ellos la dicha forma, los declaramos por nulos como si no se hubiesen hecho ni otorgado; y no obstante el dicho juramento de entrambas partes, siempre que se probare lo contrario, se proceda contra ellos como usurarios y logreros con-*

forme á derecho. Lo propio milita para con la escritura de obligacion á pagar intereses por conducir en letra el dinero de un pueblo á otro dentro de estos reinos, segun lo ordena el capítulo 17 de la misma pragmática, que no está derogada ni corregida, y la he visto practicar en lo concerniente al capítulo inserto; y porque muchos lo ignoran he tenido por conveniente insertarlo, á fin de que no contravengan á su precepto; pues no sirve alegar que las leyes no estan en uso para no observarlas, como lo mandan la 1.ª de Toro, y la ley 11. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec., siendo preciso que esten derogadas expresamente (1).

39. No es tampoco ejecutiva la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos, ni la de pagar las mercaderías que los mercaderes, plateros y otros negociantes fian á los novios para casarse, ni la que constituyen los hijos de familia á pagar cuando se casen, hereden á sus padres ò sucedan en algun mayorazgo, ò á otros tiempos inciertos, á menos que intervenga la licencia de sus padres: ni la hecha por el estudiante sin consentimiento del que le tiene en el estudio: ni la que contrae la muger casada sin licencia de su marido: de todo lo cual, como tambien acerca de la inteligencia de la ley 63 de Toro, y dentro de qué términos se ha de pedir la ejecucion por obligacion personal y créditos de censo, se trató extensamente en los libros 1.º y 2.º de esta obra, y en sus correspondientes lugares. Y es de advertir á los escribanos, que les está prohibido autorizar escrituras de obligacion de préstamo en mercaderías, y á los mercaderes y á otros dar cantidad alguna prestada en ellas de cualquiera especie que sean, bajo de las penas que á unos y otros impone respectivamente la Real cédula expedida en el Real sitio de San Ildefonso á 16 de setiembre de 1784, que es la ley 13. tit. 8. lib. 10. Nov. Rec., la cual dice así: *Don Carlos etc. por lo cual mando subsista en su vigor y rigorosa observancia la ley del reino, 4. tit. 11. lib. 5 de la Recop.*

1 Hoy es corriente en el comercio el interes del seis por ciento, lo cual se confirma por el cap. 4. de la ley 12. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec., donde hablando de las deudas activas de artesanos y menestrales, se dice corran á beneficio de ellos por la retardacion y demora del pago los intereses mercantiles del *seis por ciento.* Apoya esto mismo la ley 17. tit. 13. del propio libro, en cuyo capítulo 2 se previene con respecto á los extractores ó revendedores de lana en el uso del tanteo que los fabricantes deben satisfacerles el costo y costas, y ademas *un medio por ciento al mes,* desde el dia en que el comprador de la lana desembolsó su importe hasta el en que se verifique el tanteo por el lucro cesante y premio del dinero. Estas leyes como posteriores á la 22 del título 1.º citada, en que se fijó el interes del cinco por ciento, deben observarse, á pesar de lo que en contrario dice el adicionador de Febrero, fundado en una mera cavilosidad.

que previene que en los contratos en que las partes se obligan por razon de mercaderías, se ponga y declare la mercadería que se vende por menudo y extenso, de manera que se entienda qué es lo que se vende, y el precio que se da por ello; y para evitar fraudes, todos los escribanos ante quien pasaren los tales contratos lo hagan y cumplan asi. Y prohibo absolutamente que ninguna persona comerciante, mercader ò de otra clase pueda dar ni dé á préstamo cantidad alguna en mercaderías de cualquier especie que sean: ni los escribanos otorguen escritura alguna sobre tales contratos, so pena de suspension de oficio por dos años al escribano que los otorgare, y de perder la cantidad dada asi á préstamo, aplicada por terceras partes á juez, Cámara y denunciador, bastando la prueba privilegiada de derecho que es competente en todo contrato usurario y de difícil prueba, teniendo el juez ò jueces ordinarios que conocieron de tales contratos particular atencion, á que si la persona que hubiere tomado á préstamo en mercaderías solas, ò junto con dinero, acostumbrare á ejecutar tales contratos, malversando sus bienes y patrimonio con justificacion correspondiente, se le ponga la conveniente intervencion para evitar su desarreglo, con expresa derogacion de todo fuero privilegiado en cualquiera de los contrayentes, en la forma que se expresa en otra cédula que se expide con esta fecha respecto al pago de los créditos de artesanos, menestrales, jornaleros, criados, acreedores alimentarios y alquileres de casas; entendiéndose todo sin perjuicio de que se observen en lo que fueren justos los contratos de cambio marítimo sobre mercaderías, que suelen practicarse en los puertos de comercio con el fin de habilitarse los dueños de bajeles para la navegacion mercantil, y especialmente para la de Indias. Y por los artículos 4 y 5 de la Real cédula prohibitiva de la reventa, estanco y monopolio de granos, expedida en la Corte á 16 de julio del año 1790, que hoy es la ley 5. tit. 8. lib. 10. Nov. Rec., se manda lo siguiente: Artículo iv *El Señor Don Felipe IV, mi glorioso progenitor, por su Real pragmática que forma la ley anterior 4, estableció que no se pueda dar trigo ni cebada al fiado, ni vendido reservando al vendedor, ò el que lo prestó en sí, la eleccion de cobrarlo en la misma especie ò en dinero, prescribiendo en ella con grande acierto lo que en esto se debe observar; pero como aquella disposicion es limitada á los adelantamientos de Burgos, Campos y Leon, y militan las mismas razones para lo restante del reino: deseando mi paternal amor logren de aquel beneficio todos mis vasallos, no solo re-*

nuevo para los referidos adelantamientos la observancia de lo dispuesto en dicha ley, sino que quiero y ordeno se extienda con generalidad á todas las provincias de estos reinos y señoríos, y es como sigue: »Ordenamos y mandamos que agora, y de aqui adelante, en todas las ciudades, villas y lugares de los adelantamientos de Burgos, Campos y Leon, las personas que vendieren trigo, cebada, centeno y otras semillas al fiado, no puedan reservar en sí la eleccion de cobrarlo en dinero ó en pan, sino que si el contrato fuere empréstito, la restitucion haya de ser y sea en el mismo género; y si fuere venta, la paga haya de ser en dinero, sin que el comprador quede obligado á darlo en otra especie; y habiendo de haber eleccion, esta haya de ser del comprador; y que no se pueda vender fiado ningun trigo, cebada, centeno ni otras semillas á pagarlo á mayores valías de los mercados, probadas por testimonio sacado por el vendedor ó por otra persona sin citacion del comprador, sino que el precio haya de ser ni el mayor ni el menor, sino el mediano que valiere en los cuatro mercados continuos del mes ó meses que se señalaren por las partes; y para que se sepa el dicho precio y valías, mandamos que las justicias de dichas ciudades, villas y lugares donde se hicieren los mercados, de su oficio ante el escribano de ayuntamiento, habiendo precedido informacion necesaria de ello, dejen declarado las dichas valías, y el escribano lo tenga de manifiesto para dar certificacion de ello, por las cuales se ha de estar y esté; y el precio mediano que resultare de los dichos cuatro mercados, sea al que los compradores tengan obligacion y no mas; y las obligaciones y contratos que de otra manera se hicieren, no valgan, y se reduzcan á lo que por esta nuestra se ordena y manda, so pena que el vendedor que contraviniere á lo susodicho, tenga perdido el pan que vendiere ó valor, aplicado por tercias partes para la Cámara, juez y denunciador, y los escribanos no reciban las obligaciones, ni las obliguen contra lo que aqui se dispone, so pena de cuatro años de privacion de oficio, y de cincuenta mil maravedís aplicados en la dicha forma." Articulo v. *Consecuente á la referida disposicion, y deseando proveer de remedio oportuno á beneficio de los labradores y cosecheros que entre año toman dinero ó géneros apreciados de mercaderes ú otras personas para sostener su labranza, y se ven precisados á la cosecha á cederles sus frutos á los precios que quieren los mercaderes ó prestadores: declaro deber quedar reducida la accion de estos á percibir sus créditos en dinero con la prorata del interes al seis por ciento al año, si fue-*

re comerciante el prestador, segun la prorata de los meses que hubieren corrido, bajo la pena de nulidad de lo que se hiciere en contrario, y la prohibicion de renunciar los labradores, aunque sea en contratos ó convenciones privadas, lo prevenido en esta disposicion, y de que escribano alguno pueda, pena de suspension de oficio, extender escritura opuesta á esta ley y disposicion, haciéndolo asi observar los jueces en los pleitos é instancias que vinieren ante ellos, y aun procediendo de oficio contra los mercaderes ó prestadores que usaren estos medios reprobados. Todo lo cual tendrá presente el escribano cuando le ocurra, para no incurrir en las penas que se le imponen por la contravencion.

40. El instrumento líquido ó liquidacion que consta por instrumento público, ó por confesion y reconocimiento judicial de la parte, hecho en forma legal, ya sea de tutela, compañía fenecida, intereses, daños ó de otra cualquiera clase de deuda, trae aparejada ejecucion; mas no si está líquido, y asi no se debe proceder ejecutivamente en su virtud hasta que se liquide (1). Si comprende cantidad cierta de trigo, vino, aceite ú otra especie semejante, puede despacharse ejecucion por la cuota de la especie antes que se liquide el valor de esta, porque la incertidumbre del precio no hace incierto el crédito: si es de tutela, luego que el tutor dé la cuenta de ella, y no antes; y si ofreciendo darla con pago se le ejecutare primero que la dé, será nula la ejecucion, y podrá impedir su progreso esta excepcion, si la opone: si es de compañía, líquidas que sean las de esta; á menos que en la escritura esté pactado que por el capital se pueda ejecutar antes de liquidarse, luego que se disuelva; pues entonces habrá lugar por él la ejecucion porque es líquido.

41. Por alimentos ó intereses de dote retardada se puede proceder ejecutivamente, sin ser necesario hacer liquidacion; porque la obligacion de los alimentos la trae aparejada, y los intereses de la dote se deben por derecho, como que se permite llevarlos, y se dan para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, sin que por ello se cometa usura.

42. Pidiéndose ejecucion en virtud de instrumento por líquido é iliquido, debe despacharse por aquello, aunque el deu-

1 Esto es opinable, aunque la doctrina de Febrero siguiendo á otros muchos autores es la mas corriente. Pero si con efecto se despacha la ejecucion por lo no liquido, y el ejecutado no apela, se ha de continuar; de manera que no haciéndose la liquidacion en el curso de la ejecucion, y sentenciándose la causa de remate, si se interpone la apelacion en este estado por haberse despachado la ejecucion por lo no líquido, no debe revocarse la sentencia. *Febrero reformado.*

dor ofrezca, deposite ó dé fianzas por todo el débito; porque la ejecucion de lo líquido no se debe retardar por lo ilíquido, ni se impide sino con la paga, con la cual se extingue la obligacion, y el depósito y fianza no son paga. Esto se entiende, excepto que lo líquido é ilíquido se junten de tal suerte, que por la parte no líquida se convierta ilíquida toda la suma; pues en este caso se ha de hacer primero la liquidacion de todo para proceder ejecutivamente; v. gr. cuando el deudor recibe prestada cierta suma de dinero, à cuyo pago se obliga por escritura, y para que su acreedor se reintegre de ella, le cede las rentas de varios bienes, dándole poder para administrarlos, y las está cobrando algunos años; pues en este caso, aunque en la escritura consta cantidad líquida, como lo ilíquido percibido de las rentas del deudor la constituye ilíquida por ignorarse cuánto es lo cobrado à cuenta, no se debe despachar ejecucion por el todo ni parte de ella, hasta que se liquide y consienta lo que el acreedor percibió en pago de su crédito. Pero si lo líquido se puede separar de lo que no lo está, para evitar el deudor que se continúe por ello la ejecucion, lo que debe hacer es consignarlo, y consentir se entregue al acreedor, ofreciendo pagar lo que se liquidare de lo que está ilíquido, luego que se liquide, con lo cual cesa la ejecucion (1).

43. Para que el instrumento que no está liquidado la traiga aparejada, ha de contener una de dos circunstancias, que son: ò estimacion cierta de la cantidad, daños, expensas ó intereses, segun la costumbre indubitada del pueblo, y que en ella convengan las partes, si en el mismo instrumento no se expresó su importe; ò que el obligado la defiera en el juramento y declaracion del actor, con cuyos requisitos se puede despachar, porque estas cautelas son permitidas; pero en el último caso, si la regulacion del que jura fuere excesiva, y lo expusiere asi el reo, se ha de reducir por el juez á lo justo en la forma expresada en el capítulo 11 del título anterior, párrafos 28 y siguientes.

44. Se puede hacer la liquidacion del instrumento ilíquido por escrituras, probanzas de testigos, contadores y juramento *decisorio* ó *in litem*, siendo pedido (segun lo exija la cosa que se controvierte) con audiencia previa de las partes, y conocimiento sumario; y por lo que el juez declarare, y se liquidare y consintiere por ellas, se ha de despachar la ejecucion. Pero si

1 Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4 Rec. (que hoy es la 3. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec) num. 45. Rodrig. *de execut.* cap. 1. art. 4. num. 37.

se hace por testigos ó árbitros, y discordaren en la cantidad, ha de regular el juez à su arbitrio la que le parezca mas justa y moderada; y su importe se puede ejecutar sin embargo de apelacion.

45. Aunque la liquidacion se haga à presencia de escribano y de las partes, preceda para ello auto dado à instancia de la una, y ambas la firmen, debe reconocerla, consentirla y confesarla despues, ò ratificarse en ella bajo de juramento la que resulte alcanzada, y sin esta previa diligencia no puede despacharse ejecucion por el alcance à causa de faltar el requisito legal, que es el reconocimiento jurado ante el juez y escribano, ó ante este de su orden; en cuya atencion se tendrá por instrumento privado y servirá únicamente para la via ordinaria, pues la ley no permite que la liquidacion sea ejecutiva sin aquel, ni el escribano le presta toda la autoridad que al instrumento que ante él se otorga, ni para hacerla concurre la solemnidad de testigos que en el otorgamiento de este, ni la corrobora con el signo ó caracter Real, á fin de que no se pueda dudar de su contexto; lo cual como arreglado y conforme al espiritu de las leyes, he visto observar á los jueces instruidos, y el practicar lo contrario es error clásico (1); por lo que si alguno pide ejecucion en virtud de esta liquidacion, no se debe despachar sin el previo reconocimiento y ratificacion en ella. En este caso se deberá proveer el auto siguiente: *No ha lugar por ahora á la ejecucion que esta parte pretende; pida conforme á derecho;* que es decir, que pretenda el reconocimiento y ratificacion primero, y luego la ejecucion, y la despachará.

46. En cuanto á las cuentas extrajudiciales formalizadas por las partes ó alguna de ellas, ò por los contadores que eligen (ya sean de administraciones, gastos de pleitos, ò de otras cosas y negocios), es preciso distinguir. Si un administrador ò encargado de negocios las da sin justificar los pagos que exigen documentos para su abono, se ha de pretender para abreviar, que las reconozca este, y presente los documentos justificativos de la data, y que en virtud del reconocimiento, ya los produzca ò no en el término que se le señale, el escribano liquide con citacion suya, ante todas cosas, las partidas no justificadas, y que con la propia citacion y audiencia se apruebe la liquidacion, y pase en autoridad de cosa juzgada. Aprobada que sea, debe pedir que por lo que no resulte documentado, se expida man-

1 Escobar. *de ratiotin.* cap. 31. num. 1 al 9.

damiento de ejecucion contra él, como alcance líquido, ya saque ó no en la cuenta alguno contra sí; porque el cargo es confesion de lo recibido, con obligacion de responder de ello, y cierto y efectivo como corroborado con juramento, que es segunda confesion; y las partidas de data, que debiendo estar documentadas no lo estan, no deben admitirse, á causa de faltarles la justificacion que las debe acompañar, y así queda líquido en su importe el cargo, por ser lo mismo que si no las datara. Asi pues, no dudándose de este, mediante la confesion ó reconocimiento jurado y liquidacion previa, no estando justificada la data como debe, y habiendo sido contumaz el reo en no haber querido producir los documentos, no obstante habérsele mandado; se ha de despachar la ejecucion, no solo por el alcance que saque contra sí, sino tambien por lo que carezca de justificacion en la data, porque esto se presume figurado, voluntario y puesto con el único objeto de cubrir el cargo. De nada sirve en este caso alegar que la confesion y reconocimiento de la cuenta es conjunto con cargo y data, pues ademas de que el de esta, como hecho à su favor, no le aprovecha, no es individuo é inseparable, aunque hecho juntamente à un propio tiempo, lo cual es muy diverso, y asi no constituye iliquido el cargo la parte de la data no justificada, porque puede haber uno sin otro, ó esta sin aquel, cuando todo se suplió, y nada se percibió. Pero si el administrador documenta su cuenta y la jura, no se debe despachar la ejecucion, aun cuando la reconozca, à pretexto de que pueden ser suplantados los recados de justificacion, porque estos y el juramento inducen á su favor la presuncion de ser legítimos y verdaderos, y excluyen la de suplantacion y falsedad, mientras no se acredite; y sobre si lo son ó no, como que exige discusion y examen mas prolijo, debe ser oido en via ordinaria. Hay gastos no obstante que no pueden justificarse, y que dependen absolutamente de la confianza que se ha hecho del sugeto, como los que se llaman secretos, y los que se hacen en pleitos y otras menudencias, de que no se acostumbra dar recibo. En este caso basta la relacion jurada del que da la cuenta, hasta que se pruebe lo contrario. Si las cuentas se aprueban y reconocen en juicio con la solemnidad legal, y el que resulta alcanzado consiente el alcance, traen aparejada ejecucion; pero si falta este requisito no son ejecutivas, aun en el caso de que el que las formó por orden de los interesados sea inteligente, timorato y fidedigno, y de que jure que son verdaderas; por lo que se han de liquidar, examinar y desha-

cer primero los agravios ò reparos que contengan, hasta que queden purificadas (1). Esto tiene lugar aunque el dueño se haya obligado en instrumento público á pasar por cuenta jurada que le diere su administrador ò apoderado, y á satisfacerle el alcance que en ella saque á su favor; pues sin embargo de que por esta obligacion y deferencia á su juramento, suene que apruebe la cuenta, que confiesa por líquido el alcance, y que en caso de contener agravios le remite y condona su importe; no obstante como pueden ser erróneos, excesivas y dolosas algunas de sus partidas; como el error destruye el consentimiento; lo excesivo se debe reducir á lo justo; el dolo de futuro no se puede remitir ni renunciar por pacto; la aprobacion debe recaer sobre cosa cierta pasada, y no sobre la futura que no tiene existencia; la confesion ha de ser de lo que no admite duda; la ejecucion de lo que no se puede debilitar por medio alguno; el juramento no es *decisorio del pleito*, por no concurrir para hacerle todas las circunstancias que prescriba el derecho, y de la obligacion solo se induce una mera confianza del dueño que no excluye el dolo ni error que el administrador abusando de ella, puede cometer, por eso no se debe despachar la ejecucion hasta que se liquide y purifique. Lo que únicamente debe hacerse en este caso, es dar mandamiento de pago contra el dueño, conmináudole en la tercera providencia con la ejecucion, y sino obstante esta conminacion es contumaz, y no acude á pedir los autos, despacharla; mas acudiendo se le deben entregar, y oirle en via ordinaria sobre los agravios que oponga á la cuenta. Pero si el dueño se obligó bajo de juramento à pagar à su administrador el alcance referido, y en el instrumento le dió facultad para que por su importe procediese ejecutivamente contra él, sin otro previo requisito, diligencia ni liquidacion, se podrá despachar la ejecucion, porque el juramento debe ser observado siempre que se pueda; y hecho el pago bajo de fianza, usará de su derecho en via ordinaria por los agravios que halle en la cuenta, porque por el juramento no es visto haber perdonado ni aprobado el dolo y error ignorados mientras no lo exprese clara y específicamente. Por último si un administrador tiene sus cuentas aprobadas hasta cierto tiempo, en las que alcanza al dueño, y otras posteriores sin probar, y este pretende que las dé nuevamente de todo el tiempo de su admi-

1 Escobar. *de ratiocin.* cap. 10. Vela *pens.* cap 20. num 22. *disert.* 21. num 15. y 76. Garc *de ex-*

nistracion, debe resistirlo, porque de allanarse se perjudica en la accion ejecutiva que en virtud de la aprobacion, siendo reconocida puede intentar por el alcance líquido, y asi las dará solamente del tiempo anterior, pedirá reconocimiento de la aprobacion de las precedentes, y en su virtud la ejecucion, y el deudor justificará sus excepciones en los diez dias; y si no las justifica, pagará, y se le reservará su derecho para la via ordinaria, en la que hará cada uno su probanza como le convenga sobre todas las cuentas, hecho previamente el pago de lo líquido, aprobado y reconocido (1).

47. Los libros de cuentas que alguno tiene en su casa, en los que sienta lo que dice le estan debiendo varias personas, no deben ser creidos en esta parte, aunque jure que las partidas en ellos contenidas son verdaderas, si por confesion de los deudores ú otro medio legal no se acredita el débito que expresan. Asi lo dispone la ley final, tit. 18. Part. 3, porque la confesion que en los libros hace es contra tercero, y esta no vale como he sentado en el párrafo 14. Si las cuentas son de bienes del Rey, iglesia ó concejo y sus repartimientos, y se dan en juicio, se han de ejecutar sin embargo de apelacion por su alcance, siendo reconocido en la forma propuesta, y aprobándolas el juez, y no en otros términos (2).

18. No se debe proceder ejecutivamente contra el obligado à dar cuentas antes que las dé, aunque se conozca y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque no hay cantidad líquida y cierta; pero por los bienes que constan inventariados, y por el capital puesto en la compañia, bien se puede despachar la ejecucion, pactándose asi en instrumento público; porque como

1 Si alguno solicita que otro le dé cuentas, teniendo obligacion de dárselas, se las manda dar el juez, y para hacerlas, cada interesado nombra el contador, ó el juez en defecto del que no lo nombrare, como asimismo tercero en caso de discordia. Los contadores, precediendo su juramento, hacen las cuentas y las presentan al juez, quien da traslado de ellas à las partes para que las vean y adicionen en el término que les señala, con apercibimiento de que pasado las aprobará y mandará ejecutar. Sino las adicionan en dicho término, las aprueba el juez señalando un breve plazo para que se satisfaga el alcance, y sino se hace, se despacha por este la ejecucion, no obstante cualquiera apelacion ó contradiccion. Mas si las cuentas se adicionan en el término señalado, se da traslado de las adiciones á la parte, se sigue un juicio ordinario, y se decide por el juez confirmando ó revocando las cuentas, segun le parece justo; de cuya sentencia ha lugar á apelacion, excepto en lo que los contadores ó la mayor parte estuvieren conformes: si lo confirma el juez trae aparejada ejecucion, y ha de ejecutarse sin embargo de apelacion, dándose fianzas de volver lo que recibiere en caso de revocarse, con frutos y segun se mandare. Esta es doctrina de Hevia Bolaños, que cita en comprobacion de ella la ley 14. tit. 21. lib. 3 Rec., ó nota tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. *Febrero reformado.*

2 Ley 6 tit. 16. lib. 7. Nov. Rec.

indubitados, no se les puede poner el reparo de ilíquidos y erróneos (1). Una vez dadas las cuentas, no se deben volver á pedir al que las dió, excepto que de su parte se verifique lesion, dolo ó error en ellas; en cuyo caso, especificándolo claramente el que las pide, puede ser compelido el otro á reiterarlas (2). El que pide por todo lo que contiene el libro, debe estar no solo por las partidas que constan recibidas por el ejecutado, sino tambien por las que este tenga datadas, como entregadas al ejecutante, porque mas se juzgan conjuntas que separadas, y la confesion del ejecutado no se puede dividir.

49. Los rescriptos, privilegios, cédulas y provisiones Reales, que no ceden en perjuicio de tercero ni del público, ni han sido obtenidas con vicio de *obrepcion* y *subrepcion*, ni se oponen al derecho divino, natural ni positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos, y traen aparejada ejecucion; pero si ceden en detrimento de tercero, se han de ejecutar solamente despues que se le oiga y provea sobre ello, y no de otra suerte, aunque contengan cláusulas derogatorias (3). Si son contra derecho positivo, contienen cláusulas especialmente derogatorias de este, y se expidieron con las de *motu propio, cierta ciencia y poderío Real absoluto*, se deben ejecutar; mas no careciendo de ellas (4) (*).

50. No vale el rescripto dado contra otro, à menos que en él se haga mencion especifica de este derogándole, ó que no se le oponga la excepcion de no mencionarse en él el primero (5). Si este contiene cláusulas derogatorias de los subsecuentes, y la parte adquirió derecho en la cosa que por él se le concedió, es ineficaz el segundo careciendo de ellas, pues para derogar el

1 Por tanto puede despacharse ejecucion contra el tutor ó curador por los bienes del pupilo ó menor puestos en el inventario, y los pupilos y menores podrán pedir sus bienes raices antes de hacerse la cuenta final. Pero antes de dar las cuentas no puede ser reconvenido el autor sino en via ordinaria hasta que haya cosa líquida, porque aun respecto de lo que conste se le entregó por inventario, puede excepcionar venta ú otro contrato que fuese util al menor. *Febrero reformado.*

2 Cancer part. 3. *Var.* cap 15. num. 305. Gutierr. *de juram. confirmat.* part. 1. cap. 40. num. 7.

3 Leyes 2, 9, 20, 29, 30, 31 y 36 á la 39 tit 18 Part. 3, y leyes 2 hasta la 6. tit. 4 lib. 3. Nov. Rec.

4 Leyes del tit. 4 cit. y cap. 1. *de cons. tit.* in 6.

* Cuando la Cámara concede rescripto, gracia ó privilegio sin conocimiento alguno y en perjuicio de tercero, pide á instancia de este los papeles la Sala de Justicia del Consejo, donde se reven con pleno conocimiento de causa y citacion de las partes y justificado el perjuicio por los mismos privilegios á otros instrumentos, se retienen para que no use de ellos el privilegiado: si este se halla en posesion, se revoca el privilegio, y sino se justifica un verdadero perjuicio, se remite la gracia á la Cámara para que tenga efecto. Asi se practica con arreglo á la ley 3. tit. 5. lib. 4. Nov. Rec.

5 Cap. *Cæterum, de rescript.* y Clementin *Dudum de sepult* y ley 36. tit. 18. Part. 3. Larrea alleg. 58. num. 12.

primero, es preciso que las contenga (1), porque el Soberano á nadie quiere privar sin causa del derecho que adquirió, sino dejar indemne el de la primera concesion. Tampoco vale ni hace fe del expedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en que se expidió, porque se presume falso (2); ni el obtenido por el excomulgado (3); ni sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia (4) (*).

51. Los juros, situaciones y libranzas dadas por el Rey ó por los ministros à quienes concede esta facultad, contra los tesoreros, cobradores y administradores de su Real Hacienda, traen aparejada ejecucion (5), como tambien las dadas contra los arrendadores de sus rentas, si las aceptan y reconocen judicialmente, y no en otra forma (6). Si no las pagan dentro de tercero dia siguientes al requerimiento que à este efecto se les haga, deben satisfacer los salarios que por su morosidad se causen y devenguen (7).

52. Ultimamente, tambien la traen aparejada los tributos públicos y Reales (8), y los diezmos y primicias de la iglesia, cuando por instrumento ejecutivo consta estarse debiendo, pues no constando se ha de proceder contra los deudores breve y sumariamente, atendida solamente la verdad (9).

1 *Cur. Filip. ilust.* part. 2. §. 2. num. 3.

2 Ley 4. tit. 20. part. 3. Greg Lop. en ella, glos. 2.

3 Cap. 1. *de rescript.* in 6, y ley 38. tit. 18. Part 3.

4 Ley 39. tit. 18. Part. 3. Greg. Lop. en ella, glos. 4.

* El letrado que quiera instruirse mas à fondo, vea las leyes y autores siguientes. Ley 31 à la 53. tit. 18. Part. 3, y las del lib. 3. tit. 4. Nov. Rec. Valenzuela consil. 77. Barbos. *de rescript.* Larrea allegat. 91. Salced. en la ley 4. tit. 14. lib. 3. Rec. cap. 24, 27 y 28, y à los que estos citan.

5 Ley 14. tit. 16. lib. 9. Rec.

6 Ley 9. tit. y lib. dichos.

7 Ley 24 del mismo tit. Esta ley y las de las dos citas anteriores se han suprimido en la Nov. Rec.

8 El tit. 18. y 22. lib. 6. Nov. Rec.

9 Ley 5. tit. 7. lib. 9. Rec. se ha suprimido en la Novísima. Salg. *de reg.* part. 2. cap. 11 Girond. *de gabel.* part. 4. cap. 27.

CAPITULO TERCERO.

¿Quienes pueden pedir ejecucion, y quienes ser ejecutados? ¿Cuantas clases hay de bienes, y en cuales se puede ó no trabar la ejecucion? y si el acreedor que intentó la via ordinaria, ¿podrá dejarla y pasar á la ejecutiva?

§. 1. Puede pedir ejecucion toda persona á quien por derecho se permite comparecer en juicio, ya esté ó no nombrada en el instrumento, con tal que se trate de su interes y le competa accion para ello. Asi el socio puede pretenderla por las deudas de la compañia, y el marido por la dote que se le prometió.

2. El heredero del acreedor, justificando serlo, puede pedir ejecucion contra el deudor de este.

3. Puede pedir ejecucion el fiador contra el deudor principal, y obligado por lo que pagó por él despues de cumplido el plazo.

4. Tambien puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos á prorata de la obligacion.

5. Disuelto el matrimonio, puede pedir ejecucion la muger por la dote que su marido recibió, y por las arras que la prometió.

6. El procurador ó apoderado, ya tenga poder especial para ejecutar, ó general para pleitos, puede pedir ejecucion en su virtud.

7. De la cesion de derechos y acciones, y sus diversas especies.

8. Asi como el cedente puede pedir ejecucion por lo que se le debe, del mismo modo puede hacerlo el cesionario por el importe de lo que se le ha cedido.

9. Puede ser ejecutado no solo el que contrajo la obligacion, sino su heredero acreditando serlo.

10. Si el heredero del deudor reconociese llanamente el vale hecho por este, se puede despachar ejecucion contra él por su importe.

11. Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prorata de su haber.

12. Tambien puede ser ejecutado el hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella.

13. El sucesor del mayorazgo puede ser ejecutado por el débito á que estan obligados los bienes.

14. No solo pueden ser ejecutados los herederos expresamente instituidos, sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor.

15. Se puede proceder ejecutivamente contra el posee-

dor de la cosa litigiosa.

16. La muger casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que durante el matrimonio contrajo con su marido, en cuanto alcance su mitad de gananciales.

17. Habiéndose despachado ejecucion contra ella antes de contraer matrimonio, se puede hacer ejecucion despues de contraido en sus bienes aunque sean dotales.

18. Se puede proceder ejecutivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad.

19. El deudor del principal deudor puede ser ejecutado por el acreedor privado personal, concurriendo las circunstancias que alli se previenen.

20. De la excusion y casos en que es necesaria.

21 y 22. ¿Cuando se podrá dirigir la accion ejecutiva contra el fiador sin hacer excusion en los bienes del deudor?

23. Por las deudas del concejo se debe hacer ejecucion en sus propios.

24. No há lugar la ejecucion contra el comprador de la herencia, ni contra el donatario, sino en ciertos casos.

25. Tampoco tiene lugar la ejecucion contra el usufructuario singular, aunque si contra el universal.

26. Aunque el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no há lugar la ejecucion contra él, á menos que manifieste los bienes de este.

27. ¿Como se podrá ejecutar á los administradores, factores ó procuradores que se obligan por sus principales?

28 y 29. No tiene lugar la ejecucion contra el tercero poseedor de los bienes obligados, sino en los trece casos que alli se expresan.

30. Circunstancias necesarias para que el acreedor pueda proceder contra el tercero poseedor, en los casos en que tiene lugar la ejecucion.

31, 32, 33, 34 y 35. Division de bienes en muebles, raices, derechos y acciones para saber como ha de hacerse la ejecucion en ellos.

36. ¿Que quiere decir esta cláusula que se pone en los mandamientos ejecutivos, *hacedla conforme á derecho*?

37. Se puede hacer ejecucion en la finca dada á enfitensi, dejando á salvo para el señor del dominio directo su anual pension.

38. Tambien se puede hacer en la cosa sujeta á servidumbre.

39. Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciables.

40. Y en la jurisdiccion libre que el deudor tiene en algun pueblo ó sitio.

41. ¿Como ha de hacerse la ejecucion en los bienes de la muger casada por deuda que contrajo antes dal matrimonio?

42. ¿Como quedará obligada ejecutivamente la muger por el débito que despues de casada contrajo su marido ó ella con su licencia?

43 al 57. Cosas privilegiadas en que no puede hacerse ejecucion.

58, 59, 60 y 61. Opiniones de los autores acerca de esta cuestion, sobre la que no hay decision legal, á saber: si el acreedor, habiendo intentado previamente la via ordinaria, podrá dejarla y pasar á la via ejecutiva?

62. Teniendo accion el acreedor contra varios co-reos, fiadores ó mancomunados, no puede (pendiente el pleito con uno de ellos) dejarle é intentarle contra alguno de los otros despues de contestado.

1. En virtud de cualquiera de los documentos expresados en el capitulo anterior que traen aparejada ejecucion, puede pedirla toda persona à quien por derecho se permite comparecer en juicio, ya esté ó no nombrada en el instrumento, con tal que sino lo está, se trate de su interes, y le competa accion por el instrumento, y que al tiempo de pedirla legitime su persona; pues de no hacerlo puede el juez repelerle de oficio, y no debe despacharla (1): y asi el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, aunque no tenga poder ni cesion de sus consocios (2), porque à estos está permitido defenderse judicialmente sin él, dando antes de entrar en juicio fianza segura de que aquel à quien defienden aprobará lo que se hiciere en el pleito, y que sino quisiese aprobarlo, pagaran ellos y sus fiadores al colitigante la pena que se les imponga, segun se dijo en el libro 2.º tit. 4. cap. 14 de esta obra, tratando de los poderes; fuera de que cuando la ley hace division de los bienes entre algunos, no es necesaria la cesion. Tambien la puede pretender el marido por la dote que se le prometió y no entregó, ya sea durante el matrimonio ó despues de disuelto, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad y restitucion à que se obligó (3); y asimismo por los bienes parafernales, como conjunto y à nombre de su muger (4); mas no puede cobrarlos sin

1 Castill. en la ley 64 de Toro. Carlev. tit. 2. disp. 4. num. 20 y 21.

2 Ley 2. tit. 32. Part. 3, y en ella Greg. Lop g'os 5, y ley 6 tit 10. Part. 5.

3 Ley *Si pro te*. Cod. *de dotis promiss.* y leyes 1 y 2. tit. 11. Part. 4.

4 Ley *Maritus* Cod. *de procurat.* Gom. en la 50 de Toro, num 20. Castill. lib. 4 *Controv.* cap 40 num. 48. Olea *de cession.* tit. 4. quæst. 6. num. 21.

poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales (1), y asi no es responsable à su importe, y solo le compete su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

2. El heredero del acreedor, justificando serlo à lo menos al tiempo de la oposicion, puede pedir ejecucion contra el deudor de este, y si hay dos ó mas herederos, cada uno por sola su parte, á menos que tenga poder ó cesion de los coherederos antes de principiar el pleito, ó que se le den pendiente este, ratificando lo que actuó; pero para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de esta; el testamentario universal à quien dió facultad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene en lugar de heredero, y se le trasfieren las acciones útiles y directas que el testador tenia (2); y tambien el legatario y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero (3).

3. Puede pedir ejecucion el fiador contra el principal deudor y obligado, por lo que pagó por él voluntariamente ó apremiado, despues de cumplido el plazo, presentando la escritura de obligacion que aquel hizo, y la cesion ó lasto del acreedor, ya tenga ó no otorgado lo à su favor el deudor escritura de indemnidad (4); pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiere escritura de indemnidad, deberá por la accion de mandato dirigir las suyas contra él, pues por haber hecho su negocio le competen segun derecho (5) para reintegrarse de su desembolso; lo cual se entiende en via ordinaria, á causa de no estar obligado à su favor ejecutivamente, y de faltar la cesion y la indemnidad que traen aparejada ejecucion; bien que lo mejor es que se las ceda en el acto de la paga, con lo cual cesa toda disputa.

4. Igualmente puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos á prorata de la obligacion que cada uno constituyó, bajada su parte, presentando el lasto del acreedor,

1 Ley *Cum maritum*. Cod *de solut.* Rodrig. *de execut* cap. 3. num. 12.

2 Leyes 2 y 4. tit. 10 Part. 6. Rodrig. dicho cap. 3. num. 19 Covarr. in cap. *Joann. de testam.* num. 5.

3 Si el difunto debia alguna cantidad á su heredero, de que consta por instrumento ejecutivo, puede hacerse pago por sí mismo; pero si no tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia, poner la demanda, citar á los acreedores de la herencia y probarse el crédito. *Febrero reformado*.

4 Parlad lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 4. num. 2. Olea *de cession jur.* tit 5. quæst. 5. num. 45, 53 y 58. Rodrig ibi, num. 26 y 27.

5 Leyes 11, 16 y 21. tit. 12. Part. 5.

pues sin él no se da accion al fiador contra los confideyusores (1), ni á los mancomunados unos contra otros (2). Esto se entiende ya se formalice con fe de entrega y numeracion del dinero ó confesion de su anterior recibo y renuncia de la excepcion de *non numerata pecunia*; pues basta que en él confiese el acreedor que el fiador le pagó su crédito por sí y por los confideyusores, porque ninguna ley manda que intervengan la numeracion y fe de entrega, ni por no intervenir la invalida, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones; y para que los fiadores y mancomunados no sean perjudicados, ha dispuesto el derecho (3) que rehusando el acreedor darles el lasto, no tenga accion á exigir de ellos el débito, y que esta excepcion le obste para su percibo hasta que se lo dé. Si el negocio toca principalmente en todo ó parte al fiador ó mancomunado, no le compete accion alguna contra los demas, porque hizo el suyo y no el de estos. Si renuncian la excepcion de la cesion de acciones, puede el acreedor reconvenir á prorata ó por el todo á uno solo, y pagándole este librar á los consocios, y si constituyeron fianza ú obligacion respectiva por ciertas y determinadas sumas, v. gr. el uno por veinte y el otro por cuarenta &c., y alguno de ellos se constituye insolvente ó fallido, no estan obligados sus consocios á pagar la parte de este; pero si fue constituida simplemente, se ha de dividir proporcionalmente entre ellos (4), porque es visto haberse obligado asi, y tomado á su respectivo cargo la insolvencia del consocio.

5. Disuelto el matrimonio, puede pedir ejecucion la muger por la dote que su marido recibió y arras que la prometió, contra sus herederos, y asimismo por la que se la ofreció y no entregó á su marido, contra el que la ofreció, porque por la oferta la hizo suya, y el promitente quedó obligado á dársela. Lo mismo puede hacer por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido (5), sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division y adjudicacion, porque por derecho le toca y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen las deudas á su favor, sino al de su marido.

6. El procurador ó apoderado, ya tenga poder especial para ejecutar ó general para pleitos, puede pedir ejecucion en su vir-

1 Ley *Ut fidejussor.* ff. *de fidejussorib.* Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 6 num. 1.
2 Ley 1. Cod. *de duobus reis stipul.*
3 Ley *Fidejussor.* y ley *Sichum, aut Pamphilum*, §. penult. ff. *de solut.* Parlad. §. 6. cit. num. 3.
4 Greg. Lop. en la ley 11. tit. 12. Part. 5. glos 5.
5 Parlad. lib. 2. part. 3. cap. fin §. 1. num. 3 y 4. Olea tit. 4 quæst. 8 num. 35. Gom. en la 50 de Toro, num. 51. Rodrig. ibi, num. 5 al 11.

tud; mas no cobrar la deuda sin que en él ó en otro conste de esta facultad; pues su derecho se reduce á que se asegure hasta que su dueño ocurra à su cobro (1). Tampoco puede pedir la ejecucion de cosa juzgada sino tiene poder especial para ello (2), ó el general carece de esta especialidad, y asi en los poderes para pleitos, conviene poner la cláusula: *De que defienda al poderdante hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, sin que para seguir la ejecucion necesite nuevo y especial poder, pues se ha de tener por tal para ello, y para todo lo demas que ocurra hasta la entera conclusion del negocio, y para cuanto intente en su utilidad*, con la cual se le estimará parte legitima, como si el poder fuere especial.

7. La cesion de derechos y acciones puede ser de dos maneras, una *traslativa* y otra *extintiva* ó *abdicativa*. La traslativa es aquella por la cual el cedente abdica y se priva del derecho y accion que tiene, y le trasfiere en beneficio del sugeto á cuyo favor constituye la cesion; y la extintiva ó abdicativa es la que extingue el derecho que tiene el que la hace, y no le trasfiere en otro; de suerte que es una privacion y renuncia mas bien que una cesion, de lo cual se trató con mas extension en el capítulo 24, titulo 4, libro 2, donde se trató de las cesiones. Puede hacerse la cesion por comodidad del cedente y del cesionario, y se conocerá á la de cual de los dos se hace, atendiendo à quien toca el peligro del crédito cedido, pues á la de este pertenece principalmente, bien que á veces suele efectuarse por comodidad del cedente y en peligro del cesionario, y al contrario. Supuesto lo referido, digo que si la cesion se constituyó con el fin de pagar, ó por otro motivo util al cedente, puede este, aunque sea despues de constituida, transigir el débito, confesar su paga, librar de él al deudor, ó parecer en juicio, y exigirle de él ejecutiva ú ordinariamente; y si la cesion se hizo por comodidad del cesionario, no conservando derecho alguno el cedente, nada de lo dicho podrá practicar, y si lo practica, podrá repelérsele por la excepcion de cesion de acciones que es legitima, y como tal admisible.

8. Al modo que el cedente puede pedir ejecucion por lo que se le debe en los términos explicados en el párrafo anterior aun despues de hecha la cesion, asimismo puede hacerlo el cesionario por

1 Ley 7. tit. 14. Part 5. Podrig. ibi, num. 37 hasta el fin. Noguerol. allegat. 36. Salg *de reg* part. 4 cap. 3 num. 120.

2 Ley *Procurator*. §. 1. ff. *de procurator* Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 6. num. 3. vers. *Quinto &c.* in rub. *de testam* part. 2. num. 42.

el importe de lo que le ha cedido, ya sea graciosamente con título de donacion ó con el de venta, si interviene precio; bien que en tal caso no podrá pedir mas que lo que dió al cedente. Pero se advierte lo primero, que si la cesion es onerosa, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe del débito, pues mediando intervalo de nada servirá, porque como el acreedor está reintegrado de antemano, ninguna accion tiene ya que ceder (1), y así cuando el dinero no parece al tiempo de la cesion, no se ha de decir que está hecho antes el pago, sino que se hará; y lo segundo que para pedir ejecucion el cesionario contra el deudor, si la cesion se le hizo por escritura, debe presentarla cuando la pide con el documento del débito: y si es cesionario, en virtud de endoso de algun vale ú otro papel simple, no solo debe pedir y hacer que le reconozca el deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese igualmente su endoso, pues sin este previo requisito no acredita ser dueño y verdadero cesionario, porque puede haber sustraido otro el papel, tomado el nombre del endosante y hacer el endoso, y por consiguiente no es parte legítima para repetir contra el deudor. Si se le opone esta excepcion, se enervará la ejecucion que sin la confesion ó reconocimiento del endosante se haya expedido, como lo he visto. En cuanto á si es ó no preciso que el cesionario haga constar previamente la causa justa con que la cesion se le hizo, hay variedad de opiniones. Lo cierto es en mi concepto, que no tiene obligacion de liquidar antes su crédito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de esta sea ó no justa y gratuita ú onerosa, ni el que la haya ó no para hacerla, sino de pagar cuando se le demande en su virtud, pasado el plazo, que es la obligacion que constituyó, y á cuyo cumplimiento puede ser compelido por el cedente ó legítimo cesionario, y así solo le corresponderá la excepcion de si es ó no reprobada por derecho, y si fue hecha á persona cavilosa, ó mas poderosa por su empleo que el cedente, en lo que se le puede argüir cometió dolo (2).

9. Puede ser ejecutado no solo el que contrajo la obligacion sino su heredero, acreditando serlo realmente y no de otra suerte (3); pero si este aceptó la herencia con *beneficio de in-*

1 Ley *Modestinus*, ff. *de solut.* Ley 11. tit. 12. Part. 5.

2 El que quiera instruirse mas en este punto, vea los autores siguientes: Olea tit. 1. quast. 3. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 3. § 4. Rodrig. dicho art. 4 num. 22 al 25. Cancer. part. 1. *Var.* cap. 17. num. 40. y part 2. cap. 9.

3 No basta probar que aquel á quien se trata de ejecutar es hijo ó pariente del

ventario, una vez que se hiciere con la pureza y escrupulosidad legal, y acredita haberle formalizado asi como debe (pues no le basta protestar que lo hará, sino hacerlo realmente) se le ha de ejecutar solamente por su importe; y si la aceptó sin esta cualidad, puede ser ejecutado por mas de lo que importa la herencia, aunque diga que no alcanza para la satisfaccion del débito (1).

10. Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por este, se puede despachar ejecucion contra él por su importe; pero no puede ser compelido á hacer el reconocimiento sino quiere, porque es injusto obligar al heredero á que jure de hecho lo que no ha visto escribir ni firmar, ni tal vez tiene noticia de ello; y porque ademas puede ser supuesto. Asi que no reconociéndole en la forma expuesta, deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su crédito (2).

11. Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prorata de su haber, y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo que aunque este los hubiese obligado, ó alguno no tenga de que pagar su cuota, no se debe exigir de los coherederos, á excepcion que el acreedor proceda por accion hipotecaria; pues entonces como la obligacion sigue la hipoteca, y es individua é inseparable de ella hasta que se extingue, puede proceder *in solidum* contra el que la posea, ya sea heredero ó sucesor singular, sin que necesite hacer excusion ni division, quedándole el regreso ó repeticion contra los demas partícipes con el lasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milita en el enfiteusi, y censo consignativo por los réditos vencidos, sobre lo cual, que es corriente en la práctica, véanse los autores (3).

12. Tambien puede ser ejecutado el hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abolenga á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella, lo cual procede, ya conste cuales sean al tiempo de la particion ó despues, y la mejora haya sido hecha en cosa cier-

deudor difunto, aunque si compareciese en juicio como heredero, ó hiciese como tal algun acto, se tendrá esto por suficiente prueba. *Febrero reformado*

1 Leyes 10, 11 y 12 tit. 6 Part. 6 Carlev. disp. 9. dicho num. 13, y num. fin.

2 Rodrig. *de execut.* cap. 1. art. 2. num. 14. Acev. en la ley 5. tit. 21. lib 4. Rec., hoy es la 4. tit. 28 lib 11. num. 16. Partid lib. 2. part. 1. cap. ult §. 5. num. 9.

3 Partid. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 1. num. 11. hasta el fin. Rodrig. dicho cap. 4. num. 13 y 14 al 18.

ta ó incierta de los bienes del mejorante, pues está obligado á su proporcional solucion (1). Esto se puede practicar en tres casos. El primero, cuando acepta la herencia, y se le adjudican esta y la mejora. El segundo, cuando repudia la herencia y acepta la mejora, pues entonces se conceptúa como heredero, y puede ser reconvenido á prorata, sin que preceda excusion en los herederos, cuyos dos casos son los de la ley 21 de Toro. El tercero, cuando se pide simultáneamente la ejecucion contra los herederos y el mejorado (2).

13. El sucesor del mayorazgo puede ser ejecutado por el débito à que estan obligados sus bienes, ya provenga este desde su institucion, ó se haya impuesto el censo ó gravamen sobre ellos con facultad Real, ó en otro caso permitido, y aunque el poseedor no haya heredado al instituyente. Y cuando se intenta solamente la accion contra el sucesor del mayorazgo, y no proporcionalmente contra él y los herederos del fundador à un propio tiempo (que es lo que se debe hacer como mas seguro), se ha de continuar sin embargo la via ejecutiva para evitar el círculo dilatorio y perjudicial de demandar primero à estos, pues se debe proceder atendida la verdad del hecho, lo cual basta para compelerle à pagar (3).

14. No solo pueden ser ejecutados los herederos expresamente instituidos, sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor (que llaman herederos *anómalos*), y son el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el fisco, que sucedió en los del delincuente ó del que falleció sin dejar parientes, el monasterio ó convento por los que obtuvo en representacion del religioso, y los testamentarios universales, à quienes el difunto cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines (4); pues estos hacen veces de herederos, y estan obligados à satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen, porque es responsable á ellas.

15. Se puede proceder ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, ya estuviese el pleito pendiente al tiempo de su adquisicion sobre accion real ó personal; y aun cuando se hubiese enagenado à clérigo despues de principiado el pleito, puede el juez secular proceder contra él y ejecutar la sentencia hasta que se efectúe el pago, porque á cualquiera parte ó

1 Ley 5. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.
2 Noguerol allegat. 4. num. 57 al 71.
3 Noguerol en el lug. cit.
4 Ley *Regulariter*, ff. y ley fin. Cod. *de hæredit. pet.* Rodrig. *de execut.* cap. 4. dicho num. 23 y 24. Perlad. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 2. num. 1 al 3.

persona adonde vaya, lleva el gravamen con que está ligada, mientras no se liberte (1).

16. La muger casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que durante su matrimonio contrajo juntamente con su marido, ó este solo, en cuanto alcance su mitad de gananciales y no mas. Si ambos se obligaron por el todo *in solidum*, se la puede pedir toda la deuda hasta su importe; mas no, si los renunció al tiempo ó antes de casarse ó despues de casada (2). Pero esto se limita cuando el marido se constituyó fiador de otro, y por la insolvencia de este, pagó por él, pues respecto de no estar obligada á la fianza segun derecho, tampoco lo estará la mitad de gananciales (3); bien que esto no lo tengo por tan corriente como sienta Rodriguez, porque la muger no adquiere dominio perfecto en los gananciales hasta que su marido muere, y solo podrá repetir contra la parte de este por la mitad de los exigidos á consecuencia de la fianza, disuelto que sea el matrimonio.

17. Habiéndose despachado ejecutoria contra ella antes de contraer matrimonio, se puede hacer ejecucion despues de contraido en sus bienes, aunque sean dotales, si carece de otros, citando previamente à su marido (4), porque el importe de lo que debia no era suyo, ni pudo haberlo entregado à este por dote. Igualmente debe ser ejecutada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos habidos en su anterior matrimonio, pues por legal ministerio estan obligados à su solucion, y tambien los de su actual marido (5).

18. Del mismo modo se puede proceder ejecutivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad, el cual tiene facultad de pagarlas de los bienes de esta, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por los consocios; mas no el importe de las que contrajo en su privativa utilidad, porque à estas son responsables únicamente los suyos (6).

19. El deudor del principal deudor puede ser ejecutado por

1 Salg. *de reg.* part. 4. cap. 8. num. 110 y 168. Valenz. consil. 19. num. 41. Carlev. tit. 3. disp. 11. num. 3. Noguerol alleg. 29. num. 233.

2 Ley 14. tit. 20. lib. 3 del Fuero Real, y ley 9. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 19. num. 3.

3 Ley 2. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec; y en ella Matienz. glos. 1, y en la 3. glos. 7. num. 3. tit. 9. Rodrig. en el lugar citado.

4 Menoch. *de arbitr.* lib. 2. cas. 123 y 125. Salg. *de reg.* part. 4. cap. 8 num. 231.

5 Ley *Si mater*, Cod. *in quibus causis pignus, vel hipotheca.* Leyes 23 y 26. tit. 3. Part. 5; y ley. 5. al fin. tit. 16. Part. 6.

6 Ley 16. tit. 10. Part. 5.

el acreedor privado personal, con tal que para ello concurran tres circunstancias. La primera, que aquel confiese el débito, ó por otro medio legal conste que es deudor del deudor principal: la segunda, que este sea condenado à su solucion; y la tercera, que à consecuencia de todo preceda excusion en sus bienes, y no los tenga ó no alcancen para el total pago, y no en otros términos (1).

20. Antes de pasar adelante en la materia de este capítulo diré para instruccion del escribano lo que es excusion, de la cual ocurre hablar tan frecuentemente. Esta es *un juicio en el cual se averiguan exacta y diligentemente las facultades del principal deudor, á fin de que si está insolvente en todo ó en parte, pueda el acreedor repetir por lo que no pague contra los fiadores ó secundariamente obligados.* Es necesaria la excusion en los siguientes casos. El primero, cuando el principal deudor está presente, excepto que renuncie como puede este beneficio (2); pero en este caso es de advertir primeramente que al fiador de indemnidad no perjudica su renunciacion (3), porque este fiador es el que se obliga à pagar el débito cuando el deudor no tenga con que satisfacerlo, por lo que el que constituye obligacion de pagar á cierto dia, en caso de no practicarlo el principal obligado, no es fiador de indemnidad; y en segundo lugar, que los fiadores de los jueces, tutores y demas á quienes la ley obliga á afianzar, no deben ser compelidos à renunciar el beneficio de la excusion, porque asi como á nadie está prohibido renunciar lo que le es favorable, del mismo modo no se le debe compeler á renunciarlo contra su voluntad. El caso segundo es, cuando la finca hipotecada está en poder del tercero poseedor, pues entonces no puede ser reconvenido este regularmente, sin que se haga la excusion en el principal (4), aunque sea por dote (5). El tercero, cuando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores. El cuarto, cuando el padre enagenó los bienes que tocaban à sus hijos por su madre, pues estos han de hacer previa excusion en los paternos para recon-

1 Salg. ubi proxime num. 147, y *de retent.* part. 2. cap. 28. Olea *de cession.* tit. 4. quæst. 4. num. 9. Gutierr *de gabel.* quæst. 164 num. 18. Noguerol alleg. 4. num. 76. y alleg. 35. num. 17.

2 *Authent. præsente tamen.* Cod. *de fidejuss.* y ley 9. tit. 12. Part. 5.

3 Bart. in ley 1. Cod. *de conven. fisci debitor.* lib. 10. Bald. in dict. *authent. præsente.* Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 23. Carlev. *in apologia* ad decision 79. num. 9.

4 *Authent Hoc si debitor.* Cod. *de pignorib.* y ley 14. tit. 13. Part 5.

5 Glos. in leg. *Ubi adhuc.* Cod *de jur. dot* Palac. Rub. in cap. *Per vestras*, §. 34. Greg. Lop. en la 15. tit. 13. Part. 5.

venir al que posea los maternos enagenados (1). El quinto, cuando el heredero gravado á restituir el sobrante de la herencia está obligado á reservar para el fideicomisario à lo menos la cuarta parte, pues aunque no se la reserve, no puede repetir este contra los compradores de los bienes de ella, à menos que haga excusion de los del gravado (2); y el sexto, cuando la muger renunció el derecho hipotecario en el contrato de enagenacion que su marido hizo (3). En cuanto à los medios y modos de hacer la excusion y acreditarla en juicio, véase á Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. párrafo 7. num. 18 y 19, pues por incumbir al juez y no al escribano, omito explicarlo; advirtiendo que en una misma demanda y juicio se puede intentar y seguir la causa hipotecaria y la de excusion (4).

21. Se puede dirigir la accion ejecutiva contra el mismo fiador sin hacer excusion en los bienes del deudor: 1.° en los casos expresados en el libro 2, título 4, capítulo 17 de las fianzas, párrafos 4 y 5; 2.° cuando el deudor verdadero no pueda ser reconvenido con facilidad por razon de su persona, ó del lugar ò privilegio; y 3.° siempre que el fiador se haya obligado con juramento à satisfacer la deuda consintiendo ser reconvenido antes que el principal obligado (5).

22. Lo mismo puede practicarse cuando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la excusion por la utilidad pública y buena fe que estos deben tener y observar para con el público, como tambien cuando el deudor tiene bienes, y no se puede hallar comprador sino con dificultad, dilacion y perjuicio del acreedor, en cuyo caso se le reputa insolvente, y este no tiene obligacion de esperar ni de recibir sus bienes por la tasa. La sentencia dada contra el deudor principal se puede ejecutar sin que intervenga citacion, nuevo juicio ni proceso contra su fiador, esto es, contra aquel que se obligó à pagar lo juzgado, mas no contra el de contrato, ni en el de *judicio sisti*, ò comparecer en público, como afirman los autores (6). Es de advertir que el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor à que le dé lasto para demandar con

1 Ley 24. tit. 13. Part. 5. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 8. num. 5. García *de expens.* cap. 13. num. 20.

2 *Auth. contra eum rogatus*, Cod. *ad Trebell. Jocon.* in §. *Si quis in fraudem.*

3 Bart. in tract. *de excuss.* in fin.

4 Palac. Rub. en la ley 63 de Toro, num. 47. Greg. Lop. en la ley 14. tit. 13. Part. 5.

5 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 13. num. 14. vers. *Quinto limita.* Rodrig. *de execut.* dicho cap. 4. num 36 al 44 Parlad. dicho lib 2. cap. fin. part. 4. y §. 7.

6 Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 2. num. 318. Aillon. ad Gom. lib. 2. *Var.* cap. 13. num. 2. y otros muchos que cita.

él toda la deuda al principal obligado, y à prorata à los confideyusores, y hasta que se le dé no debe ser compelido á pagarle, aunque esté condenado à ello por ejecutoria. En cuanto à si el fiador, ó co-reo ó mancomunado que pagó toda la deuda, podrá con el lasto del acreedor repetir contra cada uno de los demas confideyusores ó mancomunados, por el todo de ella ò à prorata bajada su parte, véase à Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. párrafo 6, y à Olea *de cession. jur.* tit. 5. quæst. 5, que lo tratan bien, y yo lo toqué de paso en dicho capítulo de las Fianzas.

23. Por las deudas del concejo se debe hacer ejecucion en sus propios, lo cual parece se debe entender cuando se convirtieron en su utilidad, y el ayuntamiento las contrajo en su nombre, mas no si los individuos de él se obligaron en el suyo, ó no se convirtieron en utilidad de aquel, sobre lo cual véase á Rodrig. *de execut.* cap. 4. num. 31 al 35, que controvirtiendo este punto, afirma con varios autores, que ya se conviertan ò no en utilidad del concejo, se ha de dirigir la accion contra sus propios y no contra los de los que le representan, porque no se obligan como personas privadas, sino como individos de él y en su nombre, y que si los individuos del ayuntamiento obligan los bienes del pueblo y de sus vecinos, y estos lo consienten, ò hay costumbre de que puedan obligarlos en defecto de propios del pueblo, quedarán obligados á prorata, y podrán ser ejecutados, y asi se observa.

24. No há lugar la ejecucion contra el comprador de la herencia, á menos que el acreedor no puede cobrar su deuda del vendedor, ni contra el donatario, excepto que el donante no haya dejado ningun otro heredero, pues entonces se reputa universal, porque en él se refunden todos los bienes (1).

25. Contra el usufructuario singular no há lugar tampoco la ejecucion, pero si contra el universal, y se ha de pedir contra los bienes y heredero propietario, con el cual y con el usufructuario se debe seguir y sustanciar, porque se trata del perjuicio de ambos, aunque Salgado en su *Labyr.* part. 1. cap. 2. párrafo único, num. 5, dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario, sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente à este todas las acciones activas y pasivas del testador, y sucede en ellas.

26. Sin embargo de que el tutor se obligue como tal por

1 Salg. part. 2. *Labyr.* cap. 26. Olea *de cess. jur.* tit. 3. quæst. 9. num. 20.

las deudas de su menor, no há lugar la ejecucion contra él ni sus bienes, à menos que no manifieste los de este; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se hace en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye è impide el uso de la ejecutiva, hasta que se verifique el alcance liquido, excepto que se obligue en su propio nombre (1). Si el menor no tiene curador, se le debe proveer de él para seguir el pleito, nombrándole él si hubiese entrado en la pubertad, ó el juez si se resistiere à nombrarle, ó el que elija no admitiere el encargo por excusa legítima que le exima. Pero acabada la tutela, no tendrá lugar la ejecucion contra los fiadores del tutor por las cosas que este de su espontánea voluntad administró pertenecientes à su menor, porque es negocio y obligacion nueva à que aquellos no se constituyeron responsables.

27. Lo propio milita para con los administradores, factores y procuradores que como tales se obligan por sus principales, pues se puede proceder contra ellos durante su encargo, y no despues, porque en el instante que cesaron en él espiró su obligacion, aunque no la de estos (2). Si el tutor fuere condenado por sí, y quisiere parecer despues en juicio, puede ser repelido, y oponérsele la excepcion de cosa juzgada, como dice Salgado *de reg. protec.* part. 4. cap. 8. num. 283.

28. Regularmente hablando no tiene lugar la ejecucion contra el tercero poseedor de los bienes obligados, ya se pretenda por cosa juzgada ó por otro instrumento que la traiga aparejada y sea anterior al del tercero, bien se proceda por accion real ò personal; pues primero se ha de dirigir contra el principal y sus fiadores haciéndose excusion en sus bienes y luego seguirse con el tercero en via ordinaria, hasta que por ejecutoria se anule el título con que posee, y se revoque la enagenacion en él hecha (3), bastándole probar su posesion sin necesidad de presentar el título con que posee, porque de la posesion se presume, y asi es suficiente que lo alegue; en otros términos no debe ser demandado. Téngase presente que por el tercero poseedor no entiendo el que es heredero ó sucesor del deudor, contra el cual compete principalmente el derecho ejecutivo por el todo ó parte, aunque intermedien muchos poseedores ò sucesores, sino el

1 Ley 17. tit. 16. Part. 6.

2 Ley fin. ff *de instit. action* Parlad. dicho § 3. num. 3 y 4.

3 Leyes 1 y 3. tit. 17. Part 3, y 7, 14 y 28 tit. 13. Part. 5. Parlad. dicha part. 4. § 5. num. 1 al 3. y num. 20 y fin. Rodrig. dicho cap 4 num. 45 y 46. Carlev. tit. 3. disp. 11. num. 1.

que adquirió sus bienes por título de venta, donacion ú otro de esta clase.

29. He dicho *regularmente hablando*, porque asi como toda regla general tiene su excepcion que constituye regla en contrario segun derecho, asi tambien de esta se exceptúan trece casos, en los cuales se puede proceder ejecutivamente contra el tercero poseedor, citándole previamente para todas las diligencias ejecutivas, porque se trata de su interes y no de otra suerte, sin ser necesario hacer excusion en los bienes del principal, ni citarle aunque haya algo que liquidar, pues basta hacer la liquidacion con el tercero. 1.° Es cuando la cosa que posee se halla hipotecada especialmente à la deuda (1): 2.° cuando la posee con título evidentemente nulo, en cuyo caso y no en otro se admite la excepcion de nulidad como notoria para poder seguir la ejecucion (2): 3.° cuando el título proviene de contrato simulado, pues es nulo por derecho, mas no si es fraudulento, porque en este caso no es nulo, sino que se debe rescindir ó suplir su justo precio por el engaño que en él hubo, y esto ha de ser en via ordinaria (3): 4.° cuando el deudor *se obligó á no enagenarla, sino con el gravamen del débito*, hipotecándola tambien à la observancia de este pacto, y sin embargo la vendió ó enagenó sin aquel, pues como la enagenacion es nula en virtud de la obligacion constituida, se considera que permanece su dominio en el deudor, mas no si faltó el pacto, pues entonces debe preceder la excusion del principal obligado, y despues seguirse en la via ordinaria contra el tercero (4): 5.° cuando el deudor enagenó los bienes, pues antes de su tradicion ó posesion real, verdadera ó ficta se puede trabar en ellos la ejecucion, porque hasta que se entregan al tercero no se constituye dueño ni verdadero poseedor (5), excepto en las deudas y acciones en que con solo el título y enagenacion y sin necesidad de cesion se le trasfiere su dominio: 6.° cuando el tercero tiene en mutuo, comodato ó depósito la cosa hipotecada, porque la posee en nombre del deudor y no en el suyo, y asi la sentencia en que se le condena

1 Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 7. num. 7. Gaspar Rodrig. *de redditib.* lib. 2. quæst. 9. num. 51. Cencio *de censib.* part. 2. quæst. 5. art. 9. num. 20. Salg. part. 1. *Labyr.* cap. 17. num. 44

2 Giurb. observat. 80. Noguer. allegat. 3. num. 19. Hermos. en la ley 45. tit. 5. Part. 5. glos. 7. num. 7. Salg *de reg.* part. 4. cap. 8.

3 Olea *de cess.* tit. 4. quæst. 3. num. 10.

4 Ley *Si creditor*, §. fin ff. *de dist. pignor.* y ley fin. tit 5. Part. 5. Rodrig. dicho cap 4. num. 47 al 51. Gutierr. in leg. *Nemo potest*, ff *de leg.* 1. num. 35 y 38.

5 Ley 14. tit. 13. Part. 5. Greg. Lop. en las dos limitaciones de su glos. 5. Cancer. part. 1. *Var.* cap. 13. num. 23. y cap. 17. num. 41.

se ha de ejecutar con su citacion en la cosa contra el que la posee. Lo mismo se entiende cuando la tiene arrendada simplemente, pues ni el acreedor está obligado á pasar por el arrendamiento, ni la accion personal del arrendatario impide el uso real de la enagenacion de la cosa arrendada; bien que los frutos pendientes son suyos (1). Pero si en la escritura de arrendamiento anterior à la obligacion hipotecaria se pactare que durante el tiempo de ella no se ha de poder gravar ni enagenar la cosa, y la hipotecare á la observancia de este pacto, tendrá lugar la ejecucion en ella y en sus productos; y hasta que espire el arrendamiento, no podrá ser despojado el arrendatario: 7.° cuando la muger contrajo la deuda antes de casarse, pues se puede proceder subsidiariamente por su importe contra sus bienes dotales, y contra su marido que los posee en su nombre, en defecto de los parafernales y de otros extradotales, por no ser justo que por haberse casado defraude à sus acreedores (2); pero por el débito legitimamente contraido mientras estan casados, no se puede proceder contra sus frutos, porque pertenecen al marido para sostener las cargas matrimoniales; ni tampoco en los bienes dotales, ni en sus frutos por la deuda contraida durante el matrimonio, aunque sí en los parafernales (3): 8.° cuando el deudor enagenó la finca despues de ejecutada, pues se puede continuar la ejecucion en ella, por haber sido dolosa su enagenacion (4): 9.° cuando el tercero adquirió la cosa litigiosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio ó cuasidominio, ó por accion personal despues de la contestacion, por ser fraudulenta y hecha con dolo su enagenacion (5); lo cual se presume cuando se hizo à conjunta persona, ó no se recibió el dinero, ó no consta de su paga sino por confesion del enagenante, ó el deudor enagenó todos ó la mayor parte de sus bienes pendiente el pleito, de modo que no dejó con que pagar (6): 10. cuando el acreedor tiene accion real, y el deudor hizo cesion de bienes, ó él ó estos estan ausentes de aquella jurisdiccion, ó aunque se hallen presentes no pueden ser convenidos, ó es notorio que no puede pagar.

1 *Cur. Filip.* part. 2. §. 11. num. 4.

2 Castill. *de alim.* cap. 65. Lara *de vita homin.* cap. 22. Carlev. tit 3. disp. 19. num. 9. Ciriac. controvers. 37.

3 Carlev. disp. 9. dicha num. 12 y sig. Amat *Var.* tom 2. resolut. 45. num. 24.

4 Noguerol allegat. 29. num. 208. Parlad. ibi, num. 13 y 14.

5 Valenz. consil. 19. num. 41. Salg *de reg.* part. 4. cap. 8. num. 168. Carlev. disp. 11. dicha num 2. Parlad. dicho §. 5. num. 6 al 9. Rodrig. dicho cap. 4. num. 52.

6 Surd. consil. 533. num. 5. Covarr. *Pract.* cap. 15. num. 7 Cancer. lib. 3. *Var.* cap. 17. num. 461, 462 y 466. Gutierr. *de juram confirm.* part. 1. cap. 13. num. penult. y fin.

En estos casos basta acreditar la excusion en el principal para repetir contra el tercero, aunque no intervenga dolo ni fraude; pero si le compete solamente accion personal contra él, es menester no solo hacer la excusion de sus bienes, sino probar haber sido dolosa la enagenacion (1): 11. cuando el deudor entregó al acreedor la prenda ó hipoteca, ó le dió su posesion real ó ficta constituyéndose poseedor precario de ella en su nombre, y despues la enagenó (2): 12. cuando el acreedor dirige su accion contra la deuda de su deudor obligada, pues no necesita hacer excusion en los demas bienes de este para ejecutar al suyo (3): 13. por débitos Reales, pues aunque el tercero no sea sucesor universal ó heredero del deudor fiscal, sino que posea por título particular de compra, donacion ú otro, los bienes de este, puede el fisco usar contra él, como su poseedor de la via ejecutiva, no obstante que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento ó contrato de arrendamiento con el Rey, ya esten especial ó generalmente obligados respecto no distinguir la ley, lo cual se prueba del cap. 11 de la 27. tit. 11. lib. 9 de la antigua Rec. que dice: *El derecho de la via ejecutiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que sucedieren en los bienes obligados por compra, donacion ò herencia, ò por otro cualquier titulo.* Pero no se amplía su disposicion á otros casos fuera del arrendamiento de rentas Reales, como afirma Noguerol en el lugar citado al pie (4).

30. Para que el acreedor pueda proceder ejecutivamente contra el tercero poseedor, es preciso que este tenga título ó causa del deudor contra quien competia principalmente al acreedor el derecho de ejecutar. Se dice tener título suyo, no solo cuando hubo la cosa del mismo, sino de otro ú otros que de él la hubieron, por lo que justificándose que el deudor la poseia al tiempo que contrajo la obligacion, se presume que el tercero tiene título ó causa suya, y se puede proceder contra él aunque hayan pasado muchos años, y mediado diversos poseedores (5), y re-

1 Cirisc. controv. 5, 120 y 388 Olea *de cession.* tit 6. quæst 11. Castill. lib. 5. *Controv.* cap 89. num. 124 Molin. *de primog* lib. 4. cap. 1. num. 39.

2 Ley 14. tit. 13. Part. 5. Greg. Lop. en ella, glos. 5. limit. 1 y 2. Rodrig *de execut.* cap. 4. num. 55.

3 Greg Lop en dicha ley 14. y glos. 5. vers. *Tertio limita.* Alex. consil. 15. num. 55.

4 Allegat. 33. num. 69 y sig. sobre cuya inteligencia véase á Carlev tit. 3. disp. 11. num. 6. y a Bolet. *de decoction.* tit. 5. quæst. 18 num. 13 y 15. Acerca de los casos recividos y otros, véase á Greg. Lop. en la glos. 5 de la ley 14. tit 13. Part. 5.

5 Barb. vot. 97. num. 40. Olea tit. 1. quæst. 1. num. 76. Larrea allegat. 43. num. 21. Rodrig. cap. 4. cit num. fin. Carlev. disp. 11. dicha.

convenirle en el lugar y fuero que al deudor principal, porque por derecho se le trasfiere la hipoteca con este gravamen (1). Pero se deberá tener presente lo primero, que cuando há lugar la ejecucion contra el tercero poseedor, no debe oponer como tal otras excepciones que las que competian al deudor principal en cuyo lugar se subrogó, porque el que sucede en el de alguno debe usar del mismo derecho que este, el cual no puede trasferirle mas que el que tiene; pero podrá usar de las que por su propia persona ó por otra le sufraguen. Y lo segundo, que si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente si es clérigo, y basta citar al deudor (2).

31. En el lib. 2. tit. 4. cap. 19. §. 1. traté, aunque brevemente, de las clases ó especies de bienes que hay, y ofrecí hablar de ellas en este con extension. Los bienes se dividen en *muebles* y *semovientes*, en *raices*, y en *derechos* y *acciones*. Muebles y semovientes son los que segun su naturaleza y sin deshacer su forma se mueven por sí mismos, y pueden ser movidos; y raices los que ni se mueven ni pueden ser movidos (3).

32. Son tambien raices los alfolíes, graneros y hórreos, de que usan en Asturias, y las cubas, tinajas y otras cosas semejantes que por ser grandes no se pueden mover, ó aunque se puedan, estan metidas en la tierra; mas no si no lo estan, y se pueden mover sin deshacer su forma (4). Lo mismo sucede con las tejas, ladrillos, piedra, madera, puertas, ventanas, llaves, cerrojos y demas cosas metidas en la fábrica de la casa ó edificio, ó quitadas para volverlas à meter; como asimismo del molino, sus rodeznos, muelas y demas cosas tocantes á su edificio, hallándose puestos en él ó quitados para volverlos á poner; porque todas estas cosas son de la casa y molino, y se contemplan parte precisa de ellos, y siguen su naturaleza; pero si no se hallan puestas, aunque esten preparadas para este efecto, ó si se quitaron con ánimo de no ponerse, se gradúan por muebles (5).

33. Se estiman igualmente por bienes raices los colmenares de abejas, palomares y estanques de pescados, estando incorporados y metidos en la tierra; y por muebles si se hallan separa-

1 Noguerol allegat. 14. num. 4. Cancer. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 189.

2 Valenz. consil. 116. Noguerol alleg. 3. Salg. *de reg.* part. 4. cap. 14. num. 59.

3 Ley *Moventium*, ff. *de verbor. significat.* Ley 1. tit. 17. Part. 2, y ley 4 tit. 29. Part. 3. Parlad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 3. num. 7 y 8.

4 Ley 1. tit. 17. Part. 2. Hermos. en ella, glos. 1.

5 Ley *Granaria*, §. *Tegulæ*, y ley *Fundo*, §. *Quæ pictæ*, vers. *Item quod insulæ*, ff. *de action. empti*, y ley 28. tit. 5. Part. 5. Hermos. en ella, glos. 4. y en la 29 cit.

dos y son movibles, ó cuando se mencionan solamente las abejas, palomas y pescados (1). El hato de ganado, si se considera con el sitio en que está, se tiene por raiz, y si separado de este, por semoviente (2). Lo propio milita para con los frutos, los cuales estando pendientes en los árboles, viñas, olivos y heredades que los producen son parte del fundo, por lo cual se reputan raices, y si estan cogidos ó separados de ellas, por muebles (3).

34. Los derechos y acciones constituyen la tercera especie de bienes, y por no hallarse declarados en el derecho se graduarán por muebles ó raices, segun la clase á que pertenezcan, y asi las deudas se contemplan muebles porque miran principalmente á la persona, y siempre la siguen, y en ellas se puede hacer ejecucion en defecto de otros bienes, con tal que el deudor confiese el débito, ó conste por instrumento güarentigio, y no de otra suerte (4).

35. Los censos y oficios públicos, aunque sean vitalicios, y los derechos perpetuos que pueden constituir hipoteca y admitir gravamen, son raices, y en cuanto á los réditos de censos distinguen los autores. Si se trata de los anuales y de sus derechos, dicen que se han de numerar entre los bienes raices, y si de los corridos, entre los muebles; como asimismo si lo son de censo redimible, ó del que se constituye hasta cierto tiempo, y de pensiones redimibles; pero yo siempre los graduaré todos de muebles.

36. En los mandamientos ejecutivos se pone la cláusula, *hacedla conforme á derecho*, que es decir, que el alguacil no trabe la ejecucion en bienes que no deben ser ejecutados, pues aunque regularmente hablando se puede hacer ó trabar ejecucion en todas y cualesquiera de las tres clases de bienes expresados, hay varias excepciones que se especificarán en los párrafos 43 y siguientes.

37. Se puede hacer ó trabar la ejecucion en la cosa ó finca dada á enfiteusi, dejando á salvo para el señor del dominio di-

1 En las ediciones de Febrero adicionado y reformado se cita para apoyo de esto la ley 3. tit. 21. Part. 2. que no trata de tal cosa, sino de la nobleza de los hijosdalgo. La ley 1. tit. 17. Part. 2. que distingue los bienes muebles de los raices dice asi: »et las cosas muebles se entienden por aquellas que viven et se mueven por sí naturalmente, otrosí por las cosas que maguer non son vivas que se non pueden mover, pero muévenlas; et raices son las heredades et las labores que se non pueden mover."

2 Ley 3. tit. 21. Part. 2. Hermos. en la 15 tit. 5. part. 5. glos 1. num. 18.

3 Gom. en la ley 70 de Toro, num. 29. Parlad. dicho num. 13. Coverr. lib. 1. *Var.* cap. 3. y cap. 15. num. 1.

4 Ley *A Divo Pio*, 15. §. *Sic quoque judices*, 8 y sig. ff. *de re judicat.*

recto su anual pension; pero si se concedió no para los herederos, sino para los hijos y nietos como tales, no puede embargarse ni venderse, ni mucho menos el dominio util, para satisfacer á los acreedores del enfiteuta, porque este no es dueño absoluto de él, sino por su vida; y de venderse se perjudica á sus sucesores; bien que se podrán secuestrar los frutos para hacerles pago mientras viva, y despues pasará libremente al sucesor (1).

38. Tambien se puede hacer en la cosa que está sujeta á servidumbre, y venderse con esta, y en los frutos y comodidad de alguna finca que competen al usufructuario (2); y por contrato ó delito en los bienes castrenses ó cuasicastrenses del hijo que está bajo la patria potestad, y en los adventicios que posee, si su usufructo no pertenece á su padre; mas no en la propiedad de ellos cuando le pertenece, ni tampoco en su usufructo, excepto que sea por deuda privativa de este (3).

39. Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciables y vendibles, y compeler al deudor á que manifieste su título, y precedida licencia del Soberano los renuncie á favor del comprador. No queriendo hacer la renuncia, la puede dar el juez por hecha, porque estos oficios se venden, ceden, enagenan, hipotecan, dan en pago á los acreedores, y aplican á los herederos del dueño en la particion de sus bienes, como diariamente se ve. Pero si no son renunciables, y espiran con la muerte del cesionario, no se puede hacer ejecucion en ellos, à menos que sea únicamente por la vida de este, pues entonces se puede trabar en sus frutos (4).

40. En la jurisdiccion libre que el deudor tiene en algun pueblo ó sitio, se puede hacer y trabar la ejecucion igualmente que en otra cualquiera finca que lo sea, y por consiguiente se puede embargar, vender, gravar, hipotecar y dar en pago al acreedor por el total de su débito, ó en parte de pago de él si su precio no alcanzare á cubrirle, porque en estos reinos se conceptúa y estima como alhaja patrimonial por ser hereditaria, pero no si está aneja á algun título de los que constituyen gerarquía en el estado, como duque, conde ó marques (5).

1 Salg. *Labyr.* part. 3. cap 3. num. 33. Noguerol allegat. 37. num. 66.

2 Leyes 8, 20 y 21 tit. 31. Part 3. Carlev. tit. 3. disp. 1. num. 20. y disp. 20. num fin.

3 Carlev. tit. 3. disp. 20 num. 6 Parlad. ibi, num. 34. Salg. *de reg.* part. 4. cap. 8. num. 243. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15 num 11.

4 Rodrig. dicho cap. 5. num. 69. Covarr. lib. 3. *Var.* cap 19 num. 6. Avendañ. respon. 38. Castill. *de usufruct.* cap 21.

5 Salg. part. 3. *Labyr.* cap. 4. num. 63.

41. Del propio modo puede trabarse la ejecucion en los bienes dotales de la muger y en sus frutos por la deuda que contrajo antes de casarse, segun se indicó en el párrafo 7, porque pasan al marido con sus cargas, las cuales se deben satisfacer de los del verdadero deudor (1); pero esto se entiende no habiendo otros que la pertenezcan; pues si los hay, se ha de hacer primero en ellos la ejecucion, porque es justo no se irrogue detrimento al marido que creyó tener alivio en los dotales para sostener las cargas del matrimonio.

42. Lo mismo que queda sentado en orden á los frutos dotales cuando la muger contrajo el débito antes de casarse, procede despues de casada por el de su marido, ó por el que ella misma por su hecho propio y con su licencia ha contraido, si en esta puso la cláusula expresada en el lib. 2. tit. 4. cap. 29. §. 16; excepto que excedan de lo necesario para la manutencion de ambos y de sus hijos, ó que ella no haya administrado bien los bienes de su hijo, de quien era tutora, ni tampoco su marido segundo, ó que el débito se hubiere contraido precisamente para mantener á la muger é hijos, pues en estos tres casos se podrán ejecutar los frutos referidos (2).

43. Gozan de excepcion y privilegio para no ser ejecutadas las cosas sagradas y religiosas dedicadas al culto divino (3). En cuanto á si se puede ó no hacer ejecucion en las capillas y sepulturas pertenecientes al deudor, hay variedad de opiniones. Unos dicen absolutamente que no, á menos que se comprendan en la universalidad de bienes, y otros distinguen de este modo: si al tiempo de la ereccion de la iglesia reservó en sí el patrono el derecho de sepulcro (lo propio se ha de decir de la capilla), se puede hacer ejecucion en él, porque es meramente temporal y profano, y cuando hizo la reserva no estaba consagrada la iglesia; y si le adquirió despues de la ereccion, tambien, porque por razon de esta preeminencia es igualmente temporal, y como tal puede venderse y trasferirse al modo que cuando queda profano. Lo mismo afirman del derecho de patronato, especialmente si está anejo á herencia ó mayorazgo, pues puede pasar al acreedor con la universalidad de bienes.

1 Ley *Mulier*, 73. ff. *de jure dot.* Ley *A Divo Pio*, ff. *de re judic.* y leyes 1 y 3. Cod. *de execut. rei judicat.*

2 Ley *Satis*, 4. Cod. *Ex quibus causis pignus vel hipoteca tacite.* Rodrig. dicho cap. 5. num. 70 *Cur. Filip. ilustr.* tom. 1. §. 16. num. 4. part. 2. Carlev. tit. 3. disp. 19

3 Ley 3. tit. 13. Part. 5, y ley 3. tit. 5. lib. 1. Nov. Rec.

44. Está exceptuado de la ejecucion el derecho de usufructuar, porque es personal, y no se trasmite à otro: lo propio milita cuando el deudor tiene el mero uso, por la misma razon (1). Lo están tambien los mármoles, columnas y otras cosas puestas en los edificios para su adorno, excepto que se haga igualmente en estos la ejecucion, porque son parte suya, y de quitarse se causa deformidad (2); y las servidumbres Reales, que son las que unas fincas, ya sean rústicas ó urbanas, deben à otras, á menos que se haga juntamente en las propias alhajas, porque no se pueden separar de ellas (3).

45. Aunque segun varias leyes no debe trabarse ejecucion sino por débitos Reales en la casa morada, armas, caballos y mulas que tuvieren, y en que anduvieren los caballeros é hijosdalgo (4); solamente se observa respecto de la casa morada, y aun si carecen de otros bienes se traba en ella, porque no es justo que el acreedor se quede sin su crédito, que de justicia y en conciencia se le debe, y mas cuando el deudor puede buscar y alquilar otra para vivir, pues su privilegio no se extiende à poder defraudar à su acreedor; pero si estuviese hipotecada especialmente con otros bienes à la seguridad de algun censo ú otro crédito, y el deudor vendiere estos ocultando el gravamen, y se quedare solamente con la casa, aconsejaria yo que en todo se trabase, porque la obligacion sigue la hipoteca, y el comprador debe mirar con quien contrata; y aun cuando en este caso se trabe en la casa sola, no se anulará por el delito que cometió el deudor en la ocultacion del gravamen.

46. Tampoco debe trabarse en las armas y caballos, aunque sea por deuda Real ú otra privilegiada, y carezca de otros bienes (5), ni en las yeguas de vientre, sus crias y caballos que tuvieren los criadores de todos; pues no se debe contar en la valuacion y aprecio de sus haciendas para este efecto (6), ni en los libros de estudiantes y abogados, no obstante que carezcan de otros bienes, porque se equiparan à las armas (7) (*).

1 Leyes 20 y 21. tit. 31. Part. 3. Castill. *de usufruct.* dicho cap. 70. num. 9.

2 Hermos. en la ley 28. tit. 5. Part. 5. glos. 4. num. 4. Castill. lib. 5. *Controv.* cap. 62. num. 13.

3 Ley 12. tit. 31. Part. 3. Parlad. ibi, num. 47 y 48.

4 Leyes 1, 2, 9, 13 y 15. tit. 2. lib. 6, y 13. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. y 23. tit. 21. Part. 2.

5 Ley 1. al fin. tit. 2. lib. 6, y 13. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.

6 Leyes 2 y 5. tit. 29. lib. 7. Nov. Rec.

7 Ley *Advocati*, 14. Cod. *de advocat. diversor. judic.* Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Rec. num. 42 y 43. Parlad. dicho §. 3. num. 18, 22 y 23.

* Lo que aqui dice Febrero en orden á no poderse trabar ejecucion en las armas y caballos, está en contradiccion con lo sentado en el párrafo anterior. El reformador quiso salvarla diciendo las armas y

47. No deben ser ejecutados el estipendio, sueldo ó salario del oficial público, soldado y togado, sino en defecto de otros bienes; ni el de los doctores que enseñan públicamente, como tampoco el de los clérigos (1); y la razon es, porque no se distraigan del ministerio público, regio ó eclesiástico, si les faltan los alimentos en cuyo concepto se les da el sueldo, ni tengan que mendigar en desdoro y oprobio del estado, oficio y empleo, y por la reverencia debida à la iglesia, al Rey y à la república; pues seria injusto fuesen de peor condicion que los menestrales. Asi pues, se les ha de dejar congrua sustentacion à arbitrio del juez, segun su clase, estipendio y familia precisa. En la Corte por lo general se les embarga la tercera parte del sueldo, excepto que sea tan crecido que con la mitad se pueda mantener el deudor, ó que este la ceda al acreedor. Pero de las dos partes que se les deje para alimentarse, han de pagar alquiler de casa, criados y demas cosas semejantes, porque todas son partes de alimentos, pues la tercera es para acreedores de otra clase, à menos que sufrague para todos; lo cual he visto ejecutoriado en el Consejo en pleito sobre alquiler de casa contra un inquilino.

48. En los instrumentos con que los menestrales ó artesanos ejercen sus oficios no debe trabarse ejecucion, porque son precisos para adquirir el diario alimento, y se estiman privilegiados como las armas y los libros (2).

49. No debe hacerse ejecucion en el vestido diario, cama y otras cosas indispensables al uso cotidiano de cualquiera persona, porque no estan comprendidas segun derecho en la obligacion general del deudor, y por dictarlo asi la humanidad (3), excepto que sea por débitos Reales; bien que si el deudor tiene v. gr. cuatro colchones y otras cosas duplicadas y superfluas, en cuanto no son precisas para su uso diario, se le pueden secues-

caballo de otro cualquiera; pero es claro que si las armas y caballo del noble no estan exentas de la ejecucion, menos lo estarán las de un plebeyo, por cuanto aquella exencion se concedió á la nobleza, atendiendo sin duda al servicio militar que hacian los nobles en otros tiempos. El Dr. Sala en su ilustracion del Derecho Real de España, lib. 3. tit. 15. §. 8, dice asi: »No puede trabarse ejecucion en los caballos y las armas que alguno tuviere para *militar* á caballo ó de infante, no siendo deudor del Rey sino de otro particular (ley 13. tit. 31, y ley 1. tit. 2. lib. 6. Nov. Rec.), lo cual en los hijosdalgo y caballeros tiene lugar generalmente en las casas de su morada, mulas, caballos y armas de su cuerpo." (Leyes 1, 9, 13 y 15. tit. 2. lib 6 Nov. Rec.)

1 Ley 3. tit. 27. Part. 3. verb. *Ni en soldado*, y cap. 3. *de solutionibus*.

2 Ley *Estipendia*. Cod. *de execut. rei judicat. Cur. Filip.* part. 2. §. 16. num. 10. Parlad. dicho num. 19.

3 Ley 5. tit 13 Part 5. Parlad. dicho §. 3. num. 24. Rodrig. dicho cap. 5. num. 75.

trar, v. gr. dos colchones &c., dejándole las indispensables, aunque el débito pertenezca al Rey, como lo he visto practicar, practiqué, y se aprobó en juicio.

50. En los bienes de mayorazgo ó sujetos à restitucion, no se debe trabar ejecucion, pero sí en sus rentas, como pertenecientes al deudor, dejándole lo necesario para su decente manutencion en caso que el mayorazgo sea cualificado, ó que à él esté aneja alguna dignidad, ó la tenga su poseedor, y no de otra suerte; excepto que el fundador los haya gravado, pues entonces se pueden embargar y vender, porque no es justo instituya mayorazgo en perjuicio de los acreedores de justicia; pero esto procede cuando el fundador no dejó bienes libres, pues si los hubiere dejado, se ha de hacer previa excusion en ellos, y es lo que se observa. Lo mismo se practica cuando el poseedor los gravó con facultad Real, porque aunque en virtud de ella quedan libres y separados de él hasta en la cantidad del gravamen, esto se entiende subsidiariamente no habiendo dejado bienes libres, ó no alcanzando estos à su solucion. Si no intervino la facultad, tendrá derecho solamente el acreedor á cobrar los réditos durante la vida del constituyente, y si este carece de otros bienes con que reintegrarle su capital, lo perderá. Pero se advierte que concedida facultad para obligar genéricamente por cierta cantidad los bienes de mayorazgo, si esta no se paga, se pueden vender aunque no se especifiquen sin nueva facultad, al modo que concedida licencia al tutor por el juez con conocimiento de causa para obligar los del menor, puede el acreedor en virtud de ella, y sin otra ni nueva solemnidad, venderlos tambien; y asi los acreedores à quienes con Real licencia estan obligados los del mayorazgo, no solo pueden pedir ejecucion contra los frutos ó rentas de este, sino igualmente que se vendan para el pago hasta la concurrente cantidad, como libres (1).

51. En el derecho que alguno tiene à que otro le alimente, no debe hacerse ejecucion, porque es personal, y de consiguiente no se puede renunciar ni trasferir, lo cual se limita en dos casos: el primero cuando se hace solamente en la comodidad ó frutos que debe gozar el alimentario, pues los puede ceder y traspasar por su vida y no mas; y el segundo cuando se hace en los alimentos que el hijo tiene devengados, pues puede hacer lo propio.

1 Mieres *de mejorat.* part. 4. cap. 3. num. 16.

52. Tampoco debe hacerse ejecucion en el pan ó trigo del pósito por las deudas del pueblo (1), ni en cuerpo muerto, el cual no debe ser detenido por deuda, ni el acreedor impedir que se le sepulte (2), ni por lo que está debiendo el deudor, en los bienes que se le legan ó renuncian á su favor con la precisa condicion de que los distribuya entre sus hijos, porque no son suyos sino de estos, que los adquirieron del testador ó renunciante (3).

53. En los bienes propios de la muger casada ni en sus vestidos, no debe trabarse ejecucion por las deudas y fianza que su marido contrajo y constituyó por sí solo antes ó despues de contraer matrimonio, porque no está obligada, ni por consiguiente es responsable á su satisfaccion (4).

54. Por las deudas del concejo no deben ser ejecutados los bienes de sus vecinos, ni las casas del cabildo, pósitos ó alhóndigas, teatros ni lugares públicos, y solo se debe proceder contra los propios y demas bienes que tenga; y careciendo de ellos, deben contribuir los vecinos del pueblo por repartimiento proporcional, segun el caudal de cada uno (5).

55. Las naves extrangeras que traen á estos reinos mercaderías y bastimentos, tampoco deben ser ejecutadas por las deudas de sus dueños, á menos que estos las consignen para su pago (6), pues pueden renunciar su derecho.

56. Los labradores en ningun tiempo del año deben ser ejecutados en sus bueyes, mulas ni otras bestias de arar, ni en los aperos ni aparejos destinados para labrar, ni tampoco en sus sembrados ni barbechos, excepto por deudas Reales, por rentas de las heredades, ó por lo que el dueño de estas les dió para hacer la labor, y aun en estos tres casos han de carecer de otros bienes, y si no tienen mas que un par de bueyes, en ningun caso absolutamente ha de ser embargado (7). Tampoco deben ser presos en el mes de julio y siguientes hasta fin de diciembre, ni en ningun tiempo del año, por deuda que no proceda de delito ni cuasidelito, y el juez ó ejecutor que contravenga á algo de lo que se ha expuesto, incurre en suspension de oficio por un año; el acreedor que lo pide pierde por lo propio la deuda,

1 Ley 2. tit. 20. lib. 7. Nov. Rec.
2 Leyes 12 y 13. tit. 9. Part. 7.
3 Gutierr. in cap. *Quamvis pactum.* num. 6 y 11. Mieres *de majorat.* part. 4. quæst. 19. num. 69. Castill. lib. 5. *Controvers.* cap. 68.
4 Ley 61 de Toro, y ley 1. Cod. *Ad leg. juliam de vi public.*
5 Ley 2. tit. 20. lib. 7, y ley 9. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 2. §. 16. num. 4.
6 Ley 4. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.
7 Leyes 15 y 16. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.

y el labrador queda libre de ella. Asimismo no deben renunciar su fuero ni ser reconvenidos sino en el de su domicilio, ni someterse á otro juez que al corregidor realengo mas cercano, y en los lugares eximidos, al de la cabeza de jurisdiccion de donde se eximieron; por manera que las escrituras que otorguen contra sus privilegios son nulas. Ademas no se han de tomar sus carros, carretas ni bestias sino para el Real servicio (1).

57. No deben ser visitados en los meses de junio, julio ni agosto (2) (*), ni reconvenidos en ellas por deudas, aunque sean Reales (3) (**), ni ejecutados en el pan que cogen de sus labores hasta que le tienen entrojado, en cuyo caso no se ha de vender á menos de la tasa (***), y no habiendo comprador se ha de hacer pago con él al acreedor. Fuera de esto en ningun tiempo del año se les puede prender por deuda que no provenga de delito, sino que sea de las contraidas antes de ser labradores, ni estan obligados á volver el pan que se les presta para sembrar ú otras necesidades en la misma especie, pues cumplen con satisfacerle en dinero segun la tasa (4). Tambien se les deben reservar cien cabezas de ganado, las cuales no pueden embargarse sino por diezmos ó por el alimento del ganado mismo (5); y fuera de estos casos, ó del de contribucion de hermandad, cualquier merino, ejecutor ó persona que los ejecutare, debe ser castigado por los alcaldes de la hermandad (6). Finalmente, á favor de los labradores, artesanos y menestrales, se expidió una Real pragmática en 27 de mayo de 1785, como se dirá en el capítulo siguiente, párrafo 41.

58. En cuanto á si el acreedor, habiendo intentado previamente la via ordinaria, podrá dejarla y pasar á la ejecutiva, varian los autores por falta de decision legal en este punto. Algunos dicen que sí, con tal que pague el reo las expensas que hi-

1 Dichas leyes 15, 16 y 19. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 13. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec.

* Esto es, los jueces ordinarios conforme á la ley 13 que se cita, no pueden visitar en dichos tres meses los lugares de su jurisdiccion, para que no se moleste á los labradores en el tiempo de sus cosechas.

3 Cap. 5 y 7 de la Real cédula é instruccion de 13 de marzo de 1725, que es la ley 15. tit. 22. lib. 6. Nov. Rec.

** En el lugar que se cita solo se dice que *en los tres meses de junio, julio y agosto no se puedan despachar ni despachen audiencias ni ejecutores de las cobranzas de las rentas Reales;* y aun esto no se manda solo en favor de los labradores, sino en general de todos los vecinos de los pueblos, por ser *comun su lamento de los excesos y violencias de los jueces, audiencias y ejecutores.*

*** Bien sabido es que la pragmática de 14 de junio de 1765 derogó las leyes de la tasa de granos.

4 Leyes 8 tit. 19. lib. 7, y 7. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

5 Ley 17. tit 31. lib. 11. Nov. Rec.

6 Ley 14. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.

zo en la ordinaria; pero Carleval, con cuyo dictamen me conformo, pone dos casos. El primero, cuando el acreedor que la eligió pudiendo usar de su derecho en la ejecutiva, se retrae de aquella y pide por esta, en el cual resuelve con mas de treinta autores y algunos textos que cita, que no puede, y que le obsta la excepcion *de litis pendencia*, á menos que el deudor se conforme: lo uno porque por la eleccion de la ordinaria, estando en su mano la ejecutiva, es visto haber renunciado esta: lo otro porque carece de potestad para eludir el juicio que principió y está trabado con el deudor, sin que este lo consienta, porque una vez contestado, pasó á casicontrato; y lo tercero porque lo que solemnemente se principia, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia (1).

59. El segundo caso es cuando el reo, temiendo ser reconvenido por el actor, previene á este por via ordinaria con demanda (que llaman de *jactancia*), exponiendo corresponderle excepcion contra el instrumento ó sentencia que traen aparejada ejecucion, pretendiendo que el juez lo declare asi, en cuyo caso resuelve que la via ordinaria no impide la ejecutiva, y que asi se ha de proseguir esta sin que obste la excepcion de la *litis pendencia*, porque ningun derecho autoriza ni da potestad al deudor para defraudar al acreedor, y quitarle el remedio ejecutivo, que por virtud del instrumento ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en su otorgamiento su voluntad y beneplácito. Amplía esto Carleval, aun cuando la via ordinaria se haya principiado ante un juez eclesiástico, pretextando ser ilícito y usurario el contrato, ó ante un secular, y la ejecutiva ante otro; y lo limita en caso que la excepcion resulte manifiestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entonces habrá lugar á su admision, y obstará para pedir la ejecucion; porque asi como la accion que de él aparece es guarentigia, lo es tambien la excepcion que incluye; y como tiene igual vigor, se debe proseguir y concluir el juicio del reo como preventivo, antes que el pretendido por el actor.

60. Si el acreedor intenta primero la via ejecutiva, y luego pasa á la ordinaria (cuyo caso es distinto de los dos precedentes, y de él no trata Carleval), podrá dejar esta y continuar aquella, pagando al deudor las costas causadas hasta alli en la ordinaria; porque aunque estas dos vias son diversas, no contra-

1 Carlev. *de judic.* tit. 3. disp. 14.

rias; fuera de que la ejecucion está introducida en su favor, y por el uso de la ordinaria no es visto haberla renunciado, excepto que lo exprese; ni al reo se irroga perjuicio mediante que le paga las costas (1).

61. Lo mismo procede cuando en el instrumento concedió facultad el deudor al acreedor para mudar los juicios, y cuando este intentó la ordinaria con protesta de volver á la ejecutiva siempre que quisiere (2). Si el acreedor hubiere ejecutado al deudor ante un juez, no le impide la *litis pendencia* volverle á ejecutar ante otro, y dejar la ejecucion principiada sobre la misma suma, pues la via ejecutiva no puede causar instancia, porque se procede sumariamente en ella, y así en ningun caso obsta la excepcion de estar pendiente (3) (*).

62. Teniendo accion el acreedor contra varios co-reos, fiadores ó mancomunados, no puede (pendiente el pleito con uno de ellos) dejarle é intentarle contra alguno de los otros, despues de contestado; y así primero debe hacer excusion en los bienes de aquel, que dirigir su accion contra los demas (4).

1 Paz tom. 1. part. 4. cap. 1. num. 2 y cap. 3. num. 1. Gutierr. lib. 3. *Pract.* quæst. 39. num. 7. Marant. part. 6. tit. *de instrum.* num. 13.

2 Barbos. vot. 126. num. 10. *Cur. Filip. ilustr.* tom. 1. part. 2. §. 1. num. 7.

3 Noguerol. alleg. 4 num. 26. Salg. *de retent.* part 2. cap. 10. num. 11 Parej *de edition.* tit. 4. resolut. unic §. 6. num. 121. Carlev. tit. 7. disp. 2. num. 16.

* Parladorio es de contrario sentir, fundado en que lo dispuesto acerca de la litispendencia en los juicios ordinarios, debe tener lugar en los ejecutivos, por haber la misma razon para ello; y Salgado le impugna, porque se aparta de la opinion comun de los intérpretes, sin apoyar la suya en ningun fundamento de autoridad. Pero sin embargo, como Salgado y los intérpretes no se apoyan en el derecho patrio, sino en el romano y en otros intérpretes, creo que deberá seguirse la opinion de Parladorio, ya porque parece cosa injusta permitir al acreedor que moleste, y veje á su deudor en muchos tribunales, y ya porque las leyes del reino procuran por muchos medios evitar, cortar y abreviar los pleitos. A vista de estas razones se reputará de poco ó ningun momento la de que la via ejecutiva no puede causar instancia por procederse en ella sumariamente. *Febrero reformado.*

4 Leyes 16 y 23. Cod. *de fidejusorib.*

CAPITULO CUARTO.

Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la ejecucion; con qué orden y en qué dias puede ó no hacerse; qué personas pueden ó no ser presas por deudas, y deben afianzar de saneamiento; por cuánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes ejecutados, y cuándo y cómo se ha de citar de remate al reo ejecutado.

§. 1. Circunstancias necesarias para que se pueda proceder ejecutivamente.

2. Providencia que suelen dar algunos jueces indulgentes antes de despachar el mandamiento ejecutivo, la cual no parece arreglada á derecho.

3. Requisitos que deben intervenir para que no se anule la ejecucion por defecto ó vicio en las diligencias.

4. El orden que previene la ley en cuanto al modo de hacer la traba en los bienes, segun la clase de estos, ¿como deberá entenderse?

5. Puede hacerse la traba en varias cosas ó bienes del deudor, nombrándolas individualmente, ó en una sola, á nombre y voz de las demas.

6. Si el ejecutado formare concurso de acreedores, incluyere en el memorial y se embargaren en consecuencia algunos bienes pertenecientes á otro, ¿que deberá hacer este para reclamarlos?

7. Despachándose la ejecucion contra el fiador, puede señalar bienes que tenga el deudor en su casa ó fuera de ella.

8. La ejecucion se puede mejorar en cualquier estado de la causa á instancia del acreedor.

9. ¿Que deberá hacerse dirigiéndose la ejecucion contra un tercero poseedor, que no es heredero ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria?

10. Los bienes ejecutados deben inventariarse con especificacion y claridad, y depositarse en persona abonada.

11. No hallándose depositario abonado, puede el alguacil entregarlos al acreedor por via de depósito, ó hacer que por su cuenta y riesgo busque quien lo sea.

12. Manifestando la muger su carta de dote, si es legítima, se le ha de nombrar depositaria de los bienes ejecutados, bajo la obligacion que alli se expresa.

13. Hecha la traba se ha de notificar al deudor en perso-

na, pudiendo ser habido, el estado de la ejecucion.

14. No pagando el deudor dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que se le notificó el estado de la ejecucion, incurre en la pena de satisfacer la décima parte mas.

15. Para que el ejecutado mayor de veinticinco años no alegue ignorancia, tiene obligacion el escribano de hacerle saber dicha pena al tiempo de notificarle el estado.

16. Al mismo tiempo le ha de preguntar si tiene ó no por dados los gregones de la ley, y quiere gozar de su término, ó bien que se den.

17. Los bienes ejecutados se deben vender en pública subasta por pregones, ¿y cuando han de darse estos?

18. ¿Cuantos pregones habrán de darse cuando el ejecutado se halle con sus bienes en otra jurisdiccion, ó en pueblo diverso de aquel en que se siga el juicio?

19. ¿En que tiempo se han de dar los pregones cuando se traba la ejecucion en bienes muebles y raices?

20. Aunque el ejecutado renuncie los pregones, es preciso que se pase su término sino le renunció tambien.

21. No deben darse los pregones cuando la ejecucion se traba en dinero que existe en poder del deudor, ó está depositado en el de un tercero.

22. ¿Que se deberá hacer cuando no hay pregonero en el pueblo para dar los pregones?

23. Debe requerirse al ejecutado para que afiance de saneamiento.

24. Esta fianza es de esencia del juicio ejecutivo para que no quede ilusorio.

25 hasta el 43. De las personas que pueden ó no ser presas por deudas.

44. No podrán ser presos ni habrán de dar fianzas de saneamiento aquellos á quienes corresponde el beneficio de competencia, es decir, que no pueden ser reconvenidos en mas de sus posibles por deuda civil, antes bien se les ha de dejar una congrua sustentacion.

45. Tampoco debe ser reconvenido en mas de sus posibles, ni está obligado á responder en juicio, el que hizo legalmente cesion de bienes ó concurso de acreedores.

46. Lo mismo se observa respecto de los duques y otros magnates que forman concurso de acreedores, debiéndoseles suministrar alimentos de sus estados.

47. ¿En que casos no se admite este beneficio de competencia?

48. Cuando el mandamiento se expide únicamente contra

los bienes del deudor, no debe el alguacil ponerle preso aunque carezca de ellos, ó teniéndolos no afiance de saneamiento.

49. Pasado el término de los pregones se ha de citar al deudor en persona (si pudiere ser hallado), de mandato expreso del juez, por escrito y á instancia del acreedor.

50. No dejándose ver el ejecutado, se deben practicar para citarle de remate, las mismas diligencias que para notificarle el estado de la ejecucion.

51. Hallándose el reo fuera del territorio ó jurisdiccion del juez que entiende en los autos ejecutivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio.

52. Cuando los bienes en que se trabó la ejecucion estan poseidos por tercero ó por acreedores conocidos, se les debe citar tambien en sus personas pudiendo ser hallados.

53. Compareciendo por sí en el juicio el ejecutado, ú oponiéndose antes que se le cite de remate, es ociosa la citacion, y no debe darse auto para hacerla.

54. No siendo suficientes los bienes ejecutados para el pago de la deuda, su décima y costas, si por esta razon se hiciere nueva ejecucion, ó la despachada se ampliare ó mejorare en otras, debe ser citado segunda vez el deudor para el remate de estos.

Apéndice á este capítulo.

Real cédula de 16 de setiembre de 1784, declarando lo que se debe observar para que no se dilate el pago de los créditos de artesanos ó menestrales, jornaleros, criados y acreedores alimentarios.

1. Para que se pueda proceder ejecutivamente han de concurrir y debe tener presentes el juez seis circunstancias. 1.ª Que el ejecutante sea parte legítima para pedir la ejecucion, y sin legal prohibicion de comparecer en juicio, lo cual ha de hacer constar al tiempo de pedirla, ya la solicite por sí propio ó en nombre de otro, pues de lo contrario no se debe despachar (1); y que si es cesionario por escritura, la presente, y si por endoso de algun vale, letra ó libranza, reconozca su firma el endosante ó cedente, pues si no la reconoce primero ó no la confiesa el deudor, se anulará la ejecucion, oponiendo este la excepcion de legitimidad de persona, por no acreditar ser cierta

1 Bald in leg. 2. Cod. *de edict. Divi Adriani.* Paz part. 4. tom. 1. cap. 2 num. 8 y 22. Avendañ. *in declaration.* leg. 4 et 5. tit. 8. lib. 3. Ordenam. num. 2. vers. *Primo debet.*

la cesion, y hecha por quien podia hacerla, como lo he visto declarado: 2.ª que si constituyó obligacion de practicar antes por sí alguna cosa, la practique, pues conteniéndola el instrumento, no se ha de expedir el mandamiento hasta que la cumpla, porque debe preceder siempre el cumplimiento de parte del actor (1): 3.ª que si se pide en virtud de confesion, sea clara y de cantidad líquida, porque si hay duda, por leve que sea, no se debe despachar. Si la pide en fuerza de instrumento público, la traiga aparejada, y no sea falso, ni esté roto, cancelado ni sospechoso en parte sustancial, de modo que resulte excepcion legítima, ni que haya prescrito el tiempo prefinido por la ley 63 de Toro para pedir ejecutivamente, ni contenga vicio ni defecto esencial, v. gr. ser traslado sacado sin citacion por escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original, ó no estar suscrita esta como debe por el que le hizo, sino dada por *concuerda* con el protocolo &c.; en estos casos hasta que se purifique y subsane el vicio ó defecto, no se debe despachar, y si se despacha es nula (2): 4.ª que si el instrumento contiene plazo ó condicion, esten cumplidos; pues si antes de cumplirse la pide el acreedor, á mas de que no debe ser oido, debe el juez condenarle en costas, y prorogar ó alargar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba, porque lo mismo es no poder ser reconvenido todavía que no ser deudor (3), para lo cual debe reconocer las escrituras, por si son ó no ejecutivas, y no fiarse de escribanos ignorantes; pues si por haber despachado indebidamente la ejecucion, sea por el motivo que fuere, se diere por nula, debe satisfacer y restituir en pena los derechos que llevare con el cuatrotanto, y las costas á las partes (4), no pudiendo condenar en estas al ejecutante, como algunos hacen, imputándole la culpa que ellos tienen en no examinar como deben las escrituras, por no saber su oficio. Asi lo que debe hacer, es declarar no haber lugar á despachar la ejecucion, y mandar al actor que pida *conforme á derecho*, ó comunicar traslado liso y llano al deudor, y mandarle pagar dentro de tercero dia, con el aditamento *de que si tuviere razon para no pagar, la deduzca dentro del propio término*, sin imponerle aper-

1 Ley *Julianus*, §. *Offerri*, ff. *de action. empt.* Parlad. lib 2. part. 5. §. 1. num. 22. Capic. decis. 17. Rodrig. *de execut.* cap 5. num. 13 y 17.

2 Ley 2. ff. *de fide instrum.* Avendañ. en las leyes 4 y 5. tit. 8 lib. 3. Ordenam. num. 24. Rodrig. dicho cap. 5. num. 16. Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Rec. num. 10. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. limit. 8. §. 12.

3 Ley 45. tit. 2. Part. 3. verb. *Otrosi decimos.* Ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov Rec.

4 Leyes 8. tit. 28, y 11. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. Rodrig. ibi, num. 10.

cibimiento alguno, con lo cual se seguirá el pleito ordinariamente como en dichos casos se debe. Pero si el deudor viene á pobreza, ó se presume que haga fuga, tiene la alternativa el acreedor de pedir la ejecucion antes del plazo, expresando y justificando su insolvencia ó el recelo, pues en este caso se tiene por cumplido, ó que para cuando espire, le asegure la deuda con persona lega, llana y abonada (1): 5.ª que el juez antes de entregar el mandamiento al acreedor, le reciba juramento de cuanto es lo que verdaderamente se está debiendo, y de que no pide maliciosamente la ejecucion, segun lo manda la ley (2), ó que él lo jure en el pedimento, que es lo que regularmente se practica, y surte el propio efecto, lo cual se entiende no siendo heredero del acreedor el que pide, porque si lo fuere, no está obligado à ello por la razon expuesta en el párrafo 10 del capítulo anterior; bien que por omitir el juramento no se vicia la ejecucion, porque la ley no le pone por forma sino por solemnidad, como dicen algunos autores, aunque otros sienten lo contrario. Para no incurrir en la pena de la demasía y de otro tanto que la ley 6. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. impone al acreedor, por pedir mas de lo que legítimamente se le debe, ha de poner en el pedimento esta cláusula: *y protesto admitir en cuenta legítimos y justos pagos*, con la cual se liberta de ella en el caso que explicaré en el capítulo último de este título, porque se restringe y limita á la cantidad à que real y verdaderamente asciende el débito (3), pues muchos acreedores, habiendo percibido algo à cuenta de sus créditos, piden por el todo con malicia, ó por no haber sentado lo que han tomado, y no acordarse: 6.° que respecto estar prohibido al acreedor hacerse justicia de propia autoridad, pena de perder la deuda (4), acuda al juez para que se la haga, y que este lo sea competente del reo ejecutado; pues asi en las causas ejecutivas como en las demas, debe seguir el actor el fuero del reo, y de lo contrario es nulo el mandamiento, por obstarle la excepcion de incompetencia (5), y lo mismo procede cuando se pide en dias en que está prohibido hacer juicio.

1 Ley 17. tit. 13. Part. 5. Rodrig. ibi, num. 11.

2 Ley 6. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Rodrig. ibi, num. 14.

3 Dieg. Per. en la ley 21. tit. 14. lib. 2. Ordenam. glos. 1. vers. *Quod autem*. Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 129. num 3. Paz, ibi, num 18 y 19. Rodrig. ibi, num. 15.

4 Ley 8 tit. 29. lib. 11. Nov. Rec.

5 Salg *de retent* part. 2. cap. 17, y part 3. *de reg.* cap. 3. num 54. Acev. en dicha ley 19. Avendañ. en el título de las excepciones, num. 25. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 2. §. 1.

2. Muchos jueces inferiores indulgentes, porque el deudor tenga mas tiempo para buscar dinero y pagar, y no se le cause extorsion, suelen, aun concurriendo las circunstancias expresadas, mandar *que se le notifique pague dentro de tercero dia con apercibimiento de ejecucion*, y otros *le dan traslado sin perjuicio*, con término breve y perentorio que le prefinen para responder à él, con lo cual no se priva al acreedor de su derecho de ejecutar; pero lo cierto es que siguiendo, segun estan obligados, el rigor de la ley, deben despachar mandamiento ejecutivo contra sus bienes, y especialmente contra los que esten asi obligados, (y tambien contra su persona, à menos que goce de exencion), ó se intente la hipotecaria contra tercero poseedor, por la cantidad pretendida, su décima y costas, sin pedir fianza al acreedor, ni citar al deudor, excepto que sea heredero del que constituyó el débito cedido por el acreedor, pues entonces debe ser citado porque este no podia pedir la ejecucion contra él sin hacer constar antes ser tal heredero; y si hizo inventario con la pureza legal, y no ocultó bienes de la herencia, cumple con entregarlos sin estar obligado à mas, por lo que no se puede proceder contra su persona(1). El mandamiento de ejecucion se ha de entregar al mismo acreedor, y no al alguacil, pena de nulidad de ella, como lo manda la ley (2); lo mismo deben practicar los alcaldes de Corte (3). Sin embargo lo que se hace es entregarle al escribano y alguacil de consentimiento verbal suyo, y no se anula la ejecucion, pues con su consentimiento cesa la razon de la prohibicion legal, y la misma ley prohibitiva.

3. Tres requisitos deben intervenir para que no se anule la ejecucion por defecto ó vicio en las diligencias. 1.° Que no se haga en dias colendos ó festivos por estar prohibido, á menos que el deudor sea sospechoso de fuga, que entonces la necesidad lo dispensa, ni tampoco en los feriados, excepto que en el contrato haya renunciado el deudor el beneficio que en estos le concede el derecho, como antiguamente se hacia en las escrituras; bien que muchos afirman que en los juicios sumarios no se entienden exceptuados los dias feriados, y que por consiguiente se puede hacer en ellos la ejecucion, sobre lo cual véase á Parlad, lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 4; pero no se practica, excepto que proceda habilitacion de unos y otros dias con causa, y asi no lo debe hacer el escribano sin este requisito. 2.° Que pudiendo ser

1 Ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 10. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.
3 Nota 1 del tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

habido el deudor, se le requiera con el mandamiento ejecutivo para que pague la cantidad porque se despachó, y no pagándola señale bienes en que trabar la ejecucion, y se trabe en ciertos, determinados y suficientes á cubrir la deuda, su décima y costas y no general é indistintamente en todos los del deudor, sin especificar los que son (1). 3.° Que la traba se haga precisamente en bienes muebles, en los cuales se comprenden los semovientes segun derecho (2), aunque la ley recopilada no hace mencion de estos: no habiéndolos, debe hacerse en los raices, y à falta de todos, en las deudas, derechos y acciones del deudor, no estando pactado lo contrario en el contrato, cuya orden se requiere por forma, segun la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. que dice: *Porque por no estar declarado por leyes de estos reinos la forma que se ha de tener en las ejecuciones....* sigue especificando el orden referido, y mas abajo dice: *Y por esta forma se haga la ejecucion.... etc.*; de modo que si se invierte dicho orden, como que es sustancial, se vicia el acto, y puede apelar el ejecutado, mas no apelando, queda firme y no se anula (3). Tampoco se anula cuando se traba indistintamente en dinero perteneciente al deudor, y depositado ó existente en poder de otro, ó en réditos ó en pensiones ánuas (4). Pero si el fisco ejecuta por sus rentas, no se observa el orden expuesto.

4. Este orden legal de hacer la traba (que algunos dicen no es sustancial sino respectivo à la solemnidad del juicio, y que por lo mismo aunque se invierta no se vicia el acto, porque se debe atender á la verdad del hecho), tiene lugar cuando la obligacion es meramente personal ó general hipotecaria, pues si fuere hipotecaria especial solamente, sin embargo de que el acreedor pida la ejecucion contra todos y cualesquiera bienes del deudor, y se despache asi, se debe trabar en los especialmente afectos á su responsabilidad: lo primero, porque se presume son suficientes para la solucion de la deuda: lo segundo, porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es visto haber querido que en ellos se trabase; y lo tercero, porque de lo contrario se puede irrogar perjuicio á otro acreedor de inferior grado à quien no esten afectos, ó al terce-

1 Ley 1. Cod. *de jure dominii impetrand.* Paz tom. 1. part. 4. cap. 2. num. 28. Parlad. lib. part. y cap. cit. §. 3. num. 60 y fin.

2 Ley *Moventium*, ff *de verbor. signification.* y ley 10. tit. 33. Part. 7.

3 Ley *Cum ii*, §. *Si prætor*, ff *de transact* Rodrig. dicho cap. 5. num. 29 Parlad §. 3 cit num. 4 y 5. *Cur. Filip. Ilustr.* part. 2. §. 15. num. 10.

4 Carlev. tit 3. disp. 2. num. 5. Parlad. ibi, num. 44 y 45.

ro que los posea, y ademas se debe observar el orden de la obligacion (1). Si luego apareciere que no son suficientes, se puede ampliar la ejecucion y embargo à otros bienes á instancia del acreedor, y asi se practica en la Corte; pero si la escritura contiene tambien la obligacion general, y la ejecucion se despacha contra el que la otorgó, se deberá trabar en sus bienes muebles y demas con arreglo à la ley, é igualmente en los especialmente afectos à la responsabilidad del débito. Lo mismo procede cuando se despacha en virtud de sentencia, pues se debe trabar en las cosas expresadas en ella, y no en otras, sin exceder ni pasar de una à otra (2), como queda sentado, porque hay identidad de razon; bien que en uno y otro caso, si la ejecucion se despacha contra todos, y especial y señaladamente contra los especialmente hipotecados, aunque se trabe en todos no se anulará, porque lo que abunda no daña, y la ley Real ni habla de estos casos, ni por consiguiente prohibe que se practique de esta suerte.

5. Puede hacerse la traba de ejecucion en muchas alhajas ó bienes del deudor nombrándolos individualmente en la diligencia, lo cual es lo seguro, ó en una sola cosa en nombre de las demas que aparezcan pertenecerle al tiempo del remate, segun en la Corte y en otras partes se practica, porque no hay legal prohibicion; bien que esto es peligroso por lo que se dirá en el párrafo 8; y aunque lo regular es, que el deudor, si está presente, nombre y señale los bienes en que se ha de hacer, y si no quiere señalarlos, se le ha de compeler à ello, y prenderle pudiendo ser preso por deuda civil; no obstante, si no se deja ver, tiene facultad el alguacil ó el ejecutor de trabarla en cualesquiera que halle en su casa, porque se presumen suyos, mientras su dueño no haga ver al juez que no lo son; por cuya razon, y porque la ley no habla de este caso, ni por consiguiente hay prohibicion, no se debe anular la ejecucion por no haberlos manifestado el deudor. En este último caso, y en el de que el acreedor los nombre, como puede hacerlo, y no en otro, se debe hacer la traba por *cuenta y riesgo de este*, y expresarlo asi en la diligencia, para que si tocan à otro, como lo ignoran los ministros, no se les impute à culpa su invencible ignorancia: de este modo no deberán ser condenados en las costas causadas

1 Rodrig. ibi, num. 30. Molina *de primog.* lib. 4. cap. 7 num. 2 y sig. Covarr. Lib. 3. *Var.* cap. 18. Paz tom. 1. part. 4. cap. 4. num. 5.

2 Ley 47. tit. 18, y ley 3 al fin. tit. 27. Part. 3.

por declararse nula la ejecucion por este vicio; pero si el deudor los señala, se omitirá dicha expresion para que no sea gravado el acreedor. El alguacil puede entrar en casa del deudor, y hacer la traba y embargo cuando este se oculta ó no parece, una vez que le abran la puerta espontáneamente, pero no allanarla con violencia sin expresa orden judicial, y asi se practica en la Corte, porque la ley no lo prohibe; y aunque el ejecutado le manifieste recibo simple de haber pagado al ejecutante el todo ó parte de la deuda, no debe admitírsele, ni dejar de hacer el embargo y demas diligencias, porque carece de facultad para ello, en este caso debe decirle que le presente á su tiempo al juez, que es el que conoce y debe conocer de si es ó no legítimo con audiencia del ejecutante.

6. Formando concurso de acreedores el ejecutado, si como suyos incluye en el memorial, y se embargan algunos bienes existentes en su poder por via de depósito ó en otra forma semejante, pertenecientes à otro, ó se trabó en ellos la ejecucion; debe acreditarlo la persona à quien pertenezcan ante el mismo juez del concurso, y como uno de los acreedores, seguir con los demas su derecho sobre la prelacion por razon de dominio en los que ignorantemente se le secuestraron en inteligencia de ser propios del concursante.

7. Despachándose la ejecucion contra el fiador, puede nombrar ó señalar bienes que tenga en su casa ó fuera de ella el principal deudor, en los que se trabe (1), y resultando ser agenos, debe el juez oir breve y sumariamente à su dueño, entregárselos, precedida justificacion de su pertenencia, y hacer nuevamente la ejecucion en otros del deudor, como se prueba de la ley 3. tit. 27. Part. 3. que dice: *E si por aventura en cumpliendo el juicio acaeciere contienda sobre las cosas que tomaban para facer la entrega, diciendo algunos que eran suyas, ò que habian derecho en ellas, é non de aquel contra quien fue dada la sentencia; entonce debe el juzgador llanamente saber verdad, si es como dicen; é si fallare que es asi, debe dejar las cosas, é cumplir el juicio en las otras del vencido que fallare que son sin contienda.* Pero el alguacil no debe dejar de embargarlos y depositarlos, aunque el mismo deudor, y el que se titula dueño, digan ser de este, porque como mero ejecutor carece de facul-

1 Olea *de cess. jur.* tit. 5. quæst. 5. num. 43. Castill. lib. 4. *Controv.* cap. 14. num. 29. Noguerol allegat. 21. Parlad. dicha quæst. § 3. num. 59.

tad para declarar á quien tocan, y entregarlos, y asi se han de inventariar con separacion y especificacion, poniendo en la diligencia lo que ocurra, y se exprese por su dueño ó por el ejecutado.

8. La traba de ejecucion es propiamente embargo que se hace de los bienes del deudor para asegurar la deuda, mediante no haberla satisfecho al tiempo que se le requirió con el mandamiento ejecutivo (como pudiendo ser habido, debe hacerse), pues pagando se acaba el juicio. Si se hace en una alhaja en voz y nombre de los demas (lo cual no apruebo, porque se da lugar á que el deudor oculte bienes mientras se sustancie el juicio, y que la sentencia de remate no se pueda dar, ó sea ilusoria), ó especialmente en algunas, se puede mejorar ó ampliar en cualquier estado de la causa á instancia del acreedor, como queda expuesto, ya sea porque no le parezcan suficientes, ó porque presuma que las embargadas tocan á tercero, á cuyo fin en la diligencia de traba se debe poner por via de precaucion la protesta de *mejorar la ejecucion, ó ampliarla en cualquier estado del pleito, siempre que convenga y lo pida el acreedor,* pues asi lo practican los inteligentes.

9. Dirigiéndose la ejecucion contra tercero poseedor, que no es heredero ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, v. gr. del mayorazgo afecto á un censo que otro de diversa linea impuso, se ha de trabar en la alhaja gravada, y no en los bienes libres privativos del tercero, ni en los de otro mayorazgo que posea, y no esten obligados, ni en sus rentas; y no haciéndose en esta forma es nula la ejecucion por el vicio con que se trabó, y opuesto este, se volverá al estado primitivo que tenia antes de trabarse. Pero si se trabare en ellos, y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo util no se vicia por lo inutil, y asi quedará secuestrada esta, y los demas bienes se desembargarán al instante que se pida; lo cual obtuve y ejecutorié en pleito que seguí, y prevengo al escribano para que no cometa semejante absurdo, porque este poseedor ni constituyó obligacion personal, ni la tiene de responder con otros bienes que con los especialmente hipotecados, por no ser heredero ni traer causa del que contrajo la hipoteca.

10. Pero ya se haga la traba en la forma prescrita en el párrafo 8, ó en los bienes que se encuentren pertenecer al deudor, se deben inventariar todos con especificacion, claridad é individualidad, depositar á presencia de tres testigos en persona le-

ga, llana y abonada del pueblo, y no llevarlos á su poder el alguacil, ni dejarlos en el del deudor, porque lo prohibe la ley (1). El alguacil puede apremiar al sugeto que tenga las cualidades referidas á que los reciba en depósito, entregándoselos sin perjuicio de su derecho, si por custodiarlos se le causa algun daño; porque el ser depositario judicial es carga que à todos comprende, y deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarian los acreedores sin poder cobrar sus créditos, y los deudores consumirian los bienes embargados. Si son raices ó juros, censos ú otros efectos redituables, no hay que hacer depósito formal, excepto de los frutos que tengan pendientes y reditúen, y lo que se debe practicar es *requerir á los arrendatarios y demas que deban contribuir con sus rentas al deudor, las retengan á ley de depósito, á orden del juez que conoce de la causa ú otro competente, y no las entreguen á persona alguna sin su mandato, bajo la pena de volverlas á pagar de su caudal no lo cumpliendo*, cuyo requerimiento han de firmar los requeridos, si saben, y acreditar con recibos lo que pagan y estan debiendo, anotándose por el escribano al pie de ellos; de modo que se traba la ejecucion en la alhaja, y se mejora en sus alquileres, réditos y pensiones; y asi à dichos requeridos como al depositario de los muebles, debe dar testimonio expresivo é individual del embargo, si se le piden para su resguardo, sin necesidad de auto judicial.

11. Tambien puede el alguacil entregarlos al acreedor, no en concepto de tal, sino en calidad de depósito, otorgándole à orden y disposicion del juez que conoce de la causa, si no halla depositario de las cualidades referidas, pues no hay prohibicion legal, ó sino hacer que aquel por su cuenta y riesgo busque quien lo sea, lo cual expresará el escribano en la diligencia, haciendo que la firme para que se sepa que le eligió; y en ello se portará de suerte, que ni él ni el alguacil queden descubiertos, pues en estas diligencias y otras semejantes ambos estan expuestos.

12. Manifestando la muger del deudor su carta de dote, si es legítima, si su importe iguala ó excede al débito, y debe ser preferida à este por las razones expuestas en el lib. 1. tit. 2. cap. 4 del privilegio de los bienes dotales, y por otras que se expresarán en el título siguiente, se la ha de nombrar depositaria de los bienes ejecutados con obligacion de responder de ellos, y

1 Ley 1. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. Rodrig. dicho cap. 5. num. 31.

tenerlos à disposicion del juez de la causa, y no hacerle la extorsion de sacarlos de su poder, respecto à que en contradictorio juicio ha de ser pagada en ellos antes que el ejecutante; lo cual se entiende ya esté ó no amparada, como en la Corte se practica, porque el amparo ningun vigor ni prelacion la da, y solo sirve para que los ejecutores no toquen à los conocidos de la muger que consten en el instrumento dotal, y existan. Pero no siendo legítima la dote, ó aunque lo sea, si la muger está obligada con su marido en el contrato ejecutivo, ó este debe ser preferido al dotal, no se la ha de constituir depositaria de ellos, ni tampoco cuando manifiesta instrumento; v. gr. una hijuela ò adjudicacion en que constan los bienes parafernales que adquirió despues de casada, porque estos no son tan privilegiados como los dotales, y el acreedor será tal vez preferido á ella por su crédito.

13. Hecha la traba, se ha de notificar al deudor en persona, pudiendo ser habido, el estado de la ejecucion, ya esté ó no preso, y haya dado ó no la fianza de saneamiento, sin que el acreedor necesite dar pedimento, pues es visto contener el mandamiento ejecutivo virtualmente las circunstancias de hacérsela sin nueva providencia, en aquellas palabras: *hacedla conforme á derecho.* Ademas de no prohibirlo la ley, es diligencia subsidiaria, y consiguiente à la traba y util al acreedor, porque le excusa de gastos y dilaciones; bien que lo mejor es que en el mismo mandamiento se ordene, para evitar dudas, al modo que se hace en las requisitorias de ejecucion, que son para lo mismo. Si no parece el deudor, se debe hacer saber á su muger, hijos, criados ò vecinos mas cercanos (1); para lo cual, precedidas tres diligencias en su busca, como en el juicio ordinario, para la citacion, ha de acudir el ejecutante al juez haciéndoselo presente, y pretendiendo se le deje memoria por escrito, con expresion de los efectos de la notificacion, á lo que debe deferir, y el escribano se la ha de dejar, expresando en el borrador y nota que ponga en los autos, el nombre y apellido que dijo tener la persona á quien lo entregó, quién era y á qué hora se la dió, para que desde esta le pare el perjuicio que haya lugar, cuya hora pondrá tambien en la memoria.

14. No pagando el deudor la cantidad porque se le ejecutó dentro de setenta y dos horas siguientes á la en que se le notificó el estado de la ejecucion (que son tres dias naturales), incur-

1 Ley 14. cerca del fin. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. Rodrig ibi, num. 32.

re en la pena de satisfacer la décima parte mas (1), en donde hay estilo de exigirla, y no de otra suerte; y si mostrare contenta del ejecutante dentro de veinte y cuatro horas, ó depositare llanamente dentro de ellas la deuda en persona lega, llana y abonada ante un alcalde, y por su ausencia ante un regidor, y no ante otra persona, haciéndose saber á su costa el depósito al ejecutante dentro de tercero dia, está libre de pagar décima y otro derecho de ejecucion, no habiendo obligacion de hacer la paga en algun lugar particular, mas no si la hay (2). Pero por esta contenta ó recibo de haber pagado que manifieste á los ministros ejecutores, no han de suspender la traba ni demas diligencias, porque no les toca conocer si es ó no legítimo, y debe producirlo à su tiempo en juicio; pues si se verificase ser legítimo, y que el acreedor pidió indebida y maliciosamente, le condenará el juez en las costas y décima. La paga del débito ha de ser real, efectiva, lisa y llana para no incurrir en la pena de la décima, pues aunque consigne y deposite dentro del término referido su importe, si contradice su entrega, y pide los autos pretextando tiene que excepcionar y probar, no se exime de su pago, á menos que pruebe excepcion con que pueda eludir la ejecucion; porque la consignacion con esta cualidad, no es la paga que se solicita, sino solamente seguridad de ella, y asi se le habrá por opuesto por el mismo hecho, y encargarán à ambos litigantes los diez dias de la ley, sin que haya necesidad de citarle de remate, como á mi instancia se ejecutorió en pleito que seguí, pues con la consignacion cualificada se quedan el deudor y el débito en el mismo estado que tenian antes de hacerla, y los autos en su fuerza y vigor para su prosecucion, hasta que por la sentencia se terminen; lo que es al contrario haciéndose llanamente, pues en este caso se comunica al acreedor, y este en su vista pide que se le entregue el dinero consignado bajo de resguardo, y se acaba la via ejecutiva y el motivo de continuarla con el reintegro de la deuda. Lo mismo procede cuando al tiempo de requerirle con el mandamiento de ejecucion los ministros, les paga la cantidad porque se despachó, y contradice su entrega al acreedor, pues no se han de suspender las diligencias, antes si proseguirse del mismo modo que si no la entregara.

15. Para que el ejecutado mayor de veinticinco años no ale-

1 Ley 17. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.
2 Leyes 15 y 16. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.

que ignorancia, tiene obligacion el escribano de hacerle saber la referida pena al tiempo que le notifica el estado, apercibiéndole con ello y con las costas, si no paga la deuda en el término de las setenta y dos horas; como tambien la tiene de expresar en la notificacion la hora en que se la hace; y no practicándolo asi, debe pagar al acreedor el daño que se le cause, y es nula la ejecucion (1). Lo propio debe hacer en la memoria ó cédula que le deje cuando no pudo ser habido; pero si en el pueblo no hay estilo de exigir la décima, no ha de mencionarla en la notificacion.

16. Le ha de preguntar al mismo tiempo: *si da ó no los pregones de la ley por dados, y quiere gozar de su término, ó que se den, ó si los renuncia con su término tambien*, y poner la respuesta que dé; bien entendido, que si responde que los renuncia, y tambien su término, debe hacer que firme la diligencia, y si no quiere, ó no sabe escribir, decirle que haga la renuncia del término por pedimento ante el juez, y de esta suerte queda á cubierto el escribano, y no puede alegar el ejecutado que es supuesta la renuncia del término; pero en cuanto à la de los pregones, protestando gozar de este, bien puede admitírsela el escribano, aunque no firme, porque de ello no se le sigue perjuicio, antes sí, beneficio en evitar los gastos de darlos, si dentro de él paga. El menor y los que gozan del privilegio de menor edad, no pueden renunciarlos, por estarles prohibido renunciar los beneficios que les concede el derecho (2); y asi interviniendo estas personas, no se deben omitir los pregones, para evitar la nulidad que por su defecto puedan alegar.

17. Los bienes ejecutados se deben vender en pública subasta ó almoneda por pregones segun la ley, y estos han de darse luego que se hace la traba y notifica el estado de la ejecucion, no habiéndolos renunciado el deudor, como puede, pues á ninguno está prohibido renunciar lo que está establecido en su privativa utilidad, y deben ser tres en esta forma. Si son raices en cada nueve dias uno, de modo que se pasen treinta, á saber: los veintisiete que han de mediar en tres nueves de pregon á pregon, y los tres en que estos se han de dar; y si son muebles en nueve dias, cada tres uno (3), los cuales componen doce, pues la práctica ha introducido que los dias en que se dan no se cuenten, y en los pregones se han de especificar los bienes que se

1 Ley 14. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 5. tit. 19. Part. 6.
3 Ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

venden, y las posturas que se hacen à ellos, como tambien en los carteles ó edictos que se fijen. Si la ejecucion se despacha contra derechos y acciones, se han de dar de tres en tres dias, en caso de que estas pertenezcan à bienes muebles, y si á raices, de nueve en nueve, porque las acciones siguen la naturaleza de los bienes á que competen, y se juzgan por las propias reglas. Todos los dias en que se den, han de ser útiles y no feriados ni colendos, pues dándose en estos, son nulos por estar prohibido en ellos todo juicio civil sin causa urgente. Lo mismo digo de aquellos en que se fijen edictos ó cédulas para la venta, ó para emplazar ó llamar judicialmente en causa civil á parientes, acreedores ú otros, y de ello se debe poner fe expresiva é individual en los autos. Pero si la deuda es fiscal ó de casos de hermandad, se han de pregonar los bienes raices por solos nueve dias tambien útiles en cada tres un pregon, y los muebles por tres, en cada uno el suyo (1); y aunque de lo expuesto se deduce que los bienes se deben valuar primero que se pregonen, é inmediatamente que se notifica el estado de la ejecucion (pues ignorándose su valor, nadie se moverá á hacer postura), no se observa en la Corte, porque durante el término de los pregones, y el de los diez dias, podrá tal vez el deudor facilitar el pago de la deuda, ó acreditar no serlo, y no es justo gravarle con expensas de tasacion y pregones inútiles; y asi hasta que la causa se sentencie de remate, ni se tasan ni pregonan, sin embargo de lo que dispone la ley, cuya práctica, como mas equitativa y arreglada, es la que observaré en la extension de las diligencias de este juicio. Los pregones se deben dar á las puertas del oficio del escribano originario, ó de la audiencia, ó en los parages públicos que haya costumbre en el pueblo, para que llegue á noticia de sus vecinos, pues la ley ninguno señala; y aunque el pregonero es persona pública, y por esta razon parece bastaria su certificacion jurada y expresiva de cuantos dió, y en qué dias y parages, mejor es que los presencie el escribano para que pueda dar fe de ello, los extienda en los autos con separacion de cada uno, y no se dude de que se dieron, y asi se practica en la Corte, porque en el pregonero ninguna autoridad reside como en el escribano, y por consiguiente no hace la fe que este.

18. Hallándose el ejecutado con sus bienes en otra jurisdiccion, ó en pueblo diverso de aquel en que se siga el juicio, aunque sea de la misma, se han de dar cuatro pregones, el primero

1 Leyes 43. tit. 13. lib. 8, 17 y 18. tit. 7. lib. 9. Rec., que estan suprimidas en la Nov.

en el lugar en que habita, y los demas en el del juicio (1). Si se dan en menor tiempo que el mencionado, es preciso que se vuelvan á dar de nuevo, no obstante que para ello intervenga consentimiento del ejecutado, en cuyo caso es nula la ejecucion, mas no dándose en mayor (2).

19. Cuando se trabó la ejecucion en bienes muebles y raices, se deben dar los pregones en los treinta dias prefinidos para estos, sin ser necesario darlos tambien en los nueve de aquellos, porque en el término mayor se incluye y comprende el menor. Si se mejoró ó hizo de nuevo en otros que no se pregonaron, es indispensable hacer con ellos lo que con los primeros, segun sean (3). Si se trabó en muebles, y amplió ó mejoró en raices, se han de dar en los treinta dias, porque esta mejora es continuacion de la traba ó embargo, y es lo mismo que si se principiara por ellos, por lo que en ninguno de los casos en que hay bienes raices basta pregonarlos solamente en los nueve dias; todo lo cual se entiende, aunque se haya trabado en una alhaja en voz y nombre de las demas que se embargaren y parecieren pertenecer al deudor al tiempo del remate; porque como los pregones se dirigen á que llegue á noticia pública la venta, y á llamar á los compradores para que hagan postura y mejora en los bienes ejecutados, si no consta especialmente cuales son, y sus tasas, mal podrán moverse á comprarlos, ponerles precio, ni pujarlos.

20. Aunque el ejecutado renuncie como puede los pregones, es preciso que se pase su término si no le renunció tambien (4), porque la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. le pone por forma, segun se prueba de sus palabras: *y dados los pregones*; lo cual procede, aunque se omita la protesta referida en el párrafo 16, porque esta se pone por estilo, y para desvanecer cualquier escrúpulo que pueda ofrecerse, y todo motivo de cavilacion maliciosa y dilatoria, y asi por carecer de ella no dejará de pasar el término, ni se anulará la ejecucion. Los dias de término se deben contar como si se dieran los pregones, y por consiguiente han de ser útiles todos los treinta, respecto querer gozar de ellos el ejecutado, y es lo que se practica en la Corte.

21. No deben darse los pregones cuando la ejecucion se trabó en dinero existente en poder del deudor, ó está depositado

1 Ley 13. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.
2 Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 11. num. 3. Parlad. §. 8. cit. num. 7 y 8. Rodrig. dicho cap. 5. num. 81.
3 *Cur. Filip.* part. 2. §. 18 num. 5 y 6.
4 Paz part. 5. *Prax.* cap. 2. num. 39. Rodrig. cap. 5. y num 81 dichos. Covarr. ibi.

en el de un tercero, porque como no se ha de vender, antes bien con él se ha de hacer pago al acreedor que lo pretende, cesa la razon de la ley, y asi se le ha de citar de remate luego que se le notifique el estado de la ejecucion, sin preguntarle si los renuncia, para que se oponga à ella, excepcione y pruebe en el término legal lo que le convenga, y seguirse la via ejecutiva en igual forma, á excepcion de la subasta y pregones. Lo mismo debe practicarse cuando la obligacion del ejecutado es de pagar en especie determinada, v. gr. trigo, aceite &c. y la ejecucion se trabó en ella, porque en la propia especie se ha de hacer el pago (1), y asi no hay que dar pregones respecto que no ha de haber venta, ni en la sentencia se debe mandar que se haga trance y remate de los bienes ejecutados, si no que se vaya por la ejecucion adelante, y con los bienes ejecutados se haga pago al acreedor, porque lo contrario seria un error.

22. Si no hay pregonero en el pueblo, como en muchísimos sucede, basta fijar edictos ó cédulas en los parages públicos del mismo, y de aquel en que estan sitos los bienes ejecutados, en los dias útiles expresados, poniendo el escribano o escribanos respectivos fe de su fijacion en los autos, con insercion literal de la cédula y especificacion de los sitios en que se fijaron, celebrándose públicamente á su tiempo con la solemnidad legal y sin fraude, la venta y remate ante el juez del pueblo del juicio, si existen alli (2), y si no, en virtud de su especial comision, y no de otra suerte, ante el del territorio en que esten.

23. No solo se ha de hacer la traba y notificar al deudor el estado de la ejecucion, sino que antes ó despues de notificársele debe requerirle el alguacil que afiance de saneamiento de los bienes ejecutados, aunque sean raices, y que no lo haciendo le pondrá preso (3). Verdad es que parece muy duro y rigoroso, que al que tiene bienes para pagar, se le prive de su natural libertad, pero sin embargo no se debe dispensar de la prision al que no sea privilegiado, porque asi lo manda la ley, à fin de evitar el daño del acreedor, si los bienes no son tal vez del deudor, ó aun cuando lo sean, si se hallan gravados con otras deudas anteriores; y asi no lo omitirá el alguacil, porque se expone á ser condenado ó multado; advirtiéndole que no basta que el

1 Ley *A Divo Pio*, 15. §. *Set etsi pecunia*, 11. Carlev. *de judic.* tit 3. disp. 2. num. 1. *Cur. Filip.* ibi, num 8.

2 Avendañ. *de exequend. mandat.* part. 2. cap. 12. num. 2. Parlad. dicho. §. 8. num. 5. Rodrig ibi, num 80.

3 Baez *de inope debitore*, cap. 1. num. 27. Parlad lib 2 cap. fin. part. 5. §. 5. num 4. Rodrig. cap. 5. cit. num. 33.

deudor dé caucion, porque esta es una nuda promesa sin prendas ni fianza. Si se le manda darla *plena* y suficientemente, debe asegurar con bienes ó fiadores abonados. Esta fianza es de sustancia del juicio, segun se prueba de la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. que dice: *Mandando por él* (habla del mandamiento de ejecucion) *que se haga la ejecucion en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raices, con fianzas de saneamiento, y que en defecto de dichas fianzas sea preso el deudor.* El fiador ha de ser sugeto lego, llano y abonado, que no goce de fuero, que pueda ser reconvenido con facilidad, y por consiguiente que exista en el pueblo del juicio, ó al menos dentro de la provincia, y no en otra; que tenga bienes conocidos, que no sea clérigo, noble, soldado, muger, menor ni otro privilegiado (1); ni tampoco labrador, sino por otro labrador (2); y finalmente que asegure *que los bienes ejecutados son libres y propios del deudor, y serán suficientes al tiempo del remate para la satisfacion del principal, décima y costas; y en su defecto obligarse á satisfacerlo todo, ó lo que falte con los suyos, hecha previa excusion en los del deudor; y no lo haciendo, que le apremie á ello por todo rigor de derecho, y via ejecutiva del juez de la causa.* De esta fianza se ha de hacer protocolo, y poner copia en los autos, y no extenderse en ellos, porque la ley manda que de todos los instrumentos se haga. El fiador idóneo no ha de estar preso durante la ejecucion del principal.

24. Esta fianza es de esencia del juicio ejecutivo para que no quede ilusorio, y no dándola el ejecutado, ha de ser preso, aun cuando presente testigos que aseguren que los bienes son suyos, ó constituya la de la *Haz*, ó de estar à derecho (3); y asi el alguacil no debe remitirla, ni en su defecto dejar de prenderle, ya sean muebles ó raices sus bienes, por las razones expresadas en el párrafo anterior, excepto en el caso que expresaré en el párrafo 48, porque de no hacerlo, se expone á ser condenado al pago, si luego salen fallidos en todo ó parte, como lo ví ejecutado en la Corte, reservándole, como tambien al escribano, la repeticion contra el deudor.

25. Hay personas que si no dan la citada fianza han de ser presas: hay otras que absolutamente hablando, ni deben darla, ni por consiguiente ser encarceladas por deuda puramente civil; y hay otras que tampoco deben darla, ni ser presas ni reconve-

1 Ley 2. tit. 12. Part. 5.
2 Ley 7. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.
3 Parlad. part. 5. dicha, §. 6. num. 7. *Cur. Filip.* part. 2. §. 17. num. 2.

nidas por mas de lo que puedan pagar, porque gozan del beneficio que llaman de la competencia. Las que deben darla, y de lo contrario ser presas, son todas las que no gozan del privilegio de nobleza, ú otro que de ello las exima, ya sean jóvenes ó ancianas, porque la ley 12 citada habla indistinta y absolutamente, y á ninguna edad exceptúa; pero esta prision no se debe entender rigorosamente como suena, quiero decir, que no se ha de afligir ni molestar al deudor con prisiones, sino solamente detenerle en la carcel sin ellas hasta que pague ó se le mande soltar: lo contrario, ademas de ser injusto (porque la carcel no fue establecida para castigar, sino para custodiar á los presos mientras se sustancian y determinan sus causas), está prohibido por la ley 8. tit. 28. lib. 11. Nov Rec.; bien que acerca de lo que sobre esto pasa en los pueblos, especialmente si intervienen resentimientos, hay mucho que decir, y mucho mas que corregir, pues llega el tiempo de la venganza, y se presenta la ocasion para usar de ella á medida del deseo.

26. No deben ser presas por deuda puramente civil, ni por consiguiente estan obligadas á dar fianza de saneamiento las personas que gozan del citado privilegio, pues estan exceptuadas por la referida ley 12, que dice: *Mandando por él* (habla del mandamiento) *que se haga la ejecucion en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raices con fianzas de saneamiento; y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor, no siendo tal que conforme á las leyes de estos reinos no pueda ser preso por deuda....* y son los hijosdalgo y nobles, constando serlo, y estar recibidos por tales en el pueblo del juicio, ó en el que habitan. Pero lo podrán ser, si la deuda procede de delito ó cuasidelito, ó por ocultacion probada de sus bienes y alzarse con ellos, ó por pechos y derechos pertenecientes al Rey, y no otro, ó por rescate suyo y de sus parientes cautivos (1), ó por haber negado ser nobles al tiempo del contrato, pues por el engaño no les sufraga el privilegio para aquel caso, antes bien le quebrantan, y el que niega la cualidad ó privilegio concedido á su persona, le pierde (2), ó por dimanar el débito de mala y fraudulenta administracion de tutela, si se prueba, porque es delito (3), ó por cometer hurto, ó por ejercer algun oficio vil,

1 Ley 2 y 10. tit 6, y 4. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 2. §. 17. num. 7 al 10, y otros que cita.

2 Ley 1. Cod. *Ad Macedonian.* Gom. en la 79 de Toro, num. 4. y lib. 2. *Var.* cap. 11. num 54.

3 Bald. in leg. 1 §. 1. vers. *Tutores*, ff. *de falsis.* Ley 3. §. *Tutores*, ff. *de sus.*

pues mientras lo usan se consideran en la clase de viles (1), ó por ser hijos espurios, à los cuales, aunque su padre sea noble, no compete el privilegio de nobleza, antes bien son reputados por infames (2); pero los nacidos de legítimo matrimonio, y los naturales reconocidos por su padre, gozan de él (3); ó por cometer infamia, pues el que se hace infame, pierde todos los honores que obtenia, y no puede obtener otros si se le prueba la infamia (4). Algunos autores son de parecer, que si el noble fia á alguno en causa criminal, podrá ser preso por la condenacion aplicada al fisco; pero lo contrario es lo mas seguro, porque aunque este débito dimane de delito, no le ha cometido el fiador, que es del que habla la ley, y asi debe ser personal; y aunque los mismos interpretando à su arbitrio la citada ley, dicen que esta exime al noble de la prision por la deuda, mas no por dar la fianza, no debe seguirse esta voluntaria interpretacion por ser contraria à la misma ley, pues en este caso se verificaria, que no debiendo ser preso por lo principal, que es la deuda, lo era por lo accesorio, que es la fianza ò seguridad de ella (*).

27. La nobleza, exencion ó hidalguía de estos reinos de Castilla es de dos clases, á saber, de privilegio y de sangre. La de privilegio es la que los Soberanos, como fuente de toda honra civil por la potestad que tienen (5), conceden à algunos en remuneracion de los méritos y servicios hechos à su Real Persona ó à su Corona, para que la gocen en los términos contenidos en los títulos ó cartas que se les expiden, como lo dice la ley 7. tit. 2. lib. 6. Nov. Rec. De modo que no basta hacer los servicios, pues de esta suerte hubiera infinitos nobles, sino que es menester que el Príncipe los estime y declare por tales para gozar la franqueza y privilegio. Estos títulos ó cartas se llaman *privilegios de nobleza*, y se dividen en tres clases. La primera es una concesion de exencion de determinados tributos y cargas personales, y de las franquezas y libertades que gozan los hijosdalgo con ciertas condicciones y restricciones, y los que obtienen estos títulos, sus hijos y descendientes no son ni se deben llamar *hidalgos*, sino propia y adecuadamente *exentos*. La segunda

pect. tutor. Cur. Filip. ibi, num. 12.

1 Leyes 12 y fin tit. 21. Part. 2.

2 Leyes 1 y 3. tit. 15. Part. 4.

3 Leyes 6, 7 y 9 tit. 5. Part. 4.

4 Ley 7. tit. 6. Part. 7.

* En el lib. 1. tit. 1. cap. 2, hablando del estado civil de las personas, se indicaron de paso los principales privilegios de la nobleza, sin entrar en los pormenores que acerca de ella sienta aqui el autor.

5 Ley 6. tit. 27. Part. 2.

clase es, aquella en que los señores concedentes dicen que los *agraciados sean tenidos por hijosdalgo*, y asi gozan sus personas de todas las honras concedidas à estos. Y la tercera es, cuando dicen expresamente *que los hacen hijosdalgo, y á sus descendientes, y que sean habidos y tenidos por tales etc.* con las demas cláusulas que se acostumbran poner en semejantes rescriptos. Los que obtuvieren este privilegio y su posteridad legítima y natural, gozarán de las inmunidades, distinciones y franquezas que los hijosdalgo llamados *de sangre*, y se les debe sentar entre los hijosdalgo del pueblo en que habitan, copiándose en los libros de padrones el privilegio para que jamas se dude de su concesion.

28. Hay otra clase de privilegios de nobleza que rigorosamente no lo son, sino una declaracion de hidalguia, en que el Rey dispensando en uso de su potestad soberana las escrupulosas formalidades que la ley de Córdoba prescribe para probarla, expresa *hallarse certificado de que el padre, abuelo y demas ascendientes del pretendiente son hijosdalgo de sangre de solar conocido, y que por tener entera noticia de sus personas y nobleza los declara por tales, y manda se les guarden las exenciones que les corresponden etc.*, cuya declaracion no les concede nueva nobleza, y solo aclara la que tenian para que no esté encubierta, oscura ni confundida, como hasta entonces, segun à muchisimos sucede por su pobreza y otros acasos. Para conseguir esta declaracion, lo cual es bastante árduo y dificil, debe el pretendiente presentar à su Magestad en derechura por la via reservada de Gracia y Justicia, y no à la Cámara, no solo informacion judicial de testigos que declaren por fama pública y oidas à sus mayores, y estos à los suyos, que desciende de aquella casa y familia por linea varonil legítima, sino las partidas, testamentos y demas documentos que acreditan su derivacion, y testimonios de los empadronamientos de nobleza de la familia, y sugeto con quien quieren entroncar, sacado y hecho todo con la respectiva citacion de procuradores síndicos, del mismo modo que si litigare en la chancillería, sin encontrar provision para sacarlos. Si se le admite, debe hacer el competente servicio, al modo que si solicitara privilegio de nobleza, por no tenerla, cuyo servicio segun el arancel actual, es de cuarenta mil reales por cada interesado, los cuales atendiendo à la mas ó menos justificacion é inmediacion del entronque, puede reducir la Cámara (à quien su Magestad lo remite todo para que le consulte) à treinta ó à veinticinco mil, y à demas

de este servicio hay que hacer otros gastos crecidos (1).

29. La nobleza, exencion ó hidalguía de sangre es la que se hereda de aquellos à quienes se concedió, y en quienes tuvo principio, como se prueba de la ley 3. tit. 21. Part. 2. Aunque la nobleza obtenida en el dia y la heredada de mil años há, como dimanada de una propia fuente, y concedida con iguales prerogativas, es la misma en la esencia, y solo se diferencia en la antigüedad, y en que para el sugeto à quien se concede es de privilegio, porque no precediendo este no puede haberla, y para sus hijos y descendientes es de sangre, por haberla heredado; y en que ni sus hijos ni el concesionario podrán cruzarse si el estatuto la pide de padres y abuelos; pero tan nobles son los unos como los otros respecto que gozan de iguales franquezas. Esta nobleza ha de provenir precisamente del padre, por lo que si este la goza, aunque la madre no la tenga, serán hidalgos sus hijos legítimos y naturales, pero no al contrario, porque la muger es el fin de la familia, y á nadie ennoblece por sí sola. Si la madre la tiene tambien, serán nobles, como expresa la misma ley, y la 1.ª tit. 11. Part. 7. El hidalgo y el noble no se diferencian en el goce de exenciones.

30. Como no puede haber nobleza, exencion ó franqueza civil sin que el Príncipe la conceda, tampoco se presume sino se prueba, y asi debe justificarla el que alegue tenerla (2). La prueba de la concedida se califica por el título ó privilegio de su concesion, y de esta no se debe dudar porque el mismo título la acredita. La prueba de la que llaman de sangre, cuya concesion no consta, se hace ó de *posesion local*, ó de *posesion general*, ó de *propiedad posesoria*. Para la posesion local es suficiente probar, que el pretendiente y su padre han estado en posesion de hijosdalgo por espacio de veinte años (3), y al que lo justifica se manda guardar la posesion *vel quasi* de hijodalgo en el lugar donda vive solamente, por lo que se lla-

1 En la Real cédula de 21 de diciembre de 1800 se dice lo siguiente. Cap. 25. *Las legitimaciones extraordinarias para heredar y gozar de la nobleza de sus padres á hijos de caballeros profesos de las órdenes, de clérigos y de casados*, sirvan con mil ducados de vellon, siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios; pero comprendiendo las circunstancias de gozar de la nobleza de sus padres con treinta mil reales; entendiéndose en uno y otro caso por cada hijo ó hija que lo solicite. = Cap. 35. Los privilegios de hidalguía sirvan con cincuenta mil reales, y se tendrán en consideracion las circunstancias y estado de familia del que lo solicite. = Cap. 36. La declaracion de hidalguía ó nobleza de sangre, sirva con cuarenta mil reales, y se tendrá igual consideracion de las circunstancias y estado de la familia que lo solicite.

2 Ley 4. tit. 27 lib. 11. Nov. Rec. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 16. num. 10.

3 Dicha ley 4.

ma vulgarmente *hidalgo de canales adentro ó local,* dando á entender que en saliendo de él ya no lo es. Para la posesion general es necesario probar de tres personas, á saber, del pretendiente, su padre y abuelo por igual tiempo de veinte años continuos y cumplidos; y al que asi probare, se manda amparar en la posesion *vel quasi* de hidalguía, y que generalmente le sea guardada; bien que no queda declarado hijodalgo en propiedad, porque este litigio se reserva al procurador fiscal y al concejo colitigante para que sigan su derecho; y si obtienen despues se manda despojar de la posesion al pretendiente (como lo he visto); pero entre tanto goza de todos los honores é inmunidades que los hijosdalgo en propiedad posesoria, en virtud de la sentencia primera de amparo (1); y para la propiedad posesoria, aunque en lo antiguo era preciso justificar la posesion de cuatro personas, que son el pretendiente, su padre, abuelo y visabuelo (2), hoy es suficiente probarla de sí, su padre y abuelo, con tal que ademas se pruebe la inmemorial (3), y probando en estos términos se expide ejecutoria, por la cual se declara hijodalgo al pretendiente, y causa tanta notoriedad, que no se debe dudar ya de la posesion de su hidalguía y nobleza de sangre, porque induce perpetuo silencio y civil seguridad, y como cosa juzgada se tiene por verdadera; y sus viudas mientras conserven castidad, y no se casen, gozan de la misma hidalguía (4). Esta es la mayor parte de la nobleza que hay, y viene á ser nada mas que posesion declarada de ella, pero no propiedad, porque para esta es menester, ó acreditarla por medio del privilegio expedido al primero que empezó á gozarla (el cual es el verdadero título de ella, y sin él no puede haberla, sino solamente posesion de su goce), ó justificar descender de casa y solar conocido por noble, cuyas dos clases de nobleza ó exencion civil, son las verdaderas y no la de mera posesion, porque para adquirir esta en los pueblos hay muchos amaños que la facilitan, mayormente con el dinero que hace valer todas las pretensiones del que le tiene; y si se hiciera presentar á cada uno el privilegio concedido á su persona ó ascendencia varonil, no quedaria la tercera parte de los que indebidamente la gozan, ni por consiguiente causarian tantos daños en los pueblos como causan.

31. Estan comparados los hijosdalgo de ejecutoria, en cuan-

1 Dicha ley 4.

2 Ley 2. cerca del fin, verb. *E por ende*, tit. 21. Part. 2.

3 Leyes 3. tit. 2. lib. 6, y 4. tit. 27. lib. 11. Nov. Rec. Garcia glos. 7. num. 16, y 27. glos 12. num. 1, y glos. 18. num. 7. Otalor. part. 3. cap. 6. num. 1.

4 Ley 2. tit. 27 lib. 11. Nov. Rec.

to al goce de exenciones, á los de *solar conocido*, infanzones ó gentiles, que son aquellos cuya hidalguía es notoria á todos los de la provincia en que habitan. La notoriedad se causa por ser descendientes de casa y solar que de todos es conocido por noble, y no existe en tierra llana, que poblaron los sarracenos, sino en la montaña, ó en Galicia, Asturias, Guipúzcoa, Vizcaya, Navarra, en donde se refugiaron y reunieron las reliquias de los católicos para defenderse de los mahometanos cuando hicieron su irrupcion en estos dominios; y exterminarlos de las Castillas y demas provincias de que se apoderaron; y aunque la concesion de su nobleza no conste, ni se pueda probar por el gran trascurso del tiempo y calamidad que se padeció hasta que se consiguió la total expulsion de estos, se presume haberse concedido al que edificó el solar por los servicios hechos á la Corona y á la patria, como digno por ellos de remuneracion, se le distinguió y permitió edificarle, poniendo en él sus armas y distintivo, lo cual no se le permitiria de otra suerte; y asi esta hidalguía por su antigüedad es la mas aventajada (1). El nombre de *solariego* ó *hidalgo* es mas antiguo que los de *infanzon* ó gentil, aunque se entienden por una misma cosa (2).

32. Aunque no consta el origen de esta palabra solar, de donde se deriva el nombre de *solariego*, se entiende por el suelo en que está edificada la casa del que sirviendo á su patria y exponiendo su vida por ella, obtuvo la nobleza, y por la misma casa ó edificio primitivo, cuyos dueños se denominaron *señores solariegos;* que quiere decir *señores de vasallos*, y sus descendientes por línea masculina *hijosdalgo de solar conocido*, para denotar la nobleza de sus progenitores, que en los edificios propios que habitaron, dejaron signos demostrativos de ella, perpetuando su memoria en cosas permanentes; pero han de ser poseidos por herencia y varonía, y sin particion, por lo que sin embargo de que los compre el que no goza de la nobleza, no se titulará noble.

33. De la nobleza del ejecutado puede conocer sumaria é incidentemente el juez que entiende en la ejecucion, y determinarla oyendo al ejecutante, cuya determinacion á nadie mas perjudica que á este; y durante el litigio ha de ser suelto el ejecutado bajo la fianza de la *Haz*, sin ser necesario remitir la causa sobre este artículo á los alcaldes de hijosdalgo de la chancille-

1 Ley 7. tit. 21. Part 2 al fin.
2 Salazar de Mendoza: *Origen de las dignidades seculares*, cap. 7. ley 1. de los Godos. Moren. disc. 4. num. 1 al 10.

ría. No dando esta fianza, ha de subsistir en la carcel; pero si la nobleza del ejecutado es notoria, y por tal la alega, en este caso recibida informacion de su notoriedad y posesion, debe ser suelto sin fianza alguna (1), y por consiguiente queda libre de dar la de saneamiento.

34. Sin embargo de que el ejecutado manifieste al escribano y alguacil que van à ejecutarle papeles que acrediten haber gozado nobleza sus ascendientes en otro pueblo, ó les conste por otro medio que lo es, no deben por eso dejar de ponerle preso, si carece de bienes, ó teniéndolos no afianza de saneamiento, à menos que exhiba mandamiento de amparo de algun juez de aquel pueblo (como en la Corte le solian dar los alcaldes de ella antes de habérseles prohibido), ó ejecutoria que haya obtenido, ó que conste públicamente estar admitido por tal en el mismo pueblo; pues en los dos casos primeros ha de poner testimonio de lo que resulte del mandamiento ó ejecutoria devolviéndoselos, y dar cuenta al juez, suspendiendo la prision hasta nueva providencia; y en el tercero ha de poner diligencia de estar recibido por noble, y no haberle requerido por esta razon à que diera la fianza.

35. Entre los fueros y leyes que para su gobierno hicieron antiguamente los vizcainos, es uno el de que todos los vecinos y domiciliados en su territorio y sus descendientes, han de gozar del privilegio de hidalguía, no solo dentro de él, sino en cualesquiera partes, lugares y provincias de estos reinos, con tal que los domiciliados fuera de Vizcaya, prueben que su padre ó abuelo paterno nació en él, y por fama pública que sus anteriores progenitores por línea paterna fueron naturales vizcainos, y todos ellos tenidos y reputados por tales; y aunque no prueben mas, basta para que les sea guardado el privilegio (2); en cuya atencion gozarán de las exenciones concedidas à los hidalgos, aunque hayan renunciado su hidalguía (3). Estas exenciones y privilegios (que ellos se concedieren ennobleciéndose à sí mismos), y otras que contienen sus fueros, estan confirmadas por los señores Reyes de estos dominios, porque con motivo de haberse extinguido la descendencia de su Conde Don Lope Diaz de Haro, décimoctavo señor de Vizcaya, se entregaron al señor

1 Acev en la ley 4. num. 30, y en la 19. tit 21. lib. 4. Rec., que en la Nov. son las leyes 4. tit. 17, y 12. tit. 28. lib. 11. num. 64. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 16. num. 6. Rodrig. *de execut.* dicho cap. 5. num. 45.

2 Ley 6. tit. 1. de los fueros de Vizcaya.

3 Ley 9. tit. 9, y 3 y 4. tit. 16. de los mismos fueros.

Rey Don Juan el primero de Castilla, con el pacto expreso de que se les habian de guardar sus fueros nativos como hasta entonces, y confirmarlos los señores Reyes sus sucesores, à lo que asintió por justos motivos que à ello le impelieron; de manera que la nobleza de los vizcainos es un privilegio concedido al pais, y à los que nacen y descienden de él, y no otra cosa, excepto que acrediten ser nobles y descender por línea legítima varonil de casas solariegas ó infanzonas, como los de las demas provincias, segun ya hoy se les precisa justamente para recibirse por tales fuera de Vizcaya y encartaciones.

36. Gozan del privilegio de nobleza, aunque no la tengan, para no ser presos por deuda puramente civil los jueces durante su oficio, los graduados de doctores ó licenciados en cualquiera facultad por universidad aprobada, y los abogados aunque tengan solamente el grado de bachiller, por lo que tampoco estan obligados à afianzar de saneamiento (1). Pero esta no es nobleza, sino exencion concedida al oficio, grado y facultad, por lo que no trasciende à la posteridad del que la ejerce, y lo propio milita para con los oficiales militares, sino han nacido con ella (2); bien que en cuanto à estos me parece (aunque no he visto declaracion Real) deberá limitarse à los subalternos, y no à los coroneles y demas de grados superiores.

37. Los maestros de primeras letras aprobados en la Corte para dentro ó fuera de ella, que obtuvieron título del Consejo, tampoco pueden ser presos por deuda puramente civil, y gozan de las mismas exenciones personales que los que ejercen artes liberales de la carrera literaria, asi en quintas, levas y sorteos, como en las demas cargas concejiles y oficios públicos de que se eximen los que profesan facultad mayor, segun Real cédula expedida en el Real sitio de San Ildefonso à primero de setiembre de 1743. Iguales exenciones gozan los que ejercen las artes de arquitectura, escultura y pintura, porque estan declaradas por nobles.

38. La muger no puede ser presa por deuda, à no ser que dimane de delito ó cuasidelito, ó que se prostituya, siendo conocidamente deshonesta (3). Si es casada, goza de la nobleza de su marido, aunque ella no la tenga, y conservándose viuda

1 Ley 3. tit. 10, y ley 8. tit. 31. Part. 2. ley 14 y 15. tit. 18. lib. 6. Nov. Rec. Ley *Advocati*, y ley *Laudabile*, Cod. *de advocat. divers. jud* Rodrig. *de execut* dicho cap. 5. num. 48 al 52, y otros que cita.

2 Ley *Miles*, ff. *de re judicat.* García *de nobilit* glos. 48. §. 4. num. 9. *Cur. Filip.* part. 2. dicho § 17. num. 17 al 19.

3 Ley 62 de Toro, que es la 4. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec. Ley 3. tit. 7. Part. 3.

del noble ó del oficial de casa Real, y viviendo castamente; la competen los privilegios de su marido, al modo que cuando estaba casada (1).

39. Tampoco pueden ser presos por deuda (excepto en el caso que esta proceda de delito, ó cuasidelito, ó sea à favor de la Real Hacienda) los sugetos siguientes. 1.° Los caballeros de las cuatro órdenes militares, que son: Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa; advirtiendo que estan sujetos à la jurisdiccion ordinaria en causas civiles, y en las criminales en algunos casos, especialmente en los que no delinquen como tales (2); y si ejercen empleo militar lo estan en cuanto à sus causas à su Magestad, y no al Consejo de las Ordenes (3). 2.° Los secretarios del Rey (4). 3.° Los criados de su Magestad, previniéndose que no pagan décima de las ejecuciones que contra ellos se despachan por estar exentos. 4.° Los militares por las deudas que contrajeren despues de estar en el Real servicio (5), debiendo dejárseles lo necesario para su manutencion; y asi lo que se practica en el dia es embargarles la tercera parte de su sueldo solamente para que de ella vaya cobrándose el acreedor; y lo mismo sucede con cualquiera juez, ministro ú oficial Real ó público. 5.° Los médicos, y cuantos gozan del fuero de universidad, y ejercen profesiones de carrera literaria (6).

40. Los clérigos ordenados *in sacris* no deben ser presos por deuda, ni reconvenidos ó ejecutados por mas de lo que pueden pagar, antes bien debe quedarles cóngrua sustentacion para mantenerse con la decencia que requiere su estado (7); lo cual procede aun cuando renuncien el capítulo *Odoardus*; pues como se estableció à beneficio del estado sacerdotal, y no personalmente al de ciertos individuos, es inutil su renuncia, como tambien la del fuero y canon que protege à su estado (8), y asi la omitirá el escribano. Y para que este sepa à que se reduce el referido capítulo *Odoardus*, como tambien el que empieza *suam*, los cuales suelen confundirse citándolos en esta forma; *y renun-*

1 Leyes 4. tit. 18. lib. 6, y 2. tit. 27. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 12. tit. 8. lib. 2. Nov. Rec.

3 Ley 11. tit. 8. lib. 7. Nov. Rec. Carlev. *de judic.* tit. 2. disp. 2 sect. 3. num. 468 y sig.

4 De los privilegios personales que gozan los secretarios del Rey, trata el licenciado Don Francisco Bermudez de Pedraza, en su obra intitulada: *El secretario del Rey.*

5 Ley 5. tit 4 lib. 6. Nov. Rec., y ley 3. tit. 27. Part. 3.

6 Acevedo en la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Greg Lop. en la ley 3. tit. 10. Part. 2. glos. verb. *Sabiduria de los derechos*. García *de nobil.* glos. 33 y 35 num. 109. Ley 1. tit. 1. lib. 8 Nov. Rec.

7 Cap. *Odoardus*, 3. *de solutionib.*

8 Cap. *Si diligenti*, 12. *de foro compet.* y cap. *Cum contingat.* 36 *de sentent. excomunicat.*

cia el capítulo Odoardus suam de pœnis de solutionibus (algunos ignorantes dicen *de absolutionibus*); le prevengo que el capítulo *Odoardus* se halla en las decretales, y es el tercero del libro 3, título 23 *de solutionibus*. Por él se dispone que el clérigo no sea reconvenido ni molestado en mas de lo que pueda pagar, y que el juez que de la causa conociere, reciba de él la competente caucion de que si viniere à mejor fortuna pagará la deuda, y que no le excomulgue por no pagarla. El capítulo que empieza *suam*, se halla tambien en las decretales, y es el 9. del libro 5, título 37, *de pœnis*. Por él se manda que si al clérigo se le impone pena para que se le exija en caso de ser moroso en satisfacer el débito al plazo estipulado, ni incurra en ella, ni se le pueda estrechar à pagarla, aunque dentro de este no le satisfaga integramente, y solamente sea obligado à la solucion del residuo. Tal es en sustancia lo que contienen dichos capítulos. Pero si el clérigo renuncia el capítulo *Odoardus*, y se obliga con juramento à no usar de su beneficio, y à pagar la deuda, es disputable si podrá ó no ser preso por esta, sobre lo cual véanse los autores citados (1). Yo aconsejo al escribano, que omita el juramento en todos los contratos que no le requieran por precision para su estabilidad, porque nuestro derecho lo resiste, y en algunos lo prohibe expresamente, imponiéndole pena si los autoriza con él, como podrá verlo en los respectivos capítulos de esta obra.

41. Tampoco se ha de arrestar en la carcel por deudas civiles ú otras causas livianas, à los operarios de las fábricas del reino, ni à los que profesan cualquier arte ni oficio, ni à los labradores, no pudiendo ademas embargárseles los instrumentos de sus labores ó manufacturas, à no ser por deudas del fisco, ó que procedan de delito ó cuasidelito (2).

42. El menor de veinticinco años no debe ser preso por deuda civil, à menos que tenga la libre administracion de sus bienes, porque asi como no puede tratar ni comparecer en juicio, tampoco puede causar contumacia que motive la prision; y asi no se debe hacer ejecucion en su persona (3), ni en el enfermo hasta que sane (4); ni en el pregonero mientras va pre-

1 Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 17. num. 31, y sig. Gonzal. lib 3. *Decret.* tit. 23 *de solution.*

2 Pragmática sancion de 27 de mayo de 1786.

3 Rodrig. *de execut* cap. 5. num. 53. Parlad. lib 2. part 5. §. 6. num. 15. Bobadill. lib. 3. *Polit.* cap. 15. num. 29.

4 Salg. *de reg.* part. 2. cap. 4. num. 213.

gonando (1); ni en el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, si lo hizo en el término y con la pureza legal, y manifiesta todos los bienes de que se compone, pero si al contrario (2).

43. Tampoco deben ser presos el tutor, factor ó administrador por la deuda de su tutela y administracion, excepto que no manifiesten los bienes de estas (3), ni los procuradores de Cortes, durante el tiempo de su encargo, á menos que sean por contrato ó delito hecho en la Corte ó por débitos Reales, entendiéndose lo mismo con los de los pueblos que van á ella á negocios de estos (4), ni el que tuviere tres años continuos, doce ó mas yeguas de vientre, por deuda contraida despues de tenerlas, excepto que toque al Rey, á quien corresponden otras exenciones que le franquean las tres leyes del título 20, libro 7, Nov. Rec. (5).

44. Los que no han de ser reconvenidos en mas de su posibilidad por deuda puramente civil, que no pertenezca al Rey, y antes bien se les ha de dejar cóngrua sustentacion, segun su condicion y familia, tampoco deben ser presos por ella, ni por consiguiente estan obligados á afianzar de sancamiento, y con el clérigo ordenado de orden sagrado, ya sea por lo que debe á otro clérigo ó á lego; el de menores órdenes si obtiene beneficio eclesiástico, y no de otra suerte (6); el socio por la de su compañía singular ó universal, á menos que renuncie este beneficio (7), como puede; el ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido y muger por la de unos contra otros respectivamente (8); bien entendido, que aunque la madre y abuela sean alcanzadas en la tutela de sus hijos y nietos, y renuncien el auxilio concedido á las mugeres, y el de no poder ser reconvenidas sino en cuanto puedan, no deben ser presas por el alcance, porque esta exencion se les concede por la reverencia

1 Bart. y Jason en la ley 2. ff *de in jus vocand.* Tallad. *de carcer.* cap. 11. § 4. al fin.

2 Ley 5, 6, 7 y 10. tit. 6. Part. 6 Carlev. tit. 3. disp 9 Rodrig. *de execut.* cap. 4. num. 5 y 6

3 Parlad. dicha part. 4. §. 3. num. 1 al 4.

4 Ley 4. tit. 3. Part. 3, y leyes 5. tit. 8. lib. 3, y 8. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.

5 En el dia, fuera del holgazan y vagamundo, apenas habrá quien pueda ser preso por deuda civil ó causa liviana, puesto que ademas de los muchos exentos, no pueden serlo por dichos motivos, segun la citada pragmática, los operarios de todas las fábricas de estos reinos, y los que profesen las artes y oficios cualesquiera que sean. Así lo que antes era un privilegio de varias personas, ha venido á ser una ley general con pocas excepciones. *Febrero reformado.*

6 Cap. *Odoardus*, tit. *de solutionib.* y ley 23. tit. 6. Part. 1. y su glos.

7 Ley 15. tit. 10, y ley 1. tit. 15. Part. 5. Greg Lop. en la primera, glos. 4 y 5.

8 Dicha ley 1. tit. 15 Part. 5. Salg. part. 1. *Labyr.* cap. 24.

que aquellos les deben, y por su renuncia no se quita (1): el marido por la dote de su muger, ó por otra deuda de esta, aunque renuncie este beneficio, y pacte que pueda ser reconvenido por su total (2), de cuyo privilegio gozan igualmente sus hijos, y el padre ó suegro de la muger, pues no se extingue con la muerte del marido (3), pero no sufraga á los herederos extraños de este (4), ni al suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagársela, pues por su dolo ó malicia pierde el privilegio (5): el que por accidental é inculpable infortunio, v. gr. guerra, naufragio, incendio &c. perdió sus bienes (6): el juez residenciado (7): el señor por la deuda de su liberto, ni este por la de aquel; el donante por la donacion que hizo (8), pues de lo contrario le seria demasiado gravosa su liberalidad, y el soldado que sirve al Rey (9).

45. Tampoco debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni está obligado á comparecer en juicio, el que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes, ó concurso de acreedores, por la deuda de alguno de estos, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenia, pues aunque venga á mejor fortuna, se le ha de dejar cóngrua sustentacion de los que despues de la cesion adquiera (10), porque este y los expresados en el párrafo precedente, gozan del beneficio que llaman *de la competencia*, y asi se les debe dar, y pueden pedir alimentos de sus propios bienes, excepto que tenga arte, oficio ú otro modo con que mantenerse, ó que el acreedor por ser pobre carezca de lo preciso para su conservacion, en cuyos dos casos se ha de pagar toda la deuda (11).

46. Lo propio milita para con los duques, condes, marqueses y otros magnates, y señores jurisdiccionales, si forman concurso de acreedores; pues por costumbre inconcusa de estos reinos se les deben suministrar alimentos de las rentas de sus estados concursados, con preferencia á sus acreedores para

1 Menoch. *de arbit.* lib. 1. quæst. 88. num. 12. Matienz. en la ley 10. tit. 3. lib. 5. Rec. glos. 1 num. 3. et ibi Acev.

2 Ley ult. tit. 11. Part. 4. dicha ley 1. tit. 15. Part. 5.

3 Leyes *Rei judicatæ*, 15. *quia parentis*, 16. *etiam filios*, 18. y *sicut autem*, 21. ff. *de re judicat.*

4 Leyes *maritum*, 12. *quia tale*, 13. y *sciendum*, 25 ff. eod. tit.

5 Ley penult. ff. *de jure dot.* Baez dicho cap. 17. num. 57.

6 Olea *de cession.* tit. 6. quæst. 11. num. 46. Salg. dicho cap. 24. num. 2.

7 Avilés in cap. *Prætor*, num. 20. Salg. *de reg.* part. 2. cap. 4. num 93. Parlad. dicho §. 6. num. 18. *Cur. Filip.* part. 2. §. 17. num. 28.

8 Ley 4. tit. 4, y ley 1. tit. 15. Part. 5.

9 Ley *Miles*, 6, y ley *item Miles*, 18. ff *de re judicat.*

10 Ley 3. tit. 15. Part. 5.

11 Ley 15 al fin, tit. 10. Part. 5. et ibi glos. 8.

evitar que se vean precisados á mendigar ó á ejercer ocupaciones indignas é indecorosas, que cedan en oprobio ó desdoro de su dignidad; pero no para con los poseedores de mayorazgo simple, á que ninguna dignidad pública de titulo, baronía ó jurisdiccion está aneja, pues estos aunque sean nobles no tienen derecho á ser alimentados en el caso que los señores jurisdiccionales, porque la nobleza sola no es dignidad, sino mera exencion, privilegio ó franqueza para ciertas cosas, cuyo goce está concedido ó permitido al que la tiene (1). Ni tampoco se deben de justicia á los inmediatos sucesores; y si se les conceden, es por gracia, equidad y en reconocimiento de la inmediacion, con tal que tengan conocida indigencia, y el mayorazgo pueda sufrirlos, sin privar de los indispensables y decentes al poseedor y su familia, y no en otra forma, excepto que el fundador lo mande expresamente.

47. Litigando los referidos privilegiados unos contra otros, si el uno pretende evitar su daño, y el otro adquirir utilidad, no gozará este del privilegio de no ser convenido en mas de lo que pueda, ni cuando el uno lo tiene genérico, y el otro específico (2); ni tampoco gozan de él sus fiadores, porque como personal está solamente concedido á los principales deudores (3).

48. No incurrirá en pena el alguacil por ejercer con los privilegiados referidos el rigor de la ley, si el mandamiento ejecutivo se dirige contra sus personas y bienes, y solo es responsable el juez que debe mirar contra quien lo expide. Si no gozan del privilegio expresado ni de otro los deudores, y se expide únicamente contra sus bienes, no debe ponerlos presos aunque carezcan de ellos, ó teniéndolos no afiancen de saneamiento hasta que se le mande por nueva providencia; pero dará cuenta inmediatamente al juez de lo que ocurra para que la tome, pues por el hecho de no dirigirse contra sus personas, es visto no querer que se proceda contra ellas, y el alguacil como mero ejecutor, carece de facultades para alterar y excederse de lo que expresa y literalmente le manda ó prohibe el juez.

49. Pasado el término de los pregones, y no antes, y de mandato expreso por escrito del juez á instancia del acreedor, y

1 Salg part. 1. *Labyr* cap. 24. Rodrig. dicho cap. 5. num. 73. Parlad. lib. 2. cap. fin part. 5. y §. 3. cit. num. 32.

2 Ley *Verum*, §. fin. ff. *de minor* Carlev. tit. 1. disp. 2. quæst. 6. sect. 7. num. 626 Parlad. lib. 1. *Rer.* cap. 17. num. 28.

3 Ley *Et si fidejus*, 24. ff. *de re judic.* et ibi Bart y mex. Salg. part. 2. *Labyr.* cap. 39. num. 35.

no de otra suerte, habitando el ejecutado en el pueblo del juicio, se le ha de citar en persona (pudiendo ser hallado en su casa ó en el mismo pueblo) para dos fines, el uno para que se oponga á la ejecucion, y excepcione contra ella si quisiere; y el otro para en su defecto proceder á la sentencia, venta y remate de los bienes ejecutados y pregonados. Cuando el escribano le haga la citacion, debe apercibirle con arreglo á derecho (1), *que si dentro de tres dias primeros siguientes al de la citacion no compareciere en el juicio á mostrar paga, quita ó razon legítima que impida el remate, se procederá al de los bienes ejecutados sin mas citacion, y para ello á sentenciar la causa por el importe del débito, su décima y costas causadas, y que se causen hasta el real y efectivo pago de todo*, dando fe en la citacion de haberle hecho este apercibimiento; y aunque no falta quien diga que no es necesario nuevo auto para citarlo, no me conformo con este dictamen: lo primero porque la ley 14. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. dice: *Y mandamos que de aqui adelante ningun escribano ni portero, pregonero ni emplazador, ni otro oficial que tenga cargo de emplazar, no sea osado de emplazar ni emplace á persona alguna sin que primeramente lo sea expresamente mandado por nuestras justicias*: lo segundo por no ser esta citacion consiguiente á la traba: lo tercero porque el deudor puede estar convenido con el acreedor, y asi se ha de hacer á instancia de este, y en virtud de precepto judicial nuevo ó puesto en el mandamiento; y lo cuarto porque la ley 13. tit. 24. lib. 11. Nov. Rec. dice: *Y que despues un dia antes, que se haga el tal remate, se dé otro mandamiento para emplazar á las partes para el dicho remate*, por lo que no se debe citar sin nueva providencia que lo mande, excepto que la cosa en que se trabó la ejecucion sea dinero, ó no necesite venderse, porque es la que se pide, y con ella se ha de hacer el pago, pues entonces puede ser citado luego que se le notifica el estado de esta, como senté en el párrafo 21, sin ser necesario observar la forma de la ejecucion, porque cesando la venta, cesa la subasta (2). Lo mismo debe hacerse cuando renunció expresamente por escrito (como puede) no solo los pregones sino tambien su término, pues renunciándolo todo, se le puede citar inmediatamente, y no es necesario dejarle pasar como cuando renuncia solamente los pregones.

1 Leyes 12 y 13. tit. 28 lib. 11. Nov. Rec. Parlad. dicho cap. fin. y part 5. §. 9. num. 1.

2 Carlev. tit. 3 disp. 2. num. 1. *Cur. Fipil.* part. 2. §. 18. num. 8.

50. No dejándose ver el ejecutado, se deben practicar para citarle de remate las mismas diligencias que para notificarle el estado de la ejecucion, expresando en ellas no poder ser habido, y dejándole cédula ó memoria por escrito, con relacion competente y expresion de los efectos de la citacion, sin ser necesario buscarle por la ciudad ni provincia, en cuyo caso le perjudicará la citacion como si fuese hecha en su persona; bien que si acreditare que la citacion hecha en su casa no llegó á su noticia, no le perjudicará. Teniendo dos casas se le ha de citar en la que habita: si es vagabundo en el lugar donde asiste con mas frecuencia; y constando por informacion previa en el juicio su ausencia de la provincia, é ignorancia de su paradero y pronto regreso, se le citará por edictos, y nombrará defensor con quien se entiendan las diligencias de venta y remate: como tambien se le nombrará cuando el difunto no dejó heredero, por cuya razon está yacente la herencia sin conocerse á quien toca (1).

51. Existiendo fuera del territorio ó jurisdiccion del juez que entiende en los autos ejecutivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio. Esta requisitoria debe ir documentada con insercion de la declaracion y sentencia ó ejecutoria que trae aparejada la ejecucion, y si se pide en virtud de escritura, ha de ir inserta esta con la nota ó toma de razon de la oficina de hipotecas para que no se le deniegue el cumplimiento, porque la escritura hipotecaria, sin la nota, no tiene valor ejecutivo si es especial, como diré mas adelante; y ha de ser no solo para trabar y mejorar la ejecucion, notificarle su estado, prenderle en defecto de bienes equivalentes ó de fianza de saneamiento, y hacer depósito de estos á disposicion del requirente por cuenta y riesgo del requerido, sino tambien para citarle de remate á su tiempo, que es despues de haber espirado el término de los pregones, y no antes, porque de lo contrario, habrá que volver á citar, como lo he visto, por no haberse observado el orden y forma de la ley, prefiniéndole en ella el competente segun la distancia, á fin de que comparezca á excepcionar y probar lo que le convenga, bajo el apercibimiento insinuado, como en el juicio ordinario (2); para todo lo cual basta una requisitoria, pues de lo contrario se causan dilaciones y gastos superfluos, y asi se practica en la Corte. Si la ejecucion se trabó en réditos de censos ó en deudas, derechos y acciones tocan-

1 Rodrig. dicho cap 5 num. 86 al 89. Paz tom. 1. part 4. cap 2. num. 43 y 44. Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 133 Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. cit. num. 120 y 121. Farlad. dicho § 9. num 6 al 14.

2 Ley 3. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

tes al ejecutado, convendrá sean citados los deudores como si estuvieran ejecutados, para que dentro del propio término aleguen lo que les convenga sobre lo que debian satisfacer al ejecutado, y no haya que hacer con ellos nuevos autos. Lo mismo procede para los pregones, apercibiéndoles que corren tambien para con ellos, pues de esta suerte quedan expeditas las diligencias y ciertas las deudas, y se puede proceder contra los deudores con apremio si el ejecutado no paga.

52. Cuando los bienes en que se trabó la ejecucion estan poseidos por terceros ó por acreedores conocidos, se les debe citar tambien en sus personas, pudiendo ser hallados; pero si se ignora su paradero, ó son inciertos, acreditando el ejecutante por informacion sumaria en el juicio, se les ha de hacer la citacion por edictos ó proclamas, y nombrar defensor con quien se practiquen las diligencias referidas, para evitar su nulidad y la de la venta (1). Si el reo ejecutado es ciudad ó universidad, se ha de citar al procurador síndico, y á un procurador de ella (2).

53. Compareciendo por sí en el juicio el ejecutado, ú oponiéndose antes que se le cite de remate (ya esté ó no pasado el término de los pregones de que dijo queria aprovecharse cuando se le notificó el estado), es ociosa la citacion, y no se debe dar auto ni mandamiento para hacerla, como lo ordena la ley 13. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec., la cual dice: *Y que si oviere oposicion, despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate:* la razon es, porque por su comparecencia en él, es visto no solo que sabe se le ha de citar, sino que renuncia tácitamente como puede el término de los pregones que falta que correr, y asi se le ha de haber por opuesto, encargar á ambos litigantes el de la ley, á fin de que aleguen y justifiquen lo que les convenga, y entregar los autos al ejecutado, como que este término está establecido para evitar quedase indefenso, aunque es comun á los dos (3), y esto es lo que se observa en la Corte.

54. No siendo suficientes los bienes ejecutados para la satisfaccion de la deuda, su décima y costas, si por esta razon se hiciere nueva ejecucion, ó la despachada se ampliare ó mejorase en otros, debe ser citado segunda vez el deudor para el remate de estos, aunque la traba se hubiese hecho en voz y nombre de los

1 Parlad. §. 9. cit. num. 15 y 16. Rodrig. ibi, num. 90.

2 Parlad. dicho §. 9. num. 7. Montalvo en la ley 4. tit. 17. lib. 3 del Fuero Real.

3 Parlad. dicho §. 9. num. 2 y 3. Rodrig. ibi, num. 39.

demas que pareciesen pertenecerle (1). Si el pleito quedó suspenso en estado de citacion ú otro, y ha mediado un año ó mas sin continuarse, se le ha de volver á citar ó hacer saber por retardado el que tenga, y de ningun modo proseguir las demas diligencias sin este previo requisito (2), que es el efecto que produce la omision del actor: lo mismo se debe practicar y practica en el juicio ordinario por la propia razon.

APENDICE A ESTE CAPITULO.

Por Real cédula de 16 de setiembre de 1784 (ley 12. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.) se previno lo siguiente: »Siendo notorios los perjuicios que las clases poderosas, distinguidas y privilegiadas, causaban á los artesanos, porque sin atemperarse á sus rentas tomaban al fiado les obras y artefactos y dilataban la paga valiéndose muchos del fuero militar y otros que gozaban, ó de ser grandes y títulos, lo que cedia en la ruina de muchas familias de estos menestrales, y en perjuicio del público, porque no florecian ni prosperaban los oficios, se trató el asunto en el Consejo, y propuso á su Magestad lo que creyó conveniente; y por su Real resolucion se sirvió mandar, que para que no se dilate el pago de los créditos de artesanos ó menestrales, jornaleros, criados y acreedores alimentarios, se observen las reglas siguientes.

1.ª Que desde la publicacion de esta cédula en adelante se allane y quede derogado el fuero de toda distincion de clases, de personas privilegiadas en Madrid y sitios Reales, para que los artesanos, menestrales, jornaleros, criados y acreedores alimentarios de comida, posada y otros semejantes, como tambien los dueños de los alquileres, puedan cobrar los créditos de lo que fiaren ejecutivamente, y sin admitirse inhibicion ni declinatoria de fuero, acudiendo á los jueces ordinarios, quienes despacharán las ejecuciones sin distincion alguna de clases, y harán los embargos en bienes muebles y rentas, del mismo modo que se practica con los deudores particulares no privilegiados, conforme á las leyes del reino, guardando únicamente á la nobleza las exenciones que señalan las mismas leyes respecto á sus personas, armas y caballo.

2.ª Se exceptúa de esta derogacion á los militares incorpora-

1 Rodrig. ibi, num. 85. Acev. en dicha ley 19. num. 95 al fin.

2 Menoch *de arbitr.* cas. 202. num. 14. Lancelot *de attent in præfat.* cap. 4. num. 276. Cancer. part. 3. *Var.* cap. 15. num. 197.

dos en sus respectivos cuerpos, y residentes en los destinos de estos, y los que tambien estuvieren empleados mientras se hallaren en el lugar de sus empleos, aunque se les guardarán los privilegios que se señalan para la nobleza, respecto á sus personas, armas y caballo, cuando procedieren contra ellos los jueces ordinarios.

3.ª La derogacion de fuero, ya sea de Real palacio ó bureo, militar ú otro cualquiera, por privilegiado que sea, se anotará en cuanto à esto precisamente en los títulos ó patentes despachadas, y en las que se despacharen en adelante. Y en su consecuencia se ordena, que todos los Consejos, gefes de palacio y cualesquiera otros jueces de fuero y privilegio, no impidan directa ni indirectamente á los jueces ordinarios este conocimiento, ni formen sobre ello competencias, ni manden á los escribanos de los juzgados ordinarios vayan á hacer relacion de estos procesos, ni las justicias ordinarias lo permitan, ni suspendan sus providencias judiciales á pretexto de semejantes competencias, antes procedan con la actividad de los términos prescritos en las leyes á los juicios ejecutivos.

4.ª Respecto à las deudas activas de artesanos y menetrales contra todas las clases distinguidas y privilegiadas, contraidas desde la publicacion de esta cédula, se declara que desde el dia de la interpelacion judicial corran por la mora y retardacion del pago à beneficio de dichos artesanos y menestrales los intereses mercantiles del seis por ciento, para resarcirles el menoscabo que reciben en la demora, y avivar por este medio directamente el pago.

5.ª Por cuanto en el resto del reino abusan igualmente las clases distinguidas y gentes acomodadas de su prepotencia, para impedir el pago de sus deudas, fiadas ademas en el fuero de milicias, y otros de que procuran adornarse para burlar la autoridad de los jueces ordinarios, quiere su Magestad que lo que va propuesto en los capítulos antecedentes, se entienda y extienda á las clases distinguidas y personas acomodadas de todo el reino, sin que por este motivo se puedan prevaler de fuero privilegiado alguno, declinar la jurisdiccion ordinaria, ni sobreseer esta en las ejecuciones, á pretexto de inhibiciones y competencias, de que deberán abstenerse los jueces de dichos fueros; previniéndolo asi con la mayor seriedad los Consejos y demas jueces à sus subdelegados y subalternos.

CAPITULO QUINTO.

De la oposicion del ejecutado, y de las excepciones que se le deben ó no admitir; del término en que las ha de probar para impedir la ejecucion, y de si el juez requerido podrá conocer de ellas y determinarlas.

§. 1. Hecha la citacion de remate, podrá oponerse el deudor á la ejecucion por sí ó por medio de procurador. En caso de no acudir á defenderse, ¿que deberá hacer el juez?

2. No es necesario que el reo, al tiempo de oponerse á la ejecucion, especifique la excepcion que tiene para enervarla, y basta que lo haga en términos genéricos.

3. ¿Cuantas clases de excepciones podrá oponer el ejecutado?

4. De la excepcion de pago: ¿como ha de hacerse la prueba de este para impedir la ejecucion?

5. Otro modo de hacer la prueba del pago.

6. De la excepcion del pacto ó promesa de no pedir la deuda.

7. De la excepcion de falsedad del instrumento.

8. Excepcion de la usura.

9. Excepcion de la fuerza ó miedo.

10. Segunda clase de excepciones llamadas útiles: de la compensacion.

11. De la transaccion hecha ante juez ó escribano público.

12 hasta el 16. De la novacion.

17 y 18. De la delegacion.

19. ¿En que casos valdrá la novacion, si estando uno obligado bajo de condicion á pagar á otro cierta cantidad, renovase puramente otro tercero esta obligacion?

20. Razon porque no pueden hacer novacion las mugeres, ni el menor de catorce años, sin otorgamiento del curador.

21. De la excepcion de nulidad del contrato.

22. Excepcion de la simulacion de contrato.

23, 24 y 25. ¿De cuantos modos puede cometerse la simulacion?

26 y 27. Excepcion de que el instrumento en cuya virtud se pidió ejecutivamente *no contiene la causa de deber.*

28. La prescripcion es otra de las excepciones que impiden la ejecucion.

29. En la prescripcion del derecho ejecutivo no es necesaria la buena fe, y ¿por que razon?

30 hasta el 33. ¿De que sentencias é instrumentos se da la prescripcion, y como han de contarse los diez

años de ella en los varios casos que alli se designan?

34. ¿Como se interrumpe la accion en la via ejecutiva?

35. ¿De que modo dura ó se perpetúa hasta cuarenta años la accion ejecutiva?

36. Pasados los diez años no se debe despachar ejecucion, sino dar simplemente traslado al deudor, como de una demanda ordinaria.

37. Si se siguiese litigio sobre la legitimidad de una escritura de censo, y por sentencia se declarase válido el instrumento, podrá despacharse ejecucion, no solo por los caidos en los diez años, sino tambien por los posteriores hasta la ejecutoria.

38. Tambien impide la ejecucion la excepcion de que el instrumento en cuya virtud se despachó, no es público ni auténtico.

39. Si la escritura es censual, ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca, y el acreedor, antes de entablar el juicio, no hizo tomar razon en la oficina de hipotecas, no se debe despachar ejecucion en su virtud.

40. ¿Que deberá hacerse si en el instrumento no se señala plazo para la paga?

41. Se admiten en la via ejecutiva las excepciones que se dirigen contra la persona que la intenta.

42. Tambien tiene lugar la declinatoria de fuero.

43. Asimismo impide la ejecucion la excepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide.

44. El no estar comprendida en el instrumento la cantidad porque se expidió la ejecucion, es otra excepcion que la impide.

45. Lo mismo procede cuando el instrumento del contrato, en virtud de que se pide la ejecucion, no es el principal otorgado y celebrado entre las partes.

46. Es excepcion legítima la del juramento que uno hace en las obligaciones en que está prohibido.

47. Impiden asimismo la ejecucion las excepciones anejas ó inherentes al contrato.

48. Limitaciones de la doctrina del párrafo anterior.

49. ¿Cuando impedirá el progreso ejecutivo la excepcion de reconvencion?

50. Se admite tambien en la via ejecutiva la excepcion del dinero no entregado.

51. Igualmente impide el curso de la ejecucion la excepcion que de ella misma puede originarse.

52. Ultimamente obstan á la ejecucion cualesquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, cuando el acreedor renunció en el contrato su beneficio.

53. Lo mismo procede con las que el reo podria objetar en la provincia en que se

celebró el contrato ó se dió la sentencia, y con otras legítimas que pueda probar en el término de los diez dias.

54. De la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en el juicio ejecutivo por necesitar mayor examen: una de ellas es la de dolo.

55. ¿De cuantos modos puede cometerse el dolo?

56. ¿Contra quienes se puede oponer la excepcion de dolo?

57. Regularmente hablando no perjudica al singular sucesor, ni pasa contra él la excepcion de dolo que su causante cometió.

58. Puede renunciarse y remitirse por pacto la excepcion de dolo.

59. No es admisible en la via ejecutiva contra el instrumento público la excepcion de lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio.

60. ¿Cuando se admitirá la excepcion de error de cálculo ó número?

61. Tampoco debe admitirse en el juicio ejecutivo la excepcion de division de la deuda entre los mancomunados.

62. Obligándose dos ó mas de mancomun *in solidum* por el todo, si el acreedor demandare á cualquiera de ellos, y el demandado excepcionare que la ejecucion se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, no debe admitirse esta excepcion.

63. ¿En que términos podrá admitirse en este juicio la excepcion de *restitucion in integrum*?

64. Ninguna excepcion que por no ser legítima despreció el juez inferior en primera instancia, debe ser admitida por el tribunal superior en la causa de apelacion.

65. Término en que se han de alegar y probar las excepciones en el juicio ejecutivo.

66. ¿Cuando ha de empezar á correr el término de los diez dias?

67. Si estos empiezan á correr en feriados, y en ellos espiran ó se consume la mayor parte, no deben contarse ni correr hasta el siguiente al dia en que cesen.

68. No se debe prorogar este término á instancia del reo.

69. A instancia del acreedor se puede prorogar el término las veces que quisiere.

70. Requisitos que han de intervenir para esta próroga.

71 hasta el 74. ¿Por que medios podrán hacer las partes sus respectivas probanzas?

75. Aunque el término de los diez dias no se pueda prorogar á instancia del ejecutado, se podrá suspender siempre que acredite justa causa.

76. La suspension se ha de no-

tificar al actor á costa del reo.

77. Otro caso en que debe suspenderse el término.

78. Si pasados los diez dias piden los litigantes los autos para instruirse de lo justificado, é informar al juez, se les han de entregar por poco tiempo, y primero al actor que al reo, á diferencia de cuando se encargan los diez dias de la ley para probar, pues los debe tomar el reo antes.

79 hasta el 83. Sucediendo muchas veces que para ejecutar el juez la sentencia que pronunció tiene que impartir el auxilio de otro, se explican los casos en que podrán deducirse y alegarse las excepciones ante el requerido, del propio modo que ante el requirente, y si aquel podrá ó no conocer de ellas y determinarlas como este.

84. En cuanto al tercero poseedor, supuesto que puede oponer sus excepciones ante el juez requerido, y este conocer de ellas, para resolver si podrá ó no decidirla se distinguen dos casos.

1. Hecha la citacion de remate, y pasado el término prefinido en ella al deudor, puede oponerse á la ejecucion por sí ó por medio de procurador con poder bastante, pues no está obligado á comparecer personalmente. Sino acude á defenderse, podrá el juez, sin mas citacion, llamar los autos y sentenciar la causa á la primera rebeldía que el ejecutante le acuse, y no de otra suerte, pues aunque la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. dice: »y no haciendo la oposicion dentro de dichos tres dias, mande el juez hacer remate y pago á la parte," esto se entiende pidiéndolo esta, y no en otros términos; pero si ocurre entonces, como que su oposicion, la cual sirve de contestacion, surte el efecto de que se suspenda la sentencia y venta de los bienes ejecutados por diez dias, hasta que el juez declare que debe continuarse la ejecucion (1); se le tendrá por opuesto, y entregarán los autos aunque haya espirado el término de la citacion, y mucho mas en caso de no haberse dado la sentencia, para que se aclare la verdad, y no se condene al inocente. Y si antes que espire el de los pregones se opone por medio de procurador, no se le ha de haber por opuesto, entregar los autos, ni tener por parte, excepto que el poder contenga esta especialidad y la renuncia del término; lo que no sucederá si comparece por sí mismo en

1 Dicha ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

el juicio, como se dijo en el párrafo 53 del capítulo anterior, pues así se practica en la Corte.

2. Sin embargo de que algunos afirman que el ejecutado al tiempo que se opone á la ejecucion, y pide los autos, debe especificar la excepcion que tiene para enervarla, á fin de que se le admita la oposicion; se observa en la práctica lo contrario, por no haber ley que tal mande, y así basta que alegue genéricamente que tiene que excepcionar y justificar, y pida los autos, pues se le mandan entregar, y há por opuesto á ella, encargando á ambos litigantes el término de la ley como comun.

3. Tres clases de excepciones puede oponer el ejecutado en la via ejecutiva para desvanecerla, eludirla é impedir la sentencia de remate. La primera es de las que llaman *directas*, por hallarse expresadas en la ley 3. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec., y son seis, á saber: paga, pacto ó promesa de no pedir la deuda, falsedad, usura, fuerza y miedo. La segunda clase es de las útiles, cuyo nombre se les da, porque aunque no hace mencion especifica de ellas, se coligen de su contenido y de otras leyes, y por derecho pueden admitirse en juicio, segun se prueba de las palabras de la citada ley: *y tal que de derecho se deba recibir:* de la 1.ª del propio título y libro: *salvo si dentro de diez dias mostrase la tal paga ó legítima excepcion:* de la 3 siguiente: *alegasen paga ú otra excepcion que sea de recibir*: de la 12 del mismo título y libro: *y hecha la dicha citacion, si dentro de tres dias se opusiere y alegare excepcion legítima conforme á la ley 1 y 2 de este título*: y de la 3 tit. 32. lib. 12. que dice: *y aunque en algunos casos procedan sumariamente, no dejen por eso de recibir las excepciones legítimas y probanzas necesarias.* Estas dos clases de excepciones se admiten en la via ejecutiva, y probándolas el ejecutado en tiempo y forma eluden la intencion del ejecutante. La tercera clase es de las que por su naturaleza exigen mas pleno y escrupuloso examen y conocimiento, y no se infieren de las leyes citadas, por lo que en este juicio ni en los demas sumarios no se deben admitir, excepto que se prueben y liquiden incontinenti, que es en el término legal (1). De todas trataré por su orden en este capítulo.

4. No es otra cosa la paga que satisfaccion de la deuda, y probándola el ejecutado enerva la ejecucion. La prueba de la paga para impedir la ejecucion, se ha de hacer segun prescribe la ley 12 citada que dice: *salvo si dentro de diez dias mostrare la*

1 Ley 3. §. ibidem, ff. *ad exhib.* Ley fin. Cod. *de ordin. cognit.*

tal paga ò legítima excepcion, sin alongamiento de malicia, por otra tal escritura como fue el contrato de deuda, ó por albalá que haga fe, ó por confesion de la parte, ó por testigos; de que se deduce, que si por uno de estos cuatro medios no la prueba plenamente, no debe deferirse en el juramento supletorio, porque cuando la ley prescribe cierto género de prueba, no se defiere en él la que falta (1). Y es de advertir, que si se pacta expresamente que el deudor ha de pagar en el mismo género de moneda que recibe prestada, debe cumplirlo asi, no obstante que se acostumbre pagar en cualquiera, pues se debe seguir mas lo que se estipula que lo que es costumbre.

5. Puede hacerse tambien la prueba de la paga por presuncion de derecho, y debe admitirse, porque se reputa prueba completa (2); y asi el que manifiesta los recibos de las pagas hechas en los tres últimos años, se entiende haber satisfecho las pensiones de los precedentes (3), é igualmente cuando el deudor tiene en su poder el instrumento que acredita el débito, porque se presume su pago, ó al menos haberle remitido el acreedor, no solo la accion de pedir ejecutivamente contra él, sino la misma deuda (4), no justificando este la sustraccion del instrumento: y porque á veces suelen hacer algunos las pagas, y despues pretextando haberlas hecho indebidamente por yerro, intentan revocar y repetir lo pagado, y su contrario lo niega, para saber cuál debe probarlo; véase la ley 29. tit. 14. Part. 5, que dice: *Duda podria avenir sobre la demanda que alguno ficiese á otro diciéndole que pagaria por yerro lo que non debia, si el otro dijere que non era asi; cuál de las partes debe probar lo que dice, el demandador ò el demandado. E por ende decimos, que si aquel á quien facen la demanda conoce la paga diciendo, quel fue hecha verdaderamente é non por yerro; que estonces el demandador debe probar el yerro, é si lo probare, débele ser tornado lo que pagó. Mas si el demandado negase la paga, é el demandador probare tan solamente que la habia fecho, maguer non probare el yerro, tenudo es el demandado de tornarle aquello quel pagó; fueras ende si quisiese luego probar que la paga le fuera hecha verdaderamente. E este departimiento que facé-*

1 Bart. in lege *Ait Prætor*, 5. §. *Si judex*, ff. *de re judic.* Bald. in leg. *Bonæ fidei*, Cod. *de jurejur.* et in cap. *Cum contingat* cod. tit. Parlad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 11. num. 35.

2 Auth. *Et si necesse*, Cod. *de donat. ante. nupt.* Ley *Imperator*, 70. ff. *de legat.* 2. y cap. 1. *Qui fidem de sponsal.*

3 Ley *Quicumque*, Cod. *de apochis public.* Decio consil. 650. vol. 5. Parlad. dicho §. 11. num. 33.

4 Ley *Labeo*, ff. *de pact.* y leyes 40 tit. 13, y 9. tit. 14. Part. 5. Parlad. ibi, num. 34.

mos en esta ley, há logar entre todos homes, fueras ende en el menor de veinticinco años, é en la muger, é en el labrador simple, é en el caballero que vive con caballo é armas en servicio del Rey ó de la tierra, ca cualquiera de estos que demandase á otro en juicio, que habia fecho paga como non debia, é el otro otorgase la paga; estonce tenudo seria el que la paga rescibiere de probar que fue verdadera, é que la debe haber por derecho. E si esto non probase, tenudo seria de tornar lo que asi oviese rescibido. Con esta ley concuerdan la 6. tit. 14. Part. 3. Véase tambien sobre otras especies útiles el tit. 14. de la Part. 5.

6. *El pacto ò promesa de no pedir la deuda*, se entiende no solo en cuanto á su remision absoluta, sino tambien en orden á la dilacion de pedirla el acreedor al deudor hasta cierto tiempo: es excepcion legítima, la cual probada en legal forma, impide el curso de la via ejecutiva; y este pacto pasa á los herederos, aunque de ellos ninguna mencion se haga, excepto que se pruebe que fue personal, porque en duda se presume real (1).

7. Para admitirse en la via ejecutiva la excepcion de *falsedad*, ha de ser contra la sentencia del instrumento, porque si es contra alguna cosa accesoria de él, v. gr. la hipoteca ó pena, no es admisible (2). Lo propio milita si se opone la falsedad contra el instrumento en cuya virtud se dió sentencia condenatoria, y antes de esta nada se tocó de aquella, pues no obsta á la ejecucion, porque requiere mayor examen é indagacion, á menos que se pruebe en el término legal, en cuyo caso impedirá que se ejecute la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

8. La excepcion de *usura*, ó de que el contrato fue usurario, impide tambien la ejecucion, probándose en los diez dias de la ley; sobre lo cual puede verse á Parladorio, lib. 2. cap. 2, que lo trata detenidamente.

9. Anulan el contrato é impiden la ejecucion, la *fuerza y miedo* que intimidan y acobardan á los hombres constantes, ó que no son excesivamente pusilánimes, v. gr. si para que el deudor otorgase el instrumento le amenazó de muerte, mutilacion de miembro ó cosa semejante el acreedor; ó si injustamente hizo que le prendiesen, y lo otorgó en la carcel; y en

1 Ley 11. tit. 14. Part. 3. Leyes idem *in duobus*, 25. y *Tale pactum*, 40. ff. *de pact.*

2 Ley *Jubemus*, Cod. *de probat.* Ley 111. tit. 18. Part. 3. y cap. *Inter dilectus de fide instrum.*

otros casos semejantes, en los cuales, probando la fuerza ó miedo dentro de los diez dias legales, impedirán el progreso ejecutivo, pero no de otra suerte, porque requieren mas escrupuloso examen.

10. Las excepciones de segunda clase, llamadas *útiles* (bien que todas las que enervan la via ejecutiva y la accion del demandante lo son), tienen diversos nombres. La una se denomina *compensacion*, de la que se trató extensamente en el capítulo 8 del título anterior. Siendo esta una de las excepciones expresadas en la ley, se debe estimar como tal, é impedirá la ejecucion de sentencia, instrumento ú otra cosa que la traiga aparejada, si lo que se pretende compensar está líquido ó se liquida en los diez dias de la ley, y no de otra suerte (1).

11. Para enervar y desvanecer la ejecucion, se admite tambien por excepcion legítima en la via ejecutiva la *transaccion* hecha ante juez ó ante escribano público, la cual impide sentenciar la causa de remate, acreditándose en bastante forma en los diez dias de la ley. Pero es de advertir, que aunque en virtud de ella se puede despachar ejecucion, segun la ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec., no perjudica ni debe extenderse á otra persona fuera de aquella con quien se hace ú otorga, como tampoco el pacto (2), ni aun á las que tienen derecho conexo (3); y asi la ejecucion se debe pedir por el mismo acreedor mencionado en el instrumento de transaccion, y no por otro, aunque intervenga en ella; pero debe entenderse contra el principal deudor, y no contra un tercero (4).

12. La *novacion de contrato* (que se llama asi porque produce nuevos efectos y nueva accion), es traslacion ó conversion del primer débito, y obligacion en otra nueva, civil ó natural, sin intervencion de nueva persona, de suerte que la primera queda extinguida, se disuelven la hipoteca y prendas ligadas á ella, y cesan ó dejan de correr los intereses pactados, estando hecha legítimamente, y asi se puede oponer como excepcion en la via ejecutiva (5). Es de dos maneras, *voluntaria* y *necesaria*. La primera es la que se hace fuera de juicio, la cual siempre es privativa, y extingue la primera obligacion, por lo que impide

1 Ley 20. tit. 14. Part. 5.

2 Paul. in leg. *Si unus*, §. *Ante omnia*, ff. *de pact.*

3 Ley 1. Cod. *de transact.* y ley *Si ex duobus*, ff. *de tutel.*

4 Rodrig. *de execut.* cap. 1. art. 1. num. 18 y 19.

5 Ley 15. tit. 14. Part. 5. Parlad. dicho §. 11. num. 12. y part. 1. cap. fin. §. 12. limit. 6. num. 41 y 42.

el progreso de la via ejecutiva, si se acredita en forma en el término legal, y por ella queda sin vigor el primer contrato (1), excepto que en el segundo se ponga la cláusula: *de que queden salvos, y no sea visto innovarse el dia, é hipoteca de la primera obligacion, ni su prerogativa* (2), pues entonces no se enerva ni debilita. La segunda es la que se hace en juicio, la cual se llama *aumentativa* ó acumulativa, porque no extingue la obligacion primera, antes bien la vigoriza mas (3).

13. Para que se entienda hecha la novacion, es preciso que las partes lo expresen claramente, y asi porque uno se obligue dos veces á una misma cosa, no es visto apartarse del primer contrato, infringirlo ni mudar su causa, sino afirmarlo mas, añadiendo obligacion á obligacion (4); pues la pluralidad de actos ó instrumentos no induce la de contratos, cuando las cosas esenciales y sustanciales son las mismas; y si la obligacion segunda es contraria á la primera, aunque ambas subsistan, puede el acreedor usar de la que quiera, de modo que por la eleccion de la una quede libre el deudor de la otra (5).

14. En consecuencia de lo expuesto, no se hace novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato, á menos que se pacte expresamente, antes bien se ha de interpretar de suerte que se excluya, y principalmente si la obligacion segunda contiene menor suma, es mas nociva al acreedor, y los actos son compatibles entre sí, pues no se presume que este, quiso novar en su perjuicio. Tampoco se hace cuando la obligacion segunda se constituye por cautela y mayor seguridad, ni en la accion privilegiada de dote, porque esta tiene entre otros acreedores tal privilegio, que acerca de ella no se puede hacer novacion ni delegacion en su detrimento; ni el del marido y de la muger á quien compete: ni por la mutacion de la finca hipotecada ó acensuada, pues existe la obligacion primera, y no quedan libres los fiadores que haya: ni por la estipulacion inutil, porque de ella no se origina nueva obligacion, y asi no es visto haberse retraido de la primera, ni por el segundo contrato irrito, nulo ó rescindido, pues aunque por él conste espre-

1 Ley 2. Cod. *de novat.* Ley *Minor*, 25. *annis cui*, ff. *minorib.* y ley 2. Cod. *de execut. rei judic.*

2 Ley *Creditor acceptis pignoribus*, 3. ff. *Qui potiores in pignore habeantur.* Parlad. lib. 2. *Rer.* cap. fin. part. 1. §. 11. limit. 6. num. 54 al 56.

3 Salg. part. 3. *Labyr.* cap. 1. §. unic. num. 24 al 31.

4 Ley *Aliam*, 29. ff. *de novat.* Salg. *de reg.* part. 3. cap. 1. part. 3. *Labyr.* cap. 11. num. 78 y sig.

5 Ley *Triticum*, ley *Scire debemus*, ley *Quibus*, y ley *Qui usufructum*, ff. *de verb. obligat.* Parisd. part. 1. y limit. 6. cit num. 44 al 47.

samente la novacion, no se extingue la obligacion primera, porque lo que por derecho no surte efecto, no causa impedimento: ni por la modificacion del contrato, pues esta lejos de acreditar su extincion supone su existencia: ni por la prorogacion del término pactado para la paga, no estipulando obligacion nueva: ni aunque el fiador siendo preguntado preste su consentimiento si falta el del acreedor: ni por la dacion en pago de algun vale, crédito, libranza ú otra cosa para que el acreedor se reintegre del suyo, si interviene la cláusula ó protesta de que no se ha de innovar en los derechos de la primera obligacion, hipoteca y fiadores ú otra semejante, pues en este caso es visto darse para que se haga pago, y si no tiene efecto, poder repetir contra el dador, por no haberse contentado ni tomado en sí ni á su riesgo el acreedor la deuda ó cosa cedida; y lo mismo procede cuando el acreedor la acepta con la condicion de que sea efectiva y exequible, pues en estos casos no recibe en sí el peligro de su cobranza, y queda en su fuerza la deuda y obligacion primera para repetir contra su deudor por ella. Finalmente no se hace tampoco novacion en otros contratos, aunque se innoven, si por su incompatibilidad no pueden surtir efecto ni perjudicar al primero.

15. Sin embargo de lo dicho en los dos párrafos anteriores se induce la novacion en los casos siguientes: 1.° Por la intervencion de nueva persona, v. gr. cuando se delega el crédito y el acreedor acepta la delegacion, pues á ella se sigue la liberacion del deudor delegante; lo cual se entiende en los términos que se dirá despues. 2.° Por la adicion ó imposicion de nueva pena, ó supresion ó remision de la puesta en el primer contrato. 3.° Cuando el hecho ó pacto segundo es diverso del primero, ó en la obligacion segunda se prefine mayor término para la paga. 4.° Cuando se calcularon y redujeron á un cómputo todas las partidas del libro, y el deudor hizo á favor del acreedor un resguardo, reduciéndolas á una suma ó partida. 5.° Cuando el primer acto ó contrato era imperfecto, y el segundo es perfecto. 6.° Cuando se altera la naturaleza del negocio en las cosas que son sustanciales, v. gr. si se aumenta ó disminuye el precio, ó si el acto segundo es diverso del primero, respecto de la cantidad y modo de satisfacerla. 7.° Cuando el acreedor recibió parte de su crédito del que aceptó la letra ó libranza, y acerca del residuo le fió ó concedió plazo, ó trató con él sobre el modo y tiempo de pagárselo. 8.° Cuando la cosa arrendada se subarrendó ó enagenó á otro, pues el fiador del primer arrendatario no

queda ya obligado. 9.° Cuando acerca de la paga de la pension se variaron los pactos primeros, v. gr. si estos fueron de pagar en granos y los segundos en dinero, ó al contrario, en cuyo caso quedará libre tambien el fiador. 10. Cuando concluido el arrendamiento sigue tácitamente el arrendatario en él; pues en cuanto á este segundo quedan libres los fiadores dados para el primero, excepto que presten nuevo consentimiento. 11. Cuando acabado el contrato se renovó tácita ó expresamente, pues en este caso debe proceder el acreedor en virtud de este y no del primero, excepto que en él se diga: *que quedan salvas las prerogativas del primero, y del dia é hipotecas, y que no se entiendan renovadas*, porque entonces, aunque el contrato se novó, quedan salvas las hipotecas y demas como si no se hubiese novado. 12. Cuando los contratos son incompatibles y contrarios, y no de otra suerte, pues se presume novacion, excepto que esté puesta la cláusula: *sin perjuicio de los primeros derechos*, ó que el segundo contrato sea nulo, ó cuando no aparece el consentimiento del acreedor, en cuyos tres casos no se induce.

16. Há lugar tambien la accion ejecutiva por el compromiso y sentencia de árbitro con las cláusulas de hecho y de derecho correspondientes, de tal suerte, que si se pone en ejecucion la sentencia sobre el negocio principal se liberte el fiador, á menos que el acreedor reserve su derecho contra él. Asimismo se induce accion acumulativa y no extintiva de la novacion por la litiscontestacion y sentencia, y la necesaria para la transaccion y concordia principiada entre el principal deudor y el acreedor, de tal suerte que se liberte al fiador. Sobre todo esto y otras especies concernientes à la novacion, véase à Fusch, *littera N.* concl. 119, á Marco Antonio Sabelli, tom. 3. §. *Novatio*, y á los que citan; y para saber cuando un acreedor se subroga en el lugar de otro anterior, véase à Carleval, tit. 3. disp. fin., en donde para la mayor claridad é inteligencia distingue ocho casos, cuya explicacion omito por difusa y no correspondiente á este capítulo.

17. *La delegacion es dar el deudor en su lugar á su acreedor, ó á quien este quiera, otro deudor, del cual exija su crédito: ó novacion hecha con intervencion precisa de nueva persona* (1). No se hace novacion por ella, á menos que concurran cinco requisitos. 1.° Que consienta el acreedor, porque contra su voluntad ninguna puede delegar en otro sus veces; ni el acree-

1 Ley *Delegare*, 11. ff. *de novat.* y ley 15. tit. 14. Part. 5. verb. *E aun decimos.*

dor está obligado á mudar su deudor, aunque el que le ofrezcan sea mas idóneo. 2.° Que consienta el deudor delegado. 3.° Que no solo consienta este, sino que se obligue expresamente á favor del acreedor. 4.° Que constituya la obligacion y promesa por mandato del delegante. 5.° Que el obligado delegado sea deudor del delegante (bien que es lo mismo, si de su espontánea voluntad quiere obligarse, aunque no lo sea, que en nuestro castellano antiguo se llamaba *manero*, y en latin se llama *expromisor*), y aquel à cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de este (1).

18. De lo expuesto en el párrafo anterior se infiere que por la delegacion no se hace novacion, á menos que se exprese ó que haya litiscontestacion entre el cesionario y el deudor, ó por haberle empezado este á pagar la deuda, notificándole la cesion y aceptándola (2); en cuyos casos queda libre el delegante ó cedente, y no puede pedir ejecucion contra su deudor, ni revocar la cesion, ni al cesionario ó procurador en su misma causa la facultad de exigir el débito, y asi en estos casos se debe limitar la ley 15. tit. 14. Part. 5, posterior á la 3. Cod. *de novationib.*, porque la ley nueva que habla generalmente, no corrige los especiales de la antigua. Si el cesionario es negligente en exigir el débito, es de su cuenta el riesgo que haya en su cobranza, sin que tenga recurso contra el deudor que se lo cedió, pues quedó libre de su pagamento (3) por la cesion; por lo que si el deudor da á su acreedor otro deudor en su lugar, con pacto de que él ha de quedar libre de la deuda, y el delegado lo acepta, impedirá esta excepcion el curso de la via ejecutiva; y aunque el deudor delegado se constituya insolvente, no tendrá repeticion el acreedor contra el delegante ó primer obligado; pero si nada se pacta, ambos serán responsables, bien que pagando el uno, quedan libres los dos para con él, porque la deuda es una, y como tal solo una vez se debe cobrar y pagar. Tambien se infiere que si el deudor puro delega con condicion á otro deudor en su lugar, con ánimo de novar el contrato, se hace la novacion por esta delegacion; pero no cumpliéndose la condicion, ó estando pendiente, si el delegado muda su estado, de tal suerte que no puede comparecer en juicio, v. gr. por haberse hecho siervo ó religioso, ó vuelto loco ó mentecato, ó si-

1 Leyes 2 y 15. tit. 14. Part. 5.

2 Ley *Delegatio*, 3. Cod. *de novat Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 6. num. 5. Parlad. differeut. 50. §. 2. num. 6. Olea tit. 8. quæst. 2.

3 Ley 15 tit. 14. Part. 5. Ley 2. Cod. *de nautico fœnor.*

do deportado, no se disuelve la obligacion primera, y por lo mismo, aunque la condicion se verifique, no hay novacion, ni el delegado queda obligado (1). Y finalmente se deduce, que si en la segunda obligacion intervienen fiadores, no se libertan los de la primera, excepto que se exprese, por cuya razon no se extingue la prerogativa de la primera, antes bien se debe observar, ni tampoco se libertan, aunque en la segunda se prorogue el término de la primera.

19. Si estando uno obligado bajo de condicion à pagar á otro cierta cantidad, ó à hacerle alguna cosa, renovase puramente otro tercero esta obligacion, no vale la novacion si la condicion no se cumple, à menos que el segundo diga expresamente, que ya se cumpla ò no esta, quiere quedar obligado, y que el primero no lo quede (2).

20. No puede hacer novacion la muger, porque es especie de fianza, la cual le está prohibida, y por lo mismo solo quedará obligada en los casos expresados en el lib. 2. tit. 4. cap. 17. §. 29: por consiguiente la podrá revocar, y revocándola queda firme el primer contrato (3); y aunque el acreedor exima à la muger de la obligacion agena que constituyó y recibió en sí con ánimo de novar la primera, y libertar al deudor principal y verdadero, no quedará libre este (4). Tampoco puede hacer novacion el menor de catorce años sin otorgamiento de su curador, y si lo hiciere á nada quedará obligado, ni el primer deudor, por lo que perderá su débito el acreedor (5).

21. Se admite tambien en la via ejecutiva la excepcion de nulidad del contrato, sentencia ò instrumento en cuya virtud se pidió la ejecucion; porque el que es nulo no debe ejecutarse, ya proceda la nulidad de falta de facultad en el que lo otorgó, ó de la solemnidad prevenida por la ley, ò de otra causa; entendiéndose esto aunque la nulidad se oponga por incidencia (6), y asi constando notoriamente en el mismo instrumento ó en el proceso ejecutivo, basta alegarla como de derecho, y el juez puede repeler de oficio al actor (7), ó aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la

1 Ley 15. tit. 14. Part. 5.
2 Ley 16. tit. 14. Part. 5.
3 Ley 17. tit. 14. Part 5.
4 Ley *Quamvis*, 8 §. *Si mulier*, vers. *Marcellus*, ff. *ad senatus consultum Velleja.* Greg. Lop. en la 17. tit. 14. Part. 5. glos. 3. al fin.
5 Ley 18. tit. 14. Part. 5, y ley 1. ff. *de novat.*
6 Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Rec. que hoy es la 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. num. 92. Rodrig. *de execut.* cap. 6. num. 16
7 Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. *de except.* num. 2, 3 y 4.

causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque se requiera examen y conocimiento mas prolijo, se ha de llevar á debido efecto la ejecucion (1).

22. Otra excepcion de las que se pueden oponer, y deben admitirse en la via ejecutiva, es la *simulacion* de contrato, la cual justificándose en los diez dias legales, enervará la ejecucion, é impedirá sentenciar la causa de remate, porque el simulado y hecho en fraude de la ley, es nulo.

23. La simulacion puede cometerse de tres modos: 1.° cuando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar y aparecer otro; v. gr. Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, y le ofrece hipotecar á su seguridad tal finca fructífera, y Juan le responde que se la prestará, pero que mientras no se la pague, le ha de dejar percibir los frutos de esta, y para que no suene usura, ni en juicio se le obligue á compensar estos con la suma principal, como debe, ha de otorgará su favor escritura de venta de la misma finca; en cuyo caso el que alega y excepciona esta simulacion, debe probar no solo que su ánimo fue celebar el contrato pignoraticio, no otro, y que asi se pactó entre los dos, sino que por los motivos expuestos, y estimulado de la urgencia que tenia, convino en que se fingiese el de venta, como tambien que este se formalizó al instante, sin haberse estipulado otra cosa, y que por consiguiente no se apartó del primer convenio.

24. El segundo modo de cometer la simulacion, es cuando se celebra realmente el mismo contrato que suena, pero por algun aditamento que lleva, se conjetura simulado: v. gr. Pedro pide á Juan cierta cantidad prestada, y este le responde que si la quiere le venda por ella con pacto de *retrovendendo* tal finca productiva, la que no ha de retraer hasta tal tiempo. En este caso, aunque el pacto es permitido, si se advierte que es corto el precio de la venta, atendido el valor de la cosa, y se prueba que el vendedor necesitaba el dinero, y que el comprador no quiso dárselo prestado, sino con el pacto; se presume contrato simulado, sin embargo de que en la realidad no lo fue, y que el comprador quiso lucrarse de los frutos de la finca durante el tiempo que la tuvo en su poder, por lo que mas fue contrato pignoraticio que venta.

25. El modo tercero, es cuando se finge un contrato que real y efectivamente no hay, porque el ánimo de los contrayen-

1 Carlev. tit. 3. disp. 16. num. 1, 3, 5 y 23. Rodrig. dicho cap. 6. num. 16.

tes es no celebrarlo, y sí únicamente por sus fines particulares que suene celebrado, en cuyo caso no vale, y se estima por no hecho. En estos tres casos, aunque el perjudicado manifiesta su delito en haber intervenido en la simulacion, puede no obstante alegarla, no para fundar su intencion, sino para coadyuvarla contra el cómplice ó partícipe, porque trata de evitar su daño, y este de lucrarse en su detrimento. Lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en fraude del fisco ò de otro tercero; pero si el ejecutado confiesa que tuvo ánimo de quedar obligado, y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la excepcion de simulacion (1).

26. La excepcion de que el instrumento en cuya virtud se pidió ejecutivamente no *contiene la causa de deber*, impide tambien la ejecucion, pues para estimarse que uno queda obligado por pacto ó promesa, se requiere expresion de la causa de que proviene la obligacion, lo cual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba por la ley final, tit. 13. Part. 3: *Otrosí decimos: que si algunos conocieren fuera de juicio, que deben dar diez maravedís ó otra cosa á otro, é non dicen señalada razon, porque deben dar aquello que conocen; tal conocimiento como este non empece á los que lo facen ni son tenudos de pagar aquella debda si no quisieren: fueras ende si aquel á quien ficieron la conocencia, probare guisada razon porque ge lo debian dar, y há lugar la excepcion aunque el obligado jure el contrato* (2). Si la obligacion proviene de mercaderías, deben especificarse por menor, y su precio, de modo que se entienda qué es lo que se vende, y la cantidad que por ello se da (3).

27. Aunque la ley 1. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec, posterior á la de partida inserta, manda que en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado á cumplir lo que prometió, sin embargo de que no intervenga *estipulacion* (que es promesa y aceptacion verbal), no es visto haber quitado por esto lo sustancial de la obligacion, sino la fórmula ó solemnidad de palabras que prescribia el derecho comun, sin las cuales no nacia accion; por cuyo motivo y por otras razones que traen Gomez y Rodriguez en el lugar citado, careciendo la obligacion de la justa causa de deber, y no probándola el ejecutante, parece no nacerá accion para pedir, y estorbará el progreso de la

1 Marant. part. 6. *de exception.* num. 29 al 34. Rodrig. *de execut.* cap. 1. art. 4. num. fin.

2 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 11. num. 5.

3 Ley 2. tit. 12 lib. 10. Nov. Rec.

ejecucion la excepcion de dolo malo; pero acerca de ello véanse los autores que los dos citan, pues estan varios en sus dictámenes; y Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. ampliat. 5. dice, que no es necesaria la causa; bien que los mas siguen la que llevo sentada. Lo mismo digo cuando es falsa y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio (*).

28. La prescripcion es otra de las excepciones que impiden la ejecucion. De ella traté generalmente en el lib. 2. tit. 1. cap. 4, desde el párrafo 13 hasta el 27; y de la prescripcion de las acciones en este lib. 3. tit. 1. cap. 1, desde el párrafo 25 hasta el 35. Supuesta, pues, aquella doctrina, añadiré ahora varias cosas, que allí ò no se explicaron, ó se tocaron ligeramente, por tener mayor enlace con la doctrina de este juicio. El derecho y accion de ejecutar por accion personal prescribe por diez años, segun se dijo en el lugar citado, no pactando lo contrario los contratantes en el instrumento, pues si lo pactan parece que no correrá la prescripcion pendiente la dilacion convencional; que podrán renunciar dicha ley los deudores por haberse establecido en su beneficio, y no haber prohibicion de que se renuncie; que de consiguiente en este caso no habrá prescripcion, y en cualquier tiempo se les podrá ejecutar; y que lo mismo procederá si la escritura de obligacion contiene la cláusula »de que antes de cumplirse cada diez años ha de ser visto renovarse el contrato, como si entonces se formalizara, y que nunca ha de haber prescripcion del derecho de ejecutar, sino antes bien poder el acreedor usar de él en cualquier tiempo, à cuyo fin renuncia el deudor la ley 63 de Toro, y demas que tratan de las prescripciones, para no aprovecharse de su auxilio." Mas nunca he visto practicar lo dicho, sino lo contrario, en los censos en que suele ponerse esta cláusula.

29. Procede lo dicho, tenga buena ó mala fe el deudor, pues aunque en toda prescripcion se requiere regularmente la buena de aquel, en la del derecho ejecutivo no es precisa, aun cuando se haya dado sentencia que le constituya en la mala fe, porque no se quita al acreedor el dominio de la cosa, ni la accion que le compete para cobrar su crédito, sino el rigor de la via ejecutiva, castigando la negligencia y omision que tuvo en dejar pa-

* Solo el prurito de sutilizar, de controvertirlo y confundirlo todo, como asimismo de recurrir á las leyes muchas veces oscuras de los romanos para interpretar las nuestras, ha podido hacer que se dude sobre si para la validacion de un contrato es necesario que se exprese en este la causa de deber despues de la citada ley 1, y asi ademas de Parladorio, Pichardo y Ayllon, otros varios autores afirman con razon, que no es menester expresar dicha causa en los pactos. *Febrero reformado.*

sar los diez años sin usar de su derecho; de suerte que le queda la via ordinaria para pedir en ella el pago de lo que se le debe, y asi corre la prescripcion no solo contra los legos, sino tambien contra las iglesias y personas eclesiásticas (1).

30. La prescripcion tiene lugar sea de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó de ejecutoria dada por tribunal superior, ó de instrumento público, puro, condicional, ò à dia cierto de pagar una sola cantidad, contados los diez años en esta forma: de la *sentencia*, desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: de la *ejecutoria*, desde el en que se dió: del *instrumento puro*, desde el de su otorgamiento; y del *condicional ó á dia cierto*, desde aquel en que se cumplió el plazo ó verificó la condicion, porque desde los expresados tiempos compete la accion al acreedor para pedir ejecutivamente, y tiene obligacion de pagar el deudor, bajo la pena de ser ejecutado no haciéndolo.

31. Pero si el instrumento es de censo ó de satisfacer en su virtud legados, réditos ó pensiones anuales, prescribe el derecho de pedir ejecutivamente los caidos pasado el término de los diez años, y asi es preciso recurra el acreedor à la via ordinaria para su ejecucion; pues como todos los años nace la obligacion de pagarlos, se origina igualmente la accion ejecutiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos como los años, y no poder haber prescripcion de lo que no ha tenido ser: lo cual no sucede en los demas instrumentos en que hay una sola obligacion, y por consiguiente una accion de pedir ejecutiva y ordinariamente segun el tiempo. Por tanto en las obligaciones anuales, provengan de contrato ó última disposicion, no se debe computar el tiempo de la prescripcion desde el principio en que se constituyeron, sino desde el de cualquier año, como se observa inconcusamente en los tribunales, no obstante el sentir de algunos autores que afirman, que en estos contratos, si el acreedor deja pasar los diez años, pierde el derecho de pedir ejecutivamente, no solo las pensiones caidas en ellos, sino tambien las sucesivas, pues no hay ley Real que tal diga, y por lo mismo no se hace aprecio de su dictamen.

32. Sobre si en los quirógrafos ó papeles simples se han de contar los diez años desde su fecha ó desde su reconocimiento judicial, estan diametralmente opuestos los autores: Gutierrez y Vela defienden que los diez años empiezan á correr desde el

1 Cap. 2, 3, 4 y 6. *de prescription.*

dia en que el deudor reconoce el vale, y no antes, porque hasta entonces no nace la accion de pedir ejecutivamente, y donde no hay accion ejecutiva, mal puede hacerse uso de ella, ni haber prescripcion. Larrea, Acevedo y otros afirman que se deben contar los diez años desde el dia en que se hizo el vale ó papel, al cual se retrotrae el del reconocimiento, porque desde aquel se halla obligado el deudor; y pasados, solo podrá el acreedor usar de la via ordinaria. Mas procurando Olea conciliar ambos pareceres, es de sentir que pidiéndose y haciéndose el reconocimiento dentro de los diez años, empiezan á correr y contarse estos desde él, puesto que el acreedor no fue moroso por haber preparado en tiempo habil la via ejecutiva: y asi como cuando el que tiene vale de otro, y hace que este le otorgue de su importe escritura pública dentro de los diez años renovando la obligacion, ó dando fianza ó prenda, empiezan à contarse estos desde la fecha de ella, y à correr la prescripcion segun derecho (1); asi tambien el reconocimiento del vale hace que tenga vigor y autoridad de instrumento público. Y si el deudor reconoce el vale pasados los diez años de haberse hecho, distinguiendo afirma por corriente en la práctica, que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda, y jura estar pagada, no tiene lugar la via ejecutiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion constituida en él, es con su causa, y se presume pagada la deuda por haber mediado tanto tiempo, en cuya atencion es preciso que el acreedor recurra á la via ordinaria. Pero si le reconoce, y al mismo tiempo confiesa el débito, lo cual ha de pedir el acreedor cauto, se le debe ejecutar en virtud de la confesion pura, sea por el todo, si nada pagó, ó por el resto que esté sin satisfacer, á cuyo dictamen me inclino; porque aunque el vale y la accion para pedir ejecutivamente en virtud de él se hallen prescritos, no lo estan el débito ni la confesion de él, y asi en virtud de esta, como que es del dia, se debe expedir el mandamiento ejecutivo, del mismo modo que si la hiciera sin haber vale, pues en cualquiera tiempo que se haga, trae aparejada ejecucion, lo cual he visto practicar como legal y justo.

33. No procede lo dicho con el fiador, que habiendo sido ejecutado y pagado por el deudor principal, intenta contra este la via ejecutiva con el lasto del acreedor, pues no corren para con él los diez años, desde que el obligado principal contrajo la deu-

1 Ley 29. tit. 29. Part. 3.

da, ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor le cedió sus acciones: ya porque estuvo imposibilitado de pedir, y al impedido no corre término ni prescripcion; y ya porque se interrumpió la de los primeros diez años por haber pedido la ejecucion el acreedor (*).

34. Hay notable diferencia entre la interrupcion y la perpetuacion de la accion. La primera no es otra cosa que un obstáculo ó impedimento que hace cesar el curso de la prescripcion incoada, y para que haya despues prescripcion, es preciso que empiece á correr de nuevo. En la via ejecutiva se interrumpe por siete actos. El primero es por la comparecencia del actor en juicio, pidiendo la ejecucion dentro de los diez años, y despachándola el juez (aunque no se encuentren bienes del deudor en que trabarla, ó este no quiera contestar la demanda), y por su citacion ó cuasi-citacion que tiene fuerza de contestacion, y no lo uno sin lo otro, segun la opinion mas segura, aun cuando la ejecucion se hubiese despachado y seguido mal; pues este defecto del juez ignorante no debe perjudicar al actor, á quien basta haber ocurrido en tiempo habil á pedir judicialmente para que se interrumpa la prescripcion. El segundo es por la captura del reo que es citacion real. El tercero es por oponerse á la ejecucion, ó proponer sus excepciones en el juicio, pues tanto obra en este su comparecencia, como la citacion. El cuarto, por haber satisfecho dentro de los diez años parte del débito (conste el pago de su respaldo, ó por otro medio), ó algunos intereses por retardacion de la suerte principal (1); bien que en este caso, si el deudor le niega y opone esta excepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago, hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice cobró de él á cuenta ó por intereses, no será bastante para interrumpirla, excepto que el mismo deudor firme igualmente la carta de pago, ó el acreedor á quien incumbe la prueba como fundamento de su intencion, que se afianza en afirmativa probable, lo justifique por otro medio. El quinto es por haber dado fianza ó hipoteca al acreedor para su seguridad.

* Para probar que los diez años que competen al fiador para ejecutar al deudor, cuyo débito satisfizo, no deben empezar á correr desde que este se contrajo, sino desde que el fiador le pagó y le dió lasto el acreedor, son superfluas, ó por mejor decir, no vienen al caso las dos razones que siguiendo á Parladorio trae Febrero. La verdadera razon consiste en que hasta que el fiador paga al acreedor, no es el deudor deudor del fiador, y así hasta dicho tiempo no pueden principiar á correr los diez años en que este podia proceder ejecutivamente contra aquel. El crédito del acreedor es diverso del crédito del fiador, aunque sea de igual cantidad, y el primero se acaba al comenzar el segundo, por cuyo motivo es una crasa equivocacion confundir el tiempo de ejecutar por el uno, con el tiempo de ejecutar por el otro. *Febrero reformado.*

1 Ley 29. tit. 29. Part. 3.

El sexto, por haber renovado espontáneamente la obligacion sin coartarla. Y el séptimo caso es, por haberle pedido su acreedor la deuda delante de amigos ó mediadores. Por estos siete actos se interrumpe la prescripcion, y empieza á correr de nuevo desde el dia en que se celebró cualquiera de ellos (1).

35. La accion ejecutiva se perpetúa hasta cuarenta años, por oponerse ú objetar sus excepciones el reo ò por su contumacia que se reputa contestacion del pleito; pues la ley 63 de Toro no ha prohibido ò derogado dicha perpetuacion (2).

36. De todo lo dicho se infiere, que si el acreedor pide la ejecucion pasados los diez años, no se debe despachar, sino antes bien dar traslado simple al deudor, como de una demanda ordinaria, y por lo mismo para conseguir judicialmente el cobro de su crédito, es necesaria la via ordinaria, y esta accion dura veinte años contados unos y otros, segun se dijo en este lib. 3. tit. 1. cap. 1, desde el párrafo 25 al 28; excepto para con los criados de servicio, boticarios, joyeros, especieros, abogados, procuradores, agentes de negocios, pues à estos se conceden solamente tres años para pedir ejecutivamente lo que se les debe, como se dijo asimismo en dicho capitulo 1.° párrafos 30, 31 y 32.

37. Si el actor pide la ejecucion dentro de los diez años por los créditos de un censo, vencidos en su intermedio, cita al reo, este se opone excepcionando contra la legitimidad del crédito, y de consiguiente contra el instrumento en virtud del cual se expidió, convirtiéndose por esta causa la via ejecutiva en ordinaria; y por sentencia dada en esta, y ejecutoriada, se declara legítimo y válido el instrumento, mandándoseles que pague: podrá despacharse la ejecucion, no solo por los caidos en los diez años, sino tambien por los posteriores hasta la ejecutoria, sin necesidad de seguir otro juicio ordinario: lo primero, porque como el acreedor acudió en tiempo oportuno á usar de su derecho, y no fue moroso, no hubo prescripcion, ni se le debe imponer la pena de la ley: lo segundo, porque la sentencia condenatoria removió el óbice que el reo objetó al instrumento ejecutivo, ò por mejor decir declaró que no lo tenia; y lo tercero, porque estuvo impedido de continuar el juicio ejecutivo incoado, y de intentar otros en los años sucesivos por la excepcion maliciosa del deudor, y por consiguiente de cobrar los réditos pos-

1 Dicha ley 29.

2 Quien quiera saber por que tiempo se ganan y pierden las cosas muebles y raices, propias ó agenas, corpóreas é incorpóreas, vendidas, arrendadas ó empeñadas, y poseidas con buena ó mala fe entre presentes ó ausentes, vea el tit. 29. Part. 3.

teriores vencidos en ellos; á cuya consecuencia, aun cuando pasen mil años despues de contestado el juicio hasta su conclusion, debe despacharse ejecucion por el importe de todos, pues su mala fe no debe aprovecharle, ni ceder en detrimento del actor. Mas para que no se le oponga el reparo de no estar líquidos los réditos, debe ante todas cosas pedir se liquiden con citacion del deudor por el escribano originario; y aprobada y declarada en cosa juzgada la liquidacion, ha de renovar y reproducir la accion intentada por el importe de aquellos años, porque pidió la ejecucion solicitando ampliacion á causa de su imposibilidad por el de los posteriores. En orden à los réditos caidos, pendiente la via ejecutiva, he visto ejecutoria en la Corte, revocando la sentencia de un alcalde, por la cual habiendo pretendido el ejecutante que la sentencia de remate, y mandamiento de pago, se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, mandando que el ejecutante pidiese nuevamente por ellos; y el tribunal superior, atendida la verdad, defirió à la ampliacion.

38. Impide tambien la ejecucion la excepcion de que el instrumento en cuya virtud se expidió, no es público ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por escribano ante quien no se otorgó, por lo que se redargnye de falso civilmente, en cuyo caso hasta que se compruebe con la matriz, precedida citacion del reo, no hace fe, ni es exequible, y si el que le produce no le comprueba dentro del término legal, no podrá sentenciarse la causa de remate (1); bien que si le autorizó aquel ante quien pasó, es lo mismo que si fuera la copia original, y aunque no mande el juez darle, hará fe en juicio.

39. Si la escritura es censual ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca (pues el hipotecar solamente sus frutos ò réditos, mas es consignacion de paga en ellos que hipoteca, como cuando es vinculada, y asi no hay que registrarla), y el acreedor antes de entablar el juicio, no hizo tomar razon de ella en el oficio de hipotecas de la cabeza del partido en donde se halla sita, segun lo disponen la pragmática de 31 de enero de 1768 y la Real cédula de 10 de marzo de 1778, que se extiende á las escrituras é hipotecas de donaciones piadosas; no se debe despachar ejecucion en su virtud, ni juzgar por ella, puesto que no hace fe para el efecto de perseguir la finca; y aun cuando esté tomada y registrada, si el deudor se halla fuera de la jurisdiccion del juez ejecutante, y en la requisitoria de ejecucion no va

1 Ley 115. tit. 18. Part. 3.

inserta ò incorporada la nota de estarlo en la escritura original (que es la que se debe registrar, á menos que se pierda ò destruya, ò por esta razon se saque otra con la solemnidad legal), puede el requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es ejecutiva. Pero sin embargo de esto he visto entregar el actor la escritura para tomar la razon, pendiente la ejecucion, á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate estuviese subsanado el defecto, por deberse proceder atendida la verdad, y no detenerse en sutilezas legales (*); como asimismo he visto postergar à un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo à otro igualmente especial en las propias hipotecas, y posterior por haber registrado este su escritura antes que el otro. Y porque à veces por la distancia de las fincas, y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura, ò por otros motivos suelen omitir la toma de razon, por cuyo defecto no se puede despachar la ejecucion contra el deudor, para que por él no se le irrogue detrimento, me parece muy util que en la escritura se ponga esta cláusula: » y de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas del partido en que se hallan los bienes afectos y gravados especialmente à la responsabilidad de dichos tantos mil reales, antes de proceder especialmente en su virtud contra ellos, segun lo ordenado por la ley, auto acordado y pragmática expedida últimamente à este fin, dentro del término y bajo la pena que imponen; pero sin embargo de que no esté tomada, quiere el otorgante que no por eso deje el acreedor de dirigir su accion ejecutiva contra él y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca y obligacion general; que se trabe la ejecucion indistintamente en ellos; que se embarguen y vendan á su arbitrio los

* Con el pretexto de deberse proceder atendida la verdad, sin detenerse en sutilezas legales, y de llamar asi varias formalidades de las leyes para la mas exacta observancia de sus disposiciones, se pueden violar á cada paso las mismas leyes, como en el caso que refiere Febrero, se violó la citada pragmática de 31 de enero 1768, pues en ella se leen estas palabras: »Expresando al fin de ellos (de los instrumentos) que no han de hacer fe contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la instruccion." Asi que no basta para que la hipoteca se entiende constituida, y pueda procederse contra ella, que esté tomada su razon al tiempo de entablarse el juicio, ni mucho menos al tiempo de sentenciarse la causa de remate, sino que se ha de haber tomado precisamente dentro del término prefinido en dicha pragmática, esto es, dentro de los seis dias siguientes al de la fecha de escritura ó instrumento, si se otorgó en la capital del partido, y dentro de un mes, si fue otorgada en algun pueblo de su distrito ó jurisdiccion. Si las formalidades prescritas por las leyes son superfluas, no procedió bien el legislador en prescribirlas, y deberian abrogarse: si son útiles se han de observar en vez de condenarse como sutilezas legales. *Febrero reformado.*

que le parezcan, hasta que se haga efectivo pago del principal, décima y costas, y que mientras no se tome se entiendan y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente para que este defecto no sirva de obstáculo à la expedicion de la ejecucion contra todos, pasado que haya sido el plazo; y tomada que sea, no ha de perjudicar la obligacion especial à la general, ni esta á aquella, y el acreedor ha de usar à su eleccion de ambas como le convenga." Con esta cautela no hay motivo para dejar de despachar la ejecucion, porque se queda la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, por no mandarlo la pragmática.

40. Si en el instrumento no se señala plazo para la paga, puede el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado (1), excepto que por la expresion de la causa del préstamo se colija otra cosa de la intencion del prestador y mutuario, como si fue hecho para cierto uso; pues en este caso, aunque el instrumento sea puro, no puede el acreedor pedir su dinero antes que se cumpla el plazo ò se verifique el uso.

41. Se admiten en la via ejecutiva las excepciones que se dirigen contra la persona que la intenta, v. gr. si es menor, muger casada, hijo de familia ò estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que el derecho prescribe; ò está excomulgada, ò no se halla nombrada en el instrumento, ò carece de facultad para pedir, y otras de que traté en el capítulo 3.° de este título.

42. Del mismo modo se admite y há lugar en la via ejecutiva la *declinatoria de fuero*, proponiéndose en el tiempo y términos explicados en el cap. 3. tit. 1 de este lib. §§. 4 y 5, y en el cap. 2. tit. 2, y nunca se entiende excluida esta excepcion, aunque otras lo sean, excepto que la ley la excluya expresamente (2).

43. Impide tambien la ejecucion la excepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide, pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una tenga sentencia propicia, cesan los efectos de esta, por ser visto apartarse del derecho que su virtud le competia, y asi no se debe ejecu-

1 Ley 2. tit. 1. Part. 5 al fin. *E si el plazo non fuese puesto, debegela dar á voluntad del que la prestó diez dias despues que fue prestada.*

2 Glos. *In Clement. unic. de sequest. posses.* Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. Gom. lib. 3. *Var.* cap. 12. num. 8.

tar (1). Lo mismo procede cuando en fuerza de sentencia arbitraria se pide la ejecucion, y no se observan la forma y requisitos prescritos por la ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec., pues es nulo lo que en contrario se hace. Pero no obsta à la via ejecutiva la excepcion de la *litispendencia* de otra via ejecutiva, porque en este juicio se procede sumariamente, son compatibles dos vias ejecutivas, y no causan instancia, ni por consecuencia se verifica propiamente la litispendencia (2).

44. El no estar comprendida en el instrumento la cantidad porque se expidió la ejecucion, es otra excepcion que la impide, v. gr. en el contrato de arrendamiento si el principal y expreso espiró, y por el tácito que se subrogó en su lugar ejecuta el arrendador al arrendatario; pues en virtud del primer contrato no se debe proceder por la cantidad del tácito, porque no está inclusa en él (3); à menos que en el instrumento se pacte que por la tácita se ha de ejecutar igualmente, como se dijo en el párrafo 36, capítulo 2 de este titulo.

45. Lo mismo procede cuando el instrumento del contrato en virtud de que se pide la ejecucion, no es el principal otorgado y celebrado entre las partes, pues aunque los testigos depongan con citacion del deudor, no solo de su contexto, sino de que aquellas dieron facultad al juez para proceder ejecutivamente, respecto no traerla aparejada las deposiciones de estos, como el instrumento principal, no se debe despachar (4).

46. Es excepcion legítima la del juramento que el lego hace en las obligaciones en que por no requerirlo para su validacion, y por otros motivos, está prohibido el ejecutarlo; y lo propio sucede cuando se somete al juez eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas, y no se deben ejecutar, como lo ordena la ley 6. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. *Defendemos que ningun lego, cristiano, judío ni moro no haga obligacion en que se someta á la jurisdiccion eclesiástica, ni haga juramento por la tal obligacion, junta ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba, so las penas contenidas en las dichas leyes, y que la obligacion no vala ni haga fe ni prueba. Y mandamos á todas y cualesquier justicias que no la*

1 Parlad. ibi, num. 21. Avendañ. tit. *de las excepciones*, num. 24.

2 Salg. *de regia*, part. 1 cap. 7. num. 171. Carlev. *de jud.* tit. 3. dis. 14. num. 1.

3 Ley *Item quæritur*, §. *Qui impleto*, ff. *Locati*. Gom. en la ley 64 de Toro, num. 6 Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 49. num. 13. Rodrig. *de executor.* cap. 1 art. 4. num. 33.

4 Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. num. 22.

ejecuten ni hagan pagar. En este caso, ademas de ser nula la escritura, incurre el escribano que la autoriza en las graves penas que dicha ley le impone, y expliqué en varios lugares del título 4, lib. 2, diciendo en qué contratos se puede interponer juramento, sin que el escribano incurra en pena por admitirlo, ni se anulen por haberse hecho. En el párrafo 38, capítulo 2 de este título, se dijo qué contrato debe contenerlo para ser ejecutivo.

47. Impiden asimismo la ejecucion las excepciones anejas ó inherentes al contrato, v. gr. en el de compra y venta, la de no haberse entregado al comprador la cosa vendida, ó no haber pagado este su precio; ó en las fianzas, la de que el fiador que dice pagó por los demas ó por el principal, no manifiesta el lasto ó cesion de acciones para acreditar la solucion y otras semejantes, porque como la accion y excepcion provienen de un mismo contrato y fuente, al modo que se admite la una, se debe admitir la otra, pues ambas tienen igual valor guarentigio; y asi no se debe decir que el que opone la excepcion va contra el instrumento (1), lo cual se entiende probándose unas y otras en los diez dias legales, y no de otra suerte, pues si requieren mayor conocimiento no lo impedirán.

48. Lo explicado en los párrafos anteriores se limita en cuatro casos. 1.° Cuando los contrayentes pactan otra cosa. 2.° Cuando el ejecutado debe cumplir el contrato antes que el ejecutante. 3.° Cuando en él no consta cual de los dos ha de cumplir primero, por ejemplo, en el de venta, si el comprador ha de entregar el precio antes que el vendedor la cosa, ó al contrario, en cuyo caso debe mandar el juez se pongan en depósito aquel y esta. 4.° Cuando la cosa no entregada es el importe de alcabalas ú otros derechos Reales que tomó en arrendamiento, pues aunque alguna parte de ellas le salgan fallidas, ó se le retarde su cobro por culpa de tercero y no del ejecutante, si la mayor se le hace sana y efectiva, no ha lugar la excepcion, ni impedirá por consiguiente el curso de la via ejecutiva (2).

49. Impedirá el progreso ejecutivo la excepcion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquida la deuda, y se hace constar por otro instrumento que traiga aparejada ejecucion; ó porque el ejecutante confiese de plano ser líquido y cierto el débito, y que ninguna defensa tiene, pues fuera de estos dos ca-

1 Rodrig. dicho cap. num. 14, 15 y 25.
2 Ley 34. tit. 5. Part. 5.

sos, como exige mayor inspeccion y conocimiento, no se admite (1).

50. En cuanto à si la excepcion del dinero no entregado (que en el derecho romano se llamaba de *non numerata pecunia*) es ó no admisible en la via ejecutiva, aunque hay dos opiniones contrarias, la afirmativa como verdadera, y comunmente observada en la práctica, es la que se debe seguir, con tal que se pruebe en el término legal, por ser justo y equitativo se socorra à los deudores para que no padezcan indebidamente extorsion alguna; pero el deudor debe oponerla dentro de los dos años siguientes al contrato, sino la renunció; en cuyo caso, aunque puede recibir y tomar en si el cargo de probarla, incumbe al acreedor la prueba contra ella; mas si la renunció, ó han espirado los dos años que para su oposicion prefine el derecho (2), es de su obligacion, y no de la del deudor, justificar en los diez dias de la ley, no habérsele entregado el dinero, precio ó alhaja que se le pide, y en ambos casos, si lo prueba, debe ser absuelto (3); todo lo cual milita no solo en el dinero, sino en otra cualquiera cosa, porque versa identidad de razon, y la ley 9. tit. 1. Part. 5. que se cita lo comprende todo.

51. Impide igualmente el curso de la ejecucion, la excepcion que de ella misma puede originarse, v. gr. por no haber puesto el escribano la hora en que notificó su estado, como lo manda la ley 14. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec., ó por no haberse dado los pregones en el tiempo debido, ó cuando se invirtió el orden y forma legal en hacer la traba, ó se excedió el alguacil, ó no se observó el estilo del tribunal; en cuyos casos y otros semejantes, debe admitirse la excepcion, no contra el contrato ó sentencia, en fuerza de que se expidió la ejecucion, sino contra el mismo hecho de esta (4).

52. Ultimamente obstan à la ejecucion cualesquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, cuando el acreedor renunció en el contrato su beneficio, porque lo que por disposicion legal está permitido hacer, se puede practicar tambien por el pacto de los contrayentes; pues siendo justo tiene fuerza de ley, y cualquiera puede renunciar lo que se estableció en su privativa utilidad.

1 Palac. Rub. en la ley 64 de Toro al fin. Diego Perez en la 4. tit. 8. lib. 3. Orden. glos. 1. Gutierr. lib. 1. *Pract* quæst 112. num. 1 al 3. Rodrig. dicho cap. 6. num. 11.

2 Ley 9. tit. 1. Part. 5.

3 Paz tom. 1. part. 4. y cap. 3. cit. num. 5

4 Paz lug. cit. num. 26.

53. Lo propio milita con las que el reo podria objetar en la provincia en que se celebró el contrato, ó se dió la sentencia, y con otras legítimas que pueda probar en el término prefinido por nuestro derecho, que son diez dias; previniendo que si las alegare en el proceso, y sin embargo se desestimaren y fuere condenado, no deben admitírsele en la ejecucion de la sentencia pronunciada en él y ejecutoriada, porque les obsta la de cosa juzgada, y el que es repelido como actor debe serlo como reo.

54. Pasando ahora á tratar de la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en la via ejecutiva, digo que una es la de *dolo*. No hablo del *dolo bueno* ó impropio, que es *discrecion, astucia y sagacidad para conducirse lícitamente y precaverse, á fin de no ser perjudicado* por lo que es permitido (1), sino del malo, propio y verdadero, que es *falacia y maquinacion premeditada para seducir y engañar á otro, á fin de lucrarse en su detrimento y perjudicarle*. Pero lo dicho se entiende cuando el dolo sobreviene o es incidente, pues si se prueba haber dado causa al contrato, por ser este nulo, no se debe ejecutar.

55. De varios modos se comete el dolo. El primero cuando el mismo da causa al contrato. El segundo cuando aunque al principio no lo haya cometido el doloso demanda al obligado, y sigue la instancia sabiendo que goza de excepcion, pues si la ignora no se presume que lo comete; y el tercero despues del contrato, v. gr. si por obra ó culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia de pagar; advirtiendo que cuando se procede civilmente se compensa un dolo con otro, mas no si es criminalmente.

56. Se puede oponer la excepcion de dolo contra el que lo comete, ya sea varon ó hembra, y mayor ó menor capaz de cometerlo, por lo que es personal de parte de aquel contra quien se opone, y á veces no solo se puede oponer contra el actor por el suyo, sino por el ageno; en cuyo caso debe el reo deducir, especificar y probar el dolo de aquel por el cual está obligado el actor; por ejemplo, el del difunto que daña á su heredero, y por parte del que lo opone es excepcion real, de tal suerte que á cualquiera á quien pasa la cosa en que se verificó el dolo, se trasfiere tambien la excepcion, v. gr. cuando se pretende la hurtada por el que la hurtó, ó por el que cometió do-

* Esto en buen castellano jamas podrá llamarse dolo, porque esta palabra en la acepcion general envuelve siempre la idea de falacia ó malicia.

lo en la que se pide, pues no se mira contra quien se empleó el fraude, sino si intervino en la que se pretende en juicio.

57. No daña (regularmente hablando) al singular sucesor, ni pasa contra él la excepcion del dolo que su causante cometió, pero esto se limita en cuatro casos. 1.° Cuando quiere usar de la excepcion de su causante, ó aunque no quiera, si tiene causa lucrativa ó cuasi, é intenta su accion, y no de otra suerte. 2.° Cuando es convencido de su dolo, ó se excepciona contra la parte. 3.° Cuando la cosa ha de volver incontinenti al que lo cometió, ó la excepcion está aneja á ella misma. 4.° Cuando se cometió en la adquisicion de la accion, pues á cualquiera sucesor que use de esta, obsta la excepcion. El dolo del socio perjudica al consocio; bien que este tiene el regreso contra aquel.

58. Puede renunciarse y remitirse por pacto la excepcion de dolo, se entiende el de tiempo pasado, mas no el de futuro. Advierto ademas, que si se celebra algun contrato en que interviene dolo, y para su confirmacion se hace despues otro sin él, y el actor usa del segundo, puede el reo (no obstante este) oponer la excepcion del dolo que le compete en virtud del primero, porque se presume repetido en el segundo, y que lo hubo para impetrar la confirmacion de aquel.

59. No es admisible en la via ejecutiva contra el instrumento público la excepcion de *lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio*, que en los contratos de venta, arrendamiento y otros semejantes, compete al que ha sido perjudicado segun derecho (1), porque exige mayor examen é indagacion, á no ser que se pueda liquidar y probar en el término legal, pues entonces se admitirá, y probada impedirá el progreso de la ejecucion (2).

60. En cuanto á la excepcion de *error de cálculo ó número* se distingue: si es material y propiamente numérico, v. gr. si en lugar de decir que debe ciento dijese doscientos, se ha de admitir, porque facil y claramente se puede deshacer; pero si es sobre la cosa, por ejemplo, cuando los apreciadores ó contadores aprueban la que deben reprobar, ó al contrario, ó le dan mas ó menos valor ó estimacion de la que merece, no es admisible, porque requiere mayor conocimiento, y no se puede liquidar en el término legal (3).

1 Ley 2. Cod. *de rescindend vendit.* y ley 2. tit. 1. lib 10. Nov Rec.

2 Parlad. cap. fin. part 5. § 11. dicho num. 42. Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Rec., que es la 3. tit. 28. lib. 11 de la Nov. num. 158. Rodrig. dicho cap. 6. num. 26. vers. *Alterum.*

3 Ley 1. Cod. *de errore calculi*, y ley 19. tit. 22. Part. 3.

61. Tampoco debe admitirse en el juicio ejecutivo la excepcion de *division* de la deuda entre los mancomunados, porque está muy clara y terminante la ley recopilada acerca de que segun se obliguen quedan obligados, y asi pueden ser reconvenidos por el todo ó á prorata, sin renunciar ley alguna, como se dijo en el libro 2, título 4, capítulo 17, donde se trató de la mancomunidad. Pero si se les demandare por mas de lo que importe su obligacion, podrán excepcionarlo, y probada la excepcion, impedirá el progreso ejecutivo.

62. Obligándose dos ó mas de mancomun *in solidum* por el todo, si el acreedor demandare á cualquiera de ellos, y el demandado excepcionare que la ejecucion se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, y que en este concepto la siga contra él por su cuenta, y á sus expensas; no se debe admitir esta excepcion, porque el acreedor, mediante la obligacion, usa legalmente de su derecho, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho entre los dos, pues esto es bueno para que el ejecutado, pagando primero al acreedor, use del suyo con el lasto contra su consocio ó co-reo, segun le convenga.

63. Sobre si en este juicio se debe admitir ó no la excepcion de *restitucion in integrum* por lesion ó menor edad, estan discordes los autores; pero lo cierto y seguro es, que si se opone por razon de la edad del que es menor se debe admitir, porque en la exclusion general del beneficio de restitucion, no se entiende excluido el que por la edad compete al menor; y si se opone contra la ejecucion de la sentencia ó instrumento, cuya lesion consta de autos, ó se puede probar incontinenti, que es el término legal, se debe admitir tambien, y la impedirá. Si al contrario la lesion que motiva la restitucion no consta de autos ni se puede probar en el referido término, porque requiere conocimiento mas pleno, ó se pide maliciosamente, no es admisible, ni por consiguiente se debe retardar por ella el progreso ejecutivo, de lo cual trata con mas extension Carlev. tit. 3. disp. 16. num. 27 hasta el fin.

64. Ninguna excepcion que por no ser legítima despreció el juez inferior en primera instancia, debe admitir el tribunal superior en la causa de apelacion; pero sí la que no admitió siéndolo, tal vez por causar extorsion al reo ejecutado; pues de lo contrario quedaria indefenso, se le irrogaria gravísimo daño, y se procederia injustamente; previniendo que aunque se desprecie en el juicio ejecutivo la que oponga el reo, le queda salvo su

derecho para usar de ella en el ordinario, porque aquel no produce la de cosa juzgada en este, ni presta el mas leve impedimento para él. Su efecto mas es prescribir ó señalar el modo de actuar en la defensa que quitarla.

65. Habiendo tratado de las excepciones que son ó no admisibles en la via ejecutiva, paso á explicar en qué término se han de alegar y probar para que enerven la ejecucion. Segun derecho comun era arbitrario; pero segun el nuestro, si el reo comparece, y se opone á ella antes que se le cite de remate, ó en cualquier tiempo antes de la sentencia, se le ha de haber por opuesto, y encargar á ambas partes el perentorio de los diez dias que prefine la ley (1), á fin de que en ellos aleguen y justifiquen lo que les convenga; lo cual se observa en la práctica por ser conforme á derecho. Esto se entiende, ya sean uno ó mas los ejecutados por un acreedor, y comprendidos en un mandamiento ejecutivo, porque la ley habla indistintamente, y asi todos tienen solamente los diez dias para justificar sus excepciones, y no diez cada uno en este caso.

66. No estan conformes los autores en orden á la cuestion desde cuando ha de empezar á correr el término de los diez dias, y la opinion mas recibida es que corra y se cuente desde el de la oposicion (2), segun lo declara la ley 2. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. que dice: *Declaramos y mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal ejecucion en adelante....* Sin embargo, se ha introducido en algunos tribunales, que no empiece á correr el enunciado término hasta el dia en que se hace notorio á entrambos litigantes, al modo que en la via ordinaria sin diferencia, lo cual como mas equitativo debe seguirse segun en la Corte se practica; pues ademas de que en lo propio y dudoso se deben ampliar é interpretar benignamente las leyes, seria duro y aun injusto que por no querer ó no poder el escribano dar cuenta de la oposicion al juez, ó hacer notorio el encargo, ó por hallarse imposibilitado ú ocupado este, quedase indefenso el ejecutado, y fuese condenado sin ser oido. En consecuencia hasta que el término se notifica á entrambos litigantes no debe correr, y la ley recopilada se ha de entender, cesante toda imposibilidad y fraude; y si por olvido no se hace saber mas que á una parte, no debe correr, reponiéndose los autos y diligencias posteriores en el estado que

1 Ley 12. tit 28. lib 11. Nov. Rec. que es la 2. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.
2 Acev. en la ley 3. tit. 21. lib. 4. Rec.,

tenian cuando se admitió la oposicion é hizo el encargo de los diez dias, como lo he visto practicar para evitar nulidad en las diligencias. Y se advierte, que las notificaciones se deben hacer à costa del reo al instante que se firma la providencia, aunque no lo solicite, porque se dió á su instancia.

67. Si los diez dias empiezan á correr en feriados, como los de Pascuas ú otros, y en ellos espiran ó se consume su mayor parte, no deben contarse ni correr hasta el siguiente al dia en que cesen, lo cual he visto practicar siempre, porque de lo contrario seria ilusoria é ineficaz la concesion de la ley, y no aprovecharia al ejecutado.

68. No se debe prorogar este término á instancia del reo; pero puede disfrutarlo enteramente, y por lo mismo ha de tomar los autos primero que el acreedor, sin que se le deba compeler á su vuelta mientras dura, ni entregarse á este antes, aunque acuda á tomarlos, porque el acreedor ya lleva expedita su accion, y hecha su probanza con el instrumento, sentencia ó confesion que traen aparejada la ejecucion, y no necesita término, porque no tiene que probar; pero el reo necesita ver si le compete alguna excepcion contra el documento ejecutivo, para cuya probanza se le conceden solamente diez dias perentorios, que es término sumamente limitado en comparacion del que tuvo el actor para pensar lo que habia de pedir.

69. A instancia del acreedor se puede prorogar el término las veces que quisiere, sin embargo de que se alegue que ambos son correlativos, que lo que no se permite al uno, tampoco se debe permitir al otro, y que se debe guardar igualdad en los juicios: lo primero porque ningun perjuicio se causa al deudor, antes bien le resulta beneficio en tener mas tiempo para preparar y hacer sus defensas, ó buscar dinero con que satisfacer el débito; y lo segundo porque siendo tan breve el que se ha prefinido en utilidad del acreedor, à fin de que no se retarde mas la exaccion de su crédito, y en pena del deudor para que tenga mas cuidado de pagarlo, y no se cause daño alguno al acreedor, puede renunciar legítimamente este beneficio, y pedir todo el término que quiera, pues de lo contrario se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho (1).

70. Pero para que se prorogue á su instancia, han de inter-

1 Asimismo como el término de los diez dias se ha concedido por beneficio del reo, podrá este renunciarlos, pues en las causas civiles siempre puede renunciar los términos la persona por quien se introdujeron. *Febrero reformado.*

venir precisamente dos requisitos. 1.° Que pida la próroga dentro de los mismos diez dias, y si necesita mas, que lo solicite antes que espire la concedida, para que se entienda ser todo un mismo término; bien que para conceder la segunda dilacion, aunque se pida dentro de ellos, es menester que haya conocimiento de causa, y mucho mas despues de pasados, pues sin motivo gravísimo y justificado no se debe prorogar, porque el ejecutante cuando pide la ejecucion, lleva ó debe llevar probada su accion, y no necesita término para ello, tiene el legal como el reo, y no le debe sufragar su descuido en no acudir á pedir á tiempo la próroga: y mucho menos se le debe conceder para hacer prueba por testigos, porque se presume haber visto ó tener noticia de lo que probó el ejecutado, y asi debe usar de su derecho en via ordinaria. 2.° Que ni él ni su abogado hayan visto la prueba del reo para evitar de esta suerte el soborno de otros testigos, porque si la vió no se debe conceder, segun se observa en la via ordinaria (1). Asi el término de los diez dias como el de las prórogas, son comunes à ambas partes, y no corren hasta que se les notifican, ni perjudican al ignorante, ni por las próroges se convierte la causa en ordinaria, ni tampoco muda su naturaleza el juicio, porque se entienden hechas con la propia cualidad que el encargado en los diez dias.

71. Pueden hacer las partes sus respectivas probanzas por testigos, instrumentos y demas medios legales, aunque la ejecucion se haya despachado en virtud de instrumento público, porque la ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. habla disyuntivamente, y no dice que se hayan de probar precisamente las excepciones por otro tambien público. Pero es de advertir, que los testigos que el reo produzca, no solo han de ser juramentados antes de deponer, sino tambien examinados con citacion del actor dentro del referido término, segun lo ordena dicha ley que dice: *ó por testigos tomados dentro del dicho término*, pues si está pasado ó falta la citacion, no se deben recibir sus deposiciones, sin embargo de que esten juramentados, y la prueba será ineficaz. Lo mismo sucede con el cotejo de papeles simples no reconocidos, porque los peritos son como testigos, cuyo dicho es un parecer que por si solo no prueba. Los instrumentos han de ser presentados tambien antes que espire el término, y de lo contrario no se deben admitir, porque es perentorio, y como no concedido por

1 Authent. *de testibus*, §. *Quin vero*, collat. 1. ley 35. tit. 16. Part. 3, y ley 9. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. y cap. *Fraternitatis de testib.*

el juez, sino prefinido por la ley, carece de potestad para alargarlo á instancia del reo, y para admitir la probanza que fuera de él quiera hacer (1), aunque lo contrario sucede en el juicio ordinario, como se dijo tratando de él.

72. Lo explicado en el párrafo anterior, no tiene lugar cuando por omision ó imposibilidad del juez ó escribano se pasa el término, pues entonces, como que el reo no tiene culpa, no le debe perjudicar (2), y asi es muy util la prevencion de que en el pedimento de oposicion proteste no le perjudique dicha omision ó imposibilidad, con cuya cautela, aunque espire el término, si los testigos fueron juramentados dentro de él, podrán ser examinados despues, porque los dias en que por la razon expuesta estuvo imposibilitado de hacer su prueba no le deben correr, ni computársele por término (3), y asi lo he visto practicar como justo.

73. Intentando el reo probar sus excepciones por testigos, debe nombrarlos, expresar en donde viven, y jurar que no procede de malicia (4); y si se hallan en ageno territorio, debe pretender, y se ha de librar requisitoria al juez de su domicilio, como en el juicio ordinario se practica (5); pero su interrogatorio no se ha de comunicar al actor, ni el de este à él. En este juicio y demas sumarios no se admiten tachas ó repulsas de testigos, ni por consiguiente se concede término para probarlas (6).

74. Aunque haya espirado el de los diez dias, puede pretender el deudor que el acreedor jure de calumnia y posiciones en cualquier tiempo, con tal que sea antes de la sentencia de remate, como lo dispone la ley 72. tit. 4. lib. 3. Rec., que se ha suprimido en la Novísima, y asi se practica, sin embargo de que algunos demasiado escrupulosos dicen que esta ley se debe entender solamente en los Adelantamientos de Burgos, Castilla y Leon, en cuyo título está, y no ampliarse à otras partes, pues no se hacen cargo de que fue establecida muy posteriormente à la 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.; de que no manda que esta quede en su fuerza y vigor para los demas parages, ni prohibe

1 Castill. y Palac. Rub. en la ley 64 de Toro, ver. *Pasados los dichos diez dias.* Acev. en la ley 2. tit. 21. lib. 4. que es la 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. num. 16 Salg. *de reg.* part. 3. cap. 9. num. 18).

2 Arg. leg. *Non debent*, ff. *de reg. juris*, y regla *Quod per me non stat de reg. jur.* in 6.

3 Ley *Quibus diebus*, 40. ff. *de condit. et demonstrat.* Paz *in praxi*, part. 4. cap. 3. num. 38. Castill. y Palac. Rub. en la ley 64 de Toro.

4 Ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

5 Ley 1. tit. 7. Part. 3, 3. tit. 4 y 7. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec. Salg. *de reg.* part. 4. cap 6. num. 63.

6 Cap. *Veniens*, 2. *de testib.* Covarr. *Pract.* cap. 17. vers. *Septimo.*

que de su auxilio se puedan aprovechar los que no residen en los Adelantamientos. La confesion de la parte no es prueba, sino relevacion de ella, y asi no hay término prefinido para hacerla, por lo que se puede recibir fuera del de la ley, pues cuando el Soberano manda à un presidente cierta cosa, se entiende por consecuencia mandarlo à todos los de sus dominios en igual caso por idéntica razon, como dicen los autores. Lo mismo procede cuando el deudor pide que el acreedor reconozca algun papel; pero si pretende que en caso de negativa se coteje con otros indubitados de él, no se debe deferir al cotejo por ser pasado el término, fuera de que aun hecho dentro de este el cotejo, no hace prueba por si solo, como dejo sentado.

75. Aunque el término no se puede prorogar á instancia del ejecutado, se podrá suspender siempre que acredite causa justa, v. gr. estar enfermos ó ausentes algunos de sus testigos, y esperar su pronto regreso; no poder el escribano compulsar el instrumento con tanta prontitud, y otras semejantes: lo primero, porque no lo prohibe la ley, ni de ello habla, y lo que no está prohibido se entiende permitido: lo segundo, porque no se quebranta su mandato, pues siendo este el que la prueba se haga y presente dentro de los diez dias, en examinando los testigos en los que corran despues de la suspension, y presentando el instrumento antes que espiren, se cumple con él; y lo tercero, porque en la demora de poco tiempo no se causa notable perjuicio, y seria injusto que por no esperar unos dias mas se gravase al reo con la satisfaccion de lo que tal vez no debe, y con costas, décima y otros perjuicios irreparables que son consiguientes al mandamiento de pago, mayormente cuando no pende de culpa ni omision suya, sino de la casualidad, el que se haya hecho su prueba en el fatal y perentorio término de los diez dias, ni se causa daño al actor, ya justifique ó no el reo su excepcion, porque si la justifica, como que no le toca lo que le pide, en vez de dársele dicho mandamiento de pago, debe castigársele por litigante de mala fe; y si no la justifica, le queda tiempo para usar contra él de todo el rigor legal; bien que la suspension en estos casos, como de equidad y no de justicia, será arbitraria en el juez, y no obligatoria ni coactiva (*).

* Esta doctrina parece contraria á la citada ley 2. tit. 21. lib. 4. Rec., que dice lo siguiente: «Y para probar tal paga y excepcion, si por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, quién son y dónde viven, y jure que no trae malicia: y si nombrare los testigos aquende los puertos, fuera del arzobispado, ó obispado, haya plazo de un mes para traer sus dichos; y

76. Es de advertir en primer lugar, que esta suspension se ha de notificar al actor á costa del reo; en segundo lugar, que el escribano debe poner nota en el pedimento en que la solicite, no solo del dia, sino tambien de la hora de su presentacion, para que si se defiere á ella, como que corre de momento á momento no se le cuente todo el dia por término ya pasado, habiendo presentado tal vez el pedimento á la hora de audiencia ó antes; y en tercer lugar, que durante la suspension, ningun testigo se examine sino despues dentro del término que le falta, y de lo contrario es nulo, como hecho fuera de él, aunque intervenga previa citacion del acreedor, porque la suspension no es para tener mas término, y que en él justifique su excepcion, lo cual seria prorogacion que el juez no puede hacer á su instancia, sino para que los testigos vengan, y en el término restante declaren, à fin de que no quede indefenso.

77. Lo mismo procede si el reo pide declaracion al ejecutante, y en caso de negativa, que con su citacion se le reciba justificacion de testigos, y que mientras evacua la declaracion, se suspenda el término, pues debe suspenderlo, ya porque aquella declaracion no es prueba, sino revelacion de ella, y ya tambien porque de no suspenderse, podria ausentarse ú ocultarse maliciosamente el ejecutante hasta que espirase, à fin de que el ejecutado no pudiese justificar, y por este defecto causarle la extorsion de ser condenado tal vez sin deber lo que le pedia. Por tanto, el juez recto é imparcial, debe suspender el término hasta que evacue su declaracion, y evacuada se ha de hacer saber al reo, poniendo la hora en que se le notifica, para que en uso de su dere-

si allende los puertos por todo el reino, que haya plazo de dos meses; y si los nombrare en Roma, ó en Paris ó en Jerusalen, fuera del reino, que haya plazo de seis meses; pero es nuestra merced que el deudor que alegare la tal paga ó excepcion, no la probando dentro de los dichos diez dias en la manera que dicha es, si dijere que los testigos que tiene estan fuera del arzobispado, obispado, como dicho es, que pague luego al mercader ó al acreedor, dando el tal mercader ó acreedor luego fianzas que, si el deudor probare la paga, ú otra excepcion que le pueda excusar, que le tornará lo que asi pagare con el doblo por pena en nombre de interese; y el reo asimismo dé fianzas que si no lo probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó &c." Si segun esta ley en el caso de decir el ejecutado que estan ausentes los testigos con quienes puede probar su excepcion, se ha de hacer el pago dando la expresada fianza, como dice despues Febrero (num. 27.), ¿por que no ha de observarse lo mismo cuando esten enfermos ó ausentes algunos de los testigos, cuando el escribano no pueda compulsar con prontitud el instrumento, ó en otros casos semejantes, y se ha de recurrir á la suspension del término de los diez dias, esto es, á la contravencion de la ley? Y en el caso de la ley inserta, dice Hevia Bolaños, en la misma sentencia de remate, se suele recibir la causa á prueba, y de la sentencia dada en ella, por ser ordinaria, ha lugar la apelacion. *Febrero reformado.*

cho presente sus testigos, y desde esta continúe el curso del término que falte; pues aunque este término es legal y probatorio, como ordenado por la ley sin ministerio del juez, no se infringe por esta suspension la ley, ni es visto prorogarse por ella el término, ni hacer prueba en él el reo, sino que se dirige á cortar al ejecutante su malicia en querer tal vez dejar indefenso al reo. Ademas, si antes de la sentencia puede pretender que jure de calumnia y posiciones, como he sentado en el párrafo 74, y se debe deferir à su solicitud, con mayor razon se deberá suspender el término que todavía no espiró para que declare; todo lo cual, como equitativo y justo, he visto practicar repetidas veces en la Corte.

78. Si pasados los diez dias piden los autos los litigantes para instruirse de lo justificado, é informar al juez, se les han de entregar por poco tiempo, y primero al actor que al reo, á diferencia de cuando se encargan los diez dias de la ley para probar, pues los debe tomar el reo antes por la razon expuesta en el párrafo 68. Tambien se les han de entregar para alegar de su derecho, y segun el orden del juicio, al modo que en la via ordinaria, y de lo que uno alegue y pruebe, debe darse traslado al otro (1) con calidad *de sin perjuicio*, con lo cual no muda el juicio su naturaleza, aunque se confieran muchos traslados. Hecho esto debe llamar el juez los autos á instancia del que lo pretenda, y no de oficio, señalar dia para su vista, si hay costumbre de ello, citar à entrambos por si quieren asistir à informarle verbalmente de su derecho y justicia; y si no se acostumbra señalar dia ni informar, sentenciarlos despues de pasados los tres dias de la citacion para la sentencia. Pero esta citacion se entiende habiendo hecho probanza el ejecutado, ó resultando del documento ejecutivo la excepcion, y alegándola; pues si no la hizo, ó no resulta, ó no se opuso á la ejecucion, es ocioso mandarle citar, porque ya lo está de remate; y asi ha de llamar los autos y sentenciarlos, sin que preceda la citacion, respecto no haber cosa nueva ni motivo para volverle á citar; lo cual como corriente se observa en la práctica; bien que algunos quieren que aunque no se haya opuesto pida el acreedor que se sentencie la causa, en cuyo caso el juez llama los autos, y sin nueva citacion los sentencia à la primera audiencia; lo cual no repruebo, sin embargo de no ser necesario en dicho caso, cuando en

1 El señor Salgado dice que cuando por un impedimento del actor, no pudo el ejecutado hacer las probanzas, no se concede de nuevo todo el término, sino que se cumple aquel de que no se usó por razon del impedimento. *Febrero reformado.*

el pedimento en que el actor pretende se cite de remate al reo, pide tambien que à su tiempo se sentencie la causa, y despache el correspondiente mandamiento de pago.

79. Como no siempre ejecuta la sentencia el juez que la pronuncia, ya sea ordinario ó delegado, pues tiene que impartir muchas veces el auxilio de otro, considero util explicar por conclusion de este capítulo, si todas las excepciones que se permiten oponer contra la ejecucion, se podrán deducir y alegar ante el requerido, del propio modo que ante el requirente, y si aquel podrá ó no conocer de ellas, y determinarlas como este. Pero antes de proceder á la exposicion de este punto, debo sentar para su mejor inteligencia lo siguiente.

80. Hay algunas excepciones que se alegan contra la misma sentencia, como la de su nulidad. Otras no se oponen contra la sentencia, sino contra su ejecucion, v. gr. la de que alguno no puede ser convenido en mas de su posibilidad, como el marido respecto de su muger, el donante respecto del donatario, el soldado y otros semejantes de que hice mencion en los párrafos 44, 45 y 46 del capítulo 4; y estas excepciones no arguyen de injusta la sentencia, sino que moderan su ejecucion, por lo que se pueden alegar y poner despues de ella (1); y por esta razon la de las expensas hechas en la cosa que se opone al que pretende reivindicarla, la de compensacion, la de haber hecho el inventario con pureza, la de no haber pagado el comprador el precio de lo que compró, la de cesion de acciones y otras semejantes, se pueden oponer despues de la sentencia ejecutoriada, pues solo se dirigen á modificarla (2). Pero esto se limita en caso que se hayan opuesto en la causa principal antes de la sentencia, y el juez las haya despreciado expresa ó tácitamente, pues entonces no se puede alegar ni oponer á la ejecucion; porque esta exclusion ó desprecio tácito ó expreso pasa á cosa juzgada simultáneamente con la misma sentencia, y produce esta excepcion contra el que las opone (3). Finalmente otras se oponen contra la accion intentada, cuales son las perentorias concernientes á los méritos de la causa principal; y estas, regularmente hablando, no se pueden oponer despues de la sentencia (4). La razon es, porque la arguyen de injusta, y se dirigen á rescindirla y revocar-

1 Ley *Ex diverso*, 17. §. fin. ff. *Solut. matrim.* Surd. dec 332. num 1. Barb in leg *Marit.* 13. num. 37. vers. *Quarto amplia*, ff. *Solut. matrim.*

2 Ley *Donum*, 5. Cod. *de rei vind.* Carlev. tit. 3. disp. 17. num. 4.

3 Cap. *Quod consultat*, 15. *de sentent. et re judic.* Carlev ibi, num. 5.

4 Ley *Peremptorias*, 2. Cod. *Sent. resc. non posse.*

la, y como despues de la cosa juzgada nada hay que hacer mas que ejecutar lo que se determinó, por eso no son admisibles en su ejecucion (1); bien que hay varias que se admiten como la del *Macedoniano*, de que trata la ley 17. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., la cual fue establecida en odio de los acreedores, y en beneficio de los hijos de familia y de sus padres; la del *Veleyano* al de las mugeres, la de restitucion *in integrum* al de los menores, la de ignorancia del derecho al de los soldados (2), y otras que traen los autores (3).

81. Debo advertir igualmente, que de los que ejecutan las sentencias por mandato, comision ó requerimiento de algun juez, unos se llaman *meros ejecutores*, y otros *mixtos*. Los primeros son los alguaciles, porteros y otros dependientes del juzgado, que carecen de jurisdiccion, y no toman el menor conocimiento de las causas, por estar destinados solamente para cumplir el mandato del juez que entiende en ellas; y los segundos son jueces con jurisdiccion, á quienes el ordinario de otro territorio ó el delegado, comete la ejecucion de su sentencia, antes que conozca de las excepciones concernientes á la misma ejecucion.

82. Supuesto lo referido, digo que los meros ejecutores no deben admitir, regularmente hablando, excepcion alguna contra la ejecucion, ni de ella pueden conocer por defecto de jurisdiccion; pero los mixtos ejecutores pueden entender en las relativas à los méritos de la causa, y se pueden oponer despues de la sentencia, no para definirlas, sino para ver si obstan ó no à la ejecucion; pues obstando, deben suspender todo procedimiento, y remitirlas al juez requirente, á fin de que las decida; mas si se oponen calumniosamente, y no la obstan, han de proceder à ejecutar la sentencia (4).

83. De las que modifican la sentencia, no solo pueden conocer, sino definirlas, porque por el hecho de comisionarlos para su ejecucion, es visto cometerles tambien todo lo que concierne á ella, sin lo cual no puede quedar expedita ni perfecta (5). De las que impugnan la sentencia, v. gr. las de nulidad, restitucion &c. pueden conocer igualmente, y si advierten que son despreciables, proceder à su ejecucion; mas siendo legiti-

1 Ley *Post rem*, 46. ff *de re judic.* ley 7.

2 Ley 1. Cod. *de jur. et facti ignorant.* y ley *Minor.* 37. ff. *de minorib.*

3 DD in dict. leg. 1. *de jur. et facti ignorant.* Gracian. reg. 348. Vela *de privileg. miserabil. personar.* quæst. 17. num. 159. Carlev ibi, num. 6 y 7.

4 Ley 1. Cod. *de juris et facti ignorant.* Ley *Satis*, 2. Cod. *Ad leg. cornel. de falsis.*

5 Arg. ley *cui jurisdict.* 2. ff. *de jurisdict. omn judicum* Carlev. tit 3. disp. 17. dicha num. 14. Salg. *de reg.* part. 4. cap. 7. num. 39.

mas, deben remitirlas bien instruidas al juez requirente, para que las defina, pero no definirlas por sí (1), porque de hacerlo, se verificaria que el juez menor ó igual en jurisdiccion, revocaba la sentencia del igual ó mayor, y esto es opuesto à derecho, bien que en aquel negocio siempre es mayor el requirente que el requirido, aunque sea igual; lo cual se limita en caso que el juez inferior imparta el brazo y auxilio del superior para ejecutar su sentencia, pues entonces, como este es mayor, puede (aunque suene requerido) conocer y decidir la excepcion de nulidad, y conceder al menor la restitucion contra la misma sentencia del requirente.

84. En cuanto al tercero poseedor, supuesto que puede oponer sus excepciones ante el juez requerido, y este conocer de ellas, para resolver si podrá ó no decidirlas, se distinguen dos casos. El primero es cuando alega que posee los bienes en que el juez requerido trabó la ejecucion, y por haberse trabado en los que no pertenecen al deudor, se opone á ella; en cuyo caso, no solo puede conocer de esta excepcion, sino tambien determinarla, sin tener precision de remitirla al requirente, porque modifica la sentencia de este, y no la impugna como injusta (2). El caso segundo es cuando la excepcion toca à la sentencia y causa principal, como si el tercero alega ser nula, ó nulo el instrumento en cuya virtud se despachó la ejecucion, ó que en los bienes del deudor debe ser preferido al acreedor que la pidió; y entonces puede el juez requerido conocer de la oposicion y excepcion, no para decidirla, sino para instruirla y remitirla al requirente para su determinacion, como juez à quien incumbe legítimamente conocer del concurso de acreedores, pues no se debe dividir la continencia de este (3).

1 Bart. Alex. y Jason en la ley *A Divo Pio* cit. Carlev. ibi, num. 15. Rodrig. *de execut.* cap. 2. num 40.

2 Covarr. *Pract.* cap. 16. num. 5. Pax *in praxi*, tom. 1. part. 4. cap. 4. num. 6. Carlev. ibi, num. penult.

3 Leyes 1 y 2. ff. *de quibus reb. ad eund. judic. eatur.* Carlev. alli, num. fin.

CAPITULO SEXTO.

De la sentencia, fianzas y remates de los bienes ejecutados.

§. 1. Vistos los autos por el juez, puede absolver al reo ejecutado, ó condenarlo, ó recibir el pleito á prueba segun lo que de ellos resulte.

2. ¿Que se practica cuando el juez conoce que por falta de término competente, no probó plenamente sus excepciones el ejecutado, ó le faltó algun requisito para que pudiese surtir efecto?

3. Si depositando el reo dentro de las setenta y dos horas siguientes á la notificacion de estado parte de la cantidad, y consintiendo se entregue al acreedor, opusiere al mismo tiempo la excepcion de tener satisfecho el resto, y la probare en el término encargado, no hay para que sentenciar la causa de remate.

4. Si el reo hiciere el depósito de la cantidad porque se le ejecutó despues de las setenta y dos horas, se le condenará en la décima donde hubiere costumbre de pagarla, y en las costas causadas hasta entonces.

5. Haciendo depósito el deudor de la cantidad porque se le ejecutó dentro de veinticuatro horas siguientes al requerimiento, no tendrá que pagar décima ni otro derecho de ejecucion.

6. Oponiendo el ejecutado por accion real ó hipotecaria excepciones que impidan el progreso ejecutivo, y justificándolas en el término encargado, se suele declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y recibir el pleito á prueba por via de justificacion.

7. Si el ejecutado por accion personal no se opone á la ejecucion, ó aunque se oponga, si no prueba dentro de los diez dias la paga ó excepcion que alegó, debe el juez sentenciar la causa de remate.

8. ¿Que deberá hacerse cuando oponiéndose el reo á la ejecucion, alega que no puede probar la excepcion que propuso, porque los testigos de que pretende valerse se hallan fuera de aquel obispado?

9 hasta el 12. Para ejecutar la sentencia de remate en primera instancia, ha de intervenir previa é indispensablemente una de las dos fianzas, á saber: la de la ley de Toledo ó la de Madrid. Casos en que debe darse la una ó la otra.

13. Son tan precisas las expresadas fianzas para poner en ejecucion la sentencia de remate, que sin que pre-

cedan, aunque el acreedor sea rico, y el ejecutado no las pida, no se ha de llevar aquella á efecto.

14. Dos casos en que el ejecutante no debe afianzar.

15. Excepciones de la doctrina contenida en el párrafo anterior.

16. Se debe ejecutar la sentencia de remate, aun cuando se alegue de nulidad de ella, precediendo las citadas fianzas.

17. No produce excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el ejecutivo y en otros sumarios.

18. Dada alguna de las expresadas fianzas, y tasadas las costas procesales con arreglo al Real arancel, ¿que deberá hacerse en seguida?

19. El remate y adjudicacion de los bienes ejecutados, deben celebrarse en el lugar del juicio, y en la forma acostumbrada.

20. En las posturas y pujas, ó mejoras, se debe proceder con absoluta libertad, pues si se comete fraude, ó se impiden las pujas, compete al deudor accion de dolo.

21. ¿En cual de los postores debe celebrarse el remate?

22. Si despues de rematados en un extraño los bienes patrimoniales ejecutados, intentare tantearlos dentro del término legal algun pariente del deudor, ha de ser preferido, mediando las circunstancias que allí se expresan.

23. Celebrado el remate de los bienes ejecutados con la justificacion y solemnidad legal, y aceptada la postura, no se puede abrir, ni por consiguiente admitirse la puja.

24. En rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo ó medio diezmo, haciéndose precisamente dentro de los quince dias inmediatos y siguientes al del remate, y la del cuarto dentro de tres meses.

25 y 26. Por privilegio especial debe abrirse por una vez el remate á los que gozan del beneficio de restitucion.

27. La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, debe hacerse saber al sugeto en cuyo favor se habia celebrado.

28. Esté ó no presente el postor cuando se celebre el remate, debe aceptarlo y obligarse á su cumplimiento.

29. Con el precio de la cosa vendida se ha de hacer pago al acreedor de su crédito, de las costas de la ejecucion, pregones y demas gastos.

30. El comprador de la cosa subastada está tan libre de que pueda molestarle el deudor, como si este otorgare voluntariamente la venta.

31. Tampoco pueden molestar al comprador los acreedo-

res á cuya instancia se vendieron los bienes en pública subasta, aun cuando el precio de ellos no alcance á la satisfaccion de sus créditos.

32. A los citados por edictos, si son hipotecarios anteriores, no puede el hecho del deudor y acreedores posteriores privar del derecho de prelacion é hipoteca.

33. Nadie puede ser obligado á comprar los bienes que se subastan, excepto que sea por deudas fiscales.

34. Aunque la obligacion de pagar el débito sea jurada, puede ser compelido el acreedor á tomar en pago los bienes justamente apreciados, concurriendo los cuatro requisitos que alli se expresan.

35. De la adjudicacion en pago necesaria no se debe alcabala.

36. Está prohibido al testamentario ó curador comprar privadamente los bienes de albaceezgo ó curaduría.

37. Tambien está prohibido al juez y á sus ministros y al fiador comprar los bienes de la almoneda.

38. Igualmente se prohibe al acreedor comprar por sí ó por tercera persona los bienes obligados é hipotecados á su crédito.

39. No obstante esta prohibicion, si se venden judicialmente, y no hay comprador que baga postura en lo que importa el débito, puede, si le acomoda, buscar un postor que lo ofrezca con la calidad que alli se expresa.

40. Si no hallare tal postor, ó no fuese este idóneo, ó no quisiere ofrecer el justo precio, puede pretender se le entreguen en pago los bienes por su justa tasacion.

41. Si los bienes se dieron en pago al fiador del deudor por haber satisfecho la deuda, debe restituirlos á este, entregándole su importe con lo que pagó por él.

42. Queda obligado en todo evento el deudor al saneamiento de los bienes que como suyos se le vendieron para pagar sus deudas, y no su acreedor.

43 hasta el 47. En orden á si el deudor tiene ó no accion para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta, á fin de pagar á su acreedor, ó los que se adjudicaron á este en pago, satisfaciendo la deuda, costas é intereses, se proponen y resuelven cinco casos.

1. Vistos los autos por el juez, puede absolver al reo ejecutado, ó condenarlo, ó recibir el pleito á prueba, segun lo que de ellos resulte, aunque hubiere sido bien despachada la ejecu-

cion. Si hubiere méritos para absolverle, porque probó plena y concluyentemente sus legítimas excepciones en el término de la ley, y advirtiere que la ejecucion despachada por accion personal fue pedida maliciosamente, por no ser deudor, ha de revocarla; absolver de la paga y demanda al ejecutado; mandar se le desembarguen y entreguen libremente los bienes que se secuestraron, y asimismo condenar en todas las costas y décima al actor como litigante temerario, pidiéndolo el reo (1), y no de otra suerte. Pero si la ejecucion se hubiere despachado mal, porque el instrumento no la traía aparejada por cualquier motivo legal, no solo debe revocar la ejecucion y declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, sino tambien restituir por su impericia ó descuido los derechos que llevó con el cuatro tanto, y las costas causadas á las partes, en lo que le condena justamente la ley 11. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec., que no está derogada, porque antes de expedirse el mandamiento ejecutivo, debe mirar el instrumento en virtud de que se pide la ejecucion, y no fiarse de escribanos ignorantes.

2. Si el juez conoce que por falta de término competente no probó plenamente sus excepciones el ejecutado, ó le faltó algun adminículo para que pudiesen surtir efecto, ó resulte duda en ellas, aunque debe condenarle segun la ley á la paga del débito, bajo de la fianza legal, y hecho el pago, precedida esta, recibir el pleito á prueba; lo que por indulgencia se practica en estos casos es declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y sin absolver de la demanda ni accion, ni deferir al desembargo de bienes del reo (porque esto seria decidir á su favor, sin plena ni verdadera justificacion ni conocimiento de causa, y sin haberse desvanecido el motivo que impelió á pedir y despachar la ejecucion), recibir el pleito á prueba por *via de justificacion* con el término que se considera suficiente, el cual si no tiene la circunstancia de *perentorio* (y el ponerla ó no está en arbitrio del juez), se puede prorogar como comun á instancia de cualquiera de las partes hasta los setenta y nueve dias, pidiéndose la próroga en la propia forma que en la via ordinaria, y luego que espira se pide y da traslado recíproco de las justificaciones hechas á las partes, quienes alegan y concluyen para sentencia, y el juicio muda su naturaleza pasando de ejecutivo á ordinario; no obstante algunos dicen que se debe sentenciar la causa de re-

1 Paz part. 4. cap. 3. num. 41 y 42, y cap. 7. num. 10 y siguientes. Rodrig. dicho cap. 6. num. 36.

mate si hay méritos para ello, reservando al reo su derecho para que en via ordinaria use de él proponiendo como acciones las excepciones, hecho previamente el pago bajo de fianza, y esto es lo mas conforme. Si la sentencia fuere en parte favorable al actor, y en parte al reo, ambos apelan respectivamente de ella en lo que les grava, y si contiene diversos capítulos, se deben ejecutar los que favorecen al actor, si lo pretende, mas no, siendo conjuntos, pues entonces se ha de deferir á la apelacion de entrambos: lo mismo procede en las causas ordinarias cuando el reo no apela de la sentencia (1). Pero es de advertir, que cuando se recibe el pleito à prueba por no haber lugar à sentenciar la causa de remate, ò se absuelve al reo de la instancia reservando al actor su derecho para la via ordinaria, debe este reproducir los autos ejecutivos en todo lo favorable en el término probatorio, aun cuando en la demanda los haya reproducido, à fin de que lo justificado en ellos le sirva de prueba, y no se alegue maliciosamente que no lo es; pues aunque à consecuencia de la reserva deben andar unidos por dimanar la accion ordinaria ó demanda nueva de la ejecutiva, conviene la reproduccion en dicho término para cortar todo motivo de cavilacion al ejecutado y mal pagador.

3. Si depositando el reo dentro de las setenta y dos horas siguientes à la notificacion de estado parte de la cantidad, y consintiendo se entregue al acreedor, opusiere al mismo tiempo la excepcion de tener satisfecho el resto, y la probare en el término encargado, no hay para que sentenciar la causa de remate, porque este ha de ser de bienes, cuyo valor se deba convertir en dinero, mas no del mismo dinero que no se vende, y asi se declarará no haber lugar á pronunciar la sentencia, mandándose entregar el depósito al acreedor. En cuanto à lo demas se absolverá al reo, y no habrá condenacion de costas, si el actor protestó (como se acostumbra poner en los pedimentos de ejecucion) admitir en cuenta justas pagas, y no procedió de malicia; pues si pidió ejecucion por mas de lo que se le debia, y no hizo la protesta, debe pagar al alguacil los derechos de lo que estaba ya pagado, segun la ley 8. tit. 21. lib. 4. de la antigua Rec. (que se ha suprimido en la Nov.), y tambien la demasía con otro tanto, como lo manda la 9 siguiente.

4. Si el reo hiciere el depósito de la cantidad por que se le ejecutó despues de las setenta y dos horas, se le condenará en la

1 Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 12. num. 6. Boer. dec. 73. y Bart. consil. 150.

décima respectiva, habiendo costumbre de exigirla, y en las costas hasta alli causadas, y no mas, declarando no haber lugar al remate, y mandando entregar el depósito al acreedor, porque la décima es pena, y en el instante en que espiraron los tres dias naturales, incurrió en ella el ejecutado, y adquirió derecho à percibirla el alguacil, al cual no se debe quitar por concedérsela la ley, pues las leyes 8. tit. 28, y 13. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. le condenan en los derechos del mandamiento ejecutivo y salarios del camino, aunque pague inmediatamente que se le requiera con él; y el juez carece de potestad para remitírselos quitándoseles à sus legítimos dueños, lo cual he visto practicar en la Corte, y como justo confirmarse.

5. Haciendo depósito el deudor dentro de veinticuatro horas siguientes al requerimiento de la deuda por que se le ejecutó, en persona lega, llana y abonada ante un alcalde, ó por su ausencia ante un regidor, queda libre de pagar la décima y cualquiera otro derecho de ejecucion, con tal que dentro del tercero dia despues de verificado el depósito, lo haga saber á su costa al acreedor, y no haya obligacion de hacer la paga en algun lugar señalado (1): y si dentro de las mismas veinticuatro horas muestra contenta ó recibo del acreedor, no está obligado à pagar décima ni otro derecho de ejecucion (2), como indiqué en el capítulo 4, párrafo 14.

6. Oponiendo el ejecutado por accion real ó hipotecaria excepciones que impidan el progreso ejecutivo, y justificándolas en el término encargado, se suele declarar no haber lugar à sentenciar la causa de remate, y recibir el pleito á prueba por via de justificacion; porque aunque las excepciones enervaron la ejecucion, y por haberlas probado debió ser condenado el ejecutante en las costas, como cuando la pide maliciosamente por accion personal (si se despachó bien, pues si no debe serlo el juez), al modo que el reo cuando no prueba (pues el favor ha de ser recíproco à entrambos, como correlativos en causa de una misma condicion y naturaleza); no obstante, como en este juicio por ser sumario no se procede con aquel pleno conocimiento que en el ordinario, y el actor, especialmente si es heredero ò cesionario del acreedor, pudo ignorar las excepciones, ò no tener tiempo en los diez dias para probar contra ellas, y tal vez podrá desvanecerlas dándole mas término; por eso se recibe à prueba, à fin de no dejarle indefenso, ni perjudicarle, y en-

1 Ley 16 tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. 2 Ley 15. dicho tit. y lib.

tonces muda el juicio su naturaleza, pasando de ejecutivo à ordinario; lo cual se entiende cuando no hay malicia alguna en pedir la ejecucion.

7. Si el ejecutado por accion personal no se opone à la ejecucion, ó aunque se oponga, sino prueba dentro de los diez dias la paga ó excepcion que alegó, debe el juez sentenciar la causa de remate, mandando continuarla por la cantidad principal, su décima y costas procesales causadas, y que se causaren hasta que el acreedor se reintegre efectivamente de todo lo que le corresponda, librando para ello (precedida tasacion de las costas, y por parte del ejecutante la dacion de fianza que la ley de Toledo ordena, si quiere tomar su dinero antes que se ejecutorie) el correspondiente mandamiento de pago con inclusion de lo que estas importen (1).

8. Pero sin embargo de que se oponga á la ejecucion, si alega que no puede probar dentro de los diez dias la excepcion que propuso, porque los testigos de que intenta valerse se hallan fuera del arzobispado ú obispado, se debe sentenciar la causa de remate, y hacer pago al acreedor, dando previamente ambos litigantes en este caso la fianza correspondiente, aunque el reo apele, y la sentencia se ejecutorie antes de verificarse el pago, porque queda pendiente el juicio, y como en el término que se le señale puede probar su excepcion, es justo asegure el recobro de lo que indebidamente satisfizo, que tenga persona contra quien repetir si el ejecutante no se lo devuelve incontinenti, y no sea perjudicado ni quede ilusorio é ineficaz el juicio. Hecho el pago, y no de otro modo, se ha de recibir el pleito á prueba, concediéndole el juez un mes para ello: si dice que estan de puertos allá dentro del reino, dos; y seis si en paises extraños; y en cualquiera de estos casos no solo debe expresar en donde viven los testigos, sino sus nombres y apellidos, y jurar que no procede de malicia, pues asi lo manda la referida ley 1.ª tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Lo mismo procede aunque ofrezca probar sus excepciones por otro medio, sino puede hacerlo en los diez dias, pues se debe practicar lo propio en todo, porque milita identidad de razon, y en ambos casos, concluso el juicio ejecutivo con el pago, se sigue luego el ordinario.

9. Muchos opinan qne en cualquiera ejecucion ha de preceder solamente la fianza de la ley de Toledo, no distinguiendo en

1 Ley 1. tit 28 lib. 11. Nov. Rec. Rodrig. *de execut.* cap 6. num. 36. Parlad. dicha part. 5. §. 12 y sig.

qué casos, cómo, ni por quién se ha de dar; y para que los principiantes procedan con todo conocimiento debo sentar como indisputable, que para ejecutar la sentencia de remate en primera instancia, ha de intervenir previa é indispensablemente una de dos fianzas, á saber, la de la ley *de Toledo*, que es la primera citada, ó la de las *de Madrid*. La de la de Toledo en dos casos: en el uno ha de darla el acreedor solo, y en el otro este y el deudor. Si la ejecucion se despachó en virtud de escritura de préstamo, fianza, depósito, censo, arrendamiento ú otra que no sea de transaccion, ó en virtud de confesion de la parte, ò de ejecutoria, ò de sentencia que no sea arbitraria ni confirmatoria de pareceres conformes de contadores, y el reo no se opuso, ó aunque se hubiere opuesto, no probó dentro de los diez dias excepcion legítima que impida el progreso de la via ejecutiva, ha de darla el actor solo, y su fiador obligarse *á que si la sentencia se revocare ó modificare por tribunal superior, volverá el acreedor al deudor la cantidad que en su virtud perciba con el duplo por pena en nombre de interes, conforme á la ley de Toledo, y no lo cumpliendo, y verificada la excusion en sus bienes, lo cumplirá él como su fiador etc.* (*), pues aunque la expresada ley no habla del caso de revocacion, debe entenderse asi como no hay otro á que contraerlo, ni en que se verifique cuando el reo no se opuso, ó habiéndose opuesto, no probó ni alegó lo que se dirá en el párrafo siguiente, y la fianza es necesaria en todo evento para poder ejecutar la sentencia que no está ejecutoriada, ni pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que puede revocarse.

10. Si se opone y quiere probar por testigos alegando que estos se hallan en los parages mencionados en el párrafo 8, como quiera que debe ser condenado á pagar incontinenti, y reservársele su derecho para que use de él como le convenga, han de dar fianza simple asi el acreedor como el deudor, obligándose el fiador del acreedor *á que si el deudor probare la paga ó excepcion que alega con los testigos que propone, le volverá el mismo acreedor lo que satisficiere, con el duplo por pena en nombre de su interes, y en su defecto lo hará él como su fiador etc.*, y el del deudor se ha de obligar á que si este no la probare en el término que se le conceda, pagará en pena otro tanto

(*) Segun Acevedo es tan sustancial esta fianza, que aunque el acreedor sea pobre, no bastará que en su lugar dé caucion, porque con esta no se cumple lo dispuesto en la ley de Toledo. Salgado y Surdo son de parecer que no dándose la fianza, se deposite el dinero ó embargue alguna cosa que es equivalente, ya que no se puede dar aquella, cuya opinion es la mas favorable, asi para el acreedor como para el deudor, y la mas seguida por los autores. *Febrero reformado.*

como lo que pagó (1), y en la sentencia se debe mandar á entrambos que la den, pues siendo el actor y reo correlativos, deben sufrir el gravamen con igualdad (2), bien que la pena del duplo en ningun caso se practica ni exige.

11. Lo explicado en los dos párrafos anteriores es arreglado á la misma ley 1.ª hecha en Toledo, y asi como los casos son diversos, asi tambien se reparte la pena y se constituye la fianza de distinto modo, pues en el primero, es toda aquella para el deudor, por lo que á su favor y no al de otro se constituye la fianza; y en el segundo, la que el deudor se impone por no probar, no es para el acreedor íntegramente, sino la mitad, y por eso *no se obliga á devolverle lo que perciba, sino á pagar en pena otro tanto como lo que pagó*, segun claramente se prueba de la citada ley, que hablando de la fianza que el acreedor solo constituye, dice: *Dando el tal mercader ò acreedor luego fianzas, que si el deudor probare la paga ú otra excepcion que le pueda excusar, que le tomará lo que asi pagare con el doblo por pena en nombre de interesse....* y hablando de la del deudor prosigue: *Y el reo asimismo dé fianzas que sino lo probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó: la cual pena, es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa é injustamente se alegó la tal paga, y la otra mitad para reparos de los muros; ó para otras cosas pias, ó públicas donde el juez viere que es mas necesario....*

12. Si la ejecucion se despachó en virtud de sentencia arbitraria, solo el que la pidió debe dar fianza, y esta no ha de ser la de la ley de Toledo, como algunos tienen creido, sino la que prescribe la de *Madrid*, que es la 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. y al medio dice: *Por ende queriendo en ello proveer y proveyendo mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere ejecucion, se ejecute libremente, paresciendo y presentándose el compromiso y sentencia signada del escribano público, y paresciendo que fue dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas que fue comprometido, y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor haciendo obligacion, y dando fianzas llanas y abonadas ante el juez, ó jueces ante quien se pidiere, ó oviere de ejecutar la sentencia de tornar y restituir lo que hubiere rescibido por virtud de la tal sentencia, con los frutos y*

1 Paz tom. 1. part. 4. cap. 7. num. 16.
2 Ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Carlev. tit. 2. disp. 8. num. 17. Rodrig. *de execut.* cap. 6. num. 42 al 44.

rentas segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada. Lo mismo procede cuando la ejecucion se despacha en virtud de transaccion, como lo ordena dicha ley al fin. *Y eso mismo mandamos que se haga y se ejecute en las transacciones que fueren hechas entre partes por ante escribano público....* y por ella se ha de obligar el fiador, *á que si la sentencia de remate fuere revocada por el tribunal superior, volverá el acreedor al deudor no solo la cantidad porque se despachó la ejecucion, sino los frutos y rentas que hubiere percibido; y en su defecto lo cumplirá él como su fiador etc.* lo cual he visto declarado por el Consejo revocando la sentencia de un juez comisionado, que sin hacerse cargo de la diferencia de casos, mandó constituir la de Toledo, y no quiso reponer esta providencia. Esto mismo se demuestra por la ley 12, tit. 28, lib. 11 del mismo título y libro establecida posteriormente por el señor Rey Don Felipe II, que teniendo presentes las anteriores citadas, y la diversidad de fianzas que mandan constituir, dice al fin: *Y no haciendo la dicha oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el juez hacer remate y pago á la parte, dando las fianzas la parte que pide la ejecucion que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reinos disponen, y haga remate y pago sin embargo de cualquiera apelacion.* La misma fianza debe dar el acreedor cuando el deudor apeló de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los contadores nombrados por las partes, ó de oficio por la justicia en rebeldía de la una, pues asi lo manda la ley 5, título 17, y la nota 1.ª del mismo título y libro. Dichas fianzas se explicaron y extendieron en el tomo 2.º páginas 445 y 447, y se deben especificar en las sentencias para evitar dudas y recursos, pues como es infinito el número de los que quieren saber, sin tener el trabajo de estudiar, creen que en toda ejecucion se debe dar solamente la fianza de la ley de Toledo sin discernir los casos de ella.

13. Son tan precisas las expresadas fianzas para poner en ejecucion la sentencia de remate dada en primera instancia, ya esté ó no apelada, que sin que precedan, aunque el acreedor sea rico y el ejecutado no las pida, ni se oponga ni apele, no se puede llevar esta á debido efecto porque segun las leyes se requieren por forma sustancial (1), cuando el ejecutante quiere tomar su dinero antes que se ejecutorie la sentencia; por lo cual

1 Salg. *de reg.* part. 2. cap. 1. num. 113 y 181. part. 3. cap. 3. num. 6 y 7, y cap. 4. y part. 1. *Labyr.* cap. fin. num. 62. Covarr. *Pract.* cap. 25. al fin. Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Rec. num. 25, que hoy es la 3. tit. 28. lib. 11.

el juez debe mandarlas dar de oficio, y de lo contrario es de su cuenta el riesgo que resulte. Dándolas el ejecutante, se ha de llevar á efecto la sentencia, sin embargo de cualquiera apelacion que de ella interponga (1) el ejecutado; porque esta no causa efecto suspensivo de la jurisdiccion del juez que la profirió, sino devolutivo á su superior; excepto en la Corte, donde como existe la superioridad, si el deudor requiere con el decreto de mejora á los ministros ejecutores y escribano originario, se suspende la ejecucion hasta que se confirma ó revoca la sentencia; y sino requiere, se prosiguen las diligencias del pago en virtud de la fianza. Tambien se debe dar de restituir la cantidad principal con frutos en los casos de segunda suplicacion á la Real Persona para ejecutar dos sentencias conformes, sin embargo de aquella; cuya fianza debe ser á satisfaccion de los jueces de quienes se suplicare, como lo manda la ley 18, título 22, libro 11, Nov. Rec. establecida igualmente en Madrid por el mismo señor Rey.

14. En dos casos concibo que el ejecutante no debe afianzar, ni tampoco constituir por sí obligacion de restituir lo que perciba. El uno cuando hace que se notifique la sentencia de remate al ejecutado, y por no haber apelado este de ella, pide aquel (pasado el término de introducir la apelacion) que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se declara antes que se perciba su crédito. El otro cuando no propuso ni alegó el ejecutado lo que en el párrafo 8 queda explicado, y apeló de la sentencia, la que se confirmó en vista y revista, ó si se confirmó en vista, y suplicó de ella, no se le admitió la súplica, por lo que se mandó llevar á debido efecto, que es lo mismo que confirmarla. En estos dos casos, ni se deben pedir fianzas, ni aunque se le pidan, está obligado á darlas ni á otorgar la obligacion referida por las razones siguientes: 1.ª Porque el juicio sobre el pago se concluyó enteramente sin que haya de haber otro que lo revoque, y por consiguiente no quedan resultas algunas, ni puede haber el propio motivo ni temor que cuando el acreedor toma el dinero antes de ejecutoriarse la sentencia. 2.ª Porque la obligacion de afianzar que le impone la ley no es perpetua sino condicional, temporal ó interina, y preservativa, cuyo objeto se dirige á que si quiere percibir su crédito antes de ejecutoriarse la sentencia, no quede ilusorio el juicio, ni el ejecutado sin seguridad para recobrar lo que indebidamente le pagó, en virtud de sentencia injusta, en caso de revocarse ó modificarse se-

1 Ley 2. del mismo tit. y lib.

gun puede suceder; y como estando ejecutoriada no se supone tal injusticia, ni hay motivo de dar la fianza, cesa por consiguiente el precepto legal. 3.ª Porque aun cuando por la invencion de nuevos instrumentos demande el ejecutado al ejecutante, usando de la accion *revocatoria*, ha de ser en via ordinaria, y esta no se debe principiar por embargo, fianza ni intervencion, sino en los cinco casos de la ley que expliqué en el título 2, capitulo 4, párrafo 31 de este libro: lo mismo procede, si intenta el recurso de injusticia notoria de las sentencias, ú otro extraordinario, aunque obtenga en ellos, pues no se debe extender la ley sino á los ordinarios de que habla. 4.ª Porque de obligarle á afianzar ó á constituir la obligacion mencionada, se le coartaba para siempre, como tambien á su fiador, el libre uso de sus respectivos bienes, que nadie querria comprar por el gravamen á que estaban afectos é hipotecados, pues como sobre lo juzgado y ejecutoriado no debe haber juicio, nunca se verificaria verse libres de aquella responsabilidad, en lo que les causaba un perjuicio irreparable, que resisten las leyes y la razon. 5.ª Porque ademas de que lo odioso se debe restringir, y ampliar lo favorable, seria debilitar y poner en duda el ejecutante su derecho, teniéndolo claro, expedito é incontrastable con la ejecutoria, y confesar tácitamente en algun modo al ejecutado el de que estaba destituido; ademas de que no se podrian ejecutar las sentencias de remate, porque no hallarian los acreedores quien á tanta costa los fiase, ni por consiguiente cobrarian lo que en justicia y en conciencia se les debia, sacarian ventajas y utilidad de su morosidad y mala fe los deudores, y los acreedores perjuicio de su bondad y franqueza. Por estas razones no dudo que en los dos casos propuestos debe el juez mandar entregar libremente al acreedor su dinero, sin constituir obligacion ni fianza, de cuya providencia no quedará responsable; pues si el ejecutado se opusiere á su entrega, podrá acudir el ejecutante al tribunal superior, ó á la Real Persona, para que asi lo declare en caso necesario; pero en los casos que especifiqué en los párrafos del capítulo anterior debe afianzar sin embargo de que la sentencia se confirme, porque queda pendiente el juicio, y puede revocarse el pago, lo cual no sucede en los otros dos. Si el fiador se obliga limitadamente á volver el dinero en el caso solo de que la sentencia se revoque por tal juez ó en tal instancia, expresándolo asi, no quedará obligado revocándose en otra instancia ó por juez diverso del que seña-

ló (1), y si en concurso de acreedores se mandase hacer é hiciere pago bajo de dicha fianza al que pidió primero la ejecucion, se apelare de la sentencia de remate, y en la segunda instancia se revocase ó confirmase con la calidad de que en primer lugar fuese pagado, no el que ya lo estaba, sino otro, alterándose la sentencia en la forma de graduacion y pagas; no estará obligado tampoco el fiador dado por el primer ejecutante á satisfacer cosa alguna, aunque este haya consumido el dinero que percibió, porque segun la ley, su obligacion se circunscribió al caso en que el ejecutado probare la paga ó excepcion alegada, y por esta prebanza se revocase la sentencia de remate, mas no se amplió al presente, que es muy distinto del de la ley, y de aquel en que quiso quedar obligado (2); y asi no se debe extender su obligacion á los de que no habla (3).

15. Lo explicado en el párrafo anterior se limita en dos casos. El primero cuando un tercero apela legitimamente de la sentencia, pues no se debe ejecutar en cuanto á él, hasta que se confirme; y el segundo cuando esta es evidentemente injusta, y su injusticia consta de los mismos autos (*), pues entonces por el gravamen y perjuicio que irroga al ejecutado la injusti-

1 Arg. leg. *Cum apud*, ff. *de judicatum solvi*, et ibi Bart. et DD. Parlad. lib. 2. cap. fin. part 5. §. 14. num 13.

2 Villadiego *en su Polit.* cap. 2. *de la Instruccion §. Sentencia*, num. 118. vers. *Y en caso que.... Y porque.*

3 Ley *Quod vero*, ff. *de legib.* Ley *Præcipimus*, §. fin. Cod. *de appel'at.* Authent. *Quas actiones*, et ibi Bart. et Rip. num. 17. Cod. *de sacros. eccles.*

* Yo opino, que esto y lo que se dice en el número siguiente acerca de la nulidad notoria que resulta de los mismos autos, es contra lo dispuesto en la ley 2. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.; y por lo tanto no se debe seguir, á pesar de la autoridad de muchos graves jurisconsultos. »Y pasados los dichos diez dias (son palabras de la ley) sino probare en ellos la dicha excepcion, que el remate se haga como la dicha ley lo dispone, sin embargo de cualquiera apelacion que de ellos se interpusiere, dando el acreedor las fianzas, como la dicha ley manda, y sin embargo de que la tal apelacion se interponga para ante nos, ó para ante los oidores de las nuestras audiencias, ó para ante otros cualesquier jueces, ó de cualquier nulidad que contra la dicha ejecucion y remate se alegue." La ley dice: *sin embargo de cualquiera apelacion, ó de cualquiera nulidad*, y asi no puede embarazar la ejecucion de la sentencia de remate ninguna apelacion aunque sea notoriamente injusta, ni ninguna nulidad aun notoria; mayormente cuando por otra parte el juez (sino procede con malicia) no creerá que su sentencia padece ninguno de dichos vicios, y pasará á ejecutarla. Ademas debe tenerse en consideracion dicha ley 2, »por excusar malicias de los deudores, que alegan contra los acreedores excepciones y razones no verdaderas por alongar las pagas, por no pagar lo que verdaderamente deben." Segun principia la ley anterior á que se remite, quiso sin duda que no impidiese la ejecucion de la sentencia ninguna apelacion ni nulidad para ocurrir ó frustrar las cavilosidades de los deudores, quienes por retardar ó no hacer los pagos, no dejarian de protestar la injusticia ó nulidad notoria, si estas impidiesen dicha ejecucion Si los autores hubiesen reflexionado sobre los motivos de las leyes, no habrian seguido innumerables veces sus caprichos en vez de seguir las leyes mismas. *Febrero reformado.*

cia notoria que de ellos aparece, puede apelar, y no la debe ejecutar el juez que la pronunció hasta que se ejecutorie por el superior; pero si la injusticia no consta de los autos, no debe ser oido el apelante, aunque quiera probarla antes de pagar, sino hacer el pago y usar luego de su derecho (1).

16. Se debe ejecutar igualmente la sentencia de remate, aunque se alegue nulidad de ella, precediendo las citadas fianzas (2), á menos que esta provenga de falta de jurisdiccion, citacion ú otra notoria resultante de los mismos autos, pues entonces no se ha de poner en ejecucion la sentencia, porque estas nulidades, como sustanciales, claras y visibles, no se comprenden en la exclusion general (3).

17. No produce excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el ejecutivo y en otros sumarios; y asi aunque el ejecutado no apele de ella, como de su silencio no se prueba su consentimiento (4), le queda siempre salvo é ileso su derecho para usar de él en la via ordinaria segun le convenga, lo cual es incontrovertible en la práctica, y asi los jueces lo reservan muchas veces á las partes en la sentencia de remate, ó declaran no haber lugar á esta, y reciben el pleito á prueba.

18. Dada alguna de las fianzas expresadas, y tasadas las costas procesales con arreglo al Real arancel, se requiere al deudor con el mandamiento de pago para que satisfaga al acreedor asi estas, como la cantidad porque se le ejecutó; y no entregando su total importe, se requiere y apremia al depositario á que manifieste los bienes depositados, á cuya venta se debe proceder á instancia del acreedor, precedida su valuacion por peritos, que este y el mismo deudor, ó el juez de oficio en rebeldía del contumaz, eligen. Hecha la tasacion con citacion de ambos bajo de juramento, se debe dar cuarto pregon mencionando en él los bienes, y sus precios, y apercibiendo el remate en el mejor postor ó comprador. Ademas se han de fijar cédulas en los sitios públicos, señalando en ellas el dia y hora en que se han de rematar, extendiendo en los autos la cédula ó cédulas originales, de que deben ser copias las que se fijen, y á su continuacion en diligencia separada la fe de fijacion, con expresion del dia y parage.

1 Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. num. 140. Gutierr. lib. 1. *Pract* quæst. 119.

2 Ley 2. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec., y en ella Acev. num. 7.

3 Gutierr. lib. 1. *Pract.* cap. 96. num. 5. y sig. Covarr. *Pract.* cap. 15. num. 5, y cap. 23. num. 6. Salg. *de reg.* part. 3. cap. 9.

4 Ley *Qui tacet*, ff. *de reg jur.* cap. *Qui tacet*, cod. tit. in 6. y regla 23. tit. 34. Part. 7.

Si el deudor se ausenta, se nombra defensor, con quien precedidas su obligacion, fianza y discernimiento, se sustancia la venta y remate de los bienes ejecutados. De esto se instruirá mejor el principiante por las diligencias que extenderé al fin de este título, y notas que pondré á continuacion.

19. Se debe celebrar el remate y adjudicacion en el lugar del juicio, y en la forma acostumbrada en él, como tambien, si es posible, en el parage en que existen los bienes, para que viéndolos los concurrentes, se inclinen á comprarlos, y de lo contrario es nulo (1). Se han de admitir todas las pujas ó mejoras que se hagan, poner por escrito quiénes son los compradores, y cuáles las cosas compradas, con el dia, mes y año de su respectiva venta (2), expresando quiénes fueron los que mas dieron por ellas. Siendo la venta ó almoneda de bienes muebles, y semovientes, se ha de depositar diariamente su producto en la persona que destine el juez, extendiéndose cada dia la diligencia de los que se vendan, y haciendo que la firme el depositario. El juez no puede ofrecer *prometido* para que suban las posturas, porque ninguna ley le concede esta facultad, como se permite á otros que expresa Parlad. libro 2, capítulo fin. §. 13, número 3 al 8, y son los contadores mayores de la Real Hacienda, el que vende sus bienes, los herederos que venden los de su causante para pagar sus deudas, los gobernadores de las ciudades, los que tienen la libre y general administracion de algunos bienes y los venden; los tutores y curadores si proceden de buena fe; y los testamentarios ejecutores de la voluntad del difunto; pero bien puede reiterar la subasta, conceder nuevo término y prorogarlo, mas no disminuir el señalado, y no aprobar el remate, por dolo, fraude ú otra causa justa que haya para ello.

20. En las posturas y pujas ó mejoras se debe proceder con absoluta libertad, pues si se comete fraude ó se impiden las pujas, compete por este hecho accion de dolo al deudor contra los perpetradores, porque cede en detrimento suyo. Y para evitar que se alegue lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, no se ha de admitir la primera postura, sino excede de las dos terceras partes de la tasa, como se observa en la Corte en la venta judicial de bienes raices, y aun de algunos muebles. Dicha postura se debe comunicar al deudor y acreedores, y las

1 Ley 32. tit. 26. Part. 3. et ibi glos. Avend. *in Diction.* verb. *Almoneda.* Paz part. 4. cap. 3. num. 43, y cap. 7. num. 31.

2 Leyes 33, y fin. tit. 26. Part. 3.

pujas á estos, al deudor, acreedores y anteriores postores, á fin de que les conste, expongan lo que les convenga ó usen de la accion que les competa; advirtiéndose lo primero, que si el postor y el que puja no son abonados, no se les debe admitir, excepto que otro los abone, á fin de que si se remata en ellos la alhaja, haya contra quien repetir para el cumplimiento de la postura; y lo segundo, que esta y las pujas se han de hacer á pagar en dinero efectivo, y no en otra cosa ni condicionalmente, porque es para reintegrar á los acreedores de sus créditos: no haciéndose asi son nulas é inadmisibles, excepto que estos las consientan, ó que haya costumbre de practicarse de esta suerte, ó que el ejecutante compre como extraño la alhaja ó finca, con pacto de compensar su débito con el precio ó parte de este, y depositar el residuo, pues en estos casos valdrá (1).

21. Aunque segun derecho (2) se debe celebrar el remate judicial en el mayor postor, no obstante si otro hace postura en menor precio, pero con mejor condicion y utilidad, se ha de efectuar en este (3). Si hay dos totalmente iguales, en el primero, y si se admite la postura del segundo, y no de otra suerte, queda libre el otro de la suya (4), excepto en rentas Reales, en las cuales ya se admita ó no, subsisten todos gradual y subsidiariamente obligados por su postura respectiva, y por insolvencia de los unos, se puede repetir contra los otros (5).

22. Si despues de rematados en un extraño los bienes patrimoniales ejecutados, intentare retraerlos ó tantearlos dentro del término legal algun pariente del deudor, debe ser preferido en iguales términos, con tal que practique precisamente lo que tengo explicado en el capítulo 4, título 4 del libro 2; pero el acreedor lo será al pariente haciendo lo que este, segun una ley del derecho romano (6), mayormente si intervino pacto y consentimiento expreso del dueño, y el acreedor tiene hipoteca en ellos como el censualista; bien que Parladorio dice que esta ley se debe entender en los bienes que no son patrimoniales, porque en los que lo son, es preferido el pariente al acreedor, se-

1 Hermos. tom. 2. en la ley 52. cit. glos. 7. num. 5 al 9, y otros que cita.

2 Ley *Penes illum*, 4. Cod. *de vectigalib. et commis.* y ley 52. tit. 5. Part. 5.

3 Ley *Sabinus*, 9. y sig. y ley *Si venditor.* 14. ff. *de in diem addict.* y ley *Si public.* 4. §. 1. ff *de public*

4 *Posth. de subhast.* inspect 35. num. 240, y sig. Hermos. en dicha ley 52. tit. 5. Part. 5. glos. 7. num. 31 al 33.

5 Leyes 7 hasta la 16. tit. 11, y leyes 8 hasta la 11. tit. 12. lib. 9. Recop. Estas leyes se han suprimido en la Novísima, y por lo mismo se estará á lo que se halla dispuesto en las nuevas instrucciones de la Real Hacienda.

6 Ley 16. ff. *de reb. authorit. jud. possidend.*

gun la ley 70 de Toro (1); pero ni esta ni otra alguna de Toro de las que tratan del retracto hablan de este caso, por cuyo silencio es visto haber dejado correr lo dispuesto en la legislacion romana, pues el acreedor tiene derecho á la cosa por su desembolso, y el pariente por la mera concesion legal, y asi aquel debe preferir á este (*), practicando lo que en cuanto al retracto de consanguinidad y comunion prescribe nuestro derecho, y expliqué en dicho capítulo 4, título 4, libro 2.

23. Celebrado el remate de los bienes ejecutados con la justificacion y solemnidad legal, y aceptado por el postor, segun se debe practicar, no se puede abrir ni por consiguiente admitir puja, pues queda tan firme é indisoluble, como si el mismo dueño de la cosa rematada lo efectuara por contrato, porque el juez hace sus veces y el derecho le autoriza para ello, como para otorgar en su nombre la venta (2); asi que puede ser compelido el postor por prision, via ejecutiva y todo rigor legal á cumplir la postura que hizo y la obligacion que contrajo (3), como tambien á aprontar el precio líquido en dinero, y no en censos, réditos ni otra cosa, porque es para la satisfaccion de acreedores (4), y como tal debe ser efectivo el pago en especie de dinero.

24. En rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo ó medio diezmo, y no menos, haciéndose precisamente dentro de los quince dias inmediatos siguientes al del remate, y la del cuarto dentro de tres meses (5); de suerte que en estas rentas se deben considerar tres especies de posturas ó pujas. 1.ª La ordinaria ó comun, y las siguientes hasta el primer remate. 2.ª Dentro de los quince dias siguientes á este, que ha de ser precisamente del diezmo entero ó medio diezmo del todo en que la renta está puesta; y la 3.ª ha de ser del cuarto de todo el valor, sin descontar prometidos, y ha de hacerse dentro de tres meses siguientes al segundo remate, de cuyo privilegio nadie mas goza,

1 Parlad. differ. 109. §. 1. num. 2.

* Como la ley 70 de Toro permite al pariente mas cercano retraer por el tanto la cosa patrimonial vendida en pública subasta, aunque sin hacer mencion del acreedor, y no tenemos ninguna ley Real que prefiera este al pariente, carecemos de fundamento para admitir tal preferencia. Nada puede obstar que le hubiese admitido una ley del derecho civil, que no es ley entre nosotros. Tampoco puede obstar la otra razon que da Febrero, y que no merece confutacion. *Febrero reformado.*

2 Ley 52. tit. 5. Part. 5.

3 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

4 A favor del postor debe tenerse presente la pragmática de 27 de mayo de 1586, que previene solo puedan ser presos por deudas del fisco, ó dimanada de delito ó cuasidelito, los operarios de todas las fábricas de estos reinos, y los que profesen las artes y oficios cualesquiera que sean. *Febrero reformado.*

5 El tit. 13. lib. 9. Rec, que está suprimido en la Novísima.

aunque sea menor de veinticinco años, ó le competa el beneficio de menor edad, por estar concedido solamente al fisco; bien que en las de los señores (que son los *grandes*) si se arriendan con la condicion de las Reales se puede abrir, y no de otra suerte (1).

25. Sin embargo de no concederse por derecho el privilegio de abrir el remate á los que gozan del beneficio de menor edad; tiene lugar el de restitucion por derecho especial, por lo que pidiéndola los menores dentro de los cuatro años primeros siguientes á los veinticinco de su edad, é interviniendo causa grave, y no de otra suerte (v. gr. si les es muy util la mejora, de modo que llegue à la sexta parte del valor en que se remató la alhaja, ó hubo lesion, dolo ó malicia en el remate, ó fue hecho intempestivamente), se ha de admitir una vez y no mas, á arbitrio del juez; como tambien en favor del fisco, comunidades y demas cuerpos privilegiados, si la pretenden dentro de otros cuatro, contados desde el dia en que el remate se celebró; lo cual se entiende, excepto que la lesion sea enorme ó enormísima, pues entonces estos tienen treinta de término (2). La restitucion por los motivos de dolo, lesion, malicia ó falta de solemnidad en el remate ha de ser con frutos, porque fue nulo y no dió título al licitador para adquirirlos.

26. No solo está concedido el privilegio de restitucion á los menores de veinticinco años y demas que gozan del beneficio de menor edad, sino tambien á los ausentes en romería, al ocupado en servicio del Rey ó de la república, ó en estudio, aunque sean mayores, y al cautivo, con tal que la pidan durante la ausencia ó impedimento, ó dentro de los cuatro años siguientes al dia en que este cesó, y justifiquen la lesion, dolo ó malicia, y no de otra suerte (3).

27. La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, se debe hacer saber al sugeto en cuyo favor se habia celebrado, pues si quiere los bienes rematados, debe ser preferido por el tanto el pujante, y sino los quisiere, se han de volver á la almoneda, y rematarse en el mayor postor (4); pero ya los tome ó se haga segundo remate en el pujante, no se ha de admitir otra, aunque se intente nuevamente por via de restitu-

1 Avend. in cap. *Præt.* cap. 12. num. 11. Saig. part. 2. *Labyr.* cap. 2. num 5.

2 Leyes 5, 8, 9 y 10. tit 19. Part. 6. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 3 num. 11. et ibi Faria, num. 54. Gutierr. lib. 1. *Pract.* cap. 38.

3 Ley 47. tit. 13. Part. 5, y leyes 8 y 9. tit. 19. Part. 6.

4 Ley 40. tit. 5. Part. 5. Greg. Lop. en la 5. tit. 19. Part. 6. glos. 3, cerca del fin.

cion, porque esta no se concede mas que una vez, bien que esto se ha hecho arbitrario en los jueces; pues aunque el deudor sea mayor y no haya lesion, admiten pujas si ven que de ellas le resulta utilidad ó á los acreedores, ó hay otra causa justa, fundándose en que no está perfecto el contrato por no haberse entregado la alhaja ni su precio, ni tampoco irrogarse perjuicio al postor.

28. Esté presente ó no el postor cuando se celebra el remate (pues de ambos modos se puede celebrar), debe aceptarlo y obligarse á su cumplimiento. Despues de aceptado se ha de conferir traslado de él al deudor y á los acreedores, y si nada dicen dentro del tercero dia, les ha de acusar la rebeldía el mismo postor, pidiendo se apruebe y mande liquidar las cargas de la cosa vendida, para en su vista depositar lo líquido, y que á este fin se notifique y apremie al deudor á que incontinenti ponga en el oficio originario los títulos de ella, á todo lo cual debe deferir el juez. En la Corte se estila mandar que antes de proceder á la liquidacion de cargas, se dé cuenta del remate á los señores del Consejo, quienes ó lo aprueban ó mandan que la cosa rematada se vuelva á pregonar por ocho ó quince dias mas; se admitan las mejoras que se hagan, y habiéndolas se vuelva á señalar dia para el último remate, del que se les vuelva á dar cuenta para su confirmacion; y si no las hay, suelen confirmar el primero en este caso. Hecha la liquidacion, y aprobada con audiencia del deudor, de los acreedores y postor (pues se les ha de hacer saber), deposita este el precio líquido, pide posesion de lo que compró, la que se le manda dar, y luego procede el juez á otorgar á su favor en nombre del deudor venta judicial, y se le entregan los títulos con copia de la escritura de venta; de cuyas diligencias se instruirá el escribano en el formulario que se halla al fin de este título.

29. Con el precio de la cosa vendida se ha de hacer pago al acreedor de su crédito, y de las costas de la ejecucion, pregones, remate, venta y demas, excepto que el comprador en su postura se hubiese obligado á la satisfaccion de los derechos; y no alcanzando el precio para todo esto, debe dirigirse el mandamiento de pago no solo contra los demas bienes que tenga, sino contra los del fiador de saneamiento y su persona, pues puede ser encarcelado, y en defecto de ellos compelido á cumplir lo que prometió, como se prueba de la ley 5. tit. 27. Part. 3; bien que no se debe molestar á este hasta que se verifique la excusion en los de aquel, al cual se embargan y venden con

igual solemnidad los necesarios al complemento de todo. Si el fiador paga por el deudor principal, le compete con el lasto del acreedor accion ejecutiva contra él, ante el propio juez, por la cantidad que satisfizo, y por las costas y daños (1).

30. El comprador de la cosa subastada está tan libre de que pueda molestarle el deudor, como si este otorgara voluntariamente la venta á favor suyo; lo cual procede no interviniendo en ella lesion enorme ó enormísima, pues si hace ver que la hay, puede solicitar que el juez la rescinda volviéndose á pregonar la alhaja, entregándola al que mas dé si el comprador no la quiere por el tanto, y restituyendo á este el precio que por ella desembolsa, aun cuando la primera subasta esté confirmada por el superior. Lo mismo puede pretender cualquiera acreedor, si de otra suerte no se reintegra de su crédito, ó el postor no quiere pagar el precio ofrecido, y aun lo puede hacer el acreedor posterior contra la adjudicacion de ella hecha al anterior, en caso de intervenir lesion (2).

31. Tampoco pueden molestar al comprador los acreedores que comparecieron en el concurso, á cuya instancia se vendió en pública subasta la cosa, aun cuando su precio no alcance á la satisfaccion de sus créditos, porque con su consentimiento en que se enagenase perdieron todo el derecho que tenian, y lo trasfirieron en el comprador. Asimismo no pueden molestarle los que fueron citados en sus personas y no comparecieron, pues por su contumacia y negligencia es visto renunciar el derecho de prelacion è hipoteca que les compete, y se les estima como presentes (3).

32. Pero á los citados por edictos si son hipotecarios anteriores, no puede el hecho del deudor y acreedores posteriores, privar del derecho de prelacion é hipoteca que tienen; bien que de equidad deberá repetir primero contra los acreedores posteriores que percibieron sus créditos bajo la fianza depositaria ó de acreedor de mejor derecho y contra sus fiadores. Lo propio milita para con el extraño dueño de la alhaja, pues acreditando pertenecerle, puede reivindicarla del comprador ó de otro tercero poseedor de buena ó mala fe, porque en cualquiera parte clama por su dueño, y el deudor no debe formar concurso de bienes que no son suyos (4).

1 Cap. 2. *de fidejussorib.* Vela dissert. 37. num. 13.
2 Salg. part. 3. *Labyr.* cap. 10.
3 Carlev. tit. 19. disp. 21. num. 9. Salg. ibi, num. 10 y 11.
4 Salg. dicho cap. 10. num. 8 y 9. Carlev. tit. 3. disp. 22. num. 12.

33. Nadie puede ser compelido á comprar los bienes que se subastan, excepto que sea por deudas fiscales, por las cuales y no por otras, aunque proceda de costas y salarios (1), pueden serlo las personas que por defecto de comprador elija la justicia, juntamente con los exactores y ministros Reales que entienden en la venta, debiendo pagar por ellos el justo valor que les den los peritos que la misma justicia del pueblo nombre; pero no se le permite variar la eleccion y nombramiento de compradores que una vez haga, si son acaudalados, para su pago, ni puede deshacerse la venta que en estos términos se celebre, aunque haya engaño en la mitad del justo precio (2).

34. Aunque la obligacion de pagar el débito el deudor sea jurada, puede ser compelido el acreedor á tomar en pago los bienes justamente apreciados, con tal que concurran cuatro requisitos. 1.° Que el deudor no tenga dinero ni otros bienes, y pruebe que lo buscó, y no lo halló. 2.° Que se obligue al saneamiento de los que se le venden, y le entregue sus títulos. 3.° Que el deudor ofrezca sus bienes al arbitrio del juez y no del acreedor, y que este al suyo elija los que le acomoden: si son muchos acreedores, podrá cada uno en su tiempo, segun esten graduados, hacer la eleccion. Y el 4.° que no haya comprador, ó si lo hay, no dé por ellos su justo precio, porque es lo mismo que no haberlo (3). En el caso de ser compelido el acreedor á tomarlos, ó en el de que él mismo elija voluntariamente los que quiera, sin dar lugar á que se subasten, por evitar gastos judiciales, ó de que no haya postor, ó no sea idóneo, ó no ofrezca lo justo; si son raices ha de otorgar á su favor el juez en nombre del deudor, obligándole á su eviccion y saneamiento, escritura de adjudicacion, que es lo mismo en sus cláusulas y firmezas que la de venta, diferenciándose solo en la introduccion que dice *adjudico en pago*, en lugar de decir: *vendo y doy en venta real*, con que empieza la venta, y sino sabe firmar, lo hará por él un testigo de los instrumentales, como si la otorgara el deudor. Si los bienes fueren muebles ó semovientes, basta el despacho ó testimonio de adjudicacion, con insercion del auto

1 Tampoco puede ser nadie compelido á comprar los bienes que se venden á los reos para satisfacer al fisco lo que se le aplica en pena de sus delitos, aunque algunos jueces ignorantes lo hacen, porque las leyes no le conceden esta facultad, y se circunscriben al caso de venta para la exaccion de sus rentas contra sus arrendadores y fiadores. *Febrero reformado.*

2 Esta doctrina es conforme á las leyes 18 y 20. tit 7. lib. 9 de la antigua Rec., que se han suprimido en la Nov. Ley 3. tit 5. Part 5.

3 Roman. sing. 163 Baez. *de inope debit.* Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 29.

en que esta se hace y demas preciso, con la nominacion especifica de los bienes y sus precios, pues por ser perecederos, y no permanentes como los raices, no es menester formar protocolo, ni conservar títulos de propiedad y pertenencia, pues de ellos no los hay, y asi segun sean se ha de introducir la pretension, en cuyos casos no se celebra remate, porque no hay materia sobre que recaiga. La misma obligacion tienen los acreedores que demandan á los herederos del deudor que aceptaron su herencia con beneficio de inventario, y lo hicieron con pureza, aunque él se obligase á satisfacerles en dinero (1), no obstante que contra la voluntad del acreedor no se debe pagar una cosa por otra (2), pues cumplen con entregar los bienes de la herencia, que es lo único á que estan obligados.

35. De la adjudicacion en pago necesaria, cual es esta, no se debe alcabala, porque realmente no hay venta aunque suene serlo (3); pero de la que se celebra en pública subasta á favor de un extraño ó del mismo acreedor que puja los bienes, y hace veces de postor extraño, se debe, porque es venta verdadera, si bien no se ha de entregar al instante que se celebra, porque puede arrepentirse el deudor, pagar su débito al acreedor, y recuperar los bienes vendidos en el término que se dirá; y asi es preciso esperar á que pase este, y el comprador esté posesionado de ellos para exigirla. Ademas, si pasado obtuviese el deudor por gracia del tribunal superior que se le restituyan, deberá pagarla, porque esta gracia no puede eximirle de su solucion, y el alcabalero adquirió derecho á ella (4). Tampoco se debe alcabala de los oficios de regidor, escribano, receptor, contador, fiel almotacen, fiel medidor, corredor y otros enagenados de la Corona, ya porque ninguna ley manda que se pague, como tambien porque aunque por via de empeño (en cuyo concepto se entienden enagenados, por lo que el Rey puede recuperarlos cuando quiera) los tenga otro, se entiende tenerlos en nombre y por permiso de su Magestad, viniendo á ser lo mismo que si el Rey los tuviera; á cuya consecuencia la venta ó enagenacion que el tenedor hace, se entiende hacerla el Rey, el cual no lo

1 Ley ult. §. *Et si præfact.* vers. *Sed si*, Cod. *de jure deliberandi*, et ibi DD. y authent. *Hoc nisi debitor*, Cod. *de solution.*

2 Ley *Credit.* 99. ff. *de solut.* y ley *Eam à quo*, Cod. eod. tit.

3 Ley *Si prædium*, Cod. *de evictio.* Ley fin. tit. 27. Part 3. verb. *Entonce debe el juzgador.* Gutierr. lib. 5. *Pract.* quæst. 23. *de gabell.*

4 Lasart. *de decim vendit.* cap. 1. num. 38 y sig. y cap. 7. num. 54 y sig. Parlad. lib 1. cap. 3. §. 2. num. 33. al 40. Rodrig. dicho cap. 6. num. 39. y 40. Hermos. en la ley 52. tit. 5. Part. 5. glos. 7. num. 53 al 55 Acev en la ley 1. tit. 17. lib. 9 de la antigua Rec., que en la Nov. son la 11 y 12. tit. 12. lib. 10.

paga de lo suyo. Agrégase otra razon en prueba de lo dicho, y es, que el comprador, cesionario ó heredero, para poder titularse dueño y usarlos, necesita acudir para que como nueva gracia ó continuacion de la primera concesion, se expida título en su cabeza, en virtud del que se subroga en lugar de su Magestad, y por esta gracia satisface la media anata (como la pagó el vendedor cedente ó el testador), que es el dos y medio por ciento de su valor, y la tercera parte de utilidades, si las tiene, á menos que esté exento de esta contribucion; por cuyas causas, y porque lo contrario seria ampliar las leyes á aquello de que no hablan en perjuicio de tercero; equiparar estos oficios con los bienes raices, muebles y semovientes que no provienen de la Corona, de los cuales, y no de todos, se debe, y gravar dos veces al vendedor ó cesionario, la una con la media anata ya pagada, y la otra con la alcabala, lo cual es injusto; ningun alcabalero tiene derecho á pedirla, como algunos poco instruidos creen. En cuanto á si el acreedor censualista citado al concurso, podrá ser obligado á tomar los bienes del censuario, tasados justamente para extincion del capital y réditos de su censo, y cuando, véase á Salgado part. 1. *Labyrint.* cap. 22, desde el num. 6.

36. Está prohibido al testamentario ó curador comprar privadamente los bienes de albaceazgo y curadoría, pena de volverlos con el cuatrotanto, y de nulidad de su venta (1), lo cual se entiende aunque sea por interposicion de otro, porque se presume fraude (2), pues en estas ventas no se atiende al sugeto por quien se adquieren, sino para quien (3); y el que compra por interpuesta persona, estándole prohibido, parece que compra clandestina y fraudulentamente (4). Pero no se prohibe al tutor comprar en pública subasta los de su menor, que por beneficio de este, y con conocimiento de causa, se venden judicialmente, cesante toda lesion y colusion (5). Por lo respectivo á si el administrador del concurso podrá ó no comprar los bienes de este, véase á Salgado part. 1. *Labyr.* cap. 13. §. 2, desde el num. 7.

37. Tambien está prohibido al juez ó á sus ministros, y al fiador, comprar los bienes de la almoneda, y si lo hacen, ademas de ser nula la venta, deben restituirlos con frutos por el

1 Ley 1. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley *Pupillus*, §. *Item ipse tutor.* ff. *de authoriz tutor.*

3 Ley *Cum dotem*, ff. *Ad leg. Falcid.* y ley *Cum ei, qui*, 42. ff. *de legat* 2.

4 Dicha ley *Pupillus*, y ley *Si is bonis*, ff. *de acquir. hæreditat.*

5 Ley 4. tit. 5. Part. 5. Greg. Lop. en ella, glos. 8.

dolo (1). Lo mismo procede para con el comprador, cuando hizo dolosamente que el remate se celebrase en él por menor precio que el justo, pues devolviéndoselo el deudor, debe restituirle los bienes con sus frutos por su mala fe, y no cumple con suplir su verdadera estimacion, à menos que el deudor se contente (2).

38. Al acreedor está prohibido igualmente comprar por sí y por tercera persona los bienes obligados è hipotecados à su crédito, sin que intervenga consentimiento de su dueño; y si los compra, debe restituirlos con los frutos en cualquier tiempo que este ó sus sucesores le devuelvan el precio que dió, porque como carece de título justo y buena fe para poseerlos, es nula la venta, y por consiguiente ningun derecho adquiere á lo comprado ni á sus frutos, segun se prueba de la ley 44. tit. 13. Part. 5.

39. Pero no obstante esta prohibicion, si se venden judicialmente, y no hay comprador que haga postura en todo lo que importa el débito, décima y costas, puede si le acomoda buscar un postor que lo ofrezca, con la expresa calidad de ceder el remate á quien le parezca, sin que por esta cesion se cause nueva alcabala. Celebrando el remate en él podrá trasferirlo, antes que se le dé la posesion de los bienes subastados en el mismo acreedor por el propio precio, sin quedar obligado à eviccion, con lo cual queda reintegrado el acreedor de su crédito y costas (3); y asi se practica en semejantes casos, sin que por ello se anule la venta, no interviniendo dolo ni lesion.

40. Si no hallare postor que practique lo referido, ó aunque lo halle, sino es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio, pues para el caso es lo mismo que no haberlo, puede pretender se le entreguen en pago por su justa tasa, y debe adjudicárselos el juez, consintiéndolo el acreedor, ó no contradiciendo dentro de tercero dia la pretension que se le debe comunicar, formalizando á su favor la escritura en los términos explicados en el párrafo 34. Recibiéndolos en esta forma, si su valor excede al crédito, debe restituir el exceso, y sino alcanza, le queda el regreso contra los demas del deudor por el residuo y costas (4). Si los toma sin aprecio, es visto, y se en-

1 Leyes 4. tit. 14. lib 5. y 4. tit. 29. lib. 11. Nov Rec.

2 Ley 49. tit. 13. Part. 5. *Cur. Filip.* part. 2. §. 22. num. 21.

3 Dicg. Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. glos. 1. Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. num. 124 y 125.

4 Ley fin. tit. 27. Part. 3. et ibi, glos. 6, y ley 44. tit. 13. Part. 5. verb. *Mas si por aventura.*

tiende que se contenta con ellos por toda la deuda; en cuyo caso, valiendo menos, no puede pretender el resto, y valiendo mas, debe volver su mayor valor, excepto que al tiempo de intentar su adjudicacion, proteste pedir el menor ó dar el mayor que tuviesen, pues con esta protesta queda salvo su derecho (1); y si al tiempo de pretender la adjudicacion no dice que los derechos de esta y demas que ocurran han de ser de cuenta del deudor, deberá satisfacerlos, porque por el hecho de pedirla y callar, es visto que quiere sean de la suya.

41. Si los bienes se dieron en pago al fiador del deudor por haber satisfecho la deuda, debe restituirlos á este, entregándole su importe con lo que por él pagó, y tambien à cualquier acreedor que sea hipotecario, aun cuando el débito de este se haya contraido no solo despues del primero, sino despues de la fianza, y antes de la adjudicacion; pero esta restitucion se entiende sin frutos, por el justo título que tuvo el fiador para percibirlos (2), lo que al contrario, habiéndolos comprado en almoneda, pues debe hacer la restitucion con ellos, porque se presume dolo, malicia y falta de buena fe, como sentè en el párrafo 37.

42. Queda obligado en todo evento el deudor al saneamiento de los bienes, que como suyos se le vendieron para pagar sus deudas, y no su acreedor; excepto que este le indemnice y se obligue expresamente, ó que al tiempo de la venta le conste que no son del deudor, y sin embargo los haya elegido para hacerse pago, ó que al de la ejecucion los hubiese señalado para que se trabase en ellos (3); por lo que resultando ser agenos, y quitándoselos su dueño en juicio, ha de usar contra el deudor de la accion de eviccion para reintegrarse de todo, y no de la ejecutiva, porque esta espiró y se extinguió con el pago (4).

43. En orden à si el deudor tiene ó no accion para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta, à fin de pagar à su acreedor, ó los que se adjudicaron à este en pago satisfaciendo la deuda, costas é intereses, para su debida claridad, se proponen cinco casos. El primero es cuando la ejecucion, subasta, venta y adjudicacion se hicieron con la pureza y formalidad legales que para su validacion se requieren, de modo que ni faltó solemnidad, ni hubo lesion, fraude ni colu-

1 Bart. in leg. *Si non sortem*, 26. § *Si centum*, 4. ff. *de condit indebiti. Cur Filip.* dicho §. 22. num. 23.

2 Leyes 13 y 45. tit. 13. Part. 5. *Cur. Filip.* ibi, num. 22.

3 Ley fin. tit 13. Part. 5. *Cur. Filip.* ibi, num. 17.

4 Ley *Elegantur*, ff. *de pignorat. act.*

sion alguna; y entonces, atendido el rigor de derecho, no debe ser oido, ya pida la recuperacion ante el juez inferior, ó ante el superior, porque por ningun derecho se pueden revocar ni rescindir la venta y adjudicacion celebradas en los términos propuestos (1), ni tampoco se retracta la venta de la hipoteca, aunque el deudor ofrezca á su acreedor el dinero que le debe (2). Pero por costumbre y equidad de los tribunales de estos reinos, como lo dicen varios autores (3), se le permite el recobro de los muebles dentro de tres dias despues de la venta ó adjudicacion, y de los raices dentro de nueve, sin restitucion de frutos por la buena fe del comprador.

44. El segundo caso es, cuando se adjudican al acreedor faltando las solemnidades legales, asi en la adjudicacion como en la ejecucion, ó hay lesion en el valor que se les dió, ó por parte del acreedor se interpuso alguno que los comprase en bajo precio para cederle luego el remate, y todo el derecho que á este habia adquirido; en cuyo caso se ha de distinguir: si el deudor apela de la venta ó adjudicacion como fraudulenta, puede (pendiente la apelacion) pedir ante el superior la restitucion de sus bienes vendidos ó adjudicados con el vicio ó vicios expuestos, pagando el precio en que se efectuó la venta ó adjudicacion con las costas é intereses; á lo cual ha de deferir el superior revocándolas; y muchas veces defiere sin que lo pida: lo mismo suele hacer aunque confirme la sentencia de remate, prefiniéndole término en este caso, para que dentro de él pague al acreedor la deuda con costas é intereses (4); y si no apela é introduce la misma pretension ante el inferior, debe mandar lo propio, á imitacion del superior, por ser muy seguro seguir el buen ejemplo de este. Pero se duda cuánto término tiene apelando para introducir la pretension ante el superior, y si ha de ser ó no con frutos la restitucion. En cuanto á lo primero, unos opinan que dentro de dos años, otros que dentro de cuatro, y otros dicen que en cualquier tiempo que lo intente si lo manda el superior. En cuanto á la restitucion de frutos discuerdan tambien los autores; pero Carleval, con cuyo dictamen me conformo, es de parecer que se debe dejar al arbitrio del juez, quien

1 Ley *Si finitam*, 14. §. *Posteaquam*, ff. *de damno infecto*. Ley *Properandum*, §. *Sin autem reus*, Cod. *de judic.*

2 Ley *Si creditor*, 7 al princip, y §. *Illud*, ff *de distract. pignor.*

3 Cast. en la ley 70 de Toro. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 11. num. 3.

4 Covarr. en el lug. cit. Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. num. 48.

atendidas las circunstancias del caso proveerá lo conveniente (1).

45. El tercer caso es, cuando el fiador del principal deudor compra en pública subasta los bienes de este, sin que haya fraude ni lesion, ni falte solemnidad legal: en este caso si el deudor apela, se debe revocar la venta por la accion de dolo, restituyendo al fiador el precio que dió, porque, como dejo expuesto en los párrafos 37 y 40, el que compra los bienes del que fió, comete dolo, y debe restituirlos con frutos, pues la fianza trae su origen de gracia y amistad, y el fiador como acreedor segundo del deudor, parece que mas los compra por defender y preservar su derecho, que por adquirir el dominio de ellos.

46. El cuarto es, cuando se vendieron á un extraño con todos los requisitos legales, pero el deudor apeló de la sentencia de remate y se revocó. En tal caso dicen varios autores, que si los bienes estan entregados se deben mandar restituir con frutos; pero Acevedo en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Rec. num. 139, afirma, que revocada la sentencia de remate, si el acreedor tiene los bienes, los debe restituir al deudor, y si los tiene algun tercero, y el acreedor percibió solamente su precio, debe ser condenado este á restituirlo doblado. Sobre todo se debe observar el tenor de la sentencia revocatoria, y si los bienes vendidos son de menor de veinticinco años, á quien conviniere mas poseerlos que tener su precio; pues de lo contrario se le causa grave daño, y se le deben entregar restituyéndolo, aunque con buena fe los haya comprado un tercero (2).

47. El quinto caso es, cuando un tercero los compró de mala fe, y en la subasta intervino lesion enorme ó enormisima, ó en mas ó menos de la mitad del justo precio, ó no se observaron en la ejecucion las solemnidades legales. Entonces se debe revocar la sentencia, y restituir al deudor sus bienes, satisfaciendo al comprador el precio que dió por ellos con las costas (3).

1 Carlev. *de judic.* tit. 3. disp. 24. num. 9.

2 Ley *Si ex causa*, 10. ff. *de minor.* Gom. lib. 2. *Var.* cap. 14. num. 6. vers. *Item quæro.*

3 El que desee mayor instruccion consulte á Carlev. disp. 24; á Gutier. lib. 2. *Pract.* quæst. 161; á Acev. en la ley fin. tit. 21. lib. 4. Rec., num. 174 y sig y á Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 16.

CAPITULO SEPTIMO.

Del tercer opositor á la via ejecutiva.

§. 1 y 2. De los terceros opositores que suelen presentarse durante el curso de la via ejecutiva, pretendiendo impedir el progreso de ella. ¿Quien se llama tercero opositor?

3. El tercer opositor ha de hacer la oposicion ante el juez que entiende en la causa ejecutiva.

4. ¿Cuando podrá hacerla no solo ante el juez originario de la causa, sino ante el mixto ejecutor?

5. Para admitir la oposicion basta la simple narrativa del derecho que compete al opositor.

6. Cuando el tercero coadyuva el derecho del ejecutante ó del ejecutado, debe tomar y proseguir el juicio en el estado en que lo halle.

7. La oposicion del tercero no suspende el curso de la via ejecutiva simple y absolutamente, sino en dos casos que alli se expresan.

8. Limitacion de la doctrina anterior.

9 y 10. Habiendo instituido el deudor por heredero á un acreedor suyo, si este acepta la herencia con beneficio de inventario, lo hace legalmente, y luego le ejecuta como tal heredero otro acreedor del testador, podrá oponerse á la ejecucion como reo ó como actor. Efectos de cada uno de estos dos modos, y ¿cual es el mas util?

11 y 12. Diversas opiniones de los autores acerca de la cuestion siguiente: cuando ejecuta al deudor un acreedor hipotecario, si ocurre antes de la sentencia y su ejecucion otro tambien hipotecario en los bienes ejecutados, ó personal privilegiado, acreditando ser preferido al ejecutante, y pretendiendo se le pague primero que á este, ¿que deberá hacerse?

13. Si ejecutando un acreedor al deudor despues de cumplido el plazo de la escritura ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo crédito es anterior en la obligacion, pero en el plazo del pago posterior al del ejecutante, será preferido el que es primero en la obligacion en el caso que alli se expresa.

14. Admitida la oposicion del tercero, se debe dar traslado de ella al ejecutante y ejecutado, recibirse la causa á prueba si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria.

15. Se ha de ejecutar bajo de

una de las fianzas de Toledo ó Madrid, la sentencia dada en el juicio ejecutivo en que hubo oposicion, de uno ó mas terceros, cuando estos salieron auxiliando el derecho del ejecutante ó ejecutado.

16. Aunque la hipoteca y obligacion de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad Real, y con las cláusulas mas eficaces, siempre se entiende y es subsidiaria.

---

1. Sucede muchas veces que en el discurso de la via ejecutiva sale un tercero oponiéndose á ella, y pretendiendo impedir su progreso; y para instruccion del principiante tengo por util explicar lo primero: *cuál se llama tercer opositor, y cuántas clases hay de ellos*: lo segundo: *en qué tiempo y ante qué juez se ha de hacer y admitir la oposicion, y qué se necesita para que sea admitida:* lo tercero: *si los autos se deben seguir ó no en el estado que tienen al tiempo en que se hace la oposicion*; y lo cuarto, *cuando por ella se suspende ò no la via ejecutiva;* de cuyos particulares paso á tratar por su orden con la posible claridad.

2. Se llama *tercer opositor* el que se opone á la ejecucion, ya sea solicitando ser preferido al ejecutante en la solucion de su crédito, ó alegando ser suyos los bienes ejecutados, ó que tiene derecho en ellos (1). Los autores distinguen tres clases de terceros opositores; una de los que salen coadyuvando el derecho del ejecutante; otra de los que auxilian el del ejecutado, y la otra de los que se oponen por el suyo privativo, é intentan excluir no solo el del actor, sino tambien el del reo (2).

3. El tercer opositor ha de hacer la oposicion ante el juez que entiende en la causa ejecutiva, el cual la debe admitir, ya se haga en el progreso de esta ó despues de sentenciada; háyase despachado la ejecucion en virtud de sentencia ó de instrumento, con tal que no esté hecho el pago ó dada al comprador la posesion de los bienes ejecutados y vendidos (3). Tambien puede hacer la oposicion aun cuando esté prescrito el derecho de ejecutar, sino lo está el que prefine la ley para pedir en via

1 Ley 3. tit. 27. Part. 3, y 16. t't 28. lib. 11. Nov. Rec. Salg. part. 1. *Labyr.* cap. 16. num. 22 y 43.

2 Cancer. part. 2. *Var.* cap. 16. Covarr. *Pract.* cap. 13. Carlev. tit. 3. disp. 12. num. fin.

3 Valenz. cons. 9 y 150. Covarr. *Pract.* cap. 16. num. 5. *Cur. Filip.* part. 2. §. 26. num. 2.

ordinaria (1), pues en todos estos tiempos está permitido hacerla.

4. No solo puede hacer la oposicion á la ejecucion ante el juez originario de la causa, sino ante el mixto ejecutor, quien si el tercero alega que los bienes ejecutados son suyos y no del deudor, puede conocer de la excepcion y definirla, sin necesidad de remitirla al juez originario ó requirente, porque por esta excepcion no impugna la sentencia y solo la modifica. Pero si la que alega toca á la sentencia, ó causa principal, ó dice de nulidad de aquella ó del instrumento, ó que debe ser preferido al ejecutante, debe admitirla é instruirla, y remitirla al juez requirente para que la defina y no definirla por sí; porque aunque no impugna directamente la sentencia, lo hace por medio indirecto, y la decision de esto toca al juez que la pronunció (2).

5. Para admitir la oposicion basta la simple narrativa del derecho que compete al opositor, y no se le debe mandar que dé informacion sumaria de él, ni compelerle á que traiga los testigos á la presencia del juez, pena de inhabilitacion de oficio al que lo mandare; pues antes bien se ha de recibir el pleito á prueba con término ordinario por via ordinaria (3); excepto que el juez conozca que la oposicion es maliciosa, y que solo se dirige á diferir ó impedir la ejecucion; pues en este caso no debe admitirla sino proseguir la via ejecutiva, dando el acreedor la correspondiente caucion y seguridad (4).

6. Cuando el tercer opositor coadyuva el derecho del ejecutante ó del ejecutado, debe tomar y proseguir el juicio en el estado en que lo halle, sin ser necesario promoverlo de nuevo, porque seria eternizarlo (5); pero si se opone por su propio derecho, no está obligado á ello sino quiere, antes bien se ha de principiar del mismo modo que si no se hubiera instaurado (6).

7. La oposicion del tercero no suspende el curso de la via ejecutiva simple y absolutamente sino en dos casos. 1.° Cuando expone y acredita legal y sumariamente que los bienes ejecutados son suyos, y entonces se le han de entregar, y luego proceder contra los del ejecutado. 2.° Si al tiempo de oponerse manifiesta instrumento que trae aparejada ejecucion, y no en otros

1 Ley 5. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.
2 Larrea decis. 82. num. 3 al 9. Carlev. tit. 3. disp. 17. num. penult. y ult.
3 Ley 16. tit. 28. lib 11. Nov. Rec.
4 Rodrig. *de execution.* cap. 8 num. 3. Covarr. dicho cap. 16. num. 2. Carlev. tit. 3. disp. 12. num 16. Parlad. part. 5. y §. 11. dicho num 60.
5 Ley 17. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.
6 Covarr. lib. 1. observ. 70 y 71. Id. *Pract.* dicho cap 13. Carlev. disp. 12. dicho num. final.

términos (1), por lo que no manifestándolo debe usar de su accion en via ordinaria, y seguirse la ejecutiva haciendo pago al ejecutante, y dando precisamente ante todas cosas fianza de volver y restituir lo que en aquella se juzgare y sentenciare, porque la variacion del juicio fue para proceder, y no para decidir (2).

8. No milita lo expuesto en el segundo caso, cuando la muger se opone por su dote legítima y entregada, porque como por ella le compete el privilegio de prelacion, no solo se ha de suspender el juicio ejecutivo, sino tambien la entrega de los bienes al que ejecuta á su marido por deuda á que no está obligada, y dársele estos en prenda, ó volvérselos si en ellos se trabó la ejecucion, y se depositaron en tercero, hasta que su tercería se decida, bajo la obligacion y fianza de retenerlos íntegros é ilesos á disposicion del juez que de ambas causas conoce, y restituirlos siempre que se lo mande, y los acreedores prueben la preferencia de sus créditos á la dote (3), en los términos explicados en el párrafo 12, capítulo 4 de este título, y no en otros, pues asi se practica en la Corte (*).

9. Instituyendo el deudor por heredero á un acreedor suyo, si este acepta la herencia con beneficio de inventario, lo hace legalmente, y luego le ejecuta como tal heredero otro acreedor del testador, es necesario tener presente si se opone á la ejecucion como reo ó como actor. Si lo hace como reo, excepcionando que los bienes son suyos y no de la herencia, y que todos se han consumido en satisfacer á los acreedores anteriores, y á sí propio como uno de ellos, y acredita en los diez dias de la ley la satisfaccion con documentos legítimos, manifestando tambien el inventario solemne (pues no basta ofrecer probarlo por testigos, porque se presume falsedad, cuando se puede probar instrumentalmente); debe ser absuelto y no molestado, porque no está obligado en mas de lo que importe la herencia; pero si en el término referido no acredita la excepcion en la

1 Greg. Lop. en la ley 11. tit. 4. Part. 3. glos. 1. Rodrig dicho cap 8. num 12.

2 Ley *A Divo Pio*, §. *Si super rebus*, ff. *de judic* Ley 6. tit 10. Part. 3. verb. *Empero. Cur. Filip* dicho § 26. num. 14. Paz part 4 cap. 4. num. 7. com 1. *Prax.*

3 Ley *Ubi adhuc*, Cod *de jure dot.* Ley 16. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. *Cur Filip.* num. 11.

* Si teniendo la muger hipoteca especial en alguna cosa del marido, y general en los demas bienes, se opusiere á la ejecucion de un acreedor posterior, no puede impedirla sino se hizo en dicha hipoteca especial, excepto que conste no ser esta suficiente para el pago de la dote; pues el acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes del deudor comun, primero debe cobrar de los bienes especialmente obligados, y no siendo bastantes para ello, ha de recurrir á la hipoteca general. *Febrero reformado.*

forma propuesta, se ha de continuar la ejecucion en los bienes, como que son de aquella.

10. Si se opone como actor (al modo que si viviendo el difunto le ejecutase otro acreedor se opondria como tercero) se ha de nombrar defensor á los bienes, entenderse con él todas las diligencias ejecutivas, y suspenderse la ejecucion, porque el heredero con beneficio de inventario tiene la representacion de tal y la de acreedor, por cuya razon no se confunden las acciones que por los dos respectos le competen. Por tanto le es mas util oponerse como actor que como reo, porque como reo, á mas de no hacer que cese la via ejecutiva, será condenado sino prueba sus excepciones en los diez dias de la ley, y como actor no solo la suspende, sino que tiene término mucho mayor para justificar su accion, del mismo modo que sino fuera heredero (1).

11. Si cuando ejecuta al deudor un acreedor hipotecario ocurre antes de la sentencia, y en ejecucion otro tambien hipotecario en los bienes ejecutados, ó personal privilegiado, acreditando ser preferido al ejecutante, y pretendiendo se le haga pago primero que á este, dicen algunos (2) que no se suspenderá la ejecucion y venta de los bienes, antes bien han de subastarse para satisfacer al tercero su crédito como privilegiado, entregándose lo que sobrare al ejecutante que obtuvo antes la sentencia; pues no se atiende al tiempo de esta, sino al del contrato y obligacion, por ser primero en derecho el que lo es en tiempo; en cuya consecuencia el acreedor anterior, aunque el plazo de su crédito no esté cumplido, puede oponerse á la ejecucion hecha por el posterior, y pedirlo si para ello tiene causa legítima, v. gr. ser sospechoso de fuga el deudor, carecer de bienes suficientes para reintegrar á entrambos, ó temer con sólido fundamento que todos se consuman con el ejecutante.

12. Pero otros autores afirman que se debe suspender la venta hasta que se concluya el pleito de preferencia, excepto en tres casos: 1.° Cuando el deudor es idóneo, y como tal tiene bienes equivalentes para satisfacer á entrambos acreedores, pues justificando la idoneidad no se impide la ejecucion primera por la oposicion del tercero. 2.° Cuando esta es calumniosa, y hecha únicamente con el objeto malicioso de retardar la ejecucion, y entonces no solo no la impide, sino que no se debe admi-

1 Marescot. lib. 1. *Var.* cap. 37, y lib. 2. cap. 121. num. 25 y 26. Surd. decis. 92. y consil. 7. num. 31. lib. 1. Carlev disp. 13. dicho num. 7 y 8.

2 Giurb. decis. 61. num. 2, 6, 7 y 8. Cost. *de reintegr.* distinct. 95. num. 6 y 8. Marescot. lib. 2. *Var.* cap. 121. num. 3. *Cur. Filip.* part. 2. §. 26. num. 9.

tir; y el 3.º cuando el primer acreedor no pretende que se pague, sino que se vendan los bienes embargados para hacerle pago de su crédito, porque tiene mejor derecho: en cuyo caso ninguno de los dos puede impedir la venta, ni debe dejar de hacerse, aunque el uno la contradiga, por ser util á entrambos (1). Pero si el acreedor segundo ocurre despues de celebrada la venta y pagado el primer ejecutante, tendrá que seguir la via ordinaria contra él, como poseedor de los bienes del deudor, ó la ejecutiva contra este si algunos le quedaron (2).

13. Si ejecutando un acreedor al deudor despues de cumplido el plazo de la escritura, ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo crédito es anterior en la obligacion, pero en el plazo del pago posterior al del ejecutante, y disputan ambos sobre cuál de los dos debe ser preferido, lo será el primero en la obligacion, no obstante ser el último en el tiempo destinado para la paga, en caso que el deudor sea sospechoso de fuga, ó carezca de bienes suficientes para satisfacer á entrambos, ó vaya consumiendo su patrimonio; porque como tiene causa legítima para pedir su débito antes del plazo, y la obligacion es anterior á la del otro, se entiende haber espirado este, y se retrotrae la obligacion al dia en que aquel se contrajo (3).

14. Admitida la oposicion del tercero, se debe conferir traslado de ella al ejecutante y ejecutado, recibirse la causa á prueba si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria; porque en este caso se consideran dos juicios, uno ejecutivo del acreedor contra el deudor, y otro ordinario sobre prelacion entre los acreedores, que no puede ser ejecutivo á causa de no estar obligado el uno al otro, y carecer de accion por este defecto para proceder ejecutivamente entre sí; por consiguiente, mientras se controvierte su preferencia se ha de suspender la via ejecutiva, y aunque ocurran al juicio por su propio derecho otros opositores, no suspenderá su curso la nueva oposicion, y asi se podrá continuar y decidir la causa y ejecutar la sentencia, dando primero el opositor (si se declarase su preferencia al ejecutante) la fianza de acreedor de mejor derecho, que expliqué en el libro 2, título 4, capítulo 18, párrafo 15. Pero lo que he visto observar en la práctica, como mas equitativo, mas breve y menos costoso, es

1 Carlev. tit. 3. disp. 12. num. 5 al 9, y num. 13 al 17, y otros que cita.

2 Greg. Lop. en la ley 11. tit. 14. Part. 5. glos. 1. Carlev. ibi, num. 3.

3 Ley 1. Ley *Qui balneum*, 9. §. 1. Ley *Potior*, 11. § *Videamus*, 1. y ley *Lucius Titius*, 1. ff. *Qui potiores in pignore habeantur*, y ley *Quæsitum*, 14. ff. *de pignorib.* Rodrig Suar. en la ley *Post rem judicatum*, limit. 7. num. 4. Fagnan *de pignorib.* part. 4. num. 15. Rodrig *de execution.* cap. 8. num. 6 al 8.

seguirla con todos y graduarlo en una sentencia, y asi se debe hacer.

15. Se ha de ejecutar bajo una de las fianzas de Toledo ó Madrid, sin embargo de apelacion y nulidad, la sentencia dada en el juicio ejecutivo, en que hubo oposicion de uno ó mas terceros, cuando estos salieron auxiliando el derecho del ejecutante ò ejecutado; porque la suspension de la via ejecutiva en cuanto á ellos, fue solo en el modo y orden de proceder, mas no en lo tocante á la decision (1). Pero no sucederá asi en caso de que hayan salido por su propio derecho, porque la causa como de prelacion se convirtió de ejecutiva en ordinaria, y asi no habra lugar á la ejecucion de la sentencia hasta que se ejecutorie ó consienta. Si el tercero ó terceros no manifestaren su derecho en el término ordinario que el juez les prefina, se volverá luego á seguir la via ejecutiva, y á sentenciar la causa de remate en los bienes ejecutados (2).

16. Aunque la hipoteca y obligacion de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad Real, y con las cláusulas mas eficaces, siempre es y se entiende subsidiaria, y solo produce efecto en cuanto á ellas, cuando los libres del poseedor que la contrajo no son suficientes para el integro pago del acreedor, y asi es indispensable la previa y plenaria excusion en estos, especialmente si se obligaron juntamente con aquellos, porque el mayorazgo se gradúa y estima en dicho caso como fiador de indemnidad, y este solo debe ser reconvenido subsidiariamente, que es en defecto del principal, y despues de dicha excusion en sus bienes, como senté en el libro 2, título 4, capítulo 17. *Nota sobre la indemnidad.*

1 Leyes 12, 16 y 17. tit. 28. lib 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* dicho §. 26 num. 13.

2 Rodrig. cap. 8. cit. num. 12. Paz in *praz.* part. 1. cap. 4. num. 7. *Cur. Filip.* ibi, num. 23 dicho.

CAPITULO OCTAVO.

¿Cuando deberá ó no el ejecutado ser condenado en costas y pagar décima de la ejecucion?

§. 1. En el juicio ejecutivo como en el ordinario deberá el vencido ser condenado en costas, regularmente hablando, por las causas que allí se expresan.

2. ¿En que casos no tendrá lugar la condenacion de costas?

3. ¿Cuando se podrán repetir las costas contra el procurador?

4. En los pleitos ejecutivos, puesto que el ejecutado carece de causa justa para litigar, sentenciándose la causa de remate, no solo deberá ser condenado en las costas procesales, sino tambien por su morosidad en la décima parte de la deuda.

5. Circunstancias necesarias para poder pedir la décima.

6. Casos en que no debe pagar décima el ejecutado.

7. Si se despacha ejecucion por deudas pertenecientes al fisco, y el deudor no paga dentro del término legal, no debe satisfacer décima, sino un treinta por cada millar.

8. Por una misma deuda no se debe mas que una décima.

9. Cuando se obligan de mancomun por el todo *in solidum* dos ó mas deudores, como principales ó fiadores al pago de una cantidad, si ejecuta el acredor á cualquiera de ellos, paga el ejecutado, y repite despues con su lasto contra los otros, no se debe exigir mas que una décima, aun cuando son varias las obligaciones y ejecuciones.

10. Pidiendo ejecucion el acreedor por mas de lo que se le debe, ha de pagar décima del exceso con otro tanto.

11. Principiándose la ejecucion en un juzgado por un ministro ejecutor, y concluyéndose por otro ó haciéndola en virtud de requisitoria de otro juez, deben partir la décima los dos ministros, y el juez requirente y requerido.

1. Como se deben al vencedor las costas ó expensas hechas en los pleitos, unas por su victoria, otras por la tenacidad de su contrario, y otras por su contumacia, y por las dilaciones maliciosas introducidas en el proceso; se sigue de aqui que en todos los ejecutivos y ordinarios debe ser condenado en ellas

(regularmente hablando) el vencido (1), no solo por la sentencia definitiva, sino tambien por la interlocutoria, sin esperar á aquella. Lo propio se debe hacer cuando difiere maliciosamente presentar el instrumento que tiene, con cuya vista puede finalizarse el pleito, pues por su dolo debe ser condenado en las que causó con esta malicia á su contrario. He dicho las expensas hechas en el pleito y no otras, porque el juez no puede condenar al vencido à la satisfaccion de los daños ocasionados fuera de aquel; bien que si se pactan expresamente las personales ocasionadas por el pleito fuera de su casa, deberá pagarlas (2); esto se entiende pidiéndolas el vencedor, pues aunque el juez puede condenar de oficio en ellas al vencido, no está obligado precisamente á hacerlo á menos que aquel lo pida (3), y por esta razon en las demandas, contestaciones y en otros pedimentos se pone á su final la cláusula *pido justicia con costas*, y á veces suele pedirse juntamente con la pretension principal la condenacion en ellas. Pero es de advertir lo primero, que el abogado que defiende su propio pleito y obtiene con costas, no debe exigir las de su honorario, como si fuera litigante extraño; y lo segundo, que si el abogado, notario ó procurador defienden graciosamente à alguno por ser pobre, no podrá este exigir de su contrario el importe de los derechos que correspondian á aquellos (bien que ellos podrán llevarlos, una vez que es el contrario y no su parte el condenado); pero si le defendieron no por piedad sino por amistad, puede exigir para sí dicho importe, porque de otra suerte está obligado á compensarles, ó les tiene compensado su trabajo en la defensa (4).

2. No tiene lugar la condenacion de costas cuando el vencido tuvo causa justa para litigar, v. gr. incertidumbre del hecho; verdad ignorada; posesion con buena fe y título hereditario de la cosa litigiosa; estar ambiguo ú oscuro el punto; haber hecho el juramento de calumnia, y no haber sido temerario en litigar, y no de otra suerte; ó cuando probó su intencion con testigos, y sin embargo fue condenado à causa de haber sido repelidos por razon de sus personas; y en otros casos semejantes, en los cuales por ser de hecho, no se puede dar regla fija, por lo que se dejan al arbitrio del juez (5); pero fuera de estos

1 Leyes 8. tit. 3, y 8 tit. 22. Part. 3.

2 Ley *Ut fundus*, ff. *communi dividund.* Parlad. lib. 5. cap. fin. part. 5. §. 18. num. 10 y 11.

3 Covarr. ibi, num. 5. Acev. *in rub.* tit. 2. lib. 4. Rec. num. 25. Paz tom. y temp. 1. part. 4 num. 37.

4 Véase á Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 18. num. 12 al 14.

5 Ley 8. tit. 22. Part. 3. et ibi glos. 2 y 3. Parlad. part. 5. cit. §. 18. num. 4 y 5.

casos ha de ser condenado en ellas (1), tasándolas el mismo juez con arreglo à arancel.

3. El procurador debe pagar al juez, abogado, escribano y demas subalternos del tribunal los derechos que estos devenguen en defender á su principal, y tambien las costas causadas á su contrario, en caso de que por litigante temerario sea condenado en ellas, si los referidos le defienden por encargo particular de dicho procurador; porque por el hecho de buscarlos para su defensa y encargársela, y no tratar con el principal, es visto tomar en sí la obligacion de su pago, lo cual procede aun cuando el poderdante le releve de ello en el poder, porque esta relevacion es para otro efecto, y asi le podrán apremiar á él, dejándole su accion expedita contra su principal, de quien sino tiene satisfaccion no debe admitir el poder. Pero si los dichos lo hacen por encargo de este, no tendrán accion contra el procurador, porque este no los buscó, ni por consiguiente se obligó á cosa alguna. Por lo que hace á las costas causadas à su contrario, en ningun evento tendrá accion contra el procurador. Lo primero, porque este no litigó con él, ni hizo su negocio, sino el de su principal como su mandatario, ni se constituyó su fiador, ni se obligó à las resultas del juicio ni à otra cosa. Lo segundo, porque las costas son accesorias á lo principal, y contra quien se da la accion por esto, se da por aquellas. Lo tercero, porque sino tiene satisfaccion en su contrario por ser insolvente, y cree que debe ser condenado en costas, puede pretender antes de la contestacion que dé fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, como tengo expuesto en el libro 2. tit. 4. cap. 14. §. 15; y no dándola, que se le deniegue la audiencia, y sobre ello formar artículo, cuya excepcion dilatoria se le admitirá. Si el poder no es bastante, pretenderá que lo presente como corresponde, segun las leyes 2. tit. 24. lib. 2, y 3. tit. 2. lib. 4. Rec., y hasta que lo ejecute no debe responder, pues de no practicarlo es visto contentarse, renunciar este auxilio, y que solo quiere repetir contra él despues de sentenciado el pleito. Lo cuarto, porque de permitirse esto no habria quien admitiese poderes con semejante gravamen, y se perjudicaria con especialidad á los ausentes, que estan imposibilitados de seguir por sí sus litigios en los competentes tribunales. Y lo quinto, porque el llamarse dueño de la instancia al procurador, no sirve para otro efecto, que para el de que se sustancien con

1 Leyes 1. tit. 14. lib. 3. del Fuero Real, y 6. tit. 4, y 1. tit. 19. lib. 11. Nov. Rec.

él las diligencias del proceso, pueda ser apremiado con facilidad á la devolucion de los autos, y se eviten gastos indebidos al colitigante, pero no es dueño de la accion ni cosa litigiosa; y asi como no puede demandarle, ni ser demandado por ella, tampoco por las costas del proceso en que se ventiló, pues el juicio se debe cumplir y ejecutar contra el principal ó sus fiadores, y no contra el apoderado, excepto que este siga el pleito sin poder de aquel, como previene la ley fin. tit. 5. Part. 3. (1).

4. En los pleitos ejecutivos, respecto à que carece de causa justa para litigar el ejecutado (ya se haya despachado la ejecucion en virtud de confesion, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ejecutoria, instrumento guarentigio ú otro documento que la traiga aparejada) sentenciándose la causa de remate, no solo debe ser condenado en las costas procesales, sino tambien en pena de su morosidad en la décima parte, y no mas, de la deuda porque se expidió el mandamiento ejecutivo, debiendo satisfacerse en la misma especie porque se pidió y despachó la ejecucion (v. gr. si por dinero, en dinero; si por trigo, en trigo &c., y no en otra) al alguacil que le ejecutó, solo en el caso de haber costumbre de exigirla (2). Esta costumbre se entiende del lugar en que estuvieren los bienes ejecutados, ò en el del domicilio del ejecutado, y no en el del juicio; y asi aunque en este la haya de llevarla, sino la hay en los otros, no se debe cobrar (3). En el fuero secular se prescribe dicha costumbre por diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes, y en el eclesiástico por cuarenta indistintamente entre estos y aquellos (4); bien entendido, que la décima del alguacil es por todos sus derechos, pues llevándola no debe percibir mas aunque salga fuera de la Corte, y dentro de las cinco leguas de su rastro à hacer la ejecucion; y si lleva salario asignado, no le corresponde ni debe exigirla (5).

5. Mientras el acreedor no esté pagado de su crédito, ó se dé por contento de su importe, ó conceda espera al deudor, ò se convenga con él, ò no quiera continuar la ejecucion, siendo requerido à este efecto por el alguacil que la hizo, no se debe pedir la décima; pero verificándose alguna de estas cinco cosas la puede exigir; por lo que si los bienes del deudor vendidos

1 El que quiera saber en que casos queda ó no obligado el procurador, vea á Gutierr. *de tutel.* part. 2. cap. 13, desde el num. 10.

2 Ley 1. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 6. ſ. unic. num. 1 y 4.

3 Ley 7. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.

4 Ley 5. tit. 2. Part. 1. et ibi glos. 4.

5 Leyes 1 y 3. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. Rodrig. *de execut.* cap. 7. num. 12.

no alcanzan à cubrir la deuda, se ha de cobrar á prorata del precio de lo que se pagare, y no del residuo hasta que se pague o concierte (1). Si el mandamiento ejecutivo se dirige contra varios por diversas deudas, ò contra un deudor por distintas cantidades, se devenga, y puede llevar la décima respectiva, ó el salario íntegro de cada una (2), porque se contemplan, y son muchas ejecuciones. Y se previene que es nulo é ineficaz el concierto que el ejecutor haga con el acreedor sobre la décima ú otros derechos de ejecucion (3), de que se deduce que valdrá haciéndolo con el deudor.

6. No debe pagar décima el ejecutado en diez casos: 1.° cuando en virtud de apremio judicial se da posesion de sus bienes á su acreedor, para que se reintegre de su crédito, porque falta el orden del juicio para devengarla, y no es necesario (4): 2.° cuando algunos de sus acreedores se oponen à la ejecucion pedida por otro pretendiendo ser preferidos à este ò entre sí, pues entonces solo la debe de la cantidad porque fue realmente ejecutado, aunque para el pago de todos se estimen los bienes por árbitros (5): 3.° cuando forma concurso ò hace cesion de todos sus bienes en manos del juez, á fin de que con ellos satisfaga á sus acreedores segun su prelacion, porque en este caso no solo falta el orden del juicio para devengarla, sino que á devengarse, mediante no tener bienes para todos, se verificaria no satisfacerla él sino ellos, como si fueran los deudores (6): 4.° cuando la ejecucion se dió por nula por no traerla aparejada el instrumento, ó por faltar las solemnidades legalmente prescritas para el orden de seguirla; en cuyo caso ningun derecho debe llevarse, y el que lo llevare debe restituirlo con el cuatrotanto y las costas (7); pero si la nulidad provino de culpa del acreedor, ya por pedir mas de lo que se le debia, ó no haberlo pedido segun derecho, debe pagarla, y no el deudor (8): 5.° cuando se hace ejecucion por pena ó condenacion pecuniaria debida al fisco, pues ni décima ni otro derecho alguno se debe llevar (9), ni por

1 Leyes 1, 5 y 7. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 2. §. 23. num. 9. Rodrig. cap. 7. dicho num 41 y 15

2 Gom. lib. 2 *Var.* cap. 11. num. 16. cerca del fin, vers. *Sextus effectus. Cur. Filip.* ibi, num. fin.

3 Ley 12. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. *Cur.* ibi, num. 10.

4 Rodrig. cap. 7. cit. num. 26. Parlad. part 6 y §. unic. cit. num 9. Avend. in cap. *Prat.* part. 1. cap. 17. num. 16. *Cur.* ibi, num. 4.

5 Ley unic. Cod *de impon. lucrativa descript.* Parlad. ibi, num. 10. Rodrig. ibi, num. 16. dicho

6 Salg *Labyr. credit.* part cap. y §. 1.

7 Ley 11. tit. 30. l b. 11. Nov. Rec.

8 Ley 6. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Parlad. ibi, num. 11.

9 Ley 1. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. Parlad. ibi, num. 14.

consiguiente la décima de esta, porque es pena, y no se debe gravar con dos cargas una misma cosa (1): 6.° cuando se ejecuta à los ecónomos, mayordomos y tesoreros de la iglesia por lo que la deben (2), lo cual se entiende excepto que haya costumbre de exigirla: 7.° cuando el deudor paga á su acreedor dentro de las setenta y dos horas siguientes á aquella en que se le notificó en persona el estado de la ejecucion, ò por su ausencia y ocultacion en su casa; pues en este caso debe pagar solamente los derechos del mandamiento y las dietas del camino, yendo fuera, ni cuando muestra contenta del acreedor dentro de las veinticuatro (3): 8.° cuando depositó llanamente la deuda ò parte de ella, dentro de las referidas veinticuatro horas en persona segura ante el juez, y por su ausencia ante un regidor, y no ante otra persona, con tal que á su costa haga saber el depósito al acreedor dentro de tercero dia para que acuda à su percibo; pues por humanidad no la deberá pagar de la parte de deuda que satisfaga, ni otro derecho de ejecucion (4); pero no le exime de la décima la mera oferta de sus bienes en pago al acreedor, ni el que este siendo apremiado los tome por lo que se tasaron; lo que al contrario, tomándolos espontaneamente (5), porque lo prohibido en una cosa se entiende permitido en todas las demas (6): 9.° cuando el juez delegado ò diputado por ciertos dias para hacer la ejecucion llevó salario consignado (7), pues es injusto que por ejercer un oficio se exijan dos estipendios (8): y el 10. cuando el ejecutado es criado del Rey, ò goza del fuero de tal, pues estos por privilegio estan exentos no solo de su pago, sino de ser presos por deuda puramente civil, y no deben ser demandados sino ante el juez de la Real casa, como se practica en la Corte.

7. Si se despacha ejecucion por deudas pertenecientes al fisco, y el deudor no paga dentro del término legal, no debe satisfacer décima, sino un treinta por cada millar, ya llegue la deuda á cinco mil maravedís, ó exceda en mucha ó poca suma de ellos, antes bien se debe llevar menos si hubiere costumbre (9). Siendo la deuda de hermandad, se ha de exigir un cua-

1 Ley *Si laborante*, 2. ff. ad leg *Rodian de jactu*. Ley *Nec usus*, 1. ff. *de usufruct. legat.* y leyes *Eos qui*, 26. §. 1. y *Ut nulo modo*, 28. Cod *de usur.*

2 Authent. *Sed hodie*, 3. Cod *de episcopi, et cler.* Parlad ibi, num. 15.

3 Leyes 13, 14 y 15. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.

4 Ley 16. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. Parlad. dicho §. unic. num. 31.

5 Rodrig ibi, num. 31. Parlad. ibi, num. 29 y 30

6 Ley *Cum prætor* ff. *de jud.* y ley *Qui accusare*, ff *de accusat.*

7 Ley 3. tit. 30. lib 11. Nov Rec.

8 Cap. *Cum olim* et ibi DD. *de re judic.*

9 Ley 5. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.

renta por cada millar, y no mas, ya llegue ó exceda de los cinco mil maravedís (1); lo cual no milita para con las pertenecientes à los pueblos y señores, pues para el efecto referido son lo mismo que las personas privadas (2).

8. Por una misma deuda no se debe mas que una décima, aunque sobre su satisfaccion se hagan muchas ejecuciones, ó el acreedor conceda espera al deudor ó suspenda la ejecucion y luego la siga, ò vuelva à hacer de nuevo, pena del cuatrotanto aun cuando un juez despache la ejecucion, y luego otro la concluya, ó el fiador ejecutado que pagó por el principal, ejecute despues á este, porque sin embargo de ser dos las obligaciones, no es mas que una la deuda (3); lo cual se entiende cuando el mismo deudor principal permanece obligado, pues sino lo queda, y da otro en su lugar que recibe en si la obligacion principal, entonces como que hay delegacion, y es nueva deuda y obligacion, se deberá nueva décima (4). Lo mismo procede cuando el deudor ejecutado se obliga á pagar la deuda en especie distinta, y despues se le ejecuta por ella, pues en este caso por la novacion, como que es diferente la deuda, se causa otra décima (5), y exigiéndola el ejecutor, no ha de llevar derechos por las diligencias que practique en la ejecucion con título de costas, salarios, viages de camino en la venta y posesion de los bienes vendidos, ni con otro alguno, sin embargo de que otro ejecutor ó ejecutores diversos del que la percibió, hagan la segunda ó mas ejecuciones por la propia deuda, pues con la expresada décima lo satisface todo el deudor, y en nada mas se le ha de gravar por parte de ellos.

9. Obligándose de mancomun por el todo *in solidum* dos ò mas deudores, como principales ó fiadores al pago de una cantidad, ejecutando el acreedor à cualquiera de ellos, pagando el ejecutado, y repitiendo despues con su lasto contra los otros, dúdase si se debe ó no exigir mas que una décima, sobre lo cual hay distintos pareceres: unos fundados en que son muchas las obligaciones y ejecuciones, dicen que se debe, y otros (que son los mas) afirman que no, porque aunque lo sean, no es mas que una la deuda. El señor Olea *de cess. jur.* tit. 5. quæst. 5. num. 52, dice no ser justo que los unos paguen las dilaciones y

1 Ley 13. tit. 12. lib. 8 de la antigua Rec., que se ha suprimido en la Nov.

2 Parlad. dicho §. unic. y part. 6. num. 13.

3 Leyes 1, 5 y 9. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.

4 Ley *Sed etsi*, §. *Non solum*, ff. *ad Maced.* y ley 15. tit. 14. Part. 15.

5 Rodrig. dicho cap. 7. num. 19. Parlad ibi, num. 23. *Cur. Filip.* part. 2. §. 23. num. 13.

malicias de los otros; y que el correo ó confiador que pagó por otro puede exigir de los demas la décima y costas en el caso solo de que todos hayan sido convenidos en un juicio *in solidum* por el principal y costas, y no en otro, porque de una deuda no se debe cobrar mas que una décima: y Rodriguez *de execut.* cap. 7, desde el num. 16 al 20, opina que no se debe llevar mas que una décima, bien que por el trabajo de la segunda ejecucion se pueden exigir algunos derechos, especialmente en dos casos: 1.° cuando el deudor del deudor se halla obligado á dar alguna cosa, este da en pago á su acreedor el débito de su deudor, y despues se sigue via ejecutiva contra el deudor delegado; porque entonces se contrae otro débito: 2.° cuando el ejecutado da al acreedor persona en quien se trasfiera su obligacion, pues haciéndose nueva ejecucion contra esta, se debe otra décima; porque no solo es nueva obligacion, sino nuevo débito segun derecho, como dejo sentado en el párrafo anterior.

10. Pidiendo ejecucion el acreedor por mas de lo que se le debe, ha de pagar décima del exceso con otro tanto (1); lo cual se entiende aunque al tiempo de pedirla haga la protesta de *admitir en cuenta legítimas y justas pagas*, pues esta no le eximirá de su satisfaccion, excepto que tenga justa ignorancia de lo líquido que se le está debiendo; v. gr. si es heredero, y su causante no lo dejó sentado, ó si su factor ó apoderado no le participó lo que habia cobrado á cuenta &c., pues en estos casos y otros semejantes queda libre de su pago (2).

11. Principiándose la ejecucion en un juzgado por un ministro ejecutor, y concluyéndose por otro, ó haciéndola en virtud de requisitoria de otro juez, deben partir la décima los dos ministros y el juez requirente y requerido, no obstante tocar al primero, á menos que en los dos juzgados ó en el de los dos ministros haya costumbre contraria (3); pero en el caso de dudarse si la debe ó no pagar el ejecutado, no ha de conocer de ello el juez á quien corresponde ó se debe, sino su superior (4).

1 Ley 9. tit. 21. lib. 4. Rec.
2 Parlad. ibi, num. 31 y 33.
3 Parlad. ibi, num. 34 al 37.
4 Glos. ver. *Provincia*, in leg. *de jure*, ff. *ad munic.* et ibi Bart. Rodrig. dicho cap. 7. num. fin. vers. *Postremo.*

FORMULARIO

DEL JUICIO EJECUTIVO,

Y ADICION Á ÉL

SOBRE SUPLICATORIAS Y PROVISIONES AUXILIATORIAS.

PEDIMENTO PIDIENDO EJECUCION.

F., vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que N. me está debiendo tantos mil reales que le presté para sus urgencias, sin premio ni interes alguno, como lo juro en solemne forma de derecho, obligándose á satisfacérmelos para tal dia, segun acredita la escritura de obligacion que otorgó en tantos de tal mes del año próximo pasado, ante F., escribano de su Magestad, y original presento con la solemnidad necesaria; y mediante ser pasado el plazo en que debió pagármelos, y mucho mas; y que aunque he practicado con el citado deudor las mas urbanas diligencias, no he podido conseguir su cobro, que me es muy urgente; para que tenga efecto:

A V. suplico se sirva haber por presentada la referida escritura de obligacion, y por lo que de ella resulta despachar ejecucion contra la persona y bienes del referido N., por los tantos mil reales que juro en forma de derecho estarme debiendo, y por su décima y costas causadas, y que se causen hasta su efectivo reintegro, pues protesto admitir en cuenta legítimas y justas pagas, y asi procede de justicia que pido, y para ello &c.

Auto.=Por presentada la escritura que se refiere; y por lo que de ella resulta, despáchese la ejecucion que se pide por la cantidad que se expresa, á cuyo fin se expida el correspondiente mandamiento. El señor D. N. lo mandó &c.

PEDIMENTO SOLICITANDO EL RECONOCIMIENTO DE UN VALE.

F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, cuyo poder presento ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que segun resulta del vale que tambien presento, M. recibió prestada de mi parte tanta cantidad, obligándose al pago de ella en tal tiempo, y á fin de conseguir su cobro:

A V. suplico, que teniendo por presentados el poder y vale referidos, se sirva mandar que el mencionodo M., bajo de juramento en forma, al que no le defiero, y protesto estar solo en lo favorable, reconozca el último con las palabras de niego ó confieso conforme á ley, y bajo de su pena. Pido justicia y costas.

Auto.=Por presentados, y como se pide.

OTRO SOLICITANDO UNA DECLARACION PARA PRETENDER CON ELLA EL PAGO DE CIERTA RENTA ANUAL.

F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que sin embargo de estar hoy mi parte, y de haberlo estado anteriormente sus causantes, en la quieta y pacífica posesion de cobrar de D., del mismo vecindario, tanta cantidad anual por tal razon, que pagaron este y sus mayores á aquellos, habiendo solicitado mi parte le hiciese el pago de tanta cantidad por estos ó aquellos años, no ha querido satisfacerla: en cuya atencion, para conseguir el debido cobro:

A. V. suplico, que habiendo por presentado el poder, se sirva mandar que el mencionado D., bajo de juramento en forma en que no le defiero, y al que protesto estar solo en lo favorable, declare al tenor de este pedimento con las palabras de niego ó confieso, conforme á la ley, y bajo su pena: y constando cuanto se ha expuesto, se sirva asimismo mandar despachar su mandamiento de ejecucion por la expresada cantidad, su décima y costas causadas, y que se causen hasta su reintegro y efectivo pago, recibiendo á mi parte en el caso de estar negativo la correspondiente informacion que sobre todo ofrezco en la forma ordinaria. Pido justicia, costas, juro lo necesario &c.

Auto =Jure y declare como se pide.

PEDIMENTO DE EJECUCION POR LOS RÉDITOS CORRESPONDIENTES Á UN CENSO DE LOS NUEVE AÑOS Y MEDIO ÚLTIMOS.

F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi parte, del que protesto usar en caso necesario, digo: que D., de este mismo vecindario, impuso á favor de mi parte, en tantos de tal mes y año, tanta cantidad de censo redimible sobre una casa suya, cita en tal calle, bajo varias condiciones, y entre ellas la de satisfacer anualmente por razon de réditos tanta cantidad correspondiente à dicho capital, conforme á la última pragmática de su Magestad, hipotecando especialmente para la seguridad de todo la mencionada finca, y en general todos sus bienes, de lo cual se tomó razon en los libros de hipotecas, segun acreditan la escritura de imposicion y nota puesta en ella, que asimismo presento; en cuya atencion, y en la de que compete à mi parte via ejecutiva en fuerza de aquel instrumento, por tanta cantidad correspondiente á los nueve años y medio últimos:

A V. suplico que teniendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar despachar mandamiento de ejecucion contra la expresa casa, como hipotecada especialmente à la cobranza del mencionado capital, y contra sus réditos por la dicha cantidad, su décima y costas causadas, y que se causaren hasta su íntegro y efectivo pago. Pido justicia, juro la deuda, y protesto recibir en cuenta los que sean legítimos.

Auto. = Autos.

PEDIMENTO DE EJECUCION CONTRA UN TERCERO POSEEDOR ANTES DE REPETIR CONTRA EL DEUDOR.

F., en nombre de N., vecino de N., de quien presento poder, ante V. como mas h ya lugar en derecho, digo: que segun resulta del instrumento que exhibo, M. se obligó á satisfacer à mi parte en tal tiempo tanta cantidad, hipotecando tal finca, con prohibicion expresa de venderla; y habiéndola no obstante vendido á P. en tanta cantidad:

A V. suplico, que teniendo por presentado el poder, y por exhibida dicha escritura, se sirva mandar despachar mandamiento de ejecucion contra el referido P., trabándola en la mencio-

nada finca, como hipotecada especialmente por la dicha cantidad, y las costas causadas, y que se causaren hasta su íntegro y efectivo pago. Pido justicia, juro la deuda, y protesto recibir en cuenta los que sean legítimos.

Auto. = Autos.

PEDIMENTO DE EJECUCION POR SENTENCIA PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

F., en nombre de N., de esta vecindad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que en este juzgado, y por el oficio del presente escribano, ha seguido mi parte autos con R. sobre el pago de &c.; y habiendo V. pronunciado su sentencia definitiva en tantos, mandando &c.; por no haber apelado de ella R. en tiempo y forma, se sirvió V. declarar por su auto de tantos por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia, como mas por menor lo acredita el mismo pleito que reproduzco; y para que cause los efectos ejecutivos que le son propios:

A V. suplico, que habiendo por reproducidos los autos, se sirva mandar despachar su mandamiento de ejecucion contra la persona y bienes de R., por la expresada cantidad, su décima y costas causadas, y que se causaren hasta su íntegro y efectivo pago. Pido justicia, juro la deuda, protesto recibir en cuenta los que sean legítimos &c.

Auto. = Hanse por reproducidos, y tráiganse para dar providencia.

MANDAMIENTO DE EJECUCION.

Alguaciles de esta villa, cualquiera de vos haced ejecucion conforme á derecho en la persona y bienes de N., por tantos mil reales, que en virtud de escritura de obligacion, otorgada en tal dia, mes y año, ante F., escribano, y presentada ante mí, resulta estar debiendo á F., por quien (*ó por cuya parte*, si pidiere por procurador) se pidió y juró, como tambien por su décima (*si hubiere estilo de exigirla*, y sino se omitirá) y costas, notificándosele despues de hecha su estado por el escribano que entienda en ella; pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Dado en tal villa, á tantos &c. D. F. Por su mandado F.

TRABA DE EJECUCION EN BIENES MUEBLES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, F., alguacil de este juzgado, cumpliendo con lo ordenado en el mandamiento que antecede, requirió à F., mencionado en él, satisficiese los tantos mil reales porque está despachado, ó manifestase bienes suyos propios en que trabar la ejecucion; y enterado, dijo: no se halla por ahora con la expresada cantidad, por lo que señaló tales bienes (*se individualizarán por menor*) que expresó ser suyos propios, y en ellos el referido alguacil por todos los demas que parecieren pertenecer al referido N. al tiempo del remate, trabó la ejecucion por la cantidad porque fue despachada, su décima y costas causadas, y que se causaren hasta su efectivo pago; protestando mejorarla en otros en cualquier estado del pleito, siempre que convenga y lo pida el acreedor. En consecuencia dicho alguacil depositó los referidos bienes en P., vecino de esta villa, quien se constituyó depositario de ellos, y como tal se obligó á tenerlos en su poder à ley de depósito, y á no entregarlos à persona alguna sin especial mandato del señor juez que conoce de estos autos, ú otro competente, bajo la pena de pagarlos, y de las demas en que incurren los depositarios que no dan cuenta de los depósitos que la justicia pone á su cuidado. En esta atencion se somete à la jurisdiccion de dicho señor juez, renunciando las leyes y fueros que le favorecen, otorga depósito en forma, y lo firma con el citado alguacil, á quienes doy fe conozco, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa; y lo pidió por testimonio para su resguardo: de todo lo cual doy fe.

Nota. Cuando la accion es personal ó hipotecaria general, acostumbran algunos de la Corte trabar la ejecucion en una cosa del deudor, en voz y nombre de los demas bienes suyos, y luego en diligencia separada requerirle manifieste mas para mejorarla ó ampliarla. Yo no repruebo este modo de sustanciar, con tal que hagan luego la mejora á continuacion de la traba ó embargo; pues en este caso es lo mismo que hacerla de una vez en bienes suficientes para cubrir la deuda, décima y costas, como la diligencia anterior lo demuestra; pero si hacen la traba en una cosa, y á pretexto de ser hecha por los demas bienes, no aseguran el débito con la ampliacion, y proceden à conti-

nuar las restantes diligencias, no puedo aprobarlo porque el deudor puede ocultar los demas bienes, y no cumplen con el precepto de la ley ni del juez; pues la traba es para asegurar el débito, y la mejora es para su mayor seguridad, por si los bienes embargados no alcanzan à cubrirle, y la décima y costas; pero por de contado debe asegurarse, y no dar lugar á ocultacion, ni por consiguiente à que el acreedor sea defraudado: lo que prevengo al escribano para que no se exponga, y aconseje al alguacil lo que debe hacer.

PEDIMENTO SOLICITANDO SE MEJORE LA EJECUCION.

F, en nombre de N., vecino de esta Corte, en los autos ejecutivos que mi parte sigue contra D., del mismo vecindario, sobre el cobro de tanta cantidad, digo: que á consecuencia del mandamiento de ejecucion que V. despachó en tantos contra el referido D. por la cantidad expresada, se hizo la traba en estos y aquellos bienes propios del mismo; y no siendo estos suficientes para el pago de aquella, su décima y costas:

A V. suplico se sirva mandar mejorar dicha ejecucion en los demas bienes y derechos del mencionado D. Pido justicia.

Auto. =Autos.

REQUERIMIENTO AL DEUDOR PARA QUE AFIANCE DE SANEAMIENTO, Y PRISION POR NO AFIANZAR.

Incontinenti el expresado alguacil requirió al citado N. diese fianza de saneamiento de los bienes ejecutados, pues en su defecto se le pondria preso; y habiendo respondido que no tenia quien le fiase, el citado alguacil le aseguró y condujo á la carcel pública de esta villa, y le entregó á F., alcaide ó portero de ella, quien le sentó por preso de lo civil à tal folio, obligándose á tenerle custodiado y seguro hasta que por el señor juez de estos autos se mande otra cosa; y para que conste lo pongo por diligencia, que firmo con dicho alguacil: doy fe.

Nota. Si el deudor no tiene bienes, es superfluo requerirle que dé la fianza de saneamiento, porque no hay materia sobre que recaiga; y asi el requerimiento ha de ser para que los manifieste, y respondiendo que no los tiene, le ha de poner preso el

alguacil. De lo que debe contener esta fianza traté en el párrafo 23, capítulo 4 de este título, y en el capítulo 18, título 4, libro 2, donde se halla extendida, por lo que se omite aquí. Si después de preso la da à satisfaccion del acreedor, debe acudir con pedimento ante el juez expresándolo, y pretendiendo se le ponga en libertad, y el juez ha de mandarle soltar. Lo mismo debe hacer aunque no se haya comunicado al acreedor, respecto á que puede recibirla el escribano originario por su cuenta y riesgo, contra quien repetirá, en caso que no sea segura, como sentè en dicho capítulo 18; pero cuando ofrece la fianza, es preciso dar traslado al acreedor para ver si se conforma ó no con ella, y hasta que se conforme no ha de ser suelto, excepto que el escribano quiera recibirla por su cuenta: el auto y mandamiento se extienden en esta forma.

AUTO PARA LA SOLTURA.

En atencion à haber otorgado esta parte la fianza de saneamiento ante el presente escribano, suéltesele de la prision en que se halla, no estándolo por otra causa; á cuyo efecto se libre el correspondiente mandamiento. El señor Don F. lo mandó á tantos de tal mes y año.

MANDAMIENTO DE SOLTURA.

Alcaide ó porteros de la Real carcel de esta villa, poned en libertad á F., que se halla preso en ella en virtud de mandamiento de ejecucion, despachado por mí tal dia, á instancia de F., por tantos mil reales que le debe, siempre que no lo esté por otra causa, pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Hecho en tal parte, tal dia, mes y año. Don F. = Por su mandado, F.

Nota. Este mandamiento se entrega al alcaide ó portero de la carcel para que les sirva de resguardo, é inmediatamente deben cumplir con lo que se les manda en él, y á continuacion del auto se pone nota de haberse expedido en el mismo dia el mandamiento.

NOTIFICACION DE ESTADO.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, yo el escribano, siendo tal hora de su mañana notifiqué el estado de esta ejecucion à N., en su persona, apercibiéndole que si dentro de setenta y dos horas contadas desde la presente no paga con tres dias naturales, no pagare á F. los tantos mil que se despachó, satisfará ademas de ellas costas la quinta parte de lo que importa la deuda principal; y a pregunté si daba por dados los pregones de ley, que se diesen á los bienes ejecutados, y respondió que por dados protestando gozar de su término. Doy fe.

PEDIMENTO DEL ACREEDOR PARA CITE DEUDOR

F., vecino de esta villa, como mejor haya lugar en derecho: que á mi instancia se por tantos mil reales que ya consecuencia se hizo la al deudor; quien respond de la ley, protestando goz pasado este y mucho más:

A. V. Suplico se sirva persona, y no pudiendo se ó vecinos inmediatos, de por escrito para los efectos y para ello &c.

Auto.=Mediante haber cítese de remate à N., ap no pudiendo ser habido, p ca, déjese memoria por es de la citacion, á su muger nos, con lo cual se declara sona, para que le pare el Don F. &c. lo mandó &c.

CITACION DE

En tal parte, á tantos de ta en su persona à N., reo ejecuta

alguacil. De lo que debe contener esta fianza traté en el párrafo 23, capítulo 4 de este título, y en el capítulo 18, título 4, libro 2, donde se halla extendida, por lo que se omite aquí. Si despues de preso la da à satisfaccion del acreedor, debe acudir con pedimento ante el juez expresándolo, y pretendiendo se le ponga en libertad, y el juez ha de mandarle soltar. Lo mismo debe hacer aunque no se haya comunicado al acreedor, respecto á que puede recibirla el escribano originario por su cuenta y riesgo, contra quien repetirá, en caso que no sea segura, como sentè en dicho capítulo 18; pero cuando ofrece la fianza, es preciso dar traslado al acreedor para ver si se conforma ó no con ella, y hasta que se conforme no ha de ser suelto, excepto que el escribano quiera recibirla por su cuenta: el auto y mandamiento se extienden en esta forma.

AUTO PARA LA SOLTURA.

En atencion à haber otorgado esta parte la fianza de saneamiento ante el presente escribano, suéltesele de la prision en que se halla, no estándolo por otra causa; á cuyo efecto se libre el correspondiente mandamiento. El señor Don F. lo mandó á tantos de tal mes y año.

MANDAMIENTO DE SOLTURA.

Alcaide ó porteros de la Real carcel de esta villa, poned en libertad á F., que se halla preso en ella en virtud de mandamiento de ejecucion, despachado por mí tal dia, á instancia de F., por tantos mil reales que le debe, siempre que no lo esté por otra causa, pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Hecho en tal parte, tal dia, mes y año. Don F. = Por su mandado, F.

Nota. Este mandamiento se entrega al alcaide ó portero de la carcel para que les sirva de resguardo, é inmediatamente deben cumplir con lo que se les manda en él, y á continuacion del auto se pone nota de haberse expedido en el mismo dia el mandamiento.

NOTIFICACION DE ESTADO.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, yo el escribano, siendo tal hora de su mañana notifiqué el estado de esta ejecucion à N., en su persona, apercibiéndole que si dentro de setenta y dos horas contadas desde la presente, que son tres dias naturales, no pagare á F. los tantos mil reales porque se despachó, satisfará ademas de ellos las costas y la décima parte de lo que importa la deuda principal; y asimismo le pregunté si daba por dados los pregones de la ley, ó queria que se diesen á los bienes ejecutados, y respondió que los daba por dados, protestando gozar de su término: doy fe.

PEDIMENTO DEL ACREEDOR PARA QUE SE CITE DE REMATE AL DEUDOR PRESENTE.

F., vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que á mi instancia se despachó ejecucion tal dia contra N., por tantos mil reales que le presté, y me está debiendo, á cuya consecuencia se hizo la traba, y notificó su estado en tal dia al deudor; quien respondió que daba por dados los pregones de la ley, protestando gozar de su término; y mediante haber pasado este y mucho mas:

A. V. Suplico se sirva mandar se le cite de remate en su persona, y no pudiendo ser habido, á su muger, hijos, criados ó vecinos inmediatos, dejándoles la correspondiente memoria por escrito para los efectos que convengan, en justicia que pido, y para ello &c.

Auto.=Mediante haber pasado el término de los pregones, cítese de remate à N., apercibiéndole conforme à derecho, y no pudiendo ser habido, precedidas tres diligencias en su busca, déjese memoria por escrito, con expresion de los efectos de la citacion, á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, con lo cual se declarará por hecha como si fuere en su persona, para que le pare el perjuicio à que haya lugar. El señor Don F. &c. lo mandó &c.

CITACION DE REMATE EN PERSONA.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano cité en su persona à N., reo ejecutado, para el remate de los bienes

embargados, apercibiéndole que si dentro de los tres dias siguientes al de esta fecha no comparecia á mostrar paga, quita ó razon legitima que le impidiese, se procederia sin mas citacion á la subasta y venta de ellos para el pago de la cantidad principal, décima y costas: doy fe.

Aunque en algunos oficios de la Corte se acostumbra á citar de remate sin que el acreedor lo pida ni el juez lo mande, tengo por preciso que precedan el pedimento y auto: lo primero porque dicha citacion no es diligencia comprendida tácita ni expresamente en el mandamiento ejecutivo, como la traba, fianza y notificacion de estado que son consiguientes á él, y sin otra providencia se hacen: lo segundo porque el escribano no tiene facultad para citar á nadie sin mandato del juez, como se expuso en el párrafo 49, capítulo 4 de este título; y lo tercero, porque pudo el deudor haber pagado al acreedor ó compuéstose con él. Ademas el escribano no debe ser agente del acreedor, quien como que le urge el reintegro de su dinero, buen cuidado tendrá de solicitarlo; y una vez que no ocurre al juez para el seguimiento de la causa, no se debe gravar al ejecutado con costas indebidas. Por estas razones aconsejo que no se cite sin que el acreedor lo pida, y el juez lo mande.

PEDIMENTO DEL DEUDOR OPONIÉNDOSE Á LA EJECUCION.

F., vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que á pedimento de F. se despachó contra mi mandamiento de ejecucion por tantos mil reales que dice le estoy debiendo, á cuya consecuencia se me embargaron bienes, notificó el estado y citó de remate; y mediante á tener que alegar y excepcionar contra dicha ejecucion, me opongo á ella. En esta atencion:

A V. suplico se sirva haberme por opuesto, y mandar se me entreguen los autos, y encarguen á ambas partes los diez dias de la ley: pido justicia, costas, y para ello &c.

Auto. =Hase á esta parte por opuesta á la ejecucion que refiere; y se encargan á entrambos los diez dias de la ley: hágaseles saber. El señor Don F. &c.

Este auto se notifica al ejecutante y ejecutado, quien toma primero los autos, y ambos hacen sus probanzas dentro del término, como en el juicio ordinario, segun les conviene. Pasados los diez dias, si piden que se les entreguen las probanzas para alegar é instruir al juez, debe entregárselas por breve término, y si ninguno los pide, pretende el actor que, respecto ser pasa-

dos los diez dias, se sentencie la causa de remate. El juez llama los autos citando á entrambos, mediante haber habido oposicion, y pasados tres dias desde el de la última citacion da su sentencia, segun los méritos del proceso, de cuyas diligencias, por ser muy obvias y fáciles, omito la extension, excepto la de la sentencia, que se hallará despues.

PEDIMENTO DE OPOSICION SOLICITANDO COMPENSACION, Ó INTENTANDO JUNTAMENTE CON ESTA LA RECONVENCION.

F., en nombre de F., en los autos ejecutivos que A. sigue contra mi parte sobre cobranza de tanta cantidad, me opongo en forma á la ejecucion despachada en ellos en tantos, y digo: que V. en justicia (*si pide compensacion*) se ha de servir, declarando por compensada la referida cantidad con otra igual, de que le es deudor á mi parte el mencionado A., segun resulta del instrumento que presento, mandarle soltar libremente de la prision en que se halla, desembargando sus bienes, pues asi es de hacer &c. (*Y si intenta reconvencion.*) Y reconviniéndole por mutua peticion, ó como mas haya lugar en derecho, digo: que V. en justicia se ha de servir, declarando por cubierta la expresada cantidad, con tanta de que á mi parte le es deudor, como acredita el instrumento que presento, mandar despachar mandamiento de ejecucion contra los bienes del referido A., por la cantidad que queda de resto á favor de la mia; pues es de hacer asi por lo que resulta de autos, como por lo que ahora se expondrá. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico, que teniéndome por opuesto, y habiendo por presentado dicho instrumento, se sirva proveer como se ha expresado en este escrito. Pido justicia, costas, juro &c.

Auto.=Por opuesto, y traslado.

PEDIMENTO DE RESPUESTA AL DEL REO.

F., en nombre de N., en los autos ejecutivos seguidos instancia de mi parte contra A., sobre cobranza de tanta cantidad, respondiendo al escrito de oposicion que ha presentado en tantos, de que se me ha conferido traslado, digo: que sin embargo de lo que se expone y alega en él, V. en justicia se ha de servir mandar traer los autos atento á ser pasados los diez dias de la ley, y en su vista sentenciarlos de remate por la cantidad porque se despachó la ejecucion y por las costas, pues es de

hacer asi por lo que acreditan los autos, y se va à exponer. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico se sirva proveer à favor de mi parte, como se expresa en la cabeza de este escrito. Pido justicia.

Auto. = Autos.

PEDIMENTO DE TERCERÍA DE DOMINIO.

F., en nombre de N., como tercero interesado, de cuyo perjuicio se trata, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, salgo à los autos ejecutivos seguidos à instancia de A. contra N., sobre cobro de tanta cantidad, y digo: que una de las fincas en que se hizo el embargo fue tal, propia de mi parte, que el referido N. tenia en arrendamiento, segun acredita en instrumento que presento, y V. en justicia se ha de servir mandar alzarle, mejorando la ejecucion despachada en otros propios del mencionado N.; pues asi es de hacer por lo que se expondrá. (*Se alega.*) Por tanto:

A V. suplico me admita esta tercería, y que teniendo à su consecuencia por presentado el referido instrumento, se sirva determinar, como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas, y sobre la tercería formo artículo de previo y especial pronunciamiento.

Auto. = Autos.

OTRO DE TERCERÍA DE DOTE.

F., en nombre de N., muger de A., como tercera interesada, de cuyo perjuicio se trata, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, salgo á los autos ejecutivos seguidos á instancia de B. contra el expresado marido de mi parte, sobre cobranza de tanta cantidad, y digo: que de los bienes y efectos embargados que fueren del expresado A., V. en justicia se ha de servir mandar hacer pago á mi parte de tanta cantidad, dote que llevó al matrimonio, segun resulta de la escritura dotal que presento, con preferencia á cuantos acreedores hayan salido y salgan á estos autos; pues asi es de hacer &c. (*Como en el anterior.*)

Auto. = Por admitida, y traslado.

AUTO ABSOLVIENDO AL EJECUTADO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don F., habiendo visto los autos ejecutivos seguidos por F. contra N. sobre pago de tantos mil reales, que constan de un vale hecho á su favor en tal dia, dijo: que sin embargo de lo expuesto y alegado por el referido F., debia revocar y revoca la ejecucion despachada contra el citado N., á quien absuelve y da por libre de la satisfaccion de los tantos mil reales, y en su consecuencia manda se le desembarguen y entreguen libremente sus bienes, para lo cual se ha de expedir el correspondiente mandamiento; y mediante lo que resulta de autos, se condena al expresado acreedor en todas las costas procesales de este pleito, cuya tasacion reserva en sí, como asimismo en la décima para el alguacil que trabó la ejecucion. Por esta su sentencia asi lo declaró y firmó &c.

MANDAMIENTO PARA DESEMBARGAR LOS BIENES EN QUE SE TRABÓ LA EJECUCION.

Yo el licenciado Don F. &c. por el presente alzo y doy por ningunos los embargos que á instancia de N., y en virtud de mandamiento ejecutivo que despaché en tal dia, refrendado del presente escribano, hizo el alguacil F., ante tal escribano, en varios bienes de N., por tantos mil reales; á cuya consecuencia mando se requiera con apercibimiento á P., depositario de ellos, se los entregue, y hecho, dándosele para su resguardo el competente testimonio, le doy por libre del depósito que constituyó; pues por mi sentencia de este dia he absuelto al expresado N. de la satisfaccion de los dichos tantos mil reales porque se despachó la ejecucion contra él. Fecho en tal parte &c. Don F. Por su mandado, F.

Si la ejecucion se trabó en bienes raices hipotecados especialmente, y se mejoró en los alquileres ó arrendamientos, requiriendo á los inquilinos ó colonos los retuviesen en su poder á ley de depósito, se ha de decir en el mandamiento de desembargo: »Que se les requiera, acudan y contribuyan al deudor con los vencidos y que se vencieren, dándoles por libres igualmente del depósito constituido y embargo hecho." Despues proseguirá como el mandamiento anterior, en cuya virtud se hace el requerimiento, extendiéndose á su continuacion las diligencias, y firmando el ejecutado el recibo de los bienes con el al-

guacil y escribano; y si no saben firmar lo hace à su ruego un testigo.

AUTO DEFINITIVO DECLARANDO NO HABER LUGAR Á SENTENCIAR LA CAUSA DE REMATE, Y RECIBIENDO A PRUEBA EL PLEITO EJECUTIVO.

No há lugar á sentenciar la causa de remate: recíbese este pleito à prueba por via de justificacion, con término de nueve dias comunes á las partes: hágaseles saber. Con vista de autos lo mandó el señor Don F. &c.

SENTENCIA DE REMATE.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, el señor Don F. &c., habiendo visto los autos ejecutivos que sigue F. contra N., sobre la paga de tantos mil reales &c., digo: que sin embargo de lo expuesto, y excepcionado por parte del dicho N. (*ó mediante no haber comparecido á oponerse y mostrar paga, quita ó excepcion legítima*), debia mandar y mandaba continuar la ejecucion, y hacer trance y remate de los bienes ejecutados y demas que parecieren pertenecer al referido N., y de su valor, entero y cumplido pago de la expresada cantidad, su décima y costas causadas, y que se causaren hasta que se efectúe, al expresado F., à cuyo favor, dando previamente la fianza de la ley de Toledo (*ó de Madrid, segun sea la deuda*), y procedida tasacion de las costas que hasta aqui se le han originado, se expida el correspondiente mandamiento de pago. Y por esta su sentencia asi lo proveyó y firmó. Don F. = Ante mi. = F.

PEDIMENTO EN QUE SE PIDE RESTITUCION CONTRA UN REMATE.

F., en nombre de N., en los autos ejecutivos seguidos á instancia de A. contra mi parte, sobre cobro de tanta cantidad, digo: que habiendo andado al pregon por el término legal los bienes embargados en ellos, se remataron en F., como mayor postor, en tanto; y mediante á que ahora nuevamente ha salido D. tratando de pujarlos en tanta cantidad, y á que compete á mi parte como hospital el amplio beneficio de la restitucion:

A V. suplico se sirva mandar se le haga saber á F., á cuyo favor se celebró el remate, que si quiere los bienes rematados en él por el tanto de esta última puja, la formalice dentro de

un breve término, con apercibimiento que de no hacerlo en él se admitirá la hecha por D. Pido justicia.

Auto. = Como se pide.

PEDIMENTO DE NULIDAD DE UN REMATE.

F., en nombre de N., de esta vecindad, de quien presento poder especial, ante V. como mejor proceda de derecho, digo: que à instancia de R. se han seguido autos ejecutivos en este juzgado, y por el oficio del presente escribano, contra mi parte, sobre el pago de tanta cantidad; para el cual, y el de su décima y costas, se le vendió en pública almoneda una casa, sita en &c., y remató en P. por diez mil reales, siendo su justo valor mas de sesenta mil; y en atencion á que este contrato, aunque celebrado judicialmente, es sobre manera perjudicial, y por lo tanto no puede prestar título à P. para el disfrute y posesion en que se halla de dicha casa, consignando en forma los expresados diez mil reales en el oficio del presente escribano:

A V. suplico, que teniendo por presentado el poder, y por consignada aquella cantidad, se sirva declarar por nulos el remate y venta judicial, condenando á P. à que reciba los dichos diez mil reales, y deje libre a mi parte la casa, entregándole las rentas que ha dado y podido dar desde que está disfrutándola. Pido justicia y costas.

PEDIMENTO SOLICITANDO EL POSTOR EN QUIEN SE HIZO EL REMATE LA VENTA JUDICIAL.

F., vecino de esta ciudad, ante V. como mas haya lugar digo: que à consecuencia de habérseme hecho saber en el dia de ayer un auto proveido por V. en el mismo, mandándoseme depositar en M. tanta cantidad en que se remató á mi favor tal finca de B., despues de haber andado al pregon en el término legal, hice el depósito en dicho dia, segun resulta de los autos; y para poder yo gozar de aquella libremente como es debido:

A V. suplico se sirva mandar se le haga saber al referido B. otorgue à favor mio, dentro de tercero dia, la correspondiente escritura de venta, con apercibimiento de que pasado sin haberlo hecho, se mandará otorgar de oficio, y se me dará à su continuacion la posesion real de ella. Pido justicia.

Auto. = Como se pide.

OTRO PARA QUE SE DECLARE UN REMATE POR PASADO EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

F., en nombre de N., de esta vecindad, ante V. como mas haya lugar, digo: se han rematado en mi parte tal y tal cosa, y aunque ha pasado el término, ninguno de los interesados lo ha reclamado; por lo que les acuso la rebeldía:

A V. suplico se sirva declarar el remate por pasado en autoridad de cosa juzgada; mandando en su consecuencia se tasen las costas, se haga la liquidacion correspondiente, se despachen à los interesados sus libramientos, y se otorgue à favor de mi parte la escritura de venta judicial. Pido justicia.

Auto. = Como lo pide.

MANDAMIENTO DE PAGO.

Alguaciles de esta villa, cualquiera de vos requerid, y siendo necesario apremiad segun derecho á N., vecino de ella, à que incontinenti dé y satisfaga á M. tantos mil reales, por los que se le ha ejecutado; tantos de costas procesales causadas hasta aqui, y asimismo la décima correspondiente á F., alguacil que hizo y trabó la ejecucion, en todo lo cual se le ha condenado por mi sentencia de remate de este dia; y no lo haciendo asi, sacadle, vended y rematad sus bienes en el mayor postor y conforme á la ley, y con su valor haced el pago de todo; à cuyo efecto requerid igualmente, y si es menester apremiad à P., á que en fuerza del depósito que constituyó tal dia ante F., entregue los bienes embargados. Fecho en tal parte, à tantos de tal mes y año. Don F. Por su mandado, F.

REQUERIMIENTO AL DEUDOR CON EL MANDAMIENTO DE PAGO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano requeri en su persona con el mandamiento de pago anterior à N., deudor, para que satisfaga la cantidad de principal, décima y costas porque se despachó, y enterado, dijo: no tiene otros bienes que la casa en que se trabó la ejecucion, la cual consiente desde luego se venda en pública subasta para hacer el pago. Esto respondió, y lo firmó con dicho alguacil: doy fe.

PEDIMENTO DEL ACREEDOR NOMBRANDO PERITO POR SU PARTE PARA LA TASACION DE LA CASA EJECUTADA.

F., vecino de esta villa, en los autos ejecutivos que sigo contra N., sobre paga de tantos mil reales, su décima y costas, digo: que en estos autos se dió sentencia de remate, y despachó el correspondiente mandamiento de pago, y habiéndose requerido con él al dicho N. para que satisficiese la expresada cantidad, respondió no tenia otros bienes para su satisfaccion que la casa ejecutada que consentia se vendiese en pública subasta; y mediante á que para venderla es preciso la valúen personas inteligentes, nombro por mi parte á este efecto á F., arquitecto de esta villa; en cuya atencion:

A V. suplico se sirva haberle por nombrado, mandando que el deudor nombre por la suya otro, ó se conforme con el propuesto; y no haciendo uno ú otro, nombrarle de oficio en su rebeldía para que los dos juntos aprecien la referida casa, y hecha su valuacion, se saque al pregon por los términos legales; pues asi es justicia que pido, y para ello &c.

Auto. = Hase por nombrado á F., arquitecto, para la tasacion de la casa expresada en el pedimento: notifíquese á N. que dentro de segundo dia nombre otro por su parte, ó se conforme con el propuesto, con apercibimiento de que se nombrará de oficio; y hecho que sea, precedida citacion de ambas partes, tásese dicha casa ante cualquier escribano de su Magestad, á quien se da comision; lo cual evacuado, sáquese al pregon por el término de la ley, admitánse las posturas y mejoras que se hicieren conforme á derecho; y fíjense cédulas en los parages públicos. El señor Don F. lo mandó &c.

NOTIFICACION AL DEUDOR.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué en su persona el auto precedente á N., mencionado en él, y enterado, dijo: que se conforma con el nombramiento que ha hecho F., su acreedor, por evitar mayores gastos; y lo firma, de que doy fe.

Si el deudor no se conforma, y quiere nombrar otro, lo puede hacer por pedimento: si nada hace, le acusará la rebeldía el acreedor, y habiéndola el juez por acusada, nombrará otro de oficio á costa de los bienes del deudor, para que junto con el

elegido por el acreedor haga la tasacion, y se proceda á la subasta y venta decretada.

NOTIFICACION Y ACEPTACION DE LOS PERITOS.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué en sus personas el auto precedente (ó los autos de tal y tal dia) á F. y F. (ó á uno solo sino hubiere mas), maestros de obras de esta villa, y enterados, dijeron: que aceptan el nombramiento hecho en ellos; obligándose á evacuar bien y fielmente segun su inteligencia, y sin agraviar á las partes, la tasacion para que estan nombrados, y lo firman, de que doy fe.

CITACION A LAS PARTES PARA LA TASACION.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano cité en sus personas con el auto ó autos de tal dia, para hacer la tasacion que se manda en ellos, á F. y F., mencionados en él: doy fe.

TASACION DE LA CASA.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, á consecuencia de la comision que se me ha conferido por el auto de tal dia, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, de F. y F., maestros de obras en esta villa, quienes la hicieron conforme á derecho, y bajo de él dijeron haber visto, medido y reconocido una casa que está en tal parte, y tiene tales linderos &c. (*Se expresará lo que digan los maestros en su declaracion, y luego concluirá.*); cuya tasacion declararon haber hecho bien y fielmente segun su inteligencia, y sin hacer agravio á las partes, bajo del juramento expresado en que se afirmaron y ratificaron, expresando ser F. de tantos años y F. de tantos, poco mas ó menos; y lo firmaron, de que yo el escribano doy fe.

Algunas veces discuerdan los peritos, y cada uno hace su declaracion separada; en cuyo caso las partes pueden pedir al juez nombre tercero en discordia, con el que se practican las diligencias, y con vista de las declaraciones de los dos evacua la suya; luego se dan los pregones de la ley por treinta dias útiles ó mas, segun parece al juez, y se fijan edictos ó cédulas en la forma siguiente.

PREGONES PARA LA VENTA.

En tal parte, tal dia, mes y año, F., pregonero de esta villa, estando á las puertas del oficio del infrascrito escribano (ó de la audiencia del juzgado de ella) dió un pregon en altas é inteligibles voces, diciendo: »quien quisiere comprar una casa, sita en tal calle, y propia de N., que se vende de orden de la justicia para hacer pago á sus acreedores, y está tasada en tantos mil reales, acuda al oficio de F., escribano del número de esta villa, donde se le admitirán las posturas y mejoras que hiciere:" y no hubo postor: doy fe, F.

OTRO PREGON.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, el citado F., pregonero, estando en tal parte, dió otro pregon como el anterior, y no hubo postor: doy fe, F.

Todos los pregones que se den se han de ir extendiendo por dias, con arreglo á los antecedentes, hasta que haya postor á la cosa que se subasta, el cual debe hacer la postura por pedimento; y no ha de admitírsele faltando las circunstancias expresadas en el párrafo 20, capítulo 6. Las cédulas han de contener lo mismo que los pregones, poniendo á su continuacion la fe de su fijacion, y se han de extender en esta forma.

CÉDULA.

Quien quisiere hacer postura á una casa, sita en tal calle, propia de N., que está tasada en tantos mil reales, y se vende judicialmente para pagar á sus acreedores, acuda al oficio de F., escribano del número de esta villa, donde se le admitirán las posturas que hiciere.

FE DE FIJACION.

Doy fe que en este dia fijé tantas cédulas como la anterior, una en tal parage, otra en tal y otra en tal &c.; y para que conste lo pongo por diligencia, que firmo en esta villa de tal, á tantos de tal mes y año. F.

PEDIMENTO SOLICITANDO SE CITEN PARA LOS PREGONES LOS DEUDORES DEL REO EJECUTADO.

F., en nombre de N., vecino de esta Corte, en los autos ejecutivos con P., del mismo vecindario, sobre el cobro de tanta cantidad, digo: que entre los bienes embargados á aquel se hallan estos ó los otros créditos que tiene contra S., M. y D., y correspondiendo á estos el beneficio de los pregones:

A V. suplico se sirva mandar se les haga saber corre su término por ellos como por el ejecutado principal; y que pasado se hará cargo á mi parte de la expresada cantidad y las costas. Pido justicia.

Auto. = Como se pide.

OTRO SOLICITANDO EL ACREEDOR MANDAMIENTO DE APREMIO CONTRA EL DEUDOR.

F., en nombre de N., vecino de esta villa, en los autos ejecutivos contra T., de la misma vecindad, sobre el cobro de tanta cantidad, digo: que á consecuencia de la sentencia de remate pronunciada por V. en tantos, se ha dado el cuarto pregon á los bienes ejecutados, y por mi parte la correspondiente fianza de la ley de Toledo; en cuya atencion, y en la de no haber ocurrido postor alguno á ellos:

A V. suplico se sirva mandar se tasen las costas de estos autos, y por ellas y la deuda principal despachar mandamiento de apremio contra el referido T. y D., su fiador de saneamiento y los bienes de ambos, vendiéndose en pública subasta para hacer pago con su valor á mi parte de la cantidad que aquel resulta deberle. Pido justicia.

Auto. = Hágase la tasacion que esta parte pide; y evacuada, autos.

PEDIMENTO HACIENDO POSTURA.

F., vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que ha llegado á mi noticia que por el oficio del presente escribano, y en virtud de providencia de V. se está pregonando una casa propia de N., sita en tal calle, á la cual hago postura, ofreciendo por ella tantos mil reales con las condiciones siguientes: que dentro de tantos dias se ha de rematar en mí la

expresada casa, y aprobar el remate dentro de tantos despues que se celebre; de suerte que pasado dicho término ha de quedar á mi arbitrio el cumplimiento de la postura: que he de poder cederle á cualquiera persona no prohibida, y á su favor ó al mio, sino le cediere, se ha de otorgar venta judicial y entregárseme su copia original con todos los títulos de pertenencia de la citada casa sin que falte ninguno; y aunque la escritura se celebre á mi favor he de poder declarar dentro de tantos dias siguientes á su otorgamiento, á qué persona pertenece dicha casa, y con qué orden y caudal hice la postura, sin que por la cesion ni declaracion se cause alcabala; y que de los tantos mil reales en que hago esta postura, se han de deducir todas las cargas reales perpetuas y al quitar, á que esté afecta é hipotecada dicha casa; los réditos que se esten debiendo de sus capitales, y la alcabala que se deba por esta venta, con mas todos los derechos de autos y diligencias, pregones y remate, y su aprobacion, los de la escritura de venta y su copia, papel sellado, como tambien lo que cueste sacar los títulos que falten y demas, sin que yo esté obligado ni pueda ser compelido á depositar ni entregar mas que el precio líquido que quede, hechas todas las deducciones expresadas, ni los acreedores del citado N. tengan la menor repeticion contra la citada casa ni contra mí ni mis herederos en tiempo alguno, aunque el precio en que se remate no alcance ni con mucho á reintegrarles de sus créditos, ó queden enteramente sin su importe. Con estas condiciones, y no en otros términos, hago la referida postura, obligándome á cumplirla; en cuya atencion:

A V. suplico se sirva admitirla, y á su tiempo celebrar el remate de la mencionada casa; pues asi es justicia que pido, y para ello &c.

Auto. = Admítese esta postura en cuanto há lugar en derecho: hágase saber al deudor é interesados, y continúense los pregones por quince dias mas. El señor Don F. &c. lo mandó &c.

Este auto se debe hacer saber al deudor y acreedores, y si el postor no es abonado, ha de decirse en él: »Que asegurando la postura con persona que lo sea, y se obligue en forma á cumplirla, se le admite &c." Los pregones se han de continuar diciendo: »Quien quisiere hacer puja ó mejora en una casa, sita en tal calle, propia de N., que se ha mandado vender por la justicia para hacer pago á sus acreedores, se halla tasada en tantos mil reales, y por la cual se dan tantos mil, acuda &c. Lo mis-

mo han de contener las cédulas que nuevamente se fijen. Si se hicieren otras posturas, se admitirán expresando en los pregones las pujas, y cumpliendo el término de ellos, pedirá el último postor ó pujador se señale dia para el remate presentando el pedimento.

PEDIMENTO SOLICITANDO EL ACREEDOR QUE EL POSTOR DE LOS BIENES REMATADOS DEPOSITE SU VALOR, Y SE TASEN LAS COSTAS.

F., en nombre de N., vecino de esta Corte, en los autos ejecutivos con D., del mismo vecindario, sobre el cobro de tanta cantidad, digo: que en tal dia se remataron en pública subasta à favor de C. tales y tales haciendas propias de aquel por tanto precio, como mayor postor que salió á ellas; y para que se satisfagan à mi parte, como es debido, la expresada cantidad y las costas causadas en estos autos:

A V. suplico se sirva mandar se le haga saber al mencionado C. deposite dentro de tercero dia, con apercibimiento de apremio, en la persona que fuere del agrado de V. la expresada cantidad en que se hizo el remate á favor suyo; y que evacuado se tasen las costas, despachando á su consecuencia por ellas y la deuda contra el depositario que se nombre el correspondiente libramiento, para que entregue lo que resulte debérsele, dejando recibo. Pido justicia.

Auto. = Hágasele saber á C. deposite en M., dentro de tercero dia, con apercibimiento, la cantidad expresada en este escrito, y hecho que sea, autos.

PEDIMENTO EN QUE SOLICITA EL REO SE APREMIE Á SU ACREEDOR Á LA COMPRA DE LOS BIENES SUBASTADOS POR NO HABER HABIDO POSTOR.

F., en nombre de N., en los autos ejecutivos que F. sigue contra mi parte sobre el cobro de tanta cantidad, digo: que los bienes embargados han andado al pregon el término del derecho, y mediante á que en este no ha salido ningun postor à ellos:

A. V. suplico se sirva condenar al referido F., á que precediendo su correspondiente valuacion, para cuyo efecto nombre apreciador, ó se conforme con N., que nombro por mi parte, con apercibimiento de nombrarse en su defecto de oficio, elija aquellos con que quiera cubrir la expresada deuda, por los cua-

les otorgará mi parte á favor suyo la competente escritura, obligándose á su eviccion y saneamiento. Pido justicia.

Auto.=Traslado y autos.

OTRO PRETENDIENDO SE SEÑALE DIA PARA EL REMATE.

F., vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que tal dia hice, y se me admitió, una postura con varias condiciones á una casa propia de N., que se ha estado subastando para hacer pago á sus acreedores, y una de aquellas fue que dentro de tantos dias se habia de rematar; y mediante haberse estado pregonando en ellos y en muchos mas, y no haber habido quien hiciese mejora:

A V. suplico se sirva señalar el dia y hora que sea de su agrado para el remate de la mencionada casa, pues haciéndose en mí, estoy pronto al cumplimiento de lo que tengo ofrecido en mi postura. Pido justicia, y para ello &c.

Auto.=Se señala para el remate de la casa expresada en el pedimento, el dia tantos de este mes, á tal hora, en la audiencia del juzgado de esta villa, al que está pronto á asistir su merced; hágase saber á los interesados, y en el interin continúense los pregones, vuélvanse á fijar cédulas con expresion de este señalamiento, y admítanse las pujas y mejoras que se hagan. El señor Don F. &c. lo mandó &c.

Este auto se notifica al deudor, acreedores y postor ó postores que haya; se fijan inmediatamente las cédulas con expresion de la cosa, su valor, precio que dan por ella, y dia en que se ha de rematar, para que llegue á noticia de todos, y se pone la fijacion como en las anteriores; bien que si el juez no manda que se fijen, se omitirán. Si en el acto del remate hubiere pujas, se admitirán, sin que los pujadores necesiten dar pedimento, pues basta hacerlas verbalmente. El remate se extiende en esta forma.

REMATE DE COSA RAIZ PERTENECIENTE AL DEUDOR.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, siendo tal hora, y estando en la audiencia de su juzgado el señor Don F., su corregidor, compareció F., pregonero público de ella, y en altas é inteligibles voces dió un pregon, diciendo: »Quien quisiere hacer puja y mejora en una casa, sita en tal calle, propia de N., que se vende judicialmente para hacer pago á sus acreedores, por la cual dan tantos mil reales con diferentes calidades y condi-

ciones, y se han de rematar ahora en el mayor postor, venga à esta audiencia, donde se le admitirán las que haga." Y asi prosiguió repitiendo varias veces este pregon, y añadiendo: »Vengan á este remate, que se va à encender la primera candela de cera:" la que con efecto fijó el citado pregonero à la puerta de la audiencia, y continuó los pregones, diciendo: »Vengan á este remate, que está puesta la primera candela:" á cuyo tiempo compareció N., vecino de esta villa, y de tal ejercicio, que vive en la calle de tal, y dijo: que hacia mejora de tantos reales, poniendo la casa en tantos mil con las condiciones de la primera postura, cuya puja le admitió dicho señor juez, y el pregonero continuó los pregones, refiriéndola, y añadiendo que estaba puesta la segunda candeja. *(Si hubiere mas mejoras, se relacionarán con la anterior, y sobre cada una se darán los correspondientes pregones, hasta que se apague la tercera candela, ó mas, segun el juez mande, y haya pujas, y luego proseguirá el pregonero.)* Que apercibió el remate à la una, à las dos, à la tercera; y puesto que no hay quien dé por la referida casa mas que los tantos mil reales que ofreció N., buen provecho y buena pro le haga. Con esto quedó rematada en el expresado N. en los tantos mil reales en que la puso, y estando presente, dijo: que acepta este remate, ofreciendo cumplir las condiciones que contiene el pedimento presentado por F., primer postor, y depositar en dinero efectivo, luego que se le mande, la cantidad líquida que deba: à todo lo cual se obliga con su persona y bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros, dando amplia facultad al señor juez que es ó fuere de esta villa, para que le compela á cumplirlo, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, renunciando las leyes y fueros que le favorezcan. Asi lo otorga y firma el expresado N., á quien doy fe conozco, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa, y otras muchas personas que se hallaron presentes á este remate. Tambien lo firma el expresado señor corregidor, y de todo lo referido doy fe.

Este remate se hace saber á todos los interesados, y pasados tres dias despues de la última notificacion, si nada dicen, les acusa la rebeldía el comprador, y pide se apruebe, haga liquidacion de cargas, y se le despache la venta. Si en el pueblo hubiere costumbre de hacer los remates con otras señales, y no con candelas, se observará, porque estas no son precisas para su validacion, y solo por estilarse en la Corte, extendí el anterior, mencionándolas. Y si el juez no pudiese asistir, se expresará en el au-

to de señalamiento, dando comision al escribano originario para que le celebre y admita las pujas que se hagan; pues por faltar su presencia no le anula el derecho, ni tampoco por no asesorarse para hacerle y aprobarle, si es lego, se anulará, estando hecho con la pureza y solemnidades legales.

PEDIMENTO PARA LA APROBACION DEL REMATE.

N., vecino de tal villa, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que en tal dia se remató en mí, como mayor postor, una casa propia de N., sita en tal calle, en tanta cantidad, con diferentes condiciones, una de las cuales fue, que celebrado el remate se habia de aprobar; y mediante á que habiéndose hecho saber este á todos los interesados, ninguno se ha opuesto ni dicho cosa alguna contra él, sin embargo de haber pasado el término en que debieron hacerlo, les acusó la rebeldía, y

A V. suplico se sirva haberla por acusada, y en su consecuencia aprobar el citado remate, mandando que el presente escribano haga liquidacion de las cargas que tenga contra sí dicha casa, para lo que se notifique y apremie al deudor, presente sus títulos en su oficio, y que aprobada que sea, se me despache venta judicial en forma, pues estoy pronto á depositar lo que resultare líquido en la parte ó persona que V. señale. Pido justicia, y para ello &c.

AUTO DE APROBACION DEL REMATE.

Hase por acusada la rebeldía, y se aprueba el remate hecho á favor de esta parte de la casa que se refiere. El presente escribano haga liquidacion de sus cargas, y tráigase evacuada que sea; como tambien para hacerla segun corresponde, notifíquese á N., presente en su oficio los títulos de su pertenencia dentro de segundo dia, y no lo haciendo, apremiésele á su entrega. El señor Don F. &c. lo mandó &c.

Este auto se notifica á todos los interesados para que les conste la aprobacion del remate; y al deudor ó persona que le represente para que entregue los títulos de pertenencia, á fin de hacer liquidacion de las cargas que tenga la finca subastada, de las que, de los autos seguidos, y de la sucesion que resulte de los mismos títulos, se puede y convendrá hacer relacion por suposiciones para mayor claridad en la forma siguiente.

LIQUIDACION DE LAS CARGAS DE LA FINCA VENDIDA.

Cumpliendo con lo mandado en el auto de tal dia, proveido por el señor Don F., corregidor de esta villa, yo F., escribano de su número con vista de estos autos, y de los títulos de propiedad y pertenencia de una casa propia de N., sita en tal calle, procedo á formar liquidacion y deduccion de sus cargas y demas que se deben hacer del precio en que se remató, y para su mayor claridad, supongo:

En primer lugar, que la referida casa perteneció en lo antiguo, siendo sitio erial, á P., quien la edificó, y por su muerte acaecida en tal dia, bajo del testamento que en tal habia otorgado ante tal escribano, en el que instituyó por su único heredero á D., su hijo, recayó en este, el cual la vendió á M., por escritura otorgada en tal dia, mes y año, ante F., escribano, en precio de tantos mil reales. *(Proseguirá la relacion de los títulos hasta el de ejecutado.)*

En segundo lugar supongo, que el citado N. impuso sobre dicha casa dos censos al quitar, el uno de tantos mil reales de principal á favor de P., por escritura de tantos de tal mes y año, de cuyos réditos, á tres por ciento, se le estan debiendo hasta el dia, segun el último recibo, tantos reales; y el otro de tantos tambien de principal al propio premio anual, de que formalizó la correspondiente escritura censual, á favor de tal capellanía, en tal dia, mes y año, ante tal escribano, y de sus réditos hasta este mismo dia, se le deben tantos reales.

Y últimamente supongo, que con motivo de estar debiendo al expresado N. tantos mil reales á F., en virtud de escritura de obligacion que otorgó en tal dia á su favor, pidió ejecucion contra él en tal dia por ellos, la cual se despachó, y seguida por sus trámites regulares, se sentenció la causa de remate, y expidió el correspondiente mandamiento de pago, con el que habiéndosele requerido, respondió que ni tenia dinero ni otros bienes que la citada casa, la que consentia se vendiese para hacerlo al acreedor: en cuya atencion, y precedida tasacion en tantos mil reales por peritos que este y el deudor eligieron, se mandó sacar al pregon por el término de la ley. Pasado este, se señaló el dia tantos para su remate, que se celebró con la solemnidad y pureza legal, en tantos mil reales, á favor de N., vecino de esta villa, con varias condiciones, entre las cuales fue una que se habian de bajar las cargas perpetuas, y al quitar á

que estuviese afecta, y los réditos que estuviese debiendo de ellas, como tambien la alcabala que se causase por su venta, y todos los derechos judiciales, sin estar obligado á entregar ni depositar mas que lo líquido que quedase despues de hechas todas las referidas deducciones, y posteriormente por no haber expuesto cosa alguna contra él los acreedores ni el deudor, sin embargo de habérselas comunicado, se aprobó en tal dia por el mencionado señor corregidor, mandando hacer liquidacion de ellas, la que con estas suposiciones ejecuto en la forma siguiente.

Valor de la casa subastada.

La expresada casa se ha rematado en el citado Juan en precio de tantos mil reales, como se ha expuesto, de los cuales se hacen las siguientes deducciones. . . ⓓ.000.

Bajas de este precio.

Se bajan del precio de dicha casa tantos mil reales, capital de un censo al quitar que el referido N. impuso sobre ella, como se ha expresado en la segunda suposicion. . . . . ⓓ.000.

Mas, tantos mil reales, importe de los réditos del expresado censo, vencidos desde tal dia hasta el presente. . . . . ⓓ.000.

Mas, tantos mil reales, capital de otro censo mencionado en dicha suposicion. . . . . ⓓ.000.

Mas, tantos por los réditos del citado censo, corridos desde tal dia hasta hoy. . . . . ⓓ.000.

Mas, tantos reales, á que ascienden los derechos de la alcabala que se causa por esta venta, bajados los capitales de ambos censos. . . . . ⓓ.000.

Total de carga. . . . 00ⓓ.000.
Precio de la casa. . . 00ⓓ.000.

Quedan líquidos. . . 00ⓓ.000.

Importan en una suma las partidas anteriores tantos mil reales, y deducidos de los tantos mil en que se remató dicha casa, quedan líquidos tantos mil, los que deberá depositar el comprador para hacer pago al ejecutante y demas interesados

en cuya conformidad concluyo esta liquidacion que he hecho segun mi inteligencia, sin causar agravio alguno à los interesados, por lo que la firmo en esta villa de tal, á tantos de tal &c.

AUTO.

Comuníquese traslado á los interesados de la liquidacion precedente, para que dentro de tercero dia expongan lo que les convenga: el señor Don F., corregidor de esta villa de tal, lo mandó à tantos &c.

Si en el acto de notificar este auto al comprador y demas interesados en la finca vendida, respondieren que se conforman con la liquidacion, y que se proceda á su aprobacion, se les debe admitir la respuesta que firmarán, si saben, y si no la consentirán por pedimento; pero si quieren tomar los autos, se les entregarán, y por un escrito se conformarán ú opondrán los reparos que les ocurran. Si no los tomasen ni se conformaren, les acusará la rebeldía el comprador, pasados los tres dias contados desde la última notificacion, pretendiendo se apruebe y nombre la persona en quien ha de depositar lo líquido del precio de la finca, como tambien que ínterin se le despacha la venta de ella, se le dé su posesion, expidiendo à este efecto el correspondiente mandamiento: á cuyo pedimento debe decir el juez: *por acusada la rebeldía: autos, citadas las partes*; y pasados otros tres dias despues de la última citacion, con este auto proveerá el siguiente:

AUTO EN QUE SE APRUEBA LA LIQUIDACION, Y MANDA DAR POSESION DE LA FINCA AL COMPRADOR.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don F., corregidor de ella, habiendo visto estos autos, y la liquidacion de cargas de la casa que se expresa en ellos, ejecutada por el presente escribano, dijo: que mediante no haber expuesto cosa alguna contra ella los interesados, la debia aprobar, y aprueba en todo y por todo, condenándolos á que pasen por su contenido, y mandando que N., en quien se remató dicha casa, deposite en poder de F. los tantos mil reales que resulta debe desembolsar para completar el precio de su remate, con cuyo depósito declara haber hecho todo el pago, dándole por libre de su responsabilidad; y hecho, ínterin se formaliza la escritura de venta competente, se le aposesione de la casa, expidiéndose á este

fin el correspondiente mandamiento, y por este su auto asi lo proveyó y firmó.

Este auto tiene fuerza de definitivo sobre el punto de que habla, por lo que es apelable, y antes de proceder á hacer el depósito, conviene que se declare por pasado en autoridad de cosa juzgada, segun se explicó en el formulario del juicio civil ordinario, página 341: lo cual no será necesario si se conforman con la liquidacion, porque entonces recae la aprobacion sobre su conformidad, y se debe expresar en el mismo auto. Omito extender el depósito por haberlo hecho en el tomo 2.° página 479, como tambien la posesion, por estarlo en dicho tomo, página 197, adonde remito al principiante, y solo prevengo que este depósito se extiende en los mismos autos, sin necesidad de hacer protocolo de él, y debe insertarse en la escritura de venta, para que conste en ella el pago.

MANDAMIENTO PARA DAR POSESION DE LA CASA VENDIDA.

Alguaciles de esta villa, cualquiera de vos, dad á F., vecino de ella, ò à quien tuviere poder suyo, la posesion real, corporal, ò cuasi en forma, de una casa propia de N., sita en tal calle, que para hacer pago á sus acreedores se vendió en virtud de providencia mia en pública subasta, y remató en el expresado F., á quien en consecuencia de haber depositado su valor líquido, deducidas cargas, corresponde su goce y aprovechamiento desde tal dia en que hizo el depósito, en cuya atencion, amparadle y defendedle en ella, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, imponiendo pena de prision y de cincuenta mil maravedis para la Real Cámara, á quien se la perturbe; y asimismo requerid á las inquilinos declaren lo que paguen por sus viviendas, exhibiendo cada uno su último recibo, y que lo que desde el citado dia tantos se ha devengado y devengare, lo entreguen al referido F., ò á quien le represente, y no á otra persona alguna; pena de volverlo á pagar. Fecho en tal parte, á tantos &c. Don F. = Por su mandato. = F.

Con este mandamiento pasan el alguacil y escribano acompañados del comprador à darle posesion, y requerir à los inquilinos, como se ordena en él, poniendo á su continuacion todas las diligencias, y entregándoselas originales para que le sirvan de título de pertenencia, pues en los autos ninguna falta hacen, y si los inquilinos piden testimonio de su requerimiento, se lo debe dar el escribano con la relacion competente, que

por ser cosa muy facil, y evitar proligidad, omito extender. Muchas veces antes ó despues de tomar la posesion el comprador, suele ceder el remate á favor de otro, con arreglo á lo estipulado en su postura, y otras veces despachada ya á su favor la venta judicial, declara que hizo la compra con dinero ageno, expresando la persona, y que por esta razon le pertenece la cosa comprada, en cuyos casos no se causa nueva alcabala, si asi se pactó. La cesion del remate y declaracion se extiende de esta suerte.

CESION DEL REMATE DE LA CASA COMPRADA.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, F., vecino de ella, dijo: que con motivo de estarse subastando judicialmente por mi oficio una casa, sita en tal calle, propia de N., para hacer pago á sus acreedores, hizo postura en ella en tantos mil reales, que se le admitió con varias condiciones, entre las cuales fue una, que habia de poder ceder el remate á la persona que quisiere, y despacharse en cabeza de este la venta judicial; y señalado dia para él, se celebró en el otorgante como mayor postor, se hizo liquidacion de cargas, por la que resultó deber desembolsar tantos mil reales, que efectivamente depositó; y en su consecuencia se le dió la posesion de la citada casa, como resulta mas extensamente de los autos obrados á que se remite; y mediante haber hecho la postura, y practicado todo lo demas por encargo y con dinero de P., desde luego, para que siempre conste, otorga, confiesa y declara, que la postura que hizo en tantos mil reales á la casa referida, y el depósito de tantos mil líquidos, y todo lo demas que ha hecho en estos autos, fue con orden expresa y caudal propio de P.; y que por consiguiente ningun derecho le corresponde á ella, pero que si por haber prestado su nombre, y practicado todo lo dicho, adquirió alguno, desde ahora para siempre se desapodera y aparta de él, cediéndole y traspasándole enteramente en el referido P.; quiere que la posesion que se le ha dado, se estime haberla tomado en su nombre, y como su mandatario; y suplica al señor juez que conoce de los autos relacionados, que en virtud de esta cesion, y con insercion de ella, se sirva otorgar y despachar en cabeza, y á favor del expresado P. y de sus herederos y sucesores la correspondiente venta de dicha casa, como que por haber desembolsado su precio le corresponde en posesion y propiedad. Ademas promete tener por firme, y no

revocar ni reclamar con pretexto alguno esta declaracion ni cesion; y si lo hiciere, á mas de no ser oido judicial ni extrajudicialmente, consiente se le condene en costas, como á quien pretende lo que por ningun título le corresponde. Por tanto al cumplimiento de este contrato obliga sus bienes, muebles y raices. *(Aquí las cláusulas generales.)*

Con copia de esta escritura ha de acudir el cesionario al juez, presentándola, y pretendiendo por pedimento que á consecuencia de lo que resulta de ella, despache á su favor la venta, y mande entregarle todos los títulos de pertenencia de la finca comprada, á lo cual debe deferir. En la venta, no solo deben relacionarse por mayor los autos seguidos, sino tambien sacar copia testimoniada de ellos, y unirla á su protocolo para documentarla, pues no conviene se protocolicen los originales, porque puede suceder que con el tiempo los pida algun acreedor, y si estan protocolados, no se le podrán entregar. La venta es lo mismo que otra cualquiera en sus cláusulas y firmezas fuera de su introduccion y conclusion, que por haberse puesto en el tomo 2.º página 193, y evitar repeticion, se omite extender aquí. Las propias cláusulas, en cuanto á lo dispositivo, debe contener cualquiera escritura de cesion de venta extrajudicial de cosa comprada con dinero de otro y para este; excepto que no se ha de hablar de remate ni autos, porque no los hay. Despues de otorgada la venta ó antes, puede ocurrir el ejecutante y demas interesados á pedir libramiento para el cobro de sus créditos, el que se les manda despachar contra el depositario del caudal, y se extiende en la forma siguiente.

LIBRAMIENTO PARA HACER PAGO Á UN ACREEDOR.

Don F., corregidor de esta villa de tal &c. Pedro de tal, en cuyo poder se halla depositado el precio líquido de una casa propia de N., sita en tal calle, que se vendió en virtud de providencias mias para hacer pago á sus acreedores, luego que sea requerido con este libramiento dará y pagará á F. tantos reales, que por tal escritura *(ó lo que sea)* parece se le estan debiendo, con el cual, y con recibo ó carta de pago de su importe, serán bien satisfechos, y se le abonarán en cuenta del depósito que constituyó tal dia ante el presente escribano, y hasta en la referida cantidad se le declarará por libre de su responsabilidad, pues por auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en esta villa, á tantos &c. Don F. = Por su mandado. = N.

Con arreglo á este libramiento se pueden extender todos los que ocurran, mudando solamente la cantidad y persona, y se entregarán originales con copia de la carta de pago al depositario para su resguardo. El libramiento que se despache en concurso ú ocurrencia de acreedores, ha de contener la circunstancia que expresa el que extenderé para modelo en el formulario de aquel juicio.

PEDIMENTO PARA QUE SE ADJUDIQUEN EN PAGO AL ACREEDOR LOS BIENES EJECUTADOS.

F., vecino de esta villa, en los autos ejecutivos contra N., sobre la satisfaccion de tantos mil reales, procedidos de tal cosa, ante V. como mas haya lugar, digo: que por la referida cantidad, su décima y costas, se despachó mandamiento de ejecucion que se trabó en una casa suya, sita en tal calle, y seguida la causa por los trámites regulares, se sentenció de remate, y libró el correspondiente mandamiento de pago, despues de lo cual, por no haberla satisfecho, se mandó tasar y vender dicha casa, que se ha estado pregonando por el término legal, y mucho mas, sin que hubiese quien hiciese postura á ella. Y mediante á que la tasacion de la casa es de tantos mil reales, y mi crédito, inclusas las costas que se me causaron hasta aqui, asciende á tantos, me allano desde luego à recibirla en parte de pago por la cantidad que deducidas cargas perpetuas y al quitar con sus réditos y los demas gastos judiciales que hayan hecho y hagan, quede líquida, con tal que se me reserve mi derecho para que pueda repetir por el residuo contra cualesquiera bienes que se descubra pertenecer al referido N., hasta el total reintegro de mi crédito; en cuya atencion:

A V. suplico se sirva admitirme este allanamiento, mandar que el presente escribano haga liquidacion de las cargas que tenga la casa, y por lo que resultare líquido, adjudicármela en parte de pago de mi crédito, despachando à mi favor la escritura de adjudicacion correspondiente, con entrega de su copia y de todos los títulos de su pertenencia, y reservándome mi derecho para usar de él por el resto de mi crédito contra el referido N. y sus bienes. Pido justicia, y para ello &c.

Este pedimento se da asi, cuando la finca ejecutada tiene cargas, pues no teniéndolas es superfluo pedir que se haga liquidacion; y caso que las tenga, se manda que el escribano origina-

rio la evacue, despues se comunica al deudor y acreedor ó acreedores, y aprobada como la anterior, se provee el siguiente

AUTO DE ADJUDICACION EN PAGO DE COSA RAIZ.

En tal villa, á tantos &c. el señor Don F. corregidor de ella, en vista de lo pretendido por F., dijo: que mediante haberse pregonado por los términos del derecho, y mucho mas la casa propia de N., sita en tal calle, sin que nadie acudiese á hacer postura á ella, y por esta razon allanarse el referido F. á recibirla por lo líquido que quede de su valor, bajadas cargas, se le adjudicaba y adjudicó en posesion y propiedad para siempre por tanta cantidad, que es la que segun la liquidacion practicada por el presente escribano resulta quedar del valor que se le dió en la tasa: cuya adjudicacion le hace en parte de pago de tantos mil reales que importa la deuda, porque se expidió contra el referido N. la ejecucion, su décima y costas, mandando que se despache á su favor la correspondiente escritura de adjudicacion, insertándose en ella lo necesario: que se le dé la posesion de la casa, y se le entreguen los títulos de su pertenencia, requiriendo á sus inquilinos pongan en su poder los alquileres vencidos hasta tal dia (*que será el de su fecha de la liquidacion*) y que se vencieren en lo sucesivo, como á dueño y poseedor legítimo. Y por lo respectivo á los tantos mil reales en que N. queda en descubierto, se le reserva á F. su derecho para que use de él, como y contra quien le convenga. Por este su auto asi lo proveyó y firmó. Don F. &c.

En la liquidacion que se haga de cargas, se deben incluir por aumento de caudal del deudor los arrendamientos ó alquileres de la finca ejecutada que se adjudica en pago hasta el dia en que se concluye la liquidacion; y si se vende, hasta aquel en que el comprador en quien se remató deposita el precio, pues desde entonces deben corresponderle, porque cumplió con cuanto estaba de su parte, y no es justo que se halle privado de dinero, de la finca y de los frutos. Y en caso que la finca ó bienes raices adjudicados esten en otra jurisdiccion, se ha de expedir requisitoria á sus justicias para que le den la posesion de ellos, previniéndose asi en el auto de adjudicacion.

AUTO DE ADJUDICACION EN PAGO DE BIENES MUEBLES.

Mediante haberse pregonado por tantos dias los bienes em-

bargados á N., y depositados en tantos de este mes, á consecuencia del mandamiento de ejecucion despachado contra él por tanta cantidad, su décima y costas, á instancia de P., su acreedor sin que haya habido quien diese por ellos su justo precio; y allanarse asimismo dicho P. á tomarlos por su tasa, que importa tantos reales, se le adjudican por estos en cuenta y parte de pago de su crédito. Requiérase á B., depositario de ellos, se los entregue, por lo cual se le declara por libre del depósito que constituyó en tal dia, ante tal escribano; y para título legítimo dese al expresado P. testimonio de este auto, con expresion individual de los bienes, sus precios y demas conducente, reservándole su derecho para que por el residuo de su crédito use de él como y contra quien le convenga. El señor Don F., corregidor de esta villa de tal, lo mandó &c.

Como sucede algunas veces que la cantidad porque se despacha la ejecucion no es muy cuantiosa, y sea menor inconveniente que el acreedor espere algun tiempo para reintegrarse de su crédito, que el que se haga al deudor la extorcion y perjuicio de venderle la hipoteca de la deuda ú otros bienes raices, pretende el mismo acreedor que se le dé posesion prendaria de ellos, que viene á ser posesion del derecho de percibir sus frutos y rentas hasta hacerse pago, sin exigir la décima ni otra cosa por el trabajo de la cobranza, porque hace su propio negocio, y por hacerle nadie debe apremiarle; en cuyo caso defiere el juez á su solicitud, con calidad de que lleve cuenta, asi de lo que perciba, como de lo que pague y gaste en obras y reparos para la utilidad y conservacion de los bienes, á fin de darla siempre que se la pida su deudor; y que á este efecto se requiera á los inquilinos y colonos le entreguen los alquileres y arrendamientos que esten debiendo y debieren, librándose el correspondiente mandamiento, el cual y el auto que debe precederle se extienden en la forma siguiente.

AUTO EN QUE SE MANDA DAR POSESION PRENDARIA AL ACREEDOR.

En atencion á lo que esta parte expone, dése le la posesion prendaria de los bienes que expresa, para que con su producto se reintegre de tantos reales, importe del principal y costas porque se sentenció esta causa de remate; con condicion de llevar cuenta de lo que perciba y gaste en utilidad y conservacion de dichos bienes, siempre que se le pida y mande, á cuyo efecto líbrese el correspondiente mandamiento, con el que

se requiera á sus inquilinos y colonos le entreguen lo que deban y debieren en adelante. El señor Don F., corregidor &c.

MANDAMIENTO DE POSESION PRENDARIA.

Alguaciles de esta villa, cualquiera de vos, dad á F. la posesion real, corporal ó cuasi en forma de una casa propia de N., sita en tal calle, para que la goce por derecho de prenda, percibiendo sus alquileres hasta que se reintegre de tanta cantidad de principal y costas procesales, porque di sentencia de remate, y expedí mandamiento de pago, en tal dia, contra el citado N.: amparadle y defendedle en ella, imponiendo pena de prision, y de tantos mil maravedís para la Real Cámara, al que se la perturbe, y requiriendo á los inquilinos de la citada casa le contribuyan con los alquileres que esten debiendo y se devengaren en adelante, pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en tal parte, á tantos de tal mes y año. Don F. = Por su mandado. = N.

REQUISITORIA PARA EJECUTAR AL DEUDOR DOMICILIADO EN OTRA JURISDICCION, NOTIFICARLE EL ESTADO DE LA EJECUCION, Y CITARLE DE REMATE.

Don F., corregidor de esta villa de tal, hago saber: que ante mí, y por el oficio del presente escribano del número, se dió pedimento en tal dia por parte de F., vecino de esta villa, acompañado de una escritura de obligacion *(ó de lo que sea)*, otorgada á su favor por N. en ella, á tantos de tal mes y año, ante tal escribano, exponiendo que el citado N. le debia tantos mil reales por tal causa, los cuales se habia obligado á satisfacer y poner en su casa en tal dia, pena de ejecucion, costas y salarios de su cobranza; y que sin embargo de haberse pasado el término estipulado en ella, y mucho mas, no solo no se los habia pagado, sino que ni aun le habia contestado á una carta política que á este fin le habia escrito en tal dia: en cuya atencion, en la de que le hacia suma falta la referida cantidad, y en la de estar sometido especialmente á mi juzgado el deudor por la expresada escritura, concluyó con la pretension de que por lo que resultaba de ella despáchese ejecucion contra su persona y bienes por medio de requisitoria, jurando no pedirla de malicia, protestando admitir en cuenta legítimas y justas pagas; á cuya solici-

tud deferí, y el tenor de la escritura, pedimento y auto que proveí á él, es el siguiente. (*Aquí se ha de insertar lo relacionado en párrafo aparte, y luego proseguirá la requisitoria.*)

Concuerdan la escritura, pedimento y autos insertos con sus originales que se hallan en el oficio del infrascrito escribano, á que me remito; y para que tenga efecto mi proveido, expido la presente, por la cual de parte de su Magestad, y en virtud de la jurisdiccion que en su Real nombre ejerzo, exhorto y requiero á los referidos señores jueces, y de la mia pido y encargo que presentándosela cualquiera persona en nombre del citado F., sin pedirle poder ni otro documento, la manden cumplir, y en su consecuencia que por ante escribano y en forma se haga ejecucion en la persona y bienes del dicho N., por los tantos mil reales expresados en la citada escritura, y por su décima, costas y salarios: que la ejecucion se trabe y amplíe en bienes muebles, y no siendo suficientes, ó por su defecto en raices, que se depositen por cuenta y riesgo de esa justicia en persona lega, llana y abonada, con sumision á mi juzgado: que no los teniendo, ó aunque los tenga, si no diere fiador de saneamiento, se le asegure y ponga preso en la carcel de esa villa, en la que subsista hasta que yo provea otra cosa: que asimismo se le notifique en su persona, pudiendo ser habido, el estado de esta ejecucion, apercibiéndole que si dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que se haga la notificacion, la cual se expresará en la diligencia, no pagare los tantos mil reales, satisfará ademas la décima parte de ellos: que igualmente se le requiera si da por dados los pregones que manda la ley, ó los renuncia y quiere gozar de su término, y que no renunciándolos, se den en esa villa en dias útiles, y fijen cédulas en los parages públicos de ella: que pasado el término se le cite de remate ó por su ausencia ú ocultacion á su muger, hijos, criados ó vecinos inmediatos, dejándole memoria por escrito, y apercibiéndole tambien en ella, que si dentro de tantos dias perentorios, contados desde el de la citacion, no compareciere por sí ó por su procurador con poder bastante á mostrar paga, quita ú otra excepcion legítima que impida el remate de los bienes ejecutados, sin mas citacion ni interpelacion procederé á sentenciar la causa, y á lo demas á que haya lugar en derecho, y le parará tanto perjuicio como si se sustanciaran los autos con su persona; y finalmente, que evacuado todo, lo manden entregar original con esta requisitoria al que la presente, para que la devuelva á mi juzgado, y en su vista provea justicia; pues en ha-

cerlo asi, la administrarán dichos señores jueces, y yo corresponderé como es justo, siempre que se me presenten las suyas. Fecha en esta villa de tal, á tantos de tal mes y año. Don F. = Por su mandado. = N.

REQUISITORIA DE PAGO PARA VENDER BIENES QUE SE HALLAN EN OTRA JURISDICCION.

Don F., corregidor &c. hago saber &c. que en mi juzgado, y por el oficio del infrascrito escribano del número, penden autos ejecutivos á instancia de N. contra F., vecino de esta villa, sobre la satisfaccion de tantos mil reales de principal, su décima y costas, debidos por tal causa, habiendo tenido principio dichos autos en tal dia de tal mes de este año, por pedimento que dió el primero con presentacion de una escritura otorgada á su favor en tal dia, ante tal escribano, por el citado F., expresando que le estaba debiendo los tantos mil reales: que sin embargo de haberse pasado el plazo pactado en la escritura, y de habérselos pedido repetidas veces, no habia podido conseguir su cobro, y que para conseguirle se veia precisado, por la misma falta que le hacian, á usar de los medios judiciales; en cuya atencion concluyó con la solicitud de que por lo que resultaba de la escritura despacharse ejecucion contra la persona y bienes de dicho F., por los mencionados tantos mil reales, su décima y costas causadas, y que se causaren hasta su efectivo reintegro, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta justos y legítimos pagos. Yo defer á esta solicitud, y en virtud de mandamiento de ejecucion que despaché, se trabó en bienes muebles, se le notificó su estado, se le citó de remate á su tiempo, y habiéndose opuesto encargué á ambas partes los diez dias de la ley, en los cuales, aunque el ejecutado tomó los autos, no hizo ninguna prueba, por lo que á instancia del ejecutante, y vistos por mí, los sentencié de remate, mandando continuar la ejecucion, vender los bienes ejecutados, y hacer con ellos y su valor entero pago de los tantos mil reales, su décima y costas causadas y que se causaren hasta que se efectuase, con tal que diese la fianza de la ley de Toledo, como la dió en efecto; y en su consecuencia precedida su tasa, que ascendió á tantos reales, expedí el correspondiente mandamiento de pago, con el que se le requirió; y por no haber satisfecho incontinenti el débito, se le vendieron los bienes muebles ejecutados, cuyo valor importó tantos reales, faltando tantos para su complemento. En este es-

tado acudió el actor en tal dia, refiriendo lo que se ha expuesto, y pretendiendo se procediese contra la persona del ejecutado para que le reintegrase del residuo en caso de no manifestar mas bienes, y habiéndolo mandado yo asi, al requerimiento que se le hizo, dijo que poseia en esa villa tales bienes raices, los cuales consentia se vendiesen en pública subasta, y que sus títulos se hallaban en poder de F., su administrador. En vista de esta respuesta, pidió el acreedor librase el competente despacho para su venta, á lo cual condescendí, mandando se notificase á él y al ejecutado nombrasen peritos para su valuacion, con apercibimiento de que se nombrarian de oficio, à cuya notificacion respondió este que se entendiesen todas las diligencias con su administrador, y aquel que se conformaba con lo que esa justicia practicase, segun resulta todo mas por extenso de la escritura, pedimentos, autos, sentencia y demas diligencias expresadas, cuyo tenor por su orden es el siguiente. *(Aqui se insertará lo relacionado en párrafo aparte.)*

Y para que lo mandado en mi sentencia y proveidos posteriores tenga debido efecto expido la presente, por la cual, de parte de su Magestad, y en virtud de la jurisdiccion que en su Real nombre ejerzo, les exhorto y requiero, y de la mia les pido y encargo, que presentándosela cualquiera persona en nombre del expresado N., sin pedirle poder ni otro documento la manden cumplir, y en su consecuencia, que precedida tasacion de los bienes referidos en la respuesta del ejecutado y demas que declare su administrador F., por perito que este nombre, y por el que se elija de oficio, se saquen à publica subasta, pregonándose y fijándose cédulas en los parages públicos de esa villa por los términos del derecho, admitiendo con arreglo á este, para evitar lesion y nulidad, las posturas y mejoras que se hagan en todos los bienes y en cada finca, celebrando á su tiempo el remate en el mayor postor ó postores, aposesionando y entregando los títulos de ellos á los compradores, despachando la venta ó ventas correspondientes, del mismo modo que yo lo practicaria, y depositando el producto liquido, bajadas cargas y costas que ahí se originen, en persona lega, llana y abonada con sumision à mi juzgado; y evacuado todo é insertado en la escritura ó escrituras de venta que se celebren para documentarlas, testimonio de esta requisitoria, y diligencias que se practiquen en su virtud, la devolverán con ella al portador para unirlo todo á estos autos, donde deben parar y proveer en su vista lo conveniente, pues en hacerlo asi administrarán justicia di-

chos señores jueces, y yo corresponderé como es justo, siempre que se me presenten las suyas. Fecha en esta villa de tal &c.

REQUISITORIA DE PAGO CONTRA UN DEUDOR VECINO DE PUEBLO DIVERSO DE EL DEL JUICIO.

Don F., corregidor &c. hago saber á los señores jueces y justicias de tal villa, que ya les consta, que en tal dia, por parte de M., vecino de esta, con presentacion de una escritura de obligacion, otorgada en ella en tal dia, mes y año, ante F., escribano, por N., que lo es de esa con sumision especial á mi juzgado, se dió pedimento exponiendo que el expresado N. estaba debiéndole tantos mil reales por tal causa, los cuales se habia obligado á satisfacerle, y poner en su casa y poder tal dia: que sin embargo de haber pasado el término estipulado en ella y mucho mas, no solo no se los habia satisfecho, sino que ni aun le habia contestado á una carta política que en tal dia le habia escrito á este fin; que en atencion á esto, y á hacerle suma falta la referida cantidad, solicitaba que despachase requisitoria de ejecucion contra la persona y bienes del expresado N. por dicha cantidad, su décima y costas, y que en efecto la expedí, y cumplimentada por VV. se trabó y amplió la ejecucion en varios muebles y raices del citado N., que se secuestraron y depositaron en P., vecino de esta villa, con sumision á mi juzgado, se notificó el estado de la ejecucion al ejecutado, quien renunció los pregones con protesta de gozar de su término; y pasado este se le citó de remate, apercibiéndole que si dentro de tantos dias perentorios, contados desde el de la citacion, no comparecia por si ó por su procurador con poder suficiente á mostrar paga, quita ó razon legítima que impidiese el remate, procederia á sentenciar la causa, y á lo demas á que hubiese lugar en derecho, como todo lo acreditan la requisitoria de ejecucion y diligencias practicadas en su virtud ante F., escribano del número de esta villa, que se hallan en el oficio del presente. Despues con motivo de haber espirado el término prefinido al ejecutado para comparecer, y no haberlo hecho, solicitó el ejecutante sentenciara la causa de remate, y que precedida tasacion de costas, librase la correspondiente requisitoria de pago, á cuya consecuencia, llamados y vistos los autos, por sentencia que pronuncié en tal dia, mandé continuar la ejecucion, y hacer trance y remate de los bienes ejecutados, y que con ellos o su valor se le reintegrase del capital, décima y costas, dando la fianza prevenida

por la ley de Toledo, como todo se acredita en pedimentos, auto, sentencia y diligencias practicadas que por su orden dicen asi: (*Aqui se inserta en párrafo aparte todo lo relacionado.*)

Y para que la sentencia de remate inserta se ejecute de parte de su Magestad, en cuyo Real nombre administro justicia, exhorto y requiero á los referidos señores jueces, y de la mia les pido y encargo, que presentándoles esta requisitoria cualquier persona en nombre del mencionado M., sin pedirle poder ni otro recado la manden cumplir, y en su consecuencia que por ante escribano y en forma se requiera al citado N., le dé y pague incontinenti, ó á quien le represente y tenga su accion, los tantos mil reales porque pidió y se despachó la ejecucion, con mas tantos de costas procesales causadas hasta aqui, y las que se causaren, como asimismo la décima correspondiente: que no cumpliéndolo asi, le saquen y vendan todos los bienes ejecutados, requiriendo y apremiando á F., á que en fuerza del depósito que constituyó en tal dia, y va inserto, los manifieste y entregue; que entregados, se tasen y vendan con citacion del deudor en pública subasta, rematándolos en el mayor postor, y haciendo con su valor el referido pago; que no alcanzando, se le saquen y vendan asimismo todos los demas precisos hasta que se haga enteramente: que se aposesione de ellos á los compradores, otorgando á su favor la correspondiente escritura ó escrituras de venta, en que se inserte lo conducente para documentarlas, entregándoles los títulos de pertenencia de los raices, y procediendo en todo conforme á derecho; y finalmente que evacuado todo, lo manden entregar original con esta requisitoria à la persona que la presentare para que lo traiga ante mí, pues con hacerlo asi administrarán justicia, y yo corresponderé como es justo siempre que se me presenten las suyas. = Fecha &c.

PEDIMENTO DE APELACION PARA EL CONSEJO DE LA SENTENCIA DE REMATE DE UN ALCALDE DE PROVINCIA, Ó DE UN TENIENTE.

F., en nombre de N., vecino de esta Corte, en los autos ejecutivos seguidos à instancia de G. contra mi parte sobre la cobranza de tanta cantidad, digo: que habiéndolos V. S. visto en tantos, se sirvió sentenciarlos de remate por aquella, su décima y costas; y siendo esta sentencia gravosa à mi parte, hablando debidamente, apelo para ante su Magestad, y señores de su Real y supremo Consejo de Castilla; por lo que:

A V. S. suplico me admita esta apelacion, mandando que

para su mejora se me entreguen los autos por el término ordinario. Pido justicia y costas.

Auto. = Admitese á esta parte la apelacion que interpone en cuanto há lugar en derecho: no le hay à la entrega que se pide; use de su derecho como le convenga.

PEDIMENTO PRESENTÁNDOSE EN EL CONSEJO Á CONSECUENCIA DE LA APELACION ADMITIDA.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de esta Corte, ante V. A. me presento en grado de apelacion y queja, ó por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos ejecutivos seguidos contra mi parte à instancia de G., de este mismo vecindario, sobre la cobranza de tanta cantidad, ante el vuestro alcalde D. S., por el oficio de F., escribano de su provincia, y con especialidad de la sentencia de remate pronunciada en ellos en tantos, de la que interpuso mi parte apelacion en tiempo y forma que se le admitió, como resulta de los autos; en cuya atencion y protestando mejorarla en el Consejo con vista de ellos:

A V. A. suplico, que teniendo por presentado à mi parte en el expresado recurso, se sirva mandar que el mencionado escribano de provincia, ante quien pasan los autos, entregue copia auténtica de ellos, como debe hacerlo, en la escribanía de cámara del presente escribano, y hecho se me comunique por el término ordinario para el expresado efecto. Pido justicia y costas.

Decreto. = El escribano de provincia entregue, como debe hacerlo, copia auténtica de los autos en el Consejo.

PEDIMENTO ALEGANDO EN VISTA DE LOS AUTOS.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de esta Corte, en los autos ejecutivos seguidos contra mi parte à instancia de G. sobre la cobranza de tanta cantidad, afirmándome en la apelacion que tengo interpuesta, y en caso necesario interponiéndola de nuevo de la sentencia de remate que pronunció en ellos el vuestro alcalde D. S. en tantos, digo: que V. A. en justicia se ha de servir declararla nula, y cuando de algun valor revocarla como injusta, dando sobre todo las providencias mas útiles à mi principal; pues

asi como lo suplico es de hacer, con especial condenacion de costas á la contraria por lo que resulta de los autos, y ahora se expondrá. (*Se alega.*)=Por tanto:

A V. A. suplico se sirva determinar, como se ha expresado al principio de este escrito. Pido justicia.

Auto. =Traslado.

En los pleitos de menor cuantía que determinan los señores alcaldes en provincia, ó los tenientes de villa, puede pedir el apelante, bien que el escribano vaya á hacer relacion de los autos al Consejo, lo cual es mas breve y menos costoso, bien que los entregue, como debe hacerlo, y entonces si el pleito no es ejecutivo, manda el Consejo que sin perjuicio de sus derechos dé el proceso original, mas si es ejecutivo, se pone el decreto, *entregue copia auténtica de los autos;* por deber permanecer los originales en el juzgado donde se sentenciaren de remate.

SUPLICATORIA Á TRIBUNAL SUPERIOR PARA HACER UN EMBARGO.

M. P. S.

Don F., corregidor de esta villa de tal, digo: que ante mí y el infrascrito escribano del número, se siguen autos ejecutivos á instancia de P. contra N., sobre la satisfaccion de tantos mil reales que le prestó, segun consta de escritura que formalizó á su favor en tal dia, ante tal escribano, en cuya virtud pretendió P. se despachara, como despaché ejecucion contra los bienes del citado N., por los tantos mil reales de principal, su décima y costas, la cual se trabó en efecto, y despues se notificó su estado al deudor, y con noticia que tuvo el acreedor de pertenecer á este un juro de tanta cantidad de principal y tanta de renta anual, situado en tales rentas al número tantos, en cabeza de F., solicitó se ampliase la ejecucion y embargase el citado juro, despachándose para ello la competente suplicatoria á V. A., á cuya solicitud deferí, como resulta de la escritura, pedimento y auto de ejecucion, traba, pedimento y auto de ampliacion, cuyo literal tenor es el siguiente. (*Aquí se inserta lo relacionado en párrafo aparte.*)

Y para que el embargo pretendido tenga efecto, suplico á V. A. le mande hacer en el expresado juro de tantos maravedis de renta anual, situado en tales rentas y cabeza de F., y que no se entreguen las vencidas y que se vencieren de él al citado N., ni á

otra persona hasta que yo provea otra cosa, poniéndose en los libros de la contaduría de juros y demas partes donde convenga las notas competentes, y dándose al acreedor la certificacion correspondiente, pues con mandarlo asi V. A. administrará justicia, y yo recibiré merced. Dada en esta villa de tal, à tantos de tal mes y año. D. F. = Ante mí. = N.

Con arreglo à esta suplicatoria se pueden ordenar las que se ofrezcan, asi para embargo como para otra cualquiera cosa, ya se dirija á tribunal supremo, ya à persona de alta dignidad como un capitan general, dándoles el tratamiento que tengan. Pero es de advertir que el juez por política debe echar su firma bastante separada de la última línea, y el escribano la suya al fin de la plana, poniendo *ante mí*, y no *por su mandado* como en las requisitorias ó exhortos. Tambien es de advertir que la certificacion de embargo que se dé al acreedor, la ha de presentar en los autos ejecutivos para que conste, porque la suplicatoria se queda en la contaduría.

ADICION A ESTE FORMULARIO.

Como casi nada dice Febrero de las suplicatorias, y nada absolutamente habla de las provisiones auxiliatorias, para que los lectores puedan tener la instruccion necesaria acerca de unas y otras, se extracta en este lugar lo que el señor Elizondo nos dice sobre ellas (1), y le enseñó su grande experiencia en los negocios forenses, asi desempeñando su profesion de abogado en la Corte, como ejerciendo las fiscalías civil y criminal en la chancillería de Granada.

»Entre tribunales superiores separados y distintos, no puede uno introducirse á querer juzgar, mandar ó establecer algo en el distrito del otro, ó hablar con él por provisiones ó por palabras preceptivas de imperio ó inhibicion, contentándose cada chancillería ó audiencia con el territorio que les está demarcado por las leyes y cédulas de su ereccion; de modo que uno de los escritores mas recomendables de la Práctica de Francia enseña, no puede un tribunal superior mandar á otro, ni rescindir lo que en él se obrare ó juzgare; pues ocurriendo caso en que mutuamente necesiten de auxilio, se ha de pedir por cartas suplicatorias, sino es que por algun título ó respeto particular, la una audiencia se halle superior á la otra."

1 *Pract. univers. for.* tom 6. part. 1. cap. 11.

»La observacion que hemos hecho en los casos que han ocurrido en el nuestro (tribunal), nos ha enseñado uno de los medios para hacerse expeditas las expresiones de él en diverso territorio sujeto á diferente chancillería ó audiencia, y son: uno, dirigirse por la mano fiscal à los señores ministros, sus compañeros, la provision ó despacho en aquella, aunque sean de América, de que tenemos un reciente ejemplar por lo que hace á la de Méjico, para que los fiscales respectivos soliciten su auxiliatoria, como lo notamos en varios casos de chancillería á chancillería, y de las audiencias de Sevilla y Zaragoza á nuestro tribunal; y el otro medio es comunicarse certificacion ó testimonio de lo que se solicita, y decreta por oficio del que preside la sala al señor presidente ó regente de la chancillería ó audiencia correspondientes, el cual lo devuelve todo cumplido y ejecutado con otro oficio, uniéndose á la causa ó autos de que dimanen, donde queda copia de que se pasó anteriormente, segun lo hemos visto inconcusamente practicar en las salas civiles y del crimen de esta chancillería."

»Cuando por alguna de ellas se necesitan ó autos ó testimonios de los que penden en otras de nuestro tribunal, se piden igualmente por oficio del ministro que preside la que los necesita, á aquel de la sala donde se hallan radicados, en la cual se manda pasar al fiscal de su Magestad, y con audiencia instructiva de este y de las partes, ó se concede ó deniega, contestándose siempre la resolucion por medio de otro oficio, bien para accederse á la denegacion ó para formar la competencia, cuando por defecto hubiese lugar á ella."

»Hasta nuestro tiempo, cuando se necesitaban documentos en esta chancillería que obraban en el Consejo, pasaba receptor con provision que se entendia con el escribano de cámara de aquel supremo tribunal donde pendian, pero hoy por resolucion del Consejo comunicada por punto general, se halla mandado cese la salida de receptor á aquel fin; y si las partes estimasen necesarios algunos documentos ó testimonios ocurran á aquella superioridad en solicitud."

»Tratadas hasta aqui las ocurrencias de necesitar un tribunal superior cualesquiera papeles que obren en otro, pasamos á significar que si la necesidad fuese del inferior ordinario ó delegado con sujecion ó sin ella á las chancillerías ó audiencias, debe siempre solicitarlos por suplicatoria, bien sea secular ó eclesiástico aquel, la cual se presenta en la sala donde toca; y oyéndose al fiscal de su Magestad, se manda cumplir viniendo

conforme á estilo, que es en forma de peticion, principiando por el nombre del juez que ha de firmarla, bien separado de la última línea, poniendo el escribano al final de la llana el *ante mí*, en cuyos términos siempre recae el decreto ordinario: *cúmplase viniendo en forma*: ejecutándose lo mismo en consultas, las que se hacen por las justicias inferiores sobre cualesquiera negocios, à las salas civiles ó del crimen, de que tenemos infinitos ejemplares, habiendo reconocido igual práctica durante nuestra profesion de abogado en Madrid, con los señores alcaldes de Corte en sus provincias, y tenientes de villa, respecto de cualesquiera consejos, juntas y tribunales, y de la comisaria general de cruzada."

»Descendemos con estas noticias á tratar de las provisiones auxiliatorias, que libran el Consejo y tribunales superiores del reino á las justicias inferiores, para la ejecucion de sus autos, providencias y exhortos requisitorios, significando ante todas cosas, despacha la sala de justicia del Consejo aquellas, exceptuándose únicamente las que se libran por los juzgados de provincia y teniente corregidor de Madrid, que corresponden á la sala de provincia."

»En nuestra chancillería son repetidas las requisitorias de juez á juez inferior é igual, de eclesiástico à secular, y de ordinario à delegado, que se presentan pidiendo la auxiliatoria correspondiente para su ejecucion y cumplimiento en los pueblos del territorio, con asignacion de alguna multa, en caso de cualquiera infundada resistencia, cuyos decretos siempre se expiden con audiencia ó intervencion fiscal."

»Cuando las justicias inferiores, ò las curias eclesiásticas, ó las partes aspirán á hacer efectivas las requisitorias, y evitar el temor de que ó se retengan estas, ò deniegue su cumplimiento por los jueces exhortados, y que ejercen la jurisdiccion Real y ordinaria, ocurren las primeras por medio de suplicatoria, y los interesados por pedimento à las salas civiles ò del crimen segun la naturaleza de la controversia, solicitando se les despache provision auxiliatoria, para que los jueces á quienes se dirigen las requisitorias den llano cumplimiento à ellas, bajo cierta multa arbitraria en el tribunal por quien se acostumbran siempre pasar estos expedientes al oficio fiscal, mediante cuya audiencia ò se concede ó deniega la auxiliatoria sin embargo de suplicacion."

»Por los principios y motivos en que se afianza el auxilio, se

reconoce, lo primero, debe impetrarse, y no imperativamente pedirse: lo segundo, que ha de ser con justa y legítima causa: lo tercero, que ha de ceñirse al territorio donde se exija, ya por el juez ordinario, ya por el delegado para hacer expedir su jurisdiccion, pues el acto de prestarse es uno de los propios y característicos de la jurisdiccion contenciosa; y lo cuarto, que para comunicarse el auxilio ha de fundar y acreditar el que le implora los extremos de jurisdiccion y de justicia de aquello que prescribió y pretende ejecutar por medio de la auxiliatoria, ya sea en el principio del pleito, en su progreso ò resolucion, existiendo á este fin copia en bastante forma de los autos."

»Sobre estas reglas tan necesarias, que ninguna de ellas admite dispensa, deben prolijamente fijarse las consideraciones, asi de los fiscales de su Magestad, como de cualesquiera magistrados Reales para consentir ò denegar las auxiliatorias, no siendo fáciles en acceder à estas, que si una vez libradas deben surtir todos sus efectos, exijen por lo mismo la mas escrupulosa meditacion para despacharlas, sin dar lugar à contiendas multiplicadas entre los vasallos, ni excitar competencias, que ceden por lo comun en desaire de las jurisdicciones."

»A toda instancia de esta clase, debe acompañar una justificacion bastante de la jurisdiccion del juez que la promueve, y si fuese delegado, aunque superior, un testimonio literal de su comision para medir por esta su facultad en el caso contra la persona ò bienes à que se dirige el auxilio, segun lo expusimos en nuestra chancillería, y se acordó por la misma en un caso muy grave traido à ella con aquel motivo."

»Fundada ya la jurisdiccion del juez que pide la auxiliatoria, ha de examinarse, si el tribunal donde la solicita, se halla con inhibicion especial de prestarla: v. gr. las salas del crimen á los nombramientos de los cuadrilleros y comisarios de las santas hermandades, segun recientemente les está prevenido, con la particularidad de que en el caso de tener por necesario ó conveniente tomar providencias para evitar delitos y prender á los agresores, pueden dar comision secreta à personas de su satisfaccion, pero sin permitirles las exenciones y privilegios que suelen llevar aquellos ministros, habiendo el Consejo en 9 de mayo de 1735 mandado por punto general à los escribanos de cámara(1) no admitiesen instancia alguna á los cuadrilleros y comi-

1 Real cedula de 27 de enero de 1784.

sarios pidiendo auxiliatorias de sus nombramientos, y que recogieran los que estuvieran pendientes, y se pusiesen en la escribanía de gobierno."

»Acreditadas la jurisdiccion en el que pide el auxilio, y la facultad de prestarle aquel tribunal de quien se solicita, ha de examinar este el proceso que ha de exhibirse, y si en él se guardó el orden de derecho ó inordinariamente prescribió el juez inferior el extremo que trata de ejecutar, pues en cualquiera de estas circunstancias debe denegarse el auxilio."

»Conducido nuestro oficio fiscal de estos principios que sólida y constantemente abrazamos, expusimos sirviendo la fiscalía del crimen, acerca de una auxiliatoria que pidió la curia eclesiástica de Málaga, para hacer expedita su jurisdiccion contra un lego sobre delito, en que creyó tener fundada su jurisdiccion, que aquel juez exhibiera el proceso por no venir bastantemente instruida su suplicatoria, en cuya vista expondriamos lo conveniente acerca de deferir al auxilio ó denegarle: no debiendo univocarse este medio con el de la fuerza, por ser ambos absolutamente distintos y procedentes de diverso origen, que no pueden impedirse el uno al otro, obrando cada cual sus respectivos efectos; esto es, la exhibicion del proceso, que el juez se cualifique y pueda auxiliársele, y el de la fuerza que de modo alguno proceda en su conocimiento, con ofensa y agravio de la jurisdiccion Real á quien corresponde."

»Al tiempo de escribir esta obra hemos tenido á la mano un expediente en que el visitador nombrado por el cabildo sede vacante de Málaga para aquel colegio eclesiástico, ocurrió á nuestra chancillería pidiendo se auxiliase su comision, sobre cuya instancia fuimos de dictamen, al que accedió la sala en todo, usase el visitador de su derecho en el tribunal de justicia del provisor general del mismo obispado, y en caso de negarle su auxilio le preparase los recursos de fuerza á que hubiese lugar, segun la calidad y naturaleza del negocio; lo que advertimos en este capítulo por la frecuencia de iguales expedientes, y el pulso con que los fiscales de su Magestad deben coadjuvarlas."

El escrito que se presenta en el Consejo en sala de provincia, solicitando auxiliatorias para el cumplimiento de las requisitorias que libran los alcaldes que tienen provincia y los tenientes de corregidor de Madrid, es del tenor siguiente, segun le trae Escolano.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de &c., ante V. A. parezco y

digo: que por el alcalde D. M. ó teniente D. E., se ha librado la requisitoria que exhibo, para que la justicia de &c., ó de D. P. haga tal cosa, y á fin de que en su cumplimiento no se ponga ningun embarazo:

A V. A. suplico que habiendo por exhibida dicha requisitoria se sirva mandar expedir la provision auxiliatoria correspondiente en la forma ordinaria, como es justicia &c.

DECRETO.

Madrid &c. Despáchese *(si se concede)* la provision auxiliatoria en la forma ordinaria.

DICHA PROVISION.

Don Fernando &c. A vos el corregidor ó justicia de &c., salud y gracia: sabed que N. nos ha representado &c. Y visto por los de nuestro Consejo en decreto que proveyeron en tantos, se acordó expedir esta nuestra carta, por la cual os mandamos, que siendo requeridos con ella, veais dicha requisitoria que ha librado D. M., alcalde de nuestra Casa y Corte, ó teniente corregidor de esta villa: por ante &c., escribano de provincia ó de número de ella, á instancia del expresado N., y la cumplais, y hagais cumplir en todo y por todo, sin contravenir á ella, ni permitir que se contravenga en manera alguna, que así es nuestra voluntad. Dada en Madrid &c.

NOTA SOBRE EL PAPEL SELLADO.

Los pedimentos y autos que ocurren en la via ejecutiva, se han de extender en papel del sello cuarto mayor. Los mandamientos de ejecucion y de pago que no pasen de cien ducados en el del mismo sello, como tambien los pregones, posturas y remates de los bienes ejecutados, sus tasas y demas diligencias; y si exceden de ellos, en el sello segundo, en el cual se extenderán tambien las sentencias de remate por la misma regla: ó en el del cuarto, atendida la cantidad. Los mandamientos de soltura en el del sello tercero, y las requisitorias de ejecucion y de pago en papel del sello segundo ó tercero, segun sea la cantidad, pero no en el del cuarto.

TITULO IV.

DEL JUICIO DE CONCURSO DE ACREEDORES Y SUS CLASES.

CAPITULO PRIMERO.

Del primer género de concurso, llamado cesion de bienes; quién puede hacerlo ó no; qué requisitos se necesitan para que se tenga por bien formado; y cómo se ha de sustanciar y seguir.

§. 1. Diversas especies que hay de concurso, y nombre que se da á cada una de ellas.

2. Del primer género de concurso, llamado cesion ó dimision de bienes.

3. ¿Quienes pueden hacer dicha cesion?

4, 5 y 6. ¿A quienes está prohibido el hacerla?

7. Ninguno puede renunciar el beneficio de la cesion, aun con juramento.

8, 9 y 10. Requisitos necesarios para este género de concurso voluntario.

11. Puede formarse este concurso por caso de Corte, en la chancillería ó audiencia del distrito en que el deudor tenga su domicilio.

12. Excepcion de la doctrina sentada en el párrafo anterior.

13. Efectos que surte la cesion.

14. En este concurso controvierten los acreedores entre sí, no solo sobre la preferencia en el pago de sus créditos, sino sobre su legitimidad y calificacion, y para ella no basta el reconocimiento del papel ó confesion del concursante.

15. Limitacion de lo expuesto en el párrafo anterior.

16. Aunque el deudor haya hecho cesion de bienes puede arrepentirse, seguir contra ellos su derecho, liquidar el crédito de cada uno, é impedir la venta de dichos bienes.

17. Si el deudor antes de hacer cesion de bienes pagare su crédito á alguno, no podrán revocar el pago los otros.

18. Aunque el deudor hecha la cesion no puede disponer de sus bienes, sin embargo no pierde por eso las acciones activas y pasivas, ni el dominio ó propiedad de ellos hasta que se subastan y distribuyen.

19. Consignacion que debe hacerse para los alimentos del concursante, cuando es

título ú otra persona constituida en dignidad.

20 hasta el 27. Trámites que se observan en este juicio de concurso voluntario.

28. La sentencia de graduacion es apelable como otra cualquiera dada en primera instancia.

1. El concurso de acreedores tomado en un sentido lato ó general se divide en cuatro especies, á las que corresponden otras tantas denominaciones, á saber: *cesion de bienes: pleito ú ocurrencia: espera ó moratoria; y remision ó quita de acreedores.*

2. *La cesion ò dimision de bienes*, por otro nombre *concurso voluntario y preventivo*, es un remedio ó beneficio legal introducido á favor de los miserables deudores, que por alguna desgracia inculpable no pudieron pagar á sus acreedores, hallándose en consecuencia presos á instancia de estos; á fin de evitarles las molestias y vejaciones con que los oprimian, y de que recobrasen su natural libertad (1).

3. Cualquier deudor preso por deuda puramente civil puede hacer concurso ó cesion de bienes á sus acreedores (2); pero si aquella proviene de delito ó cuasidelito, podrá hacerla solamente por lo perteneciente al peculiar interes del agraviado, mas no por lo que respecta á la vindicta pública y al fisco, y asi no pagando la pena pecuniaria que se le imponga, se ha de conmutar en corporal, y ejecutada esta se admitirá la cesion (3), no siendo noble ni clérigo el delincuente, pues para con estos no procede la conmutacion; bien que si el deudor es pobre, y lo hace constar, puede el juez remitirle la pena pecuniaria aplicada al fisco, no siendo muy grave el delito porque se la impuso (4). No solo puede formar este concurso cualquiera deudor particular noble y plebeyo mayor de veinticinco años, sino el menor, el pueblo, la iglesia, comunidad y universidad, que se ven gravados con deudas y molestados por sus acreedores, sin que el menor necesite precisa y rigorosamente informacion de utilidad, ni licencia y decreto judicial para hacerlo, ni la iglesia solemnidad, ni el pueblo Real licencia, por las razones que expone

1 Ley 1. Cod. *Qui bonis cedere possunt*, y leyes 1 y 4 tit. 15. Part. 5.

2 Ley 1. al princip. tit. 15. Part. 5

3 Ley 1. al fin. ff *de pœnis*, y ley 5. tit. 32. lib. 11. Nov Rec. y cap *finem litibus, de dolo et contumacia.* Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 1. num. 4, 8 y 9.

4 Ley 4. tit. 22. Part 3. Greg. Lop. en ella, glos. 2 á la 5. Velasc. *de privileg. pauper.* part. 1. post quæst. num. 1.

Salgado en su Laberinto, part. 1. cap. 1. §. 2, y cap. 13. y part. 3 y 5; pero lo mas seguro es que no se omitan estas circunstancias como se practica. Pertenece al curador pretender la licencia, y la informacion de utilidad al menor: concedida que sea, formará el concurso, y no el mismo menor; lo cual pocas veces ocurre. El tutor ó curador que como tal otorga poder á favor de alguno, ya sea para esto, ó para otros actos judiciales ó extrajudiciales, ú otro instrumento, debe manifestar al escribano que lo autoriza el nombramiento ó discernimiento que tiene para que lo inserte en él, ó á lo menos lo relacione puntualmente, dando fe de haberlo visto, sin lo cual no debe ser admitido el poder, ni el escribano lo debe autorizar, excepto que se presente testimonio del nombramiento con él, porque de otra suerte no acredita ser tal tutor ó curador.

4. No se debe admitir la cesion de bienes á los arrendadores de rentas Reales, sus fiadores y abonadores; por lo que han de subsistir en la prision hasta que la Real Hacienda se reintegre de todo su haber (1); pero se admite á cualquier otro deudor del Rey ó su fisco, por estar prohibido solamente á aquellos (2), y lo que el derecho no prohibe se entiende permitido.

5. No se concede este beneficio al deudor que en pago de sus acreedores dilapidó ó enagenó sus bienes ó parte de ellos, estando ó no preso, ó los ocultó en parte de donde no se pueden recuperar, porque el que obra contra la ley es indigno de su beneficio. Sin embargo pudiendo recobrarse, y dando fianzas de volverlos en el estado que tenian cuando entró en la prision, gozará de él (3). Tampoco se concede á los que empobrecieron en parte por infortunios, y en parte por su culpa, pues segun los autores tampoco estos merecen compasion (4): ni al que tomó cantidades prestadas, ó celebró contratos de esta clase con ánimo de alzarse con ellas, ó hacer quiebra, porque se presumen celebrados con dolo, por defraudar á quien se las prestó (5).

6. Se niega tambien este beneficio al comerciante, cambiante y sus factores, que se alzan con sus personas, bienes y libros de comercio, retirándose ó no á sagrado (ó aunque no alcen sus personas), los cuales deben ser reputados y castigados como

1 Ley 9. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.

2 Acev. en la ley 5. tit. 16. lib 5. Rec. y ahora en la Nov. véase la nota 1. tit. 32. lib. 11. num. 7. Cancer. part. 2. *Var.* cap. 9. num. 12. Farinac. *Prax. crim.* quæst. 26. num. 2 y 8.

3 Ley 4. tit. 15 Part. 5. Greg. Lop. en ella. Salg. *Labyr. credit.* part. y cap. 1. num. 12.

4 Boler. *de decoction* tit. 1. quæst. 4.

5 Boler. alli. Ley 1. y ley *Nec ex dolo suo*, ff. *de dolo malo.*

ladrones públicos, pues asi los llaman las leyes (1); y aunque sean nobles, y esten en sagrado, se les debe extraer de él, y ponerlos con sus bienes bajo de la caucion y seguridad que debe dar el juez seglar de no proceder criminalmente contra sus personas, segun lo ordena la ley 2. tit. 4. lib. 1. Nov. Rec.; pues por este enorme crimen pierden el privilegio (2). En estas circunstancias es nula y de ningun valor ni efecto cualquiera igualа, convenio, transaccion ó remision que hagan con sus acreedores, ó con otro en perjuicio de estos, sin embargo de que contenga las cláusulas mas estables y eficaces (3). Tampoco se debe admitir la cesion, ni favorece al que obtuvo espera de sus acreedores, y gozó de ella, y asi ha de estar preso hasta que les pague (4). Ultimamente, como no debe ser preso ni excomulgado el clérigo por deuda puramente civil en que no interviene de su parte dolo, fraude, ocultacion ó sospecha de fuga, ni procede de delito ó cuasidelito, antes bien goza del beneficio de no ser reconvenido en mas de su posibilidad; no se le ha de admitir la cesion de bienes que haga; por tanto lo que se debe practicar y se practica es secuestrarle sus rentas, y de ellas darle ó consignarle alimentos correspondientes á su estado y caracter, y bajados estos repartir el sobrante entre sus acreedores segun la graduacion que legalmente les corresponda; y sino las tiene, cumple con hacer caucion juratoria de pagar cuando venga á mejor fortuna (5).

7. Ninguno puede renunciar este auxilio, y aunque lo renuncie con juramento, no vale: lo primero, porque el renunciante es necesario á otros que son muger é hijos, á quienes con su industria y trabajo alimenta, y el juramento únicamente es válido cuando cede en detrimento privativo del que lo hace, mas no en el de tercero (6); y lo segundo, porque el hombre no es dueño de la libertad que Dios le concedió, y por lo mismo no está en su arbitrio el privarse de ella (7). Esta opinion, como equitativa y humana, es la mas corriente y segura, y como tal debe seguirse, sin embargo de otras que haya en contrario.

8. Para que antiguamente se admitiese á cualquiera deudor

1 Leyes 1, 2 y 3. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 4. tit. 32 lib. 11. Nov Rec.

3 Ley 2. de mismo tit y lib.

4 Greg. Lop en la ley 5. tit. 15. Part. 5. glos. 4. Gutierr *de juram. confirm.* part. 1. cap. 18. num. 2 y 3.

5 Ley 23. tit 6 Part. 1. cap. *Odoardus de solutionib.* Gutier. *de juram confirm.* part. 1. cap. 17. num. 4, 6, 17 y sig. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 1.

6 Cap. *Cum contingat* 28 *de jurejur.* Cap. *Quamvis pactum de pact.* in 6.

7 Cap. *Ex literis*, 13, y cap. *Venientes*, 19. *de jurejurand.*

la cesion de bienes, se requeria (segun algunos autores exponen) que estuviese preso, y bastaba estarlo á instancia de uno de sus acreedores á efecto de que la cesion perjudicase á los demas que tuviera, sin que à este fin fuese preciso citarlos (1); pero hoy no es necesario que se presente en la carcel, y la haga en ella, sino quiere, ni se observa (2); á menos que se resista á pagar. Tampoco puede hacerla despues de condenado al pago, pues en este caso ha de ser preso hasta que se practique una de las dos cosas, segun se prueba de la ley 4. tit. 15. Part. 5. que dice: *por juicio condenado seyendo alguno que pague las deudas que debiere á otro, si las non quisiere pagar, nin desamparar sus bienes, segun dijimos en las leyes ante desta, el juzgador del lugar débelo meter en prision á la demanda de los que han de recibir la paga, é tenerlo en ella fasta que pague lo que debe, ò desampare sus bienes.*

9. En este supuesto el deudor que no es mercader, cambiante ni factor suyo, puede hacer concurso y cesion dentro y fuera de la carcel; y si estando preso á instancia de alguno de los acreedores no hace la cesion dentro de los seis meses de liquidada la deuda, ni renuncia la cadena, la há por hecha y renunciada el derecho (3), despues de lo cual le debe mantener en la carcel su acreedor nueve dias, y se le ha de soltar y entregar á este para que se sirva de él sino tiene oficio (4). Mas ya no está en uso esta entrega, ni el que el deudor traiga argolla al cuello, como mandan nuestras leyes antiguas (5).

10. Para que este nuevo género de concurso voluntario y preventivo (que es el que hoy se estila) se estime por bien formado, y surta efectos útiles al concursante, libertándole de entrar en la prision ó de subsistir en ella, si está preso, han de concurrir siete requisitos. El primero, que el deudor no sea de los expresados en los párrafos 4, 5 y 6, ni las deudas provengan de delito, pues de lo contrario no se le debe admitir por las razones expuestas. El segundo, que como reo que es (aunque parece actor) acuda por sí ó por su procurador con poder bastante ante su propio juez, y no ante otro, expresando que cada dia se ve molestado de sus acreedores acerca de la satisfaccion de sus créditos; que por esta ó por la otra desgracia se halla sin caudal

1 Paz *in prax.* tom. 1. part. 4. cap. 5. num. 5 y 6. Covarr. dicho cap. 1. num. 5 y 6. Rodrig. ibi. num. 17.

2 Salg. part. 1. *Labyr.* cap. 4. num. 11.

3 Ley 7. tit. 16. lib. 5. de la antigua Rec., de la que trata la nota 1. tit. 32. lib. 11. de la Nov.

4 Véase dicha nota.

5 Leyes 4 á la 8. tit. y lib. cit. véase dicha nota.

suficiente para su total solucion; y que á fin de pagarles segun el grado y prelacion que les compete por derecho, y evitar sus continuas molestias, hace dimision de todos sus bienes muebles y raices, derechos y acciones en manos del juez. Al mismo tiempo ha de presentar de los que sean y de sus acreedores, con expresion de sus débitos y domicilios, dos relaciones, memorias ó listas firmadas de su mano, si sabe escribir. El tercero, que estas relaciones ó listas sean hechas con exactitud, individualidad y pureza, reservándose únicamente el concursante su vestido ordinario é instrumentos de su arte (1); excepto que sea ascendiente ó descendiente, suegro, yerno, marido, muger, señor, siervo, donatario ó socio, pues estos gozan entre sí del beneficio de la *competencia*, y no pueden ser demandados unos por otros, ni estan obligados á mas de su posibilidad; y asi el juez debe dejarles con que vivir cómodamente, y vender el residuo para satisfacer á sus acreedores. El cuarto, que para excluir toda sospecha de ocultacion y su pena, jure el concursante en los memoriales ó relaciones, que estan hechas legal y fielmente, sin el mas leve fraude, y que no hace memoria de otros bienes, obligándose á manifestarlos siempre que lleguen á su noticia ó poder. En el pedimento debe solicitar que el juez admita la cesion y dimision, deposite los bienes, y los distribuya entre sus acreedores con arreglo á derecho. El quinto, que pretenda igualmente se cite y haga saber la dimision, cesion ó concurso á todos aus acreedores, ya sean puros, condicionales, ó á dia cierto, para que en el término que el juez les prefina (que segun la ley (2) debe ser á los presentes el de nueve dias por tres, y el último perentorio) usen de la accion que les competa, y pasados se declare por bien formado el concurso, á fin de que no le molesten, dándole el correspondiente mandamiento de amparo (3). En orden á qué perjuicio se irroga á los especialmente citados, que no comparecieron, ó lo hicieron antes de la última sentencia, ó despues de terminado ó acabado el juicio, y cuándo han de ser ó no oidos, véase á Salgado, part. 1. *Labyr.* cap. 8, que lo trata con extension. La citacion á los acreedores se ha de hacer precisamente en esta forma, á los que existen en el pueblo, en sus personas; á los que estan fuera de la jurisdiccion, y se saben sus nombres y pueblos en que habitan, por re-

1 Ley 1. tit. 15 Part. 5. Paz tom. 4. part. 5. cap 5. num. 9. Acev. y Matienz. en la ley 4 tit. 16. lib. 5. de la antig. Rec.

2 Ley 5. tit. 16. lib. 5. Rec., véase la dicha nota 1.

3 Salg. ibi, num. 27, y cap. 8. num. 26 al 37.

quisitorias; y á los ignorados, ya sea la ignorancia de sus personas ó de su domicilio, por edictos ó proclamas de tres en tres dias, fijándolos en los parages públicos (1); pues no bastan estas solas para perjudicar á todos; ni la citacion general hecha por ellas está en uso sino para los ignorados (2), ni tampoco basta que se cite á algunos y no á los demas pudiendo ser citados (3), porque la division hecha sin concurrencia de todos los interesados, ó al menos sin su citacion, es nula (4); y el juicio divisorio es individuo é inseparable por su naturaleza, por lo que se debe seguir y terminar entre todos los partícipes (5), y asi se practica en la Corte. Aunque el concursante exprese que no tiene mas acreedores que los que refiere en la memoria, conviene fijar los edictos para que si acaso se ha olvidado alguno, como suele suceder, no pueda decir de nulidad del proceso, ni por este defecto se moleste á los compradores de los bienes cedidos. El sexto, que para que se admita el concurso, y estime por legítimo, verdadero y no ficto ni fraudulento, tenga el deudor tres acreedores á lo menos, y en el memorial que dé al tiempo de su formacion los nombre, pues no teniendo, ó no nombrando mas que dos, no se estimará por concurso, ni el juez se lo debe admitir (6). El séptimo y último requisito es, que si el deudor se halla molestado judicialmente por varios tribunales (bien que para haber concurso, no es necesario que lo esté, á diferencia de la simple cesion en la cual se requería), solicite ante el juez que los autos pendientes en todos, se acumulen al juicio del concurso, como universal, individuo, conexo é inseparable, á fin de evitar las molestias de aquellos acreedores; previniendo que si tiene muchos fueros, puede acudir á formarlo ante cualquiera competente, ya sea de los electos por los mismos acreedores, ó por alguno de estos, ó ante otro (7). Este último requisito sobre acumulacion se entiende puesto aunque se omita en el escrito (8), por lo que no es preciso que al tiempo de la formacion del concurso pretenda la acumulacion, ni por

1 Cancer. part. 1. *Var.* cap. 7. num. 24. Fontanel. *de pact.* claus. 1. glos. 6 part. 8. tom. 2. num. 42 y sig. Salg. dicho cap. 8. num. 1 al 3.

2 Greg. Lop. en la ley 42. tit. 13. Part. 5. glos. 3. al fin. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. § 9.

3 Salg. dicho cap. 1. num. 3 al 41. Boler. *de decoction.* tit. 4. quæst. 1. num. 4 al 7.

4 Ley *Si cum fratre*, Cod. *Res inter alios acta.* Ley *Duo fratres*, ff. *de adquirenda hæreditate.*

5 Salc. part 1. *Labyr.* cap. 3.

6 Salg. dicho cap. 1. num. 41. vers. *Alium non est contemnendum*, y part 3. cap. 46. num 58 vers. *Ex iis unum obiter.*

7 Salg. part 1. *Labyr.* cap. 4.

8 Ley *Emptis*, al princip. ff. *de action. empt.* Acev. en la ley . tit. 5. lib 4. Rec, desde el num. 50.

este defecto se estima mal formado, pues puede solicitarla despues, y tambien los otros acreedores en cualquier estado del pleito, aunque esten pasados los nueve dias legales en que se mandan proponer las excepciones dilatorias (1).

11. Igualmente puede formarlo en la chancilleria ó audiencia del distrito de su domicilio por caso de Corte, porque como persona miserable le compete este privilegio, mayormente siendo reo como lo es, pues ninguno se puede titular mas pobre, ni miserable, que el que da todo lo que tiene, y se queda sin cosa alguna para alimentarse; y aunque sus acreedores sean clérigo, iglesia, escolar, ú otro exento, no gozan de privilegio contra él, por ser tambien privilegiado, y asi deben seguir su fuero como actores que son, porque nada les pide, y lo que hace únicamente es convocarlos para que repitan contra sus bienes, que les cede, y usar de esta excepcion preventiva, antes que dirijan sus acciones contra él, al modo que despues de demandado lo podia practicar; de que se infiere, que si el clérigo quiere formar pleito de acreedores eclesiásticos y seculares, lo debe hacer ante su juez, y no ante el secular, porque es incompetente é incapaz de conocer de sus causas, y asi deben ocurrir todos alli á pedir y deducir su derecho (2).

12. Esto no milita para con el fisco, pues por especial privilegio avoca y atrae á sí todos los autos del concurso hasta que se hace pago de su crédito, y despues los devuelve al juez ordinario; pero para que no llegue este caso, cuando su crédito es indubitado, consienten los acreedores que se les satisfaga, y á este fin mandan ante el originario del concurso mande vender los bienes necesarios de los cedidos. Si hay duda sobre su legitimidad, no se evita la avocacion de autos que deben seguirse ante el mismo juez privativo, hasta que se declare y esté satisfecho ó excluido (3).

13. Concurriendo en la formacion del concurso, y de parte del concursante los requisitos expresados, se debe estimar legítimamente formado, y como tal surtirá los cinco efectos siguientes. 1.° Que mientras se ventila, por ninguno de sus acreedores puede ser ejecutado ni reconvenido judicialmente. 2.° Que se hace juicio universal é individuo, por lo que todos deben ocurrir alli á pedir, acumulándose los autos principiados antes de su formacion ante cualesquiera jueces, y los que despues de

1 Salg. dicho cap. 4. §. 3.
2 Salg. ibi, cap. 2 y 6 per tot.
3 Salg. part. 1 dicha, cap. 7.

formado se instauren en el estado que tengan para que se impida la division de la continencia de la causa. 3.° Que si el juez del concurso expide sus requisitorias á los que conocen particularmente de las instancias movidas por algunos acreedores, á fin de que le remitan los autos obrados, y sobresean en su conocimiento, las deben obedecer y remitírselos íntegros y originales, si en ellas les hace constar que el concurso está bien formado; y si resisten su remision se puede quejar de ellos al superior para que los compela à ella y los inhiba; pero no haciéndoselo constar, no estan obligados á cumplimentarlas, ni á sobreseer en su progreso. 4.° Que por él no se causa décima, ni el juez puede exigirla de los bienes del deudor por las razones que expuse en el capítulo 8, párrafo 6 del título anterior. Y 5.° que una vez declarado por legítimamente formado, compete al concursante ó cedente la excepcion de no estar obligado à responder en juicio á los acreedores que fueron citados y no pagados, aunque llegue á mejor fortuna, excepto que quedándole congrua sustentacion le sobre algo, pues entonces lo estará en cuanto pueda solamente, porque la natural y civil obligacion no se extinguen (1). Si pone esta excepcion impedirá la contestacion del pleito; pero su fiador no goza de este beneficio, porque es personal, y no le está concedido el privilegio como al concursante, y asi deberá pagar por él (2).

14. En el concurso controvierten los acreedores entre sí, no solo sobre la preferencia en el pago de sus créditos, sino sobre su calificacion y legitimidad, porque se interesan los verdaderos en que se excluya á los ilegítimos, y haya menos á quienes pagar. Para esta calificacion no basta el reconocimiento del papel ó confesion del concursante, pues aunque esta prueba el débito, se entiende contra aquel que en virtud de ella se perjudica (3), y queda eficazmente obligado (4); mas no contra los acreedores, porque se presume ficta, dolosa y hecha con deliberado ánimo de eludir su derecho, como sentè en el capítulo 2 del título anterior, párrafo 24. Asimismo un vale no lo califica de legítimo, porque con facilidad se puede anteponer en él la fecha y perjudicarlos, por cuya razon el que de otra suerte no lo acredita, no se debe numerar entre los legítimos y verdaderos (5); y

1 Ley 3. tit. 15. Part. 5. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 6, vers. *Et ideo regia lex.*
2 Ley 3. al fin tit. 15. Part. 5.
3 Cap. 1 y 2. *de confes.* y cap. *Per inquisitionem de election.*
4 Ley unic. Cod. *de confes.* ley *Cum te*, Cod. *de transact.*, y ley 1. tit. 10. lib. 10. Nov. Rec.
5 Ley *Duobus*, §. 1. ff. *de jurejurand.* Nasc. *de probat.* conclus. 372.

mucho menos despues de hecha la cesion, porque entonces, como fallido y privado de la administracion de sus bienes, no puede confesar débitos, ni reconocer escrituras privadas en perjuicio de ellos (1).

15. Se limita lo expuesto en el párrafo anterior, cuando con la confesion concurren otros adminículos que desvanecen la presuncion de fraude, pues entonces se estimarán por créditos reales y verdaderos; por lo que si el acreedor tiene vale firmado por el deudor y por tres testigos, y à mas del reconocimiento de aquel interviene el de estos, que contestes deponen del tiempo, lugar y sustancia del débito, y de la extension del vale á su presencia, no solo será reputado por acreedor verdadero, justificándolo todo, sino preferido á los escriturarios posteriores (2).

16. Sin embargo de que el deudor haya hecho la cesion de sus bienes y formado concurso de acreedores, puede arrepentirse, seguir contra estos su derecho, liquidar el crédito de cada uno, è impedir la venta de aquellos (3); pero esto solo tiene lugar, con tal que la cosa esté íntegra, y se dice estarlo antes que acepten la cesion y ocurran al concurso, mas no despues de contestado si los acreedores lo resisten, excepto que les pague (4). Asimismo podrá practicar todos los actos honoríficos anejos á los bienes secuestrados; v. gr. nombrar jueces, presentar beneficios, ejercer jurisdiccion y otros semejantes, que no competen al administrador del concurso.

17. Si el deudor antes que haga cesion de bienes, ó antes que sus acreedores tengan la posesion de ellos, pagare sus créditos à alguno, no podrán revocar el pago los otros que instan despues por el suyo, siendo igualmente privilegiados, aunque los demas bienes no alcancen para ellos; pero despues de hecha la cesion, ó de aposesionados, à ninguno puede hacer el pago, y si lo hace, lo puede revocar, estando obligado el que tomó el dinero à restituirlo. Lo mismo procede siendo mas privilegiados los acreedores no satisfechos (5), pues carece de facultad para perjudicar á estos antes ni despues de hacerla.

18. Aunque el deudor por la cesion y dimision que hace en manos del juez, se desprende no solo de los bienes que tiene,

1 Salg. part. 3. *Labyr.* cap. 13. num. 13 al 24.

2 Ley *Scripturas*, 8. Cod. *Qui potiores in pignor. habeant.* y ley 31. tit. 13. Part. 5.

3 Ley *Si quantitatem*, 2. Cod. *Qui bonis cedere possunt.* Ley *Is qui bonis*, 3, y ley *Quem pœnit* 5. ff. *de cession. bonor.* y ley 2. tit. 15. Part. 5.

4 Salg part. 3. *Labyr.* cap. 16. Olea *de cession jur.* tit. 1. quæst. 1. num. 42.

5 Ley *Quod autem*, 6. §. *Sciendum*, 7. ff. *Quæ in fraudem creditor.* Ley *Ex facto*, 52. ff. *de peculio*, y ley 9. tit. 15. Part. 5, y en ella Greg. Lop. glos. 1 y 3.

sino tambien de su administracion y enagenacion, de modo que no puede usar de ellos, ni mezclarse en cosa alguna, por no ser parte, y por haberse privado de todo por su propia voluntad, y cuasi contraido con sus acreedores, ni tampoco dividirlos entre estos; no pierde por esto las acciones activas y pasivas, ni su dominio ó propiedad mientras estan pendientes, y hasta que se subastan y distribuyen (1).

19. Siendo el concursante duque, conde, marques, baron ú otra persona constituida en dignidad con jurisdiccion, se le deben consignar y dar los alimentos precisos con preferencia á sus acreedores, y del residuo de las rentas de los bienes concursados pagar à aquellos sus créditos, pues no tienen derecho á la consignacion ni facultad de impedirla. Lo propio se practica con la ciudad, pueblo, iglesia y universidad, porque gozan del beneficio de no poder ser reconvenidos en mas de su posibilidad, bajada su congrua sustentacion; pero esto no tiene lugar con el poseedor de mayorazgo simple sin dignidad, pues aunque sea noble, no le competen alimentos, por no estarle concedido el privilegio que á los referidos (2), como sentè en el capitulo 4, párrafo 46 del título anterior.

20. Debe hacerse la cesion de bienes sin que intervenga acto ignominioso al cedente, y la costumbre en contrario no vale, ni se ha de observar (3). De ella se ha de conferir traslado à los acreedores, y sino hacen oposicion dentro de tres dias primeros siguientes al de la última notificacion, les ha de acusar la rebeldía el concursante, insistiendo en su primera pretension, y el juez mandará que por segundo término se les vuelva à hacer notoria. Si pasados otros tres despues de hecha, tampoco comparecen à decir de ocultacion, ó à poner otra excepcion, ha de presentar otro pedimento acusándoles tambien la rebeldía, é insistiendo en la pretension de que se declare por legítimamente formado el concurso, y se le dé para su resguardo el competente mandamiento de amparo. Si está preso solicitará que se le ponga en libertad, à cuya pretension ha de mandar el juez que por tercero y último término se les vuelva à hacer saber la cesion y dimision, para que dentro de otros tres dias expongan lo que les convenga; y pasados sin haber comparecido, ha de dar cuarto pedimento el concursante acusándoles la rebeldía, y

1 Boler. tit. 4. quæst. 2. num. 14 y 15. Salg. *Labyr.* part. 1. cap. 14.

2 Covarr. lib. 2 *Var.* cap. 1. num. 6. Salg ibi, cap. 24. Surd. *de alim.* tit. 8. privileg 28.

3 Matienz. en la ley 4. tit. 16. lib. 5. glos. 2. num. 7.

pretendiendo que mediante no haber comparecido, sin embargo de las tres notificaciones que se les hicieron, se declare por bien formado el concurso y cesion, se le suelte de la prision, y se le dé el mandamiento de amparo, à cuya solicitud debe el juez providenciar asi: *autos citadas las partes.* Pasados tres dias despues de la última notificacion, debe deferir á la pretension del concursante, nombrar defensor de este y del concurso, depositario de los bienes, y administrador y cobrador si fuere necesario en la forma que manifestaré en los párrafos 22 y 23. Si resulta que penden autos contra el concursante ante otros escribanos y jueces, y lo pide este, proveerá auto para que los referidos escribanos vayan à hacer relacion de ellos, y acumularlos al juicio universal. No solo se deben hacer saber los tres autos à los acreedores presentes, sino que tambien han de fijarse al mismo tiempo edictos llamando á los ausentes ignorados por primero, segundo, tercero y último y perentorio término de tres en tres dias útiles, poniendo testimoniados los que se fijen, quedando los originales en los autos, y extendiendo á su continuacion diligencia de la fijacion de aquellos. Si alguno conocido existe fuera de la jurisdiccion, se le debe citar por medio de requisitoria, prefiniéndole el competente, segun la distancia, por tres plazos, y el último tambien perentorio para que comparezca, haciendo en ella la relacion competente, é insertándose para documentarla el pedimento y memoriales producidos con él, sin que sea necesaria mas citacion; pero aunque hayan espirado los términos señalados á los acreedores presentes, no se ha de declarar por bien formado en este caso el concurso hasta que se devuelva evacuada la requisitoria, y esté pasado el que haya prescrito en ella el ausente, por si viene à deducir alguna cosa contra su formacion.

21. Si se opone algun acreedor à que se declare por bien formado el concurso, exponiendo haber ocultado bienes el concursante, ó gozado de espera ú otro motivo semejante, se ha de controvertir con este y con aquel la instancia, y recibirla á prueba sumariamente, sustanciándose los autos en estrados hasta la sentencia, en que se declare haber ó no lugar á la formacion por rebeldia de los demas que no auxilian la oposicion, y mientras se ventila, si está preso, ha de subsistir en la prision. Si en el memorial de bienes incluyó algunos que estaban depositados en su poder, se ha de practicar lo que dejo expuesto en el párrafo 6, capitulo 4 del titulo anterior.

22. Declarado por bien formado el concurso (hasta cuyo ac-

to es propiamente cesion legítima de bienes hecha por el deudor), deben todos los acreedores ó la mayor parte en cantidad, y no en personas, nombrar por su cuenta y riesgo sugeto que administre, cuide y custodie fielmente los bienes y créditos cedidos, y sobre sus rentas y lo demas que se esté debiendo al concursante, y el juez lo ha de aprobar y confirmar siendo apto, y no habiendo fraude ó colusion; pero ningun oficial ni dependiente de su juzgado puede serlo por falta de idoneidad à causa de estarles prohibido. Si todos los bienes son muebles, se nombra solamente depositario, porque no hay que administrar ni arrendar.

23. Sino tratan de elegirlo, debe pedir el defensor nombrado que se les mande hacerlo; y si habiéndoseles mandado no lo hacen dentro de tercero dia, puede proponerlo al juez, de cuya propuesta les ha de comunicar traslado. Si nada responden dentro de otro tercero dia, ha de insistir el defensor en su nombramiento, acusándoles la rebeldía, y el juez haberla por acusada, mandando se les vuelva à hacer saber el traslado, y apercibiéndoles que si dentro de otros tres dias no lo evacuaren, deferirá à la solicitud del defensor, y les parará el perjuicio que haya lugar. Si tampoco usaren del traslado, volverá el defensor à acusarles la rebeldía è insistir en su nombramiento, y el juez la habrá por acusada, y llamará los autos. Pasados otros tres dias despues de citados los acreedores con este último auto, deferirá à la pretension del defensor *por cuenta y riesgo de los acreedores* (como sucede tambien en el de aprobacion, caso que propongan por sí ó se conformen con el propuesto por el defensor), y en el mismo auto mandará al administrador que ante todas cosas dé fianzas suficientes hasta en la cantidad correspondiente à lo que ha de entrar en su poder, ó con bienes suyos raices libres, cuantiosos y determinados que hipoteque y asegure la responsabilidad de todo, obligándose á administrar los concursados como debe, á dar cuenta con pago siempre que se le mande, y practicar lo demas concerniente á su conservacion y utilidad. Dadas que sean y consentidas por el defensor y acreedores, ó en su rebeldía aprobadas de oficio por el juez, pues debe comunicárselas á fin de que expongan los reparos que se les ofrezcan, le ha de expedir el título de tal, confiriéndole poder amplio en él para administrar y arrendar los bienes del concurso, percibir y recaudar sus rentas y créditos que le correspondan, y seguir pleitos sobre su cobranza y demas anejo á la administracion, con facultad de sustituirlo por su cuenta y

riesgo en quien y las veces que quisiere, revocar unos sustitutos y elegir otros. Con este título se ha de requerir á los arrendatarios del distrito del pueblo en que se siga el juicio, y à los de fuera de él por medio de requisitoria, para que le acudan, y no à otro, con lo que esten debiendo y debieren en lo sucesivo, pena de volverlo à pagar haciendo lo contrario.

24. Este administrador es lo mismo que un depositario y curador de bienes. Sus facultades se circunscriben y limitan à la mera administracion, arrendamiento, custodia, gobierno, conservacion y beneficio de los bienes concursados, percepcion y recaudacion de sus productos, venta de sus frutos à los tiempos oportunos, y mas útiles al concurso, y paga de lo que el juez le mande; pues de su propia autoridad à ningun acreedor debe hacerla. Este es su oficio y no otro; y asi puede mover los pleitos concernientes al cobro, conservacion y beneficio de los bienes, mas no hacer compromisos, transacciones, remisiones, trueques ni donaciones, ni intentar las acciones tocantes à su propiedad, dominio y posesion, porque esta facultad no se trasfiere en él, y por lo mismo no es ni se le debe estimar parte para ello; pues compete su instauracion al defensor del concurso y à sus acreedores de cuyo interes se trata, para que no se disminuyan ni defrauden, ni tampoco mezclarse en disputarles la calidad, legitimidad y prelacion de sus créditos, ni en otra cosa alguna. En cuanto à si puede ó no comprar por si ó por interpuesta persona los bienes del concurso, véase à Salgado part. 1. *Labyr.* cap. 13. §. 2.

25. Electo el administrador han de pedir los autos los acreedores, tomarlos y producir los documentos que califiquen sus créditos, pretendiendo se les prefiera, y excluya à los ilegítimos. Los autos se han de entregar al que primero los pida, porque este juicio es de los que se llaman *duplicados ó mixtos*, en los cuales todos son actores y reos, y asi no hay prelacion en el orden de tomarlos. De lo que respectivamente pretenda y alegue cada acreedor, se debe dar traslado à los demas y al defensor, hasta que todos respondan, y luego si uno ó mas concluyen sin replicar à las pretensiones de los otros, y hay algun traslado ó traslados sin evacuar, se da tambien traslado de las conclusiones, mandando que corran los anteriores no evacuados, hasta que concluyan todos ó la mayor parte en número de personas, pues para el orden y sustanciacion del juicio se atiende solamente à estas, porque en él son iguales el de corto crédito, como el de mayor, y à veces suelen tener mejor

derecho. Si vuelven los autos sin responder, ó no los toman, se les acusa la rebeldía por alguno de los que concluyeren, ó poe el defensor; el juez la há por acusada, y los autos por conclusos para los efectos que haya lugar, pues asi se debe pretender; despues recibe el pleito à prueba en la forma ordinaria, porque este juicio lo es; hace cada uno su probanza, y pasado el término probatorio, y hecha publicacion, alegan de bien probado y de su derecho, y se concluye, ó han por conclusos los autos en iguales términos para definitiva: vistos, los sentencia, dando à cada uno el lugar que le corresponde para ser pagado, y ejecutoriada la sentencia ò pasada en autoridad de cosa juzgada, se hace el pago à cada acreedor en virtud de libramiento del juez, dando previamente la fianza de acreedor de mejor derecho en la forma que explicaré en el párrafo 28.

26. Del pedimento que cada acreedor presenta con los documentos de legitimacion de su crédito y de su probanza, se debe hacer pieza separada, como tambien de los libramientos que se despachen; pero los que conciernen à la sustanciacion del juicio universal, que son todos los demas, se han de poner en la general del concurso, è igualmente la sentencia de graduacion, la cual se debe notificar à todos los acreedores y al defensor judicial.

27. Asimismo se debe hacer pieza separada de cada incidente que ocurra, y haya de sustanciarse y determinarse con separacion. Si por *otrosí* del escrito sobre lo principal, pretende algun acreedor ó el defensor alguna cosa que requiera previo y separado examen y decision, se ha comunicar traslado de ella à los demas, y el juez mandará de oficio que para que no cese el curso en lo principal del juicio, se haga pieza separada, y que el escribano originario, à costa del mismo acreedor (pues debe pedir con separacion, y no por *otrosí*, confundiendo unas pretensiones con otras), ponga por cabeza de la pieza testimonio à la letra del *otrosí*, y auto con la relacion competente: de esta suerte no se suspende ni retarda la prosecucion del juicio sobre la preferencia, ni hay confusion en las pretensiones, ni se invierte el orden de sustanciarlas.

28. Es apelable la sentencia de graduacion, como otra cualquiera dada en primera instancia, y asi debe admitirse en ambos efectos su apelacion à cualquier acreedor que la interponga dentro del término legal; pero la que profiera el superior en vista, confirmándola ó revocándola, se ha de ejecutar sin embargo de suplicacion, y en su virtud serán pagados por el orden

que contenga los acreedores, dando antes de serlo fianza depositaria (que llaman *de acreedor de mejor derecho*) *de restituir lo que cobren, si la sentencia se revocare en grado de revista*, pues asi lo manda la ley en este caso (1). Tambien se debe dar, aunque en revista se ejecutorie la sentencia antes de ejecutarse ó despues, por si acaso sale algun acreedor que tenga mejor derecho que todos, ó alguno de los pagados, y por ignorar el concurso no compareció en él, en cuyo caso ha de contener la fianza esta expresion, y en el anterior la que queda referida; pues la ejecutoria no perjudica à los ignorantes que no fueron oidos, ni les quita el derecho que tienen contra los bienes del deudor comun, ni la preferencia à los demas, bien que su interpelacion no impide el pago mandado hacer á estos bajo de la fianza. Lo mismo procede cuando todos los acreedores que han ocurrido la consienten expresamente, ó por no decir nada contra ella se declara por pasada en autoridad de cosa juzgada à instancia de alguno de ellos ó del defensor, y en estos términos se debe entender lo que expliqué en el tomo 2, párrafo 15 del capítulo 18, página 442; y en el mismo tomo, página 449 se halla extendida la mencionada fianza.

1 Ley 10. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.

CAPITULO SEGUNDO.

Del concurso necesario, que con mas propiedad se llama pleito ú ocurrencia de acreedores. De las diversas clases de estos.

§. 1. ¿Que se entiende por concurso necesario?

2. Diferencia entre este concurso y el voluntario.

3 y 4. Diversas clases de acreedores, y caracter distintivo de cada una.

5. De los acreedores hipotecarios, unos tienen hipoteca tácita y otros expresa.

6. La hipoteca tácita tiene la misma fuerza que la expresa. Aquella como legal no solo se contrae en los bienes del deudor, sino tambien en sus frutos.

7. Estan sujetos á la responsabilidad del débito en la hipoteca tácita los bienes presentes y futuros del deudor, como en la expresa.

8. Compete la hipoteca tácita á la iglesia por sus diezmos en las cosas de que se deben.

9. La tiene el fisco en la cosa que se vende, cambia ó permuta por la alcabala y demas derechos que se causan en todo caso y tiempo.

10. Tambien compete el privilegio de hipoteca tácita á la muger casada para recuperar su dote verdadera.

11. Corresponde igualmente á los herederos de la muger casada, y á los cesionarios y particulares sucesores en los bienes del marido por el importe de la dote.

12. Por la dote prometida al marido antes de casarse le compete la misma hipoteca, verificado que sea el matrimonio.

13. Corresponde tambien á los hijos legítimos, no solo en los bienes de su padre, sino en los de su madre, por el importe de las arras y donaciones que ofrecieron ó hicieron.

14. Tambien se da á los hijos legítimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que tuvo en su poder y administró.

15. Está concedida al hospital en los bienes de su administrador por lo respectivo á su administracion.

16. El legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador por el legado que le hizo.

17. El que prestó dinero para fabricar ó componer casa ú otro edificio, ó para armar ó habilitar algun buque, tiene hipoteca tácita en ellos.

18. Por el alquiler y arrendamiento de casa ú otra finca, y por el daño que el arrendatario hubiere he-

cho en ella, tiene el arrendador hipoteca tácita en los bienes que existen en la misma.

19. Tambien compete hipoteca tácita por los gastos hechos con motivo de enfermedad, entierro y otros en los bienes del difunto, á favor del que los hizo.

20. Del apoderado que contrae hipoteca en virtud de poder para hipotecar, no conteniendo este en sí contrato ni obligacion.

21. Al menor de veinte y cinco años compete la hipoteca tácita en los bienes de su tutor ó curador, y en los de sus herederos y fiadores por el alcance líquido que contra él resulte en la administracion de la tutela ó curaduría.

22. Esta hipoteca tácita del menor no se extiende á los bienes que adquieren el tutor ó curador despues que se acaba la tutela ó curaduría.

23. ¿Desde que dia compete al menor esta hipoteca?

24. El privilegio de tácita hipoteca, como real y coherente á las cosas, pasa á los herederos del menor.

25. ¿Si el tutor y curador tendrán hipoteca tácita en los bienes del pupilo ó menor por los gastos que hubieren hecho en utilidad de estos, y consten de la cuenta de su administracion?

26. No se permite al menor durante la tutela ó curaduría, oponer la compensacion de su débito con el crédito que tiene contra el tutor ó curador; pero acabada la tutela ó curaduría, ambos pueden oponérsela.

27. Tiene tambien el menor hipoteca tácita en lo que se compra con su dinero.

28. No solo le compete como dueño del dinero el privilegio de hipoteca tácita para recuperarlo, sino tambien el de prelacion, respecto de otros acreedores del comprador extraño.

29. Cuando el tutor ó curador compra la finca para sí con dinero del pupilo ó menor, puede este pedirla por la accion vindicatoria, ó usar de la hipotecaria para la repeticion del dinero.

30. El menor no puede enagenar ni hipotecar sus bienes sin justas causas, y las solemnidades prescritas por las leyes.

31. Causas que se tienen por justas para la enagenacion.

32. Solemnidades que deben intervenir en la enagenacion.

33. Si faltaren las justas causas y solemnidades expresadas será nula la enagenacion.

34. Para rescindirla no necesita el menor implorar el beneficio de la restitucion.

35. Lo dicho procede no solo en las cosas de que los meno-

res son dueños, sino tambien en aquellas en que tienen cuasidominio, ó no mas que en el util.

36. Siendo la donacion una especie de enagenacion, está prohibido al pupilo hacer donacion simple por sí, y con la autoridad sola del tutor.

37. Para la enagenacion de los muebles, que guardándolos no pueden conservarse, y derechos tocantes á ellos, no es necesario decreto del juez, y basta la autoridad del tutor ó curador.

38. Así como no puede el menor enagenar sus propios bienes raices ó muebles preciosos, no interviniendo justas causas y las solemnidades legales, tampoco puede hipotecarlas sin ellas.

39. ¿Si la prohibicion de hipotecar impuesta al menor se amplía á la cosa que compra, por el precio que no paga al vendedor?

40. Apéndice á este capítulo sobre otros privilegios concedidos á los menores.

1. El segundo género de concurso es el que se causa y promueve por los mismos acreedores, sin que los convoque ni concurra á él el deudor, sino antes bien con total independencia suya, aun cuando uno pide ejecucion contra él, y los demas comparecen en el juicio, oponiéndose á que sea pagado antes que ellos; ó cuando por haber muerto presentan sus créditos en el juicio de su testamentaría, y cada uno solicita la prelacion del suyo en el pago; ó cuando ocurren pidiendo contra sus bienes por haber hecho fuga ó quiebra. Este se llama *concurso necesario*, y con propiedad *pleito ú ocurrencia de acreedores*, el cual es de diversa naturaleza del voluntario; pues aunque por la oposicion se induce la division de la continencia de la causa, se restringe á los que comparecen en él, y no se amplía á los demas, sin embargo de que esten litigando contra el deudor en otros tribunales, y así es juicio particular entre aquellos, y no universal (1).

2. Se diferencia este concurso del general y voluntario: 1.° en que proviene de causa distinta, porque aquel procede del deudor comun, única razon porque se llama universal, y este de los acreedores solamente, y por eso es particular entre ellos. 2.° En los efectos, porque en el primero todas las causas movidas antes y las que despues se instauren, se deben acumular precisamente á él, como cabeza en el estado que tengan, aun

1 Salg. part. 1. cap. 4. §. 1. num. 30 al 33.

que el juez ante quien se formen de ninguna conozca; pero en este nó, antes bien se han de seguir y determinar por el que en ellas entiende respectivamente, y solo para su reintegro han de ocurrir con su mandamiento de pago el acreedor ó acreedores que las han movido al juez de la ocurrencia, porque en ella han de ser graduados y pagados. Y aunque por el mandamiento de pago no se acredita la legitimidad del crédito para efecto de perjudicar á los demas acreedores, por no haber seguido con ellos juicio sobre prelacion, se estima no obstante por legítimo, y si hay alguna duda, se presenta con él la escritura original que lo motivó, á cuyo fin se saca de los autos, dejando copia en ellos con la competente nota. Si se pide acumulacion de autos pendientes ante diferentes jueces y escribanos, ó ante un juez y diversos escribanos, se debe hacer al que tomó primero el conocimiento, como con otros afirma Salgado (1), pues la misma razon milita entre escribanos que entre jueces; lo cual ha de entenderse en mi concepto cuando varios acreedores ocurrieron respectivamente por distintas escribanías; pero no cuando comparecieron, v. gr. tres ante un juez y escribano, y otros tres ó mas ante distintos jueces ó escribanos, pues en este caso, de que no habla Salgado, me parece que los juicios particulares, aunque sean anteriores en tiempo, deberán acumularse á la audiencia del juez, ó escribanía ante quien ocurrieron los tres, porque estos forman ocurrencia, y como la mayor parte atrae á sí la menor, no se debe dividir la continencia de la causa universal. Asimismo en este concurso no concede el derecho al deudor el beneficio y excepcion que en el general, ni hay memoriales de bienes y acreedores, ni á instancia del deudor se convocan, citan ni se fijan edictos, ni tampoco se nombra regularmente defensor como en el otro; bien que cuando se forma por muerte, fuga ó quiebra, y se ignora qué acreedores tiene, se debe nombrar de oficio, y llamarlos por edictos, segun se practica en la Corte. Convienen ambos concursos en que tocante á la sustanciacion del juicio sobre legitimidad y prelacion de créditos, su graduacion, pagos, inventario ò secuestro, depósito y administracion de bienes, se observan las propias reglas en uno que en otro.

3. Explicada ya la diferencia que hay entre el concurso voluntario y necesario, y la naturaleza de este, paso á dar idea de las diversas clases de acreedores, y á manifestar quienes de

1 Salg. alli, desde el num. 34 al 42.

ellos tienen ó no hipoteca tácita en los bienes de su deudor, reservando para el capítulo siguiente el tratar de la preferencia de los mismos en la graduacion de sus respectivos créditos. Hay tres clases de acreedores, á saber: *hipotecarios ó reales con privilegio de prelacion, ó sin él; meramente personales ó quirografarios, y personales privilegiados* sin hipoteca. Tambien hay otros mixtos de reales y personales, porque á la satisfaccion de sus créditos estan obligados la persona y bienes del deudor, y como por la hipoteca compete al acreedor accion real para perseguir la cosa hipotecada, y por el mero privilegio accion personal contra la persona del deudor, se sigue de esto que el privilegio cede á la hipoteca, y que esta hace callar á los acreedores de accion personal (1).

4. Los hipotecarios ó reales son aquellos á cuyos créditos estan afectos, especial ó general, tácita ó expresamente los bienes del deudor (2). *Meramente personales* son aquellos que hacen constar sus créditos por uno de cuatro medios, á saber: vale, cuenta ó papel simple del deudor (que se llaman *quirografarios*); confesion de este sin papel alguno; informacion de testigos; ó escritura pública en que no interviene obligacion general ni especial de sus bienes. Y los *personales privilegiados* son los que por derecho tienen privilegio para ser pagados de sus créditos con preferencia á otros, como el párroco por sus diezmos, el magistrado por su sueldo, el fisco por su haber, el dueño de lo depositado por su depósito &c.

5. De los hipotecarios unos tienen hipoteca *expresa*, y otros *tácita* ó *legal* en los bienes del deudor. Los que la tienen expresa se llaman *convencionales*, porque aquel por su convenio y con palabras expresas los obliga generalmente todos, ó especial y señaladamente algunos á la satisfaccion de sus deudas. Los que la tienen tácita son aquellos que, aun cuando el deudor no obligue especial ni generalmente sus bienes, tienen derecho contra ellos, porque quedan obligados por disposicion de las leyes, y por esto se llama hipoteca legal (3).

6. La misma fuerza y virtud tiene la hipoteca tácita que la expresa, y asi siempre que sea anterior, ha de ser preferido (re-

1 Ley *Eos*, 9. Cod. *Qui potiores in pignor.* Ley 9. tit. 4, y ley 11. tit. 14. Part. 5.

2 En el tomo 2.° cap. 19. pag. 453, se trató de la prenda é hipoteca, y sus cuatro clases, convencional, legal, pretoria y judicial, y alli puede verse la doctrina que no corresponde á este lugar, y era propia de aquel título, donde se trata de los contratos.

3 Ley 1. tit. 13. Part. 5.

gularmente hablando) el acreedor á quien compete, respecto del que la tenga posterior en los bienes del deudor, y no sea privilegiado (1). Esta hipoteca, como legal, no solo se contrae en ellos, sino en sus frutos, porque estos provienen de las propias hipotecas ó fincas que los producen, y como accesorios siguen su naturaleza, y por consiguiente se entienden obligados tácita ó legalmente (2); pero no quedan obligados los bienes del heredero del contrayente en la obligacion general que constituya, excepto que se exprese, ni tampoco los que el heredero adquiera (3).

7. Estan sujetos á la responsabilidad del débito en esta hipoteca tácita los bienes presentes y futuros del deudor, como en la expresa, y el acreedor puede proceder contra ellos sin distincion alguna de muebles, raices, semovientes, derechos y acciones con preferencia á los posteriores en cualquiera especie de crédito (4). Gozan de este privilegio la iglesia, el fisco, la muger casada, el hospital, la república, los menores, el marido, hijos y herederos legítimos y extraños de la muger, y los legatarios, el refaccionario y arrendador en los términos que se va á exponer.

8. Compete á la iglesia por sus diezmos en las cosas de que se deben (5), ó en los predios ó heredamientos de que se pagan (6), porque la obligacion de satisfacerlos es real, sigue al predio, el cual queda hipotecado á su solucion, y pasa con la carga al tercero poseedor (7), como tambien en los demas bienes del que los adeuda (8), como tambien en los de su prelado o administrador por la administracion de los suyos, desde que entraron en ella y empezaron á usarla (9).

9. La tiene el fisco en la cosa que vende, cambia ó permuta por la alcabala y demas derechos que se causan en todo caso y tiempo, pues para con el Rey jamas prescribe el derecho de exigirlos, y por los tributos reales, personales, ordinarios y ex-

1 Ley *Item quia*, 4. ff. *de pact.* y ley *Licet*, 6. ff. *in quibus causis pignus vel hipoteca* Ve'a discet. 26. num. 37.

2 Ley *Si convenerit*, 18. §. *Si fundus*, ff. *de pignorat. act* Greg. Lop. en la 14. tit. 13. Part 5 glos. 3.

3 Ley *Paulus*, 29. ff. *de pignor.*

4 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 17. num. 6.

5 Ley fin. tit. 70. Part. 1.

6 Alb. y Juan Andres in cap. *Cum homines de decim.*

7 Barbos. *de jure Ecclesiæ*, lib. 3. cap. 26. §. 4. num. 10. y de *offic. parroch.* cap. 28 y num. dichos Castill. *de tertiis*, cap. 2. num. 27.

8 Covarr. lib. 1. *Var* cap. 17. Greg. Lop. en la ley 23 tit. 13. Part. 5.

9 Cap. *Illud*, 12. quæst. 2. cap. *Lator*, 2. quæst. 8. Greg. Lop. en dicha ley 23. glos. 4, vers. *Bona etiam. Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc terr.* cap. 3. num. 21.

traordinarios en los bienes del que los debe, y en los que sus herederos hubieron de él en vida por cualquier título (1). Tambien la tiene en los de aquellos que contratan con él, y en los de sus tesoreros, administradores, cobradores y recaudadores de su real haber; y asimismo en los de sus fiadores y abonadores (2).

10. A la muger casada corresponde el privilegio de tácita hipoteca para recuperar su dote verdadera contra los bienes de su marido desde que la recibe, pero no cuando se pide la dote en fuerza de legado ú otro título (3). Tambien la compete por sus bienes parafernales, desde que los entrega á su marido para que los administre, y no antes, ni cuando ella los administra por sí (4), pero si el marido se obliga á tener por dote aumentada los bienes que durante el matrimonio la leguen, donen ó herede; en este caso, verificada la herencia, legado ó donacion, gozará del privilegio de prelacion por su importe, desde el dia en que conste haber recaido en ella á consecuencia de la obligacion constituida en el contrato nupcial, y no se conceptuarán parafernales, sino dotales aumentados á la dote principal, porque desde entonces tiene su principio la obligacion de responder de ellos, y la graduacion de dotales, lo que no sucederá si falta el pacto, pues se estimarán solamente en clase de parafernales. Igualmente le compete tácita hipoteca por las arras que el novio la promete (5); pero si esta oferta es por via de remuneracion, gozará del privilegio de preferencia (6). Del mismo privilegio de tácita hipoteca goza la muger por los alimentos que su marido debe darla (7), mas no por su mitad de gananciales, porque ningun derecho se la concede (8).

11. A los herederos de la muger casada, ya sean legítimos ó extraños, y á los cesionarios y particulares sucesores, compete igualmente hipoteca tácita en los bienes de su marido por el importe de la dote que llevó á su matrimonio; y los hijos legítimos habidos de este, no solo tienen el privilegio de tácita hipoteca, sino tambien por el vínculo de la sangre el de prelacion á otros acreedores de su padre que la tengan, aunque sea ante-

1 Leyes 25. tít. 13. Part. 5, y 9. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec.

2 Ley *Si qui mihi*, 28. ff. *de jure fisci*, y ley 25. al fin. tit 13. Part. 5.

3 Ley 23. tit. 13. Part. 5.

4 Ley 17. tit. 11. Part. 4. Gom. en la ley 53 de Toro, num. 40 al fin.

5 Greg. Lop. en la ley 23 cit. glos. 2 al fin. Gom. en la 53 de Toro, num. 41 y 78.

6 Faria ad Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 7. num. 23 y 24, y otros que cita.

7 Gutierr. *de matrim.* part. 1. cap. 45. num. 5. Surd. *de alim.* tit. 8. quæst. 49. num 16.

8 Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 7. num 5. Ciriac. controvers. 281. Castill. *de alim.* cap. 66.

rior, pues como personal se les trasfiere (1); pero no à los herederos extraños. Tambien compete la accion de repetir la dote al extraño que la dió á la muger con la condicion de que por su fallecimiento habia de volver à él, por ser visto no haber querido trasferirle su dominio, sino solamente el usufructo (2). En cuanto à si cediendo la muger à alguno la accion dotal que la compete contra su marido, se trasferirá en el cesionario con su privilegio, véase à Olea *de cess. jur.* tit. 6. quæst. 2. num. 10 y sig. y à Boler. tit. 5. *de decoction.* quæst. 8. num. 4 hasta el fin.

12. Por la dote prometida al marido antes de casarse le corresponde la misma hipoteca, verificado que sea el matrimonio, y no antes, en los bienes del promitente, desde que le hizo la promesa (3); y este no puede evitar ni evadirse de la hipoteca una vez ofrecida la dote, aunque proteste que sus bienes no quedan obligados à su responsabilidad, à menos que el marido lo consienta (4).

13. A los hijos legítimos compete tambien no solo en los bienes de su padre, sino en los de su madre, por el importe de las arras y donaciones que ofrecieron ó hicieron, y hubieron uno de otro por título lucrativo, en virtud de testamento ú otra última disposicion, ó de contrato entre vivos, en caso que el viudo se vuelva á casar, y no de otra suerte, pues estan obligados à reservarles su propiedad (5). Lo mismo procede por lo que hubieron de algun hijo de aquel matrimonio que haya muerto intestado sin sucesion.

14. Corresponde la propia hipoteca á los hijos legítimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que entraron en su poder y administró, la cual empieza desde que los recibe (6); y si su padre se los enagena, quedan obligados los suyos à responder de su valor, de tal suerte, que despues de su muerte pueden los hijos repetirlo del comprador, haciendo previa excusion en los paternos, y no en otra forma; pues como primero se han de pagar sus deudas, deben reintegrarse de la suya, y si hubiere para su reintegro, aunque nada les quede que heredar, no tienen accion contra el comprador (7).

1 Ley única, Cod. *de privileg. dot* y ley 33. tit. 13. Part. 5.

2 Ley 1. §. *Accedit.* Cod. *de rei uxoriæ action.* Mantic. *de tacit.* lib. 12. tit. 32. num. 252.

3 Ley 23. tit. 13. Part. 5. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 7.

4 Barbos. en la ley 1. part. 3. *Sol. matrim.* num. 27. vers. *Tertio.*

5 Ley 23. tit. 13. Part. 5, y en ella Greg. Lop. glos. 1 á la 5, y ley 7. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

6 Ley 24. tit. 13. Part. 5, y en ella Greg. Lop.

7 Dicha ley 24. ley 1. Cod. *de bonis matern.* y ley *Cum oportet*, 6. Cod *de bonis, quæ liberis.*

15. Está concedida al hospital en los bienes de su administrador por lo tocante á la administracion de los suyos, desde que principió á ejercerla para poderle demandar, y exigir de ellos el alcance líquido que contra él resulte (1). Tambien corresponde á la república en los del que administra sus caudales, por igual razon desde el propio tiempo y no antes, y desde entonces le toca la prelacion, como asimismo á la comunidad, al fisco, iglesia y menor por la de los suyos (2).

16. El legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador por el legado que le hizo, la cual empieza desde su fallecimiento (3). Pero es de advertir que los legados pios se prefieren à los que no lo son, por el fin de su destino, excepto que el testador disponga lo contrario, ó se infiera de su voluntad (4).

17. El que prestó dinero para fabricar ò componer casa ú otro edificio, ò para armar ò habilitar alguna nave, tiene hipoteca tácita en ellas, y el que lo suplió para alimentar ò pagar el trabajo à los oficiales sirvientes y marineros que trabajaron en la nave; la tiene igualmente en sus fletes y rendimientos (5); como asimismo en el oficio el que prestó el dinero para comprarlo (6).

18. Por el alquiler y arrendamiento de casa, tierra, viña, nave y otras cosas semejantes, y por el daño que el arrendatario les hubiese causado, tiene hipoteca tácita el arrendador en los bienes que existen en la casa, y en los frutos de la tierra, viña y heredad, y por los fletes de la nave en las mercaderías que condujo, lo cual se entiende, ya sean del primer arrendatario los bienes, frutos ò mercaderías, ò del segundo, si le hizo subarrendamiento de las cosas referidas, porque las leyes (7) hablan génerica é indistintamente, y asi no debemos distinguir.

19. Por los gastos y suplementos hechos en la última enfermedad del difunto, en su entierro moderado, segun su calidad y haberes, en los derechos de su testamento, su publicacion y apertura, y en la formacion del inventario de los bienes que dejó, compete tambien hipoteca tácita en estos al que los hizo (8),

1 *Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc. ter.* cap. 3. num. 22.

2 Leyes 23 y 25. tit. 13. Part. 5. *Cur. Filip.* dicho cap. 3. num. 23, y cap. 12. num. 43.

3 Dicha ley 26. ley 1. Cod. *Communia de legat.* Castill. *de aliment* cap. 66, y lib. 5. *Controv.* cap. 134.

4 Ciriac. controvers. 94 y 263. Menoch. lib. 4. præsumpt. 115. num. 2. Cardin. de Luc. *de legat.* disc. 13, 14, 42 y 5. *Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc.* §. 12. num. 62.

5 Ley 25. tit. 13. Part. 5. cit.

6 Castill. dicho cap. 66. Salg. *Labyr.* part. 1. cap. 10.

7 Ley 5. tit. 8 Part. 5.

8 Avend. en la ley 30 de Toro, Acev. Madenz. y Angul. en la ley 2. tit. 9. lib. 11. Rec Carlev. tit. 3. disp. 29. num. 7. *Cur. Filip ilustr.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 3. num. 30.

porque todos los referidos gastos y derechos se reputan funerarios.

20. Si el apoderado contrae hipoteca en virtud de poder para hipotecar, y este no es ni contiene en sí contrato ú obligacion, no se entiende contraida aquella al tiempo del mismo poder. No obsta alegar que la hipoteca condicional se retrotrae al tiempo en que se contrajo, verificada que sea la condicion, porque esto es por haber precedido contrato y obligacion sobre que recayó; pero como en la contraida en fuerza del referido poder, no le hay, se ha de atender para su antigüedad al tiempo en que el contrato se celebró en su virtud, y no al de la fecha del poder (1).

21. No solo compete la hipoteca tácita al menor de veinticinco años contra los bienes de su tutor, sino tambien contra los de sus herederos y fiadores por el alcance líquido que contra él resulte en la administracion de su tutela, pues desde el tiempo que la admitió, quedan responsables à su satisfaccion, y à la del perjuicio que le irrogue por su mala versacion en ella; lo cual se entiende, aunque su madre y abuela sean tutoras; y tambien le compete en los de su curador *ad litem* (2). Si su madre siendo tutora se vuelve à casar, à mas de perder la tutela, quedan obligados tácitamente à la responsabilidad de esta, no solo sus bienes, sino los de su nuevo marido, hasta que le den cuenta con pago (3). Pero no le compete en los del juez ò magistrado que nombró al curador, ni tampoco al tutor en los de su menor, porque no lo dispone la ley, y esta hipoteca no se induce sino en los casos expresos en ella (4).

22. La tácita hipoteca que el menor, ya sea ò no pupilo, contrae en los bienes de su tutor ó curador, se entiende en los que estos tienen al tiempo que reciben la tutela y curaduría, y adquieren mientras estas duran, y no se amplía à los que lucran despues que se acaban (5). Ademas no se prefiere à la anterior de otros acreedores de los expresados, porque ningun derecho le concede la preferencia (6). Pero es preferida á los acreedores personales (7); y tambien á los posteriores de hipoteca tácita y expresa (8).

1 *Cur. Filip. ilustr.* ibi, num. 41. Salg. *Labyr.* part. 1. cap. 30. num. 27.

2 Ley 23. tit. 13. Part. 5. et ibi, glos. 4 y 5. Ley ult. al fin. glos. 6, 7 y 8 tit. 16. Part. 6. Gutierr. *de tutel.* part. 2. cap. 16.

3 Ley 25. tit. 13. Part 5.

4 Surd. *de alim.* tit. 9. quæst. 44. Castill. lib. 5. *Controvers.* cap. 157. num. 55.

5 Gutierr. *de tutel.* part. 2. cap. 16. num. 30. Surd. decis. 67. num. 2. Rodrig. *de concurs.* dec. 14. num. 15.

6 Merlin *de pignor.* lib. 3. tit. 1. quæst. 2. num. 68 y 69.

7 Ley *ex pluribus*, ff. *de administ. tutor.* et ibi, glos. Gutierr. ibi, num. 19.

8 Ley 1. Cod. *Rem alienam gerentib.* Mantic. *de tacit.* lib. 11. tit. 11. num. 9.

23. Compete esta hipoteca desde el dia en que el tutor recibió la tutela, ó el curador la curaduría, aunque mucho tiempo despues empezase à usar mal de la administracion, ya la haya recibido con las solemnidades legales ò sin ellas, porque no debe ser de mejor condicion el intruso, que el que fue nombrado legalmente discerniéndole el cargo (1); y asi compete al menor en los bienes del tutor, y en los de cualquiera que administró los suyos, aunque fuese en el concepto de factor nombrado por este y no por el juez (2). Pero no si lo hizo como amigo, porque el privilegio no se debe ampliar fuera de sus términos (3). Tiene tambien lugar la hipoteca, ya haya administrado ó no los bienes, una vez que recibió la tutela (4), porque todos los tutores deben dar razon y cuenta, aun cuando no administren; bien que se ha de observar entre ellos el orden de reconvenir primero à los que administraron, y no teniendo estos con que pagar, à los otros en subsidio (5); pues sin embargo de que sean muchos, al modo que no se puede dividir la accion de tutela que contra cada uno *in solidum* compete al menor, tampoco se divide entre ellos la hipoteca (6).

24. El privilegio de tácita hipoteca, como real y coherente à la cosa y accion, pasa à los herederos del menor, no solo contra su tutor ó curador, sino tambien contra los de estos, y cualquiera singular sucesor suyo, aunque sea extraño (7). Esto se limita á los bienes heredados del tutor y curador, y no se amplia à los propios y privativos de su heredero y sucesor, porque estos no estan obligados ni hipotecados al débito del difunto, à menos que el mismo heredero quiera obligarlos, ó que el difunto los obligase expresamente, y su heredero aceptase llanamente su herencia, por cuya aceptacion es visto aprobar la obligacion é hipoteca; pues segun derecho no vale la que se contrae, aunque sea expresamente sobre cosa agena, excepto que sabiéndolo su dueño la apruebe, en cuyo caso recobra su valor. Pero el privilegio de prelacion que el menor tiene en la accion personal,

1 Ley *Dabimus*, §. *Si quis cum tutor.* ff. *de privileg. creditor.* Mantic. lib. dicho tit. 16 num. 4. Gutierr. ibi, num. 2. Rodrig. ibi, num. 6.

2 Ley fin. ff. *de tutel. de ration. distrahend.* Escobar. *de ratiocin.* cap 39. num. 3 y 16. Surd *de alim.* tit. 9. quæst. 44. num. 6.

3 Mantic. ibi, num 15. Noguerol allegat. 1. num. 102. Gracian. *Discept.* cap. 182. num. 32.

4 Ley *Pro officio*, Cod. *de administ. tutor.* Gutierr. ibi, Rodrig. ibi, num. 5

5 Ley *Tutores*, §. *Item eo*, ff. *de administ. tutor.* Bersan. *de pupill.* cap. 5. quæst. 9. num. 47 al 50.

6 Dichas tres leyes cit. Rodrig. *de concurs.* part. 1. artic. 4. num. 40. Bersan. dicho cap. 5. num. 12. cit. num. 20.

7 Gutierr. cap. 16. dicho num. 19. Rodrig. ibi, num. 39. Olea *de cess. jur.* tit. 6. quæst. 2. num. 12.

no se trasmite à sus herederos legitimos ni extraños, porque es personalísimo, y se extingue con su persona.

25. Como el tutor y su pupilo, el curador y su menor son correlativos, algunos autores fundados en esto, y en que los bienes del pupilo y menor estan tácitamente obligados segun una ley del derecho civil (1), à lo que resulte estar debiendo por razon de su administracion á su tutor y curador, afirman que lo estan tambien à la satisfaccion de las expensas que estos hacen en utilidad de aquellos, y constan de la cuenta de su administracion, y que asi es igual la condicion de todos, debiéndose juzgar por unas mismas leyes. Pero otros defienden que les compete solamente accion personal, en cuya virtud pueden retener los bienes de su menor hasta reintegrarse de lo expendido en su utilidad durante la tutela ò curaduria, porque la hipotecaria solo tiene lugar, y se induce en los casos expresos en derecho, como se dijo en el párrafo 22.

26. Asi como el menor durante la tutela no puede exigir de su tutor la cuenta de ella, ni proceder contra él por razon de su administracion, porque antes que se acabe no le compete accion alguna por dicha causa, ni puede ejercer por consiguiente acciones separadas de la tutela, nacidas en tiempo de la administracion; tampoco se le permite oponerle en dicho tiempo la compensacion de su débito con el crédito que tiene contra él (2), pero acabada la tutela ambos pueden oponérsela (3), y aun antes que se acabe no se prohibe al tutor el oponerla contra el menor en descuento de su débito con el crédito de este (4).

27. Tiene tambien el menor hipoteca tácita en lo que se compra con su dinero, aunque segun las leyes se hace del comprador la cosa comprada con dinero ageno, y no del dueño de este, sin quedar hipotecadas á su solucion, à menos que se pacte lo contrario, y dicha hipoteca tiene lugar, aun cuando con el dinero del pupilo se compre alguna cosa para utilidad de otro pupilo, porque el privilegio de este no destruye el suyo, pero como personal no pasa á los herederos del pupilo (5).

28. No solo le compete como dueño del dinero el privilegio

1 Ley 1. ff. *de contr. et util. action. tutel.*

2 Medic. *de compens.* part. 2. quæst. 14. num. 4. Gutierr *de compensat.* lib. 4. quæst. 13 num 17.

3 Ley 3. ff. *de contr. judic. tutel* Gutierr. *de compensat.* lib. 2. quæst. 22. num. 17.

4 Gutierr. ibi, num. 18 y 19. Medic. ibi, Bersan. *de pupill.* cap. 5. quæst. 17. num. 5.

5 Ley *Dabimus*, ff *de privileg. credit.* Gutierr. part. 2 *de tutel.* cap. 16. num. 19. Rodrig. *de concurs.* part. 1. art. 4. num. 36.

de tácita hipoteca para recuperarlo, sino tambien el de prelacion, respecto de otros acreedores del comprador extraño que la tengan expresa anterior en sus bienes (1); y cuando el comprador carece de otros bienes con que pagar el dinero, adquiere el pupilo la cosa comprada; y asi puede demandarla por la accion util vindicatoria, como á cualquiera mayor se le permite (2), y usando de esta accion se preferirá tambien al fisco y á la dote posteriores, por ser mas segura que la hipotecaria, mas no si son anteriores.

29. Mayor privilegio compete al pupilo ó menor, cuando su tutor ó curador compra el fundo para sí con dinero de uno de ellos, pues puede pedir aquel por dicha accion vindicatoria, no obstante que el tutor tenga con que pagarle el dinero, ó usar de la hipotecaria por la repeticion de este (3). En tal caso excluirá al fisco y á la dote anteriores, ya use de la accion hipotecaria, ó de la util vindicatoria; bien que esta siempre es mas segura, porque el fisco tiene privilegio de prelacion en los bienes posteriormente adquiridos por su deudor (4). Si el tutor ó curador compra para el pupilo ó menor con dinero de estos varias fincas, unas fructíferas y otras infructíferas, no se les permite elegir aquellas, y por el importe de estas usar de la accion hipotecaria contra los bienes de su tutor ó curador, antes bien deben tomarlas ó desecharlas enteramente, excepto que la compra haya sido dolosa para engañarlos (5).

30. Asi como está prohibido á los menores enagenar sus bienes raices ó muebles preciosos, sin que intervengan justas causas y las solemnidades legales que se indicaron en el tomo 2. tit. 4. cap. 2. párrafo 26, y ahora se explicarán mas extensamente; tampoco pueden hipotecarlo sin que medien las mismas. En orden á dicha enagenacion debe saberse lo siguiente.

31. Se estiman por justas causas para hacerla, cuando los acreedores instan á que se haga la venta para que se les pague, ó las rentas del menor no bastan para sus alimentos, pues no se le ha de dejar perecer, ó cuando es preciso dotar á su hermana, y no hay otro recurso que la venta (6). Estas causas y otras graves que suelen ocurrir, deben probarse, y el juez instruirse

1 Gutierr. *de tutel* part. 3. cap. 1. num. 85. Velasc. *de privil miserabil personar.* quæst 3. num. 124.

2 Salg. *Labyr. credit.* part. 2. cap. 13.

3 Ley 49. tit. 5. Part. 5. Gom. en la 53 de Toro, num 36. Gutierr. ibi, num. 88.

4 Ley *Si is qui*, ff. *de jure fisci.* Berson. *de pupil* cap. 1. quæst. 24.

5 Gutierr. *de tutel* part. 3. cap. 1. num. 81. Rodrig. *de annuis redditib.* lib. 3. quæst. 10. num. 8.

6 Ley 18. tit 16. Part. 6. Mantic. *de tacit* lib. 4. tit. 16. num. 6.

de ellas, pues no basta proponerlas: de lo contrario será nulo su decreto ó licencia, y tambien la enagenacion (1).

32. Las solemnidades que deben intervenir en la enagenacion referida, cuando se hace para pagar á los acreedores del difunto, ó del menor, son. 1.ª Que con el debido conocimiento y radical instruccion intervengan, no solo el decreto ó licencia del juez, pues si falta su instruccion, ó la causa es falsa, será nula la enagenacion; sino igualmente la autoridad del tutor ó curador (2). 2.ª Que se subasten los bienes, pues aunque la subasta no es rigorosamente precisa segun derecho comun, es indispensable segun el nuestro, en el cual manda se publique por treinta dias la finca que se vende (3). Si el menor prueba que por no haberse subastado padeció lesion, ó hay alguno que ofrezca mayor precio por la cosa vendida, se le concederá la restitucion para que se vuelva á vender, no solo en cuanto al menor precio del valor que tenia, sino al mayor que dejó de percibir, y se daria por ella si se hubiese subastado, porque á los menores se debe socorrer del mismo modo en el lucro que en el daño (4). De esta suerte, siempre que se verifique lesion, no en cualquiera parte del precio (porque esto seria impedir que hubiese compradores de bienes de menor, á causa de que juzgarian que no estaban seguros), sino á lo menos en la sexta del precio justo; debe ser oido el menor, y volverse á subastar la finca, aun cuando se haya subastado (5). 3.ª Que primero se vendan los muebles, y de estos los menos utiles al menor, y despues de ellos, ó no habiéndolos, los raices, y entre estos los que sean menos utiles, y que no tengan mayor valor que el débito porque se venden. Si conviene mas al menor hipotecar sus bienes que venderlos, se debe hacer, lo cual ha de mirar el juez; pero en las enagenaciones que se hacen por otros motivos que el exprasado, no son precisas todas las solemnidades referidas, y solo se requiere la autoridad del tutor ó curador, y el decreto judicial precedido el debido conocimiento de causa (6).

33. Asi como siendo hecha la enagenacion con las solemnidades explicadas, por causas justas, y sin dolo ni lesion, queda tan firme é irrevocable, que no puede rescindirla ni retractarse

1 Ley *Cum hi*, §. *Si prætor.* ff. *de transaction.* Bersan. *de pupillis*, cap. 2. quæst. 5. num. 1. al 4.

2 Ley 4. tit. 5. Part. 5.

3 Ley 6ª. tit 18. Part 3.

4 Ley *Tutor.* 47, y ley *Ait prætor.* §. *Hodie*, ff *de minorib.* y ley *Etsi*, *sine* §. *Interpositio*, ff. *de administ.*

5 Salg *Labyr.* part. 2. cap. 2. num. 8 y 9. Bersan. ibi, num. 12 al 15, y cap. 1. quæst. 15. num. 27 al 29.

6 Bersan. ibi, num. 22 al 27.

de ella el menor (1), asi por el contrario, si faltan es nula por derecho (2); y aunque se observen, si interviene lesion en el precio, y la acredita, le competen á su eleccion dos acciones, la una personal contra su tutor ó curador, ó sus herederos, para resarcir el daño que por su culpa ú omision experimentó (la cual se llama *accion de tutela directa*), y la otra real para perseguir y reivindicar la finca enagenada del que la posee. Pero para estos casos se tendrá presente lo primero, que omitiéndose las solemnidades expresadas, no necesita el menor el auxilio de la restitucion *in integrum*, porque cuando la ley irrita, ó anula el contrato, cesa el oficio del juez acerca de ella, por lo que puede revocar directamente la enagenacion del poseedor, mas si intervienen las solemnidades, y fue perjudicado, es preciso que lo implore para usar de la retractacion (3): lo segundo que ha de tenerse presente es que interviniendo el menor púbero en la venta ó enagenacion, debe jurar que por razon de su menor edad, ni por lesion, ni porque el precio deje de convertirse en su utilidad, ó no entre en su poder, ni por otro motivo reclamará el contrato, ni pedirá restitucion; antes bien lo habrá por firme para siempre, como lo ordena la ley 59. tit. 18. Part. 3. *E para ser el comprador ende seguro é cierto de la compra que face, debe decir mas al fin de ella, como porque el vendedor era mayor de catorce años, é menor de veinte é cinco años, juró sobre los Santos Evangelios que todas cuantas cosas otorgó en la carta de la vendida, que las habria por firmes por siempre jamas, é que contra aquella vendida nunca vernia por sí ni por otro por razon que era menor á la sazon que la fizo, nin porque valiese mas la cosa que vendiera, nin aunque dijese que aquel precio que tomara por ella, que non entrara en su pro; nin por otra razon que quisiese poner ante sí semejante destas.* Con este juramento queda mas firme el contrato.

34. Si el pupilo ó menor enagenase sus bienes raices ó derechos concernientes á ellos, ó los muebles preciosos, ó que se pueden conservar sin las justas causas y solemnidades expresadas, no solo es nula la enagenacion *ipso jure*, como se dijo en el párrafo anterior, sino que tambien para rescindirla no necesitan implorar el auxilio de la restitucion, aunque se hubiese hecho

1 Ley fin. Cod *de prædiis minor.* Ley *Non videtur*, Cod *de integr. restitution.*

2 Ley *Lex que tutores*, § *Jam ergo* Cod. *de administrat. tutor.* Montan *de tutor.* cap. 38. num. 18. Gutierr. cap. 5. num. 8. part. 2. *de tutel.*

3 Ley *intra utile*, §. *Vendentibus*, ff. *de minorib.* Montan. *de tutor.* cap. 33. num. 423.

con el fin de pagar sus débitos. Lo propio milita en la dacion de pago, porque es contrato de enagenacion, semejante á la venta, como tambien en la transaccion y cesion de ellos por la misma causa.

35. Lo dicho procede no solo en las cosas de que los pupilos y menores son verdaderos dueños, sino asimismo en aquellas en que tienen casi dominio, ó no mas que el util, porque hay el mismo motivo para la prohibicion; y asi tampoco pueden permutarlas por otras sin las expresadas solemnidades, ni dar sus bienes en enfiteusis, ni constituir usufructo ni servidumbre en ellos, ni remitir la que les corresponde en el fundo ageno, ni arrendarlos por largo tiempo, ni imponer censo sobre ellos, porque de quien se prohibe la enagenacion, se prohibe tambien la constitucion de hipoteca como antecedente para aquella.

36. Como el que dona alguna cosa la pierde, está prohibido hacer donacion simple al pupilo por sí, y con la autoridad sola de su tutor, como tambien á este el hacerla de los bienes de aquel, aunque dé su licencia el juez, porque para la validacion de esta se requiere causa justa, la cual apenas podrá probarse en el pupilo; y tampoco puede donar por causa de muerte, puesto que no tiene facultad para testar. Pero la donacion pura, moderada y jurada que haga con justa causa el menor adulto, valdrá, aunque no la que se haga sin juramento, bien que aun cuando este se haya hecho, si es leso enormemente, y lo prueba, podrá valerse del auxilio de la restitucion, precedida relajacion del juramento. Tambien valdrá la donacion por casamiento que de sus bienes muebles, que guardándose no pueden conservarse, haga á su esposa con arreglo á lo permitido por la ley, y con autoridad de su curador, pues para la de los que se pueden conservar y de los raices, es indispensable la licencia del juez. Asimismo puede hacer donacion por causa de muerte, aun cuando su curador quiera impedírselo, porque la última voluntad no debe pender del arbitrio ageno.

37. Para la enagenacion de los muebles que guardándolos no pueden conservarse, y derechos tocantes á ellos, no es necesario decreto del juez, y basta la autoridad del tutor ó curador. Lo mismo sucede cuando se trata de perfeccionar el contrato principiado por el padre del menor, ó por otro de quien es heredero (1). Cuando el pupilo en virtud del pacto de *retrovender* con que el difunto su causante compró algun predio, lo devuelve ó

1 Gutierr. *de tutel.* cap. 5. num. 66.

retrovende á su tiempo, hasta la autoridad de su tutor ó curador, como tambien cuando fue voluntad expresa del padre del pupilo, que cierta finca se vendiese al comprador que nombró, con quien expuso tenia tratada su venta por precio determinado; mas no si genéricamente permitió que se vendiesen los bienes que dejaba á su hijo, pues en este caso, aunque remite la legal prohibicion de enagenar, no lo hace de las solemnidades que se requieren para la enagenacion, y lo mismo procede cuando el menor recibe utilidad en que esta se efectúe (1) (*). En la venta de bienes de menor conviene que intervenga fe de entrega de su precio al tutor, como se reconoce en la ley 60. tit. 18. Part. 3, pues la mera confesion de haberlo recibido no perjudica al menor (2). Ademas ha de obligar los bienes de este y no los suyos (3), pues no es justo que le perjudique su oficio. Las solemnidades expresadas se deben observar tambien en la venta de mudos totalmente sordos, locos, desmemoriados y pródigos declarados (4), porque se equiparon al pupilo.

38. Asi como no puede el menor enagenar sus propios bienes raices ó muebles preciosos, no interviniendo las solemnidades y causas justas mencionadas; no puede tampoco hipotecarlos sin ellas excepto que se siga al menor utilidad conocida del mutuo porque contrajo la hipoteca, lo cual incumbe probar al acreedor como fundamento de su intencion, si la propuso, ó que sea necesario para la defensa del menor ó para libertarse á sí mismo ó á su padre de la carcel, ó redimirle de cautiverio: en cuyos casos basta la autoridad de su tutor ó curador.

39. La prohibicion de hipotecar sus propios bienes impuesta al menor, parece se amplía á la cosa que compra, por el precio que no paga al vendedor, porque el menor no puede obligar la finca comprada hasta que se le trasfiere su dominio por su contradiccion, y entonces, como ya es suya, tiene lugar la ley que le prohibe obligar sus bienes. Pero sin embargo de esto hay au-

1 Ley 4. tit. 5. Part. 5.

* Aqui padeció Febrero una crasa equivocacion, porque la ley 4 que cita, dice: »Tutores son llamados en latin, los que son guardadores de los menores de catorce años. *E estos atales no deben enagenar las cosas de los huérfanos, fueras ende cuando les fuessen tan gran menester que non podrian al facer, ó por gran pro de ellos, é entonce se ha de facer con muy gran sabiduria, é con otorgamiento del juez del logar.*« Y si cuando es util al pupilo la enagenacion de alguna cosa suya no se requiriese decreto del juez, nunca seria necesario, ya porque no puede enagenarse nada del menor sin que de ello pueda seguirse utilidad, y ya porque con el pretexto de esta, jamas se recurriria al juez. *Febrero reformado.*

2 Ley *Lucius*, 46 §. *Tutela*, 5. ff. *de administrat. tutor.* Greg. Lop. en la 60. tit. 13. Part. 3. glos. 5.

3 Ley 60. tit. 18. Part. 3. verb. *Otrosi debe decir.*

4 Dicha ley 60 al fin.

tores que opinan valdrá la hipoteca otorgándose en el mismo acto, porque como precedió á ella en el pacto, se le trasfirió su dominio con este gravamen, que es parte del contrato, y se debe reputar único é individuo, con todas las condiciones puestas en él, mayormente cuando la hipoteca solo mira á la seguridad del precio, el dominio se puede trasferir con condicion, y el menor no goza del privilegio especial de aceptar en contrato en lo favorable y desecharle en lo perjudicial. Mas para evitar cuestiones advierta el escribano al vendedor que nada dé fiado á menor alguno, sino quiere exponerse al riesgo de perder su dinero.

APÉNDICE Á ESTE CAPÍTULO.

Sobre otros privilegios de que gozan los menores, ademas del de hipoteca tácita.

Con ocasion de tratar de la hipoteca tácita concedida á los menores, habla aqui tambien el autor de otros privilegios que les corresponden en ciertos contratos; y como esta materia no tiene un estrecho enlace con la doctrina correspondiente al juicio del concurso de que estamos tratando, ha parecido conveniente formar este apéndice para evitar confusion.

El primero de dichos privilegios consiste en que, aun cuando generalmente hablando, quien calla no consiente, afirma ni niega de positivo (1), siendo en favor del pupilo, se le considera como consentidor hasta en los actos obligatorios y perjudiciales.

El segundo privilegio se reduce á que si un tutor diere al pupilo muchos fiadores, puede dirigir su accion contra uno por el todo, sin que se admita á este la excepcion de la division que oponga; lo cual no sucede entre muchos fiadores de diversos tutores, cuando todos administraron á un tiempo la tutela, pues si el de uno fuere reconvenido por toda la deuda, podrá usar de dicho beneficio contra los de los contutores. Pero si uno de los tutores administró y otro no, al modo que debe ser demandado antes el que administró, y en subsidio los que no intervinieron en la administracion, como se dijo en el párrafo 23, del mismo modo se debe repetir primero contra el fiador del que administrò, porque no está obligado à mas que su principal.

El tercer privilegio es que en los contratos celebrados con

1 Ley 13. tit. 33. Part. 7.

menor solemnidad que la prescrita por la ley, si el pupilo quiere apartarse de ellos, no estará obligado al otro contrayente, aunque este lo queda á su observancia en cuanto à él (1), para cuya inteligencia se debe tener presente la edad del pupilo. Si es infante, no puede obligarse à otro en ninguna manera por contrato, intervenga ó no la autoridad de su tutor, porque le falta el consentimiento, ni el otro contrayente ha de quedar obligado á él aunque el contrato ceda en su utilidad. Si salió de la infancia, se ha de distinguir, si se obligó con autoridad de su tutor ò no. En el primer caso queda obligado, aunque si es leso en el contrato, podrá impetrar el auxilio de la restitucion por entero, siendo de advertir que si contrae con su tutor, no quedará obligado, porque no puede autorizar su propio hecho, y asi para que valga el contrato que celebre con él, es necesario que intervenga en él otro tutor (2), à no ser que se haya hecho mas rico, porque nadie debe lucrarse en detrimento de tercero. Y en el segundo caso, si el contrato es util al pupilo, vale sin quedar obligado al otro contrayente, y si le es nocivo, no vale absolutamente, aunque esté próximo à la pubertad. Esto mismo tiene lugar en los adultos menores de veinticinco años que contraen sin la autoridad de su curador, pues teniéndole, si contrageren sin que intervenga, es nulo *ipso jure* el contrato que cede en su perjuicio; pero si de él les resulta beneficio, es válido, y queda obligado á su favor el otro contrayente mayor. Si no tiene curador, y se obligaren, valdrá el contrato, aunque si fueren lesos en este, podrán pedir la restitucion.

Cuarto privilegio. En las causas de los pupilos se puede proceder sin estrépito ni figura de juicio. Asimismo para defender al menor se admite á cualquiera del pueblo, porque resulta interes al Estado de que todos defiendan al que por sí no puede hacerlo (3). Tambien se permite al menor variar en juicio la accion ò libelo sin estar obligado á pagar á su contrario las expensas (4). Pero si el tutor ó curador procedieren dolosa y temerariamente en la variacion, deberán satisfacerlas (5).

Quinto privilegio. Contra el menor no corre la mora irregular de intereses, por no pagar de pronto á su acreedor lo que le debe, excepto que le interpele à él y á su totor ò curador, ò por lo menos à estos, y que concurran los requisitos de lucro cesante y daño emergente, ò que la mora haya principia-

1 Ley 4. tit. 11. Part. 5.
2 Ley 4. tit. 5. Part. 5.
3 Ley 2. Cod. *de negot. gest.*
4 Odd. *de restit. in integr.* part. 2. quæst. 64. art. 4.
5 Odd. en el lugar citado.

do en el difunto mayor su causante, pues entonces pasará contra él, aunque sea pupilo. Pero á favor del menor corre dicha mora *ipso jure*, no pagándole su deudor, aun cuando no le interpele ni prefina término; lo cual procede en primer lugar contra el deudor que es mayor, y no contra el menor, porque siendo contra este se confunden los privilegios: en segundo lugar, cuando el menor tiene tutor ó curador á quien hacer la paga, pues si carece de él, no hay razon para que incurra en mora; y en tercer lugar, mientras el menor lo es, porque con su menor edad espira la causa del privilegio, y por consiguiente no corren mas los intereses hasta que se haga la interpelacion al deudor, concurriendo los expresados requisitos de lucro cesante y daño emergente, como para con cualquiera acreedor está dispuesto, en cuyo caso será mora regular.

Sexto. El menor puede variar de fuero trayendo á su adversario ante el tribunal supremo por caso de Corte, y declinar de la jurisdiccion del juez ordinario ante quien se halla principiado el pleito, como se dijo en su lugar; lo cual procede, ya sea actor ó reo, pobre ò rico, legítimo ò espurio, y sea la causa civil ó criminal (1), y se amplia á aquella en que litigó como cesionario, siempre que la cesion onerosa ò lucrativa se haya hecho con buena fe, segun se verifica en la que proviene de última voluntad por institucion, legado ó donacion por causa de muerte, y no en fraude de tercero, con el fin de mudar el juicio y causarle extorsion. Y este privilegio no se puede renunciar, ni tampoco ceder á otro porque es personal. Pero si el pleito se principió con el difunto mayor de veinticinco años, á quien el menor sucedió, no debe mudarse de juez, porque la condicion de aquel no se muda por la persona de su heredero, aunque no habiéndose empezado la instancia con el difunto puede el menor usar en ella de todos sus privilegios, porque la herencia es ya patrimonio suyo.

No puede usar de este privilegio el menor contra su tutor en orden á la dacion de cuentas de la tutela y administracion de sus bienes, y por consiguiente extraerle del fuero y juzgado en donde se le encargó esta; excepto que tema se le perjudique en sus derechos, por ser persona poderosa el tutor. Y si muchos tutores de una ó diversas provincias administraron la tutela, proindiviso, y à un mismo tiempo, deben ser demandados todos ante juez, para que no se divida la continencia de la causa. Tam-

1 Ley 5. tit. 3. Part. 3.

poco puede usar del citado privilegio contra otro menor ó persona privilegiada, por gozar de él igualmente.

El séptimo y principal privilegio es el de la restitucion *in integrum*, de que se trató en el tomo 1.°, capítulo 1.°, hablando del estado natural de las personas. Allí se dijo en qué consiste este privilegio, qué deberá probar el menor para conseguir la restitucion, y en qué casos debe denegarla el juez, por lo que no se repetirá aquí aquella doctrina, limitándome á insertar las siguientes observaciones del autor, que sirven para mayor aclaracion de esta materia tan importante.

Cuando en el contrato del menor no se han observado las solemnidades, puede aprobarle si le fuere util, y sin embargo de su nulidad obligar al otro contrayente á su cumplimiento; ó reprobarle por serle pernicioso, y entonces no está obligado á pasar por él, ni su contrario puede compelerle á ello; y si se le reprueba, necesita el auxilio de la restitucion, porque el contrato es nulo *ipso jure*. Cuando se observaron las solemnidades, y el menor fue leso en el contrato, se ha de distinguir: si el tutor le perjudicó por culpa suya, le compete la eleccion de que se le restituya contra el contrato, ó de reconvenir al tutor para que le indemnice y reintegre del daño que le causó, en cuyo caso este remedio ordinario no hace cesar el de la restitucion que es extraordinario, porque se dirige contra diversos sugetos. Mas si la lesion que padeció provino de omision, y no de culpa del tutor, debe reconvenirle primero ordinariamente sobre la reintegracion del daño: lo cual se limita en primer lugar, cuando el menor puede ser reintegrado mejor y mas pronto por la restitucion que por la repeticion contra su tutor, porque aunque este remedio es extraordinario, y cesa siempre que ha lugar el ordinario, esto se entiende en el caso de que por ambos se pueda socorrer igualmente al menor, y así siéndole mas util el extraordinario no se le priva de usar de él; y en segundo lugar, cuando el tutor está insolvente ó fallido en todo ó en parte, pues entonces se concede en subsidio al menor la restitucion por el daño que le provino de su culpa ó negligencia. Si consta que ningun fraude ni negligencia se puede imputar al tutor ó curador, no es responsable á nada.

Si el menor hiciere ver por el propio contrato rectamente celebrado que fue leso, ha de ser restituido contra él, como debe serlo en otro cualquier acto perjudicial indistintemente; y entonces está obligado á devolver al otro contrayente todo lo que percibió por el tal contrato, pues no ha de lucrarse con su

daño. La prueba de haberse lucrado compete al contrario cuando lo afirma, y el contrato es *ipso jure* nulo, porque es el fundamento de su intencion, tiene contra sí la presuncion del dolo y mala fe con que procedió, y el menor no necesita en este caso del auxilio de la restitucion. Pero si el contrato es válido, y el menor implora aquel beneficio por la lesion que padeció en él, debe justificar concluyentemente, aunque sea por congeturas, no solo su menor edad al tiempo que celebró el contrato, sino tambien haber sido leso, porque en esto consiste el fundamento de pedir la restitucion, y porque por haberse celebrado el contrato con la solemnidad legal, tiene à su favor la presuncion de rectitud y validacion.

El beneficio ó privilegio de la restitucion que el derecho concede á los menores por la lesion padecida en el contrato, aprovecha á sus fiadores, y aunque es personal, se trasmite à sus herederos, quienes por su muerte pueden usar de él dentro de los cuatro años siguientes á los veinticinco de edad del mismo menor; y la razon es, porque su persona no es la causa inmediata del privilegio, sino la lesion; por lo que no se extingue con su muerte, y asi puede cederle, no obstante que le competa por derecho especial. Pero cuando la persona es la causa próxima è inmediata del privilegio, espira con ella, aun cuando se hubiese concedido por remuneracion, y no es trasmisible á sus herederos. Y es de notar que el menor puede apartarse de la solicitud del beneficio de la restitucion, y pasar por el contrato.

No compete este beneficio al menor cuando aprobó expresamente el contrato celebrado en su menor edad, ni cuando lo hizo tácitamente, que es cuando sabiendo la lesion dejó pasar el tiempo prescrito por la ley para pedir la restitucion, ó siendo mayor practica actos contrarios á la nulidad y lesion, ó que no pueden menos de inducir ratificacion; pues la voluntad que se deduce del acto, es mas poderosa que la que consiste en palabras.

Mas para la mejor inteligencia de esto debo advertir que la ratihabicion ò ratificacion expresada, se puede hacer ó del acto ó contrato celebrado por un tercero á nombre del que le ratifica, ó del hecho nolamente por este, y puede subsanar dos vicios, el uno de nulidad y el otro de lesion en el propio contrato. Si el menor, siendo ya mayor, ratifica el contrato que hizo en su menor edad, ninguna solemnidad de las que deben intervenir para la validacion de los contratos de menores es necesaria en su ratificacion, para que valga asi en cuanto á la nulidad,

como á la lesion que contenga el contrato. Pero si hace la ratificacion en su menor edad (como puede por no estarle prohibido), no valdrá, à menos que se observen dichas solemnidades, porque la ratificacion del contrato nulo no es otra cosa que un nuevo contrato. Si ratifica el contrato que à su nombre celebró su tutor ó curador, aunque vale su ratificacion en cuanto á constituirle válido, si por él se le causó algun daño, no se le prohibe repetir contra su tutor ó curador para el reintegro y suplemento del justo precio. Pero si estos contrageron en su nombre acerca de las cosas del menor, v. gr. por haber vendido como suya alguna finca de este; de nada sirve ni viene al caso la ratificacion, ni el menor es parte para hacerla, porque no puede ratificar lo que no se practicó en su nombre. Y si, ya sea mayor ò menor, ratificase el contrato que contiene nulidad y lesion juntamente, se subsanará por la ratificacion la nulidad; pero le quedará salvo su derecho por la lesion contra el otro contrayente, excepto que siendo mayor la renuncie á su favor, como puede hacerlo.

CAPITULO TERCERO.

De la preferencia de los acreedores hipotecarios cuando concurren juntos en un juicio.

§. 1 hasta el 4. Causas de donde dimana la preferencia de acreedores.

5. Los acreedores hipotecarios iguales en el privilegio, deben ser graduados y pagados por el orden de su antigüedad.

6. Excepciones de la regla anterior, ó casos en que no da el tiempo prelacion, y en que por consiguiente serán preferidos los acreedores posteriores. Primero: la iglesia debe ser preferida á todos los acreedores.

7. Es preferido á los demas acreedores, aunque sean anteriores en tiempo, el que prestó dinero para enterrar al deudor, con ánimo de cobrarlo, y no por piedad. Lo mismo procede en el que suplió los gastos de alimentos, médico, cirujano, botica y demas ocurridos en la enfermedad.

8. Preferencia de la hipoteca concedida al fisco por la alcabala, tributos y demas derechos Reales.

9. El mismo privilegio goza el fisco en los bienes de los que contratan con él, y en los administradores, cobradores y recaudadores de su Real haber.

10. Igual privilegio le compete en los bienes del *primipilo*, ó sea tesorero y proveedor del ejército.

11. Reglas que deben observarse en los demas contratos con el fisco, si este concurre contra un acreedor privado, y no hay duda en la anterioridad y posterioridad de hipoteca de ambos.

12. Tambien es preferido el fisco á los acreedores anteriores de hipoteca expresa en los frutos de los bienes hipotecados antes de contratar con él de cualquier clase que sean, habiendo nacido despues del contrato fiscal.

13, 14 y 15. Cuándo y cómo será preferido el fisco á los acreedores de un delincuente, de cuyo delito se originan dos acciones penales, una tocante á la parte ofendida y otra al Estado.

16. Tambien se prefiere el fisco á otros acreedores, aunque sean de contrato, por los gastos útiles y necesarios que hizo en la prision del reo, y en buscar y reparar sus bienes.

17. Privilegio de preferencia que compete al fisco, si uno celebra contrato sin hipoteca con él y con otro

particular.

18 hasta el 21. De otros privilegios que goza el fisco en los juicios.

22. En las alcabalas y otros derechos Reales, si los arrendatarios las subarriendan en todo ó parte, estan obligados al fisco los subarrendatarios igualmente que los primeros.

23. En las ventas forzadas, ó que se celebran contra la voluntad de los compradores para pagar al fisco, no há lugar el remedio de la rescision ó el suplemento del justo valor, cuando hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio.

24. En orden á la dote si concurren esta y el fisco solos, obtendrá la prelacion el que sea anterior en tiempo.

25 hasta el 60. ¿Que deberá observarse cuando concurre la muger por su dote con otros acreedores particulares?

61. Lo que se ha dicho en los párrafos anteriores acerca de los bienes dotales, no tiene lugar respecto de los parafernales, por militar diversa razon.

62 hasta el 65. ¿Que derecho corresponderá á la muger para pedir lo que el marido la ofreció por via de aumento de dote ó en arras, cuando dicha dote prometida al marido por el padre de su muger ú otro no se le paga enteramente?

66. Por las cosas que el novio da á su futura esposa, si esta las incorpora en el contrato dotal, goza del privilegio de prelacion desde el dia de su matrimonio.

67. ¿Si perderá la muger el derecho de prelacion que la ley le concede cuando oculta algunos bienes de su dote ó de su marido concursante, ó que va empobreciendo, y pretende que de los manifestados se haga pago de aquella con preferencia á los demas acreedores?

68. En consecuencia de dos dotes legítimas verdaderas y entregadas, debe ser preferida la primera como anterior en tiempo.

69. Por los bienes extradotales de cualquier clase, provenientes de la madre, y entregados al padre, compete á los hijos hipoteca tácita contra los de este, mas no el privilegio de prelacion.

70. Por lo que hace á la graduacion de los demas acreedores fuera de la iglesia, dote y fisco, se limita la regla general, sentada en el párrafo 1.°, en los casos siguientes: 1.° Cuando el acreedor posterior entrega algunos bienes suyos al deudor en comodato ó en otra cualquier manera en que no se le trasfiere el señorio de ellos.

71 al 73. Segundo caso con respecto á la cosa vendida y no pagada.

74. Caso tercero. Cuando el acreedor prestó dinero sin interes al deudor para comprar alguna cosa que compró en efecto, y al tiempo del préstamo, y en la escritura de este, se pactó expresamente que la misma cosa habia de quedar hipotecada especialmente á la responsabilidad del dinero prestado.

75. Caso cuarto. Cuando prestó graciosamente el deudor alguna cantidad para reedificar casa ú otro edificio &c.

76. Caso quinto. Cuando entre los acreedores hay uno que arrendó al deudor alguna finca, pues por lo que el arrendador esté debiendo de su arriendo, será preferido á los demas anteriores.

77 y 78. Sexto caso. Cuando con los acreedores hipotecarios concurre el que ha dado finca en enfiteusis al deudor.

79. Caso séptimo. Cuando el deudor huye con sus bienes, y el acreedor le sigue y prende, sea por sí solo sino encuentra juez, ó con autoridad de este.

80. Octavo caso. Cuando el acreedor dió en fiado al deudor algunas mercaderías ó efectos, y este las recibió con ánimo de huir y quebrar.

81 hasta el 84. Caso noveno. Cuando su crédito proviene de depósito, y por instrumento ante escribano y testigos acredita haberle hecho en el deudor.

85. Décimo caso. Cuando el acreedor hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun para su conservacion, exaccion, recuperacion ó recoleccion de ellos ó de sus frutos.

86. Caso undécimo. Cuando el acreedor es juez, magistrado, abogado ú otro de los que emplean su estudio ó trabajo en la defensa de los bienes del deudor comun, ó enseñan públicamente alguna ciencia, pues gozan de la misma hipoteca privilegiada.

87. Caso duodécimo. Cuando el acreedor suministró al deudor comun los alimentos necesarios para su conservacion, pues por estos es preferido á los demas hipotecarios.

88. Caso décimotercio. Cuando se deben por derecho los alimentos al acreedor, por habérselos legado el testador, en cuyo caso compete al alimentario accion personal é hipotecaria.

89. Caso décimocuarto. Cuando concurren acreedores privados por causa onerosa y lucrativa con hipoteca y constituto ó sin ella.

90. Caso décimoquinto. Cuando concurren dos acreedores cesionarios, pretendiendo el uno en virtud de cesion del deudor los réditos, tercios ó pensiones del primer año, y el otro con cesion anterior en la fecha

los del año segundo.

91. Caso décimosexto. Cuando la deuda hipotecaria posterior consta por instrumento ante escribano y testigos, en el que da fe de la cantidad ó cosa que se pide.

92. Decimoséptimo caso. Cuando el fiador pagó por el principal en virtud de la obligacion que contrajo con él.

93, 94 y 95. Caso décimoctavo. Cuando el acreedor hipotecario posterior hace constar su crédito por instrumento público, y el acreedor tambien hipotecario acredita igualmente el suyo por confesion del deudor en instrumento privado.

96. Caso décimonono. Cuando el deudor contrajo obligacion hipotecaria de pagar á uno cantidad cierta, y antes que se le entregase, formalizó otra á favor de otro, y la recibió de este.

97. Caso vigésimo. Cuando el deudor compra alguna finca ó cosa, y el vendedor pacta con él al tiempo de la venta que ha de quedar hipotecada, especialmente á cierto acreedor del comprador.

98. Caso vigésimoprimero. Cuando dos acreedores contrageron con el deudor comun sobre cosa ó territorio feudal, y el uno obtuvo para ello la competente facultad, y el otro no.

99. Caso vigésimosegundo. Cuando un procurador ó opoderado, sin poder especial ni bastante, hipotecó á favor de un sugeto alguna cosa de su principal, quien la obligó despues expresamente á otro, y hecho esto ratificó la obligacion que en nombre suyo contrajo su procurador.

100. Caso vigésimotercero. Cuando la deuda hipotecaria procede de tutela, curaduria ó administracion pública, ó de iglesia, comunidad y rentas Reales.

101. Caso vigésimocuarto. Cuando al tiempo de conferir ó hacer gracia á un clérigo de un beneficio, se le impuso alguna pension sobre las rentas de él en favor de otro.

102. Lo dicho en los párrafos anteriores acerca de la hipoteca y prelacion, tiene lugar aunque la cosa hipotecada mude su estado.

103. Destruyéndose la nave, no hay prelacion ni hipoteca, á menos que se especifique, porque mudada la forma de la cosa, se muda la sustancia de ella. Lo mismo sucede en otras cosas que alli se expresan.

104. En el precio de la cosa vendida ó hipotecada no hay prelacion por él si despues se volviere á vender.

105. ¿Si queriendo el acreedor posterior y menos privilegiado, que al mismo tiempo es deudor por otra causa de su deudor, compensar su deuda con la que de-

be á este, se le admitirá en perjuicio de los acreedores que tienen derecho y privilegio anterior para exigir su crédito del deudor comun?
106. Los acreedores meramente personales, si acuden á un tiempo pretendiendo su pago, y no tienen la calidad de posesion ni otra privilegiada, deben ser pagados á prorata; sin embargo de que unos créditos sean mas antiguos que otros.
107. Excepciones de la regla anterior.
108. Teniendo el deudor varias negociaciones, y por ellas acreedores personales, no debe ser de mejor condicion el primero que le ejecutó, y asi debe concurrir á prorata con los demas.
109. ¿Que circunstancias se requieren para que un tercero que prestó dinero al deudor, á fin de pagar á cierto acreedor suyo, quede subrogado en el lugar y grado de este?
110. Prescripcion de la accion hipotecaria.

1. En el capítulo anterior se habló de los acreedores que tienen hipoteca tácita ó legal en los bienes de sus deudores: ahora se explicará cuáles, asi de hipoteca tácita como expresa, serán preferidos en el pago, concurriendo juntos en un juicio contra los bienes del deudor comun. Para la mejor inteligencia de este laberinto de pretensiones y derechos, sobre cuya decision hay tan pocas leyes, y por esta razon varian tanto los autores, debo sentar por regla general, que unos acreedores se prefieren á otros por ser primeros en tiempo, por conceptuarse mejor en derecho su condicion por alguna causa respectiva al bien público, por equidad ó por algun motivo grave tocante á religion; como tambien que los hipotecarios, ya conste su hipoteca por instrumento público ó privado, ó por otro medio legal, deben ser graduados entre sí respectivamente segun su clase, y pagados de sus créditos por el orden de las fechas de sus contratos antes que los personales, pues el que es primero en tiempo, aunque no sea sino de una hora, lo es en derecho (1).

2. Lo mismo procede en el orden de escrituras, pues la primera en el protocolo es preferida á la siguiente, por presumirse otorgada antes: y asi para no perjudicar al acreedor anterior, debe tener cuidado el escribano de poner la de obligacion que en un dia otorgue el deudor por el orden de su otorgamiento, en

1 Regla *Qui potior de regul. jur.* y ley 7. tit. 13. Part. 5.

cuyo caso convendrá expresar las horas para evitar dudas.

3. Milita dicha regla general no solo por el débito principal, sino tambien por sus réditos ó pensiones como accesorias, y por el interes; pues si fueren iguales en tiempo, y se ignorare cuál contrajo primero, se han de prorratear. Tambien milita, aun cuando entre todas las deudas hipotecarias concurran una pura posterior y otra condicional anterior, si la condicion es casual ó mixta, pues por no estar en mano del deudor su cumplimiento, se considera el tiempo en que se hizo el contrato; pero si dependiere de su arbitrio, por ser *potestativa voluntaria*, no se ha de atender sino al dia en que se cumple.

4. Asimismo tiene lugar en los siguientes casos: cuando es anterior la deuda, cuyo plazo no está cumplido, pues ha de ser preferida á las posteriores del pasado, por no deber considerarse para la prelacion el de la paga, sino la fecha del contrato y obligacion de satisfacerla: cuando con la hipoteca convencional ó legal concurren la pretoria ó la judicial, porque ha de preferirse la primera en tiempo (1): cuando el primer acreedor es de hipoteca tácita y expresa especial: cuando el primero en tiempo tiene hipoteca general en los bienes del deudor, y el segundo especial en una finca ó cosa determinada, pues aquel se preferirá á este como anterior en tiempo, y aun cuando se haya hecho entrega de bienes al segundo, y al anterior en tiempo no (2). Y es de advertir que hipotecándose y empeñándose el título de la cosa, es visto empeñarse esta y trasferirse el derecho de prenda al acreedor, aunque no se exprese (3).

5. De todo lo dicho en los cuatro párrafos anteriores se deduce, generalmente hablando, que los acreedores hipotecarios iguales en el privilegio, ya sea su hipoteca especial ó general, tácita ó expresa, absoluta y condicional, casual ó mixta, convencional, pretoria ó judicial, con entrega de bienes ó sin ella; y ya concurran los de cada clase de hipoteca entre sí ó de todas clases unos con otros, deben ser graduados y pagados por el orden de su antigüedad, no solo de su deuda principal, sino tambien de sus pensiones é intereses como accesorios á ella, guardando únicamente entre ellos para su prelacion la fecha de sus contratos: lo cual procede, obligue el deudor expresamente sus bienes presentes y futuros, ó solamente sus bienes sin decir mas, pues no obstante se comprenderán en la obligacion general, asi los que tiene entonces, como los que adquiera despues, y

1 Ley 13. tit. 13. Part. 5.
2 Dicha ley 13.
3 Ley 14 siguiente.

si todos son iguales en tiempo y privilegio, se han de prorratear sus créditos, con tal que no se halle alguno en posesion de los bienes del deudor ó parte de ellos, porque ha de ser preferido á los demas en los que la tenga.

6. Pero asi como toda regla general padece sus excepciones y limitaciones, asi tambien se exceptúan de esta varios casos en los que no da el tiempo prelacion, y en que por consiguiente serán preferidos los acreedores posteriores. La iglesia, y en su nombre su párroco, ó quien la represente, debe ser preferida á todos los acreedores por privilegiados que sean, para la satisfaccion de los diezmos que se acostumbran pagar (1); y si antes de coger los frutos los vendiere su dueño, puede la iglesia demandar los diezmos al comprador, porque aquellos pasaron á este como el gravamen de satisfacerlos; ó al mismo dueño porque recibió el precio antes de su solucion, en lo que cometió engaño; pero cobrándolos del uno no puede pedirlos al otro; bien que si viere que el comprador no tiene de que pagar, puede repetir contra el vendedor, sin estar obligada á darle lasto ó cederle sus acciones, porque pagó por sí y no por él, y por el delito que cometió en proceder á la venta de frutos antes de pagar los diezmos (2).

7. Lo mismo procede en el que prestó dinero para enterrar al deudor con ánimo de cobrarlo, y no por piedad, aunque nadie le mande suplirlo, ó alguno se lo contradiga; pues por privilegiados y anteriores que sean en tiempo los demas acreedores, tengan hipoteca especial ó general en los bienes del deudor, será preferido á ellos, á la dote y á todas las demas que contrajo en su vida, porque se interesa la utilidad pública en que se sepulte á los muertos (3). Tambien procede lo mismo en el que suplió los gastos de alimentos, médico, cirujano, botica y demas de su última enfermedad, y los derechos de su testamento, de su apertura ó publicacion é inventario de sus bienes, pues gozan de igual prelacion estas expensas por reputarse parte de su funeral. Asimismo procede lo dicho en el que le redimió de cautiverio, por haber el motivo de religion y piedad que en los anteriores.

8. La hipoteca concedida al fisco por la alcabala, tributos y demas derechos Reales es de tanta virtud y eficacia, que no solo le compete en los bienes del deudor, sino tambien en los que sus herederos tuvieron de él en vida por cualquier título, aun

1 Ley 6. tit. 20. Part. 1 al fin, y cap. 28. *de decim.*

2 Ley fin. tit. 20. Part. 1.

3 Leyes 12. tit. 13. Part. 1, y 30 al fin. tit. 13. Part. 5.

cuando renuncien su herencia. Ademas, los terceros poseedores singulares de los bienes tributarios estan obligados á la solucion del tributo, asi del tiempo de su posesion como del anterior, aunque dichos poseedores sean eclesiásticos, los cuales podrán ser reconvenidos ante el juez secular (1). Y en estos derechos se prefiere á los acreedores anteriores de hipoteca tácita, porque la obligacion de satisfacerlos está inherente, y es inseparable de los mismos bienes, mas no á los que la tengan anterior expresa, especial ó general. Lo propio milita en la dote legítima y entregada (2).

9. En los bienes de los que contratan con el fisco, y en los administradores, cobradores y recaudadores de su Real haber, goza del propio privilegio en concurrencia de otro acreedor hipotecario, sin mas prerogativa, como si se hubiesen adquirido despues de celebrado el contrato, ó de haber entrado en la administracion de la Real Hacienda, pues en los que adquirieron antes no es preferido á los acreedores de hipoteca expresa anterior, especial ó general, ni en los de sus mugeres; ni tampoco en los adquiridos despues del contrato fiscal al hipotecario con privilegio de menor edad, tutela, dote y otro semejante, porque este acreedor tiene doble privilegio, el de la hipoteca con antelacion de tiempo, y el de la menor edad &c. como se dirá en el párrafo 11, y á cada uno incumbe probar la anterioridad ó posterioridad de adquisicion que alega, como fundamento de su intencion. Y es de notar, que por el arrendamiento de los predios fiscales ha de reconvenir el fisco á su arrendador, despues á su fiador de indemnidad, y por último al deudor del arrendador, no habiendo algun privilegio, por el que pueda demandar antes á dicho deudor, en cuyo caso no se necesita observar este orden.

10. En los del *primipilo*, que antiguamente era el que tenia á su cargo proveer de lo necesario el ejército y armada, como tambien las cosas destinadas para las principales y mayores urgencias del Soberano en tiempo de guerra, y hoy en algun modo se puede tener por tal al tesorero y proveedor del ejército, aunque hay mucha diferencia de uno á otro; en los del primipilo, digo, le compete el mismo privilegio, el cual se amplía contra los dotales y parafernales de su muger, y contra los de sus hijos, pues todos quedan entera y absolutamente obligados. Tambien le compete contra sus deudores, de suerte que puede repetir

1 Ley 26. tit. 13. Part. 5.

2 Leyes 26. y 33. tit. 13. Part. 5.

contra los de estos antes de hacer excusion en los del primipilo, y aun antes de cumplirse el plazo de sus pagas, si son deudores para algun dia. Pero este tan grande y especial privilegio se limita respecto á los hijos y muger de otro tesorero, á cuyo cargo está solamente la custodia del Real erario, pues contra estos no le está concedido en iguales términos.

11. En los demas contratos con el fisco si concurre contra un acreedor privado, y no hay duda en la anterioridad y posterioridad de hipotecas de ambos, se han de observar las reglas siguientes. La primera es, que el fisco por razon de la que le compete en sus contratos, es preferido à los acreedores quirografarios anteriores del deudor. La segunda es, que si el fisco tiene hipoteca expresa, aunque sea posterior, se prefiere á los anteriores de tácita al modo que la dote (1). La tercera es, que si el fisco concurre con otro acreedor anterior que tenga hipoteca expresa, especial ó general, sin privilegio, debe preferirse el primero en tiempo, y si lo es dicho acreedor, será su prelacion en los bienes que el deudor tenia antes de contratar con el fisco, pues en los adquiridos despues será preferido este por privilegio especial á los anteriores, aunque la tengan general expresa; porque no se puede decir que los bienes estan obligados antes que el deudor los adquiera, ni constituirse hipoteca en las cosas agenas, y como á un mismo tiempo quedan hipotecados al acreedor privado y al fisco, debe este ser privilegiado como de mejor condicion, no debiendo mirarse el orden de la convencion tacita ó expresa, sino el de la adquisicion; bien que cada uno debe probar como fundamento de su intencion la anterioridad ó posterioridad de la adquisicion, pues ningun privilegio tiene el fisco para eximirse de esto. Pero si á la anterioridad de tiempo que tiene el acreedor privado, se agrega algun privilegio ó cualidad, como la menor edad, tutela, dote &c., se preferirá al fisco por razon de la anterioridad y por la del privilegio, no solo en los bienes adquiridos antes de contratar con él, sino en los que adquirió despues, como se expuso en el párrafo 9. Y la cuarta regla es, que por competir privilegio al fisco en la accion hipotecaria y juntamente en la personal, tiene mayor derecho que otros acreedores, y por él es preferido á los que solo tienen privilegio en la personal, ó son personales privilegiados, como los menores, por lo que si estos concurren y no tienen hipoteca expresa obtendrá el fisco la preferencia, aunque sea posterior en

1 Ley 33. tit. 13. Part. 5.

tiempo, al modo que la dote, y lo mismo procede en los demas privilegiados en la hipoteca.

12. Tambien es preferido à los acreedores anteriores de hipoteca expresa en los frutos de los bienes hipotecados antes de contratar con él, de cualquier clase que sean, habiendo nacido despues del contrato fiscal, estando en poder del deudor (no en el de otro, à quien hubiese enagenado los mencionados bienes, porque pasaron al dominio de este que no es deudor, ni está obligado), y justificando como fundamento de su intencion su produccion posterior en poder del deudor, pues sino lo justifica, no gozará de prelacion, por carecer de privilegio expreso. Sobre si la muger gozará ó no por su dote de igual privilegio que el fisco en los bienes adquiridos por su marido despues de su contrato dotal, y se preferirá ó no à los acreedores hipotecarios anteriores, véanse los autores (1), pues están discordes; pero la iglesia y causa pia son preferidas (2).

13. Como por el delito que alguno comete, y daño que causa à otro, se originan dos acciones penales, la una tocante à la parte ofendida, y la otra à la república; y el fisco adquiere derecho à la pena en que incurre el perpetrador, sea legal, convencional ó arbitraria en el juez; se duda cuando le adquirirá, y cuando será ó no preferido à los acreedores del delincuente. En orden al primer punto debo decir, que antes de la condenacion ò sentencia, ningun derecho ni hipoteca le compete en los bienes de aquel; que despues de ella si por el delito se le confiscan, no adquiere hipoteca en ellos, porque se le trasfiere su dominio: que sino se le confiscan, y solo se le impone alguna pena pecuniaria, tampoco adquiere derecho ni hipoteca hasta que se da la sentencia, porque antes de su pronunciamiento no puede llamarse acreedor, à causa de ignorar, si se le impondrá ó no; y que aun despues de la condenacion no adquiere ningun derecho ni hipoteca en perjuicio de otros acreedores, aunque sean quirografarios, y su deuda conste solamente por mera confesion del deudor fiscal antes de la sentencia, porque trata de adquirir lucro, y los acreedores procuran evitar su daño, excepto, que estos y el fisco lo sean por una misma causa ó título oneroso ó lucrativo; pero respecto del delincuente y de otros que poseen sus bienes sin título, tiene desde el dia de la sen-

1 Gutierr. lib. 5. *Prdct.* quæst. 180 Barbos. in leg. 1. ff. *Solut. matrim* part. 2. num. 17. Castill. lib. 3. *Controv.* cap. 4. num. 20.

2 *Cur. Filip.* lib. 2. *Com. terr.* cap. 12. num. 30, y otros que cita.

tencia hipoteca tácita en ellos, la cual no se amplia, cesante todo dolo à los enagenados antes de la condenacion (1).

14. Tocante al segundo punto digo, que si el fisco concurre únicamente por el cobro de la pena y condenacion, sea legal ó arbitraria, impuesta al delincuente, le preferirán indistintamente todos los acreedores de este sin excepcion, séanlo por contrato celebrado antes de la imposicion, ó por el daño recibido, por el que es condenado. Si concurren ambos con un mismo título oneroso ó lucrativo, será preferido el fisco, sin embargo de que el acreedor privado se halle en posesion de los bienes del deudor delincuente, por lo que si este perjudicó à alguno y al fisco en la cosa ó administracion fiscal, obtendrá la prelacion, aunque el acreedor privado lo sea por depósito singular que no existe; pues desde que se cometió el daño quedaron obligados sus bienes à resarcirle, y el fisco adquirió hipoteca en ellos que es preferida à la accion de depósito, y esta, no existiendo la cosa depositada, ó siendo irregular é impropio el depósito, cede à la hipotecaria, quedándose en la clase de personal, como se dirá en los párrafos 83 y 84: lo cual no sucede siendo privados ambos acreedores con un mismo título, porque entonces será preferido el que tenga la posesion de los bienes del deudor (2). Pero si se dudase, si el fisco y el acreedor privado concurren por una misma causa ó título, ó si las de ambos son onerosas ò lucrativas, se preferirá el fisco, y no habrá prorateo en cuanto al importe de la pena, pues en la cantidad consignada al acreedor por compensacion del daño ó interes obtendrá este la preferencia (3).

15. Aunque cuando el reo incurre *ipso jure* en la pena de confiscacion ordinaria y pérdida de todos sus bienes, adquiere inmediatamente el fisco su dominio; no se le trasfiere siendo extraordinaria la confiscacion, hasta que se publica la sentencia, y su adquisicion se circunscribe solamente à ciertos bienes que se expresan en la sentencia y proceso, y no à todos (4). Pero aun cuando la confiscacion sea ordinaria, no se extiende à todos los que posee el delincuente, y antes bien se limita à los que quedan liquidos despues de satisfechos los acreedores que tiene al tiempo de la perpetracion del delito, pues los restantes no son suyos: en cuya atencion, y en la de que hace veces de heredero

1 Leyes 4 y 5 tit. 41. lib. 12. Nov. Rec. lib. 4. Nov. Rec.
2 Ley 9. tit. 3. part. 5.
3 Leyes 102 del Estilo, y 14. tit. 14.
4 Ley 2. tit. 4. Part. 5.

anómalo y sucesor extraño del delincuente, está obligado como tal à pagar sus deudas, en cuanto lo permitan sus bienes, y si sobra algo, lo hace suyo (1). Si el fisco es acreedor del mismo delincuente por contrato, tiene en su poder algunos años los bienes de este, que producen lo bastante para reintegrarse y pagar à los demas, y luego se los devuelve, no puede repetir su crédito despues de la devolucion, porque con el producto debió hacerse pago de él: lo cual he visto ejecutoriado por la Real junta de obras y bosques contra el fisco en causa de confiscacion de los estados de un grande que al tiempo de ella era deudor suyo por contrato de venta de una porcion de tierras incorporadas en uno de sus estados, y no tenia satisfecho su total valor; porque ni las acciones se confunden, ni la una excluye à la otra, ni le quita la hipoteca y antelacion que por su naturaleza le compete, al modo que tampoco se confunde la del heredero que es acreedor del deudor, segun se ha sentado en el párrafo 9, capítulo 7 del título anterior, lo que no sucede, cuando en un acto ó persona concurren dos obligaciones ó cualidades diversas, como en el fiador que sucede al deudor, ó al contrario; pues no se confunden, sino que se extingue la accesoria, y permanece la principal, si es util y eficaz, y no en otros términos.

16. Se prefiere igualmente el fisco à otros acreedores, aunque sean de contrato, por los gastos útiles y necesarios que hizo en la prision del reo, y en buscar y reparar sus bienes; pero como quiera que la hipoteca no se adquiere hasta despues de la sentencia, no será preferido à ellos en caso que sean anteriores à esta.

17. No obstante que en la cosa dada ò vendida à dos sugetos en diversos tiempos, es preferido el que tomó posesion de ella, aunque sea posterior (2); si uno celebra contrato sin hipoteca con el fisco y con otro privado, obtendrá aquella preferencia, aunque se haya hecho posteriormente la entrega à este, porque como tiene à su favor el privilegio de hipoteca tácita en sus contratos, debe ser preferido al particular que carece de él, sin embargo de que se haya entregado la cosa vendida despues de la celebracion del suyo. Y si un predio fiscal se vende al fiado, no solo queda obligado tácitamente el comprador à la solucion de su precio, aunque no se obligue, sino tambien los demas bienes suyos, excepto que la venta sea à pupilo ò menor, pues enton-

1 Ley 10. tit. 2. Part. 3. Bolar. tit. 5. quæst. 15 num. 11 y 12. y quæst. 17 al 20.

2 Ley 50 cerca del fin. tit. 5. Part. 5.

ces solo tiene hipoteca tácita en el predio vendido, y no en los demas bienes de este.

18. Habiendo explicado varios privilegios que competen al fisco acerca de la hipoteca y prelacion, no dañará referir de paso algunos de los que goza en los juicios à mas del expresado en el párrafo 12, capítulo 1.° de este título. Aunque en la via ejecutiva se admiten oposiciones y tercerias para eludirla, y no tiene lugar contra terceros poseedores, regularmente hablando (1); en las que sigue el fisco por alcabalas ú otros derechos Reales, no deben admitirse, à menos que los terceros justifiquen con instrumentos públicos el dominio de los bienes en que se trabó la ejecucion.

19. Todas las excepciones directas y útiles que el ejecutado puede probar en el término de los diez dias de la ley, son admisibles en el juicio ejecutivo, segun se expuso latamente en el capítulo 5 del título anterior; pero en la ejecucion que intenta el fisco sobre exaccion de sus derechos Reales, únicamente se admite à los arrendadores de estos la excepcion de paga ó quita (2).

20. Para poder dirigir su accion el acreedor privado personal contra el deudor de su deudor, se requiere que este le ceda sus acciones, ò le dé en pago su crédito, excepto que el deudor principal sea condenado, y no tenga con que pagar, ò que confiese su debito, ò que el acreedor le acredite con instrumento público; pero el fisco por especial prerogativa, no solo puede ejecutar al deudor de su deudor, en los casos referidos, sino tambien en otros tres: el primero, aunqne el deudor principal no esté condenado, si se halla insolvente: el segundo, cuando aparece que se contrajo el débito por razon del fisco; y el tercero, cuando por el contrato fiscal son demandados los deudores verdaderos. Tambien pueden el fisco, república y universidad ejecutar à los socios, à quienes los arrendadores de sus rentas dieron parte en el arrendamiento, en esta forma: si se asociaron simplemente con estos, les pueden reconvenir *in solidum*, como à los principales; y si solamente en cierta cuota de las rentas, como tercera, cuarta ú otra, por el importe de la participacion y de su obligacion.

21. Está mandado que en las ejecuciones se haga primero la traba en bienes muebles, que han de pregonarse en nueve dias, y en su defecto en raices, que se han de subastar en veintisie-

1 Ley 16. tit. 7. lib 9. Rec., suprimida en la Nov.

2 Ley 15. tit. 7. lib. 9. Rec., está suprimida en la Nov.

te (1); pero cuando el fisco ejecuta à los arrendadores de sus rentas y à sus fiadores, no se observa este orden, y antes sí debe hacerse en los mejores, sean muebles ó raices, subastándose y vendiéndose los muebles en tres dias, y los raices en nueve (2); y para reintegrar à la Real Hacienda, se deben vender todos los que se hallen en poder de los mismos arrendadores, sin que impida su venta otra excepcion que la de acreditar con escrituras públicas que estos tienen arrendados ó alquilados los bienes del que se opone à su venta, protestando ser suyos (3).

22. Aunque en los arrendamientos de bienes de personas privadas, si el arrendatario los subarrienda, no está obligado regularmente el subarrendatario al dueño de ellos, à menos que asi se pacte en el subarriendo; en los de alcabalas y otros derechos Reales, si los arrendatarios las subarriendan en todo ò parte (fuera de que no quedan libres, ni sus fiadores, excepto que afiancen à satisfaccion de los contadores mayores ó de sus lugartenientes, y en las rentas menores à la de los arrendadores mayores y recaudadores, segun lo ordena la ley 18. tit. 11. lib. 9. Rec.), estan obligados al fisco los subarrendatarios igualmente que los primeros, páctese ò no, y asi puede ejecutarlos por los que le deban, al menos despues que à estos.

23. En los contratos en que hay lesion en mas ò menos de la mitad del justo precio, es innegable que dentro de los cuatro años siguientes à su celebracion puede intentar el leso que se rescinda ò se le supla su justo valor (4); pero en las ventas forzadas ò que se celebran contra la voluntad de los compradores para pagar al fisco, no ha lugar à este remedio (5); y en los casos en que los ministros de la Real Hacienda ò sus delegados las hacen y aposesionan de las fincas vendidas à los compradores, si se suscita controversia sobre lesion, eviccion ú otra cualquiera cosa, ha de conocer de ella, y determinarla el que otorgó la venta, y no el ordinario del pueblo ni otro alguno, aunque uno de los litigantes goce fuero.

24. En orden à la dote, si concurren esta y el fisco solos, obtendrá la prelacion el que sea anterior en tiempo (6), à menos que en algun caso particular les competa especial privilegio, pues entonces se dará al que le tenga; pero en los no privilegiados, si se dudare cuál es primero en tiempo, será preferida la dote

1 Leyes 3. tit. 27. part. 3, y 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.
2 Leyes 18 y 19. tit. 7. lib. 9. Rec., suprimidas en la Nov.
3 Ley 16. tit. 7. lib 9. Rec.
4 Ley 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
5 Ley 2. cit. Nov. Rec.
6 Ley 33. tit. 13. Part. 5.

legítima, con tal que el fisco no se halle en posesion de los bienes del deudor, porque hallándose será pospuesta.

25. Tocante à los demas acreedores se han de suponer dos casos ò puntos: el primero, cuando la dote ha sido verdadera y entregada al marido ante escribano y testigos sin fraude ni simulacion; y el segundo, cuando fue confesada, y no consta su entrega ò fe de ella. En el primer caso, la muger será preferida por la hipoteca tácita à todos los anteriores que la tengan, y à los posteriores, aunque la suya sea general expresa, contándose el tiempo desde el dia en que se celebró el matrimonio, y no antes, porque la dote se da para ayudar á sostener sus cargas, y asi hasta que lo haya, no hay dote, ni por consiguiente puede haber privilegio; lo cual procede, aun cuando los bienes prometidos al marido en dote se le entreguen posteriormente, como por lo regular se hace cuando preceden capitulaciones à la boda, ò está pendiente la particion en que es interesada la novia; y del mismo privilegio gozará, aunque no conste la entrega ante escribano, ni en juicio contradictorio con los demas acreedores, si justifica en forma legal por otro medio haberla llevado al matrimonio, y entregado á su marido (1). Tambien será preferida à los aceedores posteriores que tengan hipoteca especial expresa sin cualidad de prelacion. Pero es de advertir en primer lugar, que si la muger no expresa formalmente que lleva sus bienes al matrimonio por dote, aunque los entregue realmente à su marido, no obtendrá el privilegio de prelacion, por no ser dote: en segundo lugar, que en la promesa de contraer matrimonio, si es rica, se entiende prometer tácitamente sus bienes en dote à su futuro marido, y asi le corresponde el privilegio de prelacion, excepto que el marido tenga con que alimentarla, pues entonces no se presume si no se expresa; y en tercer lugar, que el privilegio de la dote verdadera no se extiende à la putativa.

26. Pero no será preferida à los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa, especial ò general en sus bienes (2), como en cuanto al fisco se dijo en los párrafos 9 y 11; por lo que teniéndolos hipotecados generalmente el marido à la responsabilidad de alguna administracion, casándose despues, y obligándolos à la de la dote de su muger, si al tiempo de casarse no acredita estar solvente en la administracion, continúa con ella algunos años, sale alcanzado, y faltan bienes con que reintegrar la dote y el alcance; no obtendrá preferencia la

1 Ley 33. tit. 13. Part. 5.

2 Dicha ley 33. verb. *Otrosi la muger.*

muger, sino el dueño del alcance por su anterioridad en la hipoteca general ó especial; pues se mira al tiempo de la hipoteca que es anterior al en que se descubre el alcance; porque se presume que cuando se casó ya era deudor; lo cual no sucederá, si la muger acredita que entonces se hallaba solvente, porque aunque la obligacion à la administracion estaba otorgada antes, no eran responsables à ella sus bienes, porque nada debia, y asi no empezaron à serlo hasta despues de casado, en cuyo tiempo ya estaban afectos à la satisfaccion de la dote, y es lo mismo que si despues de otorgada esta se le hubiere encargado aquella.

27. Tampoco será preferida la muger por su dote legítima al acreedor posterior que prestó graciosamente dinero à su marido para emplearle en alguna finca ò cosa determinada, construir ò reedificar alguna casa ù otro edificio, si la compró ò hizo con él, la hipotecó especialmente à su responsabilidad, y al tiempo del préstamo se pactó expresamente que le entregaba el dinero para ello, pues por la hipoteca especial y expresa, y por razon del destino del dinero, le preferirá en la finca comprada; porque cuando principió esta à ser responsable à la dote, ya lo era al precio con que se adquirió, por dimanar del acto la hipoteca, y no ser simple sino calificada, pero no si faltó el pacto, aunque con el mismo dinero hiciere la compra, porque en este caso es mutuo simple, sin privilegio ni motivo para tenerle (1), por haber hecho el empleo de propia voluntad, y no obligado por convenio con el que se le prestó.

28. Si el dinero prestado fue para reparar nave, casa ú otro edificio, ò pagar su alquiler, ò el del almacen en que está la cosa, ò conducirla de una parte à otra, ò para satisfacer su trabajo à los oficiales que se emplearon en ella, ò alimentar à los sirvientes ò al ganado, ò para otro beneficio de la misma cosa, y le prestó simplemente sin pacto ni convencion, serán preferidos al prestador la dote y fisco, excepto que sean posteriores en tiempo (2).

29. En el segundo caso ò punto, esto es, cuando la dote fue confesada por el marido en contrato ò última voluntad antes de casarse, ò durante su matrimonio, de la cual se tocó algo en el libro 1.° título 2.° capítulo 3.° párrafos 32 y 33, están discordes los autores por falta de decision legal; y mediante à no hallarse explicado en ningun autor nuestro, segun corresponde, procediendo con la claridad posible, distingo dos casos. El primero

1 Leyes 26 y 34. tit. 13. Part. 5.

2 Leyes 28 y 29. tit. 13 part. 5.

es, cuando la muger litiga sobre su restitucion con los herederos de su marido, ò los de ella contra este, y si los podrá reconvenir *in solidum* ò à prorata, en cuyo caso, como expone un docto jurisconsulto, no son precisas pruebas rigorosas de su solucion, y bastan las leves; y el segundo, cuando en concurrencia de otros acreedores de su marido pretende ser preferida à estos, en el cual es indispensable que las pruebas sean concluyentes.

30. En cuanto al caso de restitucion digo, que la confesion del marido hecha en contrato antes de casarse le perjudica, debiendo echarse à sí mismo la culpa de haber confesado por recibido lo que no se le entregó, como tambien á sus herederos legítimos y extraños, porque no gozan de mas privilegio que él; y como sus representantes y sucesores en sus acciones activas y pasivas, deben estar y pasar por sus contratos.

31. Pero asi el marido como sus herederos pueden oponer contra la muger la excepcion de dote no entregada, que le compete, si aquel no la renunció, pues lo que constituye verdadera la dote, es su entrega y no la escritura, por lo que nada aprovecha á la muger la confesion, y de consiguiente necesitará probar su entrega; y para ser oido el marido contra los herederos de su muger, y los de él contra esta, deben oponer la excepcion disuelto el matrimonio dentro del año siguiente, si duró dos, y si mas hasta diez, dentro de tres meses, porque pasados no se les oirá, á menos que les competa el beneficio de la restitucion por entero, ò que tomen en sí el cargo de probar no haberla recibido, de lo cual se infiere, que si los herederos del marido restituyeren la dote à su viuda con error è ignorancia del derecho que les compete dentro del término de oponer la excepcion, podrán usar de ella como por cosa pagada indebidamente; mas no si lo saben, y sin embargo se la entregan.

32. Si el marido renunció, como puede hacerlo, la excepcion del dinero no entregado, aunque sea en el mismo instrumento, no le sufragará à él ni á sus herederos la de no haberse dado la dote, porque respecto de ellos obra en dicho caso su confesion, lo propio que si la dote fuera real y verdaderamente pagada. Lo mismo procede cuando el escribano da fe de haber visto entregar la dote, y que fue en ciertas monedas que individualiza; y por si en esta entrega, aunque cierta, hubiere simulacion y fraude, pues à veces suele un tercero prestar el dinero à la muger para que le manifieste ante los testigos y el escribano, à fin de que este pueda dar fe de que ha parecido de presente,

y luego que se retira, y el acto se concluye, se devuelve el dinero al que le prestó; podrá defenderse el marido con la excepcion de confesion simulada, para cuya justificacion bastan pruebas leves y congeturas, porque la simulacion es dificil probanza, à causa de hacerse con mucha premeditacion y cautela (1).

33 Prueba tambien contra el marido la confesion geminada ó duplicada, à menos que sus herederos quieran recibir en sí el cargo de justificar que sin embargo de ella no recibió la dote; pero no podrán aquellos usar de la excepcion del dinero no entregado contra dicha confesion; bien que algunos afirman que sí, fundados en que esta no surte el efecto de que la dote meramente confesada se tenga por entregada. Mas de cualquiera suerte que sea, no goza de los privilegios dotales, porque no es propiamente dote (2).

34. Haciendo el marido la confesion con juramento, no les servirá à él ni á sus herederos el alegar que no recibió la dote, porque no goza de la excepcion del dinero no entregado; si bien no se les impide probar que no hubo tal entrega ni recibo. Pero ni á sus acreedores ni á otro tercero que no traiga causa del marido dañará, aunque la haga próximo à la muerte para descargo de su conciencia. Y si se obligó con juramento no solo á restituir la dote, sino tambien à no oponer la referida excepcion, no será oido, porque el juramento debe observarse en este caso à causa de no ser contra las buenas costumbres, ni ceder en detrimento de tercero: lo mismo sucederá à sus herederos, porque traen causa de él.

35. Precediendo al matrimonio promesa de la dote por escritura pública, distinta de aquella en que el marido hace la confesion, como por la brevedad del tiempo y celeridad de los actos se presume simulacion, y en un mismo instrumento no se da primero ni postrero, ni basta que en él testifique el escribano haber precedido la promesa; en este caso hágase la confesion de su recibo antes del matrimonio ò durante este, prueba su entrega, de tal suerte, que el marido, sus herederos y acreedores, no solo no pueden oponer despues la excepcion de no habérseles entregado, ni se les debe admitir, aunque no esté pasado el tiempo prefinido por la ley para su admision; sino que la confesion se tiene por hecha, y la hipoteca por contraida en el dia de la promesa, en perjuicio de todos los acreedores que

1 Ciriac. contróv. 547. num. 10. Mascard. *de probat.* conclus. 438. num. 11.

2 Menoch. lib. 4 præsump. 190. num. 51.

en el tiempo medio de esta y de la recepcion contrajeron con el marido, una vez que se efectuó el matrimonio; si bien algunos lo limitan al dia de la celebracion de este. Pero no se excluye la prueba en contrario, porque no es presuncion de derecho, y por derecho, sino una vehemente congetura, y asi no justificándose debe estimarse por dote legítima y verdadera (1).

35. Confesando en testamento ò en otra disposicion última el marido haber recibido la dote, no valdrá como tal ni como crédito, sino como legado, à menos que por otro medio se acredite su solucion; bien que es menester se confirme con su muerte, porque hasta entonces puede revocarle. Y si en el testamento jurare haberla recibido, se tendrá por dote y no por legado, y le perjudicará en el todo, como tambien à sus herederos legítimos y extraños, aunque por otro medio no conste su entrega (2).

37. Si el marido hace en contrato durante su matrimonio la confesion de haber recibido la dote, se estimará por donacion entre marido y muger, necesitará tambien confirmarse con su muerte para que sea válida, y en perjuicio de sus herederos legítimos y extraños, tendrá el mismo vigor que la hecha en última voluntad; y lo mismo procede, aunque lo sea con título de remuneracion ó recompensa, por la desigualdad que media entre los dos, como de ser el marido anciano y plebeyo, y la muger noble y jóven &c.; si bien en este caso no podrá revocarla como en el anterior, porque por el pacto oneroso se presume quiso obligar su patrimonio à la constitucion de la dote y su restitucion (3).

38. En ninguno de los casos en que se ha expuesto perjudica al marido y à sus herederos la confesion de haber recibido la dote cuando se trata de su restitucion, se les priva de la accion de repetirla del prometedor, si con efecto no la entregó.

39. Siempre que por error confiesa el marido en instrumento ó de otra suerte haber recibido por dote, mayor cantidad que la que efectivamente recibió, aunque prometa restituirla toda á su muger, disuelto el matrimonio, ningun perjuicio le causará à él ni à sus herederos dicha confesion, y asi verificado el error, podrá revocarla en cualquier tiempo, por no ser justo que la muger se lucre indebidamente en su detrimento contra su voluntad.

1 Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 7 num. 6 Gom. en la ley 53 de Toro, num. 52.

2. Ley *Cum quis decedens* 35. §. *Codicilis*, ff. *de legat.* Mantic. *de tacit.* lib. 11. tit. 20. num. 22.

3 Mantic. ibi.

40. Aunque cada heredero del marido es responsable únicamente á los acreedores de este á proporcion de la parte que percibe de la herencia, puede repetir la viuda contra uno de los herederos *in solidum*, no como tal, sino como poseedor de la finca ó fincas hipotecadas, especialmente á la seguridad de la dote, porque el derecho de prenda é hipoteca, no sigue à la persona sino á la cosa; en cuya atencion, si son muchos los obligados, y la hipoteca se halla en poder de uno de ellos, podrá el acreedor á su eleccion reconvenir à todos á prorata, ò *in solidum* al que posee la finca hipotecada. Ademas, aunque los bienes hipotecados esten divididos entre los herederos, podrá la viuda dirigir su accion *in solidum* contra el uno por toda su dote, porque el derecho de hipoteca es individuo, y asi no puede juzgarse dividido entre ellos. Y es de notar, que la viuda ha de reconvenir à los herederos de su marido en el fuero del domicilio de este.

41. A la madre que fue tutora de sus hijos, y pretende la restitucion de su dote, no se debe denegar ni retardar su entrega ó solucion, mientras no dé la cuenta de la tutela, aunque haya alguna verosimilitud de que resultará alcanzada, ni por consiguiente ha de admitirse á sus hijos la excepcion de compensacion que la opongan, porque esta no tiene lugar en lo que no está líquido con lo que lo es: lo cual se entiende aunque haya renunciado el auxilio de las leyes que la protegen, porque se constituiria de peor condicion la dote que los créditos de otros acreedores, contra los cuales no se debe excepcionar ni deferir á la retencion por el crédito no líquido. No obsta alegar que pudo haberse reintegrado, y se presume que lo estará, porque sin embargo de que un administrador puede hacerse pago por sí de los bienes de su deudor que administra, esto no prueba que la madre lo esté de su dote hasta que por la cuenta que presente se vea su alcance, y si las rentas de los bienes de sus hijos fueron tan cuantiosas que bastaron para cubrirse de ella y alimentarlos, mayormente debiendo creerse que por su natural afecto á ellos se condujo fielmente en la administracion de sus bienes (1).

42. Tocante al segundo caso propuesto, esto es, á la pretension de preferencia ò prelacion en concurrencia de otros acreedores de su marido, mediante haber varias clases de ellos con diversos privilegios, sentaré para la debida claridad varias con-

1 Bersan. *de vi luis*, cap. 2. quæst. 29. num. 2. y 3.

clusiones; pero antes debo advertir, que si la hipoteca que tiene por su dote la muger en los bienes del marido es general, puede dirigir su accion contra los que mas bien le parezcan; y que si es especial, debe intentarla contra los afectos especialmente, haciendo excusion en ellos antes de proceder contra los restantes, al modo que estan obligados á hacerlo los demas acreedores, pues la ley no ha concedido en este punto ningun privilegio á la muger, y en ella milita la misma razon de equidad que en otros cualesquiera (1).

43. Conclusion primera. Si la muger contiende con el fisco que ha secuestrado y confiscado los bienes de su marido por algun delito ó motivo, sobre que se la prefiera en el pago de su dote confesada por este, no debe ser oida mientras no acredite su verdadera entrega, á menos que haya precedido promesa dotal á la confesion (2).

44. Conclusion segunda. En todos los casos en que la muger prueba la verdadera entrega de su dote, sin la mas leve sospecha de fraude, sea mientras está casada, ó desques que envinda, perjudica la confesion de su marido á sus acreedores, por lo que en concurrencia de estos debe obtener, generalmente hablando, la prelacion en el pago (3).

45. Conclusion tercera. Si el marido confiesa en contrato la recepcion de la dote antes de casarse, perjudica tambien á los demas acreedores suyos, porque como regularmente no se efectúan los matrimonios sin dote, excepto que los contrayentes sean pobres, es verosimil que se haya entregado segun expresa el marido, y asi carece de la sospecha de fraude, especialmente si contiene renuncia de la excepcion del dinero no entregado, mientras no se pruebe lo contrario (4).

46. Conclusion cuarta. Si á la confesion de haber recibido la dote precedió promesa por escritura pública, distinta de aquella en que el marido confiesa su recibo, prueba su entrega, haga este la confesion antes de casarse, ó estando casado, y perjudica no solo á sus herederos, sino tambien á sus acreedores, como se ha sentado en el párrafo 35.

47. Conclusion quinta. Habiendo hecho el marido la confe-

1 Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 18. num. 3. Castill. lib. 4. *Controvers.* cap. 26. num. 27 y 67.

2 Ley *Si quis*, 9. Cod. *de bonis proscript.*

3 Mantic. *de tacit.* lib. 11. tit 20. num. 40.

4 Bersan. *de viduis*, cap. 2. quæst. 26. num. 68.

sion de la dote durante su matrimonio, sin haber precedido promesa dotal, y siendo los acreedores simples quirografarios, los excluirá la muger, aunque tengan la prioridad de tiempo, porque en igual caso es mejor la condicion de la dote, á causa de que le compete el privilegio de prelacion. Pero si los acreedores anteriores fundan su intencion en la confesion, v. gr. de depósito, venta ú otra cosa fuera de mutuo, no hecha durante el matrimonio, se preferirán á la muger, porque en este caso es igual su condicion á la de la dote, mediante no poder oponérsele la excepcion del dinero no entregado, y por la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es en derecho, deberán ser graduados antes que la dote confesada; pues en estos casos el derecho comun y general es mas poderoso que el especial, y por lo mismo si la confesion dotal que precede al matrimonio es anterior á la de los créditos referidos, será preferida la dote; mas no, habiéndose hecho despues de casada, porque en este caso se presume que el marido la hizo con ánimo de beneficiar á su muger, y perjudicar á sus acreedores quirografarios anteriores (1).

48. Conclusion sexta. A los acreedores hipotecarios anteriores, no daña la confesion de haber recibido la dote hecha por el marido constante el matrimonio, sin haber precedido promesa, porque tiene contra sí la presuncion de haberla hecho por defraudarlos; y si son posteriores, les compete la excepcion de dote no entregada dentro de los tiempos prefinidos para oponerla, á fin de impedir que su viuda obtenga la prelacion. Pero hay dos opiniones acerca de si pasados estos les perjudicará ó no al modo que á los herederos; y para no dar lugar á la objecion de morosidad que se quiera hacer á los acreedores que contrajeron con el marido antes de espirar, el de poner la excepcion de dote no entregada (pues á los posteriores á este tiempo no aprovecha, porque ya adquirió derecho perfecto la muger), y la de si sabian ó no que la dote era confesada; conviene que pidan restitucion del lapso del tiempo por la cláusula general: *si pareciere haber alguna causa justa*, con cuya concesion será la objecion inútil: lo cual se entiende aunque el marido haya renunciado la excepcion del dinero no entregado, porque no pende de su arbitrio, ni tiene facultad para causar perjuicio á sus acreedores, y privarles de su derecho (2).

1 Bursan. alli, num. 34 al 38.

2 Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 7. num. 5.

49. Conclusion séptima. Cuando por la calidad de los cónyuges y otras circunstancias es verosimil la confesion del marido, prueba concluyentemente la entrega de la dote á efecto de repetirla en perjuicio de sus acreedores, á quienes no compete en este caso la excepcion del dinero no entregado. Son congeturas á favor de la confesion de la dote, la promesa que precedió á ella: la prueba de la solucion de algunas partidas expresadas en la misma confesion, aunque no se diga que se hizo por causa de la dote, pues debe presumirse, una vez que no se especifica otra: el constar haberse pagado parte de la dote confesada, pues se presume que lo está en el todo (1): el ser la dote correspondiente á las personas, caudal &c. y otras que traen los autores.

50. Conclusion octava. Hallándose en la herencia del marido algunos bienes raices dotales, no pueden los acreedores impugnar la confesion en cuanto á ellos, aun cuando en esta se hallen apreciados, porque no obstante su aprecio tiene lugar la presuncion de verdadera entrega, á causa de que en los bienes inmuebles no es tan facil cometer fraude, como en los muebles, por lo que su viuda gozará de todos los privilegios dotales acerca de su restitucion contra los acreedores de su difunto marido (2).

51. Conclusion nona. Cuando el marido hace la confesion durante el matrimonio con ánimo de donar á su muger lo contenido en el instrumento, sea graciosamente, sea por remunerar la disparidad que media entre los dos, aunque en estos casos perjudica á sus herederos, si la donacion se confirma con su muerte, como se expuso en el párrafo 37; no á sus acreedores, porque como no recibe vigor hasta que fallece, estaban obligados á ellos los bienes de su marido antes que se constituyese irrevocable, y asi es lo mismo que si la hiciera en disposicion última (3).

52. Conclusion décima. La confesion de haber recibido la dote que el marido hace á favor del padre ó pariente de su muger, tampoco daña á sus acreedores, á menos que por congeturas pueda reputarse verdadera; pero si se hizo á favor del prometedor extraño, les perjudicará, porque no hay para sospechar fraude el motivo que en el caso anterior (4).

53. Conclusion undécima. Si el marido tenia compañía con

1 Covarr. en el lugar citado, num 6. al fin.
2 Covarr lib. 1. *Var.* cap. 8. num. 7.
3 Bersan. dicha quæst. 26. num 63.
4 Covarr. cap. 7. num. 6. Bersan. alli, num 64 y 65.

algunos, y habiendo fallecido intenta su viuda repetir de ellos su dote que aquel confesó durante la sociedad haber recibido, no les perjudicará esta confesion, aunque si tratase de colocar y hacer dotacion á una hija del difunto, estuviesen obligados los socios á dotarla del fondo comun de la sociedad (1).

54. Habiendo vivido la muger con su marido en compañía de su suegro, se duda cuándo podrá usar de su accion por la restitucion de su dote contra los bienes de este, ó los de aquel solamente, ó á un tiempo contra los de ambos; y para su inteligencia se distinguen ocho casos. El primero es, cuando el marido recibió la dote por mandato y con voluntad expresa de su padre, y entonces los bienes de este son responsables á su restitucion, lo cual no podrá decirse, si aunque el padre hubiese consentido en el matrimonio, no se mezcló en la recepcion de la dote. El segundo es, cuando el padre no solo asintió al matrimonio, sino tambien á que su hijo recibiese la dote, pues es indudable que sus bienes están obligados á su nuera por la restitucion de aquella, porque se presume que la dote llegó á manos del padre, y este la administró, excepto que por su edad, enfermedad ú otro motivo estuviese imposibilitado de administrarla, y cuidase de todos los negocios su hijo. El tercero es, cuando el padre y su hijo recibieron la dote obligándose á su devolucion, en cuyo caso ambos deberán responder á prorata de lo que cada uno percibió. El cuarto es, cuando sin embargo de no haber precedido mandato ni consentimiento del padre para que su hijo recibiese la dote, se prueba que se convirtió en utilidad del mismo padre; pues entonces debe repetir contra este y no contra los bienes de su marido. El quinto es, cuando la dote se entregó al padre estando presente su hijo, en cuyo caso tienen accion contra aquel, porque la presencia de este no induce consentimiento en lo perjudicial, excepto que hubiese heredado á su padre, ó que se obligase antes de contraer con los acreedores á responder de ella á su muger. El sexto es, cuando el suegro recibió la dote en nombre de su hijo, y entonces no podrá reconvenirle su nuera, especialmente si protestó que no queria quedar obligado, y asi deberá dirigir su accion contra su marido; mas si la recibió en su propio nombre y en el de su hijo, son responsables ambos por mitad. El séptimo, cuando el padre despues de haber recibido la dote la entregó á su hijo que

1 Bersan. cap. 2. y quæst. 26 citada, num. 30.

se separó de su compañía, y se fue á vivir con su muger; en cuyo caso, aunque parece que por su entrega solo queda obligado el hijo, lo quedará tambien el padre, á menos que conste que su nuera se conformó con que la entregase á su marido, y diese por libre de su solucion al suegro, porque como este por el recibo se constituyó deudor de ella, no le puede dañar lo que sin su expresa anuencia practicaron los dos. Y el octavo caso es, cuando la dote no consiste en dinero, sino en bienes raices ó muebles que existen al tiempo de disolverse el matrimonio; y entonces, háyase entregado al padre ó à su hijo, puede exigirla de cualquiera de los dos á su arbitrio; pues contra el suegro que se condujo dolosamente con la dote de su nuera, compete á esta la accion de pedir *in solidum* sobre su restitucion (1).

55. Sobre cuándo podrá ó no la viuda reivindicar de los terceros poseedores las fincas dotales que su marido enagenó, se debe distinguir. Si se entregaron á este sin apreciarse, es constante que puede reivindicarlas de ellos, como tambien los bienes muebles no estimados, siempre que existan, porque el dominio permanece en ella; bien que la viuda, si quiere, puede repetir el precio de la venta de sus bienes raices de los herederos de su marido, y no meterse con el comprador ó tercero poseedor, porque el precio sucede en el lugar de la cosa. Mas por los muebles debe hacer excusion en los de su marido antes de reconvenir á los terceros poseedores, porque contra estos se le concede subsidiariamente la accion, y no la eleccion como en los inmuebles (2).

56. Si la dote fue estimada con estimacion que causó venta, como su dominio se trasfirió al marido habiéndose obligado solamente á la restitucion del precio, no podrá la viuda revocar la enagenacion, por ser hecha legítimamente, à menos que al tiempo de la constitucion de la dote se pactase que su marido habia de restituir los bienes; en cuyo caso, asi como este debe hacer la restitucion, sin que pueda eximirse de ello por ofrecer su valor, asi tambien su viuda podrá perseguir directamente los bienes, téngalos el marido ú otro cualquiera; y lo mismo podrá hacer cuando la estimacion no causó venta entre ella y su marido (3).

57. Y si al tiempo de la disolucion del matrimonio no hubie-

1 Bersan. cap. 19. num. 32.
2 Fontanel. *de pact.* claus. 7. glos. y part. num. 14.
3 Bersan. quæst. 14. num. 6 y 7.

re bienes del marido con que reintegrar á su muger de su dote, le compete la accion de reivindicacion util y subsidiaria para recuperar las cosas dotales que existan, aunque hubiesen sido estimadas, y las tenga un tercero por contrato oneroso ó lucrativo celebrado con su marido; mas para que sea oida en este caso, debe repetir primero contra los herederos de su marido, y hacer excusion en los bienes de este, porque esta accion no es hipotecaria, sino meramente subsidiaria, introducida especialmente à favor de la dote, para que la muger no quede indotada; bien que en dicho caso el tercero poseedor de las cosas dotales puede à su eleccion devolver estas ó entregar su estimacion, cuyo derecho tenia su autor. Y si en el contrato dotal se concediere al marido la eleccion de volver los bienes dotales ó su estimacion, volverá lo que mas le acomode, con lo que deberá contentarse su muger. Y es de advertir, que la solemnidad que se requiere en la enagenacion de los bienes raices de menor para que valga, es preciso en la entrega que se hace al marido de los dotales estimados para que cause venta su estimacion, y por consiguiente siendo raices, debe intervenir no solo la autoridad de su tutor ó curador, sino tambien decreto del juez (1).

58. Pero si la muger interviniere y consintiere en la enagenacion de sus fincas dotales estimadas que hizo su marido, no podrá reivindicarlas de los terceros poseedores, excepto que aquel no tenga caudal con que reintegrarla de su valor: ni tampoco podrá, cuando ella misma consintió en que su marido las enagenase como suyas, aunque este nada tenga con que reintegrarla, porque en pena del dolo que cometió en coadyuvar á engañar al comprador, ninguna accion reivindicatoria le compete, ni puede usar del auxilio legal (2).

59. Asi como para poder repetir cualquiera acreedor contra el tercero poseedor de los bienes enagenados de su deudor, debe hacer previa excusion en los de este, asi tambien la muger debe hacerla en los de su marido para demandar por su dote al poseedor de los que este tenia suyos, y enagenó en perjuicio de ella, por estar obligados generalmente á la responsabilidad de la dote, pues no está exceptuada ni goza de privilegio en este caso: lo cual tiene lugar, aunque en la enagenacion haya obligado el marido à la restitucion de la dote las fincas que posee el tercero. Pero se limita, lo primero, cuando por favor de ella ó

1 Covarr. *Pract.* quæst. 28. num. 10. Cancer. *Var.* lib. 1. cap. 9. num. 23.

2 Ley *Sine voluntate*, Cod. *ad Senatus Consult. Vellejan.* Bersan. alli, num. 17 al 19.

de otro poseedor se puso en la enagenacion la cláusula de constituto, porque el efecto de esta es hacer que el poseedor los tenga en nombre del acreedor, y asi no se le trasfiere su dominio: y lo segundo, cuando es notorio que está insolvente el marido, pues entonces es inútil hacer excusion (1).

60. Contra la muger no corre el término ni prescripcion, constante su matrimonio, aunque dure treinta, cuarenta ó mas años, para repetir de los terceros poseedores las fincas dotales que enagenó su marido, porque mientras permanece casada, está impedida de usar de su derecho; mas si cuando el marido empieza à decaer de fortuna, no procura asegurar su dote, le perjudicará su omision. Ademas, cuando la prescripcion empezó antes de contraerse el matrimonio en el tercero poseedor de las cosas dotales, se completa durante este, y perjudica à la muger, aunque el peligro de la prescripcion toca en este caso al marido, porque con su negligencia dió lugar á ella (2).

61. Como en los bienes parafernales milita diversa razon, no tendrá lugar lo que se ha dicho de los dotales, y asi por no estar impedida la muger de usar de su derecho durante su matrimonio, es justo sufra la prescripcion desde el dia en que su marido los enagenó; pues aunque para intentar la recuperacion necesita la licencia de este, si no quiere dársela, puede acudir al juez de su domicilio à que se la conceda (3).

62. Cuando la dote que prometió al marido el padre de su muger ú otro, no se le paga enteramente, y el marido la ofreció por via de aumento ó en arras cierta cantidad, no tendrá aquella siendo viuda, generalmente hablando, derecho para exigir el aumento ofrecido de los herederos de su marido, sino á prorata de la dote entregada, pero podrá repetir del prometedor el exceso que por su culpa ó negligencia en no habérsela pagado enteramente deje de percibir (4).

63. Si el marido le hizo simplemente la promesa, páguesele ó no la dote, ó aunque ninguna tragese, no deben sus herederos denegarle la solucion del aumento. Si le ofreció el aumento, no en atencion á la dote, sino à su virginidad, nobleza, juventud y hermosura, ó por otras causas remuneratorias que expresó, como regularmente suele hacerse, tiene derecho á él aunque la dote no se le pagase (5).

1 Ley *Quod meo*, 18 ff. *de adquir. rer. posses.* Bersan. cap. 2 quæst 24. num. 9.
2 Bersan. ibi, num. 7. y 8
3 Ley *Hac leg.* Cod. *de pact. convent.* Bersan. ibi, num fin.
4 Bersan. cap. 2. quæst. 33. num. 6.
5 Bersan. *de viduis*, cap. 2. quæst. 33. num. 18, 22 y 23.

64. Si la falta de paga de la dote dependió del marido por haber concedido término al prometedor, y fallecido antes que este cumpliese con su entrega, tiene derecho su muger al aumento ofrecido; mas si sobrevivió al término concedido, y practicó cuantas diligencias estuvieron de su parte para exigir la dote, no se le debe compeler á dicha satisfaccion. Si el matrimonio no se consumó por impotencia de la muger, no tiene derecho al aumento, y si fue por la del marido, y no estaba pagada la dote, tampoco se le debe, pero si lo estaba, sí (1).

65. En los casos en que, segun se ha dicho, surte la mera confesion del marido de haber recibido la dote el efecto de que se tenga por verdadera su solucion, tendrá derecho la muger al aumento ofrecido, del mismo modo que si efectivamente constara su entrega (2).

66. Por las cosas que el novio da á su futura esposa antes de casarse, si esta las incorpora en el contrato dotal, en cuyo caso, como se confunden con los demas bienes suyos, se hacen dotales, al modo que las que le da otra cualquiera persona; goza del privilegio de prelacion desde el dia de su matrimonio, por ser todas verdadera dote; y por aquello en que promete aumentar la dote de lo que mientras está casada herede ó le donen solo por sus respetos, si el esposo se obliga en la escritura nupcial á tenerlo por dote, y luego constare su recibo durante su matrimonio; gozará tambien del mismo privilegio desde el dia en que entre en su poder, como se expuso en el párrafo 10, capítulo 2.° del título anterior. La razon de diferencia consiste en que esta es dote verdadera y efectiva al tiempo de su constitucion, y aunque solo se prometa, se sabe cuanta es, y el prometedor puede ser compelido á su entrega, por lo que desde el dia del casamiento debe gozar del privilegio de prelacion; mas la aumentada pende de la condicion de que haya herencia, donacion ó legado, y como hasta que llega este caso, no consta el cuanto, ni si se verificará ó no, ni de consiguiente puede ser apremiado ninguno á su entrega, no debe gozar de dicho privilegio, no obstante que la obligacion de responder de ello, y tenerlo por aumento de dote, se constituya en los pactos nupciales, porque aquella sigue la naturaleza del contrato en que se hace, y por ser condicional no debe empezar á tener vigor ni efecto hasta que la condicion se purifica. Y por la simple dona-

1 Cancer. part. 1. *Var.* cap. 9. num. 150 Bersan. ibi, num. 24.

2 Bersan. ibi, num. 8 y 9.

cion por casamiento que antiguamente se hacia; en cuyo lugar se han subrogado hoy en España las arras que el esposo ofrece à la esposa por sus recomendables prendas: y por lo que el marido le ofrece por aumento de dote, aunque le compete hipoteca tácita, no el privilegio de prelacion, porque en los dos casos anteriores trata de evitar el daño que se le causa en perder y no cobrar lo que es de su patrimonio, y en estos de adquirir el lucro que por la oferta puede tener (1). Tampoco obtendrá el privilegio de prelacion por los alimentos que se le deban por retardacion de la entrega ó restitucion de su dote, ni por los bienes parafernales que su marido administró, ni por lo que se le debe por haberla desflorado (que llaman precio de sangre), y solo le competirá hipoteca tácita contra los del corruptor; y asi concurriendo con otro acreedor de él, ó de su marido que la tenga, será preferido el primero en tiempo. Mas por las usuras ó intereses de la dote prometida y no pagada, le corresponderá la prelacion contra el prometedor, si se han pactado, porque son conexos à ella, y se le deben por la naturaleza del contrato. Sino se han pactado, aunque discuerdan los autores, los mas siguen la afirmativa, fundados en que la dote y sus usuras tienen tal conexion entre sí que constituyen un débito, y en que estas aumentan la suerte principal, que es la misma dote.

67. Dúdase si ocultando la muger algunos bienes de su dote ó de su marido concursante, ó que va empobreciendo, y pretendiendo que de los manifestados se le haga pago de ella con preferencia à los demas acreedores, perderá el privilegio de prelacion que el derecho le concede, y podrá ó no ser encarcelada. Cuando la muger no se obligó en los contratos de su marido, parece que debe ser presa y perder el privilegio: lo primero, porque está obligada à manifestar los bienes de su marido difunto; y si oculta algunos de la herencia, comete delito, por el que se la puede encarcelar hasta que exhiba los que se pruebe haber sustraido, à fin de que se valúen y apliquen en parte de pago de su dote, ó para los demas acreedores; como tambien castigar con pena extraordinaria á arbitrio del juez, atendidas su calidad y la de la causa, pues el noble pierde igualmente el privilegio, y puede ser preso; y lo segundo, porque el hijo que oculta dolosamente algo de la herencia, pierde el beneficio de su repudiacion, y se estima haberla aceptado; y el concursante que

1 Ley 29. tit. 13. Part. 5 verb. *Fueras ende*, y en ella Greg. Lop. glos. 2.

oculta los que tiene, pierde el de la cesion (1). Mas sin embargo de estas razones debe decirse lo contrario, y asi será preferida la muger à los demas acreedores por el residuo de su dote que no haya sustraido ni tomado: ya porque de que la muger cometa delito que es puramente personal, y se le castigue por él, no se deduce que debe perder el privilegio de prelacion que es real, y está concedido á la dote por el bien público, ni influye nada en esto; y ya porque aunque el hijo se haga indigno del auxilio de la repudiacion, no se priva á aquel de la herencia (2), ni el que el noble pierda el privilegio (*) de no poder ser preso, es adaptable al presente caso, porque es deudor, y no se puede castigar con otra pena; pero la muger nada debe á los acreedores de su marido, ni sus bienes dotales estan obligados à ellos, por lo que ninguna otra pena merece que la personal hasta que manifieste los bienes sustraidos, ni las leyes se la imponen, ni privan del privilegio de prelacion. Asi lo decidió en el año de 1780 la Real junta de comercio en el pleito que siguió Doña Catalina Javiera de Aguilar, viuda de Don Blas Caballero, con los acreedores de la compañía de la Zarza y con el señor fiscal, sobre preferencia de su dote, y Bolero expresa haberlo determinado tambien el supremo Consejo de Castilla, juntas dos salas. Pero si la muger estuviere obligada en el contrato, deberá estar presa hasta que pague, y no gozará del privilegio (**) de no poder serlo por deuda civil.

68. En concurrencia de dos dotes legítimas, verdaderas y entregadas, debe ser preferida la primera como anterior en tiempo; pero esto se limita en los bienes dotales de la segunda que existen y son conocidos; pues aunque se hayan entregado apreciados al marido, como ambas dotes gozan de igual privilegio, y son de una misma naturaleza, y los de la segunda muger no perdieron la de dotales por el aprecio ó valuacion, ni esta trata de adquirir de nuevo su dominio sino de recuperarle, es preferida en ellos à la primera (3).

69. Por los bienes extradotales de cualquiera clase prove-

1 Ley 4. tit. 15. Part. 5

2 Ley 9. tit. 6. Part. 6. y ley 6 del mismo tit. y Part.

* Ya no es privilegio en el noble el no poder ser preso por deuda civil, puesto que segun la pragmática de 27 de mayo de 1786 tampoco pueden serlo cuantos profesen algun arte ú oficio. *Febrero reformado.*

** Téngase aqui por repetida la nota anterior.

3 Ley 33. tit. 13. Part. 5. verb. *Pero si un home.*

nientes de la madre y entregados al padre, compete á los hijos hipoteca tácita contra los de este, mas no el privilegio de prelacion, por lo que no serán preferidos á la dote segunda (1); y para que lo sean, y no se les perjudique en el importe de dichos bienes, conviene que el padre antes que reciba la dote de la segunda muger y se case, formalice escritura de inventario, con especificacion de ellos, á presencia de escribano y testigos, obligándose con su persona, y los suyos presentes y futuros à restituírselos, ó su valor, y darles cuenta con pago cuando salgan de su poder, como ya se ha dicho, hipotecando especialmente à su seguridad bienes raices equivalentes y saneados. De esta suerte se les preferirá à la dote segunda por la hipoteca general ó especial expresa, la cual es preferida siendo anterior á la posterior con privilegio de prelacion. Lo mismo procede por la propia razon por la mitad de gananciales que le tocaron, y el padre debe entregar á sus hijos, y por los bienes reservables.

70. En cuanto á la graduacion de los demas acreedores, fuera de la iglesia, dote y fisco, se limita la regla general sentada en el párrafo 1.°, en los casos siguientes. El primero es, cuando el acreedor posterior entrega algunos bienes suyos al deudor en comodato, ó en otra cualquiera manera en que no se le trasfiere el dominio de ellos, pues como son suyos y no del deudor, le compete la accion de dominio para la reivindicacion, y asi será preferido á todos los demas anteriores, por privilegiados que sean (2). Lo mismo será en su precio, si el deudor los enagena, y quiere pasar por la enagenacion que este hizo (3).

71. El segundo caso es respectivo á la cosa vendida y no pagada, pues si el vendedor no la fió, ni el comprador le dió prenda ni fiador, ni tomó plazo para satisfacerla, y solo por accidente se suspendió el pago, aunque le haya dado su posesion el vendedor, será preferido en ella por el precio no satisfecho á todos los acreedores del comprador, á causa de que con el apoderamiento y tradicion no se le trasfirió su dominio, por no haberla pagado ni convenídose el vendedor en esperarle ó fiarle; pero si la dió fiada y entregó, no lo será, porque con la entrega se le traspasó; lo cual se entiende aunque sea de menor, porque solo al fisco está concedido este privilegio, como se ha expuesto (4).

72. Y para que el comprador no adquiera su dominio, aunque

1 Leyes 23, 24 y 33. tit. 13. Part. 5.
2 Leyes 3. tit. 27. Part. 3, y 11 al fin. tit. 14. Part. 5.
3 Ley 7. tit. 10. Part. 3.
4 Ley 46. tit. 28. Part. 3.

sea despues de la tradicion ó posesion, debe prevenirse en la venta: »que hasta que pague el precio, no se le ha de trasferir el de la cosa vendida, sino antes bien ser visto que la tiene en arrendamiento por tanto precio anual que le satisfaga, ó que es poseedor precario de ella:" hipotecándola especialmente á su responsabilidad, pues no basta la obligacion general de sus bienes. De esta suerte, como el dominio queda en el vendedor, será preferido á todos los acreedores hipotecarios anteriores á él, aunque sean la dote y fisco (1), porque el dominio ó posesion se pueden trasferir condicionalmente, y el pacto de que satisfaga en el ínterin cierto precio justo por via de arrendamiento, no es usurario, y asi se puede poner en la venta, sin que por ello incurran en pena los contrayentes ni el escribano.

73. En cuanto á la iglesia, fisco, menores, comunidades y república, como tienen la prelacion de dominio, aunque sea despues de la tradicion ò posesion, porque no pueden vender al fiado, de ningun modo ni en caso alguno se trasfiere en el comprador hasta que les satisface el precio de la cosa que le vendieron. Pero respecto ser opinable esta prelacion, excepto en el fisco, lo mas seguro es hacer la venta con el pacto expuesto en el párrafo anterior, con el que cesan las dudas y disputas.

74. El tercer caso es, cuando el acreedor prestó dinero sin interes al deudor para comprar alguna cosa que compró en efecto, y al tiempo del préstamo, y en la escritura de este se pactó expresamente que la misma cosa habia de quedar y quedaba hipotecada especialmente á la responsabilidad del dinero prestado, pues entonces será preferido igualmente en ella á los demas hipotecarios anteriores, y sino se hizo el pacto, tendrá solamente accion personal privilegiada (2). Lo propio milita en el que dió el dinero para comprar algun oficio, si se hizo el mismo pacto, porque hay la misma razon.

75. El cuarto caso es, cuando prestó graciosamente el deudor alguna cantidad para reedificar casa ú otro edificio, ó reparar algun buque, ó pagar el alquiler de aquella en que se halla la cosa hipotecada, trasportarla, ó para otro beneficio de los expresados en el párrafo 28; pues acreditando (porque no basta la mera confesion del deudor) haberla prestado para este efecto sin interes, convertídose en él, y ser necesario, y existiendo la cosa beneficiada, será preferido en ella como re-

1 Ley 30. tit. 13. Part. 5. verb. *Otrosi decimos.*

2 Dicha ley 30. tit. 13. Part. 5.

feccionario á los demas acreedores hipotecarios anteriores que no lo sean, excepto al fisco, dote y arras dadas á la muger por aumento de su dote (1), como se sentó en dicho párrafo. Pero se ha de tener presente que si concurren varios refeccionarios de la finca ó cosa, solicitando cada uno prelacion en ella por su crédito, se han de graduar y pagar por el orden inverso ó contrario á los demas créditos: quiero decir, que el último que la benefició es el primero que debe ser pagado, porque la conservó, y así retrocediendo á los anteriores por su orden; pues en estas deudas privilegiadas no se considera el tiempo sino la causa, y la de este privilegio es la conservacion, sin la cual no existiera la finca, ó hubiera padecido ruina ó considerable detrimento.

76. El quinto caso es, cuando entre los acreedores hay uno que arrendó al deudor alguna finca, pues por lo que el arrendatario esté debiendo de su arriendo, será preferido á los demas anteriores (2), si es heredad, en sus frutos por la hipoteca tácita, y si es casa, en los bienes que estan en ella, en los cuales le compete la misma hipoteca, porque la ocuparon, devengaron su alquiler, y allí se conservaron; como tambien porque la habitacion es parte de alimentos, y estos son preferidos, segun se dirá en el párrafo 88. Mas la hipoteca y prelacion que se adquiere por la reconduccion tácita, no obra sus efectos desde el dia del primer contrato ó arriendo, sino desde el de la reconduccion, en que interviene el consentimiento tácito de los contrayentes, y la perseverancia del contrato primero en la cosa arrendada, por lo que concurriendo el arrendatario con los acreedores que contrajeron con el arrendador despues del arrendamiento primero y antes del tácito, ha de ser postergado ó pospuesto á ellos por su reconduccion, excepto que la escritura de arriendo contenga la cláusula extendida al fin del párrafo 36, capítulo 2 del título anterior, pues conteniéndola no habrá diferencia entre el arrendamiento y tácita reconduccion.

77. El sexto caso es, cuando con los acreedores hipotecarios concurre el que ha dado finca en enfiteusis al deudor; pues como al tiempo de su constitucion se reservó su dominio directo, tendrá preferencia en ella á los demas por el capital, laudemio y réditos. Lo propio milita en el que da alguna cosa á censo reservativo al quitar, porque en la práctica se estima tenerla; bien

1 Leyes 26 al fin, 28 y 29. tit. 13. Part. 5

2 Ley 6. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

que Carleval es de contrario sentir por varias razones que expone (1).

78. Cuando el censuario de censo vitalicio personal forma concurso de acreedores, y el censualista ó alimentario ocurre á él pretendiendo su pension anual, puede el juez hacerle pago, asi de la vencida hasta entonces, como de las que corran en lo sucesivo, valiéndose de alguno de tres medios. El primero es, mandar se entreguen á otros acreedores de grado inferior bienes raices suficientes tasados, con la obligacion de pagar al censualista mientras viva los réditos anuales estipulados, y que despues queden libres del gravamen los bienes para los acreedores de mejor grado despues del censualista, por cuyo medio estos solamente padecen el retraso en el pago de sus créditos, y no los pierden. El segundo es, que precedida audiencia formal de los acreedores que comparecieron en el concurso, se pague al censualista lo que se estime por el valor del censo, atendiéndose el tiempo corrido desde su constitucion, el estado de su salud y qué podrá vivir, lo cual se deja al prudente arbitrio del juez, quien si las partes se convinieren, y no de otra suerte, en el precio y estimacion cierta, debe aprobar su convenio. Y el tercer medio que me parece mejor, es que se consigue al censualista cosa cierta fructífera tasada en lo justo por via de prenda, y no en pago de su censo, para que durante su vida perciba sus frutos por réditos de este, vuelva despues de esta al caudal del concurso, y se aplique ella ó su valor al acreedor de mejor grado; siendo de advertir que respecto ser regular que al tiempo de la constitucion del censo hubiese hipotecado especialmente el censuario bienes ó fincas determinadas, cuyo producto líquido cubra la pension anual, y que con ella se haya contentado el censualista, se le pueden consignar para el pago de esta, con obligacion de volver el sobrante, lo cual se entiende no hallándose en peor estado que cuando se hipotecaron (2).

79. El séptimo caso es, cuando el deudor huye con sus bienes, y el acreedor le sigue y prende, sea por sí solo, sino encuentra juez, ó con autoridad de este, habiéndole; pues en los aprendidos es preferido á los demas iguales en la hipoteca y privilegio, aun cuando nada les quede que percibir, porque á no ser por su vigilancia, no habria para nadie; pero no debe hacerse pago de propia autoridad, sino poner los bienes á disposi-

1 Carlev. tit. 3. disp. 28. num. 22 y 23.
2 Salg. part. 1. *Labyr.* cap. 20. num. 28 y sig.

cion del juez, para que de su valor se le haga (1).

80. El octavo caso es, cuando el acreedor dió en fiado al deudor algunas mercaderías ó efectos, y este las recibió con ánimo de huir y quebrar; pues por este dolo son habidas por no fiadas, queda su dominio en el vendedor, y como dueño de ellas ninguno de los otros acreedores le debe disputar la prelacion. Para que se tenga por hecha esta compra con intencion de ausentarse y quebrar, debe probarlo el vendedor por algunos à quienes el comprador lo haya dicho, ó ha de hacerse la fuga ó quiebra tres dias despues de la compra, y si pasaren mas, estará en el prudente arbitrio del juez el estimarla ó no por tal. Pero si el acreedor fuere iglesia, fisco, república, comunidad ó menor, tendrá preferencia en ellos si existen, aunque hayan pasado mas de los tres dias desde su recibo hasta la fuga ó quiebra por no haberse trasferido el dominio, como se expuso en el párrafo 74 (2).

81. El nono caso es, cuando su crédito proviene de depósito, y por instrumento ante escribano y testigos acredita haberle hecho en el deudor, pues no basta la mera confesion de este para perjudicar à los demas que son acreedores suyos por otra causa, ni el depósito confesado goza del privilegio del entregado; para cuya inteligencia deben suponerse dos casos. El primero es cuando concurren muchos acreedores por razon de varios depósitos verdaderos de dinero hechos en el deudor, á presencia de escribano y testigos en diversos tiempos, y convienen entre sí acerca de la prelacion; y entonces todos deben ser satisfechos á prorata, no obstante que unos sean mas antiguos que otros; porque todos son personales igualmente privilegiados, en los cuales y en los quirografarios que son mere personales, no se atiende á la antigüedad y orden del tiempo, ni por razon de este se prefiere uno á otro en su respectiva clase, sino que todos concurren en un grado al percibo á proporcion de su crédito por la igualdad en el privilegio (3), pues el privilegiado no goza de este, regularmente hablando, contra el que igualmente lo es; lo cual milita aunque el dinero esté depositado en banco público (4).

82. El caso segundo es, cuando entre acreedores de diversas clases, y por distintas causas concurren uno ó mas pretendien-

1 Ley 10. tit. 15. Part. 5. Greg. Lop. en ella, glos. 2. *Cur. Filip.* lib. 2. *Comerc. terrestr.* cap. 12. num. fin.

2 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 3. Salg. *Labyr.* cap. 21. num. 21.

3 Ley 11. tit. 14. Part. 5.

4 Gutierr. lib. 3. *Pract.* quæst. 101. num. 15.

do sus depósitos verdaderos que hicieron en el deudor particular ú en banco público; y entonces si el depósito es regular, y existe la cosa depositada, debe ser preferido en ella el acreedor como dueño á todos los personales privilegiados é hipotecarios anteriores, de cualquiera clase que sean (1); pero si la cosa no existe, será preferido solamente á los personales privilegiados y no á los hipotecarios, porque no le corresponde la accion de reivindicacion ó dominio, sino la de depósito, que como personal siempre es menos atendible que la hipotecaria (2). Llámase depósito regular el de alguna cosa que no consiste en número, peso ni medida, ó si es dinero, está metido en bolsa, saco ó en otra cosa cerrada ó sellada que se entrega al depositario, no para que la use, sino para que la custodie; por lo que tiene obligacion de restituir la misma cosa y no otra, el mismo dinero y las propias monedas, y no otras por ellas, aunque sean de igual valor, calidad y bondad; y asi no debe faltar á la confianza, ni por consiguiente usar de la cosa ni del dinero, pena de incurrir en la de hurto (3), y otras expresadas en el capítulo 21, título 4, libro 2, párrafo 8, porque no se le trasfieren su dominio ni uso, y antes bien lo retiene su dueño. Y es de notar que este debe pagar al depositario las expensas que hizo en utilidad de la cosa depositada, aunque no se debe retener con dicho motivo (4).

83. Y si el depósito es *irregular*, será preferido el acreedor á todos los quirografarios del deudor, y tambien á los privilegiados anteriores, excepto la iglesia, fisco, dote, república, refeccionario, al que procede por accion funeraria, y á los hipotecarios especiales ó generales posteriores; y asi se graduará despues de estos siete (5), porque le compete solamente la accion de depósito, que aunque privilegiada es personal (6). Se llama depósito *irregular* ó impropio el que se hace de dinero ó de cosas que consisten en número, peso ó medida, como trigo, vino, aceite &c. y no se entregan al depositario cerradas, selladas ni con otras señales que acreditan ser las mismas, pues no se le prohibe su uso, y solo constituye obligacion de restituirlas, ú otras de igual especie, calidad y bondad, en peso, medida y número, por lo que el dueño no conserva su dominio, y antes bien pasa al depositario, quien puede utilizar con ellas y utilizarse del

1 Ley 9 al fin. tit. 7. Part 5.
2 Ley 9. cit.
3 Ley 2. tit. 10. Part. 7.
4 Ley fin. tit. 3. Part. 5. Véase el cap. 21. tit. 4. lib. 2. §. 4. y su nota.
5 Leyes 9. tit. 3 y 11. al fin, y 12. tit. 14. Part. 5.
6 Ley 9. tit. 3. Part. 5.

lucro que reditúen; y si perecen por caso fortuito, es de su cuenta, y no de la del depositador, aunque lo contrario sucede en el depósito regular, no cometiendo dolo el depositario. Pero es de advertir, que si el exactor ó administrador de la Real Hacienda, depositare en su nombre, y no en el del fisco, el dinero tocante á este en persona privada ó banco público, y estos quebraren, será preferido el fisco por especial privilegio á los demas acreedores quirografarios, aunque sean anteriores en tiempo (1).

84. No gozará del privilegio de prelacion que por la accion de depósito le concede el derecho, ni por consiguiente será preferido á los demas acreedores personales el de depósito irregular si recibió intereses del depositario, porque por este hecho es visto haberle renunciado, excepto que sea pupilo ú otra persona que no tenga la libre administracion de sus bienes, pues á esta se permite llevarlos por razon de alimentos (2).

85. El décimo caso es, cuando el acreedor hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun para su conservacion, exaccion, recuperacion ó recoleccion de ellos ó de sus frutos; y asi dichos gastos deben deducirse antes que todo, y de consiguiente ha de ser preferido el que los hizo á todos los demas acreedores, porque solo el sobrante se reputa hacienda ó patrimonio del deudor, con el cual ha de satisfacerse á sus acreedores (3).

86. El undécimo caso es, cuando el acreedor es juez, magistrado, abogado, escribano ú otro de los que emplean su estudio ó trabajo en la defensa de los bienes del deudor comun, ó enseñan públicamente alguna ciencia, pues gozan de la misma hipoteca privilegiada, en consideracion à que del estudio y enseñanza depende el buen gobierno del estado, y asi serán preferidos á los hipotecarios anteriores; bien que con la distincion de que en la cosa que motivó su estudio y trabajo, tienen prelacion á los de hipoteca tácita y expresa, y en los demas bienes del deudor la tienen solamente à los de tácita (4).

87. El duodécimo caso es, cuando el acreedor suministró al deudor comun los alimentos necesarios para su conservacion, en los cuales se incluyen los de los criados precisos para su honesta y moderada servidumbre, sus salarios y los alquileres de la casa en que vive, pues todos son preferidos á los demas hi-

1 *Non intelligitur*, §. *Multa*, ff. *de jur. fisci.*

2 Castill. lib. 3. *Controvers.* cap. 16. num. 67 y 78.

3 Carlev. tit. 3. disp. 29. num. 5 y 32. num. 1.

4 Carlev. ibi, disp. 32. num. fin.

potecarios del deudor, aunque tengan hipoteca especial, y sean anteriores; y si los criados litigan entre sí sobre prelacion, se han de practicar sus créditos, como de personas que forman un cuerpo ó comunidad, sin atender á la antigüedad de su servicio ni à sus cualidades, sino á lo que se debe á cada uno, al caudal de su amo, y á que les compete igual privilegio (1).

88. El décimotercio es, cuando se deben por derecho los alimentos al acreedor, por habérselo legado el testador; en cuyo caso compete al alimentario accion personal é hipotecaria por los consignados sobre el fundo ó finca que el deudor posee con este gravamen, y lo propio milita en el alimentario del ganado; pero si un tercero à quien estaban señalados en los bienes del deudor comparece en el concurso solicitando se le prefiera á los demas acreedores, no obtendrá la prelacion porque es acreedor meramente personal (2).

89. El décimocuarto es, cuando concurren acreedores privados por causa onerosa y lucrativa con hipoteca y constituto ó sin ella; pues sin embargo de que varios autores afirman absolutamente que aun en este caso, quien es primero tiene mejor derecho, los hipotecarios posteriores de la causa onerosa han de preferirse á los anteriores de la lucrativa, porque el derecho antepone los que tratan de evitar su daño, á los que intentan adquirir lucro, y nunca es igual su condicion, por lo que el personal posterior por causa onerosa, debe preferirse tambien al anterior por la lucrativa, excepto que este tenga hipoteca ó constituto, porque entonces gozará de la prerogativa del tiempo (3).

90. El décimoquinto caso es, cuando concurren dos acreedores cesionarios pretendiendo el uno, en virtud de cesion del deudor, los réditos, tercios ó pensiones del primer año, y el otro con cesion anterior en la fecha los del año segundo; pues se ha de preferir aquel á este como primero en la hipoteca, porque aunque la cesion sea anterior, no se atiende á la antigüedad de la fecha para la concesion de la preferencia, sino à la de la hipoteca ó la del contrato hipotecario, y el que es primero en esta lo es en derecho. Pero si una propia accion ó derecho se cediere á dos en diversos tiempos, será preferido el primer cesionario, y si un mismo débito ó cantidad se cediere parcialmente à dos à un tiempo, y el deudor no pudiese satisfacerla à entrambos, concurrirán à su percibo à prorata de sus créditos.

1 Rodrig. *de concurs.* part. 1. art. 3. num. 19.

2 Castill. *de aliment.* cap. 66.

3 Carlev. tit. 3. disp. 36. Boler. tit. 5. quæst. 17. num. 1.

Y es de tener presente, en primer lugar que el cedente no está obligado á resarcir ni satisfacer al cesionario los gastos que hizo en el pleito sobre la exaccion del crédito cedido; no obstante el pacto en contrario, cuando aquel se originó sin culpa del cedente, y por mera negligencia del cesionario; y en segundo lugar, que para que el cesionario de algun crédito pueda repetir contra quien se le cedió, no basta que haga ver que es de dificil exaccion, pues es menester acredite la ejecucion en los bienes del deudor hecha con la mayor diligencia para que su autor no experimente perjuicio (1).

19. El décimosexto caso es, cuando la deuda hipotecaria posterior consta por instrumento ante escribano y testigos, en el que da fe de cantidad ó cosa que se pide, porque á su presencia se efectuó su entrega; ó se califica por otra prueba real y verdadera; y la anterior en fecha, aunque tambien otorgada por escribano, se acredita solamente por mera confesion del deudor; pues en este caso, el acreedor posterior en tiempo por la cualidad de su instrumento, será graduado primero que el anterior de deuda confesada (2).

92. El decimoséptimo caso es, cuando el fiador pagó por el principal en virtud de la obligacion que contrajo por él; pues no obstante que la paga sea posterior, debe ser preferido con el lasto del acreedor à los que despues de constituida la fianza contrajeron con el deudor, porque al modo que el fiador se obligó al principio al acreedor bajo la condicion de *sino pagare el deudor principal*, del mismo modo se halla este obligado al fiador desde entonces bajo de *si pagare por él*: de suerte que el fiador es un acreedor condicional respecto de su deudor, la condicion es casual y no potestativa, y asi el fiador aunque posterior en el desembolso y satisfaccion, debe obtener la preferencia á los acreedores que en el intermedio de la constitucion de la fianza y paga contrajeron con el deudor comun, si tiene lasto del acreedor (3).

93. El décimoctavo caso es, cuando el acreedor hipotecario posterior hace constar su crédito por instrumento público, y el anterior tambien hipotecario acredita igualmente el suyo por confesion del deudor en instrumento privado escrito, ó á lo menos firmado por este, aunque otro le haya extendido de su

1 Felic. *de cens.* tom. 1. lib. 3. cap. 5. num. 2. Olea *de cession jur.* tit. 8 quæst. 4. num. 7.

2 Greg. Lop. en la ley 27. tit. 13. Part. 5. glos. 1.

3 Salg part. 2. *Labyr.* cap. 21. num. 22. Felic. *de cens.* tom. 1. lib. y cap. 5. num. 20.

orden; y en caso de faltar el deudor por haber fallecido ó por otro motivo, y de consiguiente su reconocimiento le justifica con declaracion jurada de dos testigos varones presenciales que testifiquen de su certidumbre é hipoteca, y le han suscrito y visto firmar al mismo deudor; pues no obstante que estas lo declaren, será preferido el acreedor de instrumento público aunque posterior (1); porque una cosa es que haga fe y prueba en juicio contra el mismo deudor, aunque no se efectúe el cotejo ó comparacion de su letra mediante la deposicion de los dos testigos, y otra que prefiera al acreedor de instrumento público y le perjudique, lo cual no dice ninguna ley.

94. Sin embargo afirman varios autores, que si los dos testigos depusieron de la verdad del débito é hipoteca, debe ser preferido el acreedor de instrumento privado al segundo del público; y que esto procede, aunque los testigos no esten escritos en aquel, ni le hayan firmado, si depusieron haberle visto hacer, porque la hipoteca expresa se puede constituir y probar con testigos, sin que de necesidad se requiera escritura. Pero tales autores parece no hayan tenido presente la ley 31, título 13, Part. 5, que dice: »Escribiendo algun home carta de su mano misma, en que dijesse que conocia que habia recibido maravedís prestados de otro alguno, é que obligaba alguna cosa por ellos, ó faciendo tal pleito (*pacto*) como este ante dos testigos: aquel á quien fuesse obligada la cosa en alguna destas dos maneras, bien la podrá demandar à aquel que gela oviese empeñada, ó á otro cualquiera à quien la fallase: fueras ende si este que la tenia digesse que le era obligada por carta que fuese fecha de mano de escrivano público. Ca entonces este postrimero si tal carta mostrasse, avria mayor derecho en la cosa empeñada, que el otro primero que oviesse carta escrita de mano de su debdor, ó prueba de dos testigos, asi como sobre dicho es." Por tanto conste la deuda é hipoteca por instrumento privado con dos testigos ó sin ellos, no perjudica al acreedor posterior de instrumento público.

95. No procederá lo expuesto en el párrafo anterior en tres casos. El primero es, cuando el crédito hipotecario consta por instrumento privado, hecho y firmado por el deudor ó firmado solamente por este, aunque esté escrito de otra mano, y firmado tambien por tres testigos varones fidedignos, si el deudor reconoce en juicio la deuda é hipoteca, y estos sus firmas,

1 Ley 31. tit. 13. Part. 5.

y deponen en la forma expresada en el capítulo 1.° párrafo 15; pues concurriendo todo esto, no solo será preferido el acreedor mencionado en él á los quirografarios, sino tambien á los escriturarios posteriores no privilegiados, como se prueba de la misma ley que continúa diciendo: »pero si tal carta de la debda del empañamiento fuese fecha por mano del debdor, é firmada con tres testigos que escribieren sus nomes en ella con sus manos mismas, estonce mayor derecho avria en la cosa empeñada el primero, que el segundo que mostrase la carta pública." El caso segundo es, cuando el acreedor de instrumento público confiesa ser verdadero el privado, y que fue hecho en el dia que se expresa en él, pues su confesion desvanece toda duda. Y el tercero es, cuando antes de otorgarse el público fue leido, entendido y reconocido judicialmente el privado por los referidos tres testigos, aunque no le hayan suscrito, pues se preferirá al público (1).

96. El décimonono caso es, cuando el deudor contrajo obligacion hipotecaria de pagar à uno cantidad cierta, y antes que se le entregase formalizó otra á favor de otro, y la recibió de este; en cuyo caso el segundo acreedor, no obstante ser posterior la fecha de su contrato, respecto haber tenido efecto y perfeccionádose con la entrega del dinero, será antepuesto al primero por faltarle esta circunstancia (2).

97. El vigésimo es, cuando el deudor compra alguna finca ó cosa, y el vendedor pacta con él al tiempo de la venta que ha de quedar hipotecada especialmente á cierto acreedor del comprador; pues entonces expresándose asi en la escritura de venta, aunque este acreedor sea posterior, será preferido en la cosa á los hipotecarios anteriores del deudor que la compró con dicho pacto; porque cuando la adquirió, y los demas acreedores llegaron à tener hipoteca en ella, ya estaba afectada al gravamen y responsabilidad del crédito de aquel (3).

98. El vigésimoprimo caso es, cuando dos acreedores contrajeron con el deudor comun sobre cosa ó territorio feudal; y el uno obtuvo para ello la competente facultad y el otro no; pues el que contrajo á consecuencia de ella, aunque sea posterior en tiempo, será preferido al que contrató con él, sin que hubiese intervenido por haber sido nulo el contrato, pero sobre esto véase á Carleval en el lugar que se cita. Lo mismo sucederá si dos

1 Covarr. *Pract.* cap. 22. num. 5.
2 Ley 27 tit. 13. Part. 5. verb. *Pero casos y ha.*
3 Ciriac. controvers. 425. Parlad. differ. 57. num. 9.

prestasen dinero al poseedor de bienes vinculados, y este los obligase à entrambos, al uno bajo la condicion de impetrar facultad Real, y al otro despues de impetrada; pues este obtendrá la preferencia, porque el primer contrato sin ella es nulo, y asi necesita ratificarse luego que la impetre para que perjudique à los sucesores, y queden gravados los bienes despues de la muerte del deudor (1).

99. El vigésimosegundo caso es, cuando un procurador ó apoderado, sin poder especial ni bastante, hipotecó à favor de un sujeto alguna cosa de su principal, quien la obligó despues expresamente à otro, y hecho esto ratificó despues la obligacion que en nombre suyo contrajo su procurador, pues aunque es válida esta ratificacion, y perjudica al que la hizo, no al acreedor posterior, à quien el verdadero deudor antes de hacerla hipotecó la cosa, y asi será preferido el primero por haber adquirido derecho irrevocable en ella.

100. El vigésimotercero caso es, cuando la deuda hipotecaria procede de tutela, curaduría ó administracion pública, ó de iglesia, comunidad y rentas Reales, pues tiene la preferencia desde que los administradores empezaron à serlo, aunque reciban despues los efectos. Lo mismo procede en las hipotecarias que provienen de cambio, banco ó depositario público, pero no en las que dimanan de administracion ó depositario privado hasta que empiece à causarla, porque aquellos oficiales pueden ser compelidos à serlo y admitir la administracion y depósito, y este no, bien que despues de aceptados no los puede renunciar (2).

101. El vigésimocuarto y último caso es, cuando al tiempo de conferir ó hacer gracia à un clérigo de un beneficio, se le impuso alguna pension sobre las rentas de él en favor de otro, pues este debe ser preferido en ellas à todos y cualesquiera acreedores anteriores y privilegiados del deudor, aunque sean hipotecarios con obligacion general de sus bienes presentes y futuros, porque cuando estos empezaron à tener hipoteca en los frutos ó rentas del beneficio, ya le tenia el pensionista por haber pasado al deudor con este gravamen, y los demas acreedores no pueden tener ni pretender mas derecho en la cosa y en sus frutos que el que el mismo deudor tiene. Pero si concurren dos pensionistas à los frutos del beneficio gravado, como ambos tie-

1 Salg. part. 2. *Labyr.* cap. 4. num. 40. Molin. *de primogen.* lib. 4. cap. 7. num 17. Carlev. disp. 23.

2 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 178. *Cur. Filip.* cap. 12. cit. num. 43.

nen igual título, hipoteca y causa, se debe preferir el anterior en título y tiempo; y si para entrambos no son suficientes, percibirá el posterior en tiempo el residuo que quede despues de satisfecho enteramente el anterior, porque en este caso se debe observar la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es igualmente en derecho (1). Con este motivo se advertirá, que los beneficios curados de estos reinos no deben pensionarse sino à favor del resignante, en caso de ser util y conveniente la renuncia, y cuando se celebra transaccion entre los opositores sobre el mismo curato ó parroquia, segun lo pactado en el concordato celebrado entre nuestra Corte y la de Roma en 14 de noviembre de 1737. Tampoco se deben pensionar unas parroquias para reedificar ni reparar las iglesias de otras, y antes bien ha de observarse lo que ordena el Santo Concilio de Trento (2), y es que en primer lugar deben costear los gastos las rentas de sus fábricas: si estas no alcanzan, los han de pagar los partícipes de sus diezmos; y no bastando ni uno ni otro, bajada la competente congrua que debe quedar à aquellos, han de ayudar subsidiariamente los feligreses de la iglesia que necesita ser reparada ó reedificada. Lo mismo disponia antes del Concilio la ley 11. tit. 10. Part. 1, y la bula ó concesion contraria à lo referido, es opuesta al auto 3. tit. 3. lib. 1. Rec., y à la constitucion de Inocencio XII citada en él, por lo que se puede impedir su ejecucion, pidiendo su retencion en el tribunal Real competente, como lo he visto practicar en el Consejo (3).

102. Lo expuesto hasta aqui acerca de la hipoteca y prelacion tiene lugar aunque la cosa hipotecada mude su estado; quiero decir, aunque vaya en aumento, como si es tierra que se plante de viña, arboleda ú olivar, ó venga en diminucion, como si se deteriora, destruye ó arruina; pues en ambos casos tiene preferencia el acreedor, porque subsiste la hipoteca (4). Lo mismo sucede si la cosa hipotecada es monte, y se corta leña ó madera en él; mas no si con la madera se construye nave, casa ú otro edificio ó cosa, porque por haberse mudado la materia en otra forma, se extingue la hipoteca, à menos que se exprese que ha de subsistir.

103. Destruyéndose la nave no hay prelacion ni hipoteca, sino es que se especifique; porque mudada la forma de la cosa, se muda la sustancia de ella. Lo primero milita en la seda, lana,

1 Leyes 27 y 29. tit. 13. Part. 5.
2 Ses. 41. *de reformat.* cap. 7.
3 *Cur. Filip. ilustr.* dicho cap. 12. num. 76.
4 Ley 15. tit. 13. Part. 5.

lino, cáñamo y en otras primeras materias semejantes, si se tiñen y tejen, pues se pierde la hipoteca y prelacion (1): en la nave deshecha con ánimo de no volver à construirla, pues aunque se rehaga con los mismos materiales, cesa la prelacion por no ser ya ni reputarse la misma, como cuando se deshace con intencion de rehacerla; y en la carne y cueros del ganado hipotecado, porque una vez separados no son ganado como antes.

104. En el precio de la cosa vendida é hipotecada no hay prelacion por él, si despues se volviere à vender, porque regularmente no sucede el uno en lugar del otro, ni en la que se comprare ó subrogare con su precio, porque ni este ni la cosa estan obligados, ni tampoco en la comprada con dinero ageno la tiene el dueño de él, á menos que sea el fisco, la iglesia, república, comunidad, dote, soldado ocupado en el Real servicio ó menor, pues siendo de estos sucede la cosa en lugar del precio, mas no este, si despues se vuelve à vender (2).

105. Dúdase si queriendo el acreedor posterior y menos privilegiado, que al mismo tiempo es deudor por otra causa de su deudor, compensar en deuda con la que debe á este, se le deberá admitir en perjuicio de los acreedores que tienen derecho y privilegio anterior para exigir su crédito del deudor comun. Algunos autores dicen que no, porque si esto se permitiera, lograria por este medio cobrar su crédito con mas prontitud y facilidad que los anteriores; por lo que, y por estar obligada à ellos anteriormente su deuda bajo la hipoteca general, deben ser preferidos, y no ha de admitirse la compensacion, y si lo hiciere, podrán revocar el pago los otros acreedores, y compelerle à que apronte la cantidad con que se quedó. Pero Carleval con otros muchos autores que cita (3), exponiendo los fundamentos de ambas sentencias, sigue la contraria, à la que me inclino.

106. Los acreedores mere personales, que son los que no tienen hipoteca tácita ni expresa en los bienes del deudor, consten sus créditos por instrumento público ó privado, ó por testigos, ó solamente por confesion del mismo deudor, y sea verdadera ó confesada la entrega de la cantidad de que proceden; si acuden à un tiempo pretendiendo su pago, y no tienen la cualidad de posesion ni otra privilegiada, deben ser satisfechos à prorata, sin embargo de que unos créditos sean mas an-

1 Ley 42. tit. 9 Part. 6.
2 Leyes 40. tit. 5, y 25. tit. 13. Part. 5, y 10. tit. 19. Part. 6.
3 *De judic.* tit 3. disp. 27.

tiguos que otros, pues no hay prelacion entre ellos por razon de su antigüedad; y asi se han de graduar, regularmente hablando, despues de los escriturarios con hipoteca especial ó general, aunque en estos no conste la fe de entrega, y aquellos sean anteriores (1). Lo mismo sucede à los personales privilegiados iguales en el privilegio, concurriendo entre si sobre la prelacion, por ser tambien de una naturaleza, y milita la propia causa y razon.

107. Pero esta regla se limita en seis casos. El primero es, cuando sin acreedor antes de la formacion del concurso y de pretender los demas la satisfaccion de sus créditos, pidió ejecucion y obtuvo sentencia favorable; pues aunque sea posterior en tiempo, debe ser preferido à los otros quirografarios, por haber acreditado antes que ellos la legitimidad de su crédito; y sin embargo de que no alcancen para esto los bienes del concursante, no pueden inquietarle ni pedirle cosa alguna de aquellas de que se le aposesionó por sentencia (2). El segundo, cuando su vale, aunque no se halle corroborado con las firmas ni presencia de testigos, sino solamente con la del deudor, está hecho en papel sellado correspondiente al año de su formacion, y à la cantidad y calidad del contrato, pues entonces debe ser graduado despues de las escrituras, y antes de los que estan escritos en papel comun con dos testigos ó sin ellos (3). El tercero, cuando el acreedor quirografario hace constar su crédito por reconocimiento judicial hecho por el deudor antes que este se obligue en escritura pública à otro; pues el reconocimiento puro hecho en juicio con la solemnidad legal, tiene fuerza de escritura y es ejecutivo (4). El cuarto, cuando su escritura privada está firmada por el deudor y tres testigos, y todos reconocen sus firmas y deponen de su certeza en los términos explicados en el párrafo 95, porque en este caso se estima como escritura pública, que es preferida à la privada. El quinto, cuando el acreedor posterior de instrumento público confiesa ser ciertos el crédito quirografario y su fecha; pues aunque no haya testigos con quienes se pueda acreditar, si es anterior, será preferido no solo à otros quirografarios, sino tambien al del público que le confiesa. Y el sexto, cuando el deudor contrajo la deuda hipotecaria en fraude de los acreedores personales, como si fuese despues de haber huido ó quebrado; pues aunque sea verdadera no tiene prela-

1 Ley 11. tit. 14. Part. 5. verb. *Mas si mos, todos los otros.*

2 Dicha ley 11. verb. *E por ende deci-*

3 Ley 5. tit 24. lib. 10. Nov. Rec.

4 Leyes 4 y 5. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

cion à los de estos, y antes bien el acreedor ha de concurri con ellos, porque el deudor careció de facultad para perjudicarlos (1).

108. Teniendo el deudor varias negociaciones, y por ellas acreedores personales, no debe ser de mejor condicion el primero que ejecutó, que los demas de aquella negociacion, y así debe concurrir à prorata con ellos, de suerte que si cobra antes, ha de dar seguridad de entregar à los demas sus partes; ni los de la una tienen accion para pedir contra los bienes de la otra, hasta que los de esta sean satisfechos, porque cada uno se conceptúa mas acreedor en aquella que en la persona del deudor (2).

109. Para que un tercero que prestó dinero al deudor para pagar à cierto acreedor suyo, quede subrogado en el lugar de este como si tuviera lasto, se requieren cuatro cosas: la primera, que pacte con el deudor que los bienes obligados al acreedor lo han de quedar à él: la segunda, que igualmente pacte con el deudor que se ha de subrogar en el propio lugar ó hipoteca del acreedor sin diferencia alguna: la tercera, que el dinero que presta al deudor sea determinadamente para pagar al acreedor primero; y la cuarta, que el mismo dinero pase al acreedor, y se pague con él su deuda. Omito extenderme mas sobre prelacion de créditos, porque con lo expuesto podrá enterarse cualquiera mas que medianamente, y conocer el privilegio que compete à cada acreedor, sin importunar à letrado alguno con preguntas, ni tener que registrar ni comprar muchos libros.

110. Prescribe por 10 años entre presentes, y veinte entre ausentes la accion hipotecaria para recuperar la hipoteca, en virtud del pacto de no enagenar contra el tercero poseedor de ella, habiendo título y buena fe de parte de este (3); y dicho tiempo empieza à correr desde el dia en que el deudor se constituye en mora, segun los plazos de su obligacion; pues si este, su fiador ú otro tercero poseedor paga, se impide é interrumpe la prescripcion (4).

1 Covarr. *Pract.* cap. 22. num. 5. Aceved. en la ley 5. num. 24. tit. 21. lib. 4. Rec.

2 Greg Lop. en la ley 11. tit. 14. Part. 5. glos. 4. Castill. lib. 4. *Controv.* cap. 61.

3 Ley 27. tit. 29. Part. 3.

4 Sobre esta interrupcion, y por qué actos se hace, véase el capítulo 5, párrafo 34 del título anterior.

CAPITULO CUARTO.

De la espera de acreedores; á quiénes, por qué personas, y por cuánto tiempo se puede conceder.

§. 1. Hay dos especies de espera: una llamada asi propiamente, y es la que conceden los acreedores: otra la que otorga el Soberano, ó á su nombre el Consejo, y se denomina moratoria.

2. Solo el Consejo, y no las chancillerías, audiencias ó jueces inferiores pueden conceder moratoria.

3. La moratoria, como privilegio meramente personal, no se extiende á los sucesores ni fiadores del deudor.

4. Requisitos necesarios para que aproveche la moratoria, y pueda el deudor usar de ella.

5. Por quién se despachan las moratorias y formalidades que se observan para la solicitud y despacho de ellas.

6, 7 y 8. Aclaracion de tres dudas: 1.ª si cuando el Consejo concede la moratoria con calidad de afianzar sin mas expresion, se debe entender la fianza á satisfaccion del acreedor ó del juez: 2.ª desde cuando empieza á correr el término de la moratoria, si en el decreto del Consejo no se especifica: 3.ª si cuando el Consejo en sala primera dice: *traslado al acreedor; pase á justicia, y no se moleste á esta parte por un mes, dos ó mas,* empezará á correr este término desde el dia de la concesion, y concluido podrá el juez proseguir en el negocio á instancia del acreedor.

9. El Consejo de Hacienda no tiene facultades para conceder esperas ó moratorias á los deudores fiscales sin consultarlo con su Magestad.

10. De la espera que conceden los acreedores: requisitos necesarios para que sea válida.

11. Juntos los acreedores ó la mayor parte, valdrá lo que esta resuelva, y perjudicará á los ausentes: ¿como deberá entenderse esta mayor parte si en deudas ó personas?

12. Término que podrán conceder al deudor los acreedores.

13. ¿Que deberá hacer el deudor para que tenga efecto la espera concedida por los verdaderos acreedores, y no sea molestado por los que no accedieron á ella?

14. No aprovecha la moratoria á los herederos del deudor que falleció estando aquella pendiente, si aceptan con beneficio de inventario.

15. Si el deudor por convenirle asi, quiere hacer cesion de bienes, y los acreedores á fin de que no la haga, quieren concederle espera, no serán oidos, y por lo tanto se le admitirá aquella.

16. Si el deudor fuere comerciante ú hombre de negocios, no solo deberá afianzar, sino que la espera que se le conceda no podrá pasar de cinco años.

17. De lo que debe observarse cuando el deudor pide á sus acreedores que le rebajen ó minoren sus créditos.

Escritura correspondiente á este capítulo.

1. De los cuatro géneros de concurso mencionados en el párrafo 1.°, capítulo 1.° de este título, el 3.° es la *espera* ó *moratoria* que el deudor pide al Rey, ó en su nombre al Consejo, ó bien á sus mismos acreedores. Cuando estos le conceden plazo ó respiro para pagar, se llama propiamente espera; ó cuando le concede el Consejo, se da á esta gracia el nombre de moratoria. De una y otra se va á tratar con separacion.

2. El Soberano ó su Consejo pueden conceder graciosamente al deudor esta moratoria en perjuicio de sus acreedores en tiempo determinado, para que durante este pueda proporcionarse cómodamente los medios que necesita para satisfacer lo que debe al tiempo de pedirla, pues no se amplía á los débitos que contrae despues (1); siendo de notar, que las chancillerías, audiencias y jueces inferiores no tienen facultad para concederlas (2).

3. La moratoria es un privilegio meramente personal que protege al deudor, mas no á sus sucesores ni fiadores, á menos que esten nombrados en ella, ó que resulte perjuicio al deudor de que no sean comprendidos en la misma (3). Al contrario la espera que conceden los acreedores aprovecha á todos; y lo mismo se entiende en cuanto á los que estan mancomunados en la deuda.

4. Para que aproveche al deudor la moratoria, y pueda usar de ella, es preciso en primer lugar que afiance á satisfaccion de sus acreedores, si lo piden, de pagarles luego que espire el tér-

1 Ley 33. t't. 18. Part. 3. Salg. *Labyr.* part. 2. cap. 30 num. 25.

2 Ley 15 tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.

3 En las moratorias que se conceden provisionalmente y por poco tiempo, no se da traslado, ni es preciso oir al acreedor porque se conceptúa no causarle otro detrimento que el de la corta retardacion en el cobro de su crédito. Esta es la doctrina de Febrero, pero no obstante siempre será bueno oir al acreedor, pues al cabo, aunque sea corta la retardacion, puede seguírsele mucho perjuicio, en especial si es un comerciante.

mino prefinido; pues si no da fiador, no le sirve la moratoria (1), aunque en ella no se le mande; excepto que contenga la cláusula, *de que aun sin dicha fianza sea válida;* y en segundo lugar, que especifique la cualidad del débito; á saber, si es jurado, ó toca al Rey, al fisco, iglesia ó pupilo: si proviene de delito, arrendamiento, compra de alguna cosa, salario, administracion de pan, alimentos, dote, depósito ó de otra cosa: si sobre su exaccion hay pleito pendiente, y si impetró ó no otra moratoria sobre pago del mismo débito, pues faltando esta individualidad, no vale la moratoria general, porque es visto haberse concedido sin conocimiento. Y es de advertir, que mientras dura la moratoria, corren los réditos de censos é intereses, como antes de concederse, pues solamente su exaccion en su intermedio, y no suspende su curso, ni hace novacion ni toca á la suerte principal.

5. Las moratorias de gracia se conceden por la sala primera de gobierno del Consejo, y las de justicia por la de esta, adonde se remiten desde aquella (2); pero no se deben conceder sin dar traslado al acreedor ó acreedores, y vista la respuesta de estos, en caso de concederse ha de ser con calidad de afianzar á su satisfaccion el pago de la deuda pasado el término, y no de otra suerte, pues asi lo manda el auto acordado con justa razon (3), porque los malos pagadores siempre mienten y ponderan; bien que en las que se conceden provisionalmente y por poco tiempo, no se da traslado ni es preciso oir al acreedor, porque se conceptúa no causarle otro detrimento que el de la corta retardacion en el cobro de su crédito. En la introduccion y despacho de las moratorias, se observan las formalidades siguientes. Se presenta un pedimento con poder, y una relacion firmada del interesado, en que exprese clara y puntualmente sus acreedores y deudas, y los bienes y efectos que tenga para su satisfaccion, expresando al mismo tiempo en el escrito, que está debiendo á los sugetos mencionados en la relacion que presenta, tanta cantidad por préstamos, arrendamientos ú otras causas, habiendo motivado este atraso las malas cosechas, enfermedades ú otros contratiempos; que para satisfacerles tiene bienes ó fincas, cuyo importe excede á las deudas, segun resulta de la misma relacion; que aunque esto consta á sus acreedores, le ejecutan por su pago, y si se malvenden sus bienes, quedará arruinado y per-

1 Ley 33. cit.
2 Nota 1. tit. 33. lib. 11. Nov. Rec.
3 Ley 1. dicho tit. 33. lib. 11. Nov. Rec.

dido un vasallo util; y en fin que para que asi no suceda, pide se le conceda moratoria por tanto tiempo, plazos, condiciones &c. Dada cuenta de este escrito en la sala primera de gobierno, si es graciable la moratoria, se concede siempre con la calidad de dar fianza; pero regularmente se da traslado al acreedor ó acreedores, mandando que no se moleste al deudor por cierto tiempo limitado, que subsistan los bienes embargados, y que pase el negocio á sala de justicia (1). En esta se sigue y sustancia aquel, observándose las mismas formalidades que en los demas pleitos de justicia. El despacho de emplazamiento que se libra y entrega al deudor por la sala primera de gobierno, debe notificarse á todos los acreedores, y si el deudor le devolviese y presentase con las diligencias, pasado el término prefinido sin haber comparecido alguno, acusándoles la rebeldía, y pidiendo se haya por acusada, y se hagan los autos en los estrados del Consejo, se da cuenta en dicha sala de justicia, y se defiere á lo que se pide: despues se presenta otro pedimento que se llama de afirmativa, porque en él se afirma en lo que tiene dicho, y solicita se defiera à lo que ha pedido, y en este se acuerda el decreto de traslado, el que se notifica en los estrados del Consejo, y se pone formal diligencia de ello: últimamente, despues de pasados tres dias contados desde la notificacion, se presenta otro pedimento de acusacion de rebeldía, y en este se dice: por acusados, y al relator. Pero si algun acreedor ocurre en tiempo mostrándose parte, y solicitando se le comunique el expediente, se da cuenta con el anterior en esta sala, y se manda asi. De su escrito se da traslado al deudor, y del de este á los acreedores, por manera que, como se ha dicho, se observan las mismas formalidades que en los demas pleitos, sacándose apremios, concediéndose términos para el despacho, sustanciándose en estrados con el acreedor ó acreedores que no comparecen, recibiéndose à prueba, y teniendo vista y revista (2).

6. Mas por falta de ley y declaracion se ofrecen tres dudas, de que no hablaron los autores: primera, si cuando el Consejo concede la moratoria con calidad de afianzar sin mas expresion, se debe entender la fianza á satisfaccion del acreedor precisamente, ó à la del juez: segunda, desde cuando empieza à correr el término de la moratoria, si en el decreto del Consejo no se

1 Escolano *Práctica del Consejo Real*, tomo 1. cap. 89. al fin.

2 Escolano tomo 2. cap. 38.

especifica; y la tercera, si cuando el Consejo en sala primera dice: *traslado al acreedor, pase á justicia y no se moleste á esta parte por un mes, ó dos ó mas*, empezará á correr este término desde el dia de la concesion, y concluido podrá el juez proseguir en el negocio à instancia del acreedor. En orden á la primera debo decir, que en todos casos debe ser la fianza à satisfaccion del acreedor de cuyo interes se trata, porque el Consejo no intenta perjudicarle, y antes sí, ya que le retarda el cobro de su crédito, quiere asegurársele, y para ello decreta la fianza; si bien en el caso propuesto tiene mucho arbitrio el juez, porque siendo segura y cual debe ser, y no conformándose con ella el acreedor, puede admitirla y aprobarla por su cuenta y riesgo, y no de este; pues muchas veces no quieren conformarse los acreedores por frustrar la gracia y molestan al deudor, lo cual no debe permitirse. Asi lo he visto ejecutoriado en la Corte; y con tal que sea idóneo el fiador al tiempo que le recibe, aunque despues llegue à ser insolvente, no será responsable el juez por la razon que hablando del de los tutores se expuso en el libro 1, título 4, capítulo 3, párrafo 2.

7. En cuanto à la segunda duda se ha de distinguir: si el deudor se halla ejecutado por deuda pura de plazo cumplido, ofrece satisfacerla dentro de cierto término, ó en tantas pagas iguales, cada tantos meses una, y el Consejo defiere á su solicitud lisa y llanamente sin dar traslado al acreedor, se debe empezar á contar desde el dia de la concesion exclusive; porque el Consejo en virtud de su oferta, y en la inteligencia de que la cumplirá sin causar mas perjuicios ni dilaciones al acreedor, asiente á su proposicion, obligando á este à que se conforme con ella; y asi mediante haberse impuesto la ley el mismo deudor no debe pretender mas término, ni el juez inferior tiene facultad para prorogársele directa ni indirectamente; y si dentro de él no paga, puede aquel, haciéndole constar el acreedor haber espirado, y pidiéndolo, continuar en el negocio, porque nada hay pendiente en el Consejo que se lo impida, ni se contraviene á su mandato, puesto que no se ha innovado durante el término que le concedió. Y si temiendo ser ejecutado se escusa con la moratoria para evitarlo, debe contarse tambien el término desde el dia de su fecha, y no de su presentacion, porque la intencion del Consejo es que no le moleste el acreedor hasta que espire el término prefinido en la moratoria, alargándole durante él el plazo de la deuda y no mas; pero debe hacérsela saber antes que pida en juicio contra él, porque el Consejo no quie-

re que tenga mas término que el que le concede, ni que á pretexto de ella, y abusando de su benignidad, dé lugar á que el acreedor despues de haberle esperado, experimente el perjuicio de hacer gastos judiciales inútiles, sino que en el término concedido busque dinero y le pague sin hacerlos. Ademas, supongamos este caso. En virtud de ejecutoria se despacha ejecucion contra alguno, v. gr. en agosto de este año por los réditos de veinte cumplidos en fin de diciembre próximo anterior, y noticioso ó receloso de la ejecucion pretende moratoria, por ellos, ofreciendo pagar à cuenta cierta cantidad cada año, y los réditos del corriente, y el Consejo se la concede mandando suspender las diligencias ejecutivas. En este intermedio, y sin manifestarla, acude à su Magestad quejándose de la ejecutoria: su Magestad pide informe, y mientras se le da se resuelve la consulta, manda que se vuelva á ver el pleito con mas ministros, se determina conformándose la ejecutoria, y pasan dos ó mas años. Despues pide el acreedor se continúe la ejecucion, y amplié por estos años de suspension ó intermision, á lo cual defiere el juez; y en tal estado presenta el deudor la moratoria obtenida antes del recurso, solicitando se suspendan las diligencias, y declare que desde el dia de su presentacion debe empezar à contarse, y de consiguiente que nada debe pagar por entonces. En el presente caso debe ser condenado á la satisfaccion de los réditos atrasados y corrientes, vencidos desde fin de diciembre, sin que le aproveche la intermision de tiempo causada por su recurso malicioso, porque de lo contrario sucederia que el juez le concedia término que ni pidió al Consejo, ni este le concedió, que le ampliaba à débito que no habia cuando impetró la moratoria, y que se arrogaba facultades que solo tocan al Monarca y á su Consejo. Asi se declaró à mi instancia en el año 1776 en pleito que à nombre de un grande, de cuya casa soy agente, seguí con otro. Y lo mismo se ha de decir, si por otros motivos se tarda algunos años en ver el pleito, y en ejecutoriarse segunda vez la sentencia.

8. Tocante à la tercera duda digo, que el término porque el Consejo manda no se moleste al deudor, empieza desde el decreto, y asi en él ha de hacerlo saber à su acreedor y al juez, para que ni aquel pida ni este prosiga en las diligencias; pero mediante dar traslado al acreedor, y mandar pase á sala de justicia el conocimiento de si se ha de conceder ó no la espera, debe el acreedor acudir allí à exponer las razones por qué se debe denegar, y hasta tanto que el Consejo resuelva, no puede

el juez inferior continuar en la causa, porque se lo impide la interpelacion del superior, por el hecho de haber tomado conocimiento y dado traslado al acreedor; lo cual procede, hágase saber ò no á este el decreto del Consejo, y esté ò no pasado el término en que se mandó no le molestase, con tal que se haga constar al propio juez, como tambien aunque el decreto no contenga mas que el traslado solo.

9. No tiene facultades el Consejo de Hacienda para conceder esperas ó moratorias à los deudores fiscales, sin consultarlo primero con su Magestad (1), y lo mismo milita en el tribunal de la contaduría mayor, si la deuda pasa de treinta mil maravedís, hasta cuya cantidad puede concedérsela por tiempo moderado, habiendo causa justa (2) (*).

10. En orden á la espera que conceden los mismos acreedores debe notarse ante todas cosas, que para ser válida son necesarios cuatro requisitos: 1.° que todos los créditos sean verdaderos y no simulados; 2.° que consten por instrumentos legítimos, pues no basta la confesion del deudor, ni el reconocimiento de su vale ó escritura privada, porque estos acreedores no pueden perjudicar á los que por medios legales acreditan la legitimidad de los suyos (3); 3.° que el deudor la solicite antes de hacer cesion de bienes (4); 4.° que cite y convoque á todos los acreedores en un lugar, y les pida allí la espera. Aunque esta reunion es esencial, porque lo que toca á muchos y à cada uno en particular debe ser aprobado por todos (5); sin embargo se estará à la costumbre, segun la cual sucede comunmente que no se juntan, antes bien el deudor suele obtenerla de cada uno con separacion, especialmente cuando algunos se resisten á concederla. En este caso la presenta al juez, à fin de que compela á los renuentes; y si pueden ser compelidos segun derecho, les obliga à ello, como he visto practicar. Si alguno no comparece en virtud de la convocatoria, debe pasar por lo que resuelvan los demas, pues basta convocarlos à la junta (6).

11. Convocados todos los acreedores, ó la mayor parte, val-

1 Ley 3. art. 6. tit. 10 lib 6. Nov. Rec.
2 Ley 36. cap. 16. tit 5 lib 9. Rec.
* » Sin embargo de lo que me propone el Consejo de Guerra en consulta de 30 de noviembre, he resuelto à la que me hace el de Castilla, no se concedan moratorias ú esperas de gracia por aquel Consejo, y le mando se abstenga de la regalía de conceder semejantes esperas de gracia, dando solo aquellas que por causas legítimas, y con conocimiento se debieran conceder en justicia, y que se recoja la que dió á la marquesa de Valdecaña." Auto acordado 17. tit. 4. lib. 6, que es del señor Felipe V, con fecha 30 de noviembre de 1722.
3 Salg. *Labyr* part. 2. cap. 30. num. 77. Sanctius à Mello *de inducis*, quæst. 11.
4 Ley 5. tit. 15. Part. 5.
5 Greg. Lop. en dicha ley 5.
6 Ley *Rescriptum*, ff. *de pact.*

drá lo que esta resuelva, y perjudicará à los ausentes, aunque el fisco, sino tiene hipoteca, sea uno de ellos (1), y cual ha de ser esta mayor parte, si en deudas ó en personas, lo dice la ley 5. tit. 15. Part. 5. que trata de ello. »Debdor seyendo un home de muchos, si ante que desamparasse sus bienes los juntase en uno, è les pidiese que le diesen un plazo señalado à que les pagasse; si todos no se acordassen en uno à otorgárselo, aquel plazo debe haber que otorgare la mayor parte de ellos, maguer los otros non gelo quisiesen otorgar. E aquellos decimos que se debe entender que son mayor parte que han mayor cuantia en los debdos. E si fuese desacuerdo entre los unos queriendo otorgarle el plazo, è los otros diciendo que gelo non otorgarian, mas que pagasse ó desamparasse los bienes: estonce si fueren eguales en los debdos è en cuantidad de personas, debe valer lo que quieran aquellos quel otorgan el plazo, porque semeja que se mueven à facerlo por piedad que han dél. E si por aventura fuessen eguales en debdos, è deseguales en las personas, aquello que quisiere la parte do fueren mas personas, esso deve valer." Por lo tanto, si el crédito de un solo acreedor supera à los de todos los demas juntos, se ha de pasar por lo que este quiera, sea la concesion de espera, ó de que haga cesion, conviniéndose en una de las dos cosas la mayor parte en cantidades, aunque menor en número de personas, se efectuará su voluntad: siendo iguales en el número de débitos, quiero decir, en su total, y desiguales en el de personas, v. gr. diez personas componen tanto crédito como veinte, prevalecerá y se hará lo que estas, como mas en número resuelvan; y si en el todo fueren iguales, se ha de deferir à la espera, como mas equitativa y humana que la cesion, sin observar la mas leve diferencia entre los acreedores hipotecarios ni personales verdaderos. Lo mismo debe practicarse cuando el deudor, viendo que sus acreedores no asienten à la espera, hace la cesion tal vez con ánimo de precisarlos por este medio à su concesion, como lo he visto hacer una vez, y discuerdan, queriendo unos que continúe esta, y adhiriéndose otros à aquella. Y es de advertir, que aunque muchos acreedores tengan una accion, ò uno muchas contra el deudor, no se reputarán por muchas personas, sino por una sola, porque es un débito.

12. Como la ley de Partida inserta no prefine qué término han de conceder los acreedores à su deudor para que les pa-

1 Ley 5. tit. 15. Part. 5.

gue sus débitos, podrán concederle el que quieran, y durante este término corren los réditos de censos y los intereses por daño emergente, mas no por lucro cesante, excepto que se pacte otra cosa entre deudor y acreedores: siendo de tener presente, que durante la moratoria no está obligado aquel à afianzarles sus créditos, si al tiempo de su concesion no se lo pidieron, bien que como es personal, podrá renunciar el beneficio que se le sigue de ella (1).

13. Para que tenga efecto la espera que conceden los verdaderos acreedores al deudor, y este no sea molestado por los que no accedieron à su concesion, la ha de presentar con los documentos calificativos de los créditos de aquellos, y haciendo mencion individual de todos, y puntual narracion de lo acaecido con los demas, como tambien de que los anuentes son la mayor parte en número de créditos, ha de concluir con la pretension de que se apruebe y confirme, compela à los negantes à que pasen por ella, y no le molesten en juicio ni fuera de él mientras dure. Esta pretension se debe comunicar à estos, entre los cuales y el deudor se sigue el juicio en via ordinaria lisa y llanamente por todos sus trámites regulares, recibiéndose à prueba si fuere necesario, y de la sentencia que se pronuncie en él, puede apelar el agraviado. Si nada responden, se sigue en rebeldía, segun queda sentado en el titulo del juicio ordinario, y por no contener especialidad omito la extension de las diligencias. Si el deudor no practica esto, aunque la mayor parte de sus acreedores haga la concesion, no perjudica á los otros para impedirles que le molesten, ni tampoco está seguro.

14. No aprovecha la moratoria à los herederos del deudor que estando pendiente falleció, si aceptan su herencia con beneficio de inventario, aunque el juez la haya aprobado, porque como por esta aceptacion es visto no querer obligarse á mas de lo que alcance la herencia, no hay materia sobre que recaiga, y asi pueden los acreedores proceder contra la herencia sin aguardar á que espire el término concedido.

15. Si el deudor, sea porque cree no poder pagar á sus acreedores en el término limitado que le puedan conceder, ó porque no quiere pedirles espera, y exponerse à que se la denieguen, ó por libertarse de una vez de ser molestado por lo que les debe, quisiere hacer cesion de bienes; no han de ser oidos sus acree-

1 Greg. Lop. en dicha ley 5. tit. 15. al 52. Paz tom. 1. part. 4. cap. 6. num. 5. Part. 3. los. 3. Salg. cap. 30 cit. num. 53

dores, si porque no haga la cesion quieren todos concederle la espera, y por lo tanto se admitirá aquella.

16. Si el deudor fuere mercader, cambiante ó factor de ellos, ú hombre de negocios de cualquier clase, no solo deberá afianzar, sino que la espera que se le conceda no podrá exceder de cinco años; y si alguno de dichos deudores se alzare con los bienes ó los ocultare, no valdrá la espera (1).

17. Si el deudor pidiere á los acreedores que le rebajen ó minoren sus créditos ofreciendo pagarles el resto, y discordaren, se deberá observar lo que queda dicho en cuanto á la espera, aunque alguno de ellos no presencie el acto de la rebaja ó remision, pues lo que la mayor parte resuelva se ha de llevar á efecto, excepto en dos casos: 1.° cuando el crédito de este es mayor que los de todos los demas acreedores juntos: 2.° cuando es acreedor hipotecario especial ó prendario, que tiene en su poder una ó mas alhajas del deudor; pues en estos dos casos no le pueden dañar lo que practiquen sin su beneplácito los que no sean hipotecarios ni prendarios, antes bien le queda salvo su total derecho contra la hipoteca y prenda (2).

Escritura correspondiente á este capítulo.

ESPERA CONCEDIDA POR LOS ACREEDORES Á SU DEUDOR, Á PETICION DE ESTE.

En tal villa á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro, Juan, Diego y Francisco de tal, vecinos de ella, dijeron: que Antonio de tal, comerciante en esta villa, les está debiendo tantos mil reales por tales razones, de que formalizó á su favor las respectivas escrituras, ante tales escribanos, en tal parte, á tantos de tal mes y año, y por estar para espirar el plazo en que se obligó á su solucion, y no poder cumplir con ella á causa de estarle debiendo diferentes personas crecidas sumas, como lo acreditó, é hizo constar á los otorgantes, tuvo por conveniente convocarlos y pedirles que se lo amplien por tantos años mas; y de comun acuerdo y conformidad, conociendo que su insolvencia no proviene de culpa suya, resolvieron prorogarle el término por cuatro, con tal que en ellos les satisfaga íntegramente sus créditos, y en cada uno *tan-*

1 Leyes 2, 6 y 7. tit. 32. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 6 de dicho tit. 15. Acerca del juicio de espera véase á Salg. *Labyr credit.* part 2. cap. 30, y á Acev. en la ley 7 tit. 32 lib. 11. Nov. Rec.

tos reales; y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete: Otorgan que conceden espera al mencionado Antonio por cuatro años, que empiezan á contarse en este dia, y cumplirán en otro tal del mismo mes y año de tantos, y le prorogan el plazo de sus escrituras para que dentro de ellos se los satisfaga enteramente, y en cada uno tantos reales, á lo que se ha de obligar en escritura separada (*ó en la aceptacion de esta si no quieren otorgar otra*) pena de ejecucion y costas por cada una de las pagas que dejare de hacerles; cuya prorogacion le hacen con tal que si conocieren y vieren, ó supieren que se imposibilita y pone de peor condicion, y su caudal padece decremento, quede como queda á su arbitrio y eleccion, repetir respectivamente, ó no por el total de sus débitos contra su persona y bienes, y lo mismo en el caso de que no cumpla con la anual solvencia de la referida cantidad, á cuyo fin dejan en su fuerza y vigor las escrituras formalizadas á su favor, sin novacion ni alteracion; pero cumpliendo puntualmente con lo que le toca, se obligan á no molestarle judicial ni extrajudicialmente, y renuncian las leyes que tratan de las esperas y les son favorables, mediante constarles no haber ocultado bienes algunos el citado deudor; y asimismo se obligan á haber por firme, y no revocar esta con otro motivo que los expresados; y si lo hicieren, sea visto por lo propio haberla aprobado y ratificado, dan amplio poder á los señores jueces de esta villa &c.

CAPITULO QUINTO.

De la remision de las deudas ó quita de acreedores.

§. 1. Del cuarto género de concurso llamado remision ó quita de acreedores.
2. El Rey no puede remitir deudas ni parte de ellas.
3. Pidiendo el deudor á sus acreedores antes de hacer cesion de bienes, que le remitan parte de lo que les debe, pueden concederle la remision.
4. Lo dicho en orden al beneficio de la cesion de bienes, espera y remision de acreedores, no tiene lugar en los mercaderes, cambiantes, comerciantes ni factores suyos que alzan sus bienes, libros y personas, y se refugian á las iglesias.

1. El cuarto y último género de concurso es cuando los acreedores, viendo la imposibilidad que tiene su deudor de satisfacerles enteramente sus créditos, se juntan y convienen en remitirle ó perdonarle cada uno parte del suyo, y esto se llama vulgarmente *remision ó quita de acreedores*, como se ha dicho en el párrafo 1.° capítulo 1.° de este título.

2. El Rey no puede remitir deudas ni parte de ellas, y aun cuando por importunidad del deudor lo haga, no vale el rescripto, ni debe creerle el juez ante quien le presente, segun lo dice la ley 32. tit. 18. Part. 3. » Cá tales y há que le piden cartas en que les otorgue que el debido que deben á otro, nunca sean tenudos de gelo dar, nin de les responder por ello; é porque tal carta como esta es contra el derecho natural, tenemos por bien é mandamos que el juzgador, ante quien pareciere, non consienta que sea creida, nin vala." Asi, pues, los rescriptos, cédulas, y provisiones que son contra derecho, no se deben cumplimentar, sino antes bien suspender su ejecucion, representando acerca de su contenido la verdad del hecho y el motivo de la suspension (1).

3. Pidiendo el deudor á sus acreedores antes de hacer cesion de bienes, que le remitan parte de lo que les debe, pueden concederle la remision, y valdrá lo que la mayor parte resuelva, con tal que hayan sido citados, esten juntos, y no sean sospe-

1 Leyes 30 y 31. tit. 18. Part. 3, y 2, 3 y 4. tit. 4. lib. 3. Nov. Rec.

chosos ó parientes suyos los que componen la mayor parte. Si discordaren, se ha de observar lo que se ha sentado en orden à la concesion de espera, y perjudicará su resolucion al que fue convocado, y no compareció; y si resolvieren la remision, le perjudicará tambien, excepto en dos casos: el primero, cuando su crédito supera à todos los demas juntos; y el segundo, cuando aunque esté presente tiene hipoteca especial ó general en los bienes del deudor, y los demas acreedores son personales (1).

4. Lo expuesto en orden al beneficio de la cesion de bienes, espera y remision de acreedores, no tiene lugar en los mercaderes, cambiantes, comerciantes ni factores suyos, que alzan sus bienes, libros y personas, y se refugian à la iglesia, ò huyen, ó no alzan mas que sus bienes, ò quiebran solamente, y acerca de ellos se halla dispuesto con sabio y maduro acuerdo en las siete leyes del tit. 19. lib. 5. Rec. lo que se debe practicar, cómo se les ha de tratar, y cuándo valdrá ó no la remision y espera en los casos propuestos. De este punto se trató algo en el párrafo 6, capítulo 1.° de este título; y en las citadas leyes y en sus expositores hallará el lector lo que apetezca, segun sea el caso (2).

1 Ley 6 tit. 15. Part. 5.

2 Acerca de los comerciantes fallidos que se alzan con sus bienes, véase lo que se dijo en el Tratado de Jurisprudencia Mercantil, cap. 12. §. 8 y 9. tom. 3 de esta obra.

FORMULARIO

CORRESPONDIENTE A ESTE TITULO.

DEL MODO DE EXTENDER LAS DILIGENCIAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES, Y DE LA CESION DE BIENES.

PEDIMENTO DEL CONCURSANTE.

N., vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: que à instancia de P. estoy preso há tanto tiempo en esta Real cárcel, à causa de no haberle satisfecho tantos mil reales que le estoy debiendo; y respecto hallarme con otros varios acreedores que constan de la relacion jurada que presento, à quienes no puedo pagar tampoco lo que les debo por las calamidades y contratiempos que me han sobrevenido: para que sin que se me moleste sean todos satisfechos de sus créditos, segun su privilegio y antelacion, hasta en lo que alcancen los bienes y efectos que tengo, y resultan de otra memoria ó relacion jurada que igualmente presento; desde luego, usando del beneficio que el derecho me concede, hago cesion y dimision en manos de V. de todos los que poseo y me pertenecen actualmente: en cuya atencion:

A V. suplico se sirva haber por presentadas las dos memorias ó relaciones juradas de bienes y acreedores, y por hecha la referida dimision de aquellos, y admitiéndomela en forma legal, mandar que se haga saber à los expresados acreedores, para que acudan à usar de su derecho y reintegrarse de sus créditos; que se me suelte de la prision en que me hallo, y que se me dé el correspondiente mandamiento de amparo para mi resguardo: á cuyo fin juro no hacer con malicia esta dimision, y que las expresadas relaciones estan hechas sin fraude ni ocultacion; y protesto manifestar mas bienes, si llegaren à mi noticia, todo lo cual es justicia que pido.

Otrosí. = Atento à que algunos de mis acreedores me estan molestando judicialmente por otras escribanías sobre pago de sus créditos = A V. suplico se sirva mandar se acumulen á

estos autos los que se siguen por ellas, y que à este efecto hagan relacion de ellos los escribanos ante quienes penden: pido como arriba.

Auto. = Hanse por presentados los memoriales que se refieren: admítese en cuanto há lugar en derecho la dimision de bienes que hace esta parte, y comuníquese traslado de ella à sus acreedores, notificándoles que dentro de tercero dia presenten en el oficio del presente escribano los documentos justificativos de sus créditos: fíjense edictos en los parages acostumbrados, llamando à los ignorados; y para citar à los ausentes conocidos, líbrense requisitorias à las justicias de sus domicilios. El señor Don F. lo mandó &c. *(Este auto se hace saber á los acreedores presentes.)*

EDICTO LLAMANDO Á LOS ACREEDORES AUSENTES.

Don F., alcalde mayor de esta villa de tal &c. Por el presente cito á todos los acreedores de F., vecino de ella, para que dentro de tres dias que les prefijo por primer término, comparezcan ante mí, y en el oficio del presente escribano, por sí ó por su procurador con poder bastante, à deducir su derecho en el juicio de concurso y dimision de bienes que el referido F. tiene hecho para satisfacerles sus créditos, pues les oiré y guardaré justicia, con apercibimiento de que pasado el referido término, sin citarles ni emplazarles mas, declararé por bien formado el concurso, y los autos concernientes à él se sustanciarán por su rebeldía en los estrados de mi audiencia, les parará todo perjuicio como si se hicieran en sus personas, y procederé à lo demas à que haya lugar en derecho. Fecha en tal parte &c. = Don F. = Por su mandado. = F.

Este edicto debe quedar original en los autos, y de él se sacan las copias necesarias autorizadas por el escribano, las cuales se fijan á las puertas del oficio de este y de la audiencia, y en los parages públicos, y á continuacion del mismo edicto original se pone fe de su fijacion, con expresion del dia y parage en que se fijaron: los otros dos edictos se extienden del mismo modo, mudando solamente la palabra de segundo ó tercer término.

FE DE FIJACION.

Yo el infrascrito escribano doy fe, que en este dia fijé tantos edictos como el anterior, uno á las puertas de mi oficio, otro á

la de la audiencia del señor juez que conoce de estos autos, otro en tal parage, y otro en tal, y para que conste lo pongo por diligencia que firmo en esta villa de tal, à tantos de tal mes y año. = F. *(Con arreglo á esta fe de fijacion se extienden las otras dos.)*

PEDIMENTO PARA QUE SE DECLARE POR BIEN FORMADO EL CONCURSO.

F., vecino de esta villa, y preso en su Real cárcel, ante V. como mas haya lugar, digo: que con motivo de hallarme molestado de varios acreedores, destituido por varias calamidades y desgracias de medios para satisfacer todos sus créditos, y preso á instancia de F., uno de ellos; para redimir sus molestias y lograr mi libertad, me ví precisado á hacer, como hice tal dia en manos de V. cesion y dimision de todos mis bienes, concluyendo con la solicitud de que me la admitiese, se les hiciera saber á fin de que acudiesen á usar de su derecho para el pago de sus créditos, se me pusiese en libertad, dándome el correspondiente mandamiento de amparo para mi resguardo, y que tales escribanos, en cuyos oficios estaban pendientes autos á instancia de algunos de mis acreedores, viniesen á hacer relacion de ellos, y se acumulasen á los de este juicio universal: á cuya consecuencia V. fue servido comunicarles traslado, mandar fijar edictos, y librar requisitorias, emplazando á los ausentes é ignorados, como todo se practicó: y por no haber expuesto cosa alguna, les acusé dos rebeldías, se volvió á hacérseles saber por segundo y tercer término, y á fijar edictos, y sin embargo no han comparecido hasta ahora, por lo que les acuso de nuevo la rebeldía: en cuya atencion:

A V. suplico se sirva haberla por acusada, declarar por formados legítimamente el concurso y cesion de bienes que hice, y consiguientemente deferir á todo lo que solicité en tal dia, pues así es justicia que pido.

Auto. = Hase por acusada la rebeldía; traiganse los autos citadas las partes. El señor Don F. lo mandó &c. *Este auto se hace saber á los acreedores presentes*, y pasados tres dias sin responder se provee el siguiente

AUTO EN QUE SE DECLARA POR BIEN FORMADO EL CONCURSO.

Mediante haberse hecho saber por los términos del derecho á los acreedores de F. la cesion de bienes y concurso que hi-

zo en tal dia, y no haber dicho ni expuesto casa alguna contra ella, se declara por hecho y por bien formado, y en su consecuencia suéltesele de la prision en que se halla á instancia de F., uno de ellos, y désele el correspondiente mandamiento de amparo, para que ninguno le moleste por las deudas contenidas en el memorial que presentó, y antes bien usen de su derecho en este juicio como les convenga. Nómbrase para defensor de los bienes concursados á F., procurador de este juzgado, á quien se notifique, le acepte, jure, se obligue y afiance, despues de lo cual tráigase para discernirle el cargo, y discernido que sea, comuníquensele estos autos para que pida lo que convenga. Igualmente notifíquesele á él y á los acreedores que dentro de tercero dia elijan por su cuenta y riesgo adminstrador *(ó depositario si no hubiere raices ni otros efectos redituables)* de los bienes concursados, con apercibimiento de que pasado se nombrará de oficio. Requiérase á F. y F., escribanos de este juzgado, ante quienes penden autos contra el concursante, vengan á hacer relacion de ellos, y al mismo tiempo hágala de estos el presente, para proveer en vista de unos y otros lo conveniente. El señor Don F. lo mandó &c.

MANDAMIENTO DE AMPARO PARA EL CONCURSANTE.

Don F. &c. Hago saber á los alguaciles de esta villa, jueces de comision *(si los hubiere)* y otros ministros de justicia, que ante mí, y en el oficio del presente escribano de su número, está pendiente el concurso y juicio universal de acreedores formado á los bienes de F., el cual tuvo principio en tal dia por pedimento que dió, expresando que por los infortunios y contratiempos que habia experimentado, se veia imposibilitado de satisfacer las muchas deudas que tenia contraidas, por las que le estaban molestando sus acreedores, y se hallaba preso; y para obtener su libertad y evitar las vejaciones que padecia, hizo cesion de sus bienes, presentando dos memoriales, uno con la expresion de sus acreedores y cantidades que les estaba debiendo, y otro con la de los bienes que poseia, y concluyó con la pretension de que se le admitiese la dimision, pusiese en libertad, y diese el correspondiente mandamiento de amparo para su resguardo: á cuya consecuencia habiéndosela admitido y comunicado traslado á sus acreedores, por no haber expuesto cosa alguna, sin embargo de habérseles hecho saber por tres términos, y acusádoles las rebeldías competentes, deferí á su solici-

tud en tal dia, declarando por bien formado el concurso, como resulta del auto que proveí, cuyo tenor y el del pedimento y memoriales presentados por él, es el siguiente. *(Aquí se han de insertar los memoriales, pedimento primero, y auto último por su orden, y despues proseguirá diciendo)*: y en atencion á lo proveido en el auto inserto, expido el presente por el que mando á los referidos alguaciles y otros ministros, no prendan ni molesten al mencionado B., á pedimento de sus acreedores, por las deudas contenidas en el memorial incluso, y que si alguno tuviese que pedir por ella contra él, lo haga ante mí, y en el oficio del presente escribano, lo cual han de cumplir unos y otros pena de prision, y de tantos mil maravedis para la Cámara de su Magestad, bajo de la que mando igualmente á cualquiera escribano, que siendo requerido con este mandamiento, le notifique sin sacarle de poder del dicho F. Fecho en tal villa, á tantos &c. D. N. = Por su mandado. N.

PEDIMENTO PARA QUE SE NOMBRE ADMINISTRADOR DE LOS BIENES DEL CONCURSO.

F., procurador del número de esta villa, y defensor de los bienes del concurso formado por F., digo: que en tal dia le declaró V. por bien hecho, mandando que sus acreedores nombrasen dentro de tercero dia administrador, lo que hasta ahora no se ha hecho, y mediante á que entre los bienes dimitidos hay algunos raices, y varios censos y créditos, para cuya administracion y cobranza es preciso nombrar personas de satisfaccion y abono, y que de permanecer en dicho estado se puede causar perjuicio á los acreedores, propongo desde luego por administrador de los referidos bienes á N., persona lega, llana y abonada; en cuya atencion:

A V. suplico se sirva haberle por nombrado, y mandar que haciendo y dando la obligacion y fianza correspondiente, se le expida el título de tal administrador en forma, y se depositen en él todos los bienes muebles y papeles: pido justicia.

Auto. = Traslado á los acreedores del concurso formado por F. = El señor Don F. lo mandó &c.

Este auto se notifica á los acreedores, y si no responden dentro de tercero dia, insiste el defensor en que se apruebe el nombramiento de administrador acusándoles la rebeldía; el juez la há por acusada, y manda llevar los autos para proveer, y pasados tres dias, ó conformándose con el administrador propuesto, se provee el siguiente

AUTO NOMBRANDO ADMINISTRADOR DE LOS BIENES DEL CONCURSO.

En atencion à lo que ha pretendido F., defensor del concurso formado por F., y à no haber expuesto cosa alguna sus acreedores, sin embargo de habérseles notificado *(Si ellos se conformaren, se omitirá esta expresion, y se dirá mediante el consentimiento dado por los acreedores)*, se há por hecho, y aprueba por cuenta y riesgo de los mismos acreedores, el nombramiento de administrador de los bienes del mismo concurso en N., á quien se notifique, que para la seguridad de su administracion afiance hasta en tanta cantidad; y practicado se le confiere facultad para que administre, cuide y beneficie los bienes raices y los arriende, perciba sus frutos y rentas, y los réditos de los censos, créditos y efectos concursados, dando á favor de los pagadores los recibos, cartas de pago y demas resguardos necesarios; á cuya consecuencia entréguensele por inventario los bienes muebles y papeles pertenecientes al concurso, de los cuales constituya depósito en forma á disposicion de este juzgado; y para que se le tenga por tal administrador, y no le pongan el menor óbice ni reparo los inquilinos, colonos ni demas deudores, expídase el competente título. El señor Don F. lo mandó &c.

En virtud de este auto debe dar la fianza el administrador, como tambien de haberse otorgado poner nota el escribano en los autos del concurso, ó copia de ella; y lo mismo se ha de practicar en el caso de que por ser persona de notorio abono se le mande otorgar obligacion con hipoteca especial de bienes propios ademas de la general; y formalizada una ú otra, se les despacha en su virtud el título de administrador en la forma siguiente.

TITULO DE ADMINISTRADOR.

Don F. &c. Hago saber á todos los señores jueces, asi de esta villa de tal, como de las demas ciudades, villas y lugares de estos reinos y señoríos, y otras personas de cualquier estado, calidad y condicion, que ante mi, y en el oficio del presente escribano de su número está pendiente el concurso de acreedores, formado á los bienes de F., y que à proposicion de F., defensor de ellos *(ó de F. acreedor)*, nombré por su administrador á F., mandando se le despache el título de tal, precediendo fianza hasta de tanta cantidad, la que dió con efecto; y á

fin de que pueda evacuar este encargo, expido à su favor el presente, por el cual le confiero todas las facultades que se requieren por derecho, para que administre, cuide, beneficie y gobierne todos los bienes del expresado concurso, arriende los raices á las personas que tenga à bien por los precios y tiempos que convengan, y acabados unos arrendamientos haga otros de nuevo, despojando con causa legal à los inquilinos y colonos, ó conservándolos y prorogándoles sus arrendamientos, y otorgando sobre ello las escrituras competentes para que tome cuentas à los que hayan sido administradores de dichos bienes, y à las demas personas que deban darlas, nombrando contadores, haciendo que los contrarios nombren por su parte ó se conformen con los que proponga, pidiendo que se elija tercero en discordia, ó de oficio en rebeldia, aprobándolas si estan arregladas y corrientes, ó exponiendo en su defecto los agravios que contengan, y liquidándolos hasta que queden sin el mas leve: para que perciba y cobre todos los frutos y rentas que estan vencidas, y produzcan en lo sucesivo los bienes concursados, y los réditos de censos, juros y otros efectos, como tambien lo que se esté debiendo y debiere por vales, cuentas, escrituras, cesiones, lastos, fianzas, letras de cambio, ventas de frutos y otros bienes, atrasos, consignaciones, y por otra cualquiera causa, motivo ó razon, aunque aqui no se exprese; formalizando de lo que percibiese à favor de los pagadores los recibos, cartas de pago, finiquitos y demas resguardos competentes, con fe de entrega ó renuncia de sus leyes, y con las demas fianzas congruentes y lastos, à favor asimismo de los que pagaren por otros, sea como sus fiadores ó mancomunados: para que venda en los tiempos oportunos y mas útiles al concurso los mencionados frutos, y haga en los edificios y casas los reparos menores que necesiten y no excedan de cien reales, recogiendo de los maestros ú oficiales que los hicieren los recibos de su importe, y para que si sobre la cobranza fuere necesario comparecer en juicio, pueda practicarlo y hacer cuantos pedimentos, ejecuciones, apremios, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales se requieran hasta conseguirla, pues para todo lo referido confiero amplio poder con libre, franca y general administracion y facultad de sustituirle por su cuenta y riesgo en cuanto á lo judicial solamente, y de revocar unos sustitutos y elegir otros. Ademas, todo lo que produzcan los expresados bienes, háyalo y cóbrelo sin embargo de los que estuvieren hechos, y se hicieren en ellos à ins-

tancia de los acreedores; pues como único juez legítimo para conocer de sus pretensiones contra el concursante, los doy por de ningun valor ni efecto, como si jamas se hubieren hecho; y mando que entre todo en poder de dicho administrador, y que solo pague á quien y lo que por mí ú otro señor juez del concurso le libre y mande satisfacer, lo cual se le abonará en sus cuentas, y no de otra forma; y para darlas con pago siempre que se le pidan tendrá el libro correspondiente con cargo y data, dia, mes y año, y procederá en todo como buen administrador judicial, pena de los daños que por su culpa, morosidad ó negligencia se causen á los bienes y acreedores del concurso. Igualmente mando á todos los inquilinos, colonos y deudores de él, tengan al citado F. por administrador legítimo de los expresados bienes, y le entreguen todas las cantidades que estan debiendo y debieren en adelante, aun cuando se les hubiese requerido que las retengan en su poder á ley de depósito, pues les doy por libres del que hayan otorgado, como si no le hubieran hecho, y para que les conste, les hará con este título los requerimientos competentes cualquiera escribano de su Magestad, poniéndoles á su continuacion, y dándoles para su resguardo los testimonios conducentes. Por tanto, de parte de su Magestad, en cuyo Real nombre administro justicia, exhorto y requiero, y de la mia pido y encargo á todos, y á cualesquiera señores jueces ante quienes se presentare este título, le manden cumplir y ejecutar en todo y por todo, y para que no se retarde su cumplimiento, den las providencias mas oportunas y eficaces; pues en hacerlo así administrarán justicia, y yo corresponderé en observancia de ella siempre que los suyos vea. Fecho en &c. Don F. Por su mandado. = N.

Con este título se requiere á los deudores, y se devuelve con los requerimientos al administrador, quien habiendo arrendadores fuera de la jurisdiccion, debe pedir se expida requisitoria para requerirles. Omito extender la defensoría por ser lo mismo que la curaduría de pleito, que se hallará extendida en el formulario correspondiente al juicio de inventarios, con solo variar las voces. Igualmente omito extender los pedimentos y autos de acusacion de rebeldía y el de acumulacion, por ser muy fáciles y enseñarlos la misma práctica; como tambien las diligencias de sustanciacion de este juicio, respecto tener extendidas las principales en el formulario del juicio civil ordinario.

SENTENCIA DE GRADUACION.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor Don F., alcalde mayor de ella, habiendo visto los autos del concurso y cesion de bienes que ha hecho F., vecino de ella, seguidos y sustanciados entre F. y F. &c. sus acreedores, que han comparecido en este juicio por medio de sus procuradores, y el defensor de los bienes del concurso, y los estrados de la audiencia de dicho señor juez, donde se han notificado los autos por rebeldía de los demas acreedores que no han comparecido ni dado su poder, dijo: que debia mandar y mandó se vendan en pública subasta los bienes cedidos por el expresado F., concursante, y los demas pertenecientes á él, y que de su valor se haga pago á los referidos acreedores, dando cada uno fianza de acreedor de mejor derecho, en la forma y por el orden siguiente. En primer lugar y grado sea pagada N., muger del citado concursante, de tantos mil reales, importe de la dote que llevó al matrimonio que contrajo con el mencionado F., segun consta de la escritura que presentó en este juicio. En segundo lugar satisfágase á N. tantos mil reales, tantos por el capital de un censo redimible que impuso el concursante sobre tal finca, en tal dia, mes y año, ante F., escribano, y tantos por los réditos vencidos desde tal dia hasta el presente. En tercer lugar dese á F. tanta cantidad que resulta haberle prestado, segun escritura que formalizó á su favor en tal dia, ante tal escribano. Y en cuarto y último lugar, páguese del sobrante que quedare á F. y F., acreedores quirografarios del concursante, y no alcanzando para cubrirles los créditos mediante ser todos de igual naturaleza sin privilegio alguno, proratéese entre ellos. A los que no han comparecido en este juicio, se reserva su derecho para que justificando sus créditos, sean graduados en el lugar que les corresponda. Por esta sentencia, juzgando definitivamente, asi lo pronunció y lo firmó, de que doy fe. = F. = Ante mí. = N.

Esta sentencia es apelable, y para poderse ejecutar, ó se ha de ejecutoriar por tribunal superior, ó declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada, y no apelando ninguno, ó consintiéndola todos, puede pretender el defensor se declare por tal. Si los bienes cedidos estan vendidos, se omitirá en la sentencia la expresion de que se vendan. La fianza de acreedor de mejor derecho se halla extendida en el libro 2.° título 4.° capítulo 18, página 449.

LIBRAMIENTO.

Don F., alcalde mayor de esta villa de tal &c., F., administrador judicial de los bienes concursados á N., dará y pagará de lo que produjeren ó hubiesen producido á P., uno de sus acreedores, mediante tener dada la fianza de acreedor de mejor derecho prevenida en la sentencia de graduacion, tantos reales que se le estan debiendo por tal razon; los cuales, en virtud de este libramiento, y con recibo á su continuacion ó carta de pago separada, se le abonarán en la cuenta que debe presentar de su administracion, cuando se le pida y mande. Fecho en tal parte, á tantos &c. F. = Por su mandado. = F.

Todos los pedimentos y autos interlocutorios que se den y profieran en el juicio de concurso ú ocurrencia de acreedores, deben escribirse con las diligencias que en su virtud se hagan en papel del sello cuarto mayor: la sentencia de graduacion en el del sello segundo, en el que se han de extender tambien las probanzas, poniendo uno al principio y otro al fin, y en el intermedio, comun; y los libramientos en el del sello que los mandamientos de ejecucion, respecto no hablar de ellos la ley.

PEDIMENTO CONTRADICIENDO LA FORMACION DE UN CONCURSO.

F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que siguiendo mi parte autos ejecutivos en este juzgado, y por el oficio del presente escribano contra S., por la cantidad de &c. cuando estaba para concluirse el término del encargado, se halló mi parte con la novedad de haberle V. conferido traslado en proveido de tantos del concurso que ha formado S. á sus bienes; mas sin embargo de los motivos ó razones que asegura haber tenido para hacerle, V. en justicia se ha de servir desestimarle como injusto y defectuoso en todas sus circunstancias, defiriendo desde luego à pronunciar la sentencia de remate conforme el actual estado de los juicios ejecutivos con las demas declaraciones convenientes; pues asi como lo pido es de hacer, por lo que va á exponerse. *(Se alega.)* Por tanto:

A V. suplico se sirva proveer como se ha expresado en este escrito. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO SOLICITANDO UN ACREEDOR LA PRELACION DE SU CRÉDITO.

N., en nombre y en virtud de poder que presento de N., ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que se me ha dado traslado de la cesion de bienes que ha hecho M., de quien es mi parte acreedor por tanta cantidad, segun acredita la escritura que asimismo presento, y V. en justicia se ha de servir mandar hacerle pago de ella con antelacion á los demas acreedores, pues asi es de hacer por lo que se expondrá. *(Se alega.)* Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, determine a favor de mi parte, como se ha expresado en este escrito. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO SOLICITANDO EL ACREEDOR DE UN CONCURSO SE VUELVAN Á SUBASTAR LOS BIENES REMATADOS EN PÚBLICA ALMONEDA Á FAVOR DE UN TERCERO, COMO MAYOR POSTOR.

F., en nombre de N., de esta vecindad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que por providencia de tantos se formó á los bienes de F. concurso de acreedores, entre los cuales lo fue uno mi poderdante por tanta cantidad &c.; y habiéndose sustanciado legítimamente el juicio hasta su conclusion, pronunció V. su sentencia de graduacion en tantos, dando tal lugar á N., mi poderdante, y consentida aquella por todos los interesados, se mandaron sacar al pregon tales y tales bienes, y que se apreciasen, como se hizo en efecto de esta y la otra suerte, sin que en este término hubiese ocurrido postor á ellos. A vista de esto se volvieron á pregonar por tantos dias mas á instancia de O., y precediendo citacion de todos los acreedores se remataron en J., quien solicitó ante V. que para la aprobacion del remate, se les notificase diesen mayor postor dentro de nueve dias, segun la costumbre general de estos reinos, apercibiéndoles que de no hacerlo, se aprobaria el remate. Decretóse asi en el dia tantos, y á su consecuencia tuvo efecto la aprobacion en auto de &c. haciéndose saber á todos los acreedores, y depositó J. la cantidad ofrecida, por lo que se le dió posesion en el dia tantos, se despacharon sus libramientos á los acreedores con fianzas depositarias, y otorgó V. escritura de venta judicial á favor del citado J., en cuyo es-

tado se quedaron los autos. Pero habiendo sentido mi parte el considerable perjuicio de estar aun por reintegrar de su crédito, á causa de haberse hecho la venta y remate en tanta cantidad, que no llega á dos tercios de la valuacion que se dió á los bienes:

A V. suplico se sirva mandar vuelvan á sacarse al pregon, y que no concurriendo postor que dé al menos por su valor el precio de la tasacion, bajada la sexta parte, se adjudiquen á los acreedores segun sus grados por la total estimacion de aquella. Pido justicia.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO SOLICITANDO UN DEUDOR ESPERA DE ACREEDORES ANTE EL JUEZ ORDINARIO.

F., en nombre de N., vecino de esta Corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi poderdante se halla con los acreedores que resultan del memorial que presento, y siéndole imposible satisfacer sus deudas por este ó el otro motivo, si no se la da una espera competente:

A V. suplico, que habiendo por presentados el poder y memorial, se sirva mandar se junten los mencionados acreedores en el lugar, dia y hora que estime convenientes, á tratar de la espera que han de conceder á mi parte, exhibiendo à este fin los instrumentos justificativos de sus créditos; como asimismo que concediéndosela la mayor parte de acreedores en cantidad, tenga á bien condenar á los demas á que pasen por ella. Pido justicia, juro lo necesario &c.

Otrosí. = Digo: que P. y F., acreedores de mi poderdante, se hallan avecindados en tal parte, y para que les pare el perjuicio que haya lugar = A V. suplico se sirva mandar librar el despacho requisitorio conveniente, cometido à la justicia de dicha villa, con insercion de este escrito, para que se les haga saber, asignándoles lugar, dia y hora en que deberán juntarse todos á exhibir los documentos justificativos de sus créditos, con señalamiento de estrados en la forma ordinaria. Pido como antes.

Auto. = A lo principal por presentados el poder y el memorial de acreedores, á quienes se haga saber se junten en tal parte, tal dia y á tal hora, y exhiban las escrituras de su crédito. Y en cuanto al otrosí líbrese como se pide.

PEDIMENTO SOLICITANDO ESPERA DE ACREEDORES EN EL CONSEJO.

M. P. S.

F., en nombre de N., vecino de &c., de quien presento poder, ante V. A. como mas haya lugar en derecho, digo: que segun resulta de la relacion jurada que tambien presento, mi poderdante tiene contra si tales y tales deudas *(Se refieren circunstanciadamente.)*, y no pudiendo absolutamente por la esterilidad de tantos años satisfacerles hasta tal, para que no le vejen sus acreedores:

A V. suplico, que habiendo por presentados el poder y relacion, se sirva expedir á favor de mi poderdante vuestra Real provision moratoria por el expresado tiempo, ó por el que sea del grado del Consejo, dando fianzas, como se allana à dar por el pago, pasado que sea, à satisfaccion de sus acreedores. Pido justicia.

Auto. = Por presentada, y librese la provision por tanto tiempo.

PEDIMENTO PARA QUE LOS ACREEDORES EN MENOR NÚMERO DE DEUDAS PASEN POR LA ESPERA QUE CONCEDIÓ EL MAYOR.

F., en nombre de N., vecino de esta villa, y preso en su Real carcel, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que mi poderdante tiene los acreedores que resultan del memorial que presento, y no siéndole posible satisfacer sus deudas en la actualidad por esta ó aquella causa, obtuvo de P. S. y V., que lo son de mayor cantidad, le concediesen espera por tanto tiempo, segun acredita el documento que presento; en cuya atencion, y en la de que los demas acreedores rehusan pasar por ella:

A V. suplicó, que teniendo por presentados dichos documentos, se sirva apremiarles á estar por la espera: exhibiendo á este fin las escrituras justificativas de sus créditos, y asimismo citarles para los autos. Pido justicia.

Auto. = Por presentados, y traslado.

FIN DEL TOMO QUINTO.

INDICE

DE LOS TITULOS, CAPITULOS Y ESCRITURAS

QUE COMPRENDE EL TOMO QUINTO.

CONTINUACION DEL LIBRO TERCERO.

TITULO TERCERO.

		Pag.
	Del juicio ejecutivo.	5
CAP. 1.°	*Observaciones preliminares.*	id.
CAP. 2.°	*De las cosas que traen aparejada ejecucion.* .	16
CAP. 3.°	*¿Quienes pueden pedir ejecucion, y quiénes ser ejecutados? ¿Cuantas clases hay de bienes, y en cuáles se puede ó no trabar la ejecucion? y si el acreedor que intentó la via ordinaria, ¿podrá dejarla y pasar á la ejecutiva?* . . .	49
CAP. 4.°	*¿Como se ha de pedir, despachar y trabar la ejecucion; con qué orden y en qué dias puede ó no hacerse; qué personas pueden ó no ser presas por deudas, y deben afianzar de saneamiento; por cuánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes ejecutados, y cuándo y cómo se ha de citar de remate al reo ejecutado?* . .	77
	Apéndice á este capítulo. Real cédula de 16 de setiembre de 1784, prescribiendo las reglas que han de observarse para que no se dilate el pago de los créditos de artesanos, jornaleros, criados y acreedores alimentarios. . .	111
CAP. 5.°	*De la oposicion del ejecutado, y de las excepciones que se le deben ó no admitir; del término en que las ha de probar para impedir la ejecucion, y de si el juez requerido podrá conocer de ellas y determinarlas.*	113
CAP. 6.°	*De la sentencia, fianzas y remate de los bienes ejecutados.*	152
CAP. 7.°	*Del tercer opositor á la via ejecutiva.* . . .	179
CAP. 8.°	*¿Cuando deberá ó no el ejecutado ser condenado en costas y pagar décima de la ejecucion?*	186

TITULO CUARTO.

Del Juicio de concurso de acreedores y sus clases. 241

CAP. 1.° *Del primer género de Concurso, llamado cesion de bienes; quién puede hacerla ò no; qué requisitos se necesitan para que se tenga por bien formado, y cómo se ha de sustanciar y seguir.* 241

CAP. 2.° *Del concurso necesario, que con mas propiedad se llama pleito ú ocurrencia de acreedores. De las diversas clases de estos.* 257

Apéndice á este capitulo. Sobre varios privilegios de que gozan los menores, ademas del de hipoteca tácita. 274

CAP. 3.° *De la preferencia de los acreedores hipotecarios cuando concurren juntos en un juicio.* . . 280

CAP. 4.° *De la espera de acreedores; á quiénes, por qué personas, y por cuánto tiempo se puede conceder.* 326

CAP. 5.° *De la remision de las deudas ò quita de acreedores.* 337

ESCRITURA CORRESPONDIENTE AL CAPÍTULO CUARTO DE ESTE TITULO.

Espera concedida por los acreedores á su deudor en virtud de peticion de este. 335

INDICE

DE LOS PEDIMENTOS, AUTOS Y DILIGENCIAS

QUE OCURREN

EN LOS JUICIOS EJECUTIVO Y DE CONCURSO DE ACREEDORES.

FORMULARIO DEL JUICIO EJECUTIVO.

	Pag.
Pedimento pidiendo ejecucion.	194
Idem solicitando el reconocimiento de un vale. . . .	195
Otro solicitando una declaracion para pretender con ella el pago de cierta renta anual.	id.
Pedimento de ejecucion por los réditos correspondientes á un censo de los nueve años y medio últimos.	196
Idem de ejecucion contra un tercero poseedor antes de repetir contra el deudor.	id.
Idem de ejecucion por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.	197
Mandamiento de ejecucion.	id.
Traba de ejecucion en bienes muebles.	198
Pedimento solicitando se mejore la ejecucion.	199
Requerimiento al deudor para que afiance de saneamiento, y prision por no afianzar.	id.
Auto para la soltura.	200
Mandamiento de soltura.	id.
Notificacion de estado.	201
Pedimento del acreedor para que se cite de remate al deudor presente.	id.
Citacion de remate en persona.	id.
Pedimento del deudor oponiéndose á la ejecucion. . .	202
Idem de oposicion solicitando compensacion, ó intentando juntamente con esta la reconvencion.	203
Idem de respuesta al del reo.	id.
Idem de tercería de dominio.	204
Otro de tercería de dote.	id.
Auto absolviendo al ejecutado.	205

Mandamiento para desembargar los bienes en que se trabó la ejecucion. 205
Auto definitivo declarando no haber lugar à sentenciar la causa de remate, y recibiendo à prueba el pleito ejecutivo. 206
Sentencia de remate. . . . . id.
Pedimento en que se pide restitucion contra un remate. . id.
Idem de nulidad de un remate. 207
Idem solicitando el postor en quien se hizo el remate la venta judicial. . . . . id.
Otro para que se declare un remate por pasado en autoridad de cosa juzgada. 208
Mandamiento de pago. . . . . id.
Requerimiento al deudor con el mandamiento de pago. . . id.
Pedimento del acreedor nombrando perito por su parte para la tasacion de la casa ejecutada. 209
Notificacion al deudor. . . . . id.
Idem y aceptacion de los peritos. 210
Citacion à las partes para la tasacion. . . . . id.
Tasacion de la casa. . . . . id.
Pregones para la venta. 211
Otro pregon. . . . . id.
Cédula. . . . . id.
Fe de fijacion. . . . . id.
Pedimento solicitando se citen para los pregones los deudores del reo ejecutado. 212
Otro solicitando el acreedor mandamiento de apremio contra el deudor. . . . . id.
Pedimento haciendo postura. . . . . id.
Idem solicitando el acreedor que el postor de los bienes rematados deposite su valor, y se tasen las costas. . . 214
Idem en que solicita el reo se apremie á su acreedor à la compra de los bienes subastados por no haber habido postor. . . . . id.
Otro pretendiendo se señale dia para el remate. . . . 215
Remate de cosa raiz perteneciente al deudor. . . . . id.
Pedimento para la aprobacion del remate. 217
Auto de aprobacion de remate. . . . . id.
Liquidacion de las cargas de la finca vendida. 218
Auto en que se manda comunicar traslado de la liquidacion. 220
Auto en que se aprueba la liquidacion, y manda dar posesion de la finca al comprador. . . . . id.

Mandamiento para dar posesion de la casa vendida. . . 221
Cesion del remate de la casa comprada. 222
Libramiento para hacer pago á un acreedor. 223
Pedimento para que se adjudiquen en pago al acreedor los bienes ejecutados. 224
Auto de adjudicacion en pago de cosa raiz. 225
Idem de adjudicacion en pago de bienes muebles. . . . id.
Idem en que se manda dar posesion prendaria al acreedor. 226
Mandamiento de posesion prendaria. 227
Requisitoria para ejecutar al deudor domiciliado en otra jurisdiccion, notificarle el estado de la ejecucion, y citarle de remate. . . . . id.
Idem de pago para vender bienes que se hallan en otra jurisdiccion. 229
Idem de pago contra un deudor, vecino de pueblo diverso de el del juicio. 231
Pedimento de apelacion para el Consejo de la sentencia de remate de un alcalde de provincia, ó de un teniente. . 232
Idem presentándose en el Consejo á consecuencia de la apelacion admitida. 233
Idem alegando en vista de los autos. . . . . id.
Suplicatoria á tribunal superior para hacer un embargo. . 234
Adicion à este formulario sobre suplicatorias y provisiones auxiliatorias. 235
Decreto 240
Provision auxiliatoria. . . . . id.
Nota sobre el papel sellado. . . . . id.

FORMULARIO DEL JUICIO DE CONCURSO DE ACREEDORES.

Pedimento del concursante. 339
Edicto llamando à los acredores ausentes. 340
Fe de fijacion. . . . . id.
Pedimento para que se declare por bien formado el concurso 341
Auto en que se declara por bien formado el concurso. . id.
Mandamiento de amparo para el concursante. 342
Pedimento para que se nombre administrador de los bienes del concurso. 343
Auto nombrando administrador de los bienes del concurso. 344
Titulo de administrador. . . . . id.

Sentencia de graduacion. 347
Libramiento. 348
Pedimento contradiciendo la formacion de un concurso. . id.
Idem solicitando un acreedor la prelacion de su crédito. 349
Idem solicitando el acreedor de un concurso se vuelvan à subastar los bienes rematados en pública almoneda à favor de un tercero, como mayor postor. . . . . id.
Idem solicitando un deudor espera de acreedores ante el juez ordinario. 350
Idem solicitando espera de acreedores en el Consejo. . 351
Idem para que los acreedores en menor número de deudas pasen por la espera que concedió el mayor. . . . . id.

Der. Ap.º - 4/5

FEBRERO NOVISIMO,

Ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

R. 97240

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL,

Y ALGUNOS OTROS:

POR DON EUGENIO DE TAPIA,

individuo de la inspeccion de Estudios, y Magistrada honorario de la Audiencia de Valladolid.

Tercera edicion,

Revista y corregida, y añadida con la Jurisprudencia Mercantil, con arreglo al Código de Comercio, que comprende los dos tomos del suplemento.

TOMO SEXTO.

VALENCIA: IMPRENTA DE DON ILDEFONSO MOMPIÉ
DE MONTAGUDO.

AÑO 1837.

CONTINUACION DEL LIBRO TERCERO.

TRATADO
DE LOS JUICIOS DE INVENTARIO
Y
PARTICION DE HERENCIAS.

OBSERVACION PRELIMINAR.

En los juicios de inventario y particion de herencias se procede á veces en via ordinaria, y otras sumariamente, segun se verá en el capítulo 1.° del título 2.° de este tratado, párrafo 14 y siguientes; y he aqui la razon por que me pareció conveniente tratar de ellos despues de dar á conocer los trámites del juicio ordinario, y del ejecutivo, que es el mas conocido y frecuente de los sumarios. Propiamente hablando, la mera formacion del inventario, y la distribucion de los bienes hereditarios, no se pueden llamar juicio, mayormente cuando por las leyes que se citarán en el capítulo 1.° del título 2.°, está concedida facultad á los testadores para hacer la particion ó nombrar testamentarios que la formen: asimismo tienen facultad de hacerla extrajudicialmente los mayores de veinticinco años, segun se verá en dicho capítulo: y por consiguiente en estos casos no hay juicio ordinario ni sumario. Sin embargo, la desavenencia de los interesabos, los vicios ó fraudes que puedan cometerse, asi en el inventario como en la division, y otros muchos incidentes, po-

drán dar ocasion á litigios; y entonces será cuando empiece propiamente un juicio, en el que se procederá ordinaria ó sumariamente, segun las circunstancias. Me ha parecido conveniente hacer esta advertencia para que se forme desde luego una idea exacta de la materia que va á tratarse, y no se confunda el acto de la particion, que puede ser extrajudicial, con los incidentes de ella, que suelen motivar largos y costosos pleitos.

TITULO I.

DEL INVENTARIO Y TASACION DE LOS BIENES DE LA HERENCIA.

CAPITULO PRIMERO.

¿Que cosa es inventario, ante qué personas, cómo, en dónde, de qué bienes, y dentro de qué término debe hacerse, y contra quién prueba ò no.

§. 1. Definicion del inventario.

2. Division del inventario en solemne y simple.

3 hasta el 7. ¿En donde y ante qué juez ha de hacerse el inventario?

8. Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él fueron de aquel por cuya muerte se hizo. Excepciones de esta regla general.

9. El inventario no prueba contra un tercero.

10. ¿Si el heredero ó el que formalizó el inventario podrán contravenir ó reclamar la declaracion del difunto en que al tiempo de morir manifestó que dejaba tales bienes?

11. Requisitos necesarios para que el inventario solemne sea válido y produzca los efectos de tal. Primero: se ha de citar no solo á los herederos, sino tambien á los legatarios y acreedores ciertos.

12. Segundo requisito. Se ha de hacer el inventario ante juez y escribano, aunque rigorosamente no es necesaria la autorizacion del primero, y basta la presencia del segundo.

13. El tercer requisito es, que se inventarien todos los bienes que dejó el difunto.

14. Se han de inventariar tambien los libros y papeles concernientes á la herencia.

15. Asimismo han de inventariarse las deudas puras, condicionales ó á dia cierto, que el testador tenia á su favor ó contra sí, y tambien el débito del mismo heredero.

16. Las cosas litigiosas se deben inventariar como tales.

17. Deben tambien incluirse en el inventario los frutos de

los bienes libres y vinculados del testador.

18. Igualmente se han de inventariar los vestidos de la muger é hijos del difunto, exceptuando los de uso diario.

19. El lecho cotidiano se debe inventariar con distincion y especificacion de las cosas de que se compone.

20. Los bienes especificamente legados se deben inventariar y tasar, aunque el legatario lo resista.

21. Ultimamente se han de inventariar los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger.

22. Se ha de aumentar al inventario el importe del daño que uno de los herederos hubiere causado en algunas cosas de la herencia, como tambien el del que las tomó y sustrajo de esta despues de la muerte del testador.

23. Cuando los herederos disputan si han de inventariarse algunos bienes que existen entre los de la herencia, debe tenerse presente que, si por confesion de ellos mismos, ó por sumaria informacion, consta que son agenos, no han de inventariarse; pero si lo niegan, ó no consta entonces la pertenencia por otro medio, se han de inventariar, reservando al interesado su derecho para otro juicio.

24. El cuarto requisito es, que se exprese en el inventario, como forma sustancial, el dia, mes, año y lugar en que se empieza y concluye.

25. El quinto requisito es, que presencien su formacion tres testigos en quienes concurran las circunstancias que alli se expresan.

26. Si se dudase de la validacion del inventario, porque los testigos lo impugnen, deberán observarse para resolver esta duda las reglas que alli se expresan.

27. El sexto requisito se reduce á que el heredero haya de firmar el inventario con los interesados presentes.

28. El séptimo requisito es, que se principie el inventario dentro de los treinta dias primeros siguientes á aquel en que el heredero sepa estar constituido por tal, y se concluya dentro de tres meses, inclusos los treinta dias.

29. Para que corra el término expresado es preciso que el heredero acepte la herencia.

30. Los herederos pueden ser reconvenidos como tales por los acreedores del difunto pasados nueve dias despues de su muerte.

31. El octavo requisito es, que quien haya hecho en inventario jure haberlo for-

malizado bien y fielmente.

32. El escribano no debe proceder para la formacion del inventario por inquisicion ni apremio, sino meramente por voluntaria manifestacion del inventariante.

1. Para repartir con arreglo á las leyes y á la voluntad del difunto los bienes que deja es preciso que ante todas cosas se haga inventario y tasacion de ellos, sin cuyo acto es cuasi imposible hacer una division justa y arreglada, porque es el principio y la basa de toda particion. El inventario es un instrumento en que se anotan los bienes que se encuentran, sea por muerte de alguno, por embargo ú otro motivo (1); y fue introducido segun derecho comun (2) por cuatro razones: 1.ª para que los herederos no ocultasen los bienes hereditarios, especialmente los muebles; 2.ª para que no estuviesen obligados á mas que á lo que importase la herencia (3); 3.ª para que no dudando, mediante él, á cuanto ascendia el caudal del difunto, no pidiesen término para admitirla ó repudiarla; y 4.ª para probar las alegaciones negativas, que de otro modo se juzgan improbables (4).

2. Se divide el inventario en *solemne* y *simple*. El solemne es el que se hace observando todas las solemnidades prescritas por derecho; y el simple el que se formaliza haciendo solamente descripcion ó nómina de bienes, sin observar con rigor las solemnidades legales.

3. Se ha de hacer el inventario en el lugar del domicilio del difunto, y ante su juez, aunque todos sus bienes no esten en un pueblo, sino en diversos, pues una vez empezado y radicado el juicio, debe á instancia del heredero expedir requisitorias á las justicias en cuyo territorio existan, á fin de que los inventarien y tasen, y hecho le remitan originales las diligencias otradas, para unirlas á las principiadas en su juzgado (5): lo cual se entiende, aunque fallezca fuera de su domicilio; pues este acaso no puede privar á su juez de conocer de su testamentaría, como competente. En Real orden de 19 de junio de 1764 se declaró que el conocimiento de los testamentos, inventarios y particiones de bienes de los militares difuntos toca á sus jueces;

1 Leyes 99 y 100. tit. 18. Part. 3, y 9. tit. 6. Part. 6.

2 Authent *de hæred. et falcidia*, cap. *Hinc nobis*, y tit. 1.

3 Morquech. *de division. bonor.* lib. cap. y num. 1. Guerreir. *de inventar.* lib. y cap. 1. num. 6.

4 Cap. 11 y 12. *de probation.* Hermos en la ley 9 tit. 1. Part. 3. glos. 5. num. 9 Guerreir. ibi, num. 8.

5 Cancer. part. 3. *Var.* cap. 2. num. 133. Guerreir. eod. tit cap. 3. num. 1 al 5.

pero de cualquiera ocurrencia sobre bienes y herencias que les dejan personas extrañas de este fuero, y pleitos que se suscitan sobre ellas, toca el conocimiento á la justicia ordinaria, como tambien el de los testamentos de sus criados que mueren fuera de campaña, segun lo dispone el art. 14. trat. 8. tit. 11 de las Ordenanzas del ejército (1). De las testamentarías de los factores de la provision de víveres del ejército debe conocer tambien la justicia ordinaria, entregados que sean previamente los efectos de la provision, segun está declarado por Real cédula expedida en el Real sitio del Pardo á 8 de marzo de 1785, con motivo de la competencia formada por el comandante de las armas de la villa de Estepona, su corregidor, y el intendente de Andalucía, sobre conocimiento de la testamentaría del factor Don Antonio Visondo; y la Real declaracion dice: *Con noticia que tuve de esta competencia, y tomado sobre ella los informes y noticias convenientes, he venido en declarar que el conocimiento y examen de dichos autos, corresponde notoriamente al expresado corregidor de Estepona, á quien mando se le devuelvan para que los continúe conforme á derecho, una vez que se hallan entregados los efectos de la provision, con cuyo respecto deberia gozar el fuero de hacienda, segun las últimas reglas dadas para la provision. Y conformándome para evitar en adelante semejantes conflictos jurisdiccionales, y que se desautorice á los magistrados, con lo que se me propuso al propio tiempo, tuve á bien ordenar que la expresada declaracion sirva de regla en este y demas casos ocurrentes* (2).

4. Si el difunto tenia dos domicilios sujetos á un solo Soberano, pertenece la formacion del inventario al del pueblo en que fallezca, porque este juez es competente no solo por razon del domicilio sino de su muerte. Pero si teniendo dos domicilios, muere fuera de ellos, debe conocer del inventario, y continuarlo el juez de los dos que lo prevenga, á menos que la desigualdad del domicilio sea muy considerable, pues en este caso pertenece hacerlo al de aquel en donde vivia la mayor parte del año.

5. Si una persona lega instituye varios herederos, y uno ó mas de ellos son clérigos, se debe hacer el inventario ante el juez secular, por orden del cual se ha de citar á los clérigos como á los legos para él; porque esta citacion no lo es propiamente, sino un mero aviso para que como interesados en parte de

1 Véanse las leyes 4, 5 y 6 tit 21. lib. 10 de la Nov. Rec. y las notas de ellas; y se sabrá todo lo tocante á este punto.

2 Ley 7. tit. 21. lib. 10. Nov. Rec.

la herencia comparezcan, si quisieren, á usar de su derecho; lo que ni arguye ni supone superioridad; y asi ni se les apremia á ello, ni por no comparecer incurren en contumacia, ni se anula el acto (1). Asimismo en la sucesion del lego al clérigo, ya sea por institucion ó abintestato, como tambien en la apertura y publicacion de su testamento é insinuacion de la donacion, se ha de proceder ante el juez secular; porque la cualidad eclesiástica, como personal, subsiste únicamente en los bienes del clérigo mientras vive; pero una vez muerto, espira con su persona: y la herencia por su adicion ó aceptacion pierde el nombre del que la dejó, y toma el del aceptante, de cuyo patrimonio se constituye (2) (*).

6. Si el testador y su heredero son clérigos, ó el clérigo lo es del lego, la publicacion y apertura del testamento cerrado, en que aquel es instituido heredero, asi como la insinuacion de la donacion que haga el secular al eclesiástico, se deben hacer ante el juez secular, como competente (3); del mismo modo que la tutela legítima y curaduría de la persona y bienes de menores legos que se confiere al clérigo su pariente, la ha de discernir el juez secular (4), y por consiguiente se ha de dar cuenta de ella ante él, aunque la de menores clérigos que se encarga al lego, ha de discernirla el juez eclesiástico, y el mismo ha de aprobar la cuenta. Pero cuando el clérigo sucede al lego ó á otro clérigo, ya sea por institucion ó abintestato, como pariente mas cercano, ó cuando es instituido algun lugar piadoso, se ha de hacer el inventario ante el juez eclesiástico, porque ya se trata de interes de clérigo y de cosa eclesiástica, y por la aceptacion de la herencia se constituyen suyos los bienes, y pierden el nombre y privilegio del sugeto de quien fueron.

1 Covarr. *Pract.* cap. 31. Salg. *Labyr. creditor.* part. 1. cap. 2. num. 49. *Cur. Filip. Ilustr.* tom. 1 part. 1. §. 5. num. 28.

2 Salg. ibi. Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 2. quæst. 5. num. 337. *Cur. Filip.* ibi, num. 26.

* Como el juez secular, ante quien se forma el inventario, tiene facultades para hacer se practiquen todas las diligencias que conduzcan á él, y de consiguiente las de citar al clérigo, como uno de los herederos, para que no pueda quejarse ni alegar nulidad por no habérsele citado; creo que esta citacion no es propia y verdadera, mayormente cuando si para la formacion del inventario es necesaria alguna diligencia del clérigo, podrá compelerle á ella el juez secular por los medios legales, pues de otra suerte se quedaria sin evacuar el acto, y serian ilusorias dichas facultades; y á vista de esto, y de que sobre el particular de que hablamos, las personas eclesiásticas *deben*, segun se explica la Real cédula citada en el párrafo 7. *acudir ante las justicias ordinarias*, tienen estas sobre aquellas en el presente caso, como en otros, cierta especie de superioridad. *Febrero reformado.*

3 Ley 6 tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., y ley 9. tit. 4 Part. 5. Covarr. *Pract.* cap. 8. Carlev. ibi, num. 332.

4 Leyes 45. tit. 6. Part. 1, y 14. tit. 16. Part. 6. Greg. Lop. en la ley 1. glos. 1. tit. 16. Part. 6.

7. Sin embargo de lo dicho en el párrafo anterior (lo cual es conforme al dictamen de los autores, fundados en la razon expuesta, bien que algunos dudando de su opinion, dicen que se esté á la costumbre del pueblo), está resuelto y mandado por Real cédula de 13 de junio de 1775, que los jueces eclesiásticos no conozcan de nulidad de testamentos é inventarios, secuestros y administracion de bienes, aunque se hayan otorgado por eclesiásticos, y algunos de los herederos ó legatarios sean comunidades ó personas eclesiásticas; cuya cédula se comunicó de orden del Consejo á las chancillerías y audiencias del reino, hablando peculiarmente con cada una; pudiendo por consiguiente las personas particulares introducir en los juzgados competentes los recursos de fuerza en conocer y proceder, si se entrometiesen los jueces eclesiásticos en su conocimiento. Esta Real cédula, con referencia de las remitidas á las chancillerías y audiencias, se renovó y publicó por otra de 15 de noviembre de 1781, que en lo dispositivo está conforme con aquella, y es la ley 16. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

8. Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él fueron de aquel por cuya muerte se hizo; pero los efectos de esta suposicion recaen solamente sobre el que los puso ó mandó poner, contra el cual prueba de tal suerte, que aunque él ó su heredero aleguen ser suyos algunos de los inventariados, no serán oidos, porque se juzga que el que lo ejecutó, los donó al sugeto á cuyo favor lo hizo; y así no admite prueba en contrario, pues en el hecho de inventariarlos, es visto confesar haber sido de aquel en cuyo nombre los inventarió. De consiguiente no puede ir contra su propia confesion, porque esta, siendo hecha con cierta ciencia, induce donacion. Se limita lo dicho en cinco casos: 1.° cuando el que inventarió cosas suyas, porque se hallaban entre las del difunto, protestó al instante que le pertenecian; 2.° cuando los bienes suyos que inventarió son inmuebles, pues los de esta clase no se consideran donados como los muebles, ó cuando se acredita lo contrario por vista ocular, cuya prueba es superior á todas las demas; 3.° cuando implora el beneficio de la restitucion, pues se ha de acceder á ella por haberlos inventariado inconsideradamente é imprudentemente; 4.° cuando consta haber errado en la formacion del inventario, y hubo causa justa para haber cometido el error, pues goza del beneficio de la restitucion como los menores; 5.° cuando por instrumentos legítimos, y vista ocular, califica no ser tantos los bienes cuantos los inventariados, y que

por lo mismo se deben separar del inventario.

9. El inventario jamas prueba contra tercero; y asi siempre que este haga constar que algunos de los bienes inventariados son suyos, se le deben entregar, porque como no presenció su formacion, ni fue citado para ella, no le debe perjudicar la confesion voluntaria y errónea ó maliciosa que hizo el heredero ó el que le formalizó (1), asi como los libros de cuenta y razon, que alguno tiene en su poder hacen fe contra él, mas no contra tercero (2).

10. En orden á si el heredero, ó el que formalizó el inventario, podrán contravenir ó reclamar la declaracion del difunto, en la que al tiempo de morir afirmó dejaba tales bienes, ó si esta declaracion induce tal prueba contra ellos, que no se les permita alegar que el testador padeció equivocacion, se ha de distinguir de casos. Si el heredero reclama en virtud del derecho que le compete por su propia persona (v. gr. por haber enagenado alguna cosa suya el difunto), puede impugnar dicha declaracion legitimamente. Si lo hace en virtud del que le corresponde por la del difunto, no puede, pues debe observar la declaracion hecha por este; bien que algunos afirman que en ambos casos está obligado indistintamente á su observancia en cuanto percibe lucro de la herencia. Si hizo ó declaró alguna cosa segun y conforme á derecho, tiene igual obligacion, á menos que pruebe haberla hecho ó declarado con error manifiesto. Y si fuere contra derecho, puede impugnarlo, como el mismo difunto podria hacerlo.

11. Para que el inventario solemne de bienes de difunto pruebe, sea válido, y produzca los sesenta y ocho efectos que recopila Guerreiro (3), y omito á beneficio de la brevedad, son precisos, segun derecho antiguo, varios requisitos. 1.° Que se cite no solamente á los herederos, sino á los legatarios y acreedores ciertos, y á cada uno singularmente en sus personas, pudiendo ser habidos, por si quieren presenciar su formacion; y estando ausentes en parage de donde puedan venir, por requisitoria; pero si se ignora su paradero, por edictos ó proclamas; y que en la citacion se ponga el dia, mes, año y hora (4). Sin embargo hoy no se practica regularmente es estos reinos de Castilla esta legal disposicion, en cuanto á citar los acreedores y legatarios: lo primero, porque está en su arbitrio redargüir de diminuto el

1 Valasc. *de partition.* cap. 8. num. 12, 14 y 15. Menoch præsumpt. 26. dicho lib. 6 Cancer part. 3. *Var.* cap 2 num 7.

2 Ley fin. tit. 18. Part. 3.

3 Guerreir. *de inventar.* lib. 4. cap. fin.

4 Ley 5 tit. 6. Part. 6.

inventario, siempre que averigüen haberse omitido en él algunos bienes, pues no les daña, respecto á que no han sido citados; y lo segundo, porque habiendo bienes que partir, no se le puede irrogar perjuicio, pues antes que se haga la division se deducen los créditos contra el caudal, por no ser ni llamarse herencia, sino el residuo, segun diré mas adelante; en cuya atencion se cita únicamente á la viuda y herederos, entre quienes ha de hacerse la particion.

12. El segundo requisito es que se haga ante juez y escribano, aunque de necesidad no se requiere la presencia del juez, y basta la del segundo (1), porque ninguna ley nuestra lo manda, ni las 99 y 100. tit. 18. Part. 3, que prescriben la forma de extender el inventario los herederos y el tutor, ni la 5. tit. 6. Part. 6, hablan de semejante cosa; por lo que reconociendo el Consejo, que á mas de no ser del caso la presencia judicial, se causaban gastos inútiles, y perjuicios á los menores y ausentes; que en el de querer ocultar algunos bienes el heredero presente ó el tutor, nadie se lo puede impedir, por mas que el juez se desvele en precaver la ocultacion; que los menores y ausentes pueden despues usar de su derecho si la acreditan; y que la asistencia del juez ningun vigor da al inventario, antes bien causa perjuicio á los interesados; mandó sabia y justísimamente por el capitulo 5 del arancel dado á los Tenientes de corregidor de Madrid en 11 de abril de 1768, que solo asistiesen á inventarios y tasaciones de bienes de testamentarías en los casos que hubiese que recontar porcion de dinero, ó inventariar alhajas preciosas, para lo cual se consideraban bastantes dos dias, y no á los demas inventarios, tasas ni almonedas, por no ser necesaria su asistencia, y bastar la de los interesados; y siendo menores ó estando ausentes, la de sus tutores, curadores y defensores. Esto se determinó asi para libertar á los interesados del crecido gravamen de derechos superfluos del juez; y lo mismo se debe observar en todo el reino, porque cuando el Soberano manda á algun juez una cosa, se entiende mandarla á todos los de sus dominios en igual caso y circunstancias, mucho mas si el testador ordena que no asista, y que solo el tutor testamentario y personas que elige, lo hagan extrajudicialmente á presencia de escribano y testigos, pues puede mandarlo asi, y tambien que formalicen la tasacion y particion de sus bienes (2). Esta práctica se obser-

1 Valasc. *de partitionibus*, cap. 8. num. 7. Ayor. *de partition.* part. 1. cap. 2. num. 1. Morquech. lib. y cap. 1. num. 8. Guerreir. *de inventar.* lib. 1. cap. 8. num. 2. y 4.

2 En el título siguiente, capítulo 1,

va como justa en Aragon y Valencia, segun afirma Colom en su *Instruccion de Escribanos*, lib. 3. cap. 3. tomo 2; pero esto se entiende no pretendiendo algun acreedor que se haga inventario judicial, porque si lo pretende deberá intervenir el juez con los nombrados por el testador, y satisfechos el acreedor ó acreedores, cesará, y los comisionados evacuarán lo que el testador les ordenó, sin que el juez deba impedírselo, por haberse acabado la jurisdiccion que le prorogaron los acreedores.

13. El tercer requisito es que se inventarien todos los bienes que dejó el difunto; por manera que en el inventario se deben poner por clases separadas y por menor todos los bienes libres, muebles, raices y semovientes que el difunto haya dejado, y le pertenezcan no solo en el pueblo de su domicilio y fallecimiento, sino en otros cualesquiera de dentro y fuera del reino y provincia, con distincion y separacion de cada cosa, especie y cantidad, é individuales señales de peso, medida, hechura, color, calidad, sexo, edad, linderos y demas correspondientes, segun sean los bienes; pues faltando esta claridad y especificacion, y haciéndolo oscuramente, es nulo, porque es lo mismo que no haberlo hecho, respecto á que no puede servir para el fin á que se dirige, y asi no aprovecha al que no lo formaliza con la claridad, pureza y rectitud que debe (1). Y sin embargo de que algunos inventarian indistintamente por piezas los que en cada una existen, no debe observarse este método, porque es confuso para hacer la division, y saber á cuanto ascienden los de cada clase, y asi los de cada una se han de poner juntos, aunque esten en diversos lugares y piezas, como en la Corte se practica.

14. Se han de inventariar en igual forma los instrumentos, libros y papeles concernientes á la herencia, y los censos, efectos, juros, derechos y acciones libres; previniendo que los libros y papeles tocantes á los bienes hereditarios deben quedar depositados en poder del inventariante, para que no padezcan extravio, ni los interesados en ellos experimenten perjuicio.

15. Tambien se deben inventariar las deudas puras, condicionales ó á dia cierto, que el testador tenia á su favor ó contra

párrafo 3, se hablará mas particularmente de la Real cédula de 4 de noviembre de 1794, que es la ley 10. tit. 21. lib. 10. Nov. Rec., por la que se concede permiso á los testadores para disponer que luego que fallezcan, formen los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes los albaceas ó autores que designen, cumpliendo despues estos con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion.

1 Barbos. in Au hent. *Sicut alienatio.* Cod. *de sacrosanct. Eccles.* num. 34 y 35. y lib. 3. vot. 116. Antunez Portugal *de donation. reg* part 3. cap. 19. num. 27. Vease consult. 52. num. 10. Guerreir. cap. 9. num cit.

sí, y asimismo el débito del mismo heredero, pues haciendo el inventario con la pureza legal, tiene derecho á cobrarlo, como los demas acreedores sus créditos; pero no está obligado á poner en él los gastos que hizo en su entierro ni otros justos; y si se dudase de ellos, puede probarlos por su juramento, testigos ú otro medio legal (1). En dichas deudas se incluye lo que las hermandades que tenia el difunto, debian pagarle por socorros, lutos, enfermedades y otras cosas, segun sus constituciones, y satisfacieron á sus herederos ó viuda, pues todo es caudal suyo, que lo tenia anticipado en vida, y asi es divisible entre todos, y no toca al legatario del quinto ni á otro en particular. Algunos dicen que de las deudas á favor no se debe hacer inventario, á menos que consten por instrumentos ú otras pruebas legítimas (2), ni tampoco de las deudas en contra, excepto que sean líquidas, porque siguen la naturaleza de la obligacion, y requieren mayor conocimiento, el cual no toca al juicio de particion, que es sumario (3); pero sin embargo no se sigue esta opinion, pues unas y otras se ponen y deben poner por via de declaracion, con su respectiva cualidad, al fin del inventario, ya haya ó no instrumento que lo acredite: las primeras, porque de omitirse se da lugar á ocultacion, y no se puede intentar su cobro por ignorarse; y las segundas, para deducirse de la herencia en caso que se verifiquen antes de proceder á la division, y no irrogar á los acreedores el perjuicio de tener que dirigir su accion por su importe á prorata contra cada heredero despues de hecha. Ademas de esto la ley 100. tit. 18. Part. 3, que trae la forma de ordenar el inventario, no solo habla indistintamente, sino que da á entender que se debe practicar asi en estas palabras: *E primeramente otorgó, é vino conociendo que habia fallado en los bienes de su padre el finado tantas cosas muebles, é tantas raices é tantas debdas quel debian, ó quel debia, nombrando todas estas cosas cuántas son é cuáles: E otrosí quién son los debdores, é cuántas son las cartas de las debdas, é por cuál escribano fueron hechas.* Pero si alguno de los interesados negare el débito, bastará su negativa para impedir su deduccion, aunque el que formalizó el inventario lo haya confesado.

16. Las cosas litigiosas se deben inventariar como tales; pero no dividirse hasta que se declare si pertenecen ó no á la he-

1 Ley 6 y 8 tit. 6. Part. 6.

2 Surd. decis. 122. num. 9. Valasc. dicha consult. 52. num. 10. y *de partitionib.* cap. 8. num. 12. Gutierr. *de tutel.* part 2. cap. 1. num. 90 y 91. Ayor. *de partition.* part. 1. cap. 2. num. 4. Cancer. ibi, num. 39.

3 Fragos. *de regimin reipublic.* part. 3. lib 5. disp. 8. §. 8 num. 59. Guerreir. *de divis.* lib. 6. cap. 13. num 4 al 9.

rencia. Tambien deben inventariarse las agenas, que al tiempo de la muerte del testador se encuentran entre las de este, ya las tenga en depósito, ya en comodato ó prenda, para que no se pierdan ni extravíen, y evitar que á sus dueños se haga fraude; excepto que estos impidan que se inventarien, pues en este caso, si piden que se les entreguen, y los herederos no niegan que sean suyas, basta que justifiquen sumariamente que lo son; y si lo confiesan, porque les consta, no hay para que hacer la justificacion; pero si alguno de ellos lo niega, es preciso que en via ordinaria acrediten pertenecerles.

17. Se deben inventariar del mismo modo los frutos de los bienes libres y vinculados del testador, ya sean naturales, v. gr. trigo, vino &c., en que interviene ó no la industria humana, ó bien civiles, v. gr. réditos, pensiones &c., ora esten pendientes en las mismas fincas, ó vencidos hasta el dia de su muerte, y asimismo las mejoras hechas en los bienes libres, pues todo aumenta su herencia (1); y en cuanto á las de los vinculados, respecto no tocar parte alguna de ellos á la muger, hijos ni herederos del poseedor difunto; segun la ley 46 de Toro, tengo por inutil que se inventarien, y asi no habrá obligacion de hacerlo. Los frutos civiles y naturales que no quedaron pendientes ni vencidos, y produjeron los bienes privativos del difunto ó del cónyuge que sobrevive mientras se evacuó la particion, no se han de inventariar despues, ni partir con este ni con los herederos de aquel, porque son propios del dueño de las fincas, censos y efectos que los rindieron (2), excepto en los casos en que siga tácitamente la sociedad conyugal.

18. Los vestidos de la muger é hijos del difunto tambien se deben poner en el inventario, excepto los cotidianos; pero si su padre ò marido les hubiesen dado para este uso alhajas, trages y otros adornos preciosos, como sucede entre los grandes, títulos y personas ricas, ó si en el pueblo hubiere costumbre de que entre estas personas se tengan los adornos y vestidos preciosos de la muger é hijos del difunto por cotidianos, no se hará inventario de ellos, antes bien se estimarán como donados por el marido en parte de los alimentos à que estaba obligado, y los harán suyos (3). Asi se practica en la Corte con los vestidos y joyas que los grandes compran, con lo que se les da con

1 Pegas *ad ordin.* lib. 1. tit. 87. §. 4. num. 77, 330 y 331. Guerreir. ibi, num. 79. y 80.

2 Ayor. part. 1. cap. 6. num. 10.

3 Surd. *de alim.* tit. 4. quæst. 2. num. 20 Ciriac. controv. 120. Guerreir. dicho cap. 10. num. 94, 104 y 105.

título de alfileres ó gastos de cámara, pues son suyos privativamente, porque se pacta asi en los contratos nupciales, y hay esta costumbre; por cuya razon pueden disponer de ellos, y no se reputan de las testamentarias de sus maridos.

19. El lecho cotidiano se debe inventariar con distincion y especificacion de las cosas de que se compone, pues aunque es cierto que si no hay acreedores, no se ha de dividir, porque toca al cónyuge, como adelante diré, sirve su descripcion para su restitucion especifica en el estado en que se halle, si se vuelve à casar, segun tambien expondré; y en caso de haberlos, para que no se dude si es el cotidiano, ó si lo ha de llevar ó no el consorte sobreviviente en perjuicio de ellos (1); pero es de advertir que si se omite inventariarlo, no se debe abonar al viudo, porque es visto haberse quedado con él, y de consiguiente queda privado de toda accion.

20. Los bienes especificamente legados se deben inventariar y tasar, aunque el legatario lo resista, no dudándose que son de la herencia, para ver si caben ó no en el tercio ó quinto en caso de ser ascendientes ó descendientes legítimos los herederos, ó para que el extraño saque la *cuarta falcidia* en los casos en que por derecho se le permite (2).

21. Ultimamente se deben inventariar los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger que existan entre los de su difunto marido, no para dividirlos entre los herederos de este, sino para entregarlos à su tiempo à la viuda; pues todos los que deja el testador tienen la presuncion legal de ser suyos, mientras no se pruebe lo contrario, y como tales se deben inventariar, porque el juicio de inventario no es para otra cosa, reservándose para el de division la separacion y repartimiento correspondiente. Asi se practica en la Corte, y debe observarse como justo y arreglado (*).

22. Se ha de aumentar al inventario el importe del daño que uno de los herederos causó en algunas cosas de la herencia, y el de las que tomó y sustrajo de esta despues de la muerte del testador, si lo confiesa, ó por otro medio legal se acredita sumariamente, adjudicándosele, como si efectivamente se le entregara por el precio que valian antes de deteriorarlas. Si lo niega, se inventariarán como cosa dudosa, y se aplicarán proporcio-

1 Ayor. part. 1. cap. 3 num. 40. Guerreir. cap. 10. num. 109 y 110.

2 Id. num. 36 al fin. Valasc. *de partit.* cap. 8. num. 51.

* Sobre si se ha de inventariar y partir el dinero del caudal comun de marido y muger puesto en el fondo vitalicio en cabeza del viudo ó viuda, ó de alguno de sus hijos, ó por la vida de otros, véase el tomo 1.° página 63, párrafo 19.

nalmente á cada uno en la particion, para que perciba su parte en caso de que en el juicio plenario sea condenado. Pero si el heredero hubiere hecho el daño antes de fallecer el testador, no se han de inventariar estos bienes ni hacer mérito de ellos en el juicio divisorio, y los coherederos deducirán su accion contra él en juicio competente. En caso de que sea condenado á su resarcimiento, repartirán despues su importe entre todos en la forma expuesta, sin que por esto se detenga la particion de los bienes efectivos.

23. Muchas veces disputan los herederos sobre si se han de inventariar y dividir algunos bienes que existen entre los de la herencia; pero si por confesion de ellos mismos, ó por sumaria informacion que el juez reciba de oficio, ó por sentencia consta que son agenos ó de mayorazgo, ó sujetos á restitucion, no se deben inventariar ni adjudicar en la particion al que afirma que son suyos, porque este no es parte en este juicio por no ser heredero ni tener derecho á la herencia; por lo que se han de separar de esta, y entregarse luego á su dueño (1). Si lo niegan, y no consta entonces lo contrario por otro medio, se ha de reservar su derecho al pretendiente para otro juicio, porque requiere conocimiento é indagacion mas plena; por lo que se inventariarán y dividirán con la calidad de restituirlos los herederos al que dice ser su dueño, si por tal se declarase. Y sino consta incontinenti si tocan ó no à la herencia, porque unos herederos lo afirman y otros lo niegan, se han de distinguir tres casos. 1.° Cuando los bienes se encuentran entre los del difunto y este los poseia como libres: entonces no solo se han de inventariar sino dividir, porque segun estan se juzgan suyos, y para ello milita la poderosa razon legal de la posesion en que estaba el difunto, que induce à su favor la presuncion de ser suyos (2); pero si hubiese contradiccion por parte de algun interesado, se le reservará su derecho, para que sobre su propiedad lo deduzca en la via ordinaria, porque exige mayor inspeccion y conocimiento (3). 2.° Cuando habiéndolos poseido el difunto, se duda solamente si los poseia como libres, vinculados ó sujetos á restitucion, por afirmar algunos herederos que son libres, y otros que vinculados: en este caso se ha de recurrir à conjeturas, y si por algunas se prueba estar vinculados, y con ellas concurre la fama de haberlos poseido el difunto en este concepto, se han

1 Ayor. part. 1. cap. 3. num. 37.
2 Cap. *Consultationib. de jure patronat.* cap. *Cum olim; de causar. possession.*
3 Valasc. cap. 8. num. 51. Ayor. dicho cap. 3. num. 36.

de inventariar; mas no estimar ni dividir hasta que con previo y maduro examen se decida sobre su libertad. Y el 3.° cuando de ningun modo aparece breve y sumariamente si los bienes de que se trata son agenos ó del difunto: pues entonces no se deben inventariar ni dividir, antes bien prevalecerá la pretension del que afirma no ser de este.

24. El cuarto requisito para la validacion del inventario solemne es que se exprese en él, como forma sustancial, el dia, mes, año y lugar en que se empieza y concluye, al modo que en cualquiera instrumento público, porque la intencion del heredero se funda en el tiempo, y asi debe probarlo; y como para gozar del beneficio que la ley le concede para hacer el inventario, debe justificar haberlo principiado y concluido dentro del término legal, no podrá hacer la prueba si carece del dia, mes y año, pues por ser estos de esencia y sustancia del inventario, se vicia y anula cuando no consta de ellos, y es lo mismo que no haberlo formalizado, por lo que nada prueba (1). Pero es de advertir lo primero, que asi como en los instrumentos no necesita el escribano poner con individualidad la casa, pieza ni hora en que se otorgan, pues basta expresar el pueblo con el dia, mes, año y los otorgantes (2); asi tampoco en los inventarios es necesario que ponga las piezas en que existen los bienes muebles que en cada dia se sientan, y solo será conveniente expresar la hora en que cada uno se principia y concluye, para que se sepa las que se ocupan, á fin de regular las dietas ó salarios, como tambien será muy util mencionarla en los instrumentos, cuando un deudor otorga muchas obligaciones en un dia á favor de diversos sugetos ante un mismo escribano, para graduarlos por el tiempo en caso de ocurrencia ó concurso. Antes del año 1383, en que Don Juan el I° mandó se contasen los años desde el dia del nacimiento de Jesucristo, se contaban por eras, ó por la era del César, que principia treinta y ocho años antes de la cristiana, que seguimos.

25. El quinto requisito para la validacion del inventario es que presencien su formacion tres testigos en quienes concurran tres circunstancias: 1.ª que sean varones de buena fama, y vecinos del pueblo en que se formaliza, segun lo dice la ley 100. tit. 18. Part. 3; 2.ª que conozcan al heredero ó inventariante, lo cual se prueba de la 5. tit. 6. Part. 6; y la 3.ª que vean lo que se inventaria, y oigan y entiendan lo que se escribe y sien-

1 Ley *Matrem*, Cod. *de probation.* Ley *Cum qui*, §. *Publiciana*, ff. *de publiciana in rem action.*

2 Ley 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

ta, y no lo uno sin lo otro; por lo que el ciego no puede ser testigo en el inventario (1), ni tampoco el sordo, ya sea de nacimiento ó por enfermedad.

26. Si se dudase de la validacion del inventario ó de cualquiera instrumento porque los testigos lo impugnen, se tendrán presentes para resolver la duda las siguientes reglas. 1.ª Cuando todos los testigos lo impugnan, no vale ni hace fe. 2.ª Si uno ó dos lo impugnan, y tres ó mas lo confirman, es válido, asi el inventario como el instrumento; excepto que depongan que el contrato contenido en este no fue hecho en el tiempo y lugar que se menciona, por haber estado los contrayentes ó alguno de ellos en cierto pueblo tan distante que era moralmente imposible haberse hallado alli. 3.ª Cuando en igual número lo aprueban unos testigos y reprueban otros, debe prevalecer la parte aprobante, y en duda juzgarse por la validacion del acto, teniendo presente que mas crédito se da á los instrumentales que afirman que à los que niegan. 4.ª Si el testigo que reprueba el instrumento fue puesto en él sin requerirlo por necesidad ó por precepto legal, basta este para enervar ó destruir su fe, si los demas no deponen de positivo por él. 5.ª Si algunos de los testigos instrumentales dicen que no se acuerdan si presenciaron ó no su celebracion, en este caso no se debilita su fe, porque nada deponen contra él.

27. El sexto requisito es que el heredero firme el inventario, y si no sabe *un escribano* por él, con arreglo á la ley 100. tit. 18. Part. 3, y la 5. tit. 6. Part. 6; pero à pesar de esta disposicion de las leyes, lo que se practica es que el heredero ó inventariante firme todos los dias con los interesados presentes el inventario y tasacion de los bienes, ya se depositen ó no en él; y si no sabe escribir, firma por él y por los demas que no sepan un testigo á su ruego, como en cualquiera instrumento, autorizando el escribano de la comision el acto, sin que intervenga otro escribano (esten ó no presentes los legatarios ó todos los herederos), por ser imposible otra cosa en lugares en que no hay mas que un escribano ó ninguno, cuya práctica, como inmemorial é inconcusa, tiene ya fuerza de ley.

28. El séptimo requisito es que se principie y concluya el inventario dentro del término, esto es, que el heredero le principie dentro de los treinta dias primeros siguientes à aquel en que sepa que está instituido por tal, y concluya dentro de tres

1 Guerreir. *de inventar.* lib. 2. cap. 6. num. 1 al 14.

meses (inclusos los treinta dias), si en el distrito del pueblo del fallecimiento del testador existen los bienes de la herencia, pues hallándose algunos en otra jurisdiccion, se le puede conceder un año à mas de los tres meses, como lo dice la ley 5. tit. 6. Part. 6. Este término es continuo desde que empieza, y como designado por la ley, perentorio, y asi no lo puede prorogar el juez, ni admitir restitucion contra él, por la cláusula general de *si hay justa causa*, por lo que corre al enfermo é impedido; bien que si hubiese causa grave y justo impedimento, está en práctica el prorogarlo. En la Corte se suele principiar el inventario, regularmente dentro del novenario; pero por principiarse fuera de él no se invalida, si se empieza y concluye en el término legal, como lo he visto practicar y practiqué de ambos modos, y por no ser contra ley, sino antes bien arreglado à ella, no se anuló.

29. Para que corra el término expresado es preciso que el heredero acepte la herencia, pues antes de su adicion no corre, por lo que si pide al juez nueve meses para deliberar si la ha de aceptar ó repudiar, ó al Príncipe un año, que es el término que respectivamente le pueden conceder (1) para este efecto, no le corre en su intermedio hasta que acepte, à no ser que por dolo difiera su aceptacion, y espire el tiempo de aceptar, pues en este caso correrá y le perjudicará si dentro de él no lo formaliza. Pero lo que se practica para evitar dilaciones y perjuicios es aceptar el heredero la herencia con *beneficio de inventario*. Por este medio no queda obligado á mas de lo que importa aquella por deudas ni legados, con tal que haga el inventario en el término, y con la escrupulosidad y pureza que prescribe el derecho, y no en otra forma.

30. Los herederos pueden ser reconvenidos como tales por los acreedores del difunto, pasados nueve dias despues de su muerte; pero ni dentro de estos ni mientras se formaliza el inventario deben ser inquietados por los legatarios ni fideicomisarios, y esto es lo que se observa. Sin embargo, habiendo bienes suficientes, no hay inconveniente en pagar á dichos acreedores en cualquier estado del inventario.

31. El octavo y último requisito es que quien haya hecho el inventario jure haberlo formalizado bien y fielmente, sin omitir cosa alguna à sabiendas, y que proteste adicionar y agregar à él otros cualesquiera bienes y efectos que aparezcan pertene-

1 Ley 2. tit. 6. Part. 6. Ley fin. §. *Sed quia quidam*, Cod. *de jure deliberand.*

cientes á la herencia al instante que llegue á su noticia, y asi se practica; pero este juramento no es de forma y esencia del inventario segun nuestro derecho, pues solo se exige que el inventariante diga en él que es verdadero, y que está hecho bien y fielmente sin engaño (1); y asi aunque carezca de él no se viciará, pues sirve únicamente para excluir la presuncion de que ha ocultado algo, y para que el que alega la ocultacion tenga el gravamen de probarla, como que le incumbe, porque se funda en afirmativa probable. La protesta es para no incurrir en la pena impuesta á los que no lo hacen con pureza, de que trataré en el capítulo 4 de este título.

32. El escribano no debe proceder en este inventario por inquisicion ni apremio, como en el de la via ejecutiva y causa criminal, que es propiamente embargo dirigido á asegurar el débito, pena y costas, sino meramente por voluntaria manifestacion del inventariante; pues si se verificase ocultacion, toca á los interesados el usar de la accion que les concede el derecho para no ser perjudicados. Los bienes inventariados se han de depositar en la persona que elijan los partícipes por su cuenta y riesgo, ó en el mismo inventariante; pues aunque ni la ley 99, que trata del inventario que hace el curador de los bienes de su menor, ni la 100. tit. 18. Part. 3, que expresa el modo de hacer el de los bienes del difunto, ni otra alguna, previenen que se haga este depósito; no obstante se practica asi por costumbre, para precaver y evitar cualquier extravio; bien que si el heredero está ausente, y el difunto á nadie comisionó para custodiar los bienes, debe encargarlo el juez á persona abonada, á fin de impedir su ocultacion, y entregárselos cuando venga, ó á quien le represente.

1 Leyes 100 al fin. tit. 8. Part. 13, y 5. tit. 6. Part. 6.

CAPITULO SEGUNDO.

¿Que personas estan obligadas á hacer inventario solemne; cuando deberá el heredero pagar las deudas del difunto, aunque sus bienes no alcancen para todo; y si por la formacion de dicho inventario se entiende haber aceptado ó no la herencia?

§. 1. Personas que estan obligadas á hacer inventario solemne.

2. ¿Cuales son los objetos con que se forma el inventario?

3. Haciendo el heredero el inventario en los términos expresados en el capitulo anterior, no está obligado á mas de lo que alcance la herencia; y al contrario aceptándola sin el beneficio de inventario, ó entrándose en ella como heredero, estará obligado á pagar el total importe de las deudas y legados, aun cuando no alcancen á cubrirle los bienes heredados.

4. Limitaciones de la regla general sentada en el párrafo anterior.

5. El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha á los demas que no intervienen en él.

6. Por la mera formacion del inventario no se contempla aceptada la herencia.

7. Para la formacion del inventario en que está interesado un menor basta que asista su tutor ó curador, sin necesidad de nombrar para este acto otro curador *ad litem*, à menos que aquel sea partícipe en la herencia. Los menores habilitados por la Cámara para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario.

8. ¿De que modo estará obligado el padre que tiene hijos en su poder á hacer inventario de los bienes de estos?

9. Obligacion que tiene à hacer descripcion de bienes el marido ó la muger sin hijos cuando sin haberse instituido recíprocamente herederos se apoderase de todos sus bienes y de los del consorte difunto.

10. El usufructuario, sea particular ó universal, esta obligado à hacer inventario.

11. ¿Cuando y de que modo estará obligado el fisco à hacer inventario?

1. Regularmente hablando deben hacer inventario solemne cinco clases de personas, que son: 1.° el heredero, sea

simple y absolutamente instituido, ó *fiduciario* que es el gravado á restituir á otro la herencia á cierto tiempo, pues debe dar cuenta á este que se llama heredero *fideicomisario*: 2.° el tutor y curador: 3.° el administrador de bienes agenos: 4.° el prelado eclesiástico: 5.° el fisco: y en suma todos los que tienen que dar cuenta de bienes que se les entregan para su custodia y administracion (*).

2. La obligacion impuesta al heredero para la formacion del inventario tiene dos objetos: 1.° que no se sustraigan bienes algunos en perjuicio de los acreedores y legatarios: 2.° que el heredero no sea reconvenido en mas de lo que importan los bienes de la herencia.

3. En el libro 2, título 2, capítulo 11, se habló de la obligacion que tiene el heredero de pagar las deudas que el difunto dejó contra sus bienes, ya porque representa su persona, y se trasfieren en él todas las acciones que competian al difunto; ya tambien porque el heredero aceptando la herencia, se dice que cuasi contrae con los acreedores y legatarios; pero si hace el inventario segun queda expresado en el capítulo anterior, no está obligado á mas que á lo que alcance la herencia (1); y aunque pague primero las mandas que las deudas, de modo que no le quede que heredar mas que su cuarta falcidia, no deben reconvenirle los acreedores antes que á los legatarios, sino á estos primero, y por lo que falte, á él, hasta en lo que importe su cuarta y no mas (2); procediendo lo mismo si paga á los acreedores que primero vienen á cobrar sus créditos, é ignora que hay otros privilegiados á ellos (3); y no haciéndolo en la forma expuesta, si acepta la herencia, ó como heredero se entra en ella, está obligado á pagar regularmente el total importe de las deudas y legados, aunque no alcancen á cubrirle los bienes heredados (4). Esto se entiende, ya sea el heredero legítimo ó extraño,

* Aqui solo debiera tratarse del inventario que se hace para averiguar los bienes que deja un difunto para distribuirlos entre sus herederos; pero el autor segun su costumbre de hacinar cosas inconexas, á veces sin mas razon que la identidad de nombre, mezcla otros inventarios de diferente especie, asi como le dió el antojo de hablar en este capítulo de la tutela con ocasion del inventario que deben hacer los tutores. Este tratado se descartó de aquí insertándole en el libro 1.° de esta obra; y ya que no se puede hacer otro tanto con los párrafos en que habla de los inventarios que no son de bienes de difunto, por lo menos se evitará la confusion, colocándolos con la separacion debida despues de la doctrina relativa á los herederos.

1 Ley fin. §. *Et si præfatam*, Cod. *de jure deliberand.* y leyes 5 y 7. tit. 6. Part. 6.

2 Dicha ley 7. tit 6. Part. 6, en las palabras: *Pero decimos.*

3 Dicha ley fin. §. *Et si præfatam.* Greg. Lop. en dicha ley 7. glos. 9.

4 Ley 10. tit. 6. Part. 6.

varon ó hembra, instituido solo ó con otros, y mayor ò menor, y ya suceda por *testamento ó abintestato*, ó contra testamento (1). Pero es de advertir lo primero, que el heredero extraño pierde tambien la *cuarta falcidia* (2), y el fiduciario la *cuarta trebeliánica*, como contra Gomez y otros defiende Ayllon, citando á muchos en sus adiciones libro 1. *Var.* capítulo 5. num. 14, y es la opinion corriente; y lo segundo, que el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario puede deducir de ella los gastos que hizo en defenderla contra los que intentaban ser coherederos, antes que pague las deudas del testador, si consiguió excluirlos de ella.

4. Lo dicho en el párrafo anterior se limita en diez casos 1.° Cuando el heredero goza del privilegio de no deber ser reconvenido en mas de su posibilidad, pues entonces no estará obligado á mas de lo que alcanzan los bienes por deudas ni legados (3). 2.° Cuando el testador mandó al heredero que de sus bienes pagase los legados, pues puede imponer á los legatarios la condicion que quiera, y en perjuicio de ellos excusar á su heredero de la formacion del inventario (4). 3.° Cuando por dolo de los acreedores y legatarios fue inducido el heredero á aceptar la herencia, pues nadie debe conseguir utilidad por su mala fé (5). 4.° Cuando los acreedores y legatarios confiesan no haber mas bienes en la herencia; pues aunque la ley quiera que el heredero que la acepta sin beneficio de inventario, esté obligado á mas de lo que alcanzan los bienes, fundada en la presuncion que contra él resulta por este hecho, de haber ocultado ó sustraido parte de ellos, y prohibe la prueba en contrario, no repele la confesion que hace la parte, porque esta no es propiamente prueba sino relevacion de ella. 5.° Cuando fue violentado á la adicion de la herencia; pues por la violencia no debe sentir utilidad ni perjuicio. 6.° Cuando aun no aceptó la herencia, pues mientras no la acepta, no es ni se debe llamar heredero. 7.° Cuando padeció error en la aceptacion, porque el que yerra ò ignora, no se juzga que hace acto inductivo de ella, pues el error excluye el consentimiento (6), sin el cual ninguna dis-

1 Roland. *de inventar.* part. 2 vers. *Igitur primo*, y vers *Quæro*. Guerreir. *de inventar.* lib. 2. cap. 11. num. 18

2 Dicha ley 10. tit. 6, y ley 7. tit. 11. Part 6.

3 Ciriac. controv. 5. num. 176 Guerreir. dicho cap. 11. num 86.

4 Merlin *de legitim.* lib. 3. tit. 2. quæst 24. num. 75. Guerreir. ibi, num. 93.

5 Ley *Nec ex dolo*, 13. ff. *de dolo malo* Ciriac controv. 278 num. 61. Mantic. *de inventar.* quæst. 278 num. 50.

6 Ley *Si per errorem*, 15. ff *de jurisdictione omnium judic* y ley *Nihil consensu*, 116. § *Non videtur*, ff. *de regul. iur.* El error de que habla aqui Febrero

posicion es estable. 8.° Cuando la obligacion del difunto es nula de derecho por todos respectos; porque en este caso, asi como el difunto puede contravenir à ella, del mismo modo y con superior razon su heredero (1). 9.° En cuanto à la legítima: y asi aunque el legítimo heredero no haga inventario, no la pierde en caso de que despues de pagar las deudas le quede que heredar, porque se le debe por derecho natural; por cuya razon se deducirán estas, y luego la legítima, y si sobrare algo, será para los legatarios, pero si no, se quedarán sin sus legados (2). 10. Cuando el heredero es menor, no tiene padre ni curador, y fue perjudicado en la aceptacion de la herencia sin beneficio de inventario, pues probada la lesion y pedida la restitucion por entero, se le debe restituir y volver al estado que tenia antes de su aceptacion, citando y oyendo à los acreedores, y no de otra suerte (3).

5. El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha à los demas que no intervinieron en él, aunque algunos dicen que para esto es necesaria la cesion del que lo formalizó. Asimismo se duda si el inventario aprovecha à otros sin cuya intervencion se hizo, como por ejemplo en este caso: muerto el marido pide su viuda se inventarien los bienes que dejó, é inventariados y tasados legalmente, y divididos, ó antes de su division aparecen deudas contra el caudal; pretenden los acreedores sus créditos, y los hijos responden que solo estan obligados en cuanto lo permita la herencia, porque la aceptaron con beneficio de inventario; y los acreedores replican que no deben gozar de este beneficio, por no haber hecho otro inventario que el que formalizó su madre. Esta cuestion trae Ayora (4), afirmando que es suficiente el formalizado por su madre, y que cumplen con satisfacer hasta la cantidad que percibieron (*).

debe ser involuntario, inculpable ó invencible, pues de otro modo parece que no debe excusar al heredero. Entendiéndolo asi, pudieran conciliarse las opiniones opuestas del *reformador* y *adicionador* sobre este punto, como puede verse en la impugnacion de este, y contestacion del otro.

1 Cancer. part. 3. *Var.* cap 2. num. 28. Ciriac. controv. 312. num. 1. 8 Mantic. *de tacit.* lib. 5. tit. 13. num. 3. Guerreir. dicho cap. 11. num. 118

2 Guerreir. *de tutel.* part 2. cap. 1. num. 43 al 46. Gutierr *de inventar.* lib. 3 cap. 1. Ayor. part. 1. cap. 2 num. 23.

3 Ley 7. tit. 19. Part. 6. Ciriac. controv. 264. Cancer. part. 1. *Var.* cap. 2. num. 7.

4 Part 1. cap. 2. num. 22.

* Como el heredero es obligado por la ley á la formacion del inventario, para que no sustraiga ningunos bienes en perjuicio de los acreedores y legatarios, y esta sustraccion se previene bastantemente con el inventario que hace la muger de todos los bienes hereditarios y comunes, no hay justo motivo para que deje de aprovechar asimismo al heredero, pues no teniendo lugar la razon de la ley, tampoco debe tenerle su disposicion. Ademas con el inventario formado por la muger, y la particion hecha con los hijos ó herede-

6. Por la mera formacion del inventario no se contempla aceptada la herencia, porque la aceptacion es un hecho, el cual no se presume si no se prueba; y por tanto quien afirma que el heredero la aceptó debe probarlo plena y concluyentemente, pues no bastan presunciones, conjeturas ni pruebas equívocas. Un heredero, por ejemplo, puede hacer el inventario, no porque haya aceptado la herencia, sino con el fin de cerciorarse del valor de ella, para deliberar si ha de aceptarla ó repudiarla; y así como el que puede ejercer algun acto con dos motivos, no se conceptúa haberlo ejercido precisamente por el uno, à menos que lo exprese; del mismo modo el que con dos ó mas puede hacer el inventario, no se presume haberlo hecho con ánimo de aceptar la herencia mientras no lo diga, ó lo haga como heredero; bien que basta se le llame así en él, aunque el escribano le haya puesto este título, una vez que lo consienta y lo firme. Tambien procede lo dicho, aunque la herencia sea cuantiosa, si bien en este caso bastan menores pruebas; y se amplía asimismo à los hijos siempre que se trate de perjuicio suyo (1); pues tratándose de su utilidad ó comodidad se presumen herederos, excepto que se justifique lo contrario.

7. El tutor y curador estan obligados à hacer el inventario solamente, segun se dijo en el libro 1, título 4, capítulo 3, párrafos 4 y 5, debiendo hacerse aquí las dos advertencias siguientes. 1.ª Cuando el testador nombre tutor al pupilo, ó à falta de esto el juez ó los mismos menores, siendo púberos, nombren curador para administrar los bienes, basta que dicho tutor ó curador asista por ellos à la formacion del inventario y particion y à lo demas que ocurra, sin que sea necesario nombrar curador *ad litem*, ni gravar à los menores con dietas ó salarios superfluos de este, como por abuso, y por no resistirlo los tutores ó menores que lo ignoran, suele hacerse en algunos pueblos; pues discernido el cargo puede otorgar poder, y sustituir por su cuenta y riesgo la tutela y curaduría à favor de quien quisieren para lo que sea preciso. Exceptúase el caso en que el tutor ó curador sea partícipe en la herencia; pues entonces es indispensa-

ros del marido se satisface mejor á la intencion de la ley que manda al heredero hacer inventario, que con el que aquel haga únicamente de los bienes hereditarios, puesto que en el primero se ponen fuera de los del difunto los que corresponden á la muger, y así se puede mostrar mejor cuantos y cuales que faron por muerte del marido. Estas razones trae Ayora en el lugar citado; pero yo creo que puede darse en favor de su opinion otra mas poderosa, y que hace inútiles las suyas; á saber, que el inventario hecho por la muger, como que forzosamente ha de hacerse con citacion de los hijos ó herederos, debe tenerse hecho tambien por estos. *Febrero reformado.*

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 9. num. 25.

ble el curador para pleitos, ò el contutor, si le hay, que defienda al pupilo para que no sea perjudicado. La segunda advertencia se reduce à lo siguiente. Estando habilitados por la Cámara los menores para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario y particion, ya sea entre sí, ò con su madre ò padrastro, porque la habilitacion les constituye en la clase de mayores para esto y otras cosas, excepto para enagenar ò gravar dichos bienes, sin perjuicio de gozar del beneficio de la restitucion, siendo perjudicados: y lo mismo procede cuando estan casados, si son mayores de dieziocho años, ò han entrado en ellos, por cuanto los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes y los de sus mugeres, sin que necesiten obtener venia de la Cámara (1). Lo que se ha expuesto en orden al inventario y administracion de bienes de menores, milita respecto à los administradores de hospitales, y otros semejantes que tienen que dar cuenta de su administracion; pero no perteneciendo al propósito de esta obra, omito tratar de ellos, como tambien de los prelados eclesiásticos, y paso à hablar de otras personas, cuyas obligaciones en punto à la administracion y formacion de inventario debe saber el escribano.

8. El padre que tiene à sus hijos en su poder no está obligado à formalizar inventario solemne de los bienes adventicios que les tocan, porque es legitimo administrador y usufructuario de estos, y no tiene que dar cuenta ni caucion de usarlos y gozarlos à arbitrio de buen varon, de suerte que aunque los administre mal, no es responsable por esto, à no ser culpable ò dolosa su administracion, ni incurre en ninguna pena por no haberse establecido contra él (2); pero lo contrario se ha de decir si no tiene el usufructo por ser castrenses ò cuasicastrenses los bienes, ò por estar casado y velado juntamente, ò emancipado el hijo, ò por otro motivo; pues entonces, como no es legítimo administrador suyo, debe darle cuenta, y por consiguiente inventariarlos. Y en caso de tener el padre el usufructo debe hacer descripcion de ellos con la misma claridad y distincion ante escribano y dos testigos à presencia de los mismos hijos, si son capaces, sin necesidad de acudir al juez ni de citacion alguna: en lo cual se diferencia el inventario solemne de la descripcion, pues esta solo es para que los hijos sepan qué bienes adventicios les corresponden, y no se oscurezcan ni, si su padre se vuelve à casar, se presu-

1 Ley 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. part. 1. cap. 2. num. 16.
2 Gom. ley 48 de Toro, num. 16. Ayor.

man adquiridos en el segundo matrimonio, con perjuicio suyo, ni tampoco se ignore si hay algunos que reservar à los demas. Para dicha descripcion no hay término prefinido; por lo que si quiere volverse à casar, deberá hacerla antes de casarse y de otorgar la dote de su muger, con declaracion y liquidacion de los que son suyos y de sus hijos, y » obligarse con su persona y los suyos presentes y futuros à restituírselos, ò su importe, y darles cuenta con pago cuando salgan de su poder." Si tiene bienes raices, podrá hipotecarlos especialmente à la responsabilidad de los maternos de sus hijos para no perjudicarles, y el escribano protocolizará la descripcion y obligacion que à su continuacion haga el padre, como otra cualquiera escritura ò acto extrajudicial que pasa ante él, y de ello dará las copias autorizadas que se le pidan. Si no quisiere que intervenga escribano, puesto que es quien hace el inventario, y se ha de estar à lo que manifieste, mientras no se pruebe ocultacion; que por otra parte no es presumible quiera gravar su conciencia y defraudar à sus hijos, y que el escribano solo da fe de lo que él dice y manifiesta, siendo lo mismo que le autorice que no; bastará que el padre haga por sí solo la descripcion en una relacion jurada ò individual que firme, por la que se deberá pasar, y con ella se excusa de gastos inútiles; entendiéndose esto sin perjuicio de lo que se ha dicho debe practicar en caso de querer casarse; pues el derecho hace gran confianza del padre, y forma mejor concepto de él que de la madre y demas parientes. Si los hijos estan casados y velados y han cumplido los dieziocho años pueden partir con su padre los bienes que haya dejado su madre, y darse recíprocamente el correspondiente resguardo extrajudicial sin intervencion de curador, porque de dicha edad los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes y los de sus mugeres sin necesidad de impetrar ni obtener venia de la Cámara, segun ya he dicho: con la diferencia de que siendo todos muebles basta que la descripcion, particion y resguardo sean simples; y si algunos ò todos son raices, es necesario intervenga escribano, porque como son perpetuos se requiere escritura pública que acredite à la posteridad su adquisicion, dominio y adjudicacion, y les sirva de título de propiedad y pertenencia para poder disponer de ellos; bien que si son lesos en la particion, sea judicial ò extrajudicial, hecha con asistencia de curador ò sin él, podrán usar de su derecho dentro de los cuatro años siguientes à los veinticinco de su edad, aunque estuviesen casados cuando la hicieron, porque el matrimonio no se la suple, ni les priva del auxilio de la ley. Pero si sucede

como heredero instituido á algun hijo capaz de testar que no se halla bajo su dominio, debe hacer inventario solemne, pues de omitirle estará obligado por las deudas en mas de lo que alcance la herencia, porque se tiene como extraño, y ninguna ley le exceptúa en este caso.

9. Si el marido ó su muger sin hijos, que no se instituyeron recíprocamente herederos, se apoderase de todos sus bienes y de los del consorte difunto, deberá por razon de la mutua sociedad celebrada entre ambos con el matrimonio hacer descripcion de ellos, porque tiene que dar cuenta á sus herederos de los que dejó; mas por omitir la formacion del inventario solemne no incurrirá en las penas impuestas á los herederos y otros que estando obligados á hacerle no le hacen, porque ninguna ley se las impone ni manda formalizarle con toda solemnidad (1).

10. El usufructuario, sea particular de ciertas cosas ó universal de todos los bienes, puede y debe ser compelido á hacer inventario, porque teniendo como tiene obligacion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon para restituirlos acabado el usufructo, no habiéndolos inventariado, no se podrá conocer si los usó ó no como era debido, ni se hace una plena restitucion de todos los que entraron en su poder, y se perderá facilmente su propiedad á causa de no poder justificarse por falta de documento que la acredite (2). Pero no es preciso que formalice este inventario con la solemnidad que el heredero, por no haber ley que expresamente se lo mande, y asi basta que haga descripcion de todos los bienes muebles é inmuebles con intervencion del propietario, á lo cual no debe resistirse aunque el testador le hubiere dispensado el hacerla, porque asi como no puede remitirle la caucion de usar y gozar los bienes en la forma expresada (3), tampoco puede dispensarle de que haga la descripcion referida, que es un antecedente necesario para la caucion (4). Lo mismo se ha de decir aunque el testador le hubiese impuesto la pena de privacion de usufructo ú otra si hacia la descripcion; pues sin embargo tiene obligacion de hacerla á instancia del propietario sin riesgo de incurrir en ella (5), prestando juramento de no haber ocultacion, y con los demas requisitos expresados

1 Ayor. part. 1. cap. 2. num. 10 hasta el 14.
2 Molin. *de primog.* lib. 1. cap. 28. num. 4. García *de expens.* cap. 11. num. 4. Castill. *de usufruct.* cap. 14. num. 4.
3 Castill. lug. cit.
4 Castill. *de usufruct.* cap. 15. num. 17. Molin. lug. cit. num. 4, 13, 15 y 16.
5 Castill. en dicho cap. 15. num. 18.

anteriormente (1). Por tanto si no la hiciere, y se mezclare en los bienes, se podrá jurar *in litem* contra él, no obstante la remision y prohibicion del testador, sea usufructuario particular ò universal; si bien el propietario no está obligado à entregárselos hasta que haga la descripcion. Pero si el usufructuario posee los bienes, sea con licencia del testador ò del heredero propietario, no se deberá decir que procede con mala fe ni que es moroso por no inventariarlos ni dar la caucion hasta que acerca de ello le interpele judicialmente el propietario, en cuya atencion hace suyos los frutos aun antes de la fianza, si la posesion es legítima y justa; bien que una vez interpelado, si se resistiere, podrá el propietario jurar *in litem* contra él (2).

11. En orden à si el fisco estará obligado à hacer inventario solemne de los bienes que recaen en él, se ha de distinguir: ò le tocan como à heredero instituido, ó como sucesor por haberse confiscado á algun delincuente, ó por estar vacantes à causa de no parecer parientes del difunto é ignorarse à quien corresponden: si como à heredero instituido, debe hacer el inventario y de lo contrario estará obligado à mas de lo que alcance la herencia por las deudas y legados al modo que otro cualquiera heredero, porque en este caso usa del derecho de persona privada, y como tal solo goza de privilegio en los casos expresos en las leyes, aunque algunos dicen lo contrario. Pero cuando sucede en los bienes confiscados ó vacantes, no tiene obligacion de hacer el inventario, ni de satisfacer mas que lo que importen (3); pues los herederos anómalos ó irregulares, cuales son el fisco en dicho caso, el monasterio que sucede al monge, el padre que ocupa los bienes de su hijo por razon de peculio, los ejecutores universales que tienen el lugar del heredero, y otros que no suceden por derecho hereditario, se tienen por sucesores y poseedores, mas no por verdaderos herederos.

1 Castill. num. 20. 14 y 28.
2 Castill. *de usufruct.* cap. 16. num.
3 Ley 16. tit. 7. Part. 6.

CAPITULO TERCERO.

De la tasacion de los bienes inventariados; cómo y por qué personas ha de hacerse; y en caso de que estas esten discordes y hagan agravio en su valuacion, de qué remedios podrán usar los herederos.

§. 1. Motivos por que deben tasarse los bienes inventariados.

2. Caso en que no es necesaria la tasacion.

3. Para hacer la tasacion han de ser citadas las partes, excepto en los casos que allí se expresan.

4. El aprecio de los bienes debe hacerse por peritos.

5. Circunstancias que deben tener estos.

6. El juramento que hacen los peritos es el de *creencia*.

7. Los peritos que tienen nombramiento público pueden ser compelidos á admitir su encargo, y aun los nombrados por las partes cuando no hay otros igualmente idóneos.

8. Pueden ser recusados los peritos nombrados por el juez con solo el juramento de tenerlos por sospechosos; pero si aquel los nombra por contumacia de los interesados, es necesaria justa causa para recusarlos.

9. Cuando las mismas partes eligen los peritos no pueden recusarlos.

10. Los peritos deben examinar cada una de las cosas que valúan, pues de lo contrario es nula la tasacion.

11. No se deben valuar precisamente los bienes por el precio en que se compraron sino por su estimacion presente.

12. Para excluir la querella de inoficioso testamento, y ver si queda á los hijos su legítima, ó á los herederos extraños la cuarta falcidia que el derecho les concede, se ha de atender al valor que los bienes tenian al tiempo que murió el testador; mas para el solo efecto de partir los bienes entre los herederos, se ha de atender al valor efectivo que tengan al tiempo de hacerse la division.

13. Si los peritos discordaren en las tasaciones, han de elegir los interesados un tercero en discordia.

14. Si todos los nombrados y el tercero estuvieren discordes, puede el juez seguir el parecer ó dictamen que le parezca mas arreglado, ó bien elegir un medio proporcional.

15. ¿Si el tercero en discordia estará obligado á seguir el dictamen de alguno ó algunos de los otros peritos?
16. Cuando son muchos los peritos, y todos estan discordes entre sí, ¿á quienes deberá darse crédito?
17. Los peritos y el tercero, ya sean elegidos por las partes ó por el juez, no pueden delegar su oficio en otro.
18. Remedios que competen al agraviado cuando los peritos proceden con injusticia en la tasacion.
19. Para que el juez defiera á la reduccion á albedrio de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta si otro lo contradice.
20. Siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene aquel derecho á valerse de un tercero extraño que lo apronte incontinenti.
21. Si se vendieren algunos de los bienes inventariados luego que se tasen, y diere por ellos al contado uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ó quisiere tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado.
22. Cuando una heredad tiene muchas fanegas de sembradura, unas mejores que otras, y fue tasada á tanto cada fanega una con otra, el heredero que las quiera ha de pujarlas todas ó ninguna.
23. La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia, ha de hacerse luego que esten tasados, y antes que se proceda á su division.
24. Cerciorados los herederos del aprecio de los bienes inventariados, y hecha á cada uno su respectiva aplicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion.
25. Si una cosa estuviese apreciada en mucho mas de su justo valor, y los contadores la adjudican íntegra á uno de los herederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó reclamar por via de querella la adjudicacion.
26. Los aprecios de los tasadores no perjudican á los acreedores ni legatarios del difunto, excepto en el caso que allí se expresa.
27. ¿Cuando perjudicará la tasacion á los terceros poseedores?
28. Se ha de apreciar por lo que justamente vale la cosa legada, aunque el testador dijese que valia menos, y hubiese mandado que se diese al legatario por este inferior precio.
29. En orden á los juros se ha

de sacar certificacion de sus capitales y réditos para inventariarlos y dividirlos con arreglo á ella.

1. Aunque en opinion de algunos autores, para que el inventario se diga rectamente formalizado, no es necesario que los bienes inventariados se estimen, numeren, pesen, midan ni describan con todas sus circunstancias, con tal que consten en él, no obstante es nulo cuando no se expresan con claridad y precision el peso, medida, número y aprecio (1); y así no solo se han de inventariar en los términos expuestos, sino tambien apreciar sin embargo de cualquiera costumbre, ó por mejor decir, abuso que haya en contrario; pues de otro modo se daria lugar á que el heredero ó inventariante, poniendo en confuso los bienes, defraudase á los coherederos y á los menores, ausentes, acreedores y legatarios, sustituyendo otros de inferior valor; lo cual no se debe permitir. A lemas sin la valuacion no se puede proceder à la particion, porque ni las fincas son iguales, ni los muebles y semovientes de un mismo valor, especie y cualidad, para que indistintamente se pueda aplicar uno á cada partícipe.

2. Lo expuesto en el párrafo anterior no tiene lugar cuando el difunto antes de fallecer valuó los bienes que tenia, en cuya caso no se debe reiterar la tasacion, porque se presume haberla hecho justificadamente; excepto que se pruebe que padeció error, ó que por alguna causa no se condujo en ella con la rectitud que debia (2).

3. Para hacer la tasacion han de ser citadas las partes como para el inventario, por si quieren asistir al juramento que hagan los peritos (mas no á verlos declarar), pues no se les puede impedir; y no presenciándolo, ó no citándolas, es nula (3), excepto que den comision á los peritos para hacerla sin su presencia ni citacion; ó que los hayan elegido de unánime conformidad, pues entonces, como que se contempla haberlos instruido del negocio, no es necesaria su citacion ni presencia; bien que si la tasacion se hace al mismo tiempo que el inventario, basta una citacion, porque es visto hacerse para asistir á todo. En la citacion se ha de poner fecha, y señalar á las partes el dia y hora

1 Ley *Si quis intra*. Cod. *de bonor. possess.* Roland. consil. 73. num. 79. lib. 2, y *de inventar.* part. 3. vers. *Item quæritur.*

2 Paul de Cast. cons 364. Mascard conclus. 660. num. 2. Guerreir. *de inventar.* lib. 1. cap. 11. num. 76. Ayor. part. 1. cap. 3. num 38.

3 Sard. decis. 452. num. 34 y 35. Ciriac. controvers. 261. num. 16. Valasc *de partition* cap. 10. num. 12 y 13. Guerreir. lib. 1. cap. 6. num. 21.

en que se ha de hacer la valuacion, segun se practica.

4. El aprecio de los bienes inventariados se debe hacer por peritos diputados públicamente á este fin, y no habiéndolos, por los que elijan los interesados, ó por uno solo, si en él se convienen aquellos, y es práctico é inteligente en toda especie de bienes de la herencia; pero si no lo fuere, se ha de nombrar á cada clase el suyo: por ejemplo, para las heredades agrimensores, para las casas arquitectos &c. Siendo de advertir que las partes pueden hacer este nombramiento por pedimento ante el juez, ó solamente ante el escribano que entiende en el inventario.

5. Estos peritos han de ser de buena vida y fama, y mayores de toda excepcion, y jurar que harán bien y fielmente la tasacion segun su inteligencia, sin causar agravio á las partes (1); excepto que sean tasadores públicos nombrados por el Rey ó por el ayuntamiento del pueblo, pues siéndolo, si juraron al ingreso en su oficio, como se acostumbra, no tiene necesidad ni obligacion de volver á jurar en cada tasacion que hagan, ni tampoco cuando las partes los eligen de conformidad, y relevan del juramento, ó para negocio extrajudicial como amigos (2). Los peritos hacen veces de testigos y de jueces: de testigos porque deponen como estos; y de jueces en cuanto juzgan y estan autorizados por el juez para dar su dictamen fundado.

6. El juramento de estos peritos es propiamente de *creencia*, porque recae sobre su entender, y el concepto que forman del valor de lo tasado segun las reglas de su arte, las circunstancias del tiempo y su práctica en el oficio; y no de *decir verdad*, como el de los testigos que deponen de vista ú oidas lo que percibieron por los sentidos; porque de cierto no pueden saberlo, á causa de depender de la comun estimacion de los hombres, y no tener valor intrinseco puesto por la ley (3).

7. Cuando los peritos estan nombrados públicamente, pueden ser compelidos á admitir su encargo, y hacer la valuacion, porque su oficio es público (4), excepto que para dicha admision tengan impedimento ó excusa legítima. Y si los eligen las partes, aunque regularmente no pueden ser obligados á aceptarlo contra su voluntad, porque es oficio voluntario; no obstante, aun en este caso se les podrá compeler si no hay otros igualmente

1 Guerreir. *de inventar.* lib. 1. cap. 8. num. 18 al 20

2 Valasc. *de partition.* cap 9. num. 1. García *de expensis*, cap. 24. num. 18. Guerreir. dicho cap. 8 num. 22 al 24.

3 En el lib. 3. tit. 4. cap. 5. se trata de estos dos juramentos, y se expresa la diferencia que hay de uno á otro.

4 Ley 1. §. *Personalia*, ff. *de munerib. et honorib.* Valasc. dicho cap. 9. num. 4. Guerreir. *de inventar.* lib. 1. cap. 11. num. 6 y 7.

idóneos y rectos, porque de lo contrario seria ilusoria la eleccion, y se daria motivo á diferir la particion por falta de aprecio de bienes, ó á que la tasacion fuese injusta por la impericia de otros, lo cual cedia en notable detrimento de los interesados. Pero una vez que lo acepten, se les puede apremiar á evacuarlo, porque por su aceptacion se obligaron á ello (1).

8. Los peritos pueden ser recusados con solo el juramento de tenerlos por sospechosos, y de no proceder de malicia ni con ánimo de injuriarlos, siendo nombrados por el juez ordinario, pues si este puede serlo, con mas razon los que elija. Pero si los nombra por contumacia de los interesados, es menester que haya causa para recusarlos, y que se proponga y pruebe por el recusante; porque el nombramiento del juez se considera hecho en nombre de aquellos, y de consiguiente por ellos mismos.

9. Si las mismas partes eligen los peritos, no los pueden recusar, porque por el hecho de elegirlos y presentarlos en juicio, es visto aprobar sus personas, al modo que los testigos; excepto que sea por nueva causa nacida ó sabida despues del nombramiento, y probada, pues de lo contrario no se les admitirá con solo el juramento expresado. Lo mismo procede cuando cada uno nombra el suyo, pues no puede recusarlo la otra, porque se guarda igualdad entre ambas, y como cada perito defiende contra el otro el derecho de quien le nombró, queda subsanado el defecto que se le podia objetar, y el recurso al tercero en discordia; excepto que el tal nombrado, si fuese presentado como testigo, pudiese ser desechado para testificar, en cuyo caso lo podrá ser, y se deberá nombrar otro (2). Siendo peritos públicos, es preciso que se expresen y prueben las causas por el recusante antes de empezar á ejercer su encargo, ó luego que lleguen á su noticia, pues no basta el juramento de tenerlos por sospechosos, porque como se conceptúan personas de pureza, integridad y habilidad conocida, y en quienes el público depositó la fe y confianza, no se presume su soborno sin que se acredite en forma (3).

10. Los peritos deben examinar cada una de las cosas que valúan, pues de lo contrario es nula la tasacion; tasándolas todas con separacion, y no muchas por un precio (4). Asimismo

1 Arg. ley *Item si unus*, ff. *de arbitr.* García *de expensis*, cap. 24. num. 26

2 Guerreir. dicho cap. 11. num 9, 10 y 15. Hermos. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6. num. 46 al 54, y otros que cita.

3 Hermos. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6.

4 Valasc. *de partition.* cap. 10. num. 5. Guerreir. dicho cap. 11. num. 24 al 26.

han de hacer la respectiva valuacion de ellas por lo que justamente valen, de suerte que en venta se pueda sacar el precio que se les dé (y no como cuando se han de subastar, pues por la baja que se suele hacer se tasan en mas, para que con ella queden vendidas en lo líquido, justo y efectivo que merecen), procediendo en su aprecio con gran circunspeccion, arreglo y moderacion, para que ningun interesado en la testamentaría experimente perjuicio, y no por informes de otros. Este justo precio se ha de regular, no por la singular ó particular aficion á lo que se tasa, sino por la general y comun estimacion de los hombres, atendidos el tiempo en que hacen la tasacion, la costumbre del pueblo, el sitio y produccion anual, la cualidad, cargas y condicion de las mismas cosas, y su abundancia ó escasez; ni tampoco con nimio rigor, y mucho menos en el juicio divisorio, porque como la envidia predomina principalmente entre los hermanos, conviene que se haga con equidad (1); pues aunque se diga que tanto vale la alhaja cuanto se puede sacar por ella en venta, esto se entiende cesante todo fraude.

11. Tampoco se deben valuar precisamente los bienes por el precio en que se compraron, sino por la estimacion presente, aunque se hubiesen comprado en pública subasta; ya porque asi en la venta pública como en la privada puede engañar ó ser engañado el comprador (2); ya porque el precio de las cosas varía cada dia segun los tiempos, circunstancias, calidad, fecundidad ó esterilidad, y mucho mas el de las que se deterioran ó consumen con el tiempo; y ya tambien porque muchos postores se acaloran en las posturas, ó por aficion á la cosa, ó por peculiar utilidad que se les sigue de su compra. Tampoco se ha de graduar de justo en los bienes raices el precio que resulte de los instrumentos ó escrituras de venta, aunque se hayan celebrado muchas por uno mismo, especialmente si desde que se hicieron pasaron diez años, porque despues de tanto tiempo se conjetura alterado y mudado su valor, y lo propio milita en los muebles que se deterioran con el uso, pasados tres años.

12. Para excluir la querella de inoficioso testamento se debe atender al valor que los bienes tenian al tiempo que murió el testador (3); y para ver si queda á los hijos su legítima, ó á los

1 Ley *Fretia rerum*, ff. *ad leg falcid.* Guerreir. dicho cap. 11. num. 26, 27, 42, 50 y 51.

2 Post *de subhast inspect.* 43, 47 y 49. Valasc. consult. 43 num 6. Fontanel. decis 65. num. 4.

3 En el tomo 1.° página 195, párrafo 3, y una de sus notas, se dijo lo que es la querella de inoficioso testamento, la cual se trasmite á los herederos cuando está preparada por la litiscontestacion ó de otra suerte, pero no sin dicha preparacion.

herederos extraños la *cuarta falcidia* que de derecho se les concede, se ha de observar lo propio, porque aunque despues tengan incremento ó decremento los bienes que dejó, no crecen ni decrecen la legítima ni cuarta (1); mas para el solo efecto de partir los bienes entre los herederos, se ha de atender siempre al valor justo, intrinseco y efectivo que tienen cuando se hace la division, y segun este se deben valuar en toda testamentaría, á diferencia de lo que se practica en las subastas y almonedas. Esto se funda en las dos razones siguientes. 1.ª Como desde la muerte hasta la particion pueden aumentarse ó disminuirse los bienes, debe pertenecer proporcionalmente á los herederos como á dueños el incremento ó decremento de ellos. 2.ª Porque si intermediaron muchos años, y se adjudican por el precio dado al tiempo de la muerte, pueden ser perjudicados algunos herederos, y beneficiados otros; pues unos bienes se habrán mejorado, y otros empeorado: asi es que se debe atender al tiempo de la division, y por consiguiente volverlos á tasar por lo justo, como si se fuera á desembolsar por ellos el dinero, lo cual no sucede en los dos casos primeros, porque se deducen del monton ó cúmulo de bienes, la legítima y falcidia; y asi no hay la referida contingencia. A mas de que en la particion se celebra entre los herederos cierta especie de venta ó tácita permuta de la porcion que se les aplica: y como todos tienen derecho á todos los bienes *pro indiviso*, y quedan respectivamente obligados á eviccion, segun diré mas adelante, se debe tener consideracion por lo mismo al valor justo y efectivo que se les dé cuando se venden ó permutan, y no al que tuvieron antes (2), para evitar todo perjuicio.

13. Si los peritos discordaren en las tasaciones, han de elegir los interesados un tercero, y no conformándose en el que ha de ser, le nombrará el juez por su contumacia, y valdrá el parecer de la mayor parte de los nombrados (3). El tercero electo por las partes de conformidad, ó por el juez por su discordia ó contumacia, no debe ser recusado sin expresion y justificacion de causa posterior al nombramiento, ó si anterior ignorada por el recusante, por ser maliciosa esta recusacion. Despues de la segunda declaracion uniforme de los peritos, no se debe admitir eleccion ulterior de otros, porque seria proceder en infinito.

1 Leyes 1 y 3. tit. 11. Part. 6. Guerreir. dicho cap. 11. num. 58.

2 Guerreir. alli, num. 59 y 60. Ayor. part. 1. cap. 3. num. 7 al 9.

3 Guerreir. lib. 1. y cap. fin. num. 13. Morquech. lib. 1. cap. 4. num. 10.

14. Si todos los nombrados y el terceso estan discordes, puede el juez interponer su voto y arbitrio, siguiendo el parecer de aquel que mas arreglado y verosimil le parezca, ó elegir un medio proporcional juntando las valuaciones de los tres, y deduciendo de su total el tercio, que será el precio de la cosa que mas se acerque á lo justo, y esta es la opinion mas equitativa de las siete que hay acerca de lo que estando discordes los peritos se debe practicar (1). Por ejemplo si uno tasa en cinco, otro en diez, y otro en quince, cuyas tres partidas componen treinta, se saca de estas el tercio que son diez, y este es el justo valor. Si los interesados creyendo que es diminuta ó excesiva la tasacion resisten tomar la cosa por ella, pueden echar suertes para su aplicacion, y se adjudicará al que toque; ó venderla, y repartir su precio, que es lo mas seguro, con lo cual se evitan pleitos y desavenencias (2).

15. El tercero nombrado en caso de discordia, no está regularmente obligado á seguir el dictamen de los otros porque sean mas en número, siempre que tenga razon para no hacerlo; pero si los interesados nombrasen unánimemente los peritos y el tercero, deberá conformarse este con el parecer de uno de los dos que estime mas arreglado, y no hacer valuacion por sí, dando precio ó valor distinto á las cosas en que discordaren, porque una vez que las partes nombraron á todos desde el principio, y no concordaron en uno solo, es visto haber querido que este no hiciese oficio de tasador, sino que expresase cual de los pareceres de los otros era mas conforme á razon, y se conviniese con él, para que hubiese dos concordes en una suma y juicio, como desde el principio fue su intencion por el hecho de elegir dos y no uno solo. Asi que no deberá hacer oficio de tasador verdadero, sino propiamente de tercero arbitrador y componedor; pero si fue electo por el juez, podrá disentir de ambos, y dar su voto separado (3); y para evitar toda duda, se hará en él el nombramiento con la expresion de que sea para el efecto referido y no otro; advirtiendo que aunque los interesados prometan y juren pasar por el voto de cierto sugeto, no estan obligados á conformarse con él, si es injusto; antes bien se ha de arreglar y reducir á lo justo, y lo mismo sucede con la promesa de obedecer el precepto de alguno (4).

1 Hermos. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6. num. 158 al 166.

2 Valasc. *de partition.* cap. 9 num. 14 al 16. Ayor. part. 1. cap. 4. num 7 y 8. Morquech. ubi sup. num. 21 al 23. Guerreir. ubi proxime, num. 33 al 35.

3 Valasc dicho cap num 10. Guerreir. dicho cap fin num. 36.

4 Leyes 24 y 27. tit. 11. Part. 5. Escobar. *de ratiocin.* cap. 32. num. 26 y 27.

16. Si hay muchos peritos, y todos discuerdan entre sí, para saber à quienes se debe dar crédito se distinguen siete casos: 1.° cuando son desiguales en número, en cuyo caso se ha de dar crédito á la mayor parte: 2.° cuando los peritos é imperitos discordan, debe seguirse el parecer de los primeros, aunque sea mayor el número de los segundos (*): 3.° cuando los peritos igualmente hábiles discuerdan en igual número, debe creerse à los que deponen lo mas verosimil: 4.° cuando entre los peritos es absoluta la igualdad, asi respecto del número de los discrepantes, como de la pericia y verosimilitud, se debe creer à los que deponen à favor del reo: 5.° cuando muchos peritos contradicen al mas perito, se ha de dar crédito à aquellos, y no á este: 6.° cuando los peritos discuerdan en igual número de los mas peritos, se ha de creer á estos, y no à aquellos, advirtiendo que la mayor pericia se prueba, v. gr. por estar uno en la clase de maestro, y otro no, ó por hallarse mas versado en el ejercicio á que se refiere la controversia: 7.° cuando el uno es anciano, y el otro joven, se presume mas perito aquel que este (1). Se deduce de lo dicho, que el dictamen de los peritos ancianos en igual número, debe ser preferido al de los jóvenes tambien peritos, y el de los prácticos al de los teóricos.

17. Los peritos y el tercero, ya sean electos por las partes ó por el juez, no pueden delegar su oficio en otro: lo primero, porque ninguna ley les concede esta facultad: lo segundo, porque deben jurar que harán la tasacion segun justicia y su legal saber y entender, y de consiguiente por sí y no por otro han de cumplir lo que juran; y lo tercero, porque su oficio es personalísimo, y para ejercerlo se buscó su habilidad, conciencia y bondad, por la confianza que de ellos tenian los interesados (2).

18. Si los peritos proceden con injusticia en la tasacion, valuando en poco lo que vale mucho, ó al contrario, por impericia, malicia ó soborno de algun interesado, competen al agraviado tres remedios: 1.° pedir por via de queja reduccion á arbitrio de buen varon contra la tasacion ante el juez ordinario que conoce del negocio, implorando su noble oficio en el caso

* Este segundo caso no es de la cuestion que supone que solo hay peritos, y el tercero en decir que se ha de seguir á los que deponen lo mas verosimil, no enseña nada; porque ¿quien ha de determinar lo mas verosimil sino otro perito? Este es caso de poner un tercero, ó de decidir la cuestion á favor del reo, como dice el cuarto caso. *Febrero adicionado.*

1 Hermos. en la ley 56 tit. 5. Part. 5. glos 6 num. 24 al 38, y 44 y 45. Escobar *de ratiocin.* cap. 32.

2 Ley *Inter artifices*, 31. ff. *de solutionib.* Guerreir. *de inventar.* lib. 1. y cap. 11. dichos, num. 77. Ayor. part. 1. cap. 3. num. 6.

de que no la haya aprobado ó confirmado; 2.° si la aprobó, apelar de su providencia dentro de los cinco dias de la ley para ante el competente superior; y 3.° pujar los bienes, ofreciendo por ellos aumento de precio (1).

19. Para que el juez defiera á la reduccion á albedrio de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta si otro lo contradice; pues en igual número se ha de estar por el que la defiende, y regularmente se cree á los tasadores, porque como peritos é imparciales tienen á su favor la presuncion de haber evacuado fielmente su oficio, mientras no se acredite plena y claramente lo contrario, y mas habiendo precedido (como debe preceder) su juramento de practicarlo asi; por lo que si el que impugna la tasacion consiente que se le apliquen los bienes por el mayor precio que dice tienen, debe ser oido, y en otros términos no, por presumirse maliciosa su asercion.

20. Siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes ni se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene accion á valerse de un tercero extraño que lo dé al instante; lo cual no pueden contradecir los coherederos, porque es beneficio comun de todos; pero si uno de ellos los quiere por el tanto, es preferido como partícipe y comunero; si bien no se le admitirá, aunque ofrezca mas precio por los bienes de la herencia, excepto que lo consientan todos los partícipes, ó à lo menos uno, el cual basta para compeler á los demas á que los pujen ó lo admitan.

21. Si algunos bienes de los inventariados se vendieren por algun motivo luego que se tasen, y diere por ellos al contado uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ó quisiere tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado á plazo cierto; excepto que los demas interesados quieran darlos al fiado por su cuenta y riesgo al coheredero en los términos que propone ó que afiance á su satisfaccion, pues entonces se observará esto.

22. Cuando una heredad que tiene muchas fanegas de sembradura, y unas de mejor calidad que otras, se tasó, no por tanto, sino à tanto cada fanega una con otra, y uno de los herederos puja algunas, señalando el parage de su situacion, no se

1 Ley *Unde si nervæ*, 79. ff. *Pro socio*. Guerreir. *de inventar.* lib. 2. cap. 1, 2 y 3. num. 1. Valasc. *de partit.* cap. 9. num. 37.

debe admitir esta puja ó mejora, pues debe pujarlas todas ó ninguna, porque en las cosas conexas é inseparables ninguno puede aprobar una parte y reprobar otra, sino que debe aprobarlas ó reprobarlas en el todo (1); pero esto se entiende cuando la heredad no tiene cómoda division ó hay causa justa para no dividirla; pues cesando estos motivos pueden los herederos y cualquiera de ellos reclamar la tasacion, y pretender que se aprecien nuevamente con separacion las fanegas de tierra segun su calidad y bondad: lo primero, porque no se puede hacer igual la division à causa de ignorarse á cual de ellos se adjudicará, y si le cabe ó no toda la heredad, ó á todos tendrá ó no cuenta el llevarla íntegra, ó solamente su parte en ella; lo segundo, porque de lo contrario, aunque la valuacion sea cierta en el total de la heredad, es incierta, oscura y confusa respecto de cada una de las fanegas que comprende; y lo tercero, porque los tasadores deben hacerla clara y distintamente en el todo y parte de lo que valúan, y mucho mas cuando es cómodamente divisible.

23. La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer luego que esten tasados, y antes que se proceda á su division, porque entonces á ninguno irroga detrimento, antes sí utilidad á todos en que crezca su valor; pero despues de hechas las adjudicaciones, no se debe admitir, porque se perjudica al coheredero à quien se aplicaron, y es visto que el licitante ò pujante lo hace por odio ó enemistad. Lo mismo procede cuando antes de la division se comunicó á todos la tasacion, y nada dijeron contra ella, ni hicieron mejora en bienes algunos, en cuyo caso tampoco se debe adherir por la propia razon, y por haber espirado el tiempo en que debieron impugnarla, pues por su silencio es visto haberla consentido y aprobado (2).

24. Cerciorados los herederos del aprecio de bienes de la herencia, y hecha á cada uno su respectiva aplicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion con pretexto de haber sido leso en alguna alhaja ó finca cuyo valor está subido: y asi no obstante el privilegio de menor edad, no será restituido: lo primero, porque hizo lo que el mas diligente é instruido haria, que fue consentir el aprecio, como lo consintieron los co-

1 La principal razon es porque en semejante puja quien la hace, aunque atendida la tasa de toda la heredad aumenta el precio de unas fanegas, disminuye el de otras que son de inferior calidad, por manera que perjudica á los coherederos, y atasa no da por las fanegas que señala su justo precio, pues unas valen mas y otras menos de lo que corresponde á cada una con arreglo á dicha tasa. *Febrero reformado.*

2 Ayor. part. 1. cap. 3. num. 30 y 31.

herederos; lo segundo, por la incertidumbre, pues se ignoraba à quien tocaria la alhaja: por cuya razon se admiten y permiten muchas cosas que á no intervenir no se admitirian (1); y lo tercero, porque quien por un pacto puede conseguir daño ó utilidad no se debe llamar leso, pues el daño que padece es eventual, y asi se compensa con la utilidad que podia experimentar (2). Por estas razones, cuando de algun negocio puede resultar ganancia ò pérdida, no se debe pedir, ni aunque se pida, admitir utilidad, restitucion, ó rescision ni otro remedio por la lesion que haya habido (3), aunque por suerte le haya tocado la alhaja, porque en la suerte á nadie se grava (4) si se hace sin fraude.

25. Si una cosa estuviere evidentemente apreciada en mucho mas de lo que justamente vale, no hubiere otras tan subidas, y los contadores la adjudicaren integra á uno de los herederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó, ya sea mayor ò menor de edad, reclamar por via de querella la adjudicacion, y pedir reduccion à albedrio de buen varon ante el juez ordinario, à fin de que le desagravie, repartiendo el importe del exceso entre los coherederos, ò haciendo que cada uno de estos le supla la parte que le toca (5); pues cuando los árbitros dañan gravemente en su sentencia, se conceptúa proceden con dolo, y los que los eligieron no estan obligados à pasar por ella por esta presuncion (6); mucho menos no siendo árbitros con jurisdiccion estos apreciadores, sino unos meros peritos.

26. Aunque los aprecios de los tasadores electos por los herederos no perjudican regularmente à los acreedores ni legatarios del difunto (7), no es tan corriente esto que no padezca alguna excepcion, y asi debe hacerse la distincion siguiente. Si los herederos hicieron voluntariamente entre sí con la viuda de su instituyente la particion sin autoridad judicial, es indudable que no perjudican à los acreedores ni á otro tercero que contra sus bienes tengan accion real ó personal, la particion ni valuaciones. Si interviene autoridad judicial à pedimento de alguno de los partícipes en la herencia, de modo que la particion no es voluntaria sino necesaria, y los acreedores son reales ó hipotecarios

1 Ayor. dicho num. 31. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 14 num. 4
2 Hermos. en la ley 56. tit. 5. Part. 5.
3 Olea *de cess. jur.* tit. 6. quæst 10.
4 Ley fin. Cod. *Communia de legat.*
5 Ley *Societatem*, 76. ff. *Pro socio.*
6 Ley *Arbitrorum*, 3. Cod. *de recept. arbitr.* et ibi DD.
7 Ley *Isque fundum*, ff. *de usufruct. legat.*

à los bienes que la componen, tampoco les perjudican los aprecios ni division; antes bien à su instancia se pueden volver à tasar judicialmente, y el aprecio y particion que estos hicieren con la referida solemnidad perjudicará à los herederos; pero si los acreedores no tienen accion real contra la herencia sino meramente personal, les perjudica lo practicado por los herederos, no habiendo intervenido colusion por defraudarlos (1).

27. Asi como la tasacion hecha por los peritos que nombraron los herederos no perjudica à los acreedores, asi tampoco á los terceros poseedores, en duda de si es ó no justa; pero si, acreditándose serlo, v. gr. en este caso: muerto el testador, se aprecian sus bienes à instancia de sus herederos por peritos que con la viuda eligen, y todos no alcanzan para satisfacerla enteramente su dote. La viuda acreditándolo en forma, repite contra el tercero poseedor de algunos que su marido le enagenó, solicitando se los entregue ó la complete lo que la falta de su dote. El tercero alega que los que dejó su marido valen mas que los que por ellos valuaron los peritos, y que la tasacion perjudica únicamente à quien los eligió. En este caso, ó se prueba ó no que es justa la tasacion, ó hay duda; si se acredita serlo, perjudicará al tercero, y tendrá que devolver los bienes que compró; si no lo es, se volverán à tasar, y cubriendo la dote, nada tendrá que reintegrar, pero sí hasta en lo que falte, en caso que no la cubran. Y si hay duda, no le perjudicará á él ni à otro acreedor, por lo que se volverá à hacer, y se oirá sobre ello à las partes en via ordinaria (2).

28. Se ha de inventariar, y apreciar por lo que justamente vale, la cosa que el testador legó à alguno, ya sea hijo suyo ó extraño, aunque dijese que valia menos, y hubiese mandado que por este inferior precio se le diese: porque su voluntad no fue legarle todo lo que valia, sino el precio en que la graduó, consignado en ella; y asi aunque tiene derecho á que se le entregue como legado especifico, y la llevara dando el exceso, el cual se agregará al caudal comun, y partirá entre los herederos, no obstante no queriendo entregarlo, cumplirán estos con darle el valor en que el testador la estimó (3).

1 Ayor. dicho cap. 3. num. 35 Guerreir. lib. 1. cap. 11. dichos num. 80 al 82.

2 Ayor. dicho cap. 3. num. 39.

3 En el presente caso ú otro semejante se han de examinar atentamente las palabras con que se dejó la manda, la cosa legada, las circunstancias de las personas y otras, que podria suceder que segun la voluntad del testador y sin perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos, no tuviese el legatario que dar parte ninguna del precio de lo legado. *Febrero reformado.*

29. En orden à los juros, puesto que teniendo cabimiento se hacen diferentes deducciones de los intereses primordiales de su constitucion, á cuyo respecto bajan tambien sus capitales; que para estas deducciones hay reglas fijas dadas por su Magestad, ya esten sobre cientos, ó sean de renta antigua ó moderna, ya sea para redimir ó para inventariar y adjudicar; y que el contador no debe alterar el inventario por carecer de facultad para ello; conviene que para no causar perjuicio á los partícipes en la herencia, se saque certificacion de lo líquido de sus capitales y réditos, y con arreglo à ella se inventarien y dividan; pues de su omision pueden resultar agravios, y no cobrarse los réditos.

CAPITULO CUARTO.

¿En que pena incurre el heredero que oculta bienes de la herencia; y como se ha de proceder en el juicio de ocultacion?

§. 1. ¿Si se anulará el inventario, y perderá el heredero el beneficio que la ley le concede, omitiendo con malicia incluir en aquel algunos bienes de la herencia?

2. Requisitos necesarios para que el heredero que ocultó maliciosamente algunos bienes incurra en la pena del duplo de lo ocultado, y pierda la cuarta falcidia.

3. ¿Como ha de hacerse la prueba de ocultacion?

4. El que alega la ocultacion ha de probar el dolo verdadero, sin que baste el presunto.

5. El heredero se eximirá de la pena de ocultacion, si se reservó y protestó aumentar al inventario todos los bienes que llegasen á su noticia pertenecer al testador.

6. La accion de ocultacion en cuanto á la pena no se trasfiere à los herederos del ocultante.

7. El heredero no incurre en la pena de ocultador cuando el inventario se hizo por algun criado ó dependiente suyo sin su noticia ni consentimiento.

8. La pena de ocultador en que incurre el heredero, no se extiende al poseedor que como tal y no como heredero formaliza el inventario.

9. Si uno de los herederos despues de aceptada la herencia sustrae ó quita algunas cosas de ella, no es visto ejecutarlo con ánimo de hurtarlas y defraudar à los coherederos, sino en cuenta de su parte.

10. Estando yacente ó sin aceptar la herencia, si sustrajere algo ú ocultare bienes de ella, no podrá ser reconvenido por dicha accion; pero si le condenará el juez à que lo restituya con los frutos, imponiéndole ademas la pena que alli se expresa.

11 y 12. ¿Cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion, y ante que juez?

1. Cuando el heredero oculta algunos bienes de la herencia, ó con malicia omite ponerlos en el inventario, se duda si se viciará este, y si dicho heredero perderá el beneficio que la ley le concede, quedando obligado à satisfacer por entero à los acreedores sus créditos, y à los legatarios sus legados. La opinion afirmativa que siguen algunos autores se funda, lo primero, en que es lo mismo no ejecutar una cosa, que hacerla dolosamen-

te (1); y lo segundo, en que siendo el inventario una descripcion de todas las cosas de la herencia, no se puede decir que está ejecutado cuando se dejaron de incluir en él algunos de dichos bienes (2). La opinion negativa, que es la mas comun, tiene los siguientes fundamentos: el heredero no está obligado á pagar íntegramente las deudas y legados por no haber ley que á ello le condene; y segun derecho pierde solamente la cuarta falcidia, y por su dolo incurre en la pena del duplo de lo ocultado (3). El inventario tampoco se vicia y anula, porque cuando la ley no procede anulando sino castigando é imponiendo pena, es válido el acto (4).

2. Supuesta como legal la opinion negativa, digo: que para que el heredero extraño, que omitió maliciosamente inventariar algunos bienes, incurra en la pena del duplo de lo omitido ú ocultado, y pierda la cuarta falcidia que el derecho le concede, deben concurrir simultaneamente tres cosas. 1.ª Que el que alega la ocultacion especifique con individualidad los bienes ocultados y no inventariados. 2.ª Que pruebe haberlos ocultado el inventariante con cierta ciencia, dolo y malicia, pues el que alega el dolo y culpa debe probarlos (5). 3.ª Que pruebe igualmente que existian en poder del difunto al tiempo de su muerte, pues no basta que lo estuviesen poco antes, porque en favor del que hace el inventario está la presuncion de que no existian mas entonces, lo cual trasfiere en el contrario el gravamen de justificar su existencia al mismo tiempo (6); y concurriendo estos tres requisitos incurrirá en la pena, siempre que preceda sentencia que le declare incurso (7).

3. La prueba de ocultacion no solo se puede hacer por testigos de vista, sino por presunciones y conjeturas, y por testigos de oidas, si en ellos y en sus dichos concurren las circunstancias que en semejantes casos se requieren, porque la ocultacion se hace con gran cautela, secreto y seguridad; y es muy dificil probarlo directa y paladinamente (8).

1 Cap. *Inter corporalia de transla.* Cap. *Episcopis*, y cap. *Veniens de presbyter. non baptiz.* y cap. fin. *de restit. spoliator.*

2 Fachin. lib. 4. *Controvers.* cap. 37. Ceball. *in Pract.* quæst. 231. num. 3. Cancer. lib. 1. *Var.* cap. 11.

3 Ley 9. tit. 6. Part. 6.

4 Ayor. part. 1. cap. 2. num. 21. Guerreir. *de inventar.* lib. 1. cap. 9. num. 3, 4, 5, 10 y 128 al 130.

5 Ley *Quoties*, §. *Qui dolo*, ff *de probation* y ley *Dolum*. Cod *de dola malo.*

6 Valasc. *de partit.* cap. 8. num. 45 al 47. Guerreir. cap. 9. cit. num. 21 al 25. num. 44 al 49. y num. 163.

7 Pereir. decis. 55. num. 1. Reinos, observ. 40. Guerreir. dicho cap. 9. num. 141 y 142.

8 Guerreir. dicho cap. 9. desde el num. 108 al 124. Menoch. lib. 5 præsumpt. 3. num. 5.

4. El que alega la ocultacion ha de probar el *dolo verdadero*, pues no basta el presunto, y no probándolo se presume error (1). Se llama *dolo verdadero* el que resulta y se prueba con evidentes y manifiestos indicios y presunciones, v. gr. en los delitos de hurto, adulterio, homicidio y otros actos, en los cuales es indispensable que quien los hizo ó cometió lo quisiese así con toda premeditacion y deliberacion, y que no puede ser de otra suerte. *Dolo presunto* es aquel en que interviene culpa lata ó extremada negligencia, y se prueba con indicios probables y no manifiestos, v. gr. si el que tiene en su poder alguna alhaja depositada la deja de noche en el camino, ó de dia, pero en lugar por donde transitan muchos; ó sino paga pudiendo, ó no restituye lo que sabe está debiendo, ó no es suyo; en estos casos y otros semejantes, aunque se puede y debe creer que el delincuente lo hizo con ánimo determinado, no obstante, como cabe y no repugna que hubiese intervenido olvido, ignorancia ú otro motivo, ni se deduce necesariamente que tuvo voluntad deliberada y malicia de practicarlo así, se llama *dolo presunto*, porque los indicios y presunciones no son manifiestos, sin embargo de que no aparece motivo justo (2), y así lo excluye cualquiera causa y creencia, aunque sea leve (3).

5. El heredero se eximirá de la pena de ocultacion, si se reservó y protestó aumentar al inventario todos los bienes que llegasen á su noticia pertenecer al difunto; porque esta reserva y protesta excluyen el dolo presunto por su omision, mediante á que es propio de la protesta conservar el derecho del que la hace: y así en virtud de ella, si el que omitió poner algo en el inventario lo añade luego que lo sabe, queda relevado de la pena (4), y mucho mas interviniendo tambien juramento de no tener noticia de otros bienes, créditos ni efectos. Mas no obstante, si con presunciones ó conjeturas vehementes se probare que la omision fue maliciosa y dolosa, no le sufragará la protesta para eximirse de la pena, respecto convencérsele de su dolo (5), y mucho menos si habiéndosele notificado que aumente y ponga en el inventario tales bienes determinados que se le señalen, no quiere, y despues se averigua que al tiempo de la

1 Ley *Dolum* Cod. *de dolo*. Begnudel. *Biblioth.* palab. *Dolus*, num. 6.

2 Guerreir. *de inventar.* lib. 1. y cap. 9. dichos, desde el num. 14 al 20. Aflict. decis. 360. num. 8.

3 Ley 2. §. *Et generaliter*, ff. *de liberal. causa*. Begnudel. *Biblioth.* en la palab. *Dolus*, num. 7. habla de las conjeturas que excluyen el dolo.

4 Ley fin. §. *Cum igitur*, et in authent. *Sed cum testator*. Cod. *ad leg. falcid.* Guerreir. dicho cap 9. num. 63. al 65.

5 Guerreir. num. 69 y 70.

muerte del testador existian en su herencia; pues aunque sea menor, una vez que se le interpeló y no obedeció, incurrió en la pena, y se constituyó en el verdadero y rigoroso dolo; y con el que de este es convicto no se debe usar de indulgencia (1).

6. La accion de ocultacion en cuanto á la pena, no se trasfiere á los herederos del ocultante, porque es penal, y ellos no cometieron el delito (2), sino únicamente para reivindicar lo ocultado, porque la accion persecutoria se da contra ellos (3); excepto que con el ocultador se haya contestado el pleito, pues en este caso pasa á ellos tambien en cuanto á la pena (4), porque en juicio se contrae á veces nueva obligacion por lo juzgado (5).

7. El heredero del difunto no incurre en la pena de ocultador cuando el inventario se hizo por algun criado suyo, y sin su noticia ni consentimiento omitió incluir en él algunos bienes: pues por no haber cometido delito en la omision no se le debe castigar, aunque estuviese en la misma casa. Ni tampoco cuando el inventario no se hace por el mismo heredero, sino por procurador ó ministro suyo, como regularmente acontece á los próceres ó magnates, cuyos criados mayores ó apoderados lo formalizan sin su intervencion: pues en estos casos no se presume haber cometido dolo en la omision de lo no inventariado (6).

8. La pena de ocultador en que incurre el heredero no se extiende al poseedor, que como tal y no como heredero formaliza el inventario: lo primero, porque la ley (7) que la impone solo habla de aquel y no de este; y lo segundo, porque siendo como es penal, no se debe ampliar á los poseedores ni á otros que no menciona ni comprende (8).

9. Si uno de los herederos despues de aceptada la herencia sustrae ó quita algunas cosas de ella, no es visto haberlas sustraido con ánimo de hurtarlas y defraudar á los coherederos, sino en cuenta de su parte, porque tiene derecho á ellas *pro indiviso*, y se contempla cuasi dueño, por lo que contra él no se concede á los coherederos la accion llamada en latin *ex-*

1 Vela disert. 26. num. 79. Menoch. *de arbitr.* lib. 2. cas. 120 y 461.

2 §. 1. Institut. *de perpetuis et temporalib. action.* ley 1. ff. *de privat. delict.*

3 Ley 7. §. fin. ff. *Depositi*, 12, y ley *Ex contractibus*, 49. ff. *de obligation. et action.*

4 Ley 20. tit. 14. Part. 7.

5 Ley 3. §. *Idem scribit.* ff. *de peculio.* Mendez de Castro *in Praxi*, part. 2. cap. 3. num. 6. Guerreir. dicho cap. 9. ex num. 132 al 135.

6 Card. de Luc. *Theat. verit.* tom. 9. tit. *de hærede et hæreditate*, discus. 20. num. 12. y discurs 22 num. 17. Guerreir. cap. cit. num. 136 y 137.

7 Ley 9. tit. 6. Part. 6.

8 Ley *Factum cuique*, §. *in pœnalibus*, ff. *de regul. jur.* Guerreir. ibi, num. 130. Pegas. *Ordin.* lib. 1. tit. 5. glos. 2, desde el num. 3 al 18, donde enseña el modo de proceder contra los ocultantes.

pilatæ hæreditatis (que es especie de crimen de hurto), ni la de ocultacion que á los acreedores compete en los casos referidos, sino la de division de herencia, por la cual pueden indemnizarse y recuperar las cosas sustraidas ó su importe, pretendiendo las devuelva al cuerpo de la herencia para su repartimiento, ó que se le imputen en su haber; y no cabiéndole, que restituya el exceso. Y lo propio milita por las mismas razones para con la muger y consocio, pues tampoco pueden ser reconvenidos por dicha accion, porque son dueños del todo en igual forma (1).

10. Estando yacente ó sin aceptar la herencia, á causa de hallarse ausentes los herederos ó ignorar que lo son, ó por otro motivo, si algun otro sustrajere ú ocultare bienes de ella; aunque no se le podrá reconvenir por dicha accion, pero sí condenarle el juez á que restituya lo que tomó con los frutos percibidos, ó imponerle la pena de destierro si es noble, y no siéndolo, la de trabajar en las labores del Rey, como lo dispone la ley 21. tit. 14. Part. 7.

11. En el juicio de ocultacion se ha de proceder ordinariamente, bien que por hacerlo de otro modo no se anula el proceso; pero por él no se debe suspender la particion de los bienes inventariados (2). Y si el interesado que sabe la ocultacion no quiere por evitar el escándalo ó por otros motivos deducirla en juicio, puede implorar el oficio del juez, y pedir que tales bienes (señalándolos) que no se inventariaron, se inventarien y dividan, y el juez debe compeler á ello al que los ocultó (3), aunque lo mas seguro es que pida se aumenten al inventario por haberse ocultado, pues entonces en cualquiera tiempo será oido, no obstante toda prescripcion, por la mala fe del ocultante (4).

12. Antes de hacerse la particion debe intentarse el juicio de ocultacion ante el que conoce y entiende en el de testamentaría, que como principal atrae á sí á todos los incidentes conexos y correspondientes á su total evacuacion, de tal suerte que si ante otro se promueve, le debe remitir este los autos como accesorios del principal negocio; pero hecha y aprobada la particion se puede intentar ante él, ó ante otro del fuero del ocultante, porque ya el de la testamentaría concluyó su oficio por haberse finalizado esta y no haber quedado cosa pendiente.

1 Leyes 6 y 17. tit 10. Part. 5.
2 Valasc. *de partit.* cap. 8. num. 45
3 Guerrir. ibi, num. 167. Valasc. ibi, num. 48.
4 Valasc. ibi, num. 50. Guerreir. ibi, num. 143 al 146.

FORMULARIO

CORRESPONDIENTE

AL TRATADO DE INVENTARIOS.

DEL MODO DE EXTENDER EL INVENTARIO Y TASACION DE BIENES DE DIFUNTO.

El inventario se puede pedir por cualquiera de los interesados en la herencia, ò por todos, ó por sus testamentarios y comisarios, y hacerse á su instancia, ó de oficio, por muerte abintestato de alguno cuyos herederos se ignoran, ó son menores, ó incapaces, ó aunque capaces, estan ausentes, á fin de evitar el extravio de sus bienes, cuando el difunto no nombró quien los custodiase; pues habiéndolo hecho, no debe mezclarse el juez en ello.

INVENTARIO Á INSTANCIA DE PARTE.

Pedimento.

Francisca Lopez, vecina de esta villa y viuda de Manuel Rodriguez, ante V. como mas haya lugar, digo: que el citado mi marido falleció en tal dia, bajo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes de este año ante F., escribano, en el cual instituyó por sus únicos y universales herederos á Nicolasa Rodriguez, nuestra hija, menor de doce años, y á Manuel y Lorenzo Rodriguez, mayores de veinticinco años, hijos suyos, habidos en el primer matrimonio que contrajo con Angela Fernandez segun acredita el expresado testamento, de que con la solemnidad necesaria presento copia testimoniada; en cuya atencion, para que se sepa qué bienes dejó, y se dividan á su tiempo entre todos los interesados, aceptando como acepto á nombre de la citada mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte:

A. V. suplico se sirva haber por presentado el referido testamento, y por aceptada en dicho nombre la herencia con el

beneficio expresado, y á su consecuencia mandar que con citacion de los interesados se inventarien y tasen por peritos que nombremos todos los bienes del difunto; pues evacuado esto, protesto pedir lo que corresponda en justicia, que es lo que solicito.

Otrosí. = Respecto carecer de edad competente la expresada Nicolasa Rodriguez, mi hija, para nombrar por sí curador de pleitos = A V. suplico se sirva proveerle del que sea de su agrado, con cuya atencion ó asistencia se practique todo: pido como antes, Francisca Lopez.

Auto. = Se há por presentado el testamento que se cita, y por aceptada en forma la herencia que se expresa: con citacion de los interesados, hágase inventario y tasacion de todos los bienes y efectos que dejó Miguel Rodriguez, á cuyo fin nombren tasadores; y mediante á la edad pupilar de Nicolasa Rodriguez, se nombra por su curador *ad litem* á Pedro Sanchez, procurador de este juzgado: notifíquesele para que acepte este cargo, jure, se obligue y dé la fianza necesaria por derecho; y discernido que aquel sea, practíquese todo con su asistencia por ante cualquier escribano de su Magestad, á quien para ello se comisiona en forma; lo cual evacuado, pidan los interesados lo que les convenga. El señor D. F., corregidor de esta villa de tal, lo mando á tantos &c. (1).

NOTIFICACION, ACEPTACION, JURAMENTO, OBLIGACION Y FIANZA DEL CURADOR.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano de su número notifiqué en su persona el auto anterior á Pedro Sanchez, procurador de su juzgado, quien enterado de su nombramiento, dijo: que acepta el cargo de curador de pleito de Nicolasa Rodriguez, pupila, hija de Miguel Rodriguez, difunto, y bajo el juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga á usar bien y fielmente su oficio, y á defender á la referida no solo en el inventario, tasacion y particion de los bienes de su padre, para que no sea perjudicada en su haber legítimo, sino tambien en

1 En el tomo 1.° página 179, se insertaron como lugar mas oportuno, las diligencias relativas al discernimiento del cargo de tutor y curador de bienes, igualmente la aceptacion y juramento de este, reservando para el presente tratado el modelo ó plantilla concerniente á la curaduría para pleitos por haber puesto Febrero el caso de ella en un menor interesado en una herencia, como se dijo en dicho tomo 1.°, página 157, nota 2.

todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tenga al presente, y se le ofrezcan en lo sucesivo con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas ó seculares, siendo actora ó demandada, hasta conseguir plenamente lo que intente en su utilidad, á cuyo efecto hará y practicará cuantos pedimentos, recursos, actos y diligencias judiciales y extrajudiciales sean necesarias, y practicaria por sí dicha menor, si fuera mayor, aconsejándose de letrados ó personas de ciencia y conciencia, de modo que por su culpa, omision ò morosidad no quede indefensa, ni experimente el mas leve detrimento. Y si por no cumplir lo prometido se le causare algun daño, le satisfará con sus bienes, á lo cual quiere ser apremiado por todo rigor de derecho. Asimismo para el mas exacto cumplimiento de lo expresado ofrece por su fiador á Juan de tal, que está presente, quien dijo se constituye por tal, y promete que el expresado curador cumplirá como debe todo lo que ha ofrecido con la mayor actividad, ó en su defecto pagará á la menor todos los daños que le ocasione, y no haciéndolo, lo satisfará el otorgante como su fiador llano, hecha excusion en sus bienes. Por tanto los dos se obligan á todo lo dicho con sus personas y bienes muebles y raices, y derechos presentes y futuros: dan amplio poder á los señores jueces de su Magestad, y especialmente á los de esta villa, para que los compelan á todo, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida: renuncian las leyes que les favorezcan; y asi lo otorgan y firman ambos, á quienes doy fe conozco, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa.

DISCERNIMIENTO DE CURADURÍA DE PLEITO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don F., corregidor de ella, habiendo visto la notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza anteriores, dijo: que discernia y discierne el cargo de curador de pleito de la persona y bienes de Nicolasa Rodriguez, menor, á Pedro Sanchez, procurador del número y juzgado de esta villa, confiriéndole amplio poder y todas las facultades necesarias por derecho, para que la defienda asi en el juicio de inventario y particion de los bienes de Miguel Rodriguez, su padre, como en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tenga actualmente, y le ocurran en lo sucesivo, siendo actora ó demandada, con cualesquiera personas ó comunidades eclesiásticas ó seculares, en todos los tribuna-

les superiores é inferiores donde convenga y sea preciso, poniendo demandas, contestando á las que pongan á la menor, presentado pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, y haciendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones, juramentos, alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, letras y firmas, y nombramiento de peritos para ellas, y para otras cosas que se ofrezcan; para que forme artículos é introduzca recursos que proseguirá ó abandonará; para que decline jurisdiccion de los jueces incompetentes; acuse rebeldías; pretenda y goce ó renuncie términos ó prórogas de ellos; redarguya de falsos civil y criminalmente los instrumentos que produjeren los colitigantes; tache y contradiga todo lo que estos presentaren, dijeren y alegaren; concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y definitivas; consienta en las propicias, y apele ó suplique de las gravosas y perjudiciales; gane provisiones Reales, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos que hará leer é intimar, en donde y á las personas contra quienes se dirijan, y finalmente para que haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y debe practicar como buen curador de pleitos en utilidad de su menor, hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, tomando consejo, en lo que el suyo no baste, de letrados y personas de ciencia y experiencia que sepan dársele, de modo que á su menor no se cause detrimento por su culpa ni morosidad, pena de satisfacer los daños. Asi, pues, para todo lo expresado y lo anejo, le confiere dicho señor juez poder amplio, con facultad de que por su cuenta y riesgo pueda sustituir esta curaduría en quién y las veces que quisiere, renovar los sustitutos y elegir otros; y en todo lo que practique en utilidad y defensa de la citada menor y de sus bienes, interpone su autoridad cuanto há lugar en derecho, y lo firma: Don F. = Ante mí: F.

La curaduría de pleitos no es otra cosa que un poder que el juez, como padre de menores, confiere al curador, para que los defienda en cuanto se les ofrezca judicialmente, mediante á que por su menor edad no pueden defenderse por sí en juicio. Cuando se hallan en la pupilar, debe de oficio proveerles de él; pero en llegando á la pubertad han de nombrarle por sí, y proponérsele por pedimento; para que precedidas las formalidades del

juramento, obligacion y fianza, le apruebe y confirme, que esto es el discernimiento del cargo. Las diligencias se extienden como las anteriores, y evacuadas se practican las de inventario y tasacion, con su citacion y la de los demas interesados, quienes si quieren asistir, pueden, pues para ello se les cita, y si no el escribano comisionado no debe por esto dejar de hacer el inventario, porque la citacion les perjudica como si le presenciaran. Si algun heredero se halla ausente en parage de donde pueda regresar prontamente, se le cita por requisitoria, principiando el inventario dentro de los treinta dias de la ley para cumplir con su mandato, y señalándole el competente término segun la distancia, á fin de que venga á presenciarle, ó confiera poder bastante á quien le presencie en su nombre, apercibiéndole que pasado el término sin haber comparecido, se continuará el inventario, y le parará el perjuicio que haya lugar. Y si se ignora su paradero, se le cita por edictos, y nombra defensor, que viene á ser lo mismo que el curador de pleito, pues se diferencia solamente en la voz, y en que el defensor se nombra regularmente para defender en juicio los bienes del ausente ó del concursante, ó la herencia yacente, á fin de que no se menoscaben; y el curador de pleitos para defender en juicio al menor, y asimismo al loco ó fatuo en sus causas y negocios civiles y criminales, y sus bienes, aunque sean mayores de veinticinco años; por lo que la defensoría se extiende del modo que la curaduría de pleitos, mudando solamente las voces.

CITACIONES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano, cité en sus personas, para la formacion del inventario expresado en el pedimento y auto anterior, á Francisca Lopez, viuda de Miguel Rodriguez, á Manuel y Lorenzo Rodriguez, hijos de este, y á Pedro Sanchez, curador de pleitos de Nicolasa Rodriguez, quienes respondieron estan prontos á asistir á él, señalándoles dias y horas; á cuya consecuencia les señalé desde mañana, tantos de este mes, desde tal hora por la mañana hasta las doce, y por la tarde desde tal á tal hora, y asi en los demas dias sucesivos hasta su conclusion, de que quedaron enterados: doy fe. = F.

PRIMER DIA DE INVENTARIO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, estando en la casa

en que vivió y murió Miguel Rodriguez, en uso de la comision que por el auto que motiva estas diligencias se me ha conferido, hallándose presentes Manuel y Lorenzo Rodriguez, sus hijos mayores (que dijeron aceptan la herencia de su padre, con beneficio de inventario, y no de otra suerte), y Pedro Sanchez, curador de pleitos de Nicolasa Rodriguez, menor, que tambien lo es suya, requerí con el referido auto à Francisca Lopez, su viuda, á cuyo pedimento se proveyó, pusiese de manifiesto los bienes que dejó para inventariarlos, y en cumplimiento de lo mandado manifestó, y por ante mí se inventariaron los siguientes.

Una mesa de nogal de vara y media de largo y una de ancho, con dos cajones, cerraduras y llaves, y sus travesaños de hierro.

Una papelera de lo mismo, y de hechura antigua, con tantas gavetas y tantos cajones con sus cerraduras y llaves.

Seis taburetes de lo propio para asientos de hombre, y de hechura de moda, cubiertos de damasco de lana &c.

Asi se irán poniendo con separacion los demas bienes que se inventarien en el dia, y luego proseguirá.

Y por ser tal hora de la tarde de este dia se cesó en este inventario con ánimo de proseguirle mañana á las mismas horas, quedando los bienes inventariados en la casa mortuoria, de los cuales se constituyó depositaria por convenio de todos los interesados la expresada viuda, quien se da por entregada de ellos, con renuncia de las leyes respectivas á este caso, prometiendo custodiarlos, tenerlos en depósito, y no entregarlos á persona alguna sin mandato especial del señor juez que conoce de estos autos, ú otro competente, pena de pagarlos de los suyos, y de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no dan cuenta de los depósitos que la justicia fia á su cuidado, y demas á que haya lugar: obliga á ello todos los bienes suyos, muebles, raices, presentes y futuros: da poder á los señores jueces que deben conocer de esta causa para que la compelan á ello, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida: renuncia las leyes que la favorezcan, y asi lo otorga y firma con los demas interesados, á todos los cuales doy fe conozco, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa.

He puesto en las citaciones el señalamiento de dia y hora para evitar diligencias, pues aunque lo regular es ponerle con

separacion, y luego hacerle saber à los interesados, esto es arbitrario, y asi cada uno lo hará como le parezca. Tambien he puesto en el primer dia la aceptacion de la herencia con beneficio de inventario de los dos hijos mayores, para que no fuesen perjudicados, mediante no haber dado el pedimento, ni de consiguiente aceptádola en estos términos, porque sin embargo de que su mera formacion no induce la aceptacion llana, para evitar dudas, lo mas aceptado es que se exprese, sea en pedimento, ó en el primer dia, ò en diligencia separada.

Con arreglo à este primer dia de inventario se han de extender y continuar los demas; y para cesar en él no es necesario auto, aunque el juez asista, como se practica en algunas partes, pues basta expresar la causa porque se cesa, ni tampoco para pasar concluida una clase de bienes à inventariar la otra, porque el inventario de todas es una diligencia continuada en diversos dias, y para evacuarla es suficiente el primer auto. Finalizado el inventario de bienes muebles, raices y semovientes se procede al reconocimiento de papeles, y se inventarian por menor y con separacion los créditos à favor del caudal, y despues las deudas que resulten contra él; y sin embargo de que estas y aquellos no consten en los libros, papeles ni asientos del difunto, si quien hace el inventario (sea viuda, hijo, criado ú otro que esté en su compañía) sabe cuales son, se deben poner por via de declaracion suya, por los motivos expresados en los párrafos 13 y 14. Despues de evacuado todo, y en seguida de la diligencia del último dia, ó en otra separada, se cierra y finaliza el inventario con el juramento y protesta del que lo formalizó, de que hablé en el párrafo 28.

CONCLUSION DEL INVENTARIO Y JURAMENTO, Y PROTESTA DEL QUE LO HIZO.

En la forma expuesta se ha concluido el inventario de los bienes, créditos y efectos que se han llallado pertenecer al referido Miguel Rodriguez, los cuales quedan en la casa en que vivió y murió, al cargo y cuidado de la dicha Francisca Lopez, su viuda, quien se ha constituido depositaria de los inventariados en este dia, en los propios términos que de los que lo fueron en los precedentes; y bajo de juramento que hizo ante mí por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, ha declarado no tenia noticia de otros, protestando y obligándose bajo del propio juramento, y que siempre que la tenga los manifestará y

hará poner en este inventario, para que los interesados no experimenten perjuicio en su importe: lo cual firma con los demas, siendo testigos F., F. y F., vecinos de esta villa.

TASACION DE BIENES.

Al inventario se sigue la tasacion de los bienes inventariados, aunque para evitar tantos gastos, mejor es hecerlo todo á un tiempo, como se practica en la Corte. No habiendo peritos diputados públicamente, deben hacer la tasacion los que lo sean en cada clase, y nombren los interesados. y estos han de proponerlos al juez por pedimento, ò al escribano qué entiende en el inventario, sin que para ella, siendo separada, se necesiten testigos como en el inventario, porque no es mas que una declaracion de cada perito, y en las declaraciones no debe haberlos.

NOMBRAMIENTO DE TASADORES.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisca Lopez, viuda de Miguel Rodriguez, Manuel y Lorenzo Rodriguez, sus hijos, y Pedro Sanchez, curador de pleitos de Nicolasa Rodriguez, tambien su hija, dijeron: que mediante á ser preciso tasar los bienes inventariados para saber su valor y poder dividirlos (si á un tiempo se hicieren el inventario y tasacion, se dirá: *que para que el inventario y tasacion se evacuen á un tiempo, y con mayor prontitud*), nombran unánimemente para el aprecio de las tierras, viñas y olivos á F., agrimensor; para el de las casas á F., maestro alarife; para el de trastos de madera á F., maestro carpintero; para el de lo dorado y pintura á F., pintor &c.; á quienes quieren se notifique este nombramiento para que le acepten; y asimismo dijeron que estan prontos á asistir á la tasacion á las horas señaladas, y lo firman, doy fe.

NOTIFICACION Á UN TASADOR.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué en su persona el nombramiento anterior á F., maestro carpintero, quien enterado dijo: acepta el encargo que le está hecho, obligándose á evacuarlo bien y fielmente, segun su inteligencia, sin agraviar á los interesados, y lo firma, doy fe.

PRIMER DIA DE LA TASACION.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, estando en la casa en que vivió y murió Miguel Rodriguez, á efecto de tasar los bienes que dejó, y estan inventariados, hallándose presentes Francisca Lopez, su viuda, Manuel y Lorenzo Rodriguez, sus hijos, y Pedro Sanchez, curador de pleitos de Nicolasa Rodriguez, menor, tambien hija suya; yo el escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho á F., maestro carpintero, nombrado para valuar los trastos de madera, quien lo hizo como se requiere, y bajo de él prometió hacer el aprecio y tasacion segun su saber y entender, sin causar agravio; y reiterando la aceptacion que tiene hecha ante mí de este encargo, tasó los bienes siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo y una de ancho, con dos cajones, cerraduras, llaves y sus travesaños de hierro, en cincuenta rs. vn. . . . . ℳ050.

Una papelera de lo mismo y de hechura antigua, con tantas gavetas y tantos cajones con sus cerraduras y llaves, en ciento veinte rs. vn. . . . . ℳ120.

ℳ

Así se irá poniendo por menor la tasacion de cada cosa, y luego concluirá la de cada dia en estos términos:

Importan los bienes tasados en este dia (si se inventariaren y tasaren á un tiempo, se dirá: *inventariados y tasados*) tantos reales, salvo error; y el referido tasador declaró haberlos apreciado bien y fielmente segun su inteligencia, bajo del juramento hecho, en que se ratifica, firmándolo con los interesados que se hallaron presentes, expresando ser de tantos años de edad, poco mas ó menos, de que doy fe.

Las diligencias de los dias sucesivos se han de formalizar con arreglo y por el orden que la precedente, mudando lo que deba mudarse; pero ademas de lo expresado, debe prevenirse en primer lugar, que aunque en la mera tasacion no se necesitan testigos como en el inventario, segun he dicho, si á un propio tiempo se inventarian y tasan los bienes, son precisos, como tam-

bien el depósito en la forma explicada: en segundo lugar, que si el tasador no sabe firmar, se ha de expresar asi, pues por este defecto no se anulará la tasacion: en tercer lugar, que del inventario y tasacion se ha de dar traslado à los interesados para que expongan lo que les convenga, ya acerca de si algunos bienes se omitieron ó no, ya acerca de si los inventariados fueron ò no apreciados por lo justo; y no diciendo cosa alguna contra esto, dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion del traslado, proveerá auto el juez, aprobándolo todo, y mandándoles pasar por ello, con lo cual ya no pueden reclamarlo pasado el término de apelar; bien que si los interesados lo presenciaron, no es necesario comunicarles traslado, pues ellos expondrán lo que se les ofrezca, y asi en la Corte no se les comunica, aunque nada presencien, ni las leyes lo mandan, por lo que no es de esencia para su validacion: y en cuarto lugar, que para el valor porque se han de inventariar los bienes muebles y raices que cada cónyuge lleva á su matrimonio ó durante este ò le donan, se ha de distinguir de clases, y del estado en que se hallen. Si son tierras labrantías se deben estimar por el que tenian entonces, sea mayor ó menor, porque su dueño conserva su dominio, y el incremento ó decremento que tengan por solo el tiempo es propio y privativo de él como intrinseco, y no comunicable al cónyuge. Si son edificios, viñas, olivares, huertas con árboles &c. que no se mejoraron ni deterioraron constante el matrimonio (lo cual resultará del contenido de los títulos de propiedad, y del reconocimiento que se haga), se ha de practicar lo propio; pero si se acreditare que hubo mejoras útiles, se han de valuar estas con separacion, especificando en qué consisten, para que se divida su importe; y lo mismo ha de practicarse si hay pérdidas ò menoscabos conocidos y resultan gananciales, porque antes de dividir estos, se debe reintegrar cada cónyuge del fondo que puso en sociedad. Los diamantes, piedras preciosas y otros bienes muebles que no se consumen ni deterioran con el uso, se han de inventariar y aplicar por el valor que tenian cuando su dueño los llevó al matrimonio. Pero sin embargo de lo expuesto, si los interesados se conformaren expresamente en que se tasen nuevamente y apliquen por el precio que se les dé, se estará à su convenio; y una vez prestado su consentimiento expreso, no podrán retractarse; lo cual tendrá presente el escribano para advertírselo y evitar pleitos.

INVENTARIO DE OFICIO POR MUERTE ABINTESTATO DE ALGUNO.

Muriendo alguno sin disposicion testamentaria, sea repentinamente ò de enfermedad que le perturbó el juicio, y privó de hacerla, y dejando hijos menores ó herederos ausentes, conocidos ó ignorados, debe providenciar el juez la custodia de sus bienes para evitar su ocultacion, y que sus herederos sean defraudados, y aun poner guardas de vista dentro y fuera de su casa mientras está enfermo, si es comerciante ó acaudalado, aunque tenga muger propia. Si la muerte fue repentina, no solo ha de procurar evitar el extravío de sus bienes, sino tambien mandar justificar la identidad de su persona, para que se le pueda dar sepultura eclesiástica, y hacer que le reconozcan médico y cirujano, à efecto de inquirir si la muerte fue ó no violenta, y en caso de haberlo sido, proceder contra los agresores. Pero si fue natural, y porque lo grave de la enfermedad le perturbó la cabeza, ó porque sin embargo de estar capaz y muchos dias enfermo, no quiso testar (pues hay personas de esta tenacidad), es superfluo el reconocimiento de médico y cirujano, y basta justificar su cristiandad, ó que certifique su párroco de ella, sin causar mas gastos, para que se le entierre en sagrado; ni en el auto se debe mandar, porque no hay presuncion de violencia ni de homicidio, ni en que fundarla. Las diligencias de prevencion de abintestato se principian por un auto de oficio como el siguiente.

AUTO PARA PREVENIR UN ABINTESTATO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, el señor Don F., corregidor de ella, dijo: se le acaba de dar noticia que F. ha fallecido de accidente repentino à tal hora, dejando hijos menores (ó sin herederos conocidos), y sin haber hecho disposicion testamentaria; à cuya consecuencia para evitar la ocultacion de sus bienes, averiguar la causa de su muerte, justificar la identidad de su persona, y proceder á lo demas que haya lugar, hizo poner este auto de oficio por cabeza de proceso, y en su virtud manda à cualquier alguacil de este juzgado, que en mi compañía pase á su casa, y constando estar difunto, recoja todas las llaves, secuestre sus bienes, y los custodie donde no se extravien, procediendo al examen de testigos, médico y cirujano que reconozcan el cadaver, para lo cual nos da comision en forma, como tambien que evacuado se traiga pa-

ra resolver en su vista lo conveniente. Asi lo proveyó, mandó y firmó por este auto, de que doy fe.

FE DE MUERTE DEL CADAVER, Y REQUERIMIENTO A LA VIUDA PARA LA ENTREGA DE LLAVES.

Incontinenti el citado alguacil pasó conmigo á la casa donde vivia F., que está en tal calle, y en tal pieza de ella le hallamos al parecer cadaver, porque aunque le llamé tres veces en voz alta, nada respondió, y conocí ser el mismo que yo habia tratado; en cuya vista el mencionado alguacil requirió á presencia mia con el auto anterior á N., su viuda, para que le entregase las llaves de los cofres, arcas, papeleras y demas trastos en donde estan custodiados sus bienes muebles y papeles, y en su cumplimiento le entregó tantas, que dijo ser todas las que hay de dichos cofres y trastos, con las que se abrieron y volvieron à cerrar: haciendo meter ademas de esto en una pieza que está hácia tal parte todos los muebles que habia en otras, dejándola tambien cerrada, y recogiendo su llave: todo lo cual firma, de que doy fe.

INFORMACION SOBRE LA IDENTIDAD DEL DIFUNTO.

En tal villa, à tantos de tal mes y año, por ante mí el escribano, F. alguacil de su juzgado, en uso de la comision que se le ha conferido, recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de N., vecino de ella, quien habiendo prometido bajo de él decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y habiéndolo sido por mí al tenor del auto con que estos principian, dijo: que conocia de vista, trato y comunicacion à F., que ha oido decir falleció en este dia, á tal hora, de accidente repentino, sin haber hecho disposicion testamentaria, dejando tantos hijos menores; y que sabe que el citado F. era cristiano y temeroso de Dios, porque le vió oir misa muchas veces y frecuentar los santos sacramentos de la penitencia y eucaristía: todo lo cual declaró ser verdad, y lo que puede decir bajo del juramento que ha hecho, firmándolo con el citado alguacil, y expresando tener tantos años de edad, de que doy fe.

Segun se ha ordenado esta declaracion, se han de ordenar las de otros dos ó mas testigos. Si la muerte fue repentina, han de reconocer el cadaver médico ó cirujano, y han de extender-

se sus deposiciones con los términos facultativos de que usen, y resultando por estas haber sido natural, se provee auto para que se dé sepultura eclesiástica al cadaver, y se continúan las diligencias de inventario, nombrando curador de pleito á los menores, si se hallan en la edad pupilar, ó defensor de los herederos ausentes, con cuya citacion y la de la viuda, si la hubiere, se practica todo, librando requisitorias, y fijando edictos para llamar á los parientes que deben heredar abintestato al difunto por falta de herederos forzosos.

AUTO PARA QUE SE DÉ SEPULTURA AL CADAVER, Y SE INVENTARIEN LOS BIENES.

Por lo que resulta de las diligencias precedentes, dese sepultura sagrada al cadaver de F. en la iglesia parroquial de donde fue feligres, á cuyo fin se saque testimonio de este auto para entregarle á su parroco (si hubiere provisor ò vicario en el pueblo, se dirá: *con el que se acuda al señor provisor ó vicario de esta villa, para que conceda á su párroco la correspondiente licencia*): y hecho, inventáriense y tásense los bienes que dejó, con citacion de los interesados, los cuales nombren tasadores; y mediante la edad pupilar de N. y N., hijos menores del expresado F., se nombra por curador del pleito á F., procurador de este juzgado; con cuya citacion, precedidas las solemnidades de su juramento, obligacion, fianza y discernimiento, se practique todo. = El señor Don F., corregidor de esta villa de tal, lo mandó &c.

Resultando haber sido natural la muerte, no es necesario que el escribano asista al entierro del cadaver, ni hay para qué; pero si resultase que fue violenta, como por razon del delito es preciso proceder criminalmente, se le debe mandar en este auto, que le presencie y forme pieza separada, dando fe del parage y sepultura en que se le enterró, hábito que llevaba, y demas señales y circunstancias correspondientes, para que si conviniese desenterrarle y volverle á reconocer, no se dude que es el mismo, ni del homicidio, por lo que pueden conducir los reconocimientos y demas diligencias é inquisiciones que se hagan.

SOBRE DECLARAR A UN PARIENTE DEL DIFUNTO POR SU HEREDERO ABINTESTATO.

No habiendo dejado hijos ni otros herederos forzosos el di-

funto, se ha de nombrar defensor á la herencia yacente, fijar edictos en los parages públicos de su pueblo, y expedir requisitorias á aquel en que se tenga noticia que hay parientes suyos, para que se fijen allí tambien, llamándolos à ellos y á sus acreedores con término perentorio; y si alguno pretende tener derecho á la herencia, ha de dar pedimento presentando las partidas de bautismo y casamiento, testamentos y demas papeles que acrediten el grado de parentesco que tenia con él, y solicitando que á mayor abundamiento se le reciba informacion de ello, y se le dé la posesion de todos los bienes. A esta pretension debe proveer el juez que con citacion del defensor se le reciba la informacion, y que evacuada se le comunique traslado de todo. El defensor responderá conformándose con la pretension si no duda de las justificaciones, ò expondrá lo que segun lo que resulta de autos se le ofrezca; y no habiendo oposicion, ò aunque la haya, vencidas que sean las dificultades que objete este, se declarará al pretendiente heredero abintestato del difunto, y se mandará darle la posesion de sus bienes, con obligacion de hacer por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, y de dar cuenta al juez de haberlo practicado (pues si no se le precisa à ello en el auto, es regular que nada haga, y solo piense en disfrutar la herencia); y que para la entrega de los bienes se requiera al depositario, al cual con testimonio de haberla hecho se dará por libre del depósito constituido. Si dejare el difunto hijos ú otros descendientes legítimos, pretenderán se les declare por herederos, haciendo la informacion de testigos y presentacion de documentos, y se les declarará bajo la misma obligacion; en cuyo caso no es menester nombrar defensor, porque la herencia no está yacente ò vacante sin tener quien la represente como en el anterior. Esto es en sustancia lo que se practica para declarar á alguno por heredero abintestato de otro pariente suyo, y por ser facil ordenarlo, omito extender las correspondientes diligencias.

TITULO II.

DE LA DIVISION DE LA HERENCIA ENTRE LA VIUDA Y LOS HEREDEROS DEL DIFUNTO.

CAPITULO PRIMERO.

¿Que se entiende por particion? ¿de qué cosas y de cuántos modos puede hacerse? personas que pueden pedirla, ante qué juez, y modo con que este debe proceder en el juicio de particion.

§. 1. ¿Que es particion, y con qué objeto se introdujo?

2. ¿De que cosas puede hacerse la division ó particion?

3. ¿De cuantos modos puede hacerse?

4 y 5. ¿Quienes pueden pedir la particion?

6. Puede pedirse à instancia de los herederos presentes, aunque alguno esté ausente.

7. Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente, y se ejecuta la particion sin este ni defensor en su nombre, no vale en cuanto á él ni le perjudica.

8 y 9. ¿Que se ha de hacer si uno de los herederos presentes no posee al tiempo que el ausente viene, la parte que á este cupo, por haberla vendido, ó ser de aquellas que no pueden conservarse mucho tiempo?

10. La accion para pedir la division de la herencia es mixta de real y personal.

11. Diferencia entre esta accion y la de peticion de herencia.

12. La accion de pedir la division contra el coheredero que posee la herencia, no prescribe hasta los treinta años.

13. ¿Ante que juez se ha de pedir la particion?

14, 15, 16 y 17. ¿De que modo ha de proceder el juez en el juicio de particion?

18. ¿En poder de quien han de permanecer los papeles concernientes á la herencia?

19. Si alguno de los herederos antes de hacerse la particion vendiere à un extraño la parte que le pueda caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, quien intervendrá en el juicio divisorio, como si fuera uno de los instituidos.

20. Lo mismo precede cuando por el delito que cometió

alguno de los herederos recae la herencia en el fisco.

21. Los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices.

1. Conclusos legítimamente el inventario y la tasacion de todos los bienes, caudal y efectos del que murió con testamento ó abintestato, si su viuda ó alguno de sus herederos no lo reclaman por ocultacion de algunos, lesion en su aprecio ú otro motivo, en uso del traslado que de él se les debe dar sino lo presenciaron (pues habiendo estado presentes es ocioso comunicárselo, respecto à que pueden pedirlo, y de no hacerlo es visto que lo aprueban); se sigue la *particion*, la cual se introdujo à fin de que sabiendo cada uno cuales son suyos, los custodie con mas diligencia, se apodere y disponga de ellos à su arbitrio como dueño propietario, y se eviten las discordias que de la falta de proindivision se originan; pues ninguno puede ser compelido à tener contra su voluntad comunicacion de bienes con otro (1); ni vale el pacto de subsistir siempre en ella (2); como tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la comunidad perpetua está prohibida por derecho (3), y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar contra su testamento. Es pues la particion *repartimiento* que los hombres hacen entre si de las cosas que les corresponden en comun por herencia de algun difunto, ò por otra razon (4).

2. Puede hacerse regularmente particion ò division de todas las cosas propias del difunto en que tengan parte sus herederos, y de que está permitido celebrar contratos; pero si entre ellas hubiere escritos ò libros reprobados, yerbas ú otros simples ponzoñosos, se deben quemar y no partir; y si tiene algunas robadas ó mal adquiridas, tampoco se han de dividir, sino restituirlas los herederos à sus dueños (5). Asimismo si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, no se deben incluir en el juicio divisorio (6).

3. La particion puede hacerse de dos modos: primero, *judicialmente*, por partidores que elijan los interesados ò quienes por su

1 Ley 1. tit. 10. Part. 5. Ley fin. Cod. *Communi dividund.*

2 Barbos. in leg. *In communi dividund.* Menoch. consil. 87. num. 77. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 58. Guerreir. *de divis.* lib. 1. cap. 1. num. 21.

3 Ley *Hoc judicium*, § *Si conveniat*, ff. *Communi dividund* y ley *Nulla*, 70. ff. *Pro socio.* Guerreir ibi, num. 22.

4 Ley 1. tit. 15. Part. 6.

5 Ley 2. tit. 15. Part. 6.

6 Ley *Si quis contendit*, ff. *Familiæ ercis cund.*

ausencia, menor edad ó incapacidad los representen, ó el juez de oficio en rebeldía de algunos; segundo, *extrajudicialmente* ó sin intervencion de juez, la cual no es necesaria en los siguientes casos. 1.° Cuando el testador la deja hecha como puede hacerla (1). 2.° Cuando aunque alguno de sus hijos ó todos sean menores, nombra en su última disposicion tutor que no sea interesado en la herencia ó diputa otras personas de su confianza que la hagan, confiriéndoles amplia y especial facultad para ello (2), y para inventariar los bienes, nombrar tasadores, y evacuar su testamentaría, sin acudir á la justicia para otra cosa mas que para la aprobacion de la particion ó para nada (3); en cuyo caso podrán tambien practicarlo todo sin concurrencia del juez, y no deberán pagarle mas derechos que los del auto de aprobacion, si el testador manda que la apruebe, y no en otra forma, con arreglo al Real arancel, y no como si hubiera concurrido á todo, segun algunos lo pretenden; y al escribano no mas que los del dicho auto, los de protocolizar el inventario y particion, y los de los testimonios de las adjudicaciones, cuya práctica, segun Colom (4), se observa en el reino de Valencia, con aprobacion de su Real Audiencia, que ha despreciado los recursos introducidos en contrario, como dictados por la codicia. Lo mismo se practica en el distrito de la Real chancillería de Granada, á consecuencia de Real orden que se le comunicó, en cuya virtud se libran á este efecto las provisiones que se piden, y aun se quita el conocimiento á las justicias, soliendo multarlas sino obedecen, como tambien á los escribanos sino quieren poner las facultades en los testamentos. Ademas si el testador tiene facultad para dividir su hacienda entre sus herederos legítimos y extraños, y para señalar á sus hijos su legítima (5), sin que sea necesaria la intervencion y aprobacion judicial, si varias leyes reco-

1 Ley 9. tit. 15. Part. 6.

2 Ley 10. tit. 21. lib. 10. Nov. Rec.

3 A pesar de lo que dice el autor, la aprobacion del juez es siempre necesaria cuando hay menores, como acreditan las siguientes palabras de la citada ley 10. "Cumpliendo despues dichos testamentarios con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion, y que se protocolicen en los oficios del juzgado del juez ante quien se presenten." Y en la nota de la misma ley se previene lo siguiente. "Por Real resolucion á consulta de 26 de abril de 78, y con siguiente cédula del Consejo de Indias, fecha 20 de enero de 80, se sirvió su Magestad declarar que cuando el padre nombre en su testamento contador y partidor extrajudicial, y las partes estan conformes en que tenga efecto, no debe impedirse por la justicia, aun cuando haya menores ó ausentes, quedándola salvo el acto de aprobacion de la cuenta y adjudicaciones que se practiquen por el comisionado, y el poder reparar entonces cualquier agravio que se notase, por ser esto lo mas conforme á las leyes y á las amplias facultades que por ellas se conceden á los testadores...."

4 *Instruccion jurídica*, tom. 2. lib. 3. cap. 3. num. 7.

5 Véase el lib. 2. tit. 2. cap. 3. §§. 16. y sig.

piladas (1) le permiten dar poder á las personas que quiera para ordenar su testamento, nombrar tutores y evacuar todo lo que deje de practicar por sí propio, ¿por que no ha de poder conferirsele tambien para que sin dicha intervencion ni aprobacion hagan el inventario, tasacion y particion extrajudicial de sus bienes; y por qué ha de entremeterse el juez de su propia autoridad à conocer en este caso de su testamentaría, y privar à los diputados por el testador del uso de su comision? No obsta decir que por la falta del juez puede ocasionarse perjuicio à los menores: en primer lugar, porque les queda salvo su derecho hasta los veintinueve años de su edad para reclamar y hacer que se reforme la particion; y en segundo lugar, porque el juez no suele hacerla, sino los partidores que las partes, ó quien las representa, eligen, y en conformándose estas, las aprueba, esten bien ò mal hechas; y su autoridad, por mas veces que la interponga, siempre es y se entiende *cuanto ha lugar en derecho*, de suerte que si segun este se halla mal formada, de nada sirve su interposicion, porque no deshace los agravios, ni puede impedir á los agraviados el uso del suyo hasta la referida edad, y asi vemos todos los dias pleitos de agravios hechos en particiones judiciales. En comprobacion de lo dicho no debo pasar en silencio que habiendo acudido al Consejo Don José Angel Villaroel y la Cuadra y otros vecinos de Talavera de la Reina, refiriendo los perjuicios que sufrian los interesados en las herencias, por excusarse los escribanos à autorizar los testamentos con nombramiento de tutores, curadores, partidores y personas que practicasen extrajudicialmente los inventarios y particiones de bienes de difunto entre los herederos menores; y solicitando que se les mandara que los autorizasen, y que los nombrados por los testadores lo evacuasen todo extrajudicialmente; con anuencia del señor fiscal, á quien se comunicó tan justa pretension, se libró Real provision en 15 de julio de 1779 por la escribanía de Don Francisco Lopez Navamuel, defiriendo á ella, y mandando al alcalde mayor de Talavera compeliese á ello á los escribanos; que esto se ejecutase tambien con otros cualesquiera vecinos de la propia villa y su territorio, que dispusiesen en lo sucesivo inventariar y partir extrajudicialmente sus bienes, con tal que despues de acabados el inventario y particion, se protocolizasen ante uno de los escribanos del número que eligiesen las partes para que no se extraviasen; y que á este fin se pusiese

1 Véase el tit. 19. lib. 10. Nov. Rec. y la cit. ley 10. tit. 2. del mismo libro.

copia de la provision en todas las escribanías numerarias de la citada villa. Pero es de advertir al escribano, en primer lugar, que todo ha de extenderse en el papel sellado correspondiente, como si fuera particion judicial, y que no estando extendido en él, no debe admitirlo ni protocolizarlo; en segundo lugar que en el exordio ó principio de la particion han de entrar hablando como otorgantes los comisionados, especificando la comision que tienen con individualidad, lo cual ha de ejecutarse tambien en el inventario extrajudicial; en tercer lugar, que estos comisionados no tienen que obligarse ni renunciar leyes, porque nada practican por su hecho propio, y sí únicamente declarar haberla formalizado fiel y legalmente segun su inteligencia, sin agravio de los interesados en la herencia, à los que han de obligar à eviccion de lo que salga fallido ó se quite en juicio à algun partícipe; y en cuarto lugar, que no debe llevar mas derechos que los de protocolizacion y testimonios que dé, segun Real arancel, y el tiempo que se ocupe en ello, puesto que no trabaja en otra cosa alguna. El caso tercero, en que no se necesita la presencia del juez, es cuando todos los herederos que son mayores de veinticinco años hacen por sí propios el inventario y particion, la cual, aunque no intervenga escritura vale, y no se debe deshacer por este defecto, mayormente si estan posesionados de lo que les tocó (1); è interviniendo escritura (como es preciso cuando hay bienes raíces ó derechos perpetuos, para que conste, y acreditar su pertenencia en lo sucesivo), pueden, si quieren, presentarla despues al juez para que confirme ó apruebe la particion, y la mande protocolizar, y à cada uno se dé el respectivo testimonio de su haber; bien que en este caso no es necesaria su aprobacion, porque ni la da mas vigor ni lo necesita si está bien hecha, ni la quita la nulidad ó agravios que contenga; ni tiene potestad para hacer válido lo que por derecho es nulo, à causa de no ser legislador, sino mero ejecutor de la ley. Asi que basta que el escribano la protolice, como puede hacerlo á su instancia, previniéndose en ella, y dar los testimonios que le pidan, como de acto extrajudicial que es reducido á escritura pública y pasa ante él; pero si es de muebles semovientes ó dinero, no es menester su protocolizacion, y basta el recíproco resguardo. Tambien hay otro modo de hacerse extrajudicialmente la particion, del cual trata la ley 80. tit. 18. Part. 3, y es por escritura que todos otorgan, y for-

1 Ley 8. tit 4. lib. 3. del Fuero Real. Leyes 1 y 2. tit. 1. lib. 10 del Fuero Juzgo.

maliza el escribano, dándose por pagados de la cuota y bienes que se les aplican, y segun la institucion les corresponden, los cuales se deben individualizar en todas clases de particiones para que siempre conste lo que cada uno lleva, y le sirva de título legítimo de pertenencia la adjudicacion que se le forme. Pero de cualquier suerte que se practique, si hay testamento se ha de hacer segun el orden y forma legalmente prescrita por el testador (1).

4. Pueden pedir la particion todos y cada uno de los herederos ó partícipes en la herencia del difunto, ó bienes de la sociedad (2); esto es, siendo mayores de veinticinco años y capaces; pues por los menores, locos, fatuos, pródigos declarados por tales y demas à quienes está prohibida la administracion de sus bienes, la han de pedir sus curadores y defensores, de los que se les debe proveer sino los tienen, y con los cuales si la pide otro coheredero mayor se puede hacer, aunque ellos no la pretendan.

5. Tambien puede pedirla el que pretende ser heredero ó tener parte en la herencia ó cosa comun, aunque nada de ella le toque, si la posee, y se hará sin perjuicio de su propiedad; pero no poseyéndola, si se le niega la cualidad de partícipe ó coheredero, no se hará con él la division, no obstante que la solicite y tenga parte en la herencia, porque el juicio divisorio tiene lugar solamente entre los que justifican ser herederos ó partícipes en los bienes que se han de dividir, y no de otro modo. Asi que ante todas cosas debe pretender en via ordinaria se le declare heredero, y conseguida la declaracion en contradictorio juicio con los demas, será admitido en el divisorio por uno de los partícipes de la herencia.

6. La particion se puede pedir à instancia de los herederos presentes, aunque alguno esté ausente; pero el juez debe comunicarle traslado de la pretension de aquellos, con término competente para que acerca de ella exponga lo que le convenga, porque se trata de su interes y perjuicio, ó mandar à todos que nombren contadores; y resultando no estar notificado el ausente, no ha de proceder en la causa hasta que se le cite, porque toca à su oficio sustanciar el proceso en forma legal (3); y asi

1 Al fin de este tratado se hallarán los modelos de particion segun sus diversas clases.

2 Ley 2. tit. 15. Part. 6, y los tit. ff. *Communi dividund.* y *Familiæ erciscundæ*, y Cod. *Communia utriusque judic.* y *familiæ erciscundæ.*

3 Authent. *Offeratur.* Cod. *de litis contestat* et ibi DD. et in §. 1. Institut *de offic. judic.*

le ha de proveer de defensor, con el cual se sustanciarán la particion y sus incidentes, pero ha de constar por previa informacion no solo su ausencia, sino que no se espera su pronto regreso, ni es facil que venga ni envie poder à quien haga sus veces por la distancia (1); pues sabiéndose su fijo paradero, y pudiendo citarle por requisitoria, se debe expedir á este efecto.

7. Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente porque le contemplan muerto, ó por otra causa, y se hace la particion sin este, ni defensor en su nombre, no vale en cuanto à él, ni por consiguiente le perjudica (2); pero valdrá por lo respectivo a los presentes que la consintieron, los cuales cumplirán con dar al ausente cuando parezca la parte que le corresponde, y que todos tienen proindiviso.

8. Si uno de los herederos presentes no posee al tiempo que el ausente viene la parte que à este cupo, por haberla vendido, ó todo de aquellas que no se pueden conservar mucho tiempo, ó ganados que se murieron, ú otros bienes muebles que vendió en bajos precios; y cuando el ausente aparece valen mucho mas de lo que dieron por ellos, ó de lo que valian al tiempo de la particion, se pregunta, ¿ si estará obligado à satisfacer al ausente la estimacion de lo que le toca, ó bien si no poseyendo dicha parte por haberse muerto ó consumido, se libertará de su solucion; si habiéndola vendido en bajo precio cumplirá con pagar á prorata de lo que percibió, ó lo que mas vale; si en caso de existir y tenerla un tercero poseedor, podrá pedirla á este valiendo mucho mas; y últimamente, si siendo poseedores de buena ó mala fe los coherederos, deberán restituir al ausente los frutos respectivos à su parte ó estimacion?

9. A estas dudas respondo: que si el ausente quiere recibir el precio en que su parte se vendió, puede pedirlo y exigirlo del coheredero, porque en este juicio, como universal para los interesados, sucede el precio en lugar de la cosa; pero si no se acomoda á recibir dicho precio por ser poco, ó porque la cosa vendida era raiz, y quiere su parte con frutos, se ha de distinguir: si el coheredero tuvo buena fe, porque al tiempo de la particion corria la fama de haber muerto el otro, no estará obligado á satisfacerle mas que el precio, ya sea el justo ó menor de lo que valia la cosa; y si este se perdió ó lo empleó en otra cosa, la cual pereció sin culpa suya, tampoco estará obligado á

1 Ley 12. tit. 2. Part. 3.
2 Ley *Coheredibus*, Cod. y ley 2. ff. *Familiæ erciscundæ*.

satisfacerle mas que el precio, ya sea el justo ó menor de lo que valia la cosa; y si este se perdió ó lo empleó en otra cosa, la cual pereció sin culpa suya, tampoco estará obligado á restituirle mas que el que embolsó, y si nada se utilizó, nada deberá restituirle: tampoco podrá exigir dicha cosa ni sus frutos del comprador, ni de su heredero, si el vendedor se obligó á evicion; pero no habiéndose obligado, se la podrá sacar. Si al contrario el coheredero ó coherederos hubieren tenido mala fe, porque sabiendo que el ausente estaba vivo y en parage de donde avisándole podia venir ó enviar poder, no le avisaron, antes bien procedieron á hacer sin él la particion; deben restituirle su parte con frutos, entregando estos si existen; y si no se hallan existentes, pero pudieran estarlo habiéndolos conservado, deben volverlos en la propia especie, pues no debieron haberlos consumido ni vendido por no ser suyos, y en haberlo hecho cometieron hurto (1), excepto que hubieren tenido causa justa para venderlos, v. gr. para pagar deudas de la herencia, ó porque se perdian, en cuyo caso estarán obligados únicamente á restituir el precio justo que al tiempo de la venta tenian. Y si el heredero ausente estimare mas util recibir el precio, estará en su eleccion pedir uno ú otro (2). Si los frutos se consumieron ó vendieron mucho antes que el ausente solicitase su parte, porque no se podrian conservar hasta entonces, siendo por lo mismo no solo util sino necesaria su venta, solo estará obligado á la paga del precio que acredite haber percibido por ellos, no obstante que si se hubieran podido conservar y conservado, valiesen mas: todo lo cual se debe observar respectivamente no solo en los casos expresados, sino cuando hay poseedor de cosa agena con buena ó mala fe, ya sea reconvenido por accion universal de peticion de herencia ó por la particular de reivindicacion.

10. La accion para pedir la division de herencia es mixta de real y personal; se llama *real*, porque intentándola el heredero trata de cosa suya, como el que reivindica; y *personal* por razon de las prestaciones ó contribuciones personales que se exigen con nombre de *lucro, daño ó expensas*: *de lucro*, v. gr. si uno de los herederos percibe alguna cosa de la masa comun, pues debe participarla á los demas (3); de daño, como si por culpa ó negligencia de un coheredero se irroga ó sobreviene algu-

1 Ley *Illud*, 40; y ley *Si possessor*, 52. ff. *de petit. hæreditat.* y ley *Mala fide*. Cod. *de condition. ex lege.*

2 Ayor *de part.* part. 1. cap. 5. num 25.

3 Ley *Inter*, 44. §§. 2 y 3. ff. *Familiæ erciscundæ.*

no á las cosas hereditarias, pues debe resarcirlo á los demas proporcionalmente; y de *expensas*, v. gr. si uno de los herederos hace algunas en los bienes de la herencia, las cuales por su parte debia hacer, pues se las deben reintegrar los otros á prorata (1). Llámase tambien mixta, porque en la cosa comun cualquiera de los partícipes tiene dominio hasta en la mas mínima parte (2), y porque el juez la puede adjudicar á uno toda (3).

11. No debe confundirse esta accion de division con la de particion de herencia, las cuales se diferencian en que la primera se da al que posee el todo ó parte de ella, ó al que no le niega su adversario ser coheredero, y asi ha de pedir directamente su division; pero la segunda se concede al que está desnudo de estos requisitos y la aceptó, por lo que este debe introducir la solicitud de que se le declare previamente por heredero ó coheredero, y que le pertenece como tal la herencia (pues sin que preceda esta declaracion, no se le estimará parte para pretenderla, respecto negársele la cualidad de tal), y en consecuencia de dicha declaracion, que se condene á su poseedor á que se la restituya íntegramente con todas sus acciones ó la parte que le toca, dividiéndose á este fin por contadores, y no necesita individualizar las cosas de que se compone (4).

12. La accion de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia no prescribe hasta los treinta años por ser mixta de real y personal (5), aunque por estar los coherederos ó socios por mas de treinta ó cuarenta años en la posesion de las cosas hereditarias ó comunes, no tiene lugar dicha prescripcion, ya porque no puede inducirla un acto voluntario, cual es el de haber permanecido voluntariamente todos y cada uno en la comunion, y ya porque por el hecho de poseer en comun, parece que cada uno defiende su derecho, y no se le puede imputar á negligencia, que es una de las causas inductivas de la prescripcion (6). Sin embargo de esto para que la particion se entienda hecha entre mayores no se requiere el trascurso de treinta años; y asi es que si los hermanos despues de la muerte de su padre

1 Ley *Et puto*, 16 §. penult. ley *Hæredes*, 25 §. *Non tantum*, 1[illegible]; y §. *Item culpa*, 18 ff. *Familiæ erciscundæ*.

2 Ley *His consequenter*, 18. §. *Sumptum*; y ley *Hæredes*, §. *Idem juris*, 13 ff. eod tit. Guerreir. *de divis.* lib. 1. cap. 1. num. 1[illegible] al 6.

3 Ley *Ut si certo*, §. *Si duobus*, ff. *Comodati*; y §. *Sic utique decretis*, Institut. *de action.*

4 Ley 76. tit. 2. Part 3. Gom. en la ley 45 de Toro, num 153 y 154.

5 Ley *Hæreditatem*, 3 Cod. *In quibus causis cesset longi tempor. præscriptio.*

6 Ley 1 ff *de usucapion.* Olea *de cession jur.* tit. 3. quæst 6, desde el num. 28 Ayllon ad Gom. lib. 1. *Var.* cap. 9. num. 17. Guerreir. *de divis.* lib. 1. cap. 1. num. 42 al 46.

habitan separados por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna (1). Lo propio milita cuando los coherederos ó socios callaron en dicho tiempo, y principalmente si poseyeron las cosas de la herencia ó sociedad, pues la posesion y su silencio inducen la referida presuncion, la cual trasfiere en el que pide la division, la obligacion y gravamen de probar que no se hizo, no obstante que por ser cosa de hecho no se presume, y debe probarla quien alega estar ejecutada (2).

13. Se ha de pedir la division de la herencia ante el juez de los herederos, ó ante aquel en cuyo territorio estan sitos los bienes de esta, al modo que los legatarios sus mandas (3), y hallándose en diversos territorios, se ha de solicitar ante el juez de aquel en que esté la mayor parte, y pedirle tiempo para aconsejarse (4). Si los herederos del lego fueren clérigos ó religiosos que pueden poseer bienes en comun, se ha de pedir ante el eclesiástico; pero si fueren clérigo y lego juntamente, se ha de distinguir. Si el clérigo es quien provoca el juicio divisorio, ó pide la particion, debe acudir al juez lego, por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo (5); y si la pide el lego, ha de acudir por la misma regla ante el juez eclesiástico, asi como el clérigo heredero del lego debe ser convenido ante el eclesiástico, cuando con su causante difunto no se principió el pleito (6); bien que el juez del inventario deberá conocer en todos casos de la particion, como subsidiaria y conexa con él, y es lo que se practica. Pero si el lego fuere heredero de clérigo, como se hacen de aquel los bienes por la aceptacion de la herencia, se ha de pedir su division ante el juez secular. De lo cual se deduce que si el clérigo testador rogase al fiduciario que restituya su herencia al incapaz por derecho de obtenerla como indigno, y el fiduciario fuere lego, se ha de aplicar al fisco; y si fuere presbítero, á la iglesia (7).

14. En todos los juicios debe oir el juez á las partes en via

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 1°. num. 17 al fin. Menoch. lib. 3. præsumpt 60. num. 3, y præsumpt. 131. num. 93. Morquech. *de divis.* lib. 1. cap. fin.

2 Morquecho dicho cap. fin. Guerreir. dichos lib. y cap. 1. num. 49 y 50.

3 Ley última, tit 9 y 10. tit. 15. Part. 6.

4 Ley 1, al medio, tit 6. Part. 6.

5 Ley 1. cit. y ley *Actor*. Cod. *ubi in rem actio.*

6 Covarr. *Pract.* cap. 8. num. 4. vers. *Quarta conclusio.* Acev. en la ley 15. tit. 4. lib. 4. Rec. num. 6.

7 Ley *Si quis presbyter*. Cod. *de episcop. et cleric.* Greg. Lop. en la ley 13. tit. 7. Part. 6. glos. penult. vers. *Quod autem.*

ordinaria, excepto en los casos de alimentos y otros (1); y no estando comprendidos en estos el de division, ni siendo de poco momento, ni de los que no admiten mora por irrogarse de ella perjuicio, parece que debe proceder ordinariamente admitiendo todas las excepciones que opongan los interesados; mas no obstante se debe distinguir. Si el sugeto á quien se le pide que haga particion de la herencia ó cosa comun, niega al que lo pretende la cualidad de heredero ó comunero, y por consiguiente que tenga derecho à la herencia ó cosa, se ha de proceder ordinariamente; bien que no se tratará del juicio divisorio hasta que se le declare heredero ó socio, y concluido este juicio se entablará ó no aquel segun sea la declaracion (2).

15. Pero si el demandado confiesa al demandante la referida cualidad, debe proceder sumariamente el juez, mandando á todos los partícipes que nombren contadores que evacuen la particion, y señalándoles para ello tiempo y lugar; y no compareciendo alguno de los nombrados, deben hacerla los que asistan, apercibiendo á las partes por quienes fueren electos, que valdrá lo que practiquen los concurrentes, y les parará el mismo perjuicio que si los suyos la presenciaran (3). Este es el estilo de muchos pueblos: pero la práctica de la Corte es *hacer saber el nombramiento á los peritos, los cuales aceptan el encargo obligándose bajo de juramento á evacuarlo bien y fielmente segun su inteligencia sin causar agravio á los interesados*, como lo manda la ley (4): luego se les pasan los autos de inventario y demas papeles concernientes, se juntan en casa del mas antiguo, conferencian, acuerdan y resuelven como se ha de hacer: la evacua el mas moderno: y hecha en borrador la pasa al otro, y no estando conforme se arregla: puesta en limpio, se presenta al juez, el cual comunica traslado de ella á los interesados (á no ser que la hayan presentado ellos mismos pidiendo su aprobacion); y consintiéndola estos, se aprueba y da á cada uno el testimonio de su adjudicacion y haber con insercion de los presupuestos, declaraciones, bienes que se le aplicaron, y sentencia de aprobacion; y si dicen de agravios los oye en via ordinaria ó sumaria, segun sean.

16. Tambien debe proceder sumariamente el juez cuando al-

1 Ley 3. §. *Sciendum*, ff. *Ad exhibendum*, ley *Judiciis*, ff *de judiciis*, y Clem. *Dispendiosam de judiciis*.

2 Ley 1. ff. *Familiæ erciscund.* et ibi DD.

3 Ayor. *de partition.* part. 1. cap. 5. num. 5.

4 Ley 2. tit. 21. lib. 10. Nov. Rec.

guno de los interesados temiendo se le aplique la cosa que está tasada en mucho mas de lo que vale, ó sabiendo que se valuó en mucho menos para aplicarla al coheredero, le pide deshaga el agravio reduciéndola por sí á lo justo, ó mandando se vuelva á tasar por nuevos peritos que elijan (pues no debe admitir excepciones dilatorias ó maliciosas sino deferir á lo solicitado atendida la verdad), porque este incidente no perjudica al negocio principal. Y este es el modo de que con mas equidad y prontitud se expida el artículo de tasacion (1).

17. Lo mismo procede en otros incidentes semejantes, v. gr. en la recusacion de los contadores despues que principiaron á entender en el negocio; ó cuando algun interesado alega que ciertos bienes son suyos, y pide al juez mande no se le incluyan en el inventario, pues acreditándolo sumariamente debe deferir á la pretension. Pero si hubiese duda, ó se requiriese mas escrupuloso examen é indagacion, se reservará para oir á las partes en via ordinaria. En estos artículos ó incidentes, como que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de su auto por ser frivola y dilatoria (2), para evitar que por su admision se eternice el juicio divisorio (3).

18. Los papeles de la herencia, ya sean honoríficos ó títulos de sus fincas ú otros, si los herederos son muchos, deben estar en poder del que mayor parte tuviere en ella, quien deberá dar traslado de ellos á los demas siempre que lo pidan. Si fueren iguales en el haber, ha de tenerlos el mas honrado, mas anciano, y de mejor fama, excepto que sea muger, pues aunque esté adornada de estas cualidades, no se le han de entregar. Y si fueren iguales en partes, honra y en lo demas, han de echar suertes para que queden en poder de aquel á quien toquen; y no queriendo echarlas, se han de depositar en lugar seguro (4). Pero si el testador manda que uno de los herederos á quien nombra, los tenga, debe tenerlos, ya sea el mayor ó el menor, dando traslado de ellos á los coherederos á costa de la herencia, y obligándose á manifestárselos siempre que los necesiten y lo pidan, porque tocan á todos (5). Se entiende lo dicho cuando

1 Ley 10. tit. 15. Part. 6. *Ad officium.* Cod. *Communi dividund* Ayor. dicho cap. 5. num. 6.

2 Ley 13 tit. 23. Part. 3. ley 9. tit. 12. lib. 5. y 23. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. Cap. *Non solum*, quæst. 6. *Cum appellationibus frivolis; de appellat* in 6. Clementin. *Sæpe; de verbor. significat.* Ayor. cap. 5. num. 8 y 9.

3 Aunque no deba admitirse la apelacion, ha de entenderse en el efecto devolutivo, pero no en el suspensivo, pues se permite y puede seguir la causa ante el superior. *Febrero adicionado.*

4 Ley 7 tit. 15. Part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 7.

5 Ley 8. dicho tit y Part.

una finca de la herencia se divide entre todos ó algunos de los herederos, ó cuando en un instrumento, v. gr. de compra, estan inclusas muchas, pues en estos casos se observa su precepto, poniendo asi en el original como en los traslados las competentes notas; mas no cuando de cada finca hay títulos separados, pues entonces se entregan al heredero á quien se aplica, y es lo que se debe practicar.

19. Si alguno de los herederos antes de hacerse la particion vendiere á un extraño la parte que le puede caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, quien intervendrá en el juicio divisorio como si fuera uno de los instituidos, porque por la venta se trasfieren en él activa y pasivamente todas las acciones útiles que competian al coheredero vendedor.

20. Lo propio milita cuando por el delito que cometió alguno de los herederos recae la herencia en el fisco; pues este se reputa como heredero y le competen las referidas acciones; y asi puede decir de nulidad del testamento, pedir suplemento de legítima, y restitucion por entero, y practicar todo cuanto se permite al heredero.

21. Los coherederos pueden retraer (1) por el tanto, dentro del término legal, toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices, porque son partícipes y comuneros (2). Lo mismo procede aunque todos los bienes de la herencia sean muebles (3); como asimismo en los derechos y acciones vendidos con las cosas muebles y semovientes, no existiendo en ella otros bienes; en la comodidad del usufructo por razon de la comunion (4); y tambien en el derecho del censo perpetuo, porque se reputa inmueble (5).

1 Véase el lib. 2. tit. 4. cap. 4, donde se trata de los retractos ó tanteos de las ventas.

2 Ley 8. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 55. tit. 5. Part. 5.

4 Greg. Lop. en dicha ley 55. glos. 2. al fin. Matienz. en las 13 y 14. cit. glos. 3, num. 3.

5 Palac. Rub. en la ley 70 de Toro, num 22. Castill. en la 74. verb. *Parte*; en ella Matienz en la 2. cit. glos. 1. num. 4 y sig. y en la 13, num. 2.

CAPITULO SEGUNDO.

De los contadores, de su oficio y facultades, y de las reglas que deben observar para hacer justificadamente la particion y las adjudicaciones.

§. 1. Los interesados en la herencia han de nombrar contadores, quienes deberán ser diversos de los tasadores de bienes.

2. Todas las personas á quienes por derecho se permite tratar y contratar pueden ser nombradas para hacer particiones.

3. Los nombrados para contadores no pueden ser compelidos á aceptar este encargo; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez á que lo ejecuten.

4. Los contadores nombrados por las partes, no pueden ser recusados por estas sin justa causa; pero si el juez los nombra de motu propio, se les puede recusar con solo el juramento de tenerlos por sospechosos.

5. Causas por que pueden ser recusados.

6. ¿Si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria?

7. Si los contadores nombrados discordaren, debe el juez nombrar un tercero en discordia para evitar las desavenencias que acerca de la eleccion pudieran suscitarse entre los interesados.

8. ¿Cuantos contadores habrán de nombrarse quedando viuda la muger sin hijos, y habiendo instituido el difunto á varios herederos?

9 y 10. Diferencia entre la liquidacion del caudal hereditario, y su distribucion ó adjudicacion. Facultades del juez y de los contadores para adjudicar los bienes de la herencia.

11. Reglas que deben observar los partidores para proceder con justificacion en las adjudicaciones y particion. Regla primera: han de observar igualdad y proporcion, no solo en cuanto á la cuota ó cantidad que á cada interesado corresponda, sino tambien con respecto al valor ó estimacion ó calidad de las cosas adjudicadas.

12. Segunda: si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados por cualquier título que sea, debe ser preferido en la adjudicacion de su total.

13. Tercera: si los herederos hubieren hecho algunos pactos lícitos acerca de la division de la herencia, de-

be el contador observarlos exactamente.

14. Cuarta: si hubiere de repartirse entre los interesados alguna finca que admita cómoda division, no ha de adjudicar á cada uno porciones separadas, sino unidas ó continuadas en cuanto sea posible.

15. Quinta: si alguno de los partícipes posee alguna heredad junto á otra de la herencia, debe adjudicársele esta ó parte de ella si no le cabe toda.

16. Sexta: si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ó heredad comun en que todos hayan de tener servidumbre, no debe adjudicar á unos las de sus partes por las de los otros.

17. Séptima: debe aplicar á cada interesado las cosas ó heredades íntegras y separadas, para evitar discordias.

18. Octava: en la division debe atenderse á lo mas cómodo y util, esto es, que si la cosa no admite cómoda division, se aprecie, y cabiendo á uno de los partícipes, se le aplique íntegra; mas no cabiéndole, debe entregar el exceso en dinero.

19. Nona: la estimacion ó aprecio que haya de hacerse de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente.

20. Décima: que no se venda la cosa divisible mientras se pueda evitar.

21. Undécima: en la division que ha de hacerse entre el consorte sobreviviente y los herederos del difunto, se ha de hacer separacion de los bienes que llevaron al matrimonio, ó que adquirieron durante él por cualquier título.

22. Duodécima: si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, como censos, juros &c., han de dividirse sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que va indicada.

23. Decimatercera: si hubiere deudas á favor del caudal, han de hacer su aplicacion y distribucion del modo que allí se expresa.

24. Decimacuarta: si hubiere deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas antes de la division se constituye pagador de ellas á alguno de los interesados, han de hacer á su favor adjudicacion é hijuela de su total, aplicándole dinero para satisfacer el importe de ellas, ó á falta de él, bienes de la herencia.

25. Décimaquinta: el contador no ha de alterar por motivo alguno la tasacion de los bienes, sino arreglarse á ella para su aplicacion y distribucion.

26. Los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones.

27. Los contadores pueden enmendar los yerros que hubieren cometido, y reformar su parecer, antes que el juez apruebe la particion.

1. Ventilados y definidos los incidentes que pueden ocurrir antes de proceder à la division de la herencia, segun se insinuó en los párrafos 13 y siguientes del capítulo anterior, para ejecutar dicha particion deben los interesados nombrar contadores. Estos han de ser diversos de los tasadores ó apreciadores de bienes, y muy inteligentes, no solo en cuentas, porque el error material de cálculo se puede facilmente enmendar y salvar por medio de una declaracion ó prevencion, sino tambien en los puntos de derecho, de los que procuraré dar idea con la claridad posible; pues de no concurrir simultáneamente en ellos ambas circunstancias, se exponen à fomentar por su impericia costosos pleitos, causando imponderables perjuicios à los interesados; por lo que en la Corte solo los abogados pueden hacer particiones judiciales, segun el auto del Consejo de 11 de abril de 1768. Asimismo deben jurar en los términos expuestos en el párrafo 14 del capítulo anterior, al modo que los jueces árbitros y tasadores, ante el escribano originario ó de diligencias de la testamentaría, segun se practica.

2. Todas las personas à quienes por derecho se permite comparecer en juicio, tratar y contratar, pueden ser electas para hacer particiones, porque es acto extrajudicial; bien que su parecer se ha de presentar al juez para que lo apruebe y mande cumplir siendo arreglado. Asi que el menor de veinticinco años, si tiene diez y ocho, podrá ser contador respecto à que no teniendo curador, puede contratar por sí, y ser procurador para negocios extrajudiciales, como tambien ejercer jurisdiccion delegada (*). Lo propio digo del infame por derecho (1) en cuanto à ser contador.

3. Los que se nombran para contadores no pueden ser compelidos à aceptar el encargo de tales si no quieren; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez à que lo evacuen, porque lo que al principio es voluntario para su admision, se constitu-

* La ley 3. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. que cita aqui el autor, no habla de los menores. En la 7 tit. 2. lib. 10. se dice que cumpliendo este los diez y ocho años, si estuvieren casados, pueden administrar su hacienda y la de su muger sin necesidad de venia ó dispensa. El señor Sala en su *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 1. tit. 4. num. 29, explica otros puntos relativos à esto.

1 Ley *Pœdius*, ff. *Recep. qui arbitr.* et ibi DD. Ayor. cap. 4. num. 3.

ye obligatorio segun derecho para su ejecucion despues de admitido (1) (*).

4. Tampoco pueden recusarlos las partes que los eligieron, sino por causa justa que sobrevenga probada ante juez ordinario ó superior del recusado, pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos (2). Pero siendo nombrados por el juez de motu propio, se les puede recusar como à este con el juramento referido, sin necesidad de expresar ni justificar causa; y admitida en ambos casos la recusacion, se les removerá en el todo del conocimiento del negocio, nombrándose otros en su lugar, como se practica. Si están diputados públicamente para el ministerio de hacer particiones, se debe observar en su recusacion lo que acerca de los tasadores públicos expliqué en el párrafo 9, capítulo 3 de este título, porque milita la misma razon legal.

5. Las causas por que pueden ser conceptuados por sospechosos, y por consiguiente recusados, son grande enemistad ó motivo de tenerla, nacida despues del nombramiento entre el nombrado y el que le nombró; el haber contraido afinidad con la parte contraria, ó sucedido en su herencia; el haber sido ordenado de orden sacro; desterrado ó preso por delito; el haber enfermado é ausentádose por largo tiempo, y otras à arbitrio del juez (3).

6. Ayora controvierte si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria; y resuelve que el contador nombrado puede serlo por las causas expresadas en derecho; porque tiene jurisdiccion para pronunciar y adjudicar los bienes hereditarios, y en esto puede agraviar; pero que los nombrados para formar cuentas de tutores, administradores, compañías y otras personas semejantes, no pueden serlo porque carecen de jurisdiccion, y solo tienen facultad de dar sus pareceres, y remitirlos al juez á fin de que sentencie y determine. Sin embargo de este dictámen, como ninguna ley hace mencion de estos contadores de particiones, se debe recurrir à las que tratan de los árbitros, en cualquier duda que ocurra sobre ellos; y en consecuencia debe distinguirse

1 Ley *Labeo ait*, 3. §. fin. ff. *de recept. qui arbitr.* et ibi glos. Ayor ibi, num. 4. reg. 21 y 33. in sexto de las Decretales.

* No obstante que se mande y sean apremiados à evacuar el encargo, no se les puede privar de audiencia, alegando justa causa.

2 Guerreir. *de recusation.* lib. 2. cap. 10. num. 24. Cortiad. decis. 18. num. 6 y 23. Ayor. ibi, num. 14.

3 Ley *Filius familias*, §. final. ff. *de procurator.* Ayor. dicho cap. 4. num. 16. Guerreir. *de recusation.* lib. 4.

de este modo: si los contadores fueron electos como jueces árbitros y arbitradores, ó amigables componedores, y para ello precedió compromiso de las partes con las facultades de que diesen à la una y quitasen à la otra à su arbitrio, y con pena convencional; entonces podrán ser recusados por las causas porque pueden serlo los árbitros con arreglo á derecho, porque tienen jurisdiccion, y pueden agraviar (debiendo la parte que se dice agraviada, para que se la oiga sobre el agravio, depositar la pena, y apelar ó pedir reduccion dentro de los diez dias legales). Pero faltando el expresado requisito de arbitracion, no pueden ser recusados los partidores, porque por mas autoridad que se les atribuya, no se extiende á mas que á un parecer ó dictamen que con nombre de peritos dan segun su inteligencia, el cual, como no es exequible mientras el juez no lo apruebe, y el agraviado en caso de apelar no constituya la fianza prevenida por nuestro derecho (1), no tiene vigor de sentencia; mayormente cuando no siendo letrados estos peritos, no pueden ser nombrados para artículo que consista en derecho ni para otra cosa que puedan determinar por el proceso, sino para lo que consiste en cuenta, tasacion ó pericia, en arte ú oficio, como lo manda la ley (2); y si hay algun punto oscuro ó duda de derecho, lo deben consultar y proponer al juez para que lo resuelva con audiencia de los interesados antes de proceder á formar la particion; y asi pueden estos agraviarse del dictámen de aquellos, en uso del traslado que de la particion se les debe comunicar, con tal que no la consientan antes; pues el traslado es para que en su vista se conformen con ella, ó expongan ante el juez ordinario los agravios que contenga y pida se deshagan, y no para otro efecto: sobre lo cual, si el agravio consiste en hecho, se les debe oir en via ordinaria, como se practica.

7. Como el juicio de la division pende del justo y arreglado arbitrio del juez, segun lo dice la ley 10. tit. 15. Part. 6. »Poderío há el juez ante quien pidieren la particion los herederos de la mandar facer en la manera que él entendiere que se será mas guisada, é mas á pro de ellos;" parece que si los contadores nombrados por las partes discordan, podrá segun derecho (3) apremiarlos à que elijan tercero en discordia. Sin embargo se ha considerado util, y se practica en la Corte, que el juez le nombre de oficio para evitar las contiendas y discordias que acerca

1 Ley 5, y nota 1. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 1. tit. 21. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 29. tit. 4. Part. 3.

de la eleccion se podrian suscitar entre ellos; y aunque de los tres se conformen los dos, no se deja de comunicar traslado á las partes, para que consientan la particion, ó digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiera sido electo, y se les oye en via ordinaria, porque el juez no puede proceder sumariamente sino en los casos expresos en derecho, y el tercero no sale de la esfera de un perito como los demas. Una vez propuestos los agravios, no debe aprobarla, ya se conformen dos de los tres, ó todos discorden, formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oir plenamente las partes; y con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, dará su sentencia, de la cual podrán apelar en el término de los cinco dias legales, ó consentirla.

8. Quedando viuda la muger sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. gr. à dos ó mas hermanos suyos, ó á dos hermanos y dos sobrinos, hijos de otro hermeno, se han de nombrar dos contadores solos, uno por los hermanos y sobrinos del difunto, y otro por la viuda, porque todos los herederos representan á su instituyente, y pretenden una misma cosa, que es la herencia, y aquella otro tanto de los gananciales, como todos juntos. Pero pagada la muger, si la parte de los herederos quedase sin distribuir, y quisieren repartirla entre sí, nombrará cada hermano su contador, y los sobrinos otro solo, porque estos no representan mas que una persona que es la de su padre, y como que han de heredar por estirpe, esto es, por representacion, y no llevar todos mas que cada uno de sus tios que sucede por persona, porque lo mismo llevaria su padre si viviera, se estiman por un heredero. Y si en uno y otro caso quisieren conformarse en un solo contador por evitar discordias y gastos, como en la Corte se practica, y lo tiene mandado el Consejo, pueden hacerlo porque ninguna ley se lo prohibe.

9. Una cosa es liquidar el caudal partible y dar dictamen acerca de la cuota ó suma que à cada uno toca por sus derechos, lo cual se llama con propiedad liquidacion; y otra hacer pago de esta cuota con los bienes de la herencia, lo cual se llama distribucion y aplicacion ó adjudicacion. En orden á esta, se duda si el juez podrá ó no adjudicar á los herederos los bienes que le parezca; si los partidores tendrán esta misma facultad; y en caso de tenerla, si podrán ser cumpelidos á hacer las adjudicaciones. Resolviendo pues estas cuestiones, digo en primer lugar, que el juez puede á su arbitrio hacer las adjudicacio-

nes à uno entera ó particularmente, y condenarle à que entregue al coheredero en dinero su parte, si la cosa no tiene cómoda division, aplicando tambien los demas bienes segun su valuacion, ya esten bien ó mal tasados (1): lo primero, porque el derecho le autoriza para ello, á fin de evitar disturbios entre los interesados; lo segundo, porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia ó injusticia de la tasacion, ni el juez es perito en esta parte, sino para liquidar el caudal partible, y aplicar los bienes de la herencia por los precios en que esten valuados, lo cual es muy diverso; pues para aquello es el juicio de inventario, en el cual antes de llegar á la division, se han de proponer y deshacer los agravios que haya en las tasaciones, à cuyo fin se comunicarán los autos á los interesados, si quieren tomarlos, ya las hayan presenciado ó no.

10. En cuanto á los contadores parece que no podrán hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdiccion para pronunciar, y que solamente tienen facultad para dar su dictamen, y exponerle al juez à fin de que pronuncie; sin embargo de esto, tienen facultad para hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten cómoda division (2), y tambien la de los demas bienes por sus precios; porque por el hecho de nombrarlos las partes, y de conformarse el juez con su nombramiento, es visto darles comision para todo.

11. Como en las particiones cada uno de los interesados quiere regularmente lo mejor, para que el contador proceda con justificacion en las adjudicaciones y en la particion, y por su impericia no se concilie el odio de los herederos ó socios, ni sea causa de discordias entre ellos, debe tener presentes las quince reglas ó advertencias que siguen. Primera, que observe igualdad y proporcion, no solo en cuanto al número, cuota ó cantidad que á cada interesado corresponda, sino al valor y estimacion, cualidad y bondad de las cosas que le aplique: de modo que no adjudique á uno lo bueno, y á otro lo malo, sino á todos proporcionalmente, pudiendo ser, segun su respectivo haber, de todas clases, y en cada una de bueno, mediano, ínfimo, fructífero, infructífero, exequible, dudoso, incobrable, mueble, raiz, semoviente &c. (3). Si hay cosas ó géneros venales, ha de guar-

1 Ley *Ad officium*, 3. Cod. *Communi dividund.* Ley fin. tit. 15. Part 6. Ayor. *de partition.* part. 3. quæst. 5.

2 Ley *In judicio familiæ erciscundæ*, 47. ff. *Familiæ erciscundæ.* Ayor. dicha quæst. 5.

3 Ley *Si probatum*, Cod. *Communi dividund.* Guerreir. *de divis.* lib. 2. cap 14. num. 23, 24, y 41 al 46.

dar con ellos la misma proteccion, atendiendo á su buena, mediana ó poca salida, y no precisamente á su valor, á cuyo fin se informará de prácticos en su comercio, y los dividirá en tres clases, pues con los de mayor consumo se hace mejor negocio, porque se compra y vende mas veces, y cuantas mas se emplea el dinero, mas lucro se adquiere; advirtiéndose que si agravia á los interesados, y estos no son oidos en contradictorio juicio, se debe deshacer el agravio, y el juez reducirlo á alvedrío de buen varon con su audiencia antes que apruebe la particion (1); pero si fueron oidos y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ó no apelaron de ella, y se pasó en cosa juzgada, deben observar en todo la particion, ya sea hecha extrajudicialmente por los interesados, y presentada al juez para su aprobacion, ó judicialmente (2).

12. La segunda regla es que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte alguno de los interesados ó herederos, ya sea por haberla comprado antes, ó por habérsela legado, donado ó adquirídola por otro título, le prefiera en la adjudicacion de su total, pues debe ser asi por la mayor porcion que en ella le toca; y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que mas parte tenga al que no tiene tanta (3).

13. La tercera es que si los socios ó herederos hicieron algunos pactos permitidos acerca de la division de la herencia ò bienes de la sociedad que contrajeron, los observe el partidor exactamente, sin tergiversarlos ni alterarlos en todo ni en parte, mirando siempre á la utilidad comun de todos, y no á la del uno solamente, igualándolos con dinero, si no puede de otro modo (4). Lo mismo practicará cuando los cónyuges los hubieren hecho en los contratos nupciales, pues siendo justos se deben cumplir.

14. La cuarta es que si alguna cosa inmueble ó raiz de la herencia ò sociedad, que tiene cómoda division, se reparte entre todos los interesados ó entre algunos, no les consigne sus porciones separadas, v. gr. una al principio, otra al medio y otra al fin, sino unidas y continuadas en cuanto sea posible (5).

15. La quinta es que si alguno de los partícipes posee un

1 Ley 3. Cod. *Communia utriusque judicii.*

2 Ayor. *de partition.* part. 3. quæst. 6 y 7.

3 Ley *Sancimus*, §. *Ne autem.* Cod. *de donation.* Morquech. *de divis. honor.* lib. 2. cap. 10. num. 7. Guerreir. *de divis.* dicho lib. 2, y cap. 14. num. 21, y lib. 6. cap. fin. num. 31.

4 Guerreir. dicho cap. fin. num. 33 y 44. lib. 6. *de divis.*

5 Ley *Venditor*, 36. y ley penult. §. fin. ff. *de accion. empt.* Guerreir. dicho cap. fin. num. 26 y 29. lib. 6.

fundo junto à otro de la herencia, ó parte de él, le aplique el de esta, pues debe ser preferido á los demas. Y lo propio milita cuando el difunto dejó muchos fundos juntos; pues se han de adjudicar unidos à cada uno los que le quepan (1) (*).

16. La sexta es que si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ó fundo comun en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudique á unos las de sus partes por las de los otros; pues ninguno de ellos está obligado à dar paso al otro para el suyo, aunque no tenga entrada por otra parte, excepto que asi lo pacten expresamente (2), y lo propia milita para con el vendedor respecto del comprador, ya sea rústico ò urbano el predio. Pero esto no procede cuando no puede hacerse la adjudicacion de otra suerte, como si tres hermanos poseen una casa compuesta de tres solares, y à cada uno se aplica su solar, porque asi lo quieren, y para usar del suyo el del superior, como cuando los poseía todos el padre comun, es preciso pasar por el del inferior; pues en este caso debe dejar reservada expresamente en las de todos la servidumbre para ellos, de suerte que ninguno pueda impedir à otro el tránsito, antes bien lo tenga franco y expedito, como si fuera único dueño y poseedor de todos tres (3).

17. La séptima es que aplique á cada interesado las cosas ó fundos íntegros y separados para evitar su discordia de la proindivision; bien que á veces se ha de permitir á todos el comun uso de alguna, si por algun motivo no se puede dividir ni estimar ò apreciar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda, v. gr. si dos de estos tienen dos casas contiguas, y para entrar en ellas un portal del uso de ambas; pues no admitiendo division cómoda este, no habrá lugar á su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él á la suya, se verá en la precision de venderla en bajo precio, en lo que será gravemente perjudicado, por lo que debe quedar indiviso el portal.

18. La octava es que en la division se atienda á lo mas cómodo y util; quiero decir, que si la cosa no la admite cómoda,

1 Guerreir. dicho cap. fin. num. 27 y 28, y lib. 2. cap. 14. num. 21 y 22. Valasc. *de partition.* dicho cap. 22. num. 19. Morquech. lib. 2. y cap. 10. dichos, num. 8. Capic. decis. 42 y 420.

* Cuando se venden las cosas de patrimonio ó abolengo, y el pariente mas cercano del vendedor concurre à retraerlas, segun la ley 24 de Toro, son preferidos el señor de directo dominio, el superficiario, ó el que tiene parte en ella, por ser comun al pariente, y esto, por igual razon, afianza cuanto queda manifestado sobre la prelacion. *Febrero adicionado.*

2 Ley *Item Labeo*, 22. ff. *Familiæ erciscund* Parlad. differ. 81. num 6.

3 Guerreir. dicho cap. fin. num. 22 al 25. lib. 6.

se aprecie, y cabiendo à uno de los partícipes, se le aplique integra; y si no le cabe, que entregue en dinero el exceso (1); y no entregándole, si es raiz la cosa, se le adjudique imponiéndose censo reservativo con hipoteca especial sobre ella, obligándose á pagar al consocio ó coheredero los correspondientes réditos hasta que lo liberte y redima; lo cual se practica asi para observar igualdad, y compensar al coheredero el daño que irroga la mora de aquel á quien se aplica la finca productiva, por no ser justo que el uno se esté utilizando de los frutos ó producto de la parte del otro, y este carezca de ellos y de la finca que los produce (2). Se dice no admitir la cosa cómoda division, cuando por dividirse vale mucho menos y pierde la estimacion que unida tiene (3).

19. La nona es que la estimacion ó aprecio que se haga de la cosa que no admite division cómoda, sea de toda ella, y no de la parte que á cada partícipe se asigne separadamente, porque llegado el caso y precision de venderse, mejor se vende á uno ó á muchos el todo que pedazo á pedazo (4); á mas de que unas partes ya por su calidad, ya por otro motivo, suelen ser mas útiles que otras. Si la cosa se tasó íntegra, como el precio de ella fue con atencion á lo bueno, mediano é ínfimo, se causa perjuicio, pues no habrá quien tome lo ínfimo y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro; y si no se hubiere valuado asi, una el contador todas las porciones, y aplíquelas á uno, de suerte que en él quede toda la cosa por el total de su valor, y no cabiéndole observe lo explicado en la regla anterior.

20. La décima es que no se venda la cosa mientras se pueda evitar (5); pues asi como cuando no permite cómoda division se puede vender, por el contrario permitiéndola, se ha de asignar en ella á cada partícipe su porcion, y no podrá ser compelido en este caso á recibir contra su voluntad el importe de su valor ó estimacion (6).

21. La undécima es que en la division entre el consorte sobreviviente y los herederos del difunto haga separacion de los bienes que conste llevaron á su matrimonio ó durante este heredaron ó retrajeron por derecho de sangre, ó trocaron por otros,

1 Guerreir. id. num. 34 al 36.
2 Guerreir. *de divis.* lib. 8. cap. 24.
3 Gutierr. *de juram. confirmat.* part. 1. cap. 56. num. 6.
4 Ley 1. Cod. *Communi dividund.* Guerreir. dicho cap. fin. num. 42.
5 Guerreir. *de inventar.* lib. 2. cap. 3.
6 Ley 1. Cod. *Communi dividund.* Guerreir. dicho cap. fin. num. 41 al 43. lib. 6.

ó compraron con su mismo dinero, ó con lo que produjeron los propios que para comprarlos vendieron, ó si existen se los aplique, y no al cónyuge ó consocio, ni á sus herederos, dándoles otros en su lugar; porque aunque durante la sociedad son comunes, y en todas y en cada cosa tienen el dominio proindiviso para usufructuarlos (1); respecto deberse hacer la particion con equidad y buena fe, exigen estas que cada uno goce y posea los que adquirieron sus causantes, ó se subrogaron en su lugar, ya porque conserva su dominio especial, y ya porque no tenga el sentimiento de ver que los lleva y disfruta un extraño; y lo mismo debe practicar con los muebles del uso privativo del consorte y los herederos por la propia razon. Si las cosas mismas que uno de los cónyuges llevó al matrimonio no existen, y hay otras de igual especie, bondad y calidad, se las aplicará á él ó á sus herederos; pues habiéndolas, tiene derecho á recuperar en ellas el fondo que puso, como subrogadas en su lugar; ninguno compete al consocio, porque no se le comunica su dominio; y es justo que se practique asi, para que no se le deteriore su condicion por beneficiar á su socio; bien que asi como tiene derecho á que se le entreguen los existentes, no debe resistirse á tomarlas si se le aplican, aunque no le acomoden por el precio que entonces se les dé. Lo propio milita cuando el marido con el dinero dotal y con voluntad de su muger compró alguna finca, é igualmente entre hijos de dos ó mas matrimonios cuando su padre ó madre dejaron algunos bienes conocidos, adquiridos durante el suyo, que existen proindiviso; pues la parte que tocaba al muerto y llevaria si viviera, se les debe aplicar con su aumento intrinseco (como que le representan y ocupan su lugar), y no á sus medios hermanos, padrastro ni madrastra, en la particion que se haga por muerte del viudo ó viuda. Todo lo dicho se entiende excepto que intervenga pacto contrario, siendo los interesados mayores de veinticinco años, ó si hubiere motivo grave que obste para practicarlo asi.

22. La duodécima es que si en la herencia hubiere derechos incorpóreos, v. gr. censos, juros, efectos, jurisdiccion, servidumbre &c. divida sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que queda expuesta; y si los derechos no se pudieren dividir, se dividirán sus frutos y pensiones ó rédi-

1 Nótese bien que, durante el matrimonio, cada uno de los consortes conserva la propiedad de sus respectivos bienes, aunque los frutos y utilidades de ellos son comunes, y esto último es lo que quiere dar á entender el autor cuando dice que tienen el dominio proindiviso *para usufructuarlos*.

tos (1); advirtiendo que el uso ó comodidad de la jurisdiccion se ha de dividir á prorata del haber de cada uno, y el de la servidumbre por tiempo (2). Pero el señorío y jurisdiccion, como cosa honorífica, y que por lo mismo, y por ser la muger el fin de la familia, es justo continúe en el varon, se aplicará á este, y se dará otra cosa equivalente á la muger, excepto que el testador mande lo contrario, ó los partícipes se convengan de otra suerte: lo mismo se practicará con el patronato ú otro derecho ó regalía de honor.

23. La regla décimatercera es que si hubiere deudas á favor del caudal, ha de hacer su aplicacion y distribucion de modo que no perjudique á ningun partícipe en la herencia ó sociedad por beneficiar al otro, debiendo adjudicar á cada uno el débito íntegro, para que el deudor no se vea oprimido, ni experimente vejaciones con muchos juicios, siendo aquel uno solo; á menos que unas deudas sean de difícil exaccion y otras fallidas; pues de estas dos clases á todos debe aplicar su respectiva porcion en cada una, para que á prorata sufran la pérdida y gastos de cobranza; bien que lo mas útil y seguro para todos es que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren, las repartan; con lo cual sufren todos el perjuicio, y reciben proporcionalmente la utilidad. En el caso de adjudicárselas á uno solo, debe reservársele su derecho, para que lo repita de los demas, y estos quedan obligados á la eviccion, á fin de que les satisfagan las partes que les correspondan, así en lo fallido como en los gastos de cobranza, acreditándolos del mismo modo que si en juicio le quitaran alguna cosa que se hubiese aplicado como efectiva y segura, á no ser que pacten que ninguno ha de quedar obligado á dicha eviccion, en cuyo caso todo queda de su respectiva cuenta y riesgo (3). Pero debe tener presente el contador, que si interviene la viuda ó quien la represente en la particion, y habia llevado á su matrimonio bienes dotales ó parafernales, no se la ha de hacer pago de ellos con deudas adquiridas por contratos celebrados por su marido mientras estuvieron casados, sino reintegrarla de su importe con otros bienes equivalentes, ó dinero; y luego por razon de gananciales, aplicarla la parte proporcional que la toque de ellas; pues así por haber llevado bienes efectivos, como por haberse obli-

1 Covarr. *Pract.* cap. fin. Guerreir. *de divis.* lib. 3. cap. 7, y lib. 6. cap fin. num. 21.

2 Ley *Via, iter*, § *Usus*, 1 ff. *de servitut.* Guerreir. *de divis.* lib. 2. cap. 9. num. 33.

3 Ley *Si familiæ*, 14. Cod. *Familiæ erciscund.* Guerreir. *de divis.* lib. 2. cap. 14 desde el num. 41 al 48.

gado su marido á su restitucion en otros equivalentes ó en dinero, tiene accion expedita á recuperarlos segun se los entregó, ó él se obligó, y no debe ser compelida á recibirlos en deudas ó créditos, habiendo alhajas y fincas de que satisfacerla. Tambien deberá el contador tener á la vista que si durante la proindivision se cobran algunos créditos, los ha de estimar como dinero, dividirlos como tal entre los partícipes, y en este concepto ponerlos por cuerpo de caudal, aunque esten inventariados como créditos.

24. La regla décimacuarta es que si hay deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas antes de la division se constituye pagador de ellas á alguno de los interesados, haga á su favor adjudicacion ó hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion hasta el importe de ellas; y no habiéndolo, le adjudique bienes, en cuya venta ningun dispendio propio tenga, como es la plata y el oro por su peso é intrínseco valor; pues asi como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve diminucion ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que lo haya de hacer, porque de lo contrario se le perjudicará; y puesto que estan obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia á la satisfaccion de las deudas de esta, que es primero pagar que heredar; y que no hay herencia hasta que estan satisfechas las deudas; deben sufrir del mismo modo el gravamen, obligarse á la eviccion, privarse de llevar lo mejor, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede bueno ó malo; pero si no hay plata, oro ni otros bienes en cuya venta no pueda haber pérdida, se deben vender antes los competentes al pago de deudas; y en su defecto obligarse los coherederos á satisfacer á prorata al constituido pagador la pérdida y gastos que en ello tenga, bajada su parte, pues como uno debe concurrir con los demas á proporcion de su haber; y asi se expresará en las adjudicaciones, ó por declaracion al final de la particion. Lo mismo debe practicar si le hace pagador de legados, con la diferencia de que debe aplicarle los específicos, para que los dé á sus respectivos dueños, y no dinero por ellos, como cuando son genéricos. Por pagador de deudas se debe nombrar al mas abonado, fiel y exacto, con obligacion de acreditar á los coherederos la satisfaccion de ellas para su resguardo.

25. La décimaquinta y última regla es que por ningun título altere el contador la tasacion de los bienes, modificándola ó aumentándola, antes bien se arregle á ella para su aplicacion y

distribucion, pues no es de su inspeccion, sino de la de los tasadores; y conforme esten valuados, ha de formar el cuerpo de caudal, y adjudicarlos para no exceder los límites de su oficio. Asi que, si entre ellos hubiere diamantes ú otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa; por esto mismo, y no por el tercio, ni entre mitad y tercio, las ha de distribuir y aplicar, excepto que otra cosa pacten y quieran los interesados; ó que existan algunas de dichas alhajas que los interesados hayan llevado al matrimonio tasadas por todo su valor, y en el inventario consten por el intrínseco, real y verdadero que tienen, pues en este caso, ó ha de reducir el primero al efectivo del inventario (1), ó en su defecto aumentar el exceso al de este, porque estas piedras no se consumen ni deterioran, y asi no tienen pérdida; por cuya razon, y por no haberse trasferido su dominio al consocio, deben volver al socio que las llevó, hallándose en el mismo estado, por el precio en que las puso por fondo de la sociedad conyugal, pues de lo contrario seria perjudicado el consorte en el exceso que no era valor verdadero, sino aéreo ó imaginario. En la adjudicacion v. gr. de un aderezo ó de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separacion de estas, sino aplicarlas todas (como que unidas componen y constituyen una completa) á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que tiene con la union de todas; y si á ninguno cabe, véndase ó apliquese segun se convengan los interesados; y lo mismo se debe practicar por la propia razon con bienes de otras clases que hacen juego, uniformidad y simetría. Si se tarda en hacer la particion, y algunos bienes muebles ó semovientes padecieron decremento, deberán tasarse nuevamente para evitar perjuicio, lo que hará presente á los interesados á fin de que los hagan valuar, y no aleguen despues perjuicio en su aplicacion, excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

26. En orden á si los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que lisa y llanamente aceptaron el encargo, fue para todo, y no para la mera liquidacion; pero no obstante vi años pasados ejecutoria del Consejo en contrario en el caso siguiente. Nombraron de conformidad ciertos herederos un contador para que dividiese entre

1 Aqui padeció sin duda el autor una equivocacion, pues diciendo mas adelante que deben adjudicarse estas alhajas al consorte que las llevó al matrimonio, por el mismo precio en que las puso por fondo en la sociedad conyugal, es claro que si es menor el valor por que se pusieron en el inventario, no debe el contador reducir á este el primero, sino al contrario aumentar el exceso al de este.

ellos la herencia; liquidó el caudal, y lo que á cada uno tocaba; y conociendo su caracter inquieto, les instó à que se juntasen en su casa á elegir bienes con presencia del inventario: se resistieron, diciéndole que se los aplicase, lo que rehusó, fundado en que ignoraba los que á cada uno acomodaban, y no queria luego publicasen que habia procedido con pasion, ó dijesen de agravios de la adjudicacion, y consumiesen la herencia. Viendo ellos su renuencia se quejaron al juez, el cual, oido el contador, les mandó juntarse en su casa; de cuya providencia apelaron, y se confirmó por el Consejo.

27. Aunque el juez ordinario y delegado no pueden enmendar ni revocar su sentencia despues de pronunciada y publicada por estarles prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades, y acabádose en aquel juicio su oficio; no milita esto para con los meros contadores, quienes ya sean nombrados de oficio, ò à pedimento de cualquiera de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido, y reformar su parecer para evitar controversias, porque la comision que les dieron fue para evacuarla perfectamente; y aunque no se haya manifestado asi en el nombramiento, se entiende tácitamente; pero la enmienda ha de ser antes que el juez apruebe la particion (1), pues una vez aprobada no se les permite, por cuanto espiraron su oficio y facultades.

1 Ley *Cum quid*, 3. ff. *de reb. credit. Si certum petat*. Ayor. *de partition.* part. 3. quæst. 8.

CAPITULO TERCERO.

¿Como se han de dividir las cosas individuas, el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí, y las fincas enfitéuticas?

1. ¿Cuales son las cosas individuas?
2. Ejemplos para instruccion del partidor en el modo de proceder para la division de las cosas individuas.
3. Cuando una cosa no admite cómoda division, se ha de aplicar enteramente á uno de los interesados, y este pagar en dinero á los coherederos las porciones que en ella les podria tocar, precedida su justa tasacion; pero si cada uno de ellos se resistiere á tomarla en estos términos, habrá de sortearse.

4, 5 y 6. Del modo de dividir la jurisdiccion.

7. Si el testador hubiere tomado dinero á censo ó renta vitalicia, y viviere el pensionario ó alimentario, deberá el contador dejar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito, con cargo de suministrar la renta anual al pensionista.
8. Puede dividirse entre los herederos el predio enfitéutico por partes, aplicándole proporcionalmente á cada uno segun su haber, ó enteramente á uno, con obligacion de dar á los otros la estimacion ó el valor de su parte, y esta division puede hacerse sin obligacion de requerir al señor del dominio directo si lo quiere por el tanto.
9. Tambien tiene lugar lo expuesto en el párrafo anterior, cuando el enfiteusis se concedió á muchos con pacto expreso de que el uno sucediese al otro, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer.
10. Si el padre llama á un hijo al goce del enfiteusis perpetuo, y le entrega la cosa enfitéutica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar á sus hermanos de sus respectivas porciones.
11. ¿Que se hará si alguno de los herederos del enfiteusis perpetuo enagenare la parte que le tocó sin requerir primero al señor del dominio directo?
12. Las mejoras hechas en la cosa enfitéutica son propias del que las hace.
13. Se resuelve la siguiente cuestion: ¿si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfiteusis, y liberando el dueño util su finca afecta á él por tres laudemios y el duplo capital del ca-

non ó pension anua, segun el auto acordado del Consejo, ó del modo pactado en la escritura de su creacion, ó á falta de pacto, segun la costumbre del pueblo; podrá el capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo menos con uno?

1. De las cosas que son objeto del juicio divisorio unas hay corpóreas y otras incorpóreas. En cuanto á las primeras, algunas pueden dividirse cómodamente, como un olivar, una casa; otras no admiten division, por ejemplo, un caballo; y finalmente las hay que no pueden dividirse sin daño suyo, como un molino. Las de estas dos últimas clases se llaman en el derecho *individuas*. De las incorpóreas hay unas que natural y legalmente son del todo individuas, como las servidumbres, que ni por el hombre ni por la ley se dividen ni pueden dividir aunque se quiera: hay otras que aunque por naturaleza son indivisibles, pueden dividirse legal é intelectualmente, como los derechos, obligaciones y acciones que *ipso jure* se dividen activa y pasivamente entre los herederos, y no vienen al juicio divisorio sino solo por via de adjudicacion, porque la ley las divide intelectualmente (1). De lo dicho resulta que la division es de dos maneras: una real y demostrable, porque se hace por partes distintas y separadas; y otra *intelectual*, porque subsistiendo la cosa íntegra é indivisa, asi como se divide intelectualmente por la ley, se puede dividir del mismo modo por el hombre, señalando á muchos sus respectivas partes en ella. Esta *division intelectual* recae no solo en los derechos y acciones que la ley divide, sino tambien en las cosas corpóreas divisibles en cuanto estan proindiviso, porque en ellas se hace asimismo la division intelectual por porciones; y asi se observa lo mismo en estas que en aquellos, con la única diferencia de que en ellas se puede proceder real, demostrativa, y separadamente siempre que los interesados quieran que se dividan, y en aquellos no (2).

2. Para que el partidor no ignore como ha de proceder en la division de las cosas y obligaciones individuas, procurare ins-

1 La indivisibilidad de las cosas individuas se induce de tres modos: 1.° por naturaleza, v. gr. en las servidumbres y otros derechos incorpóreos que no admiten separacion real y efectiva: 2.° por disposicion de la ley, como en la estipulacion general ó alternativa del hombre: 3.° por voluntad de los contrayentes, v. gr. cuando pactan que ellos, sus herederos ó sucesores, no impedirán la servidumbre y tránsito por la heredad que está proindiviso, y entonces se ha de aplicar á uno.

2 Duaren. in § *Et harum*. y en el lib. 1. *Disputation* cap. penult. Valasc. *de partition.* cap. 27. num. 6 y 7.

truirle con los siguientes ejemplos: N. estipuló que J. habia de pasar por su heredad, y que él ni sus herederos no se lo estorbarian, y murió dejando varios de estos. En tal caso esta obligacion individua no viene al juicio divisorio, y asi compete activa y pasivamente la accion de todos los herederos del uno contra todos y cualquiera de los del otro por el todo, ya prohiban el paso todos ó el uno solo; por lo que los herederos han de prestar caucion de indemnidad, de que el hecho del uno no dañará á los otros. Lo propio milita si el testador lega la servidumbre ó tránsito, pues cualquiera de sus herederos en todo está obligado á concederlo, y á dar la caucion referida. Tambien se ha de proceder por caucion de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que si v. gr. dentro de un año no pagare cierta suma, satisfará tanta pena; en cuyo caso para eximirse de esta no basta que uno de los herederos pague su parte, pues ó todos han de satisfacer el todo del débito, ó uno por sí y por ellos; y en su defecto no se libertarán de la pena, porque al acreedor compete accion por el todo contra todos.

3. Queriendo todos los herederos alguna cosa raiz ó mueble de estimacion que hay en la herencia, y no conformándose en quien la ha de llevar ó como se ha de dividir, si admite cómoda division, se ha de partir igualmente, ò à proporcion de la institucion. Si no la admite, se ha de aplicar enteramente á uno, y este pagar en dinero á los coherederos las porciones que en ella les podia tocar, precedida su justa tasacion, á lo cual le puede condenar el juez. Resistiéndose cada uno á llevarla en estos términos, ya sea porque no se pueda dividir cómodamente, ó por no tenerle cuenta ò por otro motivo, ha de mandar que se sortee, y aquel à quien toque por suerte no se debe excusar de admitirla con dicha responsabilidad, ò sin ella, en caso de caberle; ò sino hará que se venda entre ellos, y la aplicará al que dé mas por ella, y que deducida su parte entregue el residuo, y se divida entre los demas, ò que se venda á un extraño sino quieren comprarla, ò no dan su justo precio, ò aunque uno lo ofrezca, si dice que por su indigencia no puede aprontarlo, y les aplicará el que dé el extraño; pues todo depende del prudente y arreglado arbitrio del juez para evitar disensiones entre los partícipes (1). Estos modos de hacer particion de cosa indivi-

1 Ley 10 tit. 15. Part 6, ley 2 tit. 4. lib. 3 del Fuero Real, ley *Item Labeo*, ff. *Familiæ erciscundæ*, y ley *Ad officium*. Cod. *Communi divid.*

dua, ó de que la rehusan tomar en pago por su haber por pretextar se les perjudica, son los mas frecuentes; pues el de que el hermano mayor en edad haga las porciones, y los menores elijan (1), aunque no está reprobado, regularmente no se usa. Pero si uno de los herederos intenta que se subaste la alhaja que tiene incómoda division, tal vez por no acomodarle llevarla, ó por no tener para pagar al coheredero su parte, ó por hacerle mala obra, y este lo resiste y apronta en dinero la porcion líquida que corresponde al otro, debe ser oido, y no procederse á la subasta, ni causarle estos perjuicios y gastos; por manera que si el juez no defiere á ello, puede apelar, pues cumple el coheredero con entregar à su consocio su parte líquida en dinero à justa tasacion, que es à lo que se le puede obligar.

4. Aunque la jurisdiccion es indivisible, y por eso pertenece por el todo á los mayores en edad que la tienen; no obstante cuando hay muchos pueblos comunes de la herencia con jurisdiccion, se ha de dividir y adjudicar separadamente cada uno con ella, para que cada heredero la use con independencia de los demas; y de esta suerte no tendrán que alternar anualmente, como si se dejase proindiviso; pero si es de mas valor el que se aplica al uno que el del otro, debe mandar el juez que el que lleva el mayor satisfaga en dinero el exceso al coheredero, y à ello le puede compeler (2).

5. Si en la herencia hay un pueblo solo con jurisdiccion, puede dividirse con ella, pues asi como el pueblo se divide realmente, del mismo modo la jurisdiccion inherente a él; à menos que por esta division se multiplique la jurisdiccion y tribunal; pues entonces no se puede dividir sin consentimiento superior y urgencia de la causa pública, excepto en los feudos, ducados, condados y otros semejantes, los cuales aunque propiamente no se pueden dividir, pero si el uso y administracion aneja à ellos.

6. Cuando los dueños jurisdiccionales tienen partes iguales en la jurisdiccion de algun pueblo, y discordan en el ejercicio de ella, deben ser compelidos à concordarse ó à dividir alternativamente su uso por años, ó à elegir de acuerdo un juez que la ejerza (3); y si tienen partes desiguales, lo deben ser tambien à hacer unánimes la eleccion, ó sino à nombrar cada uno por el

1 Genes. cap 13. vers. 9. cap. 1. *de parochiis, et alienis parochianis.*
2 Marquech. *de divis.* lib. 1. cap 5. num. 5.
3 Marquech. dicho libro y capítulo, num. 3 y 4.

tiempo que le toca, v. gr. el que tiene ocho partes por ocho meses, y el que cuatro por cuatro &c. (1).

7. Si el testador tomó dinero à censo ò renta vitalicia, y vive el pensionario ó alimentario, debe el contador dejar el capital recibido en uno de sus herederos por via de depósito, con cargo de suministrar la renta anual al pensionista, y con la condicion expresa de que si este viviere tanto que consuma el capital, y perciba mas que su importe, ha de poder repetir y exigir el heredero de los coherederos el exceso que le pague à prorata, deduciendo la parte que como uno de ellos le corresponda satisfacer, y de que si por el contrario muriere antes que se consuma el capital, comunicará à los demas el sobrante, y de esta suerte ninguno queda perjudicado.

8. A veces ocurre tener que dividir la cosa enfitéutica hereditaria perpetua, lo que no ofrece dificultad, porque si los predios del Real Patrimonio concedidos al difunto, ó comprados por él, se pueden dividir, con mayor razon deben partirse los enfitéuticos que se equiparan à ellos (2). Asi que los herederos pueden dividir el predio enfitéutico hereditario por partes, aplicándolo proporcionalmente à cada uno segun su haber, ó enteramente à uno con obligacion de dar à los otros la estimacion ó valor de su parte; cuya division, como que es enagenacion necesaria y no voluntaria, pueden hacer sin obligacion de requerir al señor del dominio directo si lo quiere por el tanto; porque por esta omision no incurre el predio en comiso, ni por la division se debe laudemio (3); excepto que en la escritura primordial de la constitucion del enfiteusis se haya estipulado lo contrario, asi en orden á esto como à la division.

9. Tambien tiene lugar lo expuesto cuando el enfiteusis se concedió à muchos con pacto expreso de que el uno sucediese al otro, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer; pues en este caso pueden dividirlo igualmente en la forma expuesta, sin riesgo de que caiga en comiso ni necesidad de requerir al señor, porque no hay persona nueva á quien este no conozca ni haya admitido; y aun enagenar sus partes, porque esta no es propiamente enagenacion sino anticipada renuncia de su derecho.

10. Si el padre llama à un hijo al goce del enfiteusis perpetuo referido, y le entrega la cosa enfitéutica, debe observarse su vo-

1 Buer. decis. 5. num. 2 y sig. Morquech dicho lib. 1. v cap 5. num 7 y 8.
2 Ley 10 ff. *Familiæ erciscundæ* Rubric. y todo el tit. ff. *Si ager vectigalis.*
3 Ley fin. Cod. *de jure emphyteutic.* Guerreir *de divis.* lib. 2. cap 8. num. 118 y 119.

luntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar à sus hermanos sus porciones, porque no hay ley que lo prohiba, y el padre puede disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, con tal que à ninguno perjudique en su legítima. Lo mismo procede cuando lega á algun hijo la finca gravada con el enfiteusis, ó la encabezada en uno, porque se ha de observar su voluntad en la division de la herencia entre sus hijos, no gravándolos en su legítima: y en este caso el hijo encabezado no debe laudemio al señor del dominio directo, porque es enagenacion necesaria, en la cual cesa lo dispuesto por la ley 29. tit. 8 Part. 5.

11. Si alguno de los herederos del enfiteusis perpetuo enagena la parte que le tocó sin requerir primero al señor del dominio directo para si la quiere por el tanto, se ha de distinguir: ó estaba en la posesion de la cosa, y con motivo de la enagenacion la entregó al comprador, ó no: si lo estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada, porque esta pena es legal, y la ley castiga únicamente á quien delinque; pero si no estaba en posesion ni entregó la cosa, no há lugar el comiso (1).

12. Las mejoras hechas en la cosa enfitéutica son propias del que las hace, por ser cosa distinta del enfiteusis, y asi las puede legar, donar y enagenar; por lo que si el enfiteusi es perpetuo, vendrán todas à la particion, y aquel en quien quede ó se encabece el derecho y finca enfitéutica tendrá que satisfacer en dinero à los coherederos la porcion que les corresponda de las mejoras, las cuales se tasarán juntas con el derecho enfitéutico y no separadas de él, porque es individuo (2), segun se practica (3).

13. Dúdase si perteneciendo à memoria ó capellanía el enfiteusis, y liberando el dueño del dominio util su finca à él afecta por tres laudemios y el duplo capital del canon ò pension anua con arreglo al auto acordado del Consejo, ó del modo pactado en la escritura de su creacion, ó en defecto de pacto, segun la costumbre del pueblo, ¿podrá el capellan quedarse con los tres laudemios, ò à lo menos con uno, al modo que cuando se celebra venta de la finca lo percibe y hace suyo; ó deberá imponer el total importe de ellos con el duplo capital à favor de la memoria ò capellanía? Para resolver esta duda ha de conside-

1 Valasc. *de partition.* cap. 25. num. 36 al fin.

2 Valasc. *de partition.* cap. 26. num. 23 y 24.

3 Acerca de si el enfiteusis, ya sea eclesiastico, secular, ó mixto, es ó no heriditario, partible y trasmisible, si en él ha de suceder varon ó hembra, y otras cosas concernientes á este asunto, véase á Valasc. *de jur emphyteut.* Guerreir *de divis.* lib 2. cap. 8 Morquech *de division. bonor.* lib. 1. cap 6

rarse quien es dueño del enfiteusis, si la memoria ó el capellan, y si los laudemios son renta ó fruto de ella. En orden à lo primero digo, que la memoria es la dueña y el capellan un mero usufructuario con gravamen de cumplir sus cargas de la renta de sus fincas, y asi no compete á este el derecho de tanteo ni el de conceder licencia para la venta (no obstante el abuso que la ignorancia y falta de discernimiento ha introducido), ni tampoco el de apoderarse de la finca por comiso si el enfiteuta no paga en tres años la pension, pues todos estos derechos y regalias, como peculiares y privativas del señor del domino directo, en fuerza de la reserva que de ellos hizo para si y para sus sucesores en la escritura de dacion à enfiteusis, tocan à la memoria, la cual en virtud de la traslacion de dominio que la hizo el fundador dueño del enfiteusis, se constituyó dueña, se subrogó en su lugar, y le sucedió en ellos. En cuanto á lo segundo digo, que estos laudemios y duplo capital no son renta ó fruto de la finca de la memoria, sino precio y valor en que se estima el derecho de percibir anualmente el canon, el de apoderarse de ella, si el enfiteuta no lo paga en tres años, y el de tantearla, ò en su defecto conceder licencia para la venta, y percibir el laudemio que por esta se causa; de suerte que el importe de estos derechos y regalias junto con el duplo capital, se subroga como equivalente en ellos, y pagándolo el enfiteuta se constituye dueño de todos, y del solar consolidando el dominio directo de que carecia, y de que son privativos con el util que tenia. Si se me replica que cuando hay venta percibe el capellan el laudemio que por ella se causa, y que asi debe quedarse con uno á lo menos en el caso propuesto, como asimismo que aun cuando se quede con los tres son beneficiados la memoria y capellanes, aquella en tener un duplo capital que no tenia, y estos en percibir anualmente doble renta, responderé que el laudemio que el capellan percibe cuando hay venta, es fruto ó renta que suple y compensa la falta de la competente pension anual que el enfiteuta debia y pagaria por el solar si lo tuviera arrendado, y asi quedan vivos è ilesos enteramente los expresados derechos à favor del señor; pero en el presente caso se extingue para siempre, por lo que ya ninguno tiene para percibir mas laudemios; y esta privacion de su percibo, y de usar del comiso y tanteo, se le resarce con el capital que de ellos y su valor se forman, y con la mayor renta anual que produce, la cual se juzga igual al canon y laudemios que antes de extinguirse se pagaban, y que de quedarse con ellos el capellan en cuya vida se

consolidan ambos dominios, é imponer solamente el duplo capital, ó este y dos laudemios, lejos de beneficiar à la memoria y capellanes sucesores, se les perjudica; á la memoria porque se le defrauda parte del capital correspondiente á los derechos que gozaba, y á los capellanes porque los priva de percibir laudemios, los que antes podian superar mucho, no solo al actual rédito del duplo capital, sino á los del de los tres si eran muchas las ventas que en sus respectivas vidas se celebraban, y mas se debe mirar el beneficio de la memoria y su conservacion y capellanes sucesores, que el privativo del que quiere lucrarse en su detrimento, mayormente cuando por la imposicion del duplo capital y tres laudemios se reintegra con sus réditos anuos del laudemio que deja de percibir por aquella vez, y goza mayor renta que antes. Lo propio se ha de decir por la misma razon cuando el enfiteusis pertenece á mayorazgo.

CAPITULO CUARTO.

Método que ha de seguir el contador para formar la cuenta y hacer la liquidacion. Deducciones que deben hacerse del caudal inventariado: la primera es la dote (*).

§. 1. Presupuestos que debe hacer el contador de todo lo que resulte por orden cronológico.

2. A continuacion de los presupuestos debe formar cuerpo del caudal, poniendo los bienes por clases y por mayor.

3. Formado el cuerpo del caudal deben hacerse las deducciones correspondientes, y por qué razon.

4. Lo primero que debe deducirse es la dote legítima y verdadera que la muger acredite haber llevado al matrimonio.

5. Opinion de Ayora acerca de la deduccion de la dote, refutada por el autor.

6. Lo que deberá tener presente el contador acerca de la restitucion, aumento, deterioro ó pérdida de los bienes dotales.

7 y 8. ¿Como deberá hacerse la deduccion de la dote cuando el todo ó parte de ella consista en créditos á favor de la muger?

9. ¿Cuando se constituirá dotal la finca que el marido compró con el dinero que la muger le llevó en dote, y como deberá hacer la aplicacion el contador?

10. ¿Por que precio han de aplicarse á la muger estas fincas estimadas como dotales?

11. ¿Como deberá proceder el contador para la deduccion cuando la muger hubiese llevado en dote legado anuo, pension, usufructo de bienes raices, renta vitalicia, ó empleo que el marido haya de servir?

12. En concurrencia de dos dotes legítimos, ¿cual deberá deducirse primero, no habiendo dejado el marido bienes suficientes para satisfacerlas ambas?

13. Cuando el marido dejó bienes suficientes con que reintegrar el haber respectivo de su primera y segunda muger, y hay tambien gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, debe distinguirse. Si la segunda muger los renuncia, contentándose con su dote y arras, si las hubiere, lo mismo es deducirla antes que despues de la primera; mas si quiere la parte que le corresponde en los gananciales,

* Véanse los capítulos 3, 4 y 5, título 2. libro 1.° donde se trató de la dote.

se han de distinguir cuatro casos.

14. Caso primero. Cuando el marido llevó algunos bienes al matrimonio segundo, pero no los suficientes á cubrir la dote y demas haber de la muger primera, haya habido ó no gananciales en el de esta.

15. Caso segundo. Cuando el marido no llevó bienes algunos al matrimonio segundo, consta el haber de la muger primera y los gananciales adquiridos durante el suyo; y despues de cubiertas ambas dotes y lo demas correspondiente á la primera por todos sus derechos, resultan otros gananciales adquiridos en el segundo.

16. Caso tercero. Cuando el marido llevó al matrimonio segundo bienes suficientes para cubrir el haber de los hijos de la muger primera existente en su poder, y algunos mas suyos propios.

17. Caso cuarto. Cuando el marido lleva al matrimonio segundo bienes suficientes no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existen en su poder y les corresponde por sus legítimas maternas, y el derecho de reservacion, sino tambien algunos suyos propios; y durante el segundo les da el todo ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo mas en cuenta de la paterna.

1. Habiendo explicado las facultades y obligaciones del contador para proceder con la justificacion debida en su encargo, y dicho lo conveniente acerca del modo de dividir tanto las cosas corpóreas como las incorpóreas; paso ahora á tratar particularmente del método que ha de seguir para formar la cuenta y hacer la liquidacion del caudal hereditario Enterado, pues, del inventario y demas papeles concernientes á la particion que ha de evacuar, ya sea de uno, dos ó mas matrimonios, conviene que con toda claridad y fidelidad haga presupuestos de lo que resulte de todos por su orden cronológico, y que en el último exprese cuanto importa el caudal, y el modo de dividirlo, para que los interesados sepan lo que se tuvo presente; qué motivos hubo para su distribucion y deducciones; en qué términos se hicieron, y si fueron ó no arregladas; y vean en sus hijuelas ó adjudicaciones (como que en ellas se debe insertar) los fundamentos en que se afianza la division, y si se les perjudicó ó no en su haber, pues los presupuestos, aunque no son de esencia de la particion, ni por su defecto se anula, dan una clara idea é instruccion de todo.

2. A continuacion de los presupuestos debe formar cuerpo

del caudal, poniendo su total por clases y por mayor, v. gr. *en tierras tanto, en viñas tanto, en madera tanto, en ropa blanca tanto, en ropa de seda tanto etc.* (segun el formulario que está al fin de este tratado), sin copiar el inventario, pues esto á mas de ser inutil, porque los bienes que contiene se reparten entre los interesados, á los cuales basta saber à cuanto asciendeu; qué deducciones se hacen de ellos; por qué y cómo, y qué es lo que les toca y en qué especies, con individualidad; se les originan gastos infructuosos que debe evitarles, si no hay especial motivo para lo contrario.

3. Formado el cuerpo del caudal en los términos explicados, ha de hacer de él las deducciones correspondientes, pues asi como en la sociedad convencional, para saber si hay utilidades ó pérdidas, es indispensable separar previamente del todo del caudal los bienes, capital ó fondo que cada socio puso, ó su importe y las deudas contraidas durante ella con motivo del negocio sobre que se estableció; asi tambien en la conyugal, que regularmente se equipara á la convencional, se debe deducir ante todas cosas del caudal inventariado lo que ambos cónyuges llevaron à la compañía que por el matrimonio celebraron (ya sea al tiempo de casarse, ó mientras estuvieron casados, por haberlos heredado ó adquirido por otro título lucrativo de algun pariente ó extraño), ó su importe y las rentas en su intermedio causadas, porque de otro modo es imposible averiguar si hay ó no gananciales.

4. La primera deduccion que debe hacer el contador es la de la dote legítima y verdadera que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio y entregado á su marido (sean legítimos ó extraños los herederos), por dos razones: la una porque no solo es fondo ó capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento, sino tambien deuda contra los bienes de su marido, y preferida á todas las que este contrajo durante el matrimonio; y la otra porque aunque no haya gananciales está obligado á restituírsela de los suyos propios (1), regularmente hablando Pero esto no procede cuando el mismo marido devolvió á su muger la dote, porque no tiene prohibicion de pagar en vida la deuda el que se halla obligado á satisfacerla de sus bienes despues de muerto, y mientras vive puede ejecutar anticipadamente lo que por disposicion suya habia de practicarse despues de su fallecimiento, sin que por

1 Ley 33. tit. 13. Part. 5.

efectuar la entrega se deba decir que son defraudados sus hijos en los frutos dotales, que habria percibido su padre á no haber hecho la restitucion; pues este carece tambien de ellos, y ningun derecho le precisa á conservarla en su poder, ni á adquirir frutos para custodiarla, si le incomoda su conservacion y custodia, ni tampoco á recibirla sino quiere.

5. Ayora es de opinion que la deduccion de la dote debe hacerse cuando el marido la empleó, como era debido, en sostener las cargas matrimoniales, y aumentar con ella el caudal de la sociedad; pues si se prueba que la destinó á otros fines, v. gr. á pagar sus deudas, casar ó acomodar algun hermano ó hermana &c., no se debe deducir del cuerpo del caudal habiendo gananciales, porque seria perjudicada su muger en la mitad de estos con los cuales se la pagaba; y que asi lo que, habiéndolos, se debe practicar es bajar las deudas contraidas durante el matrimonio, y luego partir los gananciales, y del total que toque à su marido satisfacerla su dote, porque si la hubiera empleado, como debia, en la sociedad, hubiera adquirido mas utilidades; y respecto haber privado à su muger de estas é invertídola en usos agenos de la sociedad conyugal, no es justo que por esta causa sea defraudada en lo que la debe corresponder. Yo sin embargo dudo de la solidez de esta opinion: 1.° porque ninguna ley lo ordena: 2.° porque el marido no está obligado precisamente á adquirir gananciales; y sí solo á que si los adquiere, no cometa dolo por defraudar en su parte à su muger; ademas de que el adquirirlos ó haber pérdidas es eventual, y asi no se deduce que por invertirlos en la sociedad ha de haberlos precisamente: 3.° porque la dote no se entrega al marido con el fin de que con ella adquiera utilidades, sino para que le ayuden sus frutos à soportar las cargas matrimoniales; lo cual no sucede en la sociedad convencional, cuyo fondo es para adquirirlas con él y con la industria: 4.° porque en la sociedad conyugal se hace regularmente el marido dueño del fondo que la muger lleva á ella, y cumple con volver su importe; lo cual no sucede en la convencional, pues á ningun socio se trasfiere el dominio del capital del otro en iguales términos; y lo 5.° porque estas dos sociedades se diferencian en muchas cosas, como diré mas adelante, y por tanto no se deben aplicar á ellas enteramente unas mismas reglas. Asi que no se debe seguir ni se sigue la opinion de Ayora, y antes bien se bajan la dote y capital con las deudas matrimoniales en su respectivo lugar, dividiéndose luego el residuo como bienes gananciales; pues si se siguiera se defrauda-

ría al marido, sería la muger de mejor condicion que él, y se enriquecería con detrimento suyo.

6. En el libro 1.° tit. 2.° cap. 5.°, desde el párrafo 3 hasta el 13 inclusive, se explicó el modo de hacer la restitucion de la dote segun la diferente especie de bienes que la constituyen, y se dijo tambien á quien corresponde el aumento, deterioro ó pérdida de los mismos bienes; lo que deberá tener presente el contador para resolver las dudas que puedan ocurrir sobre estos puntos.

7. Consistiendo el todo ó parte de la dote en créditos á favor de la muger, si su padre ú otro ascendiente es el deudor, aunque el marido no los cobre, no está obligado á responderla de su importe como se dijo en el citado cap. 5.° del tit. 2.° lib. 1.° tratando de la restitucion de la dote. Lo mismo procede por la propia razon cuando el padre ofreció dote á su hija y el marido no le apremió á que se la entregase; en cuyos casos aunque haya gananciales no se ha de deducir lo no cobrado de los bienes privativos del marido, ni tampoco del cuerpo del caudal inventariado, y sí únicamente de este lo percibido, por ser lo mismo que si no lo hubiera llevado ó no se le hubiera ofrecido; por lo que, ó no se ha de hacer mérito de ello, ó si se hace y pone por caudal, se ha de aplicar en vacio ó entrada por salida á la muger.

8. No siendo ascendiente el deudor ó promitente, sino un extraño, debe tenerse presente la distincion que se hizo en el mismo capítulo, párrafo 15, á saber, ó la deuda es necesaria, ó voluntaria: si es de la primera clase, debe el marido satisfacerla íntegramente, si por su culpa ó negligencia no la exigió de él; por lo que no se ha de deducir del cuerpo del caudal lo que no cobró, sino de los bienes privativos que le toquen, pues de deducirse de aquel, se la paga de su parte de gananciales la mitad de lo no cobrado, en lo que se la perjudica; y asi quedará al marido la repeticion contra el promitente. Si la deuda es *voluntaria*, y consiste en *cosa cierta y determinada*, el marido es responsable de la falta de cobro, por lo que deberá deducirse de sus propios bienes, y no del cuerpo del caudal. Si la deuda siendo voluntaria consistiere en cosa *indeterminada*, ninguna responsabilidad tiene el marido; y asi, aun cuando haya gananciales, no deberá deducirse del cuerpo del caudal ni del suyo privativo, antes bien se conceptuará la tal deuda como si no la hubiera, ó se la devolverá y aplicará segun la llevó al matrimonio. Acerca de los gastos que se ocasionen al marido en el cobro de la dote consisten-

te en deudas, véanse los párrafos 17 y 18 del mismo capítulo 5.° á cuya doctrina se arreglará el contador para el abono que haya de hacerse á la muger de dichas deudas como dote líquida.

9. A veces llevan las mugeres su dote en dinero, el cual suelen emplear sus maridos en la compra de alguna finca ó heredad, y se duda ¿si mediante haberse trasferido á estos el dominio del dinero, se les trasferirá tambien el de la finca en que lo invirtieron? A esta dificultad respondo, que aunque quien compra en su propio nombre alguna cosa con dinero ageno la hace suya regularmente, y por la tradicion adquiere el dominio y la posesion de ella (bien que haciéndose responsable, y quedando deudor del dinero á su dueño) (1), no obstante entre los socios conyugales, si consta haberla comprado el marido con *voluntad, consentimiento* y dinero que su muger llevó en dote, se la trasferirá su dominio, y no à su marido; y la cosa se constituirá dotal, sin embargo de que suene comprada en nombre del mismo marido. Lo propio sucede con lo comprado con dinero de menor, ó de iglesia, por su tutor, prelado ó administrador; y asi pueden repetir el dinero ó tomar la cosa segun mas les acomode (2). Esto mismo se observa cuando una cosa dotal se trueca por otra, pues esta se subroga en lugar de aquella y se hace dotal (3); por lo que el contador debe aplicarla á la muger ó à sus herederos, y no otra por ella en caso de que no quiera dinero, ó no lo haya, y asi lo practican los inteligentes. En la sociedad convencional si el socio compra del dinero comun alguna cosa en su nombre, no se hace de la compañía, à menos que esta lo sea universal ó de todos los bienes de los socios (4). Pero si el marido hubiese comprado la finca *sin consentimiento de su muger*, se constituirá dotal en subsidio, que es en el solo caso de que el marido esté insolvente. Lo propio milita comprándola de dinero no dotal que la muger le haya entregado (5); mas no siendo dotal el dinero, no se constituirá dotal la finca, aunque la compre con consentimiento de su muger (6); lo que tendrá presente el contador para proceder en las adjudicaciones arreglado á lo que advertí en el párrafo 21, capitulo 2.° de este título.

1 Ley *Si ex pecun.* Cod. *de reivindicat.* Ley *Si is*, Cod *depos.* y ley 1. Cod. *Si quis alteris, vel sibi.* Gom. en la 50 de Toro, num. 36.

2 Ley 49. tit. 5. Part. 5. *De dineros agenos que tienen los omes &c*

3 Ley 11. tit. 4. lib. 3 del Fuero Real.

4 Ley *Si patruus*, 4. Cod. *Communia utriusque judic.* Matienz en la 8. tit. 11. lib. 5. glos. 4. num. 2.

5 Ley *uxor marito*, ff. *de donation. inter vir. et uxor.* Greg Lop. en la 49. tit. 5. Part. 5. glos. 8.

6 Ley *Profecticia*, 5. ff *de jure y dotium.* Greg. Lop. en dicha ley 49. glos. 7 y 8.

10. En orden al precio por que han de aplicarse á la muger estas fincas estimadas como dotales por la subrogacion, debe hacerse la distincion siguiente. Si al tiempo de la compra hubieren pactado marido y muger que habian de ser para ella, y que ninguna utilidad ni pérdida habia de tener su marido, aun cuando en ellas la hubiese (pues pueden hacer este pacto (1), y será válido), se la deben adjudicar por el de su compra, ya valgan mas ó menos, por ser suyas y seguir á su dueño el aumento intrinseco y la diminucion de la cosa. Si nada hubieren pactado cuando se compraron, se han de adjudicar por el que tengan, de suerte que si es mayor su valor, cederá el exceso á favor de la sociedad conyugal; y si es menor, se completará á la muger el importe del dinero en esta especie, si lo hay, y sino en otra alhaja de la herencia.

11. Si la muger lleva en dote legado, anuo, pension, usufructo de finca raiz, renta vitalicia, ó empleo que el marido ha de servir, vea el contador para lo que ha de ejecutar lo que expliqué en el párrafo 19 del citado capítulo 5.° título 2.° libro 1.°, debiendo añadir aqui, que el partidor debe arreglarse á la obligacion que contrajo el marido, á quien toca ventilarlo, y no dejarse engañar; y si antes de efectuarse la boda no se hubiere constituido esta dote, no deben estimarse por dotales los frutos decenarios, pues no se tendrán por tales, como expuso en el citado capítulo 5.° ni como capital puesto en la sociedad; porque no es visto haber querido la muger que se tuviese por dote sino por frutos, como realmente lo son, ni el marido privarse de ellos y renunciarlos á su favor; por consiguiente no se bajarán del caudal comun, aunque ella lo pretenda; porque el derecho que la muger tiene á percibirlos, es el fondo que entra como dote en el matrimonio y sociedad, el cual le queda del mismo modo que lo tenia antes de casarse, sin la mas leve diminucion, y es dinero de los frutos, réditos ó renta que despues de casada han de vencer; y asi no hay que deducirlo ni que abonarla, al modo que si llevara un mayorazgo; por lo que solo en el caso de obligarse el marido en términos justos á su entrega en los contratos nupciales, se la deberán abonar, y no de otra suerte, sin embargo de lo que otros digan. El capital impuesto del caudal de ambos conyuges en fondo vitalicio por la vida del que sobreviva, ó de algun hijo ó hijos de ambos ò de extraño, no deben inventariarse ni partirse, porque ya no existe ni se puede recu-

1 Palac. Rub. in *Rubr.* §. 6). vers. *Limitabis ista prima.*

perar. Lo que se ha de hacer es dividir el derecho de percibir las anualidades que se paguen durante la vida de aquel en cuya cabeza está impuesto, por cuya muerte espiran à proporcion de lo que á cada uno corresponda segun su haber y de esta suerte á ninguno se perjudica.

12. En concurrencia de dos dotes legítimas, parece que se deberá deducir la primera antes que la segunda, porque son créditos de igual naturaleza y privilegio, y el que es primero en tiempo, lo es tambien en derecho; á excepcion de los bienes dotales conocidos de la segunda que existan, en los cuales como conserva su dominio, y aunque se hayan dado estimados al marido, no perdieron por su valuacion la naturaleza y privilegio de dotales, se la aplicarán como suyos, y nada de ellos llevará el heredero de la muger primera (1). Esto es incontrovertible cuando el marido no dejó bienes suficientes para completar ambas dotes, y los interesados en ellas tratan sobre prelacion: pues aunque haya gananciales conocidos adquiridos en el segundo matrimonio, como todos se contemplan del marido, y hasta que fallece no adquiere su muger dominio irrevocable en ellos, y cuando va á adquirirlos los halla sujetos á la responsabilidad de la dote primera; no se verifica su adquisicion, y por eso debe ser preferida á la segunda en bienes no conocidos de esta (*).

13. Pero tratando de division por muerte del marido, si este dejó bienes con que reintegrar á sus mugeres de su respectivo haber, y tambien gananciales adquiridos en el segundo matrimo-

1 Ley 33. tit. 13. Part. 5.

* El reformador del Febrero se opone aqui á la doctrina del autor, y opina que la mitad de los gananciales del segundo matrimonio no puede ser responsable á la dote del primero, fundándose en las leyes 1 y 4. titulo 4. libro 10. Nov. Rec., en que se ordena la comunicacion por mitad entre marido y muger de dichos gananciales, y por consiguiente supone que esta adquiere desde luego el dominio irrevocable de su mitad. Al contrario el editor del Febrero adicionado defendiendo la doctrina del autor é impugnando al reformador, dice que segun la ley 5 del mismo título y libro, el marido durante el matrimonio puede enagenar sin licencia de la muger los bienes gananciales, y por consecuencia es claro que la misma no adquiere el dominio irrevocable de su mitad subsistiendo el matrimonio, pues si asi fuese no podria el marido enagenarlos sin su otorgamiento. No puede negarse que esta razon tiene bastante fuerza; pero reflexionando bien, ¿por que ha de ser responsable la segunda muger del descuido, omision ó culpa que tuviese el marido en haber retardado el pago de la primera dote? ¿Por que ha de satisfacer ella en parte una obligacion que no contrajo, ni se convirtió en utilidad suya? Por estas y otras consideraciones que omito en obsequio de la brevedad, me parece que pudiera adoptarse el medio término siguiente. Si se probare que con la primera dote se grangeó en el segundo matrimonio, enhorabuena que el total de estas ganancias esté afecto ó sujeto al pago de aquella; pero si constare que los gananciales se adquirieron con otros bienes, no entiendo que sea justo privar á la segunda muger de su mitad para el referido objeto.

nio, se debe distinguir: si la muger segunda renuncia ó no los gananciales, y si el marido llevó ó no cuando se casó con ella bienes equivalentes à la dote primera ó ningunos. Si los renuncia, y se contenta con su dote y arras, en caso de habérsele prometido, lo mismo es deducirla antes que despues de la primera, ya el marido haya llevado ó no bienes á su poder; porque como los hay suficientes para ambas, á ninguna se agravia. Mas si quiere la parte que en los gananciales la corresponde, se han de distinguir los cuatro casos siguientes.

14. 1.° Cuando el marido llevó algunos bienes al matrimonio segundo, pero no los suficientes á cubrir la dote y demas haber de la muger primera, haya habido ó no gananciales en el de esta. En tal caso le deben bajar del cuerpo del caudal inventariado ante todas cosas la dote segunda; despues las deudas contraidas durante el segundo matrimonio y no otras anteriores, y deducidas estas partidas y tambien lo que el marido llevó à él, se verá qué gananciales quedan; y la mitad de los que resulten, se aplicará á la muger segunda con su dote y demas haber llevado à poder de su marido. Hecho esto se unirá la otra mitad al caudal que este puso en la sociedad, y de su total importe se deducirán el haber de su muger primera, las deudas propias que el marido tenia antes de casarse segunda vez, y las arras de entrambas, si las hubo; y el residuo será caudal paterno partible entre los hijos del marido habidos en ambos matrimonios segun su arreglada voluntad, como herencia paterna (1). Por ejemplo, todo el caudal que dejó el marido asciende á cuatrocientos mil reales; el que llevó al matrimonio segundo fueron solamente treinta mil, no obstante importar cien mil la dote de la muger primera que no estaba pagada. La de la segunda importa cincuenta mil, y las deudas contraidas en la sociedad con esta veinte mil. Se forma la cuenta de esta suerte: cincuenta mil de la dote segunda, veinte mil de las deudas de este matrimonio, y treinta mil que llevó el marido, componen cien mil, que restados de los cuatrocientos mil, resultan de utilidad trecientos mil, cuya mitad son ciento cincuenta mil, que agregados à los cincuenta mil de la dote segunda, suma el haber de la segunda muger por dote y gananciales docientos mil reales, y quedan otros docientos mil para satisfacer lo que el marido llevó al segundo matrimonio (que era parte de la dote primera) las deu-

1 Escobar *de ratiocin.* computat. 8. *expens.* cap. 13. num. 13. Avor. 1 Part. 1. cap. 7. num. 2. Garcia *de*

das que tuviese antes de casarse segunda vez, y las contraidas en el segundo; y asimismo el resto de la primera dote y algunos gananciales; por lo que despues de satisfechos los veinte mil de las deudas del matrimonio segundo, y los cien mil de la primera dote, hay de caudal paterno ochenta mil reales; de los cuales se sacarán las arras de ambas mugeres si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuviese cuando se volvió á casar, y el remanente será legítima de los hijos de ambos matrimonios; pues de deducirse íntegros los cien mil de la dote primera, en lugar de los treinta mil que el marido llevó al segundo matrimonio, quedaria desfalcada injustamente la muger segunda en treinta y cinco mil, mitad de los setenta mil que desde los treinta mil hasta los cien mil hay de diferencia; y de bajarse los treinta mil y tambien los cien mil se la irrogaria mayor agravio, que sería el de cincuenta mil reales menos de gananciales.

15. El segundo caso es cuando el marido no llevó bienes algunos al matrimonio segundo; consta el haber de la muger primera, y los gananciales adquiridos durante el suyo; y despues de cubiertas ambas dotes y lo demas correspondiente á la primera por todos sus derechos, resultan otros gananciales adquiridos en el segundo. En este caso se han de deducir únicamente del cuerpo del caudal la dote de la muger segunda y las deudas contraidas en este matrimonio si las hubiese; y el resto del caudal inventariado será partible por mitad, como gananciales, entre la viuda é hijos del matrimonio primero, los cuales tomarán parte por razon de la dote y demas haber de su madre, como deuda contra su padre, á que era responsable, y parte por herencia paterna, si deducida la dote y demas deudas privativas de su padre, y las arras de la segunda en caso de haberlas, sobrare algo; pues sería inicuo que habiendo contribuido á la adquisicion de los gananciales, y no habídolos tal vez en el matrimonio primero, se la defraudasen por utilizar á los hijos de la muger anterior, respecto haber caudal para todo (1).

16. El caso tercero es cuando el marido llevó al matrimonio segundo bienes suficientes para cubrir el haber de los hijos de la muger primera, existente en su poder, y algunos mas suyos propios. En este caso se ha de deducir del cuerpo del caudal juntamente con la dote segunda todo lo que llevó, y no

1 Siguenz. *de clausul.* lib. 2. cap. 11. num. 115 Avor. part. 3. quæst. 13. num. 42 y 43.

desmembró de él para dar ó pagar á algun hijo del primero su parte materna durante el segundo; no por razon de haber de la primera, sino como capital ó fondo que realmente puso en la sociedad segunda, y coadyuvó á adquirir las utilidades ó gananciales, porque es lo mismo para el caso, que si todo fuera suyo privativo, puesto que existe en su poder cuando fallece sin decremento de desfalco. Lo mismo se debe practicar cuando parte del caudal no era del marido porque tenia deudas, las que no rebajó entonces, ni se pagaron durante su matrimonio; pues aunque sus herederos son responsables á ellas por estar sin pagar, respecto á su viuda lo mismo es que todo el capital sea de él, ó solamente parte, una vez que lo puso en la sociedad, y ayudó á adquirir las utilidades; ni el que lo lleven sus herederos ó sus acreedores es del caso, mediante á que en nada se le perjudica, pues de no ejecutarse asi se gravaba á sus herederos injustamente.

17. El cuarto caso es, cuando el marido lleva el matrimonio segundo bienes suficientes, no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existe en su poder, y les corresponde asi por sus legítimas maternas como por el derecho de reservacion, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les da el todo ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo mas en cuenta de la paterna. En este caso se ha de distinguir: si les dió solamente el todo ó parte de lo materno, se puede girar la cuenta de dos modos. El primero es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y hecho todo un cuerpo, como si todo se hubiese hallado en su poder, é inventariado, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro segun lo llevó; y lo que quede despues de hechas estas tres deducciones, será ganancia que se dividirá por mitad entre la viuda y los hijos, asi de esta como de la primera, como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á lo inventariado lo donado á estos, y bajar enteramente su capital, como si nada se hubiera sacado de él, seria perjudicada la viuda en la mitad de su importe; y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. Y el segundo modo es no agregar lo entregado; considerar el capital como que está reducido á esto menos ó que no lo llevó, y bajar solamente lo que quedó, hecha la entrega (al modo que cuando lleva deudas, y se pagan durante el matrimonio, como diré en el capítulo 7.°), y saldrá la misma cuenta y porcion de gananciales. Si les hubiere dado algo mas en cuenta de la legítima paterna,

se puede hacer igualmente la cuenta de dos modos: el primero es agregar al caudal inventariado no solo lo que llevaron por su madre, sino lo que su padre les anticipó por su legítima paterna; y de lo que sume este total deducir la dote segunda, las deudas del segundo matrimonio, y el capital íntegro que el padre puso en la sociedad; y el residuo, hechas estas bajas, será la utilidad que se dividirá por mitad en la forma propuesta. Y el modo segundo es unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó à sus hijos en cuenta de su haber paterno; y de lo que importen estas dos partidas deducir la dote segunda, las deudas citadas, y lo que llevó como suyo propio sin responsabilidad al segundo matrimonio, separando lo que comprendia su capital perteneciente á sus hijos por su madre, como entregado ya, ó como sino lo hubiera incluido en él; y lo que resulte, hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo (*).

* Véase el capítulo 8 de este título, donde se trata del modo de dividir los gananciales, como tambien el modelo ó ejemplar segundo de particion que se halla al fin de este tratado, donde se formará la cuenta de los cuatro modos expresados para que el contador no se ofusque. Acerca de la dote confesada, y de los efectos que produce esta confesion, véase lo que dije en el libro 1, título 2, capítulo 3, §§. 32 y 33.

CAPITULO QUINTO.

Deduccion de los bienes parafernales ó extradotales.

§. 1. En segundo lugar deben deducirse del cuerpo del caudal inventariado los bienes que á mas de la dote llevó la muger al matrimonio. Doctrina que acerca de los bienes parafernales debe tener presente el contador.

2. Habiendo el marido enagenado los bienes parafernales de su muger con su consentimiento, si el precio de estos se empleó en satisfacer alguna deuda de la muger, no se sacará del cuerpo del caudal, ni de los gananciales, ni del haber propio del marido; pero sino se hubiese convertido dicho precio en utilidad de la muger, debe abonársele, ¿y de donde se ha de deducir?

3. Aclaracion de la doctrina del párrafo anterior.

4. Si el marido hubiere vendido dichos bienes sin consentimiento de la muger por su justo precio, podrá esta repetirlos del comprador; y no queriendo molestarle, se sacará su total valor del cuerpo de la hacienda.

5. Habiéndolos vendido en menor precio que el que valian, se ha de distinguir si hay ó no gananciales, y ¿que deberá hacerse en uno y otro caso.

6. No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin permiso suyo los bienes parafernales, y queriendo el valor legítimo que estos tenian, ¿como deberá hacerse la deduccion?

7. Si la muger pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de frutos que desde la venta pudieron haber producido, deberá ser resarcida, ¿y en que términos?

8. Deducidos los bienes dotales y parafernales, se han de bajar del cuerpo del caudal los demas extradotales que acredite la muger haber heredado por testamento ó abintestato, ó recaido en ella por otro título lucrativo mientras estuvo casada.

9. Si en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare el marido á tener por aumento de esta dichos bienes hereditarios, se deberán bajar cuando los dotales y antes de los parafernales.

10. Los frutos de los bienes parafernales han de dividirse entre ambos consortes, por ser comunes á los dos.

1. En segundo lugar deben deducirse del cuerpo del caudal inventariado los bienes que á mas de la dote llevó la muger al matrimonio, y se llaman *parafernales ó extradotales*. En el capítulo 6, título 2, libro 1, dije lo que eran bienes parafernales, el privilegio de tácita hipoteca que tiene la muger en los bienes del marido para su restitucion cuando se los entregó al marido, y tambien manifesté que no habiéndose verificado dicha entrega, no estaba este obligado à abonarla el valor de dichos bienes, aun cuando estos se hubiesen deteriorado ó consumido en la casa consintiéndolo la muger. Por lo que hace á la enagenacion de dichos bienes reservé esta cuestion para tratarla en este lugar, donde se explicará el modo de hacer la deduccion del importe de ellos segun las diversas circunstancias de dicha enagenacion.

2. Primeramente debo sentar que no está prohibido al marido enagenar los bienes parafernales de su muger con su consentimiento, aunque no jure el contrato, y si ambos juntos los vendieron, y su precio se convirtió en satisfacer alguna deuda que la muger habia contraido antes de casarse, no tiene derecho à pedirle, porque cedió en su utilidad, mediante á que si la hubiese tenido satisfecha al tiempo de casarse, esto menos hubiera llevado al matrimonio; ni se sacará del cuerpo del caudal ni de los gananciales, ni tampoco del haber propio del marido, y antes bien si este la pagare con sus bienes, podrá recuperarla de los de su muger. Pero si el precio de los bienes parafernales no se convirtió en utilidad de la muger, se la ha de abonar enteramente, deduciéndose de los gananciales, si los hay, como fondo ó capital puesto en la sociedad; y no habiéndolos, del caudal de su marido, porque está obligado á la responsabilidad de ellos; y no se llama utilidad ni provecho suyo el haberse convertido en sus alimentos, porque el marido tiene obligacion de dárselos (1).

3. Podria decirse que la muger se perjudicó con el consentimiento que prestó, y que por lo mismo carece de accion para repetir su precio; pero tal consentimiento es para no poder pedir al comprador ni à su marido los mismos bienes que le vendió, no para privarse del derecho de repetir de este su valor,

1 Ley 3. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

pues para esto es necesario nuevo y expreso consentimiento; y aun cuando le diera, no serviria, porque se estimaria donacion entre marido y muger, que está prohibida por derecho (1), y se confirma solamente con la muerte del donante.

4. Si el marido los vendió sin consentimiento de la muger por su justo precio, podrá esta sacarlos al comprador, porque no perdió su dominio, mediante que no se trasfiere á otro lo ageno sin la voluntad de su dueño (2); y no queriendo molestar al comprador, sacará su total valor del cuerpo de la hacienda, como fondo puesto en la sociedad, y el contador le deberá bajar de él, sin reparo, pues en caso que la muger repitiese contra el comprador, podria este repetir contra el caudal inventariado.

5. Habiéndolos vendido el marido en menor precio que el que valian, se ha de distinguir si hay ò no gananciales: sino los hay, ó aunque los haya, si la muger ó sus herederos los renuncian, es indudable que tiene derecho para repetirlos de su marido (3), y no devolviéndoselos este, le exigirá su verdadero valor; pues por haberse excedido en venderlos sin su permiso, es responsable al reintegro de su justa estimacion sin el menor desfalco; y si hay gananciales, y los acepta la muger, puede pedir tambien el verdadero valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplácito; pues aunque el dinero de lo vendido haya contribuido á multiplicar los gananciales, y la muger lleve la mitad del incremento, lleva igualmente su marido la otra mitad; y á no haberse vendido se hubiera aumentado mas el caudal, pues cuanto mayor es el fondo de la sociedad, mas puede lucrarse: fuera de que pudo haberse perdido el dinero, con lo cual se hubiera causado mayor perjuicio à la muger; y no se compensa el daño ó culpa cometida en una cosa ó negocio, con el lucro adquirido en otro por alguno de los socios.

6. No contendándose la muger con el precio en que su marido vendió sin su permiso los bienes parafernales, y antes bien queriendo el valor legítimo que tenian, se deducirá el de la venta del cuerpo del caudal, como incluso en la misma hacienda y fondo de la sociedad, y el mayor valor que el marido dejó de percibir y perdió por su culpa, le pagará, bajándose á este efecto de su haber privativo como deuda contra él, y no de los gananciales, porque de bajarse de estos se le pagaria con lo suyo

1 Ley 4. tit. 11. Part. 4. Ayor. part. 4. cap. 8 num. 2 y 3.
2 Regla 13. tit. 33. Part. 7.
3 Leyes 17 y fin. tit. 11. Part. 4.
4 Ley 13. tit. 10. Part. 5. verb. *Et alguna pérdida.*

propio la mitad, en lo que se le perjudicaba indebidamente.

7. Y si la muger pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de frutos que desde la venta celebrada por su marido pudieron haber producido segun la estimacion regular, será oida, y el marido tendrá que resarcirle todos los daños é intereses por haberlos enagenado contra su voluntad, al modo que el socio lo está á los que por su culpa ocasiona à la sociedad; pues el que tiene obligacion de hacer ò no hacer alguna cosa, si procede contra su obligacion debe pagar el daño é interes, y el marido está obligado à conservar en vez de enagenar los bienes parafernales que su muger lleva y le entrega; por lo que sino lo hiciere, deberá satisfacer el perjuicio que se le cause, entrando los frutos que à no haberlos enagenado hubiera percibido; bien que si el marido prueba que con el precio de los bienes parafernales de su muger, lucró tanto como podian haber producido de frutos, y le podia tocar de estos, no habrá lugar á la pretension de ella en esta parte.

8. Deducidos los bienes dotales de la muger, y los parafernales que llevó cuando se casó y retuvo ò entregó à su marido, se han de bajar del cuerpo del caudal los demas parafernales ó extradotales que acredite haber heredado por testamento ó abintestato de sus ascendientes, ó de algun pariente ó extraño, ò recaido en ella por otro título lucrativo, mientras estuvo casada, y no por razon de la sociedad conyugal, si los entregó à su marido, como debe hacerlo, no habiéndose pactado lo contrario en los contratos nupciales (1), porque se contemplan y deben tenerse tambien por parafernales, mediante no ser del caso el que los lleve al matrimonio cuando le contrae ó despues, una vez que entraron en poder de su marido, y à que no son de los que el derecho llama gananciales, ni por consiguiente de los que se comunican entre los dos, como estos, sino propios y privativos de la muger, en quien recayeron: en cuya atencion si existen se le aplicarán por el valor que se les dé, y su deterioro en dinero, y no en otros equivalentes por su defecto; y no existiendo, se sacará la estimacion que tenian al tiempo de recaer en ella, si se los entregó á su marido; y aunque consistan en número, peso ó medida, no tendrá derecho á pedir

1 Para que la muger pueda administrar por sí misma los bienes parafernales sin permiso de su marido, es indispensable que se hubiese pactado asi antes de celebrarse el casamiento, puesto que segun la ley 55 de Toro, la muger no puede, durante el matrimonio, contraer ni casi contraer sin licencia de su marido. *Febrero reformado.*

igual cantidad de cada especie, porque este privilegio se concede únicamente á la dote, y cesando la causa dotal, milita la misma razon en la muger que en el marido para la exaccion de lo que puso por fondo en la sociedad conyugal.

9. La deduccion de los bienes hereditarios en los términos expresados se debe practicar en mi dictamen cuando al tiempo de casarse nada se estipuló acerca de ellos; pero si en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare el marido á tener por aumento de esta dichos bienes, y á restituirlos en igual conformidad que los dotales para que gocen del privilegio de ellos, puesto que se contempla serlo, aunque se reciban posteriormente, se deberán bajar cuando los dotales, y antes que los parafernales; en cuyo caso no podrá la muger administrarlos, porque está obligado su marido á su responsabilidad. Y sino solo no hay gananciales sino que falta caudal para completar todo lo que ambos conyuges llevaron al matrimonio y heredaron durante este, debe perder el marido y suplir del suyo lo que falte para cubrir lo que recibió de su muger, porque entra en su poder, lo administra todo, se le trasfiere regularmente su dominio, y tiene que responder de ello.

10. En el capítulo 3.°, título 2.°, libro 1.° se dijo que durante el matrimonio pertenecen al marido los frutos de la dote de su muger, sea ò no estimada, concurriendo las tres circunstancias que alli se expresan. Mas no parece que debe esto regir en cuanto á los frutos de los bienes parafernales, porque si se retiene estos la muger, deberán corresponderla aquellos, y no al marido: lo primero, porque las leyes que alli se citaron conceden solamente á este los frutos de la dote, y asi en perjuicio de la muger no deben ampliarse á otros; lo segundo, porque como accesorio siguen lo principal; y lo tercero, porque en la dote únicamente hay un título oneroso, mediante el cual lucra el marido sus frutos por remuneracion y recompensa de las cargas matrimoniales que sostiene (1). Sin embargo de esto entregue ò no la muger á su marido los bienes parafernales, se dividirán entre ambos sus frutos (2), pues son comunes á los dos, como lo prueban las leyes 3 y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec., que hablan absoluta é indistintamente (3).

1 Gom. en la ley 50 de Toro, num. 33.

2 Leyes 3. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 3. tit 4. lib. 10. Nov. Rec.

3 »Maguer que el marido (dice la ley 4 del mismo título) haya mas que la muger, ó la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en muebles, los frutos sean comunes de ambos á dos, y la here-

CAPITULO SEXTO.

Deduccion del capital que el marido llevó al matrimonio, y de los bienes que durante este heredó ó le donaron.

§. 1. Deducidos del cuerpo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger, se han de bajar, en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite haber llevado al matrimonio.

2. Aunque al parecer haya gananciales porque resulten muchos bienes comprados ó adquiridos, si aparecen tantas deudas que excedan á su total importe, se deben deducir primero que el capital del marido, y el residuo será lo que este perciba por su capital.

3. Si las deudas consumieren el capital y gananciales, no se prorratearán entre el marido y la muger.

4. Habiendo gananciales que partir, aunque los bienes que llevaron los consortes al matrimonio hayan perecido, y todos sean ganados en él, se ha de deducir primero el importe de los capitales de ambos y el de las deudas.

5. Si el marido hubiese llevado al matrimonio ó heredado despues algunos bienes que consistan en número, peso y medida, los cuales se consumieron, y no hubiese gananciales, los perderá; al contrario habiendo gananciales, sacará el valor de dichos bienes como fondo puesto en la sociedad.

6. ¿Si deberá deducirse el valor del ganado productivo que llevó el marido, y que despues se murió ó vendió?

1. Separados y deducidos del cuerpo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios, que la muger haga constar haber llevado al matrimonio, ó su importe sino existen, se han de bajar, en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite igualmente haber llevado cuando le

dad y las otras cosas dó vienen los frutos, hiyalos el marido ó la muger, cuyos antes eran, ó sus herederos." »Pero que los frutos y rentas de ellos y de todos otros cualesquier oficios (se lee en la ley 5), aunque sean de los que el derecho hubo por casicastrenses, y los otros bienes que fueron ganados ó mejorados durante el matrimonio, y los frutos y rentas de los tales bienes castrenses, y oficios y donadíos que ambos los hayan de consuno."

contrajo, y recaido en él por herencia ú otro título lucrativo mientras estuvo casado; porque como fondo ó capital puesto en la sociedad, se debe segregar antes que se proceda á la division de los gananciales, segun ya se ha sentado. Lo mismo se ha de observar aun cuando no haya gananciales, si tampoco hay deudas contra el caudal, ó este alcanza para su satisfaccion, y para la de la dote y capital aun cuando los haya. Y si el marido hubiere llevado á su matrimonio algun caudal ageno por habérsele constituido pagador de deudas, ó para reintegrar á otro, y no las pagó mientras estuvo casado, se ha de estimar por caudal como suyo, para el efecto de deducirlo antes que los gananciales, porque entró en la sociedad conyugal, y el que sea ó no suyo no es del caso (*).

2. Aunque al perecer haya gananciales porque resulten muchos bienes comprados ó adquiridos por ambos cónyuges durante su matrimonio, si se descubren tantas deudas que exceden á su total importe, se deben deducir primero que el capital del marido (siendo contraidas durante la sociedad conyugal), y el residuo será lo que este perciba por parte de su capital; pues regularmente hablando debe satisfacerlas y no su muger, sin embargo de que con él se haya obligado á su satisfaccion; porque su obligacion es subsidiaria en defecto de bienes de su marido, y esto en cuanto se la siga utilidad solamente, ó por pechos y derechos Reales (1). Y si las deudas igualan solamente á los gananciales, nada de estos habrá que repartir entre los cónyuges, y asi no sacará cada uno mas que el importe de lo que llevó á la sociedad conyugal.

3. Si las deudas consumieron el capital y gananciales, no se prorratearán entre el marido y su muger, porque aquel no entrega á esta sus bienes, ni ella los administra, ni se obliga á su restitucion, como él á la de los dotales, ni se la trasfiera su dominio, como al marido el de los de ella; por lo que este será quien lo pague todo, aunque nada le quede (2).

4. Habiendo gananciales que partir, aunque los bienes que llevaron al matrimonio hayan perecido, y todos los que existen sean ganados en él, se ha de deducir el importe de los capitales

* Los bienes que el marido y la muger acreditaren haber puesto en la sociedad conyugal deben deducirse, sean ó no enteramente suyos, pues una vez que entran en el fondo de ella, deben sacarse al tiempo de su disolucion antes de todo, aunque sean agenos, para que se los pague á sus dueños el que los llevó.

1 Ley 6ª de Toro.

2 Ayor. *de partition.* part 1. cap. 7. num. 7, 8 y 39.

de ambos, y deudas, pues no es del caso el que existan los mismos bienes, ú otros en su lugar, sino que el total valor de los existentes cubra ó supere el importe de los llevados à la sociedad conyugal y deudas de ella; bien que en este caso de haber gananciales, lo mismo es deducir el capital antes ó despues de las deudas, pues sale la propia cuenta.

5. Llevando el marido al matrimonio, ó heredando despues de casado bienes que consisten en número, peso ó medida, si se consumieron, y no hay gananciales, los perderá, y no podrá pretender otra tanta cantidad en especie, ni su estimacion, como su muger por los suyos; ya porque ninguna ley la obliga á tal responsabilidad, y ya porque de los bienes de estas clases que la muger lleva, pasa el señorio al marido, el cual los administra y hace suyos; por lo que el riesgo, pérdida ó aumento que tengan cede en su beneficio ó detrimento; y asi está obligado á restituir otra tanta cantidad de cada especie como recibió, ó su importe; pero la muger nunca se hace dueña ni administradora de los de su marido (1). Al contrario si hubiere gananciales, sacará el marido el valor ó estimacion que tenian dichos bienes cuando los llevó, como fondo que puso en la sociedad, cuyo importe se ha de bajar y sacar primero (aunque ningunos gananciales queden que partir), y no otros tantos en número de cada especie (2): lo primero, porque su valor es lo que realmente puso por fondo, del cual no se trasfirió á la muger el dominio: lo segundo, porque si cada especie valia mas entonces, quedaria perjudicado, utilizándose la muger del exceso con detrimento suyo; y si valia menos lo quedaba esta; por lo que dándole la estimacion que tenian, en la que pudiera haberlos vendido entonces, y de que se utilizó la sociedad, á ninguno de los dos se hace agravio: y lo tercero, porque aun cuando la muger se obligase á restituirle la misma cantidad de cada especie, en el caso de perecer esta, lo estaria solamente á la estimacion que tuviese al tiempo que se consumió ó pereció (3).

6. Si el marido hubiese llevado al matrimonio ganado productivo sin apreciar, que se murió y hay gananciales, sacará el valor que tenia al tiempo de su muerte, al modo que la muger por igual

1 Ley *Pignus*, Cod. *de pignoratit. action.* y ley *Plerumque*, ff. *de jure dot.* Ayor dicho cap. 7. num. 11. Guerreir. *de inventar.* lib. 3. cap. 12 num. 132.

2 Arg. leg. *Si tibi*. ff. *de usufruct. earum rerum quæ usu consumuntur*, y ley *Res in dotem*, ff. *de jure dot.* Ayor. part. 1. cap. 7 num. 12 al principio.

3 Ley *In re furtiva*, ff. *de condition. furtiv.* Ayor. dicho num. 12. vers. *Ratio diversitatis* hasta el fin.

razon; pues primero se ha de separar el fondo puesto en la sociedad, que dividir las utilidades de ella. Lo propio se practicará por la misma razon si voluntariamente lo vendió, pues de haberlo vendido debe quejarse de sí, y no de su muger (1). Pero si la venta fue necesaria, v. gr. á fin de satisfacer el débito contraido durante el matrimonio, ó para otra urgencia indispensable, y se celebró en bajo precio, podrá deducir y exigir todo lo que valia el ganado al tiempo del contrato.

1 Ayor. part. 3. quest. 30. num. 106 al principio.

CAPITULO SEPTIMO.

Deduccion de las deudas; ¿cuales habrán de bajarse del caudal inventariado? ¿De donde se deducirán los derechos de inventario y particion, y si al heredero que defendió la herencia ó mejoró los bienes de ella, habrán de pagarse las expensas que hizo?

§. 1. Las deudas legítimas y verdaderas, contraidas durante el matrimonio por razon de la sociedad conyugal, han de pagarse de los gananciales.

2. Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sugeto alguna cantidad, si por otro medio legal consta la deuda, deberá deducirse del cuerpo de bienes; pero no constando asi, ¿que deberá hacerse?

3. Entre las deudas que deben bajarse del caudal comun se cuentan los salarios de los criados.

4. Se han de bajar igualmente del cuerpo del caudal los gastos útiles y necesarios que hizo alguno de los herederos en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia.

5. ¿Si habrán de pagarse al heredero que posee la herencia (estando los demas ausentes) los gastos que hiciere en defenderla cuando otro pretenda quitársela?

6. Si el heredero presente, que no posee la herencia la pide toda para si, creyendo que no hubiese otro heredero, y despues pareciere este, le aprovechará la sentencia favorable dada á favor del otro para percibir la parte que le corresponda.

7. No se deben bajar del caudal comun las deudas, cargas y responsabilidades que hubiere contraido cualquiera de los dos consortes antes de casarse, ó que estaban impuestas contra sus fincas; y en caso de hallarse alguna de las de la herencia gravada con censo enfitéutico perpetuo, ¿que deberá deducirse?

8 y 9. Modo de deducir las deudas que tenga contra sí cada consorte.

10 y 11. ¿De donde habrá de rebajarse lo que la muger ó el marido hayan gastado respectivamente en mantener á sus padres pobres?

12 y 13. ¿De donde se han de deducir y como habrán de satisfacerse los gastos de inventario, particion y demas, hasta que á cada partícipe se entregue el testimonio de su haber ó adjudicacion?

14. ¿Quien habrá de satisfacer los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo de algun heredero menor, loco ó fatuo, ó del defensor del ausente?

1. Deducidos del caudal inventariado los bienes efectivos que los consortes llevaron al matrimonio al tiempo de contraerlo ó despues, ó bien el importe de ellos, se deben bajar las deudas legítimas y verdaderas que esten sin satisfacer, y que el marido solo, ó su muger con permiso de él, ó ambos juntos, contrajeron por razon de la sociedad conyugal, mientras estuvieron casados solamente, las cuales han de pagarse de los gananciales que haya. Asi lo disponen la ley 14, título 20, libro 3 del Fuero Real, que está en uso, y dice: »Todo deudo que marido é muger ficieren en uno, páguenlo otrosí en uno." Y la 207 del Estilo, cuyas son estas palabras: »Todo el deudo que el marido y la muger ficieren en uno, páguenlo otrosí en uno. Y es á saber, que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es á la meitad de la deuda." Por deudas no solo se entienden las que provienen de préstamo, arrendamiento, fianza, depósito, compañía, venta ú otro contrato semejante, sino tambien los censos, cargas y responsabilidades á que están afectos é hipotecados los bienes raices de ambos cónyuges, pues solo lo líquido, como efectivo, es lo partible, y lo que se llama herencia. Y si habiéndolas contraido marido y muger *in solidum*, demandaren á esta por el todo sus acreedores, debe pagarlas enteramente en cuanto alcancen los gananciales, como lo ordena dicha ley 207 del Estilo.

2. Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sugeto cierta cantidad, y mandando que sus herederos se la paguen, si por otro medio legal consta la deuda, debe deducirse del cuerpo de bienes, como verdadera (1), ya sean legítimos ó extraños sus herederos; pero no constando, se distingue: si estos son extraños, se bajará del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando aquel lo contrario, ya sea cierta ó incierta, y la acredite ó no por otro medio; porque á ninguno se debe legítima, y asi deben contentarse con lo que les deje, sin inspeccionar la certidumbre ó incertidumbre de ella; pero si son

1 Se entiende si fue contraida durante el matrimonio por razon de la sociedad conyugal, pues si era deuda que el marido contrajo antes de casarse, deberá deducirse de sus bienes propios, como se dirá despues.

legítimos, se deducirá del quinto ó tercio (segun sean), aunque el testador la jure, porque su mera confesion, aunque sea jurada, no les perjudica, y asi se estima como legado, el cual se debe deducir de ellos en cuanto quepa (1).

3. Entre las deudas que se deben bajar del caudal comun se cuentan los salarios de los criados: por lo que si un hijo ó hijastro, en el tiempo y caso que se le debia dar salario, sirvió á su madre ó padrastro, excusándole un criado, y mientras vivieron estos no lo pidió, y despues de su muerte pretende su satisfaccion, se le debe pagar el devengado mientras los estuvo sirviendo. No obstará que se hayan pasado muchos mas años de los tres que la ley (2) prescribe á los criados para pedir sus salarios; pues la prescripcion para con los hijos empieza desde la muerte, porque en vida ni acostumbran pedirlos por reverencia y respeto, ni es bien visto que demanden á sus padres por ellos (3). Mas para que no se presuma que los sirvieron por piedad y obsequio, y si con ánimo de repetir su salario, conviene que asi lo protesten; en cuyo caso no se dudará que se les deben, bien que sirviendo á su padrastro ó hermano, no necesitan protestarlo, porque cesa la razon de obsequio y piedad que hay respecto de sus madres (4).

4. Se han de bajar igualmente del cuerpo de caudal los gastos útiles y necesarios, que del suyo privativo hizo alguno de los herederos en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia durante la proindivision, y aplicársele íntegramente como acreedor; y si no se bajaren, le deben satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes, hecho el cómputo entre estos y el que los adelantó, porque cedieron en beneficio de todos, pues lo mismo se practica en la sociedad convencional (5). Y si habiéndoles interpelado judicial ó extrajudicialmente para su pago, no lo verificasen, le deberán satisfacer desde la interpelacion los justos intereses que á no haber expendido su dinero en los bienes de la herencia, pudiera haber ganado empleándolo en otra cosa ó negocio (6).

5. Si alguno de los herederos que posee la herencia estando los demas ausentes hiciere gastos en defenderla por querer qui-

1 Ayor. *de partition.* part 2. quæst. 37. num 36.
2 Ley 10. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.
3 Flores de Mena lib. 1. *Var.* quæst. 8. §. 2. num. 53 y 54. Gom. en la ley 29 de Toro, num. 24. vers. *Ex quo subinfertur.* Ayor. part. 3. quæst. 2 y 3.
4 Parlad. lib. 1. *Rer. quotidian.* cap. 19. num. 5.
5 Ley 16. tit. 10. Part. 5.
6 Ley 18 §. 3. *His consecuenter*, ff. *Familiæ erciscundæ.* Ayor *de partition.* part. 3. quæst. 20.

társe la otro pariente ó extraño, pretextando ser bienes suyos, ó por otros motivos, parece que los coherederos si luego que vienen piden sus partes, deberán abonarle proporcionalmente los hechos en su defensa, porque á no haberlos hecho, nada tendrian que tomar, antes sí que gastar en recuperarlas si las querian. Pero no obstante no estarán obligados en rigor de justicia á abonarle cosa alguna de su importe: lo primero, porque no los hizo por su mandado, y así no le compete contra ellos la accion de *mandato*, sino la de procurador voluntario que se da contra el que cuidó de los negocios del ausente ó ignorante sin su mandato: y lo segundo, porque los hizo por su privativa utilidad en defender su parte y no la de los coherederos; por lo que solo en el caso de haber satisfecho algunos mas por la defensa de todos, deberán abonarle el exceso (1) (*).

6. Si el hermano ó heredero presente que no poseía la herencia, la pidió toda para sí á quien la tenia, diciendo ser único heredero, por haber fallecido otro que se habia ausentado, y despues de obtenida en juicio parece el coheredero ausente pretendiendo la mitad, y el presente se resiste á entregársela bajo el pretexto de haberse declarado solamente á su favor, y no al del coheredero que no litigó: en este caso deberá cederle su derecho por mitad para que la perciba de los poseedores; y si está en posesion de ella entregársela, pues la sentencia aprovecha

(1) Ley *Ex parte*, 39, al principio ff. *Familiæ erciscundæ*. Ayer. part. 3. quæst. 18.

(*) El reformador del Febrero impugna la doctrina sentada por el autor en este parrafo, diciendo que si el heredero que defendió la herencia sabia ó presumía tener coherederos ausentes, no debe dudarse que aunque hizo dichos gastos por la propia utilidad, los hizo asimismo por la de aquellos, y con ánimo de recuperar la parte que les correspondiese si acaso parecian solicitando lo que les tocaba de la herencia, en cuya atencion se hallan obligados por un cuasicontrato; y en apoyo de esto cita las leyes 26 y 33. título 12. Part. 5, las cuales en realidad no hablan del caso presente. El adicionador del Febrero impugnando al señor Gutierrez sostiene la doctrina del autor; pero ni uno ni otro observaron la contradiccion en que incurrió Febrero. Propone este la cuestion, si los coherederos ausentes deberán abonar proporcionalmente los gastos hechos en la defensa de sus partes ó porciones: y resuelve que en rigor de justicia no estan obligados á abonarle cosa alguna de su importe; y una de las dos razones que alega es, que el defensor de la herencia lo hizo por su privativa utilidad en defender su parte y no la de los otros, añadiendo luego que en caso de haber satisfecho algunos mas gastos por la defensa de todos, deberán abonarle el exceso. Es evidente, pues, que ó la cuestion está mal propuesta, ó la resolucion no es correspondiente á ella. Si en rigor de justicia no estan obligados los coherederos á abonar cosa alguna, ¿como se dice luego que deberán satisfacer al defensor los gastos que hubiere hecho por la defensa de todos? Esta es una contradiccion palpable: atengámonos, pues, no á los términos en que la cuestion se halla propuesta, sino á la resolucion, que es equitativa: esto es, que los coherederos deberán abonar proporcionalmente los gastos hechos en la defensa de todos, segun aquel trillado principio de derecho: que nadie debe lucrarse con perjuicio ó menoscabo de otro.

al coheredero segun derecho, pagándole las costas causadas á proporcion (1).

7. No se deben bajar del caudal comun las deudas, cargas y responsabilidades que cualquiera de los dos contrajo y tenia antes de casarse, ó que contra sus fincas estaban impuestas, pues cada uno está obligado á satisfacerlas del suyo propio y privativo, y de él se han de deducir, como lo dispone la misma ley (2); porque de bajarse de aquel, y no de este, resultaria que el otro cónyuge que no las habia contraido pagaba indebidamente la mitad, en la que se le perjudicaba; y que el verdadero deudor, debiendo satisfacerlas íntegramente, se beneficiaba en ella, y se lucraba en detrimento del que no lo era, lo cual prohibe justamente el derecho (3). Es de advertir, que si alguna de las fincas de la herencia se hallare gravada con censo enfitéutico perpetuo, y se hallare en la Corte, se han de deducir de su valor el duplo capital del canon ó réditos anuales que paga, y despues tres laudemios ó cincuentenas, que es un seis por ciento del residuo que quede bajada la carga real, farol y alumbrado y duplo capital, pues se debe aplicar libre del enfiteusis, à diferencia de cuando se vende, que entonces se abona solamente el duplo capital y la cincuentena que por la venta se causa y toca percibir al dueño del dominio directo; excepto que el comprador pacte que se le ha de dar libre enteramente de esta carga, como si nunca lo hubiera tenido; en cuyo caso se le deben abonar cuatro cincuentenas y el duplo capital, ó redimirle antes de la venta por este, y por las tres, que es lo que conviene practicar para no gastar tanto. Si se halla fuera de la Corte, servirá de regla la escritura primitiva de su constitucion; y si no la hubiere, ó aunque la haya, si no se expresare en ella lo que se ha de practicar, se observará la costumbre del pueblo; y lo líquido sobrante de su valor se aplicará al interesado.

8. El modo de deducir las deudas que cada uno tenia contra sí, es este: lleva el marido al matrimonio veinte mil reales de caudal, y se verifica luego que debia cuatro mil que se omitió bajarlos del total, ó se le quita en juicio alguna finca que los valia, ó esta se hallaba afecta á un censo, ó responsabilidad de igual suma que ambos redimieron. En este caso, lo que realmente llevó son dieziseis mil reales; y estos y no mas son los que se han de estimar por legítimo y efectivo capital suyo, y

1 Ayor. dicha part. 3. quæst. 19. *de partition.*

2 Ley 14. tit. 20. lib. 3 del Fuero Real.

3 Ley 13. tit. 33. Part. 7.

deducir despues de la dote y demas bienes de la muger, y antes que los gananciales, refiriendo en el correspondiente presupuesto de la particion el motivo por que no se bajan los veinte mil íntegros, y lo mismo se debe practicar con la muger. Lo propio milita en cuanto á las cargas de los bienes raices, excepto que al tiempo de contraer matrimonio se hubiesen bajado y puesto solo lo líquido por dote ó capital, pues entonces por este se han de inventariar, y para la division estimar por efectivo caudal sin deduccion.

9. Si ningun caudal lleva uno de los contrayentes cuando se casa, antes sí deudas, las cuales se pagan del adquirido durante el matrimonio, esto menos debe haber, y le tocará de gananciales. El modo de formar con justificacion la cuenta, es agregar numéricamente el importe de ellas al de estos como si existiera; y hecho una suma, dividirlas por mitad, y entregar á su consorte la suya en bienes efectivos, y al deudor el resto, aplicándole en vacio ó entrada por salida el de las deudas satisfechas; pues á no haberlas tenido no hubiera que pagarlas, y su importe existiria en el caudal: v. gr. hay de gananciales diez mil reales, y se pagaron cuatro mil que estaba debiendo, los cuales juntos suman catorce mil, de los que tocan siete mil á cada uno. En este caso el deudor no llevará mas que tres mil, que unidos á los cuatro mil que debia y se satisficieron, componen los siete mil efectivos; pues de girarse la cuenta partiendo solamente los diez mil existentes, y no haciendo mérito de los cuatro mil pagados, llevaria el deudor nueve mil, los cuatro que para pago de sus deudas habian salido del caudal, y los cinco que percibia efectivos, y el otro cónyuge no mas que cinco mil, debiendo percibir los siete: por cuya cuenta quedaba perjudicado este en dos mil que recibia de menos, y aquel llevaba otros dos mil de mas, cuyas dos partidas componen los cuatro mil sacados del caudal que injustamente se refundian en su beneficio. Si no se quiere formar así la cuenta, se separará para el cónyuge, que nada debia, otro tanto como durante el matrimonio se pagó por las deudas del otro, y luego se dividirá igualmente el resto entre ambos: en el mismo ejemplo se separan cuatro mil para el consorte, y se dividen con igualdad los seis mil entre los dos, y la propia cuenta sale; porque al deudor se aplican en vacío, como recibidos antes, los otros cuatro mil, y efectiva y realmente los tres mil, mitad de los seis mil que restan, deducidos otros cuatro mil para entregar al otro conyuge; y percibe cada uno los siete mil que le tocan. Por tanto, es menester gran cui-

dado en hacer las deducciones generales y particulares, pues si se hacen del caudal que no se debe, ò del modo que no corresponde, se pueden causar muchos perjuicios, y pagará quien no está obligado, lo cual despues del punto de derecho es la mayor dificultad de una particion, previniendo que en las deducciones generales todos los interesados pagan à prorata de su haber.

10. Ofrécese ahora la cuestion siguiente: ¿de donde habrá de deducirse lo que la muger casada haya gastado en mantener à sus padres pobres? Es indudable que segun el derecho natural y positivo (1) tiene esta obligacion pudiendo hacerlo, aun cuando la madre pase à segundas nupcias si el marido no puede mantenerla (2); pero no lo es que el gasto de la manutencion deba deducirse de los gananciales. Matienzo (3) lleva la opinion contraria, fundándose en que si el débito voluntario contraido por marido y muger durante su matrimonio se deduce de ellos, con mayor razon deberá deducirse el necesario, cual es el de dichos alimentos, una vez que corresponde la mitad à la muger; pero yo soy de parecer que no probándose, ò no pudiéndose conjeturar que el ánimo del marido fue condonarlos y no cargarlos á su muger, y contribuir por piedad à los padres de esta con ellos, debe sacarse el expresado gasto de los bienes que la pertenezcan: lo primero, porque la referida obligacion es peculiar y privativa de la muger, y no comprende al marido por no ser hijo ni consanguíneo de aquellos: lo segundo, porque esta deuda y obligacion se contraen antes del matrimonio por el hecho de haber sido engendrada, criada y alimentada la muger por sus padres; y los débitos contraidos antes no se deben satisfacer de los gananciales, sino de los bienes propios del que los contrajo, segun queda sentado: lo tercero, porque aunque el débito contraido por uno de los socios durante la sociedad se debe pagar y deducir del cuerpo del caudal multiplicado en ella (4); esto se entiende cuando se contrajo por razon de los negocios de la misma sociedad, mas no por el propio y privativo del socio; y lo cuarto, porque la sociedad conyugal no lo es de todos los bienes de los cónyujes en los reinos de Castilla, como en el de Portugal en donde se observa el fuero denominado del *bailio*, sino tan solo de lo que se lucra y adquiere mientras dura, por lo que es sociedad singular, en la cual todo lo que el socio ex-

1 Ley 2 al fin. tit. 19. Part. 4.
2 Lara *de alim.* in leg. *Si quis á liberis*, §. *Si quis ex his*, num. 273 y sig.
3 En la glos. 7. num. 10 de la ley 3. tit. 9 lib. 5. Recop. que es la 2. tit. 4. lib. 10 de la Novis.
4 Ley 16. tit. 10. Part. 5.

pende del caudal comun en alimentar à su muger è hijos, se le imputa privativamente, como se observa tambien entre los hermanos singulares socios, para que se guarde igualdad, y ninguno se enriquezca con detrimento del otro, pues no se presume donacion à menos que se pruebe; por consiguiente lo propio se debe practicar con la muger por lo respectivo à los alimentos que suministra à sus padres. Asi que la opinion de Matienzo debe entenderse cuando se permite al marido restituir durante el matrimonio á su muger la dote para que se alimente y á los suyos en los casos que el derecho prescribe.

11. Lo mismo que se ha dicho en cuanto á la muger procede respecto del marido; por lo que si este mantiene á su padre ò madre, ò alimenta ò dota algun hijo de su primer matrimonio durante el segundo, deberá imputársele en cuenta de su haber el importe de los alimentos y dotacion; bien que lo expuesto, háblese de la muger ò del marido, se entiende no pactándose lo contrario al tiempo de casarse, ò no reclamando su parte el otro cónyuge, como regularmente sucede, pues por razon de piedad, y por otras que suelen intervenir, muy rara vez se reclaman los alimentos de hijos ni padres, ni es bien visto que se reclamen, respecto à que cuando se casan entran en el matrimonio con este conocimiento, y no pueden alegar ignorancia ni engaño.

12. Ninguna ley ni autor he visto que digan de donde han de satisfacerse los derechos de inventario, tasacion, particion, aprobacion y demas que ocurren hasta que à cada partícipe se entrega el testimonio de su haber ò adjudicacion. En este punto suelen algunos causar no leves perjuicios à los interesados, y para evitarlos digo: que si el marido muere, y no llevó capital ni su muger dote, y por consiguiente todos los bienes son gananciales, se deben pagar unos y otros derechos en esta forma: la viuda pagará la mitad de todo, como socio interesado en ella, y los herederos del marido la otra mitad; y si este la legó el quinto ò tercio ú otra cuota, satisfará tambien à proporcion de esto; pero aunque la toquen arras de cantidad cierta, por habérselas ofrecido su marido, nada mas debe pagar por esta razon, porque las arras son deuda contra sus bienes, que debe cobrar como acreedora sin desfalco, y no herencia, utilidad ni lucro de la sociedad. Lo propio milita para con el lecho cotidiano que la ley la concede, y el luto que los herederos deben darla (1),

1 Véase el capitulo 12 de este título, donde se trata de la deduccion de las arras, del luto y lecho cotidiano.

pues nada de estas cosas percibe como ganancial, sino como débito. Si llevó la muger dote ú otros bienes al matrimonio, y hay gananciales, se debe practicar lo mismo que con las arras ciertas, luto y lecho, porque en cuanto à ellos es igualmente acreedora contra los de su marido, y no interesada como socio; por cuya razon, y por la de no percibir bajo este respecto utilidad alguna de la sociedad, no se debe tener consideracion à su haber patrimonial, que estan obligados á satisfacerla efectivamente sin dispendio los bienes de la herencia, aunque nada quede á los hijos ò herederos del difunto, pues para reintegrarla de su crédito no es necesario hacer inventario, tasacion ni particion, puesto que es líquido; y asi pagará solamente por lo que la toque de gananciales à proporcion. Y si no hay gananciales nada debe pagar la viuda por las razones expuestas, y si solo legándola su marido el quinto ú otra cuota de la herencia, satisfará à prorata de lo que por esta causa perciba, porque en esta parte se la contempla como heredera, se utiliza en cuota considerable de los bienes del difunto; y para saber à cuanto asciende es indispensable hacer inventario, tasacion, liquidacion y deduccion: lo cual no procede en los legatarios de cosa específica, ò cantidad determinada, porque para su entrega nada de esto es preciso practicar.

13. Por lo respectivo ó los herederos hay que distinguir tambien. Si todos son instituidos, es indudable que deben pagar con igualdad, porque perciben igual utilidad; pero si alguno ò algunos son mejorados en el tercio ò quinto, ò en ambos, ò por ser extraños estan instituidos en porciones diversas, deben satisfacer á prorata de su haber los gastos y derechos referidos; pues asi como llevan la ganancia, deben sufrir el gravamen, como en toda sociedad convencional se practica; porque mayor trabajo se tiene en el prorateo y respectiva aplicacion al que mas lleva que al que menos, y asi se debe formar otra igual cuenta para la exaccion y repartimiento de ellos. Por otra parte es indudable que á saberse á cuanto ascendian antes de evacuar la particion se bajarian del cuerpo del caudal, como deuda contra los socios interesados en él, al modo que las demas, y entonces pagaba cada uno en la forma expuesta. En cuanto á los derechos de sacar los títulos y papeles que falten de alguna ò algunas fincas de la herencia, ò de la que se divide entre dos ò mas, digo, que ya haya ò no mejora, deben deducirse del cuerpo del caudal, porque si el testador los hubiera sacado esto menos dejaria, y puesto que no lo hizo ni dividió sus bienes de modo

que no fuese preciso sacar copias de los de alguna ò algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todos las paguen.

14. Los derechos de discernimiento de tutela, curaduria, defensoría, asistencia y trabajo del curador de algun heredero menor, loco, fatuo ó desmemoriado, ò del defensor de ausente, no se comprenden en los referidos; pues estos, como peculiares y privativos suyos, los deben satisfacer á mas de los que en el concepto de herederos ò mejorados, si lo fuesen, les tocan; lo cual prevendrá el contador por declaracion al fin de la particion, para que la tasacion se ejecute en los respectivos términos expuestos, pues asi conviene; y en virtud de mandato judicial se practicó en la que de los bienes muy cuantiosos de un Grande (en que habia mejora, dote, menores y gananciales) formalicé en la Corte, no obstante el abuso de igualdad introducido por la ignorancia, y con mi dictamen se practicó en otras particiones, habiéndose aprobado como justo, racional y equitativo, y asi se observa.

CAPITULO OCTAVO.

Del modo de dividir entre un consorte y los herederos del difunto los gananciales adquiridos durante su matrimonio, y mientras esté la herencia proindiviso.

§. 1. Los gananciales deben dividirse por mitad entre los dos consortes.

2, 3 y 4. Modo de dividir entre estos la estimacion, ò el valor de los oficios de regidor, escribano y otros enagenados de la corona que compren durante el matrimonio.

5. ¿Como se debe hacer la particion de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, y de la que recupera en virtud del pacto de retroventa?

6. Division de los partos de las siervas dotales de la muger, y de las crias de los animales productivos.

7. ¿Si se han de dividir como gananciales las cosas que los parientes del marido regalan à su muger al tiempo de casarse ò despues, ò los de esta à aquel?

8. y 9. ¿Si habrán de dividirse como gananciales los réditos de censo, usufructo, pension, legado anual ò renta vitalicia que la muger lleva en dote al matrimonio?

10. Si la muger hubiere sido partícipe en la negociacion ò arrendamiento que su difunto marido hubiese contraido con alguno, dividirá con los herederos de este la porcion ò parte que le tocaba.

11. Si entre el socio y los herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ò expresamente la sociedad, debe corresponder à todos los que negociaron, sea util ò perjudicial.

12. Habiendo sido el marido arrendador de alcabalas ú otros derechos Reales, ¿si se comunicarán à su viuda las utilidades ò pérdidas del arrendamiento despues que aquel falleció?

13. ¿Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ò comercio, se le comunicarán las utilidades y pérdidas que haya en dicho giro ò tráfico?

14. ¿Si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos de aquel por mitad ó à prorata?

15 hasta el 23. Modo de hacer la

division de los gananciales entre hijos de dos ò mas matrimonios, ò entre la muger última y los de la anterior.

24 hasta el 28. Casos en que no se comunican los gananciales à los consortes y observaciones que debe tener presentes el contador en esta materia.

29. ¿Si la muger disuelto el matrimonio podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó de sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que la tocan?

30. Probando la muger ó sus herederos que el marido enagenó los gananciales con ánimo de defraudarla, ¿que deberá hacerse?

31 hasta el 33. ¿Si donando el marido ò consumiendo los gananciales en el juego ù otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ò disipó?

34. Para la division de gananciales se ha de tener presente la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio, con tal que se hallen en el mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues de lo contrario se ha de estar à la costumbre de aquel en que se domiciliaren.

1. Deducidos los bienes que el marido y su muger hubieren puesto por fondo en la sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, como tambien las deudas contraidas durante el matrimonio, en la forma y términos explicados en los capítulos anteriores, resulta como utilidad ò incremento de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial ò multiplicado debe comunicarse en los reinos de Castilla, y dividirse por mitad entre los dos consortes, si viven juntos, segun lo ordena la ley 1.ª, titulo 4, libro 10. Nov. Rec. que dice: »Toda cosa que el marido y la muger ganaren ò compraren estando de consuno, háyanlo ambos por medio; y si fuere donadío del Rey, y lo diere á ambos, háyanlo marido y muger; y si lo dieren al uno, háyalo solo aquel á quien lo diere."

2. En el capítulo 8, título 2, libro 1.º se trató de los bienes gananciales, reservando para este lugar todo lo relativo à la division de ellos, y ciertas cuestiones que debe tener presentes el contador para el acierto de aquella. Allí se dijo entre otras cosas que es comunicable entre los consortes la estimacion ò valor de los oficios de regidor, escribano y otros enagenados de la Corona que compran durante el matrimonio. Así es que

si la muger fallece con hijos, se vuelve á casar el viudo, muere dejándolos tambien del segundo matrimonio, y existe el oficio al tiempo de su muerte, llevarán los del primero su mitad con su aumento intrínseco, como parte de herencia materna, y partirán con sus medios hermanos la otra mitad, como herederos tódos de un mismo padre; lo cual se practica y debe practicar no solo con esta clase de bienes, sino tambien indistintamente con otros cualesquiera comprados ò adquiridos por ambos durante su sociedad, excepto que los interesados se convengan en lo contrario, como siendo mayores de veinticinco años pueden hacerlo. Lo propio milita en el derecho de patronato que adquirió el marido durante el matrimonio por fundacion, dotacion ò construccion de alguna iglesia, pues tambien se comunica á entrambos (1).

3. Supuesto ser comunicable entre los conyuges la estimacion ò valor de los referidos oficios comprados constante el matrimonio, se duda ¿si habiendo comprado alguno el marido antes de casarse, pero no pagado enteramente su precio; ó si estando gravado con algun censo, se casa, y despues con el dinero dotal de su muger acaba de pagarle, ó redime el censo, tendrá parte la muger en el mismo oficio por la subrogacion de su dinero con que se acabo de pagar ó redimió el gravamen; como tambien si el aumento ó mayor valor que tenga al tiempo de la disolucion del matrimonio será ganancial, y de consiguiente comunicable?

4. Tocante à lo primero, aunque es indudable que lo que se compra con el dinero dotal se considera dotal, y lo comprado se subroga en el precio dado por ello, segun ya he dicho (2); sin embargo no sucede asi en el presente caso, porque no se compró durante el matrimonio, como lo exige la ley 49, título 5, Partida 5 (*), sino tan solo se pagó lo que se debia, y por la mera solucion no se trasfiere el dominio à la muger. En orden à lo segundo, el mayor valor que tenga el oficio no será comunicable, y tocará únicamente à su dueño, porque no se adquirió con el trabajo ni industria de ambos, ni ellos se le dieron, sino el tiempo, o tal vez ya le tenia cuando le compró, aunque se le hubiese vendido en menor precio; en cuya atencion se le aplicará por aquel en que se le vendió, asi como si valiere menos;

1 Matienz. ley 5. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 6. num. 5.

2 Véase el cap. 4. § 9.

* Asi lo dan á entender estas palabras: »O si fuesen los dineros de la dote de alguna muger, é su marido con voluntad de ella ficiesse la compra.«

pues del mismo modo que cuando el aumento ó mejora sobreviene à una cosa del socio por su naturaleza, por el tiempo ó por otra causa accidental, no se comunica à los demas socios, tampoco se debe comunicar este aumento intrínseco à los cónyuges cuando el fundo se hizo de mayor valor por dichos motivos (1). Lo mismo procede y creo que se debe practicar cuando consta que uno de los cónyuges llevó à su matrimonio dinero suficiente para comprar algun oficio ó finca, y el otro ninguno, ni bienes con cuyo producto vendiéndolos se pudiese comprar, ó aunque los llevase resulta existir sin vender, y à poco tiempo de casados compra el oficio ó finca, v. gr. por veinte, expresando ser con dicho dinero, y al de la muerte del uno se tasa en sesenta; pues aunque parece que este aumento intrínseco debe agregarse á la sociedad, por haberse comprado el oficio durante ella, tocará solamente al dueño del dinero, porque es visto haberse comprado con él y subrogádose en su lugar; y el otro cónyuge, como que ni le tenia para comprarle, ni puso trabajo en su incremento, à nada tendrá derecho, ni tampoco participará de su decremento, si por solo el tiempo le padeciere, excepto que ambos pacten otra cosa (*).

5. En el párrafo 17 del citado capítulo 8, título 2, lib. 1.º se dijo que es comunicable entre los dos consortes el precio de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre. En orden à la particion, digo que aun cuando el valor de este fundo retraido se inventarie y considere (segun debe hacerse) como aumento del caudal de ambos para saber à cuanto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos, sino aplicarse íntegro al marido, como dueño, en parte de pago de su mitad de gananciales, y por su muerte á sus herederos, adjudicando á la muger otra cosa por la mitad que le corresponde de su valor; pues à ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlos al otro sin que preceda su consentimiento, ó que no se le pueda hacer pago de su haber en otros términos. Asimismo se ha de aplicar al marido la finca que recupera en virtud del pacto de retrovendendo (cuyo precio es tambien comunicable,

1 Matienz. ley 2. tit. 9. lib 5. Rec. glos *, num. 88.

* Podria decirse que habiéndose comprado el oficio durante el matrimonio, debe ser comunicable el aumento de su valor, pues todo lo que se adquiera con el dinero de un consorte corresponde á la sociedad conyugal, sin atenderse á si el otro cónyuge tenia asimismo dinero, ó á si concurrió con un trabajo á la adquisicion; y dicho aumento viene á ser un fruto sino inmediato, mediato del precio porque se compró. *Febrero reformado.*

segun se dijo en dicho capítulo 8, párrafo 17.) debiendo observar el contador en la adjudicacion, lo expuesto acerca de la retraida por derecho de consanguinidad.

6. Aunque por derecho antiguo no hacia suyos el marido exclusivamente los partos de las siervas dotales de su muger, ni los de los rebaños ó animales productivos, à menos que se hiciere responsable de su deterioro ó pérdida (1), ni se dividian con él, antes bien pertenecian à su muger, ya nacieren durante el matrimonio, ó despues del divorcio (2); no obstante hoy segun nuestras leyes que estan en uso, los partos de las siervas de cualquiera de los consortes son comunicables à entrambos, porque se consideran como frutos (3), y asi como si la esclava se muere, debe resarcirse su precio de los gananciales: asi tambien su parto se debe dividir, porque quien está à la utilidad ó provecho, debe estar tambien al daño, y al contrario. Lo propio milita respecto de los partos ó crias de los animales productivos (4).

7. Acerca del caso en que los parientes del marido regalan à su muger al tiempo de casarse ó despues algunas joyas, vestidos, dinero ú otra cosa, ó por el contrario los de esta à aquel; para saber si estos bienes ó su importe se estimarán por capital del donatario, ó de aquel por cuya contemplacion se dan, ó serán comunicables à entrambos, tendrá presente el contador lo que se dijo en el párrafo 18 del citado capítulo 8, título 2, libro 1, à donde me remito.

8. Hay dos opiniones sobre si los réditos de censo, usufructo, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva en dote el matrimonio, son comunicables al marido, como frutos conyugales, ó está obligado á restituírselos, como bienes dotales, disuelto el matrimonio. La mas corriente es que no lo son: lo primero, porque ya sean constituidos en última voluntad, en cuyo caso son muchos legados anuales, ya en contrato, y entonces es una estipulacion y contrato (*); si el marido los hiciese suyos se consumiria la dote, lo cual resiste el derecho

1 Ley 1. Cod. *Solut. matrimon.* y 20. tit. 11. Part. 4.

2 Ley *Si marito*, 32. §. fin. ff. *Solut. matrimon.*

3 ley 7. ff. *de usufruct.* y 5. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. y en ella Matienz. glos. 5. Greg. Lop. en la ley 30 tit. 14. Part. 4.

4 Siendo ya entre nosotros casi desconocida la servidumbre, rara vez ocurrirá el caso de haber de partir el fruto racional de una sierva, que inhumanamente se consideró en otro tiempo para este y otros efectos civiles como la cria de un animal.

* Esta diferencia de ser muchos los legados y uno solo el contrato en el caso de que se habla, no se funda en sólidas razones, sino en sutilezas del derecho romano, ni sirve para dar claridad sino para confundir; y asi entre nosotros no hay para que hacer nunca mencion de ella. Atién-

por convenir esten dotadas todas las mugeres para fomento de la sociedad conyugal: lo segundo, porque los frutos que consumen la sustancia de la cosa no pertenecen al marido, y los expresados son de tal naturaleza: lo tercero, porque en el usufructo de todos los bienes se comprenden los frutos é intereses del dinero que se debe, mas no el mismo dinero, y asi el marido no podrá usar de dichos réditos y hacerlos suyos sin la obligacion de restituirlos, porque son capital, y consumidos nada queda; y lo cuarto, porque asi como llevando la muger en dote no estimada una cantera, pedrera ú otra cosa que no crece ni en que renace por su naturaleza lo que se corta ó saca de ella ni puede haber otro producto (aunque asimismo puede durar algunos años la extraccion), no adquiere el marido las piedras extraidas porque no son frutos, y debe restituir á su muger el importe de ellas, excepto en el caso que expresaré en el capítulo 10, párrafo 14 (1); asi tambien si los expresados réditos se consumen, aunque la pension dure muchos años, debe el marido restituirlos como dotales. La opinion contraria es que el marido los hace suyos sin estar obligado á su restitucion, porque se le conceden para ayudar à sostener las cargas matrimoniales, y que por tanto se comunican entre ambos cónyuges como otros cualesquiera frutos ó réditos, sobre lo cual pueden verse los autores que se citan (2).

9. Mas yo distinguiendo digo, que si los réditos, legado ó pension se concedieron à la muger por ciertos y limitados años, ó por los de la vida del donante ó por los del marido solamente, debe este restituirlos, ó lo que perciba de ellos, porque en este caso es como una deuda y obligacion de satisfacer anualmente su importe total, y acabado el tiempo de su concesion, nada queda á la muger en propiedad ni usufructo, asi como cuando lleva en dote alguna deuda que ha de pagarse á plazos iguales y ciertos, y lo propio milita en el usufructo por tiempo determinado (3). Pero si la muger tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada debe restituirla el marido, porque tal derecho es la propiedad que lleva por dote, y lo que anualmente percibe son frutos, emolumentos y comodidad de aquel derecho insepara-

danse las palabras del legado y del contrato, las cosas sobre que estas recaen, y las circunstancias de las personas y sus fines; y no será menester mas para decidir cualquiera duda que ocurra sobre ellos. *Febrero reformado.*

1 Ley 27. tit. 11. Part. 4. Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 35. num. 2 y 6.

2 García *de conjugali acquæstu*, num. 172. Gutierr. cap. 35. cit. Spino *Specul. testam.* glos. 13. num. 66.

3 Rodrig. *de annuis reditib.* lib. 1. quæst. 3. num. 15.

ble, permanente é inalienable, que viene á ser á semejanza de la propiedad de finca vinculada, de que no puede disponer el poseedor, cuyos frutos son del marido; y aunque este muera, continúa en la muger, y no se constituye de peor condicion que la que tenia antes de casarse, ni queda indotada para volverse á casar. Solamente en el caso y en los términos propuestos en el libro 1, título 2, capítulo 5, párrafo 19, estará obligado á restituir los que justamente se pacten, porque es visto haberlos renunciado á favor de la muger y querido privarse de ellos, lo cual no le está prohibido. Lo mismo digo cuando la muger lleva en dote algun empleo que el marido debe servir, y por muerte de este puede ejercer otro con quien se case, como expresé en el párrafo citado. Y cuando se da á la muger un predio en dote para sustentar con sus frutos las cargas matrimoniales, ó se le promete para este efecto cierta cantidad anual, no debe colacionar los frutos ni esta, porque son alimentos, los cuales no son colacionables como el predio (1), à menos que se pacte lo contrario al tiempo de su donacion ó promesa.

10. Por muerte del marido cesa la sociedad de todos sus bienes, ó de cierta negociacion ó arrendamiento que hubiese contraido con alguno; y si la muger era partícipe en ella, dividirá la porcion que tocaba al marido con los herederos de este, segun se hace en la convencional cuando uno de los socios admite en ella á otro sin consentimiento de los consocios, pues este no lo es sino solamente del que le admitió; ya porque la sociedad se contrae con el consentimiento, y como no puede ser mi consocio el que no quise que lo fuese, tampoco puede llamarse asi el compañero del mio; ya porque la sociedad de muchos se disuelve con la muerte del uno, y el heredero del socio no sucede en ella; y ya porque no puede contraerse sociedad de modo que pase á los herederos (2); y si se contrae no valdrá en cuanto à estos, á menos que la reiteren con su nuevo consentimiento expreso ó tácito (3), ó que sea sociedad de alcabalas ú otras rentas ó derechos públicos, porque esta no espira con la muerte del socio, si al tiempo de contraerla se hizo mencion del heredero, y antes bien pasa á este, excepto que fallezca el socio, cuya industria se eligió, y su heredero no sea igualmente idóneo para su gobierno y manejo (4).

11. Si entre el socio y herederos del marido difunto y su

1 Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 35. num. 7.
2 Ley 1 y 10. tit. 10. Part. 5.
3 Ley 1 y ult. tit. 10. Part. 5.
4 Matienz. ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. glos. 1 num. 18.

viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder à todos lo que hicieron con el nuevo consentimiento, sea util ó nocivo; y aunque no se haya contraido nueva sociedad ni intervenido consentimiento, se les ha de comunicar despues de la muerte del socio el lucro percibido de la cosa de la anterior, como el fruto del fondo comun, el alquiler de las caballerías comunes, el de las cosas vendidas &c.; pero si el lucro se adquirió de cosa que no era de la sociedad, como si el socio ó su heredero empleó el precio de las vendidas en alguna negociacion, de la cual percibió algun lucro, no se comunicará este. Y el heredero ó muger del socio difunto tiene obligacion de continuar los negocios de la sociedad que empezaron este y su consocio, mas no de principiar otros nuevos.

12. Si el marido era arrendador de alcabalas, ú otras rentas ó derechos públicos, y al tiempo de su muerte no habia espirado el de ellas, se deben comunicar à su viuda las utilidades y pérdidas que haya en su arrendamiento despues que falleció.

13. Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ó comercio, se presume que su ánimo mas es de continuar la sociedad que de empezar una nueva negociacion; por lo que las utilidades ó pérdidas que haya en su giro y tráfico se le comunicarán, asi como se le comunicarian en vida de su difunto marido.

14. Acerca de la cuestion si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente si se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos legitimos por mitad ó à prorata, deberá tener presente el contador lo que se dijo en dicho capítulo 8, título 2, libro 1, desde el párrafo 24 hasta el 32 inclusive.

15. Para hacer la division de los gananciales entre hijos de dos ó mas matrimonios, ó entre la muger última y entre los de la anterior, de que hablé algo en el capítulo 4.° de este título, desde el párrafo 12 hasta el 17, son precisos dos inventarios, porque realmente son dos liquidaciones y divisiones de diversas herencias, una del primer matrimonio por lo respectivo á la dote de la muger primera si la llevó, bienes que mientras duró haya heredado por *testamento* y *abintestato*, ó la hayan donado, arras que su marido la haya ofrecido, gananciales que ambos hubiesen adquirido, y legado del quinto ú otro si lo hizo á su marido: y otra del segundo tal vez por iguales derechos. Si hubo mas matrimonios, y existen hijos de todos, mas inventa-

rios y liquidaciones habrá que hacer; y para evitar confusion procuraré explicarlo todo.

16. Constando por los correspondientes inventarios y documentos, ó por probanzas convenio y confesion de los interesados, qué bienes llevaron ó no el marido y sus mugeres à sus matrimonios, y los que heredaron y ganaron durante su respectiva sociedad, ó su importe, y existiendo caudal para cubrir su total; ninguna dificultad hay en hacer la particion, teniendo presentes para la deduccion de la dote y demas haber de la muger segunda los cuatro casos propuestos en los referidos párrafos 14 hasta el 17, porque lo mismo es partir con ella y con los hijos de la primera que con los de ambas; pues aplicando á los de cada una con arreglo à sus disposiciones el respectivo haber materno por dote, gananciales y demas derechos, deducidos previamente los gastos de sus funerales, entierros, misas y legados que hayan hecho, lo que quede perteneciente al padre comun, se debe dividir entre ellos con igualdad, en caso que à ninguno haya mejorado ó hecho legado, ya haya llevado ó no capital suyo à sus matrimonios y adquirido mas gananciales en uno que en otro, ó todos en el uno y ningunos en el otro. La razon es porque como sus hijos estan reintegrados de la parte de sus madres, y hasta que su padre muere, nada se les debe de legítima paterna, ni tampoco la hay, no se debe hacer mérito, ni atender por lo concerniente à esta al matrimonio en que los adquirió, ni à otra cosa sino à que son bienes que su padre dejó, y que todos son sus herederos con igualdad, ó segun su voluntad arreglada à la ley.

17. Pero no debe perder de vista el contador para graduar el haber paterno la obligacion y derecho de reserva, de que traté en el capítulo 24, título 2, libro 2, en caso de que la muger primera haya hecho legado del quinto ó de otra cosa ó cantidad à su marido; pues entonces como por haberse vuelto à casar este perdió su propiedad, y solo le tocó y tuvo el usufructo, debe volver à restituir su importe líquido, y los bienes en que se lo consignó, si existen, à los hijos de ella: à cuyo fin si es legado de cosa específica, ó de cantidad determinada, se separará y se les aplicará, y si es del quinto se deducirán de él los gastos de su funeral, misas, entierro, mandas pias y graciosas, ó su importe; porque este no entró en su poder, y el residuo líquido será para los mismos hijos, y nada para los habidos en la segunda.

18. No procederá esto para con el legado que simplemente

le haya hecho la muger segunda, pues se dividirá entre los hijos de ambos matrimonios, porque por haberse conservado viudo, lo hizo suyo como si de otra parte lo hubiera adquirido, y no incurrió en la pena de reservacion; lo que debe tenerse presente, no solo para el caso de que el muerto haya dejado al sobreviviente algun legado, teniendo hijos, sino para el de que le haya hecho donacion en sanidad, ó haya heredado despues por *testamento ó abintestato* á uno ó mas hijos.

19. No constando qué bienes llevaron al matrimonio el marido y su primera muger, pero sí los que quedaron por muerte de esta, todos se reputan gananciales, como queda dicho, y asi se deben dividir por mitad entre ambos; y aunque el marido ningunos haya llevado al segundo matrimonio, se ha de aplicar á los hijos del primero la mitad de aquellos (hechas de ella las deducciones referidas), por ser perteneciente á su madre, observándose para no perjudicar á la segunda ni á los suyos en su dote, gananciales y demas derechos lo explicado en el citado capítulo 4 de este título, párrafo 15.

20. Si llevó dote, pero no consta qué bienes quedaron cuando falleció, entonces de cualesquiera que á su marido toquen privativamente por razon de capital ó gananciales, ganados en el matrimonio segundo, se satisfará á los hijos de la primera todo lo que en legal forma acreditaren corresponderla por dote, arras y demas derechos; y el resto de ellos, si los hubiere, se dividirá entre todos los hijos de ambos matrimonios, separando primero la dote y demas que á la segunda toque por los suyos.

21. Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales suponiendo haberlos habido en él, no llevarán ninguno si no es que prueben plena y concluyentemente cuales y cuantos son, y que existian al tiempo que murió su madre; porque el que se afianza en la cualidad del tiempo debe probarla como fundamento de su intencion; y sin embargo de que hagan constar que durante dicho matrimonio se compró y adquirió alguna heredad, viña ú otra cosa, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor aunque existan, y su padre las lleve al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre; porque pudieron haberse comprado con el dinero dotal de esta, ó del capital de aquel, ó haber enagenado algunos suyos de otra especie á dicho fin, como sucede muchas veces; por lo que se conceptuarán fondo de la sociedad primera y no gananciales de ella: de suerte que para que en caso de existir, se reputen multiplicados en el primer

matrimonio, es preciso hagan ver claramente que cuando su madre murió habia ademas bienes bastantes para cubrir todo lo que esta y su padre llevaron á su matrimonio, y las deudas contraidas en él (1).

22. No acreditándose suficientemente en que matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que este lucró mientras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos si no mejoró á alguno; y aunque varios autores (2) dicen que se deben dividir á prorata de lo que duró cada matrimonio, lo cual parece equitativo, no me adhiero á su opinion, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos ó ningunos, ó haberse consumido los adquiridos en el anterior, como se experimenta cada dia, segun los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía y prosperidad ó adversidad que hubiesen tenido, mayormente cuando el padre pudo haberlos gastado todos, pues hasta que muere ningun hijo tiene derecho á exigir su legítima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entonces todos deben ser iguales no habiendo mejora, sin deberse atender al tiempo que duró cada matrimonio, é inferir que adquirió en él los bienes que dejó, sino solamente á cuantos y á que todos son suyos (*). De lo contrario, si v. gr. en el primer matrimonio los habia adquirido todos; nada deberian participar los hijos del segundo, siendo hijos suyos como los otros, y segun la regla del prorateo quedarian privados de su legítima ó perjudicados, lo cual era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio ó estando viudo habia adquirido; obligacion que ninguna ley le impone, ni le prohibe en uso como dueño de todos.

23. Pero si habiéndose casado el marido, v. gr. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de

1 Ayor. *de partit.* Part. 3. quæst. 13. num. fin.

2 Escobar comput. 9. y otros que cita.

* Nada hace al propósito que se acredite ó no lo expuesto, cuando los hijos de dos matrimonios tratan de sucederal padre comun, pues respecto de este es lo mismo que si todos lo fueran de una sola madre, y asi Febrero padeció una notable equivocacion. Escobar, á quien cita, solo propone el caso de que habla Febrero en el párrafo siguiente: el caso en que los hijos de dos matrimonios piden como herederos de sus madres los gananciales que les corresponden, cuando no consta cuantos se adquirieron en el primero, y cuantos en el segundo matrimonio, y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos á prorata del tiempo que duró cada uno, y á proporcion de la dote (y demas bienes, añado yo) de cada muger; cuya opinion me parece razonable, aunque merece atenderse lo que dice Febrero, num. cit. *Febrero reformado.*

la primera muger, de modo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios, para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron á cada una de sus madres, caso à la verdad que dificilmente puede ofrecerse, es necesario recurrir à pruebas ó en su defecto à conjeturas prudentes, y asi el partidor procurará avenir á los interesados, y si no quisieren, y por escrituras ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará á los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres, y con arreglo á sus últimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca à su padre, en la cual todos son interesados igual é indistintamente, si no mejoró à ninguno. Si nada resultare, se ha de tener en consideracion qué tiempo estuvo casado con cada muger, qué negocios manejó, y qué utilidades ó pérdidas tuvo; qué conducta era la de sus mugeres, pues unas disipan los caudales, y otras los conservan ó aumentan; qué enfermedades y contratiempos les sobrevinieron à él ó à sus mugeres, hijos ó hacienda (pues mucho de esto se podrá probar), y hecho un cómputo imparcial y prudente, llamará à los interesados para manifestárselo é instruirles de todo lo que tuvo presente para hacerle. Y si à pesar de esto no se avinieren, lo consultará al juez para que oyéndolos en forma resuelva y le prescriba reglas fijas que le sirvan de norte y pauta para girar la cuenta con arreglo à las cuales ha de proceder sin mezclarse en hacer oficio de juez; pues siempre que le ocurra duda que no pueda resolver acerca de los gananciales ó de algun otro particular, y los interesados no se convengan, debe proponérsela para dicho efecto, haya ó no menores. Lo que se ha expuesto en orden á los hijos de dos matrimonios milita en los de tres ó mas, sea por muerte del padre ó madre comun, segun los casos ocurran.

24. En el mismo capítulo 8 se expresaron los casos en qué no se comunican los gananciales, ó pierden los consortes el derecho de percibirlos, y ahora se añadirán algunas observaciones para gobierno del contador. Allí se dijo que cuando uno de los cónyuges comete delito de lesa magestad, nada percibirá de la mitad de gananciales que á no haberle cometido le tocaria. Esta pena solo alcanza al perpetrador del crimen, y de ningun modo al otro consorte; quien no pierde su mitad de gananciales ni los demas bienes suyos (1); en cuya atencion aun cuando por el

1 Leyes 10 y 11. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

delito no se confisquen los bienes, si se condena al agresor en alguna pena pecuniaria, deberá descontársele de su mitad, y aplicarse otro tanto como importe al otro consorte, porque el daño que se causa por dolo ó culpa de uno de los socios no debe tocar á los consocios (1).

25. Tambien se dijo que cuando marido y muger se separan recíprocamente con legítima dispensa, cada uno hace suyo privativamente lo que adquiere despues de la separacion, como tambien cuando voluntariamente se separan, votando castidad, y cuando por impotencia ú otro motivo se declara nulo el matrimonio; pero en todos estos casos se deben partir los gananciales adquiridos hasta que se declaró la separacion ó nulidad, porque hasta entonces hubo matrimonio y sociedad legítima entre ellos, y los adquirieron como marido y muger.

26. Aunque es constante que cuando la muger se separa del marido por excesivo rigor de este, se la debe restituir no solo su dote, sino tambien la mitad de los gananciales adquiridos antes de su separacion, como se dijo en dicho capítulo 8, párrafo 43, se duda si tendrá derecho á los ganados despues de aquella. A primera vista parece que no, porque la separacion se hizo á su instancia aunque el marido diese motivo para ella, y por el hecho de no haber querido vivir con él, es visto que tampoco quiso participar de los gananciales. Pero no obstante la opinion mas comun y segura es que deberá llevar la mitad de los adquiridos posteriormente, pues seria injusto que la muger separada sin delito de su marido y por culpa de este fuese privada del beneficio que la ley concede, y que la perjudicase su inocencia, sacando por el contrario el marido utilidad de su crímen (2). Lo mismo procede cuando la muger dió causa al divorcio, pues ambos son correlativos, y lo que se diga del uno ha de decirse de la otra habiendo igual razon.

27. Asimismo se dijo en el indicado capítulo 8, párrafo 35, que cuando la viuda vive escandalosamente pierde los gananciales, que debe restituir á los herederos de su marido; mas no comprende á este la dicha pena de restitucion por su vida licenciosa, en razon de que la deshonestidad no es tan vituperable ni ofensiva en un hombre como en una muger (3); por lo cual la casada no puede acusar de adúltero á su marido.

1 Leyes 7 y 13. tit. 10. Part. 5. num. 6.
2 Gom. ley 12 de Toro, num. 15. Covarr. *In epitom. de spons.* part. 2. cap. 7. §. 1.
3 Ley 1. tit. 17. Part. 7.

28. Otra de las causas por que puede perder la muger el derecho á la mitad de gananciales es por renunciarlos voluntariamente, segun se dijo en el capítulo 8, tantas veces citado, párrafos 35 al 39, en cuyo caso no estará obligada á pagar las deudas del matrimonio. Pero si los acepta, y porque advierte luego que no son suficientes para su solucion los renuncia, estará sin embargo obligada á satisfacerlas; pues no se puede apartar del contrato que celebró, mediante á que si asi los herederos como los acreedores adquirieron derecho á su observancia, aunque si la muger es menor al tiempo de la aceptacion gozará del beneficio de la restitucion (1). Pero no es esto tan cierto que no haya quien lleve lo contrario, fundándose en que por la mera aceptacion no es visto haberse obligado á dicha satisfaccion mas que en cuanto alcancen los gananciales, y sí únicamente prestado su consentimiento para su admision, si los hubiese; y en que como por la ley solo está obligada á pagar las expresadas deudas cuando quiere percibirlos, no percibiéndolos queda libre, sino es que al tiempo de admitirlos se obligue, ó despues de viuda contraiga expresamente con los acreedores (2).

29. En el párrafo 19 del citado capítulo 8 se dijo que la muger casada durante el matrimonio tiene el dominio y posesion, aunque revocable, de la mitad de los granciales (3), y que por fallecimiento de su marido se hace dueña absoluta en posesion y propiedad de ella. Pero se duda si la muger disuelto el matrimonio podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó de sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que le toca. Algunos autores (4) dicen que si se hace mencion juntamente con el marido en el instrumento ó contrato, puede hacerlo; mas no de lo contrario, porque en la sociedad universal ó de todos los bienes no se trasfieren los derechos sin la cesion. Pero otros (5), con cuyo parecer me conformo, dicen que no es necesaria la cesion, hágase ó no mencion de la muger en el instrumento, y sean los

1 Gutierr. lib. 4. *Pract.* quæst. 68.

2 Ayce, cap. 8 cit. num. 17.

3 El reformador de Febrero impugna la distincion que hace el autor entre el dominio de la muger, y el del marido en los gananciales durante el matrimonio, diciendo que tan irrevocable es el del uno como el del otro; pero lo cierto es que mientras dura el matrimonio, el marido puede trocar, vender y enagenar los gananciales (no siendo los bienes castrenses ó cuasicastrenses, ni procediendo con ánimo de defraudar á la muger); la cual no tiene estas facultades hasta que muere el marido, y puede disponer de su mitad. Por consiguiente hay diferencia entre el dominio de uno y otro.

4 Avendañ. respons. 20. num. 3. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 118. num. 15 y 16.

5 Acev. ley 2. tit. 9. lib. 5. Rec. num. 19, 20 y 21.

bienes muebles, raices, derechos, deudas y acciones: lo primero, porque si se hace dueña absoluta de la parte que le corresponde, luego que muere su marido, es supérfluo que pida lo que tiene y el derecho le concede; pues por su mitad le competen todos los interdictos ó remedios posesorios: lo segundo, porque cuando la ley divide algo entre varios, no es necesaria la mutua concesion de unos á otros, y asi el uno sin la del otro puede pedir su parte: lo tercero, porque al modo que el socio puede denunciar por su parte la obra nueva, si lo hace á nombre de los consocios, dando la competente caucion (1), podrá exigir tambien los débitos sin cesion: lo cuarto, porque la sociedad convencional se diferencia en muchas cosas de la conyugal, como dije en el libro 1.° título 2.° capítulo 8.° párrafo 25; y lo quinto, porque segun una ley de Partida (2), lo que un socio adquiere en la compañía universal se comunica á los demas sin cesion; y siéndolo, como lo es la conyugal en cuanto al lucro, se debe comunicar tambien sin ella.

30. Aunque el marido puede enagenar durante el matrimonio los bienes gananciales, segun se dijo en el párrafo 20 del capítulo 8.° título 2.° libro 1.°, sin embargo, probando la muger ó sus herederos haberlos enagenado con ánimo de defraudarla, si la enagenacion fuere de cosas que consisten en número, peso ó medida, ó de otros muebles que no existen, deberá el marido ó su heredero satisfacerle su parte de su propio patrimonio, ó imputársela en la suya de gananciales: si hecha excusion en sus bienes, no quedare la muger reintegrada, podrá usar de la accion revocatoria contra el poseedor de ellos, como hecha en fraude suyo; y si la enagenacion fue de cosa que existe, podrá usar tambien de la misma accion contra su poseedor sin hacer la excusion (3).

31. Estan discordes los autores sobre si donando el marido ó consumiendo los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ó disipó. Unos afirman que cesante el dolo expuesto puede enagenarlos, sin que la muger tenga recurso por su mitad (4): lo primero, porque esta palabra enagenar es tan amplia y general, que comprende todos los contratos, distractos y actos, por los cuales se trasfieren el domicio util y el direc-

1 Ley 2. tit. 32. Part. 3. y su glos. 5.
2 Ley 6. tit. 10. Part. 5.
3 Gom. dicha ley, num. 74.
4 Gom. lugar citado, num. 73. Ayor. part. 2. quæst. 41. num 46.

to (1): lo segundo, porque la ley habla generalmente, sin distinguir si la enagenacion ha de ser por venta, donacion ú otro título oneroso ó lucrativo, y por lo mismo se comprende en ella la donacion, pues la ley se debe entender segun está escrita sin distincion alguna; y lo tercero (omitiendo otras razones poderosas), porque dicha ley es posterior á las del Fuero, que conceden á la muger la mitad de gananciales y las corrige; y asi en consideracion á que el marido es el que los adquiere (pues las mugeres apenas se pueden mantener decentemente con su honesto trabajo, como lo vemos), le confiere amplias facultades para enagenarlos por cualquier título, sin licencia de su muger como dueño.

32. Otros autores fundados en la mera y libre administracion que conceden al marido, son enteramente de contrario sentir en cuanto á hacer donacion de los gananciales; porque el donar es perder y desfalcar el patrimonio, y en la administracion general concedida al marido por la ley con facultad de enagenar, no es visto habérsele dado la de donar, y asi no lo puede hacer el que la tiene, á menos que especialmente se le conceda (2). Mas tocante á la disipacion en juegos ú otros vicios no son de opuesto dictámen, porque no lo hace con dolo; fuera de que por evitar discordias y litigios suele no hacerse mérito de ello (3).

33. Y otros conciliando las opiniones y eligiendo un medio, dicen, que siendo pequeña la donacion, y hecha por causa justa á parientes, criados ó amigos, valdrá; mas no si es inmoderada, y no hay causa legítima para hacerla, ó si es tal que arruine el patrimonio, ó le desfalque considerablemente (4) (*). Esta opinion como mas razonable que la negativa es la que me parece debe seguirse, pues no priva al marido de lo que es suyo, en cuanto se le permite á cualquiera porsona prudente, porque aunque cada uno como dueño puede disponer de sus bienes á su voluntad, conviene al estado que no abuse enormemente de esta facultad, y asi estan prohibidas justamente la prodigalidad y disipacion (5). En este concepto se debe entender la afirmativa, dejando al prudente arbitrio del juez (consideradas las circuns-

1 Ley 1. tit. 14. Part. 1.

2 Molin. *de primogen.* lib. 5. cap. 10. num. 6.

3 Rodrig. Suar. ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, vers. *Quæritur circa hoc.*

4 Molin. lugar cit. desde el num. 65. García *de conjugal. acquæst* num. 148.

* De la donacion moderada y hecha con justo motivo no puede inferirse el ánimo de perjudicar á la muger, como de la excesiva y hecha sin causa legítima. *Febrero reformado.*

5 Martinez ley 1. tit. 2. lib. 5. Recopilac. 1.

tancias de la donacion y donatario, la causa para hacerla, y el caudal del donante) el regular y moderar aquella, pues de lo pequeño no se debe hacer mérito (*).

34. Cuando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio (1), con tal que esten en el término del mismo pueblo los bienes que se han de partir; pues no hallándose en él, se ha de estar á la de aquel en que se domiciliaren; y asi para participar la muger de la mitad de los que estan en el pueblo de su domicilio, no es menester pactarlo cuando se casa, si alli se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se haya casado en donde no son comunicables: de modo que donde se acostumbrare dividir las ganancias alli existentes se dividirán sin necesidad de pacto, y donde no hubiere tal costumbre, no; como en la ciudad de Córdova, y en los lugares que comprende su obispado (**).

* Esta sentencia media, que casi concilia la afirmativa y la negativa, es la que sin recelo deben adoptar los jueces y letrados, como mas conforme á razon; y García asegura (*de conjug. aquæst.* num 65) que la halla muy recibida entre nuestros intérpretes. *Febrero reformado.*

1 Ley 24. tit. 11. Part. 4.

** Esto era por una antigua costumbre ó corruptela; pero en el dia adquieren los gananciales las cordobesas como las demas casadas del reino. (Real provision de 6 de junio de 1801, comunicada en 6 de marzo de 1802, que segun circular de 14 de abril de 1804, comprende aun los matrimonios contraidos antes de 28 de mayo de 1801, en que se publicó en el Consejo dicha Real provision, como no se hubiesen disuelto. Pueden verse la ley 13, y su nota, tit. 4. lib 10, Nov. Rec.) He aquí el principal fundamento de tan sabia determinacion. Dicha costumbre era injusta y perjudicial al matrimonio; injusta porque deja sin premio el mérito de las mugeres virtuosas, que han cumplido con la obligacion de acrecentar el patrimonio de la familia de que son un agente principal; y perjudicial, porque fomenta la inaccion y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economía y prosperidad de las casas cuyo gobierno tienen á su cargo. *Febrero reformado.*

CAPITULO NONO.

Division de las mejoras hechas por los cónyuges en sus bienes libres y vinculados.

§. 1. Las fortalezas ó edificios que hiciere el marido en los pueblos y heredamientos de su mayorazgo, como tambien los reparos y mejoras egecutadas en ellos, son del propio mayorazgo, y no se consideran como gananciales.

2 y 3. Las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger deben dividirse, ¿y de que modo?

4. ¿Si tendrá el marido accion para repetir los gastos hechos en las fincas dotales no estimadas?

5. Si hay bienes para cubrir la dote y el capital del marido, y á mas de esto resultan por gananciales los gastos *necesarios y útiles* hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos.

6 y 7. Modo de dividir estas mejoras que se consideran como gananciales.

8. Mejorando el marido los bienes dotales, si manda en su testamento que sus herederos entreguen libremente á su consorte lo que llevó á su poder, sin mas expresion, y hubiere ademas frutos pendientes en ellos, ¿deberán en virtud de esta cláusula entregárselos con los frutos; ó estos y las mejoras habrán de inventariarse y dividirse como gananciales?

9 y 10. Asi como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla de sus enfermedades y en su funeral?

1. Si el marido hiciere fortalezas en las ciudades, villas y lugares y heredamientos de su mayorazgo, cercas en dichas ciudades y villas, mejoras y reparos en ellas, en sus edificios y en sus casas, son propias del mismo mayorazgo, y en todo debe suceder el llamado, sin estar obligado á dar parte alguna de su valor á la muger, hijos, herederos ni sucesores del que los hizo (1); asi que las mejoras hechas por el poseedor en algunas

1 Véase el lib. 2. tit. 3. cap. 2. §. 16. y sus notas, donde se trató con extension de este punto.

fincas de dicho mayorazgo, no se compensarán con los deterioros causados en otras, porque lo voluntario no se compensa con lo preciso y obligatorio.

2. Tratándose de bienes libres de marido y muger mejorados en su matrimonio, dice Ayora (1) que si consisten en tierras que se plantaron de viñas, se dividirán, aplicando en ellas á su dueño el valor que tenian antes, y partiendo el mayor que con las mejoras tengan, entre él y los herederos del otro, v. gr. valia ciento la tierra, y con las viñas vale doscientos; llevará el dueño ciento y cincuenta, los ciento por el valor de la tierra, y los cincuenta por mitad de mejoras, como gananciales; y los herederos del otro los cincuenta restantes, tambien en concepto de mejoras, y se amojonará y dividirá la viña. Si es casa, molino ú otro edificio, se aplicará íntegro con el costo de lo fabricado ó mejorado al dueño del suelo en que se hizo, quien sino le cabe por su mitad de gananciales todo el valor expendido en las mejoras, dará á los otros interesados el exceso en dinero; previniendo que en todo evento se ha de atender á lo que costaron, que es lo que salió del caudal comun, y no á lo que valen al tiempo de la particion, ya sea mas ó menos. La razon de diferencia en practicar asi esta division consiste en que la viña la tiene cómoda, y la casa ó edificio no; y en apoyo de este dictámen se citan las leyes 3 y 9. tit. 4. lib. 3 del Ordenamiento Real.

3. Pero si no me engaño se ha equivocado Ayora en la inteligencia de las referidas leyes, pues en mi concepto disponen lo mismo (aunque por diverso estilo) en un caso que en otro en cuanto á la propiedad del fundo, como se reconoce de su contexto, pues la ley 3 dice: *Cuando el marido é la muger ponen viña en tierra que sea de cualquier dellos, é muriere el uno dellos, cuya fuera la tierra, tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel lugar, y el vino pártalo con los fijos del muerto, ó con sus herederos si fijos no hubiere: y esto mismo sea de otras labores cualesquiera que se ficieren en el solar del uno dellos*: y la ley 9 dice: *Si el marido ó la muger facen casa en tierra que sea del marido ó de la muger, é muriere el uno dellos, cuya fuere la raiz, dé la meitad de la preciadura á quien heredare su buena, cuanto asmaren que cuesta la fechura, é finque cuya fuere la raiz con las cosas; é si cuya*

1 Ayor part. 1. cap. 10.

fuere la raiz muriere ante, otrosí los que heredaren su buena, den la meitad de la apreciadura, asi como dicho es: é otrosí mandamos que esto mesmo sea de los molinos é de los fornos. Segun el espíritu de estas leyes, aunque concebidas en estilo diferente, entiendo que ya sea viña, olivar, casa, horno, molino, huerta plantada de árboles, ú otras cosas hechas en el solar de uno de los cónyuges, debe el dueño del suelo llevarlo todo, pagando la mitad del costo de mejoras á los herederos del otro: lo primero, porque este carece de título para pretender parte del fundo; y asi se cumple con darle lo que en la metad de mejoras se invirtió, y á no haberse invertido, existiria en dinero ó en otra especie: lo segundo, porque la ley 3 dice: que el dueño de la tierra tome el terrazgo y parta el vino con los herederos del muerto; esto es decir, que lleve la heredad (como que es suya) y la mitad de las cepas, y satisfaga al cónyuge la otra mitad de estas; pues á no ser este su espíritu, mandaria que los dos partiesen la tierra á proporcion con las cepas ó vino, y no que el dueño tomase el terrazgo y partiese el vino con los herederos del muerto; y si no quiere decir esto, ¿que es *tomar el terrazgo* sino llevarlo? No alcanzo que sea otra cosa, porque llevar la tierra, y dar parte de ella á otro, implica, pues ya no se verifica llevar sino parte, y las cepas sin tierra no sirven para fructificar sino para el fuego. Por otra parte, aunque la ley mandara clara y expresamente lo contrario, era preciso probar que estaba en uso, y entonces solo en el pueblo en que lo estuviese deberia observarse, porque segun la 1.ª de Toro no tienen vigor de tales las del Fuero, sino en donde y en lo que son usadas y guardadas, y asi no me queda duda que se debe practicar la division en los términos propuestos, excepto que haya costumbre contraria, ó los interesados se convengan en lo que dice Ayora, ó no pueda hacerse de otro modo.

4. Haciendo el marido gastos necesarios en las fincas dotales no estimadas, v. gr. porque amenaza ruina la casa dotal sin su culpa; si la dote consiste en especie y cantidad juntamente, y no hubiere gananciales, se disminuye la dote en la cantidad de los gastos; quiero decir, que tanto menos tendrá la muger que percibir en dinero del que llevo en dote, y su marido que restituirle, cuanto importen los gastos hechos en la casa. Si consiste solamente en especie; no la disminuyen; pero el marido puede retener por via de prenda la finca en que los hizo, hasta que se los pague su heredero, porque una vez que no hay

gananciales, es visto haberlos hecho de su capital, y debe ser reintegrado por su muger, en cuyo beneficio se invirtieron, pues á no estar casada, tendria que buscar dinero para evitar la ruina, ó pereceria la finca, y mejor es usar de la retencion que de la accion; bien que García (1) impugna la retencion de las dotales. Si los gastos son *útiles* (v. gr. si en la casa se aumentó algun cuarto, ó mejoró la habitacion), y hechos con consentimiento de la muger, ó siendo rica esta, aunque no lo prestase, los puede recuperar de ella el marido por la accion de *mandato*, ó como voluntario procurador (2); pero si son *voluntarios* no tiene derecho á su repeticion, y sí únicamente á que la muger los quite de su finca, con tal que de quitarlos no se siga detrimento á esta, de modo que decaiga del estado que tenia cuando la llevó, pues si se le causa, no está obligado á ello, y los perderá el marido compensándolos con los frutos percibidos (3). Tampoco tiene accion á repetir los gastos hechos en la recoleccion de frutos ó en su conservacion, excepto que restituya los mismos frutos (4).

5. Si hay bienes para cubrir la dote y capital del marido, y à mas de esto resultan por gananciales los gastos *necesarios y útiles* hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos, y el marido percibirá su parte en la forma expuesta en el párrafo anterior. Y aunque parece que este debe compensar su importe con sus frutos, y hacerlos de estos, no será asi, porque los frutos le estan concedidos para soportar las cargas matrimoniales, por lo que solo está obligado á hacer de ellos los reparos menores que conduzcan á la conservacion de la finca, mas no los mayores que por caso fortuito acaecen y son precisos; pues estos, como que se hacen por la perpetua utilidad y subsistencia de la finca, son de cuenta de la muger, en quien permanece el dominio de ella, y el incremento ó decremento eventual es de su cuenta: y asi le competen ademas de los frutos (5); pues siempre que estos se perciben no por derecho de posesion, sino de dominio, cesa su compensacion con las expensas y mejoras hechas en la cosa; es asi que el marido las percibe por todos derechos, luego no debe compensarlos (6).

1 *De expensis*, cap. 13. num. 57. fundándose en la ley única, Cod. *de rei uxor. actione*, §. *Sed neque ob impensam.*

2 Ley *Domum*, Cod *de rei vindicatione.*

3 Ley fin. tit. 11. Part. 4. Ley del tit. ff. *de impens. in rebus dotalib fact.* Gom. en la 50 de Toro, num. 51. García *de expens.* cap. 13. num. 49.

4 García, dicho cap. 13. num. 57.

5 Ley fin. tit. 11. Part. 4.

6 Glos. verb. *Superfluum*, al fin. in leg. *Emptor.* ff. de *reivindicat.* Greg. Lop. en

Es de notar que si el marido restituye toda la dote sin deducir las expensas referidas hechas en los predios dotales, puede repetirlas como pagadas indebidamente y con error (1).

6. Mas para que el contador no se confunda en el modo de dividir estas mejoras que son gananciales, le instruiré con los ejemplos siguientes. Siendo útiles debe agregar el importe de su valor al caudal efectivo partible, como que son incremento verdadero de él, y no considerar la finca por el mero precio en que la muger la llevó, y aplicársela con ellas, ó por el todo de su tasa (la cual debe hacerse con distincion de lo que vale la finca sin ellas, y luego lo que ellas valen), dejando de entregarla otras cosas, y adjudicándolas á su marido en pago de su mitad; v. gr. vale la finca veinte mil reales, y las mejoras útiles hechas en ella diez mil, por lo que se tasó en treinta mil, y ademas hay de gananciales en otras cosas otros diez mil, que en todo componen cuarenta mil. En este caso se aplica á la muger su finca en los treinta mil, los veinte mil porque los valia, y los diez mil por las mejoras hechas en ella y mitad de gananciales que hay, y al marido se adjudican los bienes restantes ganados por la otra mitad. Si hubiere mas gananciales se la darán en otros bienes para complemento de su parte; pero si no hay mas gananciales que las mejoras, la muger pagará á su marido ó á sus herederos la mitad de estas en dinero, buscándolo sino lo tiene, ó retendrán aquellos la finca para su reintegro con sus frutos.

7. Si las mejoras son *necesarias* se ha de distinguir: ó hay mas gananciales que lo que importan, ó no. Si los hay, para que se pueda hacer pago al marido de su mitad, se pone su total por caudal, como si real y efectivamente existiera, y luego se hace la misma aplicacion que cuando son útiles, y al marido se adjudican los demas bienes. Si no hay mas gananciales, se aplica su mitad á la muger en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal; v. gr. importan las mejoras diez mil, y la finca dotal vale veinte mil, se da á la muger por treinta mil; los veinte mil que valia, los cinco mil por su mitad de gananciales, y los otros cinco mil por la mitad que toca á su marido, y ella deja de tomar en otra cosa dotal; pero si no hay otra cosa

la ley 11. tit. 28. Part. 3. glos 5. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 8 num. 4 al fin Garcia, dicho cap. 13. num. fin. Gom. en la ley 46 de Toro, num. 3.

1 Ley *Quod dicitur*, ff. *de impens. in reb. dotalib fact* Baez. *de decim.* cap. 11. num. 11. Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 20. num. 16.

dotal que se pueda adjudicar al marido en pago de su mitad de mejoras, entonces es preciso que la muger reintegre con dinero à su marido ó à sus herederos de su mitad, y en su defecto pueden retener estos la misma alhaja hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca, pues á no haber expendido su dinero en repararla, lo tendria en especie, ó en otras cosas, y la muger hubiera perdido su finca dotal. Para graduar de mayores ó menores los gastos ó reparos hechos en las fincas dotales, se ha de atender al fin con que se ejecutaron, y á lo que en cada una expendió el marido, y no á lo que importan los hechos en repetidas ocasiones; por lo que si en una finca dotal hizo muchos en distintos años, ó en uno diversos en varias fincas, que juntos componen una suma crecidísima, se deberán reputar por menores todos, y compensarse con los frutos, sin embargo de la considerable cantidad á que unidos ascienden, porque cada reparo de por sí es de corta cantidad, y hecho únicamente para conservacion, uso y produccion de la finca, y no para su perpetua duracion y subsistencia; y aunque sumados importan mucho, no obsta, porque para su compensacion percibió muchos frutos de las fincas dotales, que está obligado à reparar y conservar con ellos, y nada expendió de su privativo caudal ni del adquirido de otra parte.

8. Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento *que sus herederos entreguen libremente á su muger los que llevó á su poder*, sin mas expresion, si estos bienes estan mejorados por aumentos hechos en ellos, ó por haberlos librado de las cargas á que estaban afectos, y á mas de esto hay frutos pendientes en ellos, ¿se duda si en virtud de esta cláusula deberán entregárselos con los frutos, ó si estos y las mejoras y cargas se deberán inventariar y poner por gananciales y dividirse? Parece que sin embargo de la palabra *libremente* se han de poner por gananciales, como lucrados durante el matrimonio, y dividirse entre ambos cónyuges, respecto de no haber hecho mencion de las mejoras, cargas y frutos, mayormente sabiendo que estos estaban pendientes, y aquellos se habian hecho y redimido, y que todo es comunicable à entrambos, pues si hubiese querido beneficiar à su muger, lo hubiera expresado. Mas no obstante debe decirse lo contrario, con la distincion de que si los herederos no son forzosos, los ha de llevar íntegros la muger con los frutos pendientes, sin descuento de mejoras ni cargas, porque de todo es visto haber querido el testador hacer

la donacion y legado, como pudo; y esto quiso decir el testador en la palabra libremente; y si son legítimos ó forzosos se le descontará solamente el exceso á lo que pudo disponer en beneficio de ellos, que es el quinto ó tercio: todo lo cual se entiende deducidas previamente sus deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia. Sino mandó mas que restituirla la dote que llevó á su poder, podrán sus herederos descontarla, y cobrar el importe de las mejoras hechas en sus bienes dotales, porque es visto no haber querido legárselas ni beneficiarla con ellas.

9. Asi como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, y retener estas hasta que se reintegre de aquellos, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla sus enfermedades y en su funeral? Para resolver esta cuestion respondo del modo siguiente. El marido, haya traido mucha, poco ó ninguna dote su muger, debe curarle sus enfermedades, sufriendo esta carga como una de las matrimoniales, porque es su compañera, recibe de ella servicios, obsequios y beneficios, se expuso á todo cuando se casó, y en fin porque en el nombre de alimentos no solo se comprenden el vestido, la comida, y habitacion, sino tambien las medicinas y todo lo que es necesario para vivir; por lo que carece de accion para repetir de su suegro los gastos que hizo en su curacion, y para retener el todo ó parte de la dote por via de compensacion de ellos, mayormente si él tuvo la culpa de las enfermedades. Sin embargo dicen algunos autores que no habiendo sido culpado, si la última que su muger padeció fue crónica, prolija y grave, no alcanzan los frutos de su dote, por ser tenue, para el reintegro de los gastos causados en ella, y el marido protesta que los hace con ánimo de exigirlos y no por piedad ni afecto conyugal, podrá hacerlo, y compensarlos con su dote en caso de no haber gananciales, à la manera que la madre que alimenta à su hijo, y protesta que no lo hace por afecto sino con intencion de cobrar de los herederos de su marido los alimentos que le da; y aun añaden que no es necesaria la protesta, porque la dote es patrimonio de la muger, y esta mientras se halla enferma no sirve ni obsequia à su marido, el cual es deudor suyo, y jamas se presume que el deudor gasta con ánimo de donar. Pero á pesar de estos fundamentos me inclino à lo contrario, que es lo que siempre he visto practicar, por las ra-

zones expuestas. Por otra parte, cuando el marido es pobre y la muger rica, debe alimentarle esta como socia conyugal.

10. Si la muger es pobre y su marido rico, debe por su honor enterrarla conforme à su calidad; pero teniendo dote no está obligado á ello, y puede exigir del padre ó persona á quien la ha de restituir, los gastos hechos en su funeral; pues una vez muerta su muger, no tiene que sufrir cargas de matrimonio que ya no hay; y si el padre es pobre, impútese á sí mismo el marido dichos gastos, puesto que los hizo sabiendo su pobreza.

CAPITULO DECIMO.

De la division de los frutos pendientes en los bienes de marido y muger disuelto el matrimonio, sean libres ó vinculados, háyanlos llevado á este, ó adquirido durante él, uno de los dos consortes.

§. 1. Lo que se ha dicho de ser comunicables los frutos, como gananciales, no solo se entiende de los percibidos, sino tambien de los que al tiempo del fallecimiento del consorte estan pendientes y manifiestos.

2. Acerca de los frutos no manifiestos, ¿que distincion deberá hacerse?

3. Estando la tierra barbechada y no sembrada, cumple su dueño con dar al otro consorte la mitad de los barbechos, beneficio y gastos hechos hasta entonces, y hace suyos enteramente los frutos que luego nazcan en ella.

4. ¿Que se observará si los frutos fueren de rebaños ó animales libres de cualquiera de los cónyuges?

5, 6 y 7. Si la muger hubiere llevado al matrimonio una finca ó mas con frutos á la vista, y muriere antes que se recojan, ¿como habrá de hacerse la division de ellos?

8. Si el marido antes de contraer matrimonio hubiere percibido frutos del predio de la esposa, aumentan estos su dote; pero si la hubiere vestido y mantenido mientras se verificaba la boda, hará suyos los frutos percibidos.

9. ¿Que deberá hacerse si el marido ó la muger hubieren llevado al matrimonio, ó heredado durante él, alguna finca con frutos sazonados y próximos á su recoleccion?

10. Si los frutos estuviesen solo manifiestos en la finca que heredó el marido ó la muger durante el matrimonio, ¿que deberá hacerse?

11. Si la heredad, sea de marido ó muger, estuviere arrendada, y al tiempo de fallecer su dueño, ó el otro consorte, tuviere frutos pendientes sembrados y beneficiados á costa del arrendador, ¿que deberá practicarse?

12 hasta el 15. ¿Como deberá hacerse la division cuando los frutos pendientes que se han de partir son de bienes vinculados ó de mayorazgo?

16. El marido no adquiere el te-

soro que encuentre en la finca dotal.

17. ¿Que deberá hacerse en orden á las canteras ó pedreras del fundo dotal?

1. Lo que se ha dicho repetidas veces de pertenecer por mitad al marido y muger los frutos (1) de los bienes de ambos, no habiendo renunciado los gananciales, no solo procede cuando muere alguno de los cónyuges, acabados de percibir, sino tambien cuando al tiempo de su fallecimiento estan manifiestos y pendientes en los bienes comunes ó en los libres propios del uno, aunque sean dotales, si el fundo es viña, huerta con árboles, olivar, monte alto, castañar, ú otra finca que produce naturalmente sin cultivo ni industria. Asi lo dispone la ley 10. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real que está en uso, y dice al principio: *Porque acaesce muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, ó muriere el marido ó muriere la muger, establecemos que si los frutos parescen en la heredad á la sazon de la muerte, que se partan por medio entre el vivo é los herederos del muerto.*

2. Pero si los frutos no estan manifiestos en dicho tiempo, se ha de distinguir: siendo de árboles, viñas, olivos y otros semejantes en que no es necesario hacer siembra para su produccion, pertenecen privativamente al dueño del fundo de los árboles, cepas, olivos ó cosas que los producen, segun lo ordena dicha ley del Fuero. *É si no aparecen, haya los frutos cuya fuere la raiz, é dé las misiones que fueren fechas en la labor al que la labró, y esto sea si la labor fuere viña ó árboles.* Y si fuere tierra y estuviere sembrada, se partirán por mitad los frutos que nazcan despues, aunque no esten manifiestos, como tambien lo dice la misma ley. *Cá si fuere tierra, é fuere sembrada, maguer que no aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártase por medio cuando ende hubiere.* La razon de diferencia consiste en que en los árboles, viñas, olivos &c. obra mas la naturaleza que el trabajo é industria, y como el cónyuge no le tuvo,

1 Hay dos especies de frutos, unos se llaman propia y adecuadamente *naturales*, y son los que producen los predios rústicos, como tierras, viñas &c., sean ó no necesarios el trabajo y la industria para su produccion; y otros se llaman impropiamente frutos, y con propiedad *réditos ó rentas*, porque no son producidos naturalmente, y dependen de la convencion, industria y disposiciones humanas, como los fletes, los alquileres de casas, tabernas y otros predios urbanos, y de otras cosas que se arriendan y alquilan, y los réditos de juros, censos ú otros efectos, acciones y derechos semejantes.

ó fue leve, no adquirió derecho á ellos, sino solamente á la mitad de gastos suplidos en ambos en caso de haberse hecho alguna labor; y en la tierra que se siembra, son indispensables industria, semilla y expensas para que fructifique, y como al tiempo de la muerte ya el cónyuge habia puesto su trabajo, empleado su caudal, y hecho cuanto habia que hacer para la produccion, debe llevar la mitad de frutos, aunque no esten à la vista, y esperar para dividirlos à su recoleccion.

3. Estando la tierra barbechada y no sembrada, cumple su dueño en pagar al otro cónyuge la mitad de los barbechos, beneficio y gastos hechos hasta entonces, y hace suyos enteramente los frutos que luego siembre y nazcan en ella, segun lo manda asimismo la citada ley al fin. *E si no fuere sembrada é fuere barbecho, el que no ha nada en la heredad haya la meitad de las misiones* (expensas) *que fueren fechas en el barbecho.* Asi que el importe de los barbechos se pone por caudal, se aplica su total al dueño del fundo en cuenta de su haber, y al otro se da otra cosa en pago de la mitad que le corresponde en ellos (1).

4. Si los frutos son de rebaños ó animales libres de cualquiera de los cónyuges, aunque la ley del Fuero nada habla acerca de ellos, se comunicarán, como industriales, à entrambos en iguales términos por la misma razon, aun cuando no esten nacidos, si existen en los vientres de sus madres, pues para su produccion mas obran la solicitud, trabajo é industria, que la naturaleza (2). En cuanto á la lana de rebaño ò cabaña lanar, si está próxima á esquilarse ó crecida, se expresarán los gastos de esquileo, y demas que se hagan en la manutencion del ganado despues de la muerte de uno de los cónyuges, se bajarán del caudal, y el residuo será lo líquido comunicable y partible entre ambos; y si la lana no está crecida, en términos que se puede estimar justificadamente, cederá á beneficio del dueño de la cabaña, de cuya cuenta será la manutencion de esta desde el dia de la muerte del uno de los cónyuges, y no de su testamentaría, pues lo poco se reputa por nada; bien que lo mejor es prorratear su valor para evitar escrúpulos. Todo lo expuesto es corriente en la práctica, por hallarse en uso en los reinos de Castilla la ley del Fuero inserta.

5. Pero si la muger lleva á su matrimonio un fundo ó mas con frutos á la vista, y muere antes que se recojan, acerca de lo

1 Avor. part. 1. cap. 9. num. 1. Gom. ley 53 de Toro, num. 71.

2 Gom. lug. cit. al fin. Montalv. ley del Fuero inserta.

cual varían los intérpretes por no haber hablado de ello dicha ley, se han de distinguir dos casos para mayor claridad. El primero es cuando se hizo de los frutos aprecio que causó venta, y entonces los adquiere el marido en virtud de la obligacion que otorgó de responder de su valor, siendo por consiguiente de su cuenta y riesgo su incremento y decremento. Y el segundo es cuando se entregaron simplemente al marido sin apreciar, en cuyo caso debe atenderse á si la muger aceptó los gananciales ó los renunció. Si los aceptó se ha de dividir el valor de los frutos entre los herederos y su marido en esta forma: á los herederos se les ha de aplicar sin descuento, como parte integral de la finca dotal, el que se regule y considere tenian en el dia en que se casó: del aumento que hayan adquirido desde este hasta la recoleccion (á cuyo tiempo se ha de esperar como oportuno para su verdadera regulacion y liquidacion) se han de deducir los gastos ocasionados; y de lo líquido dar al marido la mitad de lo que se estime haberse aumentado hasta el fallecimiento, como lucrada durante su matrimonio, la cual le corresponde no por razon de dominio que tenga en el fundo, ni por la industria ni expensas en su siembra y cultivo, sino por razon de las cargas que sufrió mientras estuvo casado; y la otra mitad y el mayor valor que desde la disolucion del matrimonio hasta la recoleccion conste tener, será para la muger ó sus herederos, porque con el fallecimiento espiró la sociedad, y por no haber empleado el marido ningun trabajo ni hecho gastos en la siembra ni labores del fundo, ni ser suyo este, carece de accion al incremento que desde su muerte tengan los frutos, como igualmente á lo que valian cuando se casó (1) (*). Lo mismo se ha de observar

1 Escobar comp. 19. num. 6, 7 y 8.

* Engáñanse Ayora, Escobar y demas jurisconsultos nuestros en decir que la ley del Fuero inserta guarda silencio sobre el caso propuesto en este párrafo, y asi se cansan inutilmente en resolverle, dando lugar á la variedad de opiniones que hay acerca de su decision, y que es tan comun entre ellos. Dicha ley habla en general, y de consiguiente trata de todos los casos que pueden comprenderse bajo su generalidad: de consiguiente habla del presente caso, y se deberá decidir conforme á ella, y no por el derecho comun, como quiere el citado Escobar. En la ley no se lee una sola palabra que le excluya, y por tanto tienen aqui lugar aquellos dos axiomas de jurisprudencia: *la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender: cuando la ley no distingue, ni nosotros debemos distinguir*; pues estos axiomas lo son únicamente en la teórica, y no en la práctica de nuestros intérpretes; en su fantasía, y no fuera de ella. Si durante el matrimonio no hizo el marido en la finca dotal ningunas expensas ni labores, esta fue una casualidad de que no se ha de hacer mérito; y por la que no debemos separarnos de una ley. Y por otra parte, ¿quien quita que constante el matrimonio las hiciese el marido, cuando continuamente son necesarias hasta la recoleccion de los frutos? Al menos tendria cuidado de estos y del fundo, como que se le habian entregado para sostener las cargas matrimoniales, si no hubo necesidad de otra cosa. No obstante si el error de los comentadores ha motivado que no se siga la ley del Fue-

por la propia razon si el matrimonio se disuelve por fallecimiento del marido. Y si la muger renuncia los gananciales, como cesa la razon de sociedad, no se ha de dividir por mitad el aumento líquido sino con atencion al tiempo que duró el matrimonio, y asi se aplicará al marido lo que importe, sea mucho mas ó menos que la mitad, dividiéndole bajados gastos de recoleccion y demas, en tantas partes, cuantos dias, meses ó semanas pasaron desde el de la boda hasta la cosecha, y dando al marido las correspondientes segun el tiempo que sostuvo las cargas matrimoniales; y el residuo será para la muger. Este modo de hacer la division en estos dos casos, es el mas justificado y conforme á nuestras leyes, y asi se debe entender respecto al segundo la ley 26. tit. 11. Part. 4, que dice: *E porque podria acaescer duda sobre los frutos de la dote que es dada al marido sin apreciamiento, cuyos deben ser los de aquel año en que se departe el matrimonio, querémoslo aquí mostrar. E decimos que los deben departir desta manera: que debe el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año, cuantos meses é cuantas semanas duró el matrimonio en aquel año; é todos los otros deben fincar en salvo á la muger, é á sus herederos si ella finasse: sacadas las despensas de aquel año, que fizo el marido en labrar la cosa que le era dada en dote. E este año se debe comenzar á contar desde el dia que se cumplió el matrimonio por palabra de presente é fue entregada la dote al marido; cuando acaesciese que en aquel mismo año que fuera fecho el casamiento se departiesse. E la parte sobredicha que dijimos que debe haber el marido fasta el dia que fue departido el matrimonio, entiéndese tambien de los frutos que fuesen ya cogidos al dia del divorcio, como los que fincassen por coger adelante en esse mismo año. Esso mismo seria si fuesse la dote de tal natura que llevase dos vegadas en el año fruto, ó si fuesse atal que en tres años non diesse mas de un fruto.*

6. En consecuencia de lo expuesto, si la muger que renunció los gananciales trajo á su matrimonio bienes raices, falleció sin dejar descendientes, v. gr. á los cuatro meses de casada, y en su testamento instituyó herederos á sus padres, legando á su marido con arreglo á la ley 6 de Toro el tercio de sus bienes, y los frutos de los dotales estaban á la vista, mas no maduros cuando murió; se dividirán á prorata del tiempo que duró su

ro en el caso de que se trata, no deberemos estar á ella, porque las leyes del Fuero solo se tienen por leyes cuando estan en observancia. Esta nota ha de tenerse presente en algunos de los párrafos próximos. *Febrero reformado.*

matrimonio; y asi el marido como tal llevará la parte correspondiente á los cuatro meses, que hizo íntegramente suya por no adquirir gananciales su muger. En orden á las dos terceras partes de frutos de los ocho meses restantes, ni aun como legatario del tercio de los bienes de su muger llevará el de ellas, porque en el legado del tercio, quinto ó de otra cuota no se comprenden los frutos desde la muerte del testador, sino desde el tiempo de la demora de los herederos (1); pues por ignorarse si se dará su cuota al legatario en dinero, ó si en bienes de la herencia, cuales serán estos, no adquiere ningun dominio, que es el titulo para la adquisicion de frutos, como sucede en los legados especificos (2).

7. Mas para la deduccion de esta tercera parte legada, se han de considerar y valuar no solo los bienes muebles y raices que la muger dejó, sino tambien el aumento que estos recibieron con los frutos, en el estado que se hallen al tiempo de su muerte; y despues de bajado y separado lo que corresponde al marido como tal por razon de frutos, atendido el tiempo de su matrimonio, se agregará el resto de estos al valor de los bienes, y hecho un cuerpo se sacará el tercio legado para aplicársele del mismo modo que si todos fueran bienes muebles ó raices, y no hubiese frutos (3).

8. Cuando el marido antes de contraer matrimonio percibió frutos del predio de la esposa; aumentan estos su dote, y aunque vivan juntos no tocan al marido: pero si la vistió y mantuvo mientras tardó en efectuarse la boda, porque no tenia la edad competente para casarse ó por otro motivo; ó se anularon los esponsales y no se efectuó el matrimonio; hace suyos los frutos percibidos, en compensacion de los gastos hechos en mantenerla (4).

9. Llevando el marido al matrimonio, heredando durante este, ó donándole algun fundo con frutos sazonados y próximos á su recoleccion, aumentan estos su capital; por lo que si falleciere la muger antes que se cojan, corresponderán enteramente á su marido: y lo propio sucederá á su muger, si el fundo es suyo por haberle llevado inestimado en dote, ó heredado durante el matrimonio con frutos en estado de cogerse; porque como estan pendientes son una misma cosa con el, considerado su estado actual; y no en otros términos. Y si el dueño del fundo

1 Parlad. differ. 134. num. 13.
2 Ayor. *de part.* part. 2. quæst. 39.
3 Ayor part. 1. cap. 9. num. 2. y 3.
4 Ley 28. tit. 11. Part. 4.

falleciere acabada de hacer la recoleccion, se observará lo mismo, sacando de su total valor la mitad de las expensas hechas en aquella para el otro cónyuge, por haberlas suplido de su caudal, y lo líquido será para el dueño del fundo. La razon por que estos frutos no han de dividirse igualmente, como los demas, es de no haberse sembrado ni cultivado á costa de la compañía, ni nacido ni crecido durante ella, que es el motivo de conceder la ley la mitad de ellos.

10. Pero si los frutos estuviesen solamente manifiestos en el fundo que heredó el marido ó su muger constante el matrimonio, ó llevó á este, y sin haber repudiado los gananciales falleciere cualquiera de ellos despues de su recoleccion, de lo cual no habla la ley del Fuero; el dueño del fundo llevará el valor que se estime tenian cuando le heredó ó llevó al matrimonio sin descuento, y el aumento que tuvieron hasta la cosecha se dividirá por mitad, deducidas de aquel las expensas de cogerlos, por haberse ganado y acrecentado durante la sociedad conyugal (1). Y si del fundo de la muger se hizo aprecio que causó venta, como que los frutos se estimaron con él, y se trasfirió el dominio de todo al marido, los hará suyos (2).

11. Si el fundo, sea del marido ó de su muger, estuviese arrendado, y al tiempo de fallecer su dueño ó el otro cónyuge tuviese frutos pendientes, sembrados y beneficiados á costa del arrendatario, se dividirá la renta que este debe pagar á prorata del tiempo que en aquel año natural duró el matrimonio, y lo restante será únicamente para el dueño del fundo, ó para sus herederos, porque el otro consorte no puso ningun trabajo en su siembra, cultivo ni beneficio, ni hizo gasto en ellos. Por ejemplo, murió en fin de enero, y la renta que el arrendatario paga anualmente son mil y docientos reales. En este caso el dueño llevará toda la renta que se devengue desde 1.° de febrero hasta Santa Maria de agosto de aquel año en que se coge la mies y se promete el pago; y la vencida desde Santa María de agosto del anterior en que empezó el año natural hasta fin de enero, se dividirá por mitad entre ambos cónyuges como socios. Si el arrendamiento fuere de viñas, olivares ú otras cosas semejantes, se girará la cuenta contando desde la última cosecha hasta el dia del fallecimiento del cónyuge. Asi lo practican, como es justo, los partidores inteligentes.

1 Ayor. cap. 9. cit. num. 2 y 3. Escobar comp. 19 num. 6.

2 Escobar lug. cit. num. 5. vers. *Quod ad veritatem.*

12. Siendo vinculados ó de mayorazgo los bienes cuyos frutos pendientes se han de partir, debe distinguirse. Si estando ya casados recae en cualquiera de ellos el mayorazgo, y los frutos estan próximos á su recoleccion, corresponde al que entra á poseerle lo líquido que le toque en la particion con los herederos del último poseedor, deducidas las expensas, sin que tenga á ello el otro cónyuge el menor derecho, porque como no se adquirió á costa del trabajo de ambos, ni se aumentó durante la compañía por hallarse ya sazonados, no versa la razon y motivo de la ley para su division por mitad; pero si no estuvieren en tal disposicion, llevará la mitad de lo que toque al cónyuge sucesor por el incremento que hayan tenido, pues lo que valian hasta el dia inclusive que falleció el último poseedor toca á sus herederos, y el aumento desde alli en adelante al sucesor ó á su testamentaría, si muere antes que se dividan, bajándose y pagándose proporcionalmente, asi por este y su muger, como por la testamentaría del último poseedor, los gastos hechos en labores, siembras, recoleccion y demas, aplicando su importe á quien le hubiese desembolsado; de suerte que si el sucesor y su muger hicieron solamente los de recoleccion, y el último poseedor todos los restantes, ha de exigir cada uno ante todas cosas del total los suyos, y el residuo líquido es lo partible y proporcionalmente comunicable á la testamentaría del último poseedor, al sucesor y á su muger.

13. Si muere el marido dejando frutos pendientes y manifiestos en los bienes del mayorazgo que poseia y que labraba por sí, tocará á su muger la mitad de lo líquido de ellos, correspondiente al tiempo que su marido vivió y tuvo el dominio y posesion de sus fincas; pues lo demas hasta su recoleccion es del sucesor, que aunque sea hijo único del poseedor, se reputa como extraño para el caso, porque no adquiere el mayorazgo por derecho hereditario, como los bienes libres.

14. Si la muger es la que fallece, y el mayorazgo es del marido, toca á sus herederos por su representacion la mitad de lo líquido de sus frutos pendientes y manifiestos de cualquier clase que sean, como sembrados y nacidos durante la sociedad y á costa de ambos. Lo mismo procede en los hijos de animales que existen en el vientre de sus madres, y en los frutos sembrados y nacidos, segun se expuso en el párrafo 4, porque milita la misma razon, y la ley habla generalmente; sin que se atienda á si vivió ó no hasta su cosecha, porque como el dominio de los bienes queda en el marido, y de consiguiente en la

sociedad, la ley del Fuero le concede la mitad, cuando se hallan pendientes, y han sido sembrados por ambos en sus bienes, esten á la vista ó no, sin distincion de libres ó vinculados, y como aqui no hay traslacion de dominio á un tercero, como en el caso anterior, lo mismo es que sean de una clase que de otra. Pero si el fundo estuviere solamente barbechado ó cultivado al tiempo de la disolucion del matrimonio, no percibirán los herederos de la muger mas que la mitad de las expensas hechas en sus labores, y el marido tomará la otra mitad con su fundo y frutos que nascan de lo que siembre, como sucede cuando es libre, como se dijo en el párrafo 5. Lo propio debe observarse para con el marido en los casos propuestos, cuando fallece antes ó despues de su muger, y el mayorazgo es de esta; pues como correlativos se gobiernan en cuanto á los gananciales y sus frutos por una regla, exceptuando los casos expresados en este capítulo y en el anterior, en los que hay razon de disparidad: todo lo cual he visto practicar como legal y justo, aunque no tratado en ningun autor con esta prolijidad ni distincion.

15. Y si los bienes fructíferos del mayorazgo estan arrendados, se dividirán las rentas á prorata del tiempo que vivió el difunto, y no mas, muera primero ó despues su poseedor, y el difunto no llevará mas que la mitad de las devengadas en su vida, porque no puso trabajo ni hizo gastos en sus labores ni siembra, como en los casos anteriores, segun dije en el párrafo 13, hablando de los bienes libres. Lo propio milita por la misma razon siendo alquileres de casas, réditos de censos ú otros derechos semejantes. Por lo concerniente á las rentas de bienes fructiferos, se ha de contar el año natural de cosecha á cosecha, y por lo respectivo á las de censos, juros, casas y demas efectos y consignaciones, se ha de atender al plazo en que cumple el contrato, y se deben satisfacer por las razones que se expondrán en el capítulo 12, título siguiente, que es lo que practican los partidores inteligentes.

16. No adquiere el marido el tesoro que encuentra en el fundo dotal, ya porque no es parte de este, y ya por que segun la ley 3. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec. que deroga la 45. tit. 28. Part. 3, los tesoros pertenecen al Rey, y únicamente se ha de dar en premio la cuarta parte al hallador que dé cuenta á la justicia, como debe hacerlo. Mas para esto es indispensable que se ignore á quien corresponde el tesoro; pues si por algun papel ó instrumento puesto con él se acredita quien le escondió, será de sus herederos, á quienes no se podrá oponer la excepcion de pres-

cripcion, porque la cosa clama siempre por su dueño en cualquier parte que esté; y no habiéndolos, le llevará el fisco como bienes vacantes.

17. Por lo tocante á las canteras ó pedreras del fundo dotal, si no estan abiertas al tiempo del casamiento, y son de tal naturaleza que crecen y renacen, como parece las hay en Francia y en Asia, tocará al marido el producto de las piedras que corte y extraiga de aquellas, porque son frutos, aun cuando el fundo sea esteril, y no produzca ninguna otra cosa; y lo mismo será aunque las piedras no renazcan, si por su extraccion se hace el fundo mas util y fructifero que lo era antes, de modo que se pueda cultivar y destinar á otra cosa mejor (1); pues sino sucede asi, pertenece á la muger el producto líquido de las piedras que se extraigan, aumentará su dote, y no le adquirirá el marido, mediante á que no reputándose fruto, por no renacer ni poderse compensar con otra utilidad del fundo, no se le puede conceder para que sostenga las cargas de su matrimonio (2). Pero si cuando este se contrajo estaba abierta la cantera ó vena, corresponderá al marido, porque es visto habérsele dado en dote de su muger con este ánimo, excepto que conste expresamente lo contrario de su voluntad; pues cuando alguna cosa que está destinada á cierto uso se da para que se disfrute, se entiende darse para el que siempre tuvo (3). Lo propio milita en los minerales y otras cosas que no renacen.

1 Molin. *de primog.* lib. 1. cap. 23. num. 8 y 9. García cap. 22. cit. num. 48.
2 Gutierr. lug. cit. num. 17 y 18.
3 Gutierr. cap. 25. cit. num. 14 y 15.

CAPITULO UNDECIMO.

¿Se ha de pagar á los hijos de los bienes gananciales la dote y capital que les dieren sus padres? ¿Si por muerte de alguno de estos deberán colacionar aquellos todo lo percibido, ó solamente su mitad; y si mejorando el padre á un hijo en el tercio de los bienes, y en finca lucrada durante el matrimonio, valdrá esta mejora en el todo, ó solo en la mitad correspondiente al mejorante?

§. 1. La dote y donacion *propter nuptias* se pagan de los bienes gananciales, si los hubiere, y faltado estos, ¿quien las deberá satisfacer?

2. Los hijos é hijas á quienes sus padres juntos dieron capital ó dotaron, no deben por muerte de uno de estos colacionar con sus hermanos mas que la mitad de dicha dote ó capital.

3. Lo mismo procede si habiendo gananciales y estando los bienes sin partir, da u ofrece la madre viuda dote á una hija, ó capital á un hijo de su matrimonio.

4. Igualmente si el padre solo dió ó prometió dote á su hija, ó capital á su hijo, habiendo gananciales, muerto aquel deberá el hijo ó hija colacionar solo la mitad.

5. Cuando no hay mas que un hijo ó hija que viene á partir con su madre, y el padre solo le dió dote ó capital de los gananciales, no colacionará la mitad, sino que se quedará con todo lo que su padre le entregó, y luego partirá igualmente con su madre los demas gananciales que haya, percibiendo tambien enteramente el capital de su padre si le llevó.

6. Si mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes, y en finca lucrada durante su matrimonio, que le entrega, ¿valdrá esta mejora en el todo, ó solo en la mitad correspondiente al mejorante?

1. Aunque la madre no está obligada á dotar de sus bienes dotales ni parafernales á sus hijos, asi ella como su marido deben pagar con los multiplicados durante su matrimonio á la hija de entrambos la dote, y al hijo el capital que juntos les ofrecieron; y á pesar de que no se especificase cuando se entregó la dote de qué bienes se habia satisfecho, se entiende de los gananciales. Esto mismo se dijo en el lib. 1.° tit. 2.° cap. 3.° en que

se trata de la dote, y allí verá el partidor quién tiene obligacion de dotar, cómo deberá satisfacerse la dote cuando no hubiere gananciales, y otras cuestiones que debe tener presentes, y se omiten aquí por evitar repeticiones.

2. Los hijos è hijas à quienes sus padres juntos dieron capital ó dotaron, no deben por muerte del uno colacionar con sus hermanos mas que la mitad del capital ó dote que les dieron; pues cuando fallezca el otro, y se trate de partir sus bienes, se ha de llevar á colacion la otra mitad (1) (*).

3. Lo mismo procede si habiendo gananciales, y estando los bienes sin partir, da ú ofrece la madre viuda dote à una hija, ó capital à un hijo de su matrimonio, sin expresar de qué bienes, pues como se entiende hacerse de los de ambos, segun se ha dicho, cuando se haga la particion colacionará la mitad por la parte que le corresponde de su padre, y la otra mitad cuando se divida la herencia de su madre, pues por el hecho de no haber expresado cosa alguna, y no deber ignorar aquella la obligacion que tiene, habiendo gananciales es visto que quiso se le contase solamente la mitad en parte de su legítima paterna y anticiparle la otra mitad porque la tuviese en cuenta de la materna, y la colacionase cuando se dividiesen sus bienes, como lo he visto declarado en juicio. Pero si habiendo dotado padre y madre à una hija, ó dado capital à un hijo, falleciere despues la madre, y el padre durante la comunion del caudal entre él y sus hijos diere alguna cantidad al hijo ó hija dotados, deberán colacionarla toda cuando se efectúe la particion; porque como ya estan colocados, y ha cumplido el padre con la obligacion que tenia, se entiende hábersela entregado à cuenta de la legítima materna, á la que ya tenian adquirido derecho por el fallecimiento de su madre, aunque nada se exprese, excepto que al tiempo de la entrega se pacte otra cosa, lo cual he practicado, y se ha aprobado judicialmente.

4. Igualmente si el padre solo dió ó prometió dote à su hija, ó capital à su hijo, habiendo gananciales y cabiendo en ellos, muerto aquel deberán el hijo ó hija colacionar solamente la mitad, y la otra mitad cuando se trate de la division de los bienes maternos.

5. Cuando no hay mas que un hijo ó hija que vienen á partir con su madre, y el padre solo le dió dote ó capital de los ganan-

1 Asi lo ordena expresamente la ley 24. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que está en uso.

* En los capítulos 5 y 6 del título siguiente se trata especialmente de la colacion.

ciales en vista de las razones ya expuestas, no colacionará la mitad, sino que antes bien se quedará con todo lo que su padre le entregó, y luego partirá igualmente con su madre los demas gananciales que haya, percibiendo enteramente tambien el capital de su padre si le llevó.

6. Dúdase si mejorando el padre à un hijo en el tercio de sus bienes y en finca lucrada durante su matrimonio, que le entrega, valdrá esta mejora en el todo ó solamente en la mitad correspondiente al mejorante. Ayora resuelve esta duda en la parte 2.ª cuestion 41, distinguiendo de este modo. Si el padre hizo la mejora en su testamento ú otra última voluntad, valdrá solamente en la mitad, porque surte su efecto disuelto el matrimonio, en cuyo tiempo adquiere la muger dominio perfecto è irrevocable en la suya, por lo que es visto que no quiso mejorar sino en sus bienes propios; y esto es indudable. Si la mejora se hizo en contrato, ha de atenderse à si fue con ánimo de defraudar à su muger ó no: si le tuvo, no le perjudicará en su mitad, con cuyo dictamen me conformo; y si no le tuvo (lo cual es presumible, mayormente siendo el mejorado hijo de ambos), dice el citado autor que si el marido dejó otros bienes con que reintegrarla de su mitad, valdrá dicha mejora del tercio; y que si no los dejó, podrá repetir la muger su mitad del hijo ó hija mejorados, ó del que posea la cosa comun en que su marido consignó el tercio. Yo dudo de esta opinion en los términos absolutos con que se sienta, por las razones que manifesté en otra parte; y digo que le competirá dicha repeticion solamente en el exceso de la parte que despues de deducida su legítima importe la mejora, ya se hubiese hecho esta en finca raiz, ya en dinero, ya en alhajas ó cosas muebles adquiridas constante el matrimonio, y entregadas, porque no puede ser mejorada la hija en contrato ni por el uno ni por la otra, ni la madre está obligada à mejorar al hijo, pues de lo contrario sería ilusoria la facultad que la ley 53 de Toro concede al marido para dotar y dar capital á sus hijos de los gananciales: la dote y capital se dan en cuenta de legítima y no como mejora, para que los hijos se establezcan ó pongan en estado; el padre está autorizado para hacer tales donaciones sin que necesite el consentimiento de su muger; y esta tiene la misma obligacion de hacerlas de ellos. Asi pues hasta en lo que importe la legítima valdrá la donacion de que se trata, y el hijo únicamente estará obligado à reintegrar á su madre del exceso, ó esta podrá repetir por él contra los bienes de su marido: y solo colacionará por muerte del padre la mitad de lo

que importe lo recibido, pues el que se llame mejora ó capital no altera la sustancia, y si el exceso à su legítima, para cuya donacion de los gananciales no le da facultad la ley, que no debe ampliarse á lo que no expresa en perjuicio de la madre. Pero si el hijo es del matrimonio anterior del marido, tendrá lugar la opinion de Ayora siempre que la donacion no sea inmoderada. Lo mismo y con mayor razon creo debe practicarse cuando marido y muger dieron capital, ó dotaron algun hijo ó hija, y despues de casados les dió ó prestó el padre solo alguna cantidad; pues deberá imputárseles esta íntegra en parte de legítima paterna, y no la mitad solamente, porque como la madre no estuvo obligada á mas que à dotarlos, lo que despues les dió ò prestó su padre es deuda á favor del caudal que se les debe cargar en cuenta de haber paterno, y no defraudar á su madre ni privarla de su mitad, que no les dió ni tuvo obligacion de dársela ni prestársela con pretexto de beneficiarlos ó mejorarlos, porque ya se hallaban en estado, segun lo he visto declarar.

CAPITULO DUODECIMO.

Deduccion de las arras, ó joyas y vestidos que el novio da ú ofrece á la novia.

§. 1. Cantidad que puede darse ú ofrecerse en arras.

2. La décima parte que el novio da ú ofrece por via de arras, puede consignarla ó en finca determinada, ó en el total de los bienes que tiene y tuviere en adelante, ó en los mejores y mas bien parados que tenga. ¿Como deberá el contador aplicar su importe en cada uno de estos casos?

3. Si el novio ofrece á la novia en las capitulaciones el quinto de sus bienes para que le haya por via de arras, donacion por casamiento, ó como mas le convenga ó haya lugar en derecho, le percibirá todo la muger, esto es, su mitad, que es la décima por razon de arras, y la otra mitad, como parte y legado del quinto.

4. Para la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido se ha de mirar si este las dió ú ofreció á su esposa. Si se las dió por aumento de dote, y ella las incorporó en su carta dotal, se han de deducir del cuerpo del caudal al propio tiempo que la dote. Si no las incorporó en el contrato dotal, pero las llevó al matrimonio como caudal suyo, y consta que se emplearon en sostener las cargas matrimoniales, se deducirán como bienes suyos despues de la dote, del mismo modo que los parafernales ó hereditarios.

5. Si solamente se las prometió, sea en el mismo contrato dotal ó en otro separado, se ha de distinguir si hay gananciales, y si la muger los renuncia ó no. Modo de hacer la deduccion en estos casos.

6. Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se la debe aplicar solamente el usufructo de las arras y no su propiedad, porque esta toca á los hijos del marido, y debe reservársela.

7. Siendo viudo el marido, se ha de mirar si tiene ó no hijos ú otros descendientes legítimos del anterior ó anteriores matrimonios. ¿De donde han de deducirse las arras en uno y otro caso?

8. Si el marido viudo con hijos ú otros descendientes legítimos ofrece cantidad determinada ó indeterminada en arras al tiempo de casarse á su futura esposa, y en disposicion última la le-

ga el quinto íntegro, solamente tendrá derecho á este viviendo alguno de los hijos ó descendientes que cuando se casó tenia su marido, importe mas ó menos que la cantidad prometida al tiempo de la bode.

9. Si uno se casa muchas veces, y ofrece en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes, ¿como ha de entenderse esta?

1. En el libro 1.° título 2.° capítulo 7.°, donde se trató de las arras, se dijo que en los reinos de Castilla, donde estan en observancia las leyes del Fuero Real, ningun novio puede dar ni ofrecer á la novia soltera por via de arras ó donacion por razon de casamiento mas que la décima parte líquida y efectiva, deducidas las deudas, de los bienes libres que tiene cuando se casa; bien que en los pueblos y provincias donde no rigen dichas leyes del Fuero, se observarán las suyas sobre la cantidad que puede dar ú ofrecer con título de arras el novio á la novia, tenga bienes libres ó vinculados, ó ningunos, cuando se casa, ó el uso ó costumbre que haya, ó lo que los contrayentes pacten en las capitulaciones, aunque estas se otorguen fuera de dichos paises, si se casan para irse á vivir à ellos.

2. Puede el novio consignar dicha décima parte que ofrece ó da por via de arras en finca ó alhaja determinada que la importe, ó en el total de los que tiene ó tuviere en adelante indistintamente, ó en los mejores y mas bien parados que tenga. En el primero de estos casos la aplicará su importe el contador en la misma finca ó alhaja, con su hipoteca especial consignada: en el segundo hará la aplicacion en cualesquiera bienes de la herencia, porque en todos se las ofreció indistintamente, por lo que si deja deudas à su favor, se la aplicará en ellas lo que proporcionalmente le corresponda de buenas, malas y medianas, que es á lo que en este caso tiene derecho, y no à que todo su importe sea de lo florido. En el tercer caso hará la aplicacion en los bienes mejores y mas exequibles, que son el dinero, plata y oro por su intrinseco valor, bienes raices, y derechos perpetuos y redituables, y à falta de ellos en los mas útiles, pues esto significan las palabras, *mejores y mas bien parados*, como á instancia mia se ha declarado. Lo propio milita en el padre ó madre del novio, pues tampoco puede dar à la novia en arras mas que el diezmo de lo que herede de ellos su hijo, y asi se obser-

va. Nótese que dicha ley del Fuero no puede renunciarse, como se dijo en el capítulo 7; y asi el contador no ha de abonar el exceso de dicha décima, debiendo reducirse á esta, ya sea de los bienes que tenga entonces, ó de los que tenia al tiempo de hacer su oferta, segun se hubiere hecho esta.

3. Si el novio ofrece á la novia en las capitulaciones el quinto de sus bienes *para que le haya por via de arras, donacion por casamiento, ó como mas le convenga ó haya lugar en derecho*, y fallece abintestato antes que aquella con hijos, ó sin ellos, ó bajo de testamento, sin renovar la oferta en el exceso de la décima; aunque parece que el quinto se deberá restringir à esta, y que en el exceso será nula la oferta por la prohibicion de las leyes del Fuero, no obstante le percibirá todo la muger: su mitad, que es la décima por razon de arras, con arreglo à la ley del Fuero, y la otra mitad como parte y legado del quinto: en primer lugar, porque el novio puede usar de las facultades que la ley del Fuero citada y la 28 de Toro le conceden, y en hacerlo no contraviene à ellas, ni à nadie grava ni injuria: en segundo lugar, porque dicha ley 28 le permite disponer en contrato ó en disposicion última del quinto, sin prescribir en qué contrato ha de ser, ni prohibir que sea en el de casamiento, y asi en cualquiera puede donarle, pues lo que no está prohibido se entiende permitido, y cuando la ley no distingue, no debemos distinguir; y en tercer lugar, porque su voluntad se conforma en esta parte con las leyes referidas, por los distintos fines á que se dirigen, y por la expresion amplia de la oferta *ó como mas haya lugar en derecho*; en cuya atencion debe conciliarse con ellas en todo lo que no se opongan. Asi que si muriendo con testamento deja legados que consuman toda la décima, y tenia hijos cuando se casó, se aplicará á la viuda una décima por razon de arras, y la otra décima se prorateará entre ella y los legatarios, si no la revocó, bajando previamente los gastos funerarios, misas y demas sufragios; y si murió abintestato, la llevará toda deducidos estos. Si no tenia hijos al tiempo de casarse, ó aunque los tuviese, si durante su vida murieron sin sucesion, llavará la viuda la décima; y del quinto íntegro de los bienes se bajarán los legados y gastos referidos, y el residuo de aquel será para ella; pues á falta de descendientes legítimos, puede ofrecer la décima entera à la novia, y disponer despues del quinto, lo cual le está prohibido cuando los tiene al tiempo de casarse; bien que si los dichos gastos y

legados no consumen en este caso la mitad del quinto, será el sobrante de esta mitad para los herederos, porque la viuda no tiene derecho á mas que á la otra mitad que se le ofreció en el contrato dotal, y es visto que nada mas quiso beneficiarla su marido, por lo que el partidor no debe ampliar su voluntad á otra cosa que á lo que en vida y muerte manifestó expresamente; y si consumen la mitad entera, y parte de la otra mitad, deberá contentarse con el residuo de esta. Mas para evitar disputas necias, se dirá en la oferta: »que se le hace del quinto para que lo perciba todo: la mitad, que es la décima, por via de arras y donacion por casamiento, con arreglo à la ley del Fuero; y la otra mitad, en caso de no revocarla, como donacion de parte de dicho quinto, segun se lo permite la 28 de Toro, ó como mas le convenga y haya lugar en derecho, para que no se invalide en cosa ni parte alguna." Lo mismo procede en el tercio, teniendo ascendientes, segun la ley 6 de Toro, porque militan las propias razones (*).

4. Para la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido, se ha de mirar si este las dió ú ofreció á su esposa. Si las dió por aumento de dote, y ella las incorporó en este concepto en su carta dotal con los demas bienes suyos indistintamente, entonces como que son dote y no arras, porque pasaron á su dominio, y se mezclaron y confundieron con la misma dote, cuyos privilegios gozan enteramente, se han de deducir del cuerpo del caudal al propio tiempo que esta sin diferencia alguna. Si no las incorporó en el contrato dotal, pero las llevó al matrimonio como caudal suyo, y consta que se emplearon en sostener las cargas matrimoniales, ó en otra cosa util à la sociedad conyugal, se deducirán como bienes suyos despues de la dote, del mismo modo que los parafernales y hereditarios, pues se hizo dueña de ellos con la entrega, y por haberlas empleado en el matrimonio, se deben deducir antes que los gananciales, como parte del fondo puesto en la sociedad. Habiéndolas consumido en usos propios y agenos de esta, no tendrá derecho á su deduccion ni abono como se ha dicho en otra parte de los bienes parafernales, cuando no los entrega á su marido.

* La donacion del quinto, aunque se haga con las palabras insertas, y pueda de consiguiente revocarse su mitad, se dirige en cierto modo a eludir lo dispuesto en las leyes 1 y 5. tit. 2. lib. 5. Rec., ó 6 y 7. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. Las facultades que concede la ley 28 de Toro, deben interpretarse sin perjuicio de dichas leyes, que ponen tasa á las donaciones de los novios, y anulan *todos* los contratos, pactos ó promesas que de otra manera se hicieren. *Febrero reformado.*

5. Si solamente se las prometió, sea en el mismo contrato dotal ó en otro separado, se ha de distinguir si hay gananciales, y si la muger los renuncia ó no: si no los hay, se han de bajar del caudal propio del marido hasta en la décima y no mas, como una de las deudas contra este: si los hay, y la muger los renuncia, lo mismo es sacarlas del cuerpo de la herencia despues de la dote, que del caudal restante, sin distincion de si son ó no del capital del marido; pues entonces todo es de él, y no se le hace agravio, por no pagársele de sus propios bienes llevados al matrimonio, ni de su parte de gananciales, porque no los quiere. Pero si los acepta, despues de bajar la dote, bienes parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido y la mitad de gananciales que la tocan, se une la otra mitad de estos al capital del marido, y hechas un cuerpo estas dos partidas, se deduce de su total hasta en la décima el importe de las arras y no mas, aunque la oferta exceda á esta, como deuda contra él, y el residuo líquido es el legítimo haber del marido. Luego se unen la dote, arras, mitad de gananciales y demas derechos pertenecientes á la muger, y lo que sumen es lo que le tocará, caso que su marido nada le haya legado; porque si le legó algo, esto mas debe llevar, no excediendo del quinto si tiene descendientes legítimos, ó del tercio si ascendientes; pues bajándose las arras antes de dividirse los gananciales, se les satisfará de estos la mitad de su importe, y como deuda contra su marido debe salir de sus propios bienes, no del total de aquellos, cuya mitad íntegra le conceden las leyes (1). Pero aunque le haya legado el quinto ú otra cuota, no se debe deducir antes que las arras, sino del residuo bajadas estas, porque son deuda contra su caudal, que debe separarse primero como cosa agena, y de lo que quede, deducidas las mismas, se ha de sacar el quinto, pues de lo contrario se le daria este de caudal que no era de su marido, sino en parte suyo, en lo cual se le perjudicaba.

6. Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se le debe aplicar solamente el usufructo de las arras, y no su propiedad, porque esta toca á los hijos del marido, y debe reservársela (2); y aun cuando no lo esté, debe contener su adjudicacion el editamento: »de que en caso de volverse á casar dentro ó fuera del año de su viudedad, deberá

1 Ayor. *de partit.* cap. 7. num. 16.
2 Ley 25. tit. 13. Part. 5. Ayor. lug. cit. num. 21.

reservar su propiedad á los herederos del primer marido, segun lo mandan las leyes." Lo tendrá presente el partidor, pues por carecer de esta expresion las adjudicaciones, suelen los herederos del marido no usar de su derecho, de que estan ignorantes, y quedan perjudicados.

7. Siendo viudo el marido, se ha de mirar si tiene ó no hijos ú otros descendientes legítimos del anterior ó anteriores matrimonios. Si no los tiene, se observará lo propio que siendo soltero, sin diferencia, pues uno y otro pueden ofrecer á la novia arras, ó en su defecto hacerla otra donacion, cuando se casan, y luego legarle el quinto, porque como al tiempo de casarse nadie tiene adquirido derecho á sus bienes, se les permite donar de ellos la parte que quisieren, con tal que no exceda de lo prefinido por las leyes; en cuya atencion se estimará su importe por caudal suyo, y como deuda contra este se deducirá de su total, y el quinto del residuo no padecerá diminucion, ni las arras se imputarán en él, por no ser visto haberlas ofrecido á su novia con ánimo de perjudicar á los hijos que tuviere, y sí con el de manifestar á su madre el afecto que le profesaba, y estimularla á que se esmerase en su cuidado y crianza, por cuya razon los que nazcan no revocarán la oferta de ellas. Y si tiene hijos se han de deducir las arras del quinto de sus bienes, que es de lo que le permite disponer en vida y muerte la ley 28 de Toro, teniendo descendientes legítimos; y si ascendientes, del tercio, segun la 6 tambien de Toro, y no del cuerpo de su propio caudal; y asi hasta en su importe se compensará el quinto ó el tercio con ellas (1). Todo esto se debe observar y observa, aunque Ayora dice (2) que no se sacarán del quinto, si segun la costumbre de la tierra no pudo el marido dejar de darlas, á lo menos sin desdoro suyo, pues no se le causa ninguno por no darlas ni ofrecerlas, ni está obligado á ello por ningun título (3) (*). Lo propio milita en las joyas ó preseas y vestidos por la misma razon.

1 Gutierr. lib. 3. *Pract.* quæst. 43. Parlad. diff. 125. num. 13.

2 Part. 2. quæst fin. num. 56.

3 Castill. *de usufruct.* cap. 46. num. 12. Tello ley 16 de Toro, num. 8.

* A mi me parece razonable la opinion de Ayora; pues en el caso de que habla, las arras no son una donacion del novio, sino una deuda suya, aun dado caso que no se le pueda apremiar á satisfacerla, siempre que de no hacerlo se le siga algun desdoro, porque esto entre personas de honor puede reputarse un motivo necesario. Contra el parecer de Ayora nada objeta Febrero, por cuanto aquel habla en un supuesto, y este, lejos de hablar bajo de él, le niega sin fundamento. *Febrero reformado.*

8. De lo expuesto se deduce que si el marido viudo con hijos ú otros descendientes legítimos, ofrece cantidad determinada ó indeterminada en arras al tiempo de casarse á su futura esposa, aunque sea con título de remuneracion, y en disposicion última le lega el quinto íntegro, solamente tendrá derecho á este viviendo algunos de los hijos ó descendientes que cuando se casó tenia su marido, importe mas ó menos que la cantidad prometida al tiempo de la boda: en primer lugar, porque cuando hizo la oferta estaba privado de disponer de mas que de su quinto en vida y muerte, por prohibírselo expresamente la ley 28 de Toro, teniendo descendientes legítimos: en segundo lugar, porque con permitírsele uno y otro, no solo se violaría dicha ley, que es posterior á todas las del Fuero, sino que con pretexto de la donacion, y por beneficiar á la madrastra, defraudaria en la décima ó cantidad prometida á sus descendientes legítimos, quienes antes que se volviese á casar tenian derecho adquirido á sus bienes, excepto el quinto; y si se casaba muchas veces, apenas les quedaria herencia: en tercer lugar, porque las leyes del Fuero que corrige la citada de Toro, estan en títulos posteriores al que trata de las arras, aunque en un mismo libro; y asi corregidas aquellas se entiende estarlo tambien las anteriores, excepto en lo que dejen subsistir y se observe; y en cuarto lugar, porque no obsta alegar que no se entienden corregidas, por darse y ofrecerse las arras en contrato oneroso, y ser los legados y donaciones puramente voluntarios y lucrativos; pues solo es oneroso para el marido, de cuya voluntad depende el darlas ó no. Lo propio milita en el tercio teniendo descendientes legítimos.

9. Si casándose el marido muchas veces ofrece en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes, segun puede hacerlo, ha de ser aquella de los que por muerte de cada una le tocaban, y percibiria á haberse hecho particion, y no constando á cuanto ascendian, como que son créditos de una naturaleza y privilegio, el primero en tiempo lo será en derecho, de suerte que los hijos de la primera sacarán la décima de todo lo que deje; los de la segunda la del residuo, y asi irán descendiendo. Por ejemplo, si dejó cien mil reales líquidos, llevarán los de la primera diez mil, que son la décima de ellos: de los noventa mil que quedan sacarán su décima los de la segunda &c. Si á alguna ó algunas ofreció cantidad

determinada, se ha de mirar si cabe ó no, y asimismo si la consignó en sus bienes presentes y futuros, ó solamente en los presentes: sino cabe, se le abonará lo que quepa y no mas; y si cabia en los que tenia cuando la ofreció, y no en los que deja, se le ha de abonar el total, con tal que no se grave la legítima de los hijos anteriores; pues en perjuicio de estos no pudo ofrecer ni donar mas que el quinto. Pero esto se limita en la primera muger, pues si cabia la cantidad ofrecida en la décima de los que poseia al tiempo de casarse, como entonces nadie tenia adquirido derecho á ellos, se debe deducir íntegra, y abonársele como deuda contra el caudal de su padre.

CAPITULO DECIMOTERCERO.

¿De donde deberán deducirse el luto de la viuda y de los herederos del difunto, el vestido ordinario de aquella, y el lecho cotidiano que pertenece al viudo ó á la viuda?

§. 1. Los herederos del difunto deben dar el vestido de luto à la viuda; pero este derecho no corresponde al viudo: razon de esta diferencia.

2. No habiendo costumbre ó mandato expreso del testador en contrario, se debe bajar el importe del luto ordinario del cuerpo de su caudal propio como deuda contra él, y no del inventariado.

3. Los herederos deben costear sus lutos de su propio haber, y no del cuerpo del caudal inventariado.

4. ¿Que se entiende por vestido ordinario de la viuda? ¿y como debe hacerse la aplicacion de su importe?

5. El lecho cotidiano corresponde á la viuda, é igualmente al marido, quedando viudo.

6. ¿Que se entiende por lecho cotidiano?

7 y 8. ¿De donde deberá deducirse el lecho cotidiano?

9 y 10. ¿Si habiendo deudas contraidas en el matrimonio, ó antes por el marido, y ningunos gananciales, tendrá derecho la viuda al lecho con preferencia á los acreedores?

11 y 12. ¿Si en cualquier tiempo que el viudo ó la viuda se case, deberá restituirse el lecho á los herederos del muerto, ó podrá gozar de su usufructo mientras viva?

13. El lecho debe inventariarse y valuarse con separacion de las cosas de que se compone, para aplicarlas con distincion y claridad, y no dinero por ellas.

1. Tres puntos, aunque de corta entidad, que no han tratado los autores como corresponde, son de los que voy à hablar en este capítulo; á saber: del luto de la viuda y herederos del difunto: del vestido ordinario de aquella; y del lecho cotidiano del viudo ó viuda. En cuanto al luto debo decir que por razon de alimentos deben los herederos del marido dar, segun su calidad y haberes, á la viuda el ordinario ó cotidiano, ó lo que le cueste si lo hizo à sus expensas, à mas de su dote, bienes parafernales y mitad de gananciales que por derecho le tocan; pues por alimentos no solo se entienden la comida y habitacion,

sino tambien el vestido, curacion y otras cosas necesarias; y porque aun cnando esté vestida, aquel trage no es el que le corresponde à su estado de viudez. Pero esto se entiende, habiendo costumbre en el pueblo de que las viudas traigan luto, porque de lo contrario no puede pretenderle; y si habiéndola se casare dentro del año de su viudedad, y el luto fuere apreciable (pues si es de poco valor, no se debe hacer mérito de él) estará obligada á restituirle en pena á los herederos del marido en el estado en que se halle, asi como el usufructuario de bienes que se deterioran ó envejecen con el uso, porque le disfrutó legitimamente el tiempo que permaneció viuda. Pasado el año no tendrá dicha obligacion, sea vil ó precioso el luto, porque cumplió con el fin para que se le dieron los herederos, y no incurrió en pena, por no estarle prohibido el casarse. Al marido no se debe luto, porque no tiene derecho á ser alimentado de los bienes de su muger difunta, ni se considera triste y desamparado como esta, en cuya atencion solo se le abonará habiendo costumbre de dársele.

2. Algunos autores dicen que este luto ó su valor se ha de deducir del quinto, siendo los herederos descendientes legítimos, y no del cuerpo del caudal ó haber del difunto, ya para que no se disminuya de la legítima de los hijos, y ya porque se entiende comprendido en los gastos funerarios; pero à la verdad este fundamento es muy debil, y como tal no me convence: en primer lugar, porque ninguna ley lo manda: en segundo, porque del quinto se deben deducir solamente los gastos del funeral, misas y legados pios y graciosos, segun la ley 30 de Toro; y el luto no toca al funeral, ni es del caso para él, ni necesario que se dé ni traiga, ni está comprendido entre las cosas que la ley citada ordena se deduzcan del quinto, ni otra alguna le tienen por tal; y en tercer lugar, porque la costumbre de dar luto á las viudas la establecieron los herederos del marido, y por este hecho se impusieron el gravamen y la obligacion de dársele de su caudal, como parte de alimentos, y no del que la ley dejó al testador, que es el quinto, obligacion que tenian aun antes de formarse la ley 28 de Toro, en que sin comparacion era mucho menor su legítima, y mayor la libertad de los padres acerca de sus bienes; y asi no se les defrauda ni disminuye su legítima, porque el luto donde hay costumbre de traerle es deuda contra ellos. A vista de estas razones tengo por seguro que no habiendo costumbre ò mandato expreso del testador en contrario, disponga ó no del quinto, se debe bajar el importe

del luto ordinrio del cuerpo de su caudal propio, como deuda contra él, y no del inventariado, porque entonces pagaria la viuda la mitad, ni tampoco del quinto. De este dictamen son Castillo, Tello, Fernandez y otros, y es el que he seguido en las varias particiones que he hecho, y se ha aprobado judicialmente. De esta suerte sale del mismo quinto la quinta parte, como deuda, y no su total de las cuatro partes de la herencia.

3. Por lo concerniente à los lutos de los herederos, no hay duda que si quieren traerlos, deben costearlos de su propio haber, segun se acostumbra y no del cuerpo del caudal inventariado, porque entonces pagaria indebidamente la viuda la mitad de su costo, ni del quinto de el del difunto, porque se quedan con ellos, sirven solamente para su ostentacion ó decoro; y ceden en su propia utilidad, pues mientras los gastan ahorran otros trages, no hay ley que les precise à hacerlos, y solo se traen por costumbre; no son necesarios para el entierro del cadaver ni alivio del difunto, ni la ley 30 de Toro hace mencion de ellos. Con este motivo no pasaré en silencio, que por bando publicado en la Corte en 14 de Mayo de 1763, en observancia de la ley 2. tit. 13. lib. 6. Nov. Rec., y del auto 4. cap. 41. tit. 12. lib. 7, solamente se permite traer lutos á los parientes del difunto en los grados próximos de consanguinidad y afinidad, que son: por padre ó madre, hermano ò hermana, abuelo ó abuela ú otro ascendiente, suegro ò suegra, marido ó muger, ò el heredero, aunque no sea pariente del muerto; y se prohibe darlos à los criados y familia de este, y à los de sus hijos, yernos, hermanos, parientes y herederos, de suerte, que à ninguno de la familia se deben dar, ni ellos deben ponérselos.

4. El vestido ordinario de la viuda no se debe inventariar, segun dije en el párrafo 18, capítulo 1.° del título anterior; pero esto ha de entenderse con la distincion siguiente: si la muger llevó dote, y le incorporó en su carta dotal, debe tasársele y aplicársele en cuenta de aquella, haya ò no gananciales, porque es parte suya; y sino le incorporó, como es regular, ò no consta, no se ha de valuar ni hacer mérito de él, porque asi como entró vestida en poder de su marido y esto mas llevó, debe quedarlo por su muerte, sea mejor ó peor que el que llevé, porque cada uno en su tiempo se tiene por ordinario, atendidos el estado, calidad y facultades de la muger cuando soltera, y las del marido cuando casado. Asimismo, aunque no lleve dote, ni ha-

ya gananciales, se le debe dejar, porque como he dicho, entró vestida en poder de su marido, y es parte de los alimentos que debia darla; y lo propio se ha de decir en este caso de los demas vestidos de su uso, con tal que no excedan del quinto si el difunto dejó descendientes legítimos, ó del tercio si ascendientes, légueselos ó no. Por vestido ordinario se entiende aquel con que la muger salia diariamente à la calle con decencia segun su clase y las facultades de su marido, lo cual debe dejarse al arbitrio del juez, y asi lo he visto practicar y practicado. Los vestidos preciosos de que solo usaba la muger en dias de lucimiento, y cuya graduacion se debe dejar tambien al juez, teniendo en consideracion la calidad y el caudal del marido, y la costumbre del pais entre personas iguales en el todo, por lo que no se puede dar regla fija, deben quedar á beneficio del caudal de su marido, y luego se le aplicarán en cuenta de su haber, porque estos no se comprenden en los alimentos que debia darle, y no debe resistirse á tomarlos en parte de pago, excepto que los hubiesen comprado con lo que se le dió por razon de alfileres, en cuyo caso se observará lo dicho en el citado párrafo 18, capítulo 1.° del título anterior.

5. Por lo respectivo al lecho cotidiano, este corresponde á la viuda, è igualmente al marido quedando viudo, por concederle à entrambos la ley 6. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que está en uso en las mas partes de los reinos de Castilla, y dice: *Si el marido ó la muger muriere, el lecho que habian cuotidiano, finque al vivo, é si casare, tórnenlo á particion con los herederos del muerto.* Por tanto, aunque el marido hubiere legado al otro cónyuge el quinto ó el tercio, se le debe abonar y entregar el lecho, porque se le concede la ley y no el testador, es deuda contra los bienes de este á falta de gananciales, y ha de ser el mismo, y no otro por él ni su valor. Pero el abono del lecho se ha de hacer cuando se inventarió, pues si se omitió inventariarle, es visto haberse quedado con él el viudo, y la ley no le concede mas que uno, que es el que usaban cotidianamente ambos consortes.

6. Por lecho cotidiano ú ordinario no solo se entiende la tarima ó el catre, sino tambien los colchones y gergon, cuatro sábanas, cuatro almohadas, colcha, manta y una colgadura, si la usaban, sobre lo cual se ha de atender à las facultades y calidad de las personas, y especialmente à la costumbre del pueblo, que asi en orden á darse al viudo ó viuda, como à lo que ha de contener, es la que rige mayormente acerca del

uso de las leyes del Fuero. Mas cuando el marido lega la cama á su muger, solo se entiende dejada la correspondiente à su estado de viuda, y no el lecho precioso, por no convenir este à ella, y deberse entender é interpretar las palabras del testador, segun la condicion de la persona à quien se dirigen su voluntad y disposicion.

7. Con motivo de esta ley se ofrecen tres dificultades. La primera, de dónde se ha de deducir el lecho que concede al viudo ò viuda; y satisfaciendo à ella, digo: que si hay gananciales en el matrimonio, se debe sacar del total de estos antes que se proceda à su repartimiento entre ellos, porque era comun à los dos cónyuges, y ambos lo usaban; ó del cuerpo del caudal comun, que es lo mismo, puesto que contribuyen por mitad y hay gananciales, en cuyo caso el viudo paga la mitad que es suya, como que sale de ellos, y asi en el de volverse á casar solo deberá restituir la otra mitad á los herederos del muerto. Si no hay gananciales, pero sí costumbre en el pueblo de que aun no habiéndolos le lleve el otro cónyuge, como sucede en la Corte, se ha de deducir del caudal propio del difunto; y en este caso si se volviese á casar, le restituirá íntegro; lo cual practican los partidores inteligentes.

8. Algunos, fundados en que es donacion, dicen: que habiendo descendientes legítimos debe sacarse del quinto; pero yo no me adhiero á su dictamen: en primer lugar, por no mandarlo dicha ley ni otra ninguna, ni distinguir de herederos legítimos ni extraños: en segundo lugar, por no estar comprendido entre las cosas que la 30 de Toro manda se deduzcan de él: en tercer lugar, porque es un derecho que la ley concede contra los bienes del difunto al otro cónyuge no habiendo gananciales, y un gravamen recíproco que por el hecho de casarse les impone, del cual no puede eximirse ninguno de ellos; y por tanto no podrá prohibir que lo lleve el otro cónyuge en donde hay costumbre de llevarle, porque nadie puede hacer que las leyes no tengan fuerza contra lo que disponen; y en cuarto lugar, porque si se debiera deducir del quinto, lo expresaria la ley mandando que se devolviese al legatario de él, y lejos de mandarlo ordena que el otro cónyuge le vuelva á particion con los herederos del muerto, de lo cual se infiere que ha de sacarse de la herencia de estos adonde ha de volver, y no del quinto; pues de lo contrario resultaria que los herederos se lucraban en detrimento del legatario de este.

9. La segunda dificultad es: si habiendo deudas contraidas

en el matrimonio ó antes por el marido, y ningunos gananciales, tendrá derecho la viuda al lecho con preferencia á los acreedores; sobre lo cual ha de distinguirse. Si es el mismo que la muger llevó á su matrimonio, debe ser preferida á todos los de su marido, porque son bienes dotales, que no estan sujetos á la responsabilidad de las deudas de él, aunque al tiempo de casarse se hayan estimado, pues por el aprecio no perdieron la naturaleza ni privilegio de dotales. Si el lecho es de los bienes propios del marido, tambien ha de distinguirse. O los acreedores tienen hipoteca especial en aquellos de que se compone el lecho ó no: si la tienen serán preferidos, porque son acreedores por causa onerosa, la muger le pretende por causa lucrativa, y la obligacion sigue á la hipoteca, como inseparable de ella hasta que se liberta; y si solo la tienen general, tácita ó expresa, parece que la muger debe ser preferida como anterior en tiempo, porque al punto que se casa, adquiere derecho á él para el caso de vivir mas que su marido, y en la obligacion general no se incluye lo que verosilmente ninguno obligaria, ademas de que la ley (1) exceptúa expresamente el lecho con otras varias cosas, y no se comprende en aquella; pero como la muger le solicita por causa lucrativa, y los acreedores por causa onerosa; como es únicamente deuda legal entre ella y su marido en caso de tener estos bienes, y no necesaria hasta que el marido muere; y al tiempo de su muerte ya estan contraidas las onerosas, deben ser preferidos á ella, pues los acreedores por causa onerosa se prefieren á los que lo son por causa lucrativa; bien que no falta quien diga lo contrario, fundándolo en que es deuda legal absolutamente y no donacion, sin embargo de estar la ley en el título de las herencias, y de que cuando una materia se comprende bajo de un título ó rúbrica, se debe juzgar ser de la propia naturaleza que esta.

10. Si se adquirió el lecho constante el matrimonio, porque todos los bienes son ganados en él, asimismo se ha de distinguir. O las deudas se contrajeron durante la sociedad conyugal, ó el marido las tenia contraidas cuando se casó: si se contrajeron por ambos, se preferirán los acreedores á la muger, porque aunque no suene en la obligacion, se entiende obligada, y puede ser reconvenida en lo que toque de ellos (2), pues no los hay hasta que se pagan las de la sociedad; y si el marido las contrajo antes de casarse, sacará la muger la mitad del lecho con la de los

1 Ley 5. tit. 13. Part. 5.

2 Ley 9. tit. 4. lib. 10. Nov.

gananciales, porque solo está obligado á satisfacer la mitad de las contraidas durante el matrimonio (1).

11. La tercera y última dificultad es, si en cualquier tiempo que el viudo ó viuda se casase, deberá restituir el lecho á los herederos del muerto, ó podrá gozar de su fruto mientras viva. Yo soy de parecer que cásese dentro ó despues del año de su viudedad, debe restituir á los herederos del difunto el lecho que hubo de él, si su total se dedujo de sus propios bienes por no haber gananciales, ó su mitad si por haberlos se bajó de ellos (2), cuya restitucion debe hacer en el estado que tenga al tiempo de contraer segundas nupcias, sin responder de su deterioro, porque ínterin no le contrajo le usufructuó legítimamente, y el usufructuario de bienes que se envejecen con el uso, cumple con volverlos segun se hallan cuando espira el usufructo, y asi debe constituir la fianza.

12. Sin embargo algunos autores afirman que los viudos pueden disfrutar el lecho cotidiano durante su vida, aunque se casen en el año de su viudedad, y que en este solo caso estan obligados á reservar el todo ó su mitad, segun de donde se haya deducido para los herederos del muerto; pero esta opinion no debe adoptarse: en primer lugar, porque no estamos en caso alguno de los que la ley 15 de Toro y otras de Partida que cité en su lugar prescriben para la reservacion, y son: cuando el marido ó la muger se donan ó legan algo, ó suceden abintestato á alguno de sus hijos, pues aqui nada se legan ni donan, ni lo adquieren uno del otro por voluntad del difunto, sino por disposicion de la ley, ni de sus hijos, por haber muerto abintestato, ni por otro motivo; y en segundo lugar, porque dichas leyes ordenan la reservacion de lo que hubo un cónyuge del otro por contrato lucrativo, y la del Fuero inserta tan lejos está de ordenarla, que antes por el contrario manda expresa y literalmente que el que se vuelva á casar restituya el hecho, sin que haya diferencia en si el viudo se casa ó no dentro del año de su viudedad, ni en que los herederos sean legítimos ó extraños; porque la ley habla absolutamente, sin distinguir de tiempos ni de herederos, y asi ni nosotros debemos hacerlo. Prevendrá esto el partidor en la adjudicacion y suposicion correspondiente para dejar ileso el derecho de los herederos, y para que el viudo ó viuda no pueda alegar ignorancia; y le advierto que si al

1 Ley 10. tit. 20. lib. 3 del Fuero Real, y 207 del Estilo.

2 Ley del Fuero inserta.

tiempo de hacer la particion está casado otra vez, no se le debe abonar el lecho, porque no subsiste la causa de su concesion, tiene ya otro, y la ley no concede dos lechos, por cuya razon se ejecutorió asi años pasados justamente por el Consejo, con arreglo al espíritu de la ley.

13. Algunos partidores para aplicar el lecho al viudo ó viuda hacen un cómputo y le adjudican en dinero ó en otros bienes lo que juzgan que vale con atencion à la calidad y caudal de ambos; pero este es un error craso, y el lecho debe inventariarse y valuarse con separacion de las cosas de que se compone, para aplicarlas luego con distincion y claridad, y no dinero por ellas: lo uno porque la ley no concede tal facultad, y antes bien manda que el viudo lleve el mismo lecho que tenia, y no su importe ni otras cosas por él; y lo otro porque si llega el caso de su restitucion por volverse á casar, cumple con restituirle en el estado en que se halle, y habiéndosele entregado en dinero ó en otra especie, mal puede conocerse cuanta cantidad menos ha de restituir, porque no se tienen presentes las cosas de que ha de hacerse la restitucion, ni el deterioro que padecieron con el uso. Asi lo he practicado siempre, porque es justo, como lo dicta la misma razon, y debe observarse, no pactando lo contrario los interesados, y no habiendo motivo que lo impida. Otros partidores entregan los bienes de que se compone el lecho sin tasarlos ni inventariarlos, lo cual es igual ó mayor error por las razones expuestas, y por el perjuicio que se puede causar á los acreedores del marido, si el lecho se aplica de sus bienes ó de los gananciales á su viuda, y los que dejó no alcanzan para reintegrarles de sus créditos. Si el marido lega á su muger algun lecho fuera del que le corresponde por la ley, y tiene hijos, se practicará tambien lo que he dicho, para que si se volviese á casar, lo restituya cuando fallezca en el estado en que se halle, pues en este caso puede disfrutarle mientras viva, por ser un legado voluntario.

CAPITULO DECIMOCUARTO.

¿Si los herederos del marido estarán obligados á dar alimentos á su viuda mientras se hace la particion, y de donde habrán de deducirse?

§ 1. Cuando la viuda queda embarazada, se la deben dar alimentos á costa de los bienes propios del marido.

2. Precauciones que ha establecido la ley para evitar supercherías en este punto.

3. No habiendo quedado embarazada la muger, pero sí con hijos en su casa y poder permaneciendo todos juntos, y gastando sin cuenta ni razon del cuerpo del caudal inventariado, se ha de deducir de este lo gastado por todos en sus alimentos.

4. Si no hubiere quedado embarazada ni con hijos en su compañía, ¿se la deberán los alimentos?

5, 6. y 7. Si habiendo llevado dote la muger, ¿se la deberá alimentar mientras se la entrega?

8. En los casos en que la muger tiene derecho á ser alimentada por los herederos de su marido, ha de trabajar y estar en la casa de estos.

9. Pasado el año prefinido para restituir la dote, no estarán obligados los herederos del marido á dar alimentos á su viuda.

10. Aunque la muger haya llevado dote, si los frutos de esta no alcanzan para alimentarla, únicamente deben darle los alimentos los herederos de su marido hasta en el importe de sus frutos, y no mas.

11. Aunque habiendo gananciales en el matrimonio y no dote, no deben los herederos contribuir de su propio caudal á la viuda con alimentos algunos durante la comunion del caudal comun, tendrá accion á pedirles la anticipacion de ellos á cuenta del haber que le corresponda por su mitad de gananciales.

12. Si estando ausentes los herederos del marido su viuda vende algunos bienes de este y cobra las deudas que tenia á su favor, y luego los herederos aprobando dicha venta y cobranza le hacen cargo de todo lo percibido, pretendiendo que lo reciba en parte de pago de su dote, puede ella resistirlo, solicitando que sea en cuenta de los alimentos que la corresponden mientras se la entrega dicha dote.

1. Estan discordes los autores acerca de si los herederos del marido deben dar los alimentos á su viuda mientras se hace

la division de la herencia, y se le entrega su haber, y para aclarar este punto no explicado en mi concepto con todo el discernimiento que exige, distinguiré de casos. Cuando la viuda quedó embarazada, aunque sea rica, es indisputable que se le deben los alimentos correspondientes á las facultades del difunto y circunstancias de ambos, porque es visto darse al postumo, à quien deben alimentar los padres; y asi tenga ella ó no bienes de que vivir, y si trajo dote, restitúyasele ò no, se le debe contribuir con ellos de los bienes propios del difunto. Lo mismo se ha de decir haya ò no gananciales, porque aunque la madre tiene igual obligacion que el padre de alimentar à sus hijos, especialmente en el tiempo de la lactancia, esto solo es en el caso de ser aquel pobre (1); y si se sacasen dichos alimentos del cuerpo del caudal comun, habiendo gananciales, se le perjudicaria en la mitad que no debe pagar. Pero á la madre del póstumo extraño instituido heredero no se le deben alimentos como á la del legitimo, excepto que no tenga de que vivir, ó que el testador mande que, esté ó no indigente, se le contribuya con ellos, y dé la posesion de los bienes ó herencia que deja á su hijo.

2. Y porque algunas mugeres dicen que estan en cinta de sus difuntos maridos, no estándolo; para que los parientes que deben heredarlos no sean perjudicados en caso de no haber tal embarazo, ha establecido las precauciones, orden y modo de evitar todo engaño, una ley (2) que dice: *Mugeres y ha algunas, que despues que sus maridos son muertos, dicen que son preñadas dellos: é porque en los grandes heredamientos que fincan* (quedan) *despues de muerte de los omes ricos podria acaescer que se trabajarian* (intentarian) *las mugeres de facer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diziendo que eran suyos; por ende* (por tanto) *mostraron los sabios antiguos manera cierta porque se puedan los omes guardar desto. E dijeron que cuando la muger dijese que fincava preñada de su marido, que lo debe facer saber á los parientes mas propincuos de él, diciéndoles de como era preñada de su marido. E esto debe facer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuesse muerto, fasta que ellos envien catar* (ver ó examinar) *si es preñada ó non. E si por aventura los parientes dubdaren de esto, deben enviar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten* (registren) *el vientre, de manera que non la tangan* (toquen) *con-*

1 Véase el cap. 3. tit. 3. lib. 1. §. 3 y 4. 2 La 7. tit. 6. Part. 6.

tra su voluntad; é de si, puedan enviar quien la guarde, si quisieren. E la guarda desta muger debe ser de esta guisa, (manera:) *Cá el juez de aquel logar, do esto acaesciere, si parientes del muerto lo demandaren, debe catar* (buscar) *casa de alguna buena dueña* (señora ó muger principal casada) *é honesta, en que more esta muger fasta que pára. E ella morando en casa desta buena dueña, cuando asmare* (creyese) *que debe parir, débelo facer saber á los parientes del finado, treinta dias antes que encarezca, porque ellos envien otra vez algunas buenas mugeres é honestas, que le caten el vientre. E en aquella casa do oviere á parir, non debe haber mas de una entrada; é si mas tuviere, débenlas cerrar; é á la puerta de aquella casa, do está la muger que dicen que es preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes, é tres mugeres libres, é hayan ellos dos compañeros, é ellas dos compañeras, que la guarden. E cada que oviere esta muger á salir de aquella casa á otra que sea dentro de aquella morada, para entrar en baño ó para otra cosa cualquier que sea menester, deben catar* (mirar) *aquellas que la guardan, toda la casa, do quier que entrare, ó el logar do se quisiere bañar, de guisa que non sea dentro otra muger que fuere preñada, ó algun niño ascondido, ó otra cosa alguna, en que pudiessen recibir engaño. E cuando algun ome ó muger quisiere entrar á ella, débenla escodriñar, de manera que en su entrada, otrosi, non pueda ser fecho engaño. Otrosi decimos, que sintiendo la muger en sí misma tales señales, porque entendiesse que era cerca el parto, débelo aun facer saber á los parientes otra vez, que la envien á catar é guardar. E cuando fuere cuitada por razon del parto* (molestada con los dolores del parto), *non debe estar en aquella casa do ella está, ome ninguno; mas pueden estar hi* (allí) *fasta diez mugeres buenas, que sean libres, é fasta seis sirvientas, que non sea ninguna dellas preñada, é dos otras mugeres sabidoras, que sean usadas* (esten acostumbradas) *de ayudar á la muger cuando encaesce* (páre). *E deben arder en aquella casa cada noche tres lumbres, fasta que pára, porque non pueda ser fecho algund engaño ascondidamente. E cuando la criatura fuese nascida, débenla mostrar á los parientes del marido, si la quisieren ver. E seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere dubda si era preñada ó non, heredará el fijo que nasciere della despues de la muerte de su marido, los bienes dél. E si esta muger sobredicha, de que fuere dubda si era preñada ó non, non se quisiese dejar catar el vientre, ó non quisiere que la guardassen,*

assi como sobredicho es, ó en otra manera que fuese guisada (razonable), *é usada en el logar do vive, maguer* (aunque) *pariesse é viviesse el fijo, non le entregarian de los bienes del muerto, á menos de ser probado que la criatura naciera della, en tiempo que pudiera ser fijo ó fija de su marido.* Pero debe tenerse presente que todas las precauciones de esta ley no son necesarias, y asi se estará á la costumbre que haya en el pueblo, como ella misma lo insinúa.

3. No habiendo quedado preñada la muger, pero si con hijos en su casa y poder, sean mayores ó menores, y permaneciendo todos juntos comiendo y gastando sin cuenta ni razon del cuerpo del caudal inventariado, se ha de deducir de este lo gastado y consumido por todos en sus alimentos.

4. Si no quedó embarazada ni con hijos en su compañía, se ha de distinguir, si trajo dote y hay gananciales ó no: si no trajo dote ni hay gananciales, como que no tiene comunion con los herederos del difunto, ni que percibir de la herencia, no deben alimentarla; y aun cuando haya gananciales, no se le deberán dar alimentos, y los gastos que haga en estos, se le descontarán de la parte que le corresponda en aquellos, pues no estando preñada se ha de mantener de lo suyo; bien que si en la buena fe de estar en cinta hubiere hecho algunos en alimentarse, no se le han de exigir, porque siempre que entre el que da alimentos y el alimentario media alguna conexion por razon de parentesco, amistad ó caridad, no há lugar á la repeticion de los alimentos dados. Lo propio se ha de decir de los hechos dentro de los nueve dias siguientes al fallecimiento del marido, quede ó no preñada, por ser costumbre inconcusa contribuirle con ellos.

5. En orden á si habiendo traido dote se la debe alimentar mientras se le entrega, de cuyo punto trata latamente Garcia (1), ha de suponerse como incontrovertible que los herederos del marido, ó este, muriendo antes su muger, tienen obligacion, segun derecho (2), de volver incontinenti la dete que consiste en bienes raices, por lo que no corresponden sus frutos sino á ella, ó á los suyos; y dentro del año siguiente al del fallecimiento la que consiste en muebles, semovientes y dinero; bien que si el marido es pobre, solo está obligado á restituirla como buenamente pueda, quedándole los competentes alimentos, ni debe ser preso por ella, en cuyos términos se ha de constituir su

1 *De expens.* cap. 8. num. 29 &c. y 37. 2 Ley 31. tit. 11. Part. 4.

obligacion á devolverla. Pero si en el contrato dotal se limita el término para su restitucion, se ha de estar á lo pactado.

6. Esto supuesto, soy de parecer que los herederos del marido deben alimentar à su viuda de los bienes propios de aquel (y no de los comunes, como algunos dicen, porque entonces se le pagaba la mitad de lo suyo), durante el tiempo prefinido por la ley ó los contrayentes para la restitucion de su dote, consista esta en bienes raices, ó en muebles semovientes ó dinero, si los retienen, y no se los entregan: en primer lugar, prescindiendo de que lo dicta la humanidad, por el lucro cesante ó daño emergente, y por estarse utilizando los herederos y reteniendo bienes que saben no son suyos ni les tocan por título alguno como al marido, en cuya atencion deben restituirlos con los frutos à la muger; aunque los alimentos no se deben á los herederos de ella, por ser su privilegio meramente personal, y asi si la muger es la que fallece, no tienen derecho à pedirlos; y en segundo lugar, porque disuelto el matrimonio, conserva la dote los privilegios que durante él tenia, hasta que se restituya; y como el marido estaba obligado á alimentar á la muger mientras vivió, lo estan tambien sus herederos que le representan, interin no hagan la restitucion: lo cual procede, aunque se la constituya depositaria de todos los bienes de la herencia, mientras se evacua la particion; pues sin embargo de que tiene en su poder su dote y todo cuanto le puede corresponder no lo tiene libremente como suyo, sino con obligacion de responder de ello, y asi no hay tradicion con libre dominio, cual se requiere para que se entienda restituida y entregada su dote.

7. Pero no obstante, lo expuesto tiene varias limitaciones. La primera es cuando la muger tiene otros bienes con que alimentarse, porque cuando la ley manda á alguno que dé alimentos á otro, no debe hacerlo si tiene bienes, oficio ú otra cosa con que poder vivir sin desdoro suyo, segun se infiere de la ley 6. tit. 19. Part. 4 y su glos. 5 (*). La segunda es cuando el marido ò sus herederos no quieren gozar del beneficio de la dilacion anual, y entregan incontinenti la dote, porque entonces cesa la causa de la contribucion alimentaria; pero no basta su oferta verbal, sino que ha de ser real y efectiva la entrega. La

* Las palabras de la ley que hacen al propósito son estas: *Otrosí, cuando el fijo oviesse de lo suyo, en que pudiesse vivir, ó oviesse tal menester, porque pudiesse guarescer* (socorrerse) *usando dél sin mal estanca de sí; entonce, non es tenudo el padre de pensar dél. Esomismo decimos del fijo, que debe facer contra su padre.* Febrero reformado.

tercera limitacion es respectiva á los alimentos pasados, los cuales no puede pretender, á menos que habiéndolos pedido á los herederos, y tardado estos en dárselos, haya tenido que pedir prestado para alimentarse durante esta demora. La cuarta es cuando la muger quiere compensar sus alimentos con los frutos de sus bienes dotales, sean muebles, semovientes ó inmuebles, percibidos por los herederos: en cuyo caso si los frutos exceden á los alimentos, deberán darle el exceso; y por el contrario si estos importan mas, deben dárselos y quedarse con los frutos, sin que haya lugar á ninguna repeticion por el exceso. Y la quinta limitacion es cuando se le comunican los gananciales durante la comunion del caudal por alguna de las causas expresadas en el capítulo 8, título 2, libro 1, párrafo 29 y 30, porque la ley no se los concede, y cedería en detrimento notable de los herederos, en cuya atencion debe contentarse con su mitad de utilidades, y no pedir alimentos algunos, excepto que quede en cinta.

8. Pero es de notar que en los casos en que la muger tiene derecho à ser alimentada por los herederos de su marido, ha de trabajar y estar en la casa de estos, porque cuando por disposicion de la ley se deben alimentos á alguno, debe trabajar en la del que tiene obligacion de dárselos; aunque esto se ha de entender si cómoda y honestamente puede vivir con ellos, pues no pudiendo hacerlo, se los han de dar en la parte en que habite; bien que puede permanecer en la casa en que vivia con el difunto hasta que se le entregue su dote, y una vez que se halle legítimamente en posesion de ella, por estar hipotecados todos sus bienes á su restitucion, puede retenerla y debe ser amparada; pues á quien se da la accion, con mayor motivo debe darse la excepcion.

9. Pasado el año prefinido para restituir la dote, no estan obligados los herederos del marido á dar alimentos á su viuda, porque tiene facultad para compelerlos judicialmente á su devolucion; y si no lo hace, échese á sí misma la culpa de su morosidad en no usar de su derecho, aunque si habiéndosela pedido tardan en entregársela, puede pretender los intereses de dote retardada por culpa de ellos.

10. Sin embargo de que la muger haya llevado dote, si los frutos de esta no alcanzan para alimentarla, únicamente deben darle alimentos los herederos de su marido hasta en el importe de sus frutos, y no mas; pues aunque si viviera el marido la alimentaria enteramente, trajese poca ó mucha dote, ó ninguna,

esta obligacion es meramente personal, que no comprende á sus herederos sino en cuanto alcancen los frutos de los bienes que la retienen, excepto que esté embarazada; y asi ninguna ley se la impone, por no militar en ellos la razon que en el marido.

11. Aunque como se ha dicho en el párrafo 4, habiendo gananciales en el matrimonio y no dote, no deben los herederos contribuir de su propio caudal á la viuda con alimentos algunos durante la comunion del caudal comun; tendrá accion á pedirles le anticipen lo necesario para mantenerse mientras se efectúa la particion, á cuenta del haber que como dueña de la mitad de gananciales le corresponda; y si lo rehusan, deberá el juez compelerles á ello por la regla: *tienes obligacion de hacer aun contra tu voluntad lo que á tí no te daña y á otro aprovecha*; mayormente cuando tanto urgen los alimentos, y el que los niega parece que mata.

12. Si estando ausentes los herederos del marido, su viuda no solo se apodera de sus bienes, sino que, como si fuere dueña, vende sin poder suyo algunos muebles y semovientes, y cobra las deudas que tenia á su favor, y luego los herederos aprobando virtualmente la venta y cobranza, le hacen cargo de todo lo percibido y vendido, pretendiendo que lo reciba en parte de pago de su dote; puede la viuda resistirlo, solicitando que sea en cuenta de los alimentos que le competen, mientras aquella no se la entrega, y por consiguiente deberá compensar el precio recibido de todo lo que vendió y cobró con el importe de aquellos, y admitir el sobrante en parte de pago de su dote, puesto que los herederos aprueban tácitamente la venta y cobranza; pero se le deberá cargar por los bienes vendidos el precio que valgan á la sazon, y no el que tenian cuando los vendió, aunque fuese muy poco, pues á no haberlos vendido lo darian por ellos, y por haberse excedido en venderlos sin poder ni licencia de los herederos, debe sufrir el perjuicio y menoscabo.

TITULO III.

DE LA PARTICION DE BIENES DEL QUE MURIÓ TESTADO Ó INTESTADO ENTRE SUS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS, HAYA Ó NO MEJORA; ENTRE LOS LEGITIMADOS Ó ILEGÍTIMOS Á FALTA DE AQUELLOS; Y EN SU CASO ENTRE LOS ASCENDIENTES. DIVISION DE LA HERENCIA CUANDO EL TESTADOR HUBIERE INSTITUIDO HEREDEROS EXTRAÑOS. CAUSAS POR QUE PUEDEN IMPUGNARSE Y RESCINDIRSE LAS PARTICIONES. ¿CUANDO HABRÁ Ó NO LUGAR Á LA EVICCION DE LOS BIENES QUITADOS EN JUICIO Á UNO DE LOS HEREDEROS Ó AL LEGATARIO?

CAPITULO PRIMERO.

¿Como se han de dividir los bienes del que murió testado entre sus descendientes legítimos cuando no mejoró á ninguno? Facultad que tiene para disponer del quinto, y aclaracion de varias dudas acerca de este.

§. 1. No habiendo testamento, ó aunque lo haya, si el difunto no prescribió el modo de hacer la division de sus bienes, deberán partirse entre los herederos con igualdad, sean estos legítimos ó extraños.

2. Cuando el testador divida entre estos ó aquellos su hacienda, debe el juez seguir su voluntad, no perjudicando á los hijos en su legítima.

3. Si el testador no hace entre sus hijos la division ni señalamiento de bienes por sí ni por medio de otro, lo ha de hacer todo el juez.

4. El juez debe hacer la adjudicacion en una ó mas cosas integras á cada heredero, y no dejarlas proindiviso entre todos.

5. Asi como el testador puede dividir su hacienda entre sus herederos, puede tambien prohibir á estos que la dividan; bien que esto no tendrá lugar en los casos que allí se expresan.

6. El padre puede revocar la particion que hubiere hecho entre sus hijos si no expresó que queria que fuese irrevocable.

7. ¿Cuando tendrá ó no lugar el derecho de acrecer en la legítima de los hijos?

8. Los ascendientes teniendo descendientes legítimos, no pueden disponer mas que de un quinto de sus bienes libres en vida y muerte.

9. Las donaciones pequeñas que hubiere hecho el padre en vida, como á pobres, criados &c. no deben computarse en parte de dicho quinto.
10. Donando el testador un quinto á un descendiente, y legando otro quinto á otro descendiente, valdrán entrambos si no dispone del tercio.
11. Lo mismo procede cuando deja un quinto por su alma ó á favor del extraño, y otro á un descendiente legítimo.
12. ¿Si teniendo el padre, madre ó ascendiente cinco ó mas hijos ó descendientes legítimos, podrán disponer del quinto entero á favor de un hijo natural ó espurio, ó de un extraño, ó por su alma?
13. Si el testador lega á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra cláusula dice despues que lega á otro hijo, nombrándole, el mismo quinto que legó al primero, no habrá dos quintos, sino uno para entrambos legatarios.

1. El testador puede instituir herederos de tres modos: el uno sin expresar qué parte de herencia han de haber, el otro señalándola á todos, y el tercero señalándola á unos y á otros no, segun se dijo en el libro 2, título 2, capítulo 8, párrafos 5 y siguientes, donde se trató este punto con extension. Pero si no hubiese testamento, ó aunque lo haya, si en él no prescribe el difunto la regla y forma de hacer la division de sus bienes, los deben partir entre sí los herederos instituidos en iguales partes, ya sean legítimos ó extraños, como si de esta suerte lo hubieran sido; ó los que por derecho deben heredarle abintestato (1).

2. Puede dividir su hacienda el testador entre sus herederos legítimos ó extraños (2), y el juez debe seguir su voluntad, no perjudicando á los legítimos en su legítima (3), si ante él acudiesen á quejarse ó á que apruebe la division. Tambien puede señalar á sus hijos en una ó mas cosas la legítima paterna que les toca, y se ha de estar á ello, por no ser presumible que nadie mire mejor que un padre por el bien de sus hijos (4).

3. Si el testador no hace entre sus hijos la division ni señalamiento de bienes por sí ni por medio de otro, lo ha de hacer

1 Ley *Inter filios*, Cod. *Familiæ erciscundæ*; ley *Lege*, Cod. y ley 1. ff. *de legitim. hæredib.* y ley *Ut liberis*, Cod. *de collationib.*

2 Ley 9. tít. 15. Part. 6.

3 Acerca de la legítima de los hijos véase el lib. 2. tit. 7, cap. 3. §. 14 y siguientes.

4 En orden á si podrá el padre señalar á sus hijos la legítima en el dinero que tiene ó en el que no deja en la herencia, y si el hijo podrá quejarse de esta disposicion de su padre, hay variedad de opiniones, y puede verse sobre este punto á Valasc. *de partit.* cap. 18. num. 15 al 22.

todo el juez (1); pues aunque de los del padre en comun y no de ciertos y determinados precisamente se debe pagar al hijo su legítima, y por esta tiene parte indistintamente en todas y en cada cosa hereditaria; sin embargo no puede pedir parte en cualquiera por su legítima, ni elegir una ni muchas, porque ninguna ley le concede esta facultad, antes bien se debe dejar á arbitrio del juez la aplicacion y pago (2).

4. Pero el juez debe hacer la aplicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero, y á la viuda ó viudo, si puede ser, y no dejarlas proindiviso entre todos ó algunos, á fin de evitar que de su comunion se origine discordia entre ellos, adjudicando proporcionalmente á cada uno segun su haber de bueno, mediano y malo en toda clase y especie de bienes, y deudas cobrables, incobrables y dudosas, ya los herederos sean extraños ó hijos de un matrimonio, dos ó mas, para que ninguno experimente perjuicio. Lo mismo debe practicar el contador como que hace oficio de juez, observando ambos las reglas que senté en el capítulo 2.° del título anterior, párrafos 11 y siguientes.

5. Asi como el testador puede dividir su hacienda entre sus herederos, puede tambien impedir ó prohibir á estos que la dividan, en cuyo caso si alguno de ellos pide se haga particion, y otro se opone manifestando al juez el mandato del testador, debe admitir la excepcion, y deferir á la proindivision; pero esto se limita en primer lugar, cuando el coheredero es de genio altivo, ó interviene alguna causa grave, por la cual no puede vivir en comunion con él, pues probada se deferirá á la particion; y lo segundo en cuanto á la legítima de los hijos, pues el padre no puede imponerles este ni otro gravamen en ella, aunque sí en los demas bienes de que se le permite disponer (3).

6. Puede el padre revocar la particion que hizo entre sus hijos, si no expresa que quiere sea irrevocable, como se dijo en el libro 2, título 2, capítulo 3, párrafos 17, 18 y 19, donde podrá verse este punto; y en orden á si el hijo habiendo recibido en vida su legítima con cláusula y juramento de no pretender mas de los bienes paternos podrá reclamar suplemento de ella en caso de haberse estos aumentado, léanse los párrafos 20 y 21 de dicho capítulo.

7. Para que el contador no ignore cuándo tendrá ó no lugar

1 Valasc. *de partit.* dicho cap. 18.
2 Valasc. en el mismo cap. num. 3, 4 y 23.
3 Ley *Quoniam in priorib.* Cod. *de in-offic. testam.* Guerreir. *de divis.* lib. 1. cap. 1. num. 36. Ayor. part. 1. cap. 5. num. 14.

el derecho de acrecer en la legítima de los hijos, distinguiré cuatro casos. 1.° Si solamente los hijos son los instituidos, no hay duda que tiene lugar este derecho; y asi la parte que el uno repudie se acrecerá igualmente á los demas: 2.° si fueren instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudiaren sus partes, ó faltaren por algun motivo, tambien es indudable que estas se acrecen á los extraños: 3.° cuando siendo instituidos juntamente con extraños repudia alguno de los hijos su legítima, ó no la percibe por otra causa, se acrecerá solamente à los hijos: 4.° cuando el hijo es desheredado justamente, se acrece á los demas hermanos su parte de herencia; pero no cuando se le desheredó injustamente.

8. En el libro 2, título 2, capítulo 3, párrafo 13, se dijo que los ascendientes teniendo descendientes legítimos no pueden disponer en perjuicio de estos por su alma, ó á favor de un extraño, de mas que de un quinto de sus bienes libres en vida y muerte, porque lo demas de la hacienda es legítima de los hijos. Ahora explicaré algunas dificultades que suelen ocurrir acerca de dicho quinto, y en el capítulo siguiente diré las deducciones que han de hacerse de este.

9. Primeramente debe saberse que habiendo hecho el padre en vida algunas donaciones pequeñas atendidas sus facultades, v. gr. á pobres, parientes, criados &c. no se debe, segun resuelven los autores, computar su importe en parte del quinto, especialmente si hay costumbre de que no se haga mérito de ellas, como regularmente acontece; porque lo poco se reputa por nada, y porque de lo contrario se atarian demasiado las manos al padre, dueño de sus bienes, y aun se le retraeria de adquirir con mayor perjuicio de sus hijos; pues esto no se debe reputar prodigalidad ni liberalidad, sino necesidad; y no se debe presumir del padre que lo hace con ánimo de perjudicarles, que es lo que principalmente se atiende en la computacion de las donaciones, sino por piedad, y en cumplimiento de la obligacion que tiene de dar limosna pudiendo; ademas de que no hay ley que se lo prohiba: pero si dichas donaciones importan una cantidad considerable, se computarán en el quinto, porque lo mismo se debe juzgar de muchas donaciones pequeñas hechas en varias veces que equivalen á una grande, que de una sola que lo sea, porque en este caso se grava sobremanera la legítima de los hijos (1); lo cual deberá graduar el juez prudente,

1 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 62.

atendidos los haberes del donante y demas circunstancias.

10. Donando el testador un quinto á un descendiente legítimo, y legando otro á otro descendiente, valdrán ambos quintos, si no dispone del tercio; porque si tiene facultad para mejorar á alguno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, mejor podrá mejorarlos en este que importa menos que aquel; y así se conceptúa que uno de los dos quintos es parte del tercio, y que sin embargo de poder dejársele, no quiere sino solamente el quinto, que es menos, de suerte que la prohibicion de la ley 28 acerca de los dos quintos, se entiende absolutamente por lo respectivo á extraños y á su alma, y por lo concerniente á los descendientes legítimos, cuando mejora á alguno en el tercio y quinto, en cuyo caso no puede haber mas de un quinto; mas no cuando no dispone del tercio, porque entonces el quinto es parte de este (1).

11. Lo mismo procede y se debe observar cuando deja un quinto por su alma, ó á favor de extraño, y otro á un descendiente legítimo; porque el de este es tambien parte del tercio, y el de aquel verdadero quinto de su hacienda: como tambien cuando deja el tercio á extraño ó á un ascendiente teniendo descendientes legítimos, pues se reducirá al quinto, y como tal valdrá hasta en su importe, y no mas, mediante á que testando entre descendientes legítimos, no puede valer en el todo, y á que en lo divisible no se vicia lo util por lo inutil (2).

12. Se duda si teniendo el padre, madre ó ascendiente cinco ó mas hijos, ó descendientes legítimos, podrán disponer del quinto entero á favor de un hijo natural ó espurio, ó de un extraño, ó por su alma. Algunos autores dicen que no, fundándose en que el ilegítimo y el extraño serian de mejor condicion que los legítimos, porque llevaban mayor porcion, y por consiguiente se gravaria á estos en su legítima (3); pero no obstante yo tengo por cierta la opinion afirmativa, segun indiqué, aunque de paso, en el capítulo 18, título 2, libro 2, párrafo 81. Las razones en que me fundo son: 1.ª porque ni la ley 28 de Toro ni otra alguna distinguen de si los hijos han de ser dos, cuatro, cinco ó mas, aunque los legisladores no ignoraban que los padres podian tenerlos; y así por no haberlo expresado, no se entiende excluido ni exceptuado este caso; pues cuando la ley habla generalmente y no distingue, debe entenderse general-

1. Ayor part. 2. quest. 8.
2. Ley 7. tit. 12. lib. 3 del Fuero.
3. Escobar comput. 3.

mente, y no debemos distinguir; y 2.ª porque seria demasiado violento limitar y minorar el quinto en el caso de que tuviese cinco ó mas hijos el testador, que es dueño de todos sus bienes, y puede enagenarlos en vida sin que sus hijos se lo puedan impedir, mayormente cuando de hacer lo dicho se le podia entibiar el ánimo de adquirir. No obsta alegar que los legítimos serian de peor condicion que el ilegítimo ó extraño; porque aquellos llevan las cuatro partes enteras de los bienes de sus padres que la ley les señala por legítima, y el que sean cinco ó mas, y pueda por esta causa el ilegítimo ó extraño percibir mayor porcion que cada hijo, es una casualidad que no debe alterar la disposicion general, ni quitar las facultades que la ley da á los padres (1). Tampoco obsta alegar que son gravados en sus legítimas, pues no es asi, porque perciben todo lo que el derecho les concede, y el padre en usar del suyo á nadie grava ni injuria.

13. Si el testador lega á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra cláusula dice despues que lega á otro hijo, que nombra, el mismo quinto que legó al primero, ni se revocará este, ni habrá dos quintos, sino uno para entrambos legatarios; y asi concurrirán á su percibo con igualdad, sino es que el testador mande otra cosa, ó se colija de su voluntad.

1 Tambien es una casualidad que en dicho caso deje el padre el quinto de su caudal solamente á un hijo ilegítimo, ó á un extraño, porque puede distribuirle entre muchas personas, y entonces ninguna de estas será mas favorecida que cada uno de los hijos legítimos. *Febrero reformado.*

CAPITULO SEGUNDO.

Gastos funerales y otros que deben deducirse del quinto.

§. 1. Cuáles se llaman gastos funerales: estos deben deducirse del quinto cuando el testador tiene descendientes legítimos.

2. Constando que un ascendiente, teniendo descendientes legítimos hizo celebrar en vida algunas misas, ¿si deberá deducirse la limosna de ellas del quinto, ó del cuerpo del caudal?

3. Si el testador carece de descendientes legítimos, y testa entre extraños ó parientes, se deben deducir los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, no mandando expresamente lo contrario.

4. Haya dejado ó no el testador descendientes legítimos, é instituido á unos ú otros, nunca deben deducirse los gastos funerarios del cuerpo del caudal inventariado, ni del de los gananciales, si dejó muger, ó esta marido.

5. Si la herencia fuere de tan poco valor que no alcance su quinto para los precisos é indispensables gastos funerarios, los pagarán los herederos legítimos de sus legítimas, y no el consorte sobreviviente.

6. Legando el testador en testamento ú otra disposicion última dos quintos á dos hijos ó descendientes suyos se deducirán de entrambos los expresados gastos, y los legados por mitad en cuanto quepan, y no excedan de la quinta parte líquida del caudal del testador.

7. Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufructo del quinto á su muger ó á un extraño, y á sus descendientes la propiedad de los bienes que le importan, pagarán estos los gastos de su funeral, misas y legados específicos que hizo, y no el usufructuario del quinto.

8. ¿De donde deberán deducirse dichos gastos cuando el testador instituye herederos á sus hermanos por no tenerlos forzosos, deja el quinto de sus bienes á un hijo natural ó espurio, hace algunos legados, y manda que los paguen sus herederos, ó no dispone cosa alguna acerca de ellos ni de su funeral?

9. Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo, ¿de cual de ellos habrán de deducirse

los legados, misas y gastos funerarios?

10 y 11. Si el testador hubiere dispuesto del quinto en donacion ú otro contrato irrevocable á favor de hijo suyo ó extraño, ó hecho alguna donacion que segun la ley 26 de Toro deba imputarse en el quinto, ¿de donde se han de sacar los gastos necesarios de su funeral, misas y legados?

12. ¿Si el donatario á quien el testador entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar el importe de las misas, aniversarios, limosnas, legados y demas que aquel mandase distribuir?

13. Habiendo mejorado el padre en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, edificado ó comprado despues una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando bienes para esta renta, ¿deberán deducirse del quinto ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y la carga de las misas?

14. Legando el testador á su muger ó á un hijo el quinto de sus bienes, y consignándole en cierta cantidad que le valia, ¿deberán deducirse del valor de ella los gastos del funeral, misas y legados pios, y graciosos?

15. Si el padre condenado en vida á dar alimentos á un hijo natural mientras viviere, dejare hijos legítimos, y á uno de estos, ó á un extraño legase el quinto ó dispusiese de él por su alma, ¿deberán deducirse dichos alimentos del cuerpo de su caudal, ó habrá de pagarlos el legatario del quinto?

1. Llámanse gastos funerales los que se hacen para el entierro del cadaver, y estos deben ser moderados, atendidas las circunstancias y facultades del difunto (1), pues si son excesivos y se hacen por vanidad, como si manda que se le haga algun mausoleo ó monumento ú otras cosas semejantes, no siendo cuantioso y proporcionado para ello su patrimonio, no se debe cumplir su voluntad. Los gastos funerales se deben deducir del quinto de su hacienda teniendo descendientes legítimos, como lo ordena la ley 30 de Toro, que es la 9. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., y dice, »la cera y misas y gastos del enterramiento, se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la ha-

1 Ley 12. tit. 13. Part. 1.

cienda del testador y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario." Si manda expender menos de lo justo y equitativo, debe observarse su voluntad, y si se expendiere mas de lo que señaló, se sacará del cuerpo de su hacienda y no del quinto. Tambien se deben bajar de este los gastos ó derechos de visitar el testamento, aunque la ley no habla de ellos porque como accesorios siguen la naturaleza de los del funeral y misas; y una vez que se utiliza del quinto el sugeto à quien se lega, y que es de su obligacion el satisfacer las mandas, misas, funeral, y en suma las demas obligaciones piadosas que le prescribió el testador, es consiguiente que deba tambien pagar todos los gastos que se causen en declarar que cumplió su voluntad, pues es visto que le gravó con su satisfaccion; y asi lo he practicado, y se ha probado judicialmente. Pero los de la misa de novenario y cabo de año que los herederos hagan por sí, deben pagarlos, y no han de sacarse del quinto, porque los hacen por su voluntad, y no son concernientes al entierro, ni la ley inserta habla de ellos: excepto que el testador mande hacerlos, en cuyo caso se tendrán por funerarios, y se deducirán del quinto.

2. Si consta que un ascendiente teniendo descendientes legítimos mandó celebrar en vida algunas misas, parece que debe deducirse su importe del cuerpo del caudal y no del quinto, como el de las dejadas en disposicion última: lo uno porque es gasto hecho en vida, y cada uno como dueño de sus bienes puede expenderlos y hacer lo que quiera de ellos: lo otro porque si los hijos á quienes su padre redimió de cautiverio no estan obligados á colacionar con sus hermanos lo expendido en su rescate, como se dirá en el capitulo 8, ni se imputará à su padre en el quinto por ser obra de piedad, mucho mas justo y pio es que no se impute en él lo que expendió en beneficio de su alma ó de la de sus difuntos; y lo otro, porque una vez que la ley 30 de Toro, que prefine de donde se deben sacar los gastos funerarios, incluye entre ellos las misas, es visto hablar de las que el testador deja mandadas en su última disposicion, y no de las celebradas en su vida; ò que por hallarse consumido el importe de su limosna, y no estar en su caudal, no se debe hacer mérito de ellas. Pero sin embargo diré que siendo crecido el gasto hecho en la celebracion de misas se debe deducir del quinto: en primer lugar, porque el testador que tiene descendientes legítimos no puede gastar, dar ni disponer por su alma ni à favor de otro demas que el quinto en vida y muerte por

prohibírselo expresamente la ley 28 de Toro: en segundo lugar, porque la propia clase son las misas celebradas en vida que las mandadas celebrar para despues de la muerte, y todas sirven igualmente de sufragio à quien las manda decir, ó á la persona á quien quiere aliviar, en cuya atencion se debe hacer de las unas el mismo juicio que de las otras, sin atender al tiempo en que se celebran; y en tercer lugar, porque la citada ley 30 habla indistinta y generalmente, y quienes la establecieron, aunque ignoraban que muchos lo hacen en vida y aun asisten á sus exequias, lejos de exceptuar el caso de que se habla, ordenaron que, aun cuando el testador mande lo contrario, se deduzcan del quinto; por lo que à vista de prohibicion tan clara, absoluta y terminante no debemos exceptuarle, mayormente no habiendo razon poderosa para ello, y estando resuelto que la ley que habla con generalidad se debe entender con la misma, aunque en un caso milite mayor razon que en otro, y que mediante à no poder haber leyes para todos (*), se decidan los que no esten expresamente decididos por las que determinan los que regularmente acontecen, pues es visto estan comprendidos en ellas, à cuya consecuencia la ley 30 no tuvo necesidad de especificar el presente, y como regularmente se mandan decir las misas para despues de la muerte, las incluyó por esto entre los gastos funerarios; de suerte que el practicar lo contrario será contravenir à ella y à la 28, perjudicar gravemente à los herederos legítimos, y dar al testador mas facultad que la que le concede: por tanto si la cantidad expendida en vida por el difunto es considerable atendido su caudal, lo que debe regular el juez, se ha de bajar è imputar en el quinto, deje ó no misas en su última disposicion, para que sus descendientes no sean perjudicados en sus legítimas, agregándola al cuerpo de la hacienda, como si realmente existiera, deduciéndola luego del quinto, como si mandara celebrar las misas en su testamento, y aplicándola en vacío, como gastada al legatario de él si le hubiere; y si los gastos de misas dichas en vida y los de su funeral excedieren al importe del quinto, se queda-

* Aunque no se puedan establecer leyes para todos los casos, pueden crearse leyes que sin hablar de ellos ó proponerlos, los comprendan y abrazan todos; quiero decir, leyes que establezcan principios sólidos y reglas generales bien meditadas, por las cuales se decidan cuantos casos ocurran; y asi deberán ser todas las leyes, prohibiéndose por otra parte toda interpretacion; pues yo estoy persuadido enteramente con los buenos políticos de que los inconvenientes que resulten de seguir lo literal de semejantes leyes son mucho menores que los que ocasiona la funesta libertad de buscar el espíritu de la ley, espíritu que varia segun el modo de pensar ó los caprichos de cada uno. *Febrero reformado.*

ráu sin cosa alguna los legatarios, los descendientes pagarán el exceso, que se les desfalcará de sus legítimas como consumido, haciendo la cuenta de que este menos caudal dejó su ascendiente. Pero si la cantidad expendida fue corta, no se debe hacer aprecio de ella por las razones expuestas en el párrafo 9 del capítulo anterior. Y si constare haberse expendido por via de restitucion, como suelen tener que hacerla algunos traficantes que no hacen memoria de los intereses excesivos que llevaron, ni à quienes perjudicaron, tampoco se debe hacer aprecio de su importe, porque este no era caudal suyo, ni se debió inventariar. Tendrá presente todo esto el partidor, pues asi lo resolví y se aprobó en la particion que hice de los bienes de Manuela Redondo en el año de 1788 por la escribanía numeraria de la Corte; que ejerce Don José Perez del Haya; y los autores no tocaron como debieron este punto con la solidez y distincion que exige, dando lugar à que muchos titubeen y cometan absurdos en su resolucion.

3. Careciendo el testador de descendientes legítimos, y testando entre extraños ó parientes, se deben deducir todos los referidos gastos del cuerpo de su propio caudad, no mandando expresamente lo contrario, por ser visto que quiso gravarlos con ellos à proporcion de su haber. Igualmente se deben bajar de él (aunque tenga descendientes, si no ordena otra cosa) los derechos de la apertura, publicacion y reduccion à escritura pública de su testamento y codicilo cerrados, y copia original que se saque de ellos, y los del nuncupativo que haga el comisario en virtud de su poder: lo primero, porque de ninguno de ellos habla la ley inserta, y asi no se pueden considerar comprendidos en ella; y lo segundo, porque no son concernientes al entierro, sino à saber su voluntad para cumplirla, lo cual incumbe principalmente á sus herederos, y no al legatario del quinto solo. Asi lo he practicado y se ha aprobado judicialmente, y lo prevengo al partidor porque no tocan los autores este punto, y muchos por esta causa dudan acerca de él.

4. Pero haya dejado ó no descendientes legítimos el testador, y por no tenerlos instituidos à extraños, ó teniéndolos á ellos mismos, nunca se deben deducir los gastos funerarios del cuerpo del caudal inventariado, ni del de los gananciales, si dejó muger, ó esta marido: en primer lugar, porque teniendo bienes cualquiera de los cónyuges, debe enterrarse, y han de hacérsele los sufragios á su costa, por ser deuda suya contraida por el hecho de nacer; y en segundo lugar, porque

con deducirse de los gananciales se perjudica al otro cónyuge en la mitad, y no siendo, como no es, deuda contraida durante el matrimonio con motivo de la sociedad conyugal, no se debe deducir en ellos, como cuando lo es. No obsta decir que los gastos funerarios son preferidos à todas las deudas que el difunto contrajo mientras vivió, y que asi con mayor razon se deben bajar de los gananciales, pues esto se entiende cuando no tiene bienes suficientes propios para reintegrar à todos sus acreedores, y disputan sobre prelacion, en cuyo caso es forzoso que se graduen por el tiempo y por el privilegio; mas no en el presente en que se trata de perjuicio de tercero, que no es deudor ni está obligado, y el que lo es tiene bienes bastantes, no solo para costear los referidos gastos, sino tambien para que se le herede. Tendrálo presente el partidor, pues muchos ignorantes practican lo contrario, y en el modo de hacer estas y otras deducciones causan imponderables perjuicios à los interesados en las herencias.

5. Si la herencia fuere tan corta ò de tan poco valor que no alcance su quinto para los precisos è indispensables gastos funerarios, los pagarán los herederos legítimos de sus legítimas, y no el otro cónyuge, por ser preferidos à estas, à la mejora y á todas las deudas del difunto, porque aquel no está obligado á enterrarle cuando este dejó con que pagarlos; en cuyo caso serán nulos enteramente los legados que haya hecho á extraños, no la mejora del tercio dejada à alguno de sus descendientes, pues pagará este tambien à proporcion de su haber lo que falta para el complemento de dichos gastos. La cuenta se hace separando el importe del quinto, bajando el exceso de ellos del residuo de la herencia, deduciendo de lo que quede la mejora, y luego partiendo el remanente como legítimas entre los herederos, con lo cual satisface cada uno á prorata el exceso de los gastos del quinto; ó bajándolos todos del cuerpo del caudal líquido del difunto, y con esto hay menos cuentas y números que hacer.

6. Legando el testador en testamento ó en otra disposicion última dos quintos á dos hijos ó descendientes suyos, valdrán; y aunque parece que los gastos funerarios se deducirán del segundo quinto con los legados, porque el nombrado primero se conceptúa mas predilecto, y como tal el quinto que le legó se ha de reputar parte de tercio, lo cierto es que de ambos quintos deberán deducirse los expresados gastos, y los legados por mitad, en cuanto quepan, y no excedan de la quinta parte líquida

del caudal del testador, porque siempre se presume que el afecto del padre á sus hijos es igual, y que quiso guardar igualdad entre ellos, ademas de que en duda la condicion puesta al uno, se entiende repetida en la persona del otro, por lo que habiéndoles dejado en una misma disposicion igual porcion, es visto haber querido que sufriesen igualmente el gravamen. Lo propio milita cuando en un contrato les dona los dos quintos, pues hay la misma razon.

7. Si teniendo el testador descendientes legítimos lega el usufructo del quinto á su muger ò á un extraño, y à sus descendientes la propiedad de los bienes que le importan, pagarán estos los gastos de su funeral, misas y legados específicos que hizo, y no el usufructuario del quinto; porque como su usufructo no equivale à la propiedad, si grava al usufructuario con la satisfaccion de ellos, y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado, segun quiso el testador, será perjudicado.

8. Instituyendo herederos el testador á sus hermanos, por no tenerlos forzosos, dejando el quinto de sus bienes á un hijo natural ó espurio, haciendo algunos legados, y mandando que los paguen sus herederos, ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos ni de su funeral, parece que se deben deducir del quinto los legados y gastos funerarios, segun la ley 30 de Toro; pero no obstante, siendo genéricos los legados, los deberán satisfacer los herederos, y no el hijo legatario del quinto, porque dicha ley se entiende, segun se ha sentado, cuando los herederos son descendientes legítimos, en cuyo perjuicio solo puede el testador disponer del quinto, no cuando no lo son, porque entonces el hijo natural es capaz de heredarlo todo, queriendo dejárselo el testador, segun la ley 10 de Toro, y de justicia se le deben los alimentos; en cuya atencion únicamente se deducirán del quinto los legados específicos, porque estos en cuanto á su importe derogan el legado general de aquel (1); mas los genéricos y gastos de funeral y misas serán de cuenta de los herederos. Y las deudas del testador se han de bajar ante todas cosas del cuerpo de su caudal, porque hasta que se deduce y separa todo su importe no hay herencia, legados ni quinto, excepto que

1 No hay razon de diferencia en el caso propuesto entre los legados genéricos y específicos, pues el fundamento porque los hermanos deben satisfacer los primeros despues de deducido el quinto, tiene tambien lugar respecto á los segundos, y asi no se deducirán de este ni se derogarán como dice el autor siguiendo á Ayora. *Febrero reformado.* Cuales sean los legados genéricos y específicos se dijo en el lib. 2. tit. 2. cap. 18. §. 2.

mande lo contrario, si tiene para pagar y deja que heredar, en cuyo caso será visto quiere que el quinto sea mayor, que del resíduo del caudal paguen los herederos sus deudas, y que su herencia sea menor.

9. Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo, parece que deben deducirse del segundo los legados, misas y gastos funerarios, aunque el padre mande que se deduzcan del primero, segun afirma Ayora, fundándose en que el donante no puede sin consentimiento del donatario, imponer condicion ni gravamen en la donacion pura é irrevocable despues de hecha: en que el primer quinto, atendida la cualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, quien así como le donó á su descendiente, pudo haberle donado la cuarta, tercera ò sexta parte, y en que no entendiéndose de esta manera se gravaria demasiado, porque se privaba de la facultad de testar y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento, como mas propio y adecuado, disponiendo en uso de ella del segundo quinto, único patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes legítimos le concede la ley 28 de Toro, del cual manda la 30 se deduzcan. Del mismo dictamen son Gutierrez y Acevedo, y al mismo me inclino, no por la razon que da Ayora de que el testador quedaria intestable, pues aunque no haya mas que un quinto, y le entregue irrevocablemente en vida al legatario, siempre se revoca en cuanto al funeral, como el mismo Ayora sienta en la cuestion 14, y no se llama intestable el que puede disponer de sus bienes, aunque sea solamente entre ciertas personas; sino por las demas que expone, y porque por el hecho de hacer legados en su última disposicion, y no ignorar que habiendo descendientes se deben deducir del quinto, y que el primero como irrevocable no puede gravarse en nada despues de la tradicion, ni revocarse mas que en lo tocante al funeral, como ni tampoco que puede mejorarse en el tercio á cualquiera de sus descendientes; es visto haber querido usar de la facultad que le concede la ley, y por consiguiente que el primero se reputase parte del tercio; y el segundo quinto verdadero; bien que si cuando hizo la donacion, mandó que de su quinto se dedujese todo, como pudo hacerlo, se deducirá de él y no del segundo, estimándose este parte del tercio, y no verdadero quinto.

10. Si el testador dispuso del quinto en donacion ú otro contrato irrevocable à favor de hijo suyo ó de extraño, ó hizo alguna donacion, que segun la ley 26 de Toro deba imputarse en el quinto, se duda, por no expresarlo la ley, de donde se han de sacar los gastos necesarios de su funeral y misas, y los legados; si del quinto donado irrevocablemente, ó del cuerpo de la hacienda del donante; para cuya perfecta inteligencia deben suponerse dos casos. El primero es cuando la cosa donada no se entregó al donatario, y entonces se deben bajar del quinto los gastos funerarios, ya porque el donatario es acreedor, y aquellos se prefieren segun derecho á todos los acreedores por privilegiados que sean (1), y ya porque el difunto no dejó mas bienes, puesto que los demas son legítima de sus hijos, que no puede gravarse. El segundo caso es cuando se le entregó el quinto; y aunque parece que entonces se deberán deducir las expensas funerarias de los bienes del difunto, porque una vez que el quinto se ha donado irrevocablemente en vida, y entregado su importe al donatario, se hizo del patrimonio de este, y no conserva ya el nombre, ni surte efecto de quinto, como tambien porque la donacion perfecta no puede revocarse por ninguna razon sin causa legal, ni aun por las referidas expensas, pues estas se equiparan à los legados gratuitos, los cuales es constante que no revocan la donacion válida precedente; es cierto no obstante que aquellas se deben deducir del quinto y no de los demas bienes, asi como cuando no se entregó al donatario: en primer lugar, porque los pactos privados no pueden prevalecer ó derogar las leyes, y como segun la 30 de Toro se han de sacar del quinto, y no del cuerpo de la herencia dichos gastos, aunque el testador mande lo contrario, debe satisfacerlos el legatario del quinto, habiendo descendientes, ya se le legue, ya se le done ó entregue irrevocablemente, pues la ley no distingue: en segundo lugar, porque el donatario posee los bienes con este gravamen que les impone la ley en cualquiera parte que se hallen; y en tercer lugar, porque si el acreedor por contrato oneroso le sufre, puesto que su crédito se pospone á los expresados gastos, con mayor razon debe sufrirle el que lo es por contrato lucrativo.

11. Aunque este donatario ó legatario extraño, á quien se entregó el quinto, esté obligado á la satisfaccion de los gastos

1 Leyes 12. tit. 13. Part. 1 y 30 al fin. tit. 13. Part. 5.

funerarios, puede compeler el juez por algun motivo justo á los herederos extraños á suplirlos en el interin, para que no se dilate el dar sepultura al cadaver, y si lo hiciesen, tienen accion á repetirlos luego del donatario; mas habiéndolos hecho espontáneamente sin preceder el apremio, no podrán repetirlos, porque es visto haberlos hecho por piedad, excepto que protesten su repeticion (1). Los herederos legítimos, aun cuando los suplan sin ser compelidos ni hacer protesta, podrán exigirlos del donatario, pues en duda se presume haberlos suplido con este ánimo, mediante á que no es de creer quisiesen consentir en la lesion ó diminucion de sus legítimas (*).

12. En orden á las misas, aniversarios, limosnas, legados y demas que el testador haya mandado distribuir teniendo descendientes legítimos, parece que el donatario á quien entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar su importe, respecto que aun cuando le haya entregado la posesion de los bienes, le puede revocar, porque la irrevocabilidad de que en el caso de entrega de posesion habla la ley 17 de Toro,

1 Ley 12. tit. 13. Part. 1.

* El reformador de Febrero impugna aqui la doctrina del autor, diciendo deberse presumir de los herederos legítimos mas bien que de los extraños el que hagan dichos gastos funerarios por piedad, á causa de su parentesco con el difunto, y del afecto que es regular le profesasen, interesándose ademas en hacerlos el pundonor de los mismos. Y si de los herederos legítimos, añade, se puede decir que no es presumible quisiesen consentir en la diminucion de sus legítimas, tambien podrá decirse de los herederos extraños no ser presumible que consintiesen en la diminucion de sus partes hereditarias, haciendo unos gastos que no les pertenecian. Pero el adicionador de Febrero sostiene la opinion de este contra el reformador, diciendo que aunque en los herederos extraños pudiera igualmente presumirse esta falta de consentimiento, es muy de notar la razon que versa en uno y otro caso, pues los legítimos heredan lo que de antemano era suyo, como condueños con el padre, y los otros nada tendrian si el testador no los hubiera agraciado con la institucion; por consiguiente nada se les quita ni se les perjudica, respecto que hacen dichos gastos con lo mismos que heredan, en agradecimiento sin duda de haber sido instituidos, y por piedad. Esta reflexion es muy atinada y no puede negarse que hay en este caso una notable diferencia entre el heredero extraño y el legítimo. Cuando aquel hace dichos gastos voluntariamente sin protestar que su intencion es repetirlos, parece clara su intencion de hacerlos como un obsequio piadoso en agradecimiento á haber sido nombrado heredero, pues que sin este nombramiento ningun derecho tenia á los bienes del difunto. No asi los herederos legítimos, quienes no por voluntad del testador, sino por ministerio de la ley adquieren su legítima, la cual no puede ser gravada ó disminuida; por consiguiente en este caso la presuncion es contraria, quiero decir, se debe favorecer á la legítima para no gravarla, pues tal es el espíritu de la ley Por otra parte el donatario ó legatario extraño adquiere el quinto con el gravamen de dichos gastos, y no parece justo que sea beneficiado con perjuicio de los herederos legítimos; cuya consideracion no tiene lugar respecto de los extraños, que han adquirido la herencia graciosamente, y estan en el mismo caso que el referido legatario.

se limita expresamente al tercio, por no hacer mencion de quinto (1). Pero no obstante digo: que si precedió causa onerosa con tercero, y entrega de los bienes del quinto al donatario, no podrá el testador revocarla, ni disponer de mas que de lo correspondiente á un funeral moderado, misas y descargos de su conciencia, con lo cual no queda intestable, y en cuanto á los legados y demas cosas será ineficaz su voluntad: lo primero, porque le obstan la donacion y entrega y la causa onerosa para hacerla: lo segundo, porque los legados voluntarios y donacion posterior no revocan la irrevocable precedente, por no haberse acabado la facultad del donante, y no poder en perjuicio del donatario hacer mas ni menos de lo que habia hecho, à diferencia de los gastos expresados, en los cuales siempre se entiende revocado el quinto, porque se interesa en ello el público, son preferidos á todos los créditos, y de lo contrario quedaria intestable: lo tercero, porque le obsta tambien la legítima de los hijos que no se puede gravar en cosa alguna; y lo cuarto, porque aunque es cierto que la ley 17 de Toro dice que el mejorante puede hacer irrevocable el tercio, dejando en silencio el quinto, no prohibe, ni otra alguna tampoco, que el mejorante pueda hacerle irrevocable, por lo que lo será excepto en dichos gastos; pues lo que la ley no prohibe, se entiende permitido, y asi del silencio de la ley no se deduce imposibilidad ni prohibicion de hacer irrevocable el quinto en la forma expuesta. Sino medió causa onerosa con tercero, podrá revocarle en el todo.

13. Si el padre mejoró en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo, y despues edificó ó compró una capilla para su entierro y el de su familia, dotándola con renta y con el cargo de que anual y perpetuamente se celebrase en ella cierto número de misas, señalando y aplicando bienes para esta renta, debe distinguirse sobre si se han de deducir del quinto ó del cuerpo de la herencia los gastos de la capilla y cargas de misas. Se sacarán del segundo los gastos que el padre hizo en edificar ó comprar la capilla y sus ornamentos sino estan satisfechos, porque no son gastos funerarios, y porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por título oneroso, y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan, y nada les quede que heredar, sin estar obligado á comprar cosa util y fructífe-

1 Otras razones dan algunos autores, que expondré en adelante.

ra que aumente su patrimonio, por bastar que sea honorífica; y solo podrán quejarse caso que la enagenacion haya sido por título lucrativo; pues de lo contrario se seguiria que tampoco podria comprar el oficio de regidor ni otro público que es honorífico, y ninguna utilidad produce; pero la renta de la capellanía para la celebracion de misas se deducirá del quinto, porque es un legado pio, y como las expensas que se hacen en ello son en bien del alma, segun la ley 30 de Toro se deben sacar del quinto.

14. Legando el testador á su muger ó á un hijo el quinto de sus bienes, y consignándosele en cierto fundo que le valia, dice Ayora que el legatario no llevará el fundo integro ni todos los frutos que durante la comunion de la herencia produjo, sino que se deben bajar primero de él los gastos del funeral, misas y legados pios y graciosos, y que el residuo será lo que se le aplique en el fundo, llevando á proporcion los frutos que este residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Mas esta opinion me desagrada respecto à este último punto, porque habiéndole señalado el testador el quinto como pudo señalársele, se le trasfirió su dominio incontinenti que falleció, y desde entonces le tocan los frutos que produjo, por ser legado especifico (1), en cuya atencion solo me adhiero á su dictamen en el caso de que los herederos satisfagan de sus bienes los mencionados gastos, en el cual se le aplicará el resto en el fundo, no pagándoselos el legatario, y á proporcion llevará los frutos ó rentas que durante la comunion haya redituado, porque los herederos carecieron de su dinero en todo este tiempo, sin haber tenido obligacion de suplirle por el legatario, y será justo que se compensen.

15. Si el padre condenado en vida por sentencia á dar alimentos á un hijo natural mientras viviere, dejase hijos legítimos, y á uno de estos ó á un extraño legase el quinto, ó dispusiese de él por su alma, podria decirse que del cuerpo de su caudal se han de deducir dichos alimentos, sean los necesarios ó la cantidad asignada en la sentencia, por ser deuda contra la herencia; mas sin embargo debe pagarlos el legatario del quinto, y de él han de deducirse, asi los dados al hijo en vida de su padre, como los que se le den despues de muer-

1 Leyes 34 y 48. tit. 6. Part. 6.

to; porque todo lo demas es legítima de los hijos legítimos, la cual no debe gravarse, como deduciéndose del cuerpo del caudal se gravaria; pues aunque el padre contrajo esta obligacion en vida, como la condenacion ó sentencia no muda la causa del débito, que es la de alimentos, y el hijo natural, habiéndolos legítimos, debe ser alimentado del quinto, y no de las legítimas de estos, ni tiene derecho á mas, segun las leyes 9 y 10 de Toro; por esto se ha de atender á la causa que motiva su deduccion, que son los alimentos.

CAPITULO TERCERO.

De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos cuando mejoró á alguno de ellos.

§. 1. Teniendo el padre ó la madre dos ó mas hijos, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres.

2. Este tercio y quinto ha de ser uno en vida y muerte en todos casos, y si siendo muchos los mejorados no señala el mejorante á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, deberá dividirse esta igualmente entre todos.

3. Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre, se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede.

4. Si el testador solo tiene un hijo ó descendiente, no puede mejorarle en el tércio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravamen en él, excepto en los casos que allí se expresan.

5. La mejora se puede consignar en bienes ciertos, para que se satisfaga de ellos su importe despues de la muerte del mejorante, con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo.

6. Si el padre del testador le hubiere dejado una finca con la condicion de que despues de la muerte de este hubiese de pasar á su hijo mayor, nieto de dicho padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima.

7. Habiendo dejado el testador al nieto un fundo para cuando *tuviere hijos*, si antes de verificarse esta condicion ó de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él y sus hermanos, incluyéndole en la particion, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado.

8. Limitacion de la doctrina sentada en el párrafo anterior.

9. Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á su hijo ó descendiente, é instituyéndole heredero con los demas, se debe tener este legado por me-

jora, como si se hubiese hecho donacion en contrato.

10. Procede lo referido, no solo cuando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes.

11. De lo dicho en los dos párrafos anteriores se deduce que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto, y si excede al importe de ambos, ha de aplicarse al legatario el exceso en cuenta de su legítima; pero si el testador dispone de dicho quinto, se le imputará en el tercio, y el sobrante, si le hubiese, en su legítima.

12. Cuando el padre dice en su testamento que un hijo suyo le quitó cierta cantidad, ó que él se la dió para casarse ó para otro objeto, mandando que se le impute en su legítima, y el hijo lo negare, ¿valdrá la asercion del padre?

13. Si el padre dice: mejoro á Juan y Diego mis hijos, en tanta cantidad que mi hijo Pedro me quitó; aunque esta asercion paterna no conste por otro medio que por su mera confesion, no obstante valdrá la mejora.

14, 15 y 16. Donando el padre en vida simplemente y entregando á un hijo alguna finca, se considera este mejorado tácitamente. ¿Si esta donacion que se tiene por mejora se ha de imputar en el tercio ó en el quinto, y de cual se ha de entender primero, en el caso de que su valor no alcance á completar el de ambos?

17. Donando y entregando el padre la heredad ó finca al hijo para casarse, si muere antes que su padre sin dejar hijos, y en vida la vendió entregándola al comprador, no podrán los coherederos reivindicarla de este en la parte en que excedió á su legítima y mejoras, porque el hijo se hizo verdadero dueño, y como tal pudo enagenarla.

18. Si poseyendo el padre ó la madre alguna finca con el gravamen de no enagenarla y de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitucion ni mencion de la finca, no llevará el hijo mejorado como tal parte alguna de ella.

19. Si muerta la madre que mejoró á alguno de sus hijos hubiere poseido el padre como su administrador legítimo todos los bienes en

comun, y con el trascurso del tiempo se aumentaron naturalmente, recibirá este aumento la mejora.

20 y 21. Cuando dos ó mas hijos fueron mejorados por contrato irrevocable, y se les entregó la escritura de mejora, si uno de ellos fallece, vuelve al padre la mitad de ella como único heredero de su hijo; y cuando muera el mismo padre, ¿será dicha mitad para el mejorado que sobrevivió?

22. Aunque en los contratos lucrativos no há lugar segun el derecho romano el derecho de acrecer, se exceptúa de esta regla la donacion que haga el Soberano á dos ó mas juntamente.

23. ¿Si podrá hacerse irrevocable la mejora del quinto, como se hace la del tercio, por contrato entre vivos?

24. Si el padre ó la madre mejorase á un hijo en el tercio de sus bienes, señalándosele en cosa cierta, y esta no equivale á su importe, ¿deberá suplirse de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio?

25. No se puede mejorar á la hija por razon de dote, y tiempo que se ha de mirar para ver si cabe esta en su legítima.

26 hasta el 31. Cuando hay mejora de tercio y quinto, ¿como deberá el contador hacer la deduccion de uno y otro?

32. Para hacer la deduccion del tercio entero ó de la parte que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes cuando muere, ¿y por que razon?

33. Lo propio se entiende de cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo, porque tiene fuerza de mejora.

34 y 35. Si el padre mejora en alguna disposicion última á un hijo en el tercio de sus bienes, y no dispone del quinto, ¿cual de los dos se ha de bajar primero, y como ha de hacerse la deduccion, caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos?

36. ¿Que deberá hacerse si el padre ó la madre mejoró en última disposicion á un hijo en el tercio de sus bienes, mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados, sin haber dispuesto del quinto?

37. Cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y á otro en el quinto, ordenando

que el primero pagase los gastos de su entierro y demas expresados, deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto de los bienes del mejorante, y no mas.

1. En el libro 1.° título 2.° capítulo 3.° párrafos 13 y 14 se dijo que segun la ley 28 de Toro (8. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.) los ascendientes, teniendo legítimos descendientes, solo pueden disponer de la quinta parte de sus bienes, pues las otras cuatro forman la legítima de dichos descendientes (1). Sin embargo no siempre son dichas cuatro partes la legítima precisa y necesaria de todos los hijos y descendientes legítimos del testador; porque teniendo el padre ó la madre dos ó mas, pueden mejorar en contrato ó en última disposicion á cualquiera ó á cualesquiera de ellos en el tercio y quinto de su hacienda libre en propiedad y usufructo adquirida por cualquier título (2), y los demas percibirán su legítima disminuida, segun se dijo en el libro 1.° título 2.° capítulo 4.°, donde se trató de las mejoras, reservando para este lugar lo que pareció tenia mas estrecho enlace con la division del caudal hereditario.

2. Este tercio y quinto ha de ser solamente uno en vida y muerte en todos casos; y si siendo muchos los mejorados no señala á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, debe dividirse igualmente entre todos, porque no puede haber mas que una (3); á cuya consecuencia, sin embargo de que los padres perciban frutos de los bienes de sus hijos, no pueden dejarles otra mejora de aquellos, como tampoco de su propiedad.

3. Compete esta facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos, aunque sean procreados en diversos matrimonios, segun se dijo en dicho capítulo 3.° del libro 1.° párrafo 19, y aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger segunda pobre se deba dar á esta la cuarta marital que la ley le concede. Asimismo, no obstante que la viuda ha de llevar esta cuarta, po-

1 Por derecho antiguo civil solo correspondia á los descendientes la cuarta parte libre de los bienes de sus ascendientes, y sino se la dejaban entera, podian pedir suplemento. Despues por las Auténticas y por las leyes de Partida se mandó que la legítima fuese la tercera parte si los hijos eran cuatro ó menos, y si cinco ó mas la mitad. (Ley 17. tit. 1. Part. 6.) Posteriormente las leyes del Fuero Real permitieron á los ascendientes disponer de un quinto en vida y de otro en muerte, y estas se corrigieron por la de Toro, que prohibió á los ascendientes disponer mas que de un quinto de sus bienes en ambos tiempos (Leyes 9. tit. 5. de legados, y 7. tit. 12 de donaciones, lib. 3 del Fuero Real y 18 de Toro.)

2 Ley 9 cit. y leyes 17 y 18 de Toro, que son 1 y 2. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

3 Ley 9. cit.

drá el testador disponer del tercio que le concede la ley 6.ª de Toro en perjuicio de su padre ó ascendiente, porque hay la misma razon en una legítima que en otra, y porque las deudas, sean legales ó convencionales, como que no son herencias ni bienes del difunto, se deben deducir antes que se proceda à la division de los propios de este. Esta facultad de mejorar se extiende tambien à los abuelos respectivos de sus nietos, como puede verse en el mismo capítulo y párrafo 19.

4. Pero si el testador solo tiene un hijo ó descendiente no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni de consiguiente imponerle gravamen en él, excepto en los casos siguientes: 1.º cuando el hijo mayor de veinticinco años consiente expresamente el gravamen que su padre le impuso en el tercio jurando no reclamarlo: 2.º si calla toda su vida y posee los bienes treinta años por muerte de su padre, ó mientras vive, sin reclamar la vinculacion y gravamen: 3.º si el padre le mejora con la condicion de si le naciere otro hijo ó hijos, pues convalecen la mejora y gravamen luego que nace alguno; y lo mismo procede aunque en la mejora no ponga dicha condicion, si le nacen despues mas hijos: 4.º si el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que le componen sin reservarse su usufructo, y este percibe sus frutos que equivalen al gravamen; de lo cual se trató en el citado capítulo 3.º párrafos 20 al 24. Acerca de la facultad que tienen las madres y abuelas de mejorar, véanse los párrafos 24 y 25 del mismo capítulo.

5. La mejora se puede consignar en bienes ciertos y determinados para que se satisfaga en ellos su importe despues de la muerte del mejorante (segun se dijo en el mismo capítulo, párrafo 2.º) con tal que el valor del tercio no exceda del de la tercera parte de sus bienes en dicho tiempo (1). Asi que habiendo consignacion sin entrega de cosa alguna, se ha de atender para el cabimiento del tercio al valor de los bienes que el mejorante tiene cuando fallece, y no al que tenian cuando hizo la mejora, sean muchos ó pocos en cualquiera de los dos tiempos. Si el mejorante hiciese la asignacion en los mejores y mas fructíferos bienes, de suerte que sean gravados los demas hijos en sus legítimas, se hará lo que se dijo en el citado capítulo 3.º párrafo 27; y en los siguientes 28 y 29 se expresaron los términos en que debe hacerse la entrega al mejorado, ya cuando el testador haya

1 Ley 19 de Toro (que es la 3. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.)

asignado en bienes determinados la mejora, ya en el caso de no haber hecho tal asignacion.

6. Si el padre del testador le hubiere dejado una finca ó heredad con la condicion de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar á su hijo mayor nieto de su padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputársele en su legítima paterna, porque el abuelo tuvo facultad para mejorarle, sustituirle y gravarle à la restitucion, y el nieto recibe de él y no de su padre el fundo, por lo que no se debe conceptuar finca del testador, ni hacer mérito de élsu la particion de sus bienes.

7. Habiendo dejado al nieto un fundo *para cuando tuviese hijos*, si antes de verificarse esta condicion ó de tenerlos se dividieron los bienes de su padre entre él y sus herederos ó coherederos, incluyéndole en la particion y prometiendo todos haberla por firme, podrá sin embargo el nieto, verificándose despues la condicion, pedir el fundo dividido ya y entregado, aunque haya hecho juramento de no contravenir nunca à la particion; porque por la de los bienes comunes no se entiende remitido ni renunciado el fideicomiso condicional, aun cuando se tenga noticia de él, y se diga en la misma particion que el uno remite y cede al otro todos los derechos que tiene y espera tener, y lo que se le dejó en testamento.

8. Pero esto se limita; lo primero cuando se purificó el fideicomiso muerto el padre, porque si se dividiese despues entre los hermanos, se perjudicaria al nieto por la renuncia y remision; y lo segundo, si en la division se pusieron palabras amplias y eficases, como si dijeron: »que de las cosas divididas ninguno habia de poder repetir ni exigir jamas del otro coheredero cosa ni parte alguna, aunque por derecho le tocase y pudiese tocar, porque lo renunciaba todo, y se lo condonaba mutuamente para siempre;" pues entonces se presume que el nieto quiso dividir y renunció el fideicomiso, teniendo noticia de este y haciendo constar que la tenia y no de otra suerte, en atencion á que por general y amplia que sea la renuncia, de ninguno se presume que ha renunciado el derecho que ignora tener.

9. Haciendo el padre en su testamento ó en otra disposicion última algun legado à su hijo ó descendiente, è instituyéndole heredero igualmente con los demas, aunque algunos dicen que este legado se le ha de imputar en parte de legítima, porque en duda mas parece que quiere pagar el débito que hacer donacion, se debe sin embargo tener por mejora, como si se hubie-

ra hecho donacion en contrato (1), porque el legado es una especie de donacion (2), y toda donacion de padre ó madre ha de conceptuarse mejora, segun lo dispone expresamente la ley 26 de Toro (3), que dice: *Si el padre ó la madre en testamento ó en otra cualquier última voluntad ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto, entiéndese que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cuantidad del dicho tercio y quinto y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en mas.* Ademas si el padre hubiese querido que se imputase el legado al hijo en su legítima, lo hubiera expresado, y por no haberlo hecho, y sí instituido al legatario heredero con los demas, es visto que quiso mejorarle.

10. Procede lo referido, no solo cuando le instituye heredero igualmente con los demas, sino tambien aunque le instituya simplemente, porque esta simple institucion se estima hecha en iguales partes (4). Tambien procede no solamente con el hijo varon ú otro descendiente, sino asimismo en la hija ó nieta, pues aunque no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento, segun la ley (5), sí puede serlo en testamento ú otra última voluntad.

11. De lo expuesto se deduce que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero esta en el tercio y quinto, y si excede al importe de ambos, ha de aplicarse al legatario el exceso en cuenta de la legítima que le corresponde de los bienes del testador, y si dispone de él se le imputará en el tercio, y el sobrante, si le hubiere, en su legítima; pues lo contrario es opuesto á lo resuelto en la ley 26 de Toro, cuya inteligencia en la forma explicada está comunmente recibida, mayormente cuando se debe observar el orden de las palabras, constando de ellas el espíritu y mente de la ley.

12. Si el testador dijo en su testamento: »mi hijo Pedro me quitó cien doblones, ó á mi hijo Pedro dí cien doblones cuando

1 Ley 10. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.
2 Ley 1. tit. 9. Part. 6.
3 Ley 10 citada.
4 Ley 17. tit. 3. Part. 6.
5 Ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.

se casó, ó para ciertas cosas; mando que los traiga á particion con sus hermanos, y se le imputen en su legítima;" y el hijo niega haber recibido de su padre ó quitádole los cien doblones, y no hay mas prueba que la confesion de su padre; si este no mejoró á los demas hijos, valdrá aquella hasta en lo que alcancen el tercio y quinto à favor del hijo, porque en estos puede gravar à algunos de sus herederos legítimos: lo cual procede, aunque no sea cierta su asercion, porque la demostracion falsa no vicia el legado de cantidad ó cosa cierta hecho á los hijos (1); y si los mejoró en el tercio y quinto, no valdrá ni se deberá estar à ella, en perjuicio de la legítima del hijo que niega la sustraccion ó recepcion de la cantidad que dice su padre (2), y asi deberá percibir su legítima entera (*).

13. Pero si dice: »mejoro á Juan y Diego, mis hijos, en tanta cantidad, que mi hijo Pedro me quitó," y esta asercion paterna no consta por otro medio que por su mera confesion; aunque parece que será de ningun momento la mejora, porque no se hizo de nada, puesto que no se acredita legalmente su certidumbre (al modo que si dijese: »lego á Francisco ciento, que Antonio me debe;" será inutil este legado no haciéndose constar el débito); no obstante vale la mejora, porque hay diferencia entre los dos casos; pues cuando las palabras del testador se dirigen al heredero, como si dice: »lego á Pedro ciento que le debo," parece que su voluntad es gravarle para que dé aquello que lega; mas cuando habla de tercera persona, como en el úl-

1 Véase el capítulo 18, título 2, libro 2, párrafo 16.

2 Ley 3. tit. 14. Part. 3.

* Si hubiese dicho Febrero que en los casos expresados no vale la asercion del padre negándola el hijo, se hubiera explicado mejor y en menos palabras. Con mas claridad se explica la ley 3 citada, que asi por esto, como porque merece leerse, voy á copiar. *Tan grande es el amor que há el padre con su fijo: maguer sea de ganancia* (aunque sea ilegítimo), *que va buscando carreras* (medios ó trazas), *porque le pueda dar mas en su testamento que mandan las leyes deste nuestro libro. E esto seria cuando alguno deja á tal fijo, cuanto le otorga el derecho que le puede dejar. E en ese mismo testamento dice, que mandá á sus herederos que tornen á aquel su fijo tantos maravedís que le diera fulano, pariente del mozo, en poridad* (secreto) *que los guardasse por él: é otrosí, que le tornasen tantos maravedís que él recibiera de los frutos de tal heredamiento del mozo, ó de su madre, ó mandase escrebir en el testamento otras palabras semejantes de estas, en que mandase dar al mozo mas de lo que las leyes mandan, decimos: que los herederos no son tenudos de pagar mas que lo que el derecho de este nuestro libro manda que pueda mandar el padre á tal fijo: é que en las palabras que dijo demas de aquello, que no debe de ser creido. Ca sospecharon los sabios antiguos que ficieron las leyes, que cuando el padre usa de tales palabras en su testamento, que lo face por engañar la ley é por sabor* (deseo) *que ha de facer algo á sus fijos, é non porque sea assi. Pero si tal fijo pudiere probar que el padre le debe, ó recibiera por él alguna de estas cosas que le manda dar, entonce tenudos serian los herederos de tornarle é de otorgarle todo aquello que assi provasse ó mostrasse.* Febrero reformado.

timo caso de Francisco y Antonio, no es visto que quiere gravarle á dar lo que expresa (*).

14. Donando en vida simplemente, y entregando el padre á un hijo algun fundo, se contempla mejorado tácitamente en él, por lo que si su valor excede al tercio y quinto del que incluyéndole tienen los bienes del donante cuando fallece, ha de llevar el exceso en cuenta de la legítima, y si excede tambien á esta, debe restituirle á los coherederos (1). Lo mismo se debe practicar cuando le mejora expresamente, señalándole y entregándole los bienes de la mejora, atendiéndose y computándose en todo caso el valor de los del mejorante ó donante al tiempo de su muerte unido con el de los entregados, y no al de los que tenia cuando le mejoró, fuesen mas ó menos (2), como se explicará en el capítulo siguiente con mas extension.

15. Supuesto que esta donacion se tiene por mejora, dúdase si se ha de imputar en el tercio ó en el quinto, y de cual se ha de entender primero en el caso de que su valor no alcance á completar el de ambos; y parece que deberá entenderse del quinto, supuesto que por la ley 214 del Estilo, que está en uso, se manda deducir primero que el tercio por favor del alma del testador ó donante, y que cuando no consta claramente de la voluntad de este, se entiende disponer ó contraer segun la costumbre del pais en que se hace la disposicion ó contrato; ó que si equivale al tercio se imputará en él, ó en el quinto si equivaliese á su importe, pues aquello se entiende hecho que se colige de la cualidad de la cosa, asi como de la cantidad del precio se infiere si fue venta ó arrendamiento lo que se hizo; y si lo que donó equivale á su legítima, parece asimismo que quiso anticipársela en vida, y que asi deberá colacionarla, sin que se deba hacer mérito de que exceda, ó no llegue al tercio, quinto ó legítima en poca suma, porque lo poco se reputa nada.

16. Pero sin embargo de lo expuesto, no se debe imputar en el quinto ni legítima dicha donacion, sino estimarse como tercio ó parte de él: en primer lugar, porque como el quinto es la única hacienda del testador, es visto haber querido reservarle para disponer de él á favor de su alma, ó en otras cosas á su arbitrio; y de entenderse serlo, y no tercio, resultaria que el mejorado tenia obligacion á pagar de él no solo el funeral y misas, sino tambien los legados pios y graciosos, lo cual no pue-

* Oscura, confusa y poco sólida y atendible parece la doctrina de este párrafo. *Febrero reformado.*

1 Leyes 26 y 29 de Toro.

2 Leyes 19, 23, 26 y 29 de Toro.

de ser, porque solo en cuanto al funeral necesario y moderado, misa y descargos de su conciencia es revocable, para que no muera intestado el donante; y no estando, como no está, obligado à cumplir cosa alguna de estas del tercio, porque es parte de legítima y no puede gravarse, se seguiria que, ó se le habia de gravar en él, ó no se habia de cumplir enteramente la voluntad del donante: en segundo lugar, porque si despues de donado el fundo legase à un extraño el quinto de sus bienes, es indudable que el valor del fundo se tendria por tercio ó parte de él, como si hubiera dejado el quinto por su alma; y debiendo observarse en el todo su voluntad, si se puede sin violar la ley, se debe entender por esto ser tercio y no quinto: en tercer lugar, porque en duda siempre se presume que todos quieren gravarse ó dar lo menos que pueden, como hace cualquier persona prudente, y con la donacion del fundo, si se entendiese del quinto, se quitaba à sí propio el mejorante la facultad de testar libremente de él íntegro, lo cual no es creible quisiese; y en cuarto lugar, porque la disposicion y contrato dudosos se han de interpretar segun lo que es mas verosimil quisieron el testador y contrayente, como asimismo mas à propósito para que su voluntad y estipulacion tengan efecto, y han de conciliarse con las leyes en todo lo que no se opongan. Por estas razones se ha de computar en el tercio, y si sobrase algo en el quinto, disponga de él en favor de su alma ó de extraño, ó destinela à su arbitrio en otras cosas.

17. Donando y entregando el padre el fundo al hijo para casarse, si muere antes que su padre sin dejar hijos, y en vida le vendió y entregó al comprador, podrán los coherederos reivindicarle de este en la parte en que su valor excedió à la legítima y mejora, segun Ayora, fundándose en que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva à su padre, porque mientras este vive no hay herencia, ni puede tener heredero de hecho, ni hasta que muera se debe la legítima. Pero à estos fundamentos se satisface: lo primero, con que aunque el padre mientras vive no puede tener heredero, esto se entiende siendo extraño, mas no siendo hijo, porque este se llama heredero de su padre en vida, y cuasi dueño de sus bienes: lo segundo, con que sin embargo de no debérsele la legítima ni poder ser compelido el padre à entregársela, se la puede pagar en vida, y cuando le da algo en cuenta de ella, se dice mas bien que le anticipa ó paga antes de tiempo, que el que le dona; pues el hijo se llama acreedor á ella en vida de su padre: lo tercero, con que

la donacion hecha al hijo estando bajo la patria potestad se confirma con la muerte del padre si no lo revoca; y lo cuarto, con que asi como la donacion hecha á la hija por causa de dote es válida, y esta se da en parte de legítima, asi tambien la donacion del capital vale y no se puede revocar, pues corre parejas con la dote, y el padre puede ser compelido á hacerla à su hijo (1). En esta atencion digo que el hijo se hizo verdadero dueño del fundo que como tal pudo enagenarle, y que una vez enagenado legítimamente no se puede retractar, aunque despues llegue el caso, y se advierta, que si antes de hacerlo hubiera sucedido, impediria que se perfeccionase la venta: fuera de que por el hecho de donarle el padre á su hijo, es visto haber consentido en su enagenacion, como sucede en los bienes profecticios, cuando le concede su administracion.

18. Si poseyendo el padre ó la madre alguna finca con el gravamen de no enagenarla y de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitucion ni mencion de la finca, no llevará el hijo mejorado, como tal, parte alguna de ella, por no ser propia del mejorante, y antes bien la adquirirá igualmente con todos sus hermanos, como acreedores á ella, mediante à no haberla restituido á ninguno, y á que por esta omision y silencio es visto haber querido restituirla á todos, puesto que el gravado á restituir indistantamente á alguno de una familia puede hacer la restitucion á dos ó mas de ella: de suerte que la mejora se deducirá únicamente de los demas bienes que el mejorante haya dejado.

19. Si muerta la madre que mejoró á uno de sus hijos, poseyó el padre como su administrador legítimo todos los bienes en comun, y con el trascurso del tiempo se aumentaron naturalmente, como si las ovejas ó vacas tuvieron crias, ó las avenidas del rio agregaron algun pedazo de tierra á la de la mejora; aunque algunos dicen que esto no aumenta el valor de la mejora, por pertenecer al padre, como fruto, debe seguirse lo contrario, porque no es fruto lo que no renace (*). Es verdad

1 Ley 17 de Toro, y 3. tit. 15. Part. 6.

* Febrero no entendió á Acevedo, de quien tomó la doctrina de este párrafo, y asi padeció una crasa equivocacion. La expresion *porque no es fruto lo que no renace*, puede referirse con verdad al pedazo de tierra que por aluvion se agregó á una heredad; mas no debe aplicarse, como lo hace Febrero, á los partos de las vacas y ovejas; pues estos son verdaderos frutos, pertenecen como tales en el caso propuesto al padre usufructuario de los bienes adventicios de sus hijos, y de consiguiente nada aumentan la mejora. Por tanto Acevedo habla de los animales hereditarios, cuyo valor creció con el tiempo, hacien-

que la ley 23 de Toro manda se atienda al tiempo de la muerte del mejorante; pero esto se entiende cuando entonces se hace la division de sus bienes, no cuando subsisten algun tiempo proindiviso, de cuyo caso no habla, y los bienes que despues de la muerte del mejorante se aumentan, no son suyos, ni los ha dejado, de suerte que solo los frutos del aumento tocan al padre, y no lo aumentado.

20. En el citado capitulo 3.° título 2.° del libro 1.° se dijo que si el padre ó la madre mejorase en contrato irrevocable á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes entregándoles la escritura de mejora, los mejorados la aceptasen, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos (por cuya razon recaerá toda su hacienda en el padre), no se acrece al hermano sobreviviente la mitad de mejora que correspondió al muerto, sino que vuelve al padre como único heredero de su hijo. En orden á esta mitad parece que cuando fallezca el padre se deberá sacar de ella el tercio y quinto, cuya mitad será para el mejorado que sobrevivió, á aquien se aumentará, por haberse aumentado la herencia del mejorante. Por ejemplo, si importa la mejora de todos los bienes del testador mil reales, tocan á dicho mejorado quinientos por su mitad, y de los otros quinientos que volvieron al mejorante por muerte del otro hijo se sacarán el tercio y quinto, que son docientos treinta y tres reales, once maravedis y un tercio de otro, los cuales se dividirán en dos partes iguales, la una para el mejorado á quien se aplicará con los dichos quinientos, y la otra se agregará al resto de la herencia para repartirle igualmente entre todos los herederos incluso el mejorado.

21. Pero sin embargo diré que este modo de dividir, aunque parece podrá tener lugar en la forma propuesta, cuando el testador mejoró limitada y únicamente á los hijos en cosa ó cantidad determinada, ó en ciertos bienes, cuyo importe consta ó se especificó al mismo tiempo; ni en dicho caso le tendrá, ni tampoco cuando no consta á cuanto asciende la mejora, por haberse hecho simple é indistintamente en todo, pues como se atiende á los que deja al de su muerte, sin distinguir de qué parte provienen, ni con qué título los adquirió; confundiéndose una vez que esten unidos è incorporados en su patrimonio; y es pro-

dose por ejemplo los becerros toros, los cabritos cabrones, y los corderos carneros; y de este aumento dice con razon que no es fruto porque no reuare, y que por lo mismo no toca al padre, y se acrece proporcionalmente á la mejora. *Febrero reformado.*

pio de la naturaleza de la mejora hecha simplemente el ampliarse á los bienes futuros; se contempla único mejorado el que lo fue y sobrevivió, y como tal debe llevar enteramente el importe del tercio y quinto de cuanto deje su padre, sin diferencia, ni mas cuenta ni division.

22. Sin embargo de que en los contratos lucrativos no há lugar segun el derecho romano el de acrecer, se exceptúa de esta regla la donacion que haga el Soberano á dos ó mas juntamente, pues si despues de aceptada uno de los donatarios muere testado ó intestado sin dejar heredero, ò la repudia antes que se le haga ó despues de hecha, se acrece al otro, sin que por falta de herederos legítimos ni parientes recaiga en el fisco, como à no ser donacion del Soberano recaeria no habiéndolos; porque los beneficios, gracias y mercedes de los Príncipes se deben interpretar plenisimamente, con tal que no cedan en perjuicio de tercero (1).

23. En el citado capítulo 5.° título 2.° del libro 2.° párrafo 11, se dijo que es irrevocable la mejora del tercio por contrato entre vivos en cuatro casos: 1.° cuando el mejorante puso por sí mismo al mejorado en posesion de la cosa en que le consignó la mejora: 2.° cuando le entrega ante escribano la mejora de ella: 3.° cuando el contrato se celebró con un tercero, y medie causa onerosa (2): 4.° cuando el instrumento en que se hace se afirma y corrobora con juramento. Ofrécese ahora la dificultad que tambien se tocó aunque ligeramente en el mismo capítulo, párrafo 12, si cuando mejoran los padres à un hijo en tercio y quinto, se podrá tambien hacer irrevocable la mejora en cuanto à este respecto à que la ley citada al pie solo habla del tercio. Algunos dicen que aunque entreguen al mejorado la posesion de los bienes de la mejora, pueden revocarla por lo tocante al quinto, y disponer de él como si no la hubieran hecho: porque esta mejora es respectiva à los bienes presentes y futuros del mejorante, debiendo atenderse al valor que tienen al tiempo de su muerte, segun la ley 23 de Toro; y si valiera irrevocablemente, se imposibilitaria de testar el mejorante, puesto que hacia donacion de todos sus bienes, la cual, aunque sea solo de los presentes, está prohibida por la ley 69 de Toro: en cuya atencion aunque se haya prometido mejorar por causa onerosa à alguno de los hijos, no vale eficazmente la mejora en el quinto, como

1 Acerca del derecho de acrecer véase el capítulo 19, título 2, libro 2.

2 Estos tres casos se expresan en la ley 17 de Toro, ó 1. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

en el tercio; y por lo mismo la irrevocabilidad de que trata expresamente la 17 inserta se limita à este, no habiendo sin motivo la ley omitido hablar de aquel. Otros dicen lo contrario en los casos en que el tercio no se puede revocar; y otros conciliando las opiniones resuelven: que si la mejora del quinto es hecha por causa onerosa con tercero, no se puede revocar, y que no haciéndose por ella, sí, à cuya opinion me inclino; excepto en lo tocante à la disposicion de su funeral, misas y descargos de su conciencia, pues en cuanto à estos creo que en todos casos es revocable, como ya he sentado en otra parte.

24. Si el padre ò la madre mejora à un hijo en el tercio de sus bienes señalándosele en cierta cosa sin expresar mas, y esta no equivale à su importe, parece por una parte que se deberá suplir de los demas bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio, atendido el total líquido de la herencia; y por otra parece que el hijo se deberá contentar con la cosa ó finca señalada, entendiéndose que el testador no hizo la mejora en lo que faltase, por ser visto no haber querido mejorarle mas que en ella; de lo cual puede deducirse: lo primero, que si dicha cosa perece por caso fortuito, no se ha de suplir su valor de otros bienes: lo segundo, que si vale mas que el tercio, no debe llevarla toda en pago de este y del quinto, porque la voluntad del mejorante no fue mejorarle en mas que en el tercio, y asi el exceso se tendrá por parte de legítima, en cuyo concepto se le aplicará; y lo tercero, que si el mejorante adquirió despues mas bienes, y el valor de la cosa equivale al del tercio de todos, la llevará integra en pago de este solamente. Pero si el mejorante dijo que lo que faltase para completar el tercio se le supliese de los demas bienes, se deberá suplir. Sin embargo véase la distincion que se hace en el párrafo 2.° capítulo 4.° título 2.° libro 2.°

25. En el mismo capítulo 4.° párrafo 4.° se dijo que el padre no podia mejorar à la hija por razon de dote, y en el capítulo 3.° título 2.° del libro 1.° párrafo 18, se expresó la cantidad que segun sus haberes ò rentas podrán dar los padres à sus hijas en dote. Por lo que hace al tiempo à que se ha de atender para ver si cabe la dote en legítima de la hija, opinan algunos autores que esta puede elegir el de la donacion de aquella, ò el de la muerte del donante; pero yo soy de parecer que se debe atender á este último tiempo, y que si unidos con la dote entregada los bienes efectivos que deja, y son legítima de sus hijos excepto el quinto, excediese aquella al importe de su legí-

tima completa, debe restituir el exceso que haya: en primer lugar, porque la dote se da y anticipa en cuenta de la legítima que le puede tocar, y esta se debe considerar al tiempo de la muerte del donante, que es cuando regularmente se dividen sus bienes, despues de la cual ni se aumentan ni desminuyen, ni hasta entonces tiene accion á pedirla, ni su padre obligacion á dársela ni anticipársela: en segundo lugar, porque si aumentándose las facultades del donante puede pedir la hija el suplemento de su legítima, y se le deberá dar; tambien disminuyéndose ó no cabiendo en ella tanta dote por nacer despues mas hijos, debe sufrir su diminucion y entenderse dotada entonces, pues quien está á la utilidad debe estar à la pérdida, y la dote se entiende dada con la condicion de que quepa en su legítima cuando se dividan los bienes de su padre, que es cuando se le debe esta; y en tercer lugar, porque la ley ó pragmática inserta corrige la 29 de Toro, y se estableció para que los demas hijos no fuesen perjudicados en sus legítimas, haciéndose de peor condicion que la dotada, ni el padre se empobreciese por su prodigalidad, y permitiéndose la eleccion seria inútil su establecimiento, puesto que por un medio indirecto se originarian los daños que ocasionaban la indiscrecion de los padres y el abuso de la permision de dicha ley 29, los cuales quiso precaver y evitar en lo futuro la pragmática. No obsta alegar lo que se practica con las arras, porque hay notable diferencia de un caso à otro, la cual consiste en que en este contrato procede el novio arreglado à la ley que se lo permite, no cede su promesa en perjuicio de tercero, nunca excede esta ni debe exceder de la décima parte, y si ofrece cantidad determinada no puede pretender mas la novia, por muy rico que el novio se haga durante su matrimonio, y asi su adquisicion es absoluta, perfecta é irrevocable; pero en el presente caso se viola la ley prohibitiva, resulta perjuicio à los hermanos de la dotada, y esta puede pedir el suplemento de su legítima, si se aumenta el caudal de su padre; y aunque el ánimo de este no haya sido el de mejorarla, se la mejora con permitirle la eleccion, por la cual son perjudicados sus hermanos; y la pragmática no solo prohibe que el padre la mejore, sino que manda que no se entienda mejorada tácita ni expresamente. Tampoco obsta alegar que de hacer la restitucion resultará engañado el novio, porque este antes de pensar en casarse debe tener con que sostener las cargas matrimoniales, y no fiarse en que la novia le mantendrá, pues la dote no es para alimentarse, sino para que la muger halle con quien

casarse, y para ayudar à mantenerse à sí misma y à sus hijos, fuera de que quien contrae con otro, debe cerciorarse de su condicion, y todos tienen obligacion de saber el derecho (1), excepto cinco clases de personas, que son: el pupilo, el soldado, la muger, el pastor y el aldeano (2), à los cuales se dispensa en lo tocante à testamentos, contratos y otras disposiciones puramente civiles, y no en lo criminal (3). Asi pues, paréceme que la opinion contraria debe tener lugar solo en dos casos. El uno es cuando al tiempo de casar el padre à su hija ó dotarla cabe la dote en la legítima completa, que atendidos los bienes que tiene le corresponderia, si entonces se dividieran, y ella renuncia el incremento de esta por el que puedan tener los paternos, contentándose con su dote por todo su haber, y obligándose con juramento à no pretender nunca el suplemento de aquella; porque en este caso, por no ser excesiva la dote al tiempo de su donacion ú oferta, y privarse la hija del beneficio que puede seguírsele si se aumentan las facultades de su padre, cediéndole à sus hermanos, no será justo que padezca detrimento por la decadencia de fortuna de aquel, ni por tener posteriormente mas hijos, pues siendo todo esto contingente, hay igualdad entre ella y sus hermanos. El otro caso es cuando le cabia la dote al tiempo de darse ú ofrecerse, y le cabe al de la muerte de su padre, y solo por mejorar este á alguno de los demas hijos resulsa ser inoficiosa ú excesiva; pues no parece justo que esta disposicion paterna le perjudique ni obligue á restituir lo que poseyó legítimamente é hizo suyo por caberla en ambos tiempos.

26. Como regularmente cuando hay mejora de tercio y quinto entre los descendientes legítimos del testador, se nombra primero el tercio que el quinto, parece que segun el orden de las palabras de la disposicion y comun estilo de hablar, se debe bajar primero el tercio; pero lo contrario ha de decirse no habiendo entrega de los bienes de la mejora; y asi el quinto dejado en un mismo testamento ó contrato, se debe deducir ante todas cosas del cuerpo de la herencia efectiva por favor del alma del mejorante, ya porque el quinto es la única parte de la herencia que el ascendiente tiene para disponer á su arbitrio en virtud de la ley 28 de Toro; ya porque si se saca antes el tercio, se grava al descendiente y al legatario ò mejorado del quinto, no dispone del de todos sus bienes, como se lo permite la ley, é importa la tercera parte menos que sacándose primero

1 Ley 16, y penult. tit. 1. Part. 1.
2 Leyes cit. y ult. tit. 1. Part. 1., y 31. tit. 14. Part. 5.
3 Ley 1. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

que el tercio; y últimamente porque así lo dispone la ley 214 del Estilo, que declarando otra del Fuero Real (1) dice *y es á saber sobre esta quinta parte y sobre esta tercera parte, cuando no hay otro fuero ni costumbre que sea contra la ley, que saquen primero por razon del alma y quinto de cuanto obiere, y mandarlo há á quien quisiere: y de todo lo al que finca mejorar á alguno de sus hijos, y mandarle há el tercio;* y así se usa esta ley, y se observa regularmente en los reinos de Castilla, lo cual procede aunque el contrato sea irrevocable; pues por esto únicamente adquirió derecho el mejorado á no poder ya dejar de serlo, mas no á que el tercio se deduzca primero que el quinto, y así su importe, como existente entre los bienes del mejorante, se contempla donado en disposicion última confirmada con su muerte. El modo de girar la cuenta es hacer un cuerpo de todo el caudal del difunto, deducir de él todas las deudas, sacar luego de lo líquido la quinta parte, bajar del residuo el tercio, y dividir el resto en tantas partes iguales cuantos son los herederos, incluso el mejorado ó mejorados si tambien lo son, pues no siéndolo, v. gr. por ser nietos, que no entran à heredar à causa de vivir su padre ò madre, se dividirá tan solamente entre los instituidos por tales. Pero es de advertir al partidor, que cuando el testador deja á su favor deudas cobrables, dudosas y fallidas, ó de cualquiera de estas clases, y bienes fructíferos é infructíferos; y mejora indistintamente en el tercio de todos los suyos ó en el quinto ò en ambos à alguno ó algunos de sus herederos, deben sacar mejora, hacer prorateo y liquidacion de cada una de estas especies, de modo que cada interesado lleve en ellas lo que le corresponda, y aplicarle proporcionalmente su parte segun la voluntad del testador, con lo cual procederá justificadamente, y ninguno será perjudicado. Pero cuando es un descendiente solo el mejorado en tercio y quinto, y bajando este de cualquiera suerte caben en él los gastos funerales, misas y legados, lo mismo es deducirle antes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega à este, percibe el mejorado lo mismo, y en nada se le perjudica: todo lo cual se observa comunmente en la práctica, y se ha ejecutoriado repetidas veces.

27. Dudan algunos cómo ha de deducirse el tercio cuando el testador mejora en el de sus bienes á un hijo, y lega à otro ó á un extraño el quinto, porque si se saca primero este con arre-

1 Ley 9. tit. 15. lib. 3.

glo à la ley del Estilo, y del resto de sus bienes aquel, no se verifica ser mejorado en el de todos, sino en el del residuo; ni cumplirse la voluntad del testador, que es arreglada à la ley de Toro, la cual le permite disminuir la legítima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro y aplicarle á los otros; y por lo mismo parece debe deducirse el quinto, y luego sacarse el tercio de todo el importe del caudal del testador, como si el quinto no se hubiera deducido. Pero esta vana ficcion y sutileza de bajar el quinto, y suponer que no se ha bajado para sacar el tercio íntegro, se funda en un supuesto falso; porque aunque la ley de Toro permite al testador disminuir la legítima y mejorar à algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse no disponiendo del quinto; pues si dispone ha de ser del residuo, que es la legítima que se le permite disminuir, y lo demas seria sacarlo del caudal que ya no hay existente; y con una ficcion aerea perjudican á los no mejorados, lo cual ni se manda ni se infiere de ninguna ley. En este supuesto para evitar dudas y disputas prevendrá el escribano al testador: *que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes despues de separado el quinto*, como se practica, y si no *que se saque antes que este.*

28. Si el testador manda que se deduzca primero el tercio, se deducirá, porque como se le permite disponer del quinto á su arbitrio, está en su mano no hacer uso de la ley del Estilo establecida en favor suyo, y si deja tantas mandas graciosas que no caben en el quinto, se ha de mirar qué parte legó mas de lo que podia, v. gr. si es cuarta, quinta, sexta &c. y luego prorratear el resto (bajados antes los gastos de su funeral, misas y legados pios) entre todos los legatarios y el del quinto, sacando de cada legado la parte que le corresponde, atendida su cantidad ò importe, y de esta suerte será justa la deduccion; pero esto se limita en los legados especificos, los cuales no deben entrar en el prorateo, sino darse íntegros à los legatarios, porque estos los hacen suyos incontinenti que muere el testador, y como conocidos son de mejor condicion que los genéricos, aunque algunos dicen lo contrario.

29. Lo dicho en el párrafo 26 procede tambien cuando la mejora se hace en dos instrumentos, v. gr. parte en testamento ò contrato, y parte en codicilo, sean uno solo, dos ó mas los descendientes mejorados en ellos, pues de cualquiera suerte se ha de deducir primero el quinto; bien que si es uno solo el mejorado en ambos, lo propio es sacar este antes ò despues que

aquel, como se demuestra haciendo la cuenta. Por ejemplo asciende el caudal líquido partible à quince, si se saca primero el quinto, importa tres y quedan doce, de los cuales el tercio son cuatro, de suerte que por tercio y quinto, bajando primero este le tocan siete; y si se baja antes el tercio, serán cinco y quedan diez, de los cuales el quinto son dos, por manera que le tocan los mismos siete.

30. Lo expuesto se limita cuando el mejorante manda que el tercio se deduzca antes que el quinto, sean dos los mejorados, sea uno solo, ò disponga à favor de uno de sus descendientes del tercio, y à favor de otro, de extraño, ò por su alma del quinto; pues entonces se observará su mandato segun se dijo en el párrafo 28, porque la deduccion previa del quinto se ha establecido à su favor para que tenga mas que disponer por su alma, ò en lo que quisiere, y asi puede renunciar este beneficio à favor del mejorado en el tercio.

31. Tambien se limita cuando en contrato irrevocable, ò por causa onerosa, como casamiento, hizo mejora del tercio à favor de un descendiente legítimo con entrega de los bienes ò de su posesion verdadera ò ficta, y en disposicion última del quinto á favor de otro, de un extraño, ó dispuso de este en otros fines; como tambien cuando se pactó entre los interesados, segun puede hacerse, que la donacion surtiese su efecto antes de la muerte del donante: pues en estos casos se deducirá primero el tercio y disminuirá el quinto, porque mucho antes que el legatario de este adquiriese derecho à él, el mejorado en el tercio le tenia adquirido à su importe en el de todos los bienes del mejorante; por cuya razon careció de facultad para legar quinto de parte del tercio que tocaba enteramente al mejorado en él, y asi para el efecto de deducirse se ha de considerar como una deuda contra el caudal del mejorante ó donante: lo cual procede aunque el instrumento revocable en que se donó ó legó el quinto se otorgue antes que el irrevocable del tercio, porque este inmediatamente surtió su efecto, y aquel no, hasta que se confirmó con la muerte del otorgante, desde la cual empieza à tener vigor por no poderle ya revocar.

32. Mas para hacer la deduccion del tercio entero ò de la parte de el que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion à lo que valen sus bienes cuando muere, y no á lo que valian cuando hizo la mejora (1); porque el tercio es le-

1 Ley 23 de Toro, que es la 7. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

gítima, y el valor de esta se atiende al tiempo de la muerte y no en vida; por lo que si cuando el testador la hizo tenia pocos bienes, y al tiempo que fallece tiene muchos, se deducirá y pagará el tercio al mejorado del importe de estos; y si por el contrario tiene pocos, percibirá menos, aunque entonces tuviese muchos, pues no hay eleccion de tiempos, háyase entregado en vida el todo ó parte de la mejora al mejorado, ó nada; y solo habiendo habido entrega se unirá su importe al caudal partible, y hecho todo un cuerpo se deducirá de ello la mejora, y verá si cabe ó no, ó tiene mas que haber en cuenta de ella.

33. Lo mismo milita en cualquiera donacion de cosa ó cantidad hecha simplemente á un hijo ó descendiente, porque tiene fuerza de mejora, y el donatario se entiende mejorado en ella segun la ley 26 de Toro, sea válida cuando se hace, ó inválida hasta que se confirme con la muerte del donante, no mandando este al tiempo de hacerla que la colacione, pues si lo manda entonces, siendo irrevocable, ó despues si es revocable, no hay mejora, y se deberá recibir en cuenta de legítima.

34. Mejorando el padre en alguna disposicion última á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, puede dudarse cuál se ha de bajar primero, y cómo se ha de hacer la deduccion, caso que los gastos del funeral, misas y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de este despues de deducidos. Por ejemplo deja el padre quince mil ducados, y los gastos y legados referidos importan mil. Parece que segun la ley del Estilo, que se halla en observancia en los reinos de Castilla, se debe bajar primero el quinto que son tres mil; sacar de los doce mil restantes el tercio, que importa cuatro mil, aplicarle al mejorado en él; y luego dividir los dos mil que sobran del quinto, bajados los mil, importe de los legados, gastos funerarios y misas; y el resto de la herencia entre todos los herederos igualmente, incluso el mejorado.

35. Pero con esta deduccion sale perjudicado gravemente el mejorado, y asi primero se ha de sacar en dicho caso el tercio del remanente del quinto para él, que son seiscientos sesenta y seis ducados, siete reales y un tercio de otro; luego de los doce mil bajar tambien y aplicarle los cuatro mil del tercio; y unidos el resto de él que son ocho mil, y el del quinto que asciende á mil ochocientos treinta y tres ducados, tres reales y dos tercios, dividirlos igualmente entre todos los herederos, entrando el mejorado: porque el testador por el hecho de haber

mejorado á su hijo en el tercio de todos sus bienes, por poder disponer libremente tan solo de los del quinto, y no haber dispuesto de este como podia hacerlo, es visto haber querido que llevase de él el tercio, asi como de los demas bienes que son legítima de sus hijos; pues de lo contrario no se le dejaba nada de lo suyo, sino solamente de lo que era legítima, ni se cumplia su voluntad, la cual no fue únicamente mejorarle en el tercio de los bienes que dejaba bajado el quinto, sino tambien en el de los suyos privativos, que son el residuo de este.

36. Si el padre ó la madre mejoró en disposicion última à un descendiente legítimo en el tercio de sus bienes mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados, y no disponiendo en ningun a manera del quinto, deberá satisfacerlo todo del tercio hasta en lo que alcance el quinto, y no mas; y únicamente se entenderá mejorado en el exceso de uno á otro.

37. Lo mismo ha de decirse cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes á un descendiente suyo, y à otro en el quinto, ordenando que el mejorado en el primero satisficiese por sí solo los gastos de su entierro y demas expresados, ó que entregase para ellos al mejorado en el segundo la mitad del tercio; pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto entero de los bienes del mejorante, y no mas, entendiéndose que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos, dejando mayor porcion de este al del quinto que á él. La cuenta se hará de esta suerte: v. gr. asciende toda la herencia líquida partible à veinte mil reales, cuyo quinto son cuatro mil, y cuyo tercio, bajados estos, importa cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio de otro. En este caso deberá expender hasta en los cuatro mil de los cinco mil trescientos treinta y tres del tercio, y no mas, aunque importen mas los legados y gastos referidos, y se entenderá mejorado en los mil trescientos treinta y tres y un tercio restantes, que juntos con los cuatro mil del quinto componen los cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio del tercio total de la herencia, y asi no se grava la legítima en cosa alguna. Y si le manda entregar al del quinto la mitad del tercio, y esta no alcanza para los gastos y demas cosas que hubiere dispuesto, deberá suplirlo el del quinto hasta en lo que falte para completar la quinta parte de los bienes del testador, y no mas, incluyendo lo entregado por el mejorado en el tercio; y se conceptuará mejorado en el residuo, como en parte de tercio.

CAPITULO CUARTO.

De la division de frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en última disposicion: cuando pertenecen ó no al mejorado ó donatario, ya esten ó no pendientes en la finca consignada; y si este debe ó no restituirlos en caso de revocarla el testador.

§. 1. Dificultades que suelen ocurrir en orden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora.

2. Haciéndose irrevocablemente la mejora en contrato y en cosas ciertas y señaladas, ó aunque sea revocablemente sino se revocó, antes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó ficta, le pertenecen los frutos desde su entrega; pero si no se le entregaron las cosas contenidas en ella, ni fue hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante.

3. Si la mejora en contrato fue hecha de una parte ó cuota de bienes ciertos y señalados por el mejorante, pero no fueron entregados al mejorado, se deben á este los frutos desde la muerte de aquel.

4. Cuando la mejora de cuota en contrato se hizo á un hijo emancipado mayor de veinticinco años, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la contestacion del pleito.

5. Si la mejora de cierta cosa particular se hace en última disposicion sin entrega, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador; pero si interviene entrega, le pertenecen desde que esta se hace.

6. Lo mismo procede cuando la mejora se hizo de cierta parte ó cuota de bienes, é intervino entrega verdadera ó ficta; pero si faltó esta, se le deberán solamente los frutos desde la demora cometida por el heredero despues de la muerte del testador.

7 y 8. ¿Como deberán dividirse los frutos cuando el testador deja descendientes legítimos, todos mayores de veinticinco años, y bienes fructíferos é infructíferos, mejoró por contrato ó en última disposicion á uno de dichos descendientes en el tercio ó en el tercio y quinto, sin entregárselos, y se tarda un año ó mas en evacuar la particion?

9. Si todos los herederos son menores, se practicará lo mismo que acerca de los mayores se ha dicho en

los dos párrafos antecedentes.

10. Lo propio debe hacerse cuando el padre que en vida habia dado dote á una hija, ó capital á un hijo, le mejoró en disposicion última para que nada tuviese que restituir; y este despues de haber callado mucho tiempo, conociendo luego que los bienes tienen mas valor del que se habia figurado, pide que se haga la particion.

11. Resolucion del caso en que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora ó legado, sino en virtud de institucion, v. gr. si lega el quinto á su muger ó á otro, ó no disponiendo de él hace varias mandas en diferentes cláusulas, y despues en la de herederos dice: „y en el remanente de todos mis bienes, muebles, raices y derechos, instituyo por mis universales herederos á P. y F., mis hijos, excepto el tercio que mando le lleve ademas ó por via de mejora dicho P., y si es necesario le mejoro en él en la forma que mas haya lugar en derecho."

12. Si hubiese dotado el padre á una hija en cierta cantidad, entregándosela en bienes muebles y dinero, si la herencia que dejó en bienes raices estuviere muchos años sin partir, no llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legítima, aun cuando alegue que fue perjudicada por no haber llevado cosa alguna en bienes raices.

13. Si el testador mejoró en cosa cierta, ó en el tercio ó tercio y quinto, consignando la mejora en bienes determinados, no llevará el mejorado como tal mas frutos que los que durante la proindivision produjeron ó rentaron las fincas señaladas.

14. Mejorando el padre ó la madre á uno de sus hijos en el tercio ó quinto, con señalamiento de cosa cierta, y asignando á otro su legítima en otra, aunque la de este produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas de los que su finca hubiere producido.

15, 16 y 17. Resolucion de otros casos.

18. Division de los frutos pendientes en los bienes en que consiguió la mejora el testador cuando este fallece.

19. Siempre que el título de la mejora que se hace se reduce á no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fue. Lo propio sucede en la condicional, que se desvanece por no cum-

plirse la condicion.

20. Si el título no se reduce verdaderamente á no título, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos.

21 y 22. Continuacion de esto mismo.

23. Cuando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado, y se revoca aquella por ingratitud, debe este restituir los frutos desde el dia en que comenzó á ser ingrato.

24. Lo propio milita cuando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo por haberse reservado el mejorante la facultad de revocarla, es decir, que debe restituir los frutos desde el dia de la revocacion.

25, 26 y 27. Habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices, y dádole en dote bienes muebles ó dinero, quedándose con los fructíferos de su madre, ¿si podrá muerto él reclamar dicha hija los bienes maternos con sus frutos donde el tiempo del matrimonio, restituyendo la dote?

1. Suelen ocurrir graves dificultades á los contadores en orden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora hecha en contrato ó en última voluntad, con tradicion ó consignacion de los bienes de su importe, ó sin estas. Y para que cuando se les ofrezca procedan con justificacion, trataré de este punto con la posible claridad.

2. Haciéndose la mejora irrevocablemente en contrato y en cosas ciertas y señaladas, ó aunque sea revocablemente, si no se revocó, antes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó ficta, le pertenecen los frutos desde su entrega, porque desde entonces se le trasfirió el dominio de aquellas; y lo mismo procede en la donacion hecha por causa onerosa con tercero, aunque no haya entrega (1). Pero sino se le entregaron las cosas en ellas contenidas, ni fue hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante (2).

3. Si la mejora en contrato fue hecha de una parte ó cuota de bienes ciertos y señalados por el mejorante, pero no fueron entregados al mejorado, se deben tambien á este los frutos de ellos desde que el donante ó mejorante fallece, porque como consta cuales son, empieza el mejorado en el instante en que se

1 Ley *Tradit* 20. Cod *de pact.* Angul. en la ley 4. glos. 6 num 15. *de meliorat.* Matienz. en ella, glos. 3. num. 5. tit. 6. lib. 5. Tello en la 70 de Toro, num. 14.

2 Angul. ibi, num. 14. Matienz. num. 5.

verifica la muerte del mejorante á tener dominio en ellos, mediante el cual adquiere sus frutos. Pero si la mejora no se consignó en bienes algunos, ni por consiguiente fueron entregados estos al mejorado, se le deben únicamente los frutos desde la mora cometida por el heredero en hacerle la entrega de los que corresponden á la mejora; porque no habiéndosele trasferido su dominio desde el contrato, por la incertidumbre de los que se le aplicarian, pudo ser revocada la donacion hasta la muerte; y como se atiende á este tiempo para hacer la computacion de la cuota, empieza la traslacion de su dominio, y por consiguiente el derecho al percibo de los frutos, desde que se hace la aplicacion de aquella.

4. Cuando la mejora de cuota en contrato es hecha á hijo emancipado mayor de veinticinco años, si se le hizo entrega verdadera ó ficta, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la litiscontestacion, y no antes, por la incertidumbre y falta de asignacion de bienes, que arguye buena fe; pues si la cosa es indivisible se puede pagar en dinero, y los frutos ó usuras de este no se deben sino desde la mora; y aunque sea divisible, no es cierta la parte de ella en que se ha de hacer la adjudicacion, por lo que no adquiere su dominio, ni por consiguiente derecho á sus frutos. Pero si fue hecha á hijo que estaba bajo la patria potestad, ó á menor, se le deben los frutos desde el tiempo de la tradicion, porque la ley favorece al menor (1), ademas de que el hijo que se halla en poder de su padre no puede pedir contra él ni moverle pleito (2).

5. Si la mejora de cierta cosa particular se hace en última voluntad sin tradicion, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador, desde cuyo tiempo, y no antes, se le trasfirió su dominio (3). Y aunque parece que no debia percibirlos hasta que el heredero aceptase la herencia, le corresponden no obstante, por no ser necesaria segun ley (4) su adicion ó aceptacion para la validacion del testamento y de todo lo que contenga, si consta de las solemnidades que la misma prescribe; pero si interviene entrega, le pertenecen desde que esta se le hace, porque desde entonces se le trasfirió su dominio, por razon del cual los adquiere (5).

6. Lo mismo procede cuando fue hecha de cierta parte ó

1 Ley *In minorem*. Cod. *in quibus caus. restit.*
2 Ley 2. tit. 2. Part. 3.
3 Ley 34. tit. 9. Part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 2.
4 Ley 1. tit 18. lib. 10. Nov. Rec.
5 Matienz. en dicha ley 4. tit. 6. lib. 5. glos. 3. num. 5 y 7.

cuota de bienes, v. gr. tercia ó cuarta, en última disposicion, é intervino tradicion verdadera ó ficta de ella, ó asignacion de la cosa en que se habia de pagar, pero si faltó la entrega, se le deberán solamente los frutos desde la demora cometida por el heredero despues de la muerte del testador, porque como no hay tradicion ni señalamiento de bienes ciertos por donde se infiera haberse trasferido su dominio en el mejorado, y por otra parte la asignacion de la cuota en la universalidad de la herencia solo presta derecho à ella, mas no á bienes determinados, por la incertidumbre de los que se aplicarán al mejorado, puesto que la aplicacion es arbitraria en el juez cuando no hay asignacion; por eso tampoco debe haber frutos hasta que se haga la aplicacion, desde la cual empezarán, porque desde ella comienza la traslacion del dominio en los bienes aplicados. A mas de que esta cuota se puede pagar al legatario ó mejorado en bienes que no sean fructíferos, porque no está prohibido cuando es legado genérico; y asi quedará á eleccion del heredero el señalamiento de ellos, como por derecho comun se le permitia, pues siendo de los de la herencia, cumple con el precepto de la ley 20 de Toro, que asi lo ordena, y solo prohibe que se pague en dinero (1).

7. Dejando el testador descendientes legítimos, todos mayores de veinticinco años, y bienes muebles, semovientes y otros fructíferos è infructíferos, y mejorando por contrato ò última disposicion à algun descendiente suyo legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto indistintamente, sin entregárselos ni aun consignárselos, si se tarda un año ó mas en evacuar la particion (como frecuentemente suele suceder), á causa de haber que liquidar cuentas, cobrar créditos, ó por otro motivo que no dependa del mejorado; parece que deberá llevar desde la muerte de su padre no solo el importe de la mejora, sino tambien los frutos, réditos ó pensiones líquidas de los bienes fructíferos ó redituables, à proporcion de su haber, y no igualmente como los demas herederos. Lo primero, porque los frutos aumentan la herencia, y por consiguiente el haber respectivo de cada partícipe, segun la voluntad del instituyente. Lo segundo, porque el mejorado está obligado à pagar las deudas de este á prorata de lo que le toca (2), por lo que asi como sufre el gravamen debe percibir la utilidad. Lo tercero, porque en el

1 Matienz. ibi, num. 7 y 8 Tell. en la 20 de Toro, num. 16 y en la 26 num. 8. Ayor. part. 1. cap. 6. num. 13. al 16.

2 Ley 21 de Toro, que es la 5. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

instante que se verificó ser heredero, y aceptó la herencia, se le trasfirió proindiviso el dominio de los bienes de esta, y por consiguiente el de los frutos de aquella parte como accesorios; y por haber permitido la proindivision, ó no haberse podido dividir la herencia, no es visto haber renunciado los frutos que como mejorado le competen; fuera de que se convertiria en su detrimento la proindivision, cuando à haberse hecho al instante la particion, se habria utilizado de sus frutos todo el tiempo que medió. Lo cuarto, porque del propio modo que si mientras los bienes estuvieron proindiviso se hubiera menoscabado la herencia, correria la misma suerte la mejora; asi tambien habiendo tenido aquella incremento con los frutos, debe tenerlo esta tambien. Y lo quinto, porque mientras dura la proindivision subsisten los bienes en compañía, y asi cada socio debe llevar de los frutos ó utilidades de esta lo correspondiente al fondo que en ella puso ó le dejaron, que es el haber respectivo de la herencia y mejora.

8. Por las razones expuestas en el párrafo anterior parece indudable á primera vista que los frutos deben dividirse á proporcion del haber de cada partícipe. Sin embargo creo que en el caso propuesto se han de dividir con igualdad, y no á prorata entre todos los herederos, sean legítimos ò extraños, los frutos líquidos que hayan producido los bienes hereditarios durante la comunion, deduciendo y separando de la herencia ante todas cosas la mejora para el mejorado, uniendo luego al residuo de aquella el total y líquido importe de los frutos, y hechas estas dos partidas un cuerpo, dividiéndole igualmente entre los herederos, incluso el mejorado, como si todo fuera herencia: en primer lugar, por lo expuesto en el párrafo ó: en segundo lugar, porque aunque es constante que los frutos aumentan la herencia, esto se entiende de los que el testador deja pendientes en las fincas fructíferas, ó recogidos en sus trojes ó paneras, que son parte de ella, mas no de los que nacen despues de su muerte, pues solo son y se llaman herencia los bienes que le pertenecen al tiempo de morir, por cuanto no puede hacer suyos los adquiridos ó nacidos despues de su fallecimiento, como que ya no existe, y asi tampoco puede hacer mejora en ellos: en tercer lugar, porque de estar obligado á pagar las deudas á prorata de lo que le toca por la mejora, no se deduce que deba percibir frutos de ella, pues hasta que se pagan no la hay, ni tampoco herencia, por cuya razon se bajan y deben bajar antes que todo, y de consiguiente nada paga ni se le desfalca, puesto

que en lo ageno no puede mejorarle el testador: en cuarto lugar, porque el haber permitido la comunion no le da el mas leve título ni derecho para la percepcion de frutos, como mejorado, y antes bien por su silencio es visto que no los quiso, y que se contentó con los que le tocasen como à heredero; pues de lo contrario hubiera protestado no se le causase perjuicio en ellos è instado à que se hiciese la particion en el estado en que se hallaba la herencia, y si no tuvo culpa en que esta se dividiese, tampoco la tuvieron los coherederos: en quinto lugar, porque para la adquisicion de frutos es indispensable el dominio absoluto, verdadero é indubitado en la cosa que los produce, como ya se ha dicho; y el mejorado en ninguna de la herencia le tiene especifico por falta de tradicion y consignacion, sino universal é indistinto en todas y cada una, como los demas herederos, y por ignorarse cuales se le aplicarán, à causa de ser esto arbitrario en el juez, y deberse deducir primero, segun la ley 39 de Toro, los gastos de su feneral, misas y legados que tal vez consumirán todo el quinto, no puede estimarse cuantos frutos han producido, en cuya atencion tampoco tendrá derecho à ellos como mejorado, sino igualmente como heredero: en sexto lugar, porque aunque es cierto que menoscabándose la herencia durante la comunion se menoscaba tambien la mejora, no lo es que aumentándose aquella con los frutos debe aumentarse tambien esta, pues es falso el supuesto del aumento de herencia, à causa de que los frutos producidos despues de la muerte del testador no son parte de la que dejó, sino de sus herederos, por manera que no se llaman caudal paterno ó materno, sino solamente partible ó comun de todos, y asi como bienes propios de ellos en comun, se deben dividir con igualdad entre todos; y en séptimo lugar, porque no hay entre ellos la sociedad que se aparenta, ni por el hecho de hallarse los bienes proindiviso se entiende haberla sino se expresa; pues para que se estime tácitamente contraida ó renovada entre los hermanos, es preciso que concurran los tres requisitos expresados en el libro 1, título 2, capítulo 8, párrafo 29; y en el presente caso no solo no concurren, sino que falta el unánime consentimiento de todos, que es otro requisito, sin el cual no la hay (1), por cuanto cada uno desea que se evacue à la mayor brevedad la particion para percibir lo que le corresponde.

9. Si todos los herederos son menores, se practicará lo mis-

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

mo que entre los mayores, porque militan las mismas razones; y si el mejorado goza de privilegio, tambien gozan de él los coherederos: si por estar impedido por su menor edad de acelerar la particion, no debe perjudicarle la demora que hubo en evacuarla, tambien lo estuvieron aquellos; y ademas el primero trata de adquirir lucro de bienes que no son privativa y absolutamente suyos, y los segundos tratan de evitar el daño que se les sigue de que el que no tiene mas dominio que ellos en los bienes partibles perciba mas frutos. Y si es menor el mejorado y los demas mayores, debe observarse lo propio; aunque en este caso, y aun en el precedente, si la particion no se evacuó por culpa ò morosidad culpable de su tutor, y no de otra suerte, podrá reconvenirle para que se le indemnice del daño que se le originó en estar privado de los frutos que podian haberle producido los bienes redituables que se le aplicasen en pago de su mejora, si se hubiese evacuado prontamente la particion, como pudo y debió haberse hecho. Me ha parecido conveniente extenderme en la explicacion de estos casos porque muchos se confunden en su resolucion.

10. Lo propio milita cuando el padre que en vida habia dado dote à una hija, ò capital à un hijo, la mejoró ó le mejoró en disposicion última para que no tuviese que restituir, y este mejorado, considerando tal vez que nada tenia que tomar, calla algunos años, y conociendo luego que los bienes tienen mucho valor, pide se haga la particion, y se le aplique lo que le falta con los frutos de su mejora, pues ninguno llevará por esta razon, y si solo por lo que le falte para completar su haber como mejorado.

11. Pero supongamos que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora ò legado, sino por via de institucion, como si lega el quinto á su muger ò à otro, ò no disponiendo de él hace varias mandas en diferentes cláusulas, y despues en la de herederos dice: »y en el remanente de todos mis bienes muebles, raices y derechos instituyo por mis universales herederos á Pedro, Juan y Diego, mis hijos, excepto el tercio que mando le lleve ademas, ó por via de mejora, dicho Pedro; y si es necesario, le mejoro en él en la forma que mas haya lugar en derecho &c." En este caso afirma Ayora que el mejorado llevará la parte de los frutos correspondientes al tercio, y despues partirá igualmente con sus hermanos, fundando la razon de diferencia en que en el primer caso el mejorado tuvo el tercio como legado, y á los legatarios no pertenece el aumento ni diminu-

cion de la herencia, sino à los herederos; y en este tocándole por derecho de institucion mas que á los otros hermanos, y perteneciendo á los herederos los frutos cogidos despues, debe llevar como uno de ellos los correspondientes à su haber, arreglado á la institucion, puesto que las palabras del testador proferidas de un modo producen un efecto, y proferidas de otro otro diverso. Mas sin embargo, yo dudo de la verdad de esta opinion, porque de cualquiera suerte que le deje el tercio, siempre es mejora; y aun juzgó que lo mismo debe proceder, ya se le deje y le perciba como heredero, ya como legatario (*).

12. Si hubiese dotado el padre á una hija en cierta cantidad entregándosela en bienes muebles y dinero cuando se casó, y muriese él despues, si la herencia que dejó en bienes raices estuvo muchos años sin partir, y al tiempo de su division pretende dicha hija le den sus hermanos la parte de herencia que la toca, con los frutos de ella íntegros, á cuyo fin colacionará todo lo que recibió en dote; no llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legítima; y si la dote importa tanto cuanto el todo de esta, nada llevará de la herencia, porque ya la tiene recibida, ni por consiguiente de sus frutos, porque estos tocan à sus hermanos como producto de sus legítimas. De nada le servirá alegar que fue perjudicada por no haber llevado cosa alguna en bienes raices; porque ademas de haberse contentado con los que se la entregaron, no pudo compeler á su padre à que de ellos la dotase; pues es arbitrario en él el dejar à sus hijos la legítima en los que quiera, con tal que no los grave en ella ni en su importe (1).

13. Si el testador mejora en cosa cierta ò en el tercio de sus bienes, ò en el tercio y quinto, á uno de sus hijos, consignando la mejora en bienes determinados, que atendido su líquido caudal no exceden del valor de ella, no llevará el mejorado, como tal mas frutos que los que durante la proindivision produjeron ó rentaron las fincas señaladas, ya sean muchos ò pocos, los cuales se separarán del total cúmulo para su aplicacion, y de ellos se llevará cuenta; porque por la consignacion se

* Parece bien fundada la opinion de Ayora, pues en el caso propuesto el tercio, sin dejar de ser mejora, en parte de herencia, y en ningun modo puede llamarse legado: de suerte que viene á ser lo mismo que si un testador à falta de legítimos instituyese en partes desiguales varios herederos extraños, en cuyo caso nadie dudará que se les deben aplicar con arreglo á sus porciones hereditarias los frutos percibidos despues de la muerte del testador. Esta reflexion debe tenerse presente para resolver los casos anteriores y otros semejantes. *Febrero reformado.*

1 Ayor. Part. 2. quæst. 26.

le trasfirió únicamente el dominio de las cosas consignadas, y por consiguiente el derecho privativo à sus frutos íntegros, y no à mas en el concepto de mejorado; pero de los que hayan redituado los demas bienes productivos partirá igualmente con los coherederos por el derecho de legítima que à cada uno corresponde; à cuyo fin se agregarán estos al acervo del residuo de la herencia despues de separados la mejora y frutos de ella.

14. Mejorando el padre ó madre à uno de sus hijos en el tercio ó quinto con consignacion en cosa cierta, y señalando à otro su legítima en otra, aunque la de este produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas que lo que su finca produjo, porque el otro hijo adquirió igual dominio en la de su legítima que él en la de su mejora; y como se trasfirió respectivamente à cada uno desde la muerte del testador, llevarán los frutos que sus fincas señaladas produjeron mientras no se dividieron los bienes de la herencia que dejó; en cuyo caso el mejorado, no obstante tocarle mas parte de esta, percibirá menos frutos por su mejora que el que no lo fue, y llevará su legítima en los demas bienes que haya, ya sean ò no productivos, pues (1) no se debe atender al valor que la herencia tiene con el aumento de frutos, ni estos se la deben agregar, como cuando no hay consignacion, sino al que tenian cuando falleció el mejorante, porque en este caso cada uno adquiere solamente el dominio en su alhaja ò fincas consignadas, y en el otro lo tienen todos proindiviso en el todo, y por eso la herencia y sus frutos se hacen cúmulo universal despues de separada y deducida de ella la mejora, y se dividen con igualdad entre todos.

15. Si el ascendiente mejora à un hijo ò descendiente en el tercio y quinto, consignándolos en una finca, y mandando que si el valor de esta excede à la mejora lleve en cuenta de su legítima el exceso, y muerto el mejorante se averigua que la finca vale mil ducados, por ejemplo, y excede à la mejora en docientos, los cuales debe llevar por parte de legítima, y no se hace la particion en cuatro años, en cuyo intermedio renta la finca trescientos líquidos, y otros bienes del difunto mil y ciento, en todo mil y cuatrocientos; para dividir justificadamente estos, de los trecientos ducados que rindió la finca en los cuatro años llevará únicamente el mejorado en el concepto de tal docientos y cuarenta, que son la parte correspondiente à los ocho-

1 Leyes 19 y 23 de Toro.

cientos que importó la mejora, y los sesenta se le aplicarán tambien como frutos que produjo la parte de legítima que se le consignó en la finca, cuyo dominio adquirió por la consignacion; y de los mil y ciento que rindieron los demas bienes raices percibirá lo correspondiente à la legítima que le falte y deba haber en estos, bajados los docientos que le tocan en la finca; porque de aplicarle los trecientos por la mejora sola, y luego la parte correspondiente à los mil y ciento, como uno de sus herederos por su legítima igualmente con los demas partícipes, saldrian estos perjudicados en los sesenta, producto de los docientos que llevaba en la finca por parte de legítima: de aplicarle igual parte de frutos de ellos, como si nada tuviera en cuenta de su legítima, se les perjudicaria igualmente por tener tomados los docientos en cuenta de esta y sus frutos; y de unir los sesenta à los mil y ciento, y partirlos con igualdad entre todos, podrian ser perjudicados el mejorado ó los demas. Asi pues, en aplicándole los frutos correspondientes à la parte de legítima, que baja los docientos le falte que tomar, à nadie se grave; porque los sesenta, producto de estos, son para él solo, y debe contentarse con ellos, ò no admitir la parte de la finca en cuenta de legítima. Pero si no le consiguare el exceso por parte de legítima, se unirán los frutos sobrantes de la mejora, v. gr. los sesenta ducados, à lo que rindan los demas bienes raices, y sean muchos ò pocos, se dividirán entre todos los herederos igualmente.

16. Esto tambien debe practicarse aunque el padre vincule la mejora, y tambien lo que por parte de legítima toque al mejorado en la finca ó fincas consignadas; pues no obstante el gravamen de vinculacion que puede imponerle en la legítima, aun cuando nada mas le toque por ella, y valdrá en este caso, debe hacerse la division de frutos en dichos términos, porque el gravamen, à mas de no extenderse à ellos, no se impuso à los coherederos sino al mejorado, y asi no se les debe perjudicar en lo que les pertenezca.

17. Si el testador mejoró à uno de dos hijos en tercio y quinto, consignándole el tercio en ciertos bienes equivalentes à él, mandando llevase el quinto en dinero ú otros muebles, señalando al otro por cuenta de su legítima otros bienes raices, y dejado à mas de los señalados à ambos hijos otros raices y muebles; y el mejorado se apoderó solamente del quinto ò parte de él para satisfacer el entierro, misas y mandas, por cuya causa los bienes del tercio y todos los demas estuvieron

sin dividir; y habiéndose llevado cuenta de lo que produjeron todos, resultó que durante la comunion rindieron de frutos líquidos mil y quinientos ducados de esta forma: quinientos los de la mejora, trecientos los de la legítima del otro hijo, y setecientos los restantes; en este caso se han de aplicar privativamente al mejorado como tal los quinientos, y á su hermano los trecientos, dividiéndose por mitad entre los dos los setecientos; y de esta suerte ninguno queda perjudicado en los que le corresponden por su haber legítimo. Pero si cada uno se apodera de los bienes raices que se le consignaron, y percibe sus frutos, quedando los demas proindiviso, de estos solos se han de partir con igualdad los que produzcan, porque los de los otros los tienen ya sus respectivos dueños.

18. En orden á la pertenencia de los frutos pendientes al fallecer el testador en los bienes en que consignó la mejora, se debe distinguir. Si deja viuda, se han de inventariar y tasar, porque le toca la mitad de su importe líquido, y lo propio milita si ella muere y queda su marido (1). Si no hay viudo ó viuda, ha de distinguirse tambien; ó el difunto dejó herederos legítimos, ó extraños; si legítimos, se han de inventariar y tasar asimismo, y aplicarse al mejorado, no como frutos pendientes, sino como parte de mejora y de hacienda que deja el testador, de la cual se debe deducir en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima, atendido todo el caudal que se encuentra pertenecerle: lo cual procede, ya el testador le haya mejorado en tercio y quinto, consignando en los mismos bienes la mejora, ya solamente en estos sin expresar si era por parte de tercio y quinto; pues en ambos casos se ha de atender á si caben ó no en aquello en que el derecho le permite mejorar á sus descendientes legítimos, aun cuando en los mismos bienes no haya frutos pendientes; y si instituyó herederos á extraños por carecer de legítimos, se ha de volver á distinguir; ó le mejoró en ciertos bienes sin mas expresion, ó en el tercio y quinto, ó en otra cuota, consignando en ellos la mejora: si le mejoró en bienes ciertos que señaló, entonces, como que es legado, sea de mucho ó de poco valor, y el testador puede disponer á su arbitrio, sin tener que atender á si grava ó no á los coherederos, se le aplicarán como frutos pendientes, quanto parte de las mismas fincas: pero si le mejoró en el tercio y quinto, ó en otra cuota de sus bienes, pertenecen á la herencia los mismos

1 Ley 3. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

frutos, y se han de tasar con los bienes de esta, y solo cabiéndole en la cuota consignada, se le entregarán con las fincas en que se hallan, porque se perjudicaria à los coherederos, y se le daria contra la voluntad del testador mas de aquello en que le habia mejorado; pues la consignacion fue para que se le aplicasen irremisiblemente las fincas en parte de la mejora, y no otra cosa en su lugar, no para que llevase los frutos pendientes en ellas, si no le cabian en la cuota en que le habia mejorado.

19. Siempre que el título de la mejora que se hace se reduce á no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fue, como sucede en la donacion por causa de muerte, pues como cuando se revoca se reduce à no causa, por estar suspensa y sin efecto mientras vive el testador, se debe restituir la cosa donada con los frutos adquiridos desde el tiempo en que se hizo la donacion; y lo propio milita en la condicional, que por no cumplirse la condicion se desvanece, como si nunca se hubiera hecho.

20. Y si el título no se reduce verdaderamente à no título, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos; y asi, aunque por el nacimiento de los hijos se revoca la donacion (1), solo se vuelven los frutos adquiridos desde aquel y la noticia que tuvo el donatario, porque no son parte de la cosa donada para que se restituyan con ella; lo cual procede aun en los frutos naturales, pues mientras posee, sin embargo de que el título sea revocable, es verdadero dueño, y asi los adquiere y puede pedir las expensas y mejoras hechas en la cosa donada, sin estar obligado à compensarlas con ellos.

21. Pero en este caso basta que el donatario tenga noticia del nacimiento, no es preciso que el donante exprese que quiere revocar la donacion, como algunos afirman, pues el donatario por lo mismo que lo sabe, no ignora que posee sin título, ó al menos con título nulo, que es lo mismo que no tenerle y de consiguiente es poseedor de mala fe, y como tal debe restituir los frutos que queden líquidos, deducidas las expensas hechas en sus labores, siembra y recoleccion (2).

22. Mas no deberá restituir los que percibió y consumió antes de la noticia del nacimiento de los hijos, por haber sido poseedor de buena fe (3), pues este hace suyos los percibidos hasta la contestacion del pleito, sean naturales ó industriales, há-

1 Ley 8. tit. 4. Part. 5.
2 Ley 40. tit. 28. Part. 3.
3 Ley 39. tit. 28. Part. 3.

gase ó no mas rico con su importe, porque se equipara al verdadero dueño en cuanto á ellos, háyalos adquirido por título oneroso ó lucrativo. Algunos distinguen, pero no debe hacerse distincion, porque la ley no la hace sino en cuanto á los naturales que producen los árboles sin trabajo del hombre, y aun en estos procede, si se hizo mas rico con ellos (1).

23. De lo expuesto se infiere que cuando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado, de tal suerte que su dominio se trasfirió en él, y la mejora se revocó por su ingratitud, debe restituir los frutos desde el dia en que fue ingrato, porque desde entonces es poseedor de mala fe, y no antes, que como verdadero dueño los adquirió.

24. Lo propio milita cuando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo por haberse reservado el mejorante ó donante la facultad de revocarla, no obstante que por esto sea aquella revocable; pues como el mejorado se hace verdadero dueño, y dicha reservacion no es ninguna condicion auspensiva que impida los efectos de la donacion, lucra los frutos de esta ó de la mejora, cuyo título no se estima por no título desde el dia que se hizo, sino desde el de su revocacion, y por lo mismo puede pedir las expensas y aumentos útiles hechos en sus bienes, sin que tenga obligacion de compensarlos con sus frutos, como queda expresto.

25. Habiendo casado el padre á una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices ó redituables, y dádole en dote bienes muebles y dinero, quedándose con los fructíferos de su madre; si la hija era mayor de veinticinco años cuando se casó, equivalia el valor de la dote al que tenian los bienes maternos, y consintió expresamente en que su padre le diese los muebles en lugar de los que su madre habia llevado; no puede, muerto el padre, y restituyendo los bienes de la dote, intentar se le entreguen aquellos ni sus frutos, sin embargo de que segun la ley 48 de Toro le corresponde desde que se casó todo su usufructo; porque es visto que entre ella y su padre hubo permuta ó venta de unos por otros, y si los maternos tenian mayor valor cuando contrajo matrimonio, se entiende haberlos comprado su padre, y trasferídosele su dominio solo hasta en el precio que dio á su hija, y el exceso, regulado segun el tiempo del casamiento, y no segun el posterior, se le deberá dar con los frutos.

1 Sobre esta distincion y obligacion véanse las leyes 39 y 40. tit. 28. Part. 3 y su glos.

26. Si cuando se dió ú ofreció la dote dijo que con los bienes que se le entregaban se daba por contenta y enteramente satisfecha de los maternos, no los podrá pretender, y solo habiendo lesion en el valor de los recibidos, y haciéndola constar segun y en los casos prescritos por derecho, se le resarcirá; pero si solo el marido intervino en el contrato dotal y le firmó, queda salva á la hija su accion para deshacerle y pedir los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio, porque por no haber consentido no perdió el dominio que habia adquirido en ellos, ni se entiende haber habido permuta ni venta, ni su silencio la perjudicó tampoco por la reverencia á su padre, ni el marido tuvo facultad para perjudicarla, pues segun la ley (1) nadie puede pasar el dominio de lo ageno sin la voluntad de su dueño.

27. Y si la hija era menor cuando se casó, no valió *ipso jure* la permuta ò enagenacion, por lo que puede pedir los bienes con los frutos líquidos producidos desde entonces, devolviendo la dote que su padre le dió; pero en este caso deberá restituir el dinero con los intereses correspondientes á él desde el dia en que se casó, si quiere los frutos de sus bienes raices, y el exceso se devolverá, pues de lo contrario se lucraria con estos y con aquellos indebidamente; lo cual entiendo, hubiese ó no el marido querido mas el dinero que los bienes, porque no pudo perjudicarla en cosa alguna, ni quitarle la accion que la competia á los bienes maternos, á consecuencia de haber adquirido su dominio por muerte de su madre, ni su padre quedarse con ellos.

1 Ley 13. tit. 33. Part. 7.

CAPITULO QUINTO.

De la colacion de bienes. ¿Que es colacion; por qué razon se introdujo; qué se requiere para que tenga lugar; entre qué personas debe ó no hacerse, y cuáles son los bienes colacionables?

§. 1. Objeto principal de este capítulo.

2. ¿Que es colacion?

3. ¿De cuantos modos puede hacerse?

4. ¿Que es imputacion, y en que se diferencia de la colacion?

5. Regularmente hablando debe colacionarse la misma cosa, y no su estimacion, excepto en los casos que allí se expresan.

6. ¿Cuando deberá hacerse la colacion?

7. Si el padre prohibiese expresamente la colacion, no se hará siempre que los bienes donados por él no excedan de lo que puede tocar al donatario por su legítima y mejora.

8. Circunstancias que se requieren para que tenga lugar la colacion.

9. En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y descendientes legítimos ó legitimados por el siguiente matrimonio, á quienes se debe abintestato la legítima, sin diferencia de sexo.

10. Entre los herederos extraños instituidos solos ó juntamente con los hijos del testador, no tiene lugar la colacion; pero sí entre estos solos.

11. Tampoco tiene lugar entre los colaterales ni entre los ascendientes.

12. Asimismo no colaciona el hijo legitimado por el Soberano ni el adoptivo, ni tampoco hay colacion entre los hijos naturales, sucedan solos ó con otros legítimos, porque no se les debe la legítima.

13. De los bienes que son ó no colacionables.

14. Por regla general deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron ó hicieron en vida, y les provinieron del patrimonio del ascendiente, de cuya herencia se trata, si la aceptan

15. Las hijas deben por consiguiente traer á colacion la dote y donacion *propter nuptias* que recibieron de sus padres.

16. Si la hija se contenta con su dote, y repudia la herencia, no tendrá obligacion á colacionarla, con tal que no exceda de su legítima.

17. La obligacion de colacionar

las hijas la dote se amplia á las demas donaciones que sus padres les hubieren hecho.

18. Tambien deben colacionar las donaciones que les hayan hecho otras personas por consideracion á sus padres; mas no el dinero que alguno les hubiere dado para desflorarlas ó violarlas, ó en virtud de sentencia condenatoria.

19. Tampoco está obligada á colacionar la dote y donacion *propter nuptias* que algun extraño la hubiese dado para casarse, aunque este la haya entregado á su padre para que la dotase; ni las dádivas ó regalos que algun pariente ó amo á quien sirvió ú otro la hubiere hecho.

20. No solo comprende á las hijas que se casan la obligacion de colacionar la dote que les dieron sus padres, sino tambien á las que entran en convento que puede poseer bienes en comun y en particular.

21. Heredando el hijo á sus padres no solo debe colacionar lo que recibió de ellos, sino tambien los vestidos, joyas ó adornos que dieron á su esposa.

22. No deberá sin embargo colacionar los gastos de comida, refresco, regalo al cura que le casó, ni otros que por lucimiento hacen sus padres.

23. Deben los hijos colacionar los oficios públicos redimibles comprados con el dinero de sus padres, si son trasmisibles.

24. ¿Si deberá colacionar el hijo los gastos hechos por su padre en sacar las bulas para obispado, canonicato ú otro beneficio?

25. El hijo poseedor de un mayorazgo ha de colacionar lo que el antecesor hubiere expendido en la obtencion de un breve pontificio para que de los frutos de ciertas iglesias se saque la tercera parte ó mas con que erigir dos beneficios, cuya presentacion haya de hacer el mencionado hijo poseedor del mayorazgo.

26. ¿Si deberá el hijo colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse?

27. Si los padres, ó el uno de ellos, despues de haber dado dote a su hija, ó capital á su hijo, les diesen ademas alguna cantidad de dinero ó finca para alimentarse, pagar deudas ú otro fin urgente, traerán tambien esto á colacion, si sus padres no disponen otra cosa.

28. Debe colacionar el hijo que se halla bajo la patria potestad el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó expresamente, si este tiene recogidos los frutos y está hecho dueño de ellos.

29. Diciendo el padre antes de

adquirir el usufructo de los bienes adventicios de su hijo que no lo quiere, no tiene este obligacion de colacionar los frutos que produjeron y percibió.

30. Si el padre que administra bienes adventicios de un hijo que tiene en su poder, le dedica á la carrera militar ó literaria, y los frutos de estos bienes alcanzan ó exceden á las expensas que hace con él, deberá colacionar, si su padre lo manda, no todo el importe de ellos, sino lo líquido que quede, deducidas las que su padre haria con él en su casa.

31. Si teniendo el padre el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, este se casa, y aunque el padre continúe reteniéndole, no se le demanda mientras vive, podrá repetirle de sus herederos, y deberá deducirse como deuda del cuerpo del caudal paterno.

32. ¿Si se habrán de colacionar los frutos de capellanía, prebenda ó beneficio eclesiástico, pertenecientes al hijo que vive en compañía de su padre y que este administra, y los alimentos que dió á dicho hijo?

33. Son adventicios los frutos de los bienes adventicios del hijo que percibió despues de la tácita ó expresa remision de su padre, y no debe traerlos á colacion.

34. Emancipando el padre á su hijo, y dándole al mismo tiempo alguna finca ú otra cosa, no está obligado á colacionarla, pues se entiende mejorado en ella en cuanto no exceda del tercio y quinto.

35. No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en los estudios: ¿cuales deben ser estos?

36, 37, 38, 39 y 40. Excepciones de la regla anterior.

41. Tampoco debe colacionar cualesquiera otros gastos que el padre haya hecho con él para darle carrera militar ú otra honorífica.

42. ¿Si deberá colacionar los libros que el padre le hubiese dado para estudiar?

43. No debe colacionar el hijo su peculio casicastrense.

44. Tampoco debe colacionar lo que su padre gastó en proporcionarle algun honor inalienable y no trasmisible á sus herederos, ó alguna dignidad ú oficio público, por el que se perciba anualmente alguna renta ó utilidad.

45. Asimismo no debe colacionar lo que sus padres gastaron para redimirle de cautiverio.

46. Tampoco deberá colacionar lo que su padre pagó *voluntariamente* por la pena en que se le condenó por algun delito; pero si lo hubiere pagado por necesidad, deberá traerse á colacion.

47. No estan obligados los hijos á colacionar las pensiones, encomiendas, renta vitalicia y demas donaciones que el Rey ó la Reina les hubieren hecho; ni tampoco los réditos ó rentas anuales, v. gr. juros que el mismo padre trasfiere con Real licencia en sus hijos.

48. Excepcion de la regla anterior.

49. No tiene obligacion el hijo de colacionar los bienes adventicios que adquirió con su mera industria y trabajo personal.

50. Pero deberá colacionar el lucro que adquirió con los bienes ó dinero de su padre sin poner trabajo suyo. ¿Que deberá hacerse cuando se duda si lo grangeó con su mero trabajo ó con los bienes del padre?

51. Habiendo administrado y gobernado por sí solo el hijo los bienes de su padre, á causa de hallarse muy viejo ó imposibilitado, si los demas por ser menores ú otro motivo, nada lucraron ni trabajaron, debe darse á aquel si lo pide el salario de su administracion.

52. Si el hijo emancipado, lejos de adquirir y cuidar de los bienes de su padre, los dilapidó, consumió ó sustrajo, debe colacionarlos ó restituir su importe.

53. El hijo á quien por sus méritos hizo alguna donacion su padre ó madre, no está obligado á colacionarla siempre que sean condignos á ella, ó tales que no puedan estimarse ni pagarse con dinero.

54. Son colacionables en cuenta de legítima las donaciones que los padres hacen á sus hijos por causa necesaria, mas no las simples ó que proceden de mera liberalidad del donante, excepto en los tres casos que allí se expresan.

55. ¿Cuales se llaman donaciones necesarias?

56 y 57. ¿Si lo que el abuelo dió á la nieta viviendo su padre, lo deberá colacionar aquella ó este?

58. ¿Si deberán colacionar lo que en vida recibieron de sus padres el hijo ó la hija excluidos de heredar, sea por estatuto ó costumbre del pueblo, ó por haber renunciado con juramento sus legítimas paterna ó materna?

59. Cuando los nietos entran á heredar al abuelo por muerte de su padre, no tienen obligacion de colacionar lo que en vida les dió este, y solo tendrá lugar la colacion cuando se hayan de dividir los bienes paternos.

60. Los nietos que recibieron algo de su abuelo ó obuela despues de muerto su padre ó madre, estan obligados á colacionarlo con los otros nietos ó con sus tios cuando hereden á su

abuelo ó abuela, porque se les debe la legítima.

61. La misma obligacion tienen los nietos de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á sus padres, y por muerte de estos entró en su poder.

62, 63 y 64. Dos casos en que no estan obligados los nietos á hacer la colacion, sucediendo con sus tios ó sus abuelos. Impugnacion de la doctrina del autor en el segundo caso.

65. ¿Si la renuncia de legítima que hace la madre contenta con su dote, perjudicará ó no á sus hijos viniendo estos á heredar al abuelo?

66. Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios, casa durante el segundo dos, v. gr. que habia tenido del primero, dando á uno algo menos de lo que le tocaba por su legítima, y á otro algo mas á cuenta de la paterna, expresando lo que les entregaba por cada una, debe el segundo hacer dos colaciones: ¿y en que términos?

67 hasta el 75 inclusive. ¿En que casos y de qué modo tendrá lugar la colacion del enfiteusis?

1. Suelen los padres cuando ponen en estado á alguno de sus hijos, ó los dedican á la carrera militar ó literaria, ó en otras ocasiones, hacer gastos con ellos, ó darles crecidas cantidades ó hacienda, ya expresando ser en cuenta de su legítima, ya sin decir cosa alguna; y cuando nada expresan, se duda si estas donaciones ó gastos se les han de imputar en parte de legítima, ó han de reputarse donaciones simples, procedentes de una mera liberalidad, y de consiguiente si son ó no colacionables, suscitándose con este motivo pleitos que disminuyen mucho y aun aniquilan las herencias. Por tanto, deseando evitarlos, y que el partidor se instruya; no cause perjuicio ni tenga necesidad de preguntar, ni molestarse en registrar libros que tal vez no entienda; no obstante la diversidad de pareceres entre los mas célebres jurisconsultos sobre muchos particulares de materia tan árdua é intrincada, á causa de la antinomia ó contrariedad que por falta de discernimiento y expresion parece tienen nuestras leyes, y especialmente las 26 y 29 de Toro (pues afirman algunos que mas confirman que ilustran), procederé para ello con la claridad que me sea posible, adhiriéndome en los casos confusos al dictamen mas conforme con el espíritu de aquellas, y dando al partidor para que no yerre las reglas ciertas que verá en adelante.

2. La palabra colacion tiene en el derecho varias significaciones; pero segun mi propósito es una comunicacion ó agregacion que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen á la herencia ó cuerpo del caudal paterno ó materno de los bienes que sus padres les dieron y ya son suyos, para que despues se dividan todos legalmente entre ellos.

3. La colacion se puede hacer de varios modos: 1.° por *manifestacion*, que es trayendo ó manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si existe y puede colacionarla (1): 2.° por *liberacion*, que es cuando lo colacionable no se le entregó, y solo se le prometió (2); y el 3.° por *imputacion*, que es imputándole en su haber, y percibiendo de la herencia tanto menos cuanto importe lo que tenga recibido, y no puede manifestar por no existir, ó por carecer de facultad para su manifestacion, como sucede en la dote de que está posesionado el marido, pues la muger se halla imposibilitada de verificarlo (3); y este es el modo mas frecuente de colacionar. Fue la imputacion en un principio un remedio introducido por el derecho romano para excluir la querella de inoficioso testamento. En virtud de este remedio podia el hijo á quien su ascendiente dejaba menos de la legítima que se le debia, intentar el suplemento de esta, con tal que recibiese en cuenta y se le imputase en ella lo que su padre ó ascendiente le habia dado (4). No tenia lugar cuando el hijo era preterido ó exheredado con causa legal, ó por el contrario instituido en toda su legítima; y sí solo cuando el testador le dejaba menos que esta, y añadia que nada mas recibiese de sus bienes.

4. Se diferencian la imputacion y la colacion propiamente dichas: lo primero, en que aquella fue introducida asi en favor de los hijos como de sus padres; de aquellos para que no fuesen privados de su legítima, y de estos para que sus testamentos no se rompiesen ni anulasen. Pero la colacion se introdujo en otro tiempo por la injuria que los hijos emancipados hacian á los que no lo estaban, y hoy se halla establecida por evitar la envidia y discordia entre ellos. Lo segundo, en su origen, forma y naturaleza. Lo tercero, en que la imputacion no tiene lugar sino por testamento; pero la colacion, asi por testamento como abintestato. Lo cuarto, en que la imputacion lo tie-

1 Ley 1. § *Jubet*. ff. *de collat bonor.* Guerreir. *de divis.* lib. 2. cap. 13. num. 1 al 4.

2 Ley 2. Cod. *de collat.* Valasc. *de partit.* cap. 14. num. 1.

3 Ley *Dotis quidem petitio*, Cod. *de collat.* Gom. en la ley 29 de Toro, num 26.

4 Ley *Omnimodo*, Cod. *de inoffic. testam* Gom. ibi, num. 38 Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5.

ne, ya suceda el hijo con sus hermanos ó con extraños; pero la colacion solamente cuando suceden entre sí los hijos y descendientes legítimos, bien que ya sucedan los hermanos entre sí ó con extraños, se llama vulgarmente *colacion*. Y lo quinto, en que todo lo que se imputa se colaciona, mas no todo lo que se colaciona se imputa en la legítima. Otras varias diferencias traen los autores (1), las que omito por importar poco al contador.

5. Debe colacionarse, regularmente hablando, la misma cosa recibida, si existe, y no su estimacion (2) (*), pues de no hacerlo se puede causar perjuicio á los coherederos, si tienen aficion á la propia cosa y pretenden derecho á ella, porque por la colacion se constituye hereditaria y como del patrimonio del difunto (3); por consiguiente no debe darse al interesado contra su voluntad la estimacion de la cosa en lugar de esta misma (4); pues de permitirse esto se faltaria á la equidad, que fue el principal motivo de establecerse la colacion. Pero esto se limita en cuatro casos: 1.° cuando los interesados convienen en que se colacione la estimacion, pues como esta se introdujo principalmente para evitarles perjuicio, y para que fuesen igualados en sus legítimas, cesa el motivo con su convenio: 2.° cuando no se puede colacionar sino con dificultad, ó de ningun modo: 3.° cuando la cosa es tal que no la tienen aficion los hermanos, ó en los libros de los estudiantes por privilegio de las ciencias, á menos que el padre mande expresamente que los colacionen (5); y lo 4.° en la dote mientras subsiste el matrimonio, pues basta colacionar la estimacion de las cosas dotales y no hay obligacion de manifestarlas, como he dicho (6).

1 Castill. en la ley 29 de Toro, num. 30. verb. *A tornar*.

2 Ley 1. ff *de collat. bonor.*

* El reformador del Febrero impugna esta doctrina, como puede verse en la apología de su reforma, que se halla inserta en el tomo 3.° de la sexta edicion. Pero á pesar de sus razones mas ingeniosas que sólidas, tengo por muy fundada la impugnacion que en este punto le hizo el adicionador, segun advertirá cualquier sugeto imparcial leyendo al uno y al otro. No hay duda que parece una contradiccion de Febrero decir por una parte que la imputacion es el medio mas usado de colacionar, y asegurar poco despues que, regularmente hablando, deben colacionarse las cosas mismas y no su estimacion. Pero léase con reflexion este párrafo 5, y se verá por que es tan frecuente el modo de colacionar la estimacion. Esto sin embargo no destruye la regla general de que regularmente deben colacionarse las cosas mismas; y efectivamente este principio es mas conforme á equidad, y mas arreglado á las disposiciones de nuestras leyes, que cita el editor del Febrero adicionado en su impugnacion inserta como prólogo, quinta edicion, página 29 y siguientes. Me ha parecido conveniente deber llamar la atencion sobre esta materia porque es de mucha importancia.

3 Ley *Illam*, al fin. Cod. *de collat.*

4 Valasc. *de partit.* cap. 14. num. 2 y 3.

5 Valasc. ibi, num. 7. Guerreir. *de divis.* lib. 2. cap. 13. num. 1 al 24.

6 Valasc. en el cit. cap. num. 5.

6. La colacion se debe hacer en tres casos, muera testado ó intestado el donante. El primero cuando el padre ó ascendiente mandó expresamente al hijo ó à la hija, que la hiciese de lo que les habia dado, porque el donante puede mandarlo, ya se empleasen los gastos y donaciones en los fines que expresaré mas adelante, y que por derecho estan exentos de la colacion, ya en otros no privilegiados. El segundo es cuando por conjeturas aparece que la voluntad del padre fue que los bienes donados por él se colacionasen, de cuyas conjeturas trataré mas adelante. El tercer caso es cuando se duda si el padre lo quiso ó no; pues entonces se presume que su voluntad mas fue anticipar al hijo en vida el pago de su legítima, que ser liberal con él en perjuicio de los demas hijos.

7. Si al contrario el padre prohibiese expresamente la colacion (pues para que se entienda prohibida no basta conjeturas (1), por urgentes y vehementes que sean), no se hará, siempre que segun nuestro derecho Real no excedan los bienes donados de lo que pueda tocar al donatario por su legítima y mejora, pues habiendo exceso deberá hacerla del importe de este, y restituirla; y siempre que las donaciones ó gastos sean para ir á la guerra, estudiar ó seguir otra carrera de honor y util à la familia y al estado, pues estos como exentos de la colacion no se deben imputar por legítima ni mejora, sino en los términos y casos que explicaré en el párrafo 41.

8. Seis circunstancias se requieren para que tenga lugar la colacion. La primera es que quien la pide y à quien se pide sean hijos ò descendientes del difunto, cuya herencia se ha de dividir. La segunda es, que dichos descendientes sucedan por el título universal de herederos, y no por el particular de legatarios ó fideicomisarios; pues si suceden como tales, percibirán el legado ó fideicomiso, sin obligacion de colacionar la dote ó donacion que recibieron en vida de sus padres ó madres excepto que sea inoficioso el legado, en el cual procede lo que se ha dicho de la donacion (2). La tercera es que los bienes donados hubiesen sido de la persona à quien se hereda. La cuarta es que la cosa ó cantidad recibida se adquiera en vida del difunto, cuya herencia se trata de dividir; porque si se adquiere despues de su muerte, como es el legado ó fideicomiso, ú otra donacion que se confirma con ella, no es colacionable, à menos que el donante mande que se reciba en cuenta de legítima. La

1 Ley 3. tit. 15. Part. 6.

2 Ley 4. tit. 15. Part. 6.

quinta es que à los hijos y descendientes legítimos, entre quienes se trata de hacer la colacion, se les deba la legítima; y por tanto si el nieto ó nieta, viviendo su padre, recibió algo de su abuelo, y este fallece en vida del padre, no está obligado aquel ó aquella à colacionar la donacion. Y la sexta circunstancia es que el hijo ó descendiente quiera ser heredero de quien recibió alguna cosa, pues si renuncia la herencia, no está obligado à la colacion; y si le prometió algo, y no se le entregó, puede pedirlo, debiendo mirarse en ambos casos si es inoficiosa la donacion.

9. En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y descendientes legítimos ó legitimados por el subsiguiente matrimonio, à quienes se dejó abintestato la legítima, sin que haya diferencia de sexo, emancipacion ó patria potestad; quiero decir, sean todos varones ó hembras, esten ó no emancipados, y fuera ó en poder de sus padres, concurran varones y hembras entre sí unos con otros, ó el emancipado con ellos ó con otros emancipados, ó con los que no lo estan, y sean ó no póstumos, si con arreglo á nuestras leyes (1) son capaces en naciendo de heredar à sus ascendientes.

10. Entre los herederos extraños sustituidos solos ó juntamente con los hijos del testador, no há lugar la colacion, pero sí entre estos solos; de modo que aunque los extraños nada colacionen entre sí mismos para su menor haber en lo que habiendo hijos pueden percibir con arreglo à la ley 28 de Toro, no dejarán por eso los hijos de colacionar entre sí lo recibido, como si fueran los únicos instituidos, y de ningun extraño se hiciera mencion.

11. Tampoco há lugar la colacion entre los colaterales, porque (fuera de otras razones que traen los autores) las leyes que tratan de ella, hablan solamente de los descendientes, y no se deben ampliar á personas de quienes no hacen ninguna mencion específica ni génerica. Lo propio se ha de decir por la misma razon de los ascendientes, pues donando el padre à su hijo, se juzga que quiere guardar igualdad entre sus hermanos, y de consiguiente que no le dona con ánimo de mejorarle; pero cuando el descendiente dona à su ascendiente, no es con el de que haya igualdad, ni por razon de legítima, puesto que segun el orden de la naturaleza no es igualmente creible que le ha de sobrevivir. Por otra parte en el padre hay el peligro de que le ciegue

3 Leyes 1 y 2. tit. 13. Part. 4, y 2. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.

tanto el amor à un hijo, que por él perjudique á sus hermanos, cuyo riesgo no hay en el hijo respecto de su padre, y asi no se le prohibe donar como á este. Asi pues, si dos ascendientes iguales en grado suceden à su descendiente, y uno de ellos recibió en vida algo de este, no está obligado à colacionarlo con el otro ascendiente, ya se lo haya donado simplemente, ya con causa; bien que no falta quien diga que el ascendiente deberá colacionar lo que recibió en vida, si excede del tercio, de que el hijo en virtud de la ley 6 de Toro puede disponer; pero lo contrario es lo mas corriente y verdadero, de modo que solamente deberá hacer la colacion en caso que el descendiente le haya hecho la donacion con la expresa condicion de colacionarla.

12. Ni con el hijo legitimado por el Soberano ni con el adoptado tiene lugar tampoco la colacion habiendo hijos ó descendientes legítimos, porque con estos ninguno de ellos concurre á heredar. Asimismo no la hay entre los hijos naturales, sucedan solos ó con otros legítimos, por no debérseles legítima.

13. En el libro 1, título 3, capítulo 3, se dijo que el peculio de los hijos ó los bienes pertenecientes á estos son de cuatro clases, à saber: *adventicios, profecticios, castrenses y casicastrenses*. Llamánse adventicios los que provienen de la madre, ó de los parientes de esta, ó de extraños (1), cuya propiedad corresponde al hijo, y el usufructo al padre. Profecticios son no solo los que proceden ó salen del caudal ó patrimonio paterno, sino los que por mera contemplacion del padre adquiere el hijo, ya esté ó no bajo la patria potestad, expresándose en la donacion que se hace por los méritos del padre, en cuyo caso los adquiere este para sí. Lo propio milita cuando fue hecha la donacion á padre é hijo juntamente, porque en duda se presume lo mismo, y asi este debe colacionarla (2). Pero si el padre fuere solamente la causa mediata é impulsiva, por ejemplo, si por él tuvo noticia de su hijo el donante, con cuyo motivo trabaron los dos grande amistad, y le hizo la donacion, en tal caso se entiende habérsela hecho por causa de su mutua amistad, y no en nombre de su padre ni por él: asi que no será profecticia, ni por consiguiente deberá colacionarla (3), y lo propio milita respecto de la madre por igual razon. Acevedo (4) opina que solo es profecticio lo que sale del caudal ó patrimonio pa-

1 Ley 2. tit. 11. Part. 4.
2 Mantic. *de conjectur.* lib. 8 tit. 16. num. 5 y 6.
3 Valasc. dicho cap. 13. num 5.
4 Ley 29 de Toro, glos. 4. num 3. al fin.

ternos mediata ó inmediatamente, y que esto se debe colacionar, y nada mas, debiendo tenerse en consideracion la amistad, afinidad, méritos, servicios, amor precedente y otras conjeturas, por las cuales se pueda venir en conocimiento de si lo donado es por contemplacion de los hijos ó de los padres. Bienes castrenses son los que el hijo adquiere en la guerra con motivo de ella; y casicastrenses los que adquiere sirviendo al Rey en la Corte, ejerciendo algun cargo público, como el de juez, ó por estipendio que se le da enseñando algun arte ó ciencia. Estos bienes corresponden al hijo en propiedad y usufructo, aun cuando esté bajo la patria potestad, y asi deberá el padre darle cuenta de ellos si los administra.

14. Supuesto lo referido, debe sentar por regla general, que regularmente hablando, deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieren ó hicieron en vida, y les provinieron del patrimonio del ascendiente, de cuya herencia se trata si la aceptan (1). En estos bienes no solo se comprenden los muebles y raices, sino tambien las deudas, derechos y acciones que los ascendientes tienen à su favor y donan à sus ascendientes, y asi son igualmente colacionables; todo lo cual se entiende no mandando lo contrario el donante, ó no coligiéndose de su voluntad, y no siendo los gastos y donaciones para fines de honor y privilegiados, pues estos estan exentos de la colacion, como adelante se dirá. En cuanto á si siéndoles dada la dote, ó hecha la donacion por su padre y madre juntos ó por el padre solo, deberán colacionar el todo ó solamente su mitad por muerte del uno, véase lo explicado en el libro 1, titulo 2, capítulo 3, párrafos 19, 20 y 22.

15. En consecuencia de lo expuesto deben las hijas traer á colacion con los coherederos la dote y donacion *propter nuptias* que han recibido de sus padres, sino quieren llevar su herencia y la aceptan (2), porque estas donaciones se hacen por causa necesaria, y no por pura voluntad (pues el padre puede ser compelido por derechos (3) á dotar á sus hijas, y como no son donaciones simples procedentes de mera liberalidad, se deben imputar en legítima, y en este concepto y no en el de mejora colacionarse (4). Tienen esta obligacion aun cuando para ello no

1 Ley *Quoniam Nov.* 29. Cod. *de inofficios. testam.*

2 Dicha ley 3. tit. 15. Part. 6.

3 Ley 3. tit. 11. Part. 4, y final, Cod. *de dotis premiss.*

4 Ley 3 tit. 15. Part. 6. Ley *Quoniam Novella*, Cod. *de inoffic. testam.* Palac. Rub. en la 29 de Toro, núm. 5.

sean requeridas por sus hermanos ó por los coherederos, porque el que está obligado á colacionar, si pide la porcion que le toca en la herencia, debe ofrecer la colacion (1). Asimismo deben colacionar la dote, aun cuando fuesen únicas cuando se las entregó, y ademas han de restituir el exceso à su legítima si le hubiere (2). Lo propio milita cuando el padre entregó la dote al yerno, porque si la dió à un tercero para que este la entregase à dicho yerno ó á la hija, y no llegó à poder de estos, sino que se consumió ó perdió en poder del tercero, no está obligada à colacionarla; por lo que recibirá su legítima integra, y los coherederos deben imputar á su padre y no à ella ni á su marido la pérdida (3): pues como queda sentado no se colaciona sino lo que se posee, ó se recibió mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se intenta dividir.

16. Pero si se contenta con su dote y repudia la herencia, no tendrá obligacion de colacionarla (4), con tal que la dote no exceda de la legítima que pueda corresponderla, atendido el importe de los bienes de su difunto padre al tiempo de su muerte, unido con el de la misma dote; pues si excede deberá restituir el exceso á los coherederos, porque en ninguna cosa pueden ser mejoradas las hijas por contrato en sanidad con título de dote ni casamiento, excepto que el mejorante confirme el exceso en su última voluntad, segun dije en el libro 2, título 2, capítulo 4, párrafos 4 y 8, y en el caso expresado en el párrafo 7 del mismo capítulo (*); y asi no las compete la eleccion de tiempos que

1 Ley *filiæ licet*, 12. Cod. *de collat.*

2 Gutierr. *de juram. confirm.* part 1. cap. 9. num. 19 Baeza *de non meliorand. filiab.* cap. 9 num. 33, 63 y sig.

3 Ley 13. tit. 11. Part. 4. Castill. en la 29 de Toro, num. 17. vers. *Quod intellige.*

4 Ley 5. tit. 3. lib 10. Nov. Rec.

* Este caso es cuando el abuelo dota á una nieta hija de hijo, pues entonces, segun Acevedo á quien sigue el autor, no hay inconveniente en mejorarla por las razones que se expresan en dicho párrafo 7°; pero no si la nieta es hija de hija, sobre lo cual dice el reformador de Febrero lo siguiente: »Si bien se considera, las mismas razones porque el abuelo puede mejorar por razon de dote ó casamiento á la nieta hija de hijo, prueban que asimismo podrá mejorar por dicho motivo á la nieta hija de hija. Nada importa que la nieta sea en este particular de mejor condicion que su madre, si hay causa justa para la prohibicion respecto de esta, y no respecto de aquella; mayormente cuando ningun perjuicio se sigue à la madre excluida, de que su hija no lo sea. Tampoco importa decir que cuando alguno se halla privado de suceder, es visto estarlo tambien sus descendientes, pues esto aun cuando viniese al propósito se falsifica ó puede falsificar en muchos casos.» Esta opinion del señor Gutierrez no satisface por cuanto no se funda en razones sólidas que destruyan la principal del autor, y es que la nieta hija del hijo sucede en los derechos de su padre, el cual como varon no debe estar comprendido en una ley que solo habla de las hembras; siendo asi que la nieta hija de hija sucede en los derechos de su madre, que no pudo ser mejorada, y no es justo que ella lo sea tampoco.

Tambien conviene advertir aqui que el autor no es muy exacto cuando habla de la obligacion de dotar que tiene el abuelo ó bisabuelo à la nieta ó biznieta, pues en la primera parte (capítulo 22, párrafo 1.

permite la ley 29 de Toro por estar corregida en esta parte.

17. La obligacion de colacionar las hijas la dote que sus padres las dieron para casarse, se amplía á las demas donaciones que estos las hacen, porque se contemplan donaciones hechas por causa del matrimonio como la misma dote; y no pudiendo en este concepto ser mejoradas por contrato en sanidad, deben traerlas á colacion y particion.

18. Asi como las hijas deben colacionar la dote y demas bienes que sus padres las entregaron de los suyos propios, lo deben hacer igualmente de lo que por su mera contemplacion consta las dieron otras personas, y que á no ser por este respecto no se lo darian; porque se conceptúa dado por los mismos padres, y ser estos la causa próxima é inmediata de la donacion (2). Pero no está obligada á colacionar el dinero que alguno la dió voluntariamente por haberla desflorado y violentado, ó en virtud de sentencia condenatoria, antes bien lo hace suyo privativamente. Lo mismo procede para con el que se dió al hijo por injuria que se le hizo (3). La razon es porque este dinero no sale del caudal de sus padres, y asi no se disminuye este; ni es dado tampoco por contemplacion, méritos ni servicios de ellos, por lo que falta el motivo inductivo de la colacion.

19. Tampoco está obligada á colacionar con sus hermanos la dote y donacion *propter nuptias* que algun extraño la dió para casarse, aunque este la haya entregado á su padre para que la dotase; antes bien es peculio de la misma hija, y la toca privativamente su propiedad y dominio (4). Lo mismo procede res-

número 9 del reformado) asegura que estan obligados á hacerlo *siempre que tengan en su poder algunos bienes de ellas;* y en la parte 2, lib 2, capítulo 2, párrafo 1, número 74, dice que el abuelo paterno no tiene obligacion de dotar á sus nietas pudiendo, sino en dos casos: el primero es cuando se hallan en su poder bienes propios de ellas; y el segundo cuando el padre es pobre, citando en una y otra parte la ley 8, tit. 11. Part. 4, la cual dice: *Otrosi el abuelo de parte del padre que oviese su nieta en poder, tenudo es de la dotar cuando la casore maguer non quiera, si ella non oviere de lo suyo de que pueda dar la dote por sí; pero si ella oviere de que la dar, non es tenudo el abuelo de la dotar, si non quisiere, de lo suyo, mas débela dotar de lo della: eso mismo serie del bisabuelo que tuviese á su bisnieta en su poder.* Arreglado á esta disposicion terminante de la ley es lo que se dijo tratando de la dote en el libro 1, título 2, capítulo 3, párrafo 14 de esta edicion, y ahora se ha ampliado para conocimiento del contador.

1 Ley *Ut liberis*, ley *Illam*, y Authent. *Ex testam.* Cod. *de collat.* y ley *Quoniam Novella*, Cod. *de inofficios. testam.* Gom. en la 29 de Toro, num. 13. vers. *Secundo infero.*

2 Ley 5. ff. *de jure dotium.* Institut. *Per quas personas nobis adquiritur.* Valasc. *de partitionib.* cap. 13. num. 23.

3 Ley fin. Cod. *de collat.* y ley 2. §. *Emancipatus*, ff. eod. tit. Hermos. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. num. 27. Parlad. different. fin. num. 9.

4 Ley 6. tit. 15. Part. 6.

pecto de las dádivas ò regalos que algun pariente, ó amo á quien sirvió, ú otro la hizo, y salarios que ganó, esté dentro ó fuera del dominio paterno, pues todas estas cosas son adventicias, y aunque toca à su padre el usufructo de ellas mientras la tiene en su poder; pero no lo son las donadas y adquiridas, por ser visto no habérselas donado por contemplacion y mero respeto de su padre, sino por los méritos de ella, ó por particular afecto que el donante la profesaba, excepto que este exprese lo contrario al tiempo de su donacion; por lo que si el padre exigió de su hija estas dádivas, salarios ó regalos, y existen en su poder al tiempo de su muerte, se le han de entregar como bienes suyos adventicios, y separarse del caudal de su padre á este efecto, y como no pertenecientes á la herencia paterna, se la dará su importe del que nada deben participar sus hermanos (1); y asi se deducirá de su caudal como deuda contra él.

20. No solo comprende á las hijas que se casan la obligacion de colacionar la dote que les dieron sus padres, sino tambien á las que entran en religion y profesan en convento que puede poseer bienes en comun ó en particular; y aunque se objete que estas dotes se dan á los monasterios en lugar de alimentos, segun el Santo Concilio de Trento en la sesion 15, capítulo 16, pues de darse y recibirse en otro concepto, se comete simonía (2); y de consiguiente no hay obligacion á colacionarlas, porque los alimentos que se dan á los hijos no se colacionan (3); no obsta, porque la dote secular se da tambien por razon de alimentos (4); y no por eso deja de colacionarse toda (5), pues una cosa es suministrar diaria ó anualmente los alimentos, y otra dar dote cierta al monasterio, y este recibirla con título de alimentos; y de darse simplemente como tales, si la monja muriera antes de consumir su total, se repetiria solamente del monasterio lo que no hubiese consumido, lo cual no se practica, ademas de que al tiempo de colacionar se deduciria de la colacion lo que hubiese gastado, si en todo el tiempo que medió antes de la muerte de su padre existiese en su casa;

1 Ley 5. tit. 15. Part. 6. Gom. en la ley 29 de Toro, num. 24. vers. *Secundo*; *et à fortiori*. Valasc. *de partit.* cap. 13. num. 180 al fin. Hermos. en dicha ley 3. glos. 6. num. 20. Guerreir. dicho lib. 2 y cap 12. num. 170 y 171.

2 Cap. *Inter corporalia*, 2. *de translat. Episcop.* cap. *In præsentia; de probat* Anthent. *Nisi rogati*, Cod. *ad trebel.* Menchac. *de succes. creat.* §. 20. num. 251. Angul. en la ley 9 glos. 6. num. 13. tit. 6. lib. 5. Rec. Gom. en la 29 de Toro. num. 14.

3 Ley 1. §. *Si inter* ff. *de liber agnoscend.* Gom. en dicha ley 29. num. 16. vers. *Sed his non obstantibus.*

4 Ley *Titio censum*, §. *Titio genero*, ff. *de conditionib et demostrationib.*

5 Ley *Ut liberis*, y otras, Cod. *de collat.*

lo cual no se deduce, como tampoco de la dote secular (1). En suma aunque los alimentos den causa para esta dote, pero no segun la naturaleza de tales, sino como la dote secular, de cuya donacion son causa los mismos alimentos (2). Tambien debe colacionar la religiosa las cosas que sus padres la dan à mas de la dote, y son: el vestido con que entra en el monasterio, la cama, lienzos, calzados &c.; á menos que esten especialmente exceptuados (3); pero no las propinas regulares que segun costumbre se dan á cada religiosa como por via de convite, excepto que este sea general para todas, pues entonces serán colacionables, y se estimarán como aumento de dote, el cual lo es segun derecho (4). Ultimamente no deberá colacionar la religiosa que está en convento capaz de heredar, lo que por tiempo cierto ó por toda su vida se la da fuera de la dote para subvenir á sus necesidades y extraordinarias urgencias, para las que no la suministra el monasterio ó convento lo competente, porque no se contribuye ni entrega á este, sino á la misma religiosa por piedad y por via de alimentos, los cuales no son colacionables (5).

21. Cuando el hijo herede á sus padres, no solo debe colacionar lo que recibió de ellos, sino tambien los vestidos, joyas, adornos y demas cosas que dieron á su esposa, esten ó no consumidas, porque en duda se conceptúa habérselas donado por contemplacion, y en nombre del mismo hijo que estaba obligado á daréelas segun su esfera y posibilidad y la costumbre del pais, y en cuenta de su legítima, de suerte que pasen á su poder, aunque no conste por otra parte que se las donaron por sus respetos; y si estan consumidas colacionará su estimacion. Mas lo contrario se ha de decir si se las dieron los parientes ó amigos de su marido, pues no las debe colacionar este, y ellas las adquieren segun y en los casos explicados en el libro 1, título 2, capítulo 8, párrafo 18.

22. Pero no está obligado á colacionar los gastos de comida, refresco, regalo al cura que le casó, ni otras que por convite ó lucimiento y honor y celebridad de su boda ó misa nueva hacen sus padres: lo primero, porque los hacen los mismos padres de su propia voluntad, por esplendor, fausto y vanidad, no

1 Menchac. dicho §. 20. num. 766.
2 Valasc. *de partitionib.* cap. 13. num. 32 al 35. Guerreir. dicho cap. 12. num. 21.
3 Valasc. ibi, num. 36.
4 Ley *Etiam*, Cod. *de jure dot.* Ley *Inter socerum*, ff. *Cum inter*, ff. *de pact. dotal.* Alex. in leg. *Divortio*, §. *Ob donationes*, ff. *Solut. matrim.* Valasc. ibi, num 37 y 38.
5 Valasc. ibi, num. 39.

son necesarios para la perfeccion ni validacion del matrimonio, antes sí voluntarios y superfluos: lo segundo, porque ninguna ley manda que se colacionen; y lo tercero, porque de dichos gastos nada percibe el hijo, ni por consiguiente se le sigue la mas leve utilidad de ellos; fuera de que no tiene facultad ni para impedirlos ni para compeler á su padre á que los haga, si lo resiste, por hallarse bajo su poder. Y lo expuesto procede, aunque el hijo tenga bienes propios de que se puedan hacer, pues no obstante esto se conceptúa hacerlos su padre de los suyos, porque ceden en su honor; bien que poseyéndolos su padre, si este no quiere hacerlos de los suyos, se entenderán hechos de los adventicios del hijo; pero deberá expresarlo para evitar dudas, y porque de lo contrario se juzgarán expendidos de su propio caudal.

23. Deben los hijos colacionar los oficios públicos vendibles que compran sus padres para ellos, ó estos con el dinero que les dan para este efecto, si son trasmisibles, dénselos en dote ó capital, ó simplemente; y en este caso se les debe computar en su legítima, no el mismo oficio, porque es indivisible y meramente personal, sino el valor que tiene, regulando su capital por lo líquido que produce al tiempo de la muerte del padre, y no por lo que costó. Lo propio milita cuando consta que el Soberano á ruegos del padre y por su mera contemplacion le concedió al hijo. Pero si los tales oficios no son vendibles, ó por lo menos trasmisibles, no se deben colacionar.

24. En orden á si el hijo debe colacionar las expensas hechas por su padre en sacar las bulas para obispado, canonicato ú otro beneficio ó dignidad eclesiástica, útil y fructífera, la opinion comun es la negativa, fundada en que el beneficio y dignidad no se pueden vender ni trasmitir á los herederos, y no pudiendo serlo lo principal, tampoco lo accesorio; pero no falta quien afirme lo contrario: lo primero, porque no son donacion simple procedida de mera liberalidad, sino causal hecha por utilidad del mismo hijo, la cual es colacionable: lo segundo, porque hay cierto modo de gastar con un sugeto, que es lo mismo que darle por via de dote ó donacion causal, pues por medio del gasto ademas de honor consigue utilidad para alimentarse; y así como el padre puede repetir del hijo el gasto útil que hizo en cosa de este, así tambien por la propia razon puede imputarle en su legítima estos gastos útiles, sin los cuales no hubiera logrado el beneficio que ha de gozar y con que se ha de mantener.

25. Si el poseedor de un mayorazgo expende, v. gr. dos mil ducados en la obtencion de un breve pontificio, para que de los frutos de ciertas iglesias se saque la tercera parte mas con que erigir dos beneficios, cuya presentacion ha de hacer el hijo que fuere poseedor del mismo mayorazgo, debe colacionar los dos mil ducados en cuenta de su legítima: en primer lugar, porque el honor y utilidad de presentar, ò derecho activo de patronato, es trasmisible al inmediato y demas sucesores (1); y en segundo lugar, por la regla general y doctrina comun de que los hijos deben colacionar en cuenta de su legítima las donaciones que sus padres les hacen por causa del matrimonio ú otra.

26. Sobre si debe el hijo colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse, hay dos opiniones contrarias. La negativa se funda, ya en que si lo que se dona para la milicia terrestre no se colaciona por reputarse castrense y estar exento de la colacion por derecho, como se dirá en el párrafo 41, con mayor razon no debe colacionarse lo que se da para la celeste, que es mas digna y elevada, y de una á otra vale el argumento: ya en que no se encuentra en las leyes ordenada especificamente tal colacion, por lo que no debe hacerse no mandándolo el testador; y ya en que esta donacion cede en lugar de alimentos, los cuales no son colacionables. La opinion afirmativa, que me parece la mas justa y verdadera, se apoya en que es donacion causal, util al hijo, y trasmisible por su muerte à sus herederos; en que la ley 29 de Toro habla general, indistinta y absolutamente sin exceptuar ninguna, mandando colacionar no solo las dotes y capitales, sino tambien las demas donaciones que los hijos y descendientes hubiesen recibido del ascendiente à quien han de heredar; y en que el fundo para aumentarse no es ni puede ser castrense, y únicamente se reputarán por tales los libros, vestidos clericales, derechos del título, y gastos del viage, asi como en el soldado el vestido, armas, caballo y lo demas necesario para ir à la guerra; pues lo que le ha de servir para alimentarse durante su vida es legítima, se debe tener por tal en uno y otro, y de consiguiente colacionar, no disponiendo el testador lo contrario.

27. Si los padres ò el uno de ellos dieron dote à su hija ò capital à su hijo, y despues le volvieron à dar alguna cantidad de dinero, alhaja ó finca para alimentarse, pagar deudas ú otro fin urgente, aunque parece que no deberán colacionarla en cuenta

1 Cap. 1. *de jure patronat.* y ley 8. tit. 15. Part. 1.

de su legítima segun la ley 26 de Toro, y se entenderán mejorados en ella, la traerán sin embargo à colacion del mismo modo que la dote y capital, no mandando los padres otra cosa, porque es donacion causal hecha por necesidad, habiendo habido para este aumento la misma causa que para la primera; y porque es visto que sus padres quisieron anticiparles aquello mas en cuenta de sus legítimas; pues la citada ley 26 se entiende, segun la comun y mas segura opinion, en las donaciones simples, las cuales no son colacionables, y no en las causales.

28. Debe colacionar el hijo que se halla bajo la patria potestad, el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le dono expresamente, si este tiene recogidos los frutos y está hecho dueño de ellos: porque se estiman en este caso como profecticios, por haber el padre adquirido su dominio; excepto que mande que no los colacione, como en qualquiera tiempo lo puede mandar, por no haber ley que se lo prohiba. Pero si se los dono tácitamente, permitiéndole que los llevase despues de cogidos sin contradecir su percibo, no está obligado à traerlos à colacion, ni sus hermanos deben inquietarle acerca de ella. No obsta decir que la simple donacion hecha al hijo de familia por su padre en vida, que es revocable, y se confirma con la muerte del donante, se colaciona; porque esto se entiende en la que hace de sus cosas propias, no en la remision del usufructo de los bienes adventicios del hijo, en la cual nada da de lo suyo, porque la ley le concede dicho usufructo con la condicion tácita de *si quiere adquirirle.*

29. Diciendo el padre antes de adquirir el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, que no le quiere, tampoco tiene este obligacion de colacionar los frutos que produjeron y percibió, porque entonces no hay propiamente donacion, puesto que el padre jamas le tuvo, ni se le desfalcó cosa alguna de su patrimonio; pues una cosa es dejar de adquirir, lo cual no es propiamente donar, ni le está prohibido; y otra y muy diversa perder lo adquirido, ò enagenarlo y desprenderse de ello: en cuya atencion no se debe hacer mérito del usufructo para cosa alguna, mejórele ò no. Lo mismo procede y se debe practicar con lo demas que el hijo adquirió, por no haber querido su padre adquirirlo, como cuando uno de sus hijos fallece, habiendo instituido heredero à un hermano suyo, aunque debió instituir à su padre, y este lejos de intentar accion alguna contra el testamento, permite que el otro hijo perciba la herencia de su hermano, pues milita la propia razon.

30. Si el padre que administra bienes adventicios de un hijo que tiene en su poder, le dedica á la carrera militar, literaria, ú otra honorífica, y los frutos de estos bienes alcanzan ò exceden à las expensas que hace con él, podria decirse que aunque su padre le mande colacionarlos, no estará obligado á ello, porque los frutos de sus bienes sufragaron para hacerlas, ceden en honor de la familia y utilidad de la patria, y seria cosa inicua que despues de percibirlos enteramente su padre se utilizasen sus hermanos de ellos sin ser suyos ni de su padre los bienes que los habian producido, y que como si no hubiera tenido ningunos, se le imputase é hiciese colacionar las mencionadas expensas; pero sin embergo deberá colacionar, si su padre lo manda, no todo el importe de ellas, sino lo líquido que quede, deducidas las que su padre haria con él en su casa; porque el padre en virtud de la ley y de la patria potestad adquiere todos los frutos de los bienes adventicios de su hijo, bajo la obligacion de alimentarle y educarle en los términos que se dirá en el párrafo 35, y asi se tienen por suyos patrimoniales, y se juzga que suple á su hijo de su propio caudal dichas expensas, por lo que mandando su padre que las colacione sea al tiempo que le envia à seguir su carrera, ó en su última disposicion, ó coligiéndose lo mismo de su voluntad por alguna conjetura de las que expresaré en el párrafo 37, deberá colacionarlas, como si no tuviera ningunos bienes; pues mas inicuo seria que el padre los adquiriese todos en propiedad y usufructo, como por derecho romano antiguo sucedia.

31. Si teniendo el padre el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, este se casa, y aunque su padre continúe reteniéndole, no se le demanda mientras vive, podrá repetirle de sus herederos, y deberá deducirse como deuda del cuerpo del caudal paterno, porque debiendo atribuirse su silencio al respeto y veneracion, no es visto haber donado á su padre dicho usufructo.

32. Los frutos de capellanía, prevenda ó beneficio eclesiástico, pertenecientes al hijo que vive en compañia de su padre y que este administra, no le corresponden en modo alguno, porque son de cosa cuasicastrense, y asi debe dar cuenta al hijo de su administracion, como ya se ha dicho, y no habiéndosela dado ni entregádoselos, compete al hijo la accion de pedirla y repetirlos de los coherederos, haciendo que como deuda se deduzcan de su caudal; pero respecto à que el padre no está obligado à mantener al hijo cuando tiene de suyo, deben bajarse y

descontarse de su total no solo los gastos de administracion hechos por el padre y la décima de su producto líquido, sino tambien los que hizo en alimentarle, darle estudios y demas, porque no es creible que teniendo bienes y rentas de que hacerlos, quisiese su padre expender de los suyos propios, à no ser que ordene expresamente lo contrario, en lo cual no perjudica à los otros hijos, porque nada les quita de su caudal ni le disminuye; y aunque no tiene obligacion de darle alimentos teniendo de lo suyo, si se los da, estarán bien dados, y no deberá colacionarlos à cuenta de legítima ni mejora, pudiendo mandarlo asi su padre, como tambien que se le entreguen los frutos líquidos que percibió de sus bienes, sean ó no adventicios, como deuda contra su caudal, sin embargo de que hasta su muerte nada haya expresado; pues en cualquiera tiempo puede declarar su voluntad, por no haber ley que lo prohiba, de suerte que no mandándolo, si deducido todo sobrare algo, esto será lo que se bajará como deuda, y percibirá como crédito líquido à su favor. En todo lo dicho deben proceder el juez y partidor con justicia y equidad, atendidas las personas, edad del hijo para si pudo ó no administrar por si, y las causas de su silencio y permision de que su padre administrase y expendiese, y en vista de ello hacer la cuenta y deduccion.

33. Son adventicios los frutos de los bienes adventicios del hijo que percibió despues de la tácita ó expresa remision de su padre, de modo que los hace plenamente suyos el mismo hijo, se conceptúan como donados por persona extraña, y por lo mismo no debe traerlos á colacion con sus hermanos. Puede el padre hacerle dicha remision, no solo en contrato sino asimismo en última voluntad, aunque en vida haya callado; pero se observará lo contrario si su padre ò madre le remiten los de los suyos propios, porque como en este caso salen de su patrimonio, y por su remision se disminuye este, deben colacionarlos.

34. Emancipando el padre á su hijo, y dándole al mismo tiempo algun fundo ú otra cosa, no esta obligado á colacionarle, y antes bien se entiende mejorado en él en cuanto no exceda del tercio ni quinto, pues si excediere, se estimará el exceso parte de legítima (1), excepto que al tiempo de la donacion exprese que se le da en parte de aquella, porque despues no puede imponer gravamen ni condicion.

1 Ley 26 de Toro.

35. No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en los estudios (1), aunque esto ha de entenderse de los hechos en enseñarle la gramática y otras cosas ó artes, sin cuya pericia no puede vivir cómoda ni decentemente, segun la condicion de su persona, porque estos se comprenden en los alimentos necesarios que tiene obligacion su padre de suministrarle, y como tales estan exentos del gravamen de colacion; pues cuando los alimentos se deben por derecho natural ó de sangre, se incluyen en ellos la enseñanza ò disciplina, y los gastos que se ofrecen en ella, lo cual no sucede cuando se deben por disposicion de alguna persona, sino es que lo mande.

36. Esta doctrina padece tres limitaciones. La primera es cuando el padre tiene y administra bienes propios de su hijo, sean adventicios, castrenses, cuasicastrenses, ò de cualquiera otra clase, porque entonces es visto expender de ellos los gastos expresados, y no de los suyos propios, sino expresa lo contrario, y asi estos menos tendrá que percibir de su valor el hijo, como se ha sentado. No debe objetarse que si el padre tiene en su poder bienes adventicios de la hija, nunca se entiende darle ni prometerle de ellos la dote, sino de los suyos propios, porque milita diversa razon, cual lo es la de que el padre está obligado por derecho à dotarla precisamente de sus bienes propios, por lo que siempre se entiende que le da ú ofrece de estos la dote; y no lo está à hacer dichas expensas con el hijo, por cuya razon, consistan sus bienes en dinero ó en otras especies, se presumen hechas de ellos, y no de los del padre. En esta atencion, aunque no colacionará con sus hermanos en cuenta de legítima el importe de los gastos referidos, por no haber salido del patrimonio de su padre, se le descontará de sus mismos bienes cuando pretenda su tradicion, excepto que aquel mande que no se descuenten.

37. La segunda limitacion es cuando expresa ó tácitamente quiso el padre ò madre que dichos gastos se imputasen al hijo en cuenta de su legítima: expresamente, v. gr. si lo protesta, y consta de ello en los términos que se dirá en el párrafo 40; y tácitamente, cuando por conjeturas se infiere de su voluntad, como por tenerlos sentados en el libro de cuenta y razon de sus deudores; pues no basta que lo esten únicamente en el de cuenta de gastos, porque esto solo sirve para saber lo que expende, y no para que se infiera de ello que quiso se imputasen al hijo

1 Leyes 3. tit. 4. Part. 5, y 5. tit. 15. Part. 6.

en legítima. Pero si los padres son ricos, el hijo pobre y los gastos cortos, no se le imputarán tampoco en aquella, sin embargo de la protesta, ni esta surtirá efecto, porque se comprenden, como se ha dicho, en los alimentos y crianza que como buenos padres deben darle por derecho natural y de sangre.

38. La tercera limitacion es cuando resulta entre los hijos gran desigualdad, que puede llamarse asi con el caso de que lo gastado con el estudiante exceda à la legítima y mejora, atendido el valor de los bienes de su padre al tiempo de su muerte, junto con el importe de lo que expendió con él; ó cuando el hijo no aprovechó en el estudio, puesto que no se consiguió el fin para que lo expendió su padre; ò cuando empleó en vicios ó en adquirir malos hábitos lo que este le dió: pues por dichas razones es visto haber querido que se le imputase en su legítima.

39. Pero es de tener presente que en estos casos, mediante estar obligado el padre à mantenerle mientras se halla en su poder, cuando no tiene de suyo, se le cargará solamente el exceso à lo que gastaria con él manteniéndole en su casa segun su calidad y haberes, como en darle de comer, vestir, calzar, medicinas y todas las demas cosas concernientes à los alimentos; pues estas no se le deben imputar, tenga ò no el hijo bienes propios, porque el padre debe darle todo lo expresado, conservarle la propiedad de los adventicios pudiendo, y aprovecharse de sus frutos que le concede el derecho. En la regulacion de los alimentos se debe proceder con justicia y equidad, y no estrictamente con mezquindad y miseria, teniendo en consideracion los haberes y calidad del donante y el estilo del pais.

40. Asimismo se ha de tener presente que la protesta del padre mencionada en el párrafo 37, debe hacerse al tiempo que envia á su hijo à estudiar, para que sean colacionables los gastos que hace con él, porque de lo contrario se contempla donacion pura, en la cual solo al hacerla puede imponer gravamen y condicion, debiendo esto entenderse cuando la donacion se hizo al hijo emancipado ò habido por tal, porque entonces fue incontinenti válida é irrevocable; y no si se hiciere al hijo que se halla bajo la patria potestad, pues como no vale, y el padre puede revocarla hasta su muerte, podrá tambien declarar su voluntad, y mandarle en cualquier tiempo que la colacione.

41. En orden á otros gastos hechos por el padre para que el hijo aprenda ciencias mayores, siga otra carrera de honor y distincion, ò vaya à la guerra, aunque no está obligada á ha-

cerlos, especialmente si el hijo tiene que ir fuera de su casa á estudiarlas, ni á conservarle en el estudio, sino quiere que le continúe, no obstante que le haya enviado á él (si bien no falta quien diga que siendo rico puede ser compelido á ello); ni tampoco lo estan sus hermanos á suministrarle los alimentos para la continuacion, muerto su padre, y por lo mismo parece que tiene obligacion de colacionarlos; lo contrario se ha de seguir porque el padre es dueño de sus bienes mientras vive y puede gastarlos y distribuirlos á su arbitrio, sin que sus hijos tengan accion á impedírselo, ni derecho á mas que á lo que les deje; mayormente cuando ceden no solo en utilidad del mismo hijo, sino tambien en la de la patria y en honor de su familia (1); y cuando el hijo obediente no debe resistirse á estudiar, ni dejar de hacer lo que su padre le mande: por lo que no es justo que le perjudique su justa obediencia contra la voluntad de su padre y mandato de la ley. Y aun tiene lugar lo expuesto, cuando le mejora expresamente su padre ó ascendiente, porque esta mejora acredita mas bien que quiso no los colacionase, que los expendió por dar mayor lustre á su familia y beneficiar á la patria, y que por estas causas se privó de emplearlos en sus propios usos; en cuya atencion tampoco deberá colacionarlos en este caso, ni de consiguiente como exentos de la colacion se le imputarán en parte de la mejora, sino lo manda. No debe objetarse que de no hacerse la imputacion ni colacion, resulta gran desigualdad entre sus hermanos, porque la ley lo permite no distinguiendo de si hay ó no mejora expresa, y mayor desigualdad habrá, si teniendo el padre, v. gr. ocho ó diez hijos, mejora á uno de ellos en tercio y quinto; pues á proporcion de lo que este lleva, apenas toca legítima á los demas, sea ó no cuantiosa la herencia, y con todo es válida, y no se tiene por inicua la mejora. Pero si consta tácita ó expresamente lo contrario de la voluntad del mejorante, como por haberlo mandado ó protestado ó sentado en el libro de cuenta de sus deudores, ó por otras conjeturas, se entenderá mejorado en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima, bajando previamente de su total los alimentos que debia darle en su casa, pues estos deben excluirse del cómputo en todos casos, y lo líquido sobrante es lo colacionable. Lo mismo debe practicarse por idénticas razones cuando el padre, madre ó ascendiente envia á su hijo ó descendiente á correr cortes, é instruirse de sus costumbres, intereses, ideas,

1 Leyes 3. tit. 4. Part. 5. vers. *Fueras en le si el padre*, y 5. tit. 15. Part. 6.

máximas, tráfico y forma de gobierno, para poder ser algun dia un buen ministro, estadista ó embajador, como algunos personages y potentados lo hacen con sus hijos, porque los tales gastos son correspondientes á estos señores, que por su opulencia, dignidad y elevado caracter deben ser los padres de la patria, estudiando y aprendiendo cuanto conduzca à su felicidad y ceda en honor de sus familias; pues aunque las leyes no hablan expresamente de la *ciencia de estado*, debe entenderse comprendida entre las mayores.

42. Tocante á los libros que el padre da á su hijo para estudiar, esté ò no bajo su poder, no habiendo aquel manifestado su voluntad sobre si han de colacionarse, es preciso distinguir: si el hijo es abogado, juez ó doctor que ejerce algun oficio público, no los colacionará porque se conceptúan ó son cuasicastrenses; y asi como las armas y demas cosas castrenses no se colacionan (1), asi tampoco los libros dados en la forma y para el fin expuesto, porque se equiparan á las armas: si el hijo no ejerce oficio público de enseñanza, se ha de distinguir tambien: ó los libros son necesarios para aprender la ciencia que estudia ó no: si lo son, no los colacionorá (2), y si no lo son y se los dona solamente para leer, tendrá obligacion de colacionarlos por cesar las razones expresadas, y porque no se pueden llamar cuasicastrenses. Pero lo mas seguro para evitar disputas es que asi los libros como los gastos de estudios mayores y demas donaciones que no hay precision de hacer, se imputen al hijo en cuenta de la mejora de tercio y quinto, bajado lo que expenderia con él su padre en su casa en los precisos alimentos, y si exceden á la mejora, que se le cuente el exceso en parte de legítima. De los libros debe colacionarse el valor que tengan al tiempo de la muerte del padre ó madre donante, ó al de la colacion, no al de su entrega, y de ningun modo los mismos libros, para que no se cause detrimento al hijo por la particular aficion y memoria local que tiene en ellos, con motivo de la costumbre de registrarlos.

43. No debe colacionar el hijo su peculio cuasicastrense, que es lo que gana por el salario de administrador ú otro oficio público, ó por ser juez, abogado, escribano, procurador, médico, maestro de gramática ó de alguna ciencia, ó por tener otro empleo semejante (3). Lo propio milita en los que lucra el clé-

1 Leyes de Partida citadas.
2 Ley 5. cit. tit. 15 Part. 6. y su glos.
3 Dicha ley 5.

rigo por razon de la iglesia ó por otro medio adventicio, esté ó no ordenado de orden sacro, si goza del privilegio del fuero, porque sin embargo de que dicho orden no le exime de la patria potestad (1), como al obispo la dignidad episcopal; todo cuanto adquiere se reputa cuasicastrense, lo hace suyo, y como tal no debe llevarlo à colacion (2).

44. Tampoco debe colacionar el hijo lo que su padre expendió en proporcionarle algun honor inalienable y no trasmisible á sus herederos, ò alguna dignidad ú oficio público, por el que se perciba anualmente alguna renta ó comodidad, pues se equipara al peculio y bienes castrenses; pero si fuere vendible ó trasmisible á los herederos, deberá colacionarlo, si el testador no manda lo contrario. Lo mismo procede por igual razon en los gastos hechos para condecorarle con el grado de doctor ó licenciado; bien que si el padre tiene en su poder bienes adventicios del hijo, se entiende hacerlos de estos y no de los suyos propios, á menos que disponga otra cosa. Pero los gastos que el padre hace en condecorar á su hijo con el hábito de alguna de las cuatro órdenes militares ú otra, deben colacionarse, á no ser que le exima de ello: en primer lugar, porque esta condecoracion, como puramente personal, no cede en honor ni en utilidad de la familia, segun creen algunos que no miran las cosas por lo que son en realidad, sino por la corteza; no en honor, porque no le aumenta el que goza, y debe acreditar para cruzarse, puesto que ya se acabó el tiempo en que se escogia y entresacaba de mil uno para armarle caballero, por sus distinguidos servicios á la patria; y como solo sirve para dar á entender á los que no le conocen que probó nobleza ó hidalguía, mas es necia vanidad que otra cosa; y no en utilidad, porque de estar cruzado, ninguna se sigue á sus hermanos, ni por ello se les aumenta su nobleza, ni han de probarla con él, sino con sus ascendientes; y aunque logre la encomienda ó pension es para sí, no para aquellos; y en segundo lugar, porque tampoco sirven dichos gastos para beneficio, defensa ni gobierno de la patria, como los que hacen los que la defienden y gobiernan con las armas y letras, que es el motivo principal que tuvo la ley para exceptuar de la colacion á los castrenses y cuasicastrenses.

45. No se debe imputar al hijo en su legítima, ni de consiguiente debe colacionar lo que su padre ó madre expendieron

1 Cap. 19. *de sanctis episc.*

2 Leyes 2 y 3. tit. 21. Part. 1.

por redimirle de cautiverio, pues es visto haberlo expendido liberalmente movidos de piedad y del afecto que le profesaban como padres, y no con ánimo de repetirlo, ni de que despues de su muerte se le precisase á su colacion, de suerte que se entiende mejorado en su importe.

46. Asimismo no debe colacionar lo que su padre pagó voluntariamente por la pena en que se le condenó por algun delito, pues tambien es visto haberlo hecho por piedad, excepto que su padre mande que se le impute, ó que por protesta ó conjeturas se pruebe que quiso lo colacionase, ó que sea cantidad considerable, por la que se graven las legítimas de los demas hijos. Pero si lo pagó por necesidad, como por estar obligado á ello por la ley, ó por ser fiador del mismo hijo con beneplácito de este, ó por otra causa semejante, deberá traerlo á colacion, porque no se presume habérselo donado sino lo expresa, y si tenia bienes del hijo en su poder, se cree haberlos satisfecho de estos.

47. No estan obligados el hijo ni la hija á colacionar con sus hermanos las pensiones, encomiendas, renta vitalicia y demas donaciones que el Rey ó Reina les hubiesen hecho, haya sido ó no criado suyo el padre, aun cuando fuese por los méritos y servicios de este, y á ruego ó súplica suya, y aun cuando por su Real permiso y gracia especial pasen á los hijos y descendientes del concesionario. Lo propio milita en los réditos ó rentas anuales, v. gr. juros que el mismo padre trasfiere con Real licencia en su hijo ó hija; pues todas estas donaciones se reputan cuasi-castrenses, y como tales pertenecen en propiedad y usufructo al donatario ó concesionario, segun lo he visto declarado por el Consejo.

48. Pero si al principio compró el padre las pensiones ó renta vitalicia, aunque despues por gracia del Rey se trasfieran á sus descendientes, deberá colacionarlas el hijo ó hija á quien se concedieron, porque como al principio no hubo liberalidad, sino un contrato oneroso, aun cuando luego la haya en la trasmision á su posteridad, no debe obrar tanto que se reputen donaciones puras y exentas de colacionarse, por lo que se conceptúan réditos ó intereses del capital desembolsado por el padre en su compra, y que continúan durante la voluntad del concedente como tales, y no como merced; lo cual procede tambien cuando este manda que el donatario las colacione. Si el Rey dona una misma cosa á dos sugetos en diversos tiempos, será pre-

ferido el primero en la data ó fecha de la donacion, aunque el segundo tome antes que él la donacion de la cosa donada, al modo que en las prebendas y beneficios á que no está anejo algun cargo, administracion ú oficio, lo es el beneficiado á quien se confieren, y es anterior en la fecha al posterior que presentó primero las letras (1); pues si tienen aneja alguna administracion, no se atiende al tiempo de su data sino al de su posesion.

49. No tiene obligacion el hijo de colacionar con sus hermanos los bienes adventicios que con su mera industria y trabajo personal, v. gr. sirviendo á otro por su salario, aunque sea con voluntad de su padre, ó por dádivas que le hicieron, consta haber adquirido, esté ó no en su poder (2).

50. Si adquirió todo el lucro con los bienes ò dinero de su padre, sin poner trabajo suyo ó negocio en nombre de este, expresándolo asi en los contratos que hizo, debe comunicarle como profecticio, pues viene á ser un factor ò procurador suyo, y como que comerció en su nombre, y por su cuenta y riesgo, debe ser todo el lucro ó pérdida para él. Pero dudándose si le adquirió con su mero trabajo ó con los bienes de este, percibirá la mitad, y la otra será para su padre ó para su testamentaría, como sucede entre los socios cuando uno pone el fondo y otro la industria, pues no es justo que lo que el hijo gana con sus afanes y sudor, lo lleven sus hermanos sin haber trabajado; lo cual entiendo debe proceder solo en el caso de que su padre no le haya alimentado, pues si le alimentó y estaba bajo de su dominio, será todo el lucro para su testamentaría. Y si con el dinero de su padre adquirió el lucro cometiendo usuras, ó valiéndose de otros medios y arbitrios ilícitos y reprobados, nada deben participar de él su padre ni hermanos, ni tampoco ha de traerse à particion, porque el lucro adquirido ilícita y torpemente no toca al juicio divisorio, antes bien se debe restituir á su dueño, y si se ignora quien és darle por Dios (3).

51. Habiendo administrado y gobernado por sí solo el hijo los bienes de su padre á causa de hallarse muy viejo ó imposibilitado, si los demas por ser menores ó por otro motivo nada lucraron ni trabajaron, podrá pedir por su muerte el salario de todo el tiempo de la administracion, y se le debe dar, asi como

1 Cap. 7. *de rescript.* cap. 12 y 14 del mismo tit. in 6. cap. 7, y cap. 31. *de præbend.* in 6.

2 Ley 5. tit. 15. Part. 6.

3 Ley 2. tit. 15. Part. 6. y su glos. 10 y sig.

se daria á un extraño que los administrase, no siendo él capaz de administrarlos, cuyo salario regulará el juez con prudencia y equidad, atendiendo á su trabajo y á lo que despues de vestido podia ahorrar un criado, y se deducirá del cuerpo del caudal como deuda contra este, por no parecer justo que los hermanos sin trabajo se lucren con el suyo; lo cual procede, sin embargo de que estando bajo la patria potestad debe servir á su padre, en lo que, y en que se presume haberlo hecho por piedad, se fundan algunos para querer privarle del salario y remuneracion que merece, y que ceda en utilidad de sus hermanos; pues aquello es bueno para que no pueda demandar á su padre, no para que despues de muerto se lucren estos con su sudor; mas para evitar dudas por la diversidad de pareceres que hay, conviene que asi lo proteste, porque de esta manera conseguirá alguna remuneracion.

52. Si el hijo emancipado, lejos de adquirir y cuidar de los bienes de su padre, los dilapidó, consumió ó sustrajo, debe colacionarlos ó restituir su importe, pero si se halla bajo la patria potestad, podrán los coherederos conseguir el reintegro por medio de la compensacion ó retencion de otro tanto como destruyó, que en el efecto viene á ser lo mismo.

53. El hijo á quien por sus méritos hizo alguna donacion su padre ó madre, no está obligado á colacionarla, siempre que sean condignos equivalentes á ella, ó tales que no pueden estimarse ni pagarse con dinero; porque se conceptúa lo donado de la clase de bienes adventicios, los cuales no se colacionan, y mas se considera remuneracion y paga de deuda (si es que por ella podia ser reconvenido judicialmente el donante (que donacion, y de consiguiente como hecha á extraño, pues no basta que sean méritos de obsequio, porque á estos se halla obligado, y por lo mismo no pueden reputarse tales; si bien para evitar la duda de si la donacion es ó no remuneratoria, y de si los servicios del hijo son de obsequio ó no, se tendrá la donacion por mejora en cuanto quepa en el tercio y quinto. Pero el hijo debe justificar los méritos, por no ser suficiente la confesion de su padre ó madre, aunque sea jurada, porque se trata del perjuicio de los demas hijos, á quienes no deben gravar en sus legítimas; bien que en este caso valdrá la confesion como simple donacion en todo aquello de que los padres pueden disponer, salva la legítima de los otros hijos, en lo cual no se revocará por la ingratitud del hijo, ni por el nacimiento de otros.

54. Son colacionables en cuenta de legítima las donaciones

que los padres hacen à sus hijos por causa necesaria, porque es visto no hacerlas por mera liberalidad, sino impelidos de aquella causa, y consiguientemente con ánimo de compensarlas, pues son de cantidad crecida y parte considerable de herencia. Pero en orden á las donaciones simples, la opinion mas comun es que no se deben colacionar, porque regularmente son de corta cantidad, y como proceden de mera liberalidad del donante, y no hay ninguna causa necesaria para hacerlas, se contemplan hechas sin ánimo de que se compensen con la legítima, y se estima al donatario por mejorado en su importe. Pero esto se limita en tres casos: el primero es cuando el padre hace la donacion al hijo emancipado, pues vale incontinenti, y es colacionable como las causales, excepto que exprese que no quiere la colacion; aunque por el contrario haciéndola al que está en su poder no es válida, á menos que se confirme con su muerte: el segundo es cuando de no colacionarse la donacion simple resulta grande desigualdad entre los descendientes; y el tercero es cuando el donante mandó en la misma donacion que el donatario la colacionase, en cuyo caso cesa toda duda, y no hay mejora.

55. Donaciones causales, que tambien se llaman necesarias, son las que el donante hace por alguna causa necesaria, util ó pía, por la que puede ser compelido á hacerlas, como el dotar á la hija que vive honestamente, el casar ó poner en estado á algun hijo ó alimentarle. Estas donaciones se deben colacionar è imputar al donatario en su legítima, á menos que el donante mande otra cosa, ó se colija de su voluntad que quiso mejorarle, porque es visto haberle anticipado en cuenta de aquella lo que le donó, y no donádoselo liberal y graciosamente. Asi lo indica la ley 29 de Toro, que habla primero de la legítima, que del tercio y quinto en estas palabras: *Y para se decir la dicha dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima y tercio y quinto de mejoría.* Mas por el contrario en las donaciones simples de que trata la 26, se hace mencion del tercio y quinto antes que de la legítima, porque quiere se impute en aquellos primeramente. *Y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto, y legítima.* El orden de las palabras concilia ambas leyes, y da á conocer de qué donaciones habla cada una.

56. Tocante á si lo que el abuelo dió á la nieta viviendo su hijo, lo deberá colacionar esta ò su padre, se ha de distinguir: si el abuelo dió á su nieta la dote por sus méritos y obsequios, ò

por particular afecto que la profesaba, como suele suceder, especialmente habiéndola criado, y no por mera contemplacion de su hijo, no tiene este obligacion de colacionarla cuando herede á su padre, ni tampoco la nieta, si por haber muerto el suyo hereda á su abuelo, porque esta le sucede por su propio derecho, ocupando el lugar de su padre, quien no estaba obligado en dicho caso á colacionarla, á causa de no haberse dado por su contemplacion; y porque como no se le debe la legítima del abuelo viviendo su padre, no es visto habérsela anticipado, sino dejádole un legado de su importe, como pudo hacerlo. Lo mismo procede en el capital ú otra donacion colacionable que haga el abuelo á su nieto.

57. Pero si el abuelo donare á su nieta por contemplacion de su hijo, y constare de ello, ó hiciere alguna donacion colacionable al nieto, v. gr. porque era pobre, ó porque estaba obligado á dotarla ó á hacérsela, tendrá que colacionar aquel la dote de su hija ó donacion hecha á su hijo cuando se dividan los bienes de su padre, abuelo de ellos, y recibirla en parte de su legítima, porque se conceptúa haberse dado primero á su padre como persona mas próxima, y que por medio de este pasó despues á sus hijos; y luego la hija ó hijo la colacionará tambien cuando se parta la herencia de su padre, porque inmediatamente salió de su patrimonio, puesto que se le dió por su mera contemplacion; y lo mismo deberán practicar dichos hijos si suceden con sus hijos carnales ú otros nietos á su abuelo, por haber muerto antes su padre. Lo propio milita en caso de duda, pues se presume habérseles dado por respetos de su padre y no de ellos.

58. En orden á si el hijo ó hija excluidos de heredar, sea por estatuto ó costumbre del pueblo, ó por haber renunciado con juramento sus legítimas paterna y materna, han de colacionar ó no lo que en vida recibieron de sus padres, se debe distinguir: ó son excluidos reservándoles alguna porcion, ó no, ó ellos mismos se excluyeron por la renuncia: si hubo reserva, entonces como que no se les debe legítima, no estarán obligados á colacionar, ni tampoco por la propia razon cuando se excluyeron por la renuncia jurada que hicieron; pero si no habiendo habido reserva á causa de que por todos derechos se les debe su legítima; y sino obstante su exclusion los instituyesen herederos sus padres, como pueden hacerlo, deberán colacionar lo que recibieron de ellos, porque con la institucion consiguen

todo el derecho de que estaban destituidos, como sino hubiera dicho estatuto ni renuncia.

59. Si habiendo dotado el padre ó hecho donacion de sus propios bienes á una hija ó hijo, y despues de muerto el mismo padre fallece el de este, abuelo de los hijos, à quien heredan dicho nieto ò nieta, y otros nietos ò tios, hermanos de su padre; no tienen obligacion de colacionar la dote ó donacion, porque no se trata de partir los bienes del que la dió ó hizo, sino los del abuelo, de quien nada hubieron, y asi solo tendrá lugar la colacion cuando se hayan de dividir los paternos.

60. Los nietos, hijos de hijos ò hijas, que recibieron algo de su abuelo ò abuela, despues de muerto su padre ò madre, estan obligados à colacionarlo con los otros nietos ò con sus tios, hermanos de su padre ò madre cuando hereden à su abuelo ò abuela, porque se les debe la legítima, y es visto habérselo anticipado en cuenta de ella, excepto que se lo hubiesen dado por via de remuneracion, pues la donacion remuneratoria no es verdadera donacion, sino satisfaccion de lo que se debe. Pero si en vida de su padre lega el abuelo paterno à su nieta alguna cosa, no deberá colacionarla en cuenta de su legítima por muerte de ninguno de los dos, no por la del abuelo, porque no está obligado á dotarla, ni es su heredera viviendo su padre, ni de consiguiente es visto habérsela legado con ánimo de que la compensase con su legítima, à menos que lo exprese; y tampoco por la de su padre, porque este no se la dió ni salió de su patrimonio. Lo mismo procede cuando el padre deja algun legado à su hija pupila, pues aunque está obligado à dotarla, no es de presumir que le dejase con ánimo de compensarle con su dote, porque no se halla en edad de casarse; y asimismo cuando hace el legado quien debe á cierto dia ó con condicion, antes que se cumpla esta ò llegue aquel, no se considera hecha con dicho ánimo.

61. La misma obligacion tienen los nietos de colacionar lo que los abuelos dieron en vida à sus padres, y por muerte de estos entró en su poder, porque suceden por trasmision, ocupando el lugar de su padre ò madre, los cuales lo colacionarian si vivieran: en cuyo caso los nietos hermanos se reputan en derecho por una persona para el efecto de suceder y entran en el lugar de su padre ò madre, y asi heredarán llevando entre todos la porcion que estos llevarian en caso de vivir; y cada uno de sus tios carnales otra tanta como todos los referidos nie-

tos, por lo que no hay disparidad de grado que impida la colacion (1).

62. Sin embargo en dos casos no estarán obligados los nietos sucediendo con sus tios á sus abuelos á hacer la colacion: primero, cuando el testador instituye por heredero á un hijo suyo en su legítima, y á sus nietos hijos de otro hijo en los demas bienes suyos; entonces no há lugar la colacion entre el hijo y nietos, ni entre estos, porque los nietos no vienen como hijos para este efecto, sino como extraños, entre los cuales no se admite la colacion; pues si no se les debe la legítima precediendo su padre á quien es debida (2), tampoco deberán hacer la colacion que solo tiene lugar entre los hijos (3).

63. El segundo caso es cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida la dote ó donacion *propter nuptias* que los suyos les dieron, y los nietos de estos por haber percibido poco ó nada de sus padres, repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo ó abuela donantes, que murieron despues de sus padres. Este caso que se supone (4) muy difícil se ejecutorió años pasados por la Chancillería de Valladolid, confirmando la sentencia del alcalde mayor de Talavera de la Reina. Su dificultad parece consiste en saber si el nieto entra á suceder á su abuelo por su propio derecho y persona ó solamente por la de su padre, representándola; y en este escollo tropiezan muchos legistas, impresionados y preocupados con la representacion inventada por derecho positivo; pero antes de proceder á su resolucion debo sentar lo primero, que el nieto no entra á suceder á su abuelo en el lugar de su padre por ficcion de la ley, ni por ella ocupa el primer grado, sino porque muerto su padre se halla el primero, y nadie le precede (5); asi que no le representa, porque la representacion verdadera se verifica en los trasversales, mayorazgos y fideicomisos, y no en los legítimos descendientes, que entran por su propio derecho á heredar á sus ascendientes, y estos deben instituirlos necesariamente por sus herederos: lo segundo es de notar, que hasta que muere el abuelo no hay herencia, ni por consiguiente heredero de hecho; por

1 Ley *Si nepotes*, 7. ff. *de collat. bonor.* Gom. en dicha ley 29. num. 6. vers. *Octavo infero.*

2 §. *Ita demum.* Institut. *de hæreditat. quæ ab intestat.*

3 Valasc. cap. 12. num. 60 y 61. Gom. ibi, num. 7. vers. *Decimo infero.* Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 11. num. 67 y 68.

4 Antonio Thesaur. decis. 238. num. 2, 4 y 6. Valasc. *de partit.* cap. 12. num. penult. y ultim.

5 Ley *Qui duos*, 9 al fin. ff *de reb. dub.* Robles *de repræsentant.* lib. 1. cap. 6. num. 11 al 13. Salg. *Labyr.* part. 2. cap. 25. num. 17 al 34.

lo que mientras vive, solo tienen sus hijos y nietos una probable esperanza de heredarle: lo tercero que para que el nieto no rompiese el testamento de su abuelo en el caso que su padre muriese antes que este, era indispensable que el abuelo le instituyese tambien por su heredero; pues de omitirle le rompia por la pretericion segun derecho (1): lo cuarto debe advertirse, que una cosa es suceder *por privacion* ó *remocion*, y otra por *trasmision*. Suceder *por privacion*, no es mas que ocupar el lugar de aquel que estaba antes, y servia de obstáculo para entrar á la sucesion, al modo que cuando sucede el segundo heredero por haber muerto el primero; por cuya razon no le daña el hecho de este, pues no entra representándole, sino por su propia persona y derecho, poniéndose en su lugar y ocupándole. Suceder por *trasmision* es continuar en la sucesion de los bienes con la misma naturaleza y cualidad: y asi al que sucede de este modo daña el hecho del primero, porque no puede venir sino en la manera y con la cualidad que aquel á quien sucede y representa (2). Es de advertir lo quinto que la representacion para suceder no es otra cosa que entrar el hijo en el lugar de su padre, tomando y reasumiendo en sí todos los derechos anejos á aquel grado, para que si concurre con otros, pueda suceder en la porcion en que su padre sucederia en caso de vivir (3). Esta sucesion no proviene del padre, sino de la propia persona del hijo, que por muerte de aquel es necesariamente tan heredero de su abuelo, como su padre lo seria por *testamento* y *abintestato*, á estar vivo, por ser el primero en grado (4); y asi las palabras *suceder en lugar de los padres*, con que se explican los textos civiles, no dicen que el hijo representa la persona de su padre, que por ella viene á la sucesion, y que de otro modo no vendria, ni se han de entender en este concepto, sino que entra á ocupar el lugar de su padre, y quitado del medio este, sucede por su propia persona, como que se halla el primero (5).

64. Supuesto lo referido, digo que en el presente caso el nieto que repudia la herencia de su padre ó madre, no está obligado á colacionar con sus tios lo que sus padres recibieron de sus abuelos, y por haberlo consumido no entró en su poder: lo

1 Ley 3. Cod. *de liber. præterdict.* Ley *Posthumorum*, 13. ff. *de injusto rupt. testam.* y §. *Posthumorum*, Institut. *de exhæredation. liberorum.*

2 Salg. *Labyr. cred.* part. 2. cap. 25. Robles *de repræsent.* lib. 2. cap. 16. num. 100.

3 *Novel.* 118. *de hæredibus ab intestat. venientib.* cap. 3. Robles dicho lib. cap. 2. num. 5.

4 Ley 2. Cod. *de liber. præterit.* Tiraquel. *de primog.* quæst. 40. num. 112.

5 Robles *de repræsent.* lib. 1. cap. 10. num. 3, y cap. 11. num. 6.

primero, porque viene á heredar á estos por su propio derecho y persona, y por remocion de la de su padre ó madre, ocupando su lugar como primero en grado, y no por trasmision, y puede renunciar su herencia: lo segundo, porque jamas se colaciona sino cuando lo que se tiene ó posee se recibió mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se va á partir; y no habiendo recibido cosa alguna el nieto mediata ni inmediatamente de su abuelo, nada debe colacionar; pues como nada se le trasmitió, no le sucede por trasmision, sino por remocion, y porque es el primero; y lo tercero, porque la colacion es gravamen personal, que debe sufrir únicamente el que percibe la utilidad: es asi que el nieto ninguna tuvo por no haber llegado á sus manos cosa alguna de sus padres ni abuelos, y que puede repudiar la herencia paterna y materna, como queda expuesto: luego no debe colacionar lo que su padre ó madre consumieron si la renuncia, y asi no hay méritos para que en este caso se considere y subsista la razon de equidad inductiva de la colacion (1). No obsta el alegar que el nieto estando en grado mas distante que sus tios se hace de mejor condicion que ellos; porque nada tomó de su abuelo, y para sucederle se puso en el primero, y es tan heredero forzoso suyo como ellos: fuera de que no tiene la culpa de que su padre muriese antes y consumiese lo que recibió. No obsta tampoco el que á no ser por su padre, no heredaria á su abuelo; pues asi como en un mayorazgo no lo recibe el hijo del padre sino del fundador, tampoco el padre es causa para la sucesion en los bienes del abuelo, porque la cuota de su legítima depende de la disposicion de la ley, como en el capítulo anterior dejo expuesto. Ni obsta últimamente el que sus tios son perjudicados en las suyas, porque no se les deben hasta que su padre muere, el cual pudo haber gastado en vida todos sus bienes; y como por su muerte no existen otros en su poder ni en el de su nieto, es lo mismo que si él los hubiera consumido en sus urgencias; por lo que deben contentarse con lo que se les deje, como el nieto se contenta; y asi perecen para la herencia, al modo que si existieran la aumentarian. Lo mismo se debe practicar cuando el padre da á su hijo ó hija en dote ó en donacion cierto capital puesto en fondo vitalicio, que con su muerte precedida á la del padre, espiró, y el nieto viene

1 Valasc. *de partit.* cap 12. num. penult. y ultim. Guerreir. *de div.* lib. 2. cap. 11. num. 65. Cevall. in cap. Raynutius *de testament.* part. 4. cap. 1. num. 73, y 8. en la ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6 num. 73. Thesaur. decis. 238 num. 2, 4 y 6. Faber. lib. 13. *Conjectur. jur.* cap. 13 al fin.

á heredar á su abuelo donante con sus tios, porque milita idéntica razon para con él. Pero si el nieto recibiere algo de su padre ó madre, deberá colacionarlo con sus tios, porque en su importe se verifica suceder por trasmision (1), y existir en su poder bienes de su abuelo, ú otros en su lugar (*).

1 Hermos. y Thesaur. ibi, y decis. 37. Rodrig. Suar. in leg. *Quoniam in prioribus*, limit. 4. num. 11. Robles dicho cap. 16. num. 103 al 105.

* Aunque el autor está demasiado difuso en este punto, he dejado toda su doctrina, sin cercenarla ó compendiarla como hizo el reformador Don Marcos Gutierrez, para que se vean en toda su extension y puedan calificarse bien las razones en que se apoyó Febrero, de cuya opinion me aparto, fundado en las consideraciones siguientes. Dice que »cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida la dote ó donacion *propter nuptias* que los suyos les dieron, y los nietos de estos por haber percibido poco ó nada de sus padres, repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo ó abuela donantes, que murieron despues que sus padres, no estan obligados á colacionar sucediendo con sus tios á dichos sus abuelos." La primera, y puede decirse la principal razon en que se apoya es: »que el nieto no entra á suceder a su abuelo en el lugar de su padre por ficcion de la ley, ni por esta ocupa el primer grado, sino porque muerto su padre se ha la el primero, y nadie le precede, y asi no le *representa*;" de suerte que aqui excluye el derecho de representacion, siendo asi que en otra parte (lib. 2. tit. 2. cap. 3. §. 12.) sienta lo siguiente. »Pero si los nietos del testador son hijos de algun hijo difunto, deberá el abuelo instituirles en la parte que hubiere correspondido á su padre si viviera, y esta la dividirán entre sí á partes iguales; de modo que entre todos juntos, en *representacion* de su padre muerto, heredarán tanta porcion como cada uno de sus tios. Esto es lo que se llama heredar por *estirpes*." Esta es una contradiccion palpable, la cual resalta mas con lo que dice en otro lugar (lib. 2. tit. 2. cap. 9. §. 9.) »Si el difunto muere (abintestato) teniendo tres nietos, uno de un hijo muerto y dos de otro, el primero tomará la mitad de la herencia, y los otros dos la otra mitad en *representacion* de sus padres respectivos." Y efectivamente no puede ser de otro modo que representándolos, pues si los nietos entraran á heredar por su propia persona y derecho, y no en representacion de su padre, como sienta aqui el autor, no percibirian todos ellos juntos la parte correspondiente á este, sino cada cual la suya, como el tio, pues esto es lo que se llama heredar por su propia persona ó por *cabezas*. Ademas Febrero admite la verdadera representacion en los trasversales, y acerca de estos dice la ley 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. que »suceden los sobrinos con los tios abintestato á sus tios *in stirpem*, y no *in capita*." Luego si aqui hay representacion, ¿por que no cuando los nietos suceden por estirpes? Añade luego como otra de las razones para afianzar su doctrina, que una cosa »es suceder por *privacion* ó *remocion*, y otra por *trasmision*: suceder por privacion no es mas que ocupar el lugar de aquel que estaba antes &c." »Suceder por trasmision es continuar en la sucesion de los bienes con la misma naturaleza y calidad; y asi al que sucede de este modo daña el hecho del primero, porque no puede venir sino en la manera, y con la calidad que aquel á quien sucede y *representa*." Da, pues, por supuesto en este párrafo que el nieto sucede por privacion y no por trasmision; siendo asi que en el párrafo 13 dice lo siguiente. »La misma obligacion tienen los nietos de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á los padres de aquellos, y por muerte de estos mismos entró en su poder, porque suceden por *trasmision*, ocupando el lugar de su padre ó madre, quienes lo colacionarian si vivieran." Si suceden por trasmision en este caso, ¿por que no en el otro? ¿No ocupan tambien en este el lugar de su padre? ¿No tendria este que colacionar si viviera lo recibido por el abuelo? ¿Tienen la culpa los otros hijos de este que dicho padre del nieto gastase lo percibido? ¿No es una misma la legitima, sea el nieto quien la perciba ó su padre si viviese? Pues ¿por que el gravamen de la colacion anejo á ella no ha de alcanzar igualmente al hijo que al padre? En vano dice el autor alegando otra de sus razones, que la colacion es gravamen personal que debe sufrir únicamente el que percibe la

65. En orden á si la renuncia de la legitima que hace la madre contenta con su dote, perjudicará ó no á sus hijos, viniendo estos à heredar al abuelo por haber ella muerto antes, hay dos opiniones contrarias: la afirmativa se funda en que vienen por representacion de su madre, y en que asi como perjudicaria á esta, debe perjudicar á sus hijos para que no se saquen de una herencia dos legítimas, siendo herederos de ella; y la negativa se apoya en que vienen por sus propias personas á heredar á su abuelo. Yo me inclino á lo expuesto en el caso anterior.

66. Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios, casó durante el segundo dos, v. gr. que habia habido del primero, dando á uno algo menos de lo que le tocaba por su legítima materna, y à otro algo mas á cuenta de la paterna, expresando lo que les entregaba por cada una, debe el segundo hacer dos colaciones, la una con su hermano entero para igualarse con él en el haber de su madre, y la otra con este y con sus hermanos consanguíneos para igualarse en el del padre de todos. Por ejemplo, la herencia de la muger primera eran docientos, y el padre dió al uno cincuenta y al otro trecientos. En tal caso este último colacionará con el otro cincuenta que llevó mas de lo que debia haber por su madre, y se los restituirá para que queden igualados, con lo cual vendrá à percibir cada uno los ciento que le corresponden por la legítima materna; y luego con su mismo hermano entero y con los consanguíneos del segundo matrimonio colacionará los ciento cincuenta restantes como percibidos à cuenta de la paterna, porque todos son herederos de un padre cuya herencia se va à partir. Y si à entrambos hubiese reintegrado igualmente su haber materno, y dadc ademas algo à cuenta del suyo, deberán colacionar con los consanguíneos lo reci-

utilidad, y que el nieto ninguna tuvo por no haber llegado á sus manos cosa alguna de sus padres. Esta es una mera sutileza: el nieto percibe utilidad, esto es, la legítima del abuelo disminuida por lo que recibió su padre, cuyos derechos y nada mas hereda. Los demas hijos del abuelo tampoco percibieron utilidad alguna de lo que gastó el padre del nieto; por consiguiente no deben ellos ser gravados sino este, que al cabo se mantuvo en la casa paterna, recibió educacion &c. Fuera de que no sabemos de donde sacó el autor esta distincion metafísica de suceder por privacion y por trasmision, desconocida en nuestros códigos legales. Segun ellos no hay mas que dos modos de suceder, ó por su propia persona ó en lugar de otro representándole. Probado, pues, que los nietos entran á heredar al abuelo por representacion de su padre, aun cuando repudien la herencia de este, deberán en mi opinion colacionar lo que él recibió del abuelo, y traeria á colacion si viviese; pues con esta condicion ó gravamen lo recibió, y no es justo perjudicar á los otros hijos del abuelo por una cavilosidad que no está fundada en ley alguna, antes por el contrario de la 2. citada, y de la 3ª tit. 3. Part. 6, se infiere todo lo contrario. Me he extendido tanto en esta nota por ser un punto dificil, de cuya aclaracion no se trató en las ediciones anteriores de Febrero.

bido por cuenta del paterno, y por lo respectivo á su madre nada tendrá que colacionar entre sí, por estar igualados, como ni tampoco con los del matrimonio segundo, en caso que á cuenta del haber de su padre nada hayan percibido.

67. En orden á si el enfiteusis es ó no colacionable debe distinguirse. Si es de *nominacion* por ciertas vidas, el cual se usa en el reino de Galicia, y el enfiteuta no le compró, y en vida nombra á su hijo para que le goce, no tiene este obligacion de colacionarle, ni colacionar su estimacion con sus hermanos cuando su padre no fue el primero que le adquirió, porque nada recibe de él, sino del señor del dominio directo que le concedió al primero: ni tampoco cuando el padre le eligió en su testamento, porque esta eleccion hace las veces de legado, y lo que se deja en última disposicion no se colaciona.

68. Si el padre le adquirió, deberá traerle á colacion el hijo, porque se entiende concedido al mismo padre con quien contrajo el señor del dominio directo, y no con el hijo á quien tal vez no conoció, ó acaso no habia nacido entonces, por lo que no se presume tenerle afecto; y lo propio milita sin disputa, aunque se conceda al hijo si en la concesion se expresó que se hacia por contemplacion y respetos del mismo padre.

69. Y si el padre le compró, tendrá tambien el hijo nombrado que colacionar el precio desembolsado, porque cuanto pagó el padre, tanto disminuyó de su caudal para conseguirle, y á no haberle comprado quedaria su importe á todos sus hijos para dividirle entre sí; en cuya atencion es justo que el hijo que sucede en todo él, le colacione, para que de este modo no haya desigualdad, ni sus hermanos sean perjudicados en sus legítimas. No obsta que el enfiteusis no pasa al hijo hasta que su padre fallece, y que las cosas adquiridas despues de su muerte no son colacionables, segun se ha dicho, porque el precio salió de su caudal en vida, y no se le dejó en disposicion última, por lo que debe colacionarle, no mandando el padre lo contrario.

70. La obligacion de colacionar el precio tiene lugar en el caso de que el padre renuncie el enfiteusis en el señor del dominio directo, para que le conceda al hijo, y este no se halle obligado á colacionarle; pues no es justo por ningun motivo que semejante fraude tenga efecto en perjuicio de los demas hijos. Asimismo tiene lugar, aunque el padre comprador sea el último llamado á su obtencion, é impetre del señor del dominio directo que le renueve en favor de su hijo, porque con el dinero satisfecho no solo es visto comprar el enfiteusis, sino tam-

bién el derecho de pedir su revocacion; y porque el enfiteusis renovado es el mismo continuado, y no otro nuevo. Igualmente tiene lugar, aun cuando el enfiteusis se haya concedido al hijo en remuneracion de los servicios hechos por su padre al señor de él, si estos son obligatorios y dignos de ser remunerados; porque la accion que se adquiere por servicios, se reputa como las demas acciones y derechos. Finalmente tiene lugar dicha colacion en el importe de las mejoras ó aumentos hechos por su padre en la finca enfitéutica, si el hijo quiere ser heredero, á cuyo fin se apreciarán; pues tiene accion á repetirlos del señor del dominio directo, á quien acabadas las vidas ha de volver mejorada, y este debe abonárselos, porque á todos está prohibido enriquecerse con detrimento de tercero. He dicho si el hijo quiere ser su heredero, porque si repudia la herencia, no está obligado á la expresada colacion, aunque si el importe de los aumentos excede á la legítima y mejora, deberá restituir el exceso á los coherederos, atendido aquel y el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, segun la ley 29 de Toro.

71. Lo que se ha dicho de las mejoras ha de entenderse de las útiles que aumentan el valor de la finca, y no de las que solo se hicieron para conservarla, y entregarla tan buena como se recibió, porque como necesarias deben hacerse: ni tampoco de las que el comprador y sus sucesores estuvieron obligados á hacer en virtud del contrato enfitéutico.

72. Si el padre no solo nombra al hijo, sino que en vida le entrega la finca enfitéutica, deberá colacionarla, aunque no se hubiese comprado ni mejorado, porque tanto disminuye de su patrimonio, cuanto su hijo consigue del enfiteusis, y tanto mas se hallaria que dividir entre sus hijos, á no habérsele donado ni entregado. Y si en vida se la entregó simplemente, y el hijo gozó sus frutos sin constar el título con que poseía, deberá no obstante colacionarla por evitar la desigualdad entre sus hermanos; bien que segun la ley 26 de Toro se entenderá mejorado en ella en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima.

73. Asi como el hijo debe colacionar al tiempo de la particion de los bienes de su padre el enfiteusis de *nominacion* que este compró, asi tambien el nieto hijo de aquel, cuando se efectúe la de los del suyo, pues versa la propia razon; porque á no haberle comprado hubiera dejado mas caudal, y su hijo tambien en otra cosa: lo cual procede aunque el abuelo nombre al nieto.

74. Nombrando el enfiteuta á un extraño para el goce del enfiteusis mejorado, no deberá pagar este las mejoras, porque es

visto habérsele dado con ellas, y únicamente en caso de haberle, devolverá el exceso de lo que se le permite disponer teniendo descendientes legítimos, que es del quinto; pero si antes tuviese donado este á otro, y el nombrado quisiere la finca enfitéutica con las mejoras, tendrá que pagar su importe, no por razon de colacion, pues los extraños no colacionan, sino porque el donante no puede disponer de mas que de un quinto en vida y muerte en perjuicio de las legítimas de sus descendientes.

75. Por lo concerniente al enfiteusis ó censo perpetuo, si el padre donó en vida á algun hijo, ú dió en dote á alguna hija la finca enfitéutica, deben colacionarla del mismo modo que si les hubiere dado otra cualquiera de su patrimonio sin la mas leve diferencia, bajando su carga ó pension porque se conceptúa finca patrimonial ó de la herencia paterna, y como tal es divisible entre todos, por los que quien antes la reciba, debe traerla á particion con los coherederos, no mandando lo contrario el testador, ó mejorándole tácita ó expresamente en su importe. Y si el testador no dispuso en vida de la finca enfitéutica, y cuando la tomó en enfiteusis, fue con la obligacion de no poderse partir ni dividir nunca, segun suele pactarse en este contrato, como que la finca es parte de la herencia que dejó, se adjudicará á uno de sus hijos, bajando el importe de todo el gravamen enfitéutico, y si no le cupiere en su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos.

CAPITULO SEXTO.

¿A quien compete la accion para pedir y hacer la colacion? ¿á que tiempo se ha de atender para ver si la donacion es ó no inoficiosa? ¿por que precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona deberá ó no restituir sus frutos repudiando la herencia?

§. 1. La accion de colacionar y pedir la colacion, no solo compete á aquel á quien se ha de colacionar, sino á su heredero, y se da tambien contra el heredero del que está obligado á hacer la colacion.

2 y 3. Explicacion de la ley 29 de Toro en orden á la obligacion que tienen los hijos de traer á colacion la dote y otras donaciones hechas por sus padres, y tiempo á que se ha de atender para saber si estas son ó no inoficiosas.

4 hasta el 7. ¿Por que precio ó valor deberán colacionarse los bienes donados ó dados en dote, segun las diversas clases de estos y sus circunstancias?

8. No solo debe la hija, disuelto el matrimonio, hacer restitucion del exceso de la dote que desde el tiempo de su constitucion fue inoficiosa, sino tambien durante este.

9. Acepte ó repudie la herencia la hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligacion de restituir los frutos que produjo la finca dotal antes de la muerte de su padre, ni aun los producidos despues de dicho tiempo, á menos que la dote fuere inoficiosa, en cuyo caso tendrá que devolver la parte de frutos correspondiente al exceso, percibida despues de la muerte del padre.

10. ¿Si deberá el hijo restituir los frutos de lo que le han donado y entregado en vida de sus padres?

1. La accion de colacionar y pedir la colacion no solo compete à aquel á quien se ha de colacionar, sino à su heredero, y tambien contra el del que está obligado à hacer la colacion, porque ademas de otras razones que traen los autores, por la persona del heredero no se muda la condicion de la obligacion; y asi como la herencia se trasmite, del propio modo

su derecho y cualidad (1): previniendo que puede intentarse implorando el oficio del juez (2), ò por la accion estipulatoria, si se estipulò que el donatario habia de hacer la colacion (3).

2. En cuanto al tiempo que se debe atender para ver si la dote y donacion son inoficiosas; por qué precio se ha de regular y colacionar la cosa donada existente; y cuando se puede apartar de la herencia el donatario: para la debida claridad explicaré la ley 29 de Toro, que es la 5. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *Cuando algun hijo ò hija viniere á heredar ò partir los bienes de su padre ò de su madre ò de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion* propter nuptias, *y las otras donaciones que ovieren recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar. Pero si se quieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ò donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes (puesto que sea durante su matrimonio), á tornar á los herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima, y tercio y quinto de mejoría, en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoría, cuando hizo la donacion ó dió la dicha dote, habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió ò prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fue constituida ó mandada, ò al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote ò la prometió, dó mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida ò mandada. Pero las otras donaciones que se dieren á los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas, se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.*

3. Por esta ley se ordena: lo primero, que se colacionen no solo la dote y donacion *propter nuptias*, sino tambien las demas donaciones que los descendientes hubieren recibido de sus ascendientes, cuyos bienes van à heredar, que son las que les hacen expresamente en cuenta de sus legítimas: lo segundo, que los descendientes à quienes se hubieren hecho, puedan conten-

1 Ley 1. §. *Ibidem*, y ley 2. ff. *de collat. bonor.* y ley 2. §. *Ex his*, ff. *de verbor. obligat.* Castill. en la 29 de Toro, num. 9. Gom. en ella, num. 37.

2 Ley *Si soror.* Cod. *de collat.* Castill. ibi, num. 2 al fin.

3 Valasc. dicho cap. 14. num. 8 al 12.

tarse con ellas, y apartarse ò repudiar la herencia, excepto que sean inoficiosas (que es cuando exceden del tercio y quinto y legítima que les podia tocar), pues entonces debe restituir el exceso à los coherederos; es decir, aunque el descendiente que puede ser mejorado en contrato, reciba y se le entregue expresamente por cuenta de su legítima la cosa ó cantidad, y esta exceda à lo que le puede tocar por aquella, si cabe en el tercio y quinto de los bienes que deja el donante, unidos y acumulados con ella, se puede quedar con todo lo donado, y renunciar la herencia, ya haya ò no otros mejorados posteriormente, y estos llevarán el exceso; y en caso de no heberlo habrán de conformarse, porque el donatario, como habilitado por la ley para retenerlo todo, nada debe restituir, y por consiguiente será ineficaz la mejora posterior, puesto que el donante mejoró à los demas en lo que no tenia ni podia; lo cual se entiende excepto que al tiempo de hacerle la donacion, y no despues, se pacte expresamente que jamas se ha de estimar mejorado, antes bien en todo evento ha de restituir lo que exceda à su legítima, aun cuando renuncie la herencia; pues en este caso deberá restituir el exceso de aquella, no obstante que le quepa en el tercio y quinto de esta. Lo tercero que dispone la ley inserta es que para que las donaciones se llamen inoficiosas, se tenga consideracion al valor de los bienes del donante al tiempo de su muerte, y no à otro, ya se aumenten ó disminuyan sus facultades despues de hechas (1); la razon es, porque el tercio y quinto se llaman cuota de bienes (2) al modo que la legítima (3): y asi como en esta se atiende al mismo tiempo, porque hasta entonces no se debe à los hijos, asi tambien para el tercio y quinto se ha de observar lo propio: pero en cuanto à la dote se ha de atender à uno de dos tiempos, que es al referido, ó al en que fue dada ò prometida, à aleccion de la dotada, ò de su marido. Esta última disposicion de la citada ley está corregida por la pragmática de Madrid, y asi ni las hijas pueden ser mejoradas en cosa alguna por contrato en sanidad, con título de dote ò casamiento, aunque sea en muchísimo menos que el tercio y quinto, ni por consiguiente tienen la eleccion que les concede, excepto en el caso

1 Ley *Cum quæritur*, y Authent. *Novissima*, Cod. *de inofficios. testam.* Gom. en la ley 29 de Toro, num. 35 Matienz. en la 3. tit 8. lib 5. Rec. glos. fin.

2 Ley *Non amplius*, §. *Cum bonorum*, y ley *Si quis bonorum*, ff. *de legat.* 1. y ley *Si quis argentum*, §. *Sed et si quis*, Cod. *de donat.*

3 Ley *Papinianus*, §. *Quarta autem*, ff. *de inofficios testam.* y ley *Quoties*, Cod. *de hæredib. instituend.* Tello en la 23 de Toro, num. 2. Matienz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 1 y 2.

que explicaré en el párrafo 10 del capítulo siguiente; por lo que se debe atender tambien al tiempo de la muerte del donante, como en las otras donaciones, y no à otro, segun senté en el libro 2.° título 2.° capítulo 4.° párrafos 4 y 8, en razon de que no deben percibir mas que su legítima, sino que sean mejoradas en última disposicion. Del modo de hacer la colacion y deduccion, ya haya ò no mejora expresa, ò tácita anterior, ò posterior à la dote y donacion, trataré en el capítulo siguiente.

4. En orden al precio ò valor por que se deben colacionar los bienes donados ò dados en dote por el ascendiente à sus hijos ò descendientes, ya existan ò no, es preciso distinguir no solo de bienes sino de casos. Si la finca raiz dada en dote, ò donacion *propter nuptias*, se hizo mas preciosa por la mutacion del tiempo, de modo que el mayor valor que adquirió fue solamente por él, y no por industria ni trabajo del donatario, y cuando este la recibió no fue apreciada, ò si se apreció, no causó venta la estimacion que le dió, la ha de colacionar y llevar por el que se dé entonces; y por el contrario, si por el mismo tiempo, y no por dolo ni culpa suya se hubiere deteriorado y disminuido su valor, la colacionará tambien por el intrínseco que tenga al hacerse la colacion (1); pues quien está à la utilidad debe estar à la pérdida (2); y de colacionarlo en la forma expuesta no resulta desigualdad, ni se irroga perjuicio à los herederos, porque la hija puede pedir el aumento de su legítima cuando su padre muera, si los bienes que dejó lo tuvieron, como que para regular el valor de esta se debe atender al tiempo de su muerte (3); y asi como puede pedirlo si se aumentaron con el tiempo, asi es justo tambien que colacione en cuenta de su legítima el mayor valor de la finca adquirida por solo el tiempo, que es valor intrínseco. Si por el contrario se disminuyere este, y acrecieren los bienes de su padre, lejos de irrogársele detrimento, logrará beneficio en conferirlo por el precio que le dé. Lo mismo procede para con el hijo à quien el padre donó en cuenta de su legítima alguna finca ò cosa raiz no apreciada (4), cuyo valor intrínseco se aumenta ò decrece por solo el tiempo.

5. Si se le dió la finca apreciada con estimacion que causó

1 Greg. Lop en la ley 3. tit. 15. Part. 6. glos. 6. Hermos. en la ley 3. tit 4. Part. 5. y glos. 6. num. 94 Valasc. *de partit* cap. 10. num. 9. Guerreir. dicho lib. 2. cap. 13. desde el número 30 al 35.

2 Ley *Secundum naturam*, ff. *de regul. juris*. Ley 29. tit. 34. Part. 7. y cap *Qui sentit*. y cap. *Rationi de regul jur.* in 6.

3 Ley *Cum quaritur*, Cod. *de inoffic. testam.* y ley *Papinianus*, §. *Quarta autem cit.*

4 Guerreir. dicho cap. 13. num. 33 y 34.

venta, aunque ninguna ley prescribe en qué términos se ha de colacionar, y algunos autores dicen que siempre se juzga dada con la condicion de colacionarla al tiempo de la muerte del donante, por lo que siendo condicional la estimacion, no causa ni hace venta; no obstante, siguiendo lo que ordenan las que tratan acerca de la restitucion de la dote que debe hacer el marido, y el dictamen de los que juiciosamente trataron este punto, digo: que debe colacionarla por el valor en que se estimó cuando la recibió, si entonces no se pactó otra cosa. Lo primero, porque en el hecho de haberse valuado, es visto habérsele dado el precio consignado en ella, y capitulado entre los contrayentes que habia de colacionar su estimacion, por haberla recibido en cuenta de su legítima y no en finca, y que por lo propio el peligro que hubiere en esta, habia de pertenecer al donatario ò dotada, y no à su padre, asi como el incremento de su valor, si lo tuviese. Y lo segundo, porque se le trasfirio su dominio (1): por lo que si el padre hiciese mejora posterior, no se deducirá de su importe, segun la ley 25 de Toro, como en su lugar diré. Ademas, asi como cuando por la tasa se da en pago al acreedor alguna finca de su deudor, se le trasfiere su dominio, y el incremento ò decremento que despues tenga pertenece à aquel (2), y cuando no vale en el principio la donacion que el padre hace à su hijo, pertenece à este el aumento ò diminucion de la cosa donada, si se confirma la donacion con la muerte de su padre (3); del mismo modo y por la propia razon debe pertenecer al hijo ò hija el de la que se le dona ò da estimada en dote, porque su padre se lo anticipa en pago de su legítima. Pero si la finca se hizo mas preciosa por la mera industria ò trabajo del hijo ò hija, como si estaba erial, y despues que la recibió la plantó de viña ú olivos &c., entonces si se le dió estimada, colacionará la estimacion que tenia al tiempo que su padre se la donó, y no la finca; y si inestimada, colacionará la misma finca por el precio que sin el beneficio que tenga se le dé, y no el importe de esta, porque es adventicio y extrinseco, y como trabajo suyo le toca privativamente (4).

6. Siendo muebles ò semovientes los bienes, ò de los que

1 Ley *Si inter virum*, Cod. *de jure dot.* Gom. en la 29 de Toro, num. 13, y en la 50. num. 44 Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 13. num. 39 al 42. Ayor. part. 1. cap. 10 num 9

2 Ley *Eleganter*, ff *de pignoratit. action.* y ley *Necessario*, ff. *de pericul. et commod. rei vendit*, Guerreir. ibi, num. 27 y 28.

3 Ley *Donationes quas parentes*, Cod. *de donat. inter vir et uxor.*

4 Greg Lop. en la ley 3. tit. 15. Part. 6. glos 6. Guerreir. dicho cap. 13. num. 36 al 38.

consisten en número, peso ò medida, y se apreciaron al tiempo de su entrega, es visto haberse dado su estimacion, y no los mismos bienes del donatario; y asi se debe colacionar su importe é inventariarse, aunque si existen al tiempo de la colacion en el mismo estado en que los recibió valgan menos; porque quien está à la utilidad debe estar à la pérdida, y respecto habérsele trasferido su dominio, es de su cuenta el incremento ò decremento que padezcan. No habiéndose estimado, los colacionará por el valor, que segun se hallen se les dé al tiempo de la particion, porque en este caso se presumen ser del difunto y existir en su herencia, por no haberse trasferido su dominio al donatario; y asi se han de valuar como tales, del mismo modo que los demas de la herencia (1). Todo lo dicho es lo que se debe y he visto observar, no obstante lo que expone Ayora impugnando los autores que lo resuelven en los términos propuestos.

7. Si los bienes dados en dote ò donados sin aprecio perecieron despues de la muerte del donante sin dolo ni culpa del donatario, no deben estimarse, porque no pertenecen à la colacion, pues en virtud de la obligacion de colacionarlos, se entiende haber existido en poder del padre, y que en el instante que falleció empezaron á ser comunes de la herencia, y asi es justo que para esta perezcan y no se colacionen (2). Si perecen por culpa ò dolo del hijo ò hija despues de muerto su padre, estarán obligados à colacionarlos como sino hubieran perecido, por el valor que tenian cuando los recibieron (3); porque el que por dolo ò culpa suya deja de poseer, se estima por poseedor (4); y asi como si existieran en su poder, los colacionaría por el valor que tenian al tiempo de percibirlos; del mismo modo debe colacionarlos no existiendo, respecto tener culpa en que no existan: en cuya atencion si el hijo por su irregular conducta y falta de juicio consume la legítima que su padre le dió, no le compete el mas leve recurso contra los bienes de este, porque el padre pudo hacerlo, y el hijo que consintió se perjudicó. Pero si dichos bienes no estimados perecieron en vida del padre

1 Castill. en la ley 29 de Toro, num. 41. Valasc. cap. 30. num. 9 al 11. *de partit.*

2 Ley 2. §. *de illis, quæ sine culpa*, ff. *de collation. bonorum.* Hermos. en la ley 3. tit 4. Part. 5 glos. 6. cit. num. 68. Guerreir. lib. 2. *de divis.* y cap 12. num. 200. Ayor. part. 1. cap. 3. num. 22.

3 Authent. *Quod locum*, Cod. *de collation.* Valasc. dicho num. 13. Hermos. ibi, num. 61 y 66 Baez. *de non meliorand. filiab.* cap. 16. num. 17 al 21. Guerreir. dicho cap. 12 num. 201.

4 Ley *Qui dolo*. ff. *de regul. jur.* Ley *De illo*, ff. *de noxalib. action.*

sin dolo ni culpa del hijo ó hija, no los colacionarán estos, ni dejarán por eso de ser admitidos à la herencia con igualdad à los demas herederos; porque si cuando son comunes de esta por la colacion, y por consiguiente conferibles, no la pertenecen; con mayor razon no la pertenecerán cuando perecieron y se consumieron en vida del padre, en cuyo tiempo eran del hijo, y no podia verificarse llegasen à ser de la misma herencia (1); y asi se entenderá mejorado en ellos, ò que no los hubo (2).

8. No solo debe la hija, disuelto su matrimonio, hacer restitucion del exceso de la dote que desde el tiempo de su constitucion fue inoficiosa, segun ya he dicho, sino tambien durante este, si se lo demanda su padre; ya porque la ley 29 de Toro lo ordena asi, y ya tambien porque la hija no puede ser mejorada, ni se entiende serlo tácita ni expresamente en contrato por razon de dote ni casamiento, segun la ley 6. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec., que en esta parte corrige la 29 de Toro, y por otras razones que dan los autores (3).

9. Acepte ò repudie la herencia la hija à quien su padre dotó en vida, no tiene obligacion de restituir los frutos que produjo la finca dotal antes de la muerte de su padre, lo cual es indudable, y aun tampoco los frutos producidos despues de dicho tiempo; pues desde que se le entregó la finca la hizo suya, y pudo disponer de ella como propia; pero si la dote fue inoficiosa ò excesiva, tendrá que devolver la parte de frutos correspondiente al exceso percibida desde la muerte del padre, y si la dote consistió en dinero, igual parte de sus intereses, desde que se la interpeló, puesto que el contrato dotal fue nulo en dicho exceso; y como hasta que la hija hizo la colacion no se supo si la dote era ò no inoficiosa, fue poseedora de buena fe de todo, y como tal adquirió no solo los de la verdadera dote ò legítima, sino tambien los del exceso hasta la interpelacion: à cuya consecuencia si el donante revoca en vida, como puede hacerlo, el exceso de la dote, y hace saber à su hija y yerno la revocacion, deberán restituir desde entonces los frutos de lo inoficioso, pues à mas de no valer el contrato dotal en el exceso desde su constitucion, por constarles su nulidad y revocacion, son poseedores de mala fe, y estos no adquieren los frutos.

1 Valase dicho num. 13. vers. *Quod si res datæ in dotem.* Hermos. ibi, num. 69 y 70.

2 Acerca de esto, y de si el padre está ó no obligado á dotar segunda vez á la hija que perdió por su culpa ó sin ella la primera dote, véase á Baez. *de non meliorandis filiabus*, cap. 6.

3 Gom. en la ley 29 de Toro, num. 34. Matienz. en la 1. tit. 2. glos. 4 num. 7, y en la 3. tit. 8. glos. 5 num. 3. lib. 5. Rec. Ayor. part. 2. quæst. 20 num 64 y 65.

10. En orden á si el hijo deberá restituir los frutos de lo que le han donado y entregado en vida sus padres, se ha de distinguir: si esto excede à su legítima y mejora, deberá, acepte ò repudie la herencia, devolver el exceso desde que se le interpeló é hizo saber este, que es cuando se constituyó poseedor de mala fe y no antes, por no haber sido nulo el contrato desde el principio, como en el exceso de la dote (1), puesto que para ver si la donacion es ò no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta la cual se ignora, y como se revoca con motivo de lesion en la legítima, y esta no se debe hasta el fallecimiento del padre, por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y solo desde entonces se deberán los frutos de lo inoficioso. Pero si no hay exceso, hizo suyos todos los frutos percibidos mientras vivió, y despues que murió el donante, como poseedor legítimo de lo que la ley permite, y su padre pudo darle.

1 El autor da aqui á entender que quien posee alguna cosa en virtud de título nulo, es poseedor de mala fe, aunque en el párrafo anterior ha dicho, y con razon, que el contrato dotal es nulo en el exceso de la legítima, y que sin embargo la muger es poseedora de buena fe de toda la dote, por cuyo motivo adquiere tambien los frutos correspondientes á dicho exceso. *Febrero reformado.*

CAPITULO SEPTIMO.

¿Si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes, y que por su muerte han de colacionar, como tambien de la cuarta marital, deberán ó no deducirse las mejoras hechas, y entregadas ó no á ellos mismos ó á otros mejorados, antes ó despues de la entrega de los bienes colacionables?

§. 1. De las reglas que deberá tener presentes el contador como preliminares, para el acierto en la materia de este capítulo.

2. Regla primera.

3. Regla segunda.

4. Regla tercera.

5. Regla cuarta.

6. Regla quinta.

7. Por nuestro derecho está mandado que el tercio y quinto de mejora no se deduzca de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion y particion.

8. La disposicion anterior se amplia á la dote prometida igualmente que á la entregada.

9 y 10. Limitaciones de la doctrina sentada en el párrafo 7.

11. Se resuelve la cuestion siguiente. Dando prestadas el padre ó la madre en una ó mas ocasiones al hijo ó hija que estan fuera de su poder algunas cantidades para atender á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio ó quinto, habiéndose obligado el hijo ó hija por vale ó escritura á devolvérselas, como prestadas, y no cumpliéndolo, ¿se deducirá de su importe el tercio ó quinto?

12 hasta el 19. Modo de deducir la mejora cuando el testador hizo en vida donacion simple, que no completó el total de aquella, á un hijo (en cuyo caso se entiende este mejorado), y despues por última disposicion mejoró á otro expresamente en el tercio y quinto de sus bienes.

20 y 21. Si el padre por contrato oneroso ó irrevocable hubiese mejorado expresamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos, ó si le hizo donacion con causa, y despues por última voluntad le mejoró en dicho tercio, ¿para la deduccion de la mejora deberá ó no hacerse la acumulacion verbal y numeraria de lo entregado al hijo en vida, ó se ha de sacar solamente

de los bienes que el testador deja por su muerte, y luego unir el residuo con lo entregado para dividirlo todo igualmente entre los herederos como legítima?

22. Modo de deducir la mejora en el caso siguiente. Cuando el padre teniendo, por ejemplo, cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* su legítima corta ó diminuta en el concepto de tal, quedándose solamente con el tercio y quinto de los bienes que á la sazon posee, y despues mejora á uno de ellos, no dejando al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó.

23. Legando el ascendiente en última voluntad á un hijo ó descendiente ó á algun extraño el quinto de sus bienes, ó disponiendo de él á favor de su alma, ¿se deberá deducir solamente de los que se encuentren en su herencia cuando muera, ó tambien de los que colacionan los hijos por habérselos dado en vida?

24. La cuarta marital no debe computarse para la deduccion del tercio y quinto.

25. Tampoco se computará la cuarta aun cuando el marido hubiese mejorado irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse segunda vez; pero si intervino entrega de parte de la mejora al mejorado, se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al contraer el matrimonio ya no eran suyos.

1. Para la debida inteligencia de lo que va à tratarse en este capítulo recapitularé aquí parte de la doctrina que tengo explicada, reduciéndola à las cinco reglas siguientes, que debe tener presentes el contador para hacer la cuenta con la justificacion debida.

2. Regla primera. Los ascendientes pueden mejorar expresamente en vida y muerte à alguno ó algunos de sus legítimos descendientes con causa ó sin ella, y por contrato revocable ó irrevocable, entregándoles ó no el todo de la mejora, segun expuse en el libro 2, título 2, capítulo 4; ó parte en vida y parte en muerte; pero la mejora no puede ser mas que una en ambos tiempos, ya sean uno ó muchos los mejorados, y asi se ha de dividir entre todos igualmente, ó à proporcion de la voluntad tácita ó expresa del mejorante, pues de lo contrario se defraudarian las legítimas de los que no fuesen mejorados, lo cual resiste el derecho.

3. Regla segunda. Pueden dichos ascendientes hacer á los descendientes donacion durante su vida en uno de dos conceptos: ó expresando que es á cuenta de su legítima, y entonces no se entienden mejorados en el importe de lo donado, por lo que deberán colacionarlo como tal, y se les imputará en ella para igualarse en todo con los coherederos, á cuyo fin se unirá al cúmulo de los bienes inventariados partibles, y si resultase tener recibido mas de lo que por ella les toque, lo restituirán porque no fueron mejorados; si menos, se les dará el resto; y si cubre solamente la legítima, ni tendrán que tomar ni que restituir: ó sin expresar á cuenta de que se la hacen, y en este caso no verificándose algunas de las causas referidas en el párrafo 54 del capítulo 5, se conceptuará donacion simple, y al donatario ó donatarios por mejorados tácitamente en la cantidad á que ascienda, la cual se les ha de contar como mejora, para que si el donante hizo posteriormente otra expresa, respecto no haber podido extenderse ni hacerla en mas de lo que importase la de los bienes entregados, unidos con los que dejó por su muerte, se entienda parte del total de ella la donacion, y el mejorado expresamente no lleve mas que el residuo, como lo manda la ley 26 de Toro; pues la mejora expresa posterior no revoca la tácita anterior, excepto que el mejorante lo diga claramente; y así ambos se entenderán mejorados en su respectiva parte: en consecuencia no habiendo mejora posterior á la donacion, si esta excede al tercio y quinto y legítima que le debe tocar, se revocará en el exceso como inoficioso (1), y deberá restituirlo á los coherederos: si no completa el total del tercio y quinto de los bienes del testador, se deberá contentar el donatario con lo donado, porque es visto que el testador en nada mas quiso mejorarle: si lo completa solamente, lo llevará como mejora: si excede algo al importe de esta, se le aplicará el exceso en parte de pago de su legítima: alcanzando para esta y para la mejora, y no mas, se le dejará en pago de ambas, y nada tendrá que recibir. Ultimamente si el testador manda en su última disposicion que de lo entregado en vida al donatorio ó dotada, colacione cierta parte ó cantidad, y lo restante no; y mejora á otro expresamente en el tercio y quinto de los bienes que deje; en este caso se unirá al caudal líquido lo que quiso no colacionase, á fin de sacar la total mejora de todo, y ver cuanto toca á cada uno por parte de ella, y deducida, se agregará al residuo del

1 Ley *Si totas*, 5, y ley *Si mater*, 7. Cod. *de inofic. donation.*

caudal lo que le mandó colacionar en pago de legítima, lo que se le aplicará en vacío, como recibido en cuenta de esta, sacando ante todas cosas el quinto de solos los bienes inventariados y no de los colacionados.

4. Regla tercera. Para la computacion de la mejora, ya sea del tercio y del quinto separados, ó de ambos juntos, se ha de atender siempre al valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, que es cuando se debe la legítima, porque asi lo ordenan las leyes 19, 23 y 29 de Toro, y no á aquel en que hizo la donacion ó mejora, quiero decir, que si cuando la hizo tenia muchos bienes, y cuando fallece deja pocos, ó al contrario, no se ha de atender para deducirla á lo que ascendian al tiempo de su constitucion, sino al de su fallecimiento; por lo que si juntos numéricamente los bienes donados con los que constan en el inventario, resulta inoficiosidad, ya sea en lo que corresponde al mejorado por su mejora y legítima, ó al que no lo es por esta sola, debe restituir el exceso á los coherederos.

5. Regla cuarta. La colacion (hablo de los bienes y gastos que no estan exentos de colacionarse, ni gozan este privilegio) se hace para uno de dos efectos, ó para igualarse todos los herederos, cuando lo que se colaciona se dió, gastó y entregó expresamente en cuenta de legítima, ó en este concepto se entiende dado, como la dote y donacion causal, necesaria ó coactiva, que se deben imputar en ella (1) (y esta es la propia y verdadera colacion de que tratan las leyes); ó para deducir mejora de los bienes del difunto, cuando á cuenta de ella, siendo expresa, dió algo en vida al mejorado, ó le hizo donacion simple que se entiende mejora tácita, y no se imputa en legítima, y asi se llama impropiamente colacion, porque no sirve para igualar á los herederos, que es uno de los fines y el principal porque se introdujo, sino meramente para ver si cabe ó no en el tercio y quinto, de que en vida y muerte pudo disponer. Si lo donado fue á cuenta de legítima, y no hay mejora, se ha de agregar al total líquido partible, para que todos los partícipes en la herencia queden igualados: si hay mejora posterior, despues de sacada esta solamente de los bienes inventariados, se hará agregacion de lo donado al total líquido, para ver si es ó no excesivo á la cantidad á que puede extenderse el testador en vida y muerte: si lo donado en vida fue parte en cuenta de mejora, y parte de le-

1 Ley 4. tit. 15. Part. 6 Ley *Inter filios*, Cod. *Familiæ erciscund.* Ley *Ut liberis*, Cod. *de collationib.*

gítima, y mejora tambien á otro en muerte, se ha de sacar el quinto de solos los bienes inventariados, y para la deduccion del tercio unirse al residuo lo donado en parte de mejora, á fin de ver á cuanto asciende, y cuanto toca á cada mejorado por él; y sacado el tercio se agregará al resto lo donado en cuenta de legítima, y su total (como que es de una naturaleza) se dividirá igualmente entre todos los herederos, aplicando en vacío al colacionante lo que tiene recibido, como dejo sentado.

6. Regla quinta. Asi como cuando no hay mejora tácita ni expresa se colaciona el valor de los bienes recibidos por cuenta de legítima, y se agrega verbal y numéricamente al cúmulo de los inventariados, para igualar en el todo de unos y otros á los herederos que nada recibieron en vida de su ascendiente, del mismo modo se debe acumular ó agregar cuando la hay tácita ó expresa, sin haber precedido dote ni donacion, para que ni el mejorado lleve mas de lo que como tal le corresponde en vida y muerte, ni sea perjudicado, ni tampoco los coherederos, porque el testador los entregó en el propio concepto para este efecto y con esta intencion, y por esto se gradúan como existentes en poder del ascendiente; pero si precedieron á la mejora alguna dote ó donacion *propter nuptias*, ú otra que el testador entregó á cuenta de legítima, no se han de acumular al total de la herencia para deducirla de ellas, y que sea mas cuantiosa, porque la ley 25 de Toro prohibe que se saque de las dotes y donaciones precedentes colacionables. Lo que en este caso se debe practicar es, deducir primero la mejora no entregada de solos los bienes inventariados partibles, y despues de separada unir el importe de la dote ó donacion al residuo de ellos, como que todos son de la clase y naturaleza de legítima, y hecho todo esto un cuerpo, dividirlo como legítima entre todos los herederos, aplicando á la dotada ó donatario en vacío, ó entrada por salida, lo que tiene recibido, y dándole lo que le falte al complemento de su haber. Y si la mejora ó parte de ella se entregó, se ha de unir á los bienes inventariados su importe, y deducido su total, agregar al resto la dote y donaciones colacionables, y luego dividirlo todo, como legítima en la forma expuesta.

7. Sentadas como indispensables estas cinco reglas ó advertencias para la clara inteligencia del modo de deducir las mejoras segun los casos ocurran, digo: que por derecho romano (1)

1 Ley 3. §. 1. ff. *de collation bonor.* ley final, ff. *de dotis collation.* ley *Si soror*, y ley *Ut liberis*, Cod. *de collation.* y Authent. *Unde si parens*, Cod. *de innoffic. testam.* Matienz. en la ley 9. tit. 6. lib. 5. glos. 1. num. 2.

se permitia sacarlas ó deducirlas de los bienes que los descendientes colacionaban, ó de su importe, de suerte que à los colacionantes se quitaba la parte correspondiente de lo que ya poseian, porque por la colacion se contemplaban como existentes en el patrimonio del difunto; y como si nunca hubieran salido de este, se constituian hereditarios, al modo que los que tenia en su poder: pues por el hecho de estar obligados los colacionantes à colacionarlos, no se entendian mejorados en el exceso de lo que por sus legítimas les correspondia, y asi debian restituirlo à los coherederos, no mandando lo contrario sus ascendientes ó donantes. Pero por nuestro derecho está prohibido que se vuelvan à la herencia, y que se saquen el tercio y quinto no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias* sino de las demas donaciones colacionables, segun lo ordena la ley 25, que es la 9. tit. 6 lib. 10. Nov. Rec. que dice: *El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador non se saque de las dotes y donaciones* propter nuptias, *ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion y particion.* Asi que precediendo la dote dada à la hija, ó la donacion entregada al hijo (ya sea *propter nuptias*, para que se case con muger determinada, ó solamente para que se case sin nombrarla, que llaman *donacion por causa del matrimonio* (1), ó ya sea hecha sin causa, si se entregó expresamente à cuenta de legítima), no se debe sacar de su importe la mejora posterior hecha por el testador, ni parte de ella, ni colacionarse sino para efecto de igualarse con los coherederos en sus legítimas, ni tampoco acumularse con el importe de los bienes líquidos inventariados, para que la mejora sea mas cuantiosa si le cabe en su haber. Lo primero, porque despues que el padre ó madre dotaron á la hija, ó en vida hicieron donacion al hijo, y se desprendieron de los bienes que les entregaron, quedaron privados de toda accion y facultad para disponer de ellos, pues por su entrega se constituyeron del patrimonio de los mismos hijos à quienes se trasfirió su dominio: lo segundo, porque si se sacase de dichos bienes ó de su importe el de la mejora posterior, se disminuirian la dote y donaciones anteriores, tocando menos por su legítima á los donatarios y dotada, y teniendo que restituir parte de ellos solo porque tuviese mayor utilidad el mejorado, lo cual seria injusto; y aun cuando no se disminuyesen ni tuviesen que restituir porque

1 Angul. en la ley 9. tit 6 glos. 4. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 65. num. 9. Castill. lib. 4. *Controver.* cap. 16. num. 44.

les cupiese en su haber, llevarian por sus legítimas menos que lo que les tocaria y debian percibir à no deducirse de ellas la mejora: lo tercero, porque esta es siempre respectiva à los bienes que el padre y la madre tienen y poseen al tiempo de su muerte, y no à los que no existen en su poder entonces (1). Fuera de esto jamas se juzga que ninguno quiere disponer ni dispone de los agenos, sino de los propios (2); y no siendo del mejorante los que tenia entregados, no es visto disponer de ellos. Por estas razones para ver si la dote entregada à la hija le cabe ó no en su legítima no se saca el quinto de su importe sino del de los bienes que deja el donante, como expuse en otro lugar, ni tampoco se une ni debe unir à ellos sino à su residuo, para que de este modo sea de los que tenia y poseia, y no de los que ya no existian en su dominio.

8. La disposicion de esta ley parece tendrá lugar únicamente en la dote entregada, y no en la prometida à la hija casada y velada, atendidas las palabras *trajeren á colacion y particion* con que está concebida, pues denotan y suponen estar ya en poder del yerno ó hija à quien fue ofrecida, por no deberse decir que confiere lo que no tuvo ni tiene. Ademas la mejora se debe detraer de los bienes que el difunto poseia al tiempo de su muerte, segun las leyes 19 y 23 de Toro; y como estos existian entonces en su poder por no estar entregados todavía à la hija à quien los prometió, parece claro que se ha de deducir íntegramente de ellos. Sin embargo se debe ampliar à la dote prometida igualmente que à la entregada; porque los bienes prometidos, aunque existen en poder del testador, no son suyos por estar obligado à su entrega; y asi es lo mismo que si estuvieran entregados, pues la hija y su marido luego que se perfeccionó su casamiento adquirieron derecho à que se los entregase; por lo que se contempla existen interina y confidencialmente, ó en depósito, en poder de su padre, el cual puede ser compelido à su entrega; y como la herencia y mejora se deben sacar de lo que realmente es suyo, por no titularse asi ni serlo lo que está debiendo, ni conceptuarse que existe entre los bienes de alguno aquello à que está obligado, por ser lo propio para el caso estar prometido que pagado, y fuera de su poder; por eso se amplia la disposicion de la ley 25 inserta à la dote prometida, como si

1 Gom. Castill Tello y Avendañ. en la ley 25 de Toro, num. 1. Matienz en la ley 9 cit. tit. 6. y glos. 1. num. 3 y sig. Castill. dicho cap. 16. num. 38.

2 Ley *Conficiuntur*, §. 1. ff. *de jure codicillor.* Authent. *Ingressi*, Cod. *de sacrosanct. Eccles.*

estuviera entregada (1). Lo mismo procede para con la donacion *propter nuptias* y otras donaciones con causa, aunque no esten entregadas, si estan prometidas, porque versa identidad de razon (2).

9. Lo dicho en el párrafo 7 se limita en dos casos: el primero, cuando el testador mejoró irrevocablemente en el tercio y quinto de todos sus bienes à un descendiente, y despues hizo donacion *propter nuptias* ú otra con causa necesaria (que es colacionable como legítima) à otro descendiente; pues entonces se deducirá y exigirá efectivamente la mejora: la razon es porque el ascendiente tiene facultad legal de mejorar irrevocablemente en contrato à alguno ó algunos de sus legítimos descendientes en el tercio y quinto de sus bienes; y constituyendo en esta forma la mejora, adquiere el mejorado derecho à su importe en el todo, no solo de los que tiene al tiempo de su constitucion sino de los que despues adquiera hasta su muerte; y respecto à que los que desmembra de su caudal con la dote y donaciones posteriores, son y deben entenderse parte de legítima de la dotada y donatarios, y no mas (pues el donante à ningun otro descendiente puede mejorar ya por las razones que se dijeron tratando de las mejoras); es claro que siendo esta irrevocable, y precediendo à las donaciones, se ha de deducir de ellas, no conceptuarse mejorado en cosa alguna el donatario posterior, y para hacer la deduccion acumularse al líquido caudal inventariado y partible; pues de lo contrario serian ilusorias la ley 17 de Toro y las demas que constituyen irrevocable la mejora, y repugnantes entre sí la misma ley 17 y la 25. Ademas de esto estaria en la libre potestad y arbitrio de los mejorantes el defraudar à los que habian mejorado, y en perjuicio de estos disponer despues de sus bienes como quisieren, sin dejarles que heredar en concepto de mejorados, à pretexto de ser onerosas las donaciones posteriores; por lo que ninguna duda queda que en el caso propuesto se ha de deducir la mejora irrevocable precedente de la dote y demas donaciones posteriores, y para ello considerarse y acumularse su importe, como si existiera entre los bienes partibles; y si lo donado excede à lo que al donatario ó dotada toca que percibir por su legítima di-

1 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst 61. num. 1. Avendañ. en la ley 35 de Toro, glos. unic. desde el número 10 hasta el fin Angul. en la ley 9. tit. 6 lib. 5. glos 3. num. fin. Castill. lib. 4. y cap. 16. dicho num. 46.

2 Ley *Si quis argentum*, §. *Si autem*. Cod. *de donat.* Angul. en la ley 10. tit. 6. glos. 7. num. 2 al 6. Valasc. consult. 3. Castill. ibi.

minuta, lo deben restituir (1). Esto se entiende á menos que al tiempo de hacerse la donacion del tercio y quinto se parte que ha de surtir el efecto, y circunscribirse al tiempo en que se hace, y no al de la muerte del mejorante, pues en este caso no se deducirá de las dotes y donaciones posteriores, porque los contratos reciben la ley del convenio de los contrayentes (2), y este pacto puede hacerse por no estar prohibido.

10. El segundo caso de excepcion es cuando la dote fue inoficiosa, y el padre mejoró posteriormente á algun hijo; pues entonces mediante á que la hija no puede ser mejorada en contrato por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni expresamente (3), si se verifica su inoficiosidad, debe restituir el exceso á los coherederos; y como este se constituye de la herencia y patrimonio del difunto por la colacion y restitucion, del mismo modo que los demas bienes que se encuentren en su poder; por eso se debe deducir la mejora, no solo de estos sino tambien de aquel; pues en cuanto á él jamas valió la constitucion dotal, y por lo mismo vuelve al donante (4), el cual puede pedirlo en vida y renovarlo, porque lo que por derecho no surte efecto no presta impedimento (5). Mas la limitacion de este segundo caso se entiende cuando resulta la inoficiosidad, considerados y unidos los bienes con que la hija fue dotada, y los que dejó su padre bajado el quinto de estos, y no cuando se verifica solamente por causa de la deduccion del tercio, pues en este caso parece no estará obligada á restituir el exceso de la legítima disminuida, que por deducir el tercio aparece tocarla, porque la ley que prohibe que sea mejorada en contrato, no veda que lleve la legítima completa de todos los bienes del testador, ni manda que esta se compute y considere despues de sacada la mejora, ó que se deduzcan primero el tercio y quinto, para ver si le cabe ó no lo que tiene tomado. Tampoco lo expresan las preces que hizo el Reino, y dieron motivo á su creacion, ni de ellas se infiere, antes si que la dotada lleve su legítima larga; ni por consiguiente resulta inoficiosidad al tiempo de su constitucion, ni al de la muerte; y como en aplicársela íntegra no se infringe su precepto porque no hay, ni

1 Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 62. Avendañ. en la ley 25 de Toro, num. 2. y Tello num. 3. Matienz. en la 9. tit. 6. lib. 5. glos. 3. num. 2. Ayor. part. 3. quæst. 27. num. 85. Hermos. en dicha ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6 num. 87. Escobar. comput. 1. num. 11. al 13.

2 Ley *Contractus*. ff. *de regul. jur.* Tello ibi. Escobar ibi

3 Ley 1. tit. 1. lib. 10 Nov. Rec.

4 Ayor. dicha quæst. 27. num. 86 y 87. Angul. en dicha ley 9. glos. ultim. num. fin.

5 Regla *Non præstat*, *de regul. juris*, in 6.

se verifica mejora que el testador haya hecho ni pactado, ni tenido intencion de hacer á su favor, y lo que no está prohibido se entiende permitido; por eso cuando fue dotada antes que se hiciese la mejora, se la ha de aplicar todo lo recibido, si la cabe en su legítima larga ó completa, separando únicamente el quinto de los bienes que deja el mejorante, porque á este ningun derecho tiene por ser privativo de su padre; asi como por el contrario cuando la mejora precede se debe deducir de la dote recibida, y cabiéndole despues de separado el quinto, nada deberá restituir, porque nada mas lleva que la legítima íntegra ó completa de todos los bienes del testador, que era la que la podia tocar si entonces se partiesen, y lo que el Reino quiso y pretendió se le diese y percibiese, ni por consiguiente resulta inoficiosidad. No obsta decir que los hijos no mejorados llevan menos que ellas por sus legítimas en el referido caso; pues esto proviene de la disposicion de las leyes, y del testador por haber hecho mejora: y asi aunque parezca de mejor condicion que ellos, no se entenderá mejorada por no haber tal mejora, ni intencion de hacerla, y ser eventual el que la toque la legítima íntegra, y á los coherederos no mejorados la diminuta; pues nunca percibe mas que lo que el Reino pretendió percibiese, y la pragmática no le privó de tomar; por lo que si la ley 25 de Toro, que prohibió sacar mejora de las dotes y donaciones, hubiera querido limitar este caso, lo hubiera expresado, ó prevenídolo la pragmática de Madrid, que mandó que las hijas no fuesen mejoradas; y pues no habla de él, no se las debe quitar lo que las leyes no las quitan; pero si cabe solamente, incluyendo y no deduciendo el quinto para el cómputo, debe restituir el importe de este al cúmulo de la herencia, ó al legatario ó mejorado en él, si lo hay, porque este no es legítima, y de consiguiente quedarse con él (1).

11. Ofrécese ahora la siguiente cuestion. Dando prestadas el padre ó la madre en una ó mas ocasiones al hijo ó hija que estan fuera de su poder algunas cantidades para subvenir á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio ó quinto, habiéndose obligado el hijo ó hija por vale ó escritura á devolvérselas como prestadas, y no cumplídolo, ni demandádoselas sus padres judicial ni extrajudicialmente, ¿se deducirá de su importe el tercio ó quinto? A primera vista parece que sí, porque

1 Ayor. part. 3. y quæst. 27. cit. num. 88 al 90, y part. 4. exempl. 5. vers. *Sed quid erit si post dotem datam á patre*, y siguientes.

el hijo é hija que está fuera del dominio paterno pueden tratar con sus padres sin obstáculo legal, al modo que el extraño; es asi que si este fuera el deudor, se sacarian el tercio y quinto de lo que importase su deuda, como que era parte del caudal del difunto; luego deben sacarse tambien de la del hijo ó hija. Apesar de este argumento que parece concluyente, y de la obligacion constituida por el vale ò escritura, digo que cabiendo lo prestado en el haber ó legítima que corresponde al hijo ó hija, no debe graduarse de mutuo, sino de anticipacion hecha en parte de su herencia, y que por consiguiente tampoco deben desfalcarse ni sacarse de su importe el tercio ni quinto, aunque el mismo mutuario sea el legatario ò mejorado en ellos. Lo primero, porque los hijos son acreedores legales y naturales á los bienes de sus padres, y cuasi dueños de ellos, y no deudores con obligacion coactiva de responsabilidad tan estrecha como los extraños, y no se debe llamar deudor de otro, ni lo es el que de rigorosa justicia tiene derecho claro y expedito à sus bienes, sino al contrario se considera como acreedor suyo: lo segundo, porque contemplando el derecho que tienen los hijos á los bienes de sus padres, á quienes naturalmente han de sobrevivir y heredar, y la necesidad con que les piden los socorros, se debe entender que sus padres, que no la ignoraban, no se los dieron en concepto de préstamo, como si fueran extraños, sino que se los anticiparon en cuenta de su legítimo haber; por lo que su importe no se debe conceptuar deuda á favor del caudal para efecto de reducir tercio ni quinto de él, sino por incremento suyo para el fin de imputarlo à los donatarios como recibido en parte de su legítima, y para el de que no puedan pretender esta íntegra, como si nada hubieran tomado, ni defrauden ni disminuyan por este medio el haber de los coherederos: lo tercero, porque la ley 25 de Toro, que prohibe sacar tercio y quinto no solo de las dotes y donaciones *propter nupcias*, sino tambien de las otras donaciones que los descendientes legítimos colacionan, habla generalmente, sin distinguir ni mencionar la cualidad, condicion ni requisitos con que se han de hacer y recibir las donaciones; y para prohibir que del importe de estas se dedujese el tercio y quinto se fundó en que estos se refieren à los bienes que el donante tiene en su poder al tiempo de su muerte, ó como suyos le pertenecen, y sus herederos pueden exigir del verdadero deudor; y en que lo donado no era ya de aquel por haberlo entregado (como pudo) en vida à quien indispensablemente le habia de heredar, y no era justo dispusiese de lo que

no era suyo: lo cuarto, porque las leyes imponen à los descendientes legítimos la obligacion de colacionar lo que reciben, de la que no pueden eximirse aunque quieran, ya sea á cuenta de legítima ó de mejora, y no la de volverlo á sus ascendientes: lo quinto, porque no es creible ni aun presumible que los padres que dan á sus hijos algunas sumas para socorrerse, se las entreguen con esperanza de que se las han de pagar, aunque se lo ofrezcan, sino á cuenta de lo que les ha de corresponder por su muerte, y por eso la ley que no lo ignoraba, no exceptuó ni tuvo necesidad de exceptuar este caso: lo sexto, porque el estimar como préstamo mutuo lo donado en el presente caso, seria querer que los hijos restituyesen á la herencia de sus padres lo que al instante habian de volver á percibir indispensablemente por corresponderles de rigorosa justicia, y hacer un círculo irregular y vicioso; y lo séptimo, porque aun suponiendo que al principio fuese en la intencion de todos préstamo, y como tal se gradúe, sin embargo de que el mutuario por la naturaleza de este contrato está obligado á volver al mutuante ó á sus herederos, no la misma cosa que le prestó, si no quiere, sino otra de idéntica especie, cantidad, calidad y bondad, no obstante que la mutuada se pierda, queme ó se la hurten, por no corresponderle accion alguna à retenerla ni á quedarse con su importe en vida ni por muerte del mutuante; esto se entiende para con el mutuario extraño, cuya deuda y obligacion de pagarlas subsisten siempre en su fuerza y vigor, aunque el mutuante fallezca, por no haber ley que de ellas le exima hasta que se extinguen por la solucion, liberacion, novacion, compensacion y por otros medios que señala el derecho. Mas esto no tiene lugar en el heredero forzoso, porque no solo se constituye dueño de lo mutuado, al modo que el extraño en el momento que lo recibe, sino tambien cuando el mutuante su ascendiente fallece, si le cabe en su haber, como que es su heredero legítimo, por cuyo motivo, y porque ninguna ley le precisa á que pague y luego repita, la obligacion de restitucion ó devolucion que tenia contraida, espira como tal en el mismo instante que fallece su ascendiente; muda de cualidad y naturaleza por las circunstancias de los interesados; y por disposicion legal se convierte en la de compensarlo, y admitirlo como anticipado y entregado á cuenta de su parte de herencia sin descuento ni desfalco, y á este efecto puede retenerlo en su poder como propio, respecto caberle. Por estas razones, y porque el mutuario descendiente goza de prerogativas que no competen al extraño, y el mejorado ó legatario no

es acreedor por contrato oneroso, no se les debe juzgar por las mismas leyes, ni equipararse los dos. Así que no se ha de agregar lo que se diò al mutuario al acervo del caudal en concepto de deuda simple, real y verdadera, como la del extraño, para que de todo se deduzcan el tercio y quinto, sino en el de colacionable, á fin de que se le impute en vacío, como recibido; y si el ascendiente en su última disposicion le manda colacionarlo, cesa la duda de haber sido su ánime dárselo á cuenta de su haber, aunque suene prestado. Pero si en los resguardos se expresa *que lo donado se ha de tener y estimar por caudal del donante, como si al tiempo de morir existiera en su poder, y el hijo ò hija fueran extraños, y que en este concepto ha de poder disponer de él, del mismo modo que del que tenga entonces sin diferencia, y no reputarse anticipado en parte de pago de su haber, sino real y efectivamente prestado, á cuyo fin se reserva esta facultad*; en tal caso, á consecuencia del consentimiento del mutuario y del pacto reservativo, que ninguna ley prohibe, si el donante no lo limitase, suprimiese ó derogase posteriormente, se podrán sacar tercio y quinto de lo entregado á sus hijos en la propia forma que de lo que tiene en su poder cuando fallece; y lo mismo se deberá practicar, aunque no intervenga pacto, si el donante lo demanda en vida al donatario, aunque sea extrajudicialmente, y no le manda luego colacionarlo, porque en ambos casos está clara su voluntad.

12. Cuando el testador hizo en vida donacion simple que no consumió ni completó el total de la mejora á un hijo, en cuyo caso este se entiende tácitamente mejorado, y despues por última disposicion mejoró expresamente á otro en el tercio y quinto de sus bienes; hay diversidad de opiniones acerca del modo de deducir la mejora, para cuya inteligencia pondré prácticamente el caso. »Un padre que tenia tres ò mas hijos, donó en contrato simplemente, y entregó al uno de ellos diez mil reales, ò una finca ò cosa que los valia: despues mejoró expresamente en testamento ò en otra última disposicion à otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes, y el líquido caudal partible que por su muerte se inventarió y halló pertenecerle fueron ciento veinte mil reales." Es preciso buscar el modo justo de hacer la cuenta para que ni el donatario sea perjudicado en lo que ya tiene recibido, y en que se entiende mejorado, segun la ley 26 de Toro, ni el mejorado en testamento por su mejora, ni los demas hijos en sus legítimas diminutas; y tambien para que pudiendo cumplirse la voluntad del mejorante se observe en el

todo. Es punto frecuente en las particiones, digno por su gravedad de mucha atencion, y en su resolucion titubean muchos por el diverso modo de pensar de los autores; y así procuraré instruir al contador de lo que debe hacer para que no yerre ni perjudique á los interesados. Mas antes de resolver cual de las opiniones se ha de seguir, debo sentar que la cuenta se puede hacer de cuatro modos. El primero es deducir la mejora expresa de solo el importe de los bienes inventariados, y entonces el mejorado en testamento conseguirá como tal cincuenta y seis mil reales, á que ascienden el tercio y quinto de los ciento veinte mil reales inventariados; pero de este modo se defrauda la legítima en los diez mil entregados en vida al donatario, en los cuales se entiende mejorado, y por consiguiente este modo de sacar la mejora, como ilegal y gravoso á los no mejorados, de ninguna manera se debe adoptar, en lo cual convienen todos los autores.

13. El segundo modo es deducir de lo donado un tercio y quinto, y del importe de los bienes inventariados otro tercio y quinto, v. gr. de los diez mil de la donacion sacar cuatro mil seiscientos sesenta y seis y dos tercios, que son el total de su tercio y quinto, y dejar para legítimas los cinco mil trescientos treinta y tres y un tercio restantes, y de los ciento veinte mil los referidos cincuenta y seis mil, y el residuo que son sesenta y cuatro mil para legítimas tambien; en cuyo caso compondrá el total de la mejora, dividida entre ambos mejorados, sesenta mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios, y quedarán para legítimas sesenta y nueve mil trescientos treinta y tres y dos tercios. Este modo de jirar y deducir en nada perjudica las legítimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento; pero sí al donatario, porque de lo que ya es suyo como mejora se le quita para legítimas mas de la mitad, que son los cinco mil trescientos treinta y tres reales y dos tercios de dos, sin estar obligado á restituirlos por no resultar inoficiosidad. Esto no solo lo prohibe la ley 25 de Toro, sino que aun cuando el testador lo mande, no debe ser obedecido, ya porque la donacion primera irrevocable no se disminuye por la segunda, segun derecho (1), ya tambien porque en la donacion simplemente hecha no se puede imponer despues condicion ni gravamen (2), y últimamente porque lo donado era del donatario, y el testador ca-

1 Ley *Qui fuit quæstionis*, ff. *de collation. honor.*

2 Ley *Perfecta donatio*, Cod. *de donationib. quæ sub modo.*

recia de potestad para gravar lo ageno, quitarlo à quien lo tenia y disponer de ello. Por consiguiente tampoco es adaptable ni debe seguirse este método.

14. El tercer modo es unir y acumular verbal y numéricamente los diez mil reales entregados en vida á los ciento veinte mil inventariados, y compondrán ciento treinta mil; deducir de estos el total de la mejora, que importa los mismos sesenta mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios; dejar al donatario los diez mil que en cuenta de mejora tácita tiene en su poder, y debe colacionar en este concepto, para que no perciba mas de lo que el donante pudo dar en vida y muerte à entrambos mejorados, y luego aplicar al que lo fue en testamento los cincuenta mil seiscientos sesenta y seis y un tercio de dos restantes para el mismo efecto. Este modo de hacer la cuenta es el que siguen los autores (1), y lo observan los contadores de la Corte inteligentes en particiones, porque con él ninguna ley se infringe, ni se perjudican ni disminuyen las legítimas ni mejora tácita ni expresa, y es lo mismo que si todos los bienes entregados existieran en poder del mejorante, y este dejara en su testamento á cada uno la propia porcion; pues por la colacion se constituyen como existentes en èl, y se hacen de su herencia.

15. El cuarto modo es sacar la mejora únicamente de los ciento veinte mil que importan los cincuenta y seis mil referidos, y de estos bajar los diez mil entregados en vida al donatario como mejora tácita, y entonces quedará reducido el total de ambas partes de mejora á solos cuarenta y seis mil reales, y por consiguiente aunque el donatario no será defraudado, ni tampoco las legítimas, pero el mejorado en testamento no llevará el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo à su favor de todos sus bienes en vida y muerte, como pudo, porque le faltan cuatro mil seiscientos sesenta y seis reales y dos tercios para completarla. Este modo de deducir es el que citando y siguiendo à Angulo y Escobar, se esmera en defender con particular esfuerzo el señor Castillo en dicho capítulo, apoyándolo con una decision de la Real audiencia de Sevilla, impugnando el de Tello y sus partidarios, fundado en las leyes 19, 23 y 25 de Toro y en varios argumentos. A vista de la opinion respetable de estos autores me hallaba perplejo, sin poder inclinarme à seguirla y abandonar la contraria, que siempre ha-

1 Tello, Ayora, Acevedo, Castillo lib. 4. *Controvers.* cap. 16. num. 4.

bia seguido y me habia enseñado la práctica de la Corte, por no exponer dichos autores los fundamentos de ella, y mucho mas diciendo Tello (1) que en juicio jamas habia podido obtener por la suya, y que la otra estaba admitida por cuasi todos los jueces y letrados. Asi que, deseoso de acertar en este punto, determiné acercarme à examinar y desentrañar las tres leyes de Toro, en que se funda la opinion contraria, y apurar si hablan ó no del caso concreto en la disputa, y por tanto paso à su explicacion.

16. La ley 19 de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec., dice: *El padre, madre y abuelos en vida, ò al tiempo de su muerte, pueden señalar en cierta cosa ò parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoria en que lo haya el hijo ò hijos ò nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare ò valiere la tercera parte de sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna.* Tres son los fines de esta disposicion legal: 1.° que el padre, madre y abuelos haciendo mejora de tercio y quinto en vida ó muerte, que es por contrato ò última voluntad, puedan señalar bienes ciertos y determinados para su pago: 2.° que el tercio no exceda de lo que montare la tercera parte de los que tengan al tiempo de su muerte, aunque los consignados para satisfacerlo valgan mucho mas: 3.° que no puedan cometer à otro la consignacion de ellos, pues deben hacerla por si propios. Pregunto ahora, ¿el consignar es dar y entregar en vida cosa alguna al mejorado? No por cierto. Es únicamente señalar la cosa cierta y determinada, en que despues del fallecimiento del mejorante se le ha de entregar el importe de la mejora; luego aunque la ley inserta ordena que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, respecto á no tener efecto la consignacion hasta que fallezca, y existir entonces entre sus bienes los señalados en que se ha de adjudicar y entregar la mejora al mejorado, no se verifica ni puede verificarse su infraccion; ni hay que hacer acumulacion ni computacion, ni de qué, y por consiguiente no es aplicable al presente caso su disposicion en la cosa mas mínima, porque ni aun remotísimamente habla de él. Pregunto de nuevo, ¿á que se dirige esta concesion ó señalamiento? A dar y conceder al mejorado derecho especifi-

1 Ley 25 de Toro, num. 4.

co en los bienes señalados hasta en la parte que alcance la mejora, y á que los coherederos, quieran ó no, puedan ser compelidos á entregarle precisamente los mismos que el mejorante señaló, y no otros de la herencia, para pago de la mejora, como no habiendo consignacion lo pueden hacer. ¿Y que fin tuvo la ley en mandar que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del testador al tiempo de su muerte? El obviar dudas y pleitos y no gravar las legítimas. ¿Y en qué podian ser gravadas estas? En que si desde la constitucion de la mejora hasta la muerte del mejorante trascurrian algunos años, se disminuía su caudal, y el mejorado, á pretexto de la consignacion, pretendia se le diese todo lo consignado en pago de su mejora, alegando se le habia trasferido su dominio, como al legatario de cosa especifica el de esta, y por la diminucion del caudal no le cabian los bienes señalados; no le sufragase alegar ni justificar que el total de estos tenia cabimiento en el importe de la mejora cuando se le habia hecho (pues se desfalcaban las legítimas por el menoscabo de caudal), antes bien estuviese obligado á contentarse con lo que de ellos le cupiese, considerado el valor de los que el mejorante dejase, porque el tercio es parte de legítima, y asi como esta cuota de bienes se considera al tiempo de la muerte, porque hasta entonces no se debe, del mismo modo la mejora de los que el testador deja, se debe considerar cuando fallece y no cuando se hizo, porque de lo contrario serian perjudicados enormemente los hijos en sus legítimas, y el mejorado se utilizaria indebidamente en su detrimento.

17. La ley 23 de Toro, que es la 8 del mismo título y libro, dice: *Cuando el padre ò la madre por contrato entre vivos, ò en otra postrimera voluntad, hiciere á alguno de sus hijos ò descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría haya consideracion á lo que sus bienes valieron al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo dicha mejoría.* Esta ley tampoco habla palabra del caso de donacion ni entrega de la mejora del tercio ni parte de él, y si de que ya sea hecha revocable é irrevocable, por contrato ó última voluntad, se atienda siempre al valor que tengan los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, por la misma razon alegada en el párrafo anterior; y asi, como no hay entrega en vida, es preciso atender á aquel tiempo, y por no existir en poder del mejorante todos sus bienes, no hay que computar ni colacionar, ni debe el mejorado, á pretexto de ser irrevocable la mejora, hacer

mérito de lo que valian cuando la constituyó el mejorante, ni de que desde entonces adquirió derecho á ello, porque su irrevocacion sirve únicamente para que no pueda ya dejar de ser mejorado sin causa legal, y para que su padre quede sin potestad para mejorar á otro y gravar el tercio, mas no para que en su deduccion se considere el tiempo en que se hizo la mejora, sino el de la muerte, desde el cual empieza á tener efecto por no haber precedido entrega. Por consiguiente esta ley tampoco es aplicable al caso propuesto.

18. La disposicion de la ley 25 se dirige á prohibir que de los bienes ó donaciones que se colacionan (*) se saque mejora, porque como no son del mejorante, no puede hacerla de lo que importen; y estando ya en poder del donatario, y siendo suyos, si se deduce de ellos, se le quitan indebidamente por beneficiar al mejorado, y hacer que la mejora sea mas cuantiosa. Pregunto ahora, ¿prohibe que se hagan la computacion y acumulacion referidas en el párrafo 14 que se observan en la práctica? No por cierto: ni habla una palabra de ellas ni aun se colige. Luego pueden hacerse, porque en materia privativa, lo que no está prohibido por ley se entiende permitido, y si la ley lo quisiera lo expresaria. ¿Manda por ventura que se haga la deduccion mencionada en el párrafo 15; ó que cuando el donante entregó al donatario lo que le donó, y despues hizo mejora, se haya de sacar precisamente el importe de lo donado en vida (ya sea en cuenta de legítima ó mejora) del de los bienes que deja cuando muere, y disminuir la expresa posterior, aunque de esta suerte se verifique que no dispone del tercio y quinto íntegros en vida y muerte, limitándole en este caso la facultad que para esto le confieren otras leyes? Tampoco. ¿Se quita algo al donatario ó mejorado en vida para darlo á otro, ó aplicarlo á legítimas, como sucede haciendo la cuenta del segundo modo demostrado en el párrafo 13? Nada, ni por consiguiente se infringe la ley 25 citada; y decir lo contrario es nimio alucinamiento y preocupacion. ¿Puede el testador mejorar á uno ó mas en vida y muerte, y entregarle toda la mejora en vida, ó solamente parte, y dejar en su poder el resto para que se le entregue despues de su muerte? No hay duda. ¿Debe observarse su voluntad no siendo opuesta á las leyes? Es constante. ¿Se opone á su precepto principiando á disponer en vida de parte de la mejora,

* Son los entregados en vida á cuenta de legítima los que tienen obligacion de colacionar los donatarios para igualarse con los que nada recibieron, que es el motivo de haberse establecido la colacion.

y entregarla al donatario ó mejorado, y concluir en muerte la disposicion del resto de su importe á favor de él ó de otro? De ninguu modo, antes bien es conforme á su permision. Pues si todo es asi, ¿á que viene el valerse de esta ley para el presente caso? No lo alcanzo; y asi saco por legítima consecuencia que ninguna de las tres leyes habla ni aun remotísimamente del caso propuesto: por cuyo motivo no se debe contraer á él su disposicion; y la interpretacion que les dieron los autores referidos es arbitraria.

19. Habiendo demostrado que el caso propuesto no está comprendido en las leyes 19, 23 y 25 de Toro, resta indagar si lo estará en la 26, que es la 10 del propio título y libro, y si estándolo, se deberá hacer con arreglo á ella la cuenta formada en el párrafo 14, que se observa en la práctica, y para proceder á esta indagacion, inserto sus mismas palabras. *Si el padre ò la madre, en testamento ò en otra cualquier última voluntad, ò por otro algun contrato entre vivos, ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ò descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio y en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cuantidad del dicho tercio y quinto y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en mas.* Esta ley contiene cuatro partes. La primera, suponiendo la facultad concedida por las precedentes al ascendiente legítimo para mejorar á alguno de sus descendientes, se dirige á mandar que si se hiciere donacion en vida ó legado en muerte, pues esta es donacion hecha en última disposicion segun derecho (1), se estime lo donado por mejora, aunque no lo exprese; lo cual entiendo, ya sea simplemente por mera liberalidad, ó por alguna causa, con tal que no sea necesaria, pues la ley no distingue; bien que algunos autores la entienden solamente de la donacion simple, y se colige de sus palabras, asi como de las de la ley 29 que habla de las donaciones causales. La segunda, que al donatario se cuente por parte de tercio y quinto de los bienes de su ascendiente lo que este le donó, en cuanto quepa en el mismo tercio

1 Leyes 6. tit. 6, y 1. tit. 9. Part. 6, y §. 1. Instit. *de legat.* Ley *Legatum est*, ff. *de legat.* 1 y 2.

y quinto de ellos. La tercera, que hecha la donacion no puede mejorar al donatario ni á otro en mas de lo que importaren el tercio y quinto juntos con lo donado, el cual se ha de contar é incluir en el valor de ellos. Y la cuarta, que si lo donado excediese al valor del tercio y quinto de los bienes del donante, valga hasta su importe y en el de su legítima, y no en mas. Pregunto ahora, ¿habla del caso concreto en la disputa? Sí. ¿Prohibe la computacion y acumulacion expresadas en el párrafo 14? No: antes quiere que se haga; ya porque manda que se cuente al donatario por parte de tercio y quinto de los bienes del donante lo que le donó (que esto es computar y acumular) para ver lo que resta de mejora, sin lo cual no se puede saber ni igualar á todos en sus legítimas; ya tambien porque prohibe al donante que pueda mejorar al donatario ó à otro en mas que en el exceso de lo que contando é incluyendo lo donado, importe la mejora de los bienes que entregó en vida, y deja por su muerte; pues por la donacion general hecha por título lucrativo, no se entiende revocada la precedente particular, antes sí esta restringe á aquella, y la limita al residuo del tercio y quinto (1), y esto significan sin violencia aquellas palabras: *Y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto....* Asi se entiende, y debe entender cuando principia en vida la mejora y la concluye en muerte; porque á mas de que la ley no hace distincion de tiempos, y cuando no distingue no debemos distinguir, se colige de sus últimos periodos: *de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre, abuelos y no en mas.* Ahora bien, ¿se debe aplicar á legítimas lo donado simplemente? No: porque esta ley manda que se estime por mejora, y de hacer lo contrario se contraviene á ella. ¿Tienen derecho todos los hijos á los bienes íntegros de sus padres en concepto y con el título de legítima contra su voluntad? No: porque se permite á estos disponer del tercio á favor de algunos de ellos; y del quinto al de extraño, ó en otras cosas á su arbitrio. ¿Hay alguna ley que mande se cercene la mejora para que crezcan las legítimas, ó al contrario? No: porque todas quieren se dé á cada uno lo suyo, y á este fin fueron establecidas. ¿Será contra lo dispuesto en alguna, por aplicar al mejorado en testamento el residuo in-

1 Covarr. in *Rubr. de testam.* part. 3. num. 19 Tello en la ley 17 de Toro, num. 125. Angul. en la 9. tit. 6. glos. 10. num. 4.

tegra de la mejora que le corresponde, considerada ó acumulada la donacion hecha á otro en vida por parte de ella? No: antes bien se cumple con lo dispuesto en la ley 26. ¿Y se gravan por esto las legítimas diminutas de los hijos? Tampoco: porque nada de su importe se les quita, pues les toca lo mismo que si su padre, en caso de no haber hecho la donacion, y de tener en su poder lo donado, mejorara solamente por testamento en el todo de sus bienes á los dos, mandando llevase cada uno lo que habiendo donacion le toca. ¿Se debe deducir solamente la mejora de los bienes que el testador deja, y del importe de ella sacar el de lo donado, como quieren los autores contrarios á Tello? De ningun modo: 1.° porque ninguna ley lo manda, antes bien de la 26 se prueba lo contrario: 2.° porque se restringe al testador la facultad que otras de Toro le dan para mejorar en vida y muerte en el tercio y quinto íntegros de todos sus bienes, y la que esta le concede para hacer donacion en vida, y mejorar en muerte hasta la cantidad que quepa en los del donante: 3.° porque seria notable absurdo hacer que los bienes entregados en el concepto de mejora se aplicasen á legítimas, y clara injusticia é iniquidad quitarlos al mejorado que ya los poseía como dueño, por darlos á los que no lo son, ni tienen el mas leve derecho á ellos, sino excede su valor á la legítima y mejora, atendidos los del mejorante unidos con ellos: 4.° porque debiendo cumplirse la voluntad de este en cuanto quiso que la mejora se dedujese con consideracion á lo donado, y á los que dejare, respecto haber principiado en vida á usar de la facultad que le conceden las leyes, y concluido en muerte; no solo no se cumple, sino que contra ella y contra el precepto de la ley 26 se perjudica al mejorado en testamento, lo cual es inicuo. Por estas razones, por no infringirse la ley 25 de Toro, respecto no quitarse al mejorado en vida cosa alguna de lo que ya es suyo, ni por consiguiente sacar de ello la mejora, como sucede haciendo la cuenta del modo explicado en el párrafo 13; por no prohibir esta ley ni otra la acumulacion de lo donado en vida con lo inventariado para hacer la computacion y deduccion; no venir al caso las leyes 19, 23 y 25; ni haber ley que mande se gire la cuenta como quieren los autores opuestos, antes bien probarse lo contrario de la 26 de Toro, y ser esto preciso para igualar á todos en sus legítimas; y por lo demas expuesto en los párrafos anteriores: soy de opinion que la cuenta se debe girar en los términos explicados en el párrafo 14 que en la práctica de la Corte es corriente; y de esta suerte se cumple la voluntad

del donante; se observan las leyes; nada se quita á los mejorados; no se defraudan las legítimas necesarias de los hijos, y se procede con justificacion dando á cada uno lo que le toca.

20. Si el padre por contrato oneroso, v. gr. casamiento, ó por el irrevocable, aunque no sea oneroso, mejoró expresa é indistintamente á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos; ó si le hizo donacion *propter nuptias*, ú otra con causa que es conferible, y despues por última voluntad le mejoró en dicho tercio, ¿para la deduccion de la mejora se deberá ó no hacer la acumulacion verbal y numérica de lo entregado en vida al hijo; ó se ha de sacar solamente de los bienes que el testador deja por su muerte, y luego unir el residuo con lo entregado, para dividirlo todo igualmente entre todos los herederos como legítima? Esta dificultad la toca el señor Castillo (1) como caso ocurrido en la Real audiencia de Sevilla, la cual, segun dice, lo resolvió como el anterior, y defiende vigorosamente su decision, fundándose en las leyes 19 y 23, y mucho mas en la generalidad de la 25 que prohibe se saque mejora de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. Contiene esta dificultad dos casos distintos, los cuales se deberán resolver de diverso modo, y no confundirse uno con otro. En cuanto al primero, digo: que el ser un hijo solo ó dos los mejorados, no muda el espíritu de las leyes ni la sustancia de la disposicion, y mucho menos versando para su resolucion no solo iguales razones ó las mismas, sino otra superior, que es el ser mejora expresa (de que no se puede dudar), con entrega de parte de ella al mejorado en cuenta del total que le puede caber en vida y muerte; y si cuando es tácita, porque la finge la ley, se deben hacer la acumulacion y computacion referidas, con mayor razon siendo expresa se deberá acumular, porque cesa toda duda, y está clara la voluntad del mejorante, que principió en vida, como pudo, á poner en ejecucion la mejora, con entrega de parte de los bienes que la habian de componer, para que se concluya en muerte su entrega con lo que le falte, como si nada estuviera entregado. Ademas no hay razon para que los entregados en este concepto muden el de aquel en que lo fueron, y se unan á los que se han de dividir como legítima, ni ley alguna lo manda, porque no son colacionables, como las dotes y donaciones causales, ni para que á este efecto se quiten al que los tiene ya como suyos, pues esto

1 Cap. cit. num. 59 y sig. y en el lib. 5.

seria clara injusticia. Agrégase á lo dicho que la entrega de parte de la mejora es donacion exenta expresamente de colacionarse como legítima, y la ley 26 incluye este caso por cuanto dice: *para que á él ni á otro no pueda mejorar mas etc.*; y asi se debe practicar lo propio que en el precedente. Mas para hacer esta deduccion es de advertir que respecto no haber mejora de quinto se separarán previamente hasta en el importe de este y no mas, de los bienes que el testador deje, y no de los entregados á cuenta del tercio, los gastos de su funeral, misas, entierro, legados y todo lo demas que, segun la ley 30 de Toro, corresponde deducir de él; y de lo que reste se hará la acumulacion y computacion, porque por el hecho de no haberlo mejorado en él, es visto haberlo reservado para disponer á su arbitrio de lo que importase. Separado que sea lo que se deduzca, si queda algo del quinto, se une al resto de los bienes inventariados, como que son de la herencia, los dejó el difunto, y mejoró en el tercio de todos; y junto todo con lo recibido á cuenta de este, se ve si el mejorado tiene ó no que tomar por su mejora, y si no le cabe todo en ella, que reciba el exceso en cuenta de legítima; y si nada sobra del quinto, tenga paciencia; y esta diferencia, de que no se acordó el señor Castillo, es la única que hay de este caso al anterior, porque no hay mejora de quinto. Adviértase que si el testador hizo donacion simple á un hijo en vida, y despues por última disposicion le mejoró, y á otro en el tercio de sus bienes, partirán ambos igualmente el total de la mejora recibiendo en cuenta el donatario lo que en vida percibió; excepto que el mejorante mande que dividan con igualdad el importe de la mejora de los bienes que deje, y que el donatario lleve ademas lo que le ha donado; pues entoncee percibirá esto mas que el otro de ella.

21. El segundo caso contenido en la dificultad propuesta es cuando el testador hizo donacion *propter nuptias*, ú otra conferible al hijo, y se le agregó, y despues le mejoró en el tercio. Entonces se hará la cuenta de otro modo, esto es, se deducirá únicamente la mejora de los bienes que por muerte del testador se encuentren sin cumular con ellos para su deduccion la precedente donacion causal que hizo y entregó al mejorado. Lo primero, porque esta se dió y anticipó en cuenta de legítima, y como tal es conferible para la igualdad; por lo que se debe unir solamente al acervo destinado para legítimas, por ser de una misma clase y naturaleza, y no deberse unir ni aplicar á un fin lo que se dió para otro. Lo segundo, porque de no practicarse

asi, se infringe la ley 25 de Toro que prohibe sacar el tercio y quinto de las donaciones precedentes que traen á colacion y particion, para que no sean defraudados los donatarios en sus legítimas: solo en cuanto al quinto se observará lo explicado en el párrafo anterior, asi por lo respectivo á su deduccion, como á lo que de él se debe bajar, y demas expuesto; y en este caso es fundada la opinion del señor Castillo, aunque ni en uno ni en otro toca cosa alguna acerca del quinto.

22. Si el padre teniendo v. gr. cuatro hijos, entrega á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* su legítima corta en el concepto y con expresion de tal, quedándose solamente con tercio y quinto de los bienes que á la sazon posee, y despues mejora al uno de ellos, y no dejando al tiempo de su muerte mas bienes que aquellos con que se quedó, parece que la mejora se deberá deducir solamente de estos, y que por consiguiente no se hará computacion ni se unirán las legítimas entregadas para el giro de la cuenta, porque la mejora no se debe sacar de las dotes y donaciones que se traen á colacion y particion. No obstante se debe distinguir. Si el padre al tiempo de su entrega expresó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo á derecho, y que los hijos habian de colacionar sus legítimas, y cumularse á efecto de deducirlos, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se cumularán y sacará de ellas el tercio y quinto, porque en este concepto las recibieron. Mas si faltó la expresion referida, no; porque ya son suyas, y el padre no puede mejorar en los bienes agenos, por prohibirlo la ley 25 de Toro; y asi sin embargo de que por la colacion se constituyen como de la herencia, esto es para la igualdad y no para deducir de ellas el tercio ni quinto, y que con su cumulacion sea mayor la mejora; por lo que el mejorado llevará el tercio y remanente del quinto del mismo tercio y quinto con que su padre se quedó, y el resto se dividirá igualmente entre todos.

23. Legando el ascendiente en última voluntad á un hijo ó descendiente ó á extraño el quinto de sus bienes, ó disponiéndo de él á favor de su alma, ¿se deberá deducir solamente de los que se encuentran en su herencia cuando muere, ó tambien de los que colacionan los hijos por habérselos dado en vida? Parece que de todos se deberá deducir por las razones siguientes: 1.ª porque debiéndose mezclar estos con ellos para igualarse los herederos, y reputándose unos mismos porque constituyen una herencia, es consiguiente que de todos se deduzca co-

mo de patrimonio del difunto: 2.ª porque aunque los hijos sean instituidos con desigualdad en el testamento, de modo que el padre deje mas á uno que á otro; aquel hijo, que en vida recibió algo de su padre, está obligado á colacionarlo (1): luego es claro que si el padre deja el quinto, debe ser aumentado y deducido de lo que el otro hijo trae à colacion: 3.ª porque por el hecho de conferirse las dotes y bienes donados se confunden y hacen de la herencia, del mismo modo que los que se encuentran en ella (2), por consiguiente de los conferidos se ha de deducir igualmente que de los hereditarios, porque se consideran tambien de esta clase; y á no ser asi, se cortaria indirectamente à los padres la libre y amplia potestad que la ley les concede para testar del quinto; la que no se les debe restringir: 4.ª porque el precepto de que se colacionen las dotes y donaciones à la herencia del que las dió ò hizo, no se limita á un solo efecto, antes bien habla simple, general ò indistintamente, confundidos ya y mezclados los bienes colacionados con los hereditarios: luego no deben separarse unos de otros para la deduccion del quinto, sino hacerse esta de todos; pues si otra cosa quisiera el testador, la hubiera expresado: 5.ª porque cuando los padres dotan ó hacen donaciones à sus hijos ó hijas sin expresar cosa alguna, es con la tácita condicion de que las colacionen y traigan à la herencia que dejen, pues la ley con su precepto suple la falta de manifestacion de su voluntad; y la colacion se hace para que lo colacionado se divida, y los herederos sean igualados; y si de las dotes y donaciones no se pudiese deducir, hubiera sido superflua la disposicion de la ley 25 de Toro en contrario en cuanto al tercio y quinto cuando son mejora: por consiguiente cuando este no lo es, se debe deducir de todos. A pesar de todo lo espuesto, digo: que el quinto, ya lo deje el testador à un hijo como mejora ó legado, ò à extraño, ó disponga de él en otras cosas, debe deducirse únicamente de los bienes que tiene cuando muere, y no de los colacionados (3). Lo primero, porque por lo mismo que los dió, y el donatario ó dotada los recibió, salieron de su dominio y patrimonio, y pasaron al de estos; y asi se debe entender que legó de otros, que de los que tenia al tiempo de su muerte como suyos; lo segundo,

1 Gom. en la ley 29 de Toro, num. 5.
2 Ley 3. §. 1. ff. *de collation. bonor.* y ley *Si soror*, Cod. *de collationib.*
3 Tello en la ley 23 de Toro, num. 2. vers. *Unde teneo.* Matienz. en la 7. tit. 6. glos. 2. num. 3. Angul. en ella, glos. 2. num. 6; y en la 9. glos. 1. num. 8. Castill. lib. 4. *Controvers.* y cap. 16. dichos, num. 52, y cap. 35. num. 45. Hermos. en dicha ley 3. tit. 4. Part. 5. glos. 6. num 84. Valasc *de partit.* cap. 19. num. 6 al 17.

porque jamas se presume que ninguno dispone de lo ageno, sino de lo propio, porque no puede: y si legase el quinto de lo ya donado, testaria de lo que no es suyo, y está en poder de su dueño: lo tercero, porque la colacion inducida y preceptuada por derecho, es únicamente para igualar à los hijos, y que no sean perjudicados en su legítimo haber (1); y si de los bienes colacionados se sacase el quinto, resultaria desigualdad, porque se les desfalcaba: lo cuarto, porque aunque se legue el quinto à un hijo, respecto á no ser legítima à que tenga derecho, es lo mismo para el caso que si se legara à extraño, con el cual no há lugar la colacion (2): lo quinto, porque el quinto es cuota de bienes como la legítima, para la cual se debe atender al tiempo de la muerte, por lo que se debe tener igual atencion para él; y lo sexto, porque para que se haga el cómputo de los colacionados, no milita la razon que cuando se hace donacion simple, pues esta se entiende parte de mejora, y en el exceso de legítima, y por este es colacionable; y no siéndolo el quinto, ni teniendo accion à él ningun hijo, cesa el motivo de hacer la colacion. Ademas respecto à que sabia y debia saber el testador cuando hizo la donacion, que su única hacienda era el quinto, y que por consiguiente la quinta parte de lo donado era suya, y no obstante la donó, es visto haber querido por lo mismo que el donatario la llevase, y reservado únicamente para testar el quinto de los bienes que se hallasen cuando falleciese; por lo que los colacionados se entenderán entregados à los colacionantes en parte de legítima ó por via de mejora, segun sean, hayan intervenido ó no las causas para su donacion; esta debe entenderse, excepto que al tiempo de dar la dote ò hacer la donacion, exprese y conste en ellas que las han de colacionar y computar, para sacar de todo el cúmulo el quinto, y disponer de él à su arbitrio; pues en este caso habrá lugar la computacion y deduccion de su importe, igualmente que de los bienes inventariados por su muerte.

24. Para la conclusion de este capítulo resta examinar si en la computacion para deducir la mejora de tercio y quinto, se ha de incluir ó no la cuarta marital que el derecho concede à la viuda (3). Digo, pues, que dicha cuarta no se ha de computar pa-

1 Ley *Ut liberis*, Cod. *de collation.*

2 Ley *A patre*, Cod. *de collation.* ibi *Extero jure.*

3 Los legisladores considerando la miseria y desamparo de la viuda, y con el fin de mitigar su dolor, estimularla á que viviese castamente, y evitar que por la indigencia se prostituyese en desdoro y oprobio suyo, y de su difunto marido, aunque no la concedieron alimentos, ni gravaron

ra la deduccion del tercio y quinto, antes bien como deuda legal y necesaria contra los bienes del marido se debe bajar de estos primero que se haga la deduccion de la mejora, segun se practica con las demas deudas que deja cuando fallece, porque no es donacion que hace à su muger, sino débito que contrae à su favor en fuerza de la concesion legal por el hecho de casarse con ella siendo pobre, à cuyo importe adquiere derecho la muger en caso que no la asigne lo suficiente para sus decentes alimentos mientras subsista (1): lo cual se debe observar sin disputa cuando se contrajo antes de hacer la mejora.

25. Si el marido mejoró irrevocablemente à un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse segunda vez, parece que se computará la cuarta para deducir la mejora, y que despues de

á los herederos de este con la obligacion de dárselos de sus bienes (á menos que se los legue el marido, ó quede embarazada, ó mientras la restituyen su dote); dispusieron justamente que si quedase tan pobre al tiempo de la muerte de su marido que no tuviese bienes propios con que alimentarse, ni este la dejase con que vivir segun su calidad, y sus hijos heredasen una cuantiosa herencia del padre, tuviese derecho á la cuarta parte de esta, como dije en el libro 2, título 2, capítulo 9, párrafo último, con tal que no exceda de cien libras de oro (a). Esta cuarta marital corresponde á la viuda aun cuando con su trabajo pueda ganar el sustento, porque ademas de no ser este seguro, se la concede para consuelo de la pérdida de su esposo, y tambien la corresponde aunque despues adquiera bienes por otra parte, en razon de que se atiende al tiempo de la muerte del marido, y no al posterior, que es eventual. Tambien tiene derecho á ella, aun cuando el marido la legue el quinto, y mande que se contente con él, siempre que no alcance para su decente manutencion, porque es débito necesario. Pero este derecho á la cuarta marital no tiene lugar en los casos que se expresan en dicho capítulo 9.

Con motivo de esta cuestion habla tambien aqui Febrero de varios efectos que produce la viudedad á favor de las mugeres, algunos de los cuales son bien extraños, y estan concebidos en términos chocantes; por ejemplo: *que la viuda no es menos estimada que la virgen ni está distante de esta; que está reputada por mas liberal que las otras mugeres; que es una verdadera imagen de su marido; que goza de los rayos de honor y nobleza de este &c.* Prescindiendo de estos elogios extravagantes, me contraeré á los verdaderos privilegios de las viudas, y son los siguientes: 1.° les compete el fuero de su difunto marido, y gozan de las mismas prerogativas que este: 2.° en todo deben ser respetadas y honradas, como si su marido viviera: 3.° su testimonio ó deposicion prevalece al de otras mugeres: 4.° por la viudez no vuelven á caer bajo la potestad paterna: 5.° gozan de los privilegios concedidos á los pupilos y á las doncellas: 6.° les compete el beneficio de la restitucion *in integrum*, como personas miserables: 7.° deben determinarse sus causas sin estrépito ni figura de juicio, porque se reputan entre las sumarias y piadosas: 8.° pueden, ya sean actoras ó demandadas, pretender que las avoque á sí el Soberano; y últimamente deben ser juzgadas con equidad y misericordia (b).

1 Tello en la ley 25 de Toro, num. fin. vers. *Pro complemento*, Segur. in *Repetit. leg. cohæredi, §. Cum Filiæ*, fol. 30. col. 3 y 4. Gom. Arias en la 32 de Toro, num. 19 al fin.

a Cada una de estas libras hace sesenta y dos castellanos ó sueldos de oro, y cada uno de estos valia 485 *maravedis de los presentes, segun Escobar* de ratiocin. *comput.* 1. *num.* 16 *y* 17, *y comput.* 25.

b La doctrina relativa á los privilegios y penas de las viudas, puede verse en Bartolomé Bersano, que la trata con extension.

deducida esta se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho à la mejora del total de los bienes de su padre cuando se volvió à casar, y la viuda pobre no revoca las donaciones anteriormente hechas (1). Sin embargo de esto no la disminuirá, pues aunque la donacion sea irrevocable, sirve solamente su irrevocabilidad para que el hijo no deje ya de ser mejorado, ni de percibir la mejora cuando fallezca su padre; mas no para disminuir la cuarta, porque esta es débito necesario contraido antes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos y propios del testador al tiempo que fallece; y como entonces ya está contraido el débito de la cuarta, y su importe como débito legal no es suyo, sino de su viuda, por eso se debe sacar antes que la mejora, ya sea hecha á hijo del anterior matrimonio ó del mismo (2). Entiéndese lo dicho cuando no intervino entrega de parte de la mejora al mejorado antes de casarse el mejorante, pues si la hubo, no se acumulará ni computará su importe respecto à que cuando se contrajo el débito, ya era dueño el mejorado de lo que le habia donado, y no pudo estar obligado à las deudas del mejorante; por lo que se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al de contraer matrimonio ya no eran suyos. En cuanto á si compete ó no al marido pobre la cuarta, véase lo que dije en el citado capítulo 9, título 2, libro 2, párrafo último. Por lo concerniente á si sucediendo este en ella, estará ò no obligado à satisfacer los gastos funerarios de su muger de lo que importe, ó se ha de deducir primero la cuarta para él, y luego el quinto, y de este pagarse; aunque hay variedad de opiniones (3), creo que primero se ha de sacar la cuarta que el quinto, por ser deuda y cosa agena. Y en orden à si la cuarta marital se debe ó no deducir de los bienes confiscados al marido, mi dictamen es que sí (4), porque es deuda contra ellos.

1 Corn. consil. 178. vol. 2 Socin. consil. 108. vol. 1. Gregor. Lop. ibi, glos. 9.
2 Angul. en dicha ley 9. glos. 2. num. 9 al 11. Escobar. Comput. 1. num. 14 y 15.
3 Angul. ley 13. glos. 3. num. 30 y 34.
4 Antunez Portugal. *de donat. reg.* Lib. 3. cap. 26. num. 11 al 16.

CAPITULO OCTAVO.

De la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de cierta clase de bienes.

§. 1. Razon de tratarse aqui esta materia, y fundamento del derecho de reservacion.

2 y 3. Bienes que debe reservar la viuda que se casa segunda vez, y como en la particion solo debe aplicársela el usufructo de ellos, y no la propiedad.

4. La obligacion de reservar alcanza en los mismos términos al marido que sobrevive y pasa á segundas nupcias, debiendo adjudicársele solamente el usufructo de dichos bienes.

5. Se proponen y resuelven tres cuestiones que suelen ocurrir en esta materia. Primera: si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias sucediere á algun hijo del primer matrimonio, y falleciere dejando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar á sus hermanos, ¿se dividirán ó no entre su segunda muger y los hijos de ambos matrimonios, como gananciales, al modo que si ya los hubiera percibido?

6. Cuestion segunda: si viviendo el padre y la madre casaron y dotaron á alguna hija de entrambos, muriere la madre, y despues de ella su hija abintestato sin sucesion, y el padre se volviese á casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, como tambien del segundo, mejorase á alguno en el tercio y quinto de sus bienes, ¿esta mejora se deberá sacar íntegra de todos, inclusos los de la hija muerta que ya son suyos, y como hechos un cuerpo se confunden?

7. Cuestion tercera: teniendo el padre dos hijos del primer matrimonio, si por haber muerto abintestato el uno que habia heredado á su madre recayeron sus bienes en el padre, este se volviere á casar, y despues el otro hermano suyo entero falleciere tambien, habiendo legado á algun extraño ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos procedentes del hermano, cuya propiedad debia reservarle su padre por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demas que poseia; ¿este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer

hermano muerto, ó solamente de los que el legante poseia como suyos por otro título?

8. La viuda que despues de la muerte de su marido vive licenciosamente, pierde la propiedad y el usufructo de los bienes que este la dejó, como tambien las arras y su mitad de gananciales.

1. Habiéndose tratado hasta ahora de los derechos hereditarios de los hijos legítimos, no será fuera de propósito instruir al contador acerca de la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan à segundas nupcias, de reservar à los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de ciertos bienes. Para la debida inteligencia es de saber que por derecho antiguo incurrian en infamia y en otras penas las viudas que se volvian á casar dentro ò despues del año de su viudedad (1), como puede verse en el tratado de Bartolomé Bersano (2). Pero estan corregidas y suprimidas hoy por decreto canónico (3), y tambien por el Real, como se prueba por la ley 4. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. que al principio dice: *Mandamos: que las mugeres viudas puedan libremente casarse dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren sin alguna pena, é sin incurrir en alguna infamia ella ni el que con ella casare, no obstante cualesquier leyes de Fuero y Ordenamientos, é otras cualesquier leyes que en contrario sean fechas y ordenadas, las cuales revocamos y anulamos.* Sin embargo, en todo lo concerniente al favor y utilidad de sus hijos, subsisten en su fuerza y vigor, por no ser propiamente penas, sino disposiciones favorables á los hijos de los matrimonios precedentes, para evitar que sean perjudicados, y que los de los posteriores se enriquezcan en su detrimento con los bienes que fueron del patrimonio de sus padres (4).

2. Entre las penas impuestas à las viudas que se volvian à casar, y tienen por principal objeto el beneficio de los hijos de sus anteriores matrimonios, es una el estar obligadas à reservarles la propiedad íntegra de todos los bienes de cualquier clase sin excepcion, que de sus respectivos padres hubieron en vir-

1 Ley ult. tit. 12. Part. 4. y ley 5. tit. 3. Part. 6. Leyes 13. tit. 1. lib. 3 del Fuero Real, y lib. 3. tit. 2 del Fuero Juzgo. Leyes 1, 2 y 3 y Authent, *Eisdem. pœnis*, Cod. *Secund. nupt.*

2 *De viduis.* cap 3. quæst. 2.

3 Apostol. 1. ad Corinth. cap. 7. y cap. penult. y ultim. *de secund. nupt.* Covarr. in *Epitom. ad sponsalib.* part. 2. cap. 3. §. 9 num. 4.

4 Morquech. *de divis. bonor.* lib. 4. cap. 12. num 40 y 41. Matienz. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. num. 1.

tud de testamento ú otra última voluntad, ó de contrato en sanidad por título lucrativo, mas no por el oneroso; y asi se las prohibe donarlos, enagenarlos y disponer de ellos entre los de los matrimonios ulteriores, y tambien entre estraños, pues todos son respectivamente para los de los precedentes (1); por lo que si al tiempo de hacerse la particion estan casadas, se las han de aplicar dichos bienes en usufructo, ó el usufructo de ellos, y no su propiedad.

3. En virtud de esta obligacion si el marido deja à su muger algun legado genérico ó especifico, ó fideicomiso, ó la dona arras ó joyas, ó hace otra donacion *propter nuptias*, debe reservarles en cualquier tiempo que se case, aun cuando sea fuera del año de su viudez, y ningun hijo tenga en el matrimonio segundo, todo lo líquido que de su padre hubo y entró en su poder, y solo podrá gozarlo como mera usufructuaria mientras viva; pues por el hecho de volverse á casar pierde en pena el dominio y propiedad de todo ello, y asi tampoco puede enagenar, gravar ni hipotecar lo inmueble, distribuirlo entre los hijos del marido de quien lo hubo, ni dejar mas á uno de estos que al otro, por lo que deben llevarlo y repartirlo con arreglo al testamento de su padre (2); y si se dedujo del quinto, debe volver al mejorado en este de donde salió, y no á los demas herederos el residuo líquido de él; y al contrario habiendo salido del globo de la herencia, pues entre todos se ha de dividir en la forma expuesta, observando lo mismo en cuanto al padre, pues es recíproca la obligacion de ambos, y á la responsabilidad de todo estan tácita é indistintamente hipotecados todos los bienes maternos presentes y futuros, aunque ella no los obligue expresamente (3); y siendo muebles los que se han de reservar, deben estimarse por peritos electos por las partes, y la viuda constituir fianza de restituirlos (4). Tambien tiene obligacion la madre de reservar los bienes que hubo de alguno de los hijos del primer matrimonio, bien por sucesion abintestato, como se dijo en el libro 2, título 2, capítulo 24, párrafo 2, bien por título particular de legado ó fideicomiso, provenientes de su padre, ya se case antes, ya despues que muera el hijo, ó aunque ninguno haya fallecido, y lo habido fuere donacion de su padre hecha à dicho hijo, pues para el caso es lo mismo;

1 Leyes *Fœminæ*, 3 y *Cum aliis*, 4. Cod. *de secund. nupt.* Ley *Mater quæ*. Cod. *ad tertyllian.*

2 Ley 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real.
3 Ley 25. tit. 13. Part. 5.
4 Gom. en la 15 de Toro, num. 5.

en cuya atencion, si deja el quinto de sus bienes ú otro legado á los hijos de su segundo matrimonio, ó al padre de ellos ó à un extraño, no se ha de deducir de las arras, joyas ni demas que por título lucrativo adquirió de su primer marido, ni de lo que heredó abintestato de alguno de los de su anterior matrimonio, y este hubo de su padre, porque no son suyos sino de estos, y solo se deducirá de los que verdaderamente le pertenecen.

4. No solo está impuesta á la madre la pena y obligacion de reservacion, sino tambien al padre que se vuelva á casar una ó mas veces, sin la mas leve diferencia ni distincion de cosas, y asi es recíproca entre ambos, como lo ordena la ley 15 de Toro, que es la 7. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec., y dice: *En todos los casos que las mugeres, casando segunda vez, son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, ó heredado de los hijos del primer matrimonio; en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad de ellos á los hijos del primer matrimonio.* De manera que lo establecido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercer matrimonio. Por lo que el padre tampoco puede enagenar ni disponer de los bienes de reservacion, y á su seguridad estan igualmente afectos é hipotecados los suyos propios (1); y asi para no estar obligado á ella, es necesaria la licencia del Príncipe, ó el consentimiento de su muger ò hijos, de que en el siguiente párrafo trataré.

5. Sentados estos principios generales, y supuesta la doctrina que sobre esta materia de reservacion expliqué en dicho capítulo 24 del título 2, libro 2, á que me refiero, paso á resolver varias cuestiones dudosas que suelen ocurrir en las particiones sobre esta materia. 1.ª Si el padre ó la madre que pasó á segundas nupcias, sucediere á algun hijo del primer matrimonio, y falleciere dejando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar á sus hermanos, ¿se dividirán ó no entre su segunda muger, y los hijos de ambos matrimonios, como gananciales, al modo que si ya los hubiera percibido? De ningun modo, antes bien se deberán restituir á los hermanos enteros del muerto, con los bienes reservables

1 Ley *Generaliter*, 5. y ley *Si quis prioris*, 8. Cod. *de secund. nupt.* Gom. ibi, num. 5.

que los produjeron sin diferencia, sacados los gastos, y nada de ellos llevarán la viuda ni demas hijos del matrimonio segundo: lo primero, porque los frutos pendientes son parte de la finca que los produce, se conceptúan una misma cosa con ella, y se debe juzgar de ellos como de su propiedad: lo segundo, porque aunque tocan al padre que pasa á segundas nupcias, y debe gozar del usufructo de los bienes de los hijos de su anterior matrimonio, pero está obligado á reservarles su propiedad ilesa; y siendo los pendientes una misma cosa con esta, necesariamente deben seguirla; y por consiguiente pasar á quien aquella corresponde, y no á otro (1).

6. Cuestion segunda. Si viviendo el padre y la madre casaron y dotaron á alguna hija de entrambos, muere la madre, y despues de ella su hija abintestato sin sucesion (por cuya razon recae en el padre la herencia materna), y este se volviere á casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, como tambien del segundo, mejora á alguno, ya sea de este ó del primero, en el tercio y quinto de sus bienes; ¿esta mejora se deberá sacar íntegra de todos, inclusos los de la hija muerta, que ya son suyos, y como hechos un cuerpo se confunden y no se pueden distinguir ni separar? Respondo que no ha de practicarse asi; pues solo debe sacarse de los bienes propios del padre, que son los que por su parte dió en dote á su hija, y por muerte de esta volvieron luego á él; y asimismo de los demas que este adquirió por otro título; mas nada se ha de deducir de los que la hija hubo de su madre por su dote y herencia, porque estan sujetos á la reservacion que el padre debe hacer de ellos á los hijos de aquel matrimonio, los cuales deben dividirlos entre si con arreglo al testamento materno (2).

7. Cuestion tercera. Teniendo el padre dos hijos del primer matrimonio, si por haber muerto abintestato el uno que habia heredado á su madre, recayeren sus bienes en el padre, este se volviere á casar, y despues el otro hermano suyo entero falleciere tambien, habiendo legado á algun extraño ó medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos procedentes del hermano, cuya propiedad debia reservarle su padre por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demas que poseia; ¿este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer hermano muerto, que si el segundo viviera se-

1 Guid. consil. 170. part. 3. Casaneo *in Consuetudinib. Burgundiæ*, Rubr. 6. §. 7 al fin fol *mihi* 224. Avendañ. respons. 5. num. 5. Castill. *de usufruct.* dicho cap. 2. num. 38.

2 Castill. dicho cap 2. num. 70.

rian para él en propiedad, ó solamente de los que el legante poseia como suyos por otro título? Aunque á primera vista parece que de todo deberá deducirse, porque todos corresponden al legante, los unos en propiedad y usufructo, y los otros en propiedad solamente mientras vive su padre, sin embargo lo contrario es lo seguro, y asi se deducirá únicamente de los que este hijo último heredó por sí de su madre, ó que por título le competen, cuya propiedad y usufructo gozaba, y no de los reservables; porque por muerte de este último hijo se resolvió en plena propiedad el usufructo de sus bienes que competia á su padre; y por haber cesado la causa de reservacion de la propiedad, cesó tambien la pena de privacion de ellos. Asi que no pudo disponer del tercio de su importe, porque en el instante que falleció, se hicieron absolutamente de su padre; pues para que haya lugar esta pena se requieren dos cosas: la una que el viudo pase á otras nupcias; y la otra que existan hijo ó hijos ó descendientes del anterior matrimonio, á quien hayan de pasar los bienes reservables; y faltando una de ellas, no há lugar. Ademas la reservacion no se estableció á favor de otros que de los mismos hijos ó descendientes; por lo que si el hijo no poseia mas bienes, será ineficaz en él todo el legado (1); bien que Escobar (2) es de contrario sentir.

8. Ultimamente debo advertir al contador que si la viuda despues de la muerte de su marido vive lujuriosamente, ya sea dentro ó fuera del año de su viudedad, pierde la propiedad y usufructo de los bienes que su marido la dejó por via de herencia, legado ó donacion graciosa, la tutela de sus hijos, las arras que la dió ú ofreció, y la facultad de testar que la concedió, como tambien la mitad de gananciales que durante su matrimonio adquirió, si existen hijos de este; á los cuales, y no á ella, se debe aplicar todo en dicho caso, porque milita igual ó superior razon que si se volviera á casar, y no debe ser de mejor condicion la incontinencia y lujuria de la viudedad, que la castidad del matrimonio segundo; lo cual no procede para con su marido, segun he dicho en otra parte.

1 Paul. consil. 67 al fin. vol. 4. Alex. consil. 65. vol. 3. Bertrand consil. 133. vol. 1. in *Novis*, y consil. 163 vol. 3. Aimon. consil. 36. Anchar. consil. 278. Tello en la ley 6 de Toro, num. 67 y 68. Avendañ. en ella, glos. 10. num. 3.

2 *De ratiocin. comp.* 1. num. 20 al 22.

CAPITULO NONO.

Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de los hijos legitimados é ilegítimos, para la sucesion testamentaria de sus padres.

§. 1. Razon de tratarse aqui este asunto.

2. Los hijos legitimados por el siguiente matrimonio no se diferencian de los legítimos, y asi acerca de ellos debe tener presente el contador cuanto se ha dicho acerca de los últimos.

3. El legitimado por merced del Soberano no puede concurrir con los hijos legítimos á la herencia paterna ó materna.

4. Derechos hereditarios del hijo natural. Cuando el padre le deja el quinto para alimentos, y hace ademas algunos legados, se deducirán estos de dicho quinto, si alcanza para todo; pero si no, se deducirán solamente los gastos del funeral, y no valdrán los legados.

5. Diferencia que hay entre el padre y la madre respecto á la sucesion hereditaria del hijo natural.

6. No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes, á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales.

7. Lo dicho en los párrafos anteriores sobre la sucesion de los hijos naturales á su padre y ascendientes paternos, tiene lugar en estos respecto de aquellos.

8. Observaciones acerca de los otros hijos ilegítimos llamados espurios.

9. El hijo de adúltera cuando esta incurre por el adulterio en pena de muerte natural, no puede suceder á la madre por testamento ó abintestato.

10. El hijo de hombre casado y muger libre puede suceder á su madre por testamento y abintestato, aunque esta tenga ascendientes legítimos.

11. Los incestuosos pueden heredar á sus madres á falta de legítimos por las razones que allí se expresan.

12 y 13. Nada pueden heredar de sus padres los hijos de clérigo, fraile ó monja profesa.

14. Si el clérigo dejare á su nieto existente en poder de su padre espurio el usufructo de sus bienes, no se anulará la institucion, antes bien percibirá dicho nieto el usufructo.

1. Hasta ahora se ha tratado de la division de la herencia del que murió testado entre sus descendientes legítimos. Como

á falta de ellos suelen suceder con preferencia á los ascendientes algunos ilegítimos, diré acerca de estos lo que crea conducente para instruccion del contador, sin repetir la doctrina que dejo sentada sobre esta materia en el libro 2, título 2, capítulo 6, adonde me remito, ciñéndome aquí á lo puramente preciso para seguir la debida serie en los trámites de la particion.

2. En el tomo 1.°, título 3, capítulo 2, tratando de las legitimaciones se dijo que los hijos naturales pueden legitimarse de dos modos, á saber: 1.° por el siguiente matrimonio de sus padres; 2.° por merced del Rey, cuya gracia puede alcanzar tambien á los espurios, y entonces se llama *dispensacion*. Esto supuesto, los legitimados por el siguiente matrimonio no se diferencian de los legítimos, y así heredan con estos si los hubiese, tanto por testamento como abintestato, segun se dijo en el libro 2, título 2, capítulo 3, desde el párrafo 2 hasta el 7, y así acerca de estos debe tener presente el contador cuanto se ha dicho sobre los legítimos.

3. El legitimado por rescripto del Príncipe no puede concurrir á la herencia paterna ó materna con los legítimos, segun la ley 12 de Toro, ó 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., citada en el capítulo 6 del título 2, libro 2, párrafo 3, la cual dice así: *Si alguno fuere legitimado por rescripto ó privilegio nuestro ó de los reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos, y despues de su padre ó madre ó abuelos ovieren algun hijo ó nieto, ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nacido, ó legitimado por siguiente matrimonio, el tal legitimado no puede suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres, ni de sus ascendientes abintestato ni ex testamento; salvo si sus padres ó madres ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su ánima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, y no mas.* A falta de descendientes legítimos puede el testador instituir heredero al legitimado por privilegio, aun cuando tenga padre ó ascendientes legítimos, segun dije en el capítulo 6, título 2, libro 2, párrafos 3 y siguientes, porque en este caso el legitimado es tenido por legítimo; á menos que el privilegio de la legitimacion se coarte á suceder *sin perjuicio de los ascendientes*.

4. Tambien puede el padre instituir heredero á su hijo natural no legitimado á falta de legítimos, aun cuando tenga as-

cendientes, segun se puede ver en el citado capítulo 6, párrafos 10, 11 y 12; de suerte que el hijo natural es heredero absoluto de su padre, mediante su voluntad y no en otra forma, à falta de legítimos descendientes (1); y de justicia debe darle alimentos en caso de que no tenga con que subsistir. Lo mismo podrá hacer el padre aunque tenga descendientes legítimos, si estos renuncian sin fraude su herencia (2), porque para el caso es igual no haberlos, que aunque los hayan no puedan, ó no quieran sucederle (3). Lo dicho debe tambien entenderse respecto de la madre cuando hay descendientes legítimos, de modo que existiendo estos, solo pueden dejar al hijo natural el quinto de sus bienes, del cual puede disponer este á su arbitrio, excepto en tres casos, que se especificaron en el citado capítulo 6, párrafo 19; siendo de advertir que si el padre deja á su hijo ilegítimo el quinto para alimentos, y ademas hace algunos legados pios ó graciosos, y el quinto alcanza para todo, se deducirán estos de él; pero si no, se sacarán únicamente los gastos de su funeral y entierro, y los legados, aunque sean piadosos, no valdrán, porque el derecho de los alimentos es débito necesario, y no los otros legados (4).

5. La diferencia que hay entre el padre y la madre respecto de los hijos naturales es que si esta careciendo de legítimos no hace mencion de ellos en su testamento, ó los desheredа injustamente, pueden romperle ó anularle del mismo modo que los legítimos. Al contrario, si el padre los excluye expresamente de la sucesion á sus bienes ó los desheredа, à nada tienen derecho ni les compete accion alguna contra su testamento, segun dije en dicho capítulo 6, párrafos 10 y 11. Esta diferencia se funda en tres razones: 1.ª porque está decidido expresamente en derecho que à falta de hijos legítimos sean herederos forzosos ó legítimos de la madre (5), mas no del padre: 2.ª porque asi como la suceden por testamento y abintestato, segun la ley citada, asi tambien deben sucederla contra testamento, por la pretericion ó injusta desheredacion: 3.ª porque respecto de su padre son llamados por derecho en cierta parte y porcion solamente, que es en lo que quiera dejarles (6); pero respecto de la madre simple, y absolutamente en todos sus bie-

1 Por derecho comun solo se les podia dejar la sexta parte de herencia.

2 Greg. Lop en la ley 8. tit. 13. Part. 6. glos. 3. Matienz. en la ley 9. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1. num. final.

3 Ley 1. §. *Qui habebat*, ff. *de bonor. possession. contra tab.*

4 Gom. en la ley 9 de Toro, num. 40 al fin.

5 Ley 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

6 Ley 6 del mismo tit. y lib.

nes, como sus legítimos herederos à falta de descendientes legítimos (1).

6. No solo puede el padre dejar à sus hijos naturales todos sus bienes à falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno à sus nietos naturales, hijos de hijo legítimo, y à los nacidos de hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos, v. gr. bisabuelos; porque si tiene facultad para dejarlos à los hijos, en quienes se supone mas vicio y óbice por la liviandad y torpeza de sus padres, con mayor razon à los nietos, en quienes no se considera tanta (2); y por consiguiente si se les dejare, los heredarán sin que nadie tenga accion à disputárselos.

7. Lo que queda expuesto en orden à la sucesion de los hijos naturales para con su padre y ascendientes paternos, há lugar en estos respecto de aquellos; por lo que en el mismo derecho y parte en que los hijos y nietos naturales suceden à su padre y abuelo paterno por testamento (y lo mismo abintestato), suceden estos à aquellos, como se prueba por las siguientes palabras de la ley 8. tit. 13. Part. 6, cerca del fin: *Otrosi decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede é debe heredar á su padre en los bienes de él, é aprovechase de ellos, asi como sobredicho es, que en esa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, é ayudarse de ellos*; pues asi como entre los padres é hijos legítimos es reciproca la sucesion y causa de alimentos, del mismo modo debe serlo entre los naturales (3).

8. Por lo que hace á los otros ilegítimos, que se llaman propiamente espurios, no pueden suceder por testamento ni abintestato al padre, directa ni indirectamente, haya ó no hijos legítimos; de suerte que ni tienen derecho à pretender la herencia, ni à quejarse de la pretericion, ni aun cuando sean instituidos herederos pueden percibirla, antes bien pasará à los parientes mas cercanos del difunto (4). La razon es porque ademas de traer origen de una cópula reprobada por derecho, no se pueden contar entre los hijos por la incertidumbre de su filiacion; bien que por equidad se les deben los alimentos, como dije en otra parte Respecto de la madre hay diferencia, pues à falta de hijos legítimos

1 Gom. en la ley 9 de Toro, num. 12.
2 Ley fin. Cod *de naturalib liber.* Gomez en la ley 11 de Toro, num 7
3 Gom. en la ley 10 de Toro, num. 7. Gon Arias en la 9 de Toro, num. 7.
4 Véase lo que acerca de esto dije en una nota al párrafo 14, capítulo 6, título 2, libro 2, donde hice ver la contradiccion en que incurrió Febrero; como tambien otra en cuanto á la obligacion de alimentar el padre á los hijos espurios, segun puede verse en una nota al párrafo 16 del mismo capítulo.

la heredará el espurio, asi por testamento como abintestato, excepto en los dos casos que se expresan en dicho capítulo 6, párrafo 15. Mas como allí no se desenvolvió lo bastante esta doctrina, reservando su aclaracion para este lugar, diré lo que se observa acerca de cada uno de estos espurios.

9. Los que nacen de muger casada, ya sea ó no consanguínea del adúltero, no heredarán á sus madres por testamento ni abintestato, aunque carezcan de legítimos, y solo podrán legarles el quinto de sus bienes, como lo dice la ley 9 de Toro, ó 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. *Salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos no puedan heredar á sus madres ex testamento ni abintestato; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la que podian disponer por su alma; y de la tal parte, despues que la ovieren, puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos que entonces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural.* De los siete casos en que la muger casada incurre por el adulterio en pena de muerte natural trata Matienzo (1).

10. Siendo hijos de hombre casado y muger libre, aunque si esta es pública concubina suya, merecen ser castigados los dos, pero como no se les impone pena de muerte, sin embargo de ser ayuntamiento dañado, parece podrán suceder á sus madres por testamento y abintestato, no obstante que tengan ascendientes legítimos, segun la misma ley 9 de Toro, que asi lo ordena. Al padre no pueden suceder sino en el quinto por via de alimentos, porque no son hijos naturales á quienes pueda á falta de legítimos dejar sus bienes, sino espurios, por cuanto al tiempo de su generacion y nacimiento estaba imposibilitado de casarse con su madre. Esta es la opinion de varios respetables autores, á la cual me inclino, pues la ley 10. tit. 13. Part. 6, que no está derogada ni corregida por otra posterior, dice terminantemente: *Nascido seyendo alguno de fornicacion ó de incesto ó de adulterio, este atal non puede ser llamado fijo natural, ni debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre.* Por consiguiente tampoco podrá este espurio heredar á sus parientes paternos.

1 En la ley 7. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 11.

11. Los nacidos de hombre y muger consanguíneos, ya sean nefarios ó incestuosos (que es ayuntamiento dañado tambien, aunque no punible como el de la casada), heredarán á sus madres por testamento y abintestato en defecto de legítimos: lo primero, porque por el acceso no incurre en pena de muerte; y lo segundo por la generalidad de dicha ley 9 de Toro, que al principio dice: *Los hijos bastardos ilegítimos de cualquier calidad que sean:* y mas abajo prosigue: *y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere naturales ó espurios, por su orden y grado, le sean herederos legítimos ex testamento y abintestato* (1): bien que algunos (2) dicen lo contrario, fundados en la exclusion que de los incestuosos hace la ley 11. tit. 13. Part. 6, ibi: *Fueras ende si fuese tal hijo como el que llaman en latin incestuoso:* y en la final, tit. 18. Part. 7, que impone pena de adulterio á los que sabiendo son parientes cometen el incesto, que es al hombre la de muerte, y á la muger la de azotes, reclusion y pérdida de su dote y arras, excepto que se prostituya á su siervo. Pero yo me adhiero á la opinion de Gomez, porque á mas de la generalidad de la ley 9 de Toro, por la que es visto corregir las de Partida, concurre el que esta ley constituye á los hijos herederos de su madre, cuando por tenerlos no incurrió en pena de muerte: es asi que por el derecho de las Partidas no incurre en ella por el adulterio, como el hombre, segun la ley penult. tit. 17. part. 7: luego aunque por la final del 18 se la impone la de adulterio, no siendo como no es la de muerte, la heredarán, porque se conceptúa haber querido que cada uno sufriese la que por este delito le estaba impuesta, y no precisamente la de muerte, como el hombre. A su padre sucederán por testamento en el quinto, como cualquiera extraño; mas no abintestato, porque sin dispensacion no podia casarse con su madre al tiempo que los procreó, ni les concede derecho á sus bienes (3).

12. Los hijos de clérigo ordenado *in sacris* en nada deben suceder por testamento ni abintestato á sus padres, ni tampoco haber de ellos ni sus parientes cosa alguna por via de legado y donacion, ni aun con título de venta que les hagan, ni por con-

1 Gom. en dicha ley 9 de Toro, num. 14. vers. *Tertio infero*

2 Greg Lop. en la ley penult. tit. 13. Part 6. glos. 9. vers. *Hodie per leges*. Matienz. en la 7. tit 8. lib. 5 glos. 11. num. 1 y 2. Acev. en ella num. 44. Velazquez de Avendañ. en la 9 de Toro, glos. 2. num. 4. y glos 8 num. 8, y allí Tello num. 6.

3 Gom. ibi, vers. *Patri vero.*

siguiente ser sustituidos pupilarmente de otro hijo legítimo impúbero, porque esta sustitucion es segunda institucion directa, segun se prueba de las leyes 4 y 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Y aunque el padre diga en su última disposicion que les debe frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados sus herederos á entregársela, excepto que lo acrediten por otro medio legal, porque se presume que lo hace por beneficiarlos, perjudicar á sus herederos, y defraudar la ley (1). Esta prohibicion no se amplía á los hijos de clérigo de menores que goza beneficio eclesiástico, porque dejando y perdiendo el beneficio, puede casarse con su madre, y por el coito no se impone pena civil á uno ni otro, como dice Matienzo (2) citando otros, y es lo corriente. El nieto de clérigo *in sacris*, hijo legítimo y natural de su hijo espurio, bien puede ser instituido (ya su padre viva, ó esté muerto) por el clérigo su abuelo, no siéndolo por contemplacion de su padre, porque esta ley habla solamente de los hijos, y no se extiende á los nietos (3).

13. Asimismo no pueden heredar cosa alguna de sus padres los hijos de monjas, frailes y freiles profesos, segun previene la citada ley 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.; y de consiguiente tampoco deberán llevar cosa alguna de sus parientes por testamento, abintestato, ni por contrato (4), como se prueba de la expresada ley 9 de Toro, que manda se observe con los hijos de estos lo que la próxima inserta ordena acerca de los de clérigos. De modo que los hijos ilegetímos ó espurios en todos casos pueden heredar á sus madres, excepto en tres: el primero, si tienen hijos legítimos: el segundo, si la madre por tenerlos ilegítimos incurre en pena de muerte: y el tercero, si son hijos de monja profesa; con la advertencia, de que en los dos primeros les pueden dejar el quinto, pero en el tercero nada.

14. Si el clérigo deja á su nieto existente en poder de su padre espurio el usufructo de sus bienes, parece que no valdrá la disposicion estando el nieto bajo la patria potestad, porque siendo su padre incapaz de haberlo por su propia persona, del mismo modo lo será por interposicion de otra. Sin embargo, lo cierto es que la institucion no sea nula, ni el padre adquiere para sí el usufructo, antes bien lo hace suyo el nieto, por ser visto

1 Ley 3. tit. 14. Part. 3. Ley *Qui testam.* 27. ff. *de probat.*

2 Glos. fin. de la ley 7. tit. 8. lib. 5. Rec.

3 Covarr. cap. 8. §. 5. num. 14. Cifuent. en la ley 9 de Toro, num. 7. Gom. en ella num. 17. Matienz. en la 6. tit. 8. lib. 5. glos. 8. num. 24. Dueñ. regul. 36. limitat. 2 al fin.

4 Ley 2. §. 1. ff. *de admin. test. ad civit. pertinent.* ley *Sed plures*, §. *In arrogato*, ff. *de vulgar. et pupillar. substitut.*

y presumirse que el testador así lo quiso y dispuso, para que fuese valedero, y no inutil el acto; porque aunque por derecho antiguo todo cuanto adquiria el hijo era para su padre, y nada podia quedar en él, aun cuando quisiese el donante ó testador; por derecho nuevo ó posterior adquiere el hijo la propiedad y dominio de lo donado, y el padre el usufructo solamente, á menos que lo prohiba el testador ó donante (1); por lo que, no pudiendo adquirirlo el padre por su incapacidad, lo adquiere el hijo, y en él se queda por tácita voluntad del testador (2). De suerte que los nietos del hijo espurio, quiero decir, que el procedente de hija espuria, ó de la muger de hijo espurio, puede ser instituido heredero, con tal que el testador abuelo no tenga prole legítima, que no intervenga incesto, y que no se haga la institucion por contemplacion del hijo ó hija espurios (3) (*).

1 Authent. *Excipitur*, Cod. *de bonis quæ liber.*

2 Paul. in leg. *Gallus*, §. *Quid si is*, ff. *de liber. et posthum.* Gom. en la ley 9 de Toro, num 17. vers. *Sed dubium.* Matienz. en la 6. tit. 8. lib. 5. glos. 8. num. 26.

3 Laro, *Compendium vitæ homin.* en el cap. 5.

* Acerca de los hijos adoptivos véase lo que se dijo en el citado capítulo 6, parrafos 8 y 9.

CAPITULO DECIMO.

Observaciones acerca de la sucesion por testamento de los ascendientes á sus legítimos descendientes. ¿De que parte de sus bienes podrán estos disponer en perjuicio de aquellos; si de ella se han de sacar ó no los gastos de su funeral y legados; y últimamente si tendrá lugar la colacion entre los ascendientes?

§. 1. Derechos hereditarios de los ascendientes.

2. En esta sucesion no se debe hacer diferencia ni separacion de bienes entre los ascendientes.

3. Excepcion acerca de los bienes troncales.

4. Entre los ascendientes no tiene lugar la representacion cuando se trata de suceder á los descendientes.

5. Los descendientes pueden disponer del tercio en perjuicio de sus ascendientes, é imponer en él las condiciones que quieran. Este tercio se entiende de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

6 hasta el 9. Si los gastos del funeral y entierro del descendiente, misas que manda celebrar y legados que hace, ¿se han de deducir ó no del tercio de que dispone, ó del cuerpo de los bienes que deja?

10. Entre los ascendientes no tiene lugar la colacion, como entre los descendientes.

1. Asi como son herederos forzosos de los ascendientes sus descendientes legítimos, lo son aquellos de estos, no solo abintestato sino por testamento (1); de modo que no interviniendo y probándose alguna de las ocho causas legales, que expliqué en el libro 2, título 2, capítulo 13, párrafo 10, no pueden exheredarlos; pues por derecho deben ser instituidos, y sucederles en todos sus bienes libres y partibles de cualquiera calidad que sean, sin excepcion de adventicios, profecticios, castrenses ni casicastrenses, no teniendo hijos ú otros legítimos descendientes, ó que hayan derecho de heredarlos, segun se

1 Ley *Nam et si parentibus*, Cod. *de inoffic. testam.* et ibi Barbos Authent. *de heredibus et falcidia*, §. 1. collat. 1 v Authent. *Ut cum de appellation. §. Illud quoque capitulum*, collat. 8. Guerreir *de divis.* lib. 3. cap. 1. num. 2. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. num. 7. vers. *Nec obstant.*

prueba de la ley 6 de Toro, que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. que en su primera parte dice: *los ascendientes legítimos por su orden y línea derecha sucedan ex testamento y abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos ó que hayan derecho de los heredar.*

2. En esta sucesion no se debe hacer diferencia ni separacion de bienes entre los ascendientes: quiero decir, no hay obligacion de que los bienes que el hijo ó descendiente hubo y heredó de su padre y abuelo paterno ó por su causa y atencion, vuelvan al padre ó ascendiente por la línea paterna, y los que adquirió de su madre y abuela materna ó por su respecto, á los de esta línea; sino que al contrario, ya los haya adquirido por una sola ó por ambas, se deben dividir con igualdad entre los ascendientes (1): y solo se debe mirar á que estos se hallen con igual grado, y este sea el mas cercano; pues aunque haya muchos de varios grados, v. gr. abuelos, bisabuelos, si hay otro ó mas en grado inmediato, v. gr. padre y madre, ó padre ó madre solamente, no heredarán los remotos, sino el inmediato ó inmediatos iguales en grado (que son el padre ó madre) al descendiente; porque en las sucesiones, ya sean por testamento ó abintestato, se atiende á la prerogativa del grado y proximidad del parentesco (2), y no á otra cosa.

3. Sin embargo no en todos los pueblos de los reinos de Castilla está en rigorosa observancia la disposicion general de la ley 6 de Toro, pues hay muchos en que se sucede de otro modo en los bienes raices patrimoniales, y ella misma los exceptúa dejando en su fuerza y vigor el fuero municipal ó costumbre de suceder en sus moradores: *lo cual mandamos que se guarde* (concluye la ley) *salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.* Este punto se trató con extension en el libro 2, título 2, capítulo 9, desde el párrafo 43 al 47, donde podrá enterarse el partidor cuando ocurra algun caso.

4. Entre los ascendientes no tiene lugar la representacion

1 Matienz. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 3. num. 7. y glos. 5. num. 1. Gom. en la ley 6 de Toro, num. 8. vers. *Sed his non obstantibus.* Gregor. Lop. en la ley 1. tit. 13. Part 6 glos. 2. Avendan. en dicha ley 6 de Toro, glos. 6. num. fin.

2 Ley 6 de Toro, que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. ibi: *Por su orden y línea derecha*, y ley 4. tit. 13. Part. 6.

cuando se trata de suceder á sus descendientes, ni la trasmision por derecho de sangre: lo primero, porque estos heredan por derecho divino, natural y positivo; y aquellos en virtud de este solo; y como que no son procreados por sus descendientes, no puede tampoco haber dicha trasmision: lo segundo, por presumirse que han de morir primero como mayores de edad, y la ley imita à la naturaleza.

5. Sentados estos principios, y supuesta la restante doctrina sobre los derechos hereditarios de los ascendientes, que expliqué en el libro 2, título 2, capítulos 7 y 9, adonde remito al contador, pasaré á tratar de la parte de herencia de que pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus legítimos ascendientes, y si de ella han de sacarse ó no los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, cuyo punto reservé para este lugar como mas enlazado con el tratado de particiones. En dicho capítulo 7, párrafo 4, dije que podian dichos descendientes disponer del tercio citando en apoyo la ley 6 de Toro, cuyas son las siguientes palabras: *Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer cualquiera última voluntad, por su alma ó en otra cosa cual quisieren.* Asimismo pueden poner en dicho tercio las honestas y posibles condiciones que les parezca, y gravarle, ya le dejen á alguno de los ascendientes que le han de heredar, ó á extraño, del mismo modo que el ascendiente las puede poner en el quinto; previniendo que esta tercera parte se entiende de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

6. De la citada ley 6 de Toro se originan tres dudas, à saber: 1.ª si los descendientes podrán consignar el tercio, dejándolo á alguno de sus ascendientes ó à extraño: 2.ª si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, ó solamente en propiedad; y si aquel ha de quedar ó no reservado al padre mientras viva: 3.ª si los gastos del funeral y entierro del descendiente, misas que manda celebrar, y legados que hace, se han de deducir ó no del tercio de que dispono, ó del cuerpo de los bienes que deja. Las dos primeras dudas se resolvieron en dicho capítulo 7 del título 2, libro 2, párrafos 5, 6 y 7; y procediendo á explicar la tercera, es preciso antes saber lo que se entiende por gastos del funeral y entierro, pues aunque ya se tocó algo de esto en el capítulo 2 de este título, no los especifiqué individualmente

como voy à hacerlo ahora. Por funeral y entierro se entiende el hábito con que se amortaja el cadaver; el ataud; la cera que alumbra mientras está en su casa de cuerpo presente, y en la iglesia hasta que se le sepulta; la limosna de la vigilia, misas, responsos, ofrenda y demas derechos parroquiales; los clamores; la sepultura; el costo de sepultarlo; la conduccion del cadaver á la iglesia, ya sea en público con acompañamiento, ó de secreto sin él; el velarlo y amortajarlo; y algunas otras cosas, sin las cuales, segun el estilo del pueblo, caracter, circunstancias y haberes del difunto, no se puede hacer el entierro. Los gastos que en todo esto ocurren son preferidos à todas las deudas que el testador contrajo en su vida, siendo moderados, porque si son excesivos, los ha de moderar el juez de su domicilio atendido su caudal y calidad (1), en caso que no haya el suficiente para todos sus acreedores; pues habiendo que heredar, se arreglarán à él sus herederos, y gastarán lo que les paresca. Pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos de los herederos, ni viuda; y asi cada heredero hará à su costa el suyo, como que cede en su privativa utilidad, y no del legatario del tercio ni quinto, porque no es preciso, y ninguna ley manda traerlo, segun he dicho en otra parte. Tampoco se incluyen los gastos de la última enfermedad hechos en medicinas, médico, cirujano, alimento del enfermo &c. porque los hizo en vida, y no se causaron con motivo de su muerte, ni despues de acaecida esta; por lo que se deducirán del cuerpo de su caudal, al modo que las demas deudas que contrajo antes de caer enfermo; bien que aunque no son funerarias, ocuparán el primer lugar despues de estas los acreedores à quienes competa el percibo de su importe, sin embargo de que otros sean anteriores y privilegiados (2).

7. Supuesto lo referido, digo que acerca de la duda propuesta hay dos opiniones diametralmente opuestas: la una afirma que los gastos funerarios deben deducirse del tercio, por las mismas razones que, habiendo descendientes, del quinto, y entregarse las otras dos terceras partes al ascendiente ó ascendientes herederos, sin gravamen ni descuento alguno, como legítima suya que por derecho positivo les pertenece (3). La otra

1 Leyes 12. tit. 13. Part. 1, y 30 al fin. tit. 13. Part. 5. Ley *Et si quis*, 14. §§. 3, 4 y 6, y ley *funeris sumptus*, 37. ff. *Relig. et sumptib. funer.*

2 Acost. *de privil. credit* reg. 2. ampliat. 1. num. 20 y 21. Ayor. *de partit.* part. 2 quæst. 12.

3 Castill. en la ley 6 de Toro. verb. *Por su alma* Gutierr. en la ley *Nemo potest*, num. 95. y lib. 2. *Pract.* quæst. 71. Angul.

opinion afirma que se deben deducir del cuerpo del caudal de difunto, y que el residuo ha de dividirse entre los herederos y el legatario del tercio, por manera que pagan à proporcion, como interesados en su respectiva cuota de herencia, porque el entierro y lo anejo y preciso para él es deuda que el hombre contrae por el hecho de nacer, y á cuyo pago estan sujetos indistintamente todos sus bienes, al modo que cuando la dote de la hija vuelve á su padre ó madre enteramente por haber muerto sin sucesion, pues estan obligados estos à enterrarla, y no su marido, porque son sus herederos. De este dictamen es García (1) citando à Palacios Rubios, que se halló presente à la formacion de las leyes de Toro, y dice no estar comprendida esta especie en la 30, ni por consiguiente deberse deducir dichos gastos del tercio, sino del cúmulo de la herencia, como deuda contra ella; y añade que Castillo habiendo reflexionado mas bien, corrige su primer dictamen en la citada ley 30.

8. Adhiriéndome à esta última opinion por las razones del mismo García, y sin embargo de la autoridad del señor Covarrubias, digo que los gastos de entierro se deben sacar del cuerpo de bienes, como otra cualquiera deuda contra ellos, y de superior privilegio, excepto que el testador mande deducirlos del tercio; y asi lo he practicado, y con mi dictamen se practicó y aprobó judicialmente en ciertas particiones, no obstante la infundada oposicion de algunos legistas, que sin apoyo legal terminante ni razon poderosa que destruyese las referidas, sostenian lo contrario.

9. Pero en cuanto á las misas, mandas y demas de que disponga el testador (acerca de lo cual nada dicen ni explican con distincion los autores), soy de sentir que se deben deducir del tercio y no del cuerpo de bienes: lo primero, porque los gastos de todo esto son totalmente voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público, como deuda preferida à todas; y asi aunque el testador prohiba que se le entierre ó que se paguen, se tendrá por no escrito este precepto, y como tal no será obedecido: lo segundo, porque la ley 6 de Toro le permite testar del tercio por su alma, ó en lo que quisiere, y respecto usar de su permiso, debe observarse su disposicion, aunque el testador mande lo contrario; pues de no practicarse asi se que-

de meliorat. en la ley 13. tit. 6. lib 5. glos. 3. num. 2. Matienz. en la 1. tit. 8 lib 5. glos 8. num. 2. Covarr. in cap. *Raymaldus*, §. 3. num. 2 al medio. Tello en la ley 30 de Toro, num. 6.

1 *De expensis*, cap. 8. num. 49 y 50.

brantaria la ley, se daria al ascendiente mas facultad que la que esta le da, y se equipararian los gastos de su funeral, de que la ley no hace mencion, con los de las misas, legados y demas en que le concede facultad expresa para invertir el tercio.

10. Debe tener tambien presente el contador que entre los ascendientes no tiene lugar la colacion como entre los descendientes, porque ningun derecho la ordena, y asi aunque un hijo ó nieto haya dado en vida à su padre, madre ó abuelo algunos bienes ó cantidad, y nada al otro ascendiente que está en igual grado, lo mismo heredará el uno que el otro de los que deje si muere antes que ellos.

CAPITULO UNDECIMO.

Observaciones acerca de los legados: modo de deducirlos: ¿si los hechos por el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor, y con la décima correspondiente al tutor? De la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y si revocándose el legado deberá ó no restituir el legatario los que percibió.

§. 1. Controversia suscitada por el reformador de Febrero sobre el legado *á dia cierto*.

2. Explicacion de las dificultades que se ofrecen acerca de la doctrina del párrafo anterior.

3. Se especifican varios legados condicionales.

4. Caso de un legado *modal*.

5. Reflexiones del reformador de Febrero sobre si vale el legado hecho con demostracion, aunque esta sea falsa.

6 y 7. Caso en que el testador lega á dos personas junta ó particularmente alguna cosa.

8. Del legado de alimentos hecho á los menores.

9. Dificultad suscitada por el reformador de Febrero sobre si legando el testador una casa, se arruinase esta, y reedificase otra en el mismo solar, ¿se deberá ó no esta segunda al legatario? Explicacion de la doctrina relativa á este punto.

10. Modo de deducir los legados graciosos ó voluntarios.

11. Como se ha de hacer la deduccion cuando el testador teniendo ascendientes ó descendientes legítimos, deja á extraños tantos legados que no caben en el quinto ó tercio?

12. Continuacion del mismo asunto.

13. ¿Si se habrá de hacer la deduccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos?

14. La dote no debe compensarse con el legado ó legados que el marido hubiere hecho á su muger.

15. Si la legare los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá la muger como legado, y tambien su estimacion como parte de dote.

16. Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado.

17. Si el testador hubiere recibido cierta cantidad en dote; y otra mayor en bienes parafernales, y en su testamento dejare á las hijas que tuvo en aquella, mayor suma que las dos

recibidas, mandando que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, valdrá y se compensará el legado con la dote y bienes parafernales de su madre hasta en lo que alcance.

18. Tampoco tiene lugar la compensacion de las arras con el legado del quinto ú otro que el testador hiciere á su muger.

19. Ni se ha de compensar el legado hecho á la muger con la mitad de gananciales que la corresponden.

20. Si el padre hubiere hecho algun legado á su hija en tiempo que todavia no podia casarse por falta de edad, no se debe decir que fue con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla cuando tuviese edad nubil; y asi no se compensará con esta.

21. Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces en caso que no esten destruidos los que la tenia entregados al tiempo de hacer la manda.

22. No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y la tela tejida ó que se estaba tejiendo para emplearla en ellos, á menos que lo limite el testador.

23. Donando en sanidad el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia.

24 y 25. Si el acreedor lega al deudor simplemente alguna cantidad, ¿se entenderá que se la lega con ánimo de compensarla con la que le debe?

26. Excepcion de lo dicho en el párrafo anterior.

27. Cuando el acreedor que tiene en su poder la prenda, la lega á su deudor, no tendrá lugar la compensacion en cuanto á la liberacion de la deuda.

28. Cuando es especie lo que se debe y cantidad lo que se lega, no tiene lugar la compensacion de una con otra.

29. Percibiendo el tutor testamentario el legado que el testador le deja por premio de la administracion de la tutela, no le corresponde la décima que la ley le concede, antes bien ha de compensarse con ella, y si se lo deja simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad.

30. No se compensará el legado que el testador hace á su mismo hijo cuando le nombra tutor del pupilo su hermano.

31. Pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa sim-

plemente legada ó dejada en fideicomiso por el testador.

32. Lo dicho en el párrafo anterior se entiende cuando el testador testa entre extraños por carecer de herederos legítimos; pues si los tiene, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben ó no en el quinto ó en el tercio de que respectivamente puede disponer.

33. Estos frutos no deben dividirse á prorata.

34. Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen á su heredero los frutos que deja pendientes.

35. No dejando el testador la propiedad de la finca al legatario, sino solo su usufructo, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes, pertenecen al heredero propietario.

36. Modo de dividir las pensiones de la cosa arrendada por el testador entre sus herederos, y el legatario á quien estando arrendada se la mandó.

37. Al legatario de la cosa específica propia del testador (ya sea legada sola, ó señalada por este para parte de pago de la cuota de bienes que le lega), corresponden los frutos que produce luego que muere dicho testador.

38. Si el legado es de cosa genérica ó agena, no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega.

39. Lo mismo procede cuando el legado es del quinto ó de otra cuota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario.

40. Si no hubiere heredero, ó el instituido no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, porque desde la aceptacion se le trasfiere el derecho de percibir los frutos de lo legado.

41. Revocado el legado que fue hecho en última voluntad, ó en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario con el legante, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se le entrega; no hará el legatario suyos los frutos de la casa donada.

1. En el libro 2, título 2, capítulo 18 y 19, se insertó casi toda la doctrina del autor relativa á los legados, reservando para este lugar la aclaracion de algunos puntos dudosos, y la esplicacion de otros que estan mas enlazados en el tratado de particiones. Allí se dijo que de los legados voluntarios unos

son genéricos y otros específicos. Genéricos son los que no designan cosa alguna individual y determinada, por ejemplo, un caballo sin especificar cual sea, ò bien de las que están sujetas à número, peso y medida, como trigo, aceite, dinero &c. Específicos son los que denotan individualmente la cosa legada, esto es, la designan con nombre particular y no comun, ò con ciertas señales: v. gr. la casa que tengo en tal calle, el caballo negro &c. Cuando el legado es de esta última clase, se trasfiere su dominio al legatario luego que fallece el testador; pero en el genérico ò de cantidad no se verifica esta traslacion de dominio hasta que se entrega la cosa legada. Habiendo sentado el autor esta doctrina, que es indudable, añade luego hablando del legado que se hace *á dia cierto*, ò señalando el tiempo en que se ha de entregar, que antes de llegar el dia señalado nacen la accion de pedirlo y la obligacion de pagarlo, y que asi puede pagarlo el heredero antes que venga el dia prefijado, *porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la traslacion de dominio.* El reformador de Febrero notó aqui dos equivocaciones, en que á su parecer incurrió el autor: 1.ª diciendo que nace antes de llegar el dia la accion de pedir el legado y la obligacion de pagarlo; 2.ª que el dominio de lo legado à dia cierto se trasfiere despues de muerto el testador, y antes que aquel llegue, en el legatario y sus herederos. El adicionador de Febrero impugna largamente sobre estos dos puntos al señor Gutierrez, y este le contesta aun con mayor difusion, como puede verse en el prólogo del adicionado, párrafo 5, y en la apología del otro, párrafo 6.

2. En cuanto à la primera equivocacion, debió decir Febrero, segun el Señor Gutierrez, que antes del dia nacia la accion à pedirle, y la obligacion à pagarle cuando llegase. El adicionador contestando à esto dice lo siguiente. ¿Que mas tiene decir: *nace la accion de pdirle: y la obligacion de pagarle antes que llegue*, como se lee en el autor, ò que *antes que llegue nace la accion de pedirle y la obligacion de pagarle*? Pero ò no entendió al señor Gutierrez ò no quiso entenderle, à lo menos no propone la dificultad de este en los términos que debe. Yo me haré cargo de ella, y responderé del modo que à mi parecer no se ha hecho para salvar esta dificultad. El señor Gutierrez opina que nace antes de llegar el dia la accion para pedir el legado, y la obligacion de pagarlo *para cuando llegue el dia*, esto es, que no hay obligacion de satisfacerlo antes. Esto es muy cierto, y cabalmente Febrero pensaba del mismo

modo, pues dice en el mismo párrafo lo siguiente: *y asi puede pagarlo el heredero antes que llegue el dia ó tiempo prefinido:* aquel *puede* quiere decir, está en su arbitrio el hacerlo, pero no tiene obligacion hasta que llegue el dia. Por otra parte, la accion y la obligacion son correlativas: si nace la accion antes que llegue el dia, tambien deben hacer la obligacion, pues aquella supone á esta, ó lo que es lo mismo, existiendo el derecho de pedir, existe al mismo tiempo la obligacion, en otra persona contra quien corresponda aquel; pero esta accion y esta obligacion estan suspensas hasta que llegue el dia. Asi se concilia en mi entender la doctrina de unos y otros, y viene á resolverse todo en una cuestion gramatical. Mayor dificultad ofrece el otro punto, y en él me parece que el señor Gutierrez tiene mucha razon. Febrero acababa de sentar en el párrafo anterior (suprimido sin razon por el reformador) que en el legado específico se trasladaba el dominio desde la muerte del testador, y no en el genérico; pero el autor, contradiciéndose indudablemente, asegura que en el legado á dia cierto, v. gr. *mando á Pedro cien ducados para la próxima navidad*, se trasfiere el dominio en el legatario y sus herederos despues de muerto el testador. Esta es una inconsecuencia manifiesta por mas que procure paliarla el adicionador impugnando al señor Gutierrez. El ejemplo que pone Febrero, es precisamente de un legado genérico, y en estos jamas se traslada el dominio hasta la entrega. Pero el señor Gutierrez avanzó mas diciendo que aun cuando fuese especifico el legado, no se trasladaria el dominio hasta que llegase el dia; opinion aventurada que refutó con solidez el adicionador, y contraria en mi entender à la ley 34. tit. 9. Part. 6. que dice: *Et aun decimos que luego que el testador es muerto pasa el señorio de la cosa que es asi mandada á aquel á quien fue fecha la manda.... et esto serie si la manda fuese de tal natura que fuese fecha puramente ò á dia cierto; mas si fuese fecha sò condicion, non serie asi, cá moriendo aquel á quien fuese fecha la manda enante que se compliese la condicion non valdrie la manda; nin la podrie demandar el heredero de aquel á quien fue fecha etc.* Segun esta ley es indudable que el dominio del legado á dia cierto pasa al legatario desde que muere el testador, y la razon que da Febrero es porque es preciso que llegue, lo cual no sucede en el condicional, por cuanto puede verificarse ó no la condicion. Pero esto debe entenderse en mi dictamen cuando el legado á dia cierto es de cosa especifica, en que se verifica la traslacion de dominio desde la muerte del testador. Asi que el

error de Febrero consiste en haber puesto por ejemplo un legado de cosa genérica, en el cual no se traslada el dominio hasta la entrega como habia sentado antes.

3. En el citado capítulo 18, título 2, libro 2, se dijo que el legado podia hacerse tambien condicionalmente, y aunque en el capítulo 2 del mismo título se habló de las condiciones en general, especificaré aqui algunas que alli se tocaron ligeramente. De las condiciones posibles unas se llaman *casuales ó contingentes* y son *las que solo dependen de la casualidad ò fortuna, y pueden cumplirse ó no; v. gr. si tal navio viniere de las Indias; si Pedro ascendiere á tal dignidad; si tal cosa aconteciere etc.*, en cuyos casos y otros semejantes, de cualquiera naturaleza y calidad, hasta que se cumple la condicion no tiene derecho el legatario á la manda, ni el heredero extraño á la herencia (1). Otras se llaman *ciertas ó necesarias, las cuales tienen las apariencias de casuales, y no lo son, por lo que es preciso se cumplan: v. gr. si Pedro muriere etc.*, y asi no hacen el acto condicional, ni suspenden su virtud ni efecto, y de consiguiente el legatario y heredero pueden pedir la manda y herencia luego que muere el testador (2) porque fueron puras, como si no hubiera condicion. Otras son *mixtas de casuales y potestativas* y se llaman asi; *porque su cumplimiento depende de la voluntad del hombre y de la casualidad, v. gr. hacer algun contrato ó negocio con alguno, contraer matrimonio con cierta persona, ir á tal parte, venir de tal tierra etc.*; y en estos casos y otros semejantes es forzoso se cumpla la condicion para que el legatario perciba la manda, y el heredero extraño la herencia (3). Se pueden cumplir estas condiciones asi en vida del testador como despues de su muerte, porque no dependen enteramente del legatario ó heredero, y el testador solo atiende á que tengan efecto, y no al tiempo en que se ha de verificar su cumplimiento. Otras son de *presente*, otras de *pretérito* y otras de *futuro*: de presente, v. gr. *si esto es asi lego tal cosa á Juan*: de pretérito, v. gr. *si Juan hizo tal cosa, ó si esto sucedió*: de futuro, v. gr. *si la hiciere ó si sucediere*. Las dos primeras siendo verdaderas obligan al instante, y no suspenden el acto, por lo que el legatario y el heredero percibirán el legado y la herencia; pero si no son ciertas, es nula é ineficaz la disposicion. Las de futuro ningun efecto causan al presente, y sí solo

1 Ley 8. tit. 4. Part. 6.
2 Dicha ley 8.
3 Ley 9. tit. 4. Part. 6.

hay la esperanza de que le surtirán con el tiempo (1). Otras son *expresas* y otras *tácitas*. Se llaman expresas *las que el mismo testador pone por su propia boca en la institucion ó legado, y* tácitas *las que en alguna disposicion se entienden puestas por derecho, aunque el testador no las ponga*, lo cual sucede en muchos casos, de los cuales se han expuesto varios en los lugares oportunos de esta obra. Otras consisten en *dar* y otras en *hacer;* y siendo posible lo que el testador manda dar ó hacer, no percibirán el legado ó herencia el legatario ni heredero hasta que lo cumplan. Pero si la condicion es *prohibitiva*, como cuando le encarga que no dé ó no haga tal cosa, y pueden cumplirla, debe dar la caucion *muciana* con fianzas, de que no la dará ó hará para que se le entregue el legado, porque de lo contrario no le percibirá; y si despues de percibido procede contra lo prometido, ha de restituir el legado con frutos (2). Si el testador manda al legatario que jure darla ó hacerla, se tiene por no puesto el juramento, aunque sin embargo no ha de percibir lo que le legó hasta que cumpla su mandato, y si el juramento es sobre cosa pasada ó presente, debe hacerle, y de lo contrario nada tomará del legado (3).

4. Tambien pueden hacerse los legados bajo de cierto modo, y entonces se llaman *modales*, segun se indicó en dicho capítulo 18, párrafo 14. Esto sucede cuando el testador lega á uno alguna cosa ó cantidad porque dé ó haga algo, cuyo *porque* que parece casual, equivale á *para*, y asi la virtud y efecto de este legado son que el legatario no pueda pedirle, ni se le deba entregar antes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion ó fianza y seguridad de cumplirle (4); excepto que el testador quiera expresa ó tácitamente que antes que se le entregue la cumpla, pues entonces no basta la fianza. Esto procede aunque el testador añada condicion al modo, diciendo: *lego á Pedro cien ducados con la condicion de que dé ó haga esto;* pues será modo y no condicion, porque mas se atiende á su mente y voluntad que no á las palabras con que la declara; y siempre que quiere que lo que ordena se cumpla antes que su disposicion, será *condicion;* y si despues, será *modo*, el cual no suspende la disposicion. Ademas, faltando la condicion se irrita ó invalida *ipso jure* la disposicion, y no se trasmite la herencia al sucesor; pero aunque falte el modo, no se anula y debe cumplirse. Acer-

1 Ley 21. tit. 9 Part. 6
2 Leyes 7 y 11. tit. 4, y 22. tit. 9. Part. 6.
3 Ley 6 tit. 4 Part. 6.
4 Ley 21. tit. 9. Part. 6.

ca del dominio irrevocable que adquiere el legatario en la cosa legada cuando cumple el precepto del testador véase el párrafo 15 del citado capítulo.

5. Asimismo se hacen los legados con demostracion, segun se insinuó en el citado capítulo, esto es, con alguna señal ó aditamento que designe la cosa legada; añadiendo el autor que regularmente vale el legado aunque la demostracion sea falsa; pero sobre este último punto debe tener presentes el contador las reflexiones siguientes que hace el reformador de Febrero (1). La regla de que la demostracion falsa tocante á la cosa legada no vicia la manda puede padecer muchas excepciones, sino por causa de total demostracion, por razon de algun otro aditamento ó de otra alguna circunstancia; y asi en todo legado hecho con dicha demostracion debe examinarse atentamente la voluntad del testador, que habrá de observarse. Y en orden al error que puede padecerse en el nombre del legatario ó de la cosa legada, acerca del cual no habla Febrero, no será fuera de propósito insertar en este lugar las leyes 9 y 28. tit. 9. Part. 6, que tratan de dicho error. Ley 9. *La persona de aquel á quien es fecha la manda, debe ser puesta é nombrada ciertamente, de guisa* (de manera) *que puedan saber cual es, ó por su nome, por otras señales, cá si cierta non fuesse, non valdria la manda. E esto seria como si el testador oviesse dos amigos que oviesse el uno nome asi como el otro, é dijesse assi: mando á fulano mio amigo tantos maravedis ó tal cosa, é non dijese el sobrenome* (apellido) *de aquel á quien lo mandaba. Cá pues que non se puede saber ciertamente cual de aquellos sus amigos quisiera el testador que oviesse aquella manda; por ende* (por tanto) *non vale, nin es el heredero tenudo de la cumplir. Pero si fuesse cierta la persona de aquel á quien fuesse mandada, maguer errase el testador en el nome ó el sobrenome de aquel á quien la ficiesse, nonempeze* (no perjudica) *tal yerro; nin se embarga por ende la manda.* Ley 28. De legatis tertio, *en latin, tanto quiere decir en romance como una razon que es escrita en el derecho que muestra por que palabras pueden ser dejadas las mandas. E decimos que por todas palabras que ayen entendimiento* (sentido) *que sean guisadas* (razonables) *é convenibles para espaladinar* (declarar) *las cosas que el facedor del testamento quiere mandar á otri, pueden ser otorgadas é puestas las mandas en los testamentos ó en el codicilo que alguno ficiere, cá si de otra*

1 Tomo 1, página 22.

guisa las dijesse, non valdria la manda: é esto seria como si el testador oviesse voluntad de mandar oro á alguno, é dijesse que le mandaba laton, creyendo quel oro habia tal nome, cá entonce non valdria tal manda, maguer aquel á quien fuesse fecha quisiesse probar que su intencion del testador era de mandarle oro é non laton. E esso mismo decimos que seria en todas las otras cosas que han nomes generales, en que acuerdan los omes comunalmente en cada tierra en nombrarlas: assi como plata, ó vino, ò pan, ò paños, ò vestiduras, é todas las otras cosas semejantes destas. Cá en cualquier de estas cosas sobredichas, si el testador errasse el nome de la cosa que mandasse diciendo otro nome é non el suyo, cuidando (creyendo) *que aquel que él decia era su nome, non valdria la manda. Pero en las cosas que han nomes señalados, assi como son los omes, non seria ansí. Cá maguer el testador errase en el nome de algun ome, diciendo otro nome é non el suyo, cuidando que aquel era su nome que él le decia, valdria la manda, é non se embargaria por tal yerro si fuere probado que su entencion era del testador que aquella persona que nombró oviesse tal manda. Otrosí decimos que cuando los facedores de los testamentos usan tales palabras en las mandas, diciendo: mando é quiero que fulano aya tal cosa, ó pláceme ò tengo por bien que la aya: ó dice al heredero: creo que tú darás tal cosa á fulano ò déjolo en la tu fe que lo cumplas: ó dice el testador: quiero que el mio heredero haga tal cosa. Cá usando el testador cualquier de estas palabras sobredichas cuando ficiesse la manda, ò otras semejantes dellas, porque pueda ser entendida la entencion ó la voluntad dél, valdria la manda que assi fuesse fecha.*

6. Legando el testador á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa: juntamente, v. gr. diciendo: *Mando á Pedro y Juan tal casa ó viña etc.*: apartadamente si dice en una cláusula: *Mando á Pedro tal casa*; y luego en otra de la misma disposicion: *que manda á Juan la propia casa*, deben partirla con igualdad los legatarios, porque á cada uno se dejó simplemente é *in solidum*; y ya sean conjuntos ó separados en la cosa ó palabras, ò disyuntos en estas y juntos en aquella, ninguno ha de llevar mas. Y si alguno de ellos muere antes que el testador ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento por el que no puede adquirirla, se acrece al otro, sea dividua ó individua (1).

1 Ley. 33. tit. 9. Part. 6. y su glos. 7.

7. Y si uno de estos legatarios sucede al otro puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar lo perteneciente al colegatario; y por el contrario, si á uno de los dos impuso gravamen el testador y al otro no, excepto que conste manifiestamente haber querido que el uno llevase la cosa y el otro su estimacion; pues entonces el legatario que sucede al otro lo conseguirá todo, porque hace de dos personas, y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida enteramente en este el de ambos, y podrá pedirle.

8. Cuando se legan à los menores los alimentos hasta la pubertad, ha de ampliarse esta en los varones hasta los diez y ocho años, y en las hembras hasta los catorce, ya por piedad, y ya porque hasta dicha edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir, excepto que el testador prefina hasta cuando se les ha de contribuir con ellos, y no señalando este el tiempo, se les han de dar por toda su vida. La cantidad que en todos casos se les ha de dar, si cuando vivia los alimentaba, y no se la consigna, ha de ser la que les daba al tiempo que falleció; y si en vida variaba, dándoles unas veces menos y otras mas, ha de dárseles la que al mas cercano de su muerte solia darles. Por alimentos se entienden la comida, el vestido, calzado y la habitacion, no la enseñanza, sino que el testador la exprese; por lo que si este deja alimentos á alguno, ó lo necesario para vivir, se comprende en ellos lo dicho (1): si le lega los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida; y para hacer una regulacion prudente y caritativa, cuando se han legado simplemente sin señalamiento de cuota, ni constar cuanto daba el testador al legatario ó á otros de su condicion, se ha de atender á esta y á las facultades y rentas de los bienes de aquel (2), sin que por no ser bastantes las rentas, se deba enagenar la propiedad de sus bienes.

9. En el citado capítulo 18 del título 2, libro 2, párrafos 27 y 28 se dijo que si el testador lega una casa, y despues se arruina, quema, ó destruye toda, se debe al legatario el área ó suelo en que estaba edificada; pero si despues reedifica el testador otra casa sobre dicho solar, no se debe al legatario este ni aquella. Sobre esta cuestion opina el reformador D. José Gutierrez contra Gomez y Febrero que la nueva casa pertenecerá al legatario ya porque habiendo de ser suyo el solar, debe corresponderle lo edificado sobre él, ya porque la ley 37. tit. 9. Part. 6, que el

1 Ley 2. tit. 19. Part. 4.

2 Dicha ley 2. tit. 19. Part. 4.

autor cita, dice expresamente, que si habiendo el testador legado un solar construyese despues sobre este alguna casa, le toca al legatario, y ya por ser evidente que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario el edificio, mayormente cuando de lo contrario hubiera revocado la manda. A pesar de estas razones parece mas fundada la doctrina del autor, quien dice que no se debe al legatario la nueva casa por ser distinta de la primera, y en esto tiene sobrada razon. El legado fue de la primera casa, esto es, de una cosa especifica y señalada, la cual pereció, y por consiguiente en esta parte faltó la materia del legado. Quedó el solar, y por eso dice Febrero que le corresponde al legatario, esto es, si el testador no construye en él otro edificio, pues de lo contrario no tendrá tampoco derecho el legatario al solar, porque ya deja de serlo, y se constituye parte de la nueva casa edificada. Esto tambien es consiguiente á lo primero, porque asi como pertenece al legatario el solar cuando se le lega la casa que está fundada en él por considerarse parte de esta, del mismo modo no debiéndose al legatario la segunda casa por ser cosa distinta de la primera, tampoco le corresponde en este caso el solar por la misma razon, esto es, por considerarse siempre parte de la casa. Nada obsta la ley 37 en que se apoya el reformador, pues esta dice que si el testador mandase un solar, y despues construyese en él casa ú otro edificio, corresponden al legatario el solar y la casa. Este caso es diferente del otro en que se mandó la casa, se arruinó y se construyó otra. El señor Gutierrez da por supuesto que siempre corresponde el solar al legatario, y esto era lo que debia probar, pues de la citada ley no se infiere. Tampoco es evidente, como él dice, que edificando de nuevo el testador sobre dicho solar quiere que pertenezca al legatario. Supongamos que la casa primera fuese ruinosa ó de poco valor, y que despues de la ruina de ella construyese un edificio suntuoso, ¿habrá razon para dar tal amplitud al legado por meras conjeturas con perjuicio de los herederos? Está pues muy fundada la doctrina del autor, quien añade lo siguiente: Y si esta segunda casa se arruina, quema ò perece enteramente, tampoco se debe el área ò solar, porque es parte de ella (la cual no fue legada), y no de la primera que lo fue." Yo distinguiria: cuando el legado fue de la casa y no del solar, está bien que arruinada aquella perdiese tambien el legatario el derecho á este cuando se construyó en él una nueva casa; pero si el legado fue del solar, es mi dictámen que siempre debe corresponder al legata-

rio despues de arruinada la segunda casa, por constar en cuanto à aquel la voluntad del testador. Continúa el autor diciendo: »Pero si poco à poco se fue destruyendo ó cayendo, y el testador la fue levantando ò reedificando, se le debe, no solo el área, sino el edificio, porque se contempla la misma casa legada, y dura aunque reparada y renovada." Este período puesto à continuacion del anterior, en que habla Febrero de la segunda casa, parece que se refiere à esta, lo cual seria un absurdo; y asi debe entenderse de la primera casa, con lo cual desaparece la contradiccion. Se ve claramente que está dislocado ó traspuesto; pero como se halla de este modo en las ediciones de Febrero adicionado y reformado, me ha parecido conveniente hacer esta advertencia para evitar equivocaciones.

10. Paso ahora à instruir al contador en tres puntos importantes. El primero es relativo al modo de deducir los legados. El segundo versa sobre si los legados hechos por el testador à su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ò no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor y con la décima correspondiente al tutor. El tercero se reduce à la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y asi revocándose el legado deberá ò no restituir los que percibió. En cuanto à la deduccion de los legados graciosos ò voluntarios, se hace del modo siguiente: O el legante testa entre herederos extraños ó legítimos: si entre extraños (y por tales se reputan para el caso todos aunque sean sus hermanos, excepto los ascendientes y descendientes legítimos) se deben deducir del cuerpo del caudal que deje despues de pagar las deudas, gastos funerarios y misas, no mandando otra cosa, segun por derecho comun está dispuesto (1), por no haber ley Real que en esta parte y caso lo corrija. Si testa entre herederos legítimos, ò son descendientes ó ascendientes: si son hijos ò descendientes, se han de sacar del quinto líquido de su hacienda (que es lo único de que por la ley 28 de Toro se le permite disponer en vida y muerte), como lo ordena la 30, tambien de Toro, que es la 9. tit. 10. lib. 10. Nov. Rec. Y si son ascendientes, se deben deducir del tercio que es de lo que por la ley 6 de Toro se le permite testar por su alma, ó à favor de quien quisiere: pues el residuo de su hacienda líquida es legítima respectiva de los ascendientes y descendientes legítimos que no puede

1 Ley 1. §. fin. ff. *Ad leg. falcid.* Ley *Papinianus*, §. *Quarta autem.* ff. *de inoficios. testam.* y ley fin. §. *In computation. Cod. de jure deliberand.* Gom. en la 30 de Toro, Matienz. en la fin. tit. 6. lib. 5. Recopilac. 3. num. 1.

ser gravada; bien entendido, que si los legatarios particulares fallecen antes de adquirir derecho à sus legados, ó por algun impedimento legal no los adquieren, se acrecen á la herencia; lo que no sucederá cuando hay legatario ó mejorado en el quinto, pues en este caso, como los legados se sacan de este entre descendientes legítimos, y son parte suya, y no del residuo de la herencia, deben volver, ó por mejor decir, no se debe desfalcar el quinto en su importe, antes sí quedarse con él el legatario de este y entenderse que el testador no los hizo; y lo propio milita con el tercio entre ascendientes en igual caso, no mandando lo contrario en ambos el testador. Pero si deja legado vitalicio, v. gr. á un hijo religioso, que renunció sus legítimas á su favor ò á otro; en este caso, aunque algunos contadores sacan de la herencia el importe de diez, quince o veinte anatas, teniendo consideracion á lo que segun su edad y robustez puede vivir el legatario, y se las entregan; no obstante lo mejor es bajar de la herencia el capital correspondiente al legado ánuo regulado al tres por ciento, é imponerlo, dándole facultad para percibir los réditos durante su vida, y despues de esta partirlo los herederos, ó consignarle en una finca el legado para el propio efecto, y dividirla por su fallecimiento; y de esta suerte ninguno sale perjudicado. Esto se entiende no habiendo otro convenio de los interesados, ya toque ó no al legatario mas cantidad por su legítima que el capital de la consignacion; pues si lo hubiere, se ha de estar á él, respecto á que ninguna ley habla de este caso, y su convenio siendo justo se debe observar. Y si marido y muger que testan de conformidad, se legan alguna finca adquirida por ambos durante el matrimonio, para que la lleve el sobreviviente, se entiende legar cada uno al otro el derecho que en ella tiene, que es la mitad, y asi se sacará del cuerpo del caudal, y se le aplicará por entero, la mitad por via del legado del difunto, y la otra mitad como suya, si testando entre herederos legítimos cabe la mitad; mas sino, lo que quepa, y el residuo en cuenta de su haber; y no toda por via de legado.

11. Teniendo el testador ascendientes ó descendientes legítimos, si deja á extraños tantas mandas ó legados pios ó graciosos que no caben en el quinto ó tercio, se ha de ver á cuanto ascienden estos, y cuanto mas importan los legados juntos, v. gr. si es mitad, tercia, cuarta, quinta ó sexta parte ó la que sea, y de cada uno deducirse proporcionalmente el exceso separando primero el importe del funeral y misas, pues esto no entra en el prorateo; de modo que todos juntos se reduzcan á la can-

tidad de que pudo disponer, llevando cada legatario pio ó gracioso á proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que legó sesenta, debe tocar mas que al que cuarenta; y al que treinta, mas que al que veinte (1). Y no deben ser preferidos los nombrados primero, ni por consiguiente haber predileccion entre ellos, sean ó no de distintas clases ó esfera, porque se presume que el testador á todos profesó igual afecto (2); y cuando se trata de anular, no se debe atender al orden del nombramiento (3), excepto que el testador lo mande expresamente.

12. Si deja á uno el quinto, y ademas hace tantos legados á otros que no caben en él, se han de prorratear entre todos los legatarios, y el del quinto, despues de bajadas las deudas contra el caudal y los gastos funerarios y misas, haciendo una regulacion proporcional con vista de la cantidad excesivamente legada á cada uno, y detrayendo respectivamente de cada legado lo que le corresponda. Lo propio milita cuando tiene hijos, y asi á estos como á extraños hace tantas mandas, que no caben en el tercio y quinto; bien que en este caso se ha de mirar que nada del tercio toque á los extraños, porque es legítima de los hijos, entre los cuales se debe repartir proporcionalmente, segun la disposicion del testador: por cuya razon solo en el quinto tendrá cabimiento para con todos el prorateo de lo legado á los hijos que no quepa en el tercio. Lo mismo se ha de observar cuando lega á un extraño el quinto y hace á alguno de sus hijos ciertos legados de cantidad ó genéricos; en cuyo caso estos se han de sacar del tercio hasta en lo que alcance, y lo que falte deducirlo del quinto, y al legatario extraño darle el sobrante de este ó su total, si las mandas de los hijos caben en dicho tercio, porque como tuvo facultad de mejorarlos en él, y tambien de legar el quinto íntegro al extraño, es visto haber querido que del tercio se pagasen á sus hijos sus mandas hasta en lo que alcanzase, y que el extraño percibiese el quinto íntegro ó su residuo si faltaba algo para completar las de sus hijos ó descendientes. De lo contrario podria ser ilusorio el legado del quinto, y perjudicado el legatario, al cual tal vez nada quedaria que tomar, y no se cumpliria la voluntad del legante que quiso lo llevase en todo lo que permite la ley; pero los gastos funerarios,

1 Ley *In quantitate*, § fin. ff. *Ad leg. falcid.* Cifuent en la 30 de Toro, num. 2. Gregor. Lop en la ley 1. glos. 1. tit. 11. Part. 6 Escobar. *de ratiocin.* comp. 10. num. 5.

2 Ley *Si quis testam.* §. *Apud Julianum*, ff *de legat.* 1. Escobar ibi, num. 4.

3 Ley *Quidam*, ff. *de peculio.* Escobar. ibi, num. fin.

misas y legados pios se han de sacar del quinto, y no del tercio, lo que observará el contador no mandando el testador otra cosa. Ultimamente debo advertir que los legados pios sufrirán la deduccion del mismo modo que los voluntarios, excepto que el testador lo prohiba (1).

13. Ofrécese ahora la duda de si se ha de hacer la deduccion solamente de los legados genéricos ò se ha de ampliar tambien à los especificos. Algunos dicen que estos entrarán tambien en el prorateo, no apareciendo lo contrario de la voluntad del legante. Yo à la verdad soy de contrario dictamen, porque los legatarios de ellos adquieren su dominio y los hacen suyos inmediatamente que el testador muere, lo que no sucede con los genéricos; y asi solo mandándolo el testador, ó no quedando nada que percibir à los legatarios, me parece deberá hacerse de ellos la deduccion respectiva y proporcional.

14. Los maridos hacen muchas veces legados á las mugeres, y suele dudarse si se han de compensar ò no hasta su importe con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que las corresponden. En cuanto á la dote, digo que no se debe compensar con el legado ó legados que el marido hizo à su muger; y asi no solo ha de llevar íntegra, sino tambien los legados: lo cual se entiende á menos que haya dicho expresamente que se los dejaba por via de compensacion de ella, ò conste claramente que su ánimo fue hacérselos en este concepto. Asimismo aunque la legue la misma cantidad numérica que contiene la dote (2), ó el usufructo del todo ò parte de sus bienes, se le adjudicará todo (3): siendo de advertir que los herederos del marido no pueden diferir la restitucion de la dote legada con pretexto de los gastos hechos en ella, excepto que fuese necesario ejecutarlos (4). En cuanto à si estos gastos, ya sean útiles, necesarios ó voluntarios, se entienden tambien legados ó no, hay que distinguir de casos, y aun de opiniones (5).

15. Si la lega los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá como legado, y tambien su estimacion como parte

1 Ley *Si post missionem*, 17. et ibi DD. ff *de leg falcid.* Parlad. l.b. 1. *Rer. quotidian.* cap. 18. Gregor. Lop. y Angul. ubi supr. proxime. Escobar dicha comput. 10. num. 8 y 9. sig.

2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 27. vers. *Quod extende*, ley única, §. *Primum*, 3. Cod. *de rei uxor. action.* desde la palabra *Sciendum*, ley *Cum pater*, 77. §. *Qui dotali*, ff. *de iegat.* 2

3 Castill *de usufruct* cap 46.

4 Ley *Dote prælegata*, 6 ff. *de dote prælegat* Bersan. *de viduis*, cap. 2. quæst. 43. num. 1 al 3

5 Bersan. dicho cap. y quæst.

de dote (1). Lo mismo procede aunque haya dicho que legaba tales cosas ó tales esclavos que se les habian dado en dote; pues estas palabras se entienden puestas y añadidas por causa de demostracion y no de tasacion (2). Lo mismo procede cuando la lega alguna heredad ú otra finca afecta especial ó generalmente á la responsabilidad de su dote, pues tampoco se compensará en todo ni parte con ella, excepto que asi lo exprese ó conste ser esta su voluntad (3), porque estos débitos son voluntarios, á causa de haberlos contraido espontáneamente; y en los voluntarios no há lugar en caso de duda la compensacion.

16. Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado: lo primero, porque este débito es voluntario en su origen por estar en arbitrio del marido el recibir ó no su administracion (4), y cuando el contrato fue voluntario en su principio se conceptúa siempre por tal (5); ademas de que el legado hecho por el deudor al acreedor voluntario no se compensa con el débito (6): y lo segundo, porque lo mismo se juzga de lo accesorio que de lo principal; es asi que los bienes parafernales son accesorios á la dote; luego por igual regla se han de pagar; y al modo que con la dote no há lugar la compensacion del legado, tampoco con los parafernales; por lo que si el estatuto permite á la muger que teste de aquella, se debe extender y ampliar la permision respecto de estos (7).

17. Si el testador recibió de la muger, v. gr. ciento en dote y docientos en los bienes parafernales, y en su testamento dejó á las hijas que tuvo en aquella, mayor suma que las dos recibidas, mandando que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, y podian pedir; valdrá y compensará el legado con la dote y parafernales de su madre hasta en lo que alcance, porque estas palabras: *que se contentasen con ella por todo lo que debian haber y podian pedir*, son universales, y comprenden toda especie de débitos; por lo que es visto haber hecho el legado en compensacion de la dote y bienes parafernales (8).

1 Glos. in leg. *Licinius*, 48. ff. *de legat. 2.*

2 Imol. in leg. 1. §. *Mela*, 14. ff. *de dote prælegat.*

3 Ley única, Cod. *de rei uxoriæ action.* §. 5 vers. inserto, y ley *Cum pater*, 77. §. *Qui dotale*, ff. *de legat.* 2. Gregor. Lop. en la 16. tit. 9. Part 6 glos. 3. vers. *Sed quid si debitor.*

4 Ley fin. Cod. *de pact. convent.*

5 Ley *Sicut*, Cod. *de obligat. et action.*

6 Imol. in leg. *Si cum dotem*, §. *Si pater*, ff. *Solut. matrim.* Alex. in leg *Hujusmodi*, 34 §. *Cum pater*, 6. ff *de legat.* Menoch lib. 2. *de arbitr. causa*, 180. num. 52. Ammon Cravet consil. 149.

7 Cravet. consil. 149. num. 6. Ana consil. 36 vers *Utrum*, num. 1.

8 Menoch consil. 56. num. 36. vers. 10. vol. 1. Rain. consil. 60 num. 6. consil. 79. num. 8. y consil. 81. num. 7. lib. 2.

18. Por lo respectivo á las arras que el marido promete à su muger, tampoco há lugar su compensacion con el legado del quinto ú otro que la hizo, porque el débito de ellas fue voluntario en el principio, á causa de estar en su arbitrio el ofrecérselas ó no, por no obligarle à ello ley alguna; pues en las deudas voluntarias, que son las que se contraen y deben por pacto y condicion, sin distincion de género, especie ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, excepto que conste de la voluntad del testador; y mucho menos há lugar si las arras estan entregadas á la muger, porque con el débito ya pagado no se hace compensacion (1). Todo esto se entiende, excepto que el testador tenga ascendientes ò descendientes al tiempo que se casa, pues si viven algunos de ellos ó todos al de su fallecimiento, se compensará el importe de las arras con otro tanto de su quinto ó tercio, y del uno de estos se deducirá, y no del cuerpo del caudal.

19. En orden à los gananciales, si el marido hace á su muger algun legado, no se ha de compensar con la mitad que de ellos la toca, antes bien la ha de llevar, y ademas el legado, el cual se debe deducir del privativo caudal del marido, segun se prueba de la ley 8. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. que dice: *Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte, ó testamento, no se la cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de los bienes*, y la tal manda en lo que de derecho debiere valer. La razon es, no porque los gananciales sean débito voluntario en su principio, como afirma Matienzo (2), pues lo son necesario; y asi ya quiera ó no el marido, los ha de llevar, por concedérselos en los reinos de Castilla la costumbre aprobada por la ley (3); al modo que lo es tambien el lucro de la dote, que segun la ley ó estatuto gana el marido (4): ni tampoco porque la ley lo estableció asi por evitar dudas, segun opina Acevedo, pues todas las leyes se hacen generalmente con este mismo objeto; sino porque, como á la muger se comunica el dominio y posesion (bien que revocable durante la vida de su marido) de los gananciales, segun senté en otra parte, estos se la deben á dia incierto, que es por muerte de su marido,

1 Tello en la ley 16 de Toro, num. 7 y 8. Covarr. in cap. *offic.* num. 4. y 11. *de testam.* Matienz. en la ley 7. glos. 1. num. 8. tit. 9. lib. 6. Rec. et ibi Acev. num. 6 al fin. y num. 7. Palac. Rub. in cap. *Per vestras; de donat.* cap. 27. num. 2 y 3. Gutierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 124. num. 2; y *de tut* part. 3. cap. 5. num. 75.

2 En la glos. 1 á la ley citada.

3 Segur en la ley 3. §. fin. num. 246. ff *de liberis et posthum.*

4 Covarr. ibi, num. 2. Menoch. præsumpt. 109. num. 35. lib. 4.

ò por divorcio, y no antes; y por causa onerosa, que es su trabajo y sociedad; el dia incierto hace condicion (1), y el legado para pagar el débito contraido à cierto dia ó condicion, no parece hecho con ánimo de que se compense antes que el dia llegue, ó la condicion se cumpla (2). Por eso estableció la ley inserta que el hecho por el marido à su muger no se compense con los gananciales, que no se la deben ni se la han de pagar hasta que su marido muera; pues aunque tampoco se debe el legado hasta que fallece, y por concurrir este y los gananciales en un mismo tiempo, parece se debian compensar, no obsta, porque se atiende à aquel en que se hizo, en el cual no se la debian todavia los gananciales, y al motivo porque se la deben.

20. Por la misma regla se ha de juzgar el legado que el padre hace à su hija impúbera, pues aunque de necesidad está obligado á dotarla teniendo edad competente para casarse (3), este débito y obligacion son necesarios solamente à cierto dia, que es cuando se halle en disposicion de poder contraer matrimonio, y no antes (4). Asi que si la hizo algun legado en tiempo que todavía no se podia casar por falta de edad, no se debe decir que fue con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla cuando la tuviese; y asi no se compensará con esta, antes bien lo llevará todo (5); y lo mejor será, ya tenga ó no edad para casarse la hija, que el padre lo declare en su testamento, y de esta suerte se evitan dudas (6).

21. Si el marido lega à su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces, en caso que no esten destruidos los que la tenia entregados al tiempo de hacer la manda, porque dos causas lucrativas de una misma especie no pueden concurrir en una persona (7), à menos que conste lo contrario de la voluntad del legante; pues entonces se observará esta en todo lo que sea conforme á derecho. En cuanto à los demas vestidos y joyas no entregadas, se ha de distinguir: si son dotales, porque la muger los trajo al matrimonio, no los ha de

1 Ley 1. §. *Dies autem incertus*, y ley *Dies incertus*, 75, ff. *de conditionib. et demonstrat.*

2 Alex. in leg. *Hujusmodi*, §. *Cum pater*, ff. *de legat.* 1. Menoch. consil. 151. num. 23. lib. 2. y præsumpt. 109. num. 57. lib. 4. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num 27 al fin. vers. *Ex quibus subtiliter.*

3 Ley 8. tit. 11. Part 4. Ley *Qui liberos*, 19. ff. *de ritu nuptiar.* Ley fin. et ibi DD. Cod. *de dotis promission.*

4 Ley *Qucd pupillæ*, 30. ff. *Quando dies legator. cedat.*

5 Alex. consil. 80. lib. 2. num. 6. Menoch. dicha præsumpt. 109. num. 57 al fin.

6 Morquech *de divis.* lib. 4. cap. 11. desde el num. 1 al 43.

7 Ley *Omnes*, ff. *de obligat. et action.* Ley *Si servus legatus*, §. *Si chum*, ff. *de legat.* 1, y §. *Si res alienæ*, Institut. *de legat.*

percibir duplicados; y lo propio milita para con otra cualquiera cosa dotal (1). Esto se entiende, excepto que al tiempo de recibirlos el marido se hubiesen estimado, pues en este caso se le han de dar, y ademas su estimacion (2); previniendo que si expresa lo que valen, aunque resulte tener mayor valor, es visto legarla este íntegro (3).

22. No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y el paño ó tela tejida, ó que para emplear en ellos se estaba tejiendo, excepto que lo limite el testador (4): lo cual se entiende no estando prohibido su uso en el pueblo, bien que en este caso se deberá su estimacion al legatario. Y aunque se aumente despues porque no murió entonces el testador, no se extenderá el legado à otros que à los que legó, no obstante que esten algo gastados ó rotos; pero estando consumidos sucederán en su lugar los nuevamente hechos hasta en el valor que aquellos tenian, y no mas (5).

23. Donando en contrato el deudor à su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia; y asi no se hará la compensacion, porque en duda no se hace con el débito necesario, antes bien llevará el importe del débito y la cosa donada (6).

24. No vale el legado hecho por el deudor à su acreedor de lo que le debe, cuando ninguna utilidad ni comodidad se le sigue; pero si alguna se puede considerar, valdrá (7). Por lo que si le lega simplemente alguna cantidad, se duda ¿si es visto legársela con ánimo de compensarla con lo que le debe? Y se responde, que siendo el débito necesario (cual es el que por disposicion de la ley contrae el legante, aunque à él no se obligue expresamente) se compensará, porque es visto haberlo hecho con este ánimo, vr. gr. cuando el padre lega alguna cosa à su hija, que ya se halle en edad de casarse, pues se entiende legársela con ánimo de compensarla con la dote, que segun derecho está obligado á darla (8). Lo mismo se entenderá si deja algo á un hijo,

1 Ley 1. §. 14. ff. *de dote prælegata.*

2 Acev. en la ley 7. tit. 9. lib. 5. Nov Rec.

3 Paul. in leg. *Si fundum*, 83. §. *Si libertus*, ff. *de legat.* 1.

4 Jason in leg. *Cætera*, 41. §. *Sed si paraverit* ff. *de legat.* 1. num. 20. et in leg *Hujusmodi*, 81. §. *Legatum*, num. 8. Cod. dicho tit.

5 Castill. en la ley 16 de Toro, num. 14 y 15.

6 Menoch. præsumpt. 142. num. 2. lib. 3.

7 Ley *Si creditori*, ff. *de legat.* 1. ley *Mœvius*, 66. vers. *Debitor*, y ley *Debitor*, 82. ff. *de legat.* Institut. *de legat.* Gom. cap. 12. num. 26.

8 Ley *Si eum dotem*, §. *Si pater*, ff. *dolut. matrim.*

pues se presume dejárselo por via de legítima, y por compensacion de esta (1), aunque tambien puede ser por via de mejora, segun la ley 26 de Toro, como dejo explicado. Todo esto procede, excepto que otra cosa conste de su voluntad, ó que por conjeturas ó demostraciones se colija que su ánimo no fue hacer la compensacion, v. gr. cuando el débito proviene de una causa, y el legado se hace por otra diversa, ó el legante expresa que hace de sus bienes el legado, ó manda que este no permanezca en poder del legatario, y que antes bien lo entregue á otro; ó cuando el deudor necesario instituyó simplemente por su heredero á su acreedor en parte y no en todos sus bienes; ó cuando el débito necesario fue declarado antes y destinado en cierta cosa, y luego el deudor lega à su acreedor otra diversa; por cuyas demostraciones ó expresiones se colige el ánimo de que no se haga la compensacion (2).

25. Pero si el débito es voluntario (que se llama asi cuando proviene de contrato celebrado por el mismo deudor) no se compensará; antes bien el acreedor llevará el legado, y podrá pedir y percibir su crédito (3). Y lo propio milita si le lega la cosa mueble ó inmueble que le tiene obligada ó afecta à la seguridad y responsabilidad de la deuda, pues percibirá aquella y tambien el importe de esta; porque la especie no se compensa con la cantidad (4).

26. Exceptúase el caso de que concurra alguna urgente conjetura, de la cual se pueda colegir que el deudor hizo legado con ánimo de hacer la compensacion (5), pues el ánimo de compensar se prueba tambien por conjeturas ó demostraciones (6), v. gr. cuando por la misma causa de que procede el débito, se hace la donacion ó legado, como si alguno debe á la muger cierta cantidad por razon ó causa de dote, y por la causa dotal la dona ó lega la propia suma (7); cuando dona ó lega tanta cuanta debe, v. gr. debe ciento, y dona al acreedor otros tantos (8); ó si la cantidad donada excede á la que debe, porque en lo

1 Ley *Quoniam novella*, y ley *Omnimodo*, Cod. *de inoffic. testam.* y ley *Etiam.* §. *Si debita* ff. *de bonis libertor.*

2 Simon de Præt *de interpret. ult. voluntat.* lib. 4. dubit 6. num 17 al 31. Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 5. num. 44 al 46.

3 Ley unic. §. *Sciendum*, Cod. *de rei. uxoriæ action.*

4 Ley *Creditor*, 16. Cod. *de legat.* y ley *Creditorem*, 85 ff. *de legat.* 2. Covarr. in cap. *Offic. de testam.* num. 2. Gom. cap. 12. num. 27.

5 Cravet consil. 686. num. 3. lib. 4.

6 Ley *Cum quo*, 56. §. fin. y ley *Quod autem*, 74. ff. *Ad leg. falcid.* Matienz. en la ley 7. tit. 9. lib. 5. glos. 1. num. 9.

7 Ruin. consil. 223. num. 4. lib. 1. Cravet. consil. 68. num. 3.

8 Paul. in leg. *Lucius*, 1. ff. *de legat.* 2. col. 2. Corn. consil. 230. num. 1. lib. 4.

mas está incluso lo menos (1); ò cuando por el contexto de la donacion ò legado se colige el ánimo de compensar (2). Por estas conjeturas se infiere que la voluntad del testador fue hacer la compensacion, y asi se hará; y mucho mejor cuando está clara y manifiesta (3).

27. Cuando el acreedor que tiene en su poder la prenda la lega à su deudor, aunque vale el legado, se entiende en cuanto al derecho de prenda que le remite, pero no en cuanto à la liberacion de la deuda; y asi la podrán cobrar sus herederos, y no habrá lugar la compensacion, como dije en el libro 2, título 2, capítulo 18, párrafo 33, y se prueba de la ley 16. tit. 9. Part. 6. que dice: *En peños teniendo algun ome cosa de otro por dineros que oviese emprestado sobre ella, si este atal, á quien fuese obligada, ficiese manda de aquella cosa á aquel mismo que gela obligara, vale tal manda. Pero á sus herederos en salvo les finca su derecho para poder demandar á aquel que gela empeñó, los dineros que el testador le habia prestado sobre aquella cosa.*

28. Procede tambien lo referido cuando es especie lo que se debe, y cantidad lo que se lega, pues tampoco há lugar la compensacion de una con otra (4), excepto que uno à otro se leguen la misma cosa que se deben, porque dos causas lucrativas de una propia cosa no pueden concurrir en una persona, aunque la primera se haya entregado. Pero esto no milita cuando son diferentes especies (5); ni tampoco en las deudas que se deben al sobreviviente por disposicion de ley, estatuto ó costumbre, v. gr. la cuarta marital, el lecho cotidiano ó luto, pues estas son necesarias; y asi habrá lugar en ellas la compensacion, sin distincion de especie, género ni cantidad (6), no constando lo contrario de la voluntad del legante.

29. Como el legado que el testador deja al tutor testamentario, se presume hecho por premio del trabajo que ha de tener en la administracion de los bienes de su hijo pupilo y en el cuidado de su persona (por cuya razon, si no administra, no tendrá derecho à él, ni lo conseguirá, à menos que expresamente ó por

1 Ley *In eo*, ff. *de regul. jur.* Corn. consil. 292. num. 1. lib 1. Cravet consil. 301 al fin.

2 Menoch. præsumpt. 142 al fin. lib. 3. Corn. lib. 1. consil. 210. num. 4.

3 Ley *Continuus*, §. *Cum ita*, ff. *de verbor. obligation.* Menoch. præsumpt. 106. Barbos. en la ley *Si cum dotem.* §. *Si pater.* ff. *Solut. matrim.* Gutierr. *de tutel.* part. 3. en todo el cap. 5.

4 Alex. consil. 7. num. 16. col. fin.

5 Pichard in §. *Si res aliena*, Inst. *de legat.* num. 9, 10, 14 y 15.

6 Greg. Lop. en la ley 16. tit. 9. Part. 6. Escob. *de ratioc.* caput. 14. num. 6.

conjeturas conste lo contrario de su voluntad) (1); se sigue que percibiéndolo no le toca la décima que la ley del Fuero le concede, y antes bien se debe compensar con ella. Si se lo deja simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad, porque la compensacion se debe hacer en esta forma (2); excepto que el testador mande que se contente con él, prohibiéndole que pida mas por razon de décima, pues en este caso si sabiéndolo lo acepta, no puede pretender lo que falte para el complemento de ella (3), porque por su aceptacion se juzga aceptar el gravamen anejo (4). Y si le hace el legado con condicion de que á cierto dia lo entregue á otro, se compensará el producto que en su intermedio percibió de él (5). Lo mismo procede con el que hace al hijo del tutor por mera contemplacion de este (6).

30. Pero no se compensará cuando hace la manda á su mismo hijo, á quien nombra tutor del pupilo su hermano, pues se contempla que no se la deja por razon del trabajo en la administracion sino por el afecto filial, excepto que lo exprese (7), ni en los casos siguientes: cuando es legado de especie, si no lo dice; cuando se lo deja para que lo exija al tiempo que la décima; cuando se le hizo por otra causa, v. gr. por conservar la familia, pues entonces se debe atender á la causa que lo motiva; cuando el legatario fue nombrado despues tutor del menor por el juez; ni tampoco cuando concurre alguna de las conjeturas ó demostraciones referidas en el párrafo 24 (8).

31. Pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada, ó dejada en fideicomiso por el testador, siendo suya, y los que se cogen despues de haber adquirido su dominio con dicho motivo, sin que para ello se atienda si pasó ó no la mayor parte del año, ni á cuando espiró ó se cumplió el dia del legado ó fideicomiso, ni tampoco á si estan maduros ó próximos á ser cogidos; pues sin embargo de todo debe percibirlos el legatario, habiéndolos dejado pendien-

1 Ley *Nesennius* al fin. ley *Sed hæc nimium*, ley *Quod autem*, ley *Tutor*, §. *Quæ tutorib.* y ley *Amicissimos*, ff. *de excusat. tutor.* Baez *de decim. tutor.* cap. 11. num. 1. Gutierr. *de tutel.* part. 3. cap. 5. num. 15.

2 Ley *Dotale*, §. fin ff. *de fundo dotal.* ley *Titia*, 34. §. *Qui in vita*, ff. *de legat.* Gutierr. ibi, num 45 y 50.

3 Glos. in leg. *Creditorem*, ff. *de legat.* 2. Baez. *de decim. tutor.* cap. 5. num. 45. Gutierr. ibi, num. 51.

4 Ley *Cum ab uno*, ff. *de legat.* 2 ley *Qui tutelam*, ff *de testam. tutel.* Gutierr. ibi, num. 52.

5 Ley *Cum quo*, §. *Is qui bonis*, ley *In quantitate*, §. *Magna*, y ley *Mulier*, §. *Alia*, ff *Ad leg. falcid.* Gutierr. ibi, num. 28 y 29.

6 Ley *Qui tutelam*, ff. *de testam. tutel.* Baez. cap. 5. num. 32. Gutierr. ibi, num. 27.

7 Dicha ley *Tutor*, y §. *Quæ tutoribus.* Gutierr. ibi, num. 31.

8 Gutierr. dicho cap. 5 num. 32 al 48.

tes el testador, y no dispuesto de ellos en manera alguna. Asi que si el heredero de estos los coge ó percibe, se los debe restituir, pagándole los gastos de recoleccion, porque el derecho que adquirió á ellos se retrotrae siempre al tiempo de la muerte, ya los haya percibido antes ò despues de la adicion ó aceptacion de su herencia (1); previniendo que si no legó la cosa simplemente sino con sus frutos y emolumentos, se deben al legatario los percibidos en vida del testador desde que le hizo el legado (2).

32. Lo expuesto se entiende cuando el testador testa entre extraños por carecer de herederos legítimos; pues si deja ascendientes y descendientes, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben ó no en el quinto ó en el tercio, de que puede respectivamente disponer segun las leyes 6 y 28 de Toro; porque si los frutos ò la cosa legada exceden al importe de aquellos, se revoca el legado en el exceso. Y si el legatario es legítimo descendiente, se ha de atender à si le caben en su legítima y mejora, pues aumentan la herencia, y el testador, à pretexto de estar pendientes, no puede gravar à sus herederos forzosos en su legítima, como en varias partes dejo sentado.

33. Estos frutos parece debian divirse á prorata, segun en cuanto à los de la dote está dispuesto por derecho comun (3). Sin embargo no debe practicarse asi, y la razon de diferencia consiste en que los de esta se conceden al marido por hacerle soportables las cargas matrimoniales; por lo que solo mientras estas duran, debe percibirlos y no mas. Esta consideracion no milita en el legatario y fideicomisario, sino la de dominio, que es la que les presta título para adquirirlos, y por consiguiente luego que lo consiguen, les corresponden sus frutos por ser cogidos de una cosa que à este tiempo ya es suya, y se consideran como parte de ella; y por lo mismo no estan obligados à satisfacer los gastos hechos en sus labores y siembra de aquel año, porque es visto habérselo legado todo el testador (4); lo cual se entiende, excepto que les mande pagarlas.

34. Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen à su heredero los frutos que deja pendientes, aunque haya muerto à poco de haber entrado el año, pues au-

1 Ley *Herenius Modestinus*, ff. *de usur.* et ibi DD. Cost. *in tract de succession. regn.* pag. 145. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. num. 5.

2 Ley *Lucius*, 1. ff. *de legat.* 2. et ibi, glos. Gom. lugar cit.

3 Ley *Divortio facto*, ff. *Solut. matrimon.*

4 §. *Item ex*, Institut. *de rerum divis.* Velasc. *de partit.* cap. 34. num. 1 al fin.

mentan el legado (1), lo cual es al contrario en el usufructuario, como diré en el capítulo siguiente, parrafo 24.

35. No dejando el testador la propiedad de la finca al legatario sino solamente su usufructo, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes, parece que pertenecerán á este, y no al heredero instituido, porque los frutos de la cosa legada se deben al legatario desde que fallece el testador, desde cuyo tiempo se le trasfiere el dominio de lo legado, y no antes. No obstante, lo contrario es lo cierto, y asi los llevará el heredero propietario, pues aunque lo dicho es incontrovertible, no milita en este caso, porque no le lega el dominio y propiedad de la finca, sino solamente el usufructo de ella, y como los frutos pendientes no lo son, sino parte de la finca en que existe, y la siguen, tocan al que tiene el dominio de ella, el cual es el que presta título para su adquisicion y percibo. Por tanto se entiende que le lega el usufructo sucesivo, y no los frutos actuales, pues si quisiere que los llevase lo expresaria; y respecto no haberlo expresado, los percibirá su heredero.

36. Por lo respectivo al modo de dividir las pensiones de la cosa arrendada por el testador entre sus herederos y el legatario, á quien estando arrendada se la mandó, la opinion mas comun es que asi como desde el dia de la perfeccion de la venta tocan al comprador de la cosa arrendada las rentas ó pensiones de ella, como diré en otra parte (2), parece que lo mismo se deberá practicar entre los herederos del testador, que arrendó la finca, y el legatario á quien despues de arrendada la legó, sin embargo véase lo que digo en el capítulo próximo, número 21 y siguientes, que es lo que debe seguirse, no disponiendo otra cosa el testador.

37. Al legatario de cosa especifica, propia del testador, ya sea legada sola, ó señalada por este para parte de pago de la cuota de bienes que le lega, corresponden los frutos que produce luego que muere, no solo aunque su heredero no acepte la herencia ó no entre en ella, sino aunque el testamento se rompa por pretericion ó exheredacion, ó carezca de nombramiento de

1 Ley 8. ff. *de annuis legat.*

2 El párrafo á que se remite Febrero dice casi lo contrario, como puede verse por sus mismas palabras que son las siguientes, y se hallan en el párrafo 1° del capítulo próximo, al fin. «Si consisten (los frutos) en arrendamientos ó pensiones de la cosa arrendada, y al tiempo de la venta estaban vencidos, y cumplido el dia de su solucion, tocan al vendedor, y no al comprador; y si no lo estaban, deben ambos dividirlos á prorata del tiempo trascurrido desde el último plazo vencido y satisfecho.» Esto es lo mas racional, y lo que debe observarse.

heredero, porque en todos casos vale el legado, se le trasfiere su dominio, y por consiguiente los frutos producidos por la cosa legada (1), à diferencia de lo que por derecho comun y de las Partidas está ordenado, pues no debia llevarlos ni el legado hasta que el heredero aceptaba la herencia. Asi en esta parte está corregido, y cesan la gran controversia, distinciones y tiempos à que daba lugar se atendiese, para ver si los frutos correspondian ò no al legatario (2).

38. Si el legado es de cosa genérica ò agena, tambien vale, pero no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la contestacion del pleito: y la razon es, porque no se le trasfiere ni adquiere dominio en lo legado, como cuando es propia del testador y específica; pues cesando la razon de dominio, cesa la de pertenencia y produccion de frutos, y de ser ya parte de la misma alhaja, estar comprendidos en ella, y deber pasar con el dominio al legatario (3).

39. Lo mismo procede por la propia razon cuando el legado es del quinto, ò de otra parte ò cuota de bienes del testador, sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario (4); y en todos los casos en que no se le trasfiere el dominio antes de la eleccion y mora del heredero, dia prefinido para su entrega ò cumplimiento de la condicion impuesta (5); pues en ellos se le deberán los frutos desde el dia en que se le trasfiera, y no antes. La razon porque no se le trasfiere, ni por consiguiente se le deben los frutos, es porque aunque consta la parte que contiene el legado, pero no específica ni señaladamente lo que se ha de entregar en gago de él, pues esto queda à eleccion del heredero, la cual impide la traslacion del dominio y adquisicion de frutos durante la mora, y hasta la interpelacion y contestacion (6); y la eleccion toca al heredero, porque fue mas amado del testador que el legatario.

40. Si ningun heredero fuere instituido, ò aunque lo sea, sino quiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar à los legítimos ò al ejecutor testamentario para que la acepten, ò

1 Ley 7. tit. 8. Part. 6, y ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

2 Matienz. en dicha ley 1. glos. 15, desde el num. 21 al 39.

3 Ley fin. Cod. *de usuris et fruct. legat.* Burg. de Paz en la ley 3 de Toro, part. 1, desde el num. 936. Matienz. dicha glos. 15. num. 33.

4 Ley *Si quis bonorum*, 23. ff. *de legat.* 1. Matienz. ibi.

5 Vasquio *de success. creat.* lib. 2. §. 17. num. 131. Matienz. ibi, num. 34.

6 Ley *Si quis bonorum*, y ley *Non amplius*, 26. §. *Cum bonorum*, ff. eod. tit. Angul. *de melioratib.* in leg. 4. glos. 6. num. 1 y 2. Ayor. *de partit.* part. 1. cap. 6. num. 13 y 14.

se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias competentes á la adicion ó aceptacion, desde la cual, asi como se le trasfiere el dominio verdadero de lo legado, del mismo modo se le trasferirá el derecho de percibir los frutos de ello. Pero si el legado consiste en universalidad de bienes, v. gr. en un rebaño, corresponden sus frutos al legatario, y vienen desde la muerte del testador, porque se reputan un mismo cuerpo y legado (1).

41. Revocado el legado que fue hecho en última voluntad, ó en donacion por causa de muerte, y entregado al legatario por el legante, con expresion del instrumento revocable en cuya virtud se le entrega, ¿se duda si el legatario hará suyos los frutos percibidos de la cosa donada hasta la revocacion ó muerte del testador? Y aunque algunos dicen que sí (2), lo contrario me parece debe seguirse por las razones siguientes: lo primero, porque el legado hecho en donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad, lleva la tácita condicion de que valdrá en caso que estas no se revoquen, y sigue la naturaleza del instrumento en que se hace (3); y atendida esta condicion no se deben los frutos de lo legado ó donado (4): lo segundo, porque el título revocable ningun derecho da para adquirir los frutos (5): lo tercero, porque la entrega de la cosa legada con expresion ó conmemoracion del instrumento en que se hace, no muda la sustancia, virtud ni efecto de lo legado (6); y por lo propio que no muda su naturaleza, se queda en la clase de no entregado: y asi convinieodo, como convienen, el no entregado y el que lo fue, en los términos referidos, debe convenir la misma disposicion á uno que á otro (7): y lo cuarto, porque al legatario no se deben los frutos hasta despues de la muerte del testador (8); por lo que si los percibió antes, debe restituirlos en caso que este revoque el legado (9).

1 Ley *Grege legat.* 21. ff. *de legat* 1. Gom. dicho num 22. Pichard in § *Si res* Institud. *de legat.* Castill *de usufruct* cap. 27. desde el num 5.

2 Gom. ibi, num. 4. Gutierr. in leg. *Nemo potest*, ff *de legat.* 1 num. 258 Tello en la 17. de Toro, num 83

3 Ley *Senatus*, §. 1. ff. *de donation. caus. mort.* Ley *Rem legatam*, ff *de adimend.* ley y §. . Institut eod. tit.

4 Ley *Necessario*, § *Quod si pendente*, ff. *de pericul et commod. rei vendit.*

5 Ley *Cum quis*, ff. *de condition. ob caus.* Tiraquel. in leg. *Si unquam*, Cod. *de revocand. donation.* verb. *Revertatur*, num. 228 al fin.

6 Glos. in leg. *Legatum*, 1. ff *de legat.* Tello en la 17 de Toro, num. 86 Covarr. in rub. *de testam.* part 2. num. 21. Molin. *de primog.* cap. num. 19. Gom cap. 12. num. 4. cit. vers. *Si vero testator.*

7 Ley 4. § *Toties* ff *de damno infect.* ley *Quod constituto*, ff *de militari testam.*

8 Ley 37. verb. *Otrosi decimos*, tit. 9. Part 6. glos. in leg *Quod servus*, ff. *de legat.* 2.

9 Morquech. *de divis. bonor.* lib. 3. cap. 5. num. 12 al 25.

CAPITULO DUODECIMO.

Division de los frutos de la finca que vendió el testador y no entregó al comprador. Idem de la finca enfitéutica, caso que el enfiteusis de nominacion haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfiteuta. Idem de los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del beneficiado y el sucesor. Idem de los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y los herederos del poseedor. Idem de los frutos que el usufructuario deja cogidos ó pendientes.

§. 1. Si el testador cuando murió tenia vendido y no entregado al comprador algun predio, ¿á quien pertenecerán los frutos, y cómo habrán de dividirse?

2. Cuando por muerte del enfiteuta ha de volver el enfiteusis que llaman de *nominacion* al señor del dominio directo, si el enfiteuta fallece despues de cogidos los frutos de la finca enfitéutica, es indudable que los ha adquirido, y pasan á sus herederos, y no al sucesor en el enfiteusis.

3. Si el enfiteuta cultivó por sí mismo las fincas enfiteuticas ó las arrendó, y mediado el año ó antes de recoger los frutos, ó estando pendientes ó sembrados, muriese, y el enfiteusis ha de volver por su muerte al dueño del dominio directo, pertenecen á este sus frutos.

4. Si hubiere alguno llamado al goce del enfiteusis, y este haya de pasar á él, le tocan los frutos pendientes en la finca enfitéutica.

5. Si el enfiteuta hubiere arrendado el fundo, recibido del arrendatario las pensiones, y fallecido pendientes los frutos ó rentas, pertenecen estos al sucesor ó al señor del dominio directo.

6. Si por delito del enfiteuta cae en comiso el enfiteusis, debiendo volver este al señor del dominio directo, y al tiempo de cometido el crimen hubiere frutos pendientes en la finca enfiteutica, pertenecen todos á dicho señor.

7 y 8. De los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos. Tres clases de bienes que pueden gozar los clérigos.

9. Estando pendientes los frutos de prebenda ó beneficio eclesiástico, tocan *in solidum*, atendido el rigor de derecho, al sucesor en el beneficio.

10. Sin embargo de lo expuesto en el párrafo anterior, se observa en los dominios de

España como mas equitativo el prorratear entre los herederos del beneficiado y el sucesor del beneficio, asi los frutos pendientes como los cogidos dentro del año de su fallecimiento.

11. Del mismo modo se ha de dividir la pension que alguno tiene sobre beneficio ó dignidad eclesiástica.

12. Modo de dividir los frutos pendientes en los bienes vinculados entre el sucesor y los herederos del último poseedor. Está generalmente observada en España la práctica de dividir los frutos, pensiones ó rentas pendientes de un mayorazgo entre los herederos del último poseedor y el sucesor á prorata del tiempo que aquel vivió en el año de su fallecimiento.

13. Como suele haber diversas especies de frutos pendientes en los bienes de mayorazgo, enseña el autor desde este párrafo lo que se debe practicar en la division de cada clase. Caso primero: si al tiempo de la muerte del fundador quedan frutos pendientes, y nada dispone acerca de ellos, vinculando solo las propiedades y capitales que los producen, ni tampoco deja muger ni herederos legítimos ó extraños.

14, 15 y 16. Caso segundo: si no deja viuda, pero si hijos ú otros descendientes legítimos por herederos, y mejora á uno de ellos en el tercio y quinto, ó en bienes señalados, imponiendo el gravamen de vinculacion, y al tiempo de fallecer quedan frutos pendientes en los mismos bienes.

17 hasta el 23. Caso tercero: cuando el poseedor del vínculo ó mayorazgo no es primer llamado, y deja frutos pendientes ó manifiestos en las tierras, viñas ú olivares que labraba por sí, ó las tierras barbechadas ó sembradas solamente, ó arrendamientos de otras, alquileres de casas, réditos de censos, juros y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido.

24. Si el usufructuario deja cogidos al tiempo de morir los frutos de los bienes raices que usufructuaba, pertenecen todos á sus herederos; pero si estan pendientes tocan al dueño propietario.

25. Lo mismo sucede respecto de las pensiones de las fincas productivas.

26. Instituyendo el testador á uno por heredero usufructuario de todos sus bienes, y á otro por legatario en propiedad y usufructo de una finca, la llevará este asi, á pesar de la institucion universal, y el heredero el usufructo de los demas bienes del testador

27. Limitacion de lo dicho anteriormente.
28. Instituyendo el testador á uno por usufructuario de todos sus bienes, ó legándole el usufructo de ellos para que perciba los frutos de la herencia, ¿será preciso que la acepte el propietario?
29. ¿Cuando se dirán percibidos los frutos por el usufructuario para que sus herederos los hagan suyos?

1. Si el testador cuando murió tenia vendida y no entregada al comprador alguna finca, y este y los herederos de aquel se convienen en el modo de dividir sus frutos y pensiones, se ha de observar enteramente su convenio (1), siendo justo y arreglado. Si dichos frutos estaban cogidos y separados del suelo al tiempo que falleció, le corresponden sin la menor duda, y no al comprador; y por consiguiente deben llevarlos sus herederos (2), porque se entienden percibidos, y en poder del dueño que los cogió. Si estaban pendientes en el predio vendido, ya se hallen verdes ò maduros al tiempo de la venta, pertenecen al comprador (3), porque entonces son parte integral de la cosa vendida, se contemplan comprendidos en la venta y precio prometido por la finca. En estos casos no hay que dividir los frutos, porque segun sea, pertenecen íntegramente al comprador ò vendedor, excepto que pacten otra cosa. Y aunque muera el testador antes de entregar la cosa vendida, respecto estaba obligado à su entrega, segun el estado en que la habia enagenado (que era con los frutos pendientes), estarán obligados à lo mismo sus herederos, pues la venta se entiende perfectamente celebrada, aunque no haya tradicion de la cosa, ni numeracion de precio, con tal que conste realmente de la una y del otro. Si al tiempo que se celebró la venta no tenia frutos pendientes la finca vendida, pero nacieron despues de perfeccionada por el consentimiento de los contrayentes, señalamiento del precio cierto, y antes de su tradicion, se ha de distinguir: si el vendedor no fue moroso en hacer su entrega, le pertenecen (4); pero si lo fue, porque ya habia recibido el precio del comprador, tocan à este (5); y por el contrario no le corresponden, cuando antes de satisfacerlo percibió los de la que compró y se le entregó (6); y asi como que

1 Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
2 Ley *Defuncta*, 58 ff. *de usufruct. et quemadmodum quis utatur*, y ley *Si stipulatus*, 4. et ibi glos. ff. *de usur et fructib.*
3 Ley 11. tit. 15. Part. 5.
4 §. *Venditæ*, Institut. *de rerum division.*
5 Glos. penult. in leg *Fruct.* Cod. *de action. empti*
6 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 11.

en el caso de morosidad no son del vendedor, ni tocan por consiguiente á su testamentaría, no se deben inventariar ni tener por caudal suyo; y aun cuando se inventarien por ignorancia, debe separarlos de este el partidor para no dividirlos, expresando la causa de su separacion. Finalmente si el precio de la venta no se declara al tiempo de su celebracion, y se remite al arbitrio del juez ò de un tercero, y antes que estos lo declaren, percibe el comprador los frutos, le pertenecen, si paga el precio, porque el contrato es condicional, y cumpliéndose luego la condicion, se retrotrae al tiempo que se hizo (1). Todo lo referido procede cuando los frutos son naturales ò industriales; pero si consisten en arrendamientos ò pensiones de la cosa arrendada, y al tiempo de la venta estaban vencidos y cumplido el dia de su solucion, tocan al vendedor y no al comprador; y si no lo estaban, deben ambos dividirlos à prorata del tiempo trascurrido desde el último plazo vencido y satisfecho (*).

2. Cuando por muerte del enfiteuta ha de volver el enfiteusi que llaman de *nominacion* al señor del dominio directo, si el enfiteuta fallece despues de cogidos los frutos de la finca enfitéutica, es indubitable que los hace suyos, y pasan à sus herederos (ya viva ò no todo el año), y no al sucesor en el enfiteusi, si no es heredero suyo, pues en este caso no se atiende à lo que vivió, sino solamente à que cuando falleció ya tenia su dominio, por haberlos percibido en uso del derecho que le competia. Lo propio milita cuando al tiempo de su muerte los habian cogido los colonos, à quienes la tenia arrendada, pues las pensiones que estos le habian de satisfacer por ella, pertenecen à su heredero, aunque haya fallecido el enfiteuta antes de cumplirse el tiempo de su pago; porque asi el usufructuario como el enfiteuta los perciben en virtud del dominio util que tienen en la cosa, el cual basta tener al tiempo de la recoleccion, aun cuando con su muerte se extinga. No obsta que las rentas se hayan de pagar mucho despues de la recoleccion (que es cuando cumple el plazo), porque en el mismo instante que se celebra el contrato de arrendamiento, nace la accion à la pension ente-

1 El precio de lo que se vende no puede dejarse al arbitrio de ninguno de los contratantes, ni de ninguna persona incierta, pues seria nula la venta. Al arbitrio de sugeto determinado, sí podrán dejarse, y entonces si le señala valdrá la venta, y si es mucho mayor ó menor de lo que merece la cosa, ha de arreglarse por el juez, y si muere antes de señalarle, la venta será de ningun valor. *Febrero reformado*. Sobre esta observacion tan justa del señor Gutierrez, hace el adicionador de Febrero en otra nota ciertas reflexiones, que en mi dictamen son poco fundadas.

* En orden al modo de dividir los frutos pendientes en la finca vendida con el pacto *de retrovendendo*, véase el tomo 2.° de esta obra, página 161, párrafo 40.

ra de todo el tiempo estipulado, y la obligacion del arrendatario á pagarla; en cuya atencion, y en la de que el enfiteuta la percibe por razon del util dominio que tiene en la finca enfitéutica, no se atiende al dia en que se ha de satisfacer.

3. Si el enfiteuta cultivó por sí mismo las fincas enfitéuticas ó las arrendó, y mediado el año, ó antes de recoger los frutos, ó estando pendientes ó sembrados, murió, y el enfiteusi ha de volver por su muerte al dueño del dominio directo, por haberse extinguido todos los llamados á su obtencion, pertenecen sus frutos á este, porque se consolidan el usufructo con la propiedad, y el dominio util con el directo; y solo estará obligado á pagar las expensas de labores y demas hechas, graduándole en este caso por la regla que el usufructuario; y asi por militar la propia razon, vale el argumento de uno á otro.

4. Si hay algun llamado, y el enfiteusi ha de pasar á él, le tocan los frutos pendientes en la finca enfitéutica: porque como son parte de esta, y la tradicion hecha al enfiteuta primero se hizo en nombre de todos los nombrados, asi como la concesion; siempre el siguiente llamado adquiere por virtud de ella su dominio, muerto el poseedor: y por esto le pertenecen incontinenti todos los frutos pendientes, bajo la obligacion de entregar á los herederos las expensas de siembra y labores hechas, las cuales en todo evento se deben deducir primero, y satisfacer al que las hizo, porque á todos está prohibido lucrarse con detrimento de otro, y asi no se llaman frutos, ni los hay hasta que se deducen los gastos.

5. Procede tambien lo expuesto, en caso que el enfiteuta haya arrendado el fundo, recibido al instante del conductor las pensiones de todo el tiempo del arriendo, y muerto pendientes los frutos ó pensiones; pues no obstante pertenecen al sucesor ó al señor del directo dominio, si el enfiteusi ha de volver á él, el cual no está obligado á pasar por el arriendo; y asi los herederos del enfiteuta deberán restituir al arrendatario las pensiones que su causante percibió anticipadas de mas tiempo que el que vivió; lo cual milita en el usufructuario, por quien se debe gobernar el contador en este caso, porque se equiparan.

6. Si por delito que cometió el enfiteuta cae en comiso el enfiteusi, ha de volver este al señor del directo dominio; y si al tiempo de la perpetracion del delito hubiere frutos pendientes en la finca enfitéutica, pertenecen al señor todos por la propia, y aun mayor razon que la de su muerte. Y si los percibieron despues el enfiteuta ó sus herederos, estan obligados á devol-

verlos al mismo, como dueño propietario de ambos dominios directo y util, porque por el delito se consolidan estos, y el enfiteuta lo pierde todo (1).

7. Los que gozan beneficios, dignidades y pensiones eclesiásticas, pueden fallecer à los principios, medio ò à fines del año, y suele dudarse cómo se han de dividir los frutos que dejan pendientes. Antes de todo es de saber que el clérigo puede gozar tres clases de bienes: *patrimoniales*, y son los que hubo de sus padres y parientes, ò adquirió con su industria y trabajo, ò por donacion, testamento ú otro contrato lucrativo, asi como el lego (2), y en ellos se gradúa como este; y asi en los reinos de Castilla puede disponer de todos à su arbitrio à falta de herederos forzosos (3).

8. Otros se llaman *cuasipatrimoniales*, que son los que adquiere por razon del orden y oficio clerical; v. gr. por la limosna de la misa, por predicar, cantar las horas canónicas, y por otros actos y ejercicios espirituales; de cuyos bienes como adquiridos con su personal trabajo puede testar y disponer igualmente, porque se reputan como patrimoniales (4); por manera que en estas dos clases de ellos y en sus frutos se sucede segun las leyes y reglas de la sucesion de los legos, y del mismo modo vienen al juicio divisorio que los de estos; porque son bienes profanos ò temporales, y no espirituales ni sagrados. Otros en fin se llaman adquiridos por razon de la iglesia, esto es, porque provienen de prebenda, beneficio simple ò curado, obispado ú otra dignidad eclesiástica.

9. Dejando aparte las opiniones que hay sobre la sucesion de estos últimos frutos (que es en lo que estriba la mayor dificultad), digo que estando pendientes tocan íntegramente, atendido el rigor de derecho, al sucesor en el beneficio, y el beneficiado hace suyos solamente los que dejó cogidos cuando murió, y se llaman asi, aunque no esten encerrados en la trox ò parage donde se custodian, pues basta que esten segados y separados del suelo (5), los cuales se han de dividir entre sus herederos, como los de su patrimonio, porque en los reinos de Castilla pue-

1 Ley *Si pater*, Cod. *de usufruct. speculat.* in tit. *de emphiteusi*, num 19.

2 Cap. *Cum dilectus; de jure patronat.* cap. *Episcopus*, cap *Manifesta*, y cap. *Sicut manifestæ*, quæst 1

3 Cap. *Fixum*, 2 quæst. 5. cap. 1, y cap. *Quia nos; de testam* y cap. *Relatum*, quæst. 2. eod. tit. vers. *Cæterum*, Valasc. *de part.* cap. 35. num. 1 al 3.

4 Perus. in rubr. *de testam.* col. 30. et in 6. num. 56. Navar. *in Apolog.* quæst. 1. monit. 21 y 22, num. 1 y 3. Abb. in cap. *Cum esses*, num. 26. *de testam.* Valasc. ibi, num. 4.

5 Valasc. *de partition.* cap. 33. num. 17. y cap. 36 eod. num. Gutierr. *Canon. Quæst.* cap. 33. num. 4.

de testar, y se sucede en ellos por testamento y abintestato por costumbre que está mandada observar por una ley recopilada (1).

10. Pero sin embargo de lo expuesto se observa en estos dominios, como mas equitativo, el prorratear entre los herederos del beneficiado y el sucesor del beneficio asi los frutos pendientes como los cogidos dentro del año de su fallecimiento: de suerte que hasta que espira el año civil (que es en el dia último de diciembre) no los hace suyos enteramente el beneficiado, aunque los tenga recogidos, y los percibirán únicamente sus herederos á proporcion del tiempo que en aquel año vivió, porque como alimentos le tocan hasta entonces, y con la misma proporcion deberán cumplir las cargas, por cuyo medio se evitan muchos pleitos, gastos y perjuicios (2); aunque sobre todo se estará á la costumbre del obispado en que exista el beneficio ó capellanía colativa.

11. Del mismo modo se ha de dividir la pension que alguno tiene sobre beneficio ó dignidad eclesiástica, porque se le concede por via de alimentos; y estos no deben darse al alimetario por mas tiempo que el que vive (3).

12. Sobre el modo de dividir los frutos pendientes en los bienes vinculados entre el sucesor y herederos del último poseedor estan discordes los autores. Unos opinan que ha de observarse en ellos lo mismo que en los de los feudos: otros son de parecer que los frutos, pensiones ó rentas pendientes de un mayorazgo pertenecen al sucesor, en quien se trasfiere su dominio; y otros afirman que se deben dividir entre los herederos del último poseedor y el sucesor á prorata del tiempo que aquel vivió en el año de su fallecimiento. Esta opinion que siguen muchos autores nuestros (4), y que es seguramente la mas equitativa, pues seria cosa inicua que habiendo estado casi todo el año el último poseedor sufriendo las cargas del mayorazgo, se privase de dichos frutos à sus herederos, por haber fallecido antes de finalizarse, y que en detrimento suyo se lucrase el sucesor con ellos: esta opinion, digo, se ha adoptado tan generalmente en España, que muchisimas veces se ha ejecutoriado el prorateo, y tal costumbre tiene fuerza de ley, por tener los cinco requisitos necesarios para que valga, y no se califique de cor-

1. Ley 12, tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.
2. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 15. num 22. Gutierr. *Canon. Quæst.* cap. 33. num 9. y sig. Molin. *de primogen.* lib. 3. cap. 11. num. 4.
3. Ley *Cum hi*, 8. Cod. *de transaction.*
4. Molin. *de primog.* lib. 3. cap. y num. 11. Ayor. part. 1. cap 9. num. 6 y sig. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 15. num. 14. Garcia *de exe s* cap. 16. num. 6. Castill. *de usufruct.* lib. 1. cap 80.

ruptela; á saber: ser general; estar tolerada por el Soberano; haberse seguido por los tribunales supremos, no solo en los dos juicios que prefine la ley, sino en muchísimos; haberse usado por mas tiempo que el de los veinte años que aquella dispone; y no oponerse al derecho divino, natural ni positivo; ni tampoco al bien comun (1). Pero como suele haber diversas especies de frutos pendientes en los bienes vinculados ó de mayorazgo, y los autores dejaron en silencio mucho de lo que se debe practicar en la division de cada clase y caso, se hablará de este punto con mayor individualidad y extension.

13. Si al tiempo de la muerte del fundador quedan frutos pendientes, sean de los bienes que labraba por sí, ó de los réditos ó pensiones que debian los arrendadores, censuarios ó enfiteutas, y nada dispone acerca de los expresados frutos, vinculando solo las propiedades y capitales que los producen, ni tampoco deja muger ni herederos legítimos ni extraños, son todos del primer llamado, sin que tengan obligacion de dejar otros tantos al sucesor, ni de agregar su importe al vínculo ó mayorazgo; pues por su silencio es visto haber querido los gozase libremente para sí; y como son accesorios, se estiman parte de la misma cosa, y los adquiere quien se hace dueño de ella (2). Pero si los mandare agregar, ó instituyere á alguno heredero de ellos, ó dispusiere otra cosa, se observará su voluntad.

14. Si no deja viuda, pero sí hijos ú otros descendientes legítimos por herederos, y mejora por via de vínculo á uno de ellos en el tercio y quinto, consignándoselos en bienes determinados, cuyo valor en propiedad, segun el caudal del difunto, completa el total de la mejora; ó le mejora solamente en bienes señalados que no exceden de ella, imponiendo el gravamen de vinculacion, y llamando á otros á su goce para despues de los dias del mejorado, con arreglo á la ley 27 de Toro, y al tiempo de fallecer quedan frutos pendientes en los mismos bienes; los llevará el mejorado desde el dia de la muerte de su padre (que es cuando adquirió en los bienes su dominio) y no mas por razon de tal; á cuya consecuencia se estimarán ó apreciarán en el estado que se hallen entonces, será caudal partible de su testamentaria el valor que se les dé, y cederá enteramente á beneficio del mejorado el aumento que despues adquieran hasta su recoleccion los de dichos bienes consignados, sin perjuicio de la parte

1 Leyes 4, 5 y 6. tit. 2. Part. 4. Puede verse sobre este punto á Castillo cap. cit. y á Escolar comput. 20.

2 Ayor *de partit.* part. 1. cap. 9. num. 6. vers. *Ideo judicio meo.*

que le corresponda por su legítima en los restantes; y los gastos que se ocasionen hasta entregarlos, se harán proporcionalmente, cargando al mejorado la parte que atendido el mayor valor tengan, y al cuerpo comun de la testamentaría el residuo de ellos. Por ejemplo, cuando falleció el mejorante valian los frutos mil reales, y cuando se cogieron, mil y quinientos; y en su recoleccion se gastaron ciento y cincuenta. En este caso los mil reales son caudal de la testamentaría, que agregado á lo demas de esta, se ha de dividir como libre entre todos los interesados en ella, incluso el mejorado; y los quinientos restantes tocan privativamente á este; por cuya regla la testamentaría satisfará cien reales de gastos, y el mejorado como tal cincuenta; pues de los de barbechos y siembra no se hace mérito, porque salieron del caudal de todos antes de fallecer el testador, y estan refundidos en su herencia.

15. Y si antes de la recoleccion falleciere con hijos el mejorado ó primer llamado, entrarán aquellos á la particion con sus tios, llevando y pagando lo que su padre llevaria y pagaria, y percibiendo para sí solo el inmediato sucesor los frutos desde la muerte de su padre, hijo del mejorante; de modo que se deberá formar otra cuenta separada entre dicho sucesor y la testamentaría de su padre por la misma regla que la anterior, y con igual proporcion, asi en cuanto al percibo de frutos como al pago de gastos, valuándose nuevamente aquellos en caso de tener aumento, para evitar perjuicios á los interesados.

16. Pero si el fundador ó mejorante que no dejó muger falleciere acabada la recoleccion, y las tierras quedaren barbechadas y sembradas sin manifestarse los frutos, pertenecen los recogidos al caudal comun de su testamentaría, y los que nazcan despues son propios del mejorado, con obligacion de satisfacer á la testamentaría los gastos de barbechos, semillas y siembra, ó los que sean, segun lo que se haya hecho, los cuales se apreciarán, se pondrán por caudal comun, y se dividirán á proporcion de la institucion entre el mejorado y demas coherederos; y no teniendo dinero con que satisfacerlos, se le aplicarán en vacío, ó entrada por salida, como recibido su importe en cuenta de la parte que le corresponda, al modo que si los colacionara; no haciéndose mérito en este caso de los de recoleccion, ni de la utilidad ó pérdida que pueda haber en ellos, pues todo queda de su cuenta y riesgo, y viene á ser lo mismo que si él hubiera barbechado y sembrado por sí propio las tierras. Por ejemplo importan los barbechos y siembra de los bienes de la mejora tres

mil reales, y agregados al caudal líquido é igualmente partible de la herencia, compone el total de esta treinta mil reales, que han de dividirse entre tres hijos. En este caso se darán al mejorado siete mil reales efectivos, que con los tres mil que debia aprontar, y retiene en el valor de las labores, suman diez mil, que como á uno de tres le tocan en la herencia; y si antes de la division pagare los tres mil, se le darán cuando esta se haga los diez mil completos, y no llevará tercio ni quinto en frutos, porque solo fue mejorado en los bienes señalados, y no en los demas de su padre, de manera que percibirá en estos su legítima, y en los señalados su mejora vinculada (*).

17. No siendo primer llamado el poseedor del vínculo ó mayorazgo, y dejando frutos pendientes ó manifiestos en las tierras, viñas ú olivares de este que labraba por sí, ó en otros árboles, ó las tierras barbechadas ó sembradas solamente, y arrendamientos de otras, alquileres de casas y réditos de censos, juros y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido, hay dificultad sobre cómo se han de dividir entre sus herederos y el sucesor estas clases de frutos y gastos; y para la mayor claridad distinguiré de casos.

18. En orden á los pendientes y manifiestos, los herederos del último poseedor los han de percibir á prorata del tiempo que este vivió en aquel año, y tuvo dominio en los bienes vinculados, cuyo año no ha de ser el civil, que empieza en enero y concluye en diciembre, sino el natural, que es de la cosecha de cada fruto, segun el tiempo en que se coge en cada pais ó provincia, porque una vez que la naturaleza produce y sazona los frutos en diversos tiempos, se debe observar en cuanto al pago, y contar el año, segun ella misma nos enseña. Por tanto, si el poseedor del mayorazgo fallece v. gr. en fin de mayo, y los frutos son de trigo, uba y aceituna, deben llevar sus herederos y testamentaria la parte correspondiente de trigo desde Santa María de agosto del año anterior, hasta el dia de su fallecimiento, que son nueve meses y medio: de uba, desde 1.° de octubre del propio año, que es cuando regularmente se hace la vendimia, y son ocho meses; y de aceitunas, desde enero, que son cinco meses si se coge á principios, y sino desde el dia que se acostumbra coger; y asi de los demas frutos, segun sea el tiempo de su percepcion en cada pais y en cada finca, pro-

* Otras muchas especies acerca de la division de frutos de mejora se tocan en el título 3, capítulo 3, por ser su propio lugar, adonde remito al partidor para que se instruya radicalmente.

duzca ó no todos los años. Lo mismo procede en la lana de cabaña lanar, pues para la prorata se ha de contar el año de esquileo á esquileo.

19. Antes de repartir los frutos se han de deducir de todo el caudal y valor de cada especie los gastos hechos en el barbecho, siembra, cava, poda, siega, recoleccion y demas que haya, se han de abonar á la testamentaría del último poseedor los que por parte de este y de ella, despues de muerto, se hayan hecho en su beneficio; y al sucesor los que hiciere; y luego se ha de dividir lo liquido en dos partes, aplicando á cada interesado la que le corresponda á proporcion del tiempo que poseyó, v. gr. de trigo, despues de pagado el diezmo, quedan mil quinientas fanegas, y todos los gastos ascienden à dos mil reales, de los cuales suplió quinientos el sucesor, y los mil quinientos el poseedor y su testamentaría. En este caso se aplica à cada uno en trigo, segun el precio que tenga á la sazon, lo que importan sus expensas, y el residuo del trigo se divide á prorata del tiempo que poseyó, habiendo de esperarse á la cosecha para hacer la division, porque de lo contrario podia suceder que el que hubiese suplido menos llevase mas con perjuicio del otro. Lo propio se ha de observar en la division y prorateo de la lana de cabaña lanar vinculada, y crias de ella, que son sus frutos, si aquella no se ha esquilado, ni estas han nacido al tiempo de la muerte del último poseedor, hecho antes por los herederos de este el reintegro de las crias que falten y hayan perecido, pues debe entregar la cabaña completa, segun la recibió.

20. Quedando barbechadas solamente; ó sembradas por el poseedor las tierras sin manifestarse los frutos, debe el sucesor satisfacer á los herederos del predecesor los gastos hechos en sus labores y siembra, y nada percibirán estos de la cosecha próxima, porque á causa de no estar manifiestos, de ignorarse si nacerán ó no, y de haber muerto en tiempo en que no se conocian, no adquirió el último poseedor derecho á ellos, siendo para el caso lo mismo que muera hechos solos los barbechos, que sembradas las tierras, una vez que no se ven nacidos los frutos al tiempo de su fallecimiento, y puede perderse la semilla; de modo que no se reputan tales hasta que nacen; y aunque luego se manifiesten, como ya entonces tiene el sucesor el dominio de las tierras por sí solo, y aun el de los frutos pendientes, porque se contemplan parte de ellas, debe llevarlos todos, y cumple con hacer el expresado pago, à diferencia de cuando estan á la vista, en cuyo caso, como el último poseedor

adquirió y tuvo dominio en ellos y en el fundo el tiempo que vivió, y este dominio se dividió, se deben dividir tambien y prorratear entre los que le tuvieren.

21. Con la misma proporcion y equidad se deben repartir los arrendamientos de las heredades vinculadas, contándose no el dia en que se celebró el contrato entre el arrendatario y arrendador, sino desde el tiempo ó mes en que este ha de recoger los frutos, porque como labra las tierras con título ó permiso de su dueño, viene á ser lo mismo que si las labrase este, y asi se ha de observar lo propio que está dispuesto por derecho comun acerca de los dotales.

22. Si el poseedor del mayorazgo falleciere despues de recogidos los frutos por el arrendador, y de nacidos ó manifiestos los de la cosecha siguiente, llevará á proporcion del tiempo que vivió, el arrendamiento correspondiente à esta cosecha, sin que para hacer el prorateo sea necesario esperar á que llegue el de recogerlos el arrendador, porque no hay que pagarle á él ni à sus herederos expensas algunas, por no haberlas hecho, excepto que el arrendamiento fuese á esterilidad, pues entonces no puede hacerse hasta que los peritos con vista de los frutos en el tiempo oportuno declaren cuanto debe satisfacer el colono. Y si este tuviese barbechadas solamente las tierras, ó aunque esten sembradas, sino se vieren los frutos, nada llevarán los herederos del último poseedor, por las razones expuestas anteriormente, y porque este nada expendió en su cultivo y beneficio, sino el arrendador, ni adquirió dominio en los frutos, porque no los habia, de suerte que en cuanto á la percepcion del arrendamiento, que es fruto civil, es lo mismo que si el último poseedor hubiese cultivado por sí propio las tierras, y no se manifestasen los frutos.

23. Siendo casas ú otros edificios los bienes arrendados, ó juros, censos ú otros derechos semejantes, se han de prorratear sus alquileres, réditos ó pensiones, contando lo que vivió el poseedor desde el último dia en que cumplió el alquiler de la casa, ó el plazo de la escritura de arrendamiento, consignacion ó imposicion; y no se ha de atender á que el año sea civil ó natural, porque los frutos de estos bienes, como civiles, convencionales y no naturales, corren, se vencen y devengan todos los dias.

24. Si el usufructuario deja cogidos al tiempo de morir, los frutos de los bienes raices que usufructuaba, pertenecen todos enteramente á sus herederos sin la menor disputa, aunque no viva todo el año, pues habiéndolos hecho suyos por el título y

derecho que tenia á su percibo, puede trasmitirlos á dichos herederos una vez cogidos. Pero si estan pendientes, tocan al dueño propietario, á quien pasa consolidado el usufructo con la propiedad, sin embargo de que al tiempo de su fallecimiento se hallen maduros y próximos á su recoleccion (1). Lo mismo procede para con los del fideicomiso, pues pasarán al fideicomisario, y á los herederos del fiduciario (2); porque los frutos pendientes no se llaman tales, antes bien se contemplan una misma cosa con la finca en que existen, y estiman ser parte de esta, atendido su estado, mas no hablando absolutamente; y como el mero usufructuario ningun dominio tiene en ella, porque la propiedad toca á otro, y sus herederos no pueden pretenderlos, ni hay trasmision, à causa de que el derecho y título que tenia para su percibo, y era coherente á su persona, espiró con su muerte; por eso en el instante que fallece, pasan con ella al propietario, en quien se une y consolida el dominio ó propiedad con el usufructo. Asi que sus herederos tendrán accion únicamente á recuperar los gastos hechos en sus labores, siembra, semillas &c., y hasta que se los paguen podrán retenerlos, porque no son ni se llaman frutos, sino el líquido residuo, bajados estos (3).

25. Lo propio milita para con las pensiones de las fincas productivas; por lo que si el usufructuario muere estando cogidos los frutos por los colonos, á quienes tenia arrendada la finca ó fincas, pertenece la pension á sus herederos, aun cuando no esté cumplido el plazo de su solucion, porque es visto haberlos cogido en nombre del usufructuario à quien correspondian, y en derecho se presume haberlos cogido este; pero si los frutos estuvieron pendientes en ellas, toca al propietario (4); pues las pensiones de fincas de esta clase, como frutos civiles, se graduan en el presente caso por la regla que los naturales, porque se tienen en lugar de estos (5), y deben seguir su naturaleza (6); y asi lo dispuesto acerca de los frutos naturales, se debe observar en las pensiones de las fincas que los producen, pues son frutos civiles (7). Se amplia lo expuesto en el caso de

1 Ley *In singulos*, 8 al fin. ff. *de annuis legat* Gom. en la 40 de Toro, num. 7. Valasc. *de partit.* cap. 30. num. 28 y 29.

2 Ley 42. ff. *de usuris.*

3 Ley *Fundus quia*, ff. *Familiæ ercis-cund.* Castill. *de usufruct.* cap. 77. num. 1 al 8.

4 Ayor part. 2. quæst 25 num 3.

5 Ley *Merces*, 32 ff *de petition. hæreditat.* y ley *Prætorum*, ff *de usur.*

6 Ley *Si eum*, § *Qui injuriarum*, ff *Si quis cautionibus.*

7 Alex consil. 87. num. 19. lib. 2. Gutierr. *Quæst. Canon* quæst. 33. num 20.

que parte de los frutos esten pendientes y parte cogidos, pues se ha de observar la propia regla, y es, que los pendientes tocan al propietario, y los cogidos al usufructuario; é igualmente en las pensiones, sin que en ninguno de los casos referidos se prorateen, como algunos quieren; porque el usufructuario hace suyos los frutos, no por la razon de cargas que sobrelleva, como el marido, sino por la de derecho de usufructuar, que le basta tener al tiempo que los percibe, no obstante que al punto se acabe (1).

26. Pero si el testador instituye á uno por heredero usufructuario de todos sus bienes, y á otro por legatario en propiedad y usufructo de una finca, ya sea antes ó despues en una misma escritura ó en diversas, llevará el legatario su predio en propiedad y usufructo, sin embargo de la institucion universal, y el heredero el de los demas bienes del testador; porque lo genérico se deroga por lo especifico (2).

27. Se limita esto en cuanto á las pensiones del arrendamiento del trabajo del siervo, pues se han de dividir á prorata del tiempo entre su señor y los herederos del usufructuario (3). La razon de diferencia consiste en que de las obras ó trabajo del siervo se puede percibir diariamente la utilidad, porque cada dia se devenga y gana; y asi se hace la division de ellos por el tiempo que dura el usufructo, y pertenecen al usufructuario, como percibidas, y por el tiempo restante al propietario, como pendientes; pero los frutos naturales, como no se pueden percibir ni coger en razon sino en cierta parte del año, se ha de atender necesariamente en cuanto á las pensiones que por su respeto se deben, al tiempo de su percepcion, para que las lleven los herederos del usufructuario. Lo mismo procede para con las pensiones, alquileres de casas, naves y otras cosas que se alquilan; y con los réditos de censos, juros y otros efectos, pues se prorratearán, como las obras del siervo, por la propia razon (4).

28. Si el testador instituye á uno por usufructuario de todos sus bienes, ó le lega el usufructo de ellos, parece que no deberá percibir los frutos que la herencia produzca, hasta que la acepte el propietario, porque el legado del usufructo no empieza antes de su adicion, ni antes de esta se da legado de usufruc-

1 Valasc. *de partit.* cap. 33. num. 4 y 5.

2 Ley *In toto jur.* ff *de regul jur* Ley *Uxorem*, 41. §§ 2 y 3. ff *de legat. 3.* y regla *Generi de regul jur.* in 6. Ayor. dicha quæst. 25. num. 2.

3 Ley *Si operas*, 23. ff. *de usufruct.* Gom. lib. 2. *Var.* cap. 3. num. 5.

4 Castill. *de usufruct.* cap. 77.

to (1); pues aunque en los demas legados viene desde la muerte del testador (2), y se dice empezar, segun derecho comun, desde la aceptacion (3), en el de usufructo es al contrario, porque depende de esta (4). Mas sin embargo de esto, que segun derecho comun es corriente, lo contrario se debe seguir segun el nuestro, porque la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. manda que aunque no haya heredero, ó este no quiera heredar, valga y se cumpla todo lo que el testamento contenga, constando de la solemnidad de testigos que prescribe, pues dice: *Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en él se contienen.* Por la generalidad con que se explica la ley incluye todos los casos, y como la proposicion indefinida equivale à la universal, es claro que abraza tambien el presente; lo cual se limita en dos casos: 1.° cuando el testador en su testamento nulo por pretericion ó exheredacion pone la condicion de que se acepte la herencia para que valga el legado, pues en este caso no valdrá el usufructo ni otro alguno sin que preceda la aceptacion de la herencia: 2.° cuando el usufructuario no quiere afianzar habiéndolo pretendido el propietario, pues se constituye de mala fe (5).

29. Resta saber cuándo los frutos se dirán percibidos por el usufructuario para que sus herederos los hagan suyos. Acerca de esto hay dos opiniones: la primera dice que no solo han de estar separados del suelo, sino custodiados en los parages en que se acostumbran recoger: la segunda (que es la verdadera y corriente) afirma que para que asi el usufructuario como el poseedor de buena fe los hagan suyos, basta que esten separados del suelo ó cortados, aunque no se hayan custodiado (6); pero con esta diferencia, que para hacerlos suyos el usufructuario han de

1 Ley 1. §. *Dies autem*, ff. *Quando dies usufruct. cedat.*

2 Ley *A Titio*, ff. *de furt.*

3 Ley *Eam quam*, Cod. *de fideicommiss.*

4 Dicha ley 1. y §. *Dies cit* y ley *Si serva hæreditaria*, ff. *Quibus modis usufructus amittat.*

5 Matienz ley 1. glos. 14. tit 4. lib. 5. Rec. desde el num. 35 al 40. y Castill *de usufruct.* cap. 16

6 Tiraquel. lib. 2. *Retract.* §. 5. glos. 4. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 15. num. 12. Gutierr. *Canon. Quæst.* quæst. 33. num. 4.

ser separados por él, ó por otro de su mandato y en su nombre, y el poseedor de buena fe los hace suyos indistintamente, ya los perciba por sí en la buena fe de que le pertenecen, ú otro cualquiera sin su precepto (1). La razon de esta diferencia es porque al poseedor de buena fe se conceptúa por dueño en cuanto á los frutos (2): y asi basta que cualquiera los perciba, para que como tal los adquiera; pero el usufructuario como no los posee como dueño, y solo tiene una servidumbre personal, es indispensable que él ú otro con su voluntad y de su mandato, y no de otro modo, los perciba (3). De esta diferencia se sigue que si los frutos se caen espontánea ó accidentalmente, como suele suceder á la aceituna, no tocan al usufructuario antes de percibirlos, porque no se pueden decir cogidos por él antes de su aprehension, que es lo que se requiere para lucrarlos; por el contrario, el poseedor de buena fe antes de la aprehension los hace al instante suyos, porque en él no se requiere la percepcion por sí mismo, como en el usufructuario, pues basta que esten separados del suelo (4).

1 Ley *Si usufructuarius*, ff *Quibus modis usufruct. amittat.* ley *Qui scit*, §. *Præterea*, y ley *Si jur* ff *de usufruct.*

2 Dicha ley *Qui scit*, §. *In alieno*, vers. *Porro.*

3 Valasc. *de partition.* cap. 33. num. 11 y 12.

4 Balduin. in §. *Is vero.* Institut. *de rerum divis.* al fin. Cujac. lib. 4. *Feud.* tit. 30. col. 2. Valasc. dicho cap. 33. num. 13. Castill. *de usufruct.*

CAPITULO DECIMOTERCERO.

De la sucesion de bienes libres entre ascendientes, descendientes y trasversales cuando mueren abintestato, ¿que deberán distribuir unos y otros por el alma del difunto? ¿si en caso de duda debe graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato?

§. 1. De las tres líneas de sucesion que se conocen en el derecho.

2 hasta el 11. Orden con que deben suceder abintestato las dos líneas de descendientes y ascendientes, y declaracion de algunas dudas que ocurren en esta materia, para instruccion de los partidores.

12 y 13. Si por muerte del descendiente perderá el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenia.

14. De la tercera línea, que es de los trasversales, llamada por la ley á la sucesion abintestato.

15 y 16. Muerto uno abintestato, ¿que parte de sus bienes deberán distribuir por su alma los que le hereden?

17. En caso de duda deberá graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato.

18. Cuando uno instituyó simplemente con modo colectivo á un hermano vivo y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, ¿como se entenderán instituidos?

1. En el libro 2, título 2, capítulo 2, párrafo 13, se dijo que en el derecho se conocen tres líneas de sucesion, á saber: una de *descendientes*, que son los hijos, nietos, biznietos y todos los que descienden de ellos sin limitacion, hasta que se acaba la línea de aquel en quien tuvo principio. Otra de *ascendientes*, que son los padres, abuelos, bisabuelos y demas que suben hasta el primer progenitor. La tercera es de *trasversales ó colaterales*, que son los hermanos, primos, sobrinos, tios y demas parientes que no ascienden ni descienden como los de las otras líneas (1). De la sucesion intestada de unos y otros se trató con extension en dicho libro 2, título 2, capítulo 9; y asi me contraeré aqui á reasumir parte de aquella doctrina, y hacer las observaciones que juzgue oportunas para la instruccion del conta-

1 Ley 2. tit. 13. Part. 6. Matienz. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 1.

dor en el modo de hacer la division de las herencias abintestato.

2. Muriendo pues alguno sin testamento por no haberle hecho, ó ser nulo el que hizo, y dejando hijos y otros descendientes legítimos vivos, le sucederán solamente los hijos como sus mas inmediatos parientes y causa primera de la sucesion, y ningun otro descendiente entrará à heredar ni partir con ellos su herencia; por consiguiente la dividirán entre sí con igualdad, pues ya esten bajo la patria potestad, ya fuera de ella, les corresponde por derecho divino, natural y positivo, sin distincion de varones ni hembras (1); debiendo advertirse que tambien heredan abintestato con los demas hijos legítimos los póstumos y los legitimados por el subsecuente matrimonio, como mas extensamente se dijo en dicho capítulo 9, párrafos 6, 7 y 8.

3. Este derecho de los hijos es tan exclusivo que aun cuando el muerto tenga padre ú otros ascendientes que en su respectiva línea esten en igual grado de parentesco con hijos ó descendientes legítimos (v. gr. al modo que el hijo en primer grado en la línea de descendientes, el abuelo en la de ascendientes), no le sucederán ni entrarán á la division de sus bienes, sino que serán todos para sus hijos, porque estos se reputan una persona con su padre muerto, y en ellos se perpetúa su memoria; lo cual no sucede al padre respecto de su difunto hijo (2).

4. No dejando hijos el difunto, y sí nietos, biznietos ú otros descendientes legítimos, le sucederán solamente en sus bienes los que esten en grado mas cercano, y no los demas; teniendo entendido que para que el nieto entre á heredar al abuelo es preciso que haya nacido, ó por lo menos sido concebido en vida de este (3).

1 Ley 3. tit. 13. Part. 6. Ley 1. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real, y ley 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Genes. cap. 13. Levit. cap. 25. Apost. ad Galat cap. 4.

2 Ley *Liberor.* al fin. ff. *de verbor. signific.* Gom. lib. 1. *Var.* cap. 1. num. 4.

3 El reformador de Febrero opina que aunque el nieto no haya nacido, ni sido concebido en vida del abuelo, podrá percibir los bienes de este; fundándose en que las leyes nuestras que dan la herencia de los ascendientes á los descendientes no hacen la expresada distincion. El adicionador desaprueba altamente este dictamen, suponiendo canonizada en nuestra legislacion la doctrina del autor sobre este punto; pero sin dar por su parte razon alguna para rebatir la del señor Gutierrez, y suponiendo equivocadamente que este habia suprimido un párrafo en que Febrero expone sus fundamentos. Esto no es exacto: el reformador comprendió en un párrafo dos del autor, si bien no alegó mas que una razon de las dos que trae Febrero. Lo que importa es examinar bien estas para ver si son ó no fundadas, que es lo que debió hacer el adicionador. Dice Febrero que el nieto no sucederá al abuelo en el referido caso; lo primero, porque habiendo precedido la muerte de este al nacimiento ó concepcion de aquel, ningun parentesco tuvieron entre sí. Cualquiera conocerá cuán débil es este fundamento. ¿El hijo póstumo deja de ser legítimo por nacer despues de la muerte de su padre? ¿No hereda el biznieto á su bisabuelo, aunque no haya nacido ni sido concebido en vida de este? ¿La ley que establece la sucesion de los

5. Procede lo expuesto, no solo cuando los nietos ó descendientes son hijos de un hijo ó hija ya muertos, y concurren solos á la sucesion, sino tambien cuando lo son de dos ó mas hijos, y todos concurren á ella, aunque con la diferencia de que siendo hijos de un hijo único heredan por cabezas ó por personas, quiero decir, que toda la herencia les corresponde, y la han de partir entre sí igualmente; y cuando lo son de dos ó mas hijos del muerto, heredarán por estirpes, esto es, los de cada hijo llevarán la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte de la herencia, segun sea el número de los del difunto cuyo lugar ocupan, y la dividirán respectivamente entre sí. Asimismo si de un hijo no hay mas que otro hijo, y de cada uno de los otros hay tres, cuatro ó mas, llevará este hijo único tanta parte de la herencia de su abuelo cuanta todos los de cada uno de los otros hijos, porque no se mira á si son pocos ó muchos los de cada uno, sino á la persona en cuyo lugar suceden, y cuanto percibiria esta si viviera, tanto deben percibir los suyos, ó uno solo si no deja mas (1).

6. Lo propio debe observarse cuando el difunto deja uno ó mas hijos nacidos ó póstumos, y varios nietos hijos de otro ú otros hijos ya muertos, pues los nietos aunque estan en grado mas remoto sucederán á su abuelo con el hijo ó hijos de este que

descendientes *in infinitum*, es por ventura compatible con la precisa condicion de que el descendiente haya de haber nacido ó sido concebido en vida del ascendiente á quien se trata de heredar? ¿No basta que se acredite ser legítimo descendiente de este, prescindiendo del tiempo en que haya nacido? Asi es en efecto, y de otro modo no pudieran heredar los descendientes muy remotos. Añade Febrero que donde no hay sugeto no puede haber cualidad; y no existiendo el descendiente al tiempo que muere el ascendiente, no puede tener cualidad de parentesco, por la cual se le defiera la sucesion á los bienes. Este es un sofisma: es verdad que cuando murió el abuelo no habia sugeto en quien recayese la cualidad de parentesco, pero luego que existe el sugeto, existe tambien en él la referida cualidad; asi como el póstumo no era hijo al morir su padre, porque no existia ni se sabia positivamente si habia de existir; pero nace, y la ley le reconoce al momento como hijo legítimo. Si el principio sentado por el autor fuese cierto, ¿como podria acreditarse el parentesco en las sucesiones de bienes vinculados? Otra razon de Febrero es que el nieto debe representar necesariamente al difunto, porque le sucede universalmente en todo su derecho, y por la representacion se retrotrae la aceptacion de la herencia al tiempo de su muerte; y si aquel no está nacido ni concebido no puede retrotraerse. Esta es una mera cavilosidad. Luego que nace el nieto, sea en cualquier tiempo, siempre que sea legítimo, sucede en lugar de su padre, y representa al difunto; y por esta representacion se retrotrae la aceptacion de la herencia al tiempo anterior que es lo que sucede siempre que un descendiente hereda á un ascendiente muy remoto. Por consiguiente no habiendo ley nuestra que diga lo contrario, estoy por la opinion del señor Gutierrez: heredará abintestato dicho nieto, y no los parientes trasversales, ó á falta de estos el fisco; pues ademas de las razones indicadas, seria una injusticia privar de la herencia á un descendiente, cuyo parentesco tiene la preferencia, solo por meras cavilosidades metafísicas. Mas pudiera decirse para esforzar esta verdad, si los estrechos límites de una nota lo permitiesen.

1 Ley 3 al fin. tit. 13. Part. 6.

son tios carnales de ellos, percibiendo cada uno de estos tanta parte de herencia cuanta todos los nietos hijos de cada uno de los hijos ya muertos del difunto, en cuyo grado se ponen; por lo que los tios de los nietos de este, que son los hijos vivos, le heredarán por personas, y los nietos hijos de cada hijo muerto, por estirpes, como que todos entran á ocupar su lugar y constituyen una persona, y dividirán entre sí la parte de herencia que este percibiria en caso de vivir (1); pues entre los descendientes no hay distincion de agnacion y cognacion, se admite la representacion en infinito, y el nieto entra en el lugar de su padre, concurriendo con su tio, del mismo modo que su padre, hermano de este, concurriria si viviera.

7. En cuanto á los hijos naturales y demas ilegítimos véase el capítulo 6, título 2, libro 2, donde se halla reunida la doctrina legal acerca de la sucesion de aquellos por testamento y abintestato; adonde podrá acudir el contador cuando ocurra algun caso de esta naturaleza.

8. La segunda línea de sucesion es la de ascendientes, quienes suceden por testamento y abintestato á sus descendientes legítimos por su orden y línea derecha, del mismo modo que estos á ellos, siempre que los descendientes carezcan de hijos ó descendientes legítimos, ó de otros que hayan derecho de heredarles, segun lo ordena expresamente la ley 6 de Toro, que es la 1.ª tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Y esto procede esten los hijos en su poder ó emancipados, sean varones los descendientes ó hembras, pocos ó muchos, teniendo igual grado de parentesco con el difunto: v. gr. que todos sean padres, abuelos ó bisabuelos &c.; pues el que esté mas remoto, no sucederá con los inmediatos, por lo que si deja padres y abuelos, percibirán toda la herencia por mitad los padres; si abuelos y bisabuelos, corresponderá enteramente á los primeros; y asi en los demas, observando siempre la prerogativa del grado ó proximidad del parentesco, y no la representacion, por no admitirse entre ascendientes (2). Por tanto, si el descendiente no deja mas que un ascendiente por una línea, v. gr. padre solo, y por la otra abuelo ó abuela, percibirá el primero toda la herencia que por ambas líneas poseía el descendiente muerto (3).

9. En el citado capítulo 9, párrafo 15, se dijo que cuando concurren á la sucesion dos abuelos por una línea y dos por

1 Dicha ley 3.
2 Leyes 4. tit. 13. Part. 6, y 6 de Toro.
3 Ley 4. cit.

otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, y heredarán por estirpes, es decir, que los de la una llevarán la mitad dividiéndola entre sí, y los de la otra la mitad restante. Pero si concurriere solamente uno por una línea y dos por la otra, no han de dividirla por terceras partes, sino que el uno heredará por sí llevándose la mitad, y los dos por su rama percibirán la otra mitad dividiéndola igualmente entre sí, como lo previene la ley 4. tit. 13. Part. 6. por estas palabras: *E si por aventura de parte de su padre é de su madre oviere un abuelo solo, é de la otra dos, entonce aquel solo habrá la mitad de todos los bienes, é los dos que fuesen de la otra parte la otra mitad.*

10. Tambien se dijo en dicho capítulo, párrafo 16, que los hermanos y sobrinos no concurren con los abuelos ni demas ascendientes á la division de la herencia, porque con la línea recta no concurre la trasversal por ser de distinta naturaleza y mas distante en grado.

11. La sucesion abintestato de los ascendientes á sus legítimos descendientes se entiende no solo en los bienes adventicios que dejen, sino en todos los demas libres, aunque sean castrenses, cuasicastrenses ó ganados por razon de la iglesia, que es por dignidad, renta ó beneficio eclesiástico, pues no debe haber diferencia ni separacion, ni el derecho distingue, antes bien comprende todas las clases, como se ve por la ley 6 de Toro, que dice *de cualquier calidad que sean;* y por la 4. tit. 3. Part. 6, cuyas palabras son las siguientes: *que entonce el padre é la madre deben heredar egualmente todos los bienes de su fijo;* lo cual es corriente, y se ha ejecutoriado en la Corte repetidas veces, así abintestato como por testamento (1).

12. Paso ahora á resolver una cuestion en que estan discordes el reformador y el adicionador de Febrero acerca de un punto importante. Se dijo en el citado capítulo 9, párrafo 18, que si concurren dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo de sus bienes debe gozarlo toda su vida. Con este motivo dice Febrero que el usufructo se concede al padre (con obligacion de alimentar, educar y defender en juicio y fuera de él á los hijos) aun en los casos siguientes. 1.° Aunque el hijo esté lejos de su padre, pues la distancia no le quita el derecho de la patria potestad (2), como tampoco el orden sacerdotal: 2.° aunque el hijo sea ancia-

1 Matienz. en la ley 13. tit. 8. lib. 5. Rec.

2 Ley *Pomponius*, ff. *de procurat.* Ley *Si pater*, Cod. *de instit. et substit sub cundit. fact.*

no (1): 3.° en el usufructo que alguno dejó al hijo, pues la utilidad ó comodidad corresponde á su padre, por cuya muerte y no antes, gozará de él el hijo (2); á menos que aquel prohiba que el padre lo disfrute, en cuyo caso todo será para su hijo, y nada para él; debiendo advertirse que la madre no puede poner esta prohibicion (3), aun cuando el padre ignore que tiene tal hijo, ó crea que está muerto (4): 4.° en los bienes de mayorazgo que vienen al hijo por línea materna, aunque se haya fundado con Real permiso, mas no si se fundó de donacion ó bienes Reales (5): 5.° aunque el hijo muera, pues no por eso pierde su padre el usufructo.

13. Acerca de este último caso dice asi el reformador de Febrero (tomo 4.° página 44, nota 1.ª de la 6.ª edicion). »Yo me inclino á que por muerte del descendiente pierde el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenia. Las palabras generales y absolutas con que *por su orden y línea derecha* llama la ley 6 de Toro á los ascendientes para que sucedan en los bienes de sus descendientes sin hacer ninguna distincion entre aquellos, y el silencio que guarda la misma ley acerca de dicho usufructo, son para mí argumentos mas poderosos que cuantos pueden alegarse en favor del ascendiente usufructuario. Y á la verdad, ¿como es posible que hablando la ley ex profeso de la sucesion de los ascendientes á sus descendientes no hiciese mencion de una cosa tan notable y que no debia omitirse, como de la continuacion del usufructo en el ascendiente que gozaba de él, si fuese cierta tal continuacion? ¿Como es posible asimismo que habiéndola, ninguna otra ley de nuestros códigos hable de ella?" El adicionador de Febrero impugnando esta opinion del señor Gutierrez, y defendiendo al autor, dice asi (parte 2.ª tomo 2.° página 358, nota 2.ª de la 5.ª edicion): »Las leyes se constituyen de los casos que frecuentemente acontecen, y se adaptan á ellos (Ley 3 y 5. ff. *de legibus.*): por las causas y motivos que tuvo el legislador, mandó publicar dicha ley 6 de Toro para igualar las sucesiones entre ascendientes y descendientes segun prescribe. Los bienes de que ha de disponer el hijo han de ser absolutamente suyos; en el padre ó ascendiente se radicó el derecho de usar y gozar de ellos, como constituido dicho hijo bajo la patria potestad,

1 Glos. in leg. fin §. *Pupillus*, ff. *de verbor. signific.*

2 Ley ult. ff. *de usufruct.* Gom. en la ley 48 de Toro, num. 2.

3 Matienz. en la ley 9. tit. 1. lib. 5. Rec. glos. 2. num. 14.

4 Ley *Uxorem*, ff. *de manumis. testam.* ley 2. et ibi DD. Cod. *de pact.*

5 Gom. en dicha ley 48. num. 3 y 4. Gregor. Lop. en la 7. tit. 17. Part. 4. glos. ult. Matienz. alli, num. 3 al 11.

pues mientras no salga de ella, segun derecho se continúa, y por consiguiente se aplicará muy bien: que si ninguno puede trasferir en otro mas derecho que el que tiene (reg. 11, 54, 120 y 177. ff. *de reg. jur.*), respecto que el hijo, viviendo el padre, no tiene mas que la propiedad, se sigue que mientras viva, en esta sola será la sucesion del otro ascendiente en igual grado. A esto se agrega otro principio, que no puede quitarse á otro el derecho concedido por la ley (reg. 17. *de reg. jur.* in 6.): el usufructo de los bienes del hijo en el padre es de ley, y esta misma se lo quita cuando casado y velado el hijo dispone que lo restituya á este íntegramente, á cerca de lo cual véanse las leyes 47 y 48 de Toro, y á Antonio Gomez en dicha ley 6, num. 11 y 12." Cotejando imparcialmente las razones del uno y del otro, no puede negarse que las del adicionador son de mayor peso como mas conformes á los principios generales del derecho; al paso que el reformador se funda principalmente en el silencio de la ley, es decir, en un argumento negativo que es de poca fuerza; ademas de que este mismo silencio prueba lo contrario de lo que él intenta, pues habiendo expresado la ley que casado y velado el hijo pierda su padre el usufructo, parecia natural que hablase del caso de la muerte de aquel, si la intencion del legislador hubiera sido privar tambien al padre del usufructo en esta sazon; y pues que nada dijo, parece mas probable la opinion de Febrero, apoyada ademas en los textos y autores que se citan al pie (1).

14. La tercera línea llamada por la ley á la sucesion abintestato á falta de descendientes y ascendientes es la de los parientes trasversales ó colaterales dentro del cuarto grado civil, como se dijo en el citado capítulo 9, título 2 del lib. 2, donde se trató con extension de esta materia de trasversales, desde el párrafo 19 en adelante. Allí se dijo (párrafo 27) que el derecho de representacion en los trasversales no pasa del tercer grado, esto es, acaba en los primos carnales, que son los hijos de hermanos, y tiene lugar únicamente cuando suceden á un tio suyo, hermano de su padre ó madre, y concurre otro tio tambien, hermano de alguno de estos; y no cuando suceden entre sí sin concurrencia del tio, ni entre otros parientes trasversales, ni tampoco entre los ascendientes ni descendientes de estos. Me ha

1 Ley fin. vers. penult. Cod. *de trebellian.* Ley *Sancimus* al fin. Cod. comun. *de succession.* y ley *Quod*, 3. Cod. *de bonis quæ liberis.* Gom en dicha ley 48. num 5. Matienz en la ley 6. tit. 1. lib. 6. Rec. glos. 1.

parecido oportuno ampliar mas aqui la explicacion de esto para instruccion del contador. Supongamos que el muerto abintestato deja dos primos hermanos, y sobrinos segundos, hijos de otro primo hermano muerto antes: le sucederán en todo los dos primos, y nada llevarán los sobrinos, asi porque no adquirió derecho su padre por haber fallecido antes que el difunto intestado, como porque estan en un grado mas distante que sus tios, y no hay representacion desde los hijos de los hermanos en adelante; pero si todos tres primos sobrevivieren al difunto intestado, y el uno falleciere despues de este, dejando hijos, llevarán estos, y dividirán entre si la parte que su padre llevaria à no haber fallecido antes de dividirse los bienes del intestado, porque por haberle sobrevivido adquirió derecho á su parte, y sus hijos le suceden en él, y no se lo quita el haber muerto antes que se partiesen sus bienes. Fuera de dicho tercer grado en que se admite la representacion, dividirán los trasversales la herencia con igualdad, segun la proximidad del parentesco.

15. Instruido el contador del modo de suceder al que murió intestado, resta enseñarle que parte de sus bienes deberán ó no distribuir por su alma los que le hereden: para lo cual es necesario distinguir de casos y de herederos: estos ó son legítimos, ó trasversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, y no hizo su testamento el comisario. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, estan obligados à hacerle las exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, y no á distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello mezclarse juez alguno, como manda la ley 14. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no hizo su testamento porque no pudo ó no quiso, ó se le olvidó, y pasó el tiempo prefinido por la ley y por el mismo testador, cumplirán con practicar lo propio, y no tendrán obligacion tampoco á distribuir el quinto (1).

16. Si son trasversales, y murió sin testamento, no estarán obligados á hacer dicha distribucion, y sí solamente á lo que los legítimos, sin diferencia, porque todos sus bienes les pertenecen abintestato (2); y ninguna ley les precisa á mas (3); bien

1 Arg. *á contrario sensu*, ex leg 10. tit. 4. lib. 5. Rec. Gom. Castill. y otros en la ley 36 de Toro. Angul. en la 13. tit. 5. lib. 5. Rec glos. 4. num. 4, y en la ley final, tit. 6. lib 5. Rec. Matienz. en dicha ley.

2 Ley 6. tit. 13. Part. 6.

3 Gom. y Castill. ibi. Angul. ibi, num. 5.

que algunos dicen que todo lo han de distribuir (1), pero no se observa ni debe. Si dió poder para testar, y el comisario por alguna de las causas expuestas no hizo su testamento, en este solo caso y no en otro estarán obligados á la distribucion del quinto integro dentro del año, segun lo ordena la ley 13 del mismo título 20, y libro 10. Nov. Rec., cuyas palabras son estas: *Cuando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato: los cuales en caso que no sean fijos, ni descendientes ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; lo cual si dentro del año contado dende la muerte del testador no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo pueden demandar, y sea parte para ello cualquier del pueblo.* Y la razon es porque en este caso presume el derecho que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario quiso que su ánima fuese preferida á sus parientes en el quinto, á que restringió su voluntad, pues antiguamente se ampliaba y extendia á todos sus bienes (2); y no procede ni se amplia á otros casos algunos la disposicion de esta ley: lo primero, porque habia condicionalmente de caso cierto y limitado, y la condicion del testador, la del contrayente y la de la ley se deben observar en forma específica (3); y lo segundo, porque la causa limitada produce efecto limitado (4); y asi en los demas expresados, ya sean legítimos ó trasversales los herederos, no hay obligacion de distribuir el quinto, como dejo expuesto.

17. Por lo que queda explicado en orden á la sucesion abintestato, parece se deberá graduar la sucesion por testamento; y asi si el testador instituye genérica y simplemente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, serán admitidos solamente los enteros á la herencia ó legado por las razones que se expusieron en el libro 2, título 2, capítulo 8, donde se trató esta materia con extension: y por no repetirla aquí me remito á ella.

1 Parlad. differ. 25. num. 2. citando á Tello en dicha ley 36, y á hojas *de succession. ab intestate*, cap. 9 al 24.

2 Inocenc. in cap. *Cum tibi*; *de testament.* Jason. in leg. *Captatorias*, num. 12. Cod. *de testam. milit.*

3 Ley *Conditionibus primum locum*, et *per tot* ff. *de condition. et demostration.* y ley 1. ff. *de condition. incert.*

4 Ley *Age*, Cod. *de transaction.* y ley *In agris*, ff. *de acquirend rerum. dominio.*

18. Por conclusion de este capítulo debo advertir aqui que si alguno hubiere instituido simplemente con un modo colectivo á un hermano vivo y à los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, y los hijos estaban nacidos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos por ramas, y el hermano ó extraño en cabeza propia; y asi este llevará la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos con modo colectivo se estiman por uno. Lo cual se entiende excepto que de su voluntad aparezca expresa ó tácitamente otra cosa, v. gr. si mandó que sucediesen igualmente, pues entonces todos sucederán con igualdad (1): y lo mismo procede en cualquier sustituto y en el legado (2); por lo que si lega algo, v. gr. á Pedro y á sus hijos, ó á los de otro, llevará Pedro la mitad del legado, y los hijos la otra mitad (3).

1 Ley *Interdum*, ff. *de hæredib. instituend.*
2 DD. ubi supr.
3 Ley *Si quis Attio et hæredib.* 7. ff. *de usufruct. accresc.*

CAPITULO DECIMOCUARTO.

Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de la division de la herencia cuando el testador hubiere instituido herederos extraños.

§. 1. Doctrina relativa á los herederos extraños, inserta en el capítulo 8, título 2, libro 2. Resuelvéose aquí dos puntos como mas enlazados con el tratado de particiones. Primero: cuando el testador reparte su herencia entre tres, dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y el otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de tres; y modo de girar la cuenta.

2. Punto segundo. Nombrando el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el *tercio* de todos sus bienes, y al otro en el *quinto* tambien de todos, sin decir cual se ha de deducir primero; ¿como habrá de hacerse la deduccion?

1. En el libro 2, título 2, capítulo 8, se trató extensamente de la sucesion testamentaria de los herederos extraños, y dando por supuesta aquella doctrina, resolveré para instruccion del contador dos puntos importantes, que reservé para este tratado. 1.° Cuando el testador reparte la herencia entre tres, dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ò de *tres*, para que ninguno sea perjudicado, v. gr. importa la herencia doce mil reales, cuya mitad son seis, la tercera parte cuatro, y la cuarta tres; pero como seis, cuatro, y tres componen trece, se debe girar la cuenta de esta suerte: si trece me dan doce mil, ¿cuantos darán seis, cuántos cuatro y cuántos tres? y se verá que ni la mitad son seis mil cabales, ni la tercera parte cuatro mil, ni la cuarta tres mil; y asi ninguno resultará agraviado en su legítimo haber. Lo mismo se practicará en otras instituciones semejantes de distintas porciones ó cuotas (*). Y en orden á cómo se ha de hacer la division cuando

* Lo mas facil es hacer de la herencia tantas partes cuantas señaló el testador, y dar á cada uno lo que dice el testamento. En el caso propuesto sobre la herencia,

el testador deja alimentos á una muger embarazada, diciendo: *que si pare hijo, lleve ocho partes de los frutos de sus bienes, ó de estos el hijo y su madre cuatro; y si hija, lleve esta cuatro y la madre ocho*, y luego nacen de aquel parto hijo é hija; véase á Escobar que, siguiendo á Moya (1) y la regla de compañía sin tiempo, explica cómo se ha de girar la cuenta sin irrogar perjuicio á los tres interesados; cuya regla se deberá observar tambien en otros casos y cuotas diversas que en derecho no estan resueltos ni tocados.

2. Segundo punto. Eligiendo el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el tercio *de todos sus bienes*, y al otro en el quinto tambien *de todos*, y no diciendo cuál se ha de deducir primero; parece que se deberá sacar antes este con arreglo á la ley 214 del Estilo, para que sea mayor y tenga mas de que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, segun se practica cuando testa entre descendientes, como tienen creido algunos por no haber visto esta ley. Pero no debe practicarse en estos términos, ni tampoco bajarse antes el tercio á pretexto de observar el orden de las palabras, excepto que lo mande expresamente el testador. Lo primero, porque testando entre extraños, no se deducen del quinto los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, como cuando testa entre descendientes, á menos que asi lo disponga, sino del cuerpo de su caudal, observando lo dispuesto por derecho comun, en lo que no está corregido por el nuestro, pues como la ley del Estilo habia solamente entre hijos, y aqui no hay que atender á legítima alguna, por ser libre el testador en disponer à su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que militan cuando deja legítimos descendientes; por lo que no debe ampliarse á este caso. La segunda razon es porque de bajarse cualquiera de ellos primero, y del residuo el otro, sale perjudicado el interesado en este, pues no se verifica llevarlo integro *de todos los bienes del testador*, como este lo quiso, guardada proporcion. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del total caudal líquido, y luego el otro tambien del mismo

que son doce mil reales, se hacen trece partes, esto es, si se divide por trece, se verá que cada una de las trece partes en que el testador dividió su herencia, es 923 reales 2 y $^{6}/_{13}$ maravedís, de modo que al uno le tocaran 5538 reales 15 y $^{7}/_{13}$ maravedís, por lo que le asignó con el nombre de mitad; al que se le señaló el tercio le corresponden 7692 reales 10 y $^{5}/_{13}$ maravedís, y la cuarta parte será 2769 reales 7 y $^{8}/_{13}$ maravedís. *Febrero adicionado.*

1 Aritmet. lib. 3. cap. 3.

total, como si nada se hubiera deducido de él, pues sería mayor absurdo y clara injusticia, porque entonces se deduce este de caudal imaginario que ya no hay, y se perjudica á los que no son mejorados. Para proceder pues con justificacion, y que cada uno lleve solamente lo que le toca con arreglo á la mente del testador, se ha de girar la cuenta por la misma regla proporcional, de modo que cada mejorado lleve como tal la cuota que le corresponde, junto con los demas en todos los bienes del testador, y luego con los que no lo fueron, entren ambos á partir igualmente el residuo de la herencia despues de sacado el total de la mejora. Y lo mismo concibo se debe practicar, aunque el testador omita en la mejora la palabra *de*, y diga solamente *que mejora al uno en el tercio y al otro en el quinto de sus bienes*, porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Todo lo dicho se entiende excepto que disponga expresamente otra cosa, pues entonces su voluntad será la regla que debe observar el contador (*).

* Acerca del modo de dividir la herencia entre los sustitutos de herederos legítimos y extraños, de que trataba aquí el autor, véase el capítulo 10 del tit. 2, lib. 2, donde se habla de esta materia; y en orden al derecho de acrecer en las herencias el capítulo 12 del mismo título y libro.

CAPITULO DECIMOQUINTO.

De las causas por que pueden impugnarse y rescindirse las particiones.

§. 1. Presentada la particion al juez de la testamentaría del difunto, debe dar traslado de ella á los interesados, para que la consientan estando arreglada ó expongan los agravios ó errores que contenga.

2. Causas por que se pueden impugnar y rescindir las particiones: primera, por ser hechas ante juez del todo incompetente.

3. Causa segunda. Por defecto de citacion de los interesados.

4. Causa tercera. Por razon de perjuicio ó lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, ó en la sexta parte de lo que tocó al agraviado.

5. Procede lo dicho, ya provenga la lesion de error sustancial, ignorancia, ó dolo, ó por otro motivo.

6. Cuarta causa. Por lesion enormísima.

7. Cuando las particiones son nulas por derecho deben hacerse de nuevo.

8. Siendo la lesion enormísima, aunque se aprueben por las partes la cuenta y particion, pueden retractarse siempre que se advierta el perjuicio.

9. Quinta causa. Cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar ó dividir alguna cosa de la herencia,

10. Se amplía lo dicho en el párrafo anterior, aun cuando la particion se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pusiese pena contra el que la impugnase.

11. Cuando las cosas no se omitieron por error ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho menos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion.

12. Si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la accion de dividir en comun, y no por la de familia; y será al contrario cuando se formalizaron extrajudicialmente.

13. Causa sexta por que puede rescindirse la particion. Cuando se hace con el que por ningun título es heredero.

14. Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por via de apelacion de la sentencia.

15. Tambien pueden deshacerse por via de restitucion *in integrum*.

16. Utilidades que resultan de

este último remedio.

17. No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fue perjudicado sin intervenir fraude.

18. La particion que se hizo entre los hermanos, se puede reformar cuando se dió al uno mas de lo que se le debia, no rescindiendo la particion sino resarciendo el daño. La hecha por el padre ha de observarse, aunque haya dado mas al uno que à los otros, siempre que no exceda de su legítima y mejora.

19. Los coherederos que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleito sobre validacion ó nulidad de ella, recibieren sus porciones en bienes que perecieron sin su culpa, no tendrán obligacion á colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente.

1. Hecha la particion judicialmente, ya sea por los peritos electos por las partes, ò por los partidores nombrados públicamente en donde los hay, y presentada al juez de la testamentaría del difunto, debe dar traslado de ella á los interesados, para que estando arreglada la consientan, y sino lo está deduzcan los errores y agravios que contenga, aunque juntos no lleguen á la sexta parte del total de su respectivo haber. Tambien se les debe comunicar al mismo fin, siendo mayores, cuando la hacen los contadores que elige el testador para que la ejecuten; y siendo menores, á sus tutores ò curadores; bien que aunque estos la consientan en sus nombres, podrán aquellos decir de agravios de ella dentro de los cuatro años siguientes á los veinticinco de su edad. Y asi lo mismo es que la aprueben que no, si los contiene; pues ni el permiso concedido á los testadores para que los nombren, ni su nombramiento les da facultad para agraviarlos, ni les priva de usar de su derecho, porque todo esto sería injusto, y solo sirve para libertarlos de gastos inútiles, y perjuicios que se les irrogarian procediéndose judicialmente. Si la consienten, ha de proceder el juez á su aprobacion; pero si alguno dice de agravios, debe comunicarlos á los otros, à fin de que expongan lo que les convenga: los cuales, consistiendo en hecho, se han de ventilar en via ordinaria; y si en derecho, debe el juez decidirlos en vista de lo que aleguen, porque en materia de derecho no hay prueba que hacer, por estar resuelto en él lo que se debe determinar. De la sentencia que profiera, puede apelar el agraviado dentro de los cinco dias legales en la forma regular;

y hasta que se ejecutoría y deshace el agravio, no se expide ni debe expedir á los interesados el testimonio de su respectiva adjudicacion.

2. Por varias causas se pueden impugnar y rescindir las particiones. La primera, siendo hechas ante juez del todo incompetente (1); cuya nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande que impide la ejecucion, aunque sea de tres sentencias conformes (2), y no solo se anula la sentencia, sino todo lo obrado ante él (3), lo cual no se puede subsanar ni aun por rescripto del Soberano.

3. La segunda causa por que se pueden impugnar las particiones, y alegar su nulidad, es por defecto de citacion de los interesados; el cual, como que impide la defensa dimanada del derecho natural, es el mayor de todos; y asi es que la citacion jamas debe omitirse, como he dicho en otra parte.

4. La tercera es por razon de perjuicio ò lesion en mas ò menos de la mitad del justo precio, ò en la sexta parte de lo que tocó al perjudicado; previniendo que no basta que lo sea en una cosa sola, sino que precisamente ha de ser en la sexta de todo su legítimo haber, porque si lo es solamente en una, se compensa la lesion de ella con el mayor valor de la otra, y asi no há lugar á su admision (4).

5. Esto procede, ya provenga la lesion de error sustancial sin intervencion de dolo, ò cuando por este ò ignorancia se omitió colacionar alguna cosa; ò los contadores irrogan agravio en el modo de liquidar y deducir ò por otro modo (pues la ley no distingue) excepto que sobre el error ò agravio haya recaido transaccion ò sentencia exequible dada en contradictorio juicio con pleno conocimiento de causa (5). Asimismo procede lo dicho, ya sea hecha la particion por el juez ò por árbitro, ò con el que en realidad no es heredero (6); previniendo que la lesion en mas ò menos de la mitad, se entiende siendo hecha la particion por convenio de los interesados (7); pues cuando lo es por contado

1 Ley 1. Cod. *Si à non competent. judic.*

2 Glos *In clementin. unic. de sequestr. possess.* verb *Non obstante.* Felin. in cap. *Ea quæ*, col. 2. *de re judicat.*

3 Ley *Secundum*, col. 2. vers. *Item nota*, Cod. *de donation.*

4 Ley *Unde si Nervæ*, y ley *Quid enim*, §1. ff. *Pro socio.* Pinel. in leg. 2. Cod *de rescind vendit* part 2. cap. 10. num. 3. Cirice. controvers. 315 num. 28.

5 Ley *Si soror tua*, Cod. *de collationib.* Ayor. part. 3. quæst. 7. Guerreir. *de divis.* lib. 8. cap 5 num. 4 y 7. Menoch. consil. 91. Decio consil. 351. Valenz. consil. 129. num. 80.

6 Ley *Si post divisionem*, 4. Cod. *de juris et facti ignorant.*

7 Ley 2. Cod *de rescindend. vendition.* y ley 1. Cod. *Communia utriusque judic.* y glos. en la ley 3. Cod. eod. tit.

res, basta que sea en la sexta parte (1); y asi se puede pedir reduccion de ella á albedrío de buen varon (2).

6. La cuarta es por lesion enormísima, pues interviniendo esta se presume que hubo dolo, el cual en todo acto y disposicion se entiende exceptuado, por ser contra derecho (3). En este caso será oido el perjudicado, aunque sea mayor y jure no contravenir las particiones (4), porque esta lesion no se comprende en la renuncia general (5); y asi se deben volver á hacer si los errores y lesion son sustanciales, y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo se deben reformar, y permitir al demandado la eleccion de que se deshagan ó se supla el engaño (6). Y aunque algunos no estan por el suplemento, es sin embargo lo mas equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones à los interesados. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, entonces como no es sustancial ni se encamina á perjudicar à las partes en sus derechos, sino puramente material en cuanto à la cuota, no se deben deshacer las particiones, sino por medio de notas ó advertencias las equivocaciones padecidas en la suma ó cantidad, expresándolo en la sentencia de aprobacion, para que no se dude que se tuvieron presentes, è insertándolas en cada testimonio de adjudicacion ó hijuela.

7. Pero si las particiones son nulas por derecho, se deben hacer de nuevo, porque lo que de derecho es nulo, se estima por no hecho, y ningun efecto surte; y asi no se puede rescindir ni enmendar (7). Sobre cual se llama lesion enormísima hay variedad de opiniones, por lo que se debe dejar al arbitrio del juez imparcial.

8. Procede lo explicado en el párrafo 6, aunque el cálculo y particion se aprueben por las partes, porque esta aprobacion se presume falaz y hecha sin voluntad ni conocimiento, y nula por razon del cálculo y division; por lo que no impide su retractacion siempre que se advierta (8), pues con el mismo error con

1 Ayor. dicha part. 3. quæst. 6.

2 Valasc. *de partition.* cap. 39. num. 9 al 14.

3 Ley *Si superstite*, Cod. *de dolo.* Menoch. *de arbit.* quæst. 71. num. 18. Gamin. decis. 94. num. 3. y decis. 198. num. 1. Afflict. dec's. 403. num. 11.

4 Covarr. in cap. *Quamvis pactum*, part 2. §. 4 num 5 Gamin. decis. 95. num. 4. y decis. 198 num. 2. Pinel. in leg. 2. Cod. *de rescind vend.* part. 3. num. 7.

5 Gutierr. *In repet.* cap. *Quamvis. pactum*, num. 92

6 Valasc. dicho cap. 39. num. 76 y 77. Guzmon *de evict.* quæst. 116. num. 18. Guerreir. *de divis.* lib. 8. cap. 19. num. 1 al 21. Ayor. part. 3. quæst. 10.

7 Ley *Nam et si sub conditione*, §. *Post defectum*, ff. *de injusto rupto testamento*, y regla *Non præstat de regul. jur.* num. 6

8 Ley unic. Cod. *de errore calculi*, et ibi DD.

que el cálculo y division se hicieron, se entiende hecha su aprobacion; y asi una y otra se retractarán y enmendarán (1).

9. La quinta es cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar y dividir alguna cosa de la herencia; en cuyo caso el que debió traerla à colacion, sino lo hizo, podrá ser compelido á ello de oficio, y se dividirá (2), pues en este juicio nada debe dejar proindiviso el juez (3). Pero es de advertir que por esto no se deben rescindir las particiones hechas, ni ser oido el que pretende su rescision, y sí solo dividirse lo que no se dividió (4), porque como dice el derecho (5), lo util no se vicia con lo inutil.

10. Se amplía lo expuesto en el párrafo anterior, aunque la particion se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pusiese pena contra el que la impugnase (6); pues no obstante puede el interesado, sin miedo de incurrir en la pena impuesta, pretender que se dividan las cosas omitidas, porque por este hecho no impugna la particion, y solo intenta que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione y concluya, lo cual es muy diverso (7); asi como cuando el juez deja de declarar ò determinar en las sentencias acerca de algunas de las pretensiones de los contadores, se le pide declare y determine sobre lo que omitió; pues en lo omitido no se puede decir conclusa totalmente la instancia (8).

11. Si las cosas no omitieron por error ò ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho menos se llevará à efecto el pacto penal de no contravenir à la particion (9). A mas de que en todo negocio y contrato, aunque se celebre con las palabras mas amplias, siempre se entiende exceptuado el dolo (10).

12. Pero es de advertir que si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la accion de dividir en comun, y no por la de familia, sobre las cosas que no se di-

1 Ley *Doli mali*, §. *Diversum*, ff. *de donation.* Decio consil. 60. num. 6.

2 Ley *Si soror.* Cod. *de collationib.* y leyes 1 y 3. Cod. *Familiæ erciscundæ.*

3 Ley *Hæredes ejus*, 25. §. *Si filius*, 10. y §. *Judex*, 20. ff. *Familiæ erciscundæ.*

4 Dicha ley *Si Soror.* Valasc. dicho cap 39. num. 58 y 59.

5 Regla *Utile per inutile; de regul. jur.* in 6.

6 Ley *Si soror.* cit. al fin. y ley *Qui Romæ*, §. *Duo fratres*, ff. *de verbor. obligation.*

7 Dicha ley *Hæredes*, y §. *Si filius.* Valasc. ibi, num. 60 y 61.

8 Ley *Si autem.* §. fin. ff. *de negot. gest.* Valasc. ibi, num. 62.

9 Ley *Tres fratres*, ff. *de pact. Arg.* leg *Qui cum tutoribus*, §. *Qui per fallaciam cohæredes*, ff. *de transaction.* Valasc ibi, num. 63.

10 Ley fin. §. *Lucius*, ff. *Mandati.* Gom. en la 77 de Toro, num. 5. Valasc. ibi, num. 64.

vidieron (1); lo cual será al contrario habiéndose formalizado extrajudicialmente entre los herederos, pues entonces se puede proceder por esta accion (2).

13. La sexta causa por que se pueden impugnar y rescindir las particiones es por haber sido hechas con el que por ningun título era heredero (3). Esto se entiende aunque se imponga pena al que las contravenga, pues no obstante esta, quedará impune, y no podrá ser compelido à pesar de ellas, porque el error quita el consentimiento è impide la adquisicion de dominio (4). Pero si se hicieron con el heredero putativo, y se confirmaron por sentencia, no se pueden impugnar por esta causa, porque la division hecha de este modo impide la repeticion de lo pagado como no debido (5).

14. Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por via de apelacion de la sentencia, y este remedio sirve para corregir la iniquidad ò impericia de los jueces (6); pues no hay duda que se puede apelar asi de las particiones hechas por el ordinario, como por los partidores electos por las partes (7). En cuanto á las formalizadas por estos cuando se nombran extrajudicialmente, concibo no puede haber apelacion, por no ser jueces ni dar sentencia, sino solo su parecer como peritos, excepto que esten nombrados en los términos y con las facultades que expuse en el capítulo 2, título 2, párrafo 6 de este tratado.

15. Tambien se pueden deshacer por via de restitucion por entero, con pretexto de lesion en mas ò menos de la mitad del justo precio, siendo menor de veinticinco años el perjudicado (8). Con este motivo advierto que aunque está prohibido al menor la division de la herencia ó cosa comun, sin que intervenga el decreto del juez y la autoridad de su tutor ò curador, porque es especie de enagenacion (9); esto se entiende cuando todos los partícipes son menores, porque à ninguno se

1 Ley *Si filia nupta*, 20. §. *Familiæ*, 4. Cod. cod. tit. et ibi DD.

2 Ley *Si non*, 1. Cod *Familiæ erciscundæ* Menes. in leg. *Si post divisionem*, Cod. *de juris et facti ignorantia*, num. 4. Valasc. dicho cap. 39. num. 65 y 66

3 Dicha ley *Si post divisionem*, 4 Cod. *de juris et facti ignorant* y ley *Servum communem* 22. Cod. *Familiæ erciscundæ*.

4 Paul in leg. fin. §. *Item quæsitum*, ff *de conditione in lebiti*. Decio consil. 408 num 1. y consil. 600 num. 3. Valasc. dicho cap. 39. num. 69 y 75.

5 Ley *Si divisionem*, 15. Cod. y ley *Cum putarem*, 36. ff *Familiæ erciscundæ*. Menchac. *de success. creat.* §. 1. num. 47. Valasc. ibi, num 67 al 69.

6 Ley 1. ff. *de appellation.*

7 Bart in leg. fin. col. 3. ff. *de appellat. recipiend.* Velasc. ibi, num. 30.

8 Ley ult. Cod. *Commun. divid.* ley fin. ff *Familiæ erciscundæ*

9 Ley *Inter omnes*, Cod. *de prædiis et aliis rebus minorem.* Narbon. *de ætate annor.* 25. quæst. 52. num. 6.

permite provocar al otro al juicio por sí solo (1). Pero si el menor es provocado à la division por el socio ó partícipe mayor de veinticinco años, valdrá esta con sola la autoridad de su tutor ò curador (2), porque sería injusto que el mayor que no contrajo con el menor, estuviese contra su voluntad en comunion con él, y esperase hasta que fuese de edad cumplida; y asi ni en este caso ni cuando el testador deja nombradas personas que la ejecuten es necesaria la intervencion judicial.

16. De este remedio resultan varias utilidades: la primera, que por él debe ser restituido el menor, aunque la lesion sea módica ò poca (3); excepto que por la restitucion de cosa ò cantidad mínima se irrogue perjuicio al mayor, pues entonces se le deniega (4). Y para llamarse módica ò inmodica se debe considerar en sí la cosa ó suma que pretende se restituya, y no comparativamente à otra cosa ò suma mayor, v. gr. la lesion de cincuenta respecto de mil es módica, y respecto de si misma es grave (5). La segunda, que esta restitucion contra las particiones no se restringe hasta los veinticinco años, antes bien dura hasta los veintinueve, que son cuatro despues (6); lo cual no sucede en otras alegaciones de lesion contra ellas. Y la tercera es que opuesta la lesion por restitucion impide la ejecucion de la sentencia, y por consiguiente de las particiones hechas y aprobadas por esta (7); de suerte que movido pleito tiene fuerza y eficacia para impedirla, y hacer que no se innove hasta que el pleito se termine; pero mientras dura este, no se revoca la ejecucion hecha (8); ni se suspenderá la que no lo está, si la restitucion se pide maliciosamente para pedirla ò diferirla (9).

17. No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ò cosa en que fue perjudicado, sin intervenir fraude ni colusion: lo primero, por la incertidumbre de à quien tocaria, por la cual muchas cosas se admiten que no se admitirian (10). Lo

1 Dicha ley *Inter omnes*, y ley *Si pupillorum*. ff. *de reb. eorum.*

2 Dicha ley *Si pupillorum*, y ley *Apud Julianum*, ff. *Ex quibus caus. in possession. eatur.* Altimar. *de nullitat.* rubr. 1. part. 2. quæst. 29. num. 27.

3 Ley 2. Cod. *Si adversus conditionem.* Alex. consil 67. lib. 5.

4 Ley *Scio*, ff. *de in integrum restitut.* Decio in cap. *Majorib. de præbend.* et in cap. *de appellationibus.* Velasc. ibi, num. 38 al 41.

5 Menoch. lib. 2. centur. 1. caso 72. num. 5. Covarr. lib. 1. *Resolut. var.* cap. 3. num. 11.

6 Ley fin. Cod. *de tempor. in integr.* et ibi DD. Valasc. ibi, num. 42.

7 Ley unic. Cod. *de in integrum restitut.* Valasc. ibi, num. 43 y 44.

8 Valasc. ibi, num. 48.

9 Sucin in leg. 1. §. *Si servus*, num. 14. *de acquirend. possess.* Alex ibi, num. 14 y 26 Valasc ibi, num. 49.

10 Ley 1. Cod. *de pact.* Gom. lib. 2. *Var.* cap. 14. num. 4.

segundo, porque hizo lo que el mayor diligente y sagaz haria; y porque quien está á la utilidad debe estar à la pérdida: ademas de que donde puede resultar daño y lucro, no se debe pedir restitucion, nulidad ni otro remedio por la lesion eventual (1), porque asi como por ella fue perjudicado, pudo serlo el mayor, y él no (2). Lo propio milita cuando los interesados lo fueron en la estimacion de los bienes que se les adjudicaron, pues guardando igualdad, por ninguno se puede decir de lesion, ya sea mayor ò menor (3).

18. La particion que se hizo entre los hermanos, se puede reformar cuando se le dió al uno mas de lo que se le debia dar; en cuyo caso no se ha de deshacer ni retractar, y sí solo resarcir el daño ò lesion à arbitrio del juez (4). Pero la hecha por el padre entre sus hijos se debe observar, sin embargo que haya dado mas al uno que à los otros (5); y asi no pueden quejarse de ella ni contravenirla (6), porque este se entiende mejorado; excepto que lo que le dió de mas exceda de su legítima y mejora, pues en este caso restituirá el exceso à los coherederos, como en varios lugares dejo sentado. Tambien advierto que la particion hecha justamente entre los hermanos mayores de veinticinco años, aunque no conste por escrito, no se puede deshacer, y mucho menos si en virtud de ella tomaron posesion de lo que les tocó (7), segun en otra parte dejo insinuado.

19. Los coherederos que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleito sobre validacion ò nulidad de ella, recibieren sus porciones en bienes que sin su culpa perecieren antes de concluirse este, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente; y la razon es porque por la division y contrato nulo no se trasfiere el dominio, y cualquiera cosa perece para su dueño. Asi que los bienes perecerán para la herencia en comun, y no para los coherederos à quienes se aplicaron, y estos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera ejecutado; bien que si enagenaron alguna cosa y recibieron su precio, será este lo úni-

1 Ley 6. al fin. tit. 19 Part. 6. Olea *de cession. jur.* tit. 6. quæst. 10. Ciriac. controvers. 1. Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 11 y 12.

2 Ley 1. Cod *Quando et quibus quarta pars*, et ibi DD.

3 Ayor. part. 1. cap. 3. num. 31 y 32.

4 Ley 1. Cod. *Communi divid.*

5 Ley *Ex parte*, 39. §. ult. y ley *Quæ pater*, 50. ff. *Familiæ erciscundæ*. Alex. consil. 77. lib. 3.

6 Corn. consil. 228. col. 2. y consil. 273. col. 7. lib. 4. Decio consil. 254 num. 2 Paris consil. 34. num 27. lib. 2.

7 Ley 8 tit 6 lib. 3. del Fuero Real, y ley *Divisionem*, Cod. *Familiæ erciscund.*

co que colacionen (1). Tampoco tendrán obligacion de conferir los frutos percibidos de ellos, porque fueron poseedores de buena fe, en virtud de título, à lo menos putativamente válido, cual es el de la division; y los que poseen de esta suerte no estan obligados regularmente à la restitucion de frutos (2).

CAPITULO DECIMOSEXTO.

¿Cuando habrá ò no lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos, ó al legatario á quien se adjudican?

§. 1. Dada á cada heredero la posesion de la parte de herencia que le tocó, si se le quita á cualquiera de ellos en juicio por un tercero alguna de las cosas que se le adjudicaron, deberá ser reintegrado por los coherederos mediando las circunstancias que alli se expresan.

2. Se desvanece una objecion que podrá hacerse contra la doctrina sentada en el párrafo anterior.

3. La eviccion tiene lugar en la division hecha por los hermanos.

4, 5 y 6. Excepcion de la regla anterior.

7, 8 y 9. Casos en que corresponde ó no al legatario la accion de eviccion contra los herederos del legante por el legado que se le quitó en juicio.

1. Sucede á veces que despues de hechas judicial ò extrajudicialmente las particiones, y dada à cada heredero la posesion de la herencia que le tocó, se le quita en juicio por un tercero alguna de las cosas que se le adjudicaron. En tal caso este heredero, á quien se le quitó, si luego que el tercero le mueve pleito sobre ella, hace que se cite de eviccion à los coherederos para que salgan á su defensa, y à mas de esto defiende diligentemente la causa sin dolo ni calumnia, y siendo condenado en primera instancia apela y prosigue la apelacion, y dada ejecutoria condenándole entrega en su virtud la cosa demandada; será oido contra los coherederos, los cuales ya se hayan obligado ó no à eviccion, deberán reintegrarle de lo que por ello satisfi-

1 Guerreir. *de divis.* lib. 8. cap. 15. num. 3 y 4. Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Part. 5 glos. 10. num. 6.

2 Guerreir. cap. 17. num. 5.

zo (1). La razon es porque la division se juzga y estima como permuta y tácita compra de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que existian proindiviso, y cada interesado tiene derecho à cualquiera mínima parte de la alhaja ó alhajas que estan sin dividir (2); y el contrato de permuta es de tal naturaleza, que si la cosa recibida en trueque, falta, ó por eviccion se quita al permutante, tiene recurso para recuperar la que dió ó admitió (3).

2. No obsta alegar contra lo dicho, que en las últimas voluntades no debe tener lugar la eviccion, porque en virtud de ellas se adquieren por título lucrativo las cosas dejadas, y porque seria gravosa y nociva al donante su liberalidad (4); pues esto se entiende cuando la donacion empieza por entrega hecha de cosa agena, ya sea con cierta ciencia ó ignorancia de que lo es, y no por promesa (5), y en orden à las cosas dejadas por testamento; mas parece haberse empezado por esta que por aquella. Ademas, el estar obligado el coheredero á su eviccion, no es porque el testador lo estuviese por lo que dejó ó legó liberalmente, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion íntegra; por lo que si otro extraño se la quita, se debe componer de modo que la voluntad del difunto se cumpla, y mucho mas si la cosa quitada se dió al hijo en pago de su legítima, ya se hubiese adjudicado por el juez en la particion, ó extrajudicialmente entre los hijos, ya la hubiese señalado el padre en su testamento, ó entregado à cuenta de ella en su vida. Pero si los herederos pactan expresamente que aunque la cosa adjudicada al uno se le quite, no ha de haber lugar á la eviccion, no se le dará esta accion (6).

3. Há lugar la eviccion en la division hecha por los hermanos; por lo que si al uno se quita en juicio alguna cosa de las que se le aplicaron, estan obligados los demas à prorata á saneársela, de modo que queden iguales (7): al contrario cuando el padre dividió sus bienes entre sus hijos, pues entonces aunque al uno se quite por un tercero alguna cosa de las que

1 Ley *Emptor*. Cod. *de eviction*. Ley *Habere licere*, ff. eod. tit Ley *Si familiæ*, Cod. *Familiæ erciscund*. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2. num. 33. vers. *Sexto infertur*.

2 Ley *Cum pater*, §. *Hæreditatem*, ff. *de leg.* 2. Ley *Si filio*, §. *Si Pater*, ff. *Familiæ erciscund*.

3 Leyes 1 y 5. Cod. *de rerum permutation*. Rojas Almans. *de incompatibil* disp. 3. quæst. 6. num. 17.

4 Ley *Aristo, ait.* §. fin. ff. *de donation.* Ley *Adres donatas*, ff. *de ædilitio. edict.*

5 Ley 1. Cod. *de jure dot.* Gom. ibi, num. 35.

6 Ley *Si Familiæ*, Cod. *Familiæ erciscund* Valase. *de partit.* cap. 37. num. 7.

7 Dicha ley *Si Familiæ*, et ibi glos. et DD.

su padre le dió, no há lugar la eviccion (1).

4. Se limita en cuanto à los hermanos el principio sentado en el párrafo anterior. Lo primero, cuando estipularon que ninguno habia de quedar obligado á eviccion á otro, porque entonces todos tienen el mismo peligro; y por tanto aunque al uno se quite alguna de las cosas que se aplicaron, no puede reconvenir de eviccion al otro (2).

5. Lo segundo, cuando la misma cosa por su naturaleza se pierde, v. gr. si á un hermano se adjudicó el feudo, y habiendo muerto dejando una hija que no podia obtenerlo, se lo quitó un tio suyo, pues la hija no puede usar de la eviccion contra este. Y lo propio milita en los bienes sujetos á fideicomiso, si por causa de este se quitan al que los tiene (3). Esto se entiende cuando por razon del feudo ó fideicomiso intervino el justo precio, ó se estimó en menos de lo que valia por el peligro y gravamen, porque este disminuye el valor, y es parte del precio (4); pues si no se tuvo consideracion al gravamen y se estimó por todo lo que valia, como si no lo tuviera, habrá lugar la eviccion; por cuya causa el pacto de *retroventa* hace que la cosa vendida con él valga menos (5).

6. Y lo tercero cuando la misma cosa ó finca que se dudaba perteneciese á la herencia, se dividió igualmente entre todos los hermanos, pues entonces aunque se quite al uno su parte, no habrá lugar la eviccion, porque en el mismo peligro estan todos; y por el mutuo riesgo á que se hallan expuestos es visto haber guardado igualdad entre ellos en la division que se hizo de la finca ó cosa; y asi no será oido. Lo mismo procede aunque no se dudase que era del difunto, si al principio del juicio amenaza el mismo peligro á todos (6). Esta tercera limitacion se entiende, excepto que el hijo á quien se quitó su parte fuese gravado por esta razon en su legítima, pues entonces deben completársela los coherederos (7); ó que conste que la voluntad del testador fue que se observase toda la igualdad entre todos, v. gr. cuando dijo que cada uno llevase todo lo que le correspondia; ó en la co-

1 Ley 9. tit. 15. Part. 6. Ley *Cum pater*, 77. §. *Evictis*, ff. *de legat.* 2.

2 Dicha ley *Si familiæ*.

3 Glos. et DD. in dict. leg. *Si fam.* Menoch. consil. 67. num. 78. lib 1.

4 Ley 1. §. *Hæres* ff. *ad trebellian.* Ley *Fundi partem*, et ibi glos. et DD. ff. *de contrahend emption.*

5 Matienz. en la ley 1. tit. 11. lib. 5. Rec. glos. 2. desde el num. 26 Ayor. part. 3. quæst. 9. num. 19.

6 Paul in leg. *Si familiæ* cit. Guerreir. lib. 8. y cap. 18. cit. num. 10. y 14 Hermos. en la ley 32. tit. 5. Part. 5. glos. 1. num. 114

7 Ley *Scimus*, Cod *de inoffic. testam.*

sa poseida por el mismo testador, mas no si no la poseía (1).

7. En cuanto á si corresponderá ó no al legatario la accion de eviccion contra los herederos del legante por el legado que en juicio se le quitó, se han de distinguir cuatro casos: 1.° cuando el legado fue específico de cierta alhaja ó cosa que el legante poseía como suya: en cuyo caso no le compete, aunque se la quiten, y sea conjunto del legante (2): y la razon es por la conjetura de su voluntad, que en duda no se presume legar lo que no es suyo, ni ser liberal con lo ageno, y sí solo haber legado lo que tenia y su posesion (3). Pero si sabia que era agena, y no obstante la legó, competirá al legatario su repeticion, no por eviccion, sino como legado de estimacion en que se convierte. Lo mismo procede cuando hace el legado á conjunta persona, v. gr. á un hijo, aunque en este caso sepa que es ageno lo que lega (4): 2.° cuando el legado es género, el cual le compete la eviccion (5): 3.° cuando el testador lega cosa que sabe ciertamente que es agena: entonces el heredero está obligado á eviccion, y por consiguiente á redimir ó comprar la cosa pagando su dueño lo que valga, y entregándola al legatario pues se convierte igualmente en legado de estimacion. Y para saber si es agena ó propia del testador, lo debe probar el legatario, y no probando, nada llevará, á menos que sea conjunto suyo, v. gr. muger, hijo ú otro pariente (6): y 4.° cuando el testador lega sin saberlo á conjunta persona, v. gr. á un hijo la cosa agena, creyendo que es suya; en cuyo caso vale el legado, y asi el coheredero está obligado á eviccion, si en juicio la quitan al legatario, porque se presume de la voluntad del testador, que quiso en todo evento beneficiar al legatario como tan conjunto, y que aunque supiera que era agena se la hubiera mandado dar, ú otro tanto de sus bienes (7).

8. No há lugar la eviccion cuando el legatario es extraño, y el testador le legó cosa que sabia era agena; y la razon es por defecto de voluntad de este, pues no se presume haber querido

1 Ley *Cum pater*, §. *Evictis*. ff. *de legatis*, 2. Grep. Lop. en la ley 9. tit. 15. Part. 6. glos. 2.

2 Ley *Si is qui*, ff. *de eviction.* Ley *Si á substituto*, §. 1, y ley *Si legati servi nomine*, ff. *de legat.* 1.

3 Ley *Si pignore*, §. *de furt.* Ley *Cum ex familia*, §. *Si rem*; ff. *de legat.* 2.

4 Ley *Cum alienam*, Cod. *de legat.* y ley *Cum pater*, §. *Evictis* ff. *de legat.* 2. Gom. lib. 3. *Var.* cap. 2. num. 36. Valase. dicho cap. 37. num. 8. al 13.

5 Ley *Hæres servum*, ff. *de eviction.* Ley *Si á substituto*, §. 1, y ley *Si hæres generaliter*, ff. *de legat.* 1. Gom. dicho cap. 2. num. 5.

6 Ley 10. tit. 9. Part. 6. Dicha ley *Cum alienam*, ley *Hujusmodi*, §. *Qui servum.* ff. *de legat.* 1.

7 Ley *Cum alienam*, cit. Paul. ubi supr. fin. Valase. cap. 37. cit. num. 9 y 13.

legarle su estimacion, porque no media la aficion que al conjunto, para que se conceptúe que en todo evento quiso beneficiarle como á este (1); y asi no vale el legado.

9. Tampoco há lugar en la cosa que el padre en el concepto de ser suya prelegó con título de mejora ó fideicomiso á algun hijo suyo, aunque en juicio se la quiten (2). Lo mismo procede cuando lega alguna cosa en que le compete solamente el derecho de prenda, porque es visto legar esta y no la misma cosa (3): ò cuando lega aquella que esperaba adquirir, porque se presume legar esta esperanza, y no la cosa misma (4): ó cuando lega á conjunta persona la cosa agena, creyendo ser suya por alguna causa, la cual era nula, v. gr. porque la habia comprado á pupilo sin la solemnidad legal, pues no vale el legado, ni por consiguiente há lugar la eviccion; lo que al contrario cuando simple y absolutamente creía ser suya (5): ó si lega alguna cosa juzgando ser suya por alguna causa, la cual espiraba con su muerte y él lo ignoraba; pero no, si lo sabia (6).

1 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 2, num. 36 vers. *Si verò erat aliena* Val. ibi, num. 14.

2 Ley *Cum pater*, 77. §. 8. ff. *de legatis*, 2.

3 Abb. in cap. *Filius*, num. 4. et ibi Covarr. num. 3. *de testam.* Alex. consil. 47. num. 4. lib. 3.

4 Ley *Cum alienam*. Cod. *de legat.* Rom. consil. 38. num. 5. Alex consil. 11. num. 17. lib. 3.

5 Ley *Cum alienam*, citada.

6 Menoch. part. 2. lib. 4. præsumpt. 118. Guerreir. *de divis.* lib. 8. cap. 18. y 19. Valasc. *de partit.* cap. 37. Hermos. ley 39. tit. 5. Part. 5. glos. 1.

APENDICE A ESTE TRATADO.

MODELOS

Ó

EJEMPLARES DE PARTICION.

PRIMERO.

PARTICION DE LOS BIENES QUE DEJÓ UN MARIDO ENTRE SU VIUDA É HIJOS DE AMBOS CON MEJORA Y COLACION.

El licenciado Don F., abogado de los Reales Consejos, vecino de esta villa de tal, partidor nombrado unánimemente por Doña Clara de Vargas, viuda de Don Felipe Gimenez, por Don José Gimenez y Doña Ana Gimenez, mayores de veinticinco años, y esta viuda de Don Santiago Lopez, y por Antonio Sierra, curador de pleitos de Don Juan Gimenez, pupilo, todos tres hijos de ambos, é instituidos únicos y universales herederos del citado Don Felipe en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante F., escribano de su número, bajo del que falleció; hago liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dejó el expresado Don Felipe entre su viuda y herederos, con vista, reconocimiento y escrupuloso examen de su testamento, inventario formalizado, y de otros papeles relativos á su desempeño, y para su mas perceptible inteligencia debo hacer las suposiciones siguientes.

PRIMERA.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA CLARA DE VARGAS.

Estando para casarse los expresados Don Felipe y Doña Clara, formalizó aquel á favor de esta en tal dia, mes y año, ante tal escribano, carta de pago y recibo de los bienes que trajo á

su matrimonio, y ascendieron á cincuenta mil reales, segun sus tasaciones, inclusos diez mil reales que llevó en dinero efectivo; por lo cual se obligó á devolverle los cuarenta mil reales en bienes equivalentes á justa tasacion, ó en los mismos que existiesen, y los diez mil en dinero siempre que el matrimonio que habian de contraer se disolviese. En el propio contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar en derecho y le fuese util, quinientos ducados que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba; y en caso que no cupiesen se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y mediante haber cabido entonces y caber tambien ahora en ella, se le abonarán íntegramente con la calidad de reservarlos para sus hijos si se volviese á casar, como asimismo el importe de su dote; pero respecto no constar haber llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, ni heredado despues cosa alguna, nada mas se le abonará como patrimonio suyo puesto en la sociedad conyugal, ni tampoco vestido ordinario, por no haberse inventariado.

SEGUNDA.

SOBRE EL CAPITAL Y HERENCIA DE DON FELIPE GIMENEZ.

El mencionado Don Felipe, despues de haber contraido su matrimonio, y en el dia tantos de tal mes y año, hizo ante tal escribano capital de todos los bienes que habia llevado á él, y ascendieron á ciento veinte mil reales, de los cuales los ochenta mil fueron en bienes raices, libres de todo gravamen, y los cuarenta mil en muebles; y de todo otorgó á su favor la expresada Doña Clara el resguardo correspondiente para que siempre constase. Despues heredó de Don Pedro Gimenez, su tio, treinta mil reales líquidos, bajada su parte de gastos judiciales, de cuya cantidad se le aplicaron en bienes tambien raices los veinticinco mil, y los cinco mil restantes en alhajas de plata, segun acredita la adjudicacion que se le formó en la division hecha por su fallecimiento con otros sobrinos coherederos, y probada judicialmente por sentencia que dió en tal dia el señor Don F., corregidor de esta villa, ante tal escribano de su número; de modo que el dicho Don Felipe Gimenez llevó al matrimonio que contrajo con la referida Doña Clara la cantidad de ciento cincuenta mil reales efectivos, los ciento veinte mil al tiempo de su celebracion, y los treinta mil restantes mientras duró. Y respecto

haber caudal suficiente para satisfacer las deudas de la sociedad conyugal, y no constar que tuviese contra sí responsabilidades algunas, no hay motivo para minorar su capital, y asi se estimarán por fondo suyo líquido puesto en ella, y se le abonarán íntegramente; previniendo que los bienes raices y alhajas de plata que llevó y existen, se aplicarán á sus hijos como patrimonio de su padre, y no á su viuda por haber otros con que reintegrarla asi de su total haber con arreglo á lo estipulado en el contrato dotal, como de luto, lecho, gananciales y demas que le corresponden por derecho, y segun la disposicion y obligacion que hizo su difunto marido.

TERCERA.

SOBRE LA DOTE DADA Á DOÑA ANA GIMENEZ POR SUS PADRES CUANDO SE CASÓ.

La citada Doña Ana Gimenez contrajo matrimonio en tal dia de tal año con Don Santiago Lopez, y llevó á él en dote por cuenta de ambas legítimas treinta mil reales que le dieron sus padres en diferentes bienes muebles, dinero y alhajas de plata, como acredita el instrumento dotal que otorgó su marido en tal parte, tal dia de dicho mes y año; y mediante á que por ley se deben deducir de los gananciales las dotes y capitales, aunque solo el padre las dé ú ofrezca, y á que en el caudal inventariado los hay, se le imputarán en cuenta de su haber paterno los quince mil, mitad de los treinta mil, y retendrá en su poder otros quince mil para colacionarlos cuando se trate de dividir la herencia materna, como el derecho lo ordena, y los de la paterna se separarán para no detraer de su importe mejora ni legado de cuota, especie ni cantidad, para cumplir de esta suerte con la ley que prohibe se saquen mejoras de las dotes y donaciones que se colacionan, y para no perjudicar á la Doña Ana ni coherederos en cosa alguna de su legítimo haber. Despues, deducida de lo líquido del caudal paterno la mejora del tercio y quinto, se unirán los expresados quince mil reales al residuo para la division igual de legítimas entre todos tres herederos, aplicándolos en vacío, ó entrada por salida á la Doña Ana, como recibidos, y lo que le falte para completar la suya, en bienes efectivos. Y sin embargo de que su carta dotal asciende á cuarenta mil reales, no se le cargarán ahora ni cuando su madre muera los diez mil restantes, á causa de no haber salido del patrimo-

nio de sus padres, y sí proceder de dádivas y regalos que varias personas por afecto y no por mera contemplacion de aquellos le hicieron, como en ella se refiere; de suerte que en ningun tiempo los deberá colacionar con sus hermanos.

CUARTA.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DON FELIPE GIMENEZ.

Don Felipe falleció en esta villa en tal dia, bajo del testamento que habia otorgado en tal de tal mes ante tal escribano, en el cual mandó se sepultase de secreto su cadaver sin ninguna pompa ni aparato fúnebre, ni en su casa ni en la iglesia: que por su alma se celebrase misa de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso en el dia de su entierro; y si no pudiere ser, en el siguiente, y por la misma, las de sus padres y demas de su obligacion doscientas misas rezadas con limosna de cuatro reales cada una, dejando al arbitrio de sus testamentarios la celebracion de las ciento y cincuenta en las iglesias y altares que eligiesen, por tocar los cincuenta restantes como cuarta parte à la parroquia. Legó à su muger quinientos ducados en dinero, y otros quinientos á su hija Doña Ana, consignando los de esta en tales bienes raices, y mandando que si su valor excediese à ellos, se le aplicase el exceso en parte de legítima; y no completando su valor, se le supliese en dinero. A Juan de tal su criado, legó cincuenta ducados en dinero, dos vestidos de paño de tal y tal color, casi nuevos, dos mudas enteras de ropa blanca interior, dos camisas, dos corbatines de los de su uso, todo nuevo, y asimismo la cama completa en que dormia, incluyendo en ella la armazon de madera, los dos colchones, cuatro sábanas, cuatro almohadas con dos fundas, y la manta y colcha que usaba; y à María, su criada, legó asimismo cien ducados en dinero, y su cama en igual forma. Declaró el capital y la dote que él y su muger llevaron á su matrimonio, lo que queda dicho heredó de su tio, como tambien la dote que habia dado à dicha Doña Ana, su hija, en cuenta de ambas legítimas. Mandó se cobrase lo que se le debia, y pagase lo que estuviese debiendo, expresando que todo ello resultaria de sus papeles y asientos. Mejoró en el remanente del quinto de sus bienes á su hijo Don José, y en el tercio al Don Juan, consignando á este para pago de su mejora tal y tal finca raiz, y previniendo que si no la completasen se le aplicase el resto en otros bienes de su herencia. Nombró por

sus testamentarios con facultad de *in solidum* y prorrogacion del término legal á Don Pedro, Sancho y Diego de tal, y por curadora del Don Juan, su hijo pupilo, á su madre, relevada de fianzas. Instituyó por sus herederos universales à sus tres hijos únicos Don José, Don Juan y Doña Ana Gimenez. Y finalmente revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas; que es cuanto sustancialmente resulta del dicho testamento, que à este efecto he tenido presente. Con arreglo à él y à derecho se separará previamente el quinto de lo que le corresponda de los bienes inventariados, y no de los colacionables: de él se bajarán los gastos de su funeral y misas, y los legados especificos y genéricos que hizo, aplicándose à Doña Clara el suyo, con la obligacion, en caso de pasar á segundas nupcias, de reservarle al Don José á quien corresponde por su mejora: el residuo que quede de él se adjudicará à este: luego del resto de los propios bienes inventariados se deducirá el tercio para aplicarle al Don Juan; y el sobrante despues de deducidos quinto y tercio se unirá à los quince mil reales que en parte de legítima paterna, y como recibidos, debe colacionar la Doña Ana: todo lo cual se hará un cuerpo y se dividirá con igualdad entre los tres, aplicando á esta en vacío, ò entrada por salida, los mencionados quince mil reales; y en bienes efectivos lo que le falte para completar su legítima diminuta, y legado que le hizo su padre, como en la anterior suposicion se ha advertido.

QUINTA.

SOBRE EL INVENTARIO FORMALIZADO, LIQUIDACION Y DIVISION DEL CAUDAL INVENTARIADO Y COLACIONADO.

Habiendo fallecido el expresado Don Felipe, acudieron la Doña Clara de Vargas, su viuda, y sus dos hijos mayores en tal dia, ante el señor Don F., corregidor de esta villa, y por la escribanía numeraria de F., con la solicitud de que se hiciese inventario, tasacion y particion de sus bienes entre todos los interesados; y por un otrosí, con la de que se proveyese de curador à pleitos al menor: á la que defirió dicho juez, eligiendo por tal al referido Sierra, à quien precedida la solemnidad discernió el cargo; y con asistencia de todos se formalizaron el inventario y tasacion de cuantos se hallaron pertenecerle, que ascendieron à cuatrocientos veintinueve mil reales en esta forma: en tierras de pan llevar treinta mil reales, en viñas vein-

te mil, en olivares sesenta mil, en casas cuarenta mil, en trastos de madera ocho mil, en pinturas y dorado seis mil, en ropa blanca usada y en piezas catorce mil, en vestidos de lana y seda diez mil, en colchones, mantas y fundas mil ochocientos, en cobre, peltre y azofar cuatro mil, en plata labrada sin hechuras veinte mil, en diamantes por el tercio de su tasa, segun se refiere en el inventario, diez y ocho mil, en trigo de su cosecha doce mil, en cebada seis mil, en garbanzos mil y quinientos, en centeno y avena quinientos, en algarrobas ochocientos, en vino nueve mil, en aceite diez y ocho mil, en aperos de labor cuatro mil, en bueyes y vacas cuatro mil, en mulas, yeguas y un caballo con sus aperos diez y nueve mil, en paja dos mil, en ganado lanar treinta y cuatro mil, en barbechos sin sembrar seis mil, en deudas cobrables veinte mil, y en dinero efectivo sesenta mil cuatrocientos; las cuales veintisiete partidas suman (salvo error) los mencionados cuatrocientos veintinueve mil reales, importe total del caudal inventariado por muerte de Don Felipe Gimenez. De estos se harán con arreglo á la ley, á lo que resulta de los documentos mencionados, y á la última disposicion de Don Felipe, las deducciones generales y particulares, y la distribucion y aplicacion correspondientes á los interesados en ellas: en primer lugar y como privilegiada, la de la dote de Doña Clara, importante cincuenta mil reales: en segundo, la de los diez mil que Don Felipe estaba debiendo á sus criados y otras personas cuando falleció, segun se acredita por extenso en la última diligencia y declaracion del inventario, y por estar satisfechos no se formará hijuela de deudas; y en tercero, la de los ciento cincuenta mil que llevó como capital á su matrimonio, cuyas tres partidas componen docientos diez mil reales, y bajadas del total resultan de gananciales docientos diez y nueve mil; de los cuales se deducen mil trecientos que suman los bienes de que se compone el lecho cotidiano que ambos usaban, y se ha de aplicar á la Doña Clara, mediante permanecer viuda; y quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad docientos diez y siete mil setecientos reales, cuya mitad son ciento ocho mil ochocientos cincuenta. Unida la mitad de gananciales al capital de Don Felipe, es su total haber el de docientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta reales; y bajados de ellos cinco mil y quinientos por las arras que ofreció á su muger, y mil por el luto ordinario que segun costumbre deben darle sus herederos, queda reducido á docientos cincuenta y dos mil trecientos y

cincuenta, cuyo quinto son cincuenta mil cuatrocientos y setenta; bajado este resultan de caudal docientos un mil ochocientos ochenta reales, de los cuales el tercio son sesenta y siete mil docientos noventa y tres y once maravedís; por manera que hecha esta deduccion quedan para legítimas ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis y veintitres maravedís, á los que se aumentan los quince mil, mitad de los treinta mil que Doña Ana Gimenez tiene recibidos, y debe colacionar en cuenta de su legítima paterna, como se ha prevenido en la suposicion tercera y al fin de la cuarta, y con ellos asciende el total de legítimas á ciento cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis reales y veintitres maravedís: de cuya cantidad tocan á cada hijo cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís. Por lo respectivo á la liquidacion del quinto importante los dichos cincuenta mil cuatrocientos y setenta reales, se deben bajar de ellos diez y siete mil seiscientos setenta y un reales y veintiseis maravedís que importan el funeral y misas de Don Felipe, los legados que hizo y los derechos de visitar su testamento; y queda reducido á treinta y dos mil setecientos y ocho reales y ocho maravedís, los cuales se aplicarán á su hijo Don José, como mejorado en su residuo con el importe de su legítima. Segun esta liquidacion, el haber de Doña Clara por todos sus derechos asciende á ciento setenta y dos mil ciento cincuenta reales, en esta forma: cincuenta mil por su dote, ciento ocho mil ochocientos cincuenta por su mitad de gananciales, cinco mil quinientos por sus arras, mil por el luto, mil trecientos por el lecho, y cinco mil quinientos por el legado que le hizo su marido: el de Don José á ochenta y dos mil seiscientos sesenta reales y quince maravedís; los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedís por su legítima, y los treinta y dos mil setecientos noventa y ocho maravedís por el residuo del quinto: el de Don Juan á ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco reales y diez y ocho maravedís; los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedís por su legítima, y los sesenta mil docientos noventa y tres y once maravedís por su mejora del tercio; y el de Doña Ana á cincuenta y cinco mil trecientos sesenta y dos reales y siete maravedís; los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís por su legítima, y los cinco mil quinientos por el legado que su padre le hizo. Unidos estos haberes con los diez mil reales de las deudas comunes, y con el importe de las misas, entierro; legados de cria-

dos y derechos de visita del testamento, y agregados á estas partidas dos maravedís, de que por tener muy incómoda division, y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados no se hizo mérito, componen cuatrocientos cuarenta y cuatro mil reales, total caudal inventariado y colacionado; y bajados los quince mil traidos à colacion, queda reducido à los cuatrocientos veintinueve mil inventariados. Y es de tener presente que nada se abona á la viuda por razon de alimentos ni intereses de dote retardada, á causa de haber estado viviendo con sus hijos y gastado todos de una masa desde la muerte de su marido, sin haber resultado incremento en el caudal en el corto tiempo que ha estado proindiviso, segun se me ha informado. Con arreglo á todo lo expuesto procedo à formar el cuerpo de hacienda, liquidacion y deducciones de él en la forma siguiente.

Cuerpo de hacienda.

Se ponen por caudal treinta mil reales en que se han valuado las tierras de pan llevar, inventariadas por muerte de D. Felipe Gimenez.	30⓪
Mas: veinte mil reales à que ascienden las viñas que dejó.	20⓪
Mas: sesenta mil reales en que se han apreciado los olivares que le pertenecian.	60⓪
Mas: cuarenta mil reales, precio y total liquido de dos casas que poseia en tal y tal calle. .	40⓪
Mas: ocho mil reales importe de los trastos de madera y menage de su casa.	8⓪
Mas: seis mil reales en que se han tasado las pinturas y dorado.	6⓪
Mas: catorce mil reales que importa la ropa blanca usada y en piezas.	14⓪
Mas: diez mil reales á que han ascendido los vestidos de lana y seda.	10⓪
Mas: mil ochocientos reales en colchones, mantas y fundas para almohadas. . . .	1⓪800
Mas: cuatro mil reales en cobre, peltre y azofar.	4⓪
Mas: veinte mil reales en plata labrada sin hechuras.	20⓪
Mas: diez y ocho mil reales en diamantes por el tercio.	18⓪
Mas: doce mil reales en tantas fanegas de trigo.	12⓪

Mas: seis mil reales en tanta cebada. . . .	6ⓓ
Mas: mil y quinientos reales en tantas arrobas de garbanzos.	1ⓓ500
Mas: quinientos reales en tantas fanegas de centeno y tantas de avena.	ⓓ500
Mas: ochocientos reales en tantas arrobas de algarrobas.	ⓓ800
Mas: nueve mil reales en tantas arrobas de vino.	9ⓓ
Mas: diez y ocho mil reales en tantas de aceite.	18ⓓ
Mas: cuatro mil reales en aperos para la labor.	4ⓓ
Mas: otros cuatro mil reales en tantos bueyes y vacas.	4ⓓ
Mas: diez y nueve mil reales en tantas mulas, tantas yeguas, y un caballo con sus guarniciones.	19ⓓ
Mas: treinta y cuatro mil reales en tantas cabezas de ganado.	34ⓓ
Mas: dos mil reales en tantas arrobas de paja.	2ⓓ
Mas: seis mil reales en que se han estimado los barbechos sin sembrar.	6ⓓ
Mas: veinte mil reales en deudas á su favor cobrables.	20ⓓ
Mas: sesenta mil cuatrocientos reales en dinero.	60ⓓ400
Total importe del caudal inventariado.	429ⓓ

Asciende el caudal inventariado por fallecimiento de Don Felipe Gimenez (salvo error) á cuatrocientos veintinueve mil reales, segun aparece de la suma general de las veintisiete partidas anteriores; y de ello se hacen las deducciones siguientes.

Bajas comunes ò generales.

Se bajan del cuerpo del caudal inventariado cincuenta mil reales que consta haber llevado en dote à su matrimonio Doña Clara de Vargas, segun se ha sentado en la primera suposicion.	50ⓓ
Mas: diez mil reales, importe de las deudas contraidas durante su matrimonio con su difunto marido, segun consta de la última declaracion del inventario, y que por estar ya satisfechas no se individualizan. . . .	10ⓓ

Mas: ciento cincuenta mil reales á que ascienden los bienes que Don Felipe Gimenez llevó á su matrimonio, y heredó durante él de su tio Don Pedro Gimenez. . . . . 150⊘

Total de bajas comunes. . . 210⊘

Resultan de gananciales. . . 219⊘

Importan las bajas comunes hechas del caudal inventariado docientos diez mil reales, y cotejados estos con los cuatrocientos diez y nueve mil inventariados, resultan de gananciales docientos diez y nueve mil reales: de los cuales se hace la siguiente deduccion.

Bajas de los gananciales.

Se deducen de los gananciales mil trecientos reales que valen los colchones y demas cosas de que se compone el lecho que usaban diariamente Don Felipe y su viuda, y corresponden à esta por permanecer sin casarse. . . 1⊘300

Quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad. . . . . 217⊘700

Cuya mitad son. . . . 108⊘850

De los docientos diez y nueve mil reales á que ascienden los gananciales adquiridos por Don Felipe y su muger durante su matrimonio, bajando mil y trecientos que importan los bienes de que se compone el lecho cotidiano, quedan líquidos y partibles entre ambos con igualdad docientos diez y siete mil setecientos; cuya mitad perteneciente à cada uno son ciento ocho mil ochocientos cincuenta, por lo que se procede à liquidar el haber de Don Felipe, y hacer de él las deducciones correspondientes.

Haber de Don Felipe Gimenez.

A Don Felipe Gimenez, y por su representacion á sus hijos, tocan por el capital llevado al matrimonio, y herencia de su tio habida durante él, ciento cincuenta mil reales. . 150⊘

Mas: por su mitad líquida de gananciales ciento ocho mil ochocientos y cincuenta reales.	108@850	
Total haber suyo.	258@850	

Bajas de este haber.

Por las arras que ofreció á su muger al tiempo de su matrimonio cinco mil y quinientos reales.	5@500	
Por el luto ordinario que sus herederos deben darle segun costumbre, se le regulan mil reales.	1@	
Importan estas deducciones. . .	6@500	
Queda reducido su haber á . .	252@350	

Distribucion del caudal líquido de Don Felipe Gimenez entre sus hijos.

El caudal líquido de Don Felipe son docientos cincuenta y dos mil trecientos cincuenta reales.	252@350	
Importa el quinto de estos. . .	50@470	
Quedan de caudal para sacar el tercio de mejora.	201@880	
El tercio de estos son.	67@293	11
Quedan para legítimas.	134@586	23

Aumento por via de colacion á las legítimas.

Se aumentan al caudal que queda para legítimas paternas, por lo que Doña Ana Gimenes tiene recibido à cuenta de la suya, quince mil reales.	15@	
Total de legítimas.	149@586	23
Tocan á cada uno de los tres hijos de Don Felipe Gimenez por su legítima paterna. . .	49@862	7

Asciende el total haber de Don Felipe Gimenez á docientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta reales, y bajados de ellos los seis mil quinientos, importe de las arras y luto de su viuda, quedan líquidos docientos cincuenta y dos mil trecientos cincuenta, de los cuales el quinto son cincuenta mil cuatrocientos setenta, y el tercio sesenta y siete mil docientos noventa y tres reales y once maravedís; de suerte que hay para distribuir ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis reales y veinte y tres maravedís, y agregando à estos los quince mil que debe colacionar Doña Ana Gimenez, compone el total de legítimas ciento cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis reales y veinte y tres maravedís; y de ellos tocan á cada uno de sus tres hijos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís.

Liquidacion y distribucion del quinto.

El quinto de los bienes de Don Felipe Gimenez asciende á cincuenta mil cuatrocientos setenta reales.	50⓪470	

Bajas de él.

Se bajan mil ochocientos reales, importe del funeral, segun consta de recibos. . . .	1⓪800	
Mas: docientos once reales y veintiseis maravedís, limosna de las cincuenta misas de la cuarta parroquial á cuatro reales, ocho maravedís de cera y oblata.	⓪211	26
Mas: seiscientos reales por las ciento y cincuenta restantes á cuatro reales.	⓪600	
Mas: veinte reales legados á las mandas forzosas.	⓪020	
Mas otros veinte á los reales hospitales. . .	⓪020	
Mas: cinco mil y quinientos que legó á su muger.	5⓪500	
Mas: otros tantos que legó á su hija. . . .	5⓪500	
Mas: dos mil docientos, importe del legado que en dinero efectivo y otros bienes hizo à su criado.	2⓪200	
Mas: mil y ochocientos por el que hizo á su criada en dinero y cama.	1⓪800	
Mas: veinte reales, importe de los derechos de		

visitar el testamento.	⊘020	
Importan estas deducciones.	17⊘671	26
Total del quinto.	50⊘470	
Líquido sobrante del quinto.	32⊘798	8

El quinto de los bienes propios de Don Felipe Gimenez suma cincuenta mil cuatrocientos setenta reales, y deducidos diez y siete mil seiscientos setenta y uno y veintiseis maravedís á que ascienden los gastos de su funeral, entierro y legados que hizo, quedan sobrantes treinta y dos mil setecientos ocho reales y ocho maravedís, los que se han de aplicar á su hijo Don José, como mejorado en su remanente, á mas de su legítima.

Resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion por todos sus derechos.

Haber de Doña Clara de Vargas.

Doña Clara de Vargas debe haber por su dote. .	50⊘	
Mas: por su mitad de gananciales.	108⊘850	
Mas: por sus arras.	5⊘500	
Mas: por el luto ordinario.	1⊘	
Mas: por el lecho cotidiano.	1⊘300	
Mas: por el legado que su marido le hizo. . .	5⊘500	
Total haber de Doña Clara. . .	172⊘150	

Haber de Don José Gimenez.

Don José Gimenez debe haber por su legítima. .	49⊘862	7
Mas: por el residuo del quinto.	32⊘798	8
Total haber de Don José. . . .	82⊘660	15

Haber de Don Juan Gimenez.

Don Juan Gimenez debe haber por su legítima.	49⊘862	7
Mas: por su mejora del tercio.	67⊘293	11
Total haber de Don Juan. . . .	117⊘155	18

Haber de Doña Ana Gimenez.

Doña Ana Gimenez debe haber por su legítima.	49⊘862	7
Mas: por el legado de quinientos ducados que le hizo su padre.	5⊘500	
Total haber de Doña Ana. . . .	57⊘362	7

De la liquidacion y deducciones precedentes resulta que el haber de Doña Clara por todos sus derechos son ciento setenta y dos mil ciento cincuenta reales: el de Don José ochenta y dos mil seiscientos sesenta con quince maravedís: el de Don Juan ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco con diez y ocho maravedís; y el de Doña Ana cincuenta y cinco mil trecientos sesenta y dos y siete maravedís; y con arreglo á ellas y á lo prevenido en las suposiciones procederé á formar las adjudicaciones á los interesados.

Comprobacion de esta cuenta.

Por el importe de las deudas contra el caudal.	10⊘	
Por el haber de Doña Clara de Vargas. . . .	172⊘150	
Por el haber de Don José Gimenez.	82⊘669	15
Por el haber de Don Juan Gimenez.	117⊘155	18
Por el de Doña Ana Gimenez.	55⊘362	7
Por el funeral.	1⊘800	
Por la limosna de las docientas misas. . . .	⊘811	26
Por el legado hecho á las mandas forzosas. . .	⊘010	
Por el de los Reales hospitales.	⊘020	
Por el legado de su criado.	2⊘200	
Por el de su criada.	1⊘800	
De dos maravedís que faltan para completar todo el caudal, por ser muy incómoda su division		

entre los tres herederos, y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo mérito. . . . . @ 2

Total caudal incluso el colacionado. 444@
Bájanse como colacionados. . . . 150@

Quedan de caudal. . . . . 429@
Importa el inventario los mismos. . 429@

Igual. . . . . @ 2

Haber de Doña Clara de Vargas.

Doña Clara de Vargas, viuda de Don Felipe Gimenez, debe haber por su dote cincuenta mil reales. . . . . 50@
Mas: por su mitad de gananciales ciento ocho mil ochocientos cincuenta reales. . . . . 108@850
Mas: por las arras que su marido le ofreció al casarse cinco mil quinientos reales. . . . . 5@500
Mas: por el luto ordinario mil reales. . . . 1@
Mas: por el luto ordinario mil trecientos reales. 1@300
Mas: por el legado que su marido le hizo cinco mil quinientos reales. . . . . 5@500

Total haber de Doña Clara de Vargas. 172@150

Asciende el haber de Doña Clara de Vargas por todos sus derechos á ciento setenta y dos mil ciento cincuenta reales, de los cuales se le hará pago con los bienes siguientes.

Adjudicacion y pago.

Se le aplican á Doña Clara de Vargas cuatro tierras de pan llevar, sitas en término de esta villa, y pago llamado N., que estan unidas, componen tantas fanegas de sembradura, y lindan por el oriente con el arroyo nombrado M; por poniente con la senda que desde esta villa va á la de tal; por el septentrion con tierras del vínculo de F., y por el mediodía con otras de G.;

cuyas tierras adquirieron Doña Clara y su marido durante su matrimonio por venta que en precio de tres mil reales formalizó á su favor F., vecino de esta villa, á tantos de tal mes y año, ante F., escribano de su número, las cuales para esta particion se valuaron en la misma cantidad. 3Ø

Mas: se le adjudican &c. . . . . Ø

Total de bienes aplicados. . . . 172Ø150
Total haber suyo. 172Ø150

Queda pagada enteramente. . . . Ø

Importan los bienes aplicados á Doña Clara de Vargas ciento setenta y dos mil ciento cincuenta reales, y lo que debe percibir por todos sus derechos la misma cantidad, por lo que queda satisfecha enteramente de ellos.

Hijuela para Doña Ana Gimenez.

Doña Ana Gimenez, una de los tres hijos y herederos que dejó Don Felipe Gimenez, debe haber por su legítima paterna cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís. 49Ø862 7

Mas: por el legado que su padre le hizo, cinco mil y quinientos reales. 5Ø500

Total haber de Doña Ana Gimenez. 55Ø362

Importa el total haber de Doña Ana Gimenez cincuenta y cinco mil trecientos sesenta y dos reales y siete maravedís, que se han de completar con los bienes siguientes.

Adjudicacion y pago.

Se dan en pago á Doña Ana Gimenez quince mil reales, que en cuenta de su legítima paterna percibió al casarse, segun se ha sentado en la suposicion tercera, por lo que se le aplican en vacío como recibidos. 15Ø

Mas: se le aplican &c.	⓪	
Total de bienes aplicados á Doña Ana.	55⓪362	7
Total haber suyo.	55⓪362	7
Queda satisfecha enteramente. . .	⓪	

En las adjudicaciones lo mismo es anteponer que posponer los bienes, con tal que los de cada clase vayan unidos, hasta completar la suma que deba aplicarse de una, no se empiece con otra para evitar confusion, y que se sepa si se guardó la posible analogía à proporcion de todas. De los bienes raices se mencionarán si se quisiese los títulos de propiedad en cada partida, si cada finca los tiene diversos; y si no, en cada dos ó mas que comprendan. Y si alguna interesada es muger casada, se le ha de hacer la adjudicacion nombrándola primero en ella, y diciendo luego: *y en su nombre y como su marido á F.*; y si hay menor, fatuo ó loco, se le ha de nombrar tambien, y por su representacion á su menor ó curador que deben percibir por ellos la herencia, y se han de mencionar tambien en el exordio de la particion. Concluidas todas las adjudicaciones se harán las declaraciones siguientes ú otras que convengan.

Declaraciones.

1.ª Se declara que siempre que aparezcan algunos otros bienes y créditos pertenecientes á este caudal, se deberán tener por incremento de él, y dividirse en la forma que los inventariados entre todos los partícipes, y lo mismo deberá practicarse con los débitos, cargas y responsabilidades que resulten contra él, y por no haberse tenido presentes no se han deducido; de suerte que todos los interesados quedan obligados proporcionalmente al pago de las segundas, como con igual derecho al percibo de los primeros.

2.ª Igualmente se declara que si alguna ó algunas de las fincas raices inventariadas y aplicadas en el concepto de libres resultaren estar vinculadas ó pertenecer en todo ó en parte á tercero, y por consiguiente no ser de esta testamentaría el importe principal de ellas, las expensas que se originen à la persona á quien se han adjudicado, ó à la que en lo sucesivo la presente, caso que se le mueva litigio sobre su reivindicacion, y los daños que experimente deberán tenerse por menos caudal, y bo-

nificarle los otros partícipes sin excusa su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneada del valor de lo adjudicado y de los perjuicios; pero deberá seguir y defender el pleito que se suscite, citando de eviccion conforme à derecho, y no de otra suerte, à los demas interesados, y hasta que se ejecutorie no tendrá derecho á dicha repeticion.

3.ª Asimismo se declara no se ha formado hijuela de deudas, por estar satisfechas, no solo las comunes que quedan deducidas, sino tambien las del quinto con el dinero inventariado, por lo que solo se ha distribuido lo líquido que ha correspondido à cada interesado.

4.ª Tambien se declara que de las escrituras y demas documentos y papeles de propiedad de las fincas raices inventariadas se deben entregar á cada interesado los correspondientes á los que se les adjudicaron, para acreditar su legitimidad, y para que con el testimonio de su adjudicacion les sirvan de resguardo y título de pertenencia en todo tiempo.

5.ª Ultimamente se declara que los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion, testimonio de las adjudicaciones que con insercion de las suposiciones, de la sentencia y de estas declaraciones se han de dar á los interesados, de papel gatado y demas diligencias que ocurran hasta la terminacion de todo, y los del curador de pleito del menor no se han deducido; y así deberá tasarlos la persona que elija el señor juez de esta testamentaría, con separacion de los que corresponden á cada uno de los que intervinieron en ello, especificándose en la tasacion lo que toca á cada partícipe satisfacer por su parte, y á mas de los derechos comunes á todos habrá de satisfacer el menor á su curador los suyos. Con estas declaraciones concluyo esta particion, que con arreglo á los documentos que se me manifestaron y devolví á quien me los entregó, y bajo juramento que hice, he hecho bien y fielmente segun mi inteligencia, sin causar agravio á los interesados, por lo que la firmo en esta villa de tal, á tantos de tal mes y año.

Si quedase algo sin dividir por estar en litigio ó por otra causa, se declara; y si hubiese motivo para hacer mas declaraciones, se harán.

Las hijuelas de deudas se han de formar en cabeza del viudo, viuda ó hijo mayor y mas seguro y puntual para su pago, poniéndose primero los acreedores con individualidad, y luego los bienes que se le apliquen para su satisfaccion, como se advertirá en el ejemplar siguiente.

EJEMPLAR SEGUNDO

PARTICION DE LOS BIENES DEL MARIDO ENTRE SU VIUDA É HIJOS DE DOS MATRIMONIOS CON RESERVA, MEJORA Y COLACION.

Don F., vecino de esta villa, partidor nombrado por Doña Juana Velazquez, viuda en segundas nupcias de Don Jorge Sarmiento, por Don José y Don Juan Sarmiento y Céspedes, mayores de veinticinco años, sus hijos habidos en su primer matrimonio con Doña Lucía de Céspedes, y por Antonio del Rio, curador de pleito de Don Isidro y Don Ignacio Sarmiento y Velazquez, menores, tambien sus hijos, tenidos en su segundo matrimonio con la expresada Doña Juana Velasquez, todos cuatro instituidos por únicos y universales herederos del citado Don Jorge en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante tal escribano, bajo del que falleció, hago liquidacion y division de todos los bienes y créditos que dejó el referido Don Jorge con vista y reconocimiento exacto de su testamento, inventarios formalizados por su muerte y por la de su primera muger, carta de dote de ambas, capitales del difunto llevados á sus dos matrimonios, y de otros papeles concernientes á su mas perfecto desempeño; y para la debida claridad debo hacer las suposiciones siguientes.

SUPOSICIONES ACERCA DEL PRIMER MATRIMONIO.

PRIMERA.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA LUCÍA DE CÉSPEDES, MUGER PRIMERA DE DON JORGE.

En tal dia de tal mes y año el expresado Don Jorge, hallándose próximo á contraer matrimonio con la referida Doña Lucía de Céspedes, otorgó á su favor ante tal escribano carta de pago y recibo de los bienes y efectos que llevó á él por dote y caudal propio, y ascendieron á treinta mil reales, segun su tasacion, veinticuatro mil en tierras y viñas, sitas en tales parages, término de tal pueblo, y seis mil en ropas y otros muebles, obligándose á devolverle la expresada cantidad en esta forma: los veinticuatro mil en los propios bienes raices, y los seis mil en muebles á justa tasacion, siempre que el matrimonio se disol-

viese por cualquiera de las causas prescritas por derecho. En el mismo contrato dotal le ofreció en arras, ò como mas hubiese lugar, docientos ducados que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba á la sazon; y para el caso de no caber, se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y respecto haber cabido entonces y al tiempo que falleció, se le abonarán. Pero mediante á que los bienes raices se pusieron por el total de su tasa sin deducir los gravámenes á que eran responsables por ignorarlo el Don Jorge y no haberlo expresado la Doña Lucía, y que tenian contra sí un censo de docientos ducados de principal al quitar á favor de tal capellanía, se bajarán estos del importe dotal para hacer del residuo como líquido la distribucion y aplicacion, y quedará reducido á veintisiete mil ochocientos reales los que se tendrán por dote efectiva de la citada Doña Lucía para su abono, y en atencion á no constar haber heredado cosa alguna despues de casada, ni llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, nada habrá que abonarle por esta razon.

SEGUNDA.

SOBRE EL CAPITAL QUE DON JORGE LLEVÓ A SU PRIMER MATRIMONIO.

Habiendo contraido matrimonio el mencionado Don Jorge Sarmiento formalizó en tal dia, mes y año, ante tal escribano, capital de todos los bienes que habia llevado á él, y Doña Lucía, su muger, otorgó á su favor el correspondiente resguardo. Dichos bienes consistieron en plata, dinero y otras cosas muebles, y ascendieron á cuarenta mil reales; los que se obligó á tener la referida por caudal de su marido, para que se dedujese su importe despues de su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, y antes que los gananciales, mediante haber sido efectivos, y declarado con juramento Don Jorge no tener contra sí deuda ni responsabilidad alguna, ni haber resultado despues; pero no se le abonará otra cosa, por no constar que la hubiese llevado al matrimonio ni heredado en su intermedio.

TERCERA.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DOÑA LUCÍA DE CÉSPEDES, PRIMERA MUGER DE DON JORGE SARMIENTO.

Hallándose gravemente enferma Doña Lucía otorgó su testa-

mento en tal dia, mes y año, ante tal escribano, en el cual ordenó que se amortajase su cadaver con tal hábito, y sepultase en público en su parroquia con tal aparato fúnebre: que el dia de su entierro, siendo hora, y sino en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente, con diácono, subdiácono, vigilia y responso: que lo mas pronto que fuese posible se le dijesen cien misas rezadas, dando por la limosna de cada una tres reales, de que sacada la cuarta parroquial mandasen celebrar sus testamentarios las restantes en donde les pareciese. Legó á su marido quinientos ducados por una vez: mejoró en el tercio y remanente del quinto de sus bienes á Doña Micaela Sarmiento y Céspedes, su hija, de edad de cuatro años, en atencion á estar sin criar y ser muger, consignándole la mejora en bienes raices de los que habia llevado en dote cuando se casó, y en los demas raices que por razon de gananciales pudiesen corresponderle. Nombró por sus testamentarios con facultad in solidum á dicho su marido, y à Don F. F.: instituyó por sus únicos y universales herederos à los expresados Don José, Don Juan y Doña Micaela Sarmiento y Céspedes, sus tres hijos, habidos en su matrimonio con Don Jorge Sarmiento, su marido; y finalmente revocó y dió por nulas todas sus disposiciones testamentarias anteriores, segun resulta todo mas extensamente del mencionado testamento; con arreglo al cual y á derecho se harán las deducciones y aplicaciones correspondientes, como se advertirá en la siguiente suposicion.

CUARTA.

SOBRE EL INVENTARIO Y DISTRIBUCION DE LOS BIENES QUE DEJÓ DOÑA LUCÍA CÉSPEDES.

Habiendo fallecido Doña Lucía bajo del expresado testamento, solicitó Don Jorge, su marido, se hiciese inventario de todos los bienes que habian quedado, para que nunca fuesen perjudicados sus hijos; y con efecto, por auto que proveyó el señor Don F., teniente corregidor de esta villa, en tantos de tal mes y año, ante tal escribano de su número, defirió á su solicitud, à cuya consecuencia se formalizó ante tal escribano en diferentes dias, y los bienes inventariados ascendieron à ciento cincuenta y dos mil docientos reales en esta forma: en tierras tanto, en olivares tanto &c. *(Se pondrán por clases y por mayor los bienes, como en la última suposicion del primer ejemplar.)*

En este estado se quedó el inventario, y los bienes permanecieron en poder de Don Jorge, quien declaró á su final no haber deudas algunas contra el caudal, por lo que se bajarán solamente de ellos los docientos ducados que deben considerarse por menos dote, á causa de no haberse rebajado cuando se hizo el inventario, sino antes bien puesto por el total de sus tasas los bienes hipotecados à ellos, de suerte que quedará reducido el caudal inventariado por fallecimiento de Doña Lucía à ciento cincuenta mil reales, de los cuales se deducen sesenta y siete mil ochocientos; los veintisiete mil y ochocientos por su dote líquida, y cuarenta mil por el capital de su marido; y restados del cuerpo efectivo del caudal resultan de utilidades en su matrimonio ochenta y dos mil docientos, cuya mitad son cuarenta y un mil ciento. Segun esta liquidacion asciende el haber de Don Jorge á ochenta y seis mil seiscientos reales, cuarenta mil por su capital, cuarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil y quinientos del legado que le hizo su difunta muger; pero como de dicha cantidad deben bajarse dos mil docientos reales por las arras que ofreció à su muger, y el importe de dicho legado por deber reservarle à sus hijos, como adelante se dirá, son el líquido propio haber de Don Jorge sin gravamen de restitucion ni reserva setenta y ocho mil novecientos reales. No se le abona luto por no acostumbrarse darse á los viudos de los bienes de sus mugeres ni de otra parte, y sí únicamente à estas siendo viudas; ni tampoco lecho cotidiano, mediante debe volverle à la masa comun para su division con los herederos con arreglo à la ley, por haberse vuelto à casar. El haber de Doña Lucía importa setenta y un mil cien reales; veintisiete mil ochocientos por su dote líquida; cuarenta y un mil ciento por su mitad de gananciales, y dos mil docientos por las arras que le ofreció su marido. De estos setenta y un mil cien reales, el quinto son catorce mil docientos veinte, y el tercio deducido con arreglo à la ley, diez y ocho mil novecientos sesenta; de modo que hay para legítimas treinta y siete mil novecientos veinte: á cada uno de sus tres hijos tocan por esta razon doce mil seiscientos cuarenta, y á la Doña Micaele por su legítima y mejora corresponden cuarenta y cinco mil ochocientos veinte; pero bajando de ellos seis mil setecientos veinticinco y treinta maravedís; novecientos por el funeral de su madre, trecientos cinco con treinta maravedís por la limosna de cien misas rezadas que mandó celebrar, ocho que legó à las mandas forzosas y hospitales, doce que consta haberse pagado por visi-

tar su testamento, y los cinco mil y quinientos restantes por el legado que hizo à su marido, queda reducido el haber líquido de Doña Micaela à treinta y nueve mil noventa y cuatro reales y treinta maravedís; à que agregados veinticinco mil docientos ochenta, importe de las legítimas de sus dos hermanos, compone el total que tocó à los tres hijos de Doña Lucía de Céspedes por su herencia materna la cantidad de sesenta y cuatro mil trecientos setenta y cuatro reales y cuatro maravedís, de los cuales era responsable su padre por haber entrado en su poder, debiendo al mismo tiempo reservarles, no solo lo que tocó à la Doña Micaela y recayó en él por su muerte abintestato sin sucesion, sino igualmente los quinientos ducados que le legó su muger, pues por haberse vuelto à casar perdió la propiedad de todo; en cuya atencion deberá responder á sus dos hijos Don José y Don Juan de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro reales y cuatro maravedís, y quedarán reducidos los ciento ochenta mil reales que Don Jorge llevó à su segundo matrimonio à ciento diez mil ciento veinticuatro reales y treinta maravedís líquidos; setenta y ocho mil novecientos por su capital y mitad de gananciales, deducidas las arras ofrecidas à su muger, y treinta y un mil docientos veinticinco y treinta maravedís que aparece haber heredado durante su viudedad de su tio Don Alejandro Sarmiento; y se tendrá por capital suyo efectivo la cantidad referida, como se dirá en la siguiente suposicion.

SUPOSICIONES ACERCA DEL SEGUNDO MATRIMONIO.

QUINTA.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA JUANA VELAZQUEZ, SEGUNDA MUGER DE DON JORGE SARMIENTO, EL CAPITAL QUE ESTE LLEVÓ Á SU SEGUNDO MATRIMONIO, Y LAS ARRAS QUE LE OFRECIÓ.

Estando viudo Don Jorge trató de contraer segundas nupcias con Doña Juana Velazquez, de estado soltera, y habiendo traido esta à su poder por dote y caudal suyo veinte mil reales en bienes muebles y dinero, formalizó à su favor en tal dia, mes y año, y ante tal escribano, el competente recibo y resguardo, obligándose à su restitucion en cualquiera de los casos prevenidos por derecho. Ademas, en consideracion á sus loables prendas, le ofreció en arras, ò como mas util le fuese, la décima parte de los bienes líquidos y efectivos que tenia entonces; y pos-

teriormente hallándose ya casado hizo su capital de los que asi suyos como de sus tres hijos llevó à su matrimonio, y ascendieron à ciento ochenta mil reales, inclusos treinta y un mil docientos veinticinco con treinta maravedís que durante su viudedad parece heredó de Don Alejandro Sarmiento, su tio, de los cuales sesenta y cuatro mil trecientos setenta y cuatro con tres maravedís pertenecian à sus tres hijos, y cinco mil y quinientos procedian del legado que su primera muger le habia hecho, y por haberse vuelto á casar, debia reservar à la mejorada en el quinto, del que se habian deducido: por manera que segun se ha expecificado en la anterior suposicion, solo eran propios del Don Jorge ciento diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís, cuya décima son once mil doce reales con veinte maravedís; y de todos otorgó á su favor dicha Doña Juana el competente instrumento, obligándose á tenerlos por capital y fondo puesto por su marido en la sociedad conyugal, y à que despues de separadas su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, se bajaria su importe antes que el de los gananciales. Con arreglo à estos contratos matrimoniales, à lo que dispone el derecho, se practicará la respectiva liquidacion y deduccion, segun se mostrará en la suposicion última, y se estimarán por capital líquido, efectivo y único de Don Jorge los ciento diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís, como llevado realmente à su segundo matrimonio, para no perjudicar á su viuda en su mitad de gananciales, mediante à que el resto hasta los ciento ochenta mil, aunque le llevó à él cuando se casó, le extrajo despues como deuda que tenia contra sí y satisfizo; y por razon de arras con responsabilidad de reservar su importe la Doña Juana á los cuatro hijos de su marido, si se volviese à casar, se le abonarán únicamente once mil y doce reales con veinte maravedís, décima parte de los bienes que este tenia cuando se casó con ella; y nada de lo que adquirió despues, por haberse limitado à ellos su oferta, y no ampliado à los que posteriormente adquiriese, ni dejado á su arbitrio la eleccion de los tiempos.

SEXTA.

SOBRE EL FALLECIMIENTO DE DOÑA MICAELA EN SU MENOR EDAD, Y DISTRIBUCION ENTRE SUS HERMANOS DE LO QUE HEREDÓ DE SU MADRE.

Despues de haber contraido matrimonio Don Jorge Sarmien-

to con Doña Juana Velazquez, y en tal dia de tal mes y año falleció en la edad pupilar Doña Micaela Sarmiento y Céspedes, su hija habida en su primera muger Doña Lucía de Céspedes, y todos los bienes que le correspondian por la herencia materna recayeron en su padre que los estuvo usufructuando; pero mediante á que por haberse vuelto à casar perdió su dominio, se dividirán con igualdad entre los otros dos hijos de su primer matrimonio Don José y Don Juan, como hermanos enteros de la Doña Micaela, por haberlos instituido en esta forma su madre, y en su consecuencia percibirán los treinta y nueve mil noventa y cuatro reales y cuatro maravedís, que por su legítima y mejora le debian tocar; por manera que ni de los raices que existen y llevó en dote Doña Lucía à su matrimonio, ni de los demas adquiridos en él que le debian corresponder, y en que consignó la mejora, nada tocará ni se aplicará à la actual viuda ni à sus hijos, respecto de que no se hallan entre los inventariados, por habérselos dado su padre en el concepto de ser suyos, y porque aun cuando se hallaran deberian volver à ellos como dueños, sin embargo de que podia usufructuar los reservables mientras viviese. Tampoco llevarán cosa alguna del legado de quinientos ducados que su madre hizo à su padre, por haberse bajado del quinto, y tocarles por la misma razon que el tercio y legítima de la mejora, à la cual habrian de volver, si viviera, como se ha sentado en la cuarta suposicion.

SÉPTIMA.

SOBRE LO QUE DIÓ DON JORGE Á LOS DOS HIJOS DE SU PRIMER MATRIMONIO DURANTE EL SEGUNDO.

Con motivo de haber tomado estado de matrimonio Don José y Don Juan Sarmiento y Céspedes, hijos de Don Jorge y de su primera muger Doña Lucía, se pactó habia de dar cuarenta mil reales á cada uno para ayudar à sostener sus cargas en cuenta de ambas legítimas; y con efecto por escritura que otorgaron à su favor en tales dias de tales meses y años, ante tal escribano, confesaron haber recibido de su padre ochenta mil reales por mitad, cuarenta mil cada uno, en los bienes raices que su madre llevó en dote, en otros tambien raices de los que le podian tocar por mitad de gananciales, y asimismo en muebles y dinero, dándole en ellos el correspondiente resguardo, obligándose à colacionarlos por su muerte en la forma y concepto en

que se los habia entregado, y previniendo que respecto no haber hecho particion por muerte de su madre, é ignorarse si les cabria ó no todo por los derechos de esta, si excediesen à lo que les podia tocar por ella, se les imputase como recibido en parte de legítima paterna, y si faltase para completarles la materna, se les habia de suplir hasta cubrirla. Y habiéndose practicado ahora la correspondiente liquidacion, ha resultado que lo que ambos debian haber por la materna eran veinticinco mil docientos ochenta reales, doce mil seiscientos ochenta cada uno, à que agregados treinta y nueve mil noventa y cuatro y cuatro maravedís, importe del haber de su hermana Doña Micaela, y cinco mil quinientos del legado que su madre hizo á su padre, cuyas dos últimas partidas debia reservarles este, componen todas la de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro reales y cuatro maravedís; de modo que restados estos de los ochenta mil, asciende lo que percibieron à cuenta de la paterna, à diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís, los cuales se estimarán como lucrados en el segundo matrimonio, porque se extrajeron del fondo de las utilidades de él, y á no haberlos dado à sus hijos esto mas habria de caudal, y para que la segunda muger no sea perjudicada en su mitad, se unirán al inventariado, como se expresará en la última suposicion, pues no está obligada á dotar ni à hacer donacion á sus entenados, como si fuera su madre.

OCTAVA.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DON JORGE SARMIENTO.

Don Jorge Sarmiento falleció en tal dia de tal mes y año bajo el testamento que habia hecho, y queda mencionado en el exordio de esta particion, y por él ordenó que se amortajase su cadaver con tal hábito, y sepultase con tal aparato y acompañamiento: que el dia de su entierro, siendo hora, y sino en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente, con diácono, subdiácono, vigilia y responso; y se dijesen por su intencion, cuanto antes fuese posible, docientas misas rezadas con la limosna de cuatro reales, en tales iglesias y altares, á excepcion de cincuenta, cuarta parte correspondiente á la parroquia. Dejó el usufructo del remanente del quinto de sus bienes à Doña Juana Velazquez, su segunda muger, consignándosele en raices con la expresa calidad y prohibicion de que jamas habia de poder disponer de ellos, gravarlos, hipotecarlos ni ena-

genarlos, mediante á que por su muerte habian de percibirlos con igualdad sus hijos habidos en sus dos matrimonios, y si alguno hubiese fallecido sin dejar sucesion legítima, se habia de repartir entre los que le sobreviviesen; y dejándola, habia esta de llevar la parte que tocaria à su ascendiente, à no haber muerto. Legó á su criada María Lopez cincuenta ducados en dinero por una vez. Mejoró en el tercio de sus bienes por mitad à Don Isidro y Doña Ignacia Sarmiento y Velazquez, sus dos hijos menores y de Doña Juana Velazquez, su segunda muger. Declaró cuanto habia dado á los hijos de su primer matrimonio en cuenta de sus legítimas, y haber fallecido sin testamento ni sucesion la Doña Micaela, por cuya muerte habian recaido en él todos los derechos maternos que le competian. Declaró asimismo estar debiendo varias cantidades à diferentes personas, y mandó se pagasen, como tambien que se cobrasen las deudas que tenia à su favor, pues todas constaban de sus papeles y asientos. Nombró por sus testamentarios con facultad in sólidum á Don F. y Don F., à quienes prorogó el término legal para cumplir lo que dejaba dispuesto. Instituyó por sus universales herederos á sus cuatro hijos Don José, Don Juan, Don Isidro y Doña Ignacia Sarmiento, habidos en sus dos matrimonios con Doña Lucía de Céspedes, y Doña Juana Velazquez. Y finalmente revocó todas las disposiciones testamentarias anteriores. Esto es lo sustancial y concerniente à esta particion que resulta del citado testamento; con arreglo al cual, á los inventarios y demas documentos que se han tenido presentes, y à las disposiciones legales, se harán con separacion, distincion y claridad las liquidaciones, deducciones y repartimientos del caudal de ambos matrimonios entre la viuda actual y los expresados cuatro hijos.

NONA.

SOBRE EL INVENTARIO HECHO POR MUERTE DE DON JORGE SARMIENTO, Y LA LIQUIDACION Y DISTRIBUCION DE SU CAUDAL.

Todo el caudal que dejó Don Jorge Sarmiento, y se inventarió por su muerte, ascendió á trecientos setenta mil reales en esta forma: en tierras tanto, en viñas tanto, en casas tanto, en ropa blanca tanto &c. *(Se expresarán las clases de bienes y su importe, como en el primer ejemplar.)*, cuyas partidas suman los referidos trecientos setenta mil reales, á que unidos diez mil ciento veinticinco, y treinta maravedís que anticipó á los dos

hijos de su primer matrimonio en cuenta de su legítima paterna, mientras estuvo casado segunda vez, por lo que salieron del fondo del segundo, y se deben estimar por incremento de él, como se ha sentado en la suposicion séptima; compone todo el caudal del referido matrimonio perteneciente à entrambos cónyuges trecientos setenta mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís; de los cuales en observancia de las leyes, y con arreglo al testamento de Don Jorge, se harán las liquidaciones y division correspondiente entre los interesados. En primer lugar se bajan veinte mil reales, importe de la dote de Doña Juana Velazquez: en segundo treinta mil, á que ascienden las deudas de su matrimonio; y en tercero ciento diez mil ciento veinticinco con treinta maravedís, total capital líquido y efectivo que como suyo llevó à él Don Jorge. Estas tres partidas hacen la de ciento sesenta mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís, y restados de los trecientos setenta mil ciento veinticinco reales, resultan de utilidades aumentadas en el segundo matrimonio docientos diez mil; de los cuales, deducidos novecientos por el lecho cotidiano, quedan de genanciales partibles con igualdad entre Don Jorge y su viuda docientos nueve mil cien reales, cuya mitad son ciento cuatro mil quinientos cincuenta. Unida esta mitad al capital que Don Jorge llevó à su matrimonio, suma su total haber docientos catorce mil setecientos setenta y cinco reales y treinta maravedís, y bajando de ella once mil seiscientos doce con veinte maravedís por las arras que ofreció á su muger, y seiscientos por lo que costó el luto de esta, hay para distribuir entre sus cuatro hijos docientos treinta mil sesenta y tres reales con diez maravedís, de los cuales para deducir la mejora sin violar la ley, se separan los diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, y quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete con catorce maravedís, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedís y dos quintos de otro, y el tercio, bajado el quinto, cincuenta y un mil cuatrocientos cuarenta y nueve reales, treinta y tres maravedís y un quinto; de manera que quedan para legítimas, agregando los diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís que anticipó à los referidos sus dos hijos, y se separaron para sacar la mejora, ciento trece mil veinticinco reales veintiocho maravedís y dos quintos, de los que divididos entre los cuatro, tocan á cada uno por su legítima veintiocho mil docientos cincuenta y

seis reales quince maravedís y tres quintos. Por lo que hace á la liquidacion del quinto, se bajan de su importe dos mil trecientos noventa y tres reales y veintiseis maravedís; mil por los derechos del funeral de Don Jorge, docientos once y veintiseis maravedís por la limosna de las cincuenta misas de la cuarta parroquial á cuatro reales y ocho maravedís por derechos de cera y oblata, seiscientos por la de las ciento cincuenta restantes por igual limosna sin derechos, diez de las mandas forzosas, otros diez de los Reales hospitales, doce de visitar su testamento, y los quinientos cincuenta restantes del legado que hizo á su criada; de suerte que queda reducido el quinto á treinta y seis mil ciento noventa y tres reales veinticuatro maravedís y dos quintos, los que se aplicarán en bienes raices á Doña Juana para que los usufructúe conforme á la disposicion de su difunto marido, y por su muerte se dividirán entre sus cuatro hijos, ó quien los represente, con arreglo á la voluntad de su padre. Segun esta liquidacion el haber de Doña Juana en propiedad y usufructo (sin contar lo que se le adjudicará como pagadora de deudas que se la ha de constituir), asciende á ciento setenta y tres mil docientos cincuenta y seis reales con diez maravedís y dos quintos; ciento treinta y siete mil sesenta y dos con veinte maravedís en propiedad por estas razones: veinte mil por su dote, ciento cuatro mil quinientos cincuenta por la mitad de gananciales, novecientos por el lecho cotidiano, seiscientos por el luto, y once mil doce con veinte maravedís por las arras que su marido le ofreció, y treinta y seis mil ciento noventa y tres con veinticuatro maravedís y dos quintos en usufructo por remanente del quinto. El haber de Don José por su legítima paterna, fuera de lo que tiene tomado y se le debe descontar, es de veintiocho mil docientos cincuenta y seis reales quince maravedís y tres quintos; el de Don Juan de otra igual cantidad; el de Don Isidro por su legítima y mejora de cincuenta y tres mil novecientos ochenta y uno con quince maravedís y un quinto; el de Doña Ignacia por los propios derechos de la misma cantidad; y uniendo á estos haberes los treinta mil reales de las deudas y los dos mil trecientos noventa y tres con veintiseis maravedís de los gastos deducidos del quinto, componen todas las partidas especificadas los trecientos setenta mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís del caudal inventariado por muerte de Don Jorge, y colacionando por los dos hijos del primer matrimonio. Hechas estas suposiciones, y con la prevencion de que no se abonan alimentos á su viuda por haberse estado manteniendo

con sus dos hijos del caudal comun el corto tiempo que hace murió su marido, ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado, procedo á evacuar las liquidaciones del caudal de ambos matrimonios, y para ello á formar el siguiente cuerpo de hacienda.

CUERPO DEL CAUDAL INVENTARIADO POR MUERTE DE DON JORGE SARMIENTO, Y DE LO QUE QUEDÓ POR LA DE SU PRIMERA MUGER DOÑA LUCÍA DE CÉSPEDES.

Caudal del inventario de Doña Lucía de Céspedes.

Se ponen por caudal de esta particion sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro reales y cuatro maravedís que Don Jorge dió à los dos hijos de su primer matrimonio, y se hallaban en su poder por las razones expuestas en las suposiciones sexta y séptima.	69@874	4
Mas: mil docientos veinticinco reales y treinta maravedís, importe de los gastos del funeral y misas de Doña Lucía de Céspedes, y no se incluye el legado de quinientos ducados que hizo á su marido por estarlo ya en la partida precedente.	1@225	30
Mas: diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís que resulta haber anticipado à los dichos dos hijos en cuenta de su legítima paterna, como se ha sentado en las suposiciones séptima y nona.	10@125	30
Mas: en tierras inventariadas por muerte de Don Jorge treinta mil reales.	30@	

Caudal inventariado por muerte de Don Jorge.

Mas: sesenta mil reales en viñas.	60@
Mas: ciento cincuenta y cinco mil reales en casas.	155@
Mas: diez mil reales en ropa blanca, mojada y sin mojar.	10@
Mas: en trastos de madera siete mil reales. .	7@
Mas: diez mil reales en pinturas y dorados. .	10@
Mas: trece mil reales en ropa de lana y seda.	13@

Mas: dos mil reales en colchones, mantas y fondas.	2ⓓ	
Mas: mil reales en cobre, peltre y azofar. .	1ⓓ	
Mas: veintiseis mil reales en plata labrada sin hechuras.	26ⓓ	
Mas: catorce mil reales en diamantes por el tercio de su tasa.	14ⓓ	
Mas: seis mil reales en deudas cobrables à favor del caudal.	6ⓓ	
Y últimamente se ponen por cuerpo del caudal veintiseis mil reales en dinero efectivo. . .	26ⓓ	
Cuerpo total del caudal. . . .	441ⓓ225	30

Baja.

Se bajan del total referido ciento cincuenta mil reales que se han inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes, primera muger de Don Jorge.	150ⓓ	
Quedan para el segundo matrimonio, sin incluir setenta y ocho mil novecientos reales sobrantes del primero, que se unirán cuando se haga la liquidacion y division del caudal de aquel, docientos noventa y un mil docientos veinticinco reales y treinta maravedís.	291ⓓ225	30

Asciende el caudal de esta particion á cuatrocientos cuarenta y un mil docientos veinticinco reales y treinta maravedís, y separados de ellos los ciento cincuenta mil inventariados por muerte de Doña Lucía de Céspedes, quedan para parte de lo que se inventarió por la de Don Jorge su marido, docientos noventa y un mil docientos veinticinco con treinta maravedís, á los cuales se agregarán setenta y ocho mil novecientos que debieron tocar á Don Jorge en la liquidacion del que quedó cuando falleció dicha Doña Lucía, y compondrán los trecientos setenta mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís, como se demostrará en su lugar; por lo que procedo à evacuar la del que dejó esta.

Liquidacion y distribucion del caudal inventariddo por muerte de Doña Lucia de Céspedes.

El caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes ascendió á ciento cincuenta mil reales, como se ha expresado en la cuarta suposicion. . . . . 150@

Bajas comunes de él.

Se bajan de este caudal veintisiete mil ochocientos reales líquidos, á que quedaron reducidos los treinta mil que llevó en dote Doña Lucía, por la razon expuesta en la primera suposicion. . . . . 27@800

Mas: cuarenta mil reales que Don Jorge Sarmiento llevó como capital suyo à su matrimonio con Doña Lucía, segun se refiere en la segunda suposicion. . . . . 40@

Total de bajas comunes. . . 67@800

Resultan de gananciales. . . 82@200

Cuya mitad son. . . . . 41@100

Importan las deducciones hechas del caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes sesenta y siete mil ochocientos reales, y rebatidos de los ciento cincuenta mil que suma su total, resultan de gananciales adquiridos en su matrimonio ochenta y dos mil docientos reales, cuya mitad son cuarenta y un mil ciento.

Haber de Doña Lucia de Céspedes.

Doña Lucía de Céspedes debe haber por su dote líquida veintisiete mil ochocientos reales. 27@800

Mas: por su mitad de gananciales cuarenta y un mil ciento. . . . . 41@100

Mas: por las arras que le ofreció su marido dos mil docientos. . . . . 2@200

Total haber suyo setenta y un mil cien reales.	71@100	
Importa el quinto de estos catorce mil docientos veinte reales.	14@220	
Quedan de caudal, bajado el quinto, para sacar el tercio cincuenta y seis mil ochocientos ochenta reales. . .	56@880	
El tercio de estos asciende à diez y ocho mil novecientos sesenta reales.	18@960	
Y deducidos tercio y quinto, quedan para las legítimas de sus tres hijos treinta y siete mil novecientos veinte reales.	37@920	
De estos tocan á cada hijo doce mil seiscientos cuarenta reales.	12@640	

Liquidacion y distribucion del quinto de los bienes de Doña Lucía de Céspedes.

El quinto de los bienes de Doña Lucía de Céspedes asciende á catorce mil docientos veinte reales.	14@220	

Bajas de él.

Por los gastos de funeral novecientos reales, como consta de recibos.	@900	
Por la limosna, á tres reales cada una, de las veinticinco misas de la cuarta parroquial, juntamente con los derechos de cera y oblata, ochenta reales y treinta maravedís. . .	@080	30
Por las setenta y cinco restantes, á los mismos tres reales, sin mas derechos, docientos veinticinco reales.	@225	
Por el legado que hizo à las mandas forzosas y hospitales ocho reales, cuatro à unas y otros.	@008	
Por los derechos de visitar su testamento doce		

reales.	ⓓ012	
Por el legado que hizo á su marido cinco mil quinientos reales	5ⓓ500	
Importan estas bajas. . . .	6ⓓ725	30
Total del quinto.	14ⓓ220	
Líquido sobrante de él. . . .	7ⓓ494	4

Resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion.

Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital cuarenta mil reales.	40ⓓ
Mas: por su mitad de gananciales cuarenta y un mil ciento.	41ⓓ100
Mas: por el legado que le hizo su muger cinco mil quinientos reales.	5ⓓ500
Total haber de Don Jorge. . . .	86ⓓ600
Se bajan por las arras que ofreció á su muger.	2ⓓ?00
Queda reducido su haber á. . . .	84ⓓ400
Se bajan de estos los cinco mil quinientos reales del legado. . . .	5ⓓ500
Es su líquido haber en propiedad . .	78ⓓ900

Haber de Don José Sarmiento.

Don José Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos cuarenta reales.	12ⓓ640

Haber de Don Juan Sarmiento.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos cuarenta reales.	12ⓓ640

Haber de Doña Micaela Sarmiento.

Doña Micaela Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos cuarenta reales.	12ⓓ640	
Mas: por el tercio diez y ocho mil novecientos sesenta reales.	18ⓓ960	
Mas: por el residuo del quinto siete mil cuatrocientos noventa y cuatro reales y cuatro maravedís.	7ⓓ194	4
Total haber suyo. . . .	39ⓓ094	4

Comprobacion de esta liquidacion.

Por el haber líquido de Don Jorge Sarmiento en propiedad.	78ⓓ900	
Por el legado que le hizo su muger. . . .	5ⓓ500	
Por la legítima materna de D. José Sarmiento.	12ⓓ640	
Por la de Don Juan Sarmiento.	12ⓓ640	
Por la legítima y mejora del tercio y remanente líquido del quinto perteneciente á Doña Micaela Sarmiento.	39ⓓ094	4
Por los gastos del funeral, misas y visita del testamento de Doña Lucía de Céspedes, y mandas hechas á los santos lugares y hospitales.	1ⓓ225	30
Suman estas seis partidas. . . .	150ⓓ	
Y el caudal inventariado los mismos.	150ⓓ	

Por la liquidacion y deducciones precedentes se manifiesta que el haber perteneciente á Doña Lucía de Céspedes, muger primera de Don Jorge Sarmiento, asciende á setenta y un mil cien reales: veintisiete mil ochocientos por su dote líquido; cuarenta y un mil ciento por su mitad de bienes gananciales, y dos mil docientos por las arras que su marido le ofreció; que el quinto de ellos son catorce mil docientos veinte reales; y el tercio, deducido aquel, diez y ocho mil novecientos sesenta; por lo que restan para legítimas treinta y siete mil novecientos veinte reales, y tocan á cada uno de sus tres hijos por la suya

doce mil seiscientos cuarenta; que deduciendo del quinto seis mil setecientos veinticinco reales y treinta maravedís por los gastos del funeral y misas de Doña Lucía y legados que hizo, quedan siete mil cuatrocientos noventa y cuatro con cuatro maravedís: que Don Jorge debe haber ochenta y seis mil seiscientos reales; cuarenta mil por su capital, cuarenta y un mil ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil quinientos por el legado que le hizo su muger; y bajando de su total los dos mil docientos que ofreció á esta en arras, y los cinco mil quinientos del legado que debió reservar á los hijos de su primer matrimonio, queda reducido su verdadero haber en propiedad á setenta y ocho mil novecientos, los que se han de agregar al caudal del segundo matrimonio para su liquidacion y division; y en fin que Don José Sarmiento debe percibir por su legítima doce mil seiscientos cuarenta reales; Don Juan otra cantidad igual por la suya; y Doña Micaela por la suya y por su mejora del tercio y remanente del quinto treinta y nueve mil novecientos y cuatro reales y cuatro maravedís. Y respecto estar evacuada la liquidacion del caudal del primer matrimonio procedo á hacer la del segundo.

Hecho cargo el partidor de que en esta particion hay dos inventarios y dos liquidaciones, y de que los caudales son diversos, y parte del primer matrimonio está incluso en el del segundo, y parte no, extrañará que habiendo salido durante este del cuerpo de su caudal la primera, segunda y tercera partidas puestas en el general que dejo formado de ambos; la primera, porque la llevó el marido á él; la segunda, porque al tiempo del fallecimiento de la primera muger estaba embebido su importe en el que se inventarió; y la tercera, porque era parte de los gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, las haya incluido en dicho cuerpo general; pero debe considerarse que si no se hubiesen puesto en él para complemento de ambos caudales, faltaria el competente, y seria imposible hacer la division. Extrañará asimismo tal vez que ponga por mayor las expresadas tres partidas, y no los bienes que las componen; á lo cual satisfago con decir que en el presente caso seria abultar y gastar infructuosamente tiempo, trabajo y papel; ya porque los bienes no se hallan en el caudal inventariado, ya porque el padre dió á sus hijos los raices que les correspondian, como queda sentado en la última suposicion, y nunca debian dividirse sino entre ellos, y ya porque aun cuando no les tocaran por razon de dominio, una vez entregados no se les debian quitar, excepto que

tuviesen que restituir; y asi bastaba traer numéricamente su importe á esta particion. Pero al contrario será cuando se hallen los inventariados, y por no haber tomado estado los hijos, ó por otra causa, nada les dió su padre; pues entonces se deberán poner, y el partidor ha de formar una suposicion del importe de los raices y otros conocidos de la primera muger, especificándolos para que se sepa cuales son, y se apliquen à sus hijos, haciendo á este efecto el correspondiente cotejo con su instrumento dotal y demas papeles que los acrediten; lo cual procede en los de tres ó mas matrimonios, segun sea el caso. Mas sin embargo de que se hallen dichos bienes en el caudal inventariado, si su padre les dió otros equivalentes, y se contentaron con ellos, es superfluo hacer el cotejo, porque es visto haberse celebrado entre hijos y padre contrato de permuta y subrogacion, en cuya virtud adquirió el padre los que correspondian á sus hijos por su madre.

Liquidacion y distribucion del caudal del segundo matrimonio.

Son caudal del segundo matrimonio de Don Jorge Sarmiento setenta y ocho mil novecientos reales que quedaron sin aplicar en la liquidacion anterior, tocaron, segun ella, al Don Jorge, y los llevó al dicho matrimonio.	78⊘900	
Mas: docientos noventa y un mil docientos veinticinco reales y treinta maravedís que sobraron del cuerpo general del caudal de esta particion, segun se expresa à su final, en los que se incluye lo que Don Jorge heredó de su tio Don Alejandro, y llevó tambien á su segundo matrimonio, y lo que durante este anticipó á sus dos hijos del primero en cuenta de su legítima paterna.	291⊘225	30
Total del caudal del segundo matrimonio. .	370⊘125	30

El caudal inventariado por muerte de Don Jorge Sarmiento, y correspondiente á su segundo matrimonio, asciende á trecientos setenta mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís, como se ha sentado en la última suposicion, de cuyo total procedo à hacer las correspondientes deducciones.

Bajas comunes ó generales.

Se bajan de este caudal veinte mil reales que Doña Juana Velazquez llevó en dote à su matrimonio. . . . . 20ⓓ

Mas: treinta mil reales que su marido estaba debiendo cuando falleció, segun consta de la última declaracion del inventario hecha por su muerte. . . . . 30ⓓ

Mas: ciento diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís líquidos y efectivos que Don Jorge llevó por capital suyo sin responsabilidad alguna à su segundo matrimonio: setenta y ocho mil novecientos que le tocaron en la particion de los bienes de su primera muger, y treinta y un mil docientos veinticinco reales y treinta maravedís que mientras estuvo viudo parece haber heredado de su tio Don Alejandro Sarmiento, segun se ha referido en las suposiciones cuarta y quinta. . . . . 110ⓓ125 30

Total de bajas comunes. . . . 160ⓓ125 30

Hay de gananciales. . . . . 210ⓓ

Las partidas deducidas del total inventariado, y correspondientes al segundo matrimonio de Don Jorge, importan ciento sesenta mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís, y bajados estos de los trecientos sesenta mil ciento veinticinco y treinta maravedís, resultan de utilidades en él docientos diez mil; de los cuales se hace la deduccion siguiente.

Bajas de los gananciales.

Se deducen del total de los gananciales novecientos reales que, segun tasacion, importan los colchones, sábanas, mantas y demas cosas de que se compone el lecho cotidiano de Don Jorge y su viuda Doña Juana, á la que corresponde por permanecer en este estado. ⓓ900

Quedan de gananciales partibles con igualdad entre Don Jorge y Doña Juana. . . 209⊘100

Cuya mitad son. . . . . 104⊘550

De los docientos diez mil reales que importan los bienes que Don Jorge y Doña Juana lucraron mientras estuvieron casados, deduciendo novecientos por el lecho cotidiano, quedan líquidos y partibles entre ambos docientos nueve mil ciento, y tocan á cada uno ciento cuatro mil quinientos cincuenta; por lo que procedo á liquidar el haber de Don Jorge, y á hacer de él las deducciones que conforme à derecho y à su voluntad deben hacerse.

En el título 2, capítulo 4, desde el párrafo 13 hasta el 17 traté del modo de deducir la dote de la segunda muger cuando en su matrimonio hay gananciales y los acepta, y su marido tiene hijos del primero que no estan pagados de su haber materno, lleve ó no al segundo bienes equivalentes á cubrírsele, ó algunos mas suyos, ó ningunos; y à fin de no perjudicarla en su mitad, expliqué con la claridad posible los cuatro modos que pueden ocurrir. En el cuarto, por incluir en sí dos, aunque me parece dije lo suficiente, le remití á este lugar en que prometí formar la cuenta de los cuatro modos que allí expuse; y para poder desempeñar mi oferta tengo por indispensable dividir las dos partes que incluye dicho caso, y hacer con separacion de cada una la explicacion correspondiente para su mayor inteligencia.

La primera parte es cuando el padre lleva al segundo matrimonio bienes suyos y de sus hijos habidos en el primero, y durante aquel les da el todo ó parte de lo que les toca por su madre, y no mas. En este caso se puede hacer la cuenta de dos modos; el uno es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado à los hijos, deducir de él, hecho todo un cuerpo, la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro conforme le llevó à él; y hechas estas tres deducciones, será gananciales partibles entre la viuda y todos los hijos de su difunto marido el residuo. Y el otro modo es no hacer mérito ni agregar al caudal inventariado lo entregado à los hijos, y deducir únicamente lo que hecha la entrega quedó de su capital, como si nada mas hubiera llevado à su matrimonio, y saldrá la misma cuota y porcion de gananciales, como se demuestra en el siguiente ejemplo.

Suposiciones para formar la cuenta.

El caudal inventariado importa treinta mil reales. . . . . 30Ⓓ

La dote de la segunda muger ocho mil reales. 8Ⓓ

Las deudas del segundo matrimonio mil reales. 1Ⓓ

El capital del marido diez mil reales, y con cuatro mil que tocaban à sus hijos por su herencia materna, compone todo lo que llevó á su matrimonio catorce mil reales. . . . 14Ⓓ

Y lo que dió à sus hijos fueron los cuatro mil reales de su haber materno, y no mas. . . 4Ⓓ

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado.	30Ⓓ
Lo dado por el padre à sus hijos. . .	4Ⓓ
Total.	34Ⓓ

Bajas.

Dote de la segunda muger. . . .	8Ⓓ
Deudas del segundo matrimonio. . .	1Ⓓ
Capital que el marido llevó à él, suyo y de sus hijos.	14Ⓓ
Total de bajas.	23Ⓓ
Quedan de utilidades.	11Ⓓ
Cuya mitad son.	5Ⓓ500

Modo segundo.

Caudal inventariado.	30Ⓓ

Bajas de este caudal.

Dote de la segunda muger.	8Ⓓ
Deudas contraidas en el segundo matrimonio.	1Ⓓ
Capital propio del marido.	10Ⓓ
Total de bajas.	19Ⓓ
Quedan de utilidades para ambos.	11Ⓓ
Cuya mitad son.	5Ⓓ500

La segunda parte del dicho cuarto caso es cuando el padre no solo dió á sus hijos todo lo que tenia en su poder y les tocaba por su haber materno, sino que del caudal del segundo matrimonio les anticipó algo à cuenta del paterno. En este se puede hacer tambien la cuenta de dos modos: el primero agregando numéricamente al caudal inventariado lo que percibieron por su madre, y lo que les anticipó, y bajando de la suma de este total la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital íntegro que su padre entró en él; pues lo que quede, hechas estas deducciones, será la utilidad partible por mitad entre la viuda é hijos de su difunto marido: y el segundo, que es el que he observado en la presente particion ó ejemplar, se reduce á agregar únicamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó à sus hijos en cuenta de su legítima paterna, y bajar de lo que sumen estas dos partidas la dote segunda, las deudas expresadas, y lo que el padre llevó como fondo suyo sin responsabilidad al segundo matrimonio, y no mas; porque hechos estos descuentos, resulta la misma utilidad que del primer modo, segun se demuestra en las cuentas siguientes.

Suposiciones para formar la cuenta.

El caudal inventariado importa treinta mil reales.	30Ⓓ
La dote de la segunda muger ocho mil reales.	8Ⓓ
Las deudas de su matrimonio mil reales. . .	1Ⓓ

El capital que el marido llevó á él, diez mil reales, que con lo de sus hijos componen catorce mil reales. 14Ø

Y lo que dió à estos son ocho mil reales. . . 8Ø

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado. 30Ø
Lo entregado por el padre á sus hijos. . . 8Ø

Total del caudal. . . . 38Ø

Bajas.

Dote de la segunda muger. 8Ø
Deudas del segundo matrimonio. 1Ø
Capital que el marido llevó á él, incluso lo que era de sus hijos. 14Ø

Total de bajas. 23Ø

Quedan de gananciales. . . 15Ø

Cuya mitad son. 7Ø500

Modo segundo.

Caudal inventariado. 30Ø
Lo anticipado por el padre à sus hijos en cuenta de legítima paterna. 4Ø

Total del caudal. . . . 34Ø

Bajas.

Dote de la segunda muger. 8Ø
Deudas del segundo matrimonio. 1Ø
Capital liquido y propio sin responsabilidad alguna. 10Ø

Total de bajas. 19Ø

Quedan de gananciales. . 15Ø

Cuya mitad son. 7Ø500

Por las cuentas precedentes podrá formar el partidor en casos semejantes todas las que le ocurran de mayor ó menor caudal, entre hijos de dos, tres ó mas matrimonios, para no perjudicar á las mugeres ni à los hijos de las difuntas en su parte de gananciales, observando en cuanto à la deduccion del lecho cotidiano lo explicado en el título 2, capítulo 13, desde el párrafo 5 al 13. Por lo concerniente à los tres casos explicados en dicho título 2, capítulo 4, le remito à ellos por haberle ya dado bastantes luces, y asi paso à continuar el siguiente ejemplar.

Haber de Don Jorge.

Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital ciento diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís.	110⊘125	30
Mas: por su mitad de gananciales ciento cuatro mil quinientos cincuenta reales.	104⊘550	
Total haber suyo. . . .	214⊘675	30

Bajas de este haber.

Por las arras que ofreció à su muger once mil doce reales y veinte maravedís.	11⊘012	20
Por el luto que se le debe seiscientos reales.	⊘600	
Total de bajas.	11⊘612	20
Caudal líquido para distribuir. . .	203⊘063	10

Bajas de este caudal líquido para sacar la mejora.

Por lo que anticipó á sus dos hijos en cuenta de su legítima paterna diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís. . . .	10⊘125	30
Quedan para deducir la mejora.	192⊘937	14

Distribucion del caudal de Don Jorge entre sus hijos.

El caudal líquido de Don Jorge para sacar la

mejora son ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete reales y catorce maravedís.	192	937	14
Importa el quinto de estos. . . .	38	587	$16^{2}/_{5}$
Quedan para sacar el tercio. . . .	154	349	$31^{3}/_{5}$
El tercio de estos son.	51	449	$33^{1}/_{5}$
Quedan para legítimas.	102	899	$32^{2}/_{5}$

Aumento por via de colacion al caudal de legítimas.

Se aumentan al caudal que queda para legítimas paternas lo que se bajó para deducir la mejora que son.	10	125	30
Total de legítimas. . . .	113	025	$28^{2}/_{5}$
Total á cada uno de los cuatro hijos que dejó Don Jorge por su legítima paterna. . . .	28	256	$15^{3}/_{5}$
Y á cada uno de los de su primer matrimonio, mediante lo que tiene tomado.	23	193	$17^{3}/_{5}$

Liquidacion y repartimiento del quinto de los bienes de Don Jorge.

El quinto de los bienes que dejó Don Jorge Sarmiento asciende á treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete reales, diez y seis maravedís y dos quintos de otro.	38	587	$16^{2}/_{5}$

Bajas de él.

Se bajan mil reales, importe de su funeral.	1		
Mas: docientos once reales y veintiseis maravedís por la limosna de las cincuenta misas de la cuarta tocante á la parroquia, à cuatro reales, con mas ocho maravedís para cera y oblata.		211	26
Mas: seiscientos reales, limosna de las ciento cincuenta restantes hasta las docientas que			

mandó celebrar à los mismos cuatro reales. .	⊘500
Mas: diez reales que legó à las mandas forzosas.	⊘010
Mas: otros diez reales à los Reales hospitales. .	⊘010
Mas: doce reales por los derechos de visitar su testamento.	⊘012
Mas: quinientos cincuenta reales que legó à su criada.	⊘550
Importan estas deducciones. .	2⊘393 26
Total del quinto.	38⊘537 $16^{2}/_{5}$
Queda reducido á	36⊘193 $24^{2}/_{5}$

El total haber de Don Jorge Sarmiento por su capital y mitad de gananciales asciende à doscientos catorce mil seiscientos setenta y cinco reales y treinta maravedís, de que bajados once mil seiscientos doce reales con veinte maravedís por las arras y luto de su viuda, quedan líquidos docientos tres mil sesenta reales y diez maravedís, y separando de estos para el único efecto de sacar la mejora diez mil ciento veinticinco y treinta maravedís que anticipó à los dos hijos de su primer matrimonio, restan asimismo ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete y catorce maravedís, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedís y dos quintos de otro, y el tercio cincuenta y un mil cuatrocientos cuarenta y nueve, treinta y tres maravedís y un quinto; por lo que hay para legítimas ciento dos mil ochocientos noventa y nueve reales, treinta y dos maravedís y dos quintos, y agregados los diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís separados, asciende el caudal para legítimas á ciento trece mil veinticinco reales, veintiocho maravedís y dos quintos. De ellos tocan à cada uno de los cuatro hijos que dejó Don Jorge veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales, quince maravedís y tres quintos por su legítima paterna, y cada uno de los de su primer matrimonio descontándole cinco mil sesenta y dos reales y treinta y dos maravedís, mitad de los diez mil ciento veinticinco y treinta maravedís que su padre anticipó á entrambos, y se les aplicarán en vacío, corresponden veintitres mil ciento noventa y tres, diez y siete maravedís y tres quintos. En cuanto al quinto, bajando de su total dos mil trescientos noventa y tres reales y veintiseis maravedís, importe de los gastos del funeral,

misas y legados que hizo Don Jorge, quedan treinta y seis mil ciento noventa y tres, veinticuatro maravedís y dos quintos, que se aplicarán en usufructo à Doña Juana Velazquez, como se ha dicho en la última suposicion.

RESUMEN Y LIQUIDACION DE LO QUE TOCA A CADA UNO DE LOS INTERESADOS EN ESTA SEGUNDA DIVISION POR TODOS SUS DERECHOS.

Haber de Doña Juana Velazquez.

Doña Juana Velazquez debe haber por su dote veinte mil reales.	20Ⓓ	
Mas: por su mitad de gananciales ciento cuatro mil quinientos cincuenta reales. . . .	104Ⓓ550	
Mas: por el lecho cotidiano novecientos reales.	Ⓓ900	
Mas: por el luto ordinario seiscientos reales. .	Ⓓ600	
Mas: por las arras que le ofreció su marido once mil doce reales y veinte maravedís. . .	11Ⓓ012	20
Mas: en usufructo durante su vida por el remanente del quinto que su marido le legó, treinta y seis mil ciento noventa y tres reales, veinticuatro maravedís y dos quintos. .	36Ⓓ193	$24^{2}/_{5}$
Total haber de Doña Juana. . .	173Ⓓ256	$10^{2}/_{5}$

Haber de Don José Sarmiento.

Don José Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil docientos cincuenta y seis reales, quince maravedís y tres quintos.	28Ⓓ256	$15^{3}/_{5}$

Haber de Don Juan Sarmiento.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil docientos cincuenta y seis reales, quince maravedís y tres quintos.	28Ⓓ256	$15^{3}/_{5}$

Haber de Don Isidro Sarmiento.

Don Isidro Sarmiento debe haber por su legí-

tima paterna veintiocho mil docientos cincuenta y seis reales, quince maravedís y tres quintos.	28⊘256	$15^{3}/_{5}$
Mas: por la mitad de su mejora del tercio veinticinco mil setecientos veinticuatro reales, treinta y tres maravedís y tres quintos. . .	25⊘724	$33^{3}/_{5}$
Total haber de Don Isidro. . .	53⊘981	$15^{1}/_{5}$

Haber de Doña Ignacia Sarmiento.

Doña Ignacia Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil docientos cincuenta y seis reales, quince maravedís y tres quintos.	28⊘256	$15^{3}/_{5}$
Mas: por la mitad de su mejora del tercio veinticinco mil setecientos veinticuatro reales, treinta y tres maravedís y tres quintos. . . .	25⊘724	$33^{3}/_{5}$
Total haber de Doña Ignacia.	53⊘981	$15^{1}/_{5}$

Comprobacion de esta cuenta.

Por el haber de Dona Juana Velazquez. . .	173⊘256	$10^{2}/_{5}$
Por el de Don José Sarmiento.	28⊘256	$15^{3}/_{5}$
Por el de Don Juan Sarmiento.	28⊘256	$15^{3}/_{5}$
Por el de Don Isidro Sarmiento.	53⊘981	$15^{1}/_{5}$
Por el de Dona Ignacia Sarmiento.	53⊘981	$15^{1}/_{5}$
Por las deudas contra el caudal.	30⊘	
Por lo que importan las deducciones del quinto.	2⊘393	26
Total caudal del segundo matrimonio. .	370⊘125	30
Importa el inventario los mismos. . . .	370⊘125	30
Igual.	⊘	

Este resumen y liquidacion manifiestan que el haber de Doña Juana Velazquez por todos sus derechos asciende á ciento setenta y tres mil docientos cincuenta y seis reales, diez maravedís y dos quintos de otro: el de Don José Sarmiento por su legítima á veintiocho mil docientos cincuenta y seis reales, quince maravedís y tres quintos: el de Don Juan á otra igual

cantidad: el de Don Isidro por su legítima y mitad de mejora à cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un reales, quince maravedís y un quinto; y el de Doña Ignacia por iguales derechos à la misma cantidad: de suerte que agregando à estos haberes los treinta mil reales de las deudas contra el caudal, y los dos mil trecientos noventa y tres reales con veintiseis maravedís que se bajaron del quinto, componen todas las partidas los trecientos setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís inventariados; por lo que procederé à hacer las adjudicaciones à los interesados.

Por el modo y orden que observé en el primer ejemplar, podrá el partidor formar sus respectivas adjudicaciones à los interesados, aplicando en vacío, ó entrada por salida, lo que hubieren tomado à cuenta, y poniéndolo por primera partida, como que debe preceder á todas por ser anterior; y si los hijos del primer matrimonio no estuviesen pagados de su haber paterno ó materno, se les formará hijuela que comprenda ambas legítimas, pues en este ejemplar, por estarlo ya, no se las formé. Despues de hechas las adjudicaciones á los interesados, y la hijuela para el pago de las deudas que haya, en caso de formarse, por no haberse pagado antes de la particion, hará las declaraciones convenientes, segun ocurra, para lo que no le puedo dar regla fija, por ignorar lo que puede ocurrir que declarar.

Hijuela para el pago de las deudas que tenia contra si Don Jorge Sarmiento cuando falleció.

Doña Juana Velazquez, viuda de Don Jorge Sarmiento, debe haber, como pagadora que se la constituye de las deudas que este tenia contra si cuando murió, las partidas que se expresarán por menor en la forma y por las razones siguientes.

Haber.

Ha de haber diez mil reales que su difunto marido estaba debiendo à Santiago Delgado por escritura que otorgó à su favor tal dia, mes y año, ante tal escribano. 10⓪

Mas: seis mil reales que de veinte mil, importe de la obra que en su casa, de tal calle, hizo Francisco Sanchez, alarife, le quedó debiendo, segun consta de la cuenta ajustada y re-

cibos puestos á su continuacion, de lo que le habia satisfecho . . . . . 6@

Mas: cuatro mil que tambien debia á Lorenzo Lopez, segun vale de tantos de tal mes y año . . . . . 4@

Mas: novecientos reales que liquidadas cuentas con varios carreteros que trajeron materiales para dicha obra resultó deberles. . . . . @900

Mas: trecientos reales que debia á María de tal, su criada, por el salario de tanto tiempo, á tanto cada mes. . . . . @300

Mas: cinco mil reales, resto de una escritura de fianzas de diez mil que otorgó á favor de Don Juan Rodriguez por Roque Alvarez, su deudor, quien falleció sin dejar bienes con que pagárselos. . . . . 5@

Y últimamente ha de haber tres mil ochocientos reales que debia por administracion de los bienes de tal concurso, como resulta de la cuenta y su aprobacion judicial. . . . . 3@800

Total haber. . . . . 30@

Las partidas que debe haber Doña Juana Velazquez, como pagadora de las deudas de su marido, importan los treinta mil reales que se han deducido del cuerpo del caudal, para cuyo pago se le aplican los bienes siguientes.

Pago.

Se dan en pago y adjudicacion á dicha Doña Juana Velazquez veintitres mil reales que despues de pagados el funeral y misas de su marido, legados que hizo, y otros gastos, sobraron de los veintiseis mil que habia en dinero efectivo cuando falleció, y se pusieron por cuerpo del caudal . . . . . 23@

Mas: cuatro mil reales en tales alhajas de plata por su peso sin hechuras, segun se pusieron por cuerpo del caudal . . . . . 4@

Mas: tres mil reales que está debiendo N. por

tal razon, y debe entregar tal dia. . . . 30⓪

Total de bienes aplicados. . . 30⓪
Total haber. 30⓪

Queda pagada enteramente. . . ⓪

Las partidas aplicadas à Doña Juana Velazquez ascienden á treinta mil reales, y los débitos que debe satisfacer con ellas importan la misma cantidad, con que queda pagada enteramente; á cuya consecuencia se obliga á recoger de los acreedores las escrituras, vales, cuentas y papeles justificativos de sus créditos con los resguardos que deberán darle de habérselos pagado, y á entregarlos todos á los hijos de su marido para el suyo, y que nunca sean molestados por el todo ni parte de su importe; como tambien si para cobrar los tres mil reales del crédito que se le ha adjudicado hiciere algunos gastos judiciales por morosidad del deudor, le deberán abonar los hijos de su marido la mitad de ellos á prorata, quedando de su cuenta la otra mitad, como que lleva la de los gananciales enteramente.

Con arreglo á esta hijuela de deudas podrá hacer el partidor las que le ocurran de mayor ó menor suma; y si los interesados quieren, podrá incluir asímismo en ella, no solo las que el testador tenia cuando falleció, sino tambien las que ocurran despues de su muerte, con motivo de su entierro, gastos de inventario y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero ó bienes en que no tenga ninguna pérdida. Ademas, aunque nada esté satisfecho, se puede evitar el formarla separada; pues en aplicando al constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos, y expresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varía la sustancia, y surte el mismo efecto. Las particiones entre hijos de tres ò mas matrimonios deben evacuarse por el propio orden y método que esta, añadiendo las precisas suposiciones, y haciendo separadamente las liquidaciones y aplicaciones, segun ocurran los casos, por lo que omito poner mas ejemplares, mayormente cuando bastante luz tiene el partidor con los dos propuestos y sus advertencias, para gobernarse y no errar.

PARTICION EXTRAJUDICIAL HECHA POR LOS MISMOS HEREDEROS, Y REDUCIDA Á INSTRUMENTO PÚBLICO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos, Francisco, Diego y Juan Fernandez, vecinos de ella, hijos de legítimo matrimonio de Pedro Fernandez, difunto, y mayores de veinticinco años, dijeron: que en tantos de tal mes del presente falleció en esta villa el expresado su padre bajo del testamento que habia otorgado en tal dia de tal mes y año ante F., escribano del propio número, en el cual los instituyó por sus universales herederos, como únicos hijos suyos y de Andrea Perez, su difunta muger; que por su herencia aceptaron la suya con beneficio de inventario que hicieron solemnemente dentro del término, y con la pureza y escrupulosidad legal en presencia de F., escribano Real, á consecuencia de auto proveido ante mí à su instancia en tantos de tal mes por el señor N., corregidor de esta villa, de todos los bienes y créditos que se encontraron pertenecerle, los cuales se valuaron por los peritos que unánimes eligieron; y en fin que habiéndose concluido el inventario se pagaron las deudas que llegaron à su noticia tenia contra sí el referido su padre. Y considerando que de nombrar partidores judiciales para dividirlos se les ocasionarian crecidos gastos, delibcraron hacer por sí mismos la particion de ellos, y para que nunca se dudase de su verdad, reducirla á instrumento público, como en efecto lo han hecho segun su convenio, y me la entregan firmada por todos, para que se una à esta escritura, è inserte en sus traslados lo correspondiente con la adjudicacion hecha á cada interesado. Su literal tenor es el siguiente.

Aqui se insertan las suposiciones y lo correspondiente á cada uno por su haber cuando se le da su copia, y luego prosigue la escritura.

Y para que la expresada particion extrajudicial tenga la validacion que desean los interesados en ella, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete y de su libre voluntad, otorgan: que aprueban, ratifican y dan por hecha perfectamente la expresada particion con sus suposiciones *(si las tuviere)*, cuerpo del caudal, deducciones, adjudicaciones, declaraciones y todo lo demas que contiene, dándose por entre-

gados mutuamente á su satisfaccion de los bienes aplicados à cada uno, y de los títulos de pertenencia de los raices que le tocaron *(si no los hubiere, se omitirá esta expresion)*; y por no parecer de presente su entrega, mediante haber sido cierta y efectiva, como lo confiesan, renuncian la excepcion que podian oponer de no habérseles hecho, la ley 9. tit. 1. Part. 5. que trata de ella, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo, dándolos por pasados como si realmente lo estuvieran, y formalizando à su favor el recibo ò resguardo mas eficaz que conduzca à su seguridad: à cuya consecuencia se desapoderan y apartan por sí y sus herederos y sucesores del dominio, posesion y otro cualquier derecho que les corresponda indistintamente á los referidos bienes y cada cosa de la herencia, cediéndolo y traspasándolo todo entera y reciprocamente sin la menor reserva, puesto que con los que se les han aplicado, se hallan satisfechos y reintegrados de su total haber paterno. Asimismo se confieren el mas amplio è irrevocable poder que necesiten, con facultad de sustituirle, para que cada uno tome la posesion de los que se le adjudicaron, y los enagene y disponga de ellos á su arbitrio como de cosa suya adquirida con justo título, cuales lo son la adjudicacion que se les formó, y este instrumento, del que quieren se dé à cada uno copia autorizada con la insercion de su hijuela, suposiciones, declaraciones y demas que corresponda, à fin de que le sirva de título legítimo de pertenencia de su haber, con la cual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberse trasferido à todos y à cada uno la posesion y dominio de cuanto se les adjudicó. Ademas, declaran que en la valuacion de los bienes inventariados, y en la liquidacion, deducciones, cuota ó cualidad de los aplicados à todos tres, no ha habido lesion, engaño ni el mas leve perjuicio, por haberse practicado con rectitud y pureza, observando en su distribucion y repartimiento la proporcion correspondiente al haber de cada uno en todas sus clases sin causarles agravio; y en caso que se haya hecho, ya consista en error material de cálculo, ya en el modo y forma de liquidar, deducir, aplicar ó distribuir, ya en otra cosa que por olvido ò ignorancia no se haya tenido presente, se remiten la cantidad à que ascienda, sea mucha ò poca, haciéndose donacion pura, perfecta é irrevocable de ella, y renunciando à mayor abundamiento la ley 1.ª tit. 11. lib. 5. Rec. que trata de lo que se vende y permuta, y de otros contratos en que hay lesion en mas ò menos de la mitad de lo justo, y los cuatro años que prescribe para pedir la rescision de

dichos contratos ó el suplemento al legítimo y verdadero valor, de las cosas de que se habla en ellos. Tambien se obligan á que si en algun tiempo se descubrieren otros bienes ó créditos pertenecientes á la testamentaría del indicado su padre, los dividirán entre sí por la misma proporcion que los inventariados, sin diferencia; y con la misma prorratearán y pagarán las deudas que aparecieren contra su caudal, habiendo de poder ser compelidos á todo esto por rigor de derecho y vía ejecutiva, como igualmente al pago de costas, daños y perjuicios que el que se apodere de los bienes que se descubran ocasionare á los coherederos con resistirse á su manifestacion para dividirlos entre todos, ó diferirla maliciosamente, ó los que causare alguno de los otorgantes por ser moroso en pagar puntualmente la porcion que le toque de las deudas que aparecieren contra el caudal, deferido el importe de todo en su relacion jurada, ó de quien los represente, sin otra prueba ni averiguacion. Igualmente en cumplimiento de lo ordenado por la ley 9. tit. 15. Part. 6. se obligan á la eviccion y saneamiento de los bienes aplicados á cada uno, y á que si alguno de los raices ó redituables saliesen fallidos por pertenecer á tercero, ó estuvieren hipotecados ó afectos á gravamen ó responsabilidad que por ignorarse ó por otra causa legal, aunque asi no se especifique, no se dedujo, le reintegrarán de los que les quepa y deban resarcirle; y si se le moviere pleito sobre ellos ó cualquiera finca, por poco que valga, saldrán á su defensa, requiriéndoles conforme á derecho, y haciéndoselo saber en el término que este prefine, no de otra suerte; y le seguirán á sus expensas en todas instancias hasta ejecutoriarle y dejarle en su quieta y pacífica posesion, sin que tenga que gastar ni desembolsar de su caudal la mas leve cantidad; por manera que si requeridos y citados de eviccion en los términos propuestos no le siguieren, le ha de continuar el demandado, sin necesidad de interpelarlos mas en ningun estado del pleito, pues la primera citacion ha de ser perentoria para todos los trámites del juicio en cualquiera instancia; y en este caso si obtuvieren sentencia favorable le bonificarán y pagarán todas las costas y gastos que exprese haber expendido y originándosele, sígale por sí ó válgase de otro á quien satisfaga el trabajo de su solicitud; y si fuere condenado y despojado de la finca ó fincas litigiosas, le han de abonar enteramente los referidos gastos y perjuicios; el valor en que se le adjudicaron las fincas desmembradas y los frutos que en virtud de la sentencia haya restituido bajo de la propia pena de ejecucion y costas, girándo-

se la cuenta entre todos tres, pues si los bienes se hallaren proinliviso saldria todo de la masa comun, y tanto menos percibiria cada uno, sin que para eximirse de su abono les sufrague el querer imputar á culpa ó negligencia suya la pérdida del pleito, porque sobre ello no han de ser oidos en juicio, excepto que le abandone sin hacer defensa alguna, ó no apele de la decision condenatoria en tiempo y forma, ó que le comprometa sin expreso consentimiento por escrito de los coherederos, ú ocurra alguna de las otras causas, por las que segun derecho no hay obligacion á la eviccion de saneamiento de que tratan las leyes 36 y 37 del título 5, Partida 5, en cuyos casos y no en otro, sea el que fuere, no han de estar obligados á ella. A mas, se obligan á no reclamar esta escritura ni en todo ni en parte; y para su mas exacta y puntual observancia se imponen recíprocamente la pena de tantos reales *(si asi fuese)*, que ha de exigirse al infractor tantas cuantas veces contraviniere y se retractare de cumplir lo pactado, queriendo que ya la pague, ya se le remita, se lleve no obstante á debido efecto esta escritura en todas sus partes, sin alteracion, interpretacion ni tergiversacion, y que se suplan todos los defectos sustanciales de solemnidad y demas que contenga. Por tanto, á su cumplimiento obligan finalmente sus personas y bienes, muebles, raices, derechos presentes y futuros &c. *(En seguida las cláusulas generales.)*

Esta escritura se puede presentar al juez de la testamentaría para que la apruebe, aunque no es necesaria su aprobacion, por ser mayores de veinticinco años los herederos, y poder obligarse como quieran; pero si todos ó algunos de ellos fueren menores, se ha de impetrar licencia del juez para otorgarla, con intervencion de su curador de bienes ó de pleitos que debe concurrir al otorgamiento, y de que le ha de proveer no teniendo edad para nombrarle; pues si la tiene ha de obligársele á que le nombre, y no queriendo hacerlo, se nombrará de oficio por su contumacia. Ademas ha de preceder informacion de si es ó no util al menor, y despues de otorgada con las cláusulas y renuncias correspondientes á los contratos de menores, y explicadas en los capítulos 2 y 29 del título 4, libro 2 de esta obra, se le presentará para su aprobacion: lo cual ha de practicarse tambien siendo algun heredero loco ó fatuo. En la escritura se han de relacionar y unir á su protocolo los autos originales que precedieren, insertándose tambien el de su aprobacion con el pedimento en que se pretenda, en cada una de las hijuelas, excepto que el testador deje hecha la particion sin perjuicio de las legítimas

de sus herederos, ó que dipute persona de su confianza para hacerla sin intervencion de juez en la forma arriba expresada.

Si hubiere habido pleito sobre los derechos de alguno de los interesados, y antes de concluirse se transigieren acerca de ellos, se hará relacion de él y del convenio, poniéndose las cláusulas relativas á la estabilidad de las transacciones de que se trata en el capítulo 25, título 4, libro 2. Si no hay bienes raices ni otros productivos, ó aunque los haya, si los interesados mayores estipulan que no han de quedar obligados al saneamiento de los que les salgan fallidos ò se les quiten en juicio, sino que antes bien han de ser de cuenta y riesgo del despojado su pérdida y menoscabo, sin poder repetir por su importe contra los coherederos, se expresará asi omitiendo la cláusula que trata de él. Y si una finca raiz ò redituable se divide entre dos ó mas, como en este caso cada uno debe tener título de la parte que le cupo en ella, se expresará en la escritura; pues á todos se han de entregar copias testimoniadas de dicho título, en las que y en este se pondrán las notas competentes que contengan sustancialmente una misma cosa, quedándose el título original en poder del que lleve la mayor parte, ó sea mayor en edad, el cual se ha de obligar á manifestársele, y permitirles saquen á su costa copias de él con inclusion de la nota que se les ponga, siempre que se les pierdan ó rompan las que se les entreguen, como lo mandan las leyes 7 y 8. tit. 15. Part. 6.

ESCRITURA DE PARTICION.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos, Pedro y Antonio Lopez, vecinos de tal villa y hermanos enteros de Francisco Lopez, difunto, que lo fue de este, y Lorenzo Fernandez, de la propia vecindad, sobrino de este y de aquellos, é hijo legítimo y único de Juan Fernandez y de María Lopez, su muger, tambien difunta, y esta hermana igualmente entera de los tres; y todos los otorgantes, mayores de veinticinco años, dijeron: que el expresado Francisco Lopez, hallándose viudo falleció en tal dia de tal mes y año sin haber hecho disposicion testamentaria ni dejado posteridad legítima, con cuyo motivo el señor Don F., corregidor de esta villa, previno su abintestato, hizo recoger y custodiar sus bienes con toda seguridad, mandó llamar por edictos que se fijaron en ella y en la de los otorgantes á todos los que pretendiesen tener derecho á ellos por razon de parentesco, y citar á

estos por medio de su despacho emplazatorio, como se les citó en persona; á cuya consecuencia acudieron á su juzgado por mi oficio, en donde pende el abintestato, á legitimar su inmediato parentesco con el difunto, y solicitaron los declarase por sus únicos y legítimos herederos, como hermanos y sobrinos enteros suyos, por no haber otros parientes en igual grado de consanguinidad, presentando á este fin los documentos justificativos que lo acreditaban, y aceptando su herencia con beneficio de inventario; y en vista de los documentos é informacion que produjeron, de que en el término prefinido en los edictos no compareció nadie mas pretendiendo derecho á su herencia, y de ser pasado el legal y mucho mas, defirió á su solicitud ante mí en tal dia declarándolos por únicos herederos abintestato con igualdad del mencionado Francisco Lopez, como tales hermanos y sobrinos carnales suyos, habiendo por admitida su herencia con dicho beneficio, mandando se les entregasen sus bienes bajo la obligacion de satisfacer su funeral, y de hacer con la mayor prontitud por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, de que inmediatamente deberian darle cuenta con justificacion; y dando por libre á F., depositario de ellos, hecha su entrega del depósito que habia constituido y de la responsabilidad á que estaba obligado; y en virtud de esta declaracion y entrega hicieron inventario solemne y formal con la correspondiente exactitud de cuantos bienes y créditos en pro y en contra se hallaron, los que por evitar dilaciones y mayores gastos resolvieron dividir amigablemente por este instrumento; en cuya atencion para que tenga efecto su convenio en la forma que mas haya lugar en derecho: otorgan que dividen entre sí todos los bienes y efectos inventariados por fallecimiento del expresado Francisco Lopez, con arreglo á lo que por derecho y por la declaracion del auto referido les corresponde, en los términos y con las suposiciones siguientes. *(Aquí se pondrán las suposiciones, cuerpo del caudal, deducciones, liquidaciones y adjudicaciones por el orden y método que los dos ejemplares de particiones judiciales; y concluido todo proseguirá lo dispositivo en la escritura.)*

Y mediante haber examinado muy por extenso los otorgantes antes de ahora esta escritura, y visto que la particion que incluye está conforme á su convenio y á los derechos que les competen, sin contener el menor agravio en la cuota ni calidad de los bienes distribuidos, ni tampoco error de cálculo ni otro; la aprueban, dan por hecha bien y fielmente y con la legalidad que

se requiere, y de los aplicados á cada uno de los tres se dan por satisfechos y entregados á su voluntad; y aunque su entrega ha sido real y verdadera, como lo confiesan, por no parecer de presente, renuncian la excepcion &c. (*Proseguirá como la anterior.*)

Aunque esta escritura es diferente en la introduccion de la que precede, no se distingue en lo sustancial para su firmeza, y asi proseguirá como aquella, haciendo las declaraciones y obligaciones que correspondan y pacten los interesados, y quitando, mudando ó añadiendo lo conveniente y preciso, segun lo que ocurra. Si el depositario de los bienes los tiene en su poder por convenio de los interesados hasta que se evacue la particion, han de otorgar estos en ella carta de pago á favor suyo, dándole por libre de su responsabilidad y depósito.

El papel que corresponde á las divisiones hechas por abogados partidores para presentarlas á la aprobacion judicial, y para la extension de escrituras en el protocolo, es el del sello cuarto; y para las copias ó testimonios, bien sea de toda la division ó de las hijuelas, el que corresponda segun la cantidad que contengan, como se manda en la Real cédula de 12 de mayo de 1824 sobre el uso del papel sellado, inserta en el tomo 1.º

FIN DEL TOMO SEXTO.

INDICE

DE LOS TITULOS Y CAPITULOS QUE COMPRENDE EL TOMO SEXTO.

CONLINUACION DEL LIBRO TERCERO.

PAG.

Observacion preliminar. 3

TITULO PRIMERO.

Del inventario y tasacion de los bienes de la herencia. 7

CAP. 1.° *¿Que cosa es inventario, ante qué personas, cómo, en dónde, de qué bienes, y dentro de qué término debe hacerse, y contra quién prueba ò no?* . . . . . id.

CAP. 2.° *¿Que personas estan obligadas á hacer inventario solemne; cuándo deberá el heredero pagar las deudas del difunto, aunque sus bienes no alcancen para todo; y si por la formacion de dicho inventario se entiende haber aceptado ò no la herencia?* 24

CAP. 3.° *De la tasacion de los bienes inventariados, cómo y por qué personas ha de hacerse; y en caso de que estas esten discordes y hagan agravio en su valuacion, de qué remedios podrán usar los herederos.* 33

CAP. 4.° *¿En que pena incurre el heredero que oculta bienes de la herencia; y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion?* 47

TITULO SEGUNDO.

De la division de la herencia entre la viuda y los herederos del difunto. 66

CAP. 1.° *¿Que se entiende por particion? ¿de qué cosas y de cuántos modos puede hacerse? personas que pueden pedirla, ante qué juez, y mo-*

do con que este debe proceder en el juicio de particion. 66

CAP. 2.° *De los contadores, de su oficio y facultades, y de las reglas que deben observar para hacer justificadamente la particion y las adjudicaciones.* 79

CAP. 3.° *¿Como se han de dividir las cosas individuas, el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí, y las fincas enfitéuticas?* . . . 94

CAP. 4.° *Método que ha de seguir el contador para formar la cuenta y hacer la liquidacion. Deducciones que deben hacerse del caudal inventariado: la primera es la dote.* 102

CAP. 5.° *Deduccion de los bienes parafernales ò extrajudiciales.* 114

CAP. 6.° *Deduccion del capital que el marido llevó al matrimonio, y de los bienes que durante este heredó ò le donaron.* 119

CAP. 7.° *Deduccion de las deudas; ¿cuales habrán de bajarse del caudal inventariado? ¿De dónde se deducirán los derechos de inventario y particion, y si al heredero que defendió la herencia ò mejorò los bienes de ella, habrán de pagarse las expensas que hizo?* 123

CAP. 8.° *Del modo de dividir entre un consorte y los herederos del difunto los gananciales adquiridos durante su matrimonio, y mientras esté la herencia proindiviso.* 133

CAP. 9.° *Division de las mejoras hechas por los cónyuges en sus bienes libres y vinculados.* . . . 150

CAP. 10. *De la division de los frutos pendientes en los bienes de marido y muger disuelto el matrimonio, sean libres ò vinculados, háyalos llevado á este, ò adquirido durante él, uno de los dos consortes.* 158

CAP. 11. *¿Se ha de pagar á los hijos de los bienes gananciales la dote y capital que les dieren sus padres? ¿Si por muerte de alguno de estos deberán colacionar aquellos todo lo percibido, ò solamente su mitad; y si mejorando el padre á un hijo en el tercio de los bienes, y en finca lucrada durante el matrimonio, val-*

drá esta mejora en el todo, ó solo en la mitad correspondiente al mejorante?. 168

CAP. 12. *Deduccion de las arras, ó joyas y vestidos que el novio da ú ofrece á la novia.* . . . 172

CAP. 13. *¿De donde deberán deducirse el luto de la viuda y de los herederos del difunto, el vestido ordinario de aquella, y el lecho cotidiano que pertenece al viudo ó á la viuda?.* 180

CAP. 14. *¿Si los herederos del marido estarán obligados á dar alimentos á su viuda mientras se hace la particion, y de dónde habrán de deducirse?.* 188

TITULO TERCERO.

De la particion de bienes del que murió testado ó intestado entre sus descendientes legítimos, haya ó no mejora; entre los legitimados ó ilegítimos á falta de aquellos; y en su caso entre los ascendientes. Division de la herencia cuando el testador hubiere instituido herederos extraños. Causas por que pueden impugnarse y rescindirse las particiones. ¿Cuando habrá ó no lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á uno de los herederos ó al legatario?. 195

CAP. 1.° *¿Como se han de dividir los bienes del que murió testado entre sus descendientes legítimos cuando no mejoró á ninguno? Facultad que tiene para disponer del quinto, y aclaracion de varias dudas acerca de este.* . . . . . id.

CAP. 2.° *Gastos funerales y otros que deben deducirse del quinto.* 201

CAP. 3.° *De la division de los bienes del testador entre sus descendientes legítimos cuando mejoró á alguno de ellos.* 214

CAP. 4.° *De la division de frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en última disposicion: cuando pertenecen ó no al mejorado ó donatario, ya esten ó no pendientes en la finca consignada; y si este debe ó no restituirlos en caso de revocarla el testador.* 235

CAP. 5.° *De la colacion de bienes. ¿Que es colacion; por qué razon se introdujo; qué se requiere para que tenga lugar; entre qué personas debe ó no hacerse, y cuáles son los bienes colacionables?* 250

CAP. 6.° *¿A quien compete la accion para pedir y hacer la colacion? ¿á que tiempo se ha de entender para ver si la donacion es ó no inoficiosa? ¿por que precio se han de colacionar los bienes donados, y si el que los colaciona deberá ó no restituir sus frutos repudiando la herencia?* 289

CAP. 7.° *¿Si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes, y que por su muerte han de colacionar, como tambien de la cuarta marital, deberán ó no deducirse las mejoras hechas, y entregadas ó no á ellos mismos ó á otros mejorados, antes ó despues de la entrega de los bienes colacionables?* . . . 297

CAP. 8.° *De la obligacion que tienen los viudos ó viudas que pasan á segundas nupcias de reservar á los hijos ó descendientes legítimos de su primer matrimonio la propiedad de cierta clase de bienes.* 325

CAP. 9.° *Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de los hijos legítimados é ilegítimos, para la sucesion testamentaria de sus padres.* 331

CAP. 10. *Observaciones acerca de la sucesion por testamento de los ascendientes á sus legítimos descendientes. ¿De que parte de sus bienes podrán estos disponer en perjuicio de aquellos; si de ella se han de sacar ó no los gastos de su funeral y legados; y últimamente si tendrá lugar la colacion entre los ascendientes?* . . 339

CAP. 11. *Observaciones acerca de los legados: modo de deducirlos: ¿si los hechos por el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor, y con la décima correspondiente al tutor? De la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y si revocándose el*

legado deberá ó no restituir el legatario los que percibió. 345

CAP. 12. *Division de los frutos de la finca que vendió el testador y no entregó al comprador. Idem de la finca enfitéutica, caso que el enfiteusis denominacion haya de volver al señor del dominio directo por muerte del enfiteuta. Idem de los frutos y pensiones de beneficios eclesiásticos entre los herederos del beneficiado y el sucesor. Idem de los frutos pendientes del mayorazgo entre el sucesor y los herederos del poseedor. Idem de los frutos que el usufructuario deja cogidos ó pendientes.* 371

CAP. 13. *De la sucesion de bienes libres entre ascendientes, descendientes y trasversales cuando mueren abintestato, ¿que deberán distribuir unos y otros por el alma del difunto? ¿si en caso de duda debe graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato?* 387

CAP. 14. *Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de la division de la herencia cuando el testador hubiere instituido herederos extraños.* 397

CAP. 15. *De las causas por que pueden impugnarse y rescindirse las particiones.* 400

CAP. 16. *¿Cuando habrá ó no lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos, ó al legatario á quien se adjudican?* 408

INDICE

DE LOS PEDIMENTOS, AUTOS Y DILIGENCIAS

QUE OCURREN EN LOS JUICIOS DE INVENTARIOS Y PARTICION.

PAG.

Del modo de extender el inventario y tasacion de bienes de difunto. 52
Inventario à instancia de parte. = Pedimento. . . . . id.
Notificacion, aceptacion, juramento, obligacion y fianza del curador. 53
Discernimiento de curaduría de pleito. 54
Citaciones. 56
Primer dia de inventario. . . . . id.
Conclusion del inventario, juramento, y protesta del que lo hizo. 58
Tasacion de bienes. 59
Nombramiento de tasadores. . . . . id.
Notificacion à un tasador. . . . . id.
Primer dia de tasacion. 60
Inventario de oficio por muerte abintestato de alguno. . 62
Auto para prevenir un abintestato. . . . . id.
Fe de muerte del cadaver y requerimiento à la viuda para la entrega de llaves. 63
Informacion sobre la identidad del difunto. . . . . id.
Auto para que se dé sepultura al cadaver, y se inventarien los bienes. 64
Sobre declarar á un pariente del difunto por su heredero abintestato. . . . . id.

EJEMPLARES Ó MODELOS DE PARTICION.

1.°

Particion de los bienes que dejó un marido entre su viuda é hijos de ambos con mejora y colacion. 413

2.°

Particion de los bienes del marido entre su viuda é hijos de dos matrimonios con reserva, mejora y colacion. . 431

3.°

Particion extrajudicial hecha por los mismos herederos, y reducida à instrumento público. 463
Escritura de particion. 467

DEP-A9E-1817

FEBRERO NOVISIMO,

Ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

R. 97240

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL,

Y ALGUNOS OTROS:

POR DON EUGENIO DE TAPIA,

individuo de la inspeccion de Estudios, y Magistrado honorario de la Audiencia de Valladolid.

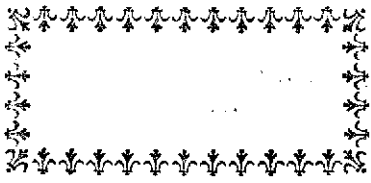
Tercera edicion,

Revista y corregida, y añadida con la Jurisprudencia Mercantil, con arreglo al Código de Comercio, que comprende los dos tomos del suplemento.

TOMO SEPTIMO.

VALENCIA: IMPRENTA DE DON ILDEFONSO MOMPIÉ
DE MONTAGUDO.

AÑO 1837.



TRATADO
DEL JUICIO CRIMINAL.

TITULO I.

DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS.

CAPITULO PRIMERO.

De los delitos en general.

§. 1. ¿Que es delito?

2 hasta el 7. El pensamiento ó mero conato de delinquir no es delito, á menos que se empezare á poner por obra. Disposicion notable de la ley de Partida sobre este asunto, y reflexiones del señor Lardizabal acerca de lo mismo.

8. Para que sea criminal la transgresion de la ley que manda ó prohibe alguna cosa, es preciso que se ejecute voluntariamente ó con conocimiento.

9. Sin embargo hay casos en que el hombre puede ser responsable de un delito, aun cuando no tuviere ánimo deliberado de cometerle, ó le faltare el conocimiento necesario cuando ejecuta el hecho criminal, si antes pudo evitarlo.

10. ¿Que se entiende por cuasi-delito?

11. A veces sucede que aun cuando el hombre cometa deliberadamente una accion que en abstracto se reputa criminal, no lo sea por algunas circunstancias particulares.

12. Tampoco delinque el hombre por falta de intencion deliberada, cuando casualmente incurre en la transgresion de la ley.

13. El delito se comete en daño ú ofensa del Estado, ó de alguno de sus individuos. Division general de los delitos que resulta segun la diversidad de esta ofensa.

14. Del delito notorio, y comun ó no notorio.

15. Delitos infamatorios, y otros que no lo son.

16. ¿Cuales se llaman delitos nominados, y cuales innominados?

17. Hay delitos atroces, graves y leves. ¿Como deberá graduarse la gravedad de los delitos?
18, 19 y 20. Circunstancias que pueden acompañar á los delitos. Primera. Condicion, edad y otras calidades del ofensor.
21. ¿Si serán capaces de delinquir los sordo-mudos?
22. Por la debilidad del sexo se considera menos culpables á las mugeres en ciertas transgresiones.
23. Segunda circunstancia. Calidad de la persona agraviada ú ofendida.
24. Tercera circunstancia. Lugar ó sitio donde se cometió el delito.
25. Cuarta. De qué medios ó instrumentos se valió el delincuente.
26. Quinta. Si es reincidente, ó tiene costumbre de delinquir.
27. Sexta. Por qué motivo se cometió el delito.
28. Séptima. De qué modo se ejecutó.
29. Octava. Cuando se perpetró.
30 y 31. De la diferente responsabilidad que tiene la persona que cometió el delito como principal, y la que tuvo parte en él solamente como cómplice.
32. Responsabilidad del que manda cometer un delito.
33. Responsabilidad del que aconseja á otro la ejecucion de un delito.
34. Idem del que no revela ó tolera los delitos.
35. De los encubridores y receptadores de los delincuentes.
36 y 37. Doctrina del señor Lardizabal sobre la diferencia de castigo que debe darse al inmediato ejecutor, y al que no concurrió inmediatamente á la ejecucion del delito.
38. De la prescripcion de los delitos.
39 hasta el 48. Máximas generales sacadas de la doctrina anterior.

1. Delito es la transgresion ó quebrantamiento de una ley, ejecutado voluntariamente y á sabiendas, en daño ú ofensa del Estado, ó de alguno de sus individuos. Explicaré esta definicion para sentar ciertos principios generales que deben tenerse presentes, á fin de conocer bien la naturaleza de los delitos.

2. Primeramente para que haya delito es preciso que se quebrante una ley por la cual se mande ó prohiba hacer algo, asi como para que una accion en lo moral se diga pecaminosa, se requiere precisamente la infraccion de algun precepto divino ó eclesiástico. Dicha transgresion ó quebrantamiento ha de consistir en un acto positivo; pues el pensamiento ó mero conato de delinquir será pecado, mas no delito merecedor de pena No

obstante si este conato empieza à ponerse por obra, será ò no punible segun las circunstancias y la calidad del delito, como dispone la ley 2. tit. 31. Part. 7. que dice asi: »Pensamientos malos vienen muchas vegadas en los corazones de los homes, de manera que se afirman en aquello que piensan para cumplirlo por fecho: et despues deso asman que si lo compliesen, que farien mal, et repiéntense. Et por ende decimos que cualquier home que se repintiese del mal pensamiento ante que comenzase à obrar por él, que non meresce por ende pena ninguna; porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los homes. Mas si despues que lo oviesen pensado, se trabajasen de lo complir, comenzándolo à meter en obra, maguer non lo compliesen del todo, entonces serien en culpa et merescieren pena de escarmiento segunt el yerro que ficiesen, porque erraron en aquello que era en su poder de se guardar de lo facer si quisiesen. Et esto serie como si algunt home oviese pensado de facer alguna traicion contra la persona del Rey, et despues comenzase en alguna manera à meterlo en obra, asi como fablando con otros para meterlos en aquella traicion que habia pensado, ò faciendo jura ò escripto con ellos comenzándolo à meter en obra; ò en otra manera alguna semejante destas, maguer non viniese al fecho acabadamente. Et eso mismo serie si viniese en voluntad de algun home de matar à otro, si tal pensamiento malo como este comenzase à lo meter en obra, teniendo alguna ponzoña aparejada para dargela à beber, ò tomando cuchillo ò otra arma desnuda, et yendo contra él para lo matar, ò estando armado acechándolo en algun lugar para darle muerte, ò trabajándose de lo matar en alguna otra manera semejante destas, ò metiéndolo en obra; ca maguer non lo compliese, merece seer escarmentado, bien asi como si lo oviese complido, porque non fincó por él de lo complir si pudiera. Otrosí decimos que si alguno pensase de robar ò de forzar alguna manceba virgen ò muger casada et comenzase à meterlo en obra, trabando de alguna de ellas para cumplir su pensamiento malo ò levándola rabida, ca maguer non passase à ella: meresce ser escarmentado; bien asi como si oviese fecho lo que cobdiciaba, pues que non fincó por él, por cuanto él pudo facer que se non cumplió el yerro que habie pensado. Et en estas cosas sobredichas tan solamente há lugar lo que dijimos que deben recibir por escarmiento los que pensaron de facer el yerro, pues que comienzan à obrar dél; maguer no lo cumplan: mas en todos los otros yerros que son menores que estos, ma-

guer los pensasen los homes de facer et comenzasen à obrar, si se repintieren ante que el pensamiento malo se cumpla por fecho, non merescen pena ninguna."

3. »La terminante y clara disposicion de esta ley, dice el señor Lardizabal (1), no deja lugar à las varias interpretaciones de los doctores, y debe seguirse à la letra, mientras no sea derogada por legítima potestad. Pero cuando se trata de la reforma de las leyes, es preciso exponer las razones que en mi juicio prueban convincentemente, que en ningun delito se debe castigar el conato con la misma pena que el efecto, y cuanto mas atroz fuere el delito, tanto mas se debe seguir esta regla, por pedirlo asi la pública utilidad.

4. »El primero y principal, ò por mejor decir, todo el objeto de las leyes penales, segun nuestros principios, es el bien de la sociedad y de los particulares que la componen. Por eso mientras mayor fuere el perjuicio que puede seguirse de algun delito, tanto mas importa evitarle, y tanto mas deben valerse las leyes de todos los medios posibles para conseguirlo. Esto supuesto no hay duda que entre el conato y la consumacion del delito hay algun intervalo, y por consiguiente puede haber lugar al arrepentimiento. Conviene pues al bien de la sociedad que en vez de poner obstáculos que impidan este arrepentimiento, le faciliten y promueban las leyes por todos los medios posibles, pues cuantas veces se verificare, otros tantos delitos se evitarán.

5. »Pero ¿quien habrá que habiendo empezado à cometer un delito desista de su empresa, si sabe, que aunque desista, ha de sufrir la misma pena que si se hubiera consumado la accion? ¿No es esto por el contrario cerrar enteramente la puerta al arrepentimiento, y poner estímulos, no solo para que se lleve à efecto el intento, sino tambien acaso para que se acelere y precipite la ejecucion?

6. »Pongamos el ejemplo en uno de los casos comprendidos en la ley de partida arriba inserta. Si un hombre intenta matar à otro, y comenzare à ponerlo por obra, yendo contra él con armas, ò estando acechándole en algun lugar para matarle, *maguer non lo cumpliese*, dice la ley, *meresce ser escarmentado asi como si lo oviese cumplido*. Este hombre constituido en semejantes circunstancias, ¿quien duda que discurriria de esta suerte? Aunque yo no mate à mi enemigo, por solo haberlo inten-

1 Discurso sobre las penas, cap. 4. §. 2. num. 25 y siguientes.

tado ya, he de sufrir la misma pena que si le matara: pues si de todos modos he de perder la vida, quiero tener al menos el gusto de satisfacer la pasion que me impele á hacer este atentado.

7. »Por el contrario, si el que comenzó á cometer un delito, sabe que si desiste de su depravado intento, ha de ser castigado con menos severidad que si le pone en ejecucion, ¿cuantas veces el amor á la vida ó el temor de la mayor pena contrapesarán los impulsos de las pasiones, é impedirán el daño que recibiria la sociedad con la consumacion del delito? Quien no crea que los hombres, generalmente hablando, discurren y obran de esta suerte, no conoce el corazon humano ni la depravacion de nuestra naturaleza." (1).

8. En segundo lugar se requiere que la transgresion se haga voluntariamente y á sabiendas, esto es, que en ella tengan parte el entendimiento y la voluntad: asi que no deben reputarse acciones criminales las que se ejecutan á impulso de una violencia irresistible, porque falta el consentimiento. Asimismo no lo serán las que proceden de ignorancia ó falta de conocimiento del fin y consecuencias del hecho que se ejecuta, ya por no estar aun formada la razon, ya por tenerla perdida ó extraviada. Por tanto la ley considera como incapaces de delinquir, y por consiguiente exentos de pena á los menores de diez años y medio, á los dementes y fatuos; siendo de notar en cuanto á los menores que la ley los exime de toda pena hasta los catorce años en los delitos de lascivia, pero no en otros, siempre que hayan cumplido los diez y medio (2). En orden al demente debe saberse que si delinquió estando en sano juicio, y le sobreviene la locura, se espera á que cure para hacerle cargo, oirle en defensa y castigarle. Sino consta que fuese loco al tiempo de la perpetracion, se presume que lo hizo con todo conocimiento; pero constando que antes lo estaba, se juzga que tambien se hallaba asi cuando cometió el delito; y si se dudare en que tiempo delinquió el que

1 Véanse las otras reflexiones que hace este docto magistrado en los párrafos siguientes sobre el mismo asunto.

2 No deja de parecer extraño que la ley considere al menor de catorce años, y mayor de diez y medio falto de conocimiento para un delito de lujuria, y dotado de discernimiento para otros; pues siendo bastante capaz para conocer la malignidad y consecuencias de estos, tambien deberá discernir la gravedad de un adulterio, por ejemplo; á no ser que esta disposicion legal se funde en la violencia con que arrastra la sensualidad á los jóvenes, en quienes un extravío de esta clase puede considerarse como un efecto de su inexperiencia y debilidad, al paso que la perpetracion de otro delito infamatorio como el robo, supone una depravacion y malignidad de caracter. Véase la ley 9 tit. 1. Part. 7.

tiene lúcidos intervalos, se presume que fue en tiempo de la demencia ó furor (1). En suma, siempre en caso de duda, siendo esta racional y fundada, se resuelve el asunto á favor del que se dice loco (2). Pero si no fuere fundada la duda, deberá el juez desatender la excepcion que se apoya en ella.

9. No obstante el principio general que acabo de sentar, de que para constituir delito es preciso que la transgresion de la ley se haga voluntariamente y con conocimiento del acto ilícito, hay casos en que uno puede ser responsable de un delito, aun cuando no tenga ánimo deliberado de cometerle, ó le falte el discernimiento necesario para evitarle. El que dispara una escopeta en un camino público, un paseo ú otro parage de tránsito donde está prohibido tirar, y mata á una persona, aun cuando su ánimo fuese matar un ave ú otro animal, comete un homicidio; pues aunque no tenia tal intencion, debia conocer cuan expuesto era que pasase un hombre y sucediese este fracaso. Sin embargo este hecho, aunque criminal, no es de la misma especie que el homicidio ejecutado deliberadamente. El que en estado de embriaguez mata á otro sin conocer lo que hace, tambien comete un homicidio en cierto modo voluntario, porque antes de embriagarse conocia que los hombres se exponen con la embriaguez á semejantes extravíos, y debió evitarlo, mayormente si ya en otras ocasiones se ha embriagado ó lo tiene por costumbre (cuya circunstancia le hace en concepto de algunos verdadero reo), no siendo tan culpable el inexperto que bebe alguna vez en demasia, ignorando los efectos que podrá causarle esta intemperancia (3). En estos y otros casos semejantes no hay duda que el hombre delinque, pero no tan gravemente como cuando ejecuta aquella misma accion con un pleno conocimiento y una intencion determinada. Para distinguir dichos actos no tan criminales de los verdaderos delitos, se les da el nombre de *culpa*, porque efectivamente la hubo, aunque esta es diferente del dolo, ó por mejor decir, la malignidad que interviene en el delito verdadero. Asi es que dicha culpa se castiga con menor pena que este: y como aquella puede ser mayor ó menor, convendria que hubiese una escala de penas, señalando una para la culpa máxima ó gravísima que se acerca al dolo, otra para la culpa leve ó media, y otra para la mínima. Será la culpa máxima cuando las circunstancias de la accion muestran que el

1 Parlad differ 86. Farinac. quæst. 94.
2 Menoch. *de præsumpt.* lib. 6. præsumpt. 45. desde el num. 63.
3 Farinac. *in praxi*, quæst. 20 y 23.

agente conocia con toda plenitud la posibilidad del efecto producido por dicha accion. Culpa media cuando es menor ó mas remoto el conocimiento de dicha posibilidad; y mínima cuando es ínfimo ó remotísimo dicho conocimiento. A este modo pueden establecerse tres grados para el dolo, á saber: será este ínfimo cuando la causa impulsiva es fuerte, ó la accion se ha cometido en el ímpetu de una pasion violenta: será el dolo medio cuando la causa impulsiva es debil, ó la accion se ha cometido con madura reflexion; y máximo cuando se ha cometido con causa ó sin ella, pero con perfidia ó con una crueldad excesiva. A estos diversos grados de criminalidad en el dolo, debieran tambien arreglarse las penas.

10. Los jurisconsultos llaman cuasidelito cualquier exceso que sin ser propiamente delito se aproxima á él: por ejemplo, la sentencia injusta que da el juez por ignorancia ó impericia, sin que intervenga dolo, pues mediando este será delito verdadero (1). El daño que se causa á los transeuntes con aquello que se arroja de las casas, ó que está pendiente y cae de ellas á las calles y otros sitios de tránsito, sin precaverlo (2). Lo que hurtan en una posada ó un buque al viajante ó pasajero los sirvientes del posadero ó del patron sin su mandato ni consejo, y en otros casos semejantes (3) Estos cuasidelitos son propiamente culpas, y tales deben llamarse con propiedad.

11. Sucede tambien á veces, que aun cuando el hombre cometa deliberadamente una accion que en abstracto se repute criminal, no lo sea por algunas circunstancias particulares, en cuya consideracion la ley declara no ser delincuente el hombre en tales casos, como, por ejemplo, los siguientes. 1.° El que mata á otro en defensa de su propia vida amenazada por este, siempre que no exceda los verdaderos límites de la defensa natural al hombre, esto es, que lo haga como dicen los jurisconsultos *cum moderamine inculpatæ tutelæ* (4). 2.° El que sorprende á su muger cometiendo adulterio, y la mata juntamente con el adúltero. 3.° El que halla en su casa á un hombre yaciendo con su hija ó hermana, y le mata (5). 4.° No es tampoco reo de homici-

1 Ley 24. tit. 22. Part. 3.

2 Leyes 25 y 26. tit. 15. Part. 7.

3 Ley 7. tit. 14. Part 7. La misma ley pone otros ejemplos de esta doctrina.

4 Leyes 2. tit. 8. Part 7. y 4. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec. Acevedo en la ley 5 de dicho tit. 21. trae varias ampliaciones de esta doctrina. Antonio Gomez 3. *Var.* cap. 3. num. 24. dice: que si el acometido, no estando verdaderamente en peligro de muerte, ó pudiendo evitarla huyendo sin deshonra, matare al agresor, debe ser castigado, no con pena de muerte sino con otra extraordinaria

5 Ley 1. tit. 21. Lib. 12. Nov. Rec.

dio el que mata á un hombre que se lleva á una muger por fuerza para violarla, ó despues de haberla disfrutado. 5.° Ni el que mata al ladron, á quien encuentra de noche robando en su casa y no quiere dejar el hurto, ó quebrantándola para entrar, ó bien si huyere con la cosa robada, y no quisiere darse á prision. 6.° Ultimamente no comete delito de homicidio el que mata á otro en defensa de su señor, de su padre, hijo ó hermano, cuya muerte le toca vengar (1). Ademas de estos casos refiere otros la ley 3. tit. 8. Part. 7; á saber: 1.° cuando uno matare á caballero que desampara á su señor dentro del campo ó en hueste, ó se pasare á los enemigos, y queriéndole prender en la carrera para llevarle á su señor, ó á la corte del Rey, se defendiere. El que mata á quien le quema ó destruye de noche sus casas, campos, mieses ó árboles, ó de dia apoderándose por fuerza de sus cosas; y últimamente el que mata al ladron conocido, ó salteador de caminos; lo que limita Gregorio Lopez en la glosa 11 de dicha ley 3, al caso en que el ladron se resiste sin dejarse prender.

12. Tampoco delinque el hombre por falta de intencion deliberada, ó como se dice en el derecho por caso fortuito, incurre en la accion ú omision reprobada ó prescrita por la ley; debiendo no obstante advertirse, que cuando la ocasion ó el acaso dimanó de su culpa, ha de ser castigado con otra pena mas leve (2); pero con ninguna, si de su parte no hubo la menor culpa.

13. Ultimamente dije en la definicion del delito, que para serlo habia de cometerse en daño ú ofensa del Estado ó de alguno de sus individuos; pues las acciones ú omisiones que no perjudican á la sociedad ni á los particulares, son indiferentes, y no estan sujetas al rigor de las disposiciones coercitivas, ya

1 Dicha ley 1. del tit. 21. Acevedo comentándola hace algunas observaciones notables acerca de los casos 2.°, 3.°, 4.° y 5.° En cuanto el 2.° manifiesta fundado en la misma ley 1. que para eximirse de pena el marido, es indispensable que mate no solo al adúltero sino tambien á su muger, por las razones que expondré en el prontuario de los delitos, palabra *adulterio*. En orden al caso 3.° dice: que tiene tambien lugar la impunidad del matador, aunque no hubiese fuerza para cometer el delito que allí se expresa. En la explicacion del caso 4.° opina que no es reo el matador, aunque no sea pariente de la forzada. El caso 5.° le amplia tambien al ladron que hurta de dia, no pudiendo el robado prenderle sin peligro, sobre lo cual puede verse á Gregorio Lopez en las glosas de la ley 3. tit. 8 Part 7, y á Covarrubias en la clementina *Si furiosus*. Tambien da extension al caso 5.°, comprendiendo al marido que matare á otro por dar auxilio ó defensa á su muger, y asimismo á los parientes dentro del cuarto grado del que es acometido por un agresor. Sala *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 2. tit. 24. num. 12, 13, 14 y 15.

2 Leyes 4. tit. 8. Part. 7. y 13 y 14. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec.

dimanen estas del código penal, ya de reglamentos de policía, que tampoco es lícito quebrantar. Resulta de lo dicho una division general, bajo la que pueden clasificarse muy bien todos los delitos, esto es, en públicos y privados. Delito público es el que ofende inmediatamente al Estado, como el que se comete en ofensa de la religion, del Soberano ó de la patria, ó directamente á cualquier individuo, pero causando grave daño á la república, por ejemplo, un asesinato. Delito privado es el que daña ú ofende directamente á un individuo de la sociedad, sin causar á esta un gran perjuicio, por ejemplo, el baldon ó la injuria (1).

14. Segun las circunstancias de la perpetracion del delito y modo de proceder en su averiguacion y castigo, dividen tambien los jurisconsultos el delito en notorio y comun, ó no notorio. Llámase notorio el que se comete en presencia del juez estando en el tribunal ó de oficio, ó bien ante la mayor parte de los vecinos del pueblo, ó de muchos sugetos, y para cuyo castigo no se necesita acusacion, litiscontestacion ni prueba (2), como se dirá mas extensamente cuando se trate del orden especial y extraordinario de proceder en esta clase de delitos. Comun ó no notorio se denomina cualquiera otro que no se comete con dicha publicidad, y que se juzga y castiga por el orden regular que prescriben las leyes; siendo de advertir que el hecho ó delito notorio no es lo mismo que el manifiesto; y que el delito en fragante puede ser notorio y dejar de serlo.

15. Aunque todo delito degrada y menoscaba la reputacion del que le comete, hay algunos que llevan consigo cierta nota particular de infamia, por la cual se llaman infamatorios, y otros que no lo son. Por ejemplo, aquellas transgresiones que dimanan de falta de reflexion ó de una pasion arrebatada, como la ira, los celos &c. no denigran al sugeto; pero aquellos hechos que suponen en el delincuente un olvido de sus primeras obligaciones, ó un ánimo envilecido, depravado y reincidente, envilecen y desbonran.

16. Los prácticos suelen tambien dividir el delito en nomi-

1 Los antiguos romanos llamaban delitos públicos á aquellos en que se daba facultad á cualquiera del pueblo para acusarlos; y privados á aquellos de que solo podia acusar la parte agraviada. Esta misma distincion adoptaron nuestros jurisconsultos, pero en el dia es inutil bajo este aspecto, pues ya los jueces por costumbre pueden conocer de oficio de los delitos, sean públicos ó privados, excepto de algunos que se especificaran cuando se trate de la *acusacion*, en que solo puede hacerlo el particular ofendido.

2 Ayllon tom. 3. *Var.* cap. 1. num. 11. Farinac. *in prax.* quæst. 21.

nado é innominado, á semejanza de los contratos. Llaman nominado á aquel que designan las leyes, y castigan con determinadas penas, por ejemplo, el hurto: innominado es el que sin tener nombre en las leyes ofende ó se opone en algo al derecho natural, de gentes ó civil; por ejemplo, la desobediencia á los magistrados, el excesivo rigor ó mal trato que da el marido á la muger, la conducta licenciosa de algun sugeto, y otros que aunque carecen de nombre particular, son realmente delitos públicos ó privados, bastando que un hecho sea criminal por su naturaleza para merecer el condigno castigo (1).

17. Asimismo dividen los intérpretes el delito en atrocísimo, atroz, grave y leve; pero como la mayor ó menor gravedad del delito pende de una multitud de circunstancias, paso ahora à explicarlas, y de este modo se conocerá la verdadera medida ó cantidad de los delitos. La mayor ó menor gravedad de estos, ha de regularse principalmente por el daño ó perjuicio que hagan à la sociedad, y asi cuando mayor sea este, otro tanto mas grave será el delito: mas criminal pues será, y con mayor rigor deberá ser castigado el regicida, que el simple homicida; el salteador de caminos, que el ratero &c. Pero esta regla sola, aunque nos muestra la diferencia de perversidad ó daño que hay entre los diversos delitos, no basta para hacernos ver la mayor ó menor gravedad que puede haber en un mismo crimen, y en la violacion de una misma ley, por las circunstancias diferentes que pueden acompañarle. Un hurto, por ejemplo, puede cometerse con fraccion de puertas ó sin ella, de dia ó de noche, en casa ó en un camino público, por un doméstico ó por otra persona, y segun estos diferentes modos de cometerle, será mas ó menos grave en unas personas que en otras, en tal lugar ó en otro diferente. Asimismo un homicidio puede cometerse con premeditacion, ó en una riña à impulso de un movimiento repentino de cólera. Estas diversas circunstancias son las que deben examinarse atentamente, sino para fijar una medida exacta y geométrica de los delitos, lo cual siempre será imposible, al menos para no confundir los unos con los otros, ni imponer mayor pena al que tal vez la merezca menor.

18. Casi todas las circunstancias que pueden acompañar à los hechos criminales, se hallan comprendidas en el siguiente verso latino:

Quis, quid, ubi, per quos, quoties, cur, quomodo, quando:

1 Gom. *Var.* tom. 3. cap. 3 num. 33.

esto es, quién es el ofensor y el ofendido, cuál es el delito, dónde fue cometido, de qué medios ó instrumentos se valió el delincuente, cuántas veces incurrió en él, por qué motivo, de qué modo y cuándo. Explicaré por su orden estas diversas circunstancias, y ellas acaso darán un resultado, sino enteramente satisfactorio, por lo menos aproximado à la certidumbre que se necesita para no castigar con injusticia al inocente, ó imponer una pena excesiva al menos culpado.

19. ¿Quien es el ofensor, y quién el ofendido? En cuanto al primero deben tenerse presentes su condicion, su edad y otras calidades que den à conocer su mayor ó menor malicia. Un vasallo, un hijo y un criado que injurien à su señor, padre y amo, son mas culpables, y merecedores por consiguiente de mayor pena que si injuriasen à otra cualquiera persona. Un juez ó magistrado que abusando de su oficio comete una felonía, es mucho mas culpable que un rústico, por ejemplo; pues por su conocimiento de las leyes y confianza que hizo de él el Soberano, eligiéndole para tan grave cargo, tuvo mas motivos para conducirse bien y conocer mejor las consecuencias de su delito. Las leyes antiguas castigaban con mayor rigor el crimen cometido por un siervo que por un hombre libre; bien que siendo ya entre nosotros casi desconocida la servidumbre, tienen poca ó ninguna aplicacion las leyes de Partida y demas antiguas relativas à este punto. Por el contrario, los nobles se consideran de mejor condicion por nuestras leyes que los plebeyos, pues les eximen de ciertas penas infamantes que estan designadas para los últimos; bien que esto no prueba que el delito sea menor en unos que en otros, sino que por consideracion à su clase les concedió el Soberano este privilegio. Los menores de diez años y medio, no son capaces de delinquir, segun dije en el párrafo 8, y aun pasando de esta edad hasta los catorce, no son punibles por los delitos de lascivia, aunque sí por otros; pero aun en estos no se les impone la pena ordinaria del delito, sino otra extraordinaria y mas moderada. Nuestras leyes han considerado suficiente la edad de diez y siete años para el pleno conocimiento en la direccion de las acciones, y esta misma es la que han fijado para imponer al delincuente la pena capital, si el delito es merecedor de muerte (1); bien que à veces se templa este rigor, si por sus circunstancias ó las del delito se conoce

1 Leyes 21. tit. 1. Part. 1, 4. tit. 19. Part. 6, 8. tit. 31. Part. 7, y 3. tit. 14. lib. 12. Nov. Rec.

que no le cometió con entera deliberacion ó premeditada malignidad (1). Esta mitigacion de penas que otorga el juez al menor de edad delincuente, no es efecto de piedad ó conmiseracion, sino de justicia; de suerte que desde la edad próxima à la infancia exclusive hasta los diez y siete años, no está en arbitrio del mismo dejar de mitigarle la pena (2).

20. Por el extremo opuesto la ancianidad podrá ser otra circunstancia que à veces exima de delito, y à veces le minore. Un decrépito que ha llegado à perder sus facultades intelectuales, hallándose como si dijeramos reducido al estado de la infancia, es tan incapaz de delinquir como el menor de diez años. El anciano que conserva su razon, pero debilitada y como inerte en razon de los achaques ó del decaimiento de su naturaleza, es ciertamente menos criminal que el adulto de entendimiento despejado, y por tanto digno de menor castigo. Pero el viejo que conserva su juicio cabal y sano, y comete un delito capital, no se eximirá de la pena de muerte; si bien no siendo tan grave el delito, suelen minorarse las penas, atemperándolas à su debil constitucion (3).

21. Parecido al infante y al decrépito es el sordo-mudo por naturaleza; pues no habiendo podido cultivarse su razon, ni puede saber lo que disponen las leyes, ni conocer la malignidad y consecuencias de un delito. Sin embargo, como ya se ha adelantado tanto en la educacion de estos infelices, es necesario considerar cuando un sordo-mudo delinque, si es de aquellos que han sido enseñados, y tienen el discernimiento necesario para conocer el mal que hacen; en cuyo caso son verdaderos delincuentes, y como tales deben ser castigados; si bien en estos casos deberá el juez proceder con la mayor cautela para asegurarse bien de la malicia del sugeto. Y aun cuando conozca haberse perpetrado el delito con voluntad deliberada, no ha de fiarse para la prueba de él en la mera confesion que haga el sordomudo por señas, aunque las expliquen sugetos que las entiendan y hayan tratado con él; pues se requiere ademas que con esta concurran otras pruebas menos equivocas ó mas calificadas (4).

22. Tambien por la debilidad del sexo se consideran menos

1 Narbon. *de ætat. ann.* 10. *cum dimid.* quæst. 10. num 17. Villad. cap. 3 *de la instruccion*, pag 73. num 61.

2 Ley 8. tit 31. Part. 7.

3 Menoch. *de arbitr.* cas. 59. num. 3. Greg. Lop. en la ley 35. tit. 16. Part. 3. Narbon. *de ætat. ann.* 50. *et signant. ann.* 70. quæst. 5. Farinac. *in praxi*, quæst. 92. num. 20.

4 Math. *de re criminal.* cont. 29. num. 105. y sig.

culpables que el hombre, y son castigadas con mayor lenidad las mugeres en las transgresiones leves, ó en el quebrantamiento de aquellas disposiciones del derecho civil en que regularmente no estan impuestas por falta de instruccion (1); si bien en los delitos graves, como el homicidio, adulterio y demas se las considera tan delincuentes como al hombre, y se les impone sin remision la pena designada por la ley.

23. Segunda circunstancia que agrava los delitos. La calidad de la persona agraviada ú ofendida: »Otrosí, dice la ley 8. tit. 31. Part. 7, deben catar los juzgadores las personas de aquellos contra quien fuere fecho el yerro; ca mayor pena merece aquel que erró contra su señor, ó contra su padre, ó contra su mayoral, ó contra su amigo, que si lo ficiese contra otro con quien non oviese ninguno de estos debdos." Aquí estan solo designadas por via de ejemplo las personas que tienen relaciones íntimas con el delincuente; pero asi como estos, hay otros muchos casos en que puede agravarse el delito, atendida la calidad ó condicion política del ofendido. Un homicidio ó insulto cometido en la persona de un magistrado, es mas grave que el perpetrado en la de un simple particular, porque la ley que se viola ó infringe con el primero, tiene mayor influjo en el orden social que la que se quebranta con el segundo. A este modo pudieran designarse multitud de ejemplos; pero bastan los referidos para entender que un mismo delito puede ser mas ó menos grave, segun las diversas consideraciones bajo que puede mirarse la persona ofendida.

24. Tercera circunstancia agravante. ¿Donde fue cometido el delito? La ley de Partida citada dice asi: »Otrosí deben catar el lugar en que facen el yerro; ca mayor pena meresce aquel que yerra en la iglesia, ó en casa del Rey, ó en lugar do juzgan los alcaldes, ó en casa de algunt su amigo que se fia en él, que si lo ficiese en otro lugar." Es claro que matar á un hombre en un templo, y matarle en otro lugar profano, son dos delitos de diferente especie: con el primero se infringe la ley que nos manda respetar la vida de nuestros semejantes, y la que nos obliga á venerar los templos destinados al culto de Dios; al paso que en el segundo solo se contraviene á la primera de las dos leyes enunciadas. En el primer delito su perpetrador será á un tiempo homicida y sacrílego, y en el segundo únicamente será homicida. Un desacato hecho á cualquiera persona en el palacio del

1 Ley 34 tit. 34. Part. 3.

Monarca, es mas criminal y ofensivo que el cometido en casa de un particular, porque ademas de la ofensa se falta al respeto y consideracion debida al Soberano; y á este ejemplo pudieran citarse otros muchos casos. Tambien es de advertir aqui, que cuando alguno recibe un golpe ó una injuria, debe tenerse en consideracion el lugar ó parte de su cuerpo en que se ejecutó; por ejemplo, un bofeton en el rostro se tiene por mas ofensivo que un golpe en otra parte del cuerpo.

25. Cuarta circunstancia. ¿De que medios ó instrumentos se valió el delincuente? Una muerte, por ejemplo, puede ejecutarse con palos ó piedras, segun acontece cuando se arman pendencias, y especialmente entre los aldeanos, ó con alevosía usando de armas de fuego, y mas si son de las prohibidas, ó bien preparando para ello ó administrando algun veneno. Estos medios detestables, y en especial el último, hacen al agresor mas criminal é indigno de conmiseracion, por cuanto en una quimera hay de parte de unos y de otros cierta defensa, está en su mano el huir si quieren, y por decirlo asi, se miden las fuerzas mutuamente. Pero cuando un malvado, acechando à otro detras de un arbol, una pared, ó esperándole en el silencio de la noche cuando viene desarmado, le dispara un trabucazo; ¿que defensa tenia aquel infeliz? Asi tambien, ¿como podrá uno precaverse del veneno que otro le prepara traidoramente, y tal vez se le hace beber cuando le da falsas muestras de amistad ó cariño? En estos casos llega á colmo la perfidia del agresor, y no hay quien pueda excusar de modo alguno tan atroces hechos, que no son obra de una arrebatada pasion, sino de un ánimo profundamente maligno.

26. Quinta circunstancia. ¿Cuantas veces incurrió el delincuente en este delito? Por ejemplo, un ratero que por primera vez hace un robo de poca consideracion, es menos culpable, y merecedor por consiguiente de menor castigo, que cuando reincide ó forma costumbre de robar, porque la reincidencia supone un ánimo mas pervertido, y demuestra que no ha sido suficiente el primer castigo para refrenarle. Aqui pertenece tambien el abuso que por una abominable costumbre suele hacerse en algunas provincias de España de armas blancas ó de fuego, aun de las prohibidas. En Andalucía es muy comun (aunque por fortuna no ya tanto como antes) el uso del puñal, de lo cual resultan muchas muertes y heridas casi todas alevesas. Estos excesos movieron al señor Elizondo, siendo fiscal de la Real Chancillería de Granada, á pedir en el Acuerdo criminal que se consultase á

su Magestad la necesidad de extender la pena de la pragmática de 26 de abril de 1761 à la de infamia personal de vergüenza pública, haciendo que entre tanto se repitiese aquella, como asi se acordó por Real provision circular de 13 de setiembre de 1780 (1). Tambien se hace en las provincias de Valencia y Cataluña un escandaloso abuso de las armas de fuego, sucediendo frecuentes muertes ejecutadas á escopetazos, sin que baste à cortar de raiz tan graves atentados el celo de los tribunales, y en especial de aquellas dos Reales Audiencias que tratan con todo rigor semejantes excesos.

27. Sexta circunstancia. ¿Por que motivo se cometió el delito? Un hombre que agraviado por otro le da un bofeton ó le hiere, es ciertamente mas excusable que el que lo ejecuta sin provocacion alguna; aunque no por esto se eximirá de la correspondiente pena, pues nadie debe tomarse la justicia por su mano, como se dice vulgarmente. El que acosado de la necesidad, y privado de medios con que subsistir, entra, por ejemplo, en la viña de otro y toma algunos racimos de uvas para satisfacer el hambre que le aqueja, es menos culpable que el que lo hace por mero antojo, ó por causar daño al dueño de la heredad, y à este modo pudieran citarse muchos ejemplos.

28. Séptima circunstancia. ¿De qué modo se ejecutó el delito? Esto es, si con alevosía ó sin ella, siendo una muerte; si medió ó no alguna maquinacion dolosa en cualquier otro delito, pues cuanto mayor fuere la malignidad en los medios de que se vale el agresor para conseguir su intento, tanto mas subirá de punto su perversidad, haciéndole por consiguiente digno de mas grave pena. Al contrario el que comete el delito sin previo artificio, á impulso de un violento deseo, por ejemplo, parece que no premeditó bien las consecuencias que habian de resultar de su desacierto; y aunque no por esto dejará de ser criminal, deberá sin embargo tenerse presente esta circunstancia para disminuirle la pena en un delito que no la merezca capital, o de aquellos en que las penas suelen ser arbitrarias.

29. Octava circunstancia. ¿Cuando se cometió el delito? El crimen perpetrado de dia es diferente del que se comete de noche, especialmente siendo robos, heridas ó muertes, ya porque la obscuridad de aquella ofrece mayor facilidad para cometerlos, y menos medios de precaberlos ó defenderse; ya tambien porque estos desastres nocturnos de robos, asesinatos é incendios,

1 Elizond. *Pract. univers. for.* tom. 2. pág 285. num. 6.

amedrentan en sumo grado, y alteran mas la tranquilidad pública; por cuyas razones en Atenas y Roma se castigaban con pena capital los robos nocturnos. Asimismo hay delitos que se agravan cuando se cometen con cierta publicidad por el escándalo que causan, y el pernicioso influjo que tienen en la moral pública. A las referidas circunstancias pueden tambien añadirse las de cantidad y calidad: por ejemplo, el hurto de una cosa de mediano valor, es menos grave que el de una alhaja muy preciosa: el robo de los vasos y ornamentos de la iglesia es de otra especie que el hurto de las cosas profanas, asi como es mas grave el hurto de las armas y utensilios de la tropa que el de las alhajas de paisanos. Segun fuere, pues, la concurrencia de alguna ó varias de las expresadas circunstancias, será mas ó menos grave la transgresion.

30. Examinadas las diversas circunstancias que suelen acompañar á los delitos, trataré ahora de la diferente responsabilidad que tienen la persona que cometió el crimen como principal, y la que tuvo parte en él solamente como cómplice. La intencion ó designio que constituye la complicidad se pone por obra de varios modos, como acompañando, asistiendo y auxiliando; prestando armas; removiendo obstáculos; facilitando medios; contribuyendo á la fuga, al refugio, á la ocultacion; en suma uniéndose en todo con el reo principal para la ejecucion del perverso designio, ó tomando solo cierta parte en él con obra, consejo, influjo ó maquinacion. La criminalidad del cómplice se gradúa siempre por la gravedad del delito y por las circunstancias de la misma complicidad, atendiendo á si la ejecucion fue con previo y social acuerdo, conspirando de propósito á un mismo y efectivo intento; pues en tal caso el cómplice es merecedor de la misma pena que el reo principal, aunque no cometa por su mano el delito; y tambien cuando la ayuda, la proteccion, el favor ó sugestion fueron causa de que se cometiese (1). Al contrario cuando estos medios de influjo no fueron el movil del delito en términos que sin ellos tambien se hubiera cometido, es menor la culpa, y se castiga con mas moderada pena (2).

31. Para calificar la complicidad se ha de atender tambien al tiempo en que sucedieron los hechos inductivos de ella; esto es, si se ejecutaron antes de cometerse el delito, en la misma perpetracion de él, ó posteriormente; como tambien han de tenerse

1 Gom. lib. 3. *Var.* cap. 3 num. 5 y 6. al 30.
Matth. *de re crimin.* cont. 24. num. 23 2 Gom. en el lug. cit.

en consideracion las causas impulsivas; por ejemplo, si el que se reputa cómplice procedió por enemistad, ó movido de ambicion de interes ú otro fin semejante. Pero en medio de todo, la principal consideracion á que debe atenderse es la del tiempo; porque si prestó sus oficios al reo despues de cometido el delito, sin tener la menor parte en él, ni haberlo sabido ni mostrado adhesion alguna, no será reputado como cómplice, aunque tendrá contra sí la presuncion de tal por sus hechos. No obstante podrá desvanecer esta presuncion probando en su defensa que ejecutó ó prestó dichos oficios por ignorancia, amistad, conmiseracion ó parentesco, y sobre todo que su intervencion ó diligencia fue indiferente, sin haber reportado ni podido reportar lucro, utilidad ni satisfaccion alguna del delito cometido. Y aunque esta justificacion no sea tan plena como se requiere para declararle inculpable, se le impondrá sin embargo una pena mas moderada.

32. Como el delito puede cometerse por mandato ó persuasion de otro, para calificar la complicidad en semejantes casos, explicaré la responsabilidad que tienen el mandante ó consejero y el ejecutor, segun la diversidad de circunstancias. El hijo ó súbdito que obedeciendo el precepto del padre ó superior delinque en cosa grave, por ejemplo un homicidio, debe sufrir la misma pena que el mandante (1): pero no siendo el crimen de esta gravedad, sino un mero daño hecho en las cosas de otro, entonces solo el mandante está obligado al resarcimiento del daño (2). Si el mandato procede de persona que no tiene autoridad sobre el mandatario, ni este le está subordinado, sino que ambos son independientes y libres recíprocamente, entrambos son igualmente reos, y merecedores por consiguiente de la misma pena (3), sea el delito leve ó grave. En orden á esto se ofrece una duda que no toca la ley de Partida citada, y es ¿si deberá ser castigado con mas severidad el mandatario que el mandante cuando excede los límites del mandato? Por ejemplo, se le mandó robar mil reales, y robó mil duros. Algunos dicen que el mandante es tambien responsable de este exceso, por cuanto no pudo ignorar que era facil cometerle, que expuso á ello al mandatario, y que habiendo mandado una cosa ilícita, él debe ser responsable de todas las resultas igualmente que el ejecutor.

1 Ley 5. tit. 15 Part. 7.
2 Dicha ley 5.
3 Farinac. *in prax.* quæst. 97.

Otros opinan que el mandatario cometiendo el indicado exceso manifestó mayor perversidad que el mandante, y por consiguiente merece mayor pena, pues que esta debe ser proporcionada al grado de malignidad del delincuente. Y á la verdad esta razon parece mas fuerte que las otras. Puede suceder tambien que el mandante revoque en tiempo oportuno el mandato, y lo lleve sin embargo á ejecucion el mandatario: en este caso, aunque los mas de los intérpretes son de opinion que queda excusado en un todo el mandante, otros por el contrario opinan que se le debe imponer alguna pena menor que la ordinaria, por haber pervertido al mandatario, y porque tales mandatos, aun cuando se revoquen, traen siempre funestas consecuencias. Y este parece el dictamen mas acertado. Por iguales razones, aunque no se cumpla el mandato por no poder ejecutarlo el mandatario, ó por haberse revocado, siempre resulta este culpable en el hecho de haber aceptado un cargo ilicito, y asi es merecedor de alguna pena, mayormente si el delito fuere grave; pues si quedase impune, en otra ocasion aceptaria otro encargo semejante, y lo llevaria á ejecucion, de lo cual tal vez se retraeria si antes hubiese sido castigado.

33. Aunque á primera vista el mandato parece mas criminal que el mero consejo, sin embargo pueden darse casos en que el influjo de este sea aun mas pernicioso, y por consiguiente mas digno de castigo que aquel. La persuacion suele imprimirse en el ánimo mas profundamente, y no es facil desimpresionar al que se dejó arrastrar de ella, porque alucinado el entendimiento con las sugestiones, arrastra poderosamente á la voluntad, lo que no suele suceder con el mandato, que es un acto, por decirlo asi, transitorio y revocable, al que puede prestarse el mandatario aun con repugnancia, movido solo del temor ó respeto del mandante. Pero ¿como podrá revocarse la sugestion cuando ha echado profundas raices, especialmente en el ánimo de una persona ilusa ó ignorante? ¿No vemos en la historia los hechos atroces cometidos por la exaltacion de las pasiones, debida á las pérfidas sugestiones de los malvados? Por estas razones suele ser el consejo mas perjudicial que el mandato, mayormente cuando procede de una persona sagaz y diestra en persuadir, y el ejecutor es sugeto de pocos alcances. Distinguen algunos el consejo *general* que consiste en la mera persuasion, del *especial*, que ademas de persuadir, se extiende tambien á instruir al delincuente en el modo de cometer el delito, ó á facilitarle los medios pa-

ra su ejecucion. En orden al consejo general se dice, que si indujo á delinquir, constituye cómplice al aconsejante, pero que este no debe tenerse por culpado cuando el consejo no tuvo semejante influjo, esto es, cuando resulta que sin él se hubiera cometido. Esta distincion no se funda en principios de moral ni justicia. El que aconseja un delito siempre es culpable, pero lo será mas ó menos segun el mayor ó menor influjo que haya tenido su persuasion para cometerse. Por lo que hace al consejo especial, su autor es un verdadero cómplice, que debe ser mas ó menos castigado segun la mayor ó menor influencia de su consejo. En suma, acerca de este punto puede establecerse el siguiente principio. Cuando el consejo ó la sugestion fueren causa ó motivo principal del delito, el aconsejante resultará por lo menos tan criminal como el mismo perpetrador, y ambos deben sufrir la merecida pena; pero si el consejo no tiene esta fuerza, ó el delincuente estaba resuelto á cometer el delito sin dicha persuasion, será mucho menor la culpa del aconsejante, especialmente si arrepentido dió el correspondiente aviso á la persona que habia de ser ofendida ó perjudicada.

34. Hay otra complicidad que podemos llamar tácita, y consiste, ó en no revelar los delitos, ó en tolerarlos, bien que esto se limita á los casos siguientes. 1.° En el crimen de traicion contra el Rey ó el Estado; bien entendido, que cuando uno proyectó ejecutar la traicion con otros, si antes de convenirse con ellos la descubriere al Rey, debe ser perdonado, y dársele ademas algun galardon; pero si la descubriere despues de haberse convenido y antes de ejecutarla, aunque tambien ha de ser perdonado, no se le deberá el galardon (1): 2.° es cómplice tam-

1 Ley 5 tit. 2 Part. 7. Acerca del perdon que suele ofrecerse al cómplice que descubra á los otros reos, dice el señor Lardizabal lo siguiente en su Discurso sobre las penas, capítulo 4, párrafos 34 y 35. En causas de delitos enormes difíciles de averiguar, suele ofrecerse el perdon al cómplice que manifestare á sus compañeros. Esto es autorizar en cierto modo la traicion, detestable aun entre los malvados, porque es muy grande el daño que causa, y mucha la facilidad con que se puede cometer: y son ciertamente menos fatales á la sociedad los delitos de valor, que los de vileza, por cuanto aquel es menos frecuente, y encuentra mas obstáculos que la vileza y traicion, la cual fraguandose impunemente en secreto, no se conoce hasta que causa el estrago sin poderle remediar, y por lo mismo suele ser muy comun y contagiosa. Por otra parte importa mucho que se averiguen bien los delitos, que por ser secretos los autores y manifiestos sus perniciosos efectos atemorizan mas al pueblo y turban, no solo la tranquilidad, sino tambien la seguridad personal de los ciudadanos. El Marques de Beccaria (a) dice, que una ley ge-

a *De delit. y pen.* §. 37.

bien el hijo ú otro descendiente, que sabiendo la ofensa que ha de recibir su padre ó ascendiente la tolera ó disimula: 3.° igual obligacion de revelar ó impedir el delito tienen los hermanos y parientes dentro del cuarto grado del ofendido; con la particularidad que no excusa á unos ni á otros el decir que la noticia que de ello tenian era reservada, y que se hallaban destituidos de prueba en que fundar su delacion, pues que esta puede hacerse sin tomar á su cargo la obligacion de probarla; ni vale tampoco el alegar que no tenian fuerza para impedir el proyecto criminal, pues hay el medio de recurrir á la autoridad pública que la tiene para estorbarlo. No obstante para calificar bien la culpa que pueda haber habido en esta tolerancia ó inaccion, es necesario atender á las circunstancias del sugeto, por ejemplo, si es en extremo pusilánime, si anciano, desvalido, sandio ú otras calidades que puedan minorar su culpa. En estos varios casos serán las penas mas ó menos rigorosas, segun las diversas circunstancias ó grado de culpa (1). Esta será aun mayor si presenciando los hechos violentos ú ofensivos contra personas tan íntimamente enlazadas con él, se muestra indiferente, ó no procura defender al ofendido: 4.° es tambien responsable el siervo, criado ó dependiente que viendo asesinar, herir ú ofender á su señor, amo, gefe ó superior, ó á las mugeres é hijos de estos, no sale á la defensa, empleando en ello todos los esfuerzos posibles; y lo mismo cuando ven en sus amos ó superiores un arrojo ó despecho que los obliga á matarse ó hacerse un gran daño, ó á ejecutarle en sus mugeres é hijos, y no lo evitan pudiendo (2): 5.° asimismo es culpable el que viendo matar, herir ó maltratar á algun juez, especialmente estando en el tribunal, ó pidiendo auxilio á nombre del Rey, no lo impide pudiendo, ó á lo menos no grita para que acuda gente; bien que por regla general la misma obligacion tiene todo individuo de la sociedad, cuando ve que se ejecuta un daño de que puede resultar perjuicio á esta. En todo caso la falta de libertad, de edad competente ó de medios oportunos para evitar el mal, serán excusas legítimas. 6.° Ultimamente el padre, el tutor, curador ú otro cualquiera que es cabeza de una familia, debe precaver que esta, sus

neral, por la cual se prometiese el indulto al cómplice manifestador de cualquier delito, es preferible á una especial declaracion en caso particular. Creo que es muy util y digno de adoptarse este medio, en cuya práctica no hay los inconvenientes que acabamos de referir.

1 Farinac. *in prax.* quæst. 120. desde el num. 113.

2 Ley 16. tit. 8. Part. 7.

hijos ó sirvientes delincan haciéndose ellos mismos criminales, cuando toleran con indolencia los delitos que estos cometen à vista suya, ó con su anuencia, sin evitarlos.

35. Hablaré ahora de los encubridores de los delitos ó receptadores de los delincuentes, quienes son en cierto modo cómplices, y segun la mayor ó menor parte ó influjo que tuvieren, se les disminuye ó agrava la pena hasta imponérseles en algunos casos la misma que à los perpetradores. Es indudable que cuando el encubridor ó receptador tiene compañía con el delincuente, ó percibe utilidad del delito, es mas culpable que aquella persona que por una compasion mal entendida, por parentesco, amistad ú otro vínculo semejante, oculta y recepta sin percibir lucro ni tener parte en el delito. Asi pues deben examinarse bien las circunstancias y motivos que mediaron en la ocultacion ó receptacion, para poder graduar bien la culpa que tuvieron los ocultadores ó receptadores, pues à veces podrá ser esta muy leve. Por el contrario las mismas circunstancias podrán hacer en ocasiones que el receptador criminal (1) sea tan culpable como el mismo perpetrador, por ejemplo en los robos. Si un ventero da abrigo à los salteadores, y encubre las cosas robadas, formando una especie de sociedad con ellos, ¿quien duda que es tan responsable de los robos como los mismos ladrones? Fuera de este y otros casos semejantes, por regla general el receptador nunca es tan delincuente como el perpetrador, porque la ejecucion del delito supone mayor depravacion y malignidad que la mera ocultacion ó receptacion. Siguese de estos principios que cuando en la regla 19. tit. 33. Part. 7. se dice que *á los malfechores, é á los consejadores, é á los encubridores debe ser dada igual pena*, debe entenderse cuando estos tienen una parte principal en el delito, ó las circunstancias les hacen igualmente culpables que á los principales reos.

36. En confirmacion de lo que he sentado en los dos párrafos anteriores, copiaré lo que dice el señor Lardizabal en su Discurso sobre las penas (2). »La utilidad pública pide tambien que los cómplices en un delito que no han concurrido inmediatamente á ejecutarle, se castiguen con menos severidad que el inmediato ejecutor. La razon es clara. Cuando algunos se convienen entre sí para ejecutar alguna accion, de la cual pueda resultarles algun

1 Carlev. tom. 1. tit. 1. disp. 2. num. 243.

2 Cap. 4. num. 32 y 33.

daño ó peligro, lo hacen de modo que todos corran igual riesgo, y esto tanto mas, cuanto mayor es el peligro á que se exponen. La ley castigando con mas severidad á los inmediatos ejecutores que á los demas, quita la igualdad del peligro con la mayor pena que impone al ejecutor, y por consiguiente dificulta mas la ejecucion; porque no es tan facil que ninguno quiera exponerse á mayor peligro que los otros, esperando la misma utilidad que ellos.

37. »Pero si los que se confabulan para cometer el delito, pactaren entre sí dar alguna recompensa particular al que ejecutare la accion, entonces por la misma razon, aunque inversa, igual pena que el ejecutor deben sufrir los demas cómplices, aunque no sean inmediatos ejecutores; porque exponiéndose de esta suerte al mismo peligro, y resultándoles menos utilidad, se dificulta tambien la convencion, y por consiguiente la ejecucion del delito."

38. Conocida ya la naturaleza de los delitos; corresponde ahora tratar de la prescripcion de ellos. Cometido que sea un crimen, compete al ofendido ó á la autoridad pública la correspondiente accion para su vindicta y castigo. Esta no es perpetua, y por lo mismo está sujeta á la prescripcion segun fuere el delito. Los que en derecho se llaman atroces ó atrocísimos, como son el de heregía, de lesa Magestad, parricidio, asesinato, fabricacion de moneda falsa, simonía, aborto procurado de feto animado, sodomía, bestialidad, sacrilegio y otros de igual ó mayor gravedad, no prescriben hasta que sean pasados cuarenta años, que es el tiempo de la prescripcion larguísima (1). La accion criminal de hurto se prescribe por veinte años, aunque la de repetir la cosa hurtada nunca se extingue (2). El comiso ó la pena de esta calidad se prescribe por cinco años, y si recae en cosa de arrendamiento Real, dura el tiempo de este y seis meses despues. El delito de simple fornicacion se prescribe por tres años: los demas sensuales y carnales, como el adulterio y estupro, por cinco años, á no ser que el primero esté complicado con incesto, que entonces dura el tiempo de cuarenta años. El delito de dolo se prescribe por dos años, y el de injuria por uno. Pasados los referidos términos de prescripcion, ni de oficio ni por acusacion de parte, ni aun mediante el beneficio de la restitucion *in*

1 Cap. 2. *de præscript.* in 6. *Var.* tom. 3. cap. 1. num. 5 y 6.
2 Ley 2. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec. Gom.

integrum puede procederse, como los delitos no esten procesados; pues siéndolo, si la causa esta pendiente por citacion legítima ó por contestacion, nunca se acaba esta instancia criminal (1).

39. Recapitulando la doctrina anterior, sentaré varias máximas generales, con las que daré fin á este capítulo. Primera: los delitos que ofenden directamente à la sociedad, son aquellos con que se perturba ó altera el orden público, ó de que se sigue un grave daño á la misma.

40. Segunda: se comete delito contra un individuo de la sociedad de los modos siguientes: 1.° quitándole la vida voluntaria ó maliciosamente: 2.° hiriéndole ó maltratándole con palos ú otra arma: 3.° usurpándole sus bienes: 4.° injuriándole con palabras ó con acciones que le menoscaben la buena opinion que tenga entre los demas: 5.° impidiéndole ó privándole de su libertad natural, siendo inocente su uso y sin daño de otro.

41. Tercera: en concepto de la ley solo son criminales las acciones á que acompaña la voluntad de delinquir, no el mero pensamiento ó conato de ejecutarlo, sino cuando este se manifiesta con algun acto prohibido por la ley misma, ó cuando se verifica que si dejó de ponerse por obra el proyecto criminal fue, no por desistimiento ó arrepentimiento, sino por algun obstáculo que sobrevino é impidió la ejecucion.

42. Cuarta: á veces no es delincuente el hombre aun cuando ejecute deliberadamente una accion que en abstracto se reputa criminal, como por ejemplo, el que mata á otro en su propia defensa, el marido que quita la vida al adúltero y la adúltera &c.

43. Quinta: por el contrario hay casos en que el hombre puede ser responsable de un delito, aun cuando no tenga ánimo deliberado de cometerle, siempre que se hubiere verificado por su culpa.

44. Sexta: como la culpa es diferente del dolo que constituye los delitos, se castiga con mas suaves penas.

45. Séptima: el acaso ó caso fortuito no es imputable, y asi cuando inopinadamente se comete ó ejecuta una transgresion, no debe castigarse, á menos que la ocasion ó el caso dimane de culpa del ofensor, pues entonces merecerá pena.

46. Octava: la mayor ó menor gravedad del delito ha de medirse principalmente por el mayor ó menor perjuicio que haga

1 Carlev. tom. 1. tit. 1. dispt. 2. num. 943.

á la sociedad, y ademas por sus circunstancias: v. gr. calidades del ofensor y del ofendido, enlace de obligaciones que concurren entre uno y otro, su edad, estado, condicion, capacidad &c., lugar donde se cometió el delito, motivo que determinó la accion, y otras calidades que se han indicado.

47. Nona: el cómplice es tan delincuente como el reo principal, cuando uno y otro conspiraron de comun y previo acuerdo á un mismo intento, ó cuando la ayuda, proteccion, favor ó sugestion del cómplice fueron causa de que el delito se cometiese; pero de lo contrario será menos criminal.

48. Décima: para perseguir ó acusar los delitos hay cierto término determinado por las leyes.

CAPITULO SEGUNDO.

De las penas.

OBSERVACION PRELIMINAR.

El señor Lardizabal en su apreciable *Discurso sobre las penas* trató filosóficamente esta materia haciendo ver las mejoras que en esta parte pudiera recibir nuestra legislacion criminal. »No debe causar admiracion, dice este docto magistrado en el prólogo de dicha obra, que las leyes criminales de la mayor parte de los Estados de la Europa sean tan informes, y esten todavía tan distantes de la prefeccion.... algunas de ellas han sido efecto de la casualidad ó de urgencias momentáneas y pasageras; otras, y estas son las mas, han sido hechas en unos tiempos tenebrosos, en que por una grande ignorancia, cuyos efectos necesarios son la ferocidad en las costumbres y la crueldad en los ánimos, se creía que para contener los delitos y refrenar las pasiones de los hombres no podia haber otro medio que la fuerza, el rigor, la dureza, la severidad, el fuego y la espada: en unos tiempos en que la venganza pronunciaba, y la cólera ejecutaba los juicios. Esta ha sido la suerte fatal y necesaria de todas las legislaciones de la Europa despues de las irrupciones de los bárbaros, y esta tocó por consiguiente, como era preciso, à la nuestra. Sin embargo creo que con verdad puede decirse, que con todos sus defectos ninguna hay que tenga menos, y para convencerse de ello, basta leer con cuidado la Partida 7, y el libro 8 de la Recopilacion, cotejando sus leyes con las penales de otras naciones." Un detenido analisis ó examen filosófico de nuestras leyes penales seria muy del caso suscitándose la cuestion de la reforma de estas; pero no en un tratado adicional á la obra de Febrero, cuyo principal objeto es la práctica que se observa en el modo de enjuiciar. Por eso hablando de los delitos y de las penas no me he engolfado en discusiones abstractas y filosóficas, contrayéndome cuanto he podido à presentar la doctrina corriente, sin perder de vista las leyes patrias. Y aun me hubiera abstenido de tratar esta materia, reservándola para unas nuevas instituciones de nuestro derecho que tengo proyectadas, sino me hubiese movido la consideracion de que los jóvenes se dispondrán mejor con estos previos conocimientos á instruirse en los trámites del juicio criminal.

Consultando tambien à la utilidad de los mismos, se insertará à continuacion de este capítulo un copioso prontuario por orden alfabético de los delitos y sus penas; lo cual me ha parecido mas adecuado al propósito que un tratado difuso, donde clasificándose los delitos se hablase en particular de ellos; lo que á mas de no ser necesario para enseñar la práctica criminal, hubiera hecho mas voluminosa esta obra.

§. 1. Definicion de la pena.

2 hasta el 5. Inconvenientes de la arbitrariedad judicial en la imposicion de las penas.

6 y 7. La doctrina anterior se ha de entender del arbitrio voluntario y no regulado de los jueces, á quienes es permitido consultar el espíritu de la ley. Se vindica sobre este punto al señor Lardizabal de la impugnacion que le hace el reformador de Febrero.

8 hasta el 11. Muchas leyes penales antiguas se hallan sin uso por ser excesivamente severas, ó poco conformes á las actuales costumbres.

12. No es pena en el sentido legal, el mal que se padece voluntariamente, ni las calamidades que natural ó directamente acontecen á los hombres.

13. Hay tres clases de penas: *corporales, de infamia, y pecuniarias.*

14. De las corporales. Pena capital.

15 y 16. De las penas de azotes, y de vergüenza pública.

17 hasta el 24. Pena de presidio ó arcenales.

25. Del destierro.

26. Tambien puede imponerse por pena de prision ó encierro en la carcel.

27. De las penas de infamia: ¿que se entiende por infamia? La hay de hecho y de derecho.

28. Efectos de la infamia.

29. La pena de infamia ha de ser conforme á las opiniones generalmente recibidas.

30. No se debe imponer esta pena sino á los sugetos que tengan pundonor, y sean capaces de afectarse con la nota del oprobio.

31. Debe usarse esta pena con economía, ó sin demasiada frecuencia.

32. Esta pena no debe trascender á otros que al delincuente.

33. La hidalguía ó nobleza no se pierde por la infamia, si bien quedan suspensas ó se pierden sus prerogativas. Esta privacion no trasciende á los hijos y descendientes del infamado.

34. ¿Como se quita ó borra la infamia?

35. De la pena de privacion de oficio.

36 hasta el 40. Penas pecuniarias. De la confiscacion de bienes. Observaciones del

señor Lardizabal sobre este punto.

41. Las naciones septentrionales hacian mucho uso de las penas pecuniarias, aun en ciertos delitos opuestos á la seguridad pública, como el homicidio. Esta bárbara costumbre se introdujo tambien en Castilla segun consta de nuestros cuadernos municipales, aunque despues se desterró con la publicacion de las Partidas.

42. ¿En que casos y de qué modo podrán ser útiles las penas pecuniarias?

43. Circunspeccion y prudencia que deben tener los jueces para la imposicion de multas.

44. No debe reputarse como pena pecuniaria el resarcimiento de los daños y perjuicios que con el delito suele causarse al ofendido ó á su familia.

45. Del apercibimiento.

46. De la medida de las penas, y proporcion ó analogía que deben tener con los delitos.

47. Puede haber casos ó delitos en que sea preciso para reprimirlos poner penas menos analogas ó mas rigorosas de lo que corresponderia sino fuese necesario este rigor.

48. De otras circunstancias que aunque nada influye en la naturaleza del delito, y por eso se pueden llamar extrínsecas, hacen que cese la razon general de la ley, y entonces pueden moderarse ó remitirse las penas segun las circunstancias.

49 y 50. Casos en que segun el comun sentir de los intérpretes se deben acrecentar ó minorar las penas.

51 hasta el 61. De la proporcion que deben guardar entre sí las penas.

62 hasta el 67. De otros requisitos que deben tener las penas.

68. Máximas generales relativas á las penas.

1. Pena es el mal que por disposicion de la ley se hace padecer à uno en su persona, en su reputacion ó sus bienes, por el daño que este mismo causó á la sociedad ó á alguno de sus individuos, ya con malicia ó dolo, ya por sola culpa. Explicando esta difinicion, como se hizo con la de los delitos, se conocerá bien la naturaleza de las penas, su origen y la proporcion que deben guardar con ellos. *El mal que por disposicion de la ley se hace padecer á uno.* Ocioso es para buscar el origen de las penas considerar al hombre en estado natural, como han hecho algunos escritores; porque este estado es quimérico, y en ninguna parte del mundo se han encontrado hombres que vivan

en absoluta independencia unos de otros à modo de fieras. Aun las naciones mas salvages forman una especie de sociedad muy imperfecta ciertamente; pero cuyo objeto es auxiliarse mutuamente sus individuos en sus necesidades, y precaber y reprimir el mal que puede hacérseles. Este mismo es el fin de las sociedades mas civilizadas, con la diferencia de que los salvages por falta de cultura y de leyes escritas repelen comunmente con la fuerza los agravios que reciben, ó por mejor decir se vengan personalmente de ellos; al paso que en las naciones cultas el Soberano es quien proteje à los individuos de la sociedad, castigando con el supremo poder que en él reside los daños que causan los delincuentes. Cuando hayan ganado los hombres con este modo tan seguro y tranquilo de reprimir los delitos, se conocerá palpablemente comparando los actuales tiempos con la época del sistema feudal, en que por la ineficacia de las leyes eran tan comunes las venganzas personales, que casi todas las naciones europeas no presentaban sino un cuadro de horrorosa anarquía. Asi pues debe mirarse como un gran beneficio esta suprema facultad, que es una de las atribuciones de la Soberanía, bajo cuyo amparo reposan sosegadamente los hombres pacíficos, y cuyo poder terrible hace temblar y retroceder al malvado que proyecta un perverso designio, viendo perecer en un patíbulo á otro malaventurado que puso el suyo en ejecucion.

2. Siendo uno de los atributos esenciales de la soberanía el dictar y prescribir las leyes penales, se sigue que la facultan de los jueces debiera circunscribirse, como dice el señor Lardizabal (1), á examinar si el acusado ha contravenido ó no à la ley para absolverle ó condenarle en la pena señalada por ella. »Si se dejase en su arbitrio, añade este juicioso autor, el imponer penas, el derogarlas ó alterarlas, se causarian inumerables males à la sociedad. La suerte de los ciudadanos seria siempre incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarian expuestos al capricho, à la malicia, à la ignorancia y à todas las pasiones que pueden dominar à un hombre. Si no hay leyes fijas, ó las que hay son oscuras, ó estan enteramente sin uso, es preciso caer en el inconveniente del arbitrio judicial, si la potestad legislativa no ocurre à este daño haciendo leyes, declarando las oscuras, y subrogando otras nuevas en lugar de las anticuadas." Esto es justamente lo que ha sucedido por haber muchas de esta clase, que ó por demasiado severas ó no conformes à las actua-

1 Discurso sobre las penas, cap. 2. num. 32.

les costumbres dejaron de usarse, habiéndose introducido por equidad otras mas moderadas. Digo equidad y no arbitrariedad, porque los jueces no pudiendo aplicar una pena que estaba sin uso por su excesivo rigor ú otro motivo, se vieron á veces en la necesidad de conmutarla por otra tambien legal y mas proporcionada al delito.

3. »Las leyes humanas, dice con mucha razon el señor Lardizabal (1), como todas las cosas hechas por hombres, estan sujetas á las alteraciones y mudanzas de los tiempos. De aqui proviene que algunas leyes que cuando se establecieron eran útiles y convenientes, con el trascurso del tiempo dejan de serlo, en cuyo caso ya no es justo que se observen: y serán siempre inútiles los esfuerzos que las leyes hicieren en contrario en semejantes casos: porque no está en su potestad el mudar la opinion comun de los hombres, las costumbres generales, y las diversas circunstancias de los tiempos, todo lo cual ha contribuido á que las leyes pierdan su fuerza y vigor. Asi lo conoció el prudente Rey Felipe II, que se explica en estos términos (2). *Asimismo algunas de las dichas leyes* (hablan de las anteriores á la Nueva Recopilacion), *como quiera que sean y fuesen claras, y que, segun el tiempo en que fueron fechas y publicadas, parecieron justas y convenientes, la experiencia ha mostrado que no pueden ni deben ser ejecutadas.*

4. »Es á la verdad muy justo y muy conveniente á la república, que las leyes establecidas, y no derogadas por la potestad legítima, se mantengan siempre en observancia. Mas para conseguirlo, es necesario que el legislador imite á la naturaleza, la cual con la nutricion repara las insensibles pero continuas pérdidas que padece diariamente todo cuerpo viviente. Del mismo modo, para que la legislacion se mantenga siempre viva, y en todo su vigor como conviene, es preciso què el legislador oportunamente subrogue nuevas leyes, á las que el trascurso del tiempo ha enervado y dejado sin uso. Esta fue la causa de que se hiciese la Nueva Recopilacion (3), y esta misma está pidiendo que por la potestad legítima se reforme nuestra jurisprudencia criminal, fijando las penas que parecieren convenientes al estado y circunstancias actuales con toda claridad y precision, para quitar de esta suerte en cuanto sea posible el arbitrio de los jueces.

5. »He dicho en cuanto sea posible, porque muchas veces

1 Cap. 2. num. 36 y siguientes.

2 Pragmática declaratoria de la autoridad de las leyes de la Recopilacion, que está al principio de ella.

3 Pragmática declaratoria citada.

es preciso dejar à la prudencia del juez la aplicacion de la ley à ciertos casos particulares, que siendo conformes à la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras, porque las leyes no se pueden hacer de modo que comprendan todos los casos que pueden suceder. Asi que, haciendo esta aplicacion el juez, está tan lejos de contravenir à la ley, que antes bien cumple debidamente toda la voluntad del legislador: *porque el saber de las leyes*, dice el Rey Don Alonso (1), *non es tan solamente en aprender é decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento*. Esto es, entender y penetrar el sentido de las palabras, y con él la mente del legislador."

6. El reformador del Febrero, Don Marcos Gutierrez, partidario del sistema que se sigue en Inglaterra en la aplicacion de las leyes penales, impugna la doctrina del señor Lardizabal contenida en el párrafo anterior, deseando que los jueces se atengan à lo literal de la ley. »Si el juez, dice, tuviera siempre prudencia, si el juez fuera siempre capaz de penetrar el verdadero sentido de la ley y la mente del legislador, si tuviéramos justas razones para creer que el juez querrá siempre seguirla, si el juez tuviera siempre la instruccion necesaria y una buena lógica para discurrir con acierto sobre la inteligencia de la ley, si el juez en fin no tuviese pasiones que le hicieran atropellarla pretextando haber consultado el espíritu de la ley, nos conformaríamos desde luego con el sentir del autor citado.... ¿que necesidad hay de permitir nunca la entrada à la prudencia del juez, que puede convertirse en imprudencia é injusticia? ¿No será mucho mas acertado que en los casos particulares del señor Lardizabal se consulte al Soberano, para que tomando los informes necesarios de su Consejo ó de los tribunales y personas que tengan à bien, se publique una ley nueva, ó se adicione la antigua, y pueda servir à todos? (2)" Oigamos ahora al señor Lardizabal, y se verá cuan en vano se tomó el señor Gutierrez el trabajo de combatirle. »Cuando la ley es oscura, cuando atendidas sus palabras se duda prudentemente si la intencion del legislador fue incluir en ella ó excluir el caso particular de que se trata y que no está expreso en las palabras, entonces no debe ni puede el juez valerse de su prudencia para determinar aunque parezca justo, *sino ocurrir al Príncipe* para que declare su intencion, como se previene repetidas veces en nuestras leyes. Si

1 Ley 13. tit. 1. Part. 1. Esta ley se tomó de la 17. ff. *de legib.*

2 Práctica criminal de España, tom. 3. pag. 38. §. 15.

la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir ó excluir el caso particular, entonces, aunque sea ó parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente.... y no queda mas recurso *que ocurrir al Príncipe* para que la corrija, explique ó modere. Estos son los casos en que el arbitrio del juez seria pernicioso si le tuviese, porque con pretexto de equidad, ó se apartaria de la ley y de la mente del legislador, ó usurparia los derechos de la Soberanía. Pero cuando las palabras de la ley manifiestan la intencion general del legislador (porque las ley como se ha dicho no pueden comprender todos los casos que pueden suceder con el tiempo), entonces no solo puede sino debe el juez aplicar la ley general al caso particular, aunque no se exprese en las palabras. Esto es lo que verdaderamente se llama *consultar el espíritu de la ley, que es muy distinto del arbitrio judicial;* y es lo que los mismos legisladores quieren que se haga, lejos de ser contrario à su voluntad (1)."

7. Por el pasage citado se ve que el señor Lardizabal quiere que se observe literalmente la ley, cuando por sus palabras se manifiesta que el ánimo del legislador fue incluir ó excluir de ella el caso particular; que se consulte al Soberano cuando se duda cual fue su intencion; pero que si esta se manifiesta en términos generales, debe el juez aplicarla al caso particular, y esto es lo que llama el señor Lardizabal consultar el espíritu de la ley. En los dos puntos primeros parece que está conforme el señor Gutierrez, y que solo se contrae à impugnar el último; pero si hubiera reflexionado bien, habria entendido mejor al señor Lardizabal, y no daria él mismo armas para rebatir su propia doctrina, como voy à demostrar. El señor Lardizabal trató de nimio el rigor servil con que en Inglaterra se sigue siempre la letra de la ley, citando el ejemplo de uno acusado en aquella nacion por haberse casado con tres mugeres à un tiempo. Examinada la causa por los jurados, declararon estos haber cometido el acusado el delito que se le imputaba. Estando ya para ser condenado en la pena impuesta por la ley, el abogado del reo conociendo el modo de pensar de su nacion, alegó que la ley hablaba solamente de los que se casaban dos veces, y por consiguiente no podia comprender á su cliente, porque se habia casado tres. El razonamiento del abogado hizo toda la impresion que podia desear en el ánimo de los jueces, y el reo

1 Discurso sobre las penas, cap 2. num. 40, 41 y 42.

quedó absuelto por haber despreciado muchas veces la ley que tanto querian observar. El señor Gutierrez, sin considerar que iba á apoyar la misma doctrina que impugnaba, dice: „El señor Lardizabal pudo muy bien haber advertido con su talento y penetracion, que en el caso referido no seria absuelto el reo por haberse querido seguir con excesivo rigor las palabras de la ley, sino por haber querido los jueces absolverle.... Si hubiera seguido la letra de la ley, habria sufrido irremisiblemente la pena merecida, pues quien está casado con tres mugeres á un tiempo, tambien lo está con dos &c. He aqui justamente lo que el señor Lardizabal llama consultar el espíritu de la ley, esto es, declarar que este caso particular de las tres mugeres, está comprendido en la ley general que habla de las dos, y por eso los jurados cuando por primera vez le condenaron, no siguieron servilmente la letra sino el espíritu de la ley, pues que en la letra rigorosamente no se hablaba sino de dos, y este rigor servil es el que critica el señor Lardizabal; pero declarar que el caso de las tres mugeres está comprendido en la ley que habla de dos solamente, no es seguir rigorosamente la letra de la ley, como cree el señor Gutierrez, pues si asi fuese, hubiera sido válido el primer fallo, é infructuosa la reclamacion del abogado.

8. ¿Y que ganariamos con que se siguiesen literalmente algunas de nuestras leyes penales antiguas? Cierto que seria un espectáculo digno de una nacion culta el asaetear á uno, sellarle los labios con un hierro ardiente, echar á las bestias bravas &c. Oigase sobre este punto lo que dice el señor Marina en su *Ensayo histórico sobre la antigua legislacion de los reinos de Leon y Castilla* (1).

9. » El primer objeto del sabio Rey en la copilacion de este libro (las Partidas), fue desterrar de la sociedad la crueldad de los suplicios, corregir el desorden de los procedimientos criminales, y suavizar y templar el rigor del antiguo código penal, á cuyo propósito decia: » Algunas maneras son de penas que las no deben dar á ningunt home por yerro que haya fecho, asi como señalar á alguno en la cara quemándole con fierro caliente, nin cortandol las narices, nin sacandol los ojos (2)." Ley santa y justisima; pero la razon en que estriba no es muy filosófica. »Porque la cara del hombre fizo Dios á su semejanza." Añade:

1 Pag. 341. §. 407 y siguientes.

2 Ley 6. tit. 31. Part. 7. Don Juan el Primero en la ley 31 del ordenamiento, publicada en las cortes de Bribiesca de 1387, restableció la pena cruel de señalar al hombre y marcar su frente con hierro caliente.

»que los judgadores non deben mandar apedrear á ningunt nome, nin crucificar, nin despeñar." Pero los copiladores de esta Partida no siempre respondieron à las intenciones del Monarca ni fueron consiguientes en sus principios: seguidores ciegos del derecho romano, sofocando aquellas semillas, y olvidando tan bellas máximas, alguna vez fulminaron penas bárbaras y tan irregulares, que dificilmente se podria hallar ó entrever su proporcion con los delitos y con los intereses de la sociedad. Fueron inconsiguientes, porque sino se debe afear la cara del hombre ni señalarle en ella, porque es imagen de Dios; si quiere el Rey »que los judgadores que ovieren á dar pena á los homes por los yerros que ovieren fecho, que ge las manden dar en las otras partes del cuerpo, et non en la cara:" ¿como mandaron que al que denostare á Dios ó à Santa María, por la segunda vez que le señalen con fierro caliente en los bezos, y por la tercera que le corten la lengua (1)? Al Rey Sabio le pareció suplicio cruel apedrear á alguno; pero la ley manda »apedrear al moro que yoguiese con cristiana virgen (2)." El Rey prohibió despañar y crucificar à los hombres; pero la ley establece otros suplicios acaso mas crueles, y autoriza á los jueces para que fulminen contra los reos de muerte pena capital, dejando á su arbitrio escoger de tres clases de penas sumamente desiguales, la que quisieren: »puédelo enforcar ó quemar ó echar á bestias bravas que lo maten (3)."

10. »La razon y la filosofia en todos tiempos levantaron su voz contra la pena de infamia perpetua, señaladamente contra la que envuelve á los inocentes con los culpados y facinerosos. Sin embargo la ley de Partida autorizó esa pena mandando que el reo de traicion, el mayor delito, el mas funesto á la sociedad, y el mas digno de escarmiento, »debe morir por ende; et todos sus bienes deben seer de la cámara del Rey..... et demas todos sus fijos que son barones deben fincar por enfamados para siempre, de manera que nunca puedan haber honra de caballeria, nin de otra dignidat, nin oficio: nin puedan heredar de pariente que hayan, nin de otro extraño que los estableciese por herederos, nin puedan haber las mandas que les fueren fechas (4)." Demos por sentado y convengamos que la ley es justa; ¿pero quién aprobará ó consentirá que se establezca un mismo castigo é igual pena para delitos tan varios y desiguales como son las traiciones en los casos de la ley (5)? Asi que justisimamente la

1 Ley 4. tit. 28. Part. 7.
2 Ley 10. tit. 25. Part. 7.
3 Ley 6. tit. 31. Part. 7.
4 Ley 2. tit. 2. Part. 7.
5 Ley 1. tit. 2. Part. 7.

reformó Don Alonso XI en su ordenamiento de Alcalá, y quiso que esta correccion se pusiese al pie de dicha ley de Partida, segun se lee en el códice de la academia. »Auténtica. Lo que dice en esta ley de la pena que deben haber los fijos varones del traidor, há lugar en la traicion que es fecha contral Rey ó al regno. Ca en la traicion que es fecha contra otro, non pasa la manciella al linage del traidor, segun se contiene en la ley que comienza *Traicion* (1)."

11. Tambien parece excesiva y cruel la pena del monedero falso, asi como la de los que fingen sellos, cartas, ó privilegios reales. De los primeros dice la ley: »Mandamos que cualquier home que ficiese falsa moneda de oro ó de plata, ó de otro metal cualquier, que sea quemado por ello de manera que muera (*):" y de los segundos: »Cualquiera que falsase privilegio ó carta, ó bula, ó moneda, ó seello del Papa ó del Rey, ó si lo ficiere falsar à otri, debe morir por ende (**)." ¿Y que diremos de la extraordinaria y ridícula pena del parricida, ó del que matase alguno de sus parientes, copiada servilmente del derecho romano? »Mandaron los emperadores et los sabios antiguos, que este atal que fizo esta nemiga, sea azotado ante todos públicamente, et desí que lo metan en un saco de cuero, et que encierren con él un can, et un gallo, et una culebra, et un gimio. Et despues que él fuere en el saco con estas cuatro bes-

1 Ordenam. de Alcalá, ley 5 tit. 32.

* Ley 9. tit. 7. Part. 7. La ley gótica 2. tit. 6. lib 5. es mucho mas benigna: manda que al siervo reo de semejante delito le corten la mano diestra, y al libre que le exijan la mitad de sus bienes, en el caso de ser persona de superior clase; pero siendo de condicion inferior, que pierda el estado de libertad. Esta jurisprudencia se observaba todavía en el reino Ilgionense en el siglo 13, como se demuestra por una escritura de donacion, otorgada en el año 1220 por D. Alonso IX de Leon y su muger Doña Berenguela, á favor del monasterio de Valdedios en Asturias, en que le dan entre otras cosas una heredad confiscada á sus poseedores, porque habian falseado la moneda Real, como se puede ver en el tomo 38 de la *España Sagrada*, página 179.

** Parece mas prudente y equitativa la del código gótico 1 tit. 5. lib 8: distingue como arriba dos clases de reos, á saber, personas de distincion y alta esfera, y de la clase inferior: á los primeros si falsaren los decretos, sanciones y mandamientos reales, quiere que se les ponga la pena de perdimiento de la mitad de sus bienes en beneficio del fisco; y á los segundos: *Minor vero persona manum perdat, per quam tantum crimen admissit.* Los que otorgaren falsas escrituras, ó las corrompiesen, signándolas con falsos sellos &c: las personas de superior clase pierdan la cuarta parte de su haber; pero las humildes y viles, sean entregadas en calidad de siervos á aquellas á quienes hicieron la falsedad; y ademas unos y otros reciban cien azotes. El fuero de Baeza, aunque las mas veces cruel y sanguinario, reduce la pena del falso escribano á pena pecuniaria: »Si el escribano de falsedad ó de engaño fuere probado fasta en cien maravedis, pechetos duplados cuemo ladron." En materia de cien maravedis arriba, ó sobre delito de alterar el fuero, se agrava la pena: »De cien maravedis arriba, si penso fore en engaño, ó en el libro del fuero alguna cosa radiere ó annadiere, táyanle el pulgar diestro, y el daño que por ende viniere pechel duplado."

tias, cosan ó aten la boca del saco, et échenlo en la mar ó en el rio (1)." ¿Y que de otra ley, en la cual despues de haberse asentado juiciosamente, y en conformidad á lo acordado por la ley gótica, »que por razon de furto non deben matar, nin cortar miembro ninguno," sujeta á pena de muerte muchos casos en que si alguna vez parece justa, en otros seguramente es dura y excesiva? Como cuando dice que deben morir los que se ocupan en robar ganados ó bestias, «et si acaesciese que alguno furtase diez ovejas, ó cinco puercos, ó cuatro yeguas ó vacas, ó otras tantas bestias ó ganados de los que nascen destos; porque tanto cuento como sobredicho es de cada una de estas cosas facen grey, cualquier que tal furto faga debe morir por ello, maguer non oviese usado de facerlo otras veces (2)." No es mas equitativa la ley que prescribe pena de muerte, y la misma que merece el homicida, contra el testigo que dijese falso testimonio en pleito criminal y de justicia (3): ni la que manda arrojar dentro del fuego al hombre de *menor guisa* que incendiare casa ó mieses agenas (4): ni otras varias de que no podriamos hacer el debido análisis y juicio crítico sin traspasar los límites de este discurso."

12. Proseguiré explicando las otras palabras de la definicion. Dije ser la pena un daño que se *hace padecer* al delincuente, esto es, contra su voluntad, pues como dice Quintiliano (5), no es pena la que se padece voluntariamente. Asi que no deben contarse en el número de las penas ni la venganza que privadamente toma uno de otro por algun daño que le haya hecho, ni las mortificaciones y penitencias voluntarias, ni las incomodidades y males que resultan de ciertos vicios y delitos, ni las calamidades que suelen acontecer natural ó indirectamente á los hombres (6).

13. Añadí *en su persona, en su reputacion, ó sus bienes*, porque los delitos se castigan con tres clases de penas, á saber, corporales, de infamia y pecuniarias; y de cada una de ellas paso á tratar ahora. Llámase pena corporal, y tambien aflictiva, la que aflige ó afecta al cuerpo, como es la capital, la de azotes, vergüenza pública &c. (7). Hablaré primero de la capital como la mas grave de todas, y despues recorreré las de-

1 Ley 12. tit. 8. Part. 7.
2 Ley 19. tit. 14. Part. 7.
3 Ley 11. tit. 8. Part. 7.
4 Ley 9. tit. 10. Part. 7.
5 *Nulla pœna est nisi invicto.* Declam. 11.
6 Discurso sobre las penas, página 20.
7 Acevedo en la ley 1. tit. 4. lib. 8. Recop. num. 40.

mas corporales que se usan en España, diciendo lo que haya notable y particular en cada una de ellas.

14. No me detendré á refutar la opinion del célebre Becaria y otros que llevados de una compasion mal entendida, y fundados en argumentos mas especiosos que sólidos, quisieron desterrar la pena capital; porque otros han desempeñado este cargo mejor que yo pudiera hacerlo con mi tosca pluma, y especialmente el señor Lardizabal, quien en el capítulo 5 del citado Discurso, párrafo 2, número 1 y siguientes, demuestra que las supremas potestades tienen un derecho legítimo para imponer la pena capital, siempre que sea conveniente y necesaria al bien de la república; que lo es efectivamente en algunos casos; aunque la humanidad, la razon y el bien mismo de la sociedad, piden que se use de ella con la mayor sobriedad y con toda la circunspeccion posible. Parecería increible la crueldad con que se ha tratado á los hombres, sino constaran en la historia tan atroces suplicios: no hablaré del toro de Falaris, de las aras de Busiris, y de los horrorosos tormentos con que arrancaban la vida á los mártires los detestables tiranos de Roma. En tiempos mas modernos, y en naciones que se preciaban de cultas, se ha visto descuartizar á un hombre atado á cuatro potros, atenacearle las carnes, quebrantar sus huesos en una rueda hasta morir &c. Apartando la imaginacion de tan horrorosos espectáculos, me contraeré à decir que en el dia se usan en España para quitar la vida á los delincuentes, la horca, el garrote, y el arcabuceamiento. Por la gravedad ó atrocidad del delito, suele añadirse en la sentencia la circunstancia de que se lleve al reo arrastrado al patíbulo; pero esta es una mera ceremonia; pues va en un seron que llevan suspendido varios individuos de una cofradía piadosa. Tambien suele agregarse en la condenacion de algunos insignes foragidos, que sean descuartizados despues de muertos, y que se pongan su cabeza y cuartos en pareges públicos, donde sirvan de terror y escarmiento.

15. A la pena capital sigue la de azotes y vergüenza pública, que son corporales y aflictivas, acerca de las cuales dice el señor Lardizabal lo siguiente: »La pena de azotes, si no hay mucha prudencia y discernimiento para imponerla, lejos de ser util puede ser muy perniciosa, y perder á los que son castigados con ella en lugar de corregirlos. Ella es ignominiosa y causa infamia, por lo que solo deberia imponerse por delitos, que en si son viles y denigrativos, pues de lo contrario la pena misma causaria un daño mayor acaso que el que causó el delito, que

es hacer perder la vergüenza al que la sufre, y ponerle por consiguiente en estado de que se haga peor en vez de enmendarse. Pero impuesta con prudencia y discrecion podrá ser util y contener con su temor. Por regla general en una nacion honrada y pundonorosa, cual es la española, toda pena de vergüenza usada con prudencia, y haciendo distincion en el modo de imponerla, segun la diversidad de clases y de personas, puede producir muy saludables efectos. Pero debe siempre observarse la máxima de no imponer jamas pena que pueda ofender el pudor y la decencia, pues esto seria destruir las costumbres por las mismas leyes que deben introducirlas y conservarlas. Justamente se ha abolido por el no uso la disposicion de la ley 2. tit. 9. lib. 4 del Fuero Real, la cual manda que si algunos cometieren el pecado de sodomía, *amos á dos sean castrados ante todo el pueblo, é despues á tercer dia sean colgados por las piernas fasta que mueran.*

16. »Creo tambien muy digna de reforma la práctica que actualmente hay, cuando se sacan las mugeres á la vergüenza, de llevarlas desnudas de medio cuerpo arriba con los pechos descubiertos, lo que ciertamente ofende la modestia, y he visto causar este efecto aun en las gentes del bajo pueblo. En algunas partes van cubiertas por delante, dejándoles solamente descubiertas las espaldas, lo que es mas conforme á la decencia, y por otra parte no se disminuye nada la pena de vergüenza."

17. La tercera pena corporal aflictiva es la de presidio ó arsenales, sobre la cual se dispone lo siguiente en la Real pragmática de 12 de Marzo de 1771 (que es la ley 7. tit. 40. lib. 12. Nov. Rec.). »Conformándome con el parecer de mi Consejo, he mandado expedir la presente en fuerza de ley y pragmática sancion, como si fuese hecha y promulgada en Córtes; pues quiero, se esté y pase por ella sin contravenirla en manera alguna, para lo cual, siendo necesario, derogo y anulo todas las cosas que sean ó ser puedan contrarias á esta: por la cual para evitar la desercion en los presidios, y las demas funestas consecuencias que hasta aqui se han experimentado, con total abandono de la Religion, con que algunos desesperados compran á un precio tan fatal su aparente libertad, y obviar la contagiosa mezcla de personas menos viciadas con los reos mas abandonados, cuyo promiscuo trato los reduce á una absoluta incorregibilidad:

18. Mando, que en las condenas de todos los reos de delitos y casos á que corresponda pena aflictiva, que no pueda ni deba

extenderse à la capital, se distingan en adelante dos clases: una de delitos no cualificados, que aunque justamente punibles, no suponen en sus autores un ánimo absolutamente pervertido, y suelen ser en parte efecto de falta de reflexion, arrebato de sangre ú otro vicio pasagero; como las heridas, aunque graves, en riña casual, simple uso y porte de armas prohibidas, contrabando y otros que no refunden infamia en el concepto político y legal; y la otra clase de delitos feos y denigrativos, que sobre la viciosa contravencion de las leyes suponen por su naturaleza un envilecimiento y bajeza de ánimo con total abandono del pundonor en sus autores; cuales son todos aquellos delitos y casos, por los cuales, segun las leyes del reino, se aplicaba la pena de galeras, mientras las hubo, ya fuese por la esencia de los mismos delitos, ya por el mal hábito de su repeticion exclusivo de probable esperanza de enmienda en tales vicios consuetudinarios de daño efectivo à la sociedad.

19. »Que los reos de primera clase, en quienes no cabe fundado recelo de desercion á los moros, deban ser condenados à los presidios de África por el tiempo determinado que les prefinieren los tribunales competentes, el cual nunca pueda exceder del término de diez años; y que puestos en sus destinos, no dando alli motivos de otra calidad, sean tratados sin opresion ni nota vilipendiosa, aplicándoles únicamente à las utilidades de la guarnicion y obras de los mismos presidios; cuya moderacion de penalidades y separacion total de los que podrian corromperlos, les pondrán mas distante el abominable pensamiento de pasarse à los moros.

20. »Que los delincuentes de la segunda clase, à quienes, como va insinuado, corresponde la pena de galeras, y cuya mayor corrupcion y abandono hace mas temible su desercion y fuga à los moros, por el entero olvido de sus primeras obligaciones à la religion y à la patria, sean precisamente desterrados à los arsenales del Ferrol, Cadiz y Cartagena, donde se les aplique indispensablemente por los años de sus respectivas condenas à los trabajos penosos de bombas y demas maniobras ínfimas, atados siempre à la cadena de dos en dos; sin arbitrio ni facultad en los gefes de aquellos departamentos para su soltura ni alivio; à menos de preceder para lo primero expresa Real orden mia, y concurrir para lo segundo causa de grave enfermedad, en cuyo caso deban ser tratados con la humanidad que fuere practicable, celando siempre, como corresponde, el cumplimiento de justi-

cia en la custodia de estos reos para la vindicta pública, y asegurar que los pueblos queden desembarazados de unos sugetos calificados de perniciosos á la sociedad.

21. »Que para la proporcionada distribucion y dotacion de los mismos arsenales, deben dirigirse á los del Ferrol los reos condenados á esta pena por la Chancillería de Valladolid, Consejo Real de Navarra, Audiencias de Galicia y Asturias, y por todos los jueces, aunque sean de fuero privilegiado, del territorio de estos tribunales; á los arsenales de Cadiz, los de los reinos de Andalucía, provincia de Extremadura é islas de Canarias; y á Cartagena los de Castilla la Nueva, reino de Murcia y corona de Aragon.

22. »Que atendida la penalidad y afan de estos trabajos cumplidos con la exactitud correspondiente, y para evitar el total aburrimiento y desesperacion de los que se vieren sujetos á su interminable sufrimiento, no puedan los tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno; sino que á los mas agravados, y de cuya salida al tiempo de la sentencia se recele algun grave inconveniente, se les puede añadir la calidad de que no salgan sin licencia; y segun fueren los informes de su conducta en los mismos arsenales por el tiempo expreso de su condena, el tribunal superior por quien fuere dada ó consultada la sentencia, pueda despues con audiencia fiscal proveer su soltura, la que debe cumplimentarse por los intendentes de dichos arsenales, con presentacion del testimonio del decreto de libertad proveido por los competentes tribunales superiores; teniendo presente los mismos tribunales y demas jueces, que la aplicacion de los reos á los trabajos de bombas de los arsenales, solo puede verificarse en el de Cartagena, por no haberlas en el del Ferrol y Cadiz.

23. »Y para que no se haga un uso perjudicial á las saludables providencias que van tomadas, entendiéndose tal vez que por la subrogacion de la pena de arsenales en lugar de la de galeras, pueden continuar los jueces en el arbitrio de conmutar con aquella otras penas mayores, dejando de aplicar la capital en muchos casos correspondientes, y cortar de raiz todos los principios introducidos, ya sea por una piedad mal entendida ó por una intempestiva y abusiva inteligencia de algunas leyes del reino, que ocasionadas sin duda de temporal urgencia, se han traido despues á una perpetua y dañosa práctica; mando asimismo á todos los jueces y tribunales con el mas serio encargo,

que á los reos por cuyos delitos, segun la expresion literal ó equivalencia de razon de las leyes penales del reino, corresponda la pena capital, se les imponga esta con toda exactitud y escrupulosidad, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia, ni de una remision arbitraria: declarando como declaro ser mi Real intencion que no puede servir de pretexto ni traerse à consecuencia para la conmutacion ni minoracion de penas la ley 2, ni lo prevenido en la 6 de este título (1); y asimismo declaro que sin embargo de estas leyes y otras correlativas providencias, y de cualquier práctica fundada en ellas, es mi voluntad que se haga cumplimiento de justicia segun la natural calidad de los delitos y casos, sin dar lugar à abusos perjudiciales à la vindicta pública (2) y à la seguridad que conforme à la nativa institucion de las leyes, deben gozar los buenos en sus personas y bienes por el sangriento ejemplar y público castigo de los malos.

24. »Y finalmente mando, que cuando en algun caso sobre las mismas leyes que ahora he resuelto se guarden, ocurriere duda muy grave por la variacion sustancial de los tiempos ú otras circunstancias dignas de atencion que necesiten mi Real declaracion, los tribunales la consulten al mi Consejo, para que, haciéndomelo presente, declare lo mas justo." (3) (*).

1 Véase en la ley 12 del título anterior lo suprimido en dicha ley 6 sobre no visitar los reos condenados á galeras.

2 Por Real orden comunicada en circular del Consejo de 21 de setiembre de 1779, con motivo de lo ocurrido por la captura de los reos de dos homicidios, que á título de parentesco lograban su asilo de los vecinos del pueblo, se mandó que en los lances que puedan ocurrir de esta naturaleza, se adopte el medio de que, prendiendo y presentando los parientes al reo ó reos, logren el alivio de que la pena no sea denigrativa, salvo en los casos en que despues de su prision cometan fuga ú otros delitos, y se tenga por conveniente lo contrario.

3 Posteriormente se publicaron otras dos Reales órdenes concernientes á esta materia, que pueden verse en las leyes 10 y siguientes del citado tit. 40. lib. 12. Nov. Rec.

* En Real orden de 23 de marzo último se ha servido su Magestad resolver lo siguiente. »Que los reos militares que en lo sucesivo sean destinados á presidio, sufran esta pena precisamente por el tiempo que se les señale en los de Ceuta y Tarifa, y que los tribunales civiles y las otras autoridades que impongan la misma pena á los delincuentes sujetos á sus respectivas jurisdicciones, los destinen á los presidios menores de Africa, ó á los otros del reino, excepto los de Ceuta y Tarifa: que esta determinacion sea aplicable á los reos de todas clases, que habiendo sido condenados á presidio, se hallen actualmente en las cárceles ó en camino para aquel destino, debiendo en su consecuencia los capitanes ó comandantes generales, tomar las providencias oportunas para que los individuos militares juzgados por tribunales militares que se hallen en sus respectivos distritos, sean conducidos á la plaza de Ceuta ó á la de Tarifa, en lugar de los otros destinos que en sus condenas se les haya dado; avisando de ello á los tribunales ó gefes militares que entendieron en sus causas para los efectos convenientes, y que reteniendo en seguridad á los otros reos procedentes de los demas tribunales, y sentenciados por estos á los presidios de Ceuta y Tarifa, les comuniquen inmediatamente el oportuno aviso, para que señalen de nuevo el punto en que con arreglo á esta determinacion hayan de cumplir sus condenas.

25. A la pena de presidio se sigue la de destierro, que es tambien corporal. Será muy grave y aflictiva cuando el destierro fuere de larga duracion ó perpetuo, como es la extrañacion del reino. De esta última pena usa el Soberano en virtud de la potestad económica contra los eclesiásticos inobedientes ó perturbadores del orden y tranquilidad pública, y à la cual regularmente acompaña la ocupacion de temporalidades y privacion de naturaleza. A veces se impone un corto destierro de algun pueblo à los seglares por algun exceso de poca gravedad, sin confinacion ni otra calidad gravosa, y en este caso será la pena menos aflictiva.

26. Tambien suele imponerse por castigo en algunos delitos que no son de mucha gravedad la prision ó encerramiento en la carcel, que será mas ó menos aflictiva, segun el género de prision, y el trato que en ella se dé al delincuente. Por punto general puede considerarse siempre esta pena como mas grave que el destierro por poco tiempo, à causa de las incomodidades y molestias que ordinariamente se padecen en una prision, como tambien por la dureza con que los subalternos suelen tratar à los miserables que tienen la desgracia de ser encerrados, quienes son de peor condicion que el desterrado de un pueblo; pues al fin este goza del aire libre, puede establecerse en otro de su gusto, y no está privado de aquellas comodidades que disfrutan los demas.

27. Las penas de infamia que he distinguido de las corporales, pueden ser à veces tan terribles y aflictivas como estas, si recaen en sugetos pundonorosos. Es la infamia una pérdida ó menoscabo del honor ó de la reputacion que tiene el hombre entre sus conciudadanos; de suerte que viene à ser como una marca impresa para distinguir y separar al infamado de los demas individuos de la sociedad que merecen el aprecio público. La infamia procede à veces de la opinion pública sin declaracion de la ley, y entonces, aunque degrada al sugeto, no puede llamarse propiamente pena, por cuanto no está impuesta ó declarada por el legislador. Llámase esta infamia de hecho, y no corresponde à este lugar. Otra hay que dimana de la ley ó está declarada por ella, y se denomina infamia de derecho, la cual se subdivide en dos clases: una que comprende ciertos ejercicios ó hechos del hombre, que sin ser criminales estan reputados por infames en el derecho, como los oficios de juglar, farsante, torero, de que habla la ley 4. tit. 6. Part. 7: esta infamia, aunque en rigor sea un mal y grave, por cuanto priva al sugeto de cier-

tas prerogativas que gozan otros individuos de la sociedad, no pertenece tampoco à este tratado, pues no es una pena impuesta por delito. De esta solo es de la que voy à hablar, y para distinguirla de las otras la llamaré infamia penal. Esta se impone sola à veces, como la de vergüenza pública que he contado entre las corporales aflictivas, porque lo es realmente. Suele tambien imponerse juntamente con otra pena, por ejemplo, cuando despues de haber azotado à un delincuente le pasan por debajo de la horca. Otras veces consiste en una declaracion de la ley, que impone pena corporal en cierta clase de delitos, y para hacerlos mas detestables, los marca ademas con la nota de infamia, como el de traicion, sodomía, adulterio &c. (1).

28. Los efectos de la infamia son de la mayor trascendencia, pues el que incurre en ella, no solo queda privado del empleo y honores que gozaba, sino que tambien la inhabilita para obtener otros. Asi que no puede ser consejero, oidor, gobernador, juez, regidor, ni tener otro cargo ni oficio público, como el de abogado, asesor, relator, escribano &c., y tambien le está prohibido residir en la Corte (2), y servir de testigo. Por esto la infamia se asemeja à la muerte natural (3), y es como si dijéramos una excomunion civil, que separa al infame de la comunidad social, haciéndole un objeto aislado y despreciable. De consiguiente esta pena bien aplicada es eficacísima, y se ha usado en las naciones antiguas y modernas con mucho fruto. Mas para que produzca los saludables efectos que debe proponerse el legislador, ha de contener las circunstancias siguientes.

29. *Primera.* Ha de ser conforme à las opiniones generalmente recibidas, quiero decir, que no deben declararse infames ciertas acciones que comunmente se creen laudables ú honrosas, y esto aun cuando el comun concepto sea falso y efecto de una verdadera preocupacion; porque como dice muy bien el señor Lardizabal (4), es tanta la fuerza de las opiniones de los hombres, y de las preocupaciones que regularmente prevalece sobre la autoridad de la ley, y la inutiliza; por lo que en semejantes casos en lugar de la pena de infamia, es menester buscar otra que sea mas proporcionada al delito. La ley, por ejemplo, con el laudable fin de extirpar los duelos, declara expresamente por infame este delito (5); pero ni los duelos se han extin-

1 Leyes 3, 4 y 5. tit. 6. Part. 7.
2 Ley 7 tit. 6. Part. 7.
3 *Cur. Filip.* part. 3. §. 9. num. 10.
4 *Discurso sobre las penas*, cap. 5. §. 4. num. 4 y 5.
5 Ley 2. tit. 20. lib. 12. Nov. Rec.

guido, ni ha pasado hasta ahora por infame en el concepto público un solo hombre de tantos como han contravenido á la ley. ¡Tanta es la fuerza de la preocupacion!

30. Segunda circunstancia: que no se imponga esta pena sino à los sugetos que tengan pundonor, y sean capaces de afectarse con la nota de oprobrio. ¿Que caso haria de este solo castigo uno de esos malvados que corren sin freno, remordimiento ni pudor alguno por la senda de la iniquidad? A estos deben imponerse las penas corporales, reservando las infamantes para aquellos que estiman la honra, y aun la prefieren à la vida.

31. La tercera circunstancia ó regla que debe tenerse presente para la imposicion de esta pena, es que se use de ella con parsimonia ó sin demasiada frecuencia, y que no se imponga de una vez à muchos; pues asi como los premios si se distribuyen pródigamente, y no segun el verdadero mérito, pierden el aliciente, del propio modo las penas infamatorias repetidas ó mal aplicadas dejan de producir su efecto, porque la idea de la infamia se va debilitando con la repeticion de las impresiones que hace en la opinion pública, y à fuerza de familiarizarse los hombres con un castigo, llegan à despreciarle. Lo mismo puede decirse cuando se trata de infamar à muchos à un tiempo, en cuyo caso sucede que la nota infamatoria, que puesto en uno haria grande impresion, se debilita con la variedad ó multitud de objetos.

32. Parece superfluo decir que la infamia no debe trascender à otras personas que tengan conexion y parentesco con el delincuente. *El delito ó la pena del padre no puede causar mancha alguna al hijo, porque cada uno debe ser responsable solo de sus acciones, y no se constituye sucesor del delito ageno*, dice el canon 6. causa 1. quæst. 3, tomado de una ley romana (1), y Platon dice que lejos de castigar à los hijos del delincuente, deben ser elogiados para que no imiten à su padre (2). Síguese tambien, como dice el señor Lardizabal (3), un daño de consideracion de que la infamia trascienda del delincuente, y es que para evitarla se hacen extraordinarias diligencias por las personas allegadas à fin de impedir el castigo, de donde resulta ó la impunidad absoluta, ó que no se observen las leyes con la puntualidad que corresponde, y se les bus-

1 Ley 26. ff. *de pœn.*
2 Lib. 9. *de legib.*
3 Cap. 5. §. 4. num. 10.

quen temperamentos y modificaciones con perjuicio del bien público, y de la recta administracion de justicia.

33. La hidalguía ó nobleza del que incurre en infamia, sea de hecho ó de derecho, no se pierde por ella, como que es una calidad inherente al linage; solo si se pierden ò estan suspensas las prerogativas ó exenciones honrosas de ella, sin que esta privacion trascienda à los hijos y descendientes, pues la nobleza se deriva en ellos no por el infamado, sino por sus predecesores, y por la gracia del Soberano (1).

34. Toda infamia de hecho ó de derecho puede quitare enteramente por el Soberano, como se dirá mas extensamente cuando se trate de los indultos: la que dimana de sentencia judicial, se desvanece ó borra en los tres casos siguientes. 1.° Cuando se sufre en virtud de sentencia de pena corporal por delito, al que segun la ley solo correspondia pecuniaria. 2.° Cuando se padece con ocasion de heber el juez aumentado ó disminuido la pena corporal determinada por la ley, aunque à ello se moviese con justa causa (2). 3.° Cuando apelada la sentencia se revoca en la segunda instancia (3).

35. La privacion de oficio ó algun otro cargo público, es otra pena que menoscaba la estimacion del hombre ó el concepto de que gozaba en la sociedad, y bajo este aspecto corresponde aqui tratar de ella. Ya dije en el párrafo 28, que cuando uno incurre en infamia, queda por este mero hecho privado de oficio. Tambien debe perderle el que abusando de él comete un delito que le denigra ó envilece, como el magistrado que por cohecho, parcialidad, colusion ó fraude de una sentencia injusta, ó cualquier otro empleado que se deja sobornar, faltando à la confianza que de él hizo el Soberano, y à este ejemplo otros. Pero es de advertir, que los jueces inferiores no pueden condenar ni privar de oficio sin consulta superior, por lo que tienen de aflictivas é ignominiosas estas penas (4). Y si el empleo ú oficio se confirió por titulo ó nombramiento de su Magestad, ni aun las Audiencias Reales pueden decretar la última sin anuencia de la Real Persona. Si la privacion de oficio es temporal ó solo suspensiva de él se cuenta el tiempo desde el dia que por auto judicial se le impidió su ejercicio (5). Asimismo la pena de des-

1 Tiraquel. *de nobilit.* cap 24. num. 5, y cap 35. num. 3.
2 Ley 6. tit 6 Part. 7.
3 Dicha ley 6.
4 Villad. cap. 5. *de la instruc.* num. 22.
5 Matth. cont. 18. num. 11.

decirse, que se impone al que denostó ó injurió á otro, tambien está reservada, recayendo en hidalgo, noble ó sugeto que tenga dignidad: por la especie de infamia que encierra; y asi no deberá llevarse á efecto sin previa consulta y aprobacion (1). Ultimamente debo advertir, que como los jueces árbitros no tienen facultad alguna en asuntos criminales, si imponen pena gravatoria ó de infamia, será nula *ipso jure* (2).

36. Las penas de la tercera clase son aquellas que se imponen no sobre la persona sino en los bienes, y por esto se llaman pecuniarias. La mas gravosa y terrible de ellas es la confiscacion por su transcendencia; pues no solo alcanza al mismo delincuente, sino tambien á su desventurada familia, privándola de los medios de subsistencia. Por eso decia el Emperador Justiniano al jurisconsulto Triboniano: »conviene que pongas todo cuidado en castigar á los que lo merecen, pero sin llegar á sus bienes, los cuales deben pasar á sus parientes, y á los que les corresponden por la ley, segun el orden establecido por ella, pues no son las cosas las que delinquen; sino las que las poseen: y es invertir el orden quitar los bienes á los delincuentes, y dejar libres sus personas, castigando de esta suerte en lugar de ellos á otros, que son llamados tal vez por la ley á la sucesion" (3). El mismo Emperador en otra novela posterior (4) manda que á ningun condenado por cualquier delito se le confisquen los bienes, si tuviere ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, y en falta de ellos se aplique al fisco, reservando á la muger la dote y donacion *ante nuptias;* pero de esta regla excluye el delito de lesa Magestad, en el cual dispone que se hayan de guardar las leyes de sus antecesores, que imponen la confiscacion de todos los bienes, y solo quiere que se exceptúe la dote de la muger.

37. Con esta última disposicion va conforme la ley 5. tit. 31. Part. 7. (excepto que no habla de la dote, la cual se manda reservar por la ley 2. tit. 2. de la misma partida), como se ve por las siguientes palabras: »E aun decimos, que á ningun home por yerro que haya fecho non deben ser tomados todos sus bienes si oviere parientes, de los cuales suben ó descienden por línea derecha del parentesco fasta en el tercero grado; fueras ende el que fuese juzgado por traidor, segun dice en el título de las traiciones, ó en otros casos señalados, que son escriptos en

1 Ley 2. tit. 5. Part. 7.
2 Ley 5. tit. 6. Part. 7.
3 Novel. 17. cap. 12.
4 Novel. 134. cap. ult.

las leyes de este nuestro libro, en que señaladamente los mandase tomar." Se ve pues que no solo en el caso de traicion de que habla Justiniano, sino en otros tiene lugar la confiscacion segun nuestro derecho. En efecto con arreglo á él se confiscan los bienes por los delitos siguientes. El de heregía (1). El de sodomía y bestialidad (2). El de suicidio, cuando el que se mata no tiene descendientes (3). El de cercenar la moneda, introducir la falsificada ó no denunciarla teniendo noticia de su introduccion (4). El de matar ó herir á algun ministro del Consejo, corregidor, alcalde mayor ú ordinario (5). El de usura cuando se reincide por segunda vez (6). El duelo ó desafío (7). El matrimonio clandestino (8). El incesto del que se casa á sabiendas y sin dispensa con parienta dentro del cuarto grado, ayuntándose á ella carnalmente (9), aunque en el incesto simple sin matrimonio, solo se confisca la mitad de los bienes (10). Ademas de estos delitos hay otros en que la confiscacion no extiende á mas que dicha mitad de bienes, por ejemplo, la falsificacion del sello del Rey, Obispo ú otro prelado (11).

38. El señor Lardizabal (12) tratanto de esta materia dice lo siguiente: »Las utilidades que pueden seguirse de las confiscaciones, no son ciertamente comparables con los males que deben causar por su naturaleza misma, particularmente si son muy frecuentes. Tampoco son muy compatibles con el suave y templado gobierno de una monarquía, en la cual por otra parte tienen los Príncipes muchos y grandes recursos para mantener todas las obligaciones y el esplendor de la corona, sin necesidad de los despojos de los vasallos para enriquecerlas.

39. »Estas razones me inclinaban á creer, que acaso seria util abolir enteramente la pena de confiscacion, como lo han hecho los Estados generales de las Provincias unidas, por una ley publicada en 10 de agosto de 1778. En algunas provincias de Francia, particularmente en las comprendidas bajo el nombre de Pais de derecho escrito, no hay lugar á la confiscacion en nin-

1 Ley 1. tit. 3. lib. 12. Nov Rec.
2 Ley 1. tit. 30. lib. 12. Nov. Rec.
3 Ley 15. tit. 2. lib. 12. Nov. Rec.
4 Leyes 3 y 4. tit 8 lib. 12 Nov. Rec. siendo de notar que a mero falsificador de moneda dentro del reino, solo se le confisca la mitad de los bienes, segun la ley 1. del mismo título.
5 Leyes 1 y 2 tit. 10. lib. 12. Nov. Rec. y en la 3 siguiente se ordena la confiscacion solo de la mitad de los bienes al que hiciere ayuntamiento de gentes contra los referidos.
6 Ley 2 tit. 22. lib. 12. Nov. Rec. segun la cual se confisca solo la mitad de los bienes en la primera reincidencia.
7 Leyes 1 y 2. tit. 20. lib. 12. Nov. Rec.
8 Ley 5. tit. 2 lib 10. Nov. Rec.
9 Ley 3 tit 18 Part. 7.
10 Ley 2. tit 19. Part. 7.
11 Ley 1. tit. 8 lib. 12. Nov. Rec.
12 Cap. 5. §. 5. num. 14 y siguientes.

gun delito que no sea de lesa Magestad (1). La Ley 2. tit. 26. Part. 7. dice: *que los bienes de los que son condenados por hereges, ó que mueren conocidamente en la creencia de la heregía, deben ser de sus fijos ó de sus descendientes dellos: é si los non ovieren, mandamos que sean de los mas propincos parientes católicos dellos.* Pero si por otras razones superiores, que yo no alcanzo, pareciere conveniente conservar la pena de confiscacion en uno ú otro delito muy atroz, á lo menos es cierto que deberia restringirse todo lo posible; y aun en los casos en que hubiese de quedar, la razon y la humanidad piden que se hagan distincion de bienes, y solo tenga efecto la confiscacion en aquellos que hubiesen sido adquiridos por el mismo delincuente, y no en los que por derecho y sin arbitrio suyo deben trasmitirse á los sucesores, á quienes con la confiscacion absoluta se priva sin culpa suya de un derecho legítimamente adquirido. Una ley romana (2), despues de haber dicho que por el delito del padre, pierde el hijo los bienes que le habian de venir por el mismo, añade: *pero aquellos que les vinieren por sus parientes, por la ciudad, ó por la naturaleza de las cosas, deben quedarles ilesos, porque se los dieron sus mayores y no su padre* (3).

40. »No pretendo tachar de injustas é inicuas las leyes que imponen las confiscaciones. Sé muy bien que el daño que un hijo, por ejemplo, sufre por la confiscacion de su padre, no es pena, que esto seria injusto é inicuo; sino una calamidad que indirectamente le viene por el delito del padre. Pero de cualquier naturaleza que sean los bienes, y por atroz que sea el delito, me atrevo sin recelo á decir, que es una cosa muy inhumana y cruel, precipitar con la confiscacion en el abismo de la miseria á una familia inocente por los delitos que no ha cometido. No temo hablar de esta suerte en un tiempo en que tenemos la dicha de vivir bajo el felicísimo gobierno de un Príncipe piadoso y benigno, padre mas que señor de sus vasallos; y de quien sin lisonja ni adulacion alguna puede con toda verdad decirse, lo que el ilustre panegirista del grande Emperador Trajano decia en otro tiempo (4): *Es muy grande gloria para los Prín-*

1 Muyart de Vonglans. *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, part. 1. lib. 2. tit. 6. num 4.

2 Ley 3. ff. *de interd. et releg.*

3 *Quæ vero non à patre, sed à genere, à civitate, à rerum natura tribuerentur, ea manere eis inculumia... Non enim hæc patrem sed majores eorum eis dedisse.*

4 *Præcipua Principum gloria est, ut sæpius vincatur fiscus, cujus mala causa numquam est nisi sub bono Principe.* Plin. *Paneg. cap.* 26.

cipes, que sea vencido las mas veces al fisco, cuya causa solo es mala, cuando gobierna un Príncipe bueno."

41. Las naciones septentrionales hacen mucho uso de las penas pecuniarias, aun en ciertos delitos muy opuestos á la seguridad y orden público, como por ejemplo el de homicidio. Esta bárbara costumbre fue muy comun en la edad media entre los germanos, francos y borgoñones, y por eso la hallamos establecida en los mas de nuestros cuadernos municipales. El antiguo fuero de Leon, por ejemplo (*), sujetaba el homicidio á una multa pecuniaria que debia satisfacer el reo, si fuese preso dentro de nueve dias desde que cometió el delito, pero si el delincuente lograba huir de su casa ó de la ciudad, frustrar la vigilancia de los sayones, y libertarse de caer en sus manos dentro del plazo de nueve dias, quedaba quito; y la ley le ofrecia seguridad en la poblacion, previniéndole que solamente cuidase de precaver el furor de sus enemigos. De que se sigue, como dice con mucha razon el señor Marina (1), que la ley dejaba la venganza de la sangre inocente en manos de los parientes y herederos del muerto, y los autorizaba para perseguir al reo despues de probado el delito (**).

42. Asi como la pena pecuniaria será siempre desproporcionada para castigar el homicidio, y otros delitos atroces que perturban la seguridad pública ó individual, porque no tiene analogía con ellos ni se deriva de su naturaleza, podrá ser al contrario muy útil para reprimir el orgullo de los poderosos, que fiados en sus riquezas atropellan al desvalido ó menosprecian las leyes; para castigar al magistrado ú otro empleado público que se deje sobornar, ó no tenga la integridad correspondiente; para contener las transgresiones que se cometan contra las ordenanzas de policía, y en otros casos designados por nuestras leyes. Mas para que estas penas no sean infructuosas, de modo que el rico se burle de ellas, convendria que no se impusiese por pena una cantidad fija, sino una parte ó cuota del haber del delincuente. De este modo habrá cierta igualdad en el castigo para el pobre y para el rico; al contrario, si por una transgresion ó delito se designase, por ejemplo, la pena de veinte

* Cap. 24. *Si quis homicidium fecerit et fugere potuerit de civitate aut de sua domo, et usque ad novem dies captus non fuerit, veniat securus ad domum suam; et vigilet se de suis inimicis et nihil sajoni vel alicui homini pro homicidio quod fecit persolvat.... Si infra novem dies captus fuerit, et habuerit unde integrum homicidium reddere posit, persolvat illud.*

1 Ensayo histórico, num 286.

** De este punto se vuelve á tratar con mas extension en el tit. 4. cap. 4. §. 1. y siguientes.

doblones, esta suma seria de poco momento para un hombre acaudalado, y excesiva para un jornalero ó menestral; resultando de aquí, que la pena para aquel era muy leve, y para este muy grave: resulta ademas otro inconveniente, y es, que el valor de la moneda recibe alteracion, es decir, sube y baja; de modo que será preciso renovar de tiempo en tiempo las penas pecuniarias. Asi que en el dia son muy tenuas algunas de las antiguas, que consistian en cierta cantidad de maravedises, porque con el descubrimiento de la América se aumentó el numerario y disminuyó su valor. Los referidos inconvenientes podrian salvarse imponiendo una parte (v. gr. la sexta, cuarta ó tercera, segun la mayor ó menor gravedad del delito) de los bienes del delincuente. Asi alcanzaria con igual proporcion al pobre y rico, y en todas épocas podria ser la misma (*).

43. Si toda esta discrecion es necesaria para establecer penas pecuniarias, no necesita menos circunspeccion y prudencia el juez para imponer las multas cuando la ley no fija la cantidad, pues una multa indiscreta, como dice el señor Lardizabal (1), es capaz de perder una familia, sin corregir al delincuente. Por regla general nunca deben tener efecto las multas y penas pecuniarias, cuando para exigirlas es necesario privar en todo ó en parte á los multados, de los medios ó instrumentos necesarios para el ejercicio de su oficio ó profesion, en cuyos casos debe tener lugar aquel axioma comunmente recibido, *el que no tiene bienes pague con su cuerpo*; ó bien si el dilito no es de gravedad, podrá imponerse la pena de suspension de alguna prerogativa cívica ú honorífica. Mas tampoco deben ser tan ligeras las penas pecuniarias, que se desprecien, y no produzcan efecto alguno; pues siempre que la utilidad ó complacencia que resulta de un delito, es mayor que el daño ó la incomodidad que causa la pena, los hombres se determinan facilmente á delinquir (**).

44. No debe reputarse como pena pecuniaria el resarcimien-

* La Instruccion de 1803, para el gobierno, administracion y beneficio de los efectos de penas de Camara mandado observar como adicional á la expedida en 27 de Diciembre de 1748, dice asi en el capítulo 5: »A las personas pudientes se les pondrán penas pecuniarias, en lugar de las aflictivas de carcel ó detencion y otras de semejante naturaleza por delitos leves; y tambien los tribunales superiores podrán conmutar las penas de presidio en pecuniarias, permitiéndolo la clase de delito; puesto que sobre ser util al aumento de fondos que necesita la administracion de justicias, producirá mas escarmientos, y menos malas circunstancias de muchas familias."

1 Discurso sobre las penas, cap. 5. §. 5. num. 5

** Por Real orden de 6 de octubre de 1819 está mandado que en la exaccion de multas y penas pecuniarias impuestas por los juzgados ordinarios, no gocen fuero las personas privilegiadas.

to de los daños y perjuicios que con el delito suele causarse al ofendido ó á su familia; porque esto mas bien que pena es una recompensa dictada por la razon y por la naturaleza misma; si bien por hacer una reparacion excesiva, no ha de privarse á los hijos del delincuente, de los alimentos que les son debidos por la naturaleza y por la ley.

45. Examinadas las diversas penas comprendidas en la division que hice en el párrafo 13, resta hablar del apercibimiento, que á veces es una simple correccion, y otras un medio de purgar una culpa leve, ó las sospechas é indicios que en una grave resultan contra alguno, sin habérsele podido probar claramente el crimen ó la complicidad. En este caso tiene el apercibimiento cierta calidad afrentosa que degrada al sugeto en quien recayó la sospecha, y puede entonces considerarse como una pena de cierta gravedad que se acerca á las de infamia.

46. Ultimamente dije en la definicion de la pena, que esta se impone por el mal que uno causó á la sociedad ó á alguno de sus individuos, ya por malicia ó dolo, ya por sola culpa. En estas palabras está indicada la verdadera medida ó cantidad de las penas, la cual no es otra que la de los delitos: esto es, cuanto mayor fuere el daño causado á la sociedad, ó mas agravantes las circunstancias del delito, tanto mayor deberá ser la pena, y por el contrario cuanto menor fuere dicho daño, ó las referidas circunstancias disminuyeren el delito, tanto menor deberá ser la pena, para que se guarde entre esta y aquel la debida proporcion. En suma cada pena debe derivarse de la naturaleza del delito porque se impone, para que entre los dos haya cierta analogía ó conformidad. La pena pecuniaria, por ejemplo, seria desproporcionada para castigar un asesinato, y al contrario la de muerte seria excesiva ó no guardaria analogía alguna con el delito de la usura. Ademas de esta analogia se deben tener en consideracion para el señalamiento de las penas la calidad y el grado de los delitos de que hablé en el capitulo anterior, segun el dolo ó la culpa que haya intervenido en ellos.

47. No obstante lo que acabo de decir en orden á la proporcion que deben guardar entre sí los delitos y las penas, puede haber delitos y casos en que sea conveniente imponerlas menos análogas. Por ejemplo, si los hurtos no dejan de ser frecuentes, porque solo se castigan con penas pecuniarias ó la pérdida de bienes que son las mas análogas á aquel delito, deben prescribirse otras corporales ó infamantes, mayormente si no tienen bienes los reos, pues no es justo que por su pobreza queden im-

punes. Asimismo debe hacerse una excepcion de la regla general de proporcion que se ha sentado con respecto á aquellos delitos que por su naturaleza son mas fáciles de ocultarse que los demas, y por consiguiente mas difíciles de descubrirse y probarse: la excepcion, digo, de alterar algun tanto la proporcion entre ellos y sus penas, é interrumpir el curso de la progresion destinando al delito mas ocultable de calidad menor la pena, que seria proporcionada al delito menos ocultable de calidad mayor, y aumentando asi el rigor de la pena lo bastante á compensar la mayor esperanza de la impunidad aneja á la facilidad de la ocultacion, y á la dificultad del descubrimiento y de la prueba, que han de disminuir forzosa y relativamente la eficacia de la pena que debe ponerse á nivel. Con este medio tan sencillo, que no trae consigo ningun inconveniente, al menos considerable, le da á la sancion penal de dichos delitos aquel equilibrio, que sin aumentar la severidad de la pena, destruiria la facilidad de ocultarlos. Los intérpretes han querido corregir la causa del mal con exigir menores pruebas en aquellos delitos que en los demas, lo cual no ha sido otra cosa que corregirlo con otro mal mucho mayor, exponiendo manifiestamente la inocencia, y abriendo una ancha puerta á la calumnia (1).

48. Otras circunstancias hay, que aunque nada influyen en la naturaleza del delito, y por esto pueden llamarse extrínsecas, hacen que en ciertos casos cese la razon general de la ley, ó los fines intentados por las penas, y entonces pueden moderarse, ó tambien remitirse segun las circunstancias. Si uno, por ejemplo, hubiese hecho grandes servicios á la república, y cometiese algun delito, podrian ser tan señalados estos servicios, que por ellos se le remitiese ó moderase justamente la pena. Si el número de delincuentes fuese muy grande, todos deberian ser castigados distintamente; pero la prudencia y el bien comun piden que en semejantes casos el castigo se verifique en pocos, y el miedo llegue á todos. Los autores criminalistas refieren muy individualmente estos y otros muchos casos en que las circunstancias extrínsecas pueden hacer que se remita ó modere la pena, de los cuales unos son ciertos, otros probables y otros absolutamente improbables y falsos (2).

49. En sentir comun de los intérpretes los casos en que deben acrecentarse las penas son las siguientes. Cuando el delin-

1 Gutierr. *Práctica criminal*, tom. 3. *Discurso sobre los delitos y las penas*, §. 30.

2 Lardizabal en la citada obra, cap. 4. §. 2. num. 62 y 63.

cuente por su estado, oficio y constitucion, debe evitar el delito; y lejos de hacerlo influye, coopera ó concurre de hecho á su perpetracion. Cuando la persona ó cosa ofendida son dignas de obsequio, honor y veneracion; y en vez de prestarles estos respetos se les ofende ó maltrata. Cuando con plena advertencia, de propósito y caso pensado se delinque. Cuando el delincuente es consuetudinario en aquel delito. Cuando el lugar donde se cometió el delito es sagrado, real y digno de respeto ó veneracion. Cuando el delito es nocturno, ó en tiempo santo, ó de penitencia, ó en ocasion en que fluctúa entre angustias y aflicciones el ofendido. Cuando el modo de delinquir es proditorio, con veneno ó en una ejecucion atroz, quitando la vida poco á poco, ó teniendo en tormento largo tiempo al paciente ú ofendido. Cuando hay cúmulo de crímenes, delito sobre delito, y atrocidad sobre atrocidad; en términos que se califique un ánimo estragado y de insaciable inclinacion á delinquir. Cuando el mal es mayor y de mucha trascendencia. Cuando la causa pública está mas interesada en su remedio y castigo. Cuando el delito causa escándalo. Y asi otros que agravan la transgresion, ó la hacen mas culpable (1).

50. Por el contrario, los que merecen lenidad ó alivio en la pena, son estos otros. La creencia y opinion de que el hecho cometido no era delito, ó que no se delinquia incurriendo en él. La sencillez, imbecilidad, candor, dolencia y edad del delincuente. La ira, el arrebato ú otra pasion violenta que embargue el libre uso del juicio. La debilidad y fragilidad del sexo. La nobleza y alta dignidad del delincuente. La pericia única en su clase, ó sea la insigne habilidad del mismo en algun arte ú oficio, pudiendo ser tal que le redima la vida. La embriaguez, bajo la distincion indicada en el capítulo anterior, párrafo 9. El trascurso largo de tiempo despues de cometido el crimen, aunque no esté prescrito; y otras semejantes calidades que suelen concurrir en los delitos criminales, las cuales hacen mitigar sus penas (2). Pero siempre estos lenitivos han de regularse por el delito, pues á las veces su gravedad sobrepuja á todos los respetos, y por ella se gobierna el castigo; de tal modo que si aquel es atroz, lo mismo se castiga al noble que al plebeyo, á la muger que al hombre, y la causa atemperante se enerva en fuerza de la misma atrocidad (3); bien que en caso de

1 P. Ferrar. verb. *Pœna*. Matth. controv. 24 num. 7 y sig. controv. 37. num. 14. y controv. 74. num. 40.

2 Ferrar. en el lug. cit.

3 Matth. controv. 29 y sig. Gom. *Var.* lib. 3. cap. 3.

duda debe resolverse por el partido mas benigno.

51. Asi como debe haber una proporcion entre los delitos y las penas (1), no menos debe haberla entre estas mismas; pero tan dificil es encontrar en los códigos penales la una como la otra; y antes por el contrario vemos en ellos acerca de este punto grandes inconsecuencias y absurdos; vemos, por ejemplo, condenada la madre, culpable de infanticidio, á una multa por la primera vez, y al fuego por la segunda; vemos condenados los blasfemos en la multa de algunos sueldos, ó à ser echados en un rio; vemos castigado un contrabando de sal con una multa, ó con las galeras; y vemos conducir á la horca el ladron de cosa cuyo valor no pasa de cinco sueldos, al mismo tiempo que se desuella ó arranca la piel al que ha hurtado cosa de menos valor que aquella tan pequeña cantidad.

52. Si expusiésemos en este lugar las penas establecidas en varios códigos penales segun su orden ó progresion, se advertiria desde luego cuanto se habian apartado sus legisladores de lo que dictan la naturaleza y la razon; pero lejos de pensar en hacer una exposicion desagradable à nuestros lectores, haremos para su instruccion otra que les será mas grata y util, insertando aqui la graduacion y progresion de las penas que se hallan en los dos recientes códigos de Pedro Leopoldo, gran Duque que fue de Toscana, y de José II, Emperador de Alemania.

53. »Las penas, dice el primero (2), en que nuestros jueces y tribunales podrán en lo sucesivo condenar à los reos, serán las siguientes. Penas pecuniarias: azotes privados ó secretos: prision, con tal que no pase de un año: destierro de la bailía ó del bailiazgo, y de tres leguas en circuito: destierro del vicariato, y de cinco leguas en derredor: deportacion ó destierro à Volterra y su territorio: destierro á la provincia inferior: destierro à Grosseto: destierro de todo el gran ducado, que solo tendrá lugar en los que hayan obtenido la impunidad por descubrir sus cómplices, en los vagabundos, en los saltabancos, demandantes extrangeros, y generalmente en todos los delincuentes extrangeros, y en los calumniadores: argolla sin destierro: argolla con destierro: azotes en público: azotes en público y en un asno: encierro para las mugeres desde el espacio de un año hasta por toda la vida, habiendo de estar todas rapadas y empleadas con precision en labores de que sean capaces, y ademas las

1 Este párrafo y los once siguientes estan tomados del citado Discurso del señor Gutierrez, tom. 3 de su Práctica criminal.

2 Párrafo 55 de su nuevo código.

condenadas por toda su vida con trage diferente, y un cartel en este que diga *último suplicio*: trabajos públicos para los hombres por tres, cinco, siete, diez, quince y veinte años, y aun por toda la vida. A la pena de los trabajos públicos está anejo el cartel donde se exprese el nombre del delito; y en los condenados por diez ó mas años, y en los reincidentes de fuga podrá el juez segun las circunstancias de los casos añadir un grillete al pie. El sentenciado por toda su vida á dichos trabajos, cuya pena está reservada para los delitos capitales, ademas del grillete ó una cadena doble, ha de tener los pies desnudos, y un trage de color ó hechura diferente que le distinga de todos los demas; ha de ser empleado en los trabajos mas duros, y llevar escritas en el nombre de su delito las palabras *último suplicio*.

54. El Emperador (1) proscribe la pena de muerte fuera de algunos delitos, contra los cuales ha de pronunciarse en un consejo de guerra, y de ser la horca. Los demas castigos son la cadena, la prision con los trabajos públicos, la prision sola, los azotes ó golpes con vara ó palo, y la picota.

55. Los grados con respecto à la duracion, son de larga duracion en segundo grado, de larga duracion en primer grado, continuos en segundo grado, continuos en primer grado. Por tiempo limitado en segundo grado, y por tiempo limitado en primer grado. Esta duracion no puede ser nunca de menos de un mes, ni pasar de cinco años. La duracion de un castigo por tiempo limitado en segundo grado, no puede exceder jamas de ocho años, ni bajar de cinco. La duracion de un castigo declarado continuo en primer grado, no puede ascender nunca à mas de doce años, ni ser menor de ocho, y la duracion de un castigo continuo en segundo grado, no ha de exceder nunca de quince años, ni bajar de doce. La duracion de un castigo de larga duracion en primer grado, nunca ha de bajar de quince años, ni pasar de treinta; y la duracion de una pena de larga duracion en segundo grado, no ha de ser menor jamas de treinta años, y segun las circunstancias podrá prolongarse hasta ciento.

56. El castigo de la cadena se ejecuta asi. El delincuente es metido en una áspera y cruel prision, y encadenado estrechamente, de manera que no le queda espacio sino para los movimientos indispensables del cuerpo, y ademas el condenado à la cadena es azotado todos los años para ejemplar del público.

57. De la prision hay tres clases ó grados; la mas *rigorosa*,

1 En su nuevo código, cap. 2. art. 20 y sig.

la *rigorosa*, y la prision *templada ó moderada*, y en las tres ha de ocuparse el reo en trabajo proporcionado à cada uno de ellos.

58. En la prision mas rigorosa el culpado está sujeto noche y dia en el lugar que se le ha señalado, con un aro ó argolla de hierro por medio del cuerpo, y aun, si lo permite el trabajo á que se le ha obligado, ó lo exige el peligro de que se escape, se le puede cargar mas de hierro. Por otra parte el condenado à tal prision no tiene mas cama que tablas, ni otro alimento que pan y agua, y se halla privado enteramente de comunicacion, no solo con los extraños, sino tambien con sus parientes y conocidos.

59. Un delincuente sentenciado à la prision rigorosa debe ser tratado, segun se ha dicho, con sola la diferencia de que sus grillos han de ser menos pesados, y de que dos dias à la semana ha de dársele una libra de carne para su sustento.

60. El reo destinado à la prision moderada está sujeto con prisiones menos pesadas, mas son tales sin embargo que no pueda escaparse de ellas sin fuerza ó destreza. Se le suministra mejor alimento, pero no se le da otra bebida que agua, y no puede hablar con sus parientes ó conocidos sin graves motivos que han de hacerse presentes, ni sin la presencia del carcelero, segun las circunstancias. La prision moderada puede hacerse menos suave con un ayuno mas rigoroso algunos dias de la semana, en los cuales se da al preso solamente una libra de pan.

61. Los trabajos publicos tienen tambien sus grados de aumento, que consisten en la mayor dificultad, en la mayor fatiga, ó en la prolongacion del trabajo. La fijacion ó señalamiento conveniente del grado de aumento se deja al prudente arbitrio del juez, atendidas las circunstancias particulares de cada lugar ó pais."

62. Ademas de la proporcion que deben guardar las penas con los delitos y entre sí mismas, deben tener los requisitos siguientes para que produzcan el buen efecto que se propone el legislador: 1.° que sean irremisibles, esto es, que hayan de imponerse indispensablemente. Es seguro que cuando el hombre sabe positivamente que la ley es inflexible, y que si llega á delinquir, no ha de ser mirado con indulgencia, sino que precisamente ha de seguir el castigo á la perpetracion del delito, se retraerá de cometerle. Si por el contrario falta esta certidumbre, y el malvado se lisonjea con la esperanza de que podrá sustraerse al castigo, entonces dará rienda suelta á sus pasiones. Por consiguiente una pena, aunque sea muy grave ó severa, si no lleva consigo

la circunstancia de ser irremisible, hará menos impresion en el ánimo de un malvado, que otra mas moderada, pero de cuya inevitable aplicacion esté íntimamente persuadido: 2.° que la pena no se imponga por mero antojo ó un bárbaro deseo de hacer padecer para saciar venganzas, sino con un fin necesario ó por lo menos util al bien del estado. Siendo el principal objeto de toda asociacion política la seguridad de la misma y de los individuos que la componen, síguese como consecuencia necésaria, que este debe ser tambien el primero y general fin de las penas. A este se agregan otros subordinados, cuales son, la correccion del delincuente para hacerle mejor, si puede ser, y para que no vuelva à dañar á la sociedad; el escarmiento y ejemplo para que otros se abstengan de delinquir; la seguridad de las personas y bienes de los ciudadanos; el resarcimiento ó reparacion del perjuicio causado al público ó à los particulares.

63. La enmienda del delincuente, dice el señor Lardizabal (1), es un objeto tan importante, que jamas debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas. Pero ¿cuantas veces por defecto de estas, en vez de corregirse el delincuente se hace peor y tal vez incurable, hasta el punto de verse la sociedad en precision de arrojarle de su seno como miembro gangrenado, porque ya no le puede sufrir sin peligro de que inficione á otros con su contagio? La experiencia nos enseña que la mayor parte de los que son condenados à presidios y arsenales vuelven siempre con mas vicios que fueron, y tal vez si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos. Esta es una prueba evidente de la indispensable necesidad que hay de casas de correccion, en las cuales se establezcan trabajos y castigos proporcionados á los delitos y delincuentes; pues siendo estos muchos y muy diversos, son muy pocos los géneros que hay de penas, de donde proviene que estas no se pueden proporcionar debidamente á los delitos, de suerte que no sean mayores ni menores de lo que corresponde, como es preciso para que no sean inútiles ni perjudiciales.

64. »En los arsenales y presidios no puede haber mas diferencia que la del mayor ó menor tiempo; pero la cualidad y esencia de la pena siempre es la misma, y todos los condenados á ella son reducidos indistintamente á la misma condicion infame y vil, lo que debe borrar en sus ánimos toda idea de honradez

1 *Discurso sobre las penas*, cap. 3. num 4, y cap. 5. §. 3. num. 12 y sig.

y probidad: por lo cual es imposible que estas penas puedan ser proporcionadas à todo género de delitos, de donde provienen sin duda los malos efectos que causan. En las casas de correccion, cuyo único objeto debe ser este, pueden establecerse varios trabajos, castigos y correcciones en bastante número para aplicar á cada uno el remedio y la pena que le sea mas proporcionada, y de esta suerte se conseguirá sin duda la correccion de muchos que hoy se pierden por defecto de las penas.

65. »En el territorio de cada tribunal superior de provincia deberia haber este destino, con lo cual se evitarian muchos gastos, dilaciones, incomodidades de los reos y de las justicias, y tambien fraudes para eludir las penas. Las reglas para estos establecimientos deben ser fáciles y sencillas. Con un superior, pocos subalternos y algun auxilio de tropa bastaria para gobernarlos.

66. »Es verdad que para algunos seria infructuosa la correccion. En este caso deberán ser condenados à los trabajos públicos, al servicio de las armas, cuando los delitos no sean incompatibles con él, y puedan ser útiles à la tropa los reos: tambien podrian aplicarse à las fábricas de salitres y de pólvora, y à las salinas, que es trabajo sencillo y de bastante fatiga. En América se destinan muchos reos à los obrages de paños, y à las panaderías, aunque en esto hay ciertos abusos originados de la dureza y codicia de algunos dueños de obrages y panaderías; pero estos facilmente se pueden remediar por un gobierno vigilante, si se tuviese por conveniente hacer semejantes aplicaciones. Podria acaso proporcionarse tambien, que los hospicios de las capitales de provincia destinasen en su recinto algun lugar fuerte y separado de lo restante de su habitacion en que se encerrasen algunos reos, y se les emplease en aserrar maderas, piedras, y hacer otros trabajos fuertes, para cuyo consumo pueda haber proporcion en las mismas capitales, quedando el producto para los hospicios, y aplicando á los reos el pré que se les habia de dar, si fuesen á presidio ó á los trabajos públicos."

67. Otro de los fines principales de las penas, como se ha indicado, es el escarmiento de los demas, pues como dice el Rey Don Alonso el Sabio: »la justicia non tan solamente debe ser cumplida en los homes por los yerros que facen, mas aun porque los que la vieren tomen ende miedo é escarmiento." En efecto el objeto de la justicia criminal, mas que la venganza de lo pasado, es el ejemplo para lo futuro; pues cometida una muerte, por ejemplo, ya no es posible deshacer aquel atentado, ni en-

mendarle por mas tormentos que se hagan padecer al delincuente. Ademas las leyes exentas de odio y de cólera imponen por una dura necesidad la pena de muerte en tal caso, con cuya ejecucion se priva de otro individuo mas, lo cual siempre es una pérdida para el estado.

68. Para concluir este capítulo pondré como en el anterior ciertas máximas generales relativas á las penas (1).

1.ª La facultad de imponer penas es una atribucion propia del Soberano.

2.ª Las penas se imponen por el mal que el delincuente causa á la sociedad ó á alguno de sus individuos.

3.ª Las penas son corporales, de infamia ó pecuniarias.

4.ª Todas ellas deben guardar la debida proporcion con los delitos y entre sí mismas.

5.ª Esta proporcion debe graduarse por la calidad del delito y sus circunstancias.

6.ª Las penas no han de ser tales que ofendan el pudor ó la decencia pública.

7.ª Tampoco deberán ser excesivamente severas.

8.ª Todas ellas deben tener por objeto la utilidad pública.

9.ª No debe haber remision en aplicarlas cuando lo previene la ley.

1 Para la imposicion de penas debe tenerse presente la Real orden de 28 de Febrero de 1761, por la cual se sirvió mandar su Magestad, que para castigar los delitos que no causen infamia, se apliquen á las armas los que sean aptos para ellas, y que los jueces antes de pronunciar las sentencias exploren los ánimos de tales delincuentes, para saber si libremente se conforman en servir voluntarios á su Magestad, en cuyo caso se pondrá el consentimiento, y se les admitirá por gracia la oferta, y no se dirá en la filiacion que es por pena.

PRONTUARIO
DE DELITOS Y PENAS
POR ORDEN ALFABÉTICO,
CON DIFERENTES OBSERVACIONES
ACERCA DE ESTA MATERIA.

A.

ABIGEATO. Cométese este delito cuando uno hurta bestias ó ganados. Puede ser simple ó calificado, segun las circunstancias. El que roba alguna bestia deberá ser condenado á trabajar en las obras públicas; pero el que tenga costumbre de robar ganados, incurre en la pena de muerte; como asimismo el que hurtare de una vez diez ó mas ovejas ó carneros, ó cinco puercos, ó cuatro yeguas ú otras tantas crias de estos animales, porque este número de cabezas forma grey ó rebaño (1). El receptador ó encubridor de este robo á sabiendas, tiene pena de destierro del reino por diez años. Como la ley habla solo del hurto de bestias y ganados, no deben extenderse las referidas penas á los robos de palomas, abejas, gallinas y otros animales de esta especie, los cuales se castigan como los demas hurtos. En castellano se llama cuatrero el ladron de ganados, contra el cual se procede con todo rigor. Asi es que segun práctica de todos los tribunales, se forma causa por escrito y con toda formalidad en los hurtos de esta especie, aunque lo robado sea de poco valor, por ejemplo, un cabrito ó un cordero, imponiendo pena de destierro á los transgresores. Es de dificil prueba la averiguacion

1 Ley 19. tit. 14 Part. 7. Gregorio Lopez glosando esta ley al número 5 dice: que lo mismo se debe entender en cuanto al número de bueyes ó vacas que de las yeguas, porque todas son cabezas mayores.

del delincuente, porque suele cometerse este delito en parages solitarios ó despoblados; bien que por otra parte es fácil verificar el cuerpo del mismo delito, y por él venir en conocimiento del agresor.

ABORTO VOLUNTARIO. Este delito se comete cuando se emplean de propósito medios para que una muger malpara, de suerte que perezca la criatura, lo cual puede suceder antes ó despues de estar animada esta. La muger embarazada que con el objeto de malparir toma sin ser violentada yerbas ú otra confeccion, ó se da golpes en el vientre, ó ejecuta cualquiera otra operacion de que se siga el aborto, incurre en la pena de muerte si el feto estaba animado; pero si aun no tenia este vida, será desterrada á una isla, ó sea presidio, por cinco años. En igual pena incurre el marido que á sabiendas hiere á su muger preñada, de suerte que muera la criatura; y si fuere un extraño el que cometa este exceso, deberá sufrir las mismas penas que la madre con la expresada distincion (1). El señor Vizcaino Perez en su *Código y práctica criminal*, tomo 1.° pág. 217, añade en este artículo, que si el marido por causa de correccion castigase á la muger, aun cuando supiese que estaba embarazada y viva la criatura, y del castigo se siguiese el aborto y muerte del feto, no debe reputársele por homicida, aunque incurre en la pena de cinco años de destierro á una isla ó presidio. La ley de Partida citada no hace semejante distincion, y dice expresamente: »Esa misma pena (esto es, la de muerte estando vivo el feto, y la de cinco años de destierro á una isla ó presidio no estándolo) debe haber el home que firiese á su muger á sabiendas seyendo ella preñada, de manera que se perdiese lo que tenie en el vientre por la ferida." Así, pues, para calificar ó no de homicida al marido en dicho caso, es preciso tener en consideracion el género de castigo que hubiere dado á su muger, y del que se haya seguido el aborto; pues de otro modo no se cumpliria el objeto de la ley, que fue sin duda contener á los maridos brutales, que por una excesiva crueldad se ensangrientan con la madre, y acaban con el fruto que lleva en sus entrañas; siendo asi que entonces debieran tratarla con mas miramiento. Como esto por desgracia es harto comun en cierta clase de gentes, importa mucho refrenar estos monstruosos excesos con una ley severa. Segun ella, no hay duda que es homicida el marido cuando con alguna arma ó de otro modo hiere á la muger, y se sigue el aborto; bien que

1 Ley 3. tit. 8. Part. 7.

si el castigo fuese menos grave, como suele suceder cuando el hombre irritado da un bofeton, por ejemplo, mayormente si la muger le provoca ó es culpable; no se le deberá tener por homicida voluntario, si á consecuencia de aquella quimera abortase la muger y perdiese el feto la vida; en cuyo caso me parece que deberia imponerse al marido otra pena mas ó menos rigorosa, segun la mayor ó menor malignidad que se descubra en su exceso.

El cuerpo de este delito se comprueba por medio de la inspeccion del feto abortado, si puede ser habido; por el parto ó aborto efectivo; por las señales caracteristicas de haber parido ó abortado; por la toma ó aplicacion de los medicamentos abortivos; por los golpes ú otros malos tratamientos de que se siguió el aborto; y sobre todo por la realidad de la preñez anterior al mal parto, atendiendo á si este pudó ó no dimanar de accidentes inculpables; pues en todo esto ha de descubrirse la intencion ó dolo de la persona delincuente.

Nótese que la iglesia ha condenado estas dos proposiciones. 1.ª Es lícito procurar el aborto no siendo el feto animado, á fin de precaver que la paciente que le infamada ó que alguno la mate. 2.ª Parece probable que todo feto, mientras existe en el útero, carece de alma racional, y que entonces empieza á tenerla cuando nace; de consiguiente puede decirse que en ningun aborto se comete homicidio (1).

ADIVINACION, AUGURIOS, HECHICERIAS, SORTILEGIOS &c. En este delito incurren los truhanes ó embaucadores que engañan á la gente sencilla ó ignorante, pretendiendo saber las cosas futuras, ó haciendo hechizos para persuadir que con ellos inspiran amor ó desamor. En los tiempos de ignorancia eran por desgracia harto comunes estas supercherías; pero como ya apenas hay quien crea semejantes embustes, es un recurso poco lucrativo, y por tanto son muy raros los delincuentes de esta especie. Las leyes 1 y 2. tit. 23. Part. 7, y la 2. tit. 4. lib. 12. Nov. Rec. refieren los diversos artificios de que se valian los impostores de aquellos tiempos para embaucar, y son los siguientes: »La segunda manera de adivinanza (2) es de los agoreros et de los sorteros, et de los fechiceros que catan (buscan) en agüero de aves, ó en cristal, ó en espejo, ó en espada, ó en

1 Ferrar verb. *Abort.*

2 Omito la primera, que segun dicha ley es la que se hace por arte de astronomía, porque esta no está prohibida, y se reduce á manifestar el curso natural de los planetas, como sucede con los pronósticos que se hacen de eclipses, variacion de tiempo, y otros fenómenos meteorológicos.

otra cosa luciente, ó facen hechizos de metal, ó de otra cosa cualquier, ó adevinan en cabeza de home muerto, ó de bestia ó de perro, ó en palma de niño ó de muger virgen." (1) »Otrosí defendemos, dice la ley 2, que ninguno non sea osado de facer imagines de cera nin de metal, nin de otros fechizos malos para enamorar los homes con las mugeres, nin para partir el amor que algunos oviesen entre sí. Et aun defendemos que ninguno non sea osado de dar yerbas nin brevage à home ó à muger por razon de enamoramiento." En la citada ley 2. tit. 4. lib. 12. Nov. Rec. se expresan y prohiben tambien estas adivinanzas con adicion de algunas otras, como son estornudos, proverbios, cercos, ligamiento de casados, cortar la rosa del monte para sanar la dolencia que llamaban rosa. La pena de estos delitos, segun la ley 3. tit. 23. Part. 7, es la de muerte, y à los encubridores de ellos à sabiendas, la de destierro perpetuo. Estas penas se hallan confirmadas por las leyes 1 y 2. tit. 4. lib. 12. Nov. Rec.; bien que, como dice el señor Vizcaino en su *Código criminal*, por ser tan rigorosa la de muerte, se ha conmutado por costumbre de los tribunales en la de azotes à los hombres, y en la de sacar emplumadas y encorozadas à las mugeres. El señor Gutierrez en su *Práctica criminal*, tom. 3, pág. 22, lejos de darse por satisfecho con esta conmutacion, quisiera que se borrasen en nuestros códigos las expresadas leyes, y que à excepcion de los daños que ocasionasen, no se castigase à los referidos embusteros con ninguna pena, à no ser que se tuviese algunas veces por conveniente encerrarlos en una casa de locos. Esto es realmente dar en un extremo por huir de otro: yo diria que se les encerrase en una casa de correccion por mas ó menos tiempo, segun la gravedad del delito (pues al cabo lo es, y merece una pena), y que se les hiciese trabajar ó aprender un oficio para que se hiciesen útiles al Estado, dándoles al mismo tiempo instrucciones cristianas y documentos de moral para desterrar de ellos toda idea supersticiosa, é inspirarles buenas máximas. Ultimamente es de notar que, segun la ley 1 de dicho tit. 4. lib. 12. Nov. Rec., la persona que acude à los adivinos y cree las adivinanzas, pierde la mitad de los bienes para la Real Cámara; lo que segun dice con mucha razon el señor Sala (2), debe entenderse de los que creen à sabiendas, esto es, no ignorando que está prohibido, pero no si lo ignoran. Tambien

1 Ley 1. cit. tit. 23. Part. 7.

2 *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 2. tit. 29. num. 9.

se previene en la ley 2 del mismo título, que si las justicias no cumplieren y ejecutaren lo dispuesto en orden à la averiguacion y castigo de estos delincuentes, pierdan los oficios y la tercera parte de los bienes.

ADULTERIO. Cométese este delito cuando un hombre casado tiene acceso carnal con otra que no sea su muger legítima, ó la casada con otro hombre que no sea su marido. Las leyes de Partida que tratan del adulterio, solo hablan de la infidelidad de la muger casada (1), como puede verse por las siguientes palabras de la ley 1. tit. 17. Part. 7. »Adulterio es yerro que home face yaciendo à sabiendas con muger que es casada ó desposada con otro, et tomó este nombre de dos palabras del latin *alterius et torus*, que quiere tanto decir en romance, como lecho de otro, porque la muger es contada por lecho de su marido, et non el della. Et por ende dijeron los sabios antiguos que maguer el hombre que es casado yoguiese con otra muger, maguer que ella oviese marido, que non le pueda acusar su muger antel juez seglar por tal razon, como quier que cada uno del pueblo à quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro lo puede facer. Et esto tovieron por derecho los sabios antiguos por muchas razones; la una porque del adulterio que face el varon con otra muger, non nasce daño nin deshonra à la suya; la otra porque del adulterio que ficiese la muger con otro, finca el marido deshonrado recibiendo la muger à otro en su lecho; et demas porque del adulterio que ficiese ella, puede venir al marido muy gran daño, cá si se empreñase de aquel con quien fizo el adulterio, vernie el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos, lo que non avernie à la muger del adulterio que el marido ficiese con otra." Por la ley 15 del mismo título y Partida se impone à la muger adúltera la pena de ser azotada públicamente, y encerrada despues en algun monasterio de dueñas, debiendo perder ademas la dote y arras; el cómplice, ó que adulteró con ella, era castigado con la pena capital. A estas penas se sustituyó la facultad que por otra ley (2) se da al marido para que pueda matar à los adúlteros, sorprendiéndolos en el mismo acto, ó *in fraganti;* debiéndose entender que al mismo tiempo ha de quitar la vida à los dos, mas no à uno solo, para evitar asi que el marido, de acuerdo con la muger ó con

1 Por derecho canónico basta para cometerse adulterio que sea casado cualquiera de los dos cómplices: si ambos lo estan, se llama doble, y si uno solo simple. Ley 1. tit. 17. Part. 7.

2 Ley 1. tit. 7. lib. 4 del Fuero Real (que es hoy la 1. tit. 28. lib. 12. Nov. Rec.)

un tercero, matase à aquella ó à un rival ó enemigo suyo (1).

Este permiso terrible se funda en que el marido no puede contener su justa cólera al ver por sus propios ojos mancillado su honor, y la ley considera que entonces es un mero ejecutor de la justicia con que procede en la vindicacion de su honra; pero este privilegio ó singular facultad solo reside en el marido, y no puede cometerla à otro, excepto à su hijo que se considera una misma persona con el padre (2).

Como es tan difícil la prueba de haber sorprendido in fraganti à los adúlteros (la cual incumbe al marido matador), bastará acreditar que los encontró acostados en un mismo lecho, ó en tal disposicion que manifieste el acceso carnal; debiendo notarse que aunque la adúltera esté embarazada, y la mate el marido sabiéndolo, queda exento de pena, y lo mismo si el adúltero es eclesiástico ó de orden sacro (3).

En orden à la referida facultad que da la ley para matar à los dos adúlteros, dice con mucha razon el señor Vizcaino (4): «El riesgo à que se exponia el marido de ser sobre ofendido la víctima de los dos ofensores reunidos, ó que sirviese de pretexto o disculpa si mataba à uno de ellos por otra causa, ha obligado à la justicia à reservarse el derecho de castigar estas ofensas hechas à la fe conyugal; y porque matándoles en aquel acto de pecado mortal no pierdan tambien los adúlteros la vida eterna, sino les dejaba lugar à un acto de contricion. Por estos fundamentos está prohibido á todos el tomarse por sí mismos la satisfaccion de cualquier agravio que le haga el prógimo, y reservado à la justicia el castigar al ofensor é injuriante (5); bien que si los matase en aquel mismo acto, tendria defensa para la pena por el justo dolor de la injuria y de la infamia que se le hace, y no poder contenerse en la venganza de tan atroz agravio."

Es claro por lo que llevo dicho, que las leyes citadas solo hablan de la pena que merecen la muger adúltera y el que adultera con ella; pero ni estas ni otra alguna Real, segun observa el señor Vizcaino (6), designa la pena que pueda imponerles la justicia, cuando el marido no tome la venganza por su mano (7),

1 Adviértase que cuando el marido mata de su propia autoridad a los adúlteros, no gana la dote ni los bienes de uno ú otro cómplice, segun la ley 5. tit. 28 citado.

2 Gom. en la ley 82 de Toro, num. 61 y sig.

3 Gom. allí, num. 53 y sig.

4 *Código criminal*, tom. 1. pág. 223.

5 Ley 3. tit. 30. lib. 12. Nov. Rec.

6 *Código criminal*, tom. 1. pag. 226.

7 Aunque por la ley 15. tit. 17. Part. 7. se designa la pena de muerte al adúltero, y la de azotes y encierro en un mo-

ni tampoco el castigo que ha de imponerse al marido cuando comete adulterio con una soltera ó viuda, como no sea la ley 1. tit. 26. lib. 12. Nov. Rec., que habla del hombre casado que tuviere manceba públicamente, á quien impone la cortísima pena de diez mil maravedís por cada vez que se la hallaren; pena demasiadamente benigna, pues al cabo el hombre en este caso es igualmente adúltero, y quebranta la fe conyugal. Por estas consideraciones la práctica que se observa en los tribunales superiores es imponer al marido adúltero una pena arbitraria de presidio, destierro ó multa, y de reclusion á la muger casada, segun las circunstancias.

ALCAHUETERÍA Ó RUFIANERÍA. Cométese este delito de cinco modos, segun la ley 1. tit. 22. Part. 7, á saber: 1.° Cuando una persona, sea hombre ó muger, tiene en su casa mugeres públicas para que hagan comercio ilícito con sus cuerpos por dinero. 2.° Cuando solo sirve de medianera ó corredora, buscando hombres ó mugeres para que cometan estos actos torpes, ya en su casa, ya en la agena. 3.° Cuando uno por lucro consiente que en su casa cometan torpezas mugeres casadas ú otras decentes, sin ser medianero entre ellas y sus cómplices. 4.° Cuando un marido hace dicho comercio carnal con su muger por precio ó sin él, ó lo sabe y lo consiente sin castigarla ni quejarse á la justicia. 5.° Cuando uno á sabiendas cria ó mantiene en su casa mozas, aunque no sean rameras, para hacer este vergonzoso tráfico, recibiendo de ellas lo que por tales medios adquieran.

Tambien puede consistir la alcahueteria en un mero consejo ó mandato; y aunque este no es un delito de tanta gravedad, siempre resultará cómplice el consejero ó mandante, y como tal será castigado, segun el mayor ó menor influjo que haya tenido el consejo ó mandato, mayormente si este se ha dado á persona propia, como el marido á la muger, el padre ó la madre á la hija &c.; en cuyos casos llega á ser un delito de la mayor gravedad.

Con arreglo á las cinco clases de rufianería especificadas arriba, establece diferentes penas la ley 2 del citado título y Partida, las cuales ya no estan en observancia, pues hay otras posteriores, que son las 1, 2 y 3. tit. 27. lib. 12. Nov. Rec., en las cuales, sin hacer distincion de rufianes ó alcahuetes, se les im-

nasterio á la adúltera, parece que dándose por otra ley de la Recopilacion facultad al marido para matarlos, se sustituyó esta á las penas antiguas, quedando por consiguiente derogadas. Así debe entenderse lo que dice el señor Vizcaino acerca de la falta del señalamiento de penas cuando no el marido sino la justicia proceda á castigar este crimen.

pone á todos la pena por la primera vez de vergüenza pública y seis años de galeras; por la segunda cien azotes, diez años de galeras y la pérdida de la ropa que tuvieren vestida; y por la tercera vez la de horca; pudiendo en todos casos cualquiera persona prender de propia autoridad al rufian para presentarle á la justicia, á fin de que le castigue. Sin embargo, por parecer demasiado rigorosa la pena de muerte, se ha conmutado por costumbre general de los tribunales de España, en la de sacar emplumados ó encorozados por las calles á los alcahuetes ó alcahuetas, ó bien en la de azotes, segun las circunstancias, y despues se destina á los hombres á presidio, y á las mugeres á la galera. Si el marido fuere rufian ó consentidor de su propia muger, se le saca á la vergüenza emplumado, con una sarta de astas de carnero colgando del cuello, y ademas se le envia á galeras. Nótese que por este delito de alcahuetería en razon de ser infame, pierden el fuero los militares por Real cédula de 13 de junio de 1788 (1).

ALEVOSÍA. Es una calidad que agrava el delito de homicidio. Véase este artículo y la palabra asesinato.

AMANCEBAMIENTO Ó CONCUBINATO. Trato ilícito y continuado de hombre y muger; de manera que ademas del acceso carnal se requiere para la calificacion del concubinato, que haya ó pueda haber escándalo mediante un trato continuo, torpe y notable (2). En este punto hay grande diferencia entre las actuales costumbres y las antiguas, siendo tambien diversa la legislacion de unos tiempos ú otros. Ni en el Fuero Juzgo ni en otros Códigos posteriores se encuentra prohibido el concubinato; antes bien le vemos tolerado, como se manifiesta en todo el título 14 de la Partida 4, cuyo proemio dice asi: »Barraganas defiende santa eglesia que non tenga ningunt cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal. Pero los antiguos que ficieron las leyes consintieron que algunos las podiesen haber sin pena temporal, porque tovieron que era menos mal de haber una que muchas, et porque los fijos que naciescen dellas fuesen mas ciertos." Tres son las leyes de este título: en la 1.ª se designa la muger que puede ser recibida por barragana: en la 2.ª se previene quién puede tenerla y de qué modo; y en la 3.ª se indican las mugeres que no deben recibir por barraganas los hombres nobles y de esclarecido linage (3).

1 Ley 4. tit. 27. lib. 12. Nov. Rec.
2 Gom. en la ley 80 de Toro, num. 22.
3 En el *ensayo histórico crítico* del señor Marina ya citado, se hallan noticias muy curiosas sobre esta materia, desde el num. 219 en adelante.

Como quiera que sea de la legislacion antigua, hoy está prohibido el concubinato ó amancebamiento, segun puede verse en el tit. 26. lib. 12. Nov. Rec.; y ciertamente este trato ilícito es muy perjudicial al Estado, pues ademas del escándalo que causa, y el mal ejemplo que con él se da á la juventud, disminuye el número de los matrimonios, y causa la discordia é infelicidad de muchos de ellos. Las penas prescritas en las leyes de dicho título 26 contra el amancebamiento son las siguientes. Todo hombre casado, de cualquier estado ó condicion que sea, que tuviere manceba públicamente, ha de perder el quinto de sus bienes hasta en cantidad de diez mil maravedís por cada vez que se le halle con ella, destinándose esta suma para dote ó manutencion de la misma; bien que si volviere ella á su vida torpe y deshonesta, se aplicará por partes iguales al fisco, juez y acusador. El casado que no hace vida maridal, esto es, que no vive con la muger legítima en su casa, sino en la de la manceba, pierde la mitad de sus bienes para la Real Cámara. El que sacare de su casa á una muger casada, y la tuviere públicamente por manceba, sino la entrega á la justicia siendo requerido por ella ó el marido; justificado que esto sea, ademas de la pena impuesta por derecho, incurre en la de perder la mitad de sus bienes aplicada al fisco. Cualquiera muger que sea manceba pública de clérigo, fraile ó sugeto casado, ha de ser condenada por primera vez en un marco de plata, que son ocho onzas, y en un año de destierro del pueblo en donde morase y de su territorio; por la segunda vez en otro marco de plata, y en dos años de destierro; y por la tercera en otro marco, otro año de destierro y cien azotes en público. Dichos marcos corresponden al fisco, á excepcion de la tercera parte que se da al acusador, ó al juez sino le hay; bien que no han de percibirla hasta despues de haber ejecutado las penas de destierro y azotes en sus respectivos casos; siendo de notar, que no se halla pena alguna impuesta al amancebamiento entre soltero y soltera seglares, y así será esta arbitraria segun las circunstancias. Los clérigos que tengan concubinas, ú otras mugeres en quienes puede recaer la sospecha, dentro ó fuera de su casa, han de ser castigados con las penas que prescriben los cánones ó los estatutos de las iglesias, y son la pérdida en parte ó en todo, si hay reincidencia, de los frutos ó rentas de sus beneficios; y no teniéndolos les castigarán sus obispos con carcel, suspension de las ordenes, inhabilidad para obtener aquellos, ó de otros modos conformes á

los sagrados cánones, atendida la calidad del delito y la contumacia (1).

Por el delito de amancebamiento, si es en la Corte donde reside el Soberano, pierden el fuero privilegiado los militares, y quedan sujetos á la justicia ordinaria (2).

Para evitar escándalos y discordias en las familias, han de proceder los jueces con la mayor circunspeccion cuando las mancebas sean casadas. Conviene, pues, ante todo que se les advierta por su párroco ú otra persona respetable, se abstengan del trato escandaloso; y si á pesar de esta amonestacion no obedecieren, se amenazará al amancebado con la formacion de causa y el consiguiente castigo, segun las circunstancias. Si á pesar de este segundo paso continuasen en su amistad escandalosa, se advertirá al marido de la manceba en términos generales que cele sobre la conducta ó modo de vivir de su familia, sin expresar la causa para que no cometa algun atentado impelido de los celos; y si á pesar de todo fuere necesario proceder á la formacion de causa contra el amancebado, como nadie sino el marido puede acusar el crimen de adulterio, ni entender en su pesquisa el juez de oficio, se pone en testimonio reservado dicha manceba, notando en él su nombre y el de su marido, y refiriendo á este documento los autos, citas y diligencias que se actuan; de modo que cuando se ofrezca nombrarla se diga, *la persona que consta en testimonio reservado*. Pero si el marido sabiendo esta amistad ilícita la sufre y consiente con escándalo, se procede sin reserva y por el orden regular contra él y contra ambos amancebados, castigando á los tres segun su culpa.

Con el mismo sigilo y miramiento se debe proceder cuando la manceba, aun cuando no sea casada, pertenezca á un estado respetable, como, por ejemplo, el de religiosa, ó á una clase distinguida, en cuyos casos se la separará de la causa desde su principio, siguiéndola con los demas reos ó cómplices contenidos en ella, y puesto su nombre en el testimonio reservado. Tambien podrá el juez, cuando la alta calidad del amancebado, su mucho poder, ó el honor distinguido de la manceba lo exijan, usar de la voluntaria jurisdiccion, hacer prueba informativa de testigos que recibe sigilosamente el mismo sin escribano ni citacion de parte, y remitirla al superior ó supremo Consejo (3).

1 *Concil. Trident.* sess. 25. cap. 14.
2 *Ordenanzas del ejército de* 1768, trat. 8. tit. 8.
3 Villadiego en su *Política*, cap. 5. pág. 253. num. 8, 9 y 10.

Si algun clérigo tuviese en su casa alguna manceba ó muger, de quien se sospeche con fundamento que lo es, se recibirá informacion secreta, encargando á los testigos que no revelen su declaracion bajo alguna pena que se les imponga; ejecutado lo cual, y constando el amancebamiento por dicha informacion, se amonestará al clérigo por medio del cura párroco ú otro eclesiástico, para que inmediatamente despida de su casa á la manceba, y á ella que se salga inmediatamente ó dentro de algun término, y sino lo hiciesen, remitirá testimonio de la informacion á su prelado, para que tome providencia contra el eclesiástico, su súbdito, y le apremie á cumplir con la providencia de la justicia; mas no ejecutándolo asi, dará cuenta al tribunal superior de la provincia, á fin de que providencie lo que convenga segun las leyes. Y en cuanto á la manceba podrá la justicia por sí con alguacil entrar en la casa del clérigo, y llevarla á la carcel pública, sin que sirva de disculpa ni pretexto para dejar de castigar á semejantes mugeres sospechosas de trato ilícito con los eclesiásticos sus amos, el que por encubrir este delito la hayan casado con algun criado ú otro confidente, aunque estos no se querellen y lo consientan.

ANÓNIMOS. Aunque en sentido lato se llama asi toda obra ú escrito que no tiene autor conocido, se toma aqui en la acepcion de carta, representacion, ó mas bien delacion sin firma, dirigida á inculpar ó acusar á alguno. Las leyes 7 y 8. tit. 33. lib. 12. Nov. Rec. tratando de este medio alevoso de perseguir á uno disponen lo siguiente. Ley 7: »Prohibimos, defendemos y mandamos que en ninguno de nuestros consejos, tribunales, chancillerías, audiencias, colegios ni universidades, ni otras congregaciones ni juntas reglares, ni por otros ningunos corregidores, ni jueces de comision ni ordinarios, no se admitan memoriales que no sean firmados de persona conocida, y entregándolos la misma parte personalmente, ó por virtud de su poder, obligándose y dando fianzas primero, y ante todas cosas á probar y averiguar lo en ellos contenido; so pena de las costas que de sus averiguaciones se causaren; y de quedar expuesto á la pena que en falta de verificarlo se le impusiere, quedando esta á la disposicion y arbitrio del juez que de la causa conociere." (1). Ley 8: »Deseando que no padezcan algunas

1 Por Real cédula de 18 de julio de 1766 se mandó que en observancia de esta ley en ningun tribunal ni por juez alguno se admitan en materias de justicia ni de gracia memoriales sin firma y fecha; y que no se les dé curso á los asi presentados ó remitidos.

personas injustamente con la temeridad de voluntarias calumnias, las que regularmente se verifican en los memoriales y cartas sin firma, con otros muchos daños que resultan de la inobservancia de la ley Real *(ley anterior)*; prohibo de nuevo que se admitan semejantes papeles ó delaciones para el efecto de formalizar pesquisas ni otra especie de sumaria informacion que sirva en juicio; pero aunque el memorial sea firmado de persona conocida, y entregado legítimamente, dando su fianza, no por eso se despache siempre juez á la averiguacion del caso, porque en todo esto se ha de tener mucha templanza, para que no se causen con cualquier motivo crecidas costas, como suele acontecer; pues no siendo el caso muy grave, se puede providenciar el contenido con menos dispendio, procurando el Consejo corregir con escarmiento al receptor ó persona que en su encargo diere motivo de justa queja; dándose por el gobernador del Consejo la providencia de que, evacuadas las pesquisas en la forma prevenida, y entregados los autos en la escribanía de Cámara, se vean y determinen en la Sala de mil y quinientas, que es á la que por establecimiento corresponde, con la mayor brevedad, para evitar los perjuicios que ocasionan las dilaciones de semejantes dependencias: practicando lo mismo en las residencias que se toman á los corregidores: prohibiendo, como prohibo, al Consejo que pueda habilitarlos, hasta que se hayan determinado las residencias" (1).

Por Real orden de 21 de julio de 1826 está mandado que no se dé curso á los papeles anónimos, y que se procure averiguar sus autores y castigarlos.

En el artículo *Libelo infamatorio* se expresarán las penas establecidas por las leyes contra los que infaman á otros por escrito, sea anónimo ó no.

APOSTASÍA Y HEREGÍA. Estos dos crímenes se cometen en ofensa de nuestra santa religion; con esta diferencia, que el apóstata la abandona enteramente abrazando otra secta; y el herege solo niega con pertinacia algun dogma ó doctrina admitida como de fe por la iglesia católica; de modo que todo apóstata es herege; mas no todo herege es apóstata. Síguese pues que el crimen de apostasía es mayor que el de heregía; pues aquella es una desercion total de la religion católica; y la segunde una separacion de ella con respecto á alguno ó á algunos puntos de

1 Véase la ley 14. tit. 7. lib. 4. sobre la vista de las residencias en el Consejo.

fe (1). De los hereges tratan el título 26, Partida 7, y el título 3, libro 12 de la Novísima Recopilacion. La ley 2 de dicho título 26 da facultad á cualquiera del pueblo para acusar á los hereges ante los obispos, quienes deben examinar si lo son, y constando serlo, si quisiesen reconciliarse, han de ser perdonados; pero si se resistieren á ello, deberá el obispo declararlos hereges, y entregarlos despues á los jueces seglares para que los castiguen. Las penas que establece dicha ley son las siguientes. » Si fuere el herege predicador (esto es, de los que tratan de hacer prosélitos), á que dicen consolados, débenlo quemar en el fuego de manera que muera en él (*). Esa misma pena decimos que deben haber los descreidos.... que non creen haber galardon nin pena en el otro siglo. Et si non fuese predicador, mas creyente que vaya et esté con aquellos que ficieren el sacrificio á la sazon que lo ficieren, et que oya cutidianamente cuando pudiere la predicacion de ellos, mandamos que muera por ello esa misma muerte, porque se da á entender que es herege acabado, porque cree et va al sacrificio que facen. Et si fuere creyente en la creencia dellos, mas no lo metiere en obra yendo al sacrificio dellos, mandamos que sea echado de todo nuestro señorío para siempre, ó metido en carcel fasta que se repienta et se torne á la fe." Por lo que hace á los bienes de los hereges, declara que corresponden á sus descendientes, ó en defecto de estos á sus parientes católicos mas próximos, y no teniéndolos, si el herege es seglar pertenecen al Rey, y si fuere clérigo á la iglesia (2); pero por otra ley de la Recopilacion (3) destina generalmente al fisco todos los bienes del que sea condenado por herege.

En la ley 3 del citado tit. 3. lib. 12. Nov. Rec. se dispone que los reconciliados por el delito de heregía y apostasía, como tambien los hijos y nietos de condenados y quemados por alguno de estos dos crímenes hasta la segunda generacion por línea masculina, y hasta la primera por la femenina, no puedan tener ninguno de los diversos oficios que nombra ni otro alguno público ó del Real servicio (4).

1 Tambien se llama apostasía la que comete el clérigo ó religioso profeso que abandona su estado y su orden; pero este es un delito eclesiástico que se castiga por el mero hecho con excomunion mayor.

* La pena de quemar vivo dejó luego de usarse; pues se ahorcaba ó daba garrote al herege antes de entregarle á las llamas; pero ya hace mucho tiempo que no se les quema vivos ni muertos.

2 Las leyes 7. tit. 24, y 4. tit. 25, Part. 7. imponen tambien la pena de muerte al cristiano que se vuelva judío ó moro, y aplica sus bienes en iguales términos.

3 1. tit 3. lib. 12. Nov. Rec.

4 Acevedo en dicha ley 3. num. 26 y siguientes pretende, citando á otros que no incurren en las penas de esta ley los hijos ó nietos de los que solo una vez incurrieron en este delito, y despues habiéndose enmenda-

ARMAS PROHIBIDAS. El uso de ellas contra lo dispuesto por las leyes es un delito grave, como tiene acreditado la experiencia, en razon de las muchas muertes alevosas que ha ocasionado esta fatalísima transgresion. Se entienden por armas prohibidas las cortas de fuego y blancas, como son pistolas, trabucos y carabinas que no lleguen á la marca de cuatro palmos de cañon, puñales, jiferas, almaradas, navajas de muelle con golpe ó virola, daga sola, cuchillo de punta chico ó grande, aunque sea de cocina y de moda de faltriquera, bajo las penas impuestas en las pragmáticas que tratan de esto (1); y son, á los nobles la de seis años de presidio, y á los plebeyos la del mismo tiempo de minas: á los arcabuceros, cuchilleros, armeros, tenderos, mercaderes, prenderas y demas personas que las vendan ó tengan en su casa ó tienda, si son nobles, cuatro años de presidio por la primera vez, y seis por la segunda; y si son plebeyos los mismos años de minas; sin que los contraventores se eximan del correspondiente castigo, aunque lleven las armas prohibidas con licencia de cualquiera tribunal, comandante, gobernador ó justicias, á quienes no se da autoridad para concederla.

La prohibicion general de llevar armas cortas tiene las siguientes limitaciones. 1.ª A todos los caballeros, nobles é hijosdalgo de estos reinos, en que son comprendidos los de Aragon, Valencia, Cataluña y Mallorca, está permitido el uso de las pistolas de arzon cuando vayan montados en caballo, ya sea de paseo ó de camino, pero no en mulas ni machos ni en carruage alguno, y con trage decente interior, aunque lleven sobre él capa, capote ó redingot, ó con sombrero de picos; quedando en su fuerza y vigor la prohibicion y sus penas, respecto al uso de pistolas de cinta, charpa y faltriquera, y al noble que lleve las de arzon sin las expresadas circunstancias (2): 2.ª el uso de cuchillos flamencos es permitido á los marineros y demas gente de mar estando à bordo, por ser precisos para sus maniobras y faenas; pero saltando á tierra les son como á todos igualmente prohibidos, debiéndoseles obligar à que los manifiesten, y dejen como su Magestad lo tiene mandado por Real orden de 1.º de

do fueron reincorporados en la iglesia, y que los hijos nobles católicos de estos reos no estan privados de su nobleza. El mismo autor añade que no alcanzan estas penas á los nuevamente convertidos, ó sus hijos que se convirtieron por su voluntad sin haber sido castigados por la Inquisicion, porque estos son capaces de todos los oficios y honores segun la ley 6. tit. 24. Part. 7. Sala *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 2. tit. 29. num. 3.

1 Véanse las leyes del tit. 19. lib. 12. Nov. Rec. donde se contienen dichas pragmáticas.

2 Ley 19. tit. 19. lib. 12. Nov. Rec.

setiembre de 1760 (1): 3.ª los visitadores, ministros y guardas de las rentas Reales pueden usar de todas las armas de fuego prohibidas durante el tiempo en que sirvan sus oficios, ya esten dichas rentas en administracion, ya en arrendamiento (2): 4.ª tambien estan exceptuados en cuanto à la prohibicion de armas aquellos empleados que para practicar diligencias concernientes al Real servicio llevan cuchillos con licencia por escrito de los gefes de la tropa destinada à perseguir contrabandistas y malhechores (3). Lo mismo ha de decirse de los militares que van disfrazados en busca de desertores ó con otro encargo del Real servicio, llevando para ello los correspondientes despachos que señalen tiempo limitado (4). 5.ª los generales y oficiales hasta el grado de coronel inclusive que se hallen en actual ejercicio, pueden llevar en viage, y tener en su casa carabinas y pistolas de arzon de las medidas regulares; pero no estando en viage, en ejercicio ó en alguna funcion militar, no podrán hacer uso de dichas pistolas, especialmente en los pueblos donde se hallen alojados, à no ser que vayan à caballo; y si de otro modo usaren de ellas, incurrirán en las penas que refiere el bando que de orden del señor Don Felipe V hizo publicar el Consejo, insertando la Real pragmática de 4 de mayo de 1713 (5), y mandando la guardasen literalmente todos los individuos comprendidos en la jurisdiccion Todo oficial de coronel abajo tampoco puede llevarlas en viage, à no ser que vaya con su regimiento, compañía ó algun destacamento de tropa, ó con licencia del Rey ó de sus superiores. Lo dicho debe entenderse tambien con los oficiales de los estados mayores de las plazas (6). La bayoneta en el soldado de infanteria no debe tenerse por arma prohibida, aunque es corta; y el abuso que haga de ella ha de ser castigado por sus gefes, como una falta puramente militar y contraria á la buena disciplina (7).

1 La inserta el autor de los *Juzgados militares* en la nota del artículo 79 del tomo 1, folio 42, y en el 4 de las penas de marina, pag. 348, cita. num. 1.

2 Ley 12. tit. 19. lib. 12. Nov. Rec.

3 Ley 20 del mismo tit. y lib.

4 Orden del ejército, trat. 8. tit. 2. art. 2.

5 Esta Real pragmática dice asi: » Mandamos se ejecute en todo y por todo la ley y pragmática anterior, prohibiendo las armas de fuego cortas en ella expresadas, so las penas contenidas en ella; y asimismo el uso de los puñales ó cuchillos que comunmente llaman rejones ó jiferos, y á las personas á quienes se aprendiere con estas armas condenamos solo por la aprension en treinta dias de carcel, cuatro años de destierro, y doce ducados de multa aplicados por terceras partes, Cámara, juez y denunciador." Ley 11. tit. 19. lib. 12. Nov. Rec.

6 Ley 13. tit. 12. lib. 12 Nov. Rec. donde pueden verse las demas disposiciones relativas al uso de armas por los oficiales de milicias, y los que se hubieren retirado del servicio, como tambien por los soldados de caballeria é infanteria.

7 Real orden de 26 de julio de 1754. Ordenanzas del ejército, trat. 8. tit. 2. art. 2.

Para quedar desaforados los militares por el uso de armas cortas de fuego ó blancas, ha de intervenir precisamente ademas del uso la aprension Real de estas armas por el juez ordinario, sin que baste la justificacion del uso de ellas, por ser la aprension Real la calidad que en tal caso le atribuye jurisdiccion para proceder contra los militares (1).

Los cutoes, aunque son armas cortas blancas, estan generalmente permitidos; pues segun Reales órdenes (2) se puede enviar á América hojas de España, espadines y cutoes, ya sean de fábrica nacional ó extrangeras, exceptuando únicamente los cuchillos flamencos, que por orden especial (3) estaban prohibidos anteriormente, en vista de haber representado la Real Audiencia de Méjico, que por su introduccion en aquellos dominios se habian cometido muchos homicidios voluntarios.

Es indudable que la prohibicion de armas se extiende tambien á los instrumentos cortantes de que usan los artesanos en sus oficios, y con los que se puede herir ó matar; pero en esto debe procederse con toda circunspeccion; pues si, por ejemplo, se le encuentra una cuchilla de esta clase á un menestral de buena conducta poco tiempo despues de su ordinaria tarea, sin intencion sospechosa en lugar que no la induce, y sin costumbre ó reincidencia, no se le tendrá por transgresor ó delincuente infractor de las Reales pragmáticas citadas, aunque podrá corregirse este exceso por primera vez con apercibimiento, pérdida del arma, ó algunos dias de carcel, segun la mayor ó menor gravedad de las circunstancias (4).

No solo se gradúa de delito el uso de las armas prohibidas, sino tambien el de las permitidas á ciertas horas de la noche, como es despues de tocar á la queda, el de las espadas mayores de cinco cuartas (5), las espadas de vaina abierta y verdugos huidos de marca ó mayores de ella (6).

Las armas aprendidas deben existir en poder del escribano durante el curso de la causa, y él mismo acredita en autos su aprension circunstanciada, y la identidad de ellas por las señas, figura, tamaño ó calibre. Tambien se acostumbra mandar que siendo el arma susceptible por su tamaño de estamparse en autos, se diseñe su perfil con tinta, á fin de precaver toda equivocacion y calificar su certeza.

1 Ley 14. tit. 19. lib. 12. Nov. Rec.
2 De 10 de setiembre y 2 de noviembre de 1787. Colon *Juzgados militares*, tom. 4. pag. 16 y 17.
3 De 1.° de junio de 1785.
4 Vilanova y Mañes *Materia criminal forense*, tom. 3. pag. 63. num. 47.
5 Ley 3. tit. 19. lib. 12. Nov. Rec.
6 Ley 7 del mismo título.

El conocimiento de estas causas es de jurisdiccion acumulativa, sin que puedan formarse competencias sobre ellas, ni acogerse el reo al medio de la declinacion de fuero, pues este se pierde por el mero hecho de usarlas. El conocimiento de estas causas corresponde exclusivamente á las justicias ordinarias (1); extendiéndose la misma privacion de fuero á los testigos que fuere necesario examinar para la justificacion ó prueba; de forma que no sea preciso pedir permiso alguno á ningun gefe de casa Real ni militar, ni à otro ningun superior del fuero del testigo, pudiendo el juez de la causa apremiarlos conforme á derecho, sin que antes ni despues de la deposicion del apremio pueda con ningun pretexto el tribunal, gefe ó superior de cuyo fuero sea el testigo mezclarse en ello judicial ni extrajudicialmente, como si los testigos fuesen sujetos absolutamente á la jurisdiccion ordinaria (2) (*).

ARRANCAR ÁRBOLES Ó MOJONES DE LOS TÈRMINOS Ó HEREDADES. Este es un delito como toda violacion de la propiedad agena. Se castiga por lo comun con penas pecuniarias y resarcimiento de daños. Las ciudades y cabezas de partido y algunos otros pueblos suelen tener sus ordenanzas particulares aprobadas por el Consejo en que se especifican estas penas; pero cuando no las haya, debe regir en cuanto á arbolados la Ordenanza general de montes y plantios (que es la ley 14. tit. 24. lib. 7. Nov. Rec.), cuyo cumplimiento está encargado á los corregidores y justicias ordinarias, y á uno de los señores del Consejo por lo perteneciente á las veinticinco leguas en contorno; á otro señor del Consejo por lo restante del reino, excepto diez leguas arrimadas á la costa del mar, en las cuales pertenece el conocimiento de las talas de montes á los intendentes de Marina (3) (**). En orden al arrancamiento de mojones de los térmi-

1 Ley 6. tit. 19 lib. 12. Nov Rec.

2 Ley 16 del mismo tit. y lib.

* Por Real orden de 30 de setiembre de 1814 está mandado que los gobernadores de las plazas marítimas conozcan de las causas en que se verifique haber intervenido arma prohibida.

3 Colon *Juzg dos militares*, tom. 1. pag. 106. num. 148.

** En Real orden de 4 de mayo de 1818 se manda lo siguiente.

1.° Los daños que se causen en los montes en cada pueblo de los de la dotacion de marina, se resarzan por las justicias si en el término de quince dias no hacen constar al comandante de la provincia, con testimonio del sumario, los causantes de ellos, ó que los reos no han podido ser aprendidos.

2.° Los comandantes de las provincias luego que sepan que se ha cometido algun daño de consideracion en los montes del distrito de su mando, sin que la justicia les haya dado parte en el término dicho, procederá á asegurarse, tomando los informes convenientes; y resultando el daño, podrán comisionar al subdelegado de montes mas cercano al pueblo á que corresponda el daño para que proceda á la formacion del sumario y prision de los reos, que en defecto de otros serán reputados tales los individuos de justicia que no hayan dado

nos ó predios, la ley 30. tit. 14. Part. 7. manda, que el que quitare ó mudare maliciosamente los mojones de una heredad, pague ó peche para el Rey cincuenta maravedis de oro por cada mojon, y ademas pierda el derecho que tuviere en aquella parte de heredad; pero si no tuviere tal derecho, debe volver á su dueño la parte que usurpó, y otro tanto de lo suyo. En cuanto á la restitucion de los términos ocupados á los pueblos está mandado lo siguiente por la ley 5. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec. El juez haga restituir al concejo la posesion libre y pacífica de todo aquello de que hubiere sido despojado; y que el ocupador que resistiere dicha sentencia ó mandamiento, ó fuere contra ella, pierda por el mismo hecho cualquier derecho que tuviere ó pretendiere tener sobre la propiedad de la cosa que se contiende, y otro tanto de su estimacion, y que ademas pierda el oficio que tuviere; y no teniéndole, la tercera parte de sus bienes para la Real Cámara. No teniendo derecho alguno á la cosa que se contiende, pague la estimacion de ella con otro tanto, la mitad para el concejo con quien litigare, y la otra mitad para la Cámara y fisco, incurriendo ademas en otras penas prescritas por las leyes anteriores del mismo título.

ASESINATO. Es todo homicidio cometido con alevosía; pero se da con particularidad este nombre á la muerte violenta que uno ejecuta por algun interes, ya consista este en dinero ó alhaja, ya en mera proteccion ú ofrecimiento para conseguir algun destino ó acomodo. Llámase alevosa toda muerte segura, esto es, la que se ejecuta fuera de pelea ó riña, ó de improviso, con cautela, y cogiendo desprevenido al paciente. Cométese tambien con alevosía un homicidio cuando se hace con veneno; pero acerca de esto se hablará con extension en el artículo *envenenamiento*. Por la ley 3. tit. 27. Part. 7. se impone pena de muerte al asesino, y al que mandó cometer el asesinato. Segun la ley 2. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec. el homicida alevoso ha de ser arrastrado, ahorcado, y perderá ademas la mitad de sus bienes, que ha de aplicarse al fisco (1).

parte en los quince dias prefijados al efecto.

3.° Los comisionados, evacuado el sumario y hecho el embargo á los reos, pondrán estos y la causa á disposicion del comandante de la provincia, quien la sustanciará con toda brevedad de acuerdo con su auditor.

4.° Donde haya guardas de montes con nombramiento de cualquiera de las autoridades de marina para expedirle, se les considerará como causantes del daño si no hicieren constar haberlo denunciado á la justicia en tiempo y forma.

1 La misma ley dice que el que mata á traicion pierda todos sus bienes para la Real Cámara; suponiendo que es diferente la muerte hecha á traicion de la ejecutada con alevosía; pero como dice muy bien el señor Gutierrez en el tomo 3.° de su Práctica criminal, página 50, nota 3, en el dia

ASONADA: véase SEDICION.

AUXILIAR Ó ACOMPAÑAR Á OTRO PARA DELINQUIR. Puede cometerse este delito de tres modos. 1.° Cuando uno se concierta con otro ú otros, y como principal delincuente va con ellos á hurtar, matar ó hacer otro daño; en cuyo caso, cada uno merece igual pena, segun la calidad del crimen: 2.° cuando da favor ó auxilio al delincuente antes que cometa el delito, como prestándole armas para que hiera ó mate, ó dineros para que pague á un asesino que haga por él la muerte, ó dándole algun instrumento para hurtar, ó casa para que se ponga en salvo. Tambien en este caso tiene el auxiliador la misma pena que el reo principal, porque fue causante del delito, ó consintió que se cometiese (1): 3.° cuando alguno para que otro cometa un delito mas facilmente ó con mayor seguridad, le acompaña y asiste cerca de él para favorecerle y darle socorro en caso que lo necesite, en cuyo caso tambien se considera al auxiliador como reo principal. Sin embargo esto debe entenderse cuando lo hace con dolo ó de intento, y no si por casualidad se halló presente, aunque por esto se haga el delincuente mas atrevido; y aun cuando el reo le diga que se vaya con él y le acompañe, ignorando la causa. Tampoco se considera delincuente al que presta escopeta ú otra arma sin saber que es para cometer el delito, ni el que hospeda ó recibe en su casa á un delincuente no sabiendo que lo es. No me extiendo mas en esta materia, porque acerca de los cómplices se dijo lo bastante en el capítulo 1, parráfos 30 hasta el 37.

B.

BANCARROTA FRAUDULENTA. Cometen este delito los comerciantes que debiendo saber el mal estado de sus negocios por el avance que de ellos estan obligados á hacer, arriesgan los caudales agenos con dolo y fraude, ó prosiguen negociando de mala fe, ó se alzan con los bienes agenos que pueden, ocultando estos y las demas alhajas preciosas, como tambien los libros y papeles, fugándose despues ó retirándose á sagrado. Acerca de estos fallidos fraudulentos y penas en que incurren, dije lo bastante en el Tratado de Jurisprudencia mercantil, tomo 3.° de esta obra, páginas 192 y 193, adonde me remito.

lo mismo es una que otra, á no ser que llamemos traidor al que hiere ó acomete por la espalda, y alevoso al que lo hace cara á cara, aunque insidiosamente.

1 Ley 57 del Estilo.

BARATERÍA: véase SOBORNO.

BESTIALIDAD. Es el acceso carnal de un hombre ó una muger con una bestia, delito execrable por ser contra la misma naturaleza. La pena en que incurre el delincuente segun la ley 1. tit. 30. lib. 12. Nov. Rec. es la de ser quemado y confiscados todos los bienes; bien que segun la práctica introducida, para que el reo no muera desesperado, se le da primero garrote, y luego se le quema en el mismo tablado, echando el verdugo sus cenizas al viento. Rarísimos son á la verdad estos casos, y hace ya mucho tiempo que no se ve un ejemplar de esta especie, ni creo que esté ya en uso quemar el cadaver del reo. Tambien se mata al animal que participó activa ó pasivamente de tan horroroso hecho, para que no quede memoria de él ni de sus abominables resultas.

Por lo difícil que es la prueba de este delito, se admiten testigos menos idóneos y conjeturas, no siendo necesaria para incurrir en él la consumacion de la cópula, sino que bastan los actos muy propincuos y cercanos á ella, como expresa la ley citada. Asimismo puede comprobarse este crimen con testigos singulares, siendo lo menos tres mayores de toda excepcion que depongan de hechos separados (1). Adviértase que puede acusar este delito cualquiera del pueblo. Ultimamente por otra ley se previene (2), que por el delito de bestialidad la Sala de Alcaldes continúe la causa contra reos militares, y que el Consejo de guerra se abstenga de su conocimiento.

BIGAMIA: véase POLIGAMIA.

BLASFEMIA. Palabra injuriosa contra Dios, la Santísima Vírgen ó sus Santos, y por consiguiente es un delito gravísimo. Hay blasfemias que se llaman *hereticales*, porque contienen errores manifiestos en materias de fe, por ejemplo, si se niega á Dios lo que esencialmente le pertenece, como la justicia, la eternidad, la omnipotencia &c.; ó se le imputa lo que es ageno de su esencia y perfecciones, como la injusticia &c., ó se atribuye á las criaturas lo que es propio de Dios. La blasfemia que no es de esta especie se llama simple: consiste en una expresion impía, con la que sin oponerse uno directamente á la fe, habla mal de Dios, ya menospreciándole, ya imprecando ó jurando: v. gr. si se dijere á despecho de Dios haré esto: mal haya el que confia en Dios: falte Dios si esto no es asi: en suma, todo lo que vilipendia la honra y gloria de Dios.

1 Ley 2 de dicho tit. 30. lib. 12. Nov. Rec. 2 La 3 del mismo tit.

El conocimiento de las blasfemias hereticales corresponde á los tribunales eclesiásticos, y el de las otras á la justicia ordinaria. Segun la ley 2. tit. 5. lib. 12. Nov. Rec. al que blasfeme de Dios y de la Virgen dentro de la Corte ó su rastro se le ha de cortar la lengua y dar públicamente cien azotes; y si lo hiciere fuera de aquella, tambien ha de cortársele la lengua, y perderá la mitad de sus bienes, aplicada al acusador y al fisco; pero la ley 4 del mismo título, que es mas reciente, y de los señores Reyes Católicos, previene que el blasfemo sufra por la primera vez un mes de carcel; por la segunda ha de ser desterrado por seis meses del lugar de su domicilio y pagar mil maravedis, y por la tercera se le ha de clavar la lengua, á no ser persona de calidad, quien ha de sufrir duplicadas las dos penas, la pecuniaria y la de destierro. En la misma pena incurren las personas de uno y otro sexo que tengan la mala costumbre de jurar *por vida de Dios, ò no creo en la fe de Dios*, y hacer otros juramentos semejantes en desacato y vilipendio de la divinidad (1). Despues el señor D. Felipe II añadió á las penas referidas la de galeras (2). Por derecho canónico son arbitrarias las penas contra los blasfemos, de suerte que los jueces eclesiásticos podrán imponerles las que tengan por convenientes cuando conozcan de este delito.

BRUGERÍA: véase ADIVINACION.

C.

CALUMNIA. Es el delito que comete alguna persona, como acusador ó testigo falso contra algun inocente. La pena del falso acusador segun la ley 26. tit. 1. Part. 7. es la del talion, esto es, la misma que hubiera sufrido el acusado á habérsele probado el delito; pero son tales las excepciones hechas en esta ley y en la 20 del mismo título, que pocas veces se castigaría á un falso acusador. Primeramente estan exentos de dicha pena del talion por la citada ley 20, los que acusan á otro de monedero falso, aun cuando no prueben la acusacion, á fin de que no se retraigan los hombres de acusar por temor de la pena. Tampoco incurren en ella segun la citada ley 26, el que acuse á otro sobre agravio que este le hubiere hecho á él mismo, ó sobre muerte de sus padres ó abuelos, hijos, nietos ó biznietos, hermanos, sobrinos, y los hijos de estos; ó bien el marido por

1 Ley 6. dicho tit. 5. lib. 12. Nov. Rec. 2 Ley 7. idem.

muerte de su muger, y al contrario. La razon que da la ley es *porque estos atales se mueven con derecho, razon et con dolor á facer estas acusaciones en non maliciosamente.* Como quiera que sea, la pena del talion no está ya en uso, y segun dice el señor Vilanova en su *Materia criminal forense*, tomo 1, páginas 488 y siguientes, por general costumbre se ha mitigado, sustituyéndose otras arbitrarias, segun la malicia ó malignidad del delincuente, gravedad del delito, y calidad del calumniador y calumniado (1). No se crea sin embargo, añade este autor, que reside en el juez facultad para ejercer este arbitrio á su antojo, de manera que queden sin el debido castigo las falsas denuncias ó acusaciones; por lo que se recomienda á los jueces la debida imparcialidad y circunspeccion para que no incurran en uno de los dos extremos, esto es, ó de dejar impune el delito por demasiada indulgencia, ó de castigarle con rigor excesivo imponiendo la pena del talion, á menos que sea tal el conjunto de circunstancias, que por su gravedad le obliguen á imponerla (2). Por de contado en todo tribunal, segun la práctica del dia, se cargan, por lo menos, al falso acusador las costas, daños y perjuicios, con declaraciones honrosas á favor del acusado (3). El señor Vizcaino en su *Código criminal*, tomo 1, página 262, dice que justamente se imponen al falso calumniador las mismas penas que las leyes de la Recopilacion establecen contra los testigos falsos; y esto es mas arreglado á justicia, porque el acusador calumnioso es por lo menos tan delincuente como el testigo falso. Dichas penas son las de vergüenza pública, y servicio de galeras por diez años en las causas civiles; y en las criminales la de muerte, si probada la acusacion se hubiese de haber impuesto al acusado; y en otras de menor gravedad la de vergüenza pública, y condenado para siempre á galeras; cuyas penas se extienden á las personas que indujeren á los testigos á la falsedad (4). Para la rigorosa observancia de estas leyes penales se promulgó otra (5) que dice asi: »Experimentándose con reparable frecuencia, la facilidad de incurrir en la execrable maldad de hacer falsas delaciones, y ser testigos contra la verdad, de que resulta á muchos inocentes la molestia tal vez de dificultosa reparacion en la honra, vida y hacienda, en ofensa, descrédito y escándalo de la justicia, que debo y deseo se distribuya y admi-

1 Greg. Lop. en la ley 12. tit. 1. Part. 7. Gom. *Var.* lib. 3. cap. 3. num. 31. *Cur. Filip.* part. 3 §. 8. num. 13.
2 Bern. en la ley 1, tit. 1. Part. 7.
3 Bovad. *Polit.* lib. 5. cap. 2.
4 Ley 5. tit. 6. lib. 12. Nov. Rec.
5 Ley 6. del mismo título.

nistre en mis reinos y dominios, como principal obligacion que con la corona ha puesto Dios á mi cargo; y reconociendo que estos enormes y perniciosos abusos, proceden de no prácticarse con el rigor y puntualidad que conviene las penas prescritas y establecidas en las leyes, alentando la rara ó templada experiencia del castigo á la osadía, y á la temeridad de atropellar lo sagrado del juramento y la inocencia descuidada en su propia seguridad; he resuelto que con la mas rigorosa exactitud y observancia se ejecuten las leyes que hay contra testigos falsos y falsos delatores en todo género de causas, asi civiles como criminales, sin ninguna dispensacion ni moderacion."

CASTRAMIENTO. Incurre en este delito el que corta á otro los miembros destinados á la generacion. Por la ley 13. tit. 8. Part. 7. tiene pena de homicida, asi el que lo hiciere como el que lo mandare hacer, á menos que fuere algun médico ó cirujano para curar á algun paciente. Y por cuanto habia muchos curanderos que castraban á los quebrados para curarles de la quebradura, se prohibió esto por circular de 24 de enero de 1783, la cual previene que la curacion de los quebrados haya de hacerse precisamente con direccion de cirujano aprobado, y apercibiendo con prision y destino á las armas por ocho años á los contraventores por primera vez.

CAZA Y PESCA EN TIEMPO DE VEDA. Es culpable, y por consiguiente merecedora de castigo, toda infraccion de las ordenanzas de policía, mayormente si de aquella puede seguirse un perjuicio público. No hay duda que la libertad absoluta de cazar, cuando de ella puede resultar daño á los sembrados, debe refrenarse, porque no sería justo que se causase daño á los infelices labradores, solo por proporcionar un recreo á otros mas poderosos ó mas desocupados. Asi es que ya por la razon indicada, ya por otros daños que pudieran seguirse, desde tiempos antiguos se ha puesto coto á las demasías en este punto. El Rey D. Alonso XI prohibió en el año 1348 con pena bien rigorosa (*) que se armasen en los montes cepos con hierros para la caza de puercos, osos ó venados, por el peligro á que pudieran exponerse los hombres y caballos que transitan ó discurren por dichos montes. En Real prácmatica de 11 de marzo de 1552 se prohibió la caza en los tiempos de cria, fortuna y nieve bajo la pena que alli se designa (**), y asimismo el uso de lazos y otros

* Consistia esta pena en estar el reo por medio año atado á la cadena, por la segunda igual tiempo de cadena y sesenta azotes, y por la tercera se le cortaba la mano.

** Es la de pagar dos mil maravedis,

instrumentos para cazar. En Real prácmatica de 7 de noviembre de 1617 se repitió esta prohibicion; y acerca de la pesca, ya desde el año 1345 se prohibió echar en los rios cosa ponzoñosa con que se mate ó amortigüe el pescado (1); y por otra del señor D. Felipe II (2) se prohibió pescar en los rios con los instrumentos y en los tiempos que en la misma se expresan. Pero todas estas disposiciones antiguas han quedado derogadas ó modificadas por la Real cédula de 3 de febrero de 1804 (que es la ley 11. tit. 30. lib. 7. Nov. Rec.), á que acompaña una nueva ordenanza general, en que se prescriben las reglas acerca del tiempo y modo de cazar y pescar, las cuales no se insertan aqui por ser demasiado largas, y poder consultar facilmente dicha ley cualquiera que necesite imponerse de su contenido. Los transgresores de dicha ordenanza general, si son nobles y personas honradas, incurren por la primera vez en la multa de tres mil maravedis, y en la pena de suspension de cazar por todo un año, las que se duplican por segunda vez, y por la tercera se triplica la multa, y se les priva de cazar para siempre, recogiéndoles ademas la justicia los galgos, escopetas, avíos de caza, y poniéndolo en noticia de su Magestad para tomar otras providencias correspondientes, segun la clase de inobediencia y falta de respeto, que son mas reparables en las personas distinguidas. Si el transgresor fuere plebeyo, incurre en la multa de mil y quinientos maravedis por la primera vez, ó en la pena de treinta dias de carcel, sino tiene de que se le exija aquella; por la segunda en doble multa y pena de prision respectivamente, y en la de seis años de la misma suspension; y por la tercera en triple multa, y pena de privacion perpetua de poder cazar, y de recogerles las justicias los perros ó instrumentos, con apercibimiento de mayores penas á proporcion de la inobediencia, y segun el arbitrio del Consejo, á quien ha de darse cuenta.

En la misma ordenanza, artículos 20, 21, 22 y 23, se previene lo siguiente. »Las justicias de todo el reino enviarán testimonio al mi Consejo de las causas y condenaciones pecuniarias, conservando en depósito los instrumentos aprendidos hasta que se providencie lo que corresponda á las circunstancias, y en caso de no haberse formado causa alguna en todo el año; remitirán el testimonio con fe negativa, y los fundamentos ó motivos que haya ó se presuman."

ser desterrado del lugar donde fuere vecino por tiempo de medio año, y perder los instrumentos ó aparejos de caza.

1 Ley 8. tit. 30. lib. 7. Nov. Rec.
2 Es la 9 del mismo título.

»Los corregidores y justicias de los pueblos entiendan, conozcan y procedan en primera instancia privativamente cada uno en su jurisdiccion (oyendo á las partes breve é instructivamente, sin que pueda exceder de cuatro dias) de todas las dependencias, negocios é incidencias de caza y pesca que respectivamente se ofrecieren en ellos; determinando las causas que ocurran y convenga formar de oficio para la averiguacion, prision, castigo y enmienda de todos los que delinquieren; comprendiendo universalmente á todos, sin excepcion de personas, estados, clases, títulos, empleos, grados militares, políticos, carácter, dignidad ni fuero alguno que tengan ó gocen, por privilegio especial y recomendado que sea, sin que sobre esto se pueda formar competencia por Consejo, tribunal ó junta en sentido alguno, pues derogo todos los fueros y privilegios de mi Real concesion, inclusos los que necesitan especial mencion (*).

»Que si algunos eclesiásticos seculares ó regulares contravinieren al todo ó parte de lo mandado en los dos referidos puntos de caza y pesca, se proceda á la aprension de la escopeta, perros ú otro adminículo, y á la exaccion de la multa, y en los casos de resistencia ó reincidencia, se les formará la justificacion del nudo hecho informativo por el corregidor ó justicia del pueblo, en cuyo territorio sucediere la tal contravencion, y la remitirá original al mi Consejo, con noticia puntual del estado, calidad y circunstancias de ellos, y del prelado eclesiástico secular ó regular á quien respectivamente esten sujetos, para proveer lo conveniente acerca de la correccion y enmienda de aquellos, por los medios establecidos por derecho y potestad económica contra los transgresores de los bandos y cotos públicos, segun la naturaleza de los casos, á cuyo efecto se instruirá á todos los prelados eclesiásticos de lo prevenido en esta ordenanza, para que concurran por su parte á su observancia, y no embaracen los procedimientos de las justicias.

»Las apelaciones que las partes interpusieren de las sentencias, autos y providencias que contra ellas se dieren, se les otorgarán en los casos y cosas que haya lugar solamente, de-

* Por Real resolucion á consultas de 19 de mayo de 1769, y 27 de febrero de 1773, declaró su Magestad que el conocimiento de todas las causas de contravencion á las ordenanzas de caza y pesca, pertenece privativamente á las justicias ordinarias, con exclusion de todo fuero privilegiado; y mandó su Magestad expedir las ordenes correspondientes al inspector y coroneles de milicias, para que no impidan á las justicias ordinarias el castigo de los oficiales y soldados que contravinieren á dichas ordenanzas; mandando al mismo tiempo que todos los recursos en este asunto se dirijan por la via reservada de Estado.

positando las multas para el mi Consejo y su Sala de justicia, á la que privativamente compete su conocimiento."

En Real orden de 17 de febrero de 1818 se manda que ninguna persona por privilegiada que sea pueda cazar con escopeta sin licencia por escrito, prescribiéndose allí los requisitos necesarios para obtenerla. El que cazare sin ella perderá la escopeta, y se le exigirá por primera vez la multa de cincuenta ducados, ó sufrirá en su defecto treinta dias de carcel, doble por la segunda y triple por la tercera, y privado para siempre de cazar. A las justicias que permitan ó toleren su contravencion, se exigirá, con arreglo á la misma orden, por primera vez, y por cada uno de los cazadores, la multa de cien ducados, doble por la segunda y triple por la tercera, con inhabilitacion perpetua para ejercer oficio de justicia.

Las justicias conocerán de las denuncias; y de las que se intentaren contra las mismas justicias, conocerá la autoridad á quien pertenece la facultad de conceder dichas licencias, segun el territorio en que se hallare la justicia denunciada.

Las denuncias se sustanciarán por medio de comparecencias ante el juez y escribano ó fiel de fechos: á falta de este, y si fuere necesario formar juicio por escrito, será este breve y sumario, y puramente instructivo.

CENCERRADAS. Es el ruido desapacible que se hace con cencerros y otras cosas para burlarse de los viudos la noche que se casan. Este exceso, ademas de perturbar el orden público, oponiéndose á una buena policía, injuria osadamente y sin motivo á un ciudadano pacífico; por lo cual se prohibió en Madrid por bando de la Sala de Corte de 27 de setiembre de 1765 (ley 7. tit. 25. lib. 12. Nov. Rec.), bajo la multa de cien ducados y cuatro años de presidio por la primera vez, y por las demas al arbitrio de la Sala. Convendria hacer general esta prohibicion, pues aunque es verdad que ya se ha extendido á algunos pueblos, todavía hay muchos en que se observa esta bárbara costumbre, tan contraria al decoro como á la moral.

CONFEDERACIONES, LIGAS Ó PARCIALIDADES. Estan rigorosamente prohibidas las que hagan cualesquiera personas, por el gravísimo perjuicio que pueden causar al público, aun cuando para ocultar algun perverso designio tomen la advocacion de algun santo, dándose el título de cofradía, pues solo estan permitidas las que tienen un objeto piadoso, y se hayan establecido con Real permiso y autorizacion del competente prelado. En orden á las demas que no tienen estos requisitos, man-

da la ley que se deshagan ó disuelvan por ante el escribano públicamente, siempre que les fuere mandado por la justicia ordinaria, ó requeridos sobre ello por cualquier vecino; en la inteligencia de que los contraventores incurrirán en pena de muerte, y les serán confiscados sus bienes para la Real Cámara; y últimamente dispone la misma ley que las justicias puedan hacer pesquisas sobre esto siempre que lo tuviesen por conveniente, sin que preceda denuncia ni delacion, ni mandamiento para ello (1).

COHECHO: véase SOBORNO.

CONCUBINATO: véase AMANCEBAMIENTO.

CONSPIRACION: véanse los artículos LESA MAGESTAD Y SEDICION.

CONTRABANDO. Es una defraudacion que se hace al gobierno en los derechos de aduanas, rentas provinciales y demas que se administran por cuenta de la Real Hacienda, ó como dice la ley 2. tit. 9. lib. 6. de la Nov. Rec. »Todo contrabando de tabaco, extraccion de moneda, oro, plata en barras ó pasta, caballos, machos y ganados, y cualquiera fraude que se cometa en los derechos de aduanas, rentas provinciales y demas que se administren de cuenta de mi Real Hacienda, se han de comprender y conocer bajo el nombre de contrabando, porque se falta à los bandos que prohiben la introduccion ó extraccion de las cosas vedadas, y se usurpan los derechos que estan impuestos por leyes y Reales disposiciones en los géneros de lícito comercio; bien que las penas han de ser distintas, porque se han de regular segun la calidad del contrabando." La pena comun de todo fraude cometido con cosas de ilícito comercio, es la de la confiscacion y pérdida de los géneros, y coches, mulas, carruages, bagages ó embarcaciones en que se conduzcan; y la satisfaccion de las costas de la causa que han de pagarse de los otros bienes del reo, si los tiene, y sino del precio de los comisados, aunque para solo el pago de los interesados que no tienen sueldo. Si con dichos géneros se encuentran otros de lícito comercio, ha de observarse esta regla. Cuando el valor de los primeros llegue à la tercera parte del de todos los permitidos y contenidos en el mismo fardo, paca, cofre ó bulto de cualquiera clase que sea, caerán estos tambien en la pena de comiso, con la caballería, carruage ó embarcacion en que se conducian, y en las demas impuestas por Reales órdenes é instruc-

1 Ley 12. tit. 12. lib. 12. Nov. Rec.

ciones; pero de lo contrario no ha de ser asi, y se han de entregar à los interesados la caballería, carruage ó embarcacion, y géneros de lícito comercio con el pago correspondiente de derechos, à no ser que el reo ó reos sean aprehendidos por segunda vez, en cuyo caso todo se ha de comisar (1).

Ademas de dicha pena comun, en los fraudes de tabaco, sal y demas géneros estancados, han de imponerse à los defraudadores, conductores, encubridores, expendedores, auxiliadores y compradores la de cinco años de presidio de Africa por la primera vez, ocho por la segunda y diez por la tercera, con calidad de no salir de aquel sin Real licencia (2).

Hay casos en que los fraudes se castigan aun con mayor severidad que la expresada. A los que siembren, muelan ó fabriquen en sus tierras ó casas tabaco ú otro género estancado y de ilícito comercio, y à cuantos cooperen à ello, han de darse docientos azotes (si son personas de baja clase) se han de aumentar dos años de presidio à los referidos, y ha de condenarseles en pérdida de los instrumentos de siembra ó fábrica, como asimismo de la tierra ó casa en que se hacia, si era propia del reo, ó era sabedor el dueño; y si por ser de mayorazgo ó por otra causa no pudiese darse por perdida, se les condenará en su valor con mil ducados de multa por primera vez, aumentándose la pena en la reincidencia (3).

Respecto al tabaco rapé, que por Real decreto de 13 de julio de 1786 se mandó fabricar en España con las producciones de estos dominios, permitiendo su uso y venta en las administraciones, estancos y demas oficinas destinadas para ello; he aqui las penas establecidas en la Real cédula de 3 de octubre de 1769, que se manda guardar en el citado Real decreto. A todas las personas de cualquier clase y estado que introduzcan, fabriquen, expendan, usen, oculten ó retengan tabaco rapé ó groso florentin, ó que de algun modo cooperen à ello, ademas de las penas contra todo defraudador en tabaco que ya hemos referido, ha de imponérsele la multa de quinientos ducados, para aplicarla toda al denunciador, habiendo de agravarse el presidio à discrecion de la junta general del tabaco (4), en los que no tengan bienes de donde exigirla, y sin distincion de clase ni grado se les

1 Gutierr. *Práctica criminal*, tom. 3. pág. 178 y siguientes, de donde se ha copiado todo lo relativo á las penas en este artículo.

2 *Real cédula de 8 de junio de* 1805, cap. 27.

3 *Real cédula citada de 8 de junio*, cap. 24 y 25.

4 Habiéndose extinguido esta junta, se traspasaron sus facultades al Consejo de Hacienda.

ha de privar de todo empleo ú oficio del Real servicio ó del público, con absoluta prohibicion de ser admitidos de nuevo en él por distinguido que sea su mérito. Con las mismas penas ha de castigarse à los que usen ó hagan rapé ó tabaco raspado, ó rallado de cigarros de los Reales estancos, ò de cualquiera otra hoja comprada en ellos, aunque se distinga manifiestamente del rapé de Francia y del groso florentin; como tambien à quienes usen, expendan, oculten ò tengan tabaco sen, no siendo del color natural de la hoja, que es el único que se permite hacer en las Reales fábricas para fuera de Cataluña: por manera que si se alterase su color, aun tenido en su primera fábrica, con cualquier género de agua ò composicion, en términos de no conservarse puro y sin la mas remota semejanza al rapé, se entenderá prohibido bajo las mismas penas; bien que en Cataluña bajo de estas está vedada absolutamente toda especie de tabaco sen. La aprension de una sola caja de tabaco rapé ò del raspado de cigarros, ú hoja comprada en los Reales estancos, ò del tabaco sen prohibido, ò sin aprension alguna, y la justificacion con tres testigos singulares del uso de cualquiera de dichos tabacos, basta para imponer à todos los contraventores las penas de comiso, multas, privacion de empleo ú oficio, y en las personas comunes de presidio; pues en los nobles y personas de condicion se conmuta en estos casos con la de destierro por cinco años à distancia de veinte leguas de su domicilio y de la Corte. Finalmente en este género de causas han de admitirse denunciadores secretos, como está mandado se haga en las de extraccion de moneda, dándose à sus dichos únicamente la fe ò fuerza que debe dárseles conforme à derecho, reservándose y guardándose sus nombres con el mayor secreto para todos tiempos, y recibiendo derechamente de la mano de los jueces todo el importe de la multa que se les aplique en la última determinacion (1).

En orden à la venta de cigarrillos y reventa de tabaco se ha de observar en todo lo dispuesto en los siete capítulos siguientes de la Real resolucion de 9 de julio de 1802. 1.° Los empleados con sueldo por la Real Hacienda, si se les aprende ò encuentra revendiendo en sitio público ò privado cualquiera de las expresadas clases, han de ser castigados con privacion de empleo

1 El capítulo 36 de la Real cédula citada de 8 de junio que habla de las penas contra el contrabando de rapé, solo menciona las comunes, la pecuniaria de quinientos ducados, la de privacion del empleo que tenga el reo en el Real servicio, y la de inhabilitacion para *obtener y pretender otros*.

y sueldo, fuera de formárseles causa, justificándose ser el tabaco de contrabando. 2.° Lo mismo ha de entenderse de los tercenistas y estanqueros, debiendo ademas desterrárseles por un año. 3.° Al paisano que incurra en el delito de reventa de tabacos, ha de imponerse el destierro de un año, siendo del estanco; ha de ser destinado por dos à las obras públicas, siendo de fraude y no pasando de media libra, y formarse causa siendo mayor la cantidad. 4.° Las mugeres y jovenes de corta edad de ambos sexos que intervengan en la negociacion de dicha venta, han de destinarse à los hospicios por un año, siendo el tabaco de estanco, y por cuatro siendo de fraude. 5.° El soldado veterano de milicias ó marina aprendido en la reventa de cigarrillos, ò llevándolos con este fin, ademas de un mes de calabozo, será recargado con un año de servicio sobre el tiempo de enganche ò condena; con dos si se le encuentra vendiendo cualquiera especie de tabaco en cortas porciones, y será procesado en pasando de media libra. 6.° El soldado inválido hallado en la reventa de cigarros, perderá por primera vez los premios que disfrute, y reincidiendo se le impondrán las mismas penas que á los paisanos. 7.° Fuera de los casos en que debe formarse causa à los mencionados reos, basta para la ejecucion de las penas prescritas un testimonio en relacion, que asi como la sumaria de fraudes ha de pasar el comandante ò cabo del resguardo al administrador de Rentas para que este lo presente en el juzgado de la subdelegacion, y en el preciso término de cuatro dias ú ocho à lo sumo, recaiga la providencia. En cuanto à las penas expresadas contra los militares, debe observarse la Real resolucion de 15 de octubre de 1804, que se refiere en el artículo 19 de la Real cédula de 8 de junio, de 1805 (1).

En cuanto à los extractores de plata y oro en barras, en polvo, alhajas, acuñado ó de otro cualquier modo, ademas de incurrir en las penas comunes à todo fraude, se les condena por primera vez à cinco años de presidio, y en la multa de quinientos pesos; por la segunda à ocho años de presidio y en doble multa; y por la tercera à diez años de presidio, en Africa, del que cumplidos no han de salir sin licencia, y en la confiscacion de todos sus bienes. Las mismas penas han de imponerse tambien à los extractores, dueños, auxiliadores, encubridores y conductores de yeguas, potros, caballos, armas, ganados mu-

1 Esta misma Real cédula, cap. 36.

lares, vacunos ò de cerda, trigo y demas especies de granos que por Reales disposiciones se halle prohibida la extraccion (1).

Por lo que hace à los fraudes de derechos de aduanas y demas Rentas generales, cometidos en comercio ilícito, se impone à los reos, à mas de la pena comun de comiso y costas, la de una multa proporcionada à la entidad del fraude por la primera vez; la de cuatro años de presidio por la segunda, y la de ocho precisos en uno de los de Africa por la tercera, »con las demas condenaciones y multas arbitrarias segun la calidad del fraude en estos casos de reincidencia; con excepcion de que en los fraudes de géneros de algodon de fábrica extrangera, la pena pecuniaria que en todas las aprensiones sufrirán los reos, ademas de las que se señalan en sus respectivos casos contra los defraudadores de Rentas generales, será la multa del treinta por ciento del valor de los géneros aprendidos." Las penas referidas se imponen asimismo á los que estando permitida bajo registro la extraccion de granos y ganados, la hacen sin satisfacer los legítimos derechos; como tambien à los introductores de oro, plata ó géneros de América que »vengan à estos reinos sin el correspondiente registro, tanto en navios de mi Real armada, cuanto en otros cualesquiera del comercio, con prevencion de que sin distincion de introduccion ò extraccion de oro y plata, sellados ò en barras, polvos, alhajas y vajillas, frutos de la América ò de otros cualesquiera reinos, ha de ser privativo el conocimiento en todos y cualesquiera fraudes del superintendente general de mi Real hacienda, sin que con motivo alguno puedan mezclarse en él otros ministros ni tribunales; pues para el caso de los recursos ó apelaciones de los autos ó sentencias de los subdelegados del superintendente general tengo destinado el Consejo de hacienda en Salas de justicia, que, como de todos los demas fraudes, deberá conocer de los que se intenten por falta de registro del oro, plata y frutos que se conducen de la América" (2).

En las rentas provinciales de alcabalas y cientos se observarán las penas que previenen las leyes del reino (3), que son las de satisfacer la alcabala con dos tantos mas, sino se acude à pagarla en el debido término, y con el cuadruplo si por excu-

1 Dicha Real cédula, cap. 28 y 29. Por otra de 19 de mayo de 1790 se mandó que no pudieren obtener oficios de alcaldes, regidores ni otros cargos de república los que se hubieren ocupado en el contrabando, y no acreditasen haberle abandonado tres años antes.

2 *Instruccion y Real cédula citada de 8 de junio*, cap. 30, 31 y 32.

3 Pueden verse las 11. tit. 17, y 31. tit. 19. lib. 9. Rec.

sarse de su pago se finge un contrato por otro, se pone menos precio del que recibe el vendedor, ó se hace algun otro fraude. En los fraudes contra las de millones, se impondrá la de comiso de la especie y carruage ó caballería que la conducia, las de las introducciones de millones, y las arbitrarias proporcionadas à la cantidad del fraude (1).

Contra las justicias militares, encubridores de fraudes, y contra los que no diesen pronto auxilio, ha de procederse con mayor rigor que contra el mismo defraudador aprendido por incidencia de la causa principal, y sin formar otras separadas (2).

Los capitanes, maestres ú oficiales que vengan gobernando alguna embarcacion de la marina Real, ó de alguna compañía de estos reinos en que se aprenda fraude, ademas de las penas comunes sufrirán la de privacion ó suspension de los empleos, atendidas todas las circunstancias de aquel, guardándose en la imposicion de estas penas à los que gocen de fuero militar lo dispuesto en la citada resolucion de 15 de octubre de 1804 (3).

Los que hagan resistencia con armas à los ministros de Rentas, serán castigados por solo este delito con docientos azotes y cuatro años de presidio de aumento de pena, sino son nobles, y siéndolo, con seis años de presidio; y aun con pena de muerte, si la resistencia es tan calificada que lo merezca. (4).

»Ademas de estos casos particulares, siempre que los jueces por la gravedad y por las circunstancias de la causa, por la insolencia de los reos, por la frecuencia con que en algunas fronteras se cometen los fraudes, ó por otras justas y prudentes razones, hallasen por conveniente agravar las penas comunes, lo harán aumentando las corporales, ó añadiendo á ellas las pecuniarias, segun lo que les parezca que ha de refrenar mas; y si fueren empleados en Rentas, se regravarán las penas con la privacion perpetua de los empleos. Mas por el contrario, ni los subdelegados ni otro tribunal alguno tendrá facultad ó arbitrio para dispensar las penas que para los respectivos casos se señalan en esta instruccion (5).

Para incurrir en estas penas no es necesaria la aprension efectiva y en especie de la cosa vedada, sino que basta la prueba de la transgresion ó contrabando, para ser condenado el transgre-

1 *Instruccion y Real cédula citada*, cap. 33.
2 *Instruccion citada*, cap. 21.
3 *Instruccion y Real cédula citada*, cap. 37.
4 Cap. 38 y sig. *de la instruccion y Real cédula citada.*
5 *Real cédula citada de 8 de junio de* 1805, cap. 39.

sor al comiso y demas penas establecidas por las leyes (1).

Si son varios los cómplices ó transgresores de un delito de defraudacion, cada uno de ellos está sujeto à la pena; pero el comiso de la nave, carro ó bestias es de mancomun, y se paga por todos (2), pudiendo cobrarse de uno por los demas (*).

D.

DAÑOS. Son los que hacen en las cosas agenas los hombres y los animales; pues aunque estos no sean capaces de delinquir, sus dueños son responsables del mal que hagan cuando no lo evitaron pudiendo. Cométense los daños con malicia ó dolo, y entonces será un verdadero delito; ó bien por sola culpa, descuido ó imprudencia que no puede disculparse, la cual se aproxima al delito, y los jurisconsultos le dan el nombre de cuasidelito. El tit. 15. de la Part. 7. trata *de los daños que los homes é las bestias facen en las cosas de otro*, y especifica las varias clases de daños que pueden hacerse en la persona y en los bienes, de lo cual daremos una breve idea indicando las disposiciones de sus leyes. En la 1.ª se define y divide el daño de este modo: »Empeoramiento ó menoscabo ó destruimiento que home recibe en sí mismo ó en sus cosas por culpa dotri, et son tres maneras dél: la primera es cuando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan hi, ó por otro mal quel facen; la segunda es cuando se mengua por razon del daño que facen en ella; la tercera es cuando por el daño se pierde ó se destruye la cosa del todo." En la 2.ª ley se trata del que puede demandar la reparacion del daño: en la 3.ª à quién y ante quién se puede demandar. La 4.ª dispone que el juez esté obligado à reparar el daño que hubiere hecho ó mandado hacer *torticeramente* ó contra justicia. La 5.ª dice que si uno estando en poder de otro hiciere algun daño por mandado de este, no haya él de resarcirlo, sino el que se lo mandó hacer. La 6.ª especifica varios daños que pueden acaecer por culpa de los hombres, como son el que corriendo à caballo no le detiene cuando ve atravesar un hombre y le atropella, en cuyo

1 *Real cédula de 23 de julio de 1761*, art 12.

2 Bavad. *Polit.* part. 2. lib. 4. cap. 5. num. 43.

* Sin mas que haber especificado las penas impuestas contra este delito, ha resultado un artículo demasiado prolijo para un prontuario; y asi omito muchas especies relativas á esta materia, que se hallarán en uno de varios *apéndices al juicio criminal*, donde se tratará con extension del modo de proceder en las causas de contrabando, insertando allí la circular de 17 de enero de 1806, por la cual se manda que en la sustanciacion de estas causas se observe lo prescrito en la Real cédula de 8 de junio de 1805; como tambien se hará mencion de otras Reales órdenes posteriores.

caso es responsable del daño que hiciere, como tambien cuando corre en parage de mucho concurso, donde esto no se acostumbra, y hace algun daño. El que edifica ó repara algun edificio, ó corta algun arbol que caiga á la calle ó al camino por donde acostumbra transitar la gente, debe gritar al que pasa para advertirle del peligro; y no haciéndolo asi, si sucediere algun daño, el maestro de obras ó arquitecto es responsable de él, porque sucedió por su culpa; de manera que si fuese herido alguno, habrá de pagar todos los gastos de la curacion, y los perjuicios ó menoscabos que hubiere sufrido el paciente si era artesano ó menestral; y si muriere de aquella herida, debe ser desterrado á una isla por cinco años aquel por cuya culpa sucedió el daño. La ley 7.ª previene que los que hacen cepos para coger caza mayor, esten obligados á resarcir los daños que de esto se originen. La 8.ª dice que el que soltare siervo de otro de la prision, debe pagar el valor del siervo y los demas perjuicios. La ley 9.ª dispone que el cirujano y el albeitar resarzan el daño que acaeciere á otro por su culpa. En la ley 10 se manda que aquel que enciende fuego en tiempo que haga viento cerca de paja, madera ó mies, ú otra materia combustible, haya de pagar el daño que de esto resultare (1). La ley 11 previene que esté obligado al resarcimiento aquel que tiene horno de pan, yeso ó cal, si por su culpa acaeciere algun daño. En la ley 12 se ordena que no está obligado á resarcimiento el que derriba la casa de su vecino por miedo de que se comunique el fuego á la suya. La ley 13 trata del resarcimiento á que está obligado el que horada alguna nave, siguiéndose de ello daño. La ley 14 dice que el dueño de un buque no debe resarcir el daño que resulte de tropezar su embarcacion con otra por impulso del viento. La 15 dispone que cuando son muchos los que hacen el daño matando algun animal de otro, á cada uno se puede pedir el resarcimiento. La 16 ordena que negando uno el daño que hizo, si se lo probaren, debe pagarlo doblado. La 17 dice que si uno confiesa en juicio haber hecho algun daño, aunque lo ejecutase otro, debe pagarlo; pero si se justificare no haber acaecido tal daño, no está obligado á resarcimiento, no obstante dicha confesion. La ley 18 trata del modo de apreciar el daño que se hace en las cosas. La 19 habla del resarcimiento que debe hacerse á uno cuando le matan algun siervo que sabia pintar. En la 20 se trata del modo

1 No se trata aqui del incendio ejecutado con deliberacion y malicia, delito gravísimo, del que se tratará separadamente en el artículo *incendio*.

de resarcir el daño aquel que aconsejó ó instigó à un siervo de otro para que hiciese una cosa de la que resultó su muerte. La ley 21 dispone que aquel que azuza à un perro para que muerda, ó espanta de intento alguna bestia, y resulta daño, debe pagarlo. La 22 ordena que si algun caballo ú otra bestia mansa hiciese algun daño sin instigacion de alguno, el dueño debe resarcirle ó entregar la bestia al dañado; pero si el mal se causó por haberla espantado ó irritado alguno, este y no el dueño está obligado al resarcimiento. En la 23 se dispone que si alguno tiene en su casa leon ú otro animal bravo, y le suelta ó no le guarda como debe, haya de pagar el daño que de esto se origine. La 24 habla de la obligacion que tiene el dueño del ganado de pagar el daño que este hiciese en la heredad agena. La 25 prescribe que el que echare de su casa agua sucia, huesos ó estiercol á la calle, debe pechar el daño que reciban los que pasaren por ella. La 26 habla de las penas en que incurre el posadero por no tener bien segura ó amarrada la tabla de muestra ó enseña de su posada, para evitar que caiga y haga daño. La 27 trata de las desgracias que pueden ocurrir por afeitar los barberos en parages públicos, y prescribe las penas que han de imponerse por los daños que ocurran con este motivo, y el de empujar à dichos barberos cuando estan afeitando. La 28 trata de aquellos que cortan con mala intencion árboles, viñas ó parras, y del modo de resarcir estos daños (1).

Por bandos de la Sala de Corte de 3 de diciembre de 1778, 15 de enero, 26 de junio y 27 de agosto de 1784, y 13 de febrero de 1790 (2), está dispuesto por lo respectivo à la Corte: 1.° que los andamios de obras sean anchos y seguros: 2.° que se impida con palenques el paso por donde se esté reparando algun edificio: 3.° que las varillas de cortinas exteriores se hallen fijas por un lado para que no caigan á la calle: 4.° que no se tengan sueltos ni deje andar por el pueblo ni sus inmediaciones sin bozal ò frenillo seguro los perros de presa ú otros que puedan hacer daño. En caso de contravencion á la primera ó segunda de estas disposiciones, incurre el maestro, aparejador ú oficial encargado de la obra en pena de veinte ó quince dias de prision respectivamente y multa de veinte ducados; se exijen quince al dueño ó administrador de casa que sea omiso en el cumplimiento de la disposicion tercera, agravando el castigo en las rein-

1 Acerca de los que arrancan ó destruyen los árboles y los mojones de las heredades, véase lo que se dijo en el artículo *arrancar árboles*.

2 Véanse las leyes 5 y 6. tit. 19. lib 3. Nov. Rec.

cidencias; y va desterrado por dos años el dueño del perro que contravenga á la cuarta; todo lo cual se entiende ademas de la responsabilidad y pago del daño que resulte (1).

DEFRAUDACION. Cuando esta es de los caudales del Rey ó públicos, dilapidándolos ó invirtiéndolos en usos propios el tesorero, depositario, recaudador, administrador, juez ú otro empleado público á cuyo cargo estan puestos, se llama *peculado*. La ley de Partida (2) impuso pena capital por este crimen; bien que si el Rey no acusaba al delincuente en el término de cinco años contados desde que tuviese noticia cierta del hurto, no podia castigarse al delincuente con dicha pena, sino con la del cuatrotanto. Segun otra ley de la Recopilacion, el que violentamente tome dinero ó efectos correspondientes á la Real Hacienda, ó impida la cobranza y recaudacion de estos, incurre en pena de muerte y perdimiento de todos sus bienes (3). El empleado ó dependiente de la Real Hacienda, ó arrendador de rentas ó derechos Reales que usurpe fraudulentamente, aunque sea sin violencia alguna, cosa perteneciente al Real Haber, ó dé auxilio ó consejo á otro para que lo haga, perderá todos sus bienes, y será desterrado por toda su vida de estos reinos (4); bien que en este caso se agrava ó minora el castigo, segun el modo y medios que se hayan empleado para lograr el intento, en lo que suelen variar mucho las circunstancias. Por otra ley de la Recopilacion (5) se manda que si alguna de dichas personas, sabiendo y pudiendo probar que alguno usurpa con fraude los derechos Reales, no lo revelase al Rey, á sus gefes ó á la justicia del pueblo en donde viviese dentro de dos meses contados desde el dia en que comenzó á saberlo, pierda la mitad de sus bienes, y cualquiera merced ú oficio que tenga del Soberano.

Los arqueros, tesoreros, receptores y administradores que hagan uso de los caudales de la Real Hacienda, aunque los aprontes luego, han de ser privados de oficio, declarándoseles ademas inhábiles para obtener otro. Si resulta contra alguno de ellos descubierto, y no se reintegrare, se le impondrá la pena de presidio desde dos hasta diez años segun las circunstancias; y si la quiebra procede de haberse alzado con los caudales del Rey, se castigará con el último suplicio al reo principal, y á sus auxi-

1 Manual alfabético de delitos y penas por D. J. P. R. I. L., tercera edicion. Madrid, 1828.

2 Ley 18. tit. 14. Part. 7.

3 Ley 7. tit. 15. lib. 12. Nov. Rec.

4 Ley 7. tit. 8 lib. 9 de la Recopilacion: se ha suprimido en la Novísima.

5 Ley 3 del mismo tit 8, suprimidaa tambien en la Novísima.

liadores (1). Si algun dependiente de la Real Hacienda delinque en orden á extraccion de moneda, quedará desde luego privado de oficio, incapaz de obtener otro en Rentas, y ademas por la primera vez será destinado por diez años à algun presidio de Africa (2). Acerca de otros fraudes que suelen cometerse en materias de Real Hacienda, véase la palabra *contrabando*.

Al juez que defrauda, usurpa ó da cuenta falsa é ilegal de las penas de Cámara que tiene á su cargo, se impone la pena del duplo, triple ó cuadruplo, segun su culpa y la calidad del exceso (3); y por el hecho de exigir de las partes obligaciones de indemnidad, y salvo-daño, incurre en pena arbitraria (4).

Las administraciones y asuntos particulares, de cuyo manejo resultan fraudes, engaños ó hurtos, dolo ó falsificacion en las cuentas ú otros instrumentos, se juzgan por incidencia en los delitos de *hurto ó falsedad*, cuyos artículos pueden verse.

Tambien es defraudador de los bienes agenos el que da otro destino del que debe á la cosa puesta en depósito, préstamo ó comodato. Este delito se castiga con pena arbitraria. La ley 3. tit. 14. Part. 7. califica esto de hurto, y por consiguiente segun ella parece que debe castigarse con la pena de este delito; bien que segun algunos autores es arbitraria, y puede ser corporal ó pecuniaria segun las circunstancias (5).

Los fraudes ú ocultaciones de los bienes del huérfano cometidos por su tutor se castigan civilmente con la pena del duplo, igualmente que la comision ú omision fraudulenta del heredero en la formacion del inventario (6).

DESAFÍO. Es el reto ó emplazamiento que uno hace á otro para reñir con armas de que pueda resultar herida ó muerte. Los duelos ó combates singulares para vengar los agravios eran muy comunes en España, como sabrá cualquiera que esté algo versado en nuestra historia. El proemio del título 3, Partida 7, dice asi: »Riéptanse los fijosdalgo *segunt costumbre de España*, cuando se acusan los unos á los otros sobre yerro de traicion ó de aleve. Onde pues que en el título ante de este fablamos de las traiciones et de los aleves, queremos aqui decir del riepto que se face por razon dellas et mostrar que cosa es, et donde tomó este nombre, et á quien tiene pro, et quien lo puede facer, et

1 *Real decreto de 5 de mayo de 1764, confirmado y declarado por otro de 17 de noviembre de 1790.*
2 *Real cédula de 27 de julio de 1768.*
3 Leyes 5 y 6. tit. 41. lib. 12. Nov. Rec.
4 Vilanova *Materia criminal*, tom. 2. pag. 437.
5 Ursaya *Instit crimin.* lib. 2. tit. 10.
6 Larrea alleg. 38. num. 5.

á cuales, et ante quien, et en que lugar, et por cuales cosas, et en que manera, et como debe responder el reptado, et por que razones se puede excusar que non responda ó que non lidie, et como debe tambien el reptado como el reptador seguir su pleito fasta que se acabe por juicio, pues que comenzare el riepto, et que pena merece el reptado si probaren lo quel dicen, et otrosi en que pena cae el reptador si non probase aquella razon sobre que reptó." Trátase luego de cada una de estas cosas en las leyes de dicho título, y en el siguiente 4.° se habla de las lides que se hacen por razon de los retos. En uno y otro título hay noticias muy curiosas acerca de los duelos, como tambien en los títulos 11 y 12 de la misma Partida, donde se trata *de los desafiamientos et del tornar amistad, de las treguas et de las aseguranzas et de las paces.* Afortunadamente la civilizacion suavizó las costumbres, y fueron desapareciendo aquellas falsas ideas de pundonor, que hacian menospreciar los medios legales con que puede un agraviado pedir la satisfaccion correspondiente ante un tribunal, en lugar de procurarla por un medio tan violento, injusto, contrario á nuestra santa religion, y á los principios de una sana filosofia. Por esto los Reyes católicos Don Fernando y Doña Isabel, por una ley publicada en Toledo el año de 1480, prohibieron los desafios bajo graves penas (1). Repitióse esta prohibicion por el señor Rey Don Felipe V en pragmática de 27 de enero de 1716, y por el señor Don Fernando VI en otra de 9 de mayo de 1757, que es la ley 2. tit. 20, lib. 12. Nov. Rec., cuyas principales disposiciones se reducen á lo siguiente. Los que desafian, los que admiten el desafio, los que intervienen en ellos por terceros ó padrinos, los que llevan carteles ó papeles con noticia de su contenido, ó recados de palabra para el mismo fin, pierden irremisiblemente por el mismo hecho todos los oficios, rentas y honores que tengan del Rey, quedando inhábiles para obtenérlos en adelante. Si fueren caballeros de las órdenes militares, se les degradará; y si tuvieren encomiendas, quedarán vacantes; y ademas todos los referidos delincuentes han de incurrir en las penas de aleves y confiscacion de todos sus bienes. Si el desafio llega á tener efecto saliendo al sitio aplazado los desafiados ó alguno de ellos, aun cuando no llegue el caso de reñir, serán castigados con pena de muerte, y confiscados todos sus bienes. Todos los que presenciaren los desafios cuando riñen, ó no los estorbaren pudiendo, ó no fueren á dar luego

1 Ley 1. tit. 20. lib. 12. Nov. Rec.

aviso à la justicia, han de ser castigados con seis meses de prision, y perdimiento de la tercera parte de sus bienes. Ademas todas las personas de cualquier estado y calidad que acojan en sus casas à tales delincuentes sabiendo que lo son, ó despues de ser pública la noticia del delito, incurren en las penas prescritas por las leyes contra los receptadores de otros reos. Los bienes han de secuestrarse luego que se principie la causa, y administrarse durante esta, pagando con sus frutos los gastos que se ofrezcan hacer, y dando una recompensa razonable al denunciador. Los hijos del delincuente tienen tan solo el recurso à los jueces de la causa para que precediendo consulta al Soberano se les dé lo necesario para su preciso sustento.

Para evitar el fraude que puede cometerse afectando los que riñeron haberse encontrado casualmente, cualquiera riña que suceda despues del tiempo (1), y en otro parage fuera de poblado, ó dentro de este si es parage excusado, ó à deshora, ha de tenerse por desafío, y castigarse como tal; bien que el juez podrá minorar el rigor de la pena cuando se acredite con presunciones vehementes que no precedió desafío ó convenio de reñir.

Por cuanto el poder y autoridad de los delincuentes, y el recato con que se comete este delito, dificultan su probanza y averiguacion, dispone tambien la citada ley 2, que se pueda probar con testigos singulares, indicios y conjeturas, de manera que las probanzas sean igualmente privilegiadas en este delito que en el de lesa magestad.

Tambien tiene este crimen la particularidad de que seguida la causa en ausencia y rebeldía del reo, una vez sentenciada, no presentándose en la carcel en el término de la ley, es habido por confeso y convicto, y no se le oye (2).

DESENTERRAR Ó EXHUMAR UN CADAVER En todas las naciones se han considerado los sepulcros como objetos dignos de respeto, teniéndose por un grave delito el profanarlos, y especialmente el exhumar los cadáveres; afrenta dirigida no solamente à los muertos, sino tambien à sus parientes. Las leyes 14. tit. 13. Part. 1, y la 12. tit. 9. Part. 7, tratan de este crimen, imponiendo esta las penas siguientes à los transgresores. El que sacare piedras ó ladrillos de los monumentos ó cenotafios para emplearlos en algun edificio, debe perder lo que edificare con estos materiales, y el sitio ó terreno se aplicará al fisco, pagando

1 Asi dice la ley citada, lo cual no está claro, sin duda querrá decir, despues del tiempo en que pasó la reyerta de palabra, ó sea provocacion, que dió márgen al duelo.

2 La misma ley 2.

ademas para este diez libras de oro, si las tiene, y si no será desterrado para siempre. El que para robar ó despojar à un muerto le desentierra, si lo hace con armas, tiene pena de muerte, y si lo ejecuta sin ellas, ha de ser condenado à trabajar perpetuamente en las minas del Rey. Igual pena tienen los siervos ó pleveyos que desentierran un cadaver para deshonrarle, esparciendo los huesos ó maltratándole de otro cualquier modo; y si fuere hidalgo el agresor, ha de ser desterrado para siempre; advirtiéndose que si los parientes del muerto no quisieren acusar criminalmente esta deshonra, contentándose con demandar el resarcimiento de ella, el juez debe condenar al agresor à que pague cien maravedises de oro.

Solo es permitida la exhumacion de un cadaver en un caso, y es cuando se sospecha con fundamentos racionales que aquel sugeto fue muerto violentamente; pero aun entonces debe mandar hacer la exhumacion el juez de la causa, asistir él personalmente con escribano y testigos, con permiso del cura párroco ú otro que le sustituya en su ausencia, sacándole del sagrado, asistiendo dos cirujanos ó médicos, ó un cirujano y un médico para el reconocimiento y diseccion anatómica, si es precisa para conocerlo y declararlo.

DESERCION. Incurre en este delito el soldado que desampara sus banderas. Son diferentes las penas con que se castiga este delito, segun le hacen mas ó menos grave las circunstancias. Serán ahorcados los que estando de guarnicion en un presidio, ó embarcados, se pasen à los moros: arcabuceados ó pasados por las armas los siguientes. El que desertare en tiempo de guerra hallándose de guarnicion; el que se dirija à pais extrangero, siendo cogido à media legua de la raya ó frontera; el que desertare sea en tiempo de paz ó de guerra, escalando muralla, estacada ó camino cubierto, forzando puerta de plaza, ó puesto de guardia, ó abandonando centinela (1). Los demas que desertaren en tiempo de paz, y sin ninguna de las circunstancias agravantes que van expresadas, serán castigados con dos meses de prision, y quedarán sirviendo sin limitacion de tiempo; pero en caso de reincidencia serán pasados por las armas siendo aprendidos sin iglesia; y si con ella, destinados à uno de los regimientos fijos de presidio por toda su vida (2). Siempre que en dichos casos de desercion en que se impone la pena capital fueren dos ó mas

1 Si el desertor de cualquiera de estas clases hubiere tomado asilo en la iglesia, y retuviere su inmunidad, solo será condenado á seis años de presidio.

2 *Ordenanza del egército*, tit. 10. trat. 8.

los desertores, la sufrirá aquel á quien toque por suerte, llegando á diez, y de ahí arriba, debe morir uno de cada cinco, y los otros irán á presidio por diez años (1).

DESFLORAMIENTO: véase ESTUPRO.

DIVERSIONES. La de máscaras está prohibida, pena de cien azotes al plebeyo que se disfrace; y medio año de destierro al noble; doblándose una y otra respectivamente si fuere de noche (2). El que vistiere trage de máscara en la Corte, incurre, siendo noble, en la pena de cuatro años de presidio, y si es plebeyo igual tiempo de galeras. Ademas de estas penas incurrirá en la multa de mil ducados cualquiera persona de cualquier caracter que se le justifique haber danzado ó estado en alguna casa con máscara ó disfraz, y la misma cantidad se exigirá al dueño ó inquilino de la casa donde se hubiese bailado en la forma expresada (3).

Estan prohibidos los bailes nocturnos en el prado de Madrid, en el campo, en las eras y en cualquier paseo, bajo la pena, á los músicos de diez ducados y quince dias de carcel. Ningun maestro de baile de Madrid puede recibir en su casa con motivo de enseñanza ni otro alguno personas de los dos sexos en unas mismas horas, debiendo destinar para unos las de la mañana, y para otros las de la tarde ó noche; pero nunca esta última á las mugeres (4).

Asimismo está prohibido en Madrid en tiempo de carnaval poner mazas, tirar harina, agua ó cosa que pueda incomodar á las gentes, so pena de veinte ducados y quince dias de carcel al contraventor (5). Convendria extender esta prohibicion á todo el reino, pues de estos excesos suelen resultar pendencias.

Estan prohibidos los fuegos artificiales en todos los pueblos del reino (sin la debida licencia), como tambien el disparar dentro de ellos armas de fuego, aunque sea con pólvora sola, bajo la pena á los contraventores, por la primera vez, de treinta dias de carcel, y la pecuniaria de treinta ducados vellon, aplicados por mitad á penas de Cámara y gastos de justicia; por la segunda

1 Asi dice la *Ordenanza del ejército*, tit 10. trat. 8; pero debe tenerse presente que está prevenido en Real orden de 25 de enero de 1816 que a los desertores de segunda, si estan confesos, se les destina á los presidios de África por ocho años, si tuvieren iglesia; y por diez, si no la tienen; pero si alegan disculpas se continuará el proceso.

En otra Real orden de 10 de abril de 1816 se declara que el delito de simple desercion no desmerezca ni sirva de nota para que pierdan el derecho á inválidos y goce de sueldos los que se presentan en el término de ocho dias.

2 Ley 1. tit 13 lib. 12. Nov. Rec.

3 Ley 3 del mismo tit.

4 Leyes 16 y 17. tit 19 lib. 3. Nov. Rec.

5 *Bando de la Sala de Corte de 18 de febrero de 1792.*

vez doblada la pena, y por la tercera cuatro años de presidio en uno de los de África (1).

Por las leyes 7 y 8. tit. 33. lib. 7. Nov. Rec. estan prohibidas absolutamente en todo el reino las fiestas de toros y novillos de muerte, como tambien el correr por las calles de los pueblos novillos y toros que llaman de cuerda; y aunque no se designa pena especial, se previene en la última de dichas leyes que se proceda contra los contraventores con arreglo á derecho.

En orden del Consejo de 24 de setiembre de 1757 se mandó por punto general que no se permitan vitores, toros, novillos ni otro festejo ó demostracion pública á nombre de escuela ó nacion, por las calles, ni á personas particulares, ni á Santo Tomas, San Luis Gonzaga, ni con pretexto de devocion ni otro alguno; ciñéndose á los cultos de devocion en la iglesia, y diversion dentro de las puertas de los conventos y colegios; entendiéndose esta providencia con las universidades (2).

Por lo que hace á juegos estan prohibidos los de banca, sacanete, parar, cacho, flor, quince, treinta y una envidada y demas de naipes que se llaman de envite ó suerte, como tambien los de bisbís, dados, taba y otros de azar. El contraventor incurre por primera vez, si fuere noble, en la multa de docientos ducados, y en cincuenta si no fuere de esta clase, exigiéndose respectivamente doble cantidad al dueño de la casa en que se hubiere jugado. Por la segunda vez incurrirán todos en multa doble; y por la tercera, ademas de doblarse tambien la multa, se impondrá la pena de un año de destierro á los jugadores, y dos al dueño de la casa. Los que no tuvieren bienes para pagar la multa, han de estar por la primera vez diez dias en la carcel, veinte por la segunda, y treinta por la tercera, saliendo ademas desterrados por un año. Cuando los contraventores fueren vagos, tahures ó fulleros que acostumbran á cometer fraudes, ademas de las penas pecuniarias, incurren desde la primera vez, si fueren nobles, en la de cinco años de presidio para servir en algun regimiento fijo, y si plebeyos en los arsenales, y los dueños de las casas en tales casos sufrirán las mismas penas respectivamente por ocho años. Nótese que los jugadores no hacen suyo lo que ganan en tales juegos, ni los que queden á deber pueden ser obligados á pagar antes bien ellos pueden pedir lo que hubiesen pagado. Véase la Real pragmática de 6 de

1 Ley 5. tit. 33. lib. 7. Nov. Rec.
2 Nota 5 á dicha ley 8. tit. 33. lib. 7. Nov. Rec.

octubre de 1771, que es la ley 15. tit. 23. lib. 12. Nov. Rec., en la cual se previene tambien que se impida à los menestrales y jornaleros el jugar en dias de labor. Por la ley siguiente se manda poner el mayor cuidado en la observancia de la pragmática anterior, con derogacion de todo fuero, incluso el militar.

En orden al arresto de los jugadores hace las observaciones siguientes el señor Vizcaino en su *Código criminal*, tomo 1.° páginas 350 y siguientes. »Se equivoca el autor de los *Juzgados militares de España é Indias* en la proposicion que sienta al folio 205, número 3 del tomo 4.°, sentando asertivamente que en la pragmática de juegos se previene que ninguna persona pueda ser arrestada por solo incurrir en los juegos prohibidos, teniendo bienes de que exigir las multas.

»No se lee en toda la pragmática tal prevencion ni prohibicion de arrestar à los que se hallen jugando, aunque tampoco se previene en la pragmática que se arresten, y hay mucha diferencia entre prohibirlo à no expresarlo.

»Cuando otras leyes hablan de delitos aun mas criminales que jugar à juegos prohibidos, no obstante que señalan mas graves penas, no previenen ni mandan que se arreste al reo, y sin embargo de esta omision, de este explícito precepto, se les asegura à los que se sospechan delincuentes en ellos para averiguar con mas solemnidad si efectivamente lo son, pues lleva implícita la ley el arresto en aquellas causas que se reputan por criminales, que son aquellas en que la autoridad pública del juez puede proceder de oficio, y en que cualquiera del pueblo puede ser delator.

»Convengo en que por este delito sean los jueces muy detenidos para mandar arrestar à los que aprendan jugando, porque habiendo de ser la pena pecuniaria, no parece conforme à la intencion de su Magestad el que se empiece por el arresto de la persona, porque esto siempre disfama à la buena opinion, y siempre que sea persona conocida en el pueblo, será prudencia excusarle este sonrojo y esta pesadumbre à su familia, y los gastos que se le ocasionarian en la prision; pero se le relevará de ella con la cautela de que afiance la multa, ó que en el mismo acto declare à presencia de testigos haber sido aprendido en él, para que despues no pueda negarlo, como hacen los mas, y asi dificultan ó dilatan la justificacion, y dejan sin efecto la ejecucion de tan saludable pragmática, y eluden las órdenes del Soberano, queriendo valerse despues del fuero privilegiado, si le gozan, para el caso del apremio, sin embargo de tener su Ma-

gestad declarado que por este delito pierden todos el fuero; y la experiencia ha enseñado, que solo el temor y la vergüenza de que les lleven à la carcel, es lo que contiene à muchos para no jugar à juegos prohibidos, ó dejar de concurrir á las casas de juego público.

»Una Real declaracion sobre estos y otros casos que ocurren, importaria mucho para evitar cavilosas interpretaciones y competencias, y el odio general que se adquieren los celosos ejecutores de esta pragmática, en lo que se necesita usar de mucha prudencia, y distinguir de personas y circunstancias."

E.

EMBRIAGUEZ. Entre los militares no sirve de disculpa la embriaguez para eximirse de la pena señalada contra el delito cometido (1). Al contrario sucede fuera de la milicia, pues la ley 5. tit. 8. Part. 7. dice, que si un hombre embriagado mata à otro, debe ser desterrado à una isla por cinco años, es decir, que no incurre en la pena capital impuesta al homicidio. Acerca de esto véase lo que se dijo en el capítulo 1.° de este título, párrafo 9.

ENCUBRIDORES. Léase lo que se dijo acerca en orden á ellos en el capítulo 1.° de este título, párrafos 36, 37 y 38.

ENGAÑO. Llámase asi cualquier fraude que se comete en los contratos para conseguir algun lucro ilícito, ó usurpar algo á otro. La malicia humana es en extremo ingeniosa, y se vale de innumerables ardides para conseguir sus depravados designios. Asi que no es posible determinar las especies de engaño con que los hombres suelen defraudarse en sus tratos y negocios; sin embargo referiré las conocidas y usuales empezando por el *estelionato*. Comete este delito el que oculta en el contrato la obligacion que sobre la hacienda, alhaja ú otra cosa tiene hecha anteriormente, como si la vende negando ó callando que está hipotecada à otra persona. Especies de engaño son tambien el encubrir con artificio y mentira el vicio de la cosa que se vende ó contrata, el aparentar falsamente alguna buena calidad en la cosa, siendo al contrario, el sustituir el género dado por muestra con otro mas inferior despues de concertado el negocio, el adulterar los géneros mezclando otras materias de menos valor, co-

1 Véase al tratado 2, libro 8 de las Ordenanzas del año 1768 que cita Colon en su obra *Juzgados militares*, tom. 4. palabra *embriaguez*.

mo en el oro y plata cobre, en la cera sebo &c. Asimismo cometen engaño los mercaderes que en los sacos, espuertas ó vasijas en que tienen sus géneros, ponen encima los buenos para que se vean, y debajo los malos para venderlos juntamente con aquellos, y haciendo creer al comprador que todos son de igual calidad; y finalmente los que ponen lienzos ó tendales en sus tiendas para que parezcan sus mercaderías mejores de lo que son.

No hay penas ciertas designadas para estos y otros semejantes engaños, porque como dice la ley 12. tit. 16. Part. 7. donde se trata de esta materia, son muy diversos entre sí los engaños, asi como las personas que los hacen y reciben. »Por ende, añade dicha ley, mandamos que todo juzgador que oviere á dar sentencia de pena de escarmiento sobre cualquiera de los engaños sobredichos en las leyes de este título, et sobre otras semejantes de ellos, que sea apercibido de catar cual es el home que fizo el engaño, et el que lo recibió; et otrosi cual es el engaño et en que tiempo fue fecho; et catadas todas estas cosas, debe poner pena de escarmiento ó de pecho para la Cámara del Rey al engañador, cual entendiere que la merece segunt su alvedrío.

La ley 2. tit. 4. lib. 9. Nov. Rec. previene, que los mercaderes que tengan en sus tiendas tendales ú otras coberturas, ó se valgan de otros ardides que allí se expresan para que las mercaderías parezcan mejor de lo que son, incurran por primera vez en pena de dos mil maravedises, por la segunda en la de seis mil, y por la tercera no puedan tener tienda en ninguna parte del reino.

ENVENENAMIENTO. Muerte alevosa que se comete usando de veneno. Este delito se ha considerado siempre como uno de los mas atroces. Asi es que la ley 2. tit. 2. lib. 6 del Fuero Juzgo dice; »los que maten con yerbas ponzoñosas deben ser tormientados é morir mala muerte;" y la 7. tit. 8. Part. 7. ordena que »el matador debe morir deshonradamente echándole á los leones ó á canes ó á otras bestias bravas que lo maten (1)." Segun la misma ley incurren tambien en la pena de homicidas el que compra el veneno con tan siniestro fin, aunque no pudiere llevarlo á ejecucion, el que lo vendiese á sabiendas, y el que diere á conocer ó preparar algun veneno con el fin de matar á otro.

1 Esta pena nunca ha estado en uso, sino la de horca.

Para la averiguacion de este delito cuando es de sola preparacion sin haberlo puesto por obra, se procede à apoderarse previamente de la materia ponzoñosa, y en su vista se hacen cuantas comprobaciones conduzcan al intento de cerciorarse si lo es, ya por medio de analisis química, ó cuando esto no sea posible, haciéndolo comer ó beber à un perro ú otro animal, y notándose los efectos que en él produce. Si llegó à tomarse el veneno, se inspecciona el cuerpo del paciente, como tambien el residuo del veneno si lo hubiere, y se hace que declaren los facultativos si los síntomas que se descubren son efecto de aquel: si realmente la materia es ponzoñosa por la muestra que de ella haya podido haberse &c. Si hubiere muerto la persona envenenada, se abre el cadaver, y se hace la diseccion anatómica examinando escrupulosamente las vísceras (1).

ESCALAMIENTO DE CARCEL: véase FUGA DE LOS REOS.

ESCÁNDALO PÚBLICO. Es el que se da con una conducta relajada notoriamente, y del que se sigue grave daño à la sociedad, por el mal ejemplo y el influjo que esto tiene en la corrupcion de las costumbres. Por la ley 5. tit 34. lib. 12. Nov. Rec. se impone à las justicias, bajo pena de perder sus oficios, la obligacion de noticiar al Rey los escándalos que no puedan remediar, para que su Magestad envie juez que haga la pesquisa de ellos. Y en Real cédula de 19 de noviembre de 1771, artículo 4.°, se previene lo siguiente (2). »Para evitar los pecados públicos de legos, si los hubiese, ejercite (el obispo) todo el celo pastoral por sí y por medio de los párrocos, tanto en el fuero penitencial, como por medio de amonestaciones y de las penas espirituales, en los casos y con las formalidades que el derecho tiene establecidas; y no bastando estas, se dé cuenta à las justicias Reales, à quienes toca su castigo en el fuero externo y criminal, con las penas temporales prevenidas por las leyes del reino, excusándose el abuso de que los párrocos con este motivo exijan multas; asi porque no bastan para contener y castigar semejantes delitos, como por no corresponderles esta facultad; y que si aun hallase omision en aquellas, dé cuenta al Consejo para que lo remedie, y castigue à los negligentes conforme las leyes lo disponen.

Con fecha de 28 de febrero de este año se sirvió su Magestad expedir un Real decreto mandando la irremisible aplicacion

1 Véase el título 3.°, capítulo 1.°, desde el párrafo 14 hasta el 20, donde se trata extensamente de la averiguacion de este delito.

2 Se halla inserta esta cédula en la obra del señor Covarrubias *Recursos de fuerza*, pag. 322.

de las penas establecidas por las leyes contra los juramentos, blasfemias, palabras torpes, inobservancia de las fiestas, irreverencia en los templos, y falta de respeto à los ministros de la religion; y en orden à los amancebamientos y separacion voluntaria de los matrimonios; ordena su Magestad lo siguiente en el mismo decreto: »He resuelto que si advertidos por las autoridades, no se reunen inmediatamente los matrimonios separados voluntariamente, y cesan los amancebamientos, se proceda sin detencion al arresto y prision de los culpables, su destierro de los pueblos en que residan, y demas penas dispuestas por las leyes, haciendo conforme á lo prevenido en ella responsables à los jueces y justicias del menor descuido ó connivencia: para lo cual formarán sigilosamente lista de los matrimonios desunidos y amancebados; y en caso de continuar, despues de corregidos y escarmentados, darán parte à las Chancillerías y Audiencias, y estas á Mi por la via reservada de Gracia y Justicia para mi Soberano conocimiento; en inteligencia que à los pertinaces les mandaré separar de los empleos y honores que obtengan; y ni admitiré à cargos ni servicio público à semejantes delincuentes, ni permitiré que cobren sueldo sin testimonio acreditado de cristiana-conducta."

ESTUPRO. Comete este delito el que desflora con violencia ó por medio de seducciones falaces á una doncella honesta. Se castiga en el dia condenando al delincuente à dotarla ó á casarse con ella, y reconocer la prole si la hubiere; aunque en el caso de dotarla y no casarse, tambien está en práctica imponerle la pena de destierro, presidio ú otra, segun las circunstancias de las personas (*). Si el delito se hubiese cometido en despoblado, ó la doncella no fuese todavía *viripotente*, esto es, menor de doce años, ó entre personas que no pueden contraer matrimonio, se castiga con pena corporal à arbitrio del juez atendidas las circunstancias. En las causas de estupro, dándose por el reo fianza de estar à derecho, y pagar juzgado y setenciado, no se le ha de molestar con prisiones ni arrestos; y sino tuviere con que afianzar, se le dejará no obstante en libertad guardando el pueblo por carcel, prestando caucion juratoria de presentarse siempre que le fuere mandado, y de cumplir con la determinacion que se diere en la causa (1).

* Si el estuprador sentase voluntariamente plaza de soldado, no podrá reclamarle ni aun la misma interesada, y deberá cumplir el tiempo de su empeño, aunque aquella puede demandarle en el tribunal eclesiástico competente sobre el cumplimiento de los esponsales. Real orden de 15 de enero de 1790.

1 Ley 4. tit. 29. lib. 12. Nov. Rec.

Cuando el estuprante es vil é innoble, y la estuprada noble ó distinguida, se le agrava la pena (1), y aun mas si es criado ó doméstico de la estuprada, ó si cometió el estupro abusando de la amistad, hospedage y confianza de la casa donde estaba, ó la estuprada residia en la suya como huesped, pupila, criada, ó dependiente (2).

No habiendo queja ó instancia de parte, no se procede en este delito de oficio sino para asegurar el feto si le hay, y apercibir en tal caso á los delincuentes, todo con el mayor sigilo, por lo mucho que interesa el honor de la desflorada (*).

A la viuda honesta y recogida daba la citada ley de Partida la misma accion que à la doncella por causa de estupro; pero segun costumbre general del reino ya no se admite instancia ó acusacion suya, cuando no ha mediado violencia, ni incurre en pena el que tuvo acceso con ella, à no ser que la reincidencia cause concubinato ó amancebamiento.

EXCOMULGADO VITANDO. Llámase asi aquel contra quien se ha publicado la sentencia de excomunion sin haber apelado de ella, ó no haber seguido la apelacion, aun cuando la haya interpuesto. Si el que se halla en tan funesto estado permanece en él obstinadamente, sin procurar reconciliarse con la iglesia, manifiesta hacer menosprecio de la misma, lo cual consideran nuestras leyes como un nuevo delito, y como tal le castigan con las siguientes penas. El que permanezca treinta dias en su excomunion ha de pagar seiscientos maravedis; si permanece seis meses cumplidos, seis mil; y si aun continuase despues de aquellos en tan fatal estado, pagará cien maravedises cada dia, ademas de ser echado del pueblo de su domicilio; y si volviese á él durante el destierro, se le ha de confiscar la mitad de sus bienes (3).

EXPOSICION DE PARTO. Cometen los padres este delito poniendo al hijo reciennacido en la calle, camino ó lugar excusado, ya para ocultar la nota de su nacimiento, ya por temor de no poder alimentarle, con lo cual le exponen á perecer de hambre ó de frio. La ley 4. tit. 20. Part. 4. priva al padre ó á la

1 Ley 2. tit. 19. Part. 7.

2 Leyes 2 y 3. tit. 29. lib. 12. Nov. Rec. Matth. cont. 51. num. 11 al 24.

* Con fecha de 28 de agosto de este año se ha publicado una circular del Consejo Real incluyendo una Soberana resolucion, por la cual su Magestad se ha dignado mandar, que los juzgados inferiores y los tribunales superiores se arreglen por ahora, y hasta la publicacion del *Código criminal*, en la sustanciacion y determinacion de las causas de estupro, á lo prescrito en la ley 4. tit. 24. lib. 12. de la Nov Rec.

3 Ley 5. tit. 3. lib. 12. Nov. Rec.

madre que por vergüenza ó crueldad desampare á su hijo pequeño, echándole en la puerta de alguna iglesia ú hospital, ó en otra parte, de la patria potestad que tendría sobre aquel infeliz; de suerte que ni el uno ni la otra podrá demandarle al hombre ó muger que le hubiere encontrado y llevado por compasion à su casa para criarle ó darle à criar. Y en Real cédula de 11 de diciembre de 1796 (que es la ley 5. tit. 37. lib. 7. Nov. Rec. (se dispone lo siguiente en los artículos 23, 24, 25 y 26.

» A fin de evitar los muchos infanticidios que se experimentan por el temor de ser descubiertas y perseguidas las personas que llevan à exponer alguna criatura, por cuyo medio las arrojan y matan, sufriendo despues el último suplicio, como se ha verificado; las justicias de los pueblos, en caso de encontrar de dia ó de noche, en campo ó en poblado, à cualquiera persona que llevare alguna criatura, diciendo que va à ponerla en la casa ó caja de expósitos, ó à entregarla al párroco de algun pueblo cercano, de ningun modo la detendrán ni examinarán, y si la justicia lo juzgase necesario à la seguridad del expósito, ó la persona conductora lo pidiere, le acompañará hasta que se verifique la entrega; pero sin preguntar cosa alguna judicial ni extrajudicialmente al conductor, y dejándole retirarse libremente.

»Como por este medio, ó por el de entregarse las criaturas al párroco del pueblo donde han nacido, ó al de otro cercano, cesa toda disculpa y excusa para dejar abandonadas las criaturas, especialmente de noche, à las puertas de las iglesias, ó de casas de personas particulares, ó en algunos lugares ocultos, de que ha resultado la muerte de muchos expósitos, serán castigadas con toda la severidad de las leyes las personas que lo ejecutaren, las cuales, en el caso reprobado de hacerlo, tendrán menor pena, si inmediatamente despues de haber dejado la criatura en alguno de los parages referidos, donde no tenga peligro de perecer, da noticia al párroco personalmente, ó à lo menos por escrito, expresando el parage donde está el expósito, para que sin demora lo haga recoger.

»Se observará y cumplirá puntualmente lo dispuesto por la ley de Partida, y otras canónicas y civiles, en cuanto à que los padres pierdan la patria potestad y todos los derechos que tenian sobre los hijos por el hecho de exponerlos; y no tendrán accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar, aunque se ofrezcan à pagar los gastos que hayan hecho; bien que si manifestaren ante la justi-

cia Real de cualquier pueblo ser algun expósito hijo suyo, se recibirá justificacion judicial por la misma justicia, con citacion del procurador síndico del ayuntamiento, ó del fiscal que hubiere ò se nombrare de la Real justicia; y resultando bien probada la filiacion legítima ó natural, se dará con el auto declaratorio al ecónomo del partido, para que la envie al administrador de la casa general: pero esto ha de ser por lo que pueda resultar favorable al expósito en lo sucesivo, y no para que haya de entregarse à los padres, ni estos adquieran sobre él accion alguna; aunque los padres han de quedar y quedan siempre sujetos à las obligaciones naturales y civiles para con el expósito, de que no pudieron libertarse por el hecho criminoso y execrable de haberlo expuesto.

»De la regla contenida en el capítulo precedente se exceptúa el caso de haber expuesto el hijo por extrema necesidad, la cual puede verificarse por varias causas; y haciendo constar ante la Real justicia, con la citacion expresada, haber sido el motivo de la exposicion del hijo alguna necesidad extrema, declarándose asi por sentencia, podrán reclamarlo, y deberá entregárseles, resarciendo ó no los gastos hechos, segun las circunstancias de cada caso; sobre lo que determinará la justicia Real como fuere correspondiente."

ESTELIONATO: véase DAÑO.

F.

FALSEDAD. Puede cometerse este delito de varios modos, ya falsificando cartas, provisiones, bulas apostólicas ó decretos del Rey nuestro Señor, ó de otro Soberano. Por derecho canónico incurre el clérigo falsificador en excomunion mayor reservada al Sumo Pontifice, debiendo ademas ser depuesto despues de probado el delito, y entregado à la justicia ordinaria (*). Por derecho civil tiene este delito señaladas diferentes penas, segun fuere la calidad de la falsificacion. El que fingiese sello ó firma del Rey ó sus ministros, ó de algun arzobispo, obispo ú otro

* Asi dice el señor Vizcaino en su *Código criminal*, citando varias leyes del título 7, Partida 7, en las que no se habla de los clérigos; pero si hay una del Fuero Real, y es la 2. tit. 12. lib. 4, la cual dice asi: »Clérigo que falsearе sello del Rey sea desordenado, é sea señalado en la frente, porque sea conocido por falso por jamás, et sea enviado de todo el reino et lo que oviere sea del Rey. Et si falsearе sello de otri, pierda cuanto oviere et sea de la iglesia, et sea echado de toda la tierra por jamas, et todo lo que oviere sea del Rey, et si ficiere falsa moneda sea desordenado, et el Rey faga del lo que quisier despues. Y esta misma pena mandamos á todo home de orden que ficiere cualquiera cosa de estas sobredichas."

prelado, está declarado aleve, incurre en pena de muerte, y se aplica á la Cámara la mitad de sus bienes (1). La falsificacion de sellos ó firmas de otras personas de menos consideracion, se castiga con presidio, segun la importancia ó calidad del instrumento suplantado, objeto á que se dirije y demas circunstancias; no pudiendo los tales falsificadores que se destinen á los presidios, ser empleados en las oficinas de cuenta y razon de ellos (2). El escribano de la Corte del Rey que falsee privilegio ó instrumento público, ha de sufrir la pena capital; y si revelase secreto, que el Rey le hubiese mandado guardar á persona por quien haya de seguírsele algun perjuicio, le impondrá el Monarca el castigo que merezca. Al escribano de ciudad ó villa que otorgue algun documento falso, ó cometa alguna falsedad en pleito que actúe, se le ha de cortar la mano, y será tenido por infame mientras viva (3). Si alguna persona actuase como escribano sin tener la aprobacion del Consejo, ha de tenérsele por falsario; y si aun teniendo aquella actuase sin haber sacado el título ni pagado la media anata, perderá la escribanía, é incurrirá en la multa de quinientos ducados (4).

El falsificador de moneda, como tambien el que da ayuda ó consejo para hacerla, y el que á sabiendas encubre el delito en su casa ó heredad, incurren en la terrible pena de ser quemados, y confiscados todos sus bienes, segun la ley 9. tit. 7. Part. 7; bien que la 1. tit. 17. lib. 9. de la Nov. Rec. dice: que el que funda moneda fuera de las casas del Rey destinadas á este objeto, *muera por ello*, sin designar el género de muerte; pero no estando ya en uso la pena de quemar, es claro que debe ser la de horca ó garrote. Esta ley añade, que el delincuente ha de perder la mitad de sus bienes, aplicados por terceras partes á la Real Cámara, juez y acusador. Hay otra ley que es la 3. tit. 8. lib. 12. Nov. Rec., la cual impone pena de muerte y perdimiento de todos sus bienes, á cualquiera persona natural ó extrangera de estos reinos, que deshaga, funda ó cercene la moneda de oro, plata y vellon, ó la extrajere de ellos. Estas dos Reales disposiciones se hallan en las ordenanzas dadas por los Reyes Católicos Don Fernando y Doña Isabel en 13 de junio de 1497 para la labor de la moneda; pero la última es posterior en orden, y de consiguiente es la que debe regir.

1 Leyes 6. tit. 7. Part. 7, y 1. tit. 8. lib. 12. Nov. Rec.

2 *Real orden de* 10 *de diciembre de* 1768

3 Leyes 16. tit. 19. Part. 3, y 6. tit. 7. Part. 7.

4 Leyes 7 y 8 tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. y pragmatica de 7 de enero de 1744.

El que á sabiendas haga uso de moneda falsa, ya fabricada en el reino, ya fuera de él, ó la retenga en su poder, y no la denuncie á la justicia, ha de ser desterrado del reino por cuatro años, y perder la mitad de sus bienes. Cualquier cambista que reciba alguna de dichas monedas falsificadas, debe cortarla por medio y entregarla á la justicia. Si el que tiene moneda falsa la manifiesta antes que se le aprenda con ella á la justicia del pueblo en donde se le hubiere dado, nombrando la persona que se la dió, y fuere sugeto de quien no puede presumirse que conoce la tal moneda, no se le impondrá castigo (1).

Los fabricantes de la casa Real de moneda que hacen alguna para sí mismo, aun cuando no sea falsa, cometen hurto y falsedad, como tambien los que recibiendo oro ó plata del Rey para fabricar moneda ó afinarla, mezclan en ella para hacer lucro algun otro metal de menos valor. Asi los unos como los otros han de ser condenados en el cuatrotanto de lo hurtado, y á trabajar para siempre en las obras públicas si fueren menestrales, y á destierro perpetuo si no lo fueren (2) (*).

El falsario de pesos y medidas, esto es, el que las usa falsas ó cercenadas contra lo que disponen las leyes, comete hurto, y falta al mismo tiempo á la fe pública. En la ley 2. tit. 9. lib. 9. Nov. Rec. se manda que cualquiera que midiere el pan y vino con las medidas que allí se designan, incurra por la primera vez que le fuere probado, en la pena de mil maravedis, y que le quiebren públicamente tal medida; por la segunda pague tres mil maravedises, y esté diez dias *en la cadena*; y por tercera vez se le aplique la pena de falso; y en la misma incurra cualquier menestral que hiciere las medidas falsas ó cercenadas. La ley 7.

1 Ley 4. tit. 17. lib. 9. Nov. Rec.

2 Ley 15. tit. 14. Part. 7.

* El señor Gutierres en su *Práctica criminal*, tomo 3, página 157, hace las observaciones siguientes acerca de estas penas. »Nuestras leyes, si nos es lícito decirlo, no hacen varias distinciones que debieran hacerse en orden á los crímenes de que hemos hablado para proporcionar á ellos las penas. Hay notable diferencia entre el que por su propia autoridad hace moneda sin quitarle nada del valor intrínseco que debe tener, entre el que la hace disminuyendo este, entre el que rae, lima ó cercena de algun otro modo la verdadera, y entre el que comete estos delitos en monedas de poco valor. La pena capital muy justa en el segundo parece excesiva en el primero, sin embargo de que se arroga un derecho privativo del Soberano, pues solo usurpa aquella corta ganancia que á este corresponde; y esi es que, como hemos dicho, no condena la ley á muerte á los fabricantes de las casas de moneda que hagan para sí moneda de tan buena calidad como la del Rey. Otra ley del Fuero Real (7. tit. 12 lib. 4) distingue entre el falsificador de moneda, y el que la rae ó cercena, imponiendo á aquel el último suplicio, y á este la confiscacion de la mitad de sus bienes. El que delinque en monedas de poca estimacion por ser corto su tuero, no hace grave perjuicio al estado, ni necesita del miedo de la muerte para no delinquir.

tit. 7. Part. 7, tratando de las medidas y pesas falsas, dispone que el que defraudare usando de ellas, pague doblado el daño que recibió el comprador, y ademas sea desterrado por cierto tiempo á una isla á voluntad del Rey; y que ademas las medidas ó pesas falsas se quiebren públicamente ante las puertas de aquellos que las usaban (1). Segun las *Ordenanzas del ejército*, art. 85 y 87. tit. 10. trat. 8, el vivandero que falsifica peso ó medida, tiene pena de seis años de presidio, confiscacion de los géneros y resarcimiento á los compradores; y si adulterase los víveres mezclando en ellos alguna cosa perjudicial á la salud, deberá ser ahorcado. Los proveedores ó municioneros incurren en el primero de estos dos casos en igual tiempo de presidio y pérdida de todos sus bienes; y en el segundo tienen pena de presidio ó capital, segun el daño que causaren ó pudieren ocasionar.

Cometen falsedad los agrimensores que dividiendo los términos, montes ó heredades no miden legalmente, dando á unos mas que á otros, en cuyo caso deben ser resarcidos los perjudicados, á costa de los que recibieron el beneficio; y no pudiendo conseguir de estos dicho resarcimiento, debe indemnizarles á su costa el agrimensor, á quien ademas impondrá el juez la pena arbitraria que crea merece segun las circunstancias. Lo mismo debe decirse del contador nombrado de comun acuerdo por dos personas para ajustar alguna cuenta pendiente entre ellos, si maliciosamente incurre en algun yerro perjudicial á uno y favorable á otro (2).

Incurren asimismo en el delito de falsedad los que dicen alguna mentira al Rey, ó descubren sus secretos; los que usan insignias de caballero sin serlo; los que cantan misa sin tener ordenes de preste; los que se mudan nombre ó toman el de otro con el fin de engañar ó perjudicar á alguno; los que dicen ser hijos de alguna persona de alta gerarquía sin serlo. Todas estas falsedades se castigan con destierro perpetuo y confiscacion de todos los bienes, no teniendo descendientes ni ascendientes dentro del tercer grado (3) (*). Finalmente todo el que ejerza

1 Vease la ley 5 tit. 9. lib. 9. Nov. Rec. que trata de la igualacion de pesos y medidas.

2 Ley 8 tit 7. Part 7.

3 Leyes 2 y 6. tit. 7. Part 7.

* Hay caso en que merece pena de muerte el que se muda el nombre, y es cuando pasa por el registro de la aduana caballos, yeguas y cualquiera otro género de cabalgadura bajo el nombre que se finge, y si lo hace delante de un alcalde de sacas. Igual pena tendrá el escribano que interviniere en ello. Ley 2. tit. 12. lib. 9. Nov. Rec.

oficio sin título es falsario, y debe ser castigado á arbitrio del juez, atendidas todas las circunstancias.

De gran falsedad califica la ley 3. tit. 7. Part. 7. la suposicion del parto, esto es, el fingir una muger que da á luz un hijo, tomando para este fin el de otra persona, y haciendo creer al marido que es hijo suyo. Muy raro debe ser este caso, pues por muy astuta que sea la muger, difícilmente conseguirá facinar á su marido hasta este punto; mas como quiera puede suceder, y está previsto por la ley, la cual, sin embargo, no designa pena alguna, como no sea la especificada en la ley siguiente, donde se ordena que las falsedades mencionadas en las leyes anteriores, se castiguen con destierro perpetuo y confiscacion de todos los bienes, no habiendo descendientes ó ascendientes dentro del tercer grado.

FALSOS TESTIGOS: véase CALUMNIA.

FIESTAS DE GUARDAR POR MANDAMIENTO DE LA IGLÉSIA. El quebrantamiento de ellas, ademas de ser un pecado, se considera como delito por una ley de la Novísima Recopilacion (1), la cual manda que no se hagan en los domingos ningunas labores, ni se tengan tiendas abiertas, bajo la pena al contraventor de trecientos maravedises, aplicados por terceras partes al denunciador, fisco é iglesia; como tambien que ningun ayuntamiento ni individuo de él dé permiso á nadie para trabajar en dichos dias, pena de seiscientos maravedises. En el dia se recurre á los prelados, sus vicarios ó párrocos para obtener licencia de hacer algunas labores en los dias festivos, y se conceden habiendo justo motivo para ello.

FRAUDES: véanse los artículos ENGAÑO Y CONTRABANDO.

FUEGOS ARTIFICIALES: véase DIVERSIONES.

FUERZA CON ARMAS, que se hace á alguno encerrándole ó prendiéndole sin la debida autoridad, ó violentándole á hacer algo. Este delito contra la libertad individual, asi como cualquiera otra fuerza hecha con armas, se castiga con destierro perpetuo á una isla, y confiscacion de todos los bienes, no teniendo el reo ascendientes ni descendientes hasta el tercer grado. Iguales penas se imponen á los que á sabiendas auxilien en la violencia al reo principal; y si por razon de esta fuerza injusta hecha con armas muriese alguno, ha de sufrir aquel la pena capital (2).

1 Ley 7. tit. 1. lib. 1. Nov. Rec. 2 Ley 8. tit. 10. Part. 7.

FUERZA hecha á muger honesta para gozarla. Es este un delito muy grave, el cual se castigaba con pena capital, segun una ley de Partida (1), siendo la forzada doncella, casada ó viuda honesta; pero á consecuencia de estar prevenido en la ley 2. tit. 11. lib. 12. Nov. Rec., que en este delito como en otros que allí se expresan, no siendo tan calificados y graves que convenga á la república no diferir la ejecucion de la sentencia, se conmute la pena ordinaria en la de galeras; se castiga en el dia á los forzadores de mugeres, no siendo estas monjas, con galeras ó presidio, segun las personas y circunstancias. No obstante, por lo que hace á los militares está prevenido en las ordenanzas del ejército (2), que el forzador de muger honrada, sea doncella, casada ó viuda, haya de ser pasado por las armas; y si solo hubiere hecho esfuerzos para conseguirlo con intencion deliberada, se le imponga la pena de diez años de presidio ó seis de arsenales, no habiendo amenaza con armas; en cuyo caso, ó en el de que la muger violentada haya padecido algun daño notable en su persona, será condenado á muerte el agresor.

Diferénciase este delito del estupro: lo primero en la violencia, pues el último puede cometerse mediante solo la seduccion, y aun el consentimiento de la estuprada: lo segundo en que solo esta, si es *sui juris*, ó no siéndolo, su padre, tutor ó curador pueden acusar al estuprador; pero al forzador los parientes de la forzada ó cualquiera del pueblo, y aun el juez puede proceder de oficio (3).

Suele ser difícil la averiguacion de este delito, y en ella debe procederse con el mayor tino y circunspeccion, porque hay mugeres tan malignas que despues de haberse prestado voluntariamente, ya por arrepentimiento, ya por otros depravados fines, suponen haber sido violentadas. Por lo mismo se han de examinar con sumo cuidado todos los antecedentes y circunstancias, como son la índole audaz é incontinente del que se supone forzador; el acecho, ardid ó preparacion dirigida á tan detestable fin; la sorpresa ó acometimiento; la entrada intempestiva en la habitacion de la muger agraviada; el cerrar las puertas para estar mas seguro; el haberse encontrado á la muger vendada ó tapada la boca; el ansia ó ahinco que antes hubiese él mostrado de gozarla, sea con hechos ó dichos, y el recato de

1 Ley 3. tit. 20. Part. 7.
2 Art. 87. tit. 10. trat. 8.
3 Ley 2. tit. 20. Part. 7.

ella; últimamente los gritos que la misma hubiese dado en el acto ó al tiempo de la sorpresa &c.

FUGA DE LOS REOS. El señor Vizcaino Perez en su *Código criminal*, tomo 1.°, páginas 287 y siguientes, dice tratando este punto: »La fuga de los delincuentes alguna vez puede no ser delito, pero por lo comun lo es, y segun las circunstancias puede ser gravísimo." Para saber su gravedad es forzoso atender al modo y sus resultas, y al tiempo en que se ejecuta distinguiendo los casos siguientes.

CASO PRIMERO.

El primero es cuando el delincuente se huye inmediatamente que delinque por no ser descubierto y preso: en este caso no comete delito por su huida, pues no hay ley alguna que por esto le imponga pena, y mas siendo por astucia ingeniosa, como el caso que trae Bovadilla.

CASO SEGUNDO.

Cuando tratando de reprenderle, y habiéndole echado la mano los ministros, é implorando el favor á la justicia ó al Rey, se les escapa á los alguaciles sin maltratarlos, por lo cual tampoco merece pena, porque es natural apetecer y procurarse la libertad.

CASO TERCERO.

Es cuando, para que no le prendan, hace resistencia á la justicia con armas ó con golpes, que en este caso tiene la pena de vergüenza pública, segun por comparacion lo dice una Real cédula de 21 de julio de 1787, que habla sobre que no corran los cocheros con los coches, en donde se supone que hay pragmática que asi lo manda, aunque no cita su fecha ni la he visto.

CASO CUARTO.

Es cuando llevando á uno preso la justicia, salen los parientes ó amigos ú otras personas, y se le quitan por fuerza, por cuyo hecho incurren en la misma pena que merezca el reo. Aun será mayor la gravedad de aquel delito, y por consiguiente ma-

yor la pena, si por este motivo hiriesen ó matasen á alguno.

CASO QUINTO.

Es cuando yendo la justicia persiguiendo á un delincuente, se interpone alguna persona para detener á los alguaciles, y les impide el que no le sigan, en cuyo caso aquella tendrá pena; pero no el que huyere.

CASO SEXTO.

Cuando estando ya en la carcel se huyere de ella, aprovechándose del descuido del alcaide, por tener la puerta abierta ó alguna ventana, y se huye sin hacer violencia ni rompimiento, en cuyo caso tiene la pena de ser habido por confeso del delito de que se le acusa, debe pagar seiscientos maravedises, y el que lo tenia preso debe responder y sufrir la misma pena que merecia el reo que se le huyó.

CASO SÉPTIMO.

Cuando para huirse de la carcel rompe las prisiones ó las puertas, pared ó tejado: entonces tendrá mayor pena, pues sobre la de haberle por confeso del delito porque estaba preso, añade la nueva culpa de la efraccion de las prisiones, y será al arbitrio del juez; pero no la de azotes, porque no hallo ley Real que se la imponga por este hecho, y solo he visto una novísima Real orden (1), que manda se destinen á las galeras los que hayan escalado las carceles ó presidios en que hayan estado.

CASO OCTAVO.

Cuando se huye de la carcel, hiere ó mata al carcelero ó guardas que le custodian, añade otro nuevo delito, por el que se le impondrá la pena del que hiere ó mata á la justicia y sus ministros, pues por tal se reputa al carcelero y á los guardas.

CASO NOVENO.

Cuando para salirse de la carcel hace confederacion con

1 Real orden de 27 de enero de 1787. Colon *Juzgados militares*, tom. 3. fol. 110.

otros presos, y se agavilla con ellos para hacer el escalamiento y fuga, que entonces se cometerá otro delito por sedicion y asonada, y este es el único caso en que le pone pena de azotes la ley (1) del Fuero Juzgo; previniendo que para asonada han de ser diez personas; y esta pena será por la asonada, no por la fuga.

CASO DÉCIMO.

Es cuando alguno ò algunos fueren à la carcel á dar libertad al preso ó presos que haya en ella, y será este delito mas grave si para ello hiciesen violencia al alcaide ò guardas para que les entregue las llaves; si los maltratasen con herida ò los matasen; ò si rompiesen las puertas ò pared: porque cada una de estas cualidades ò circunstancias añade gravedad al delito, y aumentará la pena, y aun en varios casos de estos será capital, aunque no en todos.

CASO UNDÉCIMO.

Si el alcaide ó los ministros, teniendo ya preso al reo, le soltasen sin mandato del juez: en este caso tienen la misma pena que tendria el preso por el delito porque era acusado, aunque sea de muerte, segun la ley; y solo se diferencia en que la mas moderna aumenta la multa de seiscientos maravedises, y manda que no los suelten ni libren de las prisiones sin mandato del juez, pena de perdimiento de oficio.

CASO DUODÉCIMO.

Cuando el alcaide ó ministros soltaren maliciosamente al preso, tienen la misma pena que aquel merecia por el delito porque estaba preso.

Nota. Las justicias deben cuidar de que las carceles esten seguras. El juez que no visita las cárceles, y no cuida que esten con la seguridad necesaria, para evitar la fuga de los reos, tiene pena de quinientos ducados. Si se huye el preso por descuido ó negligencia del carcelero, este incurre en la misma pena que debia sufrir aquel, si la causa es criminal, y si civil ha de pagar los intereses; y si alivia la prision al reo en causa criminal, sin mandato del juez incurre en privacion de oficio. Leyes 16 y 18. tit. 38. lib. 12. Nov. Rec.

1 Ley 3. tit. 1. lib. 8. del Fuero Juzgo, con otras que cita Villadiego.

Para la custodia de los reos de conspiracion, ó los que estan excluidos de la amnistía, se halla dispuesto lo siguiente en Real orden de 25 de mayo de 1824.

1.° Que en la carcel ó parage donde se hallen tales reos, se dé una guardia mandada por un oficial.

2.° Que los de esta clase, cuyas causas se siguen en pueblo donde no haya tropa del ejército ni cuerpos de realistas, se trasladen á los que los tengan, para su mejor custodia.

3.° Que tanto los comandantes de dichas guardias como los alcaides de las cárceles, respondan con sus personas de dichos reos; cuya fuga se considere, respecto á los primeros, como complicidad en los crímenes de que estos fueren acusados, y se procederá á su arresto, formacion de causa, y á la imposicion de penas que por leyes estan señaladas á dichos delitos.

G.

GITANOS. Llámanse asi los que afectando ser oriundos del Egipto, en ninguna parte tienen domicilio fijo; antes bien andan vagantes diciendo á los crédulos lo que llaman buena ventura, ó tratando en venta ó trueque de bestias, á vuelta de lo cual roban con la mayor sutileza. Antes habia en España gran número de esta gente perdida, y especialmente en Andalucía y Murcia; pero ya se ha disminuido tanto, que son muy pocos los que se encuentran, y vendrán á acabarse del todo. La ley 11. tit. 16. lib. 12. Nov. Rec. prescribe el modo de dar ocupacion á estas gentes para reducirlas á una vida laboriosa y cristiana, ordenando acerca de los contraventores lo siguiente. »A los que no hubieren dejado el trage, lengua ó modales (de tales gitanos), y á los que aparentando vestir y hablar como los demas vasallos, y aun elegir domicilio, continuaren saliendo á vagar por caminos y despoblados, aunque sea con el pretexto de pasar á mercados ó ferias, se les perseguirá y prenderá por las justicias, formando proceso y lista de ellos con sus nombres y apellidos, edad, señas y lugares donde dijeren haber nacido y residido. Estas listas se pasarán á los corregidores de los partidos, con testimonio de lo que resulte contra los aprendidos, y ellos darán cuenta con su dictamen ó informe á la Sala del crimen del territorio. La Sala, en vista de lo que resulte, y de estar verificada la contravencion, mandará inmediatamente sin figura de juicio, sellar en las espaldas á los contraventores con un pequeño hierro ardiente, que se tendrá dispuesto en la cabeza de partido con

las armas de Castilla. Verificado esto se les notificará y apercibirá, que en caso de reincidencia se les impondrá irremisiblemente la pena de muerte; y asi se ejecutará solo con el reconocimiento del sello, y la prueba de haber vuelto á su vida anterior.

H.

HARAGANERÍA: véase VAGANCIA.

HEREGÍA: véase APOSTASÍA.

HERIDAS, HOMICIDIO. No siempre el que hiere á otro lo hace con intencion de matarle, ni de todas las heridas se sigue la muerte. En tal caso el herir es indudablemente un delito menor que el homicidio, aunque á veces se castigará tambien con la pena capital, segun la gravedad de las circunstancias. Asi el que hiriere á alguno, precediendo asechanzas ó consejo para ello, segun dice la ley (1), incurre en pena de muerte, aun cuando aquel á quien hirió no muera de la herida. Tiene tambien pena capital el que hiera á otro en la Corte y dentro de su rastro (2), y el que hubiese usado de saeta para herir (3). El que lo haga con arcabuz ó pistolete es tenido por alevoso, y pierde todos sus bienes (4). El que hiere á otro robándole en un camino público, ademas de la pena corporal en que incurre, pierde la mitad de sus bienes para la Real Cámara (5). El que de intento dispare arma de fuego en poblado y hiera á alguno, tiene por otra ley (6) pena de muerte, y confiscacion de la tercera parte de sus bienes para la Real Cámara. Las demas heridas que no son mortales ó calificadas como las referidas, se castigan con penas de presidio, destierro y multas, segun las circunstancias, y su mayor ó menor gravedad.

Hablemos ya del homicidio. Este es el mayor delito que puede cometer un hombre contra otro, por cuanto le priva de su existencia. Divídese en voluntario y casual. Voluntario es el que se hace de intento ó con premeditacion: casual es el que dimana de algun accidente. Este último puede cometerse sin culpa ó con ella; sin culpa, como si uno corriendo á caballo en un sitio destinado para ello, matare á alguno que se atraviese; ó cuando de alguna obra que se está haciendo, se arroja á la calle alguna piedra ú otra cosa, avisando á los transeuntes que se guarden, y sin embargo se mata á alguno. En estos y otros ca-

1 Ley 3. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec.
2 Ley 5 del mismo título.
3 Ley 8 idem.
4 Ley 12 idem.
5 Ley 9 idem.
6 Ley 11 idem.

sos semejantes no debe imponerse pena alguna (1). Cométese con culpa el homicidio casual, como si riñendo dos se quitase sin querer la vida á alguno que se acercase; si uno mata á otro en estado de embriaguez; si de castigar cruelmente el padre al hijo ó el maestro al discípulo, resultase la muerte de estos; si un médico ó cirujano quita la vida á algun enfermo por ignorancia ó un error culpable en el ejercicio de su profesion. En estos casos y otros de esta clase se imponia al culpable, segun unas leyes de Partida (2), la pena de destierro á una isla por cinco años. Sin embargo las leyes 6 y 7. tit. 17. lib. 4. del Fuero Real (que son las 13 y 14. tit. 21. lib. 12 Nov. Rec.), tratando del que mate ó hiera por ocasion en riña, ó pelea, y del que mate á otro por ocasion sin querer hacerlo, disponen lo siguiente. »Cuando dos hombres pelearen, y el uno quisiere herir al otro, y por ocasion matare à otro hombre alguno, el alcalde debe saber cuál dellos volvió el ruido ó pelea; y aquel que lo volvió peche el homecillo, y aquel que lo mató por ocasion, peche medio homecillo; y si de la herida no muriere, el que gela dió peche la media calumnia, y el que lo revolvió peche la entera; y estas calumnias sean repartidas como manda la ley; y no hayan otra pena, porque ninguno dellos lo quiso hacer." »Si algun hombre, no por razon de mal hacer, mas jugando, arremetiere su caballo en rua ó en calle poblada, ó jugare pelota ó bola, ó herron ó otra cosa semejante, y por ocasion matare à algun hombre, peche el homecillo, y no haya otra pena: ca maguer que no lo quiso matar, no pudo ser sin culpa, porque fue trevejar en lugar que no debia; y si alguna de estas cosas ficiere fuera de poblado, y matare alguno por ocasion, como sobredicho es, no haya pena ninguna. Y si alguno bohordare concejeramente con sonajas en rua ó en calle poblada dia de fiesta, asi como de Pascua o San Juan, ó á bodas, ó á la venida del Rey ó de Reina, ó en otra guisa semejable destas, y por ocasion hombre matare, no sea tenido al homecillo; y sino adujere sonajas el matador, peche el homecillo, y no haya otra pena."

Homicidio voluntario es el que se hace á sabiendas ó con intencion, y este se subdivide en *Simple y calificado*. *Simple* se llama el que ni por razon de la persona muerta, ni por las circunstancias que acompañaron ó intervinieron en la muerte, merece el concepto de gravisimo ó en sumo grado detestable.

1 Leyes 6. tit. 8. Part. 7, y 14. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec.

2 Leyes 5, 6 y 9. tit. 8. Part. 7.

Calificado es el que por uno de dichos dos motivos ó por entrambos juntos merece aquel concepto (1), y por esta la ley le castiga con mas rigor que el homicidio simple. Por ejemplo es delito enormísimo atentar contra la vida del Soberano, matar á su padre, madre, abuelos, hijos ó hermanos, ó los padres á sus hijos, ú el marido á su muger, y al contrario (*); ó bien á un sacerdote ú ordenado *in sacris*; en cuyo caso se agrega al homicidio el sacrilegio; y finalmente el matarse uno á sí mismo, que se llama suicidio (2).

Tambien son delitos calificados el matar ó herir al aposentador mayor del Rey (3); el matar á uno incendiando para ello la casa (4); el dar la muerte á uno robándole en un camino (5); y por razon del arma son homicidios calificados el que se ejecuta con saeta ó arma de fuego, esto es, escopeta, fusil ó pistolete (6). La pena de los homicidios calificados siempre es mas grave que la de los simples, ya porque se le agrega alguna mortificacion ó circunstancia que la hace mas dolorosa ó sensible, como la de ser arrastrado &c., ya porque se añade á la sentencia de muerte la confiscacion de todos ó parte de los bienes. Cuando falta alguno de estos requisitos, y la ley solo impone la pena capital, debe tenerse en mi entender por homicidio simple. Por esto no llamaré yo, como hace el señor Gutierrez (7), homicidio calificado el del juez que á sabiendas condena á un inocente á muerte, perdimiento de miembro ó destierro; ni el del médico ó cirujano que á sabiendas matan á algun enfermo, ó el boticario que sin receta de estos da algun medicamento activo de que se sigue la muerte, pues en estos casos, como en cualquier homicidio simple, solo impone la ley la pena capital sin otro aditamento (8).

Acerca del *regicidio*, *parricidio*, *asesinato*, *muerte hecha en*

1 No se habla aquí del homicidio que llaman *justo* los criminalistas, y es el que por sentencia del juez se ejecuta en los delincuentes para su debido castigo, y escarmiento de otros; ni del *necesario*, que es la muerte ejecutada por el soldado en la guerra peleando con los enemigos, ó el que uno hace defendiéndose de otro que le acomete con algun arma, y no halla otro medio de salvar su vida. Estos no son delitos, ni aun con propiedad se llaman homicidios, y no pertenecen á este tratado.

* A estas muertes violentas de padres, hijos, hermanos &c. se da el nombre general de *parricidio*, aunque este en rigor solo significa el homicidio ejecutado en la persona de los padres. Para distinguir estos delitos se llama *infanticidio* la muerte violenta de un niño de poca edad; *fratricidio* la que ejecuta un hermano en la persona de otro; y *uxoricidio* la perpetrada por un consorte contra el otro.

2 Ley 15. tit. 21. lib. 12 Nov. Rec.

3 Ley 6. dicho tit. y lib.

4 Ley 7 siguiente.

5 Leyes 9 del mismo tit.

6 Leyes 8, 11 y 12 del mismo tit.

7 *Práctica criminal*, tom. 3. pág 60. § 34.

8 Leyes 6 y 11. tit. 8. Part. 7, y 1. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec.

desafio, *envenenamiento*, *suicidio*, véanse sus respectivos artículos, y en orden á los otros homicidios calificados de que se hizo mencion arriba, las leyes que se citaron tratando de ellos (1).

HURTO. Incurre en este delito el que toma la cosa mueble (2) agena sin beneplácito ó contra la voluntad de su dueño, á fin de apropiarse el dominio, la posesion ó el uso de ella. Cuando esto se ejecuta con violencia, se llama robo; pero haciéndose sin esta circunstancia, se le da propiamente el nombre de hurto. Las leyes de Partida hacen distincion entre estos dos delitos, bien es verdad que definiéndolos no especifican bien su diferencia en los dos títulos donde expresamente se trata de ellos. La 1. del tit. 13. Part. 7. define asi el robo. Rapina en latin, tanto quiere decir en romance como robo *que los homes facen en las cosas agenas que son muebles*. Hablando luego del hurto la ley 1. del tit. 14. siguiente, dice: *que es malfetria que facen los homes que toman alguna cosa mueble agena ascondidamente, sin placer de su señor;* de modo que segun estas dos definiciones, no hay diferencia entre robo y hurto. El señor Sala en su *Ilustracion del Derecho Real de España*, lib. 2. tit. 22. num. 6. dice: que á la definicion del robo le falta la palabra *abiertamente*, como la añade Gregorio Lopez en la glosa general de dicha ley 1.ª; consistiendo, segun ellos y otros autores, la diferencia entre hurto y robo, en que aquel se hace *encubiertamente*, y este *abiertamente*. El señor Gutierrez, sin adoptar esta diferencia, y conviniendo tambien en que dichas definiciones no especifican la diversidad entre robo y hurto, dice al fin: *lo cierto es que por robar entendemos frecuentemente lo mismo que hurtar de cualquier manera, y por robo lo mismo que hurto, como quiera que sea;* y desentendiéndose del robo pasa á tratar con extension del hurto.

Otros autores que he consultado se hallan igualmente perplejos para determinar la diferencia que hay entre robo y hurto,

1 Cuando se trate de la sustanciacion del juicio criminal, se dirá cómo ha de procederse para la averiguacion de estos delitos, y allí se presentarán modelos prácticos de sustanciacion en causas de homicidio y hurto.

2 Segun la ley 1. tit. 14 Part. 7. solo puede cometerse hurto robando la cosa mueble. *Otrosi decimos que non puede home furtar cosa que non sea mueble* Parece pues que el apoderarse de los bienes raices agenos constituye otra especie de delito, que el señor Gutierrez en su *Práctica criminal*, tom. 3. pág. 82. llama usurpacion, pero sin tratar de ella, como tampoco lo hacen otros autores criminalistas; cosa muy extraña; pues no es de menos consideracion el usurpar una finca, por ejemplo, que el hurtar una alhaja, y aun de lo primero pueden seguirse mayores daños á la sociedad. Véase en este prontuario la palabra *usurpacion*.

no pudiéndose formar una idea exacta de sus explicaciones. Tampoco falta autor respetable, como el señor Vizcaino en su *Código criminal*, que sin hacer mérito del robo, solo trata del hurto simple y calificado; pero ello es indudable que la pena del robo establecida en la ley 3. tit. 13. Part. 7. es diversa de la señalada para el hurto, como se verá por ella, y por la 18 del título siguiente. Dice la primera: »Contra los robadores es puesta pena de dos maneras. La primera es de pecho, ca el que roba la cosa es tenudo de tornarla con tres tanto de mas de cuanto podrie valer la cosa roba la, et esta pena puede seer demandada fasta un año desde el dia que el robo fue fecho... La otra manera de penar es en razon de escarmiento, et esta há lugar contra los *homes de mala fama que roban los caminos ó las casas, ó los lugares agenos como ladrones*, et de esta fablaremos adelante en el título de los furtos." La ley 18 del título siguiente, que trata *de la pena que merecen los furtadores et los robadores*, dice asi: »Los furtadores pueden ser escarmentados en dos maneras: la una es con pena de pecho, et la otra con escarmiento que les facen en los cuerpos por el hurto ò el mal que facen. Et por ende decimos que si el furto es manifiesto, que debe tornar el ladron la cosa furtada, ò la estimacion de ella, á aquel á quien la furtó, maguer sea muerta ò perdida, et demas debel pechar cuatro tanto como aquello que valie. Et si el furto fuese fecho encubiertamente, entonce debe dar el ladron la cosa furtada, ò la estimacion della, et pecharle mas dos tanto de cuanto era lo que valie... Otrosí deben los juzgadores, cuando les fuere demandado en juicio, escarmentar los furtadores públicamente con feridas de azotes ò de otra guisa, en manera que sufran pena et vergüenza; mas por razon de furto non deben matar nin cortar miembro á ninguno, fueras ende si *fuese ladron conocido que manifiestamente toviese caminos, ó que robase á otros en la mar con navíos armados, á quien dicen corsarios, ó si fuesen ladrones que oviesen entrado por fuerza en las casas, ó en los lugares dotri por robar con armas ó sin ellas, ó ladron que furtase de alguna eglesia ó de otro lugar religioso alguna cosa santa ó sagrada*, ò oficial del Rey que toviere de él algun tesoro en guarda, ò que oviese de recabdar sus pechos ò sus derechos, los que furtase ò encubriese algo dello á sabiendas, ò el juzgador que furtase los maravedises del Rey, ò de algunt concejo de mientra que estudiese en el oficio; ca cualquier destos sobredichos á quien fuere probado que fizo furto en alguna destas maneras, debe morir por ende él et todos cuantos dieron ayuda ò conse-

jo á tales ladrones en facer el furto, ò los encubriesen en sus casas ò en otros lugares, deben haber la misma pena."

Mas clara aun se ve la diferencia entre robo y hurto por la ley 2. tit. 18. Part. 1. que dice al fin: »Et ha departimiento entre furto et robo; ca furto es lo que toman á *excuso*, et robo lo que toman *paladinamente por fuerza*."

Con el simple cotejo de estas leyes se conoce claramente que el caracter distintivo del robo es la violencia, siendo muy extraño que los autores, à vista de la última de dichas leyes, hayan dudado en una materia tan clara, por haber fijado solo su atencion en las definiciones referidas, sin desentrañar las disposiciones legales, ni confrontar unas leyes con otras. Tambien habla la ley 4. tit. 34. lib. 12. Nov. Rec. del robo, señalando la misma pena pecuniaria del triple que en la ley de Partida.

El hurto se divide en simple y calificado. Llámase simple el que se hace ocultamente sin alguna circunstancia agravante. Calificado el que va acompañado de esta. Son diversas las circunstancias que constituyen esta calificacion: algunas son relativas á la cosa hurtada, por ejemplo, si se roba un capon ú otra cosa de la iglesia: otras se refieren al lugar en que se hace el robo, como el que se ejecuta en la Corte: otras son por razon del tiempo, como si el hurto se hace de noche; y finalmente las hay que proceden del modo de ejecutar el hurto, como el que se hace con escala, ganzúa, llave falsa &c.

Antes se castigaba el hurto simple con vergüenza pública y seis años de galeras, los que se aumentaban hasta diez, ademas de docientos azotes en caso de reincidencia; y si el reo era noble se le imponia la pena de presidio en lugar de la desvergüenza, azotes ò galeras (1); pero segun la ley 6 tit. 14 lib. 12. Nov. Rec. las penas del hurto simple son en el dia arbitrarias segun la calidad de él, teniendo para ello presente la repeticion ò reincidencia, el valor de la cosa robada, la calidad de la persona á quien se hace el hurto, la del delincuente y demas que se expresan en el derecho.

El hurto calificado se castiga con mas graves penas que el simple. En la ley 18. tit. 14. Part. 7. ya citada, se imponia pena de muerte al hurto hecho con violencia, ó sea robo, y á los demas calificados que alli se expresan. Segun las leyes 3 y 5. tit. 14. lib. 12. Nov. Rec. el que en la Corte ò su rastro cometiere hurto (sea simple ò calificado), ò dé auxilio cooperativo para

1 Leyes 18. tit. 14. Part. 7, y 1, 2 y 3. tit. 14. lib. 12. Nov. Rec.

ejecutarle, habiendo ya cumplido diez y siete años tiene pena de muerte, y si no llega á esta edad, pero pasa de la de quince, la de docientos azotes y diez años de galeras, en la que incurre tambien el que receptare ó encubriere algunos de los bienes hurtados, y el que acometiendo para robar no logre su intento por algun accidente. El ladron cuatrero incurre tambien en la pena de muerte, segun una ley de Partida, como puede verse en el artículo abigeato. En suma, la ley 1. tit. 14. lib. 12. Nov. Rec., despues de señalar las penas con que ha de castigarse el hurto simple, y se especificaron en el párrafo anterior, añade: »y en los hurtos calificados y robos y salteamientos en caminos ó en campos y fuerzas y otros delitos semejantes ó mayores, los delincuentes sean castigados conforme á las leyes del reino." Segun la práctica se castiga á los salteadores con pena capital; bien que siendo por primera vez, y no habiendo muerte ú otra circunstancia agravante, se les condena á azotes, galeras, minas ó presidio segun las circunstancias; pero irremisiblemente se les impone la pena de muerte, si hacen resistencia con armas á la tropa destinada á perseguirlos (1). A los foragidos ó facinerosos, cuyos crímenes son ya mas atroces, se les condena á horca y á ser descuartizados, en cuya pena incurre tambien el soldado que cometiere robo con muerte. Asimismo incurre en pena de muerte el que sustrajere armas ó municiones de la tropa; el que quite alguna cosa en alojamiento, cuartel, tienda de campaña ó cualquier parage, á oficial ó individuo del ejército, ó á vivandero ó comerciante de los que llevan géneros al campamento, cuartel ó guarnicion; el que robe alhajas ú ornamentos sagrados. Los demas hurtos se castigan con seis carreras de baquetas y seis años de presidio (2).

En orden á las penas referidas debe tenerse presente la ley 2. tit. 40. lib. 12. Nov. Rec. que se citó en el artículo *fuerza*, donde se previene »que asi en los hurtos calificados y robos y salteamientos en caminos ó en campos, y fuerzas y otros delitos semejantes ó mayores, como en otros cualesquier delitos de otra cualquier calidad, no siendo tan calificados y graves que convenga á la república no diferir la ejecucion de la justicia, y en que buenamente pueda haber lugar á conmutacion, sin hacer en ello perjuicio á las partes querellosas, las penas ordinarias les sean conmutadas en mandarlos ir á servir á las nuestras galeras

1 Ley 10. tit. 10. lib. 12. Nov. Rec. S. art. 4, 70, 71, 87, 88 y 89.
2 *Ordenanza del ejército*, tit. 10. trat.

por el tiempo que pareciere á las nuestras justicias, segun la calidad de los dichos delitos." Y en la siguiente ley 3 se manda »que en todos los casos y delitos en que informe á la cualidad del caso y de las personas les habia de ser puesta pena corporal, aquella se conmute en vergüenza publica y servicio de galeras por el tiempo que pareciere, segun la cualidad del caso y del delito."

Para conclusion de este artículo resta solo hablar de las penas pecuniarias del hurto, destinadas para satisfacer ó resarcir á la persona robada. Bajo de este concepto se divide el hurto en manifiesto y no manifiesto ú oculto. Es manifiesto cuando se prende, encuentra ó ve al ladron con la cosa hurtada en la casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en cualquiera otro, antes que la pueda esconder en aquel adonde tenia determinado llevarla, bien fuese preso, hallado ó visto por el dueño, ó por cualquier otro, sobre lo cual dice Gregorio Lopez en la glosa 4 de la ley 2. tit. 14. Part. 7, que no se llamará manifiesto el hurto por solo ver al ladron con la cosa hurtada, si ademas no se grita y se le persigue. Hurto no manifiesto es cuando no se coge ni se encuentra ó ve al ladron con la cosa hurtada, pero se le prueba el hurto por indicios, testigos y otras pruebas. La pena pecuniaria del que comete hurto manifiesto, es volver al robado la cosa hurtada ó su estimacion, y ademas el cuadruplo ó cuatrotanto mas. La del hurto no manifiesto es volver la cosa ó su estimacion, y el duplo; y aunque Antonio Gomez (1) dice que no estan en uso dichas penas del duplo y cuadruplo, debiéndose contentar la parte agraviada con recobrar la cosa, y con el resarcimiento de daños y perjuicios; sin embargo la citada ley de Partida que las establece no está derogada, y ademas vemos confirmada en otra de la Recopilacion, que ya se citó (2), la del triple en el robo ó hurto hecho con violencia; lo que arguye no estar desusadas estas penas del duplo, triplo y cuadruplo. Parecerá extraño que la pena pecuniaria del hurto simple manifiesto sea mayor que la del hecho con violencia; mayormente si se considera que la accion para pedir el cuadruplo es perpetua, y para pedir el triplo solo dura un año. Pero deben tenerse presentes dos cosas: 1.ª que la pena corporal del robo es mayor que la del hurto manifiesto: 2.ª que la ley de Partida adoptó esta diferencia tomándola del derecho romano. Acerca de otros delitos que son, ó especies de

1 3. *Var.* cap. 5.

2 Ley 4. tit. 34. lib. 12. Nov. Rec.

hurto, ó muy parecidos á él, véanse los artículos *defraudacion*, *engaño*, *monopolio*, *usura*, *usurpacion*.

IMPRENTA. (Delitos de) Lo es el imprimir y reimprimir obras sin la debida licencia y demas requisitos expresados en la ley 22. tit. 16. lib. 8. Nov. Rec. Los contraventores incurren en la pena de perdimiento de bienes, destierro perpetuo de estos reinos y demas contenidas en las leyes. El librero, mercader de libros ó encuadernador que divulgue, venga ó encuaderne libro ó papel impreso en otra forma que la prevenida, incurrirá en pena de cincuenta mil maravedís por la primera vez, y destierro de estos reinos por dos años; por la segunda se duplica esta pena; y por la tercera se le confiscan todos sus bienes, y el destierro será perpetuo.

Esta disposicion legal se renovó para su observancia en circular expedida por el Supremo Consejo de Castilla en junio de 1817, y en la misma se previene lo siguiente acerca del derecho de propiedad que tienen los autores en sus obras y prohibicion de usurparle. »En Real cédula de 9 de junio de 1778 se sirvió su Magestad confirmar y revalidar las expedidas para el fomento del arte de la imprenta y del comercio de libros en estos reinos; y se hicieron diferentes declaraciones en punto á los privilegios que se concediesen para las impresiones y reimpresiones de libros; expresándose en una de ellas que la Real biblioteca, las universidades y las academias y sociedades Reales gozasen privilegio para las obras escritas por sus propios individuos en comun ó en particular que ellas mismas publicasen por el tiempo que se concediese á los demas autores; no queriendo su Magestad que en este punto gozasen prerogativa para perjudicar la libertad pública, ó fuesen aun indirectamente contra el fin principal de sus propios institutos, que se dirigian á facilitar el estudio y la propagacion de las ciencias, la literatura y las artes; y que se entendiese que el privilegio que tuviesen para reimprimir obras de autores ya difuntos ó extraños, no era siempre privativo y prohibitivo; pues solamente debia de ser cuando las reimprimiesen cotejadas con manuscritos adicionados, ó adornadas con notas ó nuevas observaciones, pues en tal caso ya se les debia reputar, no como meros editores, sino como coautores de las obras que habian ilustrado. Y que los referidos establecimientos y cuerpos literarios gozasen tambien privilegio cuando publicasen la obra manuscrita del autor ya difunto, ó coleccion de ellas, aunque se incluyesen cosas que ya estuviesen pu-

blicadas. Dicha Real resolucion se mandó llevar á efecto por otras posteriores; y habiendo acudido últimamente al Rey nuestro Señor la sociedad económica matritense, quejándose de unas impresiones fraudulentas que se habian hecho en Mallorca y Valencia del informe de la sociedad sobre la ley agraria, redactado por su individuo Don Gaspar Melchor de Jovellanos, ha resuelto su Magestad que el Consejo renueve la publicacion de las leyes penales que rigen acerca de los delitos de la prensa, en cuanto se refieren á la propiedad de los autores sobre sus obras (1).

Ultimamente en Real orden de 17 de marzo de 1826 se sirvió mandar su Magestad que se llevasen à efecto las Reales cédulas y circulares de 11 de abril, 22 de diciembre de 1824, 17 de junio y 11 de agosto de 1825 para evitar la entrada y circulacion de los libros impíos, estampas y pinturas obscenas. El introductor de libros prohibidos pagará sobre la pérdida de ellos, quinientos ducados de multa, que se aumentará con otras penas corporales en caso de reincidencia y en razon de la contumacia.

INCENDIO. Es este uno de los delitos mas graves cuando se ejecuta maliciosamente ó à sabiendas, ya por la perversidad y rencoroso ánimo que descubre el perpetrador con un hecho tan atroz, ya por los incalculables perjuicios que pueden seguirse al público, pues incendiada una casa puede quemarse gran parte de una poblacion ó toda ella, y lo mismo puede decirse de las mieses y montes. Por eso en todas las naciones se castiga severamente este crimen.

Segun la ley 9. tit. 10. Part. 7, si habiéndose confederado algunos para hacer alguna violencia pusiesen fuego ó lo mandasen poner para quemar casa ú otro edificio ó las mieses agenas, siendo hidalgos ú hombres honrados, debe imponérseles destierro perpetuo; pero si el incendiario ó incendiarios fuesen sugetos de mas baja condicion, habrán de ser quemados, siendo ademas todos ellos responsables, no solo à las penas que estan designadas contra los forzadores, sino al resarcimiento de daños y perjuicios. En el dia se impone al incendario la pena de

1 Parece que estas penas contra el derecho de propiedad serán las mismas que las impuestas arriba contra los que imprimen ó reimprimen sin licencia ó fraudulentamente, pues no se expresan otras ni en dicha circular ni en las leyes del título 16, libro 8, Novisima Recopilacion, donde se trata extensamente de las impresiones de libros Sin embargo lo que suele practicarse como pena mas analoga al delito es condenar al que hizo la impresion furtiva, en una multa y pérdida de los ejemplares impresos, para resarcir al propietario de la obra, cargándole ademas las costas.

muerte (esto es la de horca) con arreglo à la ley 5. tit. 15. lib. 12. Nov. Rec. que la prescribe por este delito, y la 7. tit. 21. lib. 12, manda que cualquiera que por matar à otro pusiere fuego en la casa, aun cuando aquel no muera, ademas de ser castigado con la pena corporal correspondiente, pierda la mitad de sus bienes para la Real Cámara. Si por no haberse probado completamente el delito, porque el Soberano se digne conmutar la pena de muerte en la de presidio, no debe destinarse al reo à ningun arsenal donde haya buques por temor de que repita en ellos su atentado (1). El soldado incendiario incurre en la pena de horca, y será ademas descuartizado si el incendio hubiere sido en lugar sagrado, casa ó sitio Real, cuartel donde hay tropa ó parque, ó almacen de víveres ó municiones (2). El incendiario doloso tiene ademas la pena espiritual de excomunion mayor *ipso jure*, cuya absolucion está reservada al Sumo Pontífice (3).

Si el fuego no se hubiere puesto maliciosamente, pero con todo causare daño por culpa de alguno, v. gr. si se hubiese encendido donde por fuerza del viento ó por la demasiada proximidad se comunicase á algun edificio, monte, mies ú otra materia combustible, estará obligado el causante à la indemnizacion del perjuicio que haya ocasionado (4) (*).

La causa de incendio malicioso se sustancia de oficio y por el orden regular, asi cuando se hace sin fuerza, como con ella ú otro exceso de mas grave calificacion, comprendiéndose en esta especie el de montes comunes altos y bajos, segun las Reales instrucciones expedidas al intento. Como regularmente la venganza es la causa impulsiva de este delito, se instaura la pesquisa por los motivos previos que la excitaron. A veces acompaña al incendio la sedicion ó tumulto, y entonces el delito es mas atroz, castigándose por consiguiente con mayores penas. A la atrocidad de este crimen se deniega el asilo de la iglesia.

INCESTO. Cométese este delito teniendo acceso carnal con parienta dentro del cuarto grado (5), con comadre, cuñada ó muger religiosa, y asimismo incurre en él la muger que conoce car-

1 *Real orden de 19 de abril de 1775.*

2 *Ordenanza del ejército*, trat. 8. tit. 10. art. 80.

3 Cap. *Tua nos de sentent ex commun.* cap. *Tum devotis*, 2. quæst. 2. y cap. *Conquæst. de sentent. excomunicat.* Ley 2. tit. 9 Part. 1.

4 Leyes 9. tit. 10, y 11. tit. 15. Part. 7.

* Para evitar los incendios en Madrid se han dado las mas acertadas disposiciones que pueden verse en la instruccion de 20 de noviembre de 1789, y bando de 8 del mismo mes de 1790.

5 La computacion de grados en este caso se ha de hacer segun el derecho canónico, y no segun el civil.

nalmente à hombre de distinta religion (1). Cuando este grave delito se comete sin contraer matrimonio, tienen los delincuentes igual pena que los adúlteros, segun la ley de Partida citada, à que se agrega por la ley tambien citada de la Recopilacion la confiscacion de la mitad de sus bienes para la Real Cámara. Pero cuando el incesto se comete por medio de matrimonio contraido con parienta dentro del cuarto grado sin la correspondiente licencia (2), si fuere hombre honrado el perpetrador, perderá la honra, será desterrado para siempre à una isla, y si no tuviere hijos legítimos de otro matrimonio, le serán confiscados todos sus bienes con aplicacion à la Real Cámara; y si fuere hombre vil, deberá ser azotado (3).

Segun la ley 2 de dicho título 18. Partida 7, cualquiera del pueblo puede acusar este delito; y el señor Vilanova en su obra citada, tomo 3.° página 215, dice que en el dia no se persigue de oficio el adulterio con incesto, ni el estupro complicado con él, à no ser que sea nefando, haya infamacion y nota tan grave, que no se comprometa el honor de la estuprada por el procedimiento judicial.

INFANTICIDIO. En general es toda muerte violenta dada à un niño; pero mas propiamente significa la que ejecutan los padres en la persona de sus hijos de tierna edad, ya poniendo directamente los medios para que muera, ya exponiéndolos en un monte ú otra parte donde es probable que peligre su vida. Los padres que cometen el crimen horrendo de matar à sus propios hijos incurren en la pena de *parricidas*: en cuanto à los que exponen sus hijos, véase el artículo *exposicion de parto*, y tambien el artículo *aborto*.

»La duda difícil de resolver, dice el señor Vizcaino en su *Código criminal*, tomo 1.° páginas 332 y siguientes, es cuando à una muger que ha concebido por acceso ilícito y criminal, se la halla recien parida con la criatura muerta, y se presume por algunos indicios que la ahogó despues de nacida para ocultar su fragilidad. En este caso ha de proceder el juez con el mayor cuidado y escrupulosidad, recogiendo la criatura y llamando dos

1 Leyes 1. tit. 18. Part. 7. y 1. tit. 29. lib. 12. Nov. Rec.

2 Segun el santo Concilio de Trento en el capítulo 5., sesion 24, el que contrae á sabiendas matrimonio dentro del cuarto grado sin la debida dispensa, á mas de ser separado de su consorte, quedaría excluido de la esperanza de conseguir aquella, quedando sujeto á las mismas penas, aun cuando lo hiciere por ignorancia, en caso que haya despreciado el cumplir con las solemnidades prescritas para la celebracion del matrimonio; pero si observadas estas se hallase despues algun impedimento que probablemente ignoró el contrayente, se podrá en tal caso dispensar con él mas fácilmente y de gracia

3 Ley 3. tit. 18. Part. 7.

médicos ó dos cirujanos los mas hábiles, ó un médico y un cirujano para que reconozcan inmediatamente la criatura, y haciendo con ella los experimentos que las dicten las reglas y autores de su profesion, declaren bajo de juramento si por ellas juzgan que nació muerta ó viva, ó si murió violentamente...

»Para que los cirujanos y médicos puedan instruirse de las señales que suelen concurrir cuando un infante ha nacido muerto, y cuando ha espirado luego que nació, los remito à las *Pandectas médico-legales* que escribió é imprimió en Francfort en el año de 1711 el Doctor Miguel Bernardo Valentini, médico y profesor, parte 2, sesion 7, *de infanticidiis*, donde trae veinticinco casos consultados à diversas universidades de Alemania, Guisena, Luca y otras. Una de las señales que trae es el observar si los pulmones del infante recien nacido echados en una porcion de agua que sea bastante capaz de sostenerlos (como en media vara de altura de agua por lo menos) sobrenadan, ó no: si se van al fondo es prueba de que nació muerto, y si nadan de que nació vivo y respiró. Mas este experimento puede ser falible, y por lo mismo pone otros, como si el cordon umbilical se ha desligado de la placenta, secundinas ó parias, como llaman vulgarmente, rompiéndose él por sí con violencia al caer; pues rompiéndose, es prueba de que la criatura estaba ya muerta antes de nacer.

»Pero à estas señales deben agregarse otras para no exponerse à que con su dictamen se condene à una jóven, que por seducciones importunas de un amante infiel à sus promesas por haber sido sacrificio de un amor incauto y sencillo, venga à ser victima de la justicia y de la infamia en un suplicio afrentoso.

»Todas estas experiencias solo deben hacerse ante la justicia, escribano y testigos, con la mayor prolijidad y precision, y los facultativos demostrarlas y dar las declaraciones de su dictamen, precedida la mayor meditacion y estudio de los autores que tratan de esta duda, porque de su resolucion pende la vida o la muerte de la acusada, supuesto que los jueces para proferir su sentencia se arreglan por lo comun à lo que han declarado los médices y cirujanos.

»Algunos de estos opinan que despues de bien certificados de que la criatura está muerta, se ha de hacer diseccion anatómica del corazon de ella, reconociendo los tres conductos por donde circula la sangre cuando el feto esté aun en el útero, que son el uno que llaman foramen oval, y está en el septomedio que divide los dos ventrículos del corazon: otro en la arteria magna:

otro en la vena cava: dicen que segun la opinion comun y ya constante entre los anatómicos, luego que nace la criatura se cierran aquellos tres conductos, y se hace la circulacion de la sangre por otros que van á los pulmones; de que infieren que si nació viva la criatura, se le hallarán cerrados los conductos referidos del corazon, arteria magna y vena cava, y si nació muerto los tendrá abiertos.

»Pero como en estas señales puede haber tanta falibilidad acerca de su inspeccion, deben concurrir con ellas otros indicios que persuadan al juez con certeza moral á que el infanticidio se cometió con deliberacion, para no equivocar los efectos del aturdimiento natural de una jóven vergonzosa, con los de la inhumanidad meditada."

INJURIA. La injuria puede hacerse de tres modos: de palabra, por escrito ó de hecho. Aqui solo se tratará de la verbal y real: y en cuanto à la de escritos, véase la palabra *libelo*. Es injuria real el hecho con que se vulnera la honra ó estimacion de un sugeto, ya se dirija contra la misma persona, ya contra sus cosas. Serán, pues, injurias reales el abofetear ó dar cualquier golpe que no llegue á calificarse de herida; pues entonces será delito de otra especie; la amenaza violenta levantando la mano ó haciendo alguna otra gestion semejante para insultar; el encarar á uno alguna arma de fuego; el encerrarle en su casa ú otro sitio sin autoridad de juez, maniatarle, hollarle ú oprimirle de otro modo; arrojar, pisar ó ensuciar sus cosas, ó despojarle de la posesion de ellas; poner á las ventanas ó puertas de su casa cuernos ú otros signos de alusion injuriosa; en suma, cualquiera accion que cause conocido agravio á otro. Como son tan diversas estas injurias reales, y unas mas ó menos graves que otras, no es posible dar una regla general acerca del modo con que deben castigarse. Asi que las penas son en estos casos arbitrarias, y las regula prudentemente el juez con respecto á la edad y circunstancias de la persona injuriante y las de la injuriada (1).

Tambien pertenece á esta clase de injurias reales el insulto hecho á un soldado estando de centinela, ya acometiéndole con arma blanca, ya apuntándole con arma de fuego, ó dándole golpes con la mano, ó bien con palo ó piedra. Este es un delito

(1) En las leyes 4 y 5, y señaladamente en la 6 del título 9, Partida 7, se especifican muchas injurias de hecho, y acerca de la pena, dice dicha ley 6 al fin lo siguiente: "En cualquiera destas maneras sobredichas, ó en otra semejante de ellas que un home ficiere a otro desbonra, es tenudo de facer enmienda á bien vista del juzgador del lugar."

muy grave que se juzga y sentencia en consejo de guerra, aunque el ofensor sea paisano, y se castiga con pena de muerte segun el artículo 2, título 10, tratado 8 de las *Ordenanzas del ejército*. Asimismo se castiga con severidad el mal trato de palabra hecho al centinela, á quien ni los mismos oficiales pueden entonces castigar ni reprender con palabras injuriosas, siendo preciso para castigarle ó corregirle, relevarle primero.

Las injurias reales pueden tambien ser trascendentales á los muertos, por ejemplo, si se les despoja de sus mortajas ó insignias, se desentierran ó remueven sus huesos &c.; en cuyos casos corresponde á su heredero accion para vindicarlas, véase el artículo *desenterrar ó exhumar un cadáver*.

En cuanto á la pena de las injurias verbales, estan mas terminantes las leyes: la 4. tit. 25. lib. 12. Nov. Rec., previene que el que denostare à su padre ó madre en presencia ó ausencia, siéndole probado, ademas de incurrir en las penas que prescriben las leyes de Partida (1), sufra veinte dias de cárcel, ó pague al padre ó madre injuriada seis mil maravedises á eleccion de estos; y de estos seis mil maravedises sean dos mil para el acusador.

Segun la ley 1.ª del mismo título, el que llamare á alguno gafo ó leproso, sodomítico, cornudo, traidor, herege, ó á muger casada *puta*, que son las palabras llamadas mayores ó de la ley, ha de ser multado en mil docientos maravedises, la mitad para la Real Cámara, y la otra mitad para el querelloso; debiendo ademas desdecirse si fuere plebeyo; y si noble, no ha de ser condenado á que se desdiga, pero en lugar de esto pagará dos mil maravedises. El que tratare con desprecio al recien convertido á la religion católica, llamándole *marrano* ó tornadizo, ú otro nombre alusivo á que es cristiano nuevo, deberá pagar segun la misma ley veinte mil maravedises, mitad para la Real Cámara, y mitad para el querelloso; y si no los tuviere, pague lo que pueda, y téngasele un año en el cepo; pero si antes de este tiempo pudiese pagar, suéltesele de la prision.

La ley 2.ª del mismo título previene que por otras palabras no tan injuriosas como las referidas, pague el injuriante á la Real Cámara docientos maravedises, pudiéndole sin embargo dar el juez mayor pena, segun la calidad de la persona y de las injurias.

En la ley 11. cap. 3. tit. 16. lib. 12. Nov. Rec. se previene tambien lo siguiente: »Prohibo á todos mis vasallos de cualquier estado, clase y condicion que sean que llamen á los re-

1 Son las leyes 4. tit. 7. Part. 6, y 1, 6, 20 y 21. tit. 9. Part. 7.

feridos (1) con las voces de gitanos ó castellanos nuevos, bajo las penas de los que injurien á otros de palabra ó por escrito.

Nótese que en las injurias de palabras, si el que injurió quisiere probar que es cierto lo que ha dicho, se le admitirá la prueba en el caso que interese al bien público que lo dicho se sepa; pero sino interesa al público, no se admite prueba, y de consiguiente incurre el injuriante en la pena, aun cuando sea cierto; pues ninguno tiene derecho para insultar à otro. En este sentido se ha de entender la ley 1. tit. 9. Part. 7. (2).

Segun la ley 22. tit. 9. Part. 7. la accion de injuria solo se puede intentar dentro de un año; pues pasado este se entiende perdonada aquella, ó se presume que no se tuvo por deshonrado.

JUEGOS PROHIBIDOS: véase DIVERSIONES.

JURAMENTOS: véase BLASFEMIA.

L.

LADRONES: véase HURTO.

LESA MAGESTAD HUMANA. Este es uno de los mas atroces delitos, por la augusta persona contra quien se dirige. La ley 1. tit. 2. Part. 7. le llama traicion, definiéndole de este modo: *Yerro que face home contra la persona del Rey*; y se comete segun la misma ley: y la 1. tit. 7. lib. 12. Nov. Rec. de los catorce modos siguientes. 1.° Si alguno tratase y procurase dar muerte á su Rey, quitarle la honra de su dignidad, trabajando con enemiga que otro sea Rey, ó que su señor sea despojado ó privado del reino. 2.° Si alguno se pasa á los enemigos para hacer guerra ó mal á su Rey natural ó á su reino, ó les ayuda de hecho ó de consejo, ó les escribe cartas, ò envia noticias por alguno, manifestándoles ó aconsejándoles alguna cosa contra el Rey, ò en daño de la tierra. 3.° Si alguno procurase y trabajase de hecho ò de consejo en que alguna tierra ò provincia, ò gente de la obediencia y vasallage de su Rey se levantase contra él, ò que no le obedezca como antes solia. 4.° Cuando algun Rey ò senor de alguna tierra, que está fuera de su señorío, quisiere dar al Rey aquella tierra donde es señor, y obedecerle ò hacerse su tributario, y alguno de los de su señorío lo estorba-

1 Esto es á los que fueron conocidos con el nombre de gitanos, y se hallan ya reducidos á vida civil y cristiana.

2 Véase á Greg. Lop. en la glos. 7. de dicha ley. Nota del Doctor Palacios en el artículo *injuria*, en las *Instituciones del Derecho Real de Castilla* por los señores Asso y Manuel, tom. 2. pag. 181.

se de hecho, ó aconsejándole que no lo haga. 5.° Cuando el que tiene castillo, villa ó fortaleza por el Rey, se levanta con él ó lo entrega á los enemigos, ó lo pierde por su culpa ó por dejarse engañar. Este mismo yerro y delito cometeria el rico hombre ó grande de España, caballero ú otro cualquiera que abasteciese con viandas ó comestibles y víveres, ó proveyese de armas algun lugar fuerte para guerrear y pelear contra el Rey ó contra la utilidad comun de la tierra ó provincia, ó si entregase otra ciudad, villa ó castillo, aunque no lo tuviese por el Rey. 6.° Si alguno se separase del Rey en la batalla, ó se pasase á los enemigos ó á otra parte, ó se ausentase del ejército, desertando de él sin mandado del Rey antes del tiempo que debia servir, ó levantase el campo, ó comenzase á lidiar con los enemigos fingidamente, sin mandado del Rey ó sin su noticia, porque los enemigos le hiciesen prender, ó algun daño ó deshonra, estando el Rey asegurado, ó si descubriese á los enemigos los secretos del Rey en daño de este. 7.° Si alguno promoviese ó hiciese bullicio, asonada ó levantamiento en el reino, haciendo juras ó cofradías de caballeros ó de villas contra el Rey, de que provenga daño á este ó á la provincia ó reino. 8.° Si alguien matase á alguno de los adelantados mayores ó consejeros, ó caballeros que estan dedicados á guardar la persona del Rey, ó á alguno de los jueces puestos para hacer justicia en la Corte. 9.° Cuando el Rey da carta de seguridad á algun hombre señaladamente, ó á los vecinos de algun lugar ó provincia sobre alguna cosa, y se la quebrantan otros vasallos, matando, hiriendo ó deshonrándolos contra la prohibicion Real, excepto si lo hiciesen por miedo, por defender su persona ó sus bienes. 10. Cuando algunos hombres se dan por rehenes al Rey, y algun vasallo los mata á todos ó á algunos de ellos, ó los hace huir del reino. 11. Cuando alguno es acusado ó retado sobre hecho de traicion, y otro le suelta, ó le aconseja ó le estimula á que se vaya. 12. Si el Rey priva de oficio á alguno, y pone en su lugar otro, y el depuesto lo resiste, y no obedece ni admite al nuevo nombrado en su lugar. 13. Cuando alguno quebranta, rompe ó derriba maliciosamente alguna imagen ó estatua, que fue puesta en algun lugar por representacion del Rey, ó en honor suyo. 14. Cuando alguno hace falsa moneda ó falsea los sellos del Rey.

De las expresadas especies de traicion hay unas mas graves que otras, y por eso los delitos de lesa Magestad se consideran de primero y segundo orden. Dícense de primer orden cuando se trata de quitar la vida al Soberano, ó destronarle y usurparle

la soberanía que legítimamente le corresponde; y se llaman de segundo orden todos los demas.

El que hiciese traicion al Rey ò à la patria por alguno de los modos referidos, es aleve, incurre en pena de muerte, se le confiscan todos sus bienes, excepto la dote de su muger, y sus deudas anteriores al dia en que tuvo principio la traicion, y pierde la hidalgía, incurriendo el que acoje al traidor, á sabiendas, en perdimiento de la mitad de sus bienes (1). Ademas de esto los hijos de los traidores incurren en infamia perpetua, de manera que no pueden tener honra de caballería, dignidad ni oficio público, ni heredar à pariente ò extraño, ni percibir legados (2). Acevedo comentando la ley 2. tit. 7. lib. 12. Nov. Rec., y apoyándose en el dictamen de Gregorio Lopez (3), es de parecer que la pena de quedar infamados los hijos, debe limitarse á las dos especies de traiciones que se especifican en la ley 3. de dicho tit. 2. Part. 7, esto es, las que se cometen directamente contra la persona del Rey ó contra la pro comunal de la tierra, en cuyos solos casos puede, segun la misma ley, empezarse la acusacion aun despues de la muerte del reo; y si su heredero no pudiese defenderla, quedará tambien este infamado y confiscados sus bienes.

Tambien es delito de lesa Magestad ó contra el Soberano el blasfemar ò decir palabras injuriosas contra el Rey, su Real Estado ó las personas Reales. Acerca de la pena con que ha de castigarse, dispone lo siguiente la ley 2. tit. 1. lib. 3. Nov. Rec. Si el delincuente » fuere hombre de mayor guisa y estado, que sea luego preso por la justicia donde esto acaeciere, y nos le envien preso donde quier que Nos seamos, porque le mandemos dar la pena que entendiéremos que merece; y si fuere hombre de ciudad ò villa, de cualquier ley ò estado ò condicion que sea, si hijos oviere de bendicion, que pierda la mitad de sus bienes para la nuestra Cámara, y la otra mitad que sea para sus hijos; y si hijos no oviere, que pierda todos sus bienes, las dos partes para la nuestra Cámara, y la otra tercia parte para el acusador; y estos bienes que asi se perdieren, se entiendan sacadas las deudas, y sacado el dote y arras de su muger; y si el que asi blasfemare fuese conde ó rico hombre, ò caballero, ò escudero ú otro hombre de gran guisa, que la nuestra justicia del lugar donde esto acaesciere haga pesquisa sobre ello, y nos

1 Leyes 2. tit. 2. Part. 7, y 1, 2 y 3. tit. 7. lib. 12. Nov. Rec.

2 Dicha ley 2 tit. 2. Part 7.

3 En la glosa 5 de la misma ley 2.

envie á hacer relacion de ello, porque Nos le mandamos castigar y escarmentar. Y otrosí (1) rogamos y mandamos á los prelados de nuestros reinos que si algun fraile, ò clérigo, ò ermitaño, ù otro religioso dijere alguna cosa de las sobredichas, que lo prendan, y nos lo envien preso ò recaudado. Y quien dice mal de Nos ò de alguno de Nos ò de nuestros hijos, es alevoso por ello, y la mitad de sus bienes son para la nuestra Cámara, y el cuerpo á la nuestra merced."

Segun las ordenanzas del ejército, el militar infidente que tiene con los enemigos inteligencia ò correspondencia en cualquier puesto, ò les revela el santo, la seña ò contraseña, ú orden reservada que tuviere, incurre en pena de muerte; como tambien es castigado corporalmente el que descubra el secreto à persona que no sea de los enemigos, segun el perjuicio que pueda seguirse (2).

El oficial que no defendiere en cuanto sea posible la plaza, fuerte ò puesto que estuviere á su cargo, queda privado del empleo, ampliándose la pena hasta la capital, despues de degradado, si la defensa fuere tan corta que entregue la plaza indecorosamente (3).

En Real orden de 9 de octubre de 1824, se declaran reos de lesa Magestad los que desde el 1.° de octubre de 1823 se hayan declarado, y los que en lo sucesivo se declaren con armas ò con hechos de cualquiera clase, enemigos de los legítimos derechos del trono, ò partidarios de la Constitucion, y otros de que allí se habla, bajo la pena de muerte.

LIBELO INFAMATORIO. Llámase asi cualquier escrito, sea en prosa ò verso, con nombre de autor ò sin él, dirigido á ofender el honor ò la reputacion agena. La ley 3. tit. 9. Part. 7, tratando de la pena que merece este delito, dispone que si en el libelo se atribuye á uno alguna mala accion ò delito por el cual, si le fuese probado, incurriria en pena de muerte, destierro ú otra; que sufra la misma el autor del libelo. Manda asimismo que cualquiera que encuentre el libelo le rompa luego sin mostrarle á nadie; y sino lo hiciere, incurra en la misma pena que su autor. Ademas dispone que el que cantare alguna cancion ò recitare versos denostando á otro, debe ser infamado, y ademas recibir pena corporal ó pecuniaria à arbitrio prudente del juez de

1 Este capítulo ó parte de la ley se inserta y manda observar en Real decreto de 14 de setiembre de 1766 (que es la ley 7. tit 8. lib. 1. Nov. Rec.) y consiguiente cédula de 18 del mismo.

2 *Orden. del ejército*, trat. 8. tit. 10. art. 45.

3 La misma orden. dicho trat. tit. 7. art. 2.

aquel pueblo donde acaeciere. Ultimamente ordena que aun cuando el libelista se ofrezca á probar ser cierto lo que ha dicho, no debe ser oido, porque segun dice la ley: »el mal que los homes dicen unos á otros por escripto ò por rimas, es peor que aquel que dicen dotra guisa por palabra, porque dura la remembranza della para siempre si la escritura non se pierde; mas lo que es dicho dotra guisa por palabra, olvídase mas aína." Acerca de los libelos dirigidos contra el gobierno, véase la palabra *pasquines*.

LIBREAS. Está prohibido á los cocheros, lacayos, volantes ù otros criados de librea, llevar en ella galones de oro ó plata: tampoco pueden usar en los hombros charreteras de oro, plata ni seda, ni alamares de cualquier género que sean, so pena de perder la librea el dueño de ella, y otras mayores en caso de reincidencia, segun la clase, calidad y circunstancias de los contraventores (1). La misma ley prohibe á los referidos criados de librea usar ni llevar á la cintura ó en otra forma, sables, cuchillos ù otro género de armas, pena á los nobles de seis años de presidio, y á los plebeyos los mismos de arsenales.

LOTERÍAS. Con el objeto de evitar la extraccion perjudicial del dinero del reino, está prohibido en él el uso de loterías extrangeras ú otra cualquiera que no esté establecida por la Real Hacienda: los que reciban, beneficien ó esparzan billetes ó pagarés de tales loterías prohibidas, incurren en la multa de quinientos ducados por primera vez; mil por la segunda, y cuatro años de presidio, ademas de otros mil ducados por la tercera (2).

LUTOS. A fin de evitar los excesos en cuanto al uso de ellos, se prescriben varias reglas en la ley 2. tit. 13. lib. 6. Nov. Rec., imponiendo la pena de diez mil maravedises de multa al que contravenga á aquellas disposiciones, como tambien al que use coche negro ó de luto.

M.

MALTRATAMIENTO del marido á la muger. Este es un delito demasiado frecuente, por desgracia, y con especialidad entre personas de mala educacion. Por lo comun el juez no procede de oficio á averiguar las demasías ó excesivo rigor del ma-

1 Ley 19. tit. 13. lib. 6. Nov. Rec.
2 Ley 18. not. 12 y 13. tit. 23. lib. 12. Nov. Rec.

rido, á menos que sea tan público y de tal gravedad que escandalice al pueblo, ó se conozca que la muger, poseida del terror, no se atreve à quejarse de unas ofensas que sabe el público y excitan su compasion. En este caso, ó en el de quejarse la muger, toma el juez conocimiento, empezando por amonestaciones ó preceptos verbales para contener el desenfreno del marido; y si esto no basta, continuando él en sus excesos, ó si desde el principio hubo heridas, efusion de sangre, uso de armas ù otra circunstancia agravante; entonces toma el juez mas pleno conocimiento, se forma causa con acusacion y cargos, y se sentencia condenando al marido á la pena que merezca, segun la mayor ó menor gravedad de los excesos, en lo cual no se puede dar regla fija.

A este propósito debe saberse que el juez cumplirá con uno de los deberes de su oficio, procurando conciliar por todos medios los matrimonios desavenidos (1), asi como debe hacer que se reunan los que esten separados sin la debida autorizacion, como se previene por las leyes, y últimamente por el Real decreto que se citó en el artículo *Escándalo público*.

MASCARAS: véase DIVERSIONES.

MATRIMONIO CLANDESTINO. Llámase asi el que habiéndose contraido sin las debidas solemnidades, no se entiende celebrado en presencia de la iglesia, sino como á escondidas. Este matrimonio reprobado es un grave delito, y los contraventores son castigados con perdimiento de todos sus bienes, y destierro perpetuo del reino, al que no pueden volver bajo pena de muerte; entendiéndose lo mismo respecto de los que fueren testigos ó intervinieren en el matrimonio clandestino (2); y ademas de esto la clandestinidad es causa de exheredacion. Por el santo Concilio de Trento se declaran nulos é inválidos dichos matrimonios (3); imponiendo al mismo tiempo graves penas á los contrayentes, al sacerdote que lo efectuare, y á los que concurrieren á su celebracion.

Acerca de las solemnidades que se requieren para contraer debidamente el matrimonio, véase el tomo 1.° de esta obra, página 16 y siguientes.

MOHATRA: véase USURA.

MONEDA FALSA: véase FALSEDAD.

MONOPOLIO. Comételse este de varios modos, y los mas

1 *Real Instruccion de Corregidores de 15 de mayo de* 1788.

2 Ley 5. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

3 *Concil. Trident. sess.* 24. *cap.* 1. *de reformat.*

comunes son los siguientes. Cuando los individuos de un cuerpo hacen convenio entre sí de no vender mas baratos, sino á ciertos precios los géneros suyos; cuando algunos conciertan no llevar provisiones á cierta plaza, ò impedir que se lleven, á fin de que otro sugeto haga mejor negocio, ò ellos logren el suyo; cuando los artifices se convienen en no enseñar á nadie su arte ù oficio sino á los suyos ò á señaladas personas, ò fijan por su enseñanza un precio sumamente inmoderado; cuando se concierta entre los vecinos y dueños de las casas subir el precio de los alquileres, y arreglarse todos á esta subida; cuando los trabajadores del campo, artistas ò menestrales se confederan para no trabajar sino por cierto estipendio; cuando los mercaderes se unen, y de comun acuerdo tratan de vender sus mercaderías ò hacer sus acopios á un mismo precio, con pacto de no alterarle ni variarle; cuando todos ó la mayor parte de los postores en alguna almoneda se confederan sacando uno solo el remate para dar parte á los demas confederados; cuando se estipula entre ellos no vender hasta que alternativamente los otros vendan primero; cuando los comerciantes compran todo el género existente en un pueblo, y lo estancan, por decirlo asi, ò interceptan y embargan á los que vienen de fuera para su abasto y provision (1).

La pena impuesta por la ley de Partida (2) contra el monopolio, es la confiscacion de todos los bienes del monopolista, y destierro perpetuo del pueblo de su domicilio; previniendo ademas que los jueces que consientan los monopolios ò no los deshagan despues de hechos, sabiéndolo, paguen al fisco cincuenta libras de oro.

MOTIN: véase SEDICION.

MUGERES PÚBLICAS: véase PROSTITUCION.

MUTILACION: véase HERIDAS Y CASTRAMIENTO.

N.

NOMBRE. Es delito mudarle en perjuicio de otros, y hay caso en que se castiga con pena capital. Véase el artículo FALSEDAD.

1 Acevedo en la ley 4 tit. 14. lib. 8. num. 9.
Rec. Urtaya *Instit. crim.* lib. 2. tit. 4.

2 *Ley* 2. tit. 7. Part. 5.

O.

OSCULO INVOLUNTARIO. Una de las mayores ofensas que pueden hacerse á una muger honrada, es la de besarla contra su voluntad, mayormente si es en algun parage donde pueda haber testigos de este desacato, y padecer mengua su reputacion. Castígase este delito con penas arbitrarias, segun la mayor ó menor gravedad de las circunstancias, á saber: el lugar, la calidad ò condicion de la besada, el perjuicio que haya podido seguirse á su honor, la intencion del agresor, pues si lo hizo con el fin siniestro de impedir que se casara con otro, seria mucho mas criminal que ejecutándolo á impulsos de un amoroso deseo &c. El señor Vilanova dice que si el ósculo se diere en lugar público, y las circunstancias fueren agravantes, se podrán imponer las penas de destierro, presidio y otras corporales hasta la capital inclusive (1); pero en apoyo de esto no cita ley alguna, ni parece conforme á razon que el ósculo se castigue en caso alguno con la pena de muerte, cuando por el estupro, que es mucho mayor delito, no se incurre en ella, sino en algun caso extraordinario, como puede verse en aquel artículo. Lo mas acertado en mi entender seria, que asi como en el caso de robar ó forzar uno á una muger, todos los bienes del forzador se aplican á los padres de la robada, segun una ley de Partida (2), asi por el ósculo violento se aplicase parte de dichos bienes á la agraviada, por via de resarcimiento, sin perjuicio de castigar ademas al agresor con prision ò destierro, concurriendo circunstancias agravantes de escándalo público, notable desdoro por la calidad de la persona &c.

P.

PALABRAS OBSCENAS. Por pragmática del señor Don Felipe II de 15 de julio de 1564 (ley 6. tit. 25. lib. 12. Nov. Rec.) se prohibió decir ò cantar cosas deshonestas, pena de cien azotes y destierro por un año del pueblo, la cual no está ya en uso. En el bando publicado en Madrid el 2 de mayo y 3 de noviembre de 1789 (que es la ley 14. tit. 19. lib. 3. Nov. Rec.) se dice lo siguiente: »Siendo intolerable el abuso que se nota de la facili-

1 *Tratado universal teórico-práctico de los delitos y delincuentes*, tom. 2. pag. 444.

2 Ley 3. tit. 20. Part. 7.

dad con que muchas gentes sin educacion profieren por las calles públicas palabras escandalosas y obscenas acompañadas de acciones indecentes, para evitar uno y otro mando que ninguna persona de cualquier estado, edad ó calidad que sea, profiera en las calles ni en otra parte palabras escandalosas ni obscenas, ni haga acciones indecentes con ningun motivo ni pretexto, antes bien guarden toda moderacion y compostura; pena á los contraventores que se les destinará á las obras públicas por quince dias, y si fueren mugeres por quince dias á San Fernando, cuyas penas se agravarán en caso de reincidencia." Convendria tal vez generalizar esta disposicion, pues á la verdad es grande la relajacion que suele haber en este punto, y la moral pública se resiente de semejantes infracciones tan contrarias por otra parte al decoro.

En el bando que de orden de la Sala se publica en Madrid todos los años, prohibiendo las obscenidades y demas desórdenes que suelen cometerse en las noches de San Juan y San Pedro, se amenaza con la pena de ser destinado por ocho años á las armas al que provoque ó insulte en dichas noches ú otra cualquiera á alguna persona con expresiones lascivas, ó cometa acciones indecentes y demostraciones impuras, y siendo muger á San Fernando, por el tiempo que estime la Sala.

PARRICIDIO. Este es uno de los delitos mas execrables, y le comete el que mata á su padre ó madre. La ley de Partida (1) daba mucha extension á este delito, pues consideraba tambien como parricida al que mataba á cualquiera de sus descendientes, ó al contrario, alguno de estos á sus ascendientes: al matador de su hermano ó hermana, tio ó sobrino, suegro ó suegra, yerno ó nuera, padrastro ó madrastra, entenado ó entenada; como tambien al marido matador de su muger, y al contrario; y al liberto que era homicida de aquel que le dió libertad. Asimismo castigaba con la pena de parricida á cualquiera, fuese pariente ó extraño, que con obras ó consejos contribuyese al homicidio de las referidas personas. El parricidio cometido de intento con armas ó yerbas, manifiesta ú ocultamente, se castigaba, segun la ley citada de Partida, azotando primero al delincuente, despues de lo cual se le metia en un saco de cuero con un perro, un gallo, una culebra y un mono, y cosido aquel por la boca, se le arrojaba al mar ó al rio mas cercano al pueblo donde se habia cometido el delito. En el dia no está en práctica

1 Ley 17. tit. 8. Part. 7.

esta pena, y solo se ejecuta una ceremonia que la recuerda, pues ahorcado el reo se mete el cadaver en una cuba donde estan pintados los referidos animales, se hace el ademan de arrojarle al rio, y luego se le da sepultura eclesiástica.

PARTO FINGIDO: vease el artículo FALSEDAD al fin.

PASQUINES. Llámanse asi los escritos sediciosos que regularmente se fijan en las esquinas ó cantones. Acerca de ellos dice lo siguiente la Real pragmática de 17 de abril de 1774, en los artículos 4 y 5 (ley 5. tit. 11. lib. 12. Nov. Rec.) »La premeditada malicia de los delincuentes bulliciosos suele preparar sus crueles intenciones con pasquines y papeles sediciosos, ya fijándolos en puestos públicos, ya distribuyéndolos cautelosamente con el fin de preocupar bajo pretextos falsos y aparentes los ánimos de los incautos. Las justicias estarán muy atentas y vigilantes para ocurrir con tiempo á detener y cortar sus perniciosas consecuencias; procederán contra los expendedores y demas cómplices en este delito formándoles causa, y oidas sus defensas les impondrán las penas establecidas por derecho."

»Declaro cómplices en la expendicion á todos los que copiasen, leyesen ú oyesen leer semejantes papeles sediciosos sin dar prontamente cuenta á las justicias: y para su seguridad, siempre que quieran no sonar en los autos que se hagan, se pondrán sus nombres en testimonio reservado, de modo que no consten del proceso; todo lo cual se entiende sin perjuicio de proceder á la averiguacion de sus autores." Y en la ley 8. tit. 25. lib. 12. Nov. Rec. se previene, que todos los que tuvieren pasquines ú otros papeles injuriosos á personas públicas ó particulares, los entreguen al alcalde del cuartel ó al mas cercano (1), en el término preciso de veinticuatro horas, averiguándose por la sala, corregidor y tenientes cualquier contravencion que hubiere, y manteniéndose en secreto el nombre del delator en testimonio separado; en inteligencia de que á los contraventores se les castigará irremisiblemente conforme al rigor de las leyes, procediéndose á prevencion por los alcaldes y tenientes á su prision, y á formar la causa, dándose cuenta de todo al presidente del Consejo." Véase el artículo LESA MAGESTAD.

PECULADO, véase DEFRAUDACION.

PERJURIO. Incurren en este delito las personas siguientes.

1 Como esta Real disposicion solo se refiere á Madrid, debera entenderse que en los demas pueblos habrán de entregarse dichos papeles á la justicia.

1.° El que quebranta el juramento que hizo en algun contrato para obligarse mas bien á su cumplimiento; cuya pena es la de perder todos sus bienes para la Real Cámara, segun la ley 2. tit. 6. lib. 12. Nov. Rec. (*). 2.° El que como testigo jura en falso, acerca del cual véase el artículo *Calumnia*, donde se especifican las penas impuestas contra los testigos falsos. 3.° El litigante que falta á la verdad, cuando se le examina judicialmente bajo juramento. A este y al que falta á algun contrato jurado, suele castigarse con multa, prision ó destierro, en la cantidad ó por el tiempo que parece proporcionado, segun la gravedad ó calidad de la mentira.

PLAGIO. Consiste este delito en sonsacar ó hurtar los hijos ó siervos agenos, ya para servirse de ellos como esclavos, ya para venderlos en paises extraños ó de enemigos. La ley 22. tit. 14. Part. 7. impone al culpable de este delito la pena de trabajar por siempre en las obras públicas, si fuere noble, y si plebeyo la del último suplicio. En las mismas penas incurren segun dicha ley los que dan ó venden hombres libres, y los que los compran ó reciben sabiendo que lo son, con ánimo de servirse de ellos como de siervos ó de venderlos.

POLIGAMIA. Llámase asi el estado del hombre que se halla casado á un tiempo con dos ó mas mugeres, ó de la muger que lo está en iguales términos con dos ó mas hombres. Es este un delito muy grave, que se castiga segun la ley (1) con la pena de vergüenza pública, y diez años de galeras. Corresponde el conocimiento de estas causas á la justicia Real ordinaria, ó la militar, si fuese el delincuente de su fuero (2). Mas por cuanto el bígamo ó poligamo ofende tambien á la jurisdiccion eclesiástica, engañando al párroco maliciosamente para que asista al segundo matrimonio nulo; sobre esta nulidad conoce la misma, como tambien del delito que puede haber en la mala creencia del sacramento, sin embarazar á la Real en lo que es privativo de sus atribuciones (3).

PREVARICATO. Incurren en este delito el abogado y procurador que contraviniendo á la fidelidad que deben á su cliente, favorecen al litigante contrario, lo cual suele hacerce por

* En la práctica no se observa esta pena, sino que se obliga al infractor á cumplir el contrato, segun observa el Doctor Palacios en una nota al lib. 2. tit. 20. de las *Instituciones del derecho civil de Castilla*, por los señores Asso y Manuel, palabra *perjuro*.

1 Ley 9. tit. 28. lib. 12. Nov. Rec.
2 Ley 10 del mismo título.
3 Nota á dicha ley 10.

interes. Este engaño tan perjudicial á la recta administracion de justicia, es una especie de falsedad ó de traicion, como dice la ley 11. tit. 16. Par. 7, y se castiga con destierro perpetuo y confiscacion de todos los bienes, no habiendo descendientes ni ascendientes dentro del tercer grado que tengan derecho á la herencia del culpable. Con igual pena se castiga al abogado que á sabiendas alega leyes falsas en los pleitos (1). Finalmente por una ley de la Novísima Recopilacion (2) se halla dispuesto, que el abogado que por malicia, culpa, negligencia ó impericia cause perjuicios y costas á su cliente, ya en primera instancia ó en las ulteriores, lo pague todo duplicado.

PROSTITUCION. Es el tráfico vergonzoso que hace una muger entregándose á cualquier hombre por cierto estipendio. La ley 8. tit. 26. lib. 12. Nov. Rec. dispone lo siguiente acerca de las mugeres públicas. »Por diferentes órdenes tengo mandado se procuren recoger las mugeres perdidas; y echo menos que en las relaciones que se me remiten por los alcaldes no se me da cuenta de como se ejecuta; y porque tengo entendido que cada dia crece el número de ellas, de que se ocasionan muchos escándalos y perjuicios á la causa pública, dareis orden á los alcaldes que cada uno en sus cuarteles cuide de recogerlas, visitando las posadas donde viven; y que las que se hallaren solteras y sin oficio en ellas, y todas las que se encontraren en mi palacio, plazuelas y calles públicas de la misma calidad, se prendan y lleven á la casa de la galera, donde esten el tiempo que pareciere conveniente; y de lo que cada uno obrare me dé cuenta en las relaciones que de aqui adelante hicieren con toda distincion (*)."

Estan prohibidos en España los lupanares ó casas de prostitucion, y las justicias que lo consientan incurren en la pena de privacion de sus oficios y en la de cincuenta mil maravedises, aplicados por terceras partes á la Cámara, juez y denunciador (3).

Nótese que aun cuando una ramera quede embarazada de alguno, no puede quejarse de él ni pretender indemnizacion, pues no le imponen pena alguna las leyes.

1 Leyes 1 y 6. tit. 7. Part. 7.

2 Ley 9. tit. 22. lib. 5. Nov. Rec.

* En auto acordado del Consejo de 24 de mayo de 1704, se mandó que los alcaldes de Corte recojan y pongan en la galera las mugeres mundanas que asisten en los paseos públicos, causando nota y escándalo. Nota á dicha ley 8.

3 Ley 7. tit. 26. lib. 12. Nov. Rec.

R.

RAPTO DE DONCELLA, MONJA, VIUDA DE BUENA FAMA, Ó CASADA. Incurre en este gravísimo delito el que violentamente roba á una de dichas mugeres con el fin de corromperla ó para otro perverso designio. En el título 20 de la Partida 7, donde se trata de este crimen, no se hace distincion entre el que fuerza á una muger sin llevársela, y el que la roba para tan depravado intento, imponiendo á uno y otro delincuente las mismas penas. Sin embargo hay grande diferencia de forzar á una muger en su casa, y arrebatarla del seno de su familia para consumar en otra parte tan atroz delito. En esta última violencia hay realmente dos crímenes á cual mas detestable, uno es el robo de la persona, que por sí solo es digno del mayor castigo por las gravísimas consecuencias que pueden seguirse á la causa pública; otro es la violacion del honor de la persona ofendida, y cuya perpetracion no ofende tan directamente á la sociedad como el rapto que puede ocasionar alborotos, conmociones públicas, y aun guerras como la de Troya por el robo de Helena, y la que tuvieron los romanos por el rapto de las sabinas. Aun en el mismo rapto puede haber mayor ó menor gravedad, pues el que roba una monja ó una casada, comete sin duda mayor delito que el que se lleva á una viuda. Asi pues parece que convendría castigar mas gravemente al robador y forzador juntamente, que al mero forzador sin rapto. La ley 3 de dicho título 20, Partida 7, impone á uno y otro la pena de muerte y perdimiento de bienes, que se aplican á la forzada ó robada; pero si esta se casare voluntariamente con el agresor, pasarán los bienes de este á los padres de la robada, siempre que no hubieren consentido en el rapto ni en el casamiento, pues si se probare su consentimiento, entonces pertenecerán los bienes á la Cámara del Rey, exceptuando la dote de la muger y las deudas contraidas por el delincuente hasta el dia que se dió contra él la sentencia. Lo mismo se entiende del que roba á su esposa futura. Si la robada fuere monja, pasan los bienes al monasterio, y se castiga con pena de muerte al raptor.

Aunque dichas penas no estan derogadas por ley posterior, se ha conmutado la de muerte en presidio ó galeras segun la práctica del dia, excepto en el rapto de monja, por la razon que se dijo en el artículo *Fuerzas*; bien que segun la distincion hecha en el párrafo anterior, siempre deberá ser mayor el cas-

tigo cuando concurre el rapto con la violacion del honor.

Si la robada consiente en el rapto por promesas, artificios ó alhagos del seductor, se llama entonces *rapto de seduccion*, el cual, aunque á primera vista parece menos vituperable, sin embargo no han faltado legisladores que le han castigado aun con mayor severidad que el violento, fundándose sin duda en que el seductor procede mas á su salvo, y sin el peligro á que se expone el robador violento, contra quien pueden tomarse precauciones ó pedirse auxilio.

REBELION: véase LESA MAGESTAD Y SEDICION.

REGATONERIA. Llámase asi el ejercicio de los que compran comestibles para venderlos á precios altos con perjuicio del público; lo cual consideran nuestras leyes como un delito, y de bastante gravedad, pues por la ley 8. tit. 17. lib. 3. Nov. Rec. se impone á los regatones de la Corte que compren las provisiones destinadas para ella, la rigorosa pena de cien azotes; bien que ya no está en uso, y se les castiga con penas pecuniarias, destierro ó vergüenza pública, segun las circunstancias. Por la ley 15 del mismo título se prohibe á los tratantes, chalanes y regatones el atravesar ó comprar géneros comestibles, bajo la pena de vergüenza pública, seis años de destierro de la Corte y veinte leguas en contorno, y doscientos ducados de multa. Por otra ley (que es la 4. tit. 7. lib. 9. Nov. Rec.) se prohibe comprar carnes vivas para revender en las ferias y mercados en que se compran, so pena de ser los contraventores desterrados del reino por cinco años, perdiendo ademas el ganado que compren, y la mitad de todos sus bienes. Ultimamente por Real orden de 29 de abril de 1804 se mandó restablecer el uso de la argolla en Madrid para los regatones de todas clases. Estas rígidas providencias han tenido siempre por objeto proporcionar á Madrid, en cuanto fuese posible, el surtido de carnes y otros comestibles á precios equitativos. Pero como no se hallan todos los pueblos en el mismo caso, rigen en cada uno las reglas que exigen sus particulares circunstancias, en consideracion á las cuales los magistrados dan las providencias que juzgan mas conducentes para evitar los fraudes de los regatones ó atravesadores, y asegurar la bondad, abundancia y moderado precio en los abastos.

REGICIDIO. Incurre en este crimen atrocísimo el que atenta contra la vida del Soberano, y se le castiga con las penas expresadas en el artículo *de lesa Magestad*. En Real cédula de 23 de mayo de 1767 se redarguyen los dos errores del regicidio y tiranicidio que declaró por tales el Concilio general de Constanza,

celebrado en el año 1415, y se manda que en el ingreso de los estudios y universidades se preste juramento de observar la doctrina de dicha sesion, y de no impugnarla ni aun con título de probabilidad (1).

RESISTENCIA Á LA JUSTICIA. Este es un delito gravísimo porque ademas de turbarse con él la tranquilidad pública y el buen orden establecido en la sociedad, se falta á la obediencia debida al Soberano, en cuyo nombre ejercen los magistrados su importante ministerio. Asi que jamas es lícito resistir, aun cuando á uno le parezca injusto el arresto que el juez haya decretado contra él, pues siempre tiene este mandato á su favor la presuncion legal de ser expedido por justa causa. A este fin está mandado que no se decreten los arrestos sin que preceda informacion sumaria del delito, y que se dé mandamiento de prision por escrito al ejecutor ó ministro, excepto cuando se coge al delincuente *in fraganti*, pues entonces podrá este prenderle, y conducirle á casa del juez para que provea lo que tenga por conveniente. Si el magistrado procediese con tropelía ó injusticia, queda siempre al agraviado expedito su recurso á la superioridad, donde se reformará ó enmendará el exceso por contrario imperio, logrando asi una satisfaccion, que lejos de conseguir con la resistencia, le haría verdaderamente culpable.

No todos los actos de esta especie son igualmente criminales, ni merecen igual pena, pues los hay mas ó menos graves, segun las circunstancias del lugar y de las personas. Asi pues en la designacion de estas diversas penas seguiré el mismo orden que guardan las leyes del tit. 10. lib. 12. Nov. Rec. tratando de esta materia. El que matare algun individuo del Consejo ú otro señor ministro de tribunal superior, es declarado alevoso, incurre en pena capital, y en la pérdida de todos sus bienes para la Real Cámara; pero si solo le hiriere ó prendiere, aunque tambien incurre el agresor en pena capital, solo se le confisca la mitad de sus bienes (2). El que matare ó prendiere alcalde, alguacil mayor ú otro ministro teniente de los superiores, tambien ha de ser castigado con pena capital y perderá sus bienes, mas no es declarado alevoso, pero si solo hiriere, debe perder los bienes y sufrir diez años de galeras. Si estos excesos no fueren cometidos contra dichos ministros en persona, sino contra otros comisionados por ellos, el que mate ó prenda á uno de estos

1 Gutierrez *Practica criminal*, tomo 3. página 29 en la nota.

2 Ley 1 de dicho título 10.

tiene pena de muerte, sin confiscacion alguna; y el que hiera, aun cuando no se siga muerte, perderá la mitad de sus bienes, y será desterrado del reino por diez años (1).

Los que hagan ayuntamiento ó liga de gentes con armas ó sin ellas contra los referidos ministros, han de ser condenados á diez años de galeras y en la pérdida de la mitad de sus bienes, y los que fueren con ellos incurrirán en la pena de cinco años de galeras, y se les confiscará la cuarta parte de sus bienes. El que solo denostare á cualquiera de dichos ministros, será castigado á arbitrio del juez, segun la calidad del denuesto (2). El que acometiere para herir, matar ó deshonrar á los mismos ministros con armas ó sin ellas, aunque no consume el hecho, pagará seis mil maravedises, y será desterrado del reino, si fuere hidalgo, si plebeyo honrado, se le impondrá un año de cadena, y destierro del reino por dos años; y si fuere vago ú hombre perdido, se le darán cincuenta azotes, y andará á la cadena por un año (3).

En orden á las penas en que incurre el que mate, hiera, prenda ó haga resistencia ó ayuntamiento contra los jueces y justicias de los pueblos, dispone la ley lo siguiente (4). Si mata ó prende alguno de estos individuos, incurre en pena capital, y pierde la mitad de sus bienes; si hiere solamente, pierde la mitad de los bienes, y será desterrado del reino por un año. Si se armare ó juntare gentes para resistir ú ofender á dichas justicias, pagará seis mil maravedises, y será desterrado por un año fuera del reino. El que se apodere de algun preso, ó impidiere á la justicia que le imponga el debido castigo, si dicho preso mereciere pena corporal, sufrirá esta misma el que le libertó; y si no fuere merecedor de pena corporal, el libertador del preso, por la osadía cometida contra la justicia, sufrirá medio año de cadena y dos de destierro del reino, si fuere hidalgo; y si plebeyo, un año de cadena y dos de destierro, ademas de las penas pecuniarias que allí se expresan, y son las siguientes. Si el agresor tuviere de veinte mil maravedises arriba, pagará seis mil maravedises, y si menos de dicha cantidad, perderá la cuarta parte de lo que tenga, pero sino tuviere bienes, sufrirá un año de cadena, y saldrá desterrado del reino por cuatro años. Ultimamente previene dicha ley, que si alguno de estos desterrados volviese á entrar en el reino sin licencia del Rey antes de cum-

1 Ley 2 idem.
2 Ley 3. idem.
3 Ley 4 idem.
4 Ley 5. idem.

plido el tiempo de su destierro, le sea doblado este; y si insistiese en volver por tercera vez, incurrirá en pena de muerte.

Por la ley 6.ª del mismo título se conmuta la pena corporal de resistencia á la justicia en la de vergüenza pública y ocho años de galeras, salvo si dicha resistencia fuere tan calificada que para escarmiento sea necesario mayor castigo.

En Real cédula de 5 de mayo de 1783, y Real instruccion de 19 de junio de 1784, capítulo 8 (que es la ley 10. tit. 10. lib. 12. Nov. Rec.) se previene, que por ahora y mientras no ordenare su Magestad otra cosa, tengan pena de la vida los bandidos, contrabandistas ó salteadores que hagan fuego ó resistencia con arma blanca á la tropa, que los capitanes ó comandantes generales emplearen, con gefes destinados expresamente al objeto de perseguirlos por sí, ó como auxiliares de las jurisdicciones Reales ordinarias ó de Rentas, quedando sujetos los reos por el hecho de tal resistencia á la jurisdiccion militar; y serán juzgados por un consejo de guerra de oficiales, presidido por uno de graduacion que elegirá el capitan ó comandante general de la provincia. Aquellos en quienes no se verifique haber hecho fuego ó resistencia con arma blanca, pero que concurrieron en la funcion con ellos, sean por solo este hecho sentenciados por el propio consejo de guerra á diez años de presidio, ejecutándose sin dilacion ni otro requisito estas sentencias: y en los demas casos en que la tropa preste auxilios á las expresadas jurisdicciones ú otra, sin haber precedido delegacion ó nombramiento de gefe de ella por el capitan ó comandante general, conozca de la causa la jurisdiccion á quien pertenece el reo ó reos aprendidos, aunque haya habido resistencia; bien que verificada esta se les impondrá la pena de azotes inmediatamente, sin perjuicio de la causa principal.

En las otras leyes del mismo título 10, se trata del desafuero que causan los delitos de resistencia á las justicias, desacato de palabra ú obra contra ellas.

RIFAS. En el reinado del señor Don Felipe II se prohibieron generalmente las rifas, bajo la pena de perder los contraventores las cosas rifadas y el precio de la rifa, con otro tanto mas á los que pusieren á ella, aplicándose su importe por terceras partes á la Real Cámara, juez y denunciador (1).

Esta prohibicion se repitió en tiempo del señor Don Felipe V,

1 Ley 1. tit. 24. lib. 12. Nov. Rec.

aun bajo el pretexto de devocion (1); y no habiéndose logrado cortar de raiz semejantes abusos, se previno por Real orden de 2 de julio de 1787, y cédula del Consejo de 8 de mayo de 88 (2), que no se ejecutase rifa alguna sin Real permiso, á extracto de lotería ni por otro medio, ya sea distribuyendo privadamente los billetes para ellas, ya poniéndolos en las administraciones de la lotería para su despacho, bajo las penas establecidas.

Y en Real orden de 3 de noviembre de 1790 se previene, »que noticioso el Rey de los muchos excesos y general abuso de vender y rifar á título de piedad varias alhajas de poca consideracion, géneros comestibles y otras cosas en las puertas de los templos y sus inmediaciones, contraviniendo á las leyes del reino prohibitivas de todas las rifas y suertes, y principalmente por las usuras que se cometen, resolvió se tomasen sobre este particular las mas serias providencias para evitar dichos excesos, y hacer observar puntualmente las citadas leyes (3).

ROBO: véase HURTO.

RUFIANERÍA: véase ALCAHUETERÍA.

S.

SACRILEGIO. Llámase asi la violacion de una cosa sagrada ó que pertenece á la iglesia, donde quiera que se halle, y tambien el hurto ó violacion de cosa profana cuando se comete en la iglesia. Hay por consiguiente tres especies de sacrilegio: *personal, real y local.* Comete el primero quien pone sus manos airadas en el clérigo, religioso ó monja, prende á alguno de ellos sin derecho, ó los ultraja, ó manda que otro lo haga. Incurre en el segundo quien hurta ó aja con vilipendio en lugar sagrado ó profano cosas sagradas, como cálices, cruces, ornamentos de la iglesia &c., ó quebranta las puertas de la iglesia, la pone fuego, horada sus paredes para entrar en ella &c. Sacrilegio *local* se llama cuando se hurta ó viola alguna cosa profana en lugar sagrado (4).

Por lo que hace á las penas con que se castiga este grave delito, son varias, con proporcion á la injuria que se hace. Por ejemplo, el homicidio cometido en la iglesia es de mayor gravedad que el ejecutado fuera de ella, por el desacato que se hace

1 Ley 2 del mismo tit.
2 Ley 3 del mismo tit.
3 Ley 3 de dicho tit. 24. lib. 12. Nov. Rec., y nota 4 de la misma.
4 Leyes 1, 2 y 3. tit. 18. Part. 1.

à la divinidad profanando su santo templo: asi es que à la pena impuesta por el simple homicidio se agregan las del sacrilegio. Estas son las de excomunion, y otras civiles mas ó menos rigorosas, segun la mayor ó menor gravedad de aquel. Véase el titulo 18 de la Partida 1.ª donde se especifican.

Segun las Ordenanzas del ejército (1), el soldado que ajare de obra con deliberacion é irreverencia las sagradas imágenes, ornamentos ó cualquiera de las cosas dedicadas al culto divino, debe ser ahorcado: el que maltratare con armas ó mano airada à sacerdote ú otro que tenga orden sacro, se le corta la mano derecha, aumentándose la pena hasta la de horca, si resulta muerte ó herida. Siendo menos grave el desacato, se le castiga corporalmente à proporcion de la calidad del insulto. El que entrare furtiva ó violentamente en iglesia, convento ú otro lugar sagrado à hacer cualquiera extorsion ó desacato, tiene pena de muerte ú otra corporal, segun las circunstancias del caso.

Lo que principalmente ha de atenderse en la profanacion de las cosas destinadas al culto religioso es, si aquella fue el fin del sacrilegio, como si solo por desprecio hubiese echado por tierra la imagen de un templo; ó si fuese efecto de su accion, como en el hurto de algun vaso sagrado para venderle. En el primer caso se hace mayor desprecio del culto público, y debe ser mayor la pena que en el segundo (2).

El conocimiento de este delito para el efecto de imponer la pena de excomunion, pertenece à la jurisdiccion eclesiástica.

SALUD PÚBLICA. Es delito cualquiera infraccion de las Ordenanzas de policía ó disposiciones de las leyes dirigidas à la conservacion de la salud pública. En los artículos *homicidio y daño* se indicaron los perjuicios que pueden resultar á la vida del hombre por la impericia de los curanderos, expresando las penas que contra ellos designaban las leyes en semejantes casos. Otras contravenciones hay no menos dañosas, cual es por ejemplo, la de quebrantar los reglamentos establecidos para evitar los contagios, de que pueden resultar las mas funestas consecuencias. En tiempos de epidemia llegará tal vez à castigarse con la pena capital la introduccion de géneros infestados, ú otra contravencion, por cuyo medio pueda inficionarse un pueblo ó una provincia, aunque sobre esto no hay ley terminante en el título 40 del libro 7, Novísima Recopilacion, que trata *del Resguardo de la*

1 Trat. 8. tit. 10. art. 4, 5 y 6.
2 Gutierrez *Práctica criminal*, tom. 3. pag. 15.

salud pública. Solo en la ley 2.ª de dicho título, donde se prescriben reglas y precauciones para *evitar el uso de ropas y efectos de los tísicos y otros enfermos contagiosos*, se manda lo siguiente en el artículo 1.º »Luego que algun enfermo en Madrid fuere declarado ó connotado de alguna de las expresadas dolencias sospechosas, los médicos, aunque sean de Cámara, cirujanos, enfermeros y demas personas que le asistieren, darán parte secretamente de ello al Alcalde de Casa y Corte del barrio en que residiere el enfermo, como tambien de la muerte de este, asi que suceda; y no ejecutándolo, incurrirán los médicos por la primera vez en la pena de doscientos ducados y suspension por un año del ejercicio de su facultad, y por la segunda, de cuatrocientos ducados y cuatro años de destierro de la Corte; y todos los demas en la de treinta dias de carcel por la primera vez, y cuatro años de presidio por la segunda." En los demas artículos se especifican otras prevenciones, y concluye la ley encargando á los capitanes generales, gobernadores políticos y militares, y á las justicias que celen la observancia de todo, é impongan penas á los contraventores segun exijan los diferentes casos.

Con Real cédula de 23 de junio de 1752 (1) se publicó otra ordenanza adicional para evitar contagios, y con arreglo á ella se publicó y fijó en Madrid á 4 de diciembre de 1792 por los señores Alcaldes de Casa y Corte un bando comprensivo de los artículos de la misma para su puntual observancia, imponiendo á los contraventores, siendo seculares, la multa de doscientos ducados por la primera vez, doble por la segunda, y cuatro años de presidio de Africa por la tercera; y dando cuenta á su Magestad ó al Consejo, si fuesen eclesiásticos, religiosos ó de otra clase privilegiada, para que se tomase contra ellos la correspondiente providencia (2).

Por Reales cédulas de 20 de mayo de 1788, 15 de noviembre de 1796, y 30 de noviembre de 1801 (3), se prescribieron otras reglas muy útiles para la conservacion de la salud pública, haciendo responsables á los contraventores de los daños que puedan originarse por su culpa.

SEDICION. Es delito de los mas graves la sedicion, motin, asonada ó tumulto con que se perturba la tranquilidad pública, ya sacando violentamente á los reos de las cárceles, ya toman-

1 Ley 3 de dicho tit. 40. lib. 7. Nov. Rec.
2 Nota á dicha ley 3.
2 Leyes 4, 5 y 6 del mismo tit.

do por su propia autoridad conocimiento de sus causas, ya despreciando ó desobedeciendo las ordenes del Rey ó los mandatos de la justicia, ó bien impidiendo á los magistrados Reales el ejercicio de sus empleos, con armas ó sin ellas.

En los diferentes autores criminalistas que he consultado, no he podido formar idea exacta acerca de las penas con que se castiga este crimen, pues hablan tan vagamente, y con tal diversidad, que nadie quedará satisfecho. Esta confusion dimana de no haber atendido principalmente al objeto ó designio del levantamiento, que es lo que constituye la mayor ó menor criminalidad. Es claro que el tumulto dirigido contra el Rey ó en daño de la patria, es un delito calificado de traicion por la ley 1. tit. 2. Part. 7, que dice asi: »La setena (manera de traicion) es si alguno ficiese bollicio ó levantamiento en el regno, faciendo juras ó cofradías de caballeros ó de villas contra el Rey de que nasciese daño á él ó á la tierra." Esto es lo que propiamente se llama rebelion ó sedicion, cuya pena segun la ley 2.ª del mismo título es de muerte y confiscacion de bienes. La asonada segun la ley 6. tit. 26. Part. 2. es »ayuntamiento que facen las gentes unas contra otras para facerse mal." Este ya no es un delito tan grave, y por eso es menor la pena designada contra los contraventores, reduciéndose á que pierdan la gracia del Rey, y sean echados del reino, pagando ademas septuplicado el daño que hicieren. Tambien añade la misma ley, que si el Rey ú otro por su orden intimase á los tumultuados que dejen la asonada, y no obedecieren, puedan ser presos ó muertos, y quitárseles cuanto tengan. La ley 2. tit. 10. Part. 7. dice, que aun cuando de la asonada no se siga daño alguno, sin embargo el autor de ella reciba la misma pena que el que hiciere fuerza con armas, de la cual se trató en el artículo *fuerza*.

Por la ley 2. tit. 11. lib. 12. Nov. Rec. se prohibe, con el objeto de estorbar los ayuntamientos de gentes, repicar campanas en pueblo alguno sin mandato de la justicia y regidores, bajo la pena de muerte y confiscacion de bienes. Y en la 3.ª siguiente se declara, que cualquiera persona que incurriere en el delito de ser fomentador, auxiliador ó participante voluntario en asonadas, bullicios, motines, griterías, sediciones ó tumultos populares, por el mero hecho quede notado durante su vida (sin perjuicio de sufrir las otras penas impuestas por las leyes) por enemigo de la patria, y su memoria por infame ó detestable para todos los efectos civiles; anulándose ademas en la misma ley los in-

dultos ó perdones concedidos ó que se concedan por los magistrados, ayuntamientos ú otros cualesquiera á los perpetradores, auxiliadores y motores de semejantes asonadas ó motines. En la ley 4.ª siguiente se deroga todo fuero en este género de causas, cuyo conocimiento pertenece exclusivamente á las justicias ordinarias ó á los delegados del Consejo si entendieren por particular comision.

Otra ley hay del Rey Don Juan el Segundo (que es la 1. tit. 11. lib. 12. Nov. Rec.), la cual dice, que con motivo de acaecer en algunas ciudades y villas escándalos y bullicios entre personas principales, si estas defendieren á algunos malhechores y no los entregaren á la justicia, siéndoles pedido, los pueda echar esta de la tierra bajo las penas que tenga por conveniente, usando para ello de la fuerza si fuere necesario. Estos y otros casos de que hablan algunas leyes son peculiares de aquellos tiempos en que segun consta de la historia habia las parcialidades y bandos que ahora se desconocen, y de los que trata el título 12, libro 12, Novísima Recopilacion.

El alboroto puede tener solo por objeto la resistencia á la justicia para sacar algun preso de su poder, ó impedir de otro modo la buena administracion de justicia, como ha sucedido en algunos casos, acerca de lo cual véase la palabra *resistencia*.

A veces han tenido por objeto las asonadas el obligar á los magistrados á abaratar los abastos, solicitando luego se les concedan indultos de estos excesos por los mismos medios violentos, extendiéndose á otras pretensiones contra la subordinacion debida á la autoridad pública; á cuyo propósito la ley 13. tit. 17. lib. 7. Nov. Rec. declara nulas é inválidas las bajas hechas ó que se hicieren por los magistrados y ayuntamientos de los pueblos compelidos por fuerza y violencia. Asimismo declara por ineficaces los indultos ó perdones concedidos ó que se concedan por los mismos magistrados, ayuntamientos ú otros cualesquiera á los perpetradores, auxiliadores y motores de estos tumultos, por ser materias privativas de la suprema regalía inherente en la sagrada persona de su Magestad (1).

El orden de proceder en este género de causas, como tam-

1 Segun la *Ordenanza del ejército*, trat 8. tit. 10. art. 26. tienen pena de horca los soldados que emprendieren sedicion ó motin, ó indujeren á cometerle en perjuicio del Real servicio y seguridad de cualquier plaza ó pais, ó contra la tropa, su comandante ú oficiales. En la misma pena incurren los que teniendo noticia de intentarse la sedicion, no la delaten luego que puedan.

bien el privativo conocimiento que tienen en ellas las justicias ordinarias, se expresan en los siguientes artículos de la Real pragmática de 17 de abril de 1774 (1).

1.° Mando que se observen inviolablemente las leyes preventivas de los bullicios y conmociones populares, y que se impongan á los que resulten reos las penas que prescriben en sus personas y bienes.

2.° Declaro que el conocimiento de estas causas toca privativamente á los que ejercen jurisdiccion ordinaria: inhibo á otros cualesquiera jueces, sin excepcion de alguno por privilegiado que sea: prohibo que puedan formar competencia en su razon: y quiero que presten todo su auxilio á las justicias ordinarias.

3.° Por cuanto la defensa de la tranquilidad pública es un interes y obligacion natural comun á todos mis vasallos, declaro asimismo, que en tales circunstancias no puede valer fuero ni exencion alguna, aunque sea la mas privilegiada: y prohibo á todos indistintamente que puedan alegarla; y aunque se proponga, mando á los jueces que la admitan, y que procedan no obstante á la pacificacion del bullicio, y justa punicion de los reos, de cualquiera calidad y preeminencia que sean.

4.° La premeditada malicia de los delincuentes bulliciosos suele preparar sus crueles intenciones con pasquines y papeles sediciosos, ya fijándolos en puestos públicos, ya distribuyéndolos cautelosamente, con el fin de preocupar bajo pretextos falsos y aparentes los ánimos de los incautos. Las justicias estarán muy atentas y vigilantes para ocurrir con tiempo á detener y cortar sus perniciosas consecuencias: procederán contra los expendedores y demas cómplices en este delito formándoles causa; y oidas sus defensas, les impondrán las penas establecidas por derecho.

5.° Declaro cómplices en la expendicion á todos los que copiasen, leyesen ú oyesen leer semejantes papeles sediciosos, sin dar prontamente cuenta á las justicias: y para su seguridad, siempre que quieran no sonar en los autos que se hagan, se pondrán sus nombres en testimonio reservado, de modo que no consten en el proceso: todo lo cual se entienda sin perjuicio de proceder á la averiguacion de sus autores.

6.° Y en caso de resultar indicios contra algunos militares, se acordará la justicia con el gefe militar de aquel distrito, para

1 Ley 5. tit. 11. lib. 12. Nov. Rec.

que con su auxilio se proceda à las averiguaciones, y se logre mejor y mas facilmente detener con el pronto castigo los progresos de la expendicion.

7.° Luego que se advirtiese bullicio ó resistencia de muchos à los magistrados, para faltarles à la obediencia ó impedir la ejecucion de las órdenes y providencias generales de que son legítimos y necesarios ejecutores, el que presida la jurisdiccion ordinaria, ó el que haga sus veces, hará publicar bando para que incontinenti se separen las gentes que hagan el bullicio, apercibiéndolas de que serán castigadas con las penas establecidas en las leyes, las cuales se ejecutarán en sus personas y bienes irremisiblemente, en caso de no cumplir desde luego con lo que se les manda, declarando que serán tratados como reos y autores del bullicio todos los que se encuentren unidos en número de diez personas.

8.° Igualmente deberán retirarse à sus casas cuantos por casualidad ó curiosidad se hallaren en las calles con cualquier otro motivo ó pretexto, pena de ser tratados como inobedientes al bando, que se deberá fijar en todos los sitios públicos.

9.° Se mandará tambien que incontinenti se cierren todas las tabernas, casas de juego y demas oficinas públicas.

10. Como en tales ocasiones suelen los revoltosos apoderarse de las campanas, y poner con su toque en confusion à los vecinos, profanar los sagrados templos con violencias, y tal vez con efusion de sangre, cuidarán las justicias, los párrocos y los superiores eclesiásticos de resguardar los campanarios con seguridad, cerrar los conventos y casas de sus habitaciones, y los templos, siempre que prudentemente se tema falta de respeto, profanacion ó violencia en la casa de Dios.

11. Las gentes de guerra se retirarán á sus respectivos cuarteles, y pondrán sobre las armas para mantener su respeto, y prestar el auxilio que pidiere la justicia ordinaria al oficial que las tuviese á su mando.

12. Todos los bulliciosos que obedecieren, retirándose pacíficamente al punto que se publique el bando, quedarán indultados, á excepcion solamente de los que resultaren autores del bullicio ó conmocion popular, pues en cuanto á estos no ha de tener lugar indulto alguno.

13. Publicado y fijado el bando, con comprension de cuanto queda expuesto, y con las demas precauciones que dictase la presencia de las cosas, cuidarán las justicias de asegurar las cár-

celes y casas de reclusion, para que no haya violencia alguna que desaire su respeto y decoro, que deben mantener en todo su vigor.

14. Sin pérdida de tiempo procederán à pedir el auxilio necesario de la tropa y vecinos, y à prender por sí y demas jueces ordinarios à los bulliciosos inobedientes que permanezcan en su mal propósito, inquietando en la calle, sin haberse retirado, aunque no tengan mas delito que el de su inobediencia al bando.

15. Si los bulliciosos hiciesen resistencia à la justicia ó tropa destinada à su auxilio, impidiesen las prisiones, ó intentasen la libertad de los que se hubieren ya aprendido, se usará contra ellos de la fuerza, hasta reducirlos à la debida obediencia à los magistrados, que nunca podrán permitir quede agraviada la autoridad y respeto que todos deben à la justicia.

16. Pondrá el que presida la jurisdiccion ordinaria el mayor cuidado en que los demas jueces y partidas cuiden de conducir los presos con toda seguridad à las prisiones convenientes, procurando evitar toda confusion, y que los honrados vecinos esten separados de los culpados, para que contra estos solamente proceda el rigor y autoridad de la justicia.

17. Asi como me inclina el amor à la humanidad à no aumentar las penas contra los inobedientes bulliciosos, dejándolos, segun la distincion de los casos, en el mismo tenor y forma que lo disponen las leyes del reino, que quiero se tengan aquí por repetidas, es mi voluntad y mando expresamente, que se instruyan estas causas por las justicias ordinarias segun las reglas de derecho, admitiendo à los reos sus pruebas y legítimas defensas, consultando las sentencias con las Salas del Crimen ó de Corte de sus respectivos distritos, ó con el Consejo, si la gravedad lo exigiese; con declaracion que lo dispuesto en esta ley y pragmática se entienda para lo que pueda ocurrir en lo futuro, sin trascender à lo pasado.

18. Tengo declarado repetidamente, que las concesiones hechas por via de asonada ó conmocion no deben tener efecto alguno: y para evitar que se soliciten, prohibo absolutamente à los delincuentes bulliciosos, que mientras se mantienen inobedientes à los mandatos de las justicias, puedan tener representacion alguna, ni capitular por medio de personas de autoridad, de cualesquiera dignidad, calidad y condicion que sean, con los jueces; y prohibo tambien a las expresadas personas de autoridad, que puedan admitir semejantes mensages y representacio-

nes: pero permito que luego que se separen, y obedezcan á las justicias, pueda cada uno representarlas todo lo que tenga por conveniente; y mando que siempre que concurran obedientes, se les oigan sus quejas, y se ponga pronto remedio en todo lo que sea arreglado y justo.

19. Prohibo à los jueces que usen de arbitrio alguno en las sentencias de las causas que dimanen de esta nueva pragmática y leyes del reino à que se refiere, y mando que en todas ellas procedan precisamente con arreglo à ella y à las leyes; pues de lo contrario, que no espero, me daré por deservido, y mandaré proceder contra los que resulten transgresores de mis soberanas intenciones.

20. Y para que todo tenga su puntual y cumplido efecto, he acordado expedir esta mi carta y pragmática sancion en fuerza de ley, como si fuese hecha y promulgada en Cortes; por la cual ordeno y mando à todos los jueces y justicias de estos mis reinos, y à los estantes y habitantes en ellos, de cualquier estado, preeminencia y condicion que sean, vean lo dispuesto y ordenado en ella, y lo guarden, cumplan y ejecuten, segun como se establece; y se lo hagan guardar, cumplir y ejecutar por todo rigor de derecho; dando para ello los expresados jueces y tribunales en sus distritos y jurisdicciones los autos, mandamientos y sentencias correspondientes: y para su mayor observancia y cuanto à esto toca y pertenece, derogo cualquier fuero por privilegiado y especial que sea, por no tener lugar en estos casos; y prohibo se formen competencias, ni turbe à las justicias ordinarias y tribunales superiores en sus procedimientos tocantes à esta clase de negocios.

SIMONÍA. Incurre en este delito el que por dinero ú otra remuneracion pretende ó da algun beneficio eclesiástico, prebenda, prelacia ó encomienda; en suma, cuando se da una cosa espiritual por otra temporal. Por consiguiente la simonía es una especie de sacrilegio que la iglesia ha mirado siempre con horror. Prescindiendo de las varias divisiones que hacen los moralistas de la simonía por no corresponder à este tratado, me contraeré à designar lo que en materia de simonía se entiende por cosa espiritual y por cosa temporal, en cuyo comercio estriba principalmente este delito, y despues hablaré de las penas canónica y civil (1).

1 El señor Gutierrez (cuya doctrina he tomado en parte para la formacion de este artículo) dice lo siguiente en su *Practica criminal*, tom. 3. pag. 19. num. 20. »En nuestras Partidas tenemos un título de la simonía en que caen los clérigos por razon

De las cosas *espirituales*, unas lo son en sí ó por su propia naturaleza, como la gracia é las virtudes infusas: hay otras que se llaman *espirituales eficientes*, esto es, que aunque son corpóreas, causan un efecto espiritual ó sobrenatural, como los sacramentos: y finalmente otras son espirituales por razon de causa espiritual, como las dispensas en los votos, y la absolucion de las censuras. Hay otras cosas que son inherentes ó anejas á las espirituales, como el derecho de patronato, el trabajo corporal empleado en ministerio espiritual, los beneficios eclesiásticos, los altares, ornamentos y vasos sagrados, y otros semejantes, que por el uso á que se destinan vienen á tomar una forma espiritual.

Por cosa temporal en materia de simonía, no solo se entienden el dinero, alhaja ó finca, sino tambien cualquier favor, intercesion, ruego, elogio, servicio, obsequio &c.

En el derecho canónico nuevo se hallan establecidas contra los simoniacos las siguientes penas. En primer lugar la excomunion de lata sentencia, cuya absolucion está reservada al Sumo Pontífice, que se fulmina contra los ordenantes y ordenados (1)(*), contra todas las personas que dan y reciben por la entrada en religion y profesion en ella (2), contra todos los que eligen, presentan é instituyen con simonía para los beneficios y oficios espirituales, contra los que permiten ser así electos, pre-

de los beneficios (a), donde se trata con extension de todos los particulares respectivos á ella de que hemos hablado, y se observa mucha conformidad con lo dispuesto en el derecho canónico. Por esta razon, como tambien porque el conocimiento de la simonía corresponde privativamente á los jueces eclesiásticos, y las disposiciones del citado título se resienten de su antigüedad, hemos tenido presente al hablar de la simonía el derecho canónico con preferencia al nuestro." Ninguna de estas razones hace disculpable en el señor Gutierrez la omision ó silencio absoluto que guarda acerca de la pragmática del señor Don Felipe III (que es la ley 3. tit. 22. lib. 3. Nov. Rec.), en la cual no solo prescribe aquel Soberano penas contra este delito, sino que declara tambien el modo de probarle. Otros delitos hay, como el de heregía, cuyo conocimiento pertenece á los tribunales eclesiásticos, y sin embargo la ley civil tiene penas impuestas contra ellos, bajo cuyo concepto debe tomarlos en consideracion el que trata de materias criminales, como lo hace el mismo señor Gutierrez en la de heregía. Cuando por esta comete el tribunal eclesiástico, habiendo de imponerse pena de sangre, entrega al reo al brazo secular; y he aquí como es necesario hacer conocer á un tiempo las disposiciones del derecho canónico y civil. El primero fulmina sus censuras, é impone otras penas correspondientes á la jurisdiccion eclesiástica, y el segundo suele castigar ademas con penas de otra clase á los transgresores por el perjuicio que hacen á la sociedad, ó por otras consideraciones.

1 Extravag. *Quum detestabile de simonía inter comm.*

* El mayor número de teólogos y canonistas extienden esto á la tonsura clerical por el capítulo 11 *de ætate, qualit. et ord. præfic.*

2 Extravag. *Sanè de simonia inter comm.*

a Es el 17 de la Partida 1, y tiene veintiuna leyes.

sentados é instituidos, y contra lo que intervienen y tuvieron parte en el pacto simoniaco, sea respecto á dichos beneficios y oficios, sea respecto á las órdenes ú otras cosas sobre que pueda recaer (1).

En segundo lugar se impone la pena de suspension de las órdenes á los que se ordenaren con simonía (2), y á los ordenantes por ella se suspende para siempre de la colacion de cualesquiera órdenes, aun de la primera tonsura, y del ejercicio de todos los cargos pontificales; y aun se les prohibe la entrada en la iglesia. Asimismo el monasterio ó convento que recibe á algun novicio por simonía, incurre en la pena de suspension de todos los actos capitulares que exigen jurisdiccion eclesiástica (3). En tercer lugar se castiga justísimamente á todo simoniaco con la pena de infamia (4).

En cuarto lugar, respecto á los beneficios eclesiásticos, se ha establecido la pena de que toda eleccion, presentacion, resignacion ó colacion simoniaca sea enteramente nula; por lo cual han de restituirse aquellos con todos los frutos percibidos aun antes de la sentencia condenatoria (5): y ademas los provistos ó electos por simonía, quedan inhábiles para obtener cualquiera otro beneficio (6).

Y en quinto y último lugar contra la simonía confidencial (*), aunque el pacto no se haya llevado á ejecucion sino por uno de los contrayentes, hay establecidas algunas otras penas (7), á saber: la privacion de los beneficios obtenidos legítimamente antes de cometerse dicha simonía: la colacion de los beneficios conseguidos por esta, reservada al Sumo Pontífice; y el entredicho ó prohibicion de entrar en la iglesia á los obispos y otros superiores que admitieron ó cometieron la tal simonía (8).

En la citada pragmática del señor Don Felipe III se imponen las penas siguientes contra los pretendientes de gobiernos

1 Extravag. *Quum detestabile*, cit.
2 Extravag. cit.
3 Bula de Sixto V, que comienza *Sanctum*.
4 Innocentius II. *in Conc. Lateran II.*
5 Extravag. cit.
6 Bula citada de Sixto V.

* Se comete esta simonía en cuatro casos: cuando el patrono de un beneficio presenta para él á uno por la confianza convencional de que despues de algun tiempo lo ha de renunciar en favor de un sobrino ú otro que entonces no tiene edad: cuando uno resigna en favor de otro el beneficio que le han dado antes de tomar posesion de él, con la condicion de que en muriendo el renunciatario, ó dejando el beneficio ha de entrar el renunciante á poseerle: cuando el poseedor de un beneficio le renuncia en favor de otro, conviniéndose en que este, pasado algun tiempo, le ha de dimitir en favor del renunciante ó de otro; y cuando el patrono ó renunciante pacta que ha de darse á él ó á otro parte de los frutos ó alguna pension.

7 Por las de Pio IV y Pio V.
8 Puede verse á Salvagio. *Institut. canon.* lib. 3. tit. 16. num. 46, 47 y 48.

y oficios de administracion de justicia, prelacías, dignidades, prebendas y beneficios eclesiásticos, hábitos y encomiendas militares, y otros cualesquier oficios y beneficios eclesiásticos y seculares, cuya provision ó presentacion pertenezca á su Magestad, que por sí ó por interpuestas personas, directa ó indirectamente, se hayan valido ó valieren de favores adquiridos y grangeados por medio de dádivas ó promesas en poca ó mucha cantidad, y por semejantes medios consiguieren ó intentaren adquirir el oficio ó beneficio. Por este mismo hecho, sin necesidad de otra declaracion, se les declara por inhábiles é incapaces para poderlos conseguir y retener en el fuero de la conciencia, como tambien que como intrusos é injustos detentadores no puedan hacer ni hagan suyos los frutos, estipendios, emolumentos y rentas que hubieren percibido; que sean privados de todas las honras, gracias, insignias y preeminencias anejas, à dichos oficios ó beneficios; pierdan lo que asi hubieran dado ú ofrecido con el doblo, y sean desterrados del reino por diez años. En las mismas penas incurren las personas que por razon ó respecto de las dichas dádivas, dones ó promesas favorecieren ó ayudaren á dichos pretendientes, ó recibieren de ellos tales dádivas y promesas; y asimismo los mediadores ó terceras personas que intervinieren directa ó indirectamente en tan escandaloso tráfico. Los eclesiásticos que incurrieren en cualquiera de dichos delitos, perderán las temporalidades y naturaleza, y serán extrañados del reino.

En orden à la prueba de cualquiera de estos delitos, dispone la misma pragmática lo siguiente: »Mandamos que en defecto de prueba cumpli la, que se pueda probar de esta manera: que si fueren tres testigos ó mas los que vinieren diciendo sobre juramento, que valga su testimonio, aunque cada uno diga de su hecho, siendo personas tales que el juez las tenga por dignas de ser creidas, y concurriendo algunas otras precauciones y circunstancias, de las cuales colija el juez que es verdad lo que dice."

SOBORNO Ó COHECHO. Las leyes y nuestros autores que tratan de este delito, se contraen principalmente á los jueces que reciben dádivas, ó por interes hacen alguna cosa relativa á su oficio; pero no hay duda que delinque tambien cualquiera otro empleado, ó persona particular que por dádivas ejecuta algo contra justicia, ó las obligaciones de su destino. Como esto puede hacerse de tantos modos, y la trascendencia no es tan grande en unos casos como en otros, de ahí es sin duda que faltan leyes para abrazarlos todos, dejando al arbitrio de los

tribunales el señalamiento de penas segun las circunstancias. Por de contado parece muy justo que el empleado que se deje sobornar sea depuesto de su destino, sin perjuicio de otras penas ya pecuniarias, ya de destierro, ó tal vez presidio, si de lo ejecutado por el soborno se hubieren seguido perjuicios ó funestas consecuencias. Esto en cuanto al ejercicio del destino, pues por lo que hace á la consecucion de él por dádivas ó promesas, ya se indicó la pena en el artículo anterior.

Tratando ahora del soborno ó cohecho de los jueces, que es de tanta gravedad por la trascendencia que lleva consigo la iniquidad en la administracion de justicia, convendrá distinguir el hecho del juez que admite dádivas ó regalos sin faltar á esta, v. gr. por abreviar la decision del pleito, y el de un magistrado venal que se deja corromper para dar un fallo injusto; estos son dos delitos distintos, aunque las leyes los castigan con igual pena. Los autores suelen llamar al primero *baratería*, y al segundo propiamente *cohecho* (1).

Está prohibido á los jueces recibir dádivas ó regalos (de cualquier naturaleza que sean) de los que tuvieren pleito ante ellos, ó probablemente pudieran tenerle, bajo privacion de oficio é inhabilitacion perpétua de obtener otro, ademas de volver el cuatrotanto de lo recibido; entendiéndose lo mismo con el juez que permitiere á alguno de su familia recibir tales dádivas ó regalos (2).

Los sobornadores tambien deben ser castigados, segun se infiere de la ley 8. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec. que dice así: »Porque los que dan algo á los juzgadores por los pleitos que ante ellos tratan, lo prometen y dan, y ellos lo reciben lo mas secretamente que pueden, y esto sería grave de probar, por ende.... el que viniere á descubrir y decir el don que así diere y oviere dado á los dichos jueces, que no haya pena porque le dió, *maguer que por derecho la merezca*, salvo si fuere hallado que dijo mentira."

Esta pena que por derecho merece el sobornador, no es la de destierro, como equivocadamente dicen algunos autores citando las leyes 7 y 8 de este título que no disponen tal cosa, sino las que expresa la ley 26. tit. 22. Part. 3. en estos términos. »Non deben ser sin pena los contendores que corrompen á los jueces que los han de judgar, dándoles ó prometiéndoles algo

1 Math. controv. 61 y 67. Greg. Lop. glos. 1. de la ley 26. tit. 22. Part. 3. Larrea decis. 98. num. 39. Villanov. *Materia criminal for.* tom. 3. pág 107 y 108. num. 3.

2 Ley 9. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec.

porque judguen torticeramente: et por ende decimos que si el acusador diere alguna cosa al juez que lo ha de judgar porque de juicio à tuerto contra el acusado, que debe perder la demanda, et dar por quito al acusado: et sobre todo debe rescibir tal pena en aquella mesma manera que de suso dijimos del judgador que toma algo por el juicio que ha de dar en tal pleito como este: mas si el acusado diese ó prometiese al judgador alguna cosa porquel judgase por quito de aquello que le acusaban, debe haber tal pena como si conosciese ó le fuese probado lo que ponen en la acusacion contra el; ca bien se da á entender que era en culpa, pues que se trabajó en corromper al juez con dineros; fueras ende si fuesa cierta cosa que él non ficiera aquel mal de quel acusaban, mas que diera algo al juez con miedo que habie de seguir el pleito porque era home de flaco corazon: et si por aventura esto ficiesen los contendores en pleito de otra demanda que non fuesen de justicia, deben pechar al Rey tres atanto de cuanto dieron, et dos atanto de cuanto prometieron que non habien aun dado: et sobre todo debe perder el derecho que habie en el pleito aquel que esto feciese."

Para verificarse cohecho ó baratería basta la adhesion del juez ó ministro de justicia à la dádiva ó regalo del litigante ó interesado en el negocio, ó que medie concierto entre este y aquel, aunque no llegue á tener efecto la promesa, dádiva ó convenio (1).

Para acusar este delito se admite á cualquiera del pueblo. Se prueba por testigos singulares, debiendo ser lo menos tres, si son los mismos interesados en los diferentes cohechos; y no siéndolo bastarán dos, aunque sean relativos á diferentes actos que comprueben un mismo é idéntico cohecho; pero á veces bastará uno solo concurriendo otros adminículos, segun la naturaleza del caso y su graduacion (2). La sentencia dada por el juez cohechado, es nula y no debe ejecutarse (3).

SODOMIA. Cométese este delito, segun se dice en el proemio del tit. 21. Part. 7, *yaciendo unos con otros contra natura é costumbre natural.* El pudor impide mayor explicacion sobre este punto. Es un delito execrable, y se llama *nefando*, como el de *bestialidad*, castigándose con igual pena que este. Véase aquel artículo.

SUICIDIO, ú homicidio de sí mismo. El señor Gutierrez,

1 Vilan. en la citada obra, tom. 3. pág. 108. §. 4.

2 Vilan. allí, pág. 109. dicho §.

3 Ley 13. tit. 22. Part. 3.

tratando de esta materia en su *Práctica criminal*, tom. 3. pág. 63, dice asi: »En nuestra legislacion penal solo tenemos una ley que trate de este delito (1), si puede llamarse asi, y aun esta habla de él con la mayor generalidad, y en muy pocas palabras. *Todo hombre ó muger*, dice, *que se matare á sí mismo, pierda todos sus bienes, y sean para nuestra Cámara, no teniendo herederos descendientes.* Los romanos que celebraban como un rasgo de filosofia y heroismo el suicidio por el tedio de la vida, motivado de alguna pérdida dolorosa ú otro acontecimiento desgraciado, hacian una distincion fundada y razonable. A estos infelices no se imponia ninguna pena, y sus herederos les sucedian: pero si un delincuente merecedor de la pena capital ó deportacion se daba la muerte, bien por sus remordimientos, bien por el temor de las penas, se le confiscaban sus bienes, aunque solo en el caso de haber sido procesado el reo, ó aprendido en el mismo delito." Hasta aqui el señor Gutierrez, quién si hubiese visto dos leyes de Partida en que se trata del suicidio, ni hubiera dicho que en nuestra legislacion solo habia una ley que tratase de esta materia, ni echado de menos en aquella la distincion que hacian los romanos. La 1.ª de dichas dos leyes, que es la 24. tit. 1. Part. 7, dice asi: »Desesperado seyendo algunt home de su vida por yerro que oviese fecho, de manera que se matase él mismo despues que fuese acusado, en tal caso como este decimos, que si el que se mató por miedo de la pena que esperaba recibir por aquel yerro que fizo, ó por vergüenza que ovo, porque fue hallado en el mal fecho de que lo acusaron, si el yerro era atal que sil fuese probado, debie morir por ende, et perder todos sus bienes, et seyendo ya el pleito comenzado por demanda et por respuesta se mató, estonce debe tomar todo lo suyo para el Rey. Eso mismo serie si el yerro fuere de tal natura que el facedor de él pudiese ser acusado despues de su muerte, asi como de suso dijimos en las leyes de este título que fablan en esta razon. Mas si el yerro fuese á tal que por razon del non debiese recebir muerte, maguer se matase, nol deben tomar sus bienes, antes deben fincar á sus herederos. Eso mismo debe ser guardado si alguno se matase por locura ó por dolor, ó por cuita de enfermedat ó por otro gran pesar que oviese." Con esta ley á la vista se hubiera excusado el señor Gutierrez las reflexiones que hace sobre la superfluidad de cualquiera ley penal contra el suicida, y ya que de paso tacha la

1 Ley 15. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec.

legislacion criminal de Inglaterra y otros paices de Europa relativamente al suicidio, pudiera haber hecho resaltar en este punto la nuestra comparada con aquellas. Me ha parecido conveniente hacer esta advertencia por honor de nuestra legislacion, no por prurito de criticar, y mucho menos al señor Gutierrez, digno de todo aprecio por sus utilísimas obras. La otra ley de Partida en que se trata del suicidio, es la 1. tit. 28. Part. 7, y se reduce á especificar los modos ó causas porque los hombres suelen desesperarse y quitarse la vida.

Para calificar de suicidio voluntario una muerte, es preciso que conste con evidencia; de manera que la prueba sea plena y convincente, pues de otro modo se tendrá por un arrebato de locura, en cuyo caso el perpetrador no debe ser considerado como delincuente. Esta consideracion es de la mayor importancia para evitar la confiscacion de bienes, con la cual no debe castigarse al que por demencia cometió un hecho tan horroroso.

Constando el suicidio, se nombra promotor fiscal para que pida lo conveniente con arreglo á la ley, y se cita á los interesados en los bienes del muerto, si los hay sabidos, con quienes se sigue la causa; y si no se nombra defensor á aquellos, y se le discierne el cargo como al promotor fiscal.

Una grave dificultad suele ocurrir en las causas de suicidio, y es si debe ó no darse al cadaver sepultura eclesiástica. Cuando notoriamente consta que el suicidio fue hecho con deliberada premeditacion, se deniega aquella; si al contrario resulta que fue efecto de demencia ó falta de conocimiento y voluntad, no se le priva de la sepultura concedida á todo cristiano. En caso de duda se deposita el cadaver en cualquier sitio profano, preservándole de la corrupcion á beneficio de alguno de los medios ó especificos que se conocen, se dirige suplicatoria ordinaria al obispo con copia de las diligencias que se hubieran practicado, y en vista de ellas concede ó deniega la sepultura; bien entendido que si decretare injustamente la denegacion, se apela por el defensor ó los que tienen derecho del suicida. Este artículo ó incidente no hace cesar la causa principal empezada por el juez secular.

SUPOSICION DE PARTO: véase el artículo FALSEDAD al fin.

T.

TESTIGO FALSO: véase PERJURIO.

TRAICION: véase LESA MAGESTAD.

U.

USURA. Cométese esta cuando en un contrato de préstamo ú otro se lleva mayor interes ó rédito que el permitido por la ley, el cual en el dia es de seis por ciento, segun se dijo en el tomo 5.° de esta obra, pág. 38, nota 1.ª, y en el tomo 2.° pág. 470 y siguientes, donde se trató de la usura y de sus especies.

Las penas establecidas por nuestras leyes contra los usureros son las siguientes. Pierden lo que hubieren prestado y otro tanto mas por la primera vez; la mitad de sus bienes por la segunda, y por la tercera todos ellos. La cantidad prestada es para quien recibió el préstamo, y las otras penas pecuniarias se aplican del modo siguiente: una mitad para la Real Cámara, y la otra mitad se divide en dos partes, una para el acusador, y la otra para destinarla al reparo de los muros ó edificios públicos del pueblo donde se cometiese el delito. Fuera de esto el contrato usurario queda anulado, el usurero incurre en infamia perpetua (1); sus herederos no pueden suceder en los bienes adquiridos con usuras, y deben restituirlos á sus dueños ó á los que hubiesen de heredarles si se sabe quienes sean, y no sabiéndose deben emplearse en obras piadosas. Finalmente, aunque el deudor haga juramento de no repetir las usuras, puede el juez de oficio compeler al usurero á su restitucion (2).

Especie de usura es la *mohatra* ó el fraude que cometen los mercaderes con los labradores ú otras personas necesitadas, las cuales se obligan por grandes cantidades, recibiendo mucho menos que el importe de su obligacion, y comprando géneros al fiado por mucho mas de lo que valen, para venderlos luego al contado por el tercio menos, tal vez á personas destinadas por los mismos mercaderes para hacer esta compra. De esto trata la ley 5 de dicho tit. 22. lib. 12. Nov. Rec., en la cual se encarga á las justicias la mayor vigilancia para evitar semejantes contratos usurarios, so pena de que se les hará cargo de su negligencia ú omision acerca de este artículo al tiempo que hicieren residencia.

Tambien está determinado para evitar los contratos fraudu-

1 Tambien se incurre en excomunion por la usura *lucratoria*, que es la que se comete cuando se exige interes del dinero que se presta, sin que intervenga *lucro cesante* ni *daño emergente*, lo cual está prohibido por derecho divino. San Lucas, cap. 6. vers. 34. *Decretal.* lib. 5 y 6.

2 Leyes 31 y 40. tit. 11. Part. 5, y 4. tit. 6 Part. 7, 2 y 4. tit. 22. lib. 12. Nov. Rec., y cap. *Tuas dudum*, num. 13. *de usuris*.

lentos y usurarios que en los de mercaderías se especifiquen los géneros que se venden, y el precio que se da por ellos; prohibiéndose dar á interes cantidad alguna en mercaderías, segun se dijo en el tomo 2.°, capítulo 20, párrafo 10.

USURPACION. En el artículo hurto se dijo que solo se cometia aquel delito tomando contra la voluntad de su dueño las cosas *muebles*, segun consta de las leyes que allí se citaron. Tambien se insinuó que se da el nombre de usurpacion al acto de ocupar ó invadir los bienes raices de otro: este es un grave atentado que se castigará con penas corporales, segun fuere la violencia ó daño con que se ejecute: pues si para ello interviene insulto, amenaza, golpes ó heridas, serán aplicables las penas de que se ha hablado en los diferentes artículos relativos á estas ofensas. No mediando semejantes circunstancias, y reduciéndose la usurpacion á un mero despojo, se impondrán las penas que se prescriben en el tit. 34. lib. 11. Nov. Rec., y son las siguientes. »El que invadiere ó tomare por fuerza alguna cosa ó finca que otro tenga en su poder, si el forzador tenia algun derecho en ella, lo perderá, y sino la entregará con otro tanto de su valor al despojado (1). El que tomare la posesion de los bienes de un difunto contra la voluntad de sus herederos y sin autoridad del juez competente, pierde el derecho que en ellos tenga, y si no le tuviere, deberá volverlos con otros tales ó tan buenos, ó la estimacion de ellos en pena de su osadía (2). El acreedor que por su propia autoridad se apodere de la persona del deudor, y ocupe sus bienes ó heredades, ha de ser preso y puesto á disposicion del Rey, para que en él mande ejecutar la justicia que le parezca, segun la calidad del exceso; declarándose ademas que estos son casos de Corte (3). Por esto en la demanda que se presenta pidiendo la restitucion de un despojo, se pide que se restituya al despojado la posesion de la finca usurpada, condenando á la parte contraria en las costas, daños y perjuicios que se han seguido al despojado, y en las *demas penas pecuniarias* en que por derecho ha incurrido como despojador violento (4).

V.

VAGANCIA Ú HOLGAZANERIA. Suelen ser tan funestas

1 Ley 1. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.
2 Ley 3 del mismo tit.
3 Ley 5 idem.
4 Véase el tomo 3.° de esta obra, página 282 y siguientes, donde se trató de los interdictos, con los cuales se pretende adquirir, retener ó recobrar la posesion.

las consecuencias de este vicio, que en toda nacion bien gobernada se ha considerado necesaria su extirpacion para evitar los latrocinios y otros delitos que comunmente se originan de la ociosidad. »Grande daño, dice la ley 1. tit. 31. lib. 12. Nov. Rec., viene á los nuestros reinos por ser en ellos consentidos y gobernados muchos vagamundos y holgazanes que podrian trabajar y vivir de su afan y no lo hacen; los cuales no tan solamente viven del sudor de otros sin lo trabajar y merecer, mas aun dan mal ejemplo á otros que los ven hacer aquella vida, por lo cual dejan de trabajar y tórnanse á la vida de ellos; y por esto no se pueden hallar labradores, y fincan muchas heredades por labrar...." Este y otros males que acarrea la ociosidad se desterrarian, sin necesidad de acudir á medios violentos, mejorando la educacion, y enseñando algun oficio á los jóvenes de ambos sexos, para lo cual convendria multiplicar los hospicios ó casas de beneficencia, como tambien facilitar los medios para que todo individuo pueda proporcionarse su subsistencia y la de su familia con el producto de su trabajo. Pero prescindiendo de estas consideraciones, mas propias de otra obra que de la presente, paso á especificar los que la ley considera como vagos, y las penas establecidas contra ellos, ó mas bien el destino que debe dárseles por via de precaucion para impedirles que caigan en delitos, y obligarles á que sean útiles á la patria, como se dice en la circular de 6 de febrero de 1781.

Por Real orden de 30 de abril de 1745 (1) se declararon por vagos los siguientes. El que sin oficio ó beneficio, hacienda ó renta, vive sin saberse de que le venga la subsistencia por medios licitos y honestos: el que teniendo algun patrimonio ó emolumento, ó siendo hijo de familia, no se le conoce otro empleo que el de casas de juego, compañías mal opinadas, frecuencias de parages sospechosos, y ninguna demostracion de emprender destino de su esfera: el que vigoroso, sano y robusto en edad, y aun con lesion que no le impida ejercer algun oficio, anda de puerta en puerta pidiendo limosna: el soldado inválido, que teniendo sueldo de tal, anda pidiendo limosna; porque este con lo que le está consignado en su destino, puede vivir como lo ejecutan los que no se separan de él: el hijo de familias que mal inclinado no sirve en su casa y en el pueblo de otra cosa que de escandalizar con la poca reverencia ú obediencia á sus padres, y con el ejercicio de las malas costumbres, sin propension ó apli-

1 Notas 6, 7 y 8 á la ley 7. tit. 31. lib. 12. Nov. Rec.

cacion á la carrera que le ponen: el que anduviere distraido por amancebamiento, juego ó embriaguez: el que sostenido de la reputacion de su casa, del poder ó representacion de su persona, ó las de sus padres ó parientes, no venera como se debe á la justicia, y busca las ocasiones de hacer ver que no la teme, disponiendo rondas, músicas, bailes en los tiempos y modos que la costumbre permitida no autoriza, ni son regulares para la honesta recreacion: el que trae armas prohibidas en edad en que no pueden aplicársele las penas impuestas por las leyes y pragmáticas á los que las usan: el que teniendo oficio no le ejerce lo mas del año sin motivo justo para no ejercerlo: el que con pretexto de jornalero, si trabaja un dia deja de hacerlo muchos, y el tiempo que habia de ocuparse en las labores del campo ó recoleccion de frutos, lo gasta en la ociosidad, sin aplicacion á los muchos modos de ayudarse que tienen aun el que por las muchas aguas, nieves ó poca sazon de las tierras y frutos no puede trabajar en ellas, haciéndolo en su casa en muchas manufacturas de cáñamo, junco, esparto y otros géneros que toda la gente del campo entiende: el que sin visible motivo da mala vida á su muger con escándalo en el pueblo: los muchachos que, siendo forasteros en los pueblos, andan en ellos prófugos sin destino: los muchachos naturales de los pueblos, que no tienen otro ejercicio que el de pedir limosna, ya sea por haber quedado huérfanos, ó ya porque el impío descuido de los padres los abandona á este modo de vida; en la que creciendo sin crianza, sujecion ni oficio, por lo regular se pierden, cuando la razon mal ejercitada les enseña el camino de la ociosidad voluntaria: los que no tienen otro ejercicio que el de gasteros, bolicheros y saltimbancos; porque estos entretenimientos son permitidos solamente en los que vivan de otro oficio ó ejercicio: los que andan de pueblo en pueblo con máquinas reales, linternas mágicas, perros y otros animales adiestrados, como las marmotiñas ó gatos que las imitan, con que aseguran su subsistencia, feriando sus habilidades y la de los instrumentos que llevan, al dinero de los que quieren verlas, y al perjuicio de las medicinas que con este pretexto venden, haciendo creer que son remedios aprobados para todas las enfermedades: los que andan de unos pueblos á otros con mesas de turron, melcochas, cañas dulces y otras golosinas que no valiendo todas ellas lo que necesita el vendedor para mantenerse ocho dias, sirven á inclinar á los muchachos á quitar de sus casas lo que pueden para comprarlas, porque los tales vendedores toman todo cuanto les dan en cambio."

Por el capítulo 33 de la *Instruccion de corregidores*, inserta en cédula de 15 de mayo de 1788, se previene lo siguiente: »En la clase de vagos son tambien comprendidos, y deben tratarse como tales, los menestrales y artesanos desaplicados que, aunque tengan oficio, no trabajan la mayor parte del año por desidia, vicios ú holgazanería; á cuyo fin estarán siempre á la vista para saber los que incurren en este vicio."

Y por Real orden circular de 15 de mayo de 1802 se previno á los tribunales y justicias, que traten como vagos á todos los que se dirigiesen á Roma con cualquier pretexto, sin exceptuar el de obligacion de conciencia, sino fueren habilitados con pasaporte despachado por el señor gobernador del Consejo, ó por la primera secretaría de Estado.

Las penas establecidas contra los vagos, declarados por tales, son las siguientes. Se destinan á las armas, aunque sean casados, por ocho años, teniendo de diez y siete á cuarenta de edad, y la talla y robustez necesaria. Siendo inútiles para este servicio, serán destinados á la marina por igual tiempo; y si aun para esta no sirvieren por ser niños, ancianos ó impedidos, se les encerrará en un hospicio ó casa de misericordia. Los nobles que fueren destinados por vagos á las armas, servirán en calidad de soldados distinguidos (1).

La justificacion de la vagancia debe hacerse por informacion sumaria, con citacion del síndico general ó personero del comun, y luego que se prenda al ocioso ó vago, se le hará cargo, y tomará su declaracion, cuya citacion no se entenderá en Madrid ni en los sitios Reales, donde ha de observarse la práctica actual (2).

Si pretende el preso en la leva por vago, ocioso ó mal entretenido, probar ocupacion y arreglo en su porte, y envidia ó emulacion en los que hayan depuesto contra él, lo ha de justificar dentro de tres dias precisos con toda individualidad; de manera que si alegare estar dedicado á la labranza, ha de demostrar la yunta y tierras propias ó agenas en que labra, con las demas indicaciones oportunas para averiguar la verdad; y lo mismo se ha de entender si alegare estar dedicado á oficio, justificando el taller propio ó ageno, y el maestro ú oficiales con quienes trabaja continua y efectivamente (3).

1 Leyes 7, 8, 9, 11 y 12. tit. 31. lib. 12. Nov. Rec.

2 Ley 7 cit. cap. 13.

3 La misma ley, en la cual y las siguientes, pueden verse otros puntos relativos á la aprension de vagos, manutencion y conducta de ellos á sus respectivos destinos.

Nota. Despues de escrito este prontuario se ha publicado un Real decreto con fecha de 26 de abril último, en que su Magestad se ha dignado resolver lo siguiente: »Movido Yo por estas justas y urgentes consideraciones (las expuestas anteriormente), y deseando fundar la prosperidad de mis pueblos sobre una legislacion clara, metódica y arreglada á los principios invariables de la justicia universal, preparaba los medios de llevar al cabo tan gloriosa empresa, y habia ya decretado en 2 de diciembre de 1819 la formacion de un nuevo Código criminal, que clasificando con propiedad y exactitud los delitos con que se perturban el orden público y la seguridad individual, determinase de un modo claro y positivo las penas correspondientes para el castigo de los reos y escarmiento de los demas. Sucesos inesperados y de triste memoria se atravesaron á los pocos dias de dar esta mi soberana disposicion, y no permitieron llevarla á efecto, pero restablecidas ya felizmente la paz y la tranquilidad que convienen para poner en ejecucion mis benéficos designios, se ha fijado nuevamente mi atencion sobre los grandes bienes que recibirán mis amados vasallos con la reforma completa de la legislacion actual; y considerando de mayor urgencia, tanto para afianzar el orden público, como para consolidar las garantías que se deben á la inocencia y seguridad de las personas, y á fin de cortar de raiz todos los abusos que se han introducido en el castigo y represion de los delitos, que se forme desde luego el Código criminal decretado en 1819; he resuelto confiar su formacion á una junta especial, para la que me propondreis tres magistrados y un secretario letrado que tendrá voto en ella, todos versados en los negocios criminales y de acreditado celo por mi Real servicio, á fin de que evacuen este importante encargo con la brevedad que exige el bien de mis pueblos; dándome cuenta mensualmente de lo que vayan adelantando hasta haberlo concluido." Tendreislo entendido y dispondreis lo necesario á su cumplimiento. Está señalado de la Real mano, en Aranjuez &c. = A Don Francisco Tadeo Calomarde.

TITULO II.

DE LA ACUSACION, DENUNCIA Y PESQUISA; Y DE LOS DIVERSOS FUEROS Á QUE PUEDEN ESTAR SUJETOS LOS DELINCUENTES.

CAPITULO PRIMERO.

De la acusacion, denuncia y pesquisa.

§. 1. De los tres medios que conceden las leyes para proceder á la averiguacion de los delitos y delincuentes.

2. ¿Que se entiende por acusacion?

3. ¿Que ha de expresarse en la querella?

4. Hay delitos que pueden ser acusados por cualquiera del pueblo, y otros cuya acusacion está reservada á la persona ofendida. En el adulterio, que es uno de estos últimos, se ha de acusar á entrambos adúlteros, y no á uno solo.

5. ¿En que delitos se puede acusar por medio de procurador?

6. ¿Quienes tienen prohibicion legal para acusar?

7. ¿Quienes no pueden ser acusados?

8. Si se presentaren muchos á acusar un delito, ¿quien deberá ser preferido?

9. Fianza de calumnia que suele exigirse al acusador al principio de la causa, para evitar las fatales consecuencias que se originan de las acusaciones calumniosas.

10. Pena que imponen las leyes al acusador cuando no prueba su acusacion.

11. Para eximirse el acusador de dicha pena, no solo ha de probar en lo principal el delito, sino tambien en todos los extremos que abraza la acusacion si fueren sustanciales.

12. Si el acusado se presentare dentro del plazo que se le señaló para responder, y no compareciere el acusador, ¿que deberá hacer el juez?

13. El acusador puede desamparar la acusacion dentro de treinta dias con licencia del juez; excepto en los casos que alli se expresan.

14. Desamparando el acusador su acusacion, no por eso dejará de procederse á la averiguacion del delito y castigo del delincuente, pues en tal caso procede-

rá el juez de oficio, si el delito es de aquellos en que se admite este procedimiento.

15. ¿Si podrán hacer convenio el acusado y acusador para que este desista de la acusacion, y aquel se liberte de la pena?

16. Muerto el acusador pendiente la acusacion, fenece esta, y no estan obligados sus herederos á seguirla. Asimismo acaba la acusacion con la muerte del acusado, de modo que no puede ponérsele pena alguna, excepto en algunos delitos expresados en el párrafo 7.

17. ¿Como deberán los herederos del ofensor ú ofendido, en su caso indemnizar á los herederos del muerto cuando la causa versa sobre indemnizacion de los perjuicios que se hubiesen ocasionado por razon de robo, deshonra ú otro agravio semejante?

18. Acciones criminal y civil que dimanan de todo delito, y si podrán entablarse ambas en una misma demanda como principales?

19. ¿Que es denuncia?

20. El denunciador debe dar fianzas de que probará el contenido de su denuncia, y de lo contrario pagará los gastos y sufrirá las penas que se le impongan; exceptúanse de esta obligacion los ministros de justicia, y otros que tienen por oficio el denunciar.

21. Requisitos necesarios para que puedan acusar y denunciar los fiscales.

22. ¿Que se entiende por pesquisa?

23. ¿Cuantas clases hay de pesquisas?

24. Pesquisas generales prohibidas por nuestras leyes sin previa determinacion Real.

25. ¿Quienes pueden hacer pesquisas?

26. Circunstancias que ha de tener el pesquisidor.

27. Casos en que no deben enviarse pesquisidores.

28. ¿Contra quienes podrá proceder el pesquisidor?

29. Los pesquisidores no pueden suceder en el empleo al corregidor ó juez contra quien fueren comisionados, hasta que pase un año por lo menos, para evitar que procedan con siniestra intencion.

30. ¿Si podrá proceder el juez ordinario, contra el comisionado que cometiere algun delito en el desempeño de su oficio ó fuera de él?

31 hasta el 37. Modo de proceder los jueces pesquisidores en el desempeño de su comision.

1. Para proceder á la averiguacion de los delitos y castigo de los delincuentes, que es el objeto del juicio criminal, conce-

den nuestras leyes tres medios, que son acusacion ó querella de parte, delacion ó denuncia, y pesquisa.

2. Acusacion es la accion con que uno pide al juez que castigue el delito cometido por una ó mas personas. Llámase comunmente *querella* la primera peticion ó escrito en que el agraviado refiere el delito con todas sus circunstancias, nombra al delincuente pidiendo que se le impongan las debidas penas; y al efecto solicita que se le admita informacion sumaria sobre lo expuesto, y que hecha la suficiente se mande prender al reo y embargar sus bienes. *Acusacion formal* se denomina el segundo escrito mas extenso y fundado que presenta el querellante despues de evacuada la sumaria ó confesion del reo, luego que se le comunica traslado de ella.

3. En la querella se han de expresar los nombres del acusador y acusado, el delito, el dia y lugar en que se cometió, jurando el acusador ó querellante que no procede con malicia, sino por creer delincuente á aquel á quien acusa, y de otro modo ha de despreciarla el juez (1).

4. Este medio de la acusacion fue muy usado entre los antiguos romanos, y de su legislacion pasó á la nuestra, donde se distinguen dos clases de delitos, unos que pueden ser acusados por cualquiera del pueblo, y otros cuya acusacion está reservada á la persona ofendida, como ya se indicó en el capítulo 1.° del título anterior, párrafo 13 y su nota. Sin embargo en el dia no es de mucho uso el medio de la acusacion, pues que los jueces proceden comunmente de oficio, excepto en ciertos delitos que se expresarán despues, en que no les es permitido el hacerlo sino por acusacion de parte. Uno de ellos es el adulterio, y acerca de la acusacion de este, debo advertir que se ha de acusar á entrambos adúlteros, y no á uno solo, aun cuando esté ausente, siempre que no haya muerto, y con los dos se ha de seguir la causa en un mismo proceso, y ante un juez si pudiere ser; á menos que el adúltero sea clérigo, en cuyo caso se ha de seguir su causa ante el juez eclesiástico, y la de la adúltera ante el secular (2).

1 Ley 14. tit. 1. Part. 7. Algunos autores opinan que no debe expresarse en la acusacion el dia ni la hora, porque de este modo se coarta al acusador, y se hace mas difícil la prueba; pero suponiendo que esto sea asi, tambien se hace mas difícil la calumnia, que es lo mas interesante en estos juicios, en que debe procederse con todas las precauciones posibles para no castigar á un inocente: y sobre todo las opiniones de los autores nada valen cuando la ley manda lo contrario.

2 Acevedo en las leyes 2 y 3. tit. 28. lib. 12. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 3. *Juicio criminal*, §. 14. num. 7.

5. Nadie puede acusar á otro, aunque sea en causa propia por procurador, sino que debe hacerlo por sí mismo, excepto el curador por su menor (1); mas esto se entiende en los delitos de que puede resultar pena de muerte, perdimiento de miembro ó destierro perpetuo, pues en los demas bien puede acusarse por medio de procurador (2). En ausencia del curador puede el menor con autoridad del juez constituir procurador que por él acuse (3).

6. No pueden acusar las personas siguientes. 1.° Las mugeres, ya por su fragilidad é inexperiencia, ya por no ser decoroso que frecuenten los tribunales (4). 2.° Los menores de catorce años; y aun el que los haya cumplido, si es menor de veinticinco, necesita hacerlo con intervencion de su curador, por la misma razon de inexperiencia para tan graves negocios (5). 3.° Los perjuros é infames; porque no merecen crédito ni consideracion alguna (6). 4.° El pobre de solemnidad (7), por lo expuesto que esta al soborno. 5.° El cómplice en el mismo delito, ni el hermano al hermano, ni el hijo al padre ú otro ascendiente, ni el sirviente ó familiar á su amo (8), excepto en los delitos de lesa Magestad, ó cuando alguna de estas personas trata de vindicar el daño que recibió, ó el que se hizo á sus parientes en cuarto grado, suegro, yernos, ó padrastros (9). 6.° Aquel á quien se probare que recibió dinero, ya para acusar, y ya para desamparar la acusacion que hubiere hecho (10), pues semejante persona es ya sospechosa por su venalidad. El que tiene contra sí pendiente alguna acusacion no puede acusar á otro de un delito menor ó igual á aquel de que él mismo está acusado: ni el sentenciado á muerte ó destierro perpetuo, á no ser por delito contra su persona ó sus parientes en cuarto grado; pero si el destierro fuere temporal, no tiene impedimento legal para acusar (11). Tampoco pueden ejercer el ministerio de acusadores los jueces ó magistrados, por el poder ó influjo que pudiera tener su cargo en perjuicio del acusado (12). Por derecho canónico está prohibido al clérigo acusar al lego en el fuero secular, á no

1 Ley 6. tit. 1. Part. 7.
2 Ley 12. tit. 5. Part. 3.
3 Greg Lop. en la ley 6. glos. 2. tit. 1. Part. 7.
4 Ley 2. tit. 1. Part. 7. No obstante la muger puede acusar la muerte de su marido, así como este la de su muger. Ley 4. tit. 8 Part. 7.
5 Dicha ley 2.
6 La misma ley.
7 La ley dice: »el muy pobre que non ha la valia de cincuenta maravedises."
8 La razon es, porque mal se podria confiar en quien no respetase el vínculo de la sangre, ó incurriese en la fea nota de ingratitud.
9 Dicha ley 2.
10 La misma ley 2.
11 Ley 4. del mismo tit. 1.
12 Dicha ley 2. del mismo título.

ser por injuria propia, de los suyos ó de su iglesia; en cuyos casos no habiendo de resultar pena de sangre, ó protestando que no haya de seguirse esta de su acusacion, podrá hacerlo sin incurrir en irregularidad. No obstante siempre será mas prudente y acertado en el clérigo no acusar, aun bajo de protesta, pudiendo seguirse dicha pena de sangre. Tampoco el lego podrá acusar al clérigo en el fuero eclesiástico, sino por injuria propia ó de los suyos, ó en los delitos de lesa Magestad divina ó humana, simonía, sacrilegio, ó disipacion de los bienes de la iglesia de que sea patrono.

7. No pueden ser acusadas aquellas personas á quienes por su corta edad, falta de juicio, ù otra causa, considera la ley incapaces de delinquir, y son las siguientes. 1.° Los menores de diez años y medio, los cuales se dicen próximos à la infancia, é incapaces por consiguiente de malicia y de dolo. Desde esta edad á la de catorce años, tampoco pueden ser acusados por yerro de incontinencia ó lujuria en razon de su inexperiencia; pero si cometiesen otro delito mas grave pueden ser acusados, aunque se les impondrá menor pena que la designada para los de mayor edad (1). 2.° Los locos, fatuos y demas que carecen de razon ó juicio, tampoco pueden ser acusados de delitos que cometieren durante la demencia ó extravio de su entendimiento. 3.° Los muertos, à no ser por delito de traicion, heregía, malversacion de los caudales del Rey, inteligencia con los enemigos en perjuicio de su Magestad ó del reino, robo sacrílego, muerte dada por la muger á su marido, ó injusticia cometida por algun juez en fuerza de soborno. En todos estos casos se sigue la causa contra los delincuentes, aun despues de muertos, ya para resarcir con sus bienes el daño que hicieron, ya para declarar infame su memoria &c. 4.° Tampoco pueden ser acusados los jueces durante su oficio, excepto por delito cometido en desempeño de él; y la razon en que se funda para esto la ley, es que debiendo tener los jueces muchos enemigos por razon de su cargo, serian tantos los acusadores, que no podrian cumplir bien con sus deberes. Sin embargo de esto los agraviados pueden querellarse al Rey para que se castigue á los jueces delincuentes. 5.° Ultimamente no puede ser acusado de un delito el que fue ya juzgado y absuelto de él, à no probarse en la segunda acusacion que se procedió con dolo en la primera; ó si habiéndose hecho esta por algun extraño, se entablase la segunda

1 Véase la nota al §. 8. cap. 1. tit. *. de este tratado.

por algun pariente del agraviado, probando que ignoró la primera (1) (*).

8. Si se presentaren á un tiempo muchos á acusar un delito, para saber á quien ha de darse la preferencia, deberá distinguirse entre acusadores propios y extraños. En cuanto á estos habrá de escoger el juez á aquel que comprenda procede con mejor intencion; pero si uno acusase primero, y fuese la causa contestada, este deberá ser preferido. Por lo que hace á los propios ó parientes, deberá seguirse el siguiente orden. La muger por muerte del marido, y este por la de ella, son preferidos á los hijos y demas parientes; entre estos se dará la preferencia al de grado mas próximo: si los acusadores estuvieren en igual grado, será admitido el que primero acuse, y con él solo se contestará la demanda; mas si todos concurren juntos á acusar, opina el señor Gutierrez (2), »que deben ser todos admitidos habiendo de ser una la acusacion, ó bien que escoja entre ellos el juez segun se ha dicho de los acusadores extraños. Si un pariente presenta su acusacion, y se admite, parece que se debe excluir á otro pariente mas próximo que presentare otra despues."

9. Para precaver los daños y fatales consecuencias que se originan de las acusaciones calumniosas, se estila en el foro, que desde el principio de la causa se obliga al acusador á afianzar de calumnia, á lo cual nadie puede resistirse, pues todos estan obligados á prestar esta fianza, excepto el que acusa injuria propia ó de los suyos, ó alguna otra persona exenta (3). Aun

1 Leyes 7, 8, 9, 11 y 12. tit. 1. Part. 7.

* Adviértase que cuando en la primera acusacion se omitió alguna circunstancia que grave el delito y la pena, se puede expresar antes de la sentencia definitiva, mas no despues de ella, aun cuando constituya una nueva especie de delito. Por ejemplo: si se sentenciase una causa seguida por heridas solamente, y despues de la sentencia muriese el herido, no se puede proceder contra el reo por la muerte.

2 *Practica criminal*, tom. 1. pag. 105.

3 No estan obligados á dar dicha fianza los que acusan su injuria propia, ó el delito cometido contra los suyos, por la razon que da la ley 26. tit. 1. Part. 7. Sin embargo estos, en caso de no probar, aunque no deben sufrir la pena del talion ni otra corporal, deberán ser castigados con otra pecuniaria ó arbitraria, si la calumnia fuere tan visible que desvanezca la presuncion que el derecho introdujo á su favor. Del mismo privilegio gozan, segun opinion de algunos autores, todos aquellos que hacen acusaciones impelidos de su obligacion ú oficio, como el heredero por delito cometido contra el difunto, ó siendo pariente de este (*a*); el tutor ó curador (*b*), el ministro de justicia (*c*) y los fiscales; ó cualquiera otro que por su empleo tiene el cargo de acusar ó notar los crimenes ó excesos (*d*), y finalmente los acusadores de delitos de moneda falsa, heregía y de lesa Magestad (*e*).

a Larrea aleg. 65. num. 73.
b Gutierr. lib 3. *Pract* quæst. 21. num. 7.
c Gutierr. alli, num. 11.
d Gutierr. idem, num. 7.
e Bovad. lib. 5. *Polit.* cap 2. num. 91. Farinac. *in Praxi*, tom 1. quæst. 16. Gutierr. lib. 3. *Pract.* quæst. 21.

los clérigos estan obligados á prestarla, y á los efectos de ella responden con sus temporalidades si las penas son pecuniarias, y si son de otra clase se acude á su propio juez para que las mande llevar á debiba ejecucion (1). Esta fianza de calumnia se reduce á obligarse el fiador á que la acusacion será probada; que esta no se hace por odio, venganza ni interes, ni con el fin de vejar al acusado; y que resultando lo contrario pagará las penas de la falsa querella, costas, daños y perjuicios, y demas dispuestas por derecho. A veces se hace obligar únicamente al mismo acusador á las expresadas resultas, bajo la cantidad que le manda depositar el juez. Si estas fianzas se dan por los capitulantes en las querellas de capítulos contra corregidores y justicias, llevan ademas una informacion de abono, que viene á ser un afianzamiento de la misma fianza.

10. La ley impone al acusador que no prueba su acusacion la pena del talion por la calumnia presunta que resulta de la falta de prueba; bien que esta pena no está ya en uso, segun se dijo en el prontuario de los delitos, palabra *calumnia*, donde puede verse cuales son las que se han sustituido.

11. Para eximirse de ellas el acusador, no solo ha de probar en lo principal el delito, sino tambien en todos los extremos que abrace la acusacion, si fueren sustanciales ó que agraven el crimen; mas no si son accidentales ó de circunstancias, debiendo tener presente que no basta una prueba semiplena si la defensa es completa, ó notoria la impostura; aunque siendo aquella suficiente para condenar arbitrariamente al acusado, quedará impune el acusador. Cuando la acusacion es de hechos correlativos, ó que tienen íntima dependencia entre sí, basta justificar uno de los extremos para no incurrir en la pena de calumniador. Por el contrario, si los hechos son inconexos, cada capítulo exige prueba distinta.

12. Si el acusado se presentase dentro del plazo que se le señaló para responder á la acusacion, y no compareciere el acusador, puede el juez imponer á este, segun su arbitrio, una multa, mandando que se le emplace de nuevo, y señalándole término para que acuda á seguir su acusacion. Sino acudiere dentro de este término, ni alegare causa legítima, deberá el juez absolver al acusado de la acusacion, haciendo que el acusador satisfaga todas las costas y perjuicios que se le originaron por causa de ella. Ademas la ley le condena (2) en las penas de pagar cin-

1 Glos. verb. *Calumn.* in cap. 2. *de calumniat* Bovad. lib. 2. *Polit.* cap. 18.

2 Ley 17. tit. 1. Part. 7.

co libras de oro para la Real Cámara, y de ser declarado por infame. Sin embargo pueden separarse impunemente de la acusacion aquellos que, segun las leyes, no incurren en pena, aun cuando no prueben los delitos que acusaron, y de quienes se trató en el párrafo 9.

13. Sin embargo de lo que se ha dicho en el párrafo anterior, puede el acusador desamparar la acusacion dentro de treinta dias, con permiso del juez; quien debe concederle cuando entienda que el acusador no la desampara engañosamente, sino porque dice haberla hecho con error; y no abandonándola en estos términos, incurrirá en las penas referidas anteriormente. Con todo se exceptúan algunos casos en que no es permitido al acusador desamparar su acusacion, ni aun con permiso del juez, y son los siguientes. 1.° Cuando este sabe que la acusacion fue falsa y maliciosa. 2.° Cuando en virtud de la acusacion se puso preso al acusado, y este sufrió algun perjuicio y padeció su estimacion; pues entonces no podrá el acusador desamparar la acusacion sin anuencia del acusado; mas no habiendo padecido este perjuicio, bien podrá aquel desampararla dentro de los treinta dias con licencia del juez. 3.° Cuando se acusa delito de traicion contra el Soberano ó el Estado, de falsedad, de hurto ó robo hecho al Rey ó lugar religioso, abandono de algun castillo, fortaleza ó puesto, cuya custodia hubiese encomendado el Rey á algun caballero ú oficial militar. En tales casos está precisamente obligado el acusador á seguir y probar su acusacion; pues si la desampara, habrá de sufrir la pena que deberia imponerse al acusado, si se le hubiese probado el delito (1).

14. Aunque el acusador desampare la acusacion, no por eso se crea que han de quedar los delitos impunes; pues en tal caso el juez está obligado á seguir de oficio la causa, nombrando promotor fiscal en caso necesario, para que haga las veces de acusador en ella, siempre que el delito sea de aquellos en que se pueda proceder de oficio; y aun cuando la parte agraviada perdone, habiendo principiado la instancia, puede el juez proceder al castigo, segun dispone la ley 4. tit. 40. lib. 12. Nov. Rec.

15. Lo dicho en el párrafo anterior nos conduce naturalmente á otra cuestion importante, de que tratan los autores, á saber: ¿si podrán hacer convenio el acusado y el acusador de que este desista de la acusacion para eximir á aquel de la pena? La ley

1 Ley 19. tit. 1. Part. 7.

22. tit. 1. Part. 7. dice: que en los delitos merecedores de pena de muerte ó perdimiento de miembro, puede hacerse semejante convenio, pechando ó dando algun interes el acusado al acusador por su desistimiento (1), excepto en el crimen de adulterio, en que no se puede hacer semejante avenencia por dinero, aunque sí gratuitamente (2). Pero añade la misma ley, que si el delito no mereciere tan grave pena, sino pecuniaria y de destierro, y se hiciese tal convenio por interes, por el mero hecho de este pacto se ha de tener al acusado por delincuente, y castigarle con arreglo á la ley, excepto si fuere el crimen de falsedad, pues en este por solo el pacto no debe considerarse á uno delincuente, ni castigarle con la condigna pena sin que se le pruebe. No obstante lo dicho, si el acusado, sabiendo que no tenia culpa, se concertó con su contrario solo por libertarse de las incomodidades de la causa, lejos de conceptuársele reo, ni de sufrir pena alguna, debe restituirle el acusador lo que recibió de él con el cuatrotanto, si se lo demanda dentro de un año, y con el duplo si el año hubiere pasado. Ultimamente dice la ley que aunque el acusado pueda hacer convenio sobre la acusacion sin exponerse á pena alguna, no asi el acusador que la merece, como se dijo en el párrafo 13, cuando desampara la acusacion sin licencia del juez.

16. Muerto el acusador pendiente la acusacion, no estan obligados sus herederos á seguirla, aunque pueden hacerlo si quieren, ú otro extraño en defecto de ellos, siendo el delito de los públicos, por los cuales se da accion popular; y si ninguno se presenta á hacerlo, el juez deberá seguir la causa de oficio, no siendo el delito de aquellos en que no se puede proceder sino á peticion de parte, como el adulterio (3). Igualmente se acaba la acusacion por muerte del reo, de modo que no se le podrá poner pena alguna, ni acusarle despues, excepto en los delitos que se expresaron en el párrafo 9. Ademas, si condenado

1 La razon que de la ley es esta: »por que guisada cosa es et derecha que todo home puede redimir su sangre." Sin embargo los delitos graves tienen una trascendencia pública, y en ellos no solo es responsable el delincuente al ofendido, sino á toda la sociedad, que tiene un interes inmediato en que sean respetadas las leyes protectoras de la vida y propiedad de sus individuos. Por esta razon tan poderosa no debe dejarse á arbitrio del ofendido la remision de la pena merecida por el reo, y especialmente en los delitos graves, lo cual se confirma por la ley citada en el párrafo anterior; y es de extrañar que cuando algunos autores han hablado de la facultad que concede la ley de Partida para hacer semejante convenio, no hayan tenido presente esta otra de la Novísima Recopilacion, por la cual se ve que no está en arbitrio del ofendido remitir ó perdonar la pena.

2 Dicha ley 22.

3 Ley 23. tit. 1. Part. 7.

alguno en pena corporal y en la pérdida de sus bienes señaladamente, apelase de la sentencia, y falleciese siguiendo su apelacion, puede continuarse la causa para decidir si fue justa ó no la sentencia en orden à los bienes; y queriendo los herederos del acusado percibirlos podrán tomar parte en aquella, asi como los del acusador pueden proseguir la apelacion en cuanto à ellos. Si en la sentencia no se hubiere hecho mension expresa de los bienes, quedará tambien concluida la acusacion respecto de estos, y no podrán tomarse á sus dueños (1).

17. Si alguno reconviniese à otro sobre la indemnizacion de los perjuicios que le hubiese ocasionado por razon de robo, deshonra ù otro agravio semejante, y muriere el ofendido despues de la contestacion, puede el juez continuar la causa y el ofensor habrá de indemnizar á los herederos del muerto, como resarciria á este si viviese. Si por el contrario fuere el ofensor quien falleciese viviendo el ofendido, y hallándose la causa en dicho estado, sus herederos han de proseguir la causa, y si fueren vencidos, satisfarán á aquel cuanto satisfaria el difunto à no haber fallecido. Lo mismo se ha de observar respecto de los herederos, muriendo ambos ofensor y ofendido. Mas si muriere el primero antes de principiarse la causa, sus herederos solo estarán obligados por lo que se acreditare haber llegado à poder del muerto, por razon del hurto ó daño que hubiese hecho; y lo propio milita muriendo el ofendido en dicho tiempo: todo lo cual se funda en que las penas no pasan á los herederos antes que sean asi demandadas. No obstante si la ofensa se hubiese hecho á un muerto ó á un enfermo con la indisposicion ó mal de que murió, pueden sus herederos reconvenir ó acusar al ofensor (2).

18. De todo delito dimanan dos acciones, una criminal para pedir el castigo del delincuente y satisfacer la vindicta pública, y otra civil con que se reclama el interes y resarcimiento de daños pertenecientes á la parte agraviada; y aunque ambas acciones no se pueden entablar como principales en una misma demanda cuando se pide criminalmente; sin embargo por incidencia ó implorando el oficio del juez, puede pedirse por accion civil; pero es de notar que usando el acusador de una de las dos acciones solamente, no puede dejarla y escoger la otra. En el delito de hurto es particular poderse pedir en la misma deman-

1 *Cur. Filip.* part. 3. §. 9. num. 12. 2 Ley 25. tit. 1. Part. 7.

da, como cosas igualmente esenciales, la pena y la restitucion de lo robado (1) (*).

19. Denuncia es la manifestacion de algun delito, y por lo regular tambien del delincuente, hecha por cualquiera, no con objeto de seguir el juicio en su nombre, ni tomar satisfaccion por sí mismo, sino con el fin de informar y excitar al juez para el debido castigo del delincuente.

20. Aunque segun la ley 27. tit. 1. Part. 7. no tenia obligacion el denunciador de probar su denuncia, á menos que se ofreciese à ello ó conociera el juez que procedia maliciosamente, segun el derecho de la Novísima Recopilacion (2) está obligado à probarla (3); hallándose prevenido ademas, para evitar por todos los medios las falsas delaciones, que en ningun tribunal se admita escrito anónimo; y que si alguno se presenta, sea firmado de persona conocida, dando fianzas de que probará su contenido, y que de lo contrario pagará los gastos que ocasione, y sufrirá las penas que se le impongan. Por esto en el dia, como observa muy bien el Doctor Palacios (4), asi como estan casi desconocidas las acusaciones, apenas se usa este modo de proceder por denunciacion formal, y lo que vemos en su lugar es que los que habian de denunciar legal y formalmente, lo hacen extrajudicialmente, ó por mejor decir, avisan secretamente al juez ó á alguna persona que sin temor pueda darle cuenta del delito, cuyo castigo ó enmienda desean, á fin de que este proceda de oficio á su correspondiente averiguacion y á la del delincuente, como debe hacerlo siempre que tenga noticia, segun las leyes 9. tit. 32, y 1. tit. 33. lib. 12. Nov. Rec. A veces se denuncian los delitos, especialmente de muertes ó heridas, por medio de los párrocos ù otros sacerdotes, cuya práctica dimana del abuso reprensible, que por desgracia ha sido harto comun, de prender al que daba noticia de algun homicidio, ya con el pretexto de que sirva de testigo, como si fuera justo tratar á estos del mismo modo que si fuesen reos, ya por presumírsele

1 Ley 18. tit. 14. Part. 7. *Cur. Filip.* part. 3. §. 14. num. 6. Véase tambien lo que se dijo acerca de la acumulacion de las acciones en el libro 3.° de esta obra, título 1, capítulo 1, desde el párrafo 37 hasta el fin.

* Acerca del tiempo dentro del cual deban hacerse las acusaciones, véase lo que se dijo en dicho capítulo 1, título 1, párrafo 38, acerca de la prescripcion de los delitos.

2 Leyes 6. tit. 6, 2 y 3. tit. 33. lib. 12. Nov. Rec.

3 Entiéndase que la prueba ha de ser plena, y que no basta la semiplena, segun el señor Posadilla en su *Práctica criminal*, tom. 2. pag. 88.

4 Nota 1 al cap. 2. tit. 11. lib. 3. de las *Instrucciones del derecho civil de Castilla*, por los señores Asso y Manuel.

autor del delito mencionado, lo cual, generalmente hablando, es inverosimil. De esta práctica (como dice con mucha razon el señor Gutierrez en su *Práctica criminal*), y la de poner en prision à los que presencian las riñas ù otros delitos, se origina muchas veces la grande dificultad de justificarlos, y la desgracia lastimosa de no socorrer oportunamente à muchos heridos que una pronta curacion habria libertado de la muerte. Por no sufrir muchas molestias de una carcel y otras vejaciones, huyen precipitadamente ó guardan un profundo silencio muchos que podrian ser testigos y auxiliar á unos infelices. El recurso á un sacerdote para que denuncie al juez el delito, puede hacer perder el tiempo mas precioso. Hay algunas personas, como los ministros de justicia, guardas del campo y otros, que por razon de sus oficios deben denunciar y pueden hacerlo sin exponerse à las vejaciones referidas, pues por las leyes estan exentos de pena, aun cuando no prueben la denuncia, excepto en el caso de que la hagan maliciosamente (1); y estos ó los escribanos son los que comunmente avisan à los jueces, para que si lo tienen por conveniente entablen de oficio la causa.

21. Pueden tambien acusar y denunciar los fiscales; mas para hacerlo deben presentar à los jueces la delacion del delito cometido hecha ante escribano público por un tercero denunciador, sin cuyo requisito no pueden ser admitidas sus acusaciones, demandas ó denuncias, excepto si el hecho fuere notorio ó en pesquisas hechas de orden del Rey; pues en estos casos podrán denunciar y acusar sin que haya delator (2).

22. Pesquisa es la averiguacion que hace el juez del delito y del delincuente, excitado por delacion judicial ó por noticias extrajudiciales, cuyo modo de proceder se llama *de oficio*.

23. Hay dos clases de pesquisas, á saber: general y particular. Aquella es la que se hace inquiriendo generalmente sobre todos los delitos, sin individualizar crimen ni delincuente. Particular es la que se dirige á la averiguacion de un delito y delincuente determinado (3).

24. Por nuestras leyes está prohibido hacer pesquisas generales sin previa determinacion Real (4); lo cual se entiende no solo de las pesquisas generales en cuanto à personas y delitos, sino tambien de las que solamente lo son en orden à estos, y

1 Ley 5. tit. 1. Part. 7. Posadill. *Pract. crim.* tom. 2. pag 87.
2 Ley 1. tit. 33. lib. 12. Nov. Rec.
3 Leyes 1. tit. 17. Part. 3, y 1. tit. 34. lib. 12. Nov. Rec.
4 Ley 3 del mismo tit. 34.

especiales en cuanto à aquellas. Por el contrario, siendo la pesquisa especial en cuanto à delitos, y general respecto de las personas, puede hacerse, y está muy en uso, sin que preceda Real disposicion; pues sin esta especie de pesquisas quedarian impunes muchos delitos (1).

25. Pueden hacer pesquisas todos los jueces ordinarios, y tambien los otros peculiares llamados *pesquisidores* ò jueces de comision que en varias ocasiones nombran los tribunales superiores, como Consejo, Chancillería ó Audiencia, ya tan solo para averiguar ciertos delitos y descubrir sus autores, ya tambien para castigarlos, con inhibicion de la justicia ordinaria. De este cargo nadie puede excusarse, á no ser por enfermedad, enemistad ó pleitos (2); y el nombrado que no cumpla con su obligacion ó proceda con parcialidad, incurre en la pena del talion, y su pesquisa padecerá el vicio de nulidad (3).

26. El pesquisidor, ademas de estar adornado de las cualidades que requieren las leyes 4, 8 y 9. tit. 17. Part. 3, ha de jurar antes de recibir el oficio lo contenido en las leyes del Ordenamiento de Alcalá, y expresado en la ley 11. tit. 34. lib. 12. Nov. Rec. Ha de partir dentro de tres dias, siendo à instancia de parte, y no haciéndolo puede esta acudir al fiscal para que se le obligue (4); debiendo advertirse que ha de ir à costa de la parte que insta, y si fuere por negligencia del juez ordinario, ha de ser á costa de este (5).

27. No deben enviarse pesquisidores sobre casos y delitos ocurridos en los pueblos, sino fueren tales y tan graves que se tema no hayan de poder determinarlos, é imponer el debido castigo las justicias ordinarias, à quienes se ha de dejar siempre el conocimiento en las causas criminales, no habiendo el indicado motivo de recelo.

28. El juez pesquisidor ó de comision, solo puede proceder contra los reos mencionados en ella, á menos que contenga la expresion *y los demas que resulten culpados*, pues en tal caso podrá hacerlo tambien contra estos, como no sean personas mas poderosas y condecoradas que las referidas de la comision (6). Y si alguno de los reos contra quienes proceda el pesquisidor se presentare à un alcalde de Corte, ó à alguno de los del crimen

1 Leyes 4 y 12. tit. 17. Part. 3.
2 Ley 6. tit. 17. Part. 3.
3 Leyes 5 y 10. tit. 34. lib. 12. Nov. Rec.
4 Ley 12. tit. 17. Part. 3.
5 Nota 2 tit. 34. lib. 12. Nov. Rec.
6 Leyes 45, 46 y 47. tit. 18. Part. 3. *Cur. Filip.* part. 3. §. 6. num. 5.

de las Chancillerías ó Audiencias, ó en el Consejo, no pueden estos, segun dice un autor (1), tomar conocimiento de sus causas, sino que han de remitirlas juntamente con los presos á dicho juez comisionado; lo cual es muy conforme à razon y á los principios de derecho. Tambien podrán estos jueces comisionados castigar al testigo que se perjure ante ellos, siempre que tenga facultad para determinar la causa, pues de lo contrario deberán enviarle á su propio juez para que le castigue, segun se infiere de una ley de Partida (2). Es asimismo muy conforme à razon, si bien no hay ley en que apoyarlo, que el juez comisionado pueda proceder contra las personas que por medios directos ó indirectos le embaracen el ejercicio de su comision, aun cuando no se exprese en ella; como tambien que si sobre el asunto de la comision ofendiere alguno de los interesados á otro, pueda dicho comisionado conocer de la injusticia y castigarla (3).

29. Habiendo sucedido á veces que algunos pesquisidores enviados contra corregidores ú otros jueces, no han procedido rectamente, con el siniestro fin de ocupar el empleo de estos, está mandado que dichos pesquisidores no puedan suceder al corregidor ó juez contra quien fueren comisionados hasta que pase un año por lo menos, aun cuando los pidan los pueblos en que han hecho la pesquisa (4).

30. Si el juez comisionado delinquiere en su oficio ó traspasare los límites de su jurisdiccion, entrometiéndose en la del juez ordinario, puede este inhibirle y aun castigarle por su exceso (5), porque al oficio del juez ordinario pertenece el libertar á sus súbditos de injusticias y vejaciones. Tambien puede él mismo proceder contra el comisionado en los delitos ó excesos que este cometa fuera de su comision, concluida que sea esta y no antes (6). Bien que en tales casos aconseja Acevedo (7) que el juez ordinario no prenda ni castigue al comisionado, sino que haga informacion secreta del exceso ó excesos, y la envie al superior para que los remedie ó castigue.

31. En orden al modo con que debe proceder el juez pesqui-

1 *Cur. Filip. ilust.* lug. cit. num. 15.
2 Ley 43. tit. 16. Part. 3.
3 *Cur. Filip.* allí, num. 8.
4 Ley 16. tit. 13 lib. 7. Nov. Rec.
5 Leyes 7. tit. 35. lib. 11, y 11. tit. 9. lib. 12. Nov. Rec. Estas son las dos leyes que cita el autor de la *Curia Filipica*; pero la primera solo trata del salario que deben llevar los jueces ejecutores; y la segunda es cita falsa, pues aquel título no tiene mas que seis leyes. Véase la ley 10. tit. 34. del lib. 12, que es donde se previene lo dicho.
6 *Cur. Filip.* lug. cit. §. 14. citando á Avendaño y Avilés.
7 Dicha ley 10. tit. 34.

sidor para el desempeño de su comision, dice lo siguiente Colom en su *Instruccion de escribanos* (1): »Luego que se remita ó entregue al juez de comision la Real provision de ella, ha de hacer que se le haga presente cualquiera escribano público, y ponga la diligencia de obedecimiento que han de firmar ambos. Despues el comisionado participa al tribunal superior por carta dirigida à su fiscal, que ha recibido y obedecido la Real provision, y que partirá tal dia à desempeñar su encargo. Llegado este, el escribano que nombre el juez para la comision, sino se le ha nombrado en ella, ha de poner fe de la partida del pueblo de su vecindad, y de la llegada al del juez ordinario que entiende en la causa cometida.

32. »A su arribo intima la Real provision à dicho juez, quien da el debido cumplimiento, diciendo estar pronto á suministrarle los auxilios que necesite. En seguida provee un auto el pesquisidor, mandando que el escribano ante quien penden los autos se los entregue incontinenti, con testimonio del número de sus fojas, y de no quedar en su poder otros sobre el mismo asunto; como tambien que se haga saber asimismo esta providencia al juez ordinario para prevenir en el escribano la excusa de no poder hacer la entrega sin permiso suyo. Entregados los autos, y dado el correspondiente resguardo, se pone á continuacion de ellos la provision con las diligencias practicadas, y vistos por el pesquisidor, si resulta haber algunos reos presos, manda se visite la carcel por si estan en ella, y que estándolo se encargue para mayor seguridad su custodia al juez ordinario, quien pasa á la carcel con el pesquisidor y el escribano, el cual pone fe de estar en ella los presos, y seguidamente el juez ordinario se da por entregado de ellos, como carcelero comentariense, obligándose con escritura pública, con las cláusulas correspondientes á responder de ellos siempre que se le pidan. Ademas el comisionado por medio de un auto le da orden de como han de tener los presos, y si han de estar separados unos de otros sin comunicar con nadie; y cuando se les hubiese de tomar alguna declaracion, se ha de hacer saber al juez ordinario tan solo para que franquee la entrada de la carcel.

33. »Practicadas estas diligencias, se provee auto para que vuelvan à examinarse los testigos de la sumaria hecha por el juez ordinario, á fin de saber si este los examinó bien, y ver si se les puede hacer declarar algo mas en favor ó en contra

1 Tom. 1. lib. 3. pag. 255 y sig.

del reo. Estos exámenes se han de hacer primero á viva voz para mejor instruccion del juez, y despues han de leerse à los testigos sus deposiciones, sino es que las hubiesen hecho mucho tiempo antes; en cuyo caso por lo fragil de la memoria ha de preceder la lectura á dicho examen. A continuacion se examinan mas testigos, y se siguen practicando las diligencias propias de los procesos criminales, dándose cuenta en el curso de la causa al tribunal superior de lo que fuese resultando en ella por mano del fiscal de su Magestad.

34. »En las requisitorias que despache el juez comisionado no necesita insertar la Real provision, sino tan solo decir en la cabeza de ellas, que está entendiendo en tal negocio por comision de tal tribunal, y le queda término para su prosecucion, de lo cual ha de dar fe el escribano. Con el juez requerido ha de usar el comisionado de las mismas expresiones urbanas que usaria un juez ordinario, sin embargo de ser privativa su autoridad en la causa de que conoce; y de lo contrario se expone à que se niegue el cumplimiento à la requisitoria; pero si despachada esta en debida forma no la da cumplimiento el requerido, puede despachar otra para que se cumpla, usando de la voz *mando*, y aun apercibiéndole con multa; y si no obstante negase el cumplimiento, debe el pesquisidor comunicarlo al tribunal superior, y hacer lo que se le mande.

35. »Procediendo el comisionado contra reos ausentes, ha de mandar en la sentencia que la publique un pregonero, que se ponga un tanto de ella en los libros de ayuntamiento del lugar donde se pronunció, y se haga saber á sus justicias para que pudiéndose se prendan y remitan al tribunal superior que dió la comision, con apercibimiento de castigarse severamente su omision. Tambien ha de mandar remitir para el mismo efecto, y con igual apercibimiento, un traslado de dicha sentencia à las justicias del territorio, en que se cometió el delito, y á las del domicilio de los reos pudiendo hacerse cómodamente, para cuyo efecto se despacha requisitoria con la sentencia inserta; todo lo cual y su cumplimiento debe constar en los autos."

36. El proceso de estos jueces comisionados sigue las reglas del ordinario de pesquisa que expresa el autor de la Curia Filipica, parte 3, párrafo 20, y no se ha de hacer mas que un proceso, aunque sean muchos los delincuentes (1), advirtiendo que ningun juez comisionado puede pronunciar sentencia contra

1 Ley 9. tit 34. lib. 12. Nov. Rec.

Grande sin consulta del Consejo (1); y que los jueces comisionados de este supremo tribunal han de dar cuenta dentro de veinte dias de su comision (2).

37. Los escribanos que van á la pesquisa deben entregar los procesos dentro de dos meses al escribano del concejo que le hubiere despachado, pena de tres mil maravedises y un año de suspension de oficio; cuyo traslado, si se pidiere por las partes, se saca por el escribano de la causa sin detencion (3).

38. Explicado todo lo concerniente á la acusacion, denuncia y pesquisa, debe ahora saberse que segun la práctica del dia, los jueces pueden proceder de oficio en todo género de delitos, excepto en los que voy à designar. Tales son: 1.° aquellas faltas leves que no merecen sino una correccion ó apercibimiento, cuidando de que estas providencias escritas ó verbales, segun fuere el mérito de la transgresion, sean proporcionadas à ella, y se dirijan con discrecion á afianzar el orden y sosiego público. No obstante, si se conociese que de tolerar estas leves transgresiones se han de seguir funestas consecuencias, ó mediasen otras circunstancias agravantes, será el juez responsable sino procura atajar el mal con mas serias providencias. 2.° En las injurias verbales, no se procede de oficio, ni se hace pesquisa, ni se decreta prision ó castigo de los culpados, aunque la parte abandone la querella; á no ser que hayan intervenido armas ó efusion de sangre (4), ó sean hechas al juez ó á su dignidad, ó esten complicadas con hechos reales, graves ó atroces; ó sean cometidas en presencia del juez; ó por el hijo ó nieto contra el padre ó abuelo, mayormente precediendo delacion de estos últimos, ó sea denuesto grave con insolencia, nota ó escándalo (5). 3.° El castigo de los padres á sus hijos no puede inquirirse de oficio, aunque sea excesivo, siempre que no toque en crueldad ó haya heridas graves. Lo mismo ha de decirse de los maestros respecto de sus discípulos, y de los gefes y superiores acerca de los individuos que tienen bajo su mando y direccion (6). 4.° El mal trato del marido contra su muger tampoco se averigua de oficio, como no sea tan público y grave que escandalice al pueblo; ó se conozca con fundamento que la mu-

1 Auto 33. tit. 6. lib. 2. Rec. suprimido en la Novísima.
2 Ley 14. tit. 34 lib. 12 Nov. Rec.
3 Ley 13. tit. 34. lib. 12. Nov. Rec.
4 *Instruccion de corregidores de* 15 *de mayo de* 1788, cap. 6.
5 Acoved. en la ley 1. tit. 10. lib. 8, y 3 y 4. tit. 10. lib. 8. Rec. Ley 2. tit. 9. Part. 7.
6 Ley 9. tit. 8. Part. 7, y demas leyes en él contenidas.

ger, poseida de terror, sufre y calla unos ultrajes que el público mira con indignacion. Suelen preceder á estas causas, bien de oficio, ó à representacion de la muger, amonestaciones del juez; y cuando ellas no bastan para tener en razon al marido, se le forma proceso, y se le da el castigo merecido. En este punto conviene saber, que no es exceso en el magistrado, antes muy propio de su celo y facultades, dedicarse por todos los medios juiciosos y prudentes á la reunion de los matrimonios desunidos (1). 5.° Tampoco estan sujetos á la averiguacion de oficio los hurtos domésticos de los hijos de familias, mugeres casadas y criados, á no ser que sean de entidad, especialmente los cometidos por los últimos. No obstante, si fuere grave el robo hecho por el hijo ò consorte, podrá procederse de oficio contra los cooperadores ó cómplices extraños. 6.° No puede procederse de oficio, sino que es precisa la acusacion de parte en los delitos de estupro, aunque haya publicidad, resulte embarazo y medie incesto, y en el de adulterio, á no ser que intervenga rapto cometido en aquella ocasion, ó medie consentimiento del marido (2). En estos dos casos se ha de seguir la causa de oficio con relacion á los delitos de rapto ó lenocinio, tocando por incidencia el de adulterio. 7.° Ultimamente debo advertir, que no se hace pesquisa sobre juegos prohibidos pasados dos meses (3), ni contra los malos diezmeros, á pedimento de los arrendadores (4), como tampoco sobre cualquier otro delito que hubiere ganado legítima prescripcion.

1 *Instruccion de corregidores*, citada.
2 Ley 4. tit. 26. lib. 12. Nov. Rec.
3 Ley 9. tit. 23. lib. 12. Nov. Rec.
4 Ley 4. tit. 6 lib. 1. Nov. Rec.

CAPITULO SEGUNDO.

De los jueces á quienes corresponde el conocimiento y decision de las causas criminales. De la jurisdiccion secular ordinaria.

§. 1. Razon del método de este capítulo.
2. A los jueces ordinarios corresponde, generalmente hablando, conocer de todos los delitos, y castigar á sus autores, mientras no conste que estos tienen jueces privativos para entender en sus causas.
3. ¿Cuales son entre dichos jueces ordinarios los competentes ó legítimos para proceder contra los delincuentes?
4. Diferentes jueces que pueden proceder en el delito de hurto.
5. ¿Quien deberá conocer en el delito cometido en una embarcacion?
6. ¿Que deberá hacerse si alguno cometiere un delito en una jurisdiccion y otro en otra?
7. ¿Como podrá el juez que tiene jurisdiccion ordinaria en primera instancia conocer de la injuria ó resistencia que se le haga, y castigarla?
8. Casos de Corte en las causas criminales.
9. Origen de las *hermandades*, de sus alcaldes y cuadrilleros.
10. Delitos de que conocian las hermandades.
11. Jurisdiccion de la *hermandad* acumulativa respecto de la ordinaria.
12. Resultando de las informaciones ó probanzas no ser el caso perteneciente á la hermandad, no deben sus alcaldes continuar la causa, sino remitirla á los jueces ordinarios competentes.
13. ¿Quien deberá proceder contra los alcaldes de la hermandad y sus oficiales cuando delinquieren?
14. De las salas del crimen de las chancillerías y audiencias, é individuos de que se componen.
15. Causas criminales de que conocen dichas salas en primera instancia, y por apelacion, recurso ó consulta.
16. Actuacion de las diligencias de dichas causas por los escribanos de cámara.
17. Votacion y sentencia de las causas por los señores alcaldes que componen la sala.

1. Sabidos ya los medios que conceden las leyes para proceder á la averiguacion de los delitos, es consiguiente el tratar

de los jueces, á quienes corresponde el conocimiento y decision de las causas criminales, segun los diversos fueros que se conocen.

2. La jurisdiccion secular ordinaria es la primera y como fuente de todas las demas, de la cual nadie está exento sino por privilegio particular que le sujeta á otra. Asi pues, generalmente hablando, corresponde á los jueces ordinarios conocer de todos los delitos y castigar á sus perpetradores, mientras no conste que estos tienen jueces privativos para entender en sus causas; y aun en ciertos casos ó circunstancias quedan sin efecto estas jurisdicciones privilegiadas, y ejerce la suya el juez ordinario, respecto de las personas sujetas à fueros particulares, como se verá en los capítulos siguientes.

3. Los jueces ordinarios legítimos para conocer de un delito y castigarle son; en primer lugar el de distrito ò territorio donde se cometió, aunque el reo tenga en otra parte su domicilio (1); segundo, el del pueblo donde habite ó more el dilincuente, ó donde se halle la mayor parte de sus bienes, aunque haya cometido el crimen en otro lugar; advirtiendo que si el reo anduviere huyendo de una parte à otra, de modo que no pueda hallársele ni en el pueblo en donde cometió el delito, ni en el de su domicilio, podrá ser procesado y castigado donde quiera que se le encuentre. Si en este lugar ó en otro diverso de aquel donde acaeció el crimen, se le acusare y respondiere à la acusacion sin oponer la declinatoria de fuero que le corresponda, no podrá despues usar de ella, y habrá de ser sentenciado y castigado donde se le acusó; siempre que no haya obstáculo legal para que se prorogue la jurisdiccion del juez (2). Cometiéndose el delito en los confines de dos territorios, ha de ser juez legítimo de la causa el que prevenga en ella; y si se dudare acerca de la prevencion, tomará conocimiento el juez superior, ya lo sea por su mayor autoridad, ó por la mayor extension de su fuero.

4. En los delitos de hurto puede proceder no solo el juez del territorio en que este se cometió, ó donde se halla el reo

1 Entre el domicilio y la habitacion hay notable diferencia: aquel se contrae estableciéndose en un lugar con ánimo de permanecer en él, y la habitacion puede tenerse sin ánimo de permanecer; por consiguiente el fuero de domicilio tiene mas latitud que otro cualquiera como mas general: de aqui es que puede ser acusado en el lugar del domicilio cualquiera reo, asi presente como ausente, por no ser necesaria la presencia en este fuero, como regularmente se necesita para demandar al reo en otro. *Cur. Filip.* part. 3. §. 4. num. 11.

2 Ley 15. tit. 1. Part. 7. Cap. *Significasti de foro compet.*

con la cosa hurtada, sino tambien el del lugar donde aquel se encuentre, aunque sea sin lo robado (1). Tambien parece fundado en razon, aunque no es tan seguro como lo dicho antes, que pueda asimismo proceder contra el ladron el juez de territorio donde únicamente se halle la cosa hurtada (2).

5. Del delito cometido en una embarcacion mientras navega, deberá conocer el juez del territorio mas cercano, ó el del puerto de la descarga, y para el efecto de presentarle á este, puede el patron ó capitan asegurar al delincuente, aunque sea eclesiástico (3). Del mismo modo cuando el delito se comete en territorio donde no hay juez, debe conocer el del lugar mas cercano (4).

6. Si alguno cometiere un delito en una jurisdiccion y otro en otra, el juez de cualquiera de ellas que previene en la causa le ha de castigar primero, y despues remitirle al otro que le pide; pero si el juez del lugar donde se cometió el delito pidiere el delincuente al del distrito en donde este se halla, aunque sea domiciliario y haya prevenido en la causa, se le ha de remitir, como no sea merecedor de pena corporal, ó ante él le acusare la parte querellante, pues en tales casos habiendo ya prevenido no se le ha de remitir. Cuando se verifiquen estas remisiones, se han de hacer à costa del delincuente, y no teniendo bienes, de la parte que lo pide, y à falta de uno y otro, se hará de los gastos de justicia del tribunal donde se hallare el reo (5). En la Corte, como patria comun, el superior no remite los delincuentes à los jueces donde se cometió el delito sino muy raras veces (6).

7. Segun la opinion de Avilés y Acevedo, citados por el autor de la Curia Filipica (7), el juez que tiene jurisdiccion ordinaria en primera instancia, puede conocer de injuria ó resisten-

1 Leyes 32. tit. 2. Part. 3. 15. tit. 1, y 4. tit. 14. Part. 7.

2 Gutierrez *Práctica criminal*, tom 1. pag. 4 §. 5 y su nota.

3 Ley 2. tit 9. Part. 5, y en ella Greg. Lop.-En orden á esto dice el señor Colon en sus *Juzgados militares*, tom 1, num 202, que pertenece al juzgado de marina el conocimiento de los delitos de cualquier especie que se cometieren en alta mar, en las costas ó en los puertos á bordo de las embarcaciones; de tal suerte que ningun otro juez puede ejercer acto alguno de jurisdiccion en la mar, y sobre cosas acaecidas en ella. Resultando reos algunos que sean dependientes de otras jurisdicciones, el juez de marina los ha de entregar con la sumaria que hubiere hecho al que corresponda, como el delito no sea de los exceptuados que previenen las ordenanzas, en cuyos casos se seguirá la causa por la jurisdiccion de marina hasta la ejecucion de la sentencia, como se previene en la ordenanza de matrícula, artículo 110.

4 *Cur. Filip.* part 3. § 4. num. 2.

5 Leyes 1, 2 y 3. tit. 41. lib. 12. Nov. Rec.

6 *Cur. Filip.* en el lugar citado, num. 6 y 7.

7 Part. 3. dicho §. 4. num. 8.

cia que se le haga y castigarla, siempre que sea notoria, y la pena de ella legal ó designada por la ley; mas si falta la notoriedad, ó la pena es arbitraria, solo puede hacer informacion, prender y remitir al superior ú otro juez ordinario competente. Sin embargo habiéndose hecho la injuria ó agravio por razon del oficio puede indistintamente conocer el juez agraviado, segun otro autor (1), quien añade que en cualquiera de dichos casos el que asi conociere se acompañe con otro para evitar sospecha.

8. Hay tambien en las causas criminales como en las civiles sus casos de Corte, ó de que solo pueden conocer en primera instancia la sala de alcaldes y las chancillerías ó audiencias. De estos casos de Corte criminales se habló en el tomo 3.° de esta obra, página 300.

9. Con el objeto de refrenar y castigar los enormes atentados que solian cometerse fuera de las poblaciones en los calamitosos tiempos del sistema feudal, tan fecundo en discordias intestinas, se establecieron en Castilla y Aragon aquellas útiles confederaciones conocidas con el nombre de hermandades, siendo la mas antigua de ellas la de Toledo, Talavera y Ciudad-Real, que por eso se llamó hermandad vieja. Para el buen gobierno de ellas debian elegirse en todos los pueblos dos alcaldes; uno por el estado noble, y otro por el general, á quienes habian de estar subordinados los oficiales menores llamados *cuadrilleros*, por la cuadrilla ó compañía que formaban.

10. Los delitos de que conocian dichos alcaldes de la hermandad (2) eran los siguientes. Hurtos y robos de bienes, rapto y violacion de mugeres, como no sean prostitutas, siempre que se cometan en despoblado, ó en poblaciones si los malhechores se salieren al campo con lo robado ó hurtado, esté ó no presente el dueño, haya ó no resistencia; muertes y heridas en yermos ó lugares despoblados, hechas á traicion ó con alevosía, ó por robar ó forzar, aunque ni el robo ni la fuerza tuviesen efecto; la quema maliciosa de casas, viñas, mieses y colmenares en yermo ó despoblado, debiendo entenderse por tal en los casos de hermandad todo lugar sin cerca de menos de treinta ve-

1 Julio Claro en su *Práctica criminal*, §. fin. quæst. 35. num. 20.

2 Digo de que conocian, porque ya en el dia se hace muy poco uso de esta jurisdiccion, pues los individuos de estas hermandades suelen limitarse á prender á los delincuentes en el campo, y ponerlos á disposicion de las justicias ordinarias. Esto es sin duda lo mas conveniente y mas conforme á un auto del Consejo de 2 de diciembre de 1766, en que se dice: que la jurisdiccion de estos alcaldes es pedánea y dependiente de la de los alcaldes ordinarios.

cinos; la muerte, herida ó prision de cualesquiera oficiales de la hermandad, mientras sirvan sus cargos ò despues de haberlos finalizado, si reciben el daño por haberlos servido; y finalmente otros delitos que expresa la ley (1), y que son desconocidos en el dia por la diferencia de tiempos y circunstancias.

11. La jurisdiccion de la hermandad era acumulativa respecto de la ordinaria, y asi tenia lugar la prevencion entre estos dos alcaldes. Los de la hermandad debian, y aun deberán hoy, si se verifica el caso de proceder criminalmente, observar en la sustanciacion y determinacion de sus causas y ejecucion de sus sentencias, el mismo orden y trámites que observan los alcaldes ordinarios; y si las sentencias fueren de penas corporales, deberán consultarlas, segun la práctica actual, con la sala del crimen del territorio, como lo hacen los jueces ordinarios.

12. Si de alguna informacion ó probanza hecha en causa que se siga ante los jueces de la hermandad resultare que no es caso perteneciente à esta, no deben continuarla, sino remitirla à los jueces ordinarios competentes, aunque en la conclusion de la demanda ó querella se diga ser caso de hermandad, sean rebeldes los acusados, y ninguno lo solicite (2).

13. Delinquiendo los alcaldes de la hermandad y sus oficiales en lo relativo à sus empleos, deberán proceder contra ellos solo sus superiores; pero en los demas delitos estarán sujetos à la jurisdiccion ordinaria (3).

14. En todas las chancillerías y audiencias del reino hay una sala denominada del crimen, la cual se compone de un gobernador, cuatro ministros alcaldes y un fiscal, quienes constituidos en sala tienen el tratamiento de excelencia, y fuera de ella el de señoria. Para la expedicion de las causas criminales hay un agente fiscal, un alguacil mayor, dos escribanos de cámara, cierto número de oficiales de sala, dos relatores, dos abogados de pobres, un tasador de derechos, un receptor de penas de cámara y gastos de justicia, un contador de ellas y su distribucion, doce procuradores de causas, dos de ellos especiales para los encarcelados, un portero y cierto número de alguaciles.

15. Las salas del crimen conocen en primera instancia de todas las causas que son casos de Corte criminales; y por apelacion, recurso ó consulta van à ellas todos los negocios y causas

1 Ley 2. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec.
2 Ley 12 del mismo tit.
3 Ley 11. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec.

criminales pendientes en sus respectivos territorios. En cuanto à las primeras debe saberse, que aun cuando el delito sea caso de Corte, y corresponda su conocimiento en primera instancia à la sala del crimen, deben sin embargo las justicias del distrito de aquella proceder à la averiguacion y captura del reo, y sin suspender las diligencias avisarlo prontamente á la misma sala por conducto de su fiscal, para que decrete la avocacion ó lo que tenga por conveniente (1). Por lo que hace à las segundas debe notarse, que por lo regular nunca retiene la sala los autos que vienen à ella por recursos de apelaciones denegadas, ó de artículos de mal obrado ó mal juzgado por los inferiores; à no ser que de los procedimientos irregulares de estos, resulten claros los efectos de odio, enemiga ú otra pasion, ó que por estas ú otras causas se teman actos violentos y de daño irreparable.

16. Los dos escribanos de cámara actúan todas las diligencias de la causa; y los oficiales de sala solo algunas de ellas, especialmente la recepcion de testigos, comisiones y encargos que se les hacen; pero nunca escriben, à menos que las cabezas de los procesos no esten firmadas por los primeros, ni tampoco hacen probanzas, porque esta gestion es propia de aquellos, debiendo ademas asistir á todas las audiencias y visitas de carcel. Los porteros sirven para no permitir la entrada à nadie sin permiso de la sala, y para ejecutar los apremios (2).

17. Vistas las causas en la sala, se votan y sentencian por ella, sin que pueda faltar ninguno de los cuatro alcaldes y gobernador, debiendo ser tres conformes los votos para que hagan sentencia; y en caso de discordia pasa à otra sala de lo civil, y se vota por unos y otros ministros; con advertencia que tres votos conformes prevalecen à otros muchos que no lo sean (3). Es tan precisa la citada circunstancia de concurrir los cuatro ministros de la dotacion de la sala y el gobernador al acto de votar y sentenciar las causas; que en las que recae pena capital de sangre, ó córporis aflictiva, seria nula faltando cualquiera de ellos. No pudiendo asistir el gobernador por enfermedad, ausencia ú otro legítimo impedimento, ocupa su lugar el oidor que nombre el presidente ó regente del tribunal; supliéndose en la misma forma la falta de

1 Reales ordenes publicadas en abril de 1761 y 7 de julio de 1774.

2 En el titulo 12, lib. 5 de la Novisima Recopilacion, se trata de los alcaldes del crimen, y del modo con que han de proceder. El título 17 del mismo libro habla de las obligaciones de los fiscales de las chancillerias y audiencias: el 18 de los alguaciles mayores de las mismas; y el 19 de los oficiales de ellas y sus derechos.

3 Leyes 42, 43 y 44. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.

cualquiera de los alcaldes donde hubiere dos salas, por la concurrencia del mas moderno de la otra: y donde no hubiere mas de una, por el oidor mas moderno (1). De la sentencia asi conforme, no se apela, sino que se suplica para la misma, habiendo ocasiones en que ni aun la suplicacion se admite, mandándose ejecutar inmediatamente las sentencias. De las de revista, no há lugar la segunda suplicacion por el recurso de mil y quinientas; ni aun el de injusticia notoria, por lo respectivo á la pena del delito, aunque lo contrario se practica en orden á los intereses incidentes de ella (2).

1 Ley 16. tit. 12. lib. 5. Nov. Rec.
2 Leyes 10 y 13. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

CAPITULO TERCERO.

De la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, como tribunal supremo en lo criminal, y de la jurisdiccion criminal que cada alcalde ejerce por sí propio (1).

§. 1. Antigüedad de la Sala de los señores Alcaldes de Casa y Corte é individuos de que se compone.

2 hasta el 7. Causas que abraza la jurisdiccion criminal de la Sala.

8 hasta el 19. Práctica que observa la Sala para la expedicion de los negocios, y modo con que procede la misma en la sustanciacion y determinacion de las causas criminales.

20. Jurisdiccion criminal que ejercen en sus respectivos cuarteles los diez señores alcaldes mas antiguos.

21. Dichos Alcaldes entre sí, y juntamente con el corregidor y sus tenientes, tienen una jurisdiccion acumulativa ó presentiva para todos los casos prontos ó urgentes.

22. Los dos alcaldes mas modernos que no tienen cuartel, han de suplir las ausencias de los otros diez.

23. Son tambien del cargo de los expresados alcaldes las informaciones secretas y comisiones extraordinarias que exijan particular cuidado.

24. Sin embargo el señor presidente ó gobernador del Consejo, podrá en casos gravísimos cometer las informaciones secretas y encargos á otro alcalde ó teniente.

25. ¿De que negocios deberá conocer el alcalde que se halle de repeso?

26. Prerogativas del señor gobernador de la Sala.

1. La Sala de los señores Alcaldes de Casa y Corte es un tribunal supremo en lo criminal, y de los mas antiguos del reino, puesto que de él hace mencion el señor Don Alonso el Sabio. Compónese en el dia de doce alcaldes con un fiscal y un gobernador, que siempre es un ministro del Consejo, y se divi-

1 La doctrina de este capítulo está tomada de un apéndice de la práctica criminal del señor Gutierrez, tomo 1.°, página 357, en el cual se han hecho las alteraciones convenientes, ya para compendiarle donde ha parecido difuso, ya para ordenar sus párrafos y enlazar las ideas, formando una serie continuada de las que tienen entre sí mas íntima conexion; habiendo suprimido lo que no era tan necesario para el objeto de este tratado.

de en dos Salas, primera y segunda, segun lo prevenido en Real cédula de 5 de octubre de 1768.

2. Por otra Real cédula de 13 de junio de 1803 se da á la Sala una jurisdiccion criminal privativa y absoluta, respecto á los delitos cometidos dentro de la Corte y su rastro (que se extiende en el dia á diez leguas, segun Real orden de 18 de julio de 1793), ya para evitar competencias con las audiencias y chancillerías, ya para la mas pronta y expedita administracion de justicia.

3. Conoce tambien la Sala de Alcaldes de los casos de Corte en lo criminal, y tiene jurisdiccion suprema en el mismo ramo, de manera que no puede apelarse de sus providencias, sino suplicarse ante ella misma, por cuya razon se llama *quinta Sala del Consejo*, y sus individuos y fiscal tienen lugar en este cuando van á informar de algun negocio, como tambien en los actos públicos (1). No obstante si algun interesado se queja, ó hace recurso al Consejo, y este supremo tribunal quiere ver la causa, la pide, y se le remite. Ademas, en los recursos de fuerza sobre asuntos criminales que se ventilan en la Sala, el relator pasa á hacer relacion al Consejo.

4. En virtud de comision del Soberano, del Consejo ó su gobernador, ha conocido y conoce la Sala de causas de la mayor gravedad, y delitos cometidos fuera del rastro de Madrid (2), sobre cuyo punto véase lo que dice Escolano (3): »Siempre que por las justicias de los pueblos fuera del rastro de la Corte se remiten algunas causas criminales al señor presidente ó gobernador del Consejo, y estima que debe conocer de ellas la Sala, y trasladarse los reos á la Real carcel por la inseguridad de las de los pueblos ú otros motivos; pasa con un papel los autos al escribano de la Cámara de gobierno, para que dando cuenta de ellos al Consejo, se dé comision á la Sala para su continuacion y determinacion, lo cual se hace presente en la Sala primera de gobierno, y se acuerda el decreto que sigue. »Madrid &c. Remítase esta causa á la Sala de Alcaldes de Casa y Corte para que la prosiga, sustancie y determine conforme á derecho, para lo cual se da la comision en forma.'' A consecuencia de este decreto remite los autos el secretario de gobierno con papel al señor gobernador de la Sala, con referencia de él, á fin de que

1 Leyes 8 y 9. tit 27. lib 4. Nov. Rec. El Maestro Gil Gonzalez Davila *Teatro de las grandezas de Madrid*, fol. 403. Herrera *Práctica crimina!*, lib. 1. cap. 14. columm. 1. num. 5.

2 Salazar *Noticias del Consejo*, cap. 32. pag. 320.

3 *Práctica del Consejo*, tom. 1. cap. 45. pag. 541.

lo haga presente en ella, y disponga su cumplimiento, quedando el papel del señor presidente ó gobernador con el decreto del Consejo en la escribanía de Cámara de gobierno."

5. Para la Sala deben interponerse las apelaciones de las causas criminales de que conozcan el corregidor de Madrid y sus tenientes, debiendo repartirse por turno entre las dos Salas, é interpuestas se manda que el escribano del número pase á hacer relacion del proceso, lo que hace en pie y con capa de ceremonia. Cuando se retienen los autos y reo, hallándose este en la carcel de Villa, se conduce á la de Corte; y hecho, conoce la Sala de la segunda instancia, confirma ó revoca las providencias ó sentencias de dichos jueces, se admite súplica, y se da sentencia de revista (1).

6. Igualmente se interponen para la Sala las apelaciones de las sentencias que pronuncien las justicias ordinarias y los alcaldes y otros jueces de la hermandad de los pueblos comprendidos en las diez leguas de la jurisdiccion de la Corte; pues las apelaciones de los demas han de interponerse para los alcaldes del crimen de las chancillerias y audiencias á quienes correspondan, segun el territorio en que se hallen situadas las poblaciones (2).

7. La Sala y los alcaldes en sus cuarteles (asi como el corregidor y sus tenientes (pueden proceder en todas las causas criminales y de policía contra cualquiera clase de personas, por quedar *anulados los fueros privilegiados en cuanto á seculares, y solo subsistentes para los casos en que cometieren los tales exentos alguna falta ó delito en sus respectivos empleos ú oficios, con arreglo á lo pactado en las condiciones de millones con el reino, y lo que pide el bien público* (3). Pero entre dichos fueros derogados no se comprende el militar, por considerarse como jurisdiccion ordinaria, á excepcion de los casos de desafuero (4).

8. Sabido ya lo concerniente á la jurisdiccion de este supremo tribunal en las causas criminales (5), trataré en seguida de la práctica que observa para la expedicion de los negocios, como

1 Salazar *Noticias del Consejo*, cap. 32. cit. pag. 337. Declaracion 6 de la Real cédula de 6 de octubre de 1768, y de las que hicieron el señor Conde de Aranda, siendo presidente del Consejo, y los señores Alcaldes de Casa y Corte.

2 Leyes 1 y 10. tit. 27. lib. 4. Nov. Rec. Salazar, lugar citado, pag. 338.

3 *Real cédula de 6 de octubre de* 1768, art. 12. §. único.

4 Declaracion 8 de dicha Real cédula, y de las que hicieron dichos señores presidentes y alcaldes.

5 Nótese que aquí no se habla de la jurisdiccion civil de la Sala y sus individuos por ser ageno de este tratado.

tambien de su modo de proceder en la sustanciacion y determinacion de las causas, que por ser tan atinado debiera adoptarse en todos los tribunales del reino.

9. Todos los dias se forma plena la Sala para publicar las órdenes superiores, tratar los asuntos generales, y dar cuenta de los presos por las rondas, de los pedimentos que deben presentarse en Sala plena, de los heridos que hubiesen entrado en todos los hospitales de la Corte, y demas que hubiere ocurrido en los diez cuarteles en que se halla dividida.

10. Despues de esto sale la Sala á pública, y estando el libro de acuerdos sobre la mesa, el alcalde mas moderno dice: *no hay partida*; y el escribano de gobierno: *no hay de plena*. Entonces se levantan los señores alcaldes de Sala segunda, y pasan á esta. Quedan los de primera con los señores gobernador y fiscal; y si no hay causa ó pleito señalado, ni despacho en primera en pública, se vuelven á la Sala de acuerdos, donde permanecen hasta dada la hora, despachando lo que ocurre que no es de pública. Los alcaldes de Sala segunda hacen lo mismo en esta.

11. Formando los alcaldes dos Salas, concce cada una de sus propios negocios, empleando las mismas horas de audiencia que el Consejo, y guardando los mismos dias feriados que este. El primer alcalde se destina á la primera, el segundo á la segunda, y asi sucesiva y alternativamente. El alcalde nuevo entra en la Sala en que estaba el que faltó, y el que pase á ser decano por vacante de esta plaza, ha de asistir á la Sala primera, y el que sea entonces segundo asistirá á la segunda. El señor gobernador asiste á la que le parece, sin que el haber empezado en una Sala le sirva de obstáculo para pasar á la otra, concluida la causa ó negocio en que hubiese principiado á ser juez (1).

12. Solamente por una de las dos Salas se han de ver todas las causas criminales, que siempre han de llevarse á las de los alcaldes que las hubieren principiado; y cuando por la formacion anual, ó por salidas de alcaldes pasan unos de una Sala á otra, no les siguen las causas que principiaron si se hallan recibidas á prueba, pues está declarado que por recibirse á ella se radican en la Sala en que se recibieron. En las causas capitales los jueces no han de ser menos de cinco, ni han de pasar de siete, y no estando enfermos ó ausentes han de concurrir á ellas, contándose en dicho número el señor gobernador de la Sala. Este envia alcaldes de una Sala á otra si faltan, como se

1 Real cédula cit. art. 8. §. 3.

hace en el Consejo, echando siempre mano de los mas modernos, para evitar predilecciones y sospechas en asuntos de tanta gravedad (1).

13. En las causas cuyo conocimiento pertenece á la Sala, se procede asi como en las demas, bien de oficio por tenerse noticia de delitos que se cometen ó han cometido, bien por querella ó acusacion de persona interesada, bien por denuncia ó delacion de los ministros, ó de cualquier otro sujeto particular. De las que se forman á instancia de algun interesado, unas principian presentándose la querella ó acusacion con la debida formalidad en papel sellado, y firmada de aquel ó su procurador y letrado; otras por un simple escrito, sin firma del interesado, en cuyo caso se le manda comparecer y ratificarse; y otras por comparecencia del interesado en casos urgentes, poniéndose en autos su relato, reducido á expresar el delito y reos, y á pedir á la Sala se les castigue conforme á las leyes.

14. En todos los dichos casos se pasa á la averiguacion de los delitos y delincuentes, para cuya prision, que se hace con la correspondiente cautela y sigilo, bastan indicios; y conducidos á la carcel, se les tiene en los encierros, privados de comunicacion hasta recibirles las declaraciones indagatorias y sus confesiones, y se continúa y concluye la sumaria con deposiciones de testigos y otras diligencias, segun sean los lances y los crimenes (2).

15. Confesando los reos ó estando convictos, sino hay ningun inconveniente, se les alivian las prisiones y apremios de que usa la Sala, y si son personas decentes con facultades, se les pone donde ellos eligen, en los cuarteles ó en el cuarto mismo del alcaide de la carcel. Si no pueden los presos costear estos alojamientos, se les destina al patio (3).

16. Concluida la sumaria se da cuenta de ella en la Sala, y sino le halla ningun defecto, como el de no haberse evacuado alguna cita, faltar algun reconocimiento ú otro acto importante (en cuyo caso le manda evacuar previamente), bien da una providencia definitiva, condenando al reo en la pena que le parece justa, de la cual puede suplicar, y se admite la súplica; bien

1 Real cédula y art. cit. § 4. Declaracion 7 de la misma Real cédula, y de las que hicieron el señor Conde de Aranda, siendo presidente del Consejo, y los señores Alcaldes de Casa y Corte.

2 Sanchez Santiago *Idea elemental de los tribunales de la Corte*, tom 2. pag. 57. num. 16 y sig.

3 Autor cit. num. 17 y sig.

acuerda lo siguiente: *F. de tal, preso en esta Real carcel por tal delito: á confesion y á prueba con todos cargos, y denegacion hasta la primera* (1). Este auto tan conciso quiere decir que se reciba la confesion al reo, que se ratifiquen los testigos del sumario, que se entreguen los autos al señor fiscal para que ponga la acusacion (2), que se entreguen tambien al acusado para que alegue con direccion de su abogado y procurador (3), presentando interrogatorio, por cuyo tenor se examinen los testigos con que intente probar sus satisfacciones ó respuestas á los cargos que se le hubiesen hecho, y resulten contra él en la sumaria; y en fin que se tenga por conclusa la causa, y por citado el reo para la sentencia definitiva: todo lo cual ha de evacuarse y tenerse por hecho en el espacio de tres dias, por lo cual se dice *hasta la primera*, esto es, hasta la primera audiencia pública (4). A pesar de este cortísimo término que se da en la cláusula, los señores alcaldes, movidos de su rectitud, conceden mayores dilaciones cuando su ilustracion conoce que son estas necesarias para que los reos no queden indefensos, ni los delitos impunes; porque á la verdad en el término de tres dias no es posible practicar tantas diligencias como las que se han expresado (5). Asi pues, como dice el señor Gutierrez, aquella cláusula no se entiende literalmente, y parece que fue dictada solo con el fin de acelerar y terminar á la mayor brevedad las causas en beneficio del público y de los mismos reos.

17. Recibida la confesion al reo, provee el señor juez de la causa un auto para que con citacion del señor fiscal y del procurador del preso se ratifiquen los testigos, y se abonen los muer-

1 Esta resolucion se pone en el libro de acuerdos, y tambien en el proceso.

2 Si antes de ponerla advierte que ha quedado por evacuar alguna diligencia, pide se evacue, y se manda asi.

3 Por resolucion de su Magestad nombra anualmente el colegio de abogados cierto número de sus individuos, entre los cuales reparte el decano las defensas de los pleitos pobres, para quienes hay tambien destinado un procurador con el sueldo de ochenta mil maravedises.

4 Esto alude á la practica antigua, segun la cual solo habia audiencia pública los lunes, miércoles y viernes; pero actualmente todos los dias son de audiencia pública en la Sala; y por consiguiente parece que convendria variar los términos en que está concebida la cláusula.

5 El efecto de recibir una causa á prueba con todos cargos, es que no se entreguen las probanzas para alegar por escrito sobre las hechas en plenario por quedar aquella conclusa; sin embargo parece muy justo que los jueces, cuando lo consideren necesario é importante, concedan al reo el término preciso aun para justificar las tachas legales que puedan oponerse á los testigos presentados en el plenario por el fiscal, promotor fiscal ó acusador, pues de otro modo pudiera ser condenado un reo injustamente. Véanse las reflexiones que sobre esta materia hace el señor Vizcaino Perez en su *Práctica criminal*, tomo 3, desde la página 158 hasta la 185.

tos y ausentes cuyo paradero se ignore. Si se sabe donde se hallan estos, solicita el fiscal que con la correspondiente citacion se libren despachos á las justicias de los lugares de su residencia para que hagan la ratificacion. Al mismo tiempo pide concesion ó próroga de término, y se le concede, como se hace siempre que sea menester. Devueltos los despachos, pasa la causa al fiscal para que ponga la acusacion, y dada cuenta de ella en la Sala, se confiere traslado al reo para que se defienda.

18. El reo presenta un escrito respondiendo á la acusacion, pidiendo que se le absuelva de ella, ponga en libertad y lo demas que segun las circunstancias de la causa deba pedirse, y concluye con que lo alegado se entienda con la prueba, para lo cual, si fuese de testigos, presenta interrogatorio &c. En el mismo escrito puede el reo objetar tachas legales á los testigos del sumario, y en el interrogatorio poner preguntas para justificarlas. Por otrosí se piden las demas diligencias convenientes para acreditar la inocencia del reo, como compulsas, testimonios de documentos ú otras semejantes; y si la prueba hubiere de hacerse fuera de la Corte, se solicita que se libren los despachos correspondientes á las justicias de tales y tales pueblos: todo lo cual debe practicarse con citacion contraria ó del fiscal, si este únicamente es parte en la causa. Para la práctica de las expresadas diligencias puede el procurador del reo, si fuese necesario, pedir varias prórogas, y aun tambien que se abra el término, ó se conceda de nuevo, si se hubiese pasado sin poderse hacer las competentes defensas, expresando las causas de esta imposibilidad; y á todo accede la benignidad de la Sala.

19. Si hubiere dos ó mas reos que hayan de defenderse separadamente, luego que el primero á quien se haya entregado la causa presenta su alegato con el interrogatorio, y se le señala término para probanza, se entrega el proceso al segundo reo, y asi sucesivamente á todos los demas que hubiese, para que practiquen las mismas diligencias; por manera que mientras unos hacen sus pruebas, otros estan alegando y formando sus interrogatorios, con lo cual, como es manifiesto, se da una celeridad á las causas de muchos delincuentes, que no pueden tener siguiéndose en ellas la forma ordinaria de sustanciacion. Si hay acusador, y este quiere hacer tambien alguna prueba, se le entregan los autos cuando hemos dicho corresponden entregarse al segundo ó mas reos, habiéndolos.

20. Ademas de la jurisdiccion criminal que reside en la Sala, cada uno de los diez señores Alcaldes mas antiguos, incluso

el decano, ejerce en su respectivo cuartel (1) una amplia jurisdiccion criminal (como cualquier alcalde ordinario en su pueblo) para admitir querellas y acusaciones, recibir informaciones, mandar prender y tomar conocimiento de cuantas causas criminales ocurran, aunque no pueden imponer pena, ni dar libertad á los reos sin la concurrencia é intervencion de toda la Sala, por despacharse asi con mayor brevedad las causas, que concediendo la primera instancia al alcalde del cuartel con apelacion á la Sala (2). Si el preso por un alcalde lo está por apremio ó por mortificacion á causa de ser leve el delito, se llama *detenido*, no se sienta en el libro de presos, sino en el de entradas con la misma calidad, y el alcalde puede por sí mismo mandar soltar al segundo y tambien al primero, luego que obedece y cumple con lo que dió motivo á la compulsion. Si el delito del preso por mortificacion no es de poco momento, debe darse cuenta en el Acuerdo para decretar su soltura.

21. Los alcaldes entre sí, y juntamente con el corregidor y sus tenientes, tienen una »jurisdiccion acumulativa ó preventiva para todos los casos prontos, y oir á los que recurrieren á ellos... pues la distribucion de cuarteles solo conduce á la mayor facilidad, y hacer responsable al alcalde que le regente, mediante los auxilios que se le faciliten para su desempeño (3)."

22. Los dos alcaldes mas modernos que no tienen cuartel, han de servir para suplir las ausencias de los otros diez, por cuyo medio se consigue que cuando tengan cuartel en propiedad, se hallen instruidos con la experiencia de los servicios interinos de los cuarteles (4). Fuera del caso expresado, dichos alcaldes solo deben tomar conocimiento de los casos urgentes que no den espera, en los cuales han de continuar; pues los que las tengan, han de remitirlos al alcalde del cuartel (5).

23. Al mismo tiempo son del cargo de los mencionados dos alcaldes las informaciones secretas y comisiones extraordinarias que exijan particular cuidado, con cuyo motivo se les previene estrechamente, asi como á todos y á los tenientes de Villa en sus respectivas causas, que reciban por sí mismos las deposiciones de los testigos en las de alguna gravedad; en todas, cuando el testigo no sepa firmar; y siempre las declaraciones y confe-

1 Por Real cédula de 18 de junio de 1802 se halla Madrid dividido en diez cuarteles, al cargo y cuidado de los diez Alcaldes de Corte mas antiguos, incluso el decano

2 Ley 9. art. 3. tit. 21. lib. 3. Nov. Rec.

3 *Real cédula de 6 de octubre de* 1768, art. 10. §. unic.

4 Real cédula cit. art. 2. §. 1.

5 Declaracion primera de la citada Real cédula, y las que hicieron el señor presidente del Consejo y los alcaldes.

siones de los reos, sin cometerlo á escribanos ni alguaciles, pena de nulidad del proceso (1).

24. Pero sin embargo de lo dicho, podrá el señor presidente ó gobernador del Consejo en casos gravísimos, atendida la idoneidad de las personas, cometer las informaciones secretas ó encargos á otro alcalde ó teniente: porque en los negocios regulares deben turnar los dos alcaldes mas modernos para que se reparta el trabajo; y sin grave causa nunca se ha de quitar al alcalde de cuartel su conocimiento, pues si ha de responder de su distrito, justo es se le guarde el debido decoro, y que sepan los interesados deben acudir á él en derechura, sin molestar al señor presidente ó gobernador del Consejo ni á la Sala, »salvo en casos de omision ó injusticia, ú otro gravísimo no afectado; pues se tiene la experiencia, que la facilidad de ocurrir omiso medio á los superiores desautoriza á los jueces ordinarios, llena de recursos impertinentes á los superiores, les roba el tiempo que necesitan para los negocios generales, origina la confusion y vacila la justicia, olvidándose á cierto tiempo el mando que distributivamente corresponde á cada uno, volviéndose arbitrario el sistema de gobierno que debe ser constante (2)."

25. El alcalde que se halle de repeso, únicamente debe conocer de los negocios propios de este y de los urgentes de que en él se diese cuenta, debiendo remitir los demas á los alcaldes de los respectivos cuarteles; y los escribanos que esten de visita en los hospitales, han de dar cuenta de lo que ocurriere en ellos al mismo alcalde de repeso, *entregándole los testimonios para que actúe en las causas ante los escribanos que le asisten;* pero los escribanos de los repesillos deben dar cuenta al alcalde de cuartel donde se hallen estos, en los casos ordinarios, y en los urgentes al repeso mayor, ó al primero que ocurra (3).

26. El señor gobernador de la Sala y el decano de la misma, gozan de ciertas prerogativas que pueden verse en el citado apéndice de la *Práctica criminal* del señor Gutierrez, tomo 1.°, página 372, desde el número 32 hasta el fin; limitándome á referir aquí algunas del primero que tienen mas relacion con el objeto de este capítulo, y son las siguientes. 1.ª El señor gobernador tiene facultad para mandar prender, formar causas y seguirlas, si quisiere, ó nombrar para ello al alcalde que le parezca, aunque no puede determinarlas por sí solo, pues esto

1 Art. 2 cit. §. 2.
2 Art. 2 cit. §. 3.
3 Declaraciones segunda, tercera y cuarta de la Real cédula de 6 de octubre de 1768.

pertenece á la Sala (1): 2.ª todos los informes que se piden á la Sala, y cuantas ordenes expiden su Magestad y el Consejo, se participan al señor gobernador para que se tengan presentes en aquella (2): 3.ª los oficiales de la Sala y alguaciles no pueden salir de la Corte á practicar diligencia alguna de orden de los señores alcaldes ú otros tribunales sin participarlo al señor gobernador: 4.ª el señor gobernador tiene la preeminencia de participar diariamente á su Magestad, por medio de un pliego que firma, todas las novedades que hayan ocurrido en las veinticuatro horas anteriores, de lo cual se trata ante todo cada dia en el Acuerdo. Por lo tanto, en dicho pliego se comunican al Soberano las sentencias y penas corporales que se han ejecutado, los heridos de gravedad que ha habido, comprendiendo los que se hallan en todos los hospitales de la Corte, las muertes aun casuales que se han cometido, los incendios y desgracias que han acontecido &c. Tambien se da noticia en el pliego de si la plaza mayor, carnicerías y demas puestos públicos estan abastecidos de comestibles, y de los precios á que se venden. Igual y separado pliego se remite al señor presidente ó gobernador del Consejo, acompañado de los testimonios de rondas, comedias, paseos y fe de hospitales (3), y todo se pone bajo una cubierta con sobrescrito para dicho gefe (4). El escribano de Cámara semanero cierra y sella este pliego que, como está mandado, se ha de remitir por la mañana temprano, á fin de que pueda dirigirse con puntualidad á manos del Soberano (5).

1 Salazar *Noticias del Consejo*, cap. 35. pag. 379 al fin.

2 Salazar en dicho cap. pag. 380.

3 En esta ha de constar quiénes son los heridos, qué han declarado los cirujanos acerca de las heridas, en qué hospitales, salas y números de camas se hallan los heridos, y el tiempo de su entrada en aquellos: á cuyo fin tiene mandado la Sala que los escribanos pasen diariamente á reconocer los libros de entradas de heridos en los hospitales.

4 Para que con anticipacion se formalice en la Sala y repeso mayor el pliego, los oficiales de la Sala han de entregar los expresados testimonios en la escribanía del escribano semanero una hora antes de formarse la Sala.

5 En los dias feriados el alcalde semanero que se halla en el repeso mayor, firma los dos pliegos para su Magestad y el señor gobernador del Consejo, á cuya casa lleva personalmente el pliego; y en los mismos dias el oficial de la Sala que está en dicho repeso, debe remitir otro pliego firmado al señor gobernador de la Sala, comunicándole las novedades ocurridas.

CAPITULO CUARTO.

De los fueros privilegiados. Del ordinario eclesiástico, del fuero particular de la Cruzada y tribunal de las tres gracias, y del que gozan los regulares en cierta especie de transgresiones, ademas del comun eclesiástico.

§. 1. Privilegio del fuero que han concedido los Reyes á algunas clases ó personas por su caracter, dignidad ó destino.

2. Los eclesiásticos gozan de fuero privilegiado, y quiénes se entienden por tales para este efecto.

3 hasta el 6. Requisitos necesarios para que los clérigos de menores órdenes acrediten dicho privilegio, y puedan gozar de él.

7 hasta el 36. Casos en que el juez secular puede proceder contra los eclesiásticos, por perder estos el fuero en todo ó en parte.

37. De los procesos informativos que suelen formar los jueces seculares por excesos de los eclesiásticos, cuando estos no quedan desaforados ni son reprimidos por sus superiores inmediatos.

38. De los delitos porque los seglares quedan sujetos al fuero eclesiástico.

39. Primero: el de heregía.

40. Segundo: el de simonía.

41. Tercero: el de sacrilegio.

42. Cuarto: el de usura.

43. Quinto: el perjurio en ciertas causas.

44. Sexto: el adulterio cuando se trata de él como una causa legítima para el divorcio.

45. Ademas de los seis delitos expresados en una ley de Partida, hay otros muchos en que segun la opinion de los intérpretes, puede el juez eclesiástico proceder contra legos, igualmente que el juez secular, por cuya razon se llaman de fuero mixto.

46. Varias observaciones acerca de lo tratado anteriormente. Primera: si conociendo el juez secular de alguna causa, resultare que esta corresponde á la jurisdiccion eclesiástica, ha de remitírsela inmediatamente.

47. Segunda: en los casos de fuero mixto, un juez no puede inhibir al otro de la causa: y si entrambos conocen de ella, y la parte no pide remision, valdrán ambos procesos.

48. Tercera: siempre que los jueces eclesiásticos procedan contra legos, deberán impartir el auxilio de la jurisdiccion secular.

49. Cuarta: el clérigo degradado *actualmente*, aunque no sea entregado al brazo secular, y él degradado ó depuesto

verbalmente siéndole entregado, y no de otro modo, se hace del fuero secular para imponerle y hacer ejecutar la sentencia de muerte.

50. Quinta: cuando el juez secular mediante la degradacion puede castigar al clérigo, no está obligado á condenarle á muerte ó á la pena del delito por el proceso que hubiere formado el eclesiástico.

51. Del fuero de la Cruzada y tribunal de las tres gracias.

52. ¿A quienes corresponde este fuero?

53. ¿A quien van por apelacion las causas sentenciadas en las delegaciones de dicho tribunal?

54. Del fuero particular que tienen para cierta especie de transgresiones los religiosos ó regulares, ademas del comun que les pertenece como eclesiásticos.

55. La jurisdiccion de los prelados regulares locales, es limitada, y no se extiende á mas que á castigar las contravenciones á la disciplina regular y los excesos menos graves, procediendo de plano, y sin poder imponer sino ciertas penas correccionales; pues el conocimiento de otros delitos de mayor entidad pertenece á la jurisdiccion ordinaria eclesiástica.

56. Los legos profesos gozan del fuero de los regulares, mas no los donados ó fámulos que no sean profesos.

57. La misma regla rige en cuanto á los ermitaños de religion aprobada; si son profesos estan sujetos al fuero de los regulares, sino al secular.

58. Si dichos legos profesos fueren expelidos de su religion por incorregibles, ó se secularizen, ¿á que jurisdiccion estarán sujetos?

59. ¿Que deberá hacer el juez cuando los donados ó legos no profesos despues de cometido el delito se retiran á su convento, donde al amparo de sus prelados procuran eludir el celo de la justicia que los persigue?

Apéndice á este capítulo.

Auto de proceso informativo contra un clérigo: ¿cuando y cómo debe proveerle el juez secular?

1. La jurisdiccion suprema civil y criminal pertenece exclusivamente al Soberano (1), y por consiguiente solo él y en su nombre la jurisdiccion secular ordinaria puede conocer en todas las causas asi civiles como criminales de los vasallos de su Magestad ó residentes en sus dominios. Sin embargo de este prin-

1 Leyes 1 y 2. tit. 1. lib. 4. Nov. Rec.

cipio general los Reyes se han dignado en algunas csusas privilegiar ó eximir de la jurisdiccion secular ordinaria á algunas personas por su caracter, dignidad ó destino que ocupan, sometiéndolos á jueces peculiares suyos, y por esto se dice que gozan de fuero privilegiado.

2. Los primeros á quienes corresponde este privilegio por su respetable caracter son los eclesiásticos, entendiéndose para este efecto no solo los ordenados *in sacris*, sino aun los de menores órdenes, con tal que en ellos concurran las circunstancias siguientes. 1.ª Que traigan corona abierta y vistan hábito clerical, no solo cuando se trata de juzgarlos, sino seis meses antes de la perpetracion del delito: 2.ª que tengan beneficio eclesiástico, y á falta de este que sirvan actualmente á una iglesia con autoridad y mandato del prelado; entendiéndose que este ministerio ú oficio ha de ser ordinario y necesario, y que no se han de introducir oficios para este solo efecto, pues esto seria un fraude contra la mente del santo Concilio de Trento. Tambien goza del mismo fuero el tonsurado que estudia en escuela ó universidad aprobada, con licencia del obispo, para ser promovido á mayores órdenes, siempre que ademas de lo dicho lleve hábito y tonsura clerical (1). Es digno de notar que del mismo privilegio del fuero en causas criminales goza el clérigo de menores órdenes casado solo una vez y con doncella, siempre que lleve hábito clerical, y esté con autoridad ó mandato del obispo destinado al servicio de alguna iglesia (2).

3. En la Real instruccion citada al pie se previene tambien lo siguiente: »para que tenga efecto y conste legítimamente lo dicho en el párrafo anterior acerca de los tonsurados que con autoridad del obispo sirven en alguna iglesia ó estudian para ser promovidos á mayores órdenes, conviene que el mandato ó título que el prelado diere para los del servicio de la iglesia, se expida por escrito y ante notario, con dia, mes y año, declarando el nombre del sugeto á quien se da, y de donde es vecino, y el lugar ó iglesia, oficio ó ministerio en que ha de servir: lo mismo se practicará en orden al tonsurado que esté estudiando, dándose la licencia por escrito en la misma forma, con declaracion del estudio ó escuela, la facultad que ha de estudiar, y aun la edad y calidad de la persona.

4. »Para hacer constar dichos títulos ó licencias, deberán,

1 Concil. Trident. cap. 6. sess 2ª. Ley 6. tit. 10. lib. 1. Nov. Rec., ó instruccion formada de orden del señor Felipe II inserta en ella.

2 Dicha ley 6.

los que los tuvieren, presentarlos ante la justicia de la cabeza del partido de su jurisdiccion, donde con arreglo á lo que les está ordenado, se sentará en un libro su nombre con relacion, y ademas se les dará fe de ello, como está mandado lo hagan dichas justicias, sin detener ni molestar á los interesados, ni permitir que se les lleve cosa alguna de derechos.

5. »Cuando ocurriere el caso, que el de primera tonsura y primeras órdenes pretenda, que por razon de estar en el servicio de la iglesia ó en el estudio ha de gozar del privilegio, y ser remitido á la justicia eclesiástica, agora sea estando preso por la justicia seglar, agora esté presentado por la eclesiástica, ó en otra cualquier manera que se proceda, antes que el eclesiástico proceda á dar sus cartas y censuras, demas de lo que toca al clericato y al hábito y tonsura, y de la informacion que de esto se ha de dar, se ha de presentar el dicho testimonio ó licencia, con la dicha fe de presentacion ante la justicia seglar. Y para lo que toca á que conste que ha servido y sirve en la iglesia, ó ha estudiado ó estudia, ha de preceder informacion del cura y con dos parroquianos, siendo en iglesia parroquial; ó de dos capitulares, siendo en iglesia catedral ó colegial; ó de superior con dos religiosos, siendo en monasterio, y asi respectivamente en los otros lugares pios, que con juramento declaren haber servido y servir, y el tiempo y el monasterio en que ha servido; y lo mismo en el estudio del maestro y catedrático, y de los estudiantes que juntamente hayan estudiado con él. En las cartas ó censuras que dieren los jueces eclesiásticos para inhibir los seglares de las causas de los de primera corona y órdenes, han de ir auténticamente insertos los títulos, licencias é informacion, para que á los jueces seglares les conste ser asi: y en los procesos eclesiásticos asimismo, que por via de fuerza fueren al nuestro Consejo y Audiencias, ha de estar y constar todo lo susodicho, para que por los del nuestro Consejo y oidores se proceda y provea como convenga. Y si el de primera corona y primeras órdenes pretendiere gozar del privilegio por razon de tener beneficio eclesiástico, presentará el título del beneficio, con la informacion que para averiguacion de él será necesario. Y esto asimismo se insertará en las cartas y mandamientos de los jueces eclesiásticos, y se pondrá y constará de ello en los procesos eclesiásticos que fueren por via de fuerza. Guardándose la dicha orden, se cumplirá y satisfará el decreto de dicho Concilio, y fin que en él se tuvo; cesarán los fraudes y cautelas que podria haber; y se excusarán las diferancias y competencias entre

las justicias eclesiásticas y seglares, y no se guardando la dicha orden, su Magestad, pues está fundada su intencion y de la su jurisdiccion Real, no constando legitimamente de lo susodicho, ha mandado proveer y proceder en estos negocios, como á su servicio y conservacion de su jurisdiccion, y bien y beneficio público conviene."

6. Guardándose el orden prescrito en la referida Instruccion, se cumplirá y satisfará el decreto del santo Concilio, verificándose el fin que en él se tuvo, se evitarian los fraudes que pudieran cometerse sin estas precauciones, y se excusarán competencias entre las justicias eclesiástica y secular.

7. Los eclesiásticos suelen perder en muchos delitos el privilegio del fuero, porque conviene al bien comun que estos no queden impunes, ó se castiguen con mayores penas de las que acostumbran imponer los jueces eclesiásticos conforme al espíritu de mansedumbre propio de su estado. En primer lugar por la bula de su Santidad Clemente XII, expedida en 29 de enero de 1734 para los estados pontificios, inserta y extendida á los reinos de España en breve de 14 de noviembre de 1737, mandado cumplir por Real cédula de 12 de mayo de 1741 consiguiente á lo convenido en el concordato de 26 de setiembre del mismo año, se establece ademas de otros artículos relativos á la inmunidad local lo siguiente. »Establecemos asimismo que el clérigo de primera tonsura, que no tiene beneficio alguno eclesiástico, aunque haya observado y observe las condiciones que prescribe el santo Concilio Tridentino á semejantes clérigos, no obstante llegando á cometer dos homicidios con ánimo deliberado y premeditado, quede desde luego despojado del privilegio del fuero y del canon, en odio y detestacion de tanto exceso; y para miedo y escarmiento de otros, por del todo incorregibles, se entregue y sujete al brazo seglar, para que sea castigado como lego con las penas correspondientes y legítimas. De la misma suerte el clérigo de menores, que igualmente no tiene beneficio ni observa lo prevenido por el Concilio Tridentino, sea soltero ó casado, tampoco goce en las causas de homicidio del dicho privilegio del fuero, antes quede privado de él; de suerte que ni el propio obispo ú ordinario pueda defenderle ó pedirle, ni menos volver á usar él del hábito clerical que abandonó indignamente, sino es que sea despues de haber satisfecho y cumplido la pena de su delito. Pero la declaracion de si el reo antes de haber hecho el homicidio, observó ó no las condiciones que requiere el Concilio Tridentino, pertenecerá en el todo al obispo ú otro ordinario del lugar, sin que

por esto se retarde asegurar entretanto al delincuente; lo que se ha de hacer tambien por el juez lego en nombre de la iglesia, á cuya disposicion podrá y deberá retenerle hasta que se haga la expresada declaracion, y esto no obstante cualquiera otra diversa ó contraria disposicion, interpretacion ó costumbre del derecho canónico y constituciones apostólicas."

8. Hay ademas otros delitos en que el eclesiástico pierde el fuero en el todo ó en parte; es decir, que por algunos de estos puede ser sentenciado aunque sea á la pena capital, sin que preceda la *degradacion* (1); en otros es precisa esta para la imposicion de la pena por el juez secular, y finalmente en otros no hace este mas que formar una sumaria ó proceso informativo enviándole juntamente con el reo al juez eclesiástico para que le castigue. De unos y otros paso á tratar con arreglo á lo que dispone el derecho canónico y nuestras leyes patrias.

9. Empezando por la primera de dichas tres clases, está prevenido lo siguiente. Cualquier prelado ó persona eclesiástica que hiciere ó mandare quitar la vida á algun cristiano, aunque por ventura no se origine la muerte, valiéndose de algun asesino ó acogiere á este, le defendiere ú ocultare; justificado suficientemente tan execrable delito, incurre en la pena de excomunion y deposicion de su dignidad, beneficio ó cargo eclesiástico, quedando sujeto á la jurisdiccion secular, de tal suerte, que no es necesario pronunciar la *sentencia de degradacion*, sino tan solo que declare el juez eclesiástico haber cometido el clérigo el asesinato (2).

10. Los clérigos que acuñaren moneda falsa, han de ser degradados y entregados al brazo secular (3), como tambien los

1 Segun la nueva disciplina eclesiástica hay dos especies de *deposicion*; la una llamada así propiamente es simple y *verbal*, y la otra á que se da el nombre de *degradacion* es solemne y *efectiva ó actual*. Por la primera se despoja al clérigo perpétua y enteramente del ejercicio de sus órdenes, de las sagradas funciones y de los beneficios. La segunda es el acto mismo ó la ceremonia solemne con que el clérigo ya depuesto por la sentencia del juez, es despojado realmente de las sagradas vestiduras é insignias propias de su estado, y puesto en el número de los legos. El depuesto conserva aun el privilegio clerical que el degradado pierde del todo, reputándose lego en lo sucesivo. Las ceremonias que se observan en la degradacion son las siguientes. El clérigo que ha de degradarse, vestido con los ornamentos sagrados y teniendo en su mano un libro, vaso &c., como si fuera á ejercer su oficio, es presentado al obispo que está acompañado de otros obispos ó prelados que intervinieron en la sentencia de la deposicion. Aquel quita públicamente al reo uno por uno todos los ornamentos, principiando por el que fue último en el orden, y concluyendo con el que se le dió primero, y entonces manda raerle ó pelarle la cabeza para borrar la corona, y no dejar vestigio de clericato. Gutierrez *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 45.

2 Concil. Lugd. cap. 1. *de homicid.* in 6. Clement. VII, Const. de 18 de diciembre de 1595.

3 *Urbanus VIII. idibus novemb. ann.* 1627.

que cometen el pecado nefando (1), y los que incurren en el delito de heregía (2).

11. Si algun clérigo fuere depuesto por una abominable maldad, y permaneciere incorregible, ha de ser entregado al juez secular para sufrir la merecida pena (3). Este mismo juez puede prender y castigar al apóstata que ha abandonado el trage clerical (4).

12. El eclesiástico que por espacio de un año, con vilipendio de su estado, fuere truhan ó representante, pierde *ipso jure* todo privilegio clerical, si amonestado por tres veces en el mas breve tiempo no se enmendase.

13. A estas disposiciones del derecho canónico, agregaremos otras del derecho patrio relativas al mismo asunto. Primera. El clérigo que falseare carta del Sumo Pontífice ó su sello, pierde la inmunidad de que gozan los eclesiásticos, ha de ser degradado, depuesto, y entregado al brazo secular, quien puede imponerle la pena de falsario; y si falsificare carta ó sello del Soberano, ha de ser tambien degradado, marcado con un hierro ardiente en la cara y echado del reino (5).

14. Segunda. Los clérigos ó religiosos á quienes se encuentre despues de la queda sin luz ni el trage correspondiente á su estado, han de ser presos por las justicias, para presentarlos á sus prelados ó vicarios, requiriéndoles que amonesten á los contraventores á que anden con luz y hábito honesto, y no observándolo asi, procederán contra ellos las justicias conforme á derecho (6).

15. Tercera. El clérigo ó religioso que blasfeme del Rey, Reina, y demas personas Reales, ha de ser preso por su prelado, y remitido al Soberano ó á sus tribunales (7).

16. Cuarta. Los ministros de la justicia secular pueden quitar y tomar por perdida la moneda y otras cosas que sacaren del reino los eclesiásticos, y cuya extraccion está prohibida (8), aunque en orden á las demas penas que merece este delito, han de conocer los jueces eclesiásticos (9). Tambien comprenden á estos las leyes que prohiben la pesca y caza en tiempo de cria; y se les han de quitar los hurones, perros, ó instrumentos de caza ó pesca, exigiéndoles la multa. En caso de resistencia ó

1 Motu propio del Sumo Pontífice Pio V, dado en el año 1568, el cual priva á los eclesiásticos que cometieren este pecado de todo privilegio clerical.
2 Cap *super eo*, cap. *acusatus*, y cap. *ad abolend. de hær.* Ley 6. tit. 6. Part. 1.
3 Can. 20. caus. 11. quæst. 1.
4 Cap. 1. *de apostat.*
5 Ley 60. tit. 6. Part. 1.
6 Ley 4. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec.
7 Ley 2 tit. 1. lib. 3. Nov. Rec.
8 Ley 1. tit. 13. lib. 9 Nov. Rec.
9 Castill. en la ley 79 de Toro, num. 18.

reincidencia, se les formará la justificacion del nudo hecho informativo por el corregidor ó justicia del pueblo en cuyo territorio sucediere la tal contravencion, y se remitirá original al Consejo con noticia puntual del estado, calidad y circunstancias del culpado, y del prelado eclesiástico secular ó regular á quien esté sujeto, para proveer lo conveniente acerca de la correccion y enmienda de los transgresores por los medios establecidos en el derecho (1).

17. Quinta. Los jueces seculares deben imponer las correspondientes penas pecuniarias á los eclesiásticos que contravinieren á la pragmática del señor Don Cárlos III del año 1771 sobre juegos prohibidos, y despues han de pasar testimonio de lo que resultase contra ellos á sus prelados, para que los corrijan conforme á los sagrados cánones (2).

18. Sexta. Si un clérigo tratare en mercaderías ó comerciare usando del trage propio de su estado, debe su prelado amonestarle tres veces que no lo haga, y si no obedeciese no gozará en adelante de las franquicias que los demas clérigos, y estará obligado á guardar las posturas y usos de la tierra como secular, aunque si alguien le hiriere estará excomulgado: mas si no viste como clérigo, traiga ó no armas, y despreciase tres amonestaciones de su prelado, perderá el privilegio clerical, y si le hiriese alguna persona no seria excomulgada (3) (*).

19. Séptima. Si los eclesiásticos osaren inquietar los ánimos y turbar el orden público ingiriéndose en negocios de gobierno, deben las justicias estar á la mira y recibir informacion sumaria del mero hecho, y remitirla al Consejo, habiendo de estar reservadas estas denuncias y los nombres de los testigos (4).

20. Octava. Si los eclesiásticos seculares ó regulares fueren favorecedores ó encubridores de contrabandistas, salteadores, &c., se ha de pasar á la Sala del crímen del territorio informacion del mismo hecho, y resultando justificado, exigirá aquella de las temporalidades las multas prescritas, y despues hará presentar al Consejo lo que resulte para tomar este ó consultar al Sobe-

1 Ley 11. cap. 22. tit. 30. lib. 7. Nov. Rec.

2 Ley 15. cap. 14. tit. 23. lib. 12. Nov. Rec.

3 Ley 59. tit. 6. Part. 1.

* La tasa del pan obliga á los eclesiásticos igualmente que á los seculares, y asi pueden los ministros del juez seglar, en tiempo de necesidad, secuestrar el trigo de los eclesiásticos é iglesia, tomándoselo para que lo vendan conforme á la tasa para el mantenimiento del público por repartimiento que se haga, dejándoles lo necesario para el sustento de su casa y familia, rogándoles primero lo hagan, y haciéndolo con la debida moderacion. Nota 1. tit. 79. lib. 7. Nov. Rec.

4 Ley 2. tit. 1. lib. 3. Nov. Rec. y *Real cédula de* 18 *de setiembre de* 1766.

reno otra providencia económica, que podrá ser aun la de extrañamiento, si se conceptúa necesaria (1).

21. A la jurisdiccion Real compete sin duda el conocimiento de las causas de contrabando, en que por aprension real ó legal legitimamente comprobada se proceda contra eclesiásticos para la declaracion del comiso, su ejecucion, imposicion y exaccion en sus bienes temporales de las penas civiles pecuniarias prescritas por las leyes, Reales órdenes é instrucciones, habiéndose de redimir á los jueces eclesiásticos para la ejecucion de las personales, los correspondientes testimonios de lo que resulte de dichas causas contra las personas eclesiásticas. Por lo tanto aquellas se han de sustanciar y determinar en los juzgados Reales, impartiendo el auxilio de los jueces eclesiásticos, siempre que se necesiten para ello declaraciones ó confesiones de algunos, para que asistan á la recepcion de ellas ante los jueces Reales los sugetos que nombren los curas párrocos, vicarios, tenientes, ó cualesquiera otras personas eclesiásticas de los mismos pueblos, sitios ó lugares mas inmediatos, en quien por encargo ó mandato de su Magestad, han delegado por punto general dicho nombramiento los reverendísimos arzobispos, obispos, sus provisores, oficiales, vicarios generales y pedáneos, y demas prelados, jueces y regentes de la jurisdiccion eclesiástica (2).

22. Nona. El juez secular puede castigar á los notarios eclesiásticos, que llevan los derechos contra el arancel Real (3).

23. Décima. Puede el juez secular conocer y proceder contra el clérigo revendedor de trigo, ú de carnes, ó de otras cosas prohibidas (4), las cuales estan perdidas por el mismo hecho y caen en comiso, y lo puede tomar la justicia secular, aunque no debe entrometerse en las otras penas (5).

24. Undécima. Por punto general puede el juez lego prender al eclesiástico, cuando le sorprende en fragante delito (6), y preso debe remitirle á su prelado dentro de veinticuatro horas (7); pero esto se entiende en opinion de otros autores (8), recelando el juez que de no prenderle hasta dar noticia á su prelado huiría. La remision del reo ha de hacerse á costa del Rey con la corres-

1 *Real ordenanza de vagos de* 19 *de setiembre de* 1783, artículo 33.
2 *Real cédula de* 8 *de febrero de* 1788.
3 Ley 1. tit. 15. lib. 2. Nov. Rec.
4 Leyes 3. tit. 19. lib. 7 y 4. tit. 7. lib. 9. Nov. Rec.
5 Aceved. en la ley 1. tit. 13. lib. 9. Nov. Rec. Covarr. *in regul. possess.* §. 4. num. 8.
6 Ley 4. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec.
7 Covarr. *Pract.* cap. 33. Carlev. tit. 1. disp. 2. num. 158.
8 Aceved. en la ley 1. tit. 13. lib. 9 Nov. Rec. num. 2. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 9. Part. 5.

pondiente seguridad y decencia, juntamente con la sumaria que se hubiere hecho para la justificacion del delito; aunque el eclesiástico puede no pasar por ella para la sentencia (1).

25. Duodécima. Ademas de estos casos que estan expresos en el derecho, puede el juez secular proceder contra el eclesiástico en otros que especifican algunos autores de nota: tales son los siguientes. En las acusaciones que en el fuero secular contra el lego sigue el clérigo, no probándolas y siendo calumniosas, puede ser condenado por el juez secular en pena pecuniaria, y sobre lo demas se ha de tratar ante el juez eclesiástico (2).

26. Décimatercia. Aunque el juez secular no puede proceder contra el clérigo testigo que ante él se perjuró en cuanto al castigo; lo puede sin embargo hacer sobre la validez de su dicho, para averiguar la causa principal que ante él se ventila (3); de lo cual se sigue que para este efecto puede conocer sobre las tachas que se le pusieren.

27. Décimacuarta. Tambien puede conocer el juez secular contra el eclesiástico que impida su jurisdiccion ó la resista, en cuyos casos podrá prender y multar al eclesiástico agresor y remitirle á su juez (4).

28. Décimaquinta. El clérigo que usa oficio de justicia secular delinquiendo en él, puede ser sindicado por el juez secular y condenado por él en pena de privacion de oficio y pecuniaria por costumbre comunmente recibida (5).

29. Décimasexta. Si el clérigo abogado, procurador ó escribano delinquiere en su oficio; en causa que se litigue ante el juez secular, puede por él ser multado en penas pecuniarias (6).

30. Décimaséptima. Los ministros de justicia secular pueden quitar las armas ofensivas á los clérigos, aunque sean permitidas á los legos (7).

31. Décimaoctava. Los estatutos civiles que mandan no se saque el vino y mantenimientos fuera del territorio, obligan á los eclesiásticos, á quienes puede el juez secular tambien man-

1 Covarr. dicho cap. 33. num. 5. Solorz. ley 3. *de jur. ind.* cap. 27. num. 57.

2 Clar. *in práct.* §. fin. quæst. Menoch. *de arb.* lib. 2. cent. 5. cas. 447. Boer. dec. 349. col. penult. Larrea dec. 4 y 56. num. 16.

3 Covarr. en el lug. cit. Carlev. tit. 1. *de jud.* disp. 2. num. 478. Gutierr. lib. 1. *Práct.* quæst 24.

4 Greg. Lop. en la ley 57. tit. 6. Part. 1. Garc. *de nob.* glos. 9. 33. Solorz. Tom. 2. *de jur. ind.* ley 3. cap. 17. num. 45. Larrea dec. 1. num. 13.

5 Covarr. *Práct.* cap. 35. num. 5. Clar. in *Práct.* § fin. cap 4 num. 23. Garc. y Solorz. en los lugares citados.

6 Diego Perez en la ley 1. tit. 6. lib. 8. del Orden fol. 189, y los autores citados.

7 Covarr lib 2. *Var* cap 10. num. fin. Aceved. en la ley 8. tit. 5. lib. 1. Nov. Rec.

dar matar el pulgon ú otros animales nocivos que haya en sus heredades para evitar el daño comun; y no obedeciendo, han de ser castigados dichos eclesiásticos por su juez (1).

32. Décimanona. Tambien obligan á los eclesiásticos las leyes ú ordenanzas relativas á la seguridad de los montes, prados y heredades; y asi los ganados suyos que hicieren daño, pueden ser prendados por los ministros ó guardas del juez secular para su resarcimiento (2).

33. Vigésima. Obliga asimismo á los eclesiásticos la ley 1. tit. 12. lib. 9. Nov. Rec., que manda registrar las bestias caballares y mulares que se introdujeren de dentro y fuera del reino en las doce leguas de los puertos, so pena de perderlas; mas sobre ellos han de ser convenidos ante su juez, porque aqui se trata de culpa de las personas (3).

34. Vigésimaprimera. Segun algunos autores (4), el clérigo que conspire contra el Rey, excitando tumultos y moviendo gente armada contra su Magestad y el Estado, puede ser castigado por el juez secular, sin que preceda degradacion, y asi se ha practicado en varios reinos; pero en opinion de otros, la cual tiene Hevia Bolaños por mas segura (5), ha de ser degradado efectivamente, ó entregado primero por el juez eclesiástico al secular, para que por él pueda ser castigado.

35. Vigésimasegunda. Tambien dicen algunos, fundándose en una ley de Partida (6), que si el clérigo fuese verbalmente depuesto, despues por incorregible, excomulgado y ademas anatematizado, continuando en sus delitos, puede ser comprimido y castigado por el juez secular, sin que preceda actual degradacion ni entrega que de él se haga.

36. Vigésimatercera. No se exime de la jurisdiccion Real el eclesiástico delincuente en los negocios criminales de gravedad por el voto de orden sacro ó de religion, cumplido despues de cometido el delito, y hecho antes que le cometiese, aunque lo jurase; porque fácilmente lo juraría por evitar la pena (7). Pero

1 Mexía *in pragm.* cons. 5. num. 17. Salced. in *pract.* cap. 55. pag. 172.

2 Acev. en la ley 12. tit. 3. lib. 7. Nov. Rec., y este mismo autor dice que así se determinó en las chancillerías de Valladolid y Granada.

3 Gutierr. lib. 1. *Pract.* quæst. 4. Carlev. tom. 1. *de judic.* disp. 2. num. 155.

4 Puteo *de sind.* verb. *Uxorem.* num. 110. *de test.* Prop. *in cap. in primis* §. *de præfato*, cap. 2, 3, 4 y 5. quæst. 1.

5 *Cur. Filip.* part. 3. §. 2. num. 23. Rob. cons. 3. num. 34. vol. 1. y cons. 1. num. 6. vol. 3. Socin. cons. 12. col. penult. vol. 1. Diaz *Pract.* cap. 119.

6 Ley 61. tit. 6. Part. 1. Greg. Lop. en ella, glos. 1. Matth. *de re crim.* controv. 34 num. 27 y sig.

7 Covarr. *Pract.* cap. 32. vers. *Cæterum.* Jul. Clar. *Pract.* quæst. 98. num. 4.

Farinacio (1) es de contraria opinion, diciendo que si con el juramento del delincuente concurriese otra probanza del voto, se libraría de la jurisdiccion Real.

37. Ultimamente deben agregarse á las anteriores disposiciones canónicas y civiles la práctica inconcusa introducida en los reinos de Castilla, Aragon, Valencia y Principado de Cataluña. Redúcese esta á hacer los jueces Reales sumarias de las culpas ó excesos de personas privilegiadas cuando no se reprimen por sus superiores inmediatos, vindicando las turbaciones que ocasionan por sus escándalos é injurias á los individuos del Estado. Estos procesos se llaman informativos, y sus efectos son distintos segun las circunstancias, pues unas veces se dirigen á la ocupacion de temporalidades, y otras á exhibir las informaciones extrajudiciales al juez eclesiástico, á quien incumban le enmienda y satisfaccion, tacando solo á aquella potestad el cuidado económico por la necesidad pública (2).

38. Asi como el juez secular puede proceder contra los eclesiásticos en ciertos casos, estan por el contrario sujetos los seglares al fuero eclesiástico en los delitos siguientes.

39. Primero. El de heregía, en el cual ha de proceder privativamente el juez eclesiástico contra los que le cometan, aunque sean legos. Si á este crímen acompañase algun grave escándalo, sedicion ú otro delito público y privilegiado, conocerán simultáneamente los jueces eclesiástico y secular, correspondiendo al primero el juicio de la heregía, como un error contrario al dogma, y al segundo el conocimiento de los otros excesos, pues á los magistrados seculares incumbe toda causa relativa á la tranquilidad pública, de cuya conservacion estan especialmente encargados (3).

40. Segundo. El de simonía, que es cuando se venden ó compran las cosas espirituales. Estas causas son meramente eclesiásticas, y de ellas no puede conocer el juez secular (4).

41. Tercero. El de sacrilegio, esto es, cuando se ponen manos violentas en clérigos ó religiosos, se saquean ó quebrantan las iglesias, se roban las cosas sagradas, ó las que no lo son, del lugar sagrado y otros excesos semejantes, de que se habló en el prontuario de delitos y penas, palabra *sacrilegio*. Contra los sa-

1 Farinac *de crim.* lib. 1.
2 Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 3. pag. 302. num. 15.
3 Covarr. *Pract.* cap. 34. num. 5. Paz. *in pract.* tom. 2. prælect. 2. num. 28 y 29. Gutierr. *Pract. crim.* tom. 1. pag. 55.
4 Ley 58. tit. 6. Part. 1. Greg. Lop. en ella.

crílegos procede el juez eclesiástico, y tambien puede hacerlo el secular, porque este delito es de fuero misto (1).

42. Cuarto. El de usura, acerca de la cual véase esta palabra en el citado prontuario. Este delito es tambien de fuero misto, y asi no solo conoce de él el juez eclesiástico sino tambien el secular (2).

43. Quinto. El perjurio. Puede el juez eclesiástico proceder contra el lego que fuere calumnioso, falso acusador ó testigo perjuro en causa que se siga ante el mismo. Y aunque algunos autores fundándose en la ley 18. tit. 6. Part. 1. y glos. de Gregorio Lopez, opinan que contra los que se perjuran en causas seguidas ante el juez secular puede tambien proceder el eclesiástico; lo contrario resulta de las leyes del tit. 6. lib. 12. Nov. Rec., y especialmente de la 3.ª, donde se encarga á los tribunales y jueces el cuidado de la averiguacion y castigo de los testigos falsos.

44. Sexto. El adulterio. Acerca de este delito dicen algunos autores que es fuero misto, y que pueden conocer de él asi el juez eclesiástico como el secular (3); pero lo que parece mas cierto es lo que dice el señor Gutierrez (4), á saber, «que el adulterio solo toca á la jurisdiccion eclesiástica, cuando se trata de él como una causa legítima para el divorcio, del que corresponde privativa y exclusivamente el conocimiento al fuero eclesiástico. Y á la verdad si se considera en sí ó con otro aspecto el adulterio, no será fácil encontrar razon que atribuya su conocimiento y castigo á la jurisdiccion eclesiástica." Esto mismo se corrobora con las palabras de la ley 58. tit. 6. Part. 1, que tratando de los seis delitos indicados, cuyo conocimiento corresponde al juez eclesiástico, dice hablando del adulterio, «asi como acusando la muger al marido ó él á ella, para partirse uno de otro que non morasen en uno, ó como si acusasen á algunos que fuesen casados por razon de parentesco, ó de otro embargo que oviesen porque se partiese el casamiento de todo."

45. Ademas de los seis delitos expresados en la citada ley de partida, hay otros muchos en que segun la opinion de los intérpretes (5), puede el juez eclesiástico conocer contra legos

1 Leyes 4, 5, 9 y 12. tit. 18. Part. y glos. de Greg. Lop.

2 Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 3. Aceved. en la ley 3. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Gutierr. *de juram. confirmat.* part. 1. cap. 2. num. 9, 11, 16, 17 y 24.

3 *Cur. Filip.* citando á varios, part. 3. §. 2. num. 20.

4 *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 56.

5 El señor Gutierrez dice acerca de esto lo siguiente en su *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 56, 57 y siguientes. «Nosotros hemos recorrido cuidadosamente nuestra legislacion, y casi nos atrevemos á decir que no se hallará en toda ella ninguna ley que se extienda á mas que la de la

igualmente que el secular, por cuya razon se llaman tambien de fuero misto. Tales son los siguientes. El de incesto; el de sodomía y bestialidad; el de amancebamiento; el de incendio de pueblos, casas, montes, mieses &c; el de asesinato por precio; el de desafio; el de exhumar ó despojar á los cadáveres; el de la qüesta ó peticion de falsas limosnas; el de blasfemias que no son hereticales (pues el conocimiento de estas últimas pertenece exclusivamente al juez eclesiástico); el de poligamia; y otros que pueden verse en la *Curia Filipica*, parte 3, párrafo 2, cuyo autor añade lo siguiente: «El juez eclesiástico puede conocer de todo crimen, al cual el derecho canónico pone pena de excomunion, ú otra censura eclesiástica"

46. Expresados ya los delitos de que respectivamente pueden conocer el juez eclesiástico y secular, concluiré este asunto con las siguientes observaciones. Primera. Si conociendo el juez secular de alguna causa, resultare que esta corresponde á la jurisdiccion eclesiástica, ha de remitírsela inmediatamente sin aguardar censuras, porque asi como seria culpable en no defender la jurisdiccion secular siempre que corresponda y deba hacerlo, tambien lo será en usurpar la eclesiástica no remitiéndole la causa que le pertenece (1).

47. Segunda. En los casos de fuero misto en que pueden conocer el juez eclesiástico y el secular, como asimismo en los demas de que pueden conocer cada uno de los jueces iguales en jurisdiccion, el uno no puede inhibir al otro de la causa; y por consiguiente si ambos conocen de ella, y la parte no pide remi-

Partida citada: hemos examinado atentamente los fundamentos en que se apoyan los autores para añadir otros muchos á los delitos mencionados, y hemos visto que ni aun merecen refutarse; que las leyes que citan á su favor, ó no dicen lo que ellos afirman, ó mas bien pueden citarse en contrario; y que por lo tanto contra toda razon han llamado á dichos delitos de que no hace mencion la ley, delitos de fuero misto." Y mas adelante añade: «Tambien hemos visto atentamente varios capítulos del derecho canónico, con especialidad del Concilio Tridentino, en que se apoyan los intérpretes para dar á los jueces eclesiásticos la facultad de proceder contra muchos delitos de seculares; y podemos asegurar que no se ha intentado en aquellos usurpar su jurisdiccion á los jueces Reales. Léanse los tales textos, y se advertirá facilmente que las opiniones de los jurisconsultos no tienen en ellos ningun apoyo. Los legisladores eclesiásticos se han contentado con imponer allí censuras á varios delincuentes que han creido dignos de ellas, sin propasarse á decir que las justicias eclesiásticas procedan judicialmente ó en toda forma contra ellos para castigarlos. Por lo tanto á las opiniones arbitrarias de los intérpretes deben á nuestro entender imputarse en la mayor parte las reñidas consecuencias, disturbios y escándalos que se han originado entre los jueces eclesiásticos y seculares, sobre conocimiento de crímenes cometidos por legos." Para corroborar su opinion pone algunos ejemplos de estos delitos de fuero misto, haciendo ver por las mismas leyes que copia y analiza el poco fundamento de los intérpretes.

1 Aceved. en la ley 6. tit. 1. lib. 7. Nov. Rec. Nav. *en su Manual*, cap. 25. *Cur. Filip.* part. 3. §. 2. num. 15.

sion, valdrán entrambos procesos; pero si la pide, y el juez no quiere remitirla, se ha de apelar de aquel cuya jurisdiccion se declina para su superior que lo declare (1).

48. Tercera. Siempre que los jueces eclesiásticos procedan contra legos, deben impartir el auxilio de la jurisdiccion secular (2), y las curias eclesiásticas no han de pasar á imponer por punto general penas pecuniarias ni corporales á los sacrílegos, perjuros, blasfemos, amancebados y mugeres de mala vida, pues han de limitar sus castigos á las penas canónicas, y reservar aquellas á los jueces Reales, excepto en los casos particulares en que conforme á derecho puedan y deban conocer, arreglándose entonces al método prevenido en el Concilio de Trento (3).

49. Cuarta. El clérigo degradado actualmente aunque no sea entregado al brazo secular, y el degradado ó depuesto verbalmente siéndole entregado, y no de otro modo, se hace del fuero secular, y entonces puede el juez lego imponerle y hacer ejecutar la sentencia de muerte; advirtiendo que en los casos en que el clérigo de menores órdenes por no gozar del privilegio del fuero puede ser castigado por el juez secular, aunque haya de condenarle á muerte, no ha de ser degradado (4).

50. Quinta. Cuando el juez secular, mediante la degradacion, puede castigar al clérigo, no está obligado á condenarle á muerte ó à la pena del delito por el proceso que hubiere formado el eclésiastico, siempre que no esté satisfecho de su justificacion, y asi puede sustanciar de nuevo la causa, porque el eclesiástico no envia al reo condenado en pena corporal, y asi el secular no es mero ejecutor (5).

51. Por ser asunto relativo á cosas eclesiásticas, trataré ahora del fuero de la Cruzada y tribunal de las tres gracias, el cual conoce de todas las causas asi civiles como criminales resultantes de la ejecucion de los productos de las tres gracias de Cruzada, Subsidio y Excusado, que en diferentes tiempos, y por diversas bulas, fueron concedidas por los Sumos Pontifices á los Reyes de España (6), extendiéndose á todo lo conexo con estas causas, y lo dependiente de ellas.

52. Pertenece este fuero á todos los empleados y oficiales

1 Aceved. en la ley 4. tit. 1. lib. 4. Nov. Rec. num. 9, 10 y 11. *Cur. Filip.* lug. cit. num. 34.

2 Ley 12 tit. 1. lib. 2. Nov. Rec.

3 *Real cédula de 5 de mayo de* 1774.

4 Covarr. *Pract. quæst.* cap. 11. num. 3. *Cur. Filip.* part. 3. §. 2. num. 16.

5 Salg. part. 1. *de retent.* cap. 10, desde el num. 137. Carlev. tom. 1. *de judic.* disp. 2. num. 40. *Cur. Filip.* alli, num. 18.

6 En el año de 1509 la de Cruzada; en 1560 la de Subsidio; y en 1561 la de Excusado. Lara en las tres gracias, lib. 1. pag. 4 y sig. Bovad. lib. 2. cap. 118.

del mismo tribunal y sus delegaciones, inclusos los verederos, aposentadores, distribuidores de las bulas y recaudadores de sus limosnas; mas no en los delitos comunes, sino en los de culpas, excesos ú omisiones de su oficio, y en que tiene interes el Rey (1).

53. Las causas sentenciadas en dichas delegaciones van por apelacion ó recurso al comisario general de Cruzada (2).

54. El fuero de los religiosos ó regulares es una ramificacion del general eclesiástico, y nada tiene especial respecto de la jurisdiccion secular. Por las mismas transgresiones que un clérigo se desafora, pierde tambien el fuero un religioso, y á este como á los demas individuos del estado eclesiástico puede aplicarse la doctrina sentada anteriormente. Hay sin embargo una diferencia entre los religiosos y demas eclesiásticos, y es que los primeros, ademas del privilegio del fuero, tienen otro particular para ciertas especies de transgresiones que es el de sus propios prelados, jueces conservadores y definidores respectivamente: y de este último gozan todos los religiosos que viven en comunidad y bajo instituto aprobado por la Santa Sede.

55. La jurisdiccion de estos prelados regulares locales, aunque privilegiada, es limitada, pues no se extiende mas que á castigar las contravenciones á la disciplina regular, y los excesos menos graves; en los que proceden de plano, sin poder exceder las penas que imponen, de la carceracion ó encierro dentro de sus conventos, deportacion y expulsion (3). Pero acerca de los demas delitos, que requieren mayores penas, y especialmente aquellos en que ha de preceder solemne degradacion y entrega al brazo secular, pertenece su conocimiento á la jurisdiccion ordinaria eclesiástica de los obispos y arzobispos. Asimismo en otros varios casos estan sujetos á los referidos ordinarios, ó por razon de la alta jurisdiccion ordinaria que ejercen, ó en calidad de delegados del Papa, como lo define el Concilio Tridentino (4).

56. De los regulares legos, que son los donados sirvientes de los conventos, unos son profesos y otros meramente fámulos ó pretendientes, que ni aun estan en el noviciado. Los primeros en todo gozan el fuero regular, mas no los últimos; pues aunque viven en clausura sujetos á la direccion y correccion de los

1 Ley 9. cap. 5. tit. 11. lib. 2. Nov. Rec.
2 Leyes 1 y 3. del mismo tit. y lib.
3 P. Smist. de Ameno, tom. 1. pag. 88. num. 80. tit. 3. quæst. 1, y tom. 2. part. 1 y 2.
4 Ses. 6. cap. 3. ses. 7. cap. 14 ses. 14. cap. 5, ses. 24. cap. 10. ses. 25. *de regular.*

prelados inmediatos en sus excesos menos graves; no quedan exentos del brazo secular en cuanto á otros de mayor entidad (1). Esta diferencia consiste en que los regulares gozan de su fuero especial, porque la Santa Sede se lo ha dispensado sacándolos del comun seglar y ordinario; lo cual se confirma con las decisiones civiles y Reales pragmáticas, señaladamente las de quintas y anuales reemplazos, sujetándolos á ellas, como á los demas seglares (2). Asi que para ejecutar las sentencias contra ellos, aunque sean de muerte, no se exige degradacion, sino que desde luego se entregan al brazo secular para la formacion de la causa é imposicion de la condigna pena. En suma los procesos de delitos graves y atroces cometidos por donados ó legos profesos, deben ser sustanciados por la jurisdiccion eclesiástica hasta el punto de la degradacion, que consiste en despojarle del hábito para entregarle al juez secular; y al contrario pertenece á la jurisdiccion civil la formacion de causa contra los donados ó legos no profesos.

57. Por la misma regla ha de gobernarse el fuero de los ermitaños de religion aprobada; si son profesos pertenecen al regular, y si no lo son, al secular (3).

58. Si dichos legos profesos fueren expelidos de su religion por incorregibles ó son secularizados, estan sujetos á la jurisdiccion secular en todas sus causas, y á la eclesiástica solo en el cumplimiento y observancia de los votos que profesaron; de modo que si despues de expelidos incurren en algun delito, el juez secular los juzga y castiga (4).

59. Suele suceder que estos donados legos no profesos, despues de cometidos los delitos, se retiran à su propio convento, en donde al amparo de sus prelados eluden el celo de la justicia que los persigue. En tal caso deben ponerse prontamente centinelas y guardas de vista al rededor del mismo, y sin violarlo, mandar llamar al prelado, invitarle con modestia y respeto, que ponga à su disposicion aquel criminal. Si se resiste, debe requerírsele una, dos, tres ó mas veces, y protestarle en el acto de la denegacion el Real auxilio de la fuerza y el escándalo. Las respuestas que diere se extienden en el proceso firmadas por este (si á ello quisiere prestarse; y sino, solo por el juez y secretario, con fe de no haber querido firmarlas),

1 Bovad. lib. 2. cap. 18. num. 202. Matheu *de re crim.* cap. 7. §. 1.

2 *Reales pragmáticas de quintas y reemplazos del ejército.*

3 Carlev. tit. 1. disp. 2. num. 10.

4 *Carta acordada del Consejo de 3 de mayo de 1774.*

y con testimonio de todo lo actuado se instruye el regular recurso de fuerza en el tribunal Real competente, ó bien se eleva queja al Real Consejo ó á su Magestad, segun las circunstancias del asunto lo exijan.

APÉNDICE Á ESTE CAPÍTULO.

Proceso informativo contra un clérigo.

En el párrafo 37 de este capítulo se habló de la práctica que se observa en estos reinos de hacer los jueces Reales sumarias ó procesos que se llaman *informativos*, de las culpas ó excesos de personas privilegiadas, cuando no se reprimen por sus superiores inmediatos; y á fin de que se forme una idea exacta de este asunto, manifestaré el modo con que se actúan estos procedimientos.

Cuando los clérigos viven licenciosamente, causando notable escándalo con algun vicio ó vicios de cualquiera especie que sean, debe el juez Real amonestarles que se enmienden, recordándoles las obligaciones de su estado; y si asi no se enmendaren, debe hacer segunda amonestacion á presencia de dos ó tres testigos; pero si aun con esto prosiguiesen en su modo de vivir escandaloso, debe hacerlo presente à su superior para que evite y remedie el daño; y en caso que este no tome las providencias necesarias y correspondientes al caso, debe el dicho juez Real proveer auto informativo del tenor siguiente (1).

En la villa de N., á tantos dias de &c., el alcalde de ella dijo, que protestando como protesta no ser su ánimo proceder en manera alguna contra D. N., clérigo presbítero, vecino de ella, por ser de agena jurisdiccion, y que solo es su ánimo evitar tal desorden, para lo cual no han bastado las políticas reconvenciones, ni la conminacion de que daria cuenta de ello à su prelado para que procediese à su correccion, nada pudo lograr, pues continúa en sus excesos con mayor nota; se le hace indispensable dar cuenta al señor provisor, mediante á no haber bastado al efecto los oficios que con el presente escribano le ha pasado à su vicario para evitar mayores perjuicios: debia de mandar, y mandó se haga justificacion de *solo nudo hecho*, instructiva, informativa y justificativa de su desordenado

1 Elizond. *Pract. univ. for.* tom. 1. fol. 264, desde el num. 21. tom. 3. fol. 302, desde el num. 15 hasta el 41, y tom. 5. part. 1. cap. 6. §. 1, desde la pag. 54.

modo de proceder, examinándose à los testigos bajo de juramento, con expresion de todos los particulares y circunstancias que conduzcan á la mayor averiguacion de lo referido, y encargándoles el sigilo, poniendo fe de ello para que no padezca mas su reputacion; y hecho, se remitia al señor provisor de este obispado, de cuya prudencia espera su merced procure tomar las correspondientes providencias que se dirijan á evitar tales excesos; y por este su auto asi lo mandó y firmó su merced.

Ante mí.

F. de N.

Estos procesos informativos de nudo hecho se han de formar sobre aquellos delitos comunes que cometen los eclesiásticos que gozan del fuero de la iglesia, y por los cuales no le pierden. Unas veces se dirigen dichos procesos á poder proceder contra sus bienes temporales y ocupárselos privándoles de su goce: otras á exhibir y remitir aquellas informaciones reservadas al juez eclesiástico, á quien está inmediatamente sujeto el clérigo delincuente para que le corrija con el condigno castigo (1).

1 Viacaino Perez *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 42.

CAPITULO QUINTO.

Del fuero militar.

§. 1. Origen del fuero militar.
2 hasta el 13. ¿Quienes gozan del fuero militar?
14. ¿Cuales son los jueces que juzgan á los militares en las causas de su propio fuero?
15. Los gefes, jueces y tribunales de marina estan sujetos al Real Consejo de la Guerra.
16. Causas porque pierden los militares el fuero.
17. ¿Si gozarán de él la milicia de mar y tierra en las causas de contrabando y fraude?
18. Otros casos y delitos en que no vale el fuero á los individuos de marina.
19. Hay ciertos delitos cuyo conocimiento corresponde á los jueces militares, aun cuando los perpetradores sean de otra jurisdiccion.
20. Modo con que deben proceder las justicias en los casos de desafuero para evitar competencias y desaires.
21. Conviene siempre que el juez requerido para la entrega de un reo por delito que le haya desaforado, forme tambien sus autos para la averiguacion de él, y razon por que ha de hacer esto.
22. Si despues de haber sido preso algun militar por delito de desafuero se justifica, le ha de poner en libertad la justicia ordinaria para entregarle á su juez.
23. ¿Que deberá hacer la justicia ordinaria cuando prenda á algun dependiente de la jurisdiccion militar por haber cometido en su territorio algun delito que no le desafore?
24. Si el delito fuere de resistencia á las justicias ó desacato cometido contra ellas de palabra ú obra, podrán las mismas en el acto prender y castigar á los agresores.
25. Tres observaciones conducentes á la materia de este capítulo.

1. La milicia ha sido distinguida en todos tiempos y naciones por los importantes servicios que hace al estado, manteniendo la tranquilidad pública y defendiendo la patria contra la agresion de los enemigos exteriores. A estos importantes servicios han debido los militares las varias franquicias de que gozan, como la exencion de hospedage, bagages, cargos y oficios concejiles; el poder usar de sus armas en los caminos para defensas de sus personas, el no poder ser presos por deudas, sino

cuando estas pertenecen al Rey, ó dimanan de delito; el no padecer muerte afrentosa &c. De aqui proviene tambien el privilegio que les exime de la jurisdiccion ordinaria, asi en las causas civiles como en las criminales, para las que tienen su fuero particular.

2. Gozan de este todos los ministros y oficiales del supremo Consejo de la Guerra, aunque sean intendentes ó togados, el secretario, sus oficiales, los agentes fiscales, relatores, escribanos de Cámara y demas dependientes de aquel supremo tribunal, sus mugeres, hijos y criados (1); como tambien los secretarios de las capitanías ó comandancias generales, sus dependientes y familias, todos los cuales cuando obtienen la jubilacion ó retiro de sus empleos con algun sueldo, gozan del mismo fuero que si se hallaren en el Real servicio (2).

3. Asimismo gozan del fuero militar todos los individuos que sirven en el ejército ó en las tropas regladas, ó que tienen empleo de actual ejercicio en guerra, y como tales militares perciben sueldo por las tesorerías del ejército en campaña ó las provincias; como igualmente las mugeres y los hijos de todo militar. Muerto este le conservan su viuda y las hijas mientras no toman estado; pero los hijos solamente hasta la edad de diez y seis años (3).

4. En el cuerpo de artillería gozan del fuero, ademas de los oficiales y soldados, los individuos de las compañías de artilleros provinciales y de inválidos, sus mugeres, hijos y criados asalariados con servidumbre actual, los capitanes de carros, conductores, maestres mayores, dependientes de las compañías de maestranza, de las fundiciones, de las fábricas y almacenes de artillería; y en campaña los comisarios de tandas, carreteros, arrieros y mozos empleados en la conduccion de los trenes, en los parques, laboratorios de los mistos y demas trabajos de su instituto. Tambien gozan del mismo fuero los paisanos que en la costa de Cantabria y en la isla de Mallorca, estan destinados para el servicio de la artillería, aunque solo disfrutan sueldo y usan de uniforme mientras se emplean en los trabajos peculiares de ella, y únicamente tienen nombramiento de los comandantes del cuerpo de aquellos parages. Asimismo goza del dicho fuero el número de soldados de los regimientos fijos de

1 Artículo 26 de la nueva planta del Consejo de 4 de noviembre de 1773, en que declara su Magestad que todas las plazas del Consejo y empleos subalternos son rigorosamente militares.

2 *Real orden de 22 de agosto de 1788.*

3 *Ordenanza del ejército*, tom. 3 trat. 8. tit. 1. num. 8, y lib. 4. tit. 10. art. 2.

Oran y Ceuta, que el comandante de artillería elija para el servicio de ella en ambas plazas, segun Real orden de 11 de mayo de 1779. Finalmente, en la América los milicianos artilleros se hallan subordinados al fuero de artillería, aunque solo cuando estan destinados à servir con la tropa reglada de esta (1).

5. En orden á la marina gozan del fuero militar todos y cualesquiera individuos de los dos cuerpos militar y político de la Real armada; en el primero estan comprendidos los oficiales de guerra, compañías de guardias marinas y demas que componen los doce regimientos de infantería de marina, y Real brigada de artillería; y en el segundo los intendentes de marina, comisarios, contadores, tesoreros, oficiales de contaduría de todas clases, contadores de navío, de fragata, los matriculados de mar y maestranza, sus mugeres, y las viudas mientras se mantengan en este estado; los médicos, cirujanos y dependientes de los hospitales, y otras personas que mas por extenso se expresan en el tomo 5.° de Marina, donde puede verse (2).

6. En cuanto al fuero de milicias, he aquí en extracto lo que se halla dispuesto en la Real declaracion de la *Ordenanza de milicias*, título 7, artículos 12, 27, 29, 37 al 39. »Todo oficial de milicias, mientras sirviere gozará del mismo fuero y preeminencia que los del ejército, aunque no tenga sueldo continuo; y de sus causas, asi civiles como criminales, solamente podrá conocer el coronel ó comandante del regimiento, juzgándolas conforme á derecho, con inhibicion de todo tribunal y juez con apelacion al supremo Consejo de Guerra."

7. »Todos los sargentos y primeros cabos, y los segundos de granaderos y cazadores, los tambores y pífanos, bajo el concepto de veteranos, gozarán del fuero civil y criminal lo mismo que los oficiales."

8. Ademas de las exenciones que son comunes á todo individuo de milicias, gozarán en lo criminal del fuero militar, mientras el regimiento se mantenga en su provincia, y sus causas serán juzgadas por sus coroneles con su asesor conforme à derecho; y cuando salga el regimiento à hacer el servicio en guarnicion ó campaña, gozarán ellos y sus mugeres del fuero militar, tanto en lo civil como en lo criminal, en la misma forma que los veteranos."

9. »Los capellanes y cirujanos de los regimientos de milicias

1 Véase á Colon *Juzgados militares*, tomo 2 páginas 416 y siguientes, números 787 al 790.

2 Colon tom. 1. pag. 11. num. 19.

gozarán del mismo fuero y preeminencias que los del ejército."

10. »Los asesores y escribanos gozarán del fuero militar en lo criminal, con sujecion à la jurisdiccion de los coroneles lo mismo que los soldados."

11. »Los maestros armeros de los regimientos de milicias gozarán del mismo fuero que los soldados."

12. Por lo que hace à los militares retirados, todos los oficiales desde alferez arriba que hubieren dejado el servicio con licencia del Rey y cédula de preeminencias, gozarán del fuero militar en las causas criminales, de modo que las justicias ordinarias solo podrán hacer la sumaria en el término de cuarenta y ocho horas, siendo la causa leve, y en el de ocho dias naturales siendo grave, y remitirla al capitan general de la provincia, en cuyo juzgado se ha de sustanciar y determinar, otorgando las apelaciones para el supremo Consejo de la Guerra.

13. Ademas de los referidos gozan tambien del fuero militar los siguientes. El auditor ó aseror de guerra, el abogado fiscal, el escribano principal, un procurador agente de pobres, el alguacil mayor y un escribiente de la escribanía en todos los tribunales de las auditorías de guerra (1). Los subdelegados que tienen los auditores generales de las capitales de provincia en las plazas subalternas de cada una, durante su comision (2). Los cirujanos de regimientos y hospitales militares (3). Los asentistes de víveres y provisiones del ejército y armada, y todos los empleados en este real servicio, mientras duren sus empleos (mas no sus familias ni criados), de cuyas causas han de conocer los intendentes de ejército, otorgando las apelaciones en lo civil para la Sala de Justicia del Consejo de Hacienda, y en lo criminal para el supremo Consejo de Guerra (4). Los alcaides ó castellanos de los castillos que no perciben sueldo de tesorería, siempre que se exprese asi en sus títulos expedidos por el Consejo de Guerra, y no de otro modo (5). Los comisarios de barrio de Cadiz (6). Finalmente todo criado de militar con servidumbre actual y salario, gozará del fuero mientras tenga estas calidades en todas las causas civiles y criminales que contra él se movieren, no siendo por deudas ó delitos anteriores, en cuyo caso no le servirá el fuero, quedando responsables los amos y gefes de cualquiera omision en perjuicio de la buena administra-

1 *Real orden de 25 de setiembre de 1765.*
2 Colon *Juzgados militares*, **tom. 1.** pag. 11. num 21.
3 Colon allí, **num. 21.**
4 Colon dicho tom. 1. pag. 12 y siguientes.
5 Colon tom. 1. cit. pag. 19. num. 41.
6 Colon en el lug. cit. num. 43.

cion de juzticia (1). En la expresion general de criados se comprenden aun los de escalera abajo, como cocheros &c. Mas este fuero de los militares cesa luego que sus amos los despiden, ó cuando no los mantienen hallándose presos por cualquier delito (2).

14. Los delitos de los militares cuyas causas son de su propio fuero, se juzgan ó por el capitan general, ó por el auditor de guerra, ó por el consejo particular de cada regimiento. El capitan general tiene la jurisdiccion ordinaria militar contenciosa: el auditor de guerra la ejerce con el capitan general: tiene su juzgado con escribano, puede mandar prender á los delincuentes, y sustanciar las causas hasta la sentencia exclusive, la cual pronuncia de acuerdo prévio con dicho gefe, y ambos le firman, este como juez, y aquel como asesor. Los consejos particulares que se forman en cada regimiento tienen jurisdiccion para conocer de todos los delitos militares de los soldados de infantería y caballería, mas no de los cometidos por los oficiales de estas tropas, ni de los pleitos civiles de accion personal de los soldados y oficiales, pues tocan al capitan general y auditor de guerra (3).

15. Los gefes, jueces y tribunales de Marina, asi en propiedad como de delegacion, estan sujetos al Real Consejo de Guerra, en virtud de las facultades amplias que le concedió su Magestad por Real cédula de 4 de noviembre de 1773. Asi pues el fuero de Marina está radicado en dicho supremo tribunal, y en el de los intendentes de Marina de los departamentos de Cadiz, Ferrol y Cartagena, sus reales juntas, ministros de provincia y demas delegados del reino, cuyos asesores, escribanos, súbditos y oficiales gozan del fuero (4), é igualmente los matriculados en cada una de sus matrículas.

16. Pierden los militares su fuero, y quedan sujetos á la jurisdiccion ordinaria en los casos y delitos siguientes. 1.° El desafio: 2.° en caso de resistencia y desacato á la justicia: 3.° por la fabricacion y uso de moneda falsa: 4.° por el uso de armas prohibidas: 5.° por robo dentro de la Corte y cinco leguas en contorno: 6.° por amancebamiento dentro de la Corte: 7.° por alcahuetería ó lenocinio: 8.° por bestialidad ó pecado nefando:

1 *Ordenanza del ejército*, trat. 8. tit. 1. art 3.

2 *Reales órdenes de 20 de agosto de 1766, 26 de Julio de 1767, y de enero de 1788.* Colon dicho tom. 1. pag. 12 y sig.

3 Cortiada tom. 1. decis 11. *Ordenanza militar de 1721.* tom. 2. fol. 1. art 7. tit. 10. lib. 4.

4 *Real cédula de 7 de setiembre de* 1790.

9.º por infraccion de la ordenanza de caza y pesca: 10 por cazar, pescar ó cometer excesos en bosques ó rios acotados por su Magestad: 11. por intervenir en tumultos ó fijar pasquines: 12. por contravenir á los bandos de policía y buen gobierno: 13. por excederse en la Corte insultando á otras personas en las noches de San Juan y San Pedro: 14. por llevar en la Corte capote jerezano: 15. por ir sin uniforme ni divisas: 16. por contravenir á las ordenanzas de montes: 17. por contratos ó delitos cometidos antes de entrar á servir: 18. por jugar juegos prohibidos ó excederse del tanto de un real de vellon en los permitidos, y tambien por jugar estos en casas de trucos, villar, tabernas y otras casas públicas: 19. si tuvieren algun cargo ó destino público, no gozan del fuero por lo respectivo á las culpas y responsabilidad de su desempeño, y han de ser juzgados por los jueces de quienes dependan en cuanto á dicho destino, aunque deberán dar cuenta á su Magestad por la via reservada de Guerra cuando la pena que impongan irrogue infamia, y por consiguiente antes de su ejecucion haya que privar al reo de sus empleos militares, y recogerle sus despachos: 20 tampoco le gozan sobre la sucesion de mayorazgos, cuentas ó particion de bienes; ni cuando sus padres ó parientes repugnan su casamiento; ni en cuanto al pago de peazgos ó portazgos; ni cuando deben á criados ó artesanos hallándose ausentes de su cuerpo ó destino, ni cuando la Audiencia de Galicia conoce por el auto que llaman ordinario, ni en asuntos de sanidad; ni los comprendidos en visitas de cajas Reales en Indias, los deudores á ellas ó á bienes de difuntos: 21. extraccion de moneda fuera del reino, ó introduccion de la de vellon: 22. desacato y resistencia á los ministros de rentas: 23. negocios concernientes á contrabandos y fraudes.

17. En orden á estas últimas causas se ha de observar lo siguiente en tiempo de guerra. Si el reo es meramente militar, ha de conocer de la causa y sentenciarla su gefe inmediato con arreglo á instrucciones, otorgando las apelaciones para el Consejo de Hacienda, como lo haria el de rentas, y debiendo asesorarse con el subdelegado de ellas en los pueblos donde lo hubiese, si es letrado, ó de no haberle con el asesor de las mismas rentas actuando con su escribano, y en las poblaciones en que no hubiere subdelegado, con el auditor, ó en su defecto con asesor de su confianza y escribano que nombre, si no le hay de rentas; pues sus ministros y dependientes han de ocurrir en tal caso con el juez militar, como con el suyo. Pero si

hubiese complicidad de reos del ejército, marina y otras clases, procederá, y sustanciará las causas el juez de rentas, concurriendo para recibir las declaraciones de los militares, y sentenciar aquellas con el gefe militar, si le hay en calidad de conjuez. En tiempo de paz deberán gozar los militares del fuero acordado en 8 de febrero de 1788 para las personas eclesiásticas. Por lo que toca á las causas de montes que se susciten contra militares, la jurisdiccion ordinaria del Consejo Real y subdelegados ha de entender de ellas peculiarmente como hasta aqui (1).

18. Ademas de los delitos y casos expresados, no vale el fuero á los individuos de Marina en los siguientes. Robos de iglesias, insendios, asesinatos y otros que cometen los matriculados no estando de servicio. La falsificacion de firmas. El no usar los matriculados de Marina el distintivo que les está señalado para que sean conocidos. Tampoco gozan del fuero de Marina los dependientes y operarios empleados en las maestranzas y arsenales cuando delinquen fuera de ellos, ó cometen delitos que no tengan conexion con los destinos y trabajos de los empleados en sus talleres.

19. A veces sale la jurisdiccion militar de sus naturales límites para conocer de ciertos delitos, aun cuando los perpetradores sean de otra jurisdiccion, asi como en el capitulo anterior se dijo que los jueces eclesiásticos procedian en algunos casos contra los legos. Los delitos de que aqui se trata, y cuyo conocimiento corresponde á los jueces militares, son los siguientes. 1.° Infidencia ó comunicacion con el enemigo por medio de espías ó en otra forma: 2.° conjuracion contra el comandante militar, oficiales ó tropa, sea cualquiera el modo de intentarlo ó ejecutarla: 3.° insulto á centinelas, salvaguardias ó patrulla, aunque esta vaya ausiliando á la justicia ordinaria; en cuyo caso se procede contra el delincuente en el juzgado del gobernador de la plaza: 4.° inducir á la desercion, auxiliarla, y ocultarla: 5.° la resistencia que hagan los contrabandistas á las partidas de tropa nombradas por los capitanes ó comandantes generales para perseguirlos por sí ó como auxiliadores de la justicia ordinaria: 6.° incendio de cuarteles, almacenes y edificios Reales militares, y el robo ó daño que se haga en ellos; bien entendido, que perteneciendo los edificios ó efectos robados al Real cuerpo de artillería, ha de conocer este del delito: si el robo ó incendio es de buques, arcenales ó cosa perteneciente á la Real armada, estará

1 *Real cédula de 21 de mayo de 1795.*

sujeto el delincuente á la jurisdiccion de Marina; y en los demas casos conocerá la jurisdiccion militar de la plaza, aun cuando los reos sean individuos de otros cuerpos militares: 7.° el robo ú ocultacion de efectos pertenecientes á alguna embarcacion que naufraga, como tambien el haber contribuido de algun modo al naufragio: el conocimiento de este delito y de los siguientes pertenece á los juzgados de Marina: 8.° el pescar cualquiera en el mar ó parage adonde llegue el agua salada sin estar alistado en la matrícula, sea en embarcacion propia ó agena: 9.° cualquier exceso cometido en montes sujetos á la jurisdiccion de Marina: 10. toda intervencion en el hecho de sacar fraudulentamente pertrechos de los arcenales de Marina y conducirlos á otra parte: 11. el fuego puesto de intento á un buque de la Real armada por qualquiera que se halle á bordo de él, aunque sea pasagero, el cortar maliciosamente sus cables, promover alguna sedicion, hacer gestiones para impedir ó embarazar el combate en que se halla empeñado, y otros excesos semejantes que pueden verse en la obra *Juzgados militares y penas de Marina*, tomo 4.° 12. todos los delitos, excepto el contrabando, cometidos en alta mar, en las costas ó puertos, á bordo de las embarcaciones mayores ó menores que hubiere en ellos (1).

20. Despues de haber manifestado las personas que gozan del fuero militar, los delitos por que este se pierde, y los casos en que estan sujetos á él, aun los que pertenecen á otra jurisdiccion, paso á tratar del modo con que deben proceder los jueces en caso de desafuero para evitar competencias y desaires. No porque un militar haya consumado el delito que le priva del fuero, puede desde luego prenderle la justicia ordinaria. Para asegurar su persona deberá pasar á su gefe un oficio por escrito comunicándole el delito de que está acusado, y pidiéndole le tenga preso en el cuartel, con la orden de que se permita al juez ordinario la entrada en él para tomar declaraciones y practicar las diligencias convenientes hasta justificar plenamente el delito: verificado lo cual, y no antes, ha de pasarle testimonio de lo que resulte, solicitando la entrega formal del reo para sentenciarle y castigarle. Si el gefe militar no se conforma con la entrega por no estar comprobado el crimen, ó por otros moti-

1 Acerca de lo dicho en este párrafo, véanse las ficales órdenes de 3 de agosto de 1721, y 22 de noviembre de 1790, y Real cédula de 21 de abril de 1796. *Ordenanza del ejército*, trat. 6. tit. 12, trat. 8. tit. 3. art. 4, tit. 10 art. 116, y tit. 13. art. 1 y 2. *Ordenanza de Marina*, trat. 5. tit. 2. art. 8, *y la de arsenales*, tit. 2 art. 15. *Ordenanza de matrícula*, art. 112 y 120. *Real Ordenanza de 31 de enero de 1748.*

vos, se formará la competencia. Lo mismo han de observar cualesquiera jueces, aunque sean militares, cuando tengan que pedir á otros algun reo desaforado y sujeto á su tribunal.

21. Siempre es conveniente que el juez requirido para la entrega de un reo por delito que le hubiere desaforado forme tambien sus autos para la averiguacion de él, pues si no se conforman ambos jueces en el desafuero, ha de remitir cada uno el sumario al Consejo de quien dependa, y mal podrá ningun gefe cumplir con este mandato, si desde el principio no empieza á formar sus autos; bien que constando en ellos el crímen de desafuero, debe entregarlos con el reo al juez que ha de juzgarle segun la clase del delito, procediendo en ello de buena fe, sin ánimo de confundir la causa y dilatarla, por ceder todo en perjuicio de la recta administracion de justicia.

22. Y si despues de haberse preso á algun militar por delito de desafuero se justifica, le ha de poner en libertad la justicia ordinaria entregándole á su juez, sin que por su prision deba satisfacer los derechos llamados de carcelage; pues solo deben pagarse cuando se declare desaforado al militar, y se le repute por paisano (1).

23. Cuando la justicia ordinaria prenda á algun dependiente de la jurisdiccion militar por haber cometido en su territorio algun delito que no le desafore, debe entregar el reo á su gefe, remitiéndosele, ó dándole el correspondiente aviso para que envie por él, y no pudiéndose hacer esto con prontitud, la justicia sustanciará la causa hasta ponerla en estado de sentencia en el término de cuarenta y ocho horas, siendo leve; y en el de ocho dias naturales, siendo grave. » Por lo que toca á las de los oficiales militares, remitirán el proceso al comandante militar de aquel distrito para que determine la causa, y lo mismo en las de los soldados que van de tránsito por el pais solos, con pasaporte ó sin él, y que robaren ó ultrajaren, en cuyo caso podrán las justicias ordinarias del territorio procesarle, remitiendo los autos en el término expresado al capitan general de aquel distrito para que dé la sentencia (2). " Pero lo dicho no se entiende con los milicianos que se hallan dentro de sus provincias, puesto que tienen sus gefes á la vista ó inmediatos, por lo

1 *Real orden de 17 de marzo de 1775.* Colon *Juzgados militares*, tom. 1. num. 221 &c. y 225. Sobre lo que han de observar los tribunales Reales y justicias ordinarias cuando hayan de proceder en las causas civiles ó criminales contra los bienes de los militares habla la Real cédula de 15 de agosto de 1799, que prescribe varias reglas.

2 *Ordenanza de ejército*, trat 8 tit. 2. art. 5, y Real cédula de 29 de marzo de 1770.

que en cualquier caso que aquellos delincan, se han de pasar los autos al coronel ó comandante mas proximo al regimiento (1).

24. Sin embargo de lo dicho en los párrafos anteriores, si el delito fuere de resistencia á las justicias ó desacato cometido contra ellas de palabra ú obra, podrán las mismas en el acto prender y castigar á los agresores, como tambien el juez militar podrá hacerlo con los de otro fuero que cometieren dichos excesos. Asi lo dispone la Real cédula de 1.º de agosto de 1784 (2), en la cual se prescriben las reglas siguientes. 1.ª El juez ordinario y militar que arrestare al reo en el acto ó á continuacion inmediata del delito, por el cual pretende tocarle su conocimiento, debe castigarle pasando testimonio del delito al juez del fuero: 2.ª si este quiere reclamarle, lo hará con los fundamentos que tuviere para ello, tratando el asunto por papeles confidenciales ó conferencias personales: 3.ª si en su vista no se conforman, darán cuenta á sus superiores respectivos, y estos á la Real Persona, ó á los Consejos de Castilla y Guerra, para que informado su Magestad tome la resolucion que corresponda: 4.ª en los arrestos y prisiones que se hagan fuera de los actos de delinquir, guárdese lo que se ha practicado hasta ahora conforme á ordenanzas, cédulas y decretos: 5.ª conmina el Rey con su castigo á los jueces que procedieren al arresto contra personas de otro fuero sin fundamentos y prudentes.

25. Para concluir este capítulo haré las tres observaciones siguientes. 1.ª El juicio empezado ante el juez militar por delitos de sus súbditos y soldados, aunque mueran estos ó dejen el servicio, debe acabarse ante el mismo juez que le empezó (3): 2.ª si verificada la prevencion legítima de la causa por citacion ó aprehension del reo en el tribunal ordinario, toma plaza de soldado el propio reo, no podrá declinar del primer fuero ni reclamar el militar (4): 3.ª el soldado que depuso falsamente como testigo ante cualquier juez no militar, debe ser juzgado y castigado por este en dicho delito (5).

1 *Real orden de 9 de setiembre de 1773.*
2 Ley 9. tit. 10. lib. 12 Nov. Rec.
3 Valasc. consult. 57.
4 Ayala *de jure belli*, lib. 3. cap. 8 num. 4
5 Ayala en la obra cit. lib. 3 cap. 8 num. 5.

CAPITULO SEXTO.

Del fuero de los caballeros de las ordenes militares; del que llaman de conservacion ó juez conservador, del que gozan los caballeros maestrantes, y los empleados ó dependientes de la Real servidumbre.

§. 1 hasta el 13. Dos clases de individuos de las órdenes militares. Fuero que gozan los conventuales que viven en comunidad y clausura, y los caballeros casados ó solteros.

14. ¿Si gozarán del privilegio del fuero los caballeros de alguna de dichas órdenes militares que solo han tomado el hábito y no son profesos?

15. Los caballeros de la orden de San Juan son verdaderamente religiosos, y gozan del fuero asi en lo civil como en lo criminal; pero los que llevan media cruz blanca, á que llaman *taho*, no gozan de este fuero.

16. ¿Cuando podrá el juez secular asegurar las personas de los caballeros delincuentes, sin perjuicio de su fuero, y cómo habrá de proceder en ello?

17. Los trámites de las causas en los tribunales de las órdenes son los mismos que en los de realengo, excepto el término para apelar que es el de diez dias.

18. Del fuero de conservacion.

19. ¿Quien nombra los conservadores y facultad de estos?

20 y 21. Fuero de los maestrantes.

22. Del fuero de los empleados en la Real servidumbre.

1. Hay dos clases de individuos en las ordenes militares: unos son religiosos conventuales, que viven en comunidad y clausura, los cuales no solo gozan del fuero privilegiado en todas sus causas civiles y criminales, sino que tambien les compete el privilegio del cánon (1). Otros son caballeros cruzados, que viven

1 El privilegio del fuero consiste en que por él no pueden las justicias seculares conocer de las causas criminales de los clérigos, aunque sean de primera tonsura, si estos observan lo dispuesto en el santo Concilio de Trento. El privilegio del cánon consiste en que cualquiera que ponga manos violentas, hiera ó maltrate a cualquier clérigo, aun de primera tonsura, queda *ipso facto* excomulgado. De estos principios deducen algunos autores que son diferentes estos dos privilegios, y por consiguiente que aunque el clérigo pierda el privilegio del fuero, por no concurrir en él todos los requisitos que previene el santo Consilio, y por esta razon pueda el

en el siglo, casados ó solteros, sujetos á la regla de aquella orden y á los votos que profesaron (1). En orden al fuero de estos, he aqui lo que dispuso el emperador Carlos V en la concordia llamada del Conde de Osorno (2). »Los pleitos, causas y debates que hubiere sobre cualesquiera villas, lugares, castillos, fortalezas, jurisdicciones, vasallos, términos, dehesas, rentas y derechos Reales, se hayan de pedir, seguir y demandar ante los nuestros jueces seglares, y ellos y no otros hayan de conocer y conozcan de ellos, agora el comendador, ó la orden, mesa maestral, sean autores ó reos, y porque estas cosas tocan á nuestra preeminencia Real, de que siempre los Reyes nuestros predecesores de gloriosa memoria y Nos, y nuestros oficiales y justicias acostumbraron á conocer, aunque sea contra clérigos y frailes, y religiosas y órdenes, sin que otro se haya de entrometer, ni entrometa en ello, ni se le haya de dar ni dé parte alguna de ello.

2. »Item, que en los lugares donde la dicha orden de Santiago tiene la jurisdiccion temporal, se guarde lo que siempre se ha fecho, reservando como reservamos para Nos y para nuestra corona Real de nuestros reinos, y para nuestros jueces y oficiales en lo que toca á las segundas apelaciones, y de todo lo otro que nos es debido por razon de la suprema potestad y mayoría, conforme á derecho y leyes de nuestros reinos.

3. »Que en las causas civiles los comendadores de la dicha

juez seglar conocer de sus causas, no por eso ha perdido el privilegio del cánon, ni eximido de la excomunion al que hiera ó maltrate su persona, ó al que lo mande; y por consecuencia sostienen que no podrá el juez seglar condenarle á azotes ú otra pena corporal, como la de muerte, pues quedaria *ipso facto* excomulgado. Sin embargo debe advertirse, que hay algunos casos y delitos en que los clérigos por el mismo hecho de cometerlos pierden no solo el privilegio del fuero, sino tambien el del cánon, y en tales casos podrá el juez seglar imponerles la pena de azotes ó capital ó cualesquiera otra aflictiva sin incurrir en excomunion. El que desee mas instruccion sobre este punto vea la *Práctica criminal de Vizcaino*, tomo 1, página 64 y siguientes.

1 Estos votos no son los rigorosos de castidad, pobreza y obediencia que hacen los demas conventuales, sino otros que se les asemejan, como el de continencia conyugal en vez del de castidad, el de subordinacion y sujecion á los preceptos del Gran Maestre en lugar del de obediencia; y el de no tener bienes, ni poseerlos, ni disponer de ellos en vida ni por última voluntad sin licencia del mismo en vez del de pobreza.

2 Esta concordia trae su origen del suceso siguiente. El capítulo general de la orden de Santiago, celebrado en Valladolid el año 1527, recurrió al señor Don Carlos V, manifestando que los comendadores y caballeros de dicha orden se hallaban exentos de la jurisdiccion ordinaria, asi por ser religiosos como en virtud de varias bulas pontificias, en cuya posesion habian estado hasta que los jueces seculares algun tiempo hacia se habian entrometido á conocer de sus causas civiles y criminales. Por el contrario los procuradores fiscales expusieron, que dichos caballeros no habian estado ni estaban en tal posesion, ni habia semejantes bulas, ó que si algunos las tenian, se habian concedido en perjuicio de la jurisdiccion Real &c. A consecuencia de esto y para evitar contiendas, estableció el Emperador la concordia cuyas principales disposiciones se insertan.

orden, siendo actores ó reos, hayan de ser y sean convenidos, y se convengan ante las nuestras justicias seglares; pero cuando fuere el pleito ó debate entre los comendadores, que esté, y quede en su eleccion de ir en donde quisieren, como siempre se ha fecho y acostumbrado.

4. »Que si los comendadores ó caballeros de la dicha orden de Santiago, ó alguno de ellos cometiere delito de heregía ó crimen *læsæ Majestatis* de cualquier calidad, ó el pecado nefando, ú otra manera de traicion ó rebelion contra Nos, ó fueren alteradores ó conmovedores de pueblo, provincia, ciudad ó villa, ó movedores de guerra, ó quebrantadores de nuestras cartas ó seguros, ó rebeldes y desobedientes á Nos, y á nuestros mandamientos Reales, y en cualquier manera fueren culpantes y causantes ellos, que las nuestras audiencias en estos casos conozcan privativamente contra cualesquier personas de cualquier estado y preeminencia ó dignidad que sean si cometieren los dichos delitos ó alguno de ellos, ó en cualquier manera fueren culpantes en ellos.

5. »Item, que en otros cualesquier delitos enormes y atroces, no siendo de los arriba contenidos, como si fuesen aleves ó forzadores, ó públicos robadores é incendiarios, escandalizadores, quebrantadores de iglesias ó monasterios, ó incurriesen en otros delitos semejantes y calificados, que agora sea á pedimento de parte, que acuse, ó se proceda de oficio; que haya lugar á prevencion entre las nuestras justicias, y de la dicha orden; pero que en todos los otros delitos y excesos menores, y de menos calidad que los susodichos, aunque sean tales que por ellos se deba imponer pena de muerte ó cortamiento de miembro ó destierro perpetuo, conforme á derecho y leyes de estos reinos, que contra los dichos comendadores puedan solamente conocer para hacer la pesquisa, y prender ó prendan los delincuentes. Porque luego dentro de veinticuatro horas (si los jueces de la orden estuvieren presentes, y en otra manera dentro de tres dias), sean obligados á lo remitir ó entregar á los jueces de la orden á costa de los delincuentes, con la informacion que ovieren tomado, para que por ellos sean punidos y castigados conforme á justicia. Y que no puedan volver ni vuelvan á la jurisdiccion del juez que los prendió ó donde se cometió el delito, sin que traiga carta en forma de los jueces de las órdenes de como fueron sentenciados, y muestren como han cumplido la sentencia en el tiempo, segun y de la manera que en ella fuere contenido.

6. »Item, que si algun comendador ó caballero de la orden, delinquiere en presencia del presidente, ó de los del nuestro Consejo, ó ante el presidente y oidores de cualquier de las nuestras audiencias, ó ante los alcaldes de nuestra Corte, ó del gobernador ó alcaldes mayores del reino de Galicia, que le puedan punir y castigar por ello. E si delinquiere delante de algun corregidor ó alcalde ú otro juez de nuestros reinos, y en desacatamiento suyo, que si el exceso fuere poniendo ó mandando poner manos en alguna persona, que el tal juez le pueda castigar por ello. E si el delito fuere de palabras injuriosas, que se haya la informacion de ello, y requiriéndolo la calidad de las palabras, lo puedan prender y enviar preso á su costa á su juez junto con la informacion que sobre ello se hubiere. E siendo las palabras muy calificadas, lo tengan preso hasta nos lo hacer saber, para que mandemos declarar lo que en ellas se haga.

7. »Item, que los comendadores y caballeros de la orden, que fueren nuestros alcaldes ó capitanes, ó corregidores, ó tuvieren otros oficios ó cargos Reales ó públicos por Nos, que en las cosas que tocaren y concernieren á dichos cargos, sean convenidos y juzgados por las nuestras justicias seglares, asi en demandando como en defendiendo.

8. »Otrosí, que las penas y calumnias que se ovieren de llevar de los dichos comendadores y caballeros, sean y pertenezcan á la dicha orden de Santiago, y que las confiscaciones de bienes que les fueren fechas, sean y pertenezcan á Nos y á nuestra Cámara y fisco.

9. »Item, que los familiares de la dicha orden, ni de las personas de ella no hayan de gozar ni gocen cosa alguna civil ni criminal de lo suso contenido, sino que en todo sean sujetos á nuestra justicia Real.

10. »Y si algun caso se ofreciere, que aquí no vaya declarado lo que en ello se deba hacer, ansí en lo civil como en lo criminal, reservamos para Nos la declaracion é interpretacion de ello para lo mandar declarar como convenga (1)."

11. Consultado el Consejo por el señor Don Felipe V, sobre si las justicias ordinarias podian conocer de las causas criminales de los caballeros de las órdenes militares de Santiago, Alcán-

1 El señor Gutierrez en su *Práctica criminal*, tomo 1, página 86, párrafo 176, dice: que en su dictamen no tiene autoridad legal dicha concordia, sino en cuanto se use y observe por *no haberse incluido en nuestra Recopilacion ni confirmado por ninguna ley posterior*. Estas dos razones carecen de fundamento. La concordia está inserta en la ley 1. tit. 8. lib. 2. Nov. Rec. y en las 10 y 11 del mismo título se hace referencia á la misma como de una ley ó disposicion vige...

tara y Calatrava, siendo de las comprendidas en la anterior concordia, ó si tocaba su conocimiento al Consejo de las Ordenes ó junta de comisiones; fue de dictamen que podia su Magestad nombrar cuatro caballeros profesos de las tres órdenes para que conociesen de dichas causas, y para el grado de suplicacion otros dos mas, quienes habian de consultarlo todo con el Soberano: que de este modo se cumplia con la mente de los breves que solo pedian dos instancias y la última decision de la Real Persona, y no se podria apelar á la Santa Sede, mayormente cuando siempre que la jurisdiccion eclesiástica estaba aneja á alguna corona Real, si el Rey conocia personalmente, ó se le consultaba la sentencia, no solia su Santidad admitir las apelaciones por tener la mayor confianza en su justicia. Su Magestad se conformó con este parecer y con el de algunos votos particulares, en cuanto á la incapacidad de conocer los jueces seculares de las causas criminales y mistas de los caballeros de las órdenes militares, que únicamente podian ser castigados por jueces de su orden (1).

12. En otra ley posterior (2) está resuelto lo siguiente. »Para remover de una vez los motivos de controversias, y que cada Consejo, tribunal y chancillería, ejerza sin embarazo la jurisdiccion que á cada uno compete, y yo le tengo comunicada, he mandado prevenir al Consejo de Ordenes, por mi resolucion á sus consultas de 12 de abril y 13 de setiembre de este año, que sabe y debe tener presente, que su jurisdiccion es limitada á las materias eclesiásticas y temporales que tocan á las órdenes militares, y que la jurisdiccion ordinaria que tiene y ejerce en los territorios de las mismas órdenes, es sujeta al Consejo Real, chancillerías y demas tribunales Reales; y que si se ha tolerado que tambien los recursos ó apelaciones vengan á aquel Consejo, es por gracia, no de justicia, como que esto ha sido á prevencion: que igualmente sabe aquel Consejo, que los mismos caballeros de las órdenes en las causas civiles han estado y estan sujetos á la jurisdiccion Real ordinaria, y en las criminales en muchos casos, especialmente en los que no delinquen como tales caballeros de orden, sino como otro cualquiera; siendo cierto que cuanto en esto se le ha permitido al Consejo de las Ordenes, no es en fuerza de las bulas, pues como les consta, ni los señores Reyes católicos, ni otro alguno de sus predecesores las admitieron ni toleraron su práctica; sino que esto ha

1 Ley 10. tit. 8. lib. 2. Nov. Rec.

2 Ley 12 del mismo tit.

sido por voluntad de los mismos señores Reyes, lo que yo no solo he conservado, pero he ampliado con nuevos decretos y declaraciones, que jamas aquel Consejo ha tenido ni podido lograr; pero que viéndole ahora tan empeñado en querer quitar y desnudar á mis Consejos y chancillerías de la jurisdiccion que les ha quedado y compete, me ha parecido prevenirle de ello, para que se contenga en los términos de la suya, y advierta que mi deseo es se observe y practique en todo lo que se observó y practicó desde que las órdenes entraron en la corona, hasta la muerte del señor Felipe IV mi bisabuelo, que son las reglas mas seguras y sólidas, en que se afianza el acierto de aquel y los demas tribunales: y el Consejo en inteligencia de esta mi deliberacion se arreglará á ella, y dará las órdenes convenientes á la Sala y chancillerías, para que la observen y guarden en lo que les toca: y he mandado prevenir de ello á los Consejos de Guerra, Indias y Hacienda (1).

13. En otra ley (que es la 9. tit. 3. lib. 6. Nov. Rec.) se dispone lo siguiente. »Usando de mis facultades, he resuelto avocar á mi persona las causas criminales que ocurrieren en los militares caballeros de orden, pero con separacion de ellas, distinto respeto y diverso fin; de suerte que las causas criminales que por la concordia de 23 de agosto de 1527, comunmente llamada del Conde de Osorno (ley 1. tit. 8. lib. 2. Nov. Rec.), se hallan exceptuadas de la jurisdiccion del Consejo de Ordenes, ó que conoce de ellas á prevencion, ó no se declaran en ella, deban entenderse avocadas á Mí en fuerza de Real preeminencia y superior jurisdiccion, á fin de remitirse su conocimiento y decision al tribunal, junta ó ministro que sea de mi satisfaccion, porque conociéndose de estas en virtud de la Real jurisdiccion, me es facultativo ampliarla, limitarla ó restringirla y conferirla á quien me pareciere; pero las causas criminales, que por la misma concordia se estimó tocar su conocimiento al Consejo de Ordenes, debe entenderse las avoco á Mí, usando de la facultad de maestre y administrador perpetuo de las órdenes, para remitirlas á quien me pareciere, á fin de que me informe, siendo persona de letras, aunque no lo sea de orden; y hecho, puede ya resolverlas y determinar por Mi.

14. Ofrécese ahora una duda, y es ¿si los caballeros de alguna de dichas órdenes militares que solo han tomado el hábito,

1 Esta ley se manda observar por la *Real cédula de 23 de agosto de* 1793, sobre eleccion de justicia en el territorio de las órdenes, inserta en la 17. tit. 4. lib. 7. Nov. Rec.

y no son profesos, gozarán del privilegio del fuero? Aunque estan discordes los autores sobre este punto; la opinion afirmativa parece mas probable, mayormente estando apoyada por la práctica que se sigue en España, y las varias decisiones del Real Consejo de las Ordenes (1).

15. Por lo respectivo á la orden de San Juan, es indudable que por ser verdaderamente religiosos y personas eclesiásticas gozan del fuero asi en lo civil como en lo criminal, de suerte que no pueden ser juzgados en otro tribunal que en el de su asamblea (2). Sin embargo los que llevan media cruz blanca, á que llaman taho, no gozan la inmunidad de este fuero, porque se consideran en todo como personas seculares (3); á no ser que esten autorizadas para el servicio de algun convento ú hospital de dicha religion (4).

16. Sin perjuicio del fuero que corresponde á los caballeros delincuentes en todos los delitos que no esten exceptuados en la referida concordia, podrá el juez seculan asegurar sus personas con el debido decoro, siempre que haya peligro de fuga. Para proceder á esto ha de hacer sumaria instructiva ó informativa, remitiéndola prontamente con el arrestado á su propio juez; debiendo notarse ademas, que el haber tomado el hábito despues de cometido el delito no exime al caballero de la jurisdiccion secular, siempre que antes hubiese sido denunciado, acusado y procesado ante aquella del mismo delito (5).

17. Los trámites de las causas civiles y criminales en todos los tribunales de las órdenes, son los mismos que los de realengo, excepto el término para apelar que es de diez dias, y no de cinco como en estos (6).

18. Conócese otro fuero que se llama de conservacion, y juez conservador, á quien corresponde conocer de las causas relativas á los bienes de las iglesias, monasterios y conventos, personas eclesiásticas, y religiones regulares y militares.

19. La facultad de nombrar conservador es propia del Papa; y su nombramiento recae hoy en personas de dignidad eclesiástica ó en seculares; como efectivamente tienen este título especial los administradores de las encomiendas de las órdenes mili-

1 Villad. cap. 5 de la *Instruccion*, num. 115. Bovad. *Polit.* lib. 2. cap. 18. y otros estan por la negativa. Juan Andres, Federico Lenis const. 32, Navarro const. 41, Giurbo const. 49. y otros estan por la afirmativa.

2 Elizond. *Pract. univ. for.* tom. 3. pag. 339. num. 31.

3 Bovad. lib. 1. cap. 18. num. 233.

4 Villad. cap. 5 de la *Instruccion*, num. 115.

5 Vilanova *Materia criminal forense*, tom. 1. pag. 164.

6 Vilanova tom. 1. citado, pag. 167.

tares que se administran de cuenta del Rey. En virtud de dicho título se les da facultad para tratar las causas de diezmos é intereses pertenecientes á las mismas; para corregir y castigar las transgresiones en este ramo; vindicar las injurias hechas al administrador y director general de encomiendas, al mismo conservador y á sus dependientes. Aunque contenciosa esta jurisdiccion, no es amplia, y por lo mismo no debe extenderse mas que á las causas y casos que se contienen literalmente en las bulas y rescriptos.

20. Tambien gozan de fuero particular los caballeros maestrantes, segun está determinado en varias leyes del tit. 3. lib. 6. Nov. Rec. La segunda de ellas trata de la Real maestranza de Sevilla, y acerca del fuero de sus individuos dispone lo siguiente. El teniente de hermano mayor es el juez conservador de la maestranza, y conoce privativamente de todas las causas de los maestrantes con especifica inhibicion de todas las justicias y tribunales, y con las apelaciones solo á la junta de la cria y conservacion de los caballos del reino. El juez conservador tiene un subdelegado, que siempre ha de ser uno de los ministros de la audiencia de aquella ciudad, elegido por el Serenísimo señor Hermano mayor á propuesta de la maestranza. Este subdelegado podrá elegir escribano para actuar en lo que ocurriere concerniente á la maestranza y sus individuos. Por la ley 3 de dicho título se manda en cuanto á la Real maestranza de Granada, que el corregidor de aquella ciudad sea juez conservador de ella, para conocer privativamente de todas las causas de los maestrantes como el de Sevilla, y tambien tiene un subdelegado ministro de aquella Real chancilleria, á quien se da igual facultad de elegir escribano para actuar en cuanto ocurriere tocante á la Real maestranza y sus individuos. Por haber sido indeterminada la concesion de fuero y jurisdiccion hecha en favor de estas dos maestranzas se suscitaron varias dudas, y para resolverlas se determinó lo siguiente en la ley 4 del propio título. Dicho fuero y jurisdiccion ha de ser activo y pasivo por lo correspondiente á las causas en que tenga interes la maestranza, y en todo lo concerniente á ella: por lo respectivo al fuero de los maestrantes de actual ejercicio en sus causas civiles y criminales, se entienda haber de ser el pasivo, con las mismas excepciones que le gozan los militares. Por maestrantes de actual ejercicio han de entenderse las personas que hayan sido recibidas por tales maestrantes seis meses antes que pretendan valerse de dicho fuero en lo civil, y tres meses en lo criminal, y que

residan ordinariamente en dichas capitales de Sevilla y Granada, ó á lo mas cinco leguas en contorno de ellas; debiendo gozar en solo lo criminal de tal fuero un criado por cada uno de los maestrantes, siempre que le tuvieren á sus expensas dentro de sus casas cuatro meses despues de haberle recibido. Por último, su Magestad reserva en su Real Persona por la via reservada del despacho universal de la guerra, y en el ministro que tenga á bien nombrar para conocer de las dependencias de justicia que pertenecian á la Real junta extinguida de caballería, el conocimiento de las apelaciones que se interpusieren de los jueces conservadores de dichas maestranzas.

21. Igual prerogativa de fuero se extendió despues á las maestranzas de Ronda (1) y Valencia (2), disponiéndose en cuanto á la primera que el corregidor de aquella ciudad fuese su juez conservador, con las apelaciones á la Real Persona por la secretaría del despacho de guerra; y en orden á la de Valencia, otorgó su Magestad que fuese juez protector de ella su capitan general, y asesor el ministro togado de la audiencia que este eligiere, como tambien que sus individuos, aunque solo en el caso de tener su domicilio en la ciudad de Valencia, gozasen del fuero pasivo en las causas criminales, con las apelaciones á la Sala del crimen de aquella audiencia, y obligacion de consultar las sentencias en todas aquellas en que pueda resultar pena corporal aflictiva, como lo practican todos los jueces ordinarios. En cuanto á lo civil dispone la misma ley, que solo pueda conocer el juez protector de los pleitos que procedan de accion personal contra los maestrantes, siendo demandados por ello en los casos en que no tenga lugar el de Corte, con los recursos y apelaciones á la audiencia; pero siendo actores en acciones reales ó mistas, hayan de acudir á los jueces del fuero de las personas á quienes demandaren ó del territorio de los bienes; que tampoco tengan fuero en los juicios que se llaman dobles, ni en los de concurso ó espera de acreedores; y últimamente que si ocurriere duda sobre competencia de jurisdiccion, se decida por el regente y decano de la misma audiencia, asistiendo y votando tambien el asesor ó subdelegado del juez protector de la maestranza.

22. Hay otro fuero particular para las personas empleadas en la Real servidumbre, á cuyos gefes corresponde el conocimiento de sus causas. Son estos gefes el mayordomo mayor, el sumi-

1 Ley 5 del mismo tit.

2 Leyes 6 y 7 del mismo tit.

ller de corps, y el caballerizo mayor, cada uno de los cuales tiene su juez y asesor para su respectivo ramo, que es un consejero de Castilla nombrado por el Rey á propuesta de cada gefe; y este tribunal se llama *bureo*. Cuando un individuo de dicha Real servidumbre comete algun delito ó transgresion de entidad, que merezca formacion de causa (pues las leves suelen castigarse gubernativamente por cada gefe respectivo), conoce de ella el juez ó asesor competente, y de su sentencia solo puede apelarse para la junta que forman los otros dos jueces ó asesores, quienes determinan en revista, sin que haya mas apelacion ni consulta; debiendo hacer de abogado fiscal en dicha junta el que lo fuere de la casa Real (1). Sin embargo de este fuero, la justicia ordinaria puede proceder contra los dependientes de casa Real en los delitos de amancebamiento, resistencia calificada á la justicia, uso de armas cortas de fuego ó blancas siendo de las prohibidas, tener juegos de garitos ó asistir á ellos, juego prohibido, desafío, hurto en la Corte ó su rastro, fraude ó contrabando en las rentas ó derechos Reales, y uso de máscaras ó disfraces. Fuera de estos casos, ningun juez ordinario ha de conocer de las causas criminales de dichos dependientes bajo la pena de veinte mil maravedises, y otras que parezca conveniente imponer; y aun cuando proceda contra algun dependiente por cualquiera de los delitos exceptuados, ha de dar parte al gefe de su ramo despues de hecha la prision.

1 *Reglamento de 19 de febrero de 1761.*

CAPITULO SEPTIMO.

Del fuero de los dependientes de Real Hacienda; del de los dueños de las fábricas de salitres y empleados en ellas, y del que gozan los dependientes de los correos terrestres y marítimos.

§. 1. Jurisdiccion de los intendentes.
2. Fuero de que gozan los dependientes de Real Hacienda.
3 y 4. Del fuero correspondiente á los salitreros.
5 hasta el 9. Del fuero de los dependientes de correos.

1. La jurisdiccion de los intendentes es muy extensa por los diferentes ramos que estan á su cargo. Segun la ordenanza de intendentes corregidores de 1749, capítulos 52, 53 y 57 (que es la ley 7. tit. 10. lib. 6. Nov. Rec.), los intendentes por lo respectivo á la jurisdiccion contenciosa en las dependencias de rentas, deberán conocer privativamente, y con inhibicion de todos los Consejos, chancillerías y audiencias y tribunales, excepto el de Hacienda, de todas las causas en que tuviere algun interes la Real Hacienda, y de las que toquen á cualesquiera ramos de las generales ó particulares arrendadas ó administradas de cuenta del Real erario, derechos feudales, servicios, diezmos é imposiciones; como tambien de las que se ofrecieren con motivo de cosas sobre que haya imposicion de censos, feudos ú otros efectos de realengo, cuyo dominio directo alodial ó feudal pertenezca á la Real Hacienda. Tambien se dió á los intendentes y juzgados de rentas el privativo conocimiento en causas de interes del Real Patrimonio y derechos Reales, con las apelaciones al Consejo de Hacienda, por Real decreto de 10 de junio de 1760 (que es la ley 8. tit. 10. lib. 6. Nov. Rec.)

2. Dada esta ligera idea de la jurisdiccion de los intendentes, sobre cuyo punto no me extiendo mas por no ser propio de este lugar, me contraeré al fuero que gozan los dependientes de la Real Hacienda, acerca del cual se dice lo siguiente en el capítulo 64 de la citada ordenanza de intendentes corregidores de 13 de octubre 1749 (que es la ley 6. tit. 9. lib. 6. Nov. Rec.). »Para evitar las competencias que frecuentemente se suscitan sobre el fuero de los subalternos, y ministros empleados en la

administracion y resguardo de mi Real Hacienda; declaro por punto general, que en todas las causas y negocios civiles ó criminales que procedan de sus oficios, ó por causa de ellos (1), sean jueces privativos los intendentes bajo de cuya mano sirvieren, y como tales conozcan de ellas; y que en los delitos comunes, juicios universales, tratos y negocios particulares de los referidos subalternos, deban quedar y queden sujetos á la jurisdiccion Real ordinaria; bien entendido, que en las que actuare el intendente por esta en calidad de corregidor, por sí ó por sus tenientes contra los empleados en Rentas, sea con subordinacion á las chancillerías y audiencias de su departamento para donde deberá otorgar á las partes sus apelaciones; y en las que procediere como intendente por causa de las Rentas ó incidencia de ellas, solo para el Consejo de Hacienda, con absoluta inhibicion de los demas tribunales; encargando y mandando, que entre estos y los intendentes se guarde la buena correspondencia que conviene, y que de buena fe se remitan los unos á los otros las causas que fueren de su respectivo conocimiento (2).

1 Por Real resolucion á consulta del Consejo de Castilla de 22 de marzo de 1746, se sirvió su Magestad mandar al de Hacienda, que en las causas de dependientes de Rentas solo entienda en las que correspondan á sus oficios, pues solo para estas les debe valer el fuero.

2 Por Real resolucion á consulta del Consejo de Hacienda de 26 de noviembre de 1787, con motivo de competencia entre el intendente juez protector de la renta de poblacion del reino de Granada, y el alcalde mayor de la villa de Ugijar, sobre la posesion de un vínculo fundado con bienes sujetos al Real censo de poblacion, se declaró tocar el conocimiento al dicho juez protector con inhibicion del alcalde mayor; y se mandó encargar á aquel, ciñese su jurisdiccion á los precisos casos en que pueda tener ejercicio por no deberse deprimir la ordinaria. Por Real orden de 28 de mayo de 1791, expedida por la via de Hacienda, y comunicada al Consejo, con motivo de proceder la Sala del crimen de la audiencia del reino de Valencia á poner y retener presos á los dependientes de Rentas, sin dar al intendente aviso alguno antes ni despues de arrestarlos: y atendiendo su Magestad á ser este procedimiento opuesto á la buena armonía que deben observar entre sí los ministros encargados de las jurisdicciones ordinaria y de Rentas, y á que no es justo se separe ningun dependiente de ellas de su destino sin noticia de su respectivo gefe, para que cubra su empleo, y evite los perjuicios que por su falta pueden irrogarse á la Real Hacienda; se sirvió resolver que en el mismo acto de prender á los que estén empleados en Rentas se dé cuenta á sus gefes; y que para el puntual cumplimiento de esta resolucion se comunicase á todas las justicias del reino. De cuya Real orden se dirigieron por el señor presidente del Consejo las correspondientes á la Sala, á las chancillerías y audiencias, y al corregidor de Madrid y á sus tenientes. Y en Real orden de 9 de abril de 1799, comunicada al Consejo por el ministerio de Hacienda, con motivo de haber dirigido la Sala de alcaldes al intendente y subdelegado de Rentas de Extremadura una provision, á efecto de que se diese cierta certificacion con las voces de superioridad y mando; resolvió su Magestad para no dejar consentido tal ejemplar, que por el señor gobernador del Consejo se hiciera entender á dicha Sala, haber sido de su Real desagrado la expedicion de ella en el modo y forma con que se habia extendido, reprendiendo al escribano por el estilo en que la formó; no debiendo ignorar, que la jurisdiccion de los subdelegados de Rentas es privilegiada é independiente de la ordinaria, y que por consiguiente no es adaptable el estilo preceptivo.

3. Tienen tambien su fuero particular los dueños de las fábricas de salitre, y los empleados en ellas, como se verá por los siguientes capítulos 17 y 18 de la ley 12. tit. 9. lib. 6. Nov. Rec. que dicen asi. »17. De las causas criminales que se les formaren por delitos cometidos despues de expedidos sus títulos, ha de conocer el juez privativo que nombrare el superintendente de mi Real Hacienda, con inhibicion de otra cualquiera justicia ó tribunal, exceptuando el Consejo de Hacienda, para donde se han de admitir las apelaciones, que se interpongan de los jueces conservadores: pero si las causas fueren de las privilegiadas, como son las cometidas en el ejercicio de los oficios públicos, ó en que se pierde el fuero militar, calificados que sean los delitos en la forma prevenida por leyes, cédulas é instrucciones, conocerá de ellos la jurisdiccion ordinaria para su castigo (1).

4. Gozarán igualmente del fuero privilegiado en las causas civiles que tocasen al cumplimiento de las contratas que tengan hechas ó hicieren los salitreros sobre la fabricacion del salitre: y las justicias ordinarias no se mezclarán en lo que tenga concerneucia á estar corrientes las labores y fábricas, pues en todo esto han de estar bajo el conocimiento de los jueces conservadores; en inteligencia que, en cuanto á obligar á los salitreros á cumplir los contratos, toca al subdelegado á quien se halla sujeta la administracion en donde los celebraron (2).

1 Por Real resolucion de 4 de octubre de 1793, comunicada al Consejo de Hacienda en 11 de noviembre del mismo, con motivo de competencia entre el juez conservador del canal del gran priorato de San Juan en Castilla y Leon, y el gobernador de la villa de Alcazar de San Juan, pretendiendo este, como subdelegado de Rentas Reales de aquel partido, conocer de los daños causados en los plantíos, de la Serena de Cervera por unos vecinos de dicha villa de Alcazar fabricantes de salitre; su Magestad en vista de lo prevenido en este capítulo 17, declaró, que el privilegio de salitreros no puede extenderse á mas causas adjudicadas como de privativo conocimiento y con inhibicion de competencia á la conservaduría del canal, cuya jurisdiccion es necesario que sea absoluta para que se consiga el fin de su establecimiento.

2 Por Real resolucion comunicada al Consejo en orden de 22 de mayo de 1794, con motivo de haberse visto en el Consejo de Estado, que presidió su Magestad en 2 del mismo mes, un expediente relativo á la facilidad con que los individuos de la chancillería de Granada atropellaban y prendian por el mas leve motivo á los dependientes de la Real Hacienda, con desprecio de la jurisdiccion del intendente como subdelegado de Rentas, y con grave perjuicio del Real servicio, privándole muchas veces de personas que hacian falta á su ministerio, y aun omitiendo los avisos prevenidos y regulares, á fin de que con tiempo se ponga quien desempeñe su cargo, segun se habia verificado últimamente con un operario de la Real fábrica de pólvora de aquella ciudad; se sirvió su Magestad mandar se expidiese Real orden al presidente de la dicha chancillería, y á los de las demas audiencias, para que en cumplimiento de lo prevenido en la Real cédula de 16 de enero de 1791, en que se recopilan y confirman los privilegios y exenciones concedidas por otras desde el año 789 á los salitreros y empleados en las fábricas de pólvora, no permitan que por los alcaldes del crimen, justicias de los pueblos, ni otro individuo de la jurisdiccion ordinaria, se prenda ni moleste á di-

5. Gozan asimismo de fuero pasivo en todas sus causas, excepto algunas criminales que se especificarán, los empleados y dependientes de la Real renta de correos con sueldo fijo segun su clase, y los que sirven sin sueldo por los gages de diez por ciento, ayudas de costa, ó meramente por el goce de dicha preeminencia. Para formar idea exacta de este fuero debe saberse, que el primer Secretario del despacho de Estado es superintendente general de dicha renta de correos y postas de España é Indias, de los marítimos y sus arsenales, como tambien de caminos y posadas, bienes mostrencos, vacantes y abintestatos: tiene la direccion y manejo de todos estos ramos, y en ellos y sus empleados jurisdiccion civil y criminal privativa, con expresa inhibicion de todos los demas tribunales, jueces y ministros.

6. Hay ademas jueces subdelegados, y directores generales, quienes ejercen las facultades que les subdelega el superintendente general, con el uso y ejercicio de la jurisdiccion civil y criminal gubernativa y contenciosa. Hay tambien subdelegados provinciales en toda España é islas adyacentes, quienes conocen en primera instancia de los referidos negocios civiles y criminales, con arreglo á las facultades contenidas en los títulos de sus nombramientos.

7. Por apelacion y en última instancia conoce de los referidos negocios la Real junta de correos y postas de España establecida en la Corte, con absoluta independencia de los Consejos y tribunales de dentro y fuera de ella, de los de Indias y de otro juzgado; y sus sentencias causan ejecutoria.

8. No gozan los dependientes de correos de dicho fuero, y por consiguiente estan sujetos á las justicias ordinarias, en los delitos y sus incidencias de tumulto, motin ó conmociones populares, y desacato à los magistrados, infraccion de bandos de policía, y de las ordenanzas municipales de los pueblos que les comprendan, y en las de contrabando y fraudes cometidos en perjuicio de otras rentas.

9. Siempre que en dichas causas exceptuadas del fuero se proceda contra dichos dependientes, los jueces que conozcan de ellas han de pasar aviso á los gefes de estos inmediatos al lu-

chos empleados y dependientes; y que en el caso de cometer algun delito, que les haga acreedores á su pronta prision, los remitan y entreguen luego al intendente ó subdelegado de este ramo, como su juez privativo, inhibiéndose inmediatamente del conocimiento, excepto en los casos que previene el artículo 17 de la citada Real cédula.

gar del delito porque se procede; y no resultando justificado en el acto de la aprension ó en otra forma equivalente, han de entregarles asimismo sus personas por el tiempo que se evacue la justificacion. Ademas, cuando algun juez necesite tomar declaracion á los dependientes de correos por razon de alguna causa pendiente ante él, y en que se les cite como testigos, deberá pasar recado de atencion ó urbanidad al gefe inmediato, á fin de que les mande hacer la declaracion que se les pide, á lo cual no podrán negarse (1).

1 En orden á este fuero de correos, y cuanto tiene relacion con él, véanse el Real decreto de 20 de diciembre de 1776, la Real ordenanza del correo marítimo expedida por su Magestad en 26 de enero de 1777, y las Reales ordenanzas generales de 8 de junio de 1794. Leyes 1, 2, 3, 4 y 7. tit. 13. lib. 3. Nov. Rec.

CAPITULO OCTAVO.

Del fuero é inmunidad de los embajadores; del de los cónsules y vicecónsules; y de lo que se observa acerca de los extrangeros transeuntes.

§. 1. La casa de los embajadores es un asilo sagrado é inviolable.
2. Inmunidad personal de los embajadores, la cual no se extiende á sus criados.
3, 4 y 5. Reglas que han de observarse con los criados delincuentes de los embajadores y ministros extrangeros.
6. Fuero militar que gozan los cónsules y vicecónsules.
7. Las justicias ordinarias pueden proceder contra los extrangeros transeuntes si delinquieren.

Nota acerca del fuero de los estudiantes.

1. Segun el derecho de gentes la casa de un embajador es un asilo sagrado é inviolable, donde deben estar al abrigo de todo insulto no solo él mismo, sino cuantas personas componen su familia y perciban salario suyo ó de su Soberano, como sus secretarios y criados.

2. Es tan respetable la inmunidad personal de que goza un embajador, que aun cuando abusando de su caracter cometa algun grave delito en el pais de su residencia, no ha de ser juzgado, sino remitido á su propio Soberano para que le imponga el debido castigo segun las leyes de su pais. Mas no gozarán de la misma inmunidad sus criados delincuentes, acerca de los cuales se halla establecido lo siguiente en Real resolucion de 7 de abril de 1770 (que es la ley 7. tit. 9. lib. 3. Nov. Rec.)

3. »En todo suceso ó lance en que algun criado de embajador ó ministro fuere sorprendido, contraviniendo á las leyes y reglas establecidas para la seguridad pública y buen gobierno, se le podrá arrestar y conducir á parage seguro hasta la averiguacion del hecho; pero debe darse cuenta de este arresto sin dilacion al embajador ó ministro á cuya casa pertenezca el reo. Si el delito no fuere de los graves, se entrega brevemente el reo á su amo, informando á este del delito que hubiere cometido, para que le corrija y castigue; con la advertencia de que si se le aprendiere segunda vez por igual crimen será tratado

como pide la justicia. Si el delito fuere grave, pierde su inmunidad el criado del embajador, y debe ser tratado como otro cualquier vasallo: pero para manifestar al mismo embajador el respeto que se tiene por su persona y caracter, se le dará parte inmediatamente de la prision de su criado, y del delito que hubiere cometido, por el cual no se le puede poner en libertad, restituyendo al propio tiempo su librea, si el criado fuere de esta clase.

4. »Podrá ocurrir lance en que sea preciso prender á un criado de un embajador por delito que haya cometido, y mantenerle en la carcel algun tiempo hasta aclarar todo el asunto, que puede tal vez estar dudoso ó equívoco al principio; y entonces enviando sin tardanza un recado de atencion al embajador, para que sepa el arresto, y el legítimo motivo que retarda la soltura del criado, se le da toda la satisfaccion que es posible en tales circunstancias.

5. »Bajo de estas reglas generales que en lo sustancial convienen con la práctica de las demas Cortes de Europa, pueden manejarse los lances que ocurran con criados de los ministros extrangeros, sin faltar al respeto que se merece la justicia ni causar perjuicio á la seguridad pública (1) (2)."

6. Los cónsules no tienen otro caracter que el de unos meros agentes de su nacion; y aunque gozan del fuero militar, segun la ley 6. tit. 11. lib. 6. Nov. Rec., sus casas no gozan de inmunidad, ni ellos pueden ejercer jurisdiccion alguna, aun cuando sea entre vasallos de su propio Soberano, si no componen extrajudicial y amigablemente sus diferencias (*).

7. En cuanto á los extrangeros transeuntes (3), las justicias

1 En 5 del mes de abril de 1770 se comunicó esta Real orden por el señor presidente del Consejo á la Sala de Alcaldes para su inteligencia y gobierno en lo sucesivo; y que al propio efecto hiciera entregar una copia á la letra á cada uno de los actuales, y de los nuevos que viniesen para que conforme á las reglas indicadas puedan dirigirse en los casos ocurrentes.

2 Y en Real orden de 27 de noviembre de 1784, comunicada al Consejo por el ministerio de Estado, con motivo de lo ocurrido en el paseo fuera de la puerta de Alcalá con el coche del embajador de Venecia, mandó su Magestad pasar por dicho ministerio los correspondientes papeles de atencion á los embajadores y ministros extrangeros; significándoles que se arreglen al bando publicado para el buen orden de aquel paseo, y á los demas bandos de policía.

* Véase dicha ley 6, donde se habla de las facultades de los cónsules y vicecónsules.

3 Llámanse transeuntes los que no son vecinos ni estan domiciliados. Adquieren vecindad. 1.° El extrangero que obtiene privilegio de naturaleza. 2.° El que nace en estos reinos. 3.° El que en ellos se convierte á la nuestra santa fe católica. 4.° El que teniendo medios con que subsistir, establece en alguna parte su domicilio. 5.° El que pide y obtiene vecindad en algun pueblo. 6.° El que se casa con muger natural, habitante y domiciliada en ellos, y

ordinarias pueden proceder contra los que delinquieren imponiéndoles las penas prescritas en las leyes del reino, Reales pragmáticas y bandos públicos, del mismo modo que los naturales, sin permitir formarse sobre ello competencia alguna (1), à excepcion de que los tribunales de la Real Hacienda han de conocer de las causas de contrabando no siendo de efectos militares, porque si lo son de estos, corresponde su conocimiento à la jurisdiccion militar (2).

Nota. No hablo en capítulo separado del fuero de los estudiantes, porque este en el dia se limita á un conocimiento breve, de plano y extrajudicial tocante al gobierno interior de la universidad, y á la correccion de las culpas y excesos de los escolares, reduciéndose el castigo á expulsion del aula á los díscolos, arresto en la carcel de la universidad, ú otras penas correccionales en esta especie. En orden à los catedráticos ó maestros, el rector no tiene facultad para apearlos ni suspenderles del ejercicio de sus cátedras mas que por cuatro dias, sin consulta previa del Consejo (3).

si no es la muger natural del reino, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio de su marido. 7.° El que se arraiga comprando y adquiriendo bienes raices y posesiones. 8.° El que siendo oficial viene á morar y ejercer oficios mecánicos, ó tiene tienda en que vende por menor. 9.° El que tiene oficio de concejo público, honorífico, ó cargos de cualquier género que solo pueden usar los naturales. 10. El que goza de los pastos y comodidades que son propias de los vecinos. 11. El que mora diez años con casa poblada en estos reinos, y lo mismo en todos los demas casos en que conforme á derecho comun, Reales órdenes y leyes adquiere naturaleza ó vecindad el extrangero, y que segun ellas está obligado á las mismas cargas que los naturales por la legal razon de participar de sus utilidades; siendo todos estos legítimamente naturales y estando obligados á contribuir como ellos; distinguiéndose los transeuntes en la exoneracion de oficios concejiles, depositorías, receptorías, tutelas, curadurías, custodia de panes, viñas, montes, huéspedes, leva de milicias, y otras de igual calidad. Finalmente se previene en la ley que de la contribucion de alcabalas y cientos nadie esté libre, y que solo los transeuntes lo esten de las demas cargas, pechos ó servicios personales con que se distinguen unos de otros; debiendo declararse por comprendidos todos aquellos en quienes concurran cualesquiera de las circunstancias que quedan expresadas. Ley 3. tit. 11. lib. 6. Nov. Rec.

1 *Real cédula de* 24 *de octubre de* 1782.

2 *Reales órdenes de* 21 *de setiembre de* 1759, 1.° *de diciembre de* 1761 *y* 14 *de mayo de* 1801.

3 Decretos de dicho supremo tribunal de 3 de octubre de 1741, y 27 de abril de 1743, comunicados á la universidad de Valencia.

CAPITULO NONO.

De los recursos de competencia; remesa de autos y reos; y requisitorias de los jueces.

§. 1. Origen de las competencias que suelen suscitarse entre los jueces.

2. Cuando un juez usurpa la jurisdiccion de otro entrometiéndose á conocer de una causa que no le corresponde, puede impedirse esta usurpacion de dos modos: uno es *la declinatoria* de jurisdiccion; el otro se llama *formacion de contienda de competencia.*

3 y 4. Se explican dos leyes de la Novísima Recopilacion relativas al modo de decidir las competencias entre diversas jurisdicciones.

5 y 6. Modo de proceder para formar la contienda de competencia.

7. ¿Como se deciden las competencias que ocurren entre dos jueces eclesiásticos ordinarios?

8. ¿Como se deciden entre dos jueces eclesiásticos delegados?

9. Decision de competencias entre Sala y Sala de un tribunal superior.

10. Lo que debe practicarse cuando la contienda versa entre dos jueces, uno de los cuales es superior y otro inferior.

11. ¿Que deberá hacerse cuando es la contienda entre la jurisdiccion ordinaria y otra de las privilegiadas, ó bien entre estas?

12. ¿Como se decide en Aragon, Valencia é islas baleares la competencia entre la jurisdiccion eclesiástica y la civil?

13. ¿Como se decide la que ocurre entre juez ordinario y conservador?

14. Decision de competencias entre los tribunales de la renta de correos, ó de ellos con otros distintos.

15 y 16. ¿En que casos no puede formarse competencia?

17. De la remesa de autos y reos que pide el juez requirente al requerido.

18 y 19. Ademas de los referidos casos de competencia, hay otros en que debe hacerse la remesa.

20. Por el contrario son muchos los casos en que los jueces pueden resistirse con justo título á hacer dicha remesa. Se expresan los mas frecuentes en el foro.

21. Reglas que deben tenerse presentes en orden á las remesas que se piden por jueces de distintas provincias ó reinos.

22. ¿Por cuenta de quién debe ser la conduccion de los delincuentes y sus procesos?

23. El juez á cuyo cargo está el

hacer la remesa, no ha de enviar al reo de justicia en justicia, sino que lo ha de ejecutar por medio de sus ministros.

24. La entrega de autos y reos ha de hacerse mediante requisitoria.

25. ¿A quien ha de dirigirse la requisitoria, y qué ha de contener esta?

26. Todo juez está obligado á cumplir los requerimientos que otro le haga.

27. ¿Que deberá hacer el juez requirente en caso que el requerido sea omiso ó reacio?

28. Dos advertencias acerca de los términos con que deben estar concebidas las requisitorias.

1. La variedad de fueros de que he tratado en los capítulos anteriores da margen á frecuentes competencias, ya por no estar en muchos casos bien deslindadas las atribuciones de los jueces, ya porque algunos de estos por sobrada ambicion ó falta de experiencia, se entrometen á conocer de asuntos que no pertenecen á su jurisdiccion. Materia es esta muy importante por el influjo que tiene en la pronta administracion de justicia, pero no bien explicada por los autores que he tenido á la vista, ya por haberla tratado ligeramente los unos, ya por haber escrito los otros antes del año 1803 en que se publicaron tres Reales órdenes, alterando la práctica seguida hasta entonces con la introduccion de un nuevo método para la decision de competencias entre diversas jurisdicciones. Descartando yo lo que me parezca superfluo, procuraré evitar el escollo en que han dado otros de complicar, con un confuso hacinamiento de especies, este asunto menos difícil de lo que á primera vista parece.

2. Cuando un juez usurpa la jurisdiccion de otro entrometiéndose á conocer de una causa que no le corresponde, puede impedirse esta usurpacion de dos modos: primero, acudiendo la parte interesada en que no se la saque de su fuero, al juez usurpador para que se inhiba (1), ó bien al suyo propio y legítimo,

1 Si el juez fuere eclesiástico y se entrometiere á conocer de causa que no pertenece á su jurisdiccion, se presenta por la parte agraviada pedimento ante el mismo, manifestando las causas por que no le compete el conocimiento, pidiendo se abstenga de él y remita los autos al juez civil competente, y protestando de lo contrario implorar el Real auxilio contra la fuerza. Si el eclesiástico se resiste, se pide testimonio, y con él si le concede, ó en caso necesario testimonio de la denegacion, se interpone el recurso. Los jueces seglares que conocen de este, usan en tal caso del auto que llaman de legos, por el cual declaran nulos los autos obrados por el eclesiástico, los recogen y remiten al seglar competente para que conozca del asunto y le determine. De estos recursos de fuerza y otros semejantes se tratará con extension en el tomo 9.° de esta obra, bastando para el objeto de este capítulo la sucinta idea que acaba de darse.

pidiéndole exhorte á aquel á que sobresea. Esto se llama declinacion de jurisdiccion, de la cual se trató en el tomo 3.° de esta obra, páginas 295 y siguientes. El segundo modo es cuando el juez mismo procura evitar la usurpacion, y este remedio se llama *formacion de contienda de competencia*. Esta es de consiguiente la controversia ó disputa que se mueve entre dos ó mas jueces ó tribunales, sobre á cual de ellos compete el conocer de la causa que es objeto de la disputa (1).

3. La principal dificultad que se ofrece en este asunto es el entender bien las indicadas Reales órdenes del año 1803, que prescriben el nuevo método para la decision de competencias, y con las leyes 15 y 16. tit. 1. lib. 4. Nov. Rec. La primera de ellas dice asi: »He resuelto que para evitar las dilaciones que por el método establecido se han experimentado hasta aqui en dirimir las competencias suscitadas entre las *diversas jurisdicciones*, se observe por punto general en adelante, el que por los ministerios de Estado y del Despacho, á quienes correspondan los asuntos ó causas que dieren lugar á competencias, se pidan los autos formados por las diversas jurisdicciones, y se pasen reunidos á informe del ministro ó ministros togados que se elijan para el caso; y en vista de lo que expusieron se me dé cuenta para que recaiga mi Soberana determinacion." La siguiente ley 16 está concebida en estos términos: »He resuelto que en las competencias que ocurran de la jurisdiccion ordinaria con la militar de guerra y marina, y de la Real Hacienda, y de las que puedan respectivamente suscitarse entre estas tres jurisdicciones, se remitan los autos en derechura á las vias reservadas correspondientes à cada una de ellas, á fin de que estas dispongan se decidan por el medio de informar uno ó dos ministros, segun se ha propuesto; y que las *competencias de los jueces ordinarios* que se versen entre si mismos, se hayan de dirimir con arreglo á lo que tienen dispuesto las leyes, y se ha observado hasta ahora, ya recurriendo á los tribunales de las provincias, ó ya al Consejo en el caso que corresponda."

4. Aqui estan manifiestos dos medios para dirimir las competencias, uno, que es el nuevo, remitiendo los autos en derechura á las respectivas secretarías del Despacho para que informen el ministro ó ministros togados que se elijan, y recaiga la Soberana determinacion; otro, que es el antiguo, se reduce á que se dirima la competencia con arreglo á lo dispuesto por las

1 Así la define el señor Cornejo en su *Diccionario histórico y forense.*

leyes, y que se ha observado hasta ahora, ya recurriendo á los tribunales de las provincias, ó ya al Consejo en su caso. Lo primero se verifica en las competencias que se suscitan entre las *diversas jurisdicciones*, como dice la ley 15; entre las que ocurran de la jurisdiccion ordinaria con la militar de guerra y marina y de la Real Hacienda, y de las que puedan respectivamente suscitarse entre dichas tres jurisdicciones como dispone la ley 16. Por lo que hace á estas no cabe duda alguna, estando como estan especificadas; pero ¿cuales son las de que habla la ley anterior cuando dice *entre las diversas jurisdicciones*? ¿La palabra *diversas* significará las que son de distinta esfera ó especie, como la militar, la de Real Hacienda y todas las privilegiadas, ya contiendan entre sí, ya con la jurisdiccion ordinaria? Este en mi entender es el verdadero sentido; y asi solo cuando la contienda de competencia ocurra entre jueces ó tribunales que tengan jurisdiccion ordinaria, ya sean iguales, ya uno supremo y otro inferior, se acudirá para dirimirla, bien á las chancillerias ó audiencias, bien al Consejo cuando corresponda.

5. Veamos ahora como deberá procederse en cualquiera de dichos casos. El que reclama la jurisdiccion debe pasar un oficio atento al usurpador, haciéndole ver que no le compete el conocimiento de aquella causa, à fin de avenirse los dos amigablemente, si puede ser, para evitar gastos y dilaciones. Si no cede el otro, y ambos son iguales con jurisdiccion ordinaria, y de una misma esfera ó especie, como dos alcaldes ordinarios, debe el reclamante requerirle que se inhiba ó abstenga de conocer en la causa, pasándole al efecto otro oficio ó carta autorizada por escribano, si se hallare ausente. Si aun asi no accede el requerido, le propondrá el otro una conferencia, si lo cree conveniente, á fin de procurar persuadirle; y si aun este paso fuere infructuoso, le dirigirá otro oficio ó carta, manifestando que insiste en su opinion, y que en atencion á estar discordes le forma competencia, requiriéndole y exhortándole á que no prosiga adelante, y remita el proceso al tribunal superior, ofreciendo él hacer lo mismo por su parte, para que se decida la contienda. En seguida remiten ambos jueces el proceso con sus respectivas representaciones al superior comun, esto es, á la chancilleria ó audiencia, por conducto del fiscal, y oyendo el dictamen de este decide la competencia, y remite unos y otros autos al juez en cuyo favor se declara aquella, sin embargo de suplicacion.

6. Como no es posible individualizar una por una las causas

que dan motivo á las competencias entre dos justicias ordinarias, é iguales en jurisdiccion, se acostumbra pedir originales los autos que se hubieren formado en el asunto, para examinar el principio ú origen de cada jurisdiccion contendiente; de modo que por lo mismo cuando de los procesos no resulta la instruccion que necesita el tribunal para resolverse, se dan autos para mejor proveer, cuyas diligencias con las antecedentes vuelven á los fiscales de su Magestad, y mediante su audiencia se determinan sin observarse orden judicial alguno.

7. Las competencias que ocurren entre dos jueces eclesiásticos ordinarios, y son frecuentes en el foro, no deben decidirse por los mismos, y sí por el metropolitano, siempre que ambos jueces contendientes correspondan á una sola metrópoli; pues si es diversa ha de resolverse la contienda por árbitros que nombran ambos jueces ordinarios, ó por aquella persona eclesiástica constituida en dignidad, á quien deleguen la causa de conformidad uno y otro, sin que pendiente la determinacion pueda cualquiera de los dos jueces contendientes proceder contra el otro, aun á pretexto de turbarle é impedirle su jurisdiccion. Nótese que entre un obispo y su vicario general no puede haber contienda de competencia, porque los dos constituyen un solo tribunal (1).

8. Ocurriendo la contienda entre dos jueces eclesiásticos delegados que pretenden ser jueces competentes de la causa, se recurre á la eleccion de árbitros que nombre cada uno de por sí para dirimir la disputa con tercero en caso de discordia, el cual puede ó adherirse al dictamen de alguno de aquellos, ó preferir por sí é independientemente su juicio, á que deberá estarse, advirtiéndose que si pendiente la competencia ocurren ambos jueces delegados, ó alguno de ellos, á implorar el auxilio del brazo secular, no debe dispensarse á alguno de ellos hasta que recaiga la decision.

9. Siendo la competencia entre Sala y Sala de un mismo tribunal superior, porque alguna de las partes haya acudido á una de ellas callando lo decretado por la otra, v. gr. si la causa era criminal queriendo hacerla civil, ó al contrario; se dirime la competencia por la Sala primera de Gobierno del supremo Con-

1 Cuando la disputa se origina por duda ocurrida sobre la inmunidad ó jurisdiccion de la iglesia, ó si á la persona secular le compete este derecho, está prescrito el modo de proceder en la Real cédula de 11 de noviembre de 800, que se insertará en un apéndice sobre el *asilo*, y modo de extraer los reos del lugar sagrado.

sejo de Castilla, segun dispone la ley 6. cap. 8. tit. 5. lib. 4. Nov. Rec. (1). En la audiencia de Galicia cuando se forma competencia entre dos Salas sobre el conocimiento de algun negocio que cada una presume corresponderla privativamente, se dirime juntándose el regente y dos ministros uno de cada Sala de las que contienden; y lo que resuelvan es lo que ha de ejecutarse (2); pero si hubiere algunos inconvenientes en la ejecucion de lo acordado que necesite declaracion ó regla para lo futuro, se ha de acudir al Consejo, representando antes cada Sala lo que tenga por conveniente en el Acuerdo, y este junto con asistencia de la Sala del crimen, si es con ella la disputa, propondrán al Consejo las reglas que sirvan de mejor gobierno, y de evitar discordias (3).

10. Sabido ya lo que debe practicarse cuando la contienda versa entre dos jueces ordinarios iguales, diré lo que se practica cuando uno es inferior y otro superior. Si este cree corresponderle el conocimiento de la causa en que aquel entiende, pedirá al inferior informe con testimonio de lo actuado, ó le mandará remitir el proceso original, para determinar en su vista. Al remitir dicho testimonio ó proceso, expondrá el juez inferior las razones que tiene para considerarse competente; y si estas no satisficiesen al superior, podrá este ó volver á representar al mismo tribunal, ó quejarse á otro superior si le tiene por medio de su fiscal, y si no le tiene, al Rey por el Ministerio de Gracia y Justicia.

11. Si ocurriese la contienda entre la jurisdiccion ordinaria y otra de las privilegiadas, ó bien entre estas, se pasarán los correspondientes oficios de urbanidad *exhortando* y no *requiriendo*, y se darán los demas pasos de atencion que van referidos; pero no pudiendo avenirse, se forma la correspondiente competencia, remitiendo los autos á las respectivas Secretarías del Despacho, para el fin que se previene en dichas leyes 15 y 16. tit. 1. lib. 4. Nov. Rec.

1 Habiéndose dudado en el Consejo si en caso de ser la competencia entre las justicias ordinarias y jueces de comision, ó entre estos y tribunales conocería la Sala de Gobierno, pareció que no, y sí las Salas de Justicia acudiéndose á ellas por via de apelacion, queja ó exceso, y que no era necesario consultarlo. Tambien se dudó si en las competencias entre el Consejo de Hacienda y el Consejo Real y otros tribunales de Corte que por particular Real cédula estan remitidas á dos ministros del Consejo que nombrare el señor presidente y otros dos de los que acuden al de Hacienda, en caso de faltar alguno de estos, podia nombrar otro en su lugar dicho señor, como lo hace de los otros dos; y pareció que nombrase, y no ser necesaria consulta. Nota 6 á dicha ley.

2 Auto 4 tit. 1. lib. 9 Rec. mandado guardar por Real cédula de 23 de setiembre de 1784.

3 Así está determinado por Real cédula dada en Madrid á 18 de julio de 1763.

12. En Aragon, reino de Valencia é islas de Mallorca, Menorca é Iviza, para dirimir la competencia entre la jurisdiccion eclesiástica y la civil, se nombran árbitros por las dos potestades uno por cada una, quienes terminan la controversia dentro de cinco dias que corren desde aquel en que fueron notificadas al requirente las letras de respuesta del requerido. Regularmente son estos árbitros los dos fiscales, aunque pueden serlo otros á eleccion de los mismos jueces contendientes. Si pasado el término no la resuelven, lo hace el chanciller, nombrado con autoridad apostólica y Real, dentro del término de treinta dias; cuya decision se ejecuta sin que pueda impedirlo la apelacion ni otro remedio alguno (1). Si el juez eclesiástico es de los delegados, entiende en la contencion la audiencia, la cual manda al primero que informe, anule ó comparezca á decir el motivo que tenga para dejarlo de hacer (2).

13. Formada competencia entre un juez ordinario y conservador, se sobresee por ambos jueces en el conocimiento y determinacion del pleito hasta que el Consejo declare quien debe conocer de él, porque de lo contrario todo cuanto obren será atentado; y dentro de ocho dias que se forme esta, deben remitir los jueces contendientes los autos que tengan formados, para que en su vista declare el Consejo quien debe conocer de los dos; en la inteligencia de que no remitiéndose mas que unos autos, solo con su inspeccion, sin esperar á la remision de los otros, se decide procediéndose breve y sumariamente sin estrépito ó figura de juicio, y sin presentacion de demanda, sino solo con la exhibicion de los mismos autos; y recayendo sentencia, se ejecuta sin súplica ni otro recurso alguno por los mismos jueces contendientes, inhibiéndose, y remitiendo el uno; y el otro conociendo de unos y otros autos.

14. Por la ley 17. tit. 1. lib. 4. Nov. Rec. está prevenido que cualquiera competencia entre los tribunales de la renta de correos, ó de ellos con otros distintos, se decida por la junta suprema compuesta de consejeros de todos los tribunales.

15. Procediendo los alcaldes de Corte ó justicias ordinarias contra los soldados que les hicieren resistencia, no se puede formar competencia ni recurso por la jurisdiccion militar (3), y lo mismo en los casos en que la audiencia de Galicia procede por el auto ordinario ó de posesion (4).

1 Math. *de regim. regn. Valent* cap. 7. §. 1. Fuero 1.º de la competencia de las jurisdicciones

2 Math. alli. Sessé decis. 113.

3 Ley 4. tit. 11. lib. 12. Nov. Rec.

4 Vizcaino *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 172.

16. Tampoco se puede formar competencia con las justicias ordinarias sobre el conocimiento en las causas de levas para el reemplazo del ejército (1), ni con el tribunal de la Cruzada en cuanto á la cobranza del subsidio (2), ni en causa relativa á bienes confiscados (3).

17. Despues de haber hablado en general de las competencias que suelen ocurrir en cualesquiera negocios sean civiles ó criminales, me contraeré ahora á estos, manifestando lo que se practica acerca de la remesa de autos y reos que debe pedir siempre el juez requirente al requerido con protesta de anularse cuanto este haga en contrario, y ser responsable á los daños y perjuicios. Sin embargo no es esencial que á la remesa de los reos acompañe el proceso ó diligencias actuadas hasta aquella hora; y solo cuando se piden deben remitirse originales; pero aun en este caso si el juez que las principió las necesitare para justos fines de la administracion de justicia, puede retenerlas, y enviar con el reo copia testimoniada de ellas. Exceptúase el caso en que el mandato de remision proceda del Soberano ó de sus Reales Consejos, pues entonces no hay escusa alguna para dejar de cumplirlo segun se ordene. Por el contrario dichos tribunales supremos no tienen obligacion de acceder á las reclamaciones de otros inferiores por causas pendientes ó radicadas ante ellos, aunque los delitos hayan ocurrido en territorio de dichos inferiores (4). Lo mismo milita respecto de las audiencias en los casos de Corte que les competen, y en todos aquellos en que por disposicion del derecho pueden avocar y retener las causas de que conocen dichos inferiores (5).

18. Fuera de los casos indicados de competencia, debe hacerse tambien la remesa, sino de todo el proceso, á lo menos de un tanto de los antecedentes ó diligencias que conduzcan á la comprobacion de otra causa, cuando hay varios reos de distintos fueros, procede cada juez contra el suyo, y se exijen mutualmente instrucciones para su gobierno (6). Asimismo debe hacerse la remesa en el delito que comete el vagabundo, pues aunque este reo puede ser castigado donde quiera que se le encuentre, siempre tiene la preferencia el lugar donde se cometió

1 *Ordenanza de levas dada en Aranjuez á 7 de mayo de 1775, cap.* 3.
2 Leyes 2, 3 y 4. tit. 11. lib. 9. Nov. Rec.
3 Ant. 45. cap. 1. tit. 1. lib. 4. Rec. suprimido en la Novísima.
4 Acev. en la ley 1. tit. 16. lib. 8. Rec. Corlev. tit. 1. disp. 2. num. 855.
5 Carlev. en el lug. cit.
6 Vilanova *Materia criminal forense*, tom. 1. pag. 237.

el delito, y asi cuando el juez de este pide la remesa, debe adherirse á su peticion (1).

19. Aunque ningun juez está obligado á hacer la remesa de autos y reos no siendo requerido, será sin embargo muy loable si movido de celo por la buena administracion de justicia la hiciese espontáneamente, cuando ve que no le corresponde conocer de la causa.

20. Hay muchos casos en que los jueces pueden resistirse con justo título á hacer dicha remesa; pero los mas frecuentes en el foro son los que siguen. 1.° Cuando acaece el delito en territorio del juez requerido, y pide la remesa el juez del domicilio del reo; pero si fuere al contrario, esto es, que el juez del lugar donde se cometió el delito la pida al del domicilio del reo, no podrá este contradecirla, aunque la causa esté arraigada en su tribunal, sea de oficio ó á instancia de parte (2): 2.° cuando la remesa ha de hacerse de un pais ultramarino y muy remoto del otro, lo cual ocasionaria crecidos gastos, vejaciones y molestias, mayores tal vez que la pena en que hubiese incurrido el reo (3): 3.° en los delitos de salteamiento de caminos, piratería, rapto y violencia de muger honrada, los cuales pueden ser castigados por cualquiera juez indistintamente (4): 4.° siempre que se conozca que el requerimiento es infundado, ó que la causa que se pide no corresponde al requirente (5): 5.° cuando al tiempo que sea reclamado el reo estuviere preso de orden del juez requerido por delito mas grave; en cuyo caso se suspende la remesa hasta que esté juzgado y castigado por este.

21. En orden á las remesas que se piden por jueces de distintas provincias ó reinos, deben tenerse presentes las reglas que siguen. Cuando el juez de una provincia pide la remesa al de otra del mismo reino, si ambas, aunque sujetas à un mismo Soberano, se gobiernan por sus leyes especiales, de modo que son como independientes entre si, se puede resistir la remesa; y al contrario cuando se gobiernan por unas mismas leyes, teniendo entre sí enlace y dependencia mutua. Sin embargo aun en el primer caso está en práctica el adherir à la peticion, tomando primero el pase de la chancillería ó audiencia de la privincia

1 Covarr. *Pract. quæst.* cap. 11. num. 12. Acev. en la ley 1. tit. 16. lib. 8. Rec. Gom. *Var.* lib 3. cap. 1. num. 87.

2 Acev. en la ley 1. tit. 16. lib. 7. Rec. num. 57.

3 Carlev. *de jud.* tit. 1. disp. 2. Paul *in leg. rapt.* Cod. *de episc. et cler.*

4 Carlev. alli.

5 Paul en el lug. cit.

donde esté el juez requerido. De un reino á otro reino extraño, aunque estos sean aliados, no se hace la remesa de reos ni autos sino en los casos ó delitos específicamente contenidos en los tratados. Fuera de ellos solo por mera atencion suelen complacerse en esta parte los Príncipes (1). Los delitos que regularmente se comprenden y reservan en dichos tratados son los graves y atroces, como los de traicion, moneda falsa, asesinato, salteamiento de caminos, rapto, contrabando, desercion y otros semejantes. Para facilitar la aprension y entrega de tales reos refugiados en pais extrangero, no se necesita otro requisito que reclamarlos al ministro ó secretario de Estado de negocios extrangeros, bien directamente ó por medio del embajador residente en aquella potencia; aunque siendo los tribunales los que soliciten la remesa ó extradicion de los reos, se han de observar las formalidades de estilo, con las requisitorias adecuadas al intento, de que se tratará mas adelante.

22. Supuesta la adhesion del juez requerido á la remesa de los delincuentes y sus procesos, es de cuenta del mismo la conduccion de ellos al lugar del requirente, en virtud de la recíproca correspondencia encargada à todos los jueces sujetos à la jurisdiccion de una audiencia, ó que son de un mismo reino ó provincia; pero no sucede asi cuando los jueces existen en jurisdicciones de distintas audiencias, ó son de diversas provincias; en cuyo caso el requirente debe enviar por ellos encargándose de la conduccion, à causa de cesar el motivo expresado (2).

23. El juez à cuyo cargo está el hacer la remesa, no ha de enviar al reo de justicia en justicia, sino que por medio de sus ministros y delegados ha de ejecutarla directamente y sin intermedios, siendo obligacion de las del tránsito franquearle cárceles y prisiones para este servicio. Pero siendo mandada la conduccion por el tribunal superior, se ha de cumplir atendida su mayor extension de fuero y facultad, segun el tenor de la orden ó decreto que la mande. Si estas conducciones se hicieren à instancia de parte, son de su cuenta los gastos; mas haciéndose de oficio, lo son del reo; y à falta de bienes de este se suplen del fondo de los de justicia ó por repartimiento (3).

24. La entrega de autos y reos ha de hacerse mediante requisitoria ó despacho, expresándose en ella el sugeto conductor

1 Farinac. *in prax.* quæst. 7. num. 6. Molin. *de brach. secul.* cap. 43. num. 33.
2 Molin. *de brach. secul.* cap. 40 y 43.
3 *Cur. Filip.* part. 3. §. 4. num. 6.

á quien ha de verificarse. Puesto el *cúmplase*, á su continuacion firma el receptor la diligencia de su entrega; y llevándose autos, reos y requisitorias, deja otro escrito firmado y testificado en poder del juez que la realiza para su resguardo.

25. Cuando la requisitoria tiene por objeto la captura de algun reo cuyo paradero se sabe, ha de dirigirse al juez del pueblo ó distrito donde aquel se halle; y para obligarle al cumplimiento (pues de otro modo podrá resistirlo impunemente) se ha de insertar en ella la relacion de la causa con la justificacion del delito, ó por lo menos la deposicion de un testigo, à no ser que convenga la reserva para el debido acierto en la causa, ò medie otro motivo poderoso, en cuyo caso bastará una reseña con fe que dará el escribano de ser suficiente, manifestando los motivos porque no se traslada literalmente (1).

26. Todo juez está obligado á cumplir con puntual exactitud los requerimientos que otro le dirija para hacer lo que en ellos se pide; y si por su desidia, descuido, indiferencia ó falta de cumplimiento se frustran, es responsable de los daños y perjuicios, y merecedor de la pena á que deberia ser condenado el reo (2). Tambien debe abstenerse, en vista de la requisitoria, de dar traslado á nadie, inducir oposiciones de los reos ó partes interesadas, y menos admitirlas.

27. Siendo omiso ó reacio el juez requerido, se le protesta y requiere nuevamente; y si insiste en la repulsa ó negacion, se da cuenta al superior suyo y al del requirente (3). Sin embargo lo mas comun es valerse del recurso de la suplicatoria ordinaria al propio superior, solicitando provision ordinaria para que aquel preste su cumplimiento, bajo cierta multa, y que se le condene en las penas de derecho, daños y perjuicios causados á la administracion de justicia con su injusta resistencia; á que suele adherirse, habiendo méritos, con previa audiencia fiscal por la misma superioridad (4).

28. Por último deben tenerse presentes las dos advertencias que siguen. 1.ª En la requisitoria han de usarse expresiones comedidas de ruego y exhortacion, sin imperio ni mandato; pues de lo contrario, sea de juez secular á secular, ó de eclesiástico

1 Colom *Juicio criminal*, pag. 183. Carlev. tit. 1. disp. 2. quæst. 1. num. 762 á 790.

2 Ley 1. tit. 36. lib. 12. Nov. Rec. Covarr. *Pract.* cap. 10.

3 Carlev. *de jud.* tit. 1. disp. 2. pag. 14. num. 38, y pag 198. num. 905.

4 Acerca de las suplicatorias y provisiones auxiliatorias, véase lo que se dijo en la adicion al formulario del *Juicio ejecutivo*, tom. 5.º de esta obra, pag. 235 y siguientes.

á secular, no pobrá quejarse si se le deniega el cumplimiento (1), á menos que el requirente sea superior ó igual, haya precedido denegacion injusta de parte del requerido á solicitud del primero, ó se hubiere insolentado, en cuyos casos podrá entrar mandándole; y si acaso se resiste, entablar el recurso de queja: 2.ª el requirente deberá dar al requerido el tratamiento y dictados propios de su persona ó foro, para lo cual ha de tener á la vista la Real pracmática inserta en el cuerpo de nuestras leyes; y la Real orden de 18 de febrero de 1796.

1 Garlev. tit. 1. disp. 2. pag. 14 y 15. num. 38.

TITULO III.

SUSTANCIACION DEL JUICIO CRIMINAL.

DE LA SUMARIA.

CAPITULO PRIMERO.

Averiguacion de la existencia del delito.

§. 1. El juicio criminal consta de dos partes: una es el juicio informativo, denominado sumaria; y otra el plenario que sigue á esta.

2. La sumaria tiene por objeto las cinco cosas siguientes. 1.ª Averiguar la existencia del delito con todas sus circunstancias. 2.ª Averiguar la persona del delincuente, y en caso de duda identificarla. 3.ª Asegurar al reo, y tambien las resultas del juicio. 4.ª Tomarle declaracion, á fin de indagar cuanto conduzca al delito que se le imputa. Y 5.ª recibirle luego su confesion para cerciorarse mas del hecho y sus circunstancias, como tambien de la intencion ó malicia con que haya procedido.

3. La existencia del delito es, por decirlo asi, la base de todo procedimiento criminal: ¿que se entiende por cuerpo del delito?

4. ¿Si tienen cuerpo los delitos que se cometen contra los preceptos afirmativos?

5. Tres circunstancias que se hallan en todo cuerpo de delito: ¿que se entiende por delito permanente y delito transeunte?

6. Primeras diligencias que se practican para la averiguacion del delito, cuando se procede á instancia ó por acusacion de parte.

7. Auto de oficio cuando se procede por pesquisa ó denuncia, ó sea de oficio.

8 y 9. Primeras diligencias que se practican para la averiguacion de un homicidio, ejecutado con puñal ú otro instrumento que hiere.

10. Reconocimiento del cadaver por los facultativos.

11. Sepultura que debe dársele, y fe que ha de poner el escribano del sitio en que se le entierre, y de la mortaja que llevaba: ¿que deberá hacerse si el cadaver fuere de persona desconocida?

12. Examen de los parientes del difunto sobre la falta de aquel sugeto, y tiempo en que empezó á notarse.

13. Otra de las primeras diligencias que deben practicarse es la de recoger, si es posible, el arma con que se ejecutó la muerte.
14. hasta el 20. Del delito de envenenamiento. Diversas clases de veneno, sus efectos y diligencias que deben practicarse para la averiguacion de este crimen.
21. hasta el 30. De las muertes que se ejecutan ahorcando, sufocando ó ahogando á uno. Señales características de cada una de ellas, y modo de proceder en su averiguacion.
31. Averiguacion de los delitos de exposicion ú ocultacion de parto y de infanticidio.
32, 33 y 34. Exhumacion del cadaver en los delitos de homicidio cuando sea necesaria para su reconocimiento, y modo de proceder para hacerla.
35 hasta el 38. Diligencias que se practican para la averiguacion del delito de heridas.
39 hasta el 46. Observaciones acerca de diversas especies de heridas y sus respectivas calidades.
47 hasta el 50. Dificultades que se ofrecen en la averiguacion del delito de estupro y circunspeccion con que debe proceder el juez en esta materia.
51. Modo de proceder en el delito de violencia ó violacion de una muger.
52. Preñez que suele resultar de los dos delitos anteriores; ¿como podrá justificarse?
53. Del delito de hurto. Averiguacion del que se ejecuta en lugar sagrado.
54. Idem del que se hace en una cosa particular. En uno y otro caso se debe justificar la existencia anterior de las cosas hurtadas en poder del robado.
55. ¿Que deberá hacerse cuando se sorprende á los ladrones con las cosas robadas?
56. Resultando de lo actuado alguna sospecha ó presuncion contra alguno ó algunos, pasará el juez con el escribano á su casa, á fin de reconocerla y ejecutar lo demas que alli se expresa.
57. Diligencias que deben practicarse cuando el robo se hubiere hecho con efraccion ó rompimiento de puertas, cofres &c.
58 y 59. Diligencias para la averiguacion del hurto de granos sacados de alguna panera.
60. Averiguacion de los robos de mieses.
61 y 62. Idem del hurto de vino.
63. Idem del robo de colmenas.
64 hasta el 76. Averiguacion del robo de ganado lanar, cerdos y caballerías.
77 hasta el 81. Idem en el crimen de falsificacion de moneda.
82. Idem en el de falsificacion de escrituras ú otros documentos.
83. Idem en el de usar medidas ó pesas falsas ó diminutas.

84. Idem en el delito de suposicion de parto.
85. Idem en los de tumulto, sedicion ó asonada.
86. Idem en el de haber puesto pasquines ó libelos infamatorios.
87. Idem en los de incendio de casas ú otros edificios, pajares, mieses &c.
88 hasta el 94. Idem en el delito de fuga ó intento de fugarse de la carcel.
95. Motivo porque se ha dado tanta extension á este capitulo, y prevencion general acerca del modo con que deberá procederse en la averiguacion de otros delitos que aqui no se especifican.

1. El juicio criminal se distingue de los otros en que empieza por una informacion llamada *sumaria*, y evacuada esta se sigue un juicio semejante al ordinario civil; de modo que el criminal tiene dos partes: una es el juicio informativo, denominado *sumaria*; y otra el juicio plenario que sigue á esta.

2. La sumaria tiene por objeto las cinco cosas siguientes. 1.ª Averiguar la existencia del delito con todas sus circunstancias. 2.ª Averiguar la persona del delincuente, y en caso de duda identificarla. 3.ª Asegurar al reo y tambien las resultas del juicio. 4.ª Tomarle declaracion, á fin de indagar cuanto conduzca al delito que se le imputa. Y 5.ª recibirle luego su confesion para cerciorarse mas del hecho y sus circunstancias, como tambien de la intencion y malicia con que haya procedido, haciéndole los debidos cargos y reconvenciones (1). Trataré por su orden de estas cinco partes.

3. La existencia del delito es, por decirlo asi, la base de todo procedimiento criminal; en tales términos, que aun cuando uno confesase haberle cometido, seria nulo ó vano su aserto sino se comprobase legítimamente la existencia del mismo. Pero antes de pasar adelante en la investigacion de este punto, conviene saber qué se entiende por *cuerpo de delito*, expresion muy usada cuando se trata de la averiguacion de este, aunque mal entendida por muchos. Cuerpo de delito no es como algunos imaginan el efecto que resulta del hecho criminal, ni el instrumento con que este se ejecutó, ni otras señales de su perpetracion; asi que las heridas, el puñal, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del que la robó, el reconocimiento de la estuprada

1 Leyes 1. tit. 29. Part. 7, y 16. tit. 34. lib. 12. Nov. Rec. Véase tambien la Instruccion de corregidores de 15 de mayo de 1788.

hecho por matronas, no deben llamarse cuerpos de los delitos de homicidio, hurto y estupro. Estos son efectos, signos ó instrumentos por cuya inspeccion se viene en conocimiento de haberse ejecutado un hecho prohibido por la ley, y esta ejecucion es propiamente el cuerpo del delito. Supongamos, pues, en el de estupro que la desflorada queda en cinta, el feto será efecto de aquel hecho criminal, y no el delito ni su cuerpo, como tampoco lo son las señales de desfloramiento que hayan observado las parteras ó matronas al reconocer á la estuprada; pues solo la cópula ó en hecho material con que se contravino á la ley es el cuerpo del delito; y asi cuando los autores dicen que este se prueba por el reconocimiento del cadaver, por la inspeccion de las heridas &c., se explican acertadamente.

4. Consistiendo, pues, dicho cuerpo del delito, en la efectiva ò material ejecucion de un hecho criminal, algunos autores opinan (1) que los delitos que se cometen contra los preceptos afirmativos no tienen cuerpo, porque la omision, ó el dejar de hacer una cosa que la ley manda, es una negacion de hecho. Pero en mi concepto se han engañado, pues asi como en los preceptos negativos la ejecucion del hecho contrario á ellos constituye el delito y el cuerpo de él; del propio modo la omision en los preceptos afirmativos es un hecho de infraccion ó desobediencia, siendo claro que donde hay infraccion debe haber cuerpo de delito, puesto que le constituye el mismo hecho con que se comete aquella. La diferencia que yo observo entre la infraccion del precepto negativo y la del positivo, es que aquella se prueba directamente, y esta por medios indirectos. Por ejemplo, para justificar un homicidio el testigo puede decir que vió á N. herir con un puñal á P.; mas para acreditar que B. no oyó misa tal dia festivo, ningun testigo puede decir ví á F. no ir á misa, pues lo que no es no se puede ver, pero dirá, por ejemplo, todo aquel dia estuvo con C. y D. en tal parage donde no habia misas.

5. Como todo delito consta de tres partes esenciales, á saber, persona ó cosa ofendida, agente ofensor, é intencion de ofender, estas mismas circunstancias se hallan en el cuerpo del delito, ya sea este permanente ó transeunte. Llaman delito permanente los autores aquel que deja signos visibles de su perpetracion, v. gr. en el homicidio, heridas, estupro, incendio &c., porque se ve el hombre muerto, herido, la cosa que-

1 De este dictamen es el señor Posadilla en su *Práctica criminal*, pag. 72 y sig.

mada, la muger desflorada. Transeunte es aquel que no deja señales en el ofendido, como la blasfemia, la heregía, la injuria de palabra &c., y en los de hecho una bofetada que no haya dejado contusion.

6. Supuestos estos antecedentes, veamos cuales son los primeros trámites de este juicio, ó las diligencias que se practican para la averiguacion del delito. Procediendose á instancia ó por acusacion de parte, el primer paso es presentar esta un pedimento llamado *querella*, en que refiere el delito cometido contra su persona, designando el nombre del agresor, su estado, oficio y demas circunstancias que le caractericen, el sitio, dia y hora en que se ejecutó el hecho, con los antecedentes que tengan conexion; y despues de hacer ver la realidad del suceso, como tambien lo grave de la ofensa y la necesidad del castigo, concluye pidiendo se le admita sumaria informacion para probar lo que expone, y constando en la parte que baste, se mande prender al reo y embargar sus bienes, como asimismo á los que resulten cómplices, condenándolos en la pena merecida con resarcimiento de daños y perjuicios. A este pedimento suele el juez dar un auto de que afianzando el querellante de calumnia en tanta cantidad, se proveerá. Dada la fianza, providencia el juez por otro auto, que se admite la acusacion cuanto há lugar en derecho, mandando tambien que se dé la informacion ofrecida. Cuando el juez no considera necesario que el querellante afiance de calumnia (lo cual pende de su arbitrio), provee solamente el último de estos dos autos. Si el acusador cree que para la averiguacion del delito conviene hacer reconocimiento por peritos, ó practicar alguna otra diligencia, lo pide en la misma querella, y el juez debe acceder á ello desde luego (1).

7. Si el juez procede por pesquisa ó de oficio, y no por acusacion de parte (como sucede hoy en casi todos los delitos segun se dijo en otro lugar), se pone por cabeza de proceso un auto de oficio, reducido á que habiéndosele dado noticia en aquella hora (se designa cual es) que en tal parage se ha cometido este ó el otro delito, para averiguar la verdad del hecho, y castigar al delincuente, manda se pase al sitio donde se halla el cadaver (si es delito de homicidio), á la casa robada (si es de hurto) &c.; que le acompañen el escribano, otras dos ó mas personas que han de servir de testigos, y el cirujano en caso de heridas ó muerte; se recoja el cadaver, la cosa robada si se hu-

1 Sala *Ilustracion del derecho Real de España*, lib. 3. tit. 16. num. 4.

biere encontrado, los instrumentos ó arma con que se ejecutó el delito; se reciba sumaria, se prenda á los que resulten reos, se les embarguen sus bienes, y se proceda á todo lo demas que haya lugar.

8. Formado en estos términos el auto de oficio, si el delito fuere de homicidio, pasará el mismo juez (1) con el escribano, el cirujano, y dos personas por lo menos (2) al sitio donde se le notició estar el difunto. Hallado este hará que le reconozca el cirujano, y declarando este bajo de juramento que está efectivamente muerto aquel hombre, prevendrá al escribano que lo ponga todo por diligencia, en la cual se expresará el hallazgo del cadaver en la misma postura ó situacion en que estaba, las heridas ó contusiones que tenia, y en qué parte de su cuerpo, la ropa ó vestido que le cubria, con todo lo demas que se le encuentre ó que esté cerca de él, y pueda conducir á la averiguacion; y asimismo se expresará su nombre, apellido y vecindad, si fuere persona conocida. Firmada esta primera diligencia por el juez, escribano y cirujano, mandará aquel llevar el cadaver á su casa, si la tuviese, y sino hará que se deposite donde juzgue mas conveniente, recogiendo despues el escribano y teniendo bajo su custodia la ropa y demas que se hubiese encontrado al muerto.

9. Al tenor de la diligencia practicada, serán luego examinados los testigos que presenciaron el hallazgo del cadaver, quienes declararán cuanto vieron en aquel acto, expresando el nombre y vecindad del muerto, si le conocian. Asimismo se les manifestará cuanto se le encontró, para que reconozcan si es lo mismo que tenia á la sazon, ó se halló junto á él, dando fe el escribano al mismo tiempo de ser lo propio que entonces se descubrió.

10. En seguida mandará el juez que el cadaver sea reconocido por dos facultativos médicos ó cirujanos, ó un médico

1 Anton. Gom. lib. 3. *Var.* cap. 9. *Cur. Filip.* tom. 1. pag 3. § 10. num. 17.

2 La practica de concurrir testigos á varias diligencias del sumario, que supone estar en uso el señor Sanz en su tratado *del modo de instruir y sustanciar las causas criminales* (de donde se ha tomado gran parte de la doctrina de este capítulo) no se observa ya generalmente. Segun nuestras leyes basta la asistencia del juez y escribano, acompañados de peritos cuando es necesario hacer reconocimientos, sea de cadáveres, heridas, cosas robadas ú otros objetos para cuyo examen es precisa la instruccion en algun arte ó ciencia. No obstante si antes de pasar el juez al sitio donde se hallase el cadaver, herido &c. le hubiesen visto algunos sugetos, los hará aquel concurrir, para que declaren si es el mismo que vieron antes, y bajo de este concepto he dejado subsistir, y puede entenderse la doctrina de Sanz en orden á los testigos.

y un cirujano (1), segun conduzca ó hubiere proporcion, para que declaren el número y calidad de las heridas, el instrumento con que fueron hechas, y si de ellas resultó la muerte.

11. Evacuadas las declaraciones de dichos facultativos, y resultando ya de las diligencias practicadas quién era el difunto, cómo se llamaba y de dónde era vecino, se le mandará dar sepultura eclesiástica, haciendo que el escribano ponga fe del sitio en que fuere sepultado y de la mortaja que llevaba. Mas si el cadaver fuese de persona desconocida, se le expondrá delante de las puertas de la carcel ó en otro parage público, á fin de que todos le vean; y habiendo alguno ó algunos que le cónozcan, se les examinará judicialmente para que digan su nombre, apellido y vecindad, ó lo que de él supieren; pero si de ninguno fuere conocido, y urgiere el darle sepultura, se hará asi, precediendo sin embargo la declaracion de testigos que depongan, asi las señas de la persona como la ropa de que estaba vestido; bien entendido que de las señas personales, como estatura, configuracion, cicatrices ó heridas, han de deponer los cirujanos, como mas inteligentes en ello, y de los vestidos ó trage otros dos peritos, ó sean sastres.

12. La declaracion de dichas señales puede ser muy del caso para las averiguaciones ulteriores, pues manifestándose á los testigos que se examinen, podrá ser que las reconozcan y den razon del que las tenia. Si asi fuere se procederá á hacer la averiguacion correspondiente sobre la falta de aquel sugeto y tiempo en que empezó á notarse. Para ello mandará el juez comparecer á dos de los parientes mas cercanos del difunto, á fin de que declaren sus señas personales y las de la ropa que llevaba cuando faltó, ó de que comunmente usaba, poniéndoles luego delante la que se le encontró, para que digan si era la que usaba el difunto, y la misma con que salió la última vez de su casa. Asimismo se mandará que los cirujanos declaren si las señas personales que advirtieron en el difunto, son idénticas á las que expresan los parientes, haciendo lo mismo con los sastres respecto de la ropa.

13. Otra de las primeras diligencias que deben practicarse

1 Son necesarios dos facultativos en razon de que por la declaracion de ellos se prueba el cuerpo del delito en tales casos; y para que haya plena prueba se necesita segun la ley dos testigos á lo menos, mayores de toda excepcion, segun se dijo en el tomo 4 de esta obra, página 152. Si en el pueblo no hubiere mas que un médico ó cirujano, se llamará otro de fuera, y sino pudiere ser, hará el juez que conste asi en autos, mandando al escribano que ponga testimonio de ello.

es la de recoger, si es posible, el arma con que se ejecutó la muerte; pues se considera como pieza de los autos, y debe andar con ellos, reseñándola y teniéndola en su poder el escribano; mas si no pudiere ser habida, se pondrá por diligencia en el proceso. Cuando sea recogida, la reconocerán dos maestros armeros para que declaren si es de las prohibidas, en cuyo caso se hace el delito de mayor gravedad, ó por mejor decir son dos los crímenes.

14. He hablado hasta aquí de las diligencias que deben practicarse cuando el juez procede á la averiguacion de un homicidio ejecutado con puñal, cuchillo ú otro instrumento con que se hacen heridas, y de las cuales muere el paciente. Ahora trataré de las muertes que se hacen envenenando, ahorcando, ahogando ó sufocando, y segun la diversidad de estos casos tambien es distinto el modo con que se procede para justificar la existencia del delito; si bien hay ciertas diligencias que son comunes en toda clase de homicidios.

15. El envenenamiento, dice Foderé en su *Medicina legal*(1), es un delito muy oscuro y presta mas armas á la calumnia que otro alguno. Podrá haber una infinidad de pruebas morales que den lugar á presumir le existencia de este crimen; pero jamas llegarán á formar una prueba completa, aunque se reunan todas ellas, sin exponer continuamente á los ciudadanos á perder su libertad. Solo hay dos circunstancias que acreditan la realidad de este delito, á saber: el descubrimiento de lo material de él, y los síntomas que se manifiestan despues de haber tomado alguna bebida ó alimento presentado por persona sospechosa. La primera circunstancia es enteramente decisiva; pero si la segunda no tiene el apoyo de aquella, puede ser origen de una infinidad de juicios erróneos, y no debe considerarse propiamente sino como una prueba incompleta, á causa de la facilidad con que las sustancias mas inocentes pueden convertirse en venenos para el cuerpo humano en ciertas circunstancias.

16. El mas leve motivo suele bastar para que el comun de los hombres sospeche la existencia del envenenamiento; pero el médico que debe ser sugeto de ciencia y prudencia consumada, no puede resolverse á juzgar de este modo, á no ser que tenga unas señales tan positivas, que excluyan absolutamente la imposibilidad del hecho. Estas señales se dividen en raciona-

1 Tomo 5. pag. 15 y 16.

les y físicas. Doy el nombre de racionales á las que se sacan de los síntomas que se observan cuando se toma algun veneno, y á las consecuencias que se deducen de los desórdenes que se notan en el cadaver. Las señales físicas se reducen á la existencia del veneno, y á la certeza de que la sustancia que tomó, ó de que hizo uso el enfermo, es realmente venenosa.'' » No es difícil conocer que este último orden de señales es el mas concluyente, y que basta él solo para acreditar el delito. Pero no sucede asi con las señales racionales, porque como pueden proceder de otras muchas causas que no tengan relacion alguna con el envenenamiento premeditado, son capaces de dar margen á mil errores gravísimos, si la sagacidad del médico no desvanece la confusion y oscuridad que se advierte por lo comun en las relaciones de los enfermos y asistentes'' (1).

17. El que ha de hacer una relacion legal en materia tan difícil como el envenenamiento, debe saber cuales son los caracteres particulares de cada veneno, y tener noticia de la multitud de causas mortíferas que naciendo dentro de nosotros mismos amenazan continuamente á nuestra frágil existencia, y pueden confundirse con los efectos de los venenos externos. Debe juzgarse con mucha prudencia y circunspeccion del efecto de los venenos tomados interiormente, ya sea que fundemos nuestro juicio en los síntomas que experimentan los enfermos antes de morir, ó ya nos gobernemos por las señales que dejan estos venenos en los cadáveres asi exterior como interiormente, por cuanto son tan equívocas estas que es muy facil engañarse en ellas, á no ser que al mismo tiempo se atienda con particular cuidado á todas las presunciones y demas circunstancias que puedan debilitarlas ó servirlas de apoyo, supuesto que nuestros propios humores son capaces de contraer una malignidad que produzca los mismos efectos que los venenos mas activos.

18. Estos pueden reducirse á dos clases generales, que son venenos coagulantes y corrosivos. Los efectos de aquellos son cierta aspereza en la boca y fauces, dolor y peso en el estómago, debilidad y postracion de fuerzas en todo el cuerpo, embriaguez, alienacion de espíritu, la pérdida de memoria, oscuridad en la vista, opresion de pecho y dificultad de respirar, pulso lento y debil, náuseas y fuertes ansias de vomitar, vértigos, afectos comatosos, apopléticos y espasmódicos, seque-

1 Tom. 5. cit pag. 69 y 170.

dad de lengua y sed, desmayos, y finalmente la muerte. Los efectos de los corrosivos son: la sequedad y ardor en los labios, lengua y demas partes internas de la boca y fauces, las mas veces con escoriaciones é inflamaciones en dichas partes, y sed inestinguible, ardores y crueles dolores de estómago, retortijones terribles en los intestinos, meteorismos, vomitos violentos, hipo, y luego vienen congojas y angustias mortales, palpitaciones de corazon y desmayos; los extremos se ponen frios; vómitos y defecciones, cuyas materias son de varios colores, como negras sanguinolentas &c.; convulsiones, gangrena y esfácelo en los intestinos, y por fin una muerte violenta. Estos y otros muchos síntomas que pueden acontecer despues de haber tomado algun veneno, son mas ó menos atroces, en mayor ó menor número, segun la cantidad, calidad del veneno y circunstancias del sugeto; de suerte que un mismo veneno en cantidad y naturaleza, produce en unos una serie de accidentes muy distintos que en otros" (1).

19. Supuestas estas noticias generales acerca de los venenos y pulso con que deben proceder los facultativos en sus informes, paso á indicar las diligencias que deben practicarse para proceder á la averiguacion de este delito. Primeramente se recogerá y depositará el cadaver para que le reconozcan dos médicos ó cirujanos de la mejor opinion, quienes declaren si procedió la muerte de dicho veneno, expresando individualmente las señales características que lo indiquen: sino apareciesen exteriormente estas, y resultare por la deposicion de los testigos que se administró alguna bebida ponzoñosa, se abrirá el cadaver para que dichos facultativos hagan el reconocimiento, y declaren lo que observen en razon de esto.

20. Tambien convendrá que el juez reconozca ante escribano y testigos la casa y persona del agresor para ver si encuentra algun residuo del veneno; y hallándole se pondrá por diligencia, con expresion de su cantidad, color y otras calidades que tenga, recogiéndolo y depositándolo en poder del escribano, con una cubierta cerrada y sellada. Esta se manifestará despues á los testigos que concurrieron al registro, para que declaren si es la misma, y abierta á su presencia, dependrán si aquel veneno es el propio é idéntico que se encontró: despues lo reconocerán dos facultativos para que declaren si

1 El que desee mayor instruccion sobre esta materia, puede consultar dicha obra de Foderé, como tambien la cirugia forense de Don Domingo Vidal, seccion 2. cap. 2, y el tratado de venenos del célebre profesor Orfila.

efectivamente es veneno, y resultando serlo, se procede á la averiguacion del delincuente.

21. Paso ahora á tratar de otro modo de quitar la vida, que es privando á uno de la respiracion; lo cual puede hacerse de varios modos, aunque los mas comunes son dos, á saber: 1.° Quitándole el uso de la boca y narices para impedirle la renovacion del aire. 2.° Echándole un cordel, pañuelo ó dogal al cuello, el cual produce el mismo efecto apretándole con gran fuerza. Don Domingo Vidal habla con extension en la citada obra, capítulo 4, de los efectos y señales que se advierten en esta clase de muertes, y allí podrán ocurrir los facultativos en caso de duda. Tambien trata Foderé (1) de los extrangulados ó ahorcados, y por cuanto presta con brevedad las señales características de estas muertes, copiaré el siguiente párrafo. » Por lo comun se observan todos los caracteres siguientes, ó la mayor parte de ellos en los que pierden la vida por extrangulacion ó por suspension. La cara lívida, los ojos medio abiertos, la boca torcida, la lengua túmida, lívida ó negra, contraida ó recogida entre los dientes, espuma sanguinolenta en las fauces, en las narices y al rededor de la boca, el cuerpo rígido, los dedos contraidos y lívidos en los extremos, el dorso, los brazos, los lomos y los muslos equimosados. Considerando despues el cuello y las impresiones hechas en él por los cuerpos que sirvieron para la extrangulacion ó para la suspension, se encuentra esta parte lívida y esquimosada, la piel deprimida, y aun algunas veces escoriada en uno de los puntos de la circunferencia del cuello. Si se hizo alguna violencia, se observa que estan rotos los músculos que unen el hueso hioides con la laringe y demas partes inmediatas, no siendo extraño que se hallen alguna vez dislocados, hundidos y aun lacerados los cartílagos de la laringe, y que esten lujadas, ó por mejor decir, fracturadas las vértebras del cuello" (2).

22. Tambien hay otro modo de privar á un hombre de la respiracion, y es obligándole á que aspire un aire venenoso ó sumamente viciado. Las causas que pueden alterar el aire y ponerle en estado de matar prontamente al hombre que le inspire son muchas, y entre ellas el humo ó fuego del rayo, el vapor maligno de algunas grutas, el aire encerrado mucho tiempo en lugares subterráneos, el humo del carbon, el vapor del mosto fermentado, el espíritu de azufre, nitro, salmarina y

1 *Medicina legal*, tom 6. cap. 1. 2 Cap. 1. cit. pag. 5, 6 y 7.

aceite de vitriolo, y otros semejantes inspirados en el aire en forma de vapores, causan una súbita muerte.

23. Las señales que observamos en los que mueren por estas causas, son: hallarse los pulmones flácidos, nada dilatados, y las vegiguillas comprimidas. Portal en su relacion hecha sobre los efectos de los vapores mefíticos y demas que hemos insinuado, manifiesta por algunas observaciones propias y agenas, que en los cadáveres se hallan: 1.° Los vasos del cerebro llenos de sangre, los ventrículos de esta entraña llenos de una serosidad espumosa, y algunas veces sanguinolenta. 2.° El tronco de la arteria pulmonar muy extendido por la sangre que contiene, y los pulmones casi en el estado natural. 3.° El ventrículo derecho y la auricula derecha del corazon, la vena cava y las yugulares llenas de sangre espumosa. 4.° En los bronquios se halla con frecuencia serosidad sanguinolenta. 5.° El tronco de la vena pulmonar, la aurícula izquierda, el ventrículo correspondiente y tronco de la aorta vacios de sangre. 6.° La sangre que se halla en las partes indicadas, es fluida por lo regular ó como filamentosa. Igualmente se extravasa con facilidad, principalmente en el tejido celular de la cabeza, porque en esta parte abunda la sangre. 7.° La epiglotis de las personas sofocadas está levantada, y la glotis abierta y libre. 8.° La lengua tan gruesa é hinchada, que apenas les cabe en la boca. 9.° Los ojos de los sofocados por vapores mefíticos salen hácia afuera, y bien lejos de tenerlos marchitos, conservan su brillantez hasta el segundo y aun hasta el tercer dia despues de la muerte; y lo que es mas, alguna vez sus ojos son mas lucientes entonces que en el estado natural. 10. Los cuerpos muertos por semejantes vapores conservan mucho tiempo su color. 11. Los miembros se mantienen flexibles largo tiempo despues de la muerte. 12. La cara de los sofocados por el vapor del carbon ú otros vapores mefíticos, está mas hinchada y mas colorada que de ordinario, y los vasos sanguíneos que se distribuyen en ella estan llenos de sangre. 13. El cuello y las extremidades superiores estan algunas veces mas hinchadas. Por el conjunto de estas señales me parece será facil declarar sobre la verdadera causa de los sofocados."

24. En los casos de extrangulacion ó ahorcamiento suele ocurrir una cuestion muy dificil de resolver, y es: si el sugeto se ahorcó á sí mismo, ó fue ahorcado por otro. Para distinguir exactamente los efectos del homicidio de los del suicidio, no basta siempre la sola inspeccion del cadaver que se

encuentra ahorcado; sino que muchas veces es necesario disecarle para decidir con certeza en orden al estado de las vértebras, cartílagos y músculos. Generalmente hablando es muy lenta la muerte en el suicidio, y mucho mas pronta en la extrangulacion por violencia externa, siendo tambien muy diferentes las impresiones del instrumento que sirvió para la extrangulacion, segun la diversidad de los casos particulares. Es pues necesario que el cirujano vuelva á poner la cuerda encima de la señal ó surco que hizo para decidir acerca de la mayor ó menor diminucion del diámetro del cuello, y saber si la direccion de esta señal prueba que la suspension fue causa de la muerte ó posterior á ella. En fin es indispensable en este caso seguir el principio generalmente admitido en otras circunstancias menos difíciles, esto es, aplicar el instrumento á la herida para juzgar despues en vista de esta comparacion.

25. Ademas de los caracteres físicos debe examinar tambien el facultativo las circunstancias morales, pues no será extraño que encuentre en ellas alguna cosa que le sirva de guia para distinguir el suicidio del homicidio, supuesto que la edad, el sexo, las pasiones del sugeto, el tiempo, el lugar, las circunstancias del suceso, y los medios que se emplearon para realizarle, pueden suministrar ciertas noticias muy conducentes, aun cuando no sean capaces de establecer la existencia del suicidio, sino en los casos en que no se descubren mas que los efectos de la causa comun de la muerte de los que perecen por extrangulacion (1).

26. Aunque parece que el ministerio del cirujano está reducido á dar una idea positiva del estado físico del cadáver, y que toca principalmente á los ministros de justicia averiguar las circunstancias accesorias, debe no obstante tratar tambien de ellas, supuesto que pueden suministrarle algunas nociones relativas á su objeto, para lo cual le servirán en gran manera las señales conmemorativas, porque conociendo por este medio el estado de demencia en que vivia el sugeto, hallará frecuentemente en los varios estratagemas de la locura la explicacion de muchas singularidades de que se formaria una idea muy distinta, sino se tuviese presente esta circunstancia (2). Vuelvo á repetir, que el cirujano debe atender á las circunstancias morales, pero solamente con la mira de que le sirvan de gobierno para

1 *Medicina legal*, tom. 6. pag. 27, 28, 29 y 39.

2 Tomo 6. cit. pag. 39.

deducir una consecuencia legítima de las pruebas positivas físicas, y sin fundar únicamente en ellas todo el mérito de su relacion, cuando estas circunstancias presentan una contradiccion con los resultados necesarios de los conocimientos que suministra el arte." (1).

27. »Lo mas esencial es examinar atentamente si hay dos impresiones en el cuello, una circular y enteramente horizontal, con equimosis hecha por torsion en el sugeto vivo, y otra sin magulladura en una disposicion oblicua hácia el nudo, la cual habria sido efecto de la suspension despues de la muerte. Es muy difícil que un hombre ahorque violentamente á otro, y le quite la vida de este modo, porque para ejecutarlo se necesita mucho tiempo y trabajo. Lo mas comun es empezar por la extrangulacion, y suspender ó colgar despues el cuerpo para disimular el modo con que se le dió la muerte. Esta es una accion premeditada, que se sigue al movimiento violento que excitó á cometer el asesinato; pero rara vez dejan de presentarse algunas señales que manifiestan el delito" (2).

28. »Conviene observar que algunas personas pueden ser asesinadas por medio de la extrangulacion, sin que se las ahorque despues, ni se pueda tener presente el instrumento que sirvió para quitarles la vida, porque se puede ejecutar esto sin otro auxilio que el de la compresion hecha con las manos, ó retirar el instrumento con que se cometió el delito; pero no es posible que se verifique una violencia tan considerable, sin causar equimosis, y dejar impresiones bastante profundas y manifiestas para distinguir la accion de los dedos, ó de un lazo, cualquiera que sea, de los efectos que produce una causa interna (3).

29. Parecida á las muertes de que acabo de hablar es la del ahogado, sin embargo no debe este confundirse con el sufocado; pues aquel se dice verdaderamente ahogado, que habiendo caido, entrado ó sido arrojado en el agua, fue muerto en ella ó por ella; de suerte que todo ahogado es sufocado, mas no todo sufocado es ahogado. Para que los facultativos que han de declarar puedan asegurarse de si un sugeto fue ó no ahogado, observarán lo siguiente: 1.° Examinarán si recibió alguna herida, contusion &c., y advirtiendo dichas señales exteriores, se averiguará si fueron ó no suficientes para quitar la vida á aquel sugeto. 2.° Despues de haber examinado las partes

1 Lug. cit. pag. 44.
2 Lug. cit. pag. 45.
3 Lug. cit. pag. 56.

externas, se hará la inspeccion de los pulmones, extrayéndolos fuera del pecho, y comprimiéndolos con ambas manos, y el líquido que suelten se recibirá en una vasija vidriada. Si no se nota agua ni otra de las señales características de ahogamiento (1), se declarará que el sugeto murió antes de la sumersion: en este caso debe atender el facultativo con mucha escrupulosidad al caracter de las heridas, contusiones &c., pero mucho mas á la causa que las produjo; porque siendo innegable que el sugeto al tiempo de caer en el agua pudo recibir contusiones y heridas por los cuerpos ocultos en ella, será el caso tanto mas dudoso, cuanto las heridas ó contusiones por su figura, sitio y demas circunstancias nos manifiestan una imposibilidad casi física de haber sido recibidas fuera del agua. Al contrario, si las heridas ó contusiones son tales que nos manifiestan por su caracter, situacion, figura y sitio el instrumento que las hizo, entonces podremos declarar con certeza."

30. »Cuando en el riguroso examen de un cadaver no se hallan señales exteriores ni interiores de haber sido herido ó ahogado, sin duda que al entrar en el agua estaba ya muerto el sugeto: en este caso la flacidez y demacracion de las carnes serán un indicio cierto de que estaba enfermo, lo que tambien se podrá confirmar por relaciones de los que le trataban y conocian; mas si el referido sugeto no estuviese desmedrado, y por relaciones vírídicas constase no estar enfermo, se buscará la causa de la muerte repentina en las diferentes cavidades por medio de la inspeccion anatómica" (2).

31. Son tambien muy dificiles de justificar los delitos de exposicion ù ocultacion de parto, y el de infanticidio, entre los cuales hay esta diferencia, que el primero se comete cuando una

1 Mr. Portal, célebre facultativo frances, que disecó á una muger ahogada, notó en ella las señales siguientes internas. Primera, »los vasos del cerebro llenos de sangre, tanto los senos como las arterias: segunda, el ventrículo derecho del corazon estaba lleno de concreciones sanguíneas, como tambien la arteria pulmonar: tercera, la vena cava y las yugulares estaban muy llenas de sangre: cuarta, en las vias aereas habia un poco de serosidad espumosa y algo roja: quinta, no halló gota alguna de agua en las vias alimentares: sexta, los troncos de las venas pulmonares contenian muy poca sangre, y aun habia menos en la aorta y ventrículo izquierdo: séptima, la epiglotis estaba levantada, pero la glotis, la cavidad de la laringe y de la boca estaban llenas de una espuma blanquecina; octava, las amigdalas, la campanilla, glándulas del paladar, la lengua y los labios estaban muy hinchados, y parecian cubiertos de vasos varicosos: nona, los ojos estaban salidos hácia afuera, y relucian en lugar de ser marchitados, y las palpebras muy hinchadas: décima, las otras partes estaban en su estado natural.

2 El que desee mayor instruccion sobre este punto, consulte á Foderé, quien en el capítulo 6.° y último del tomo 5.° de su *Medicina legal* habla con extension de los ahogados.

muger queriendo ocultar su debilidad deja á la criatura en algun parage para que otro la recoja, exponiéndola de este modo á que perezca; y el segundo mas horroroso, es cuando la misma madre mata de intento la criatura, ó lo hace lentamente negándola el preciso alimento. Para probar la simple ocultacion se necesitan tres cosas; á saber, la certeza de la preñez; las señales de haberse verificado el parto recientemente, y la existencia de la criatura; pero para justificar el delito mas enorme de infanticidio, es necesario ademas de dichas tres cosas, asegurarse de que la criatura nació viva, de que su muerte no fue natural, y de que padeció realmente alguna violencia. Como muchas de estas pruebas suelen ser oscurísimas, y no hay ninguna otra acusacion que preste mas armas á la malignidad, solo deberá decidir el facultativo cuando tenga noticias ciertas y constantes, manifestando siempre la mayor reserva y circunspeccion en punto de presunciones.

32. Siendo á veces necesario en las causas de homicidio, y especialmente en las de envenenamiento, desenterrar el cadaver para asegurarse de la certeza del delito, diré lo que debe hacerse en el particular, previniendo ante todo que los jueces deben ser muy circunspectos para mandar hacer la exhumacion, excusándola siempre que no haya justa causa, ó no pueda suplirse con otro medio seguro la averiguacion que se intenta hacer con ella. Son motivos justos para desenterrar un cadaver los siguientes. 1.° Cuando despues de haberle dado sepultura se supo ó tuvo noticias de haber sido violenta la muerte: 2.° cuando consta que se le enterró cautelosamente, ó con sigilo y recato para evitar que fuese reconocido: 3.° cuando despues del primer reconocimiento que se hizo del cadaver, sobreviene alguna causa ó circunstancia que obliga á ejecutarle de nuevo: 4.° cuando en dicho primer reconocimiento se procedió con precipitacion, ó dejaron de inspeccionarse algunas heridas ó contusiones.

33. Para hacer la exhumacion se ha de pedir licencia al juez eclesiástico, pasándole un oficio atento; y si este no bastare, librándole exhorto con insercion de las deposiciones de los testigos que declaren haber sido violenta la muerte. Si el eclesiástico se obstinase en no dar dicho permiso, se ha de recurrir al superior para que le otorgue (1).

1 Sobre este particular, he aqui lo que dice el señor Elizondo en su *Practica universal forense*, tom. 4.° pag 338. num. 7. » Si antes del reconocimiento del cadaver se hubiese á este dado sepultura eclesiástica, puede el juez de oficio mandar se exhume para que con su inspeccion ocular se tome el debido conocimiento de si las heri-

34. Obtenido este pasará el juez á la iglesia ó cementerio con el escribano, dos facultativos de medicina ó cirugía, segun fuere el caso, el sacristan y algunos de los que enterraron ó vieron enterrar el cadaver; y mandando al sacristan que señale su sepultura, se le sacará de ella, y se le pondrá en un sitio profano. Allí tomará juramento á los facultativos, mandándoles que reconozcan con escrupulosidad el cadaver; y acabada esta operacion, se le volverá á enterrar. Despues se tomará declaracion á los facultativos para que expresen circunstanciadamente lo que observaron, como tambien se examinará al sacristan y demas que concurrieron al acto para que depongan acerca de la identidad del cadaver, y habérsele vuelto á sepultar. En la ejecucion de todo lo referido ha de procederse con mucha vigilancia, y sin la menor pérdida de tiempo, á fin de que no se corrompa el cadaver, y se imposibilite el reconocimiento (*).

35. Hasta aquí he tratado de la averiguacion de un homicidio; pero si el delito fuese solo de heridas, pasará el juez con el escribano, cirujano y testigos á la casa ó parage donde estuviere el herido, y mandará que le reconozca aquel para que declare el estado en que se halla, las heridas que tiene, en qué parte del cuerpo &c. Despues tomará declaracion al herido bajo juramento, preguntándole cómo sucedió el caso, quién le hirió, con qué instrumento, á presencia de qué personas; y sabido el agresor por esta declaracion, mandará prenderle. Pero si á la sazon que el juez fuere á tomar declaracion al herido, no le hallare capaz

das fueron ó no mortales. (De Sessé decis. 111.), cuando por otra via no pueda constar del cuerpo del delito, *ejecutandose esta diligencia sin necesidad de ocurrir al obispo ó su vicario* (Bobadilla libro 3.° de su *Politica* cap. 5. num. 93 Colder. decis. 9. num. 44.); pero siempre con grande reverencia y veneracion a la iglesia, presenciando el acto los médicos, cirujanos, el juez y escribano, con restitucion inmediatamente del cadaver, verificadas la cisura y designacion, al lugar del sepulcro, en que no deben poner los jueces eclesiásticos inconveniente á los magistrados Reales, y sí auxiliarles con su brazo y autoridad para que los delitos no queden impunes." En favor del señor Elizondo, que no exige la venia del juez eclesiástico para el desenterramiento y reconocimiento del cadaver, hace que de lo contrario podria por una considerable retardacion de aquel aumentarse mucho la corrupcion, y ser muy difícil reconocerle. Gutierrez *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 126 en la nota.

* »Como los cuerpos experimentan por punto general grandes mutaciones luego que cesa la vida, son muy pocos los conocimientos que puede suministrar el examen de los cadáveres exhumados. Los que se han dedicado á averiguar las causas mortíferas por medio de las disecciones anatómicas habrán visto muchas veces que es mas frecuente hallar los efectos de la muerte, que la verdadera causa de la enfermedad; pero sea de esto lo que fuere, ademas de que es inútil la disección del cadaver cuando está ya corrompido, es tambien peligrosa, y no se puede obligar á ningun cirujano á que la ejecute. Por consiguiente hablando de cadáveres exhumados, solo deben entenderse bajo este nombre los que se conserven frescos é incorruptos." (Foderé tom. 4. cap. 15. cit. §. 16.) Gutierrez *Práctica criminal*, tom. 1.° cit. pag. 139 en la nota.

de hacerla, encargará al cirujano y asistentes que le avisen luego que lo esté, y haciéndolo estos no perderá momento para tomársela. Como á veces sucede que el mismo cirujano ó los que cuidan del herido tienen interes en que este no declare, ya porque estan hablados ó sobornados por el agresor ó sus parientes, cuidará el juez de visitar continuamente al herido, llevando siempre consigo al cirujano y escribano para que este lo ponga por diligencia, si aquel bajo de juramento expresa que no se halla el enfermo en estado da declarar. De este modo quedará el juez á cubierto, y no se le culpará de omiso en el tribunal superior.

36. Para el reconocimiento de las heridas se nombrarán ademas otro ú otros dos facultativos, quienes deben declarar cuantas son aquellas, sus sintomas y accidentes, en qué parte del cuerpo se hallan, su calidad, longitud y profundidad, con qué instrumento fueron hechas, y el estado en que se hallan, qué método se ha observado y debe observarse en la curacion, si el enfermo se restablecerá en mucho ó poco tiempo, si debe ó no guardar cama, si podrá durante la cura ejercer su oficio ó empleo, y en suma no ha de omitirse circunstancia alguna que pueda dar al juez un conocimiento exacto de todo lo ocurrido para el acierto de su fallo.

37. Si se encontrare al herido en despoblado ó en la calle, se le llevará á su casa, y si no la tuviere ó fuere pobre, será trasladado al hospital, y no habiéndole, á otro parage donde pueda curarse, encargando á los asistentes que le cuiden bien.

38. Asimismo se ha de intimar al herido que observe cuanto le prescriban los facultativos, con apercibimiento que de lo contrario será responsable de las resultas; y á aquellos se encargará que le asistan con el mayor cuidado, dando parte al juez de cualquiera novedad que ocurra. Si el herido sanase, harán declaracion de ello, expresando desde que dia se puso bueno; pero si al contrario muriere, lo avisarán al juez, quien mandará al escribano poner la correspondiente fe de muerto, y á los facultativos que le asistieron mandará declarar si la muerte provino de las heridas; pues en caso de no ser asi, no debe ser responsable de aquella el agresor. Si no resultare la muerte, y si alguna lesion que impida al herido ganar su sustento y el de su familia, deberá tambien constar esto en la declaracion; pues en tal caso debe condenar el juez al ofensor en la indemnizacion competente. Si los facultativos discordaren en sus declaraciones, se nombrará un tercero en discordia.

39. Aunque solo á los facultativos corresponde la instruccion peculiar en las materias de su arte para hacer del modo debido las declaraciones, sean médicas ó quirúrgicas, sin embargo no estará por demas dar á los jueces y escribanos alguna nocion acerca de las diversas calidades de heridas, como se hizo en orden á las señales características del envenenamiento y otros géneros de homicidios, extractando la doctrina del señor Gutierrez relativa á estas materias; pues aunque toda ella está tomada de buenos autores, abunda en pormenores, cuyo conocimiento es mas propio de los facultativos que de los que tienen distinta profesion.

40. Herida se llama en términos del arte toda lesion hecha con violencia en el cuerpo humano, de la cual puede resultar conmocion, solucion de continuidad, contusion, fractura, quemadura, dilaceracion, torsion ó laxacion.

41. Aunque hay muchas diferencias entre las heridas con respecto á sus resultas, pueden reducirse todas á seis clases. Unas son *leves*, otras *incurables*, otras *mortales por accidente*, otras *mortales por falta de socorro*, otras *por lo comun ó por la mayer parte*, y otras en fin *son absolutamente mortales.*

42. Las *leves* son las que únicamente interesan los tegumentos, tegido celular y alguna porcion de músculos. Cúranse con mas ó menos facilidad, segun la destreza y pericia del cirujano, temperamento del herido, edad, fuerzas y demas circunstancias que se explican en la Higiene. Corresponden á esta clase las lujaciones y fracturas simples, cuando pueden reponerse facilmente, y algunas heridas complicadas, cuya curacion es tan facil como la de las heridas simples.

43. Las heridas *incurables* son aquellas que á pesar de cuantos remedios prescribe la cirugía duran toda la vida, como por ejemplo, las fistulas originadas de las heridas del estómago, intestinos &c. Heridas *mortales por acaso ó por accidente* se llaman todas las que por sí mismas son muy poco ó nada peligrosas, y que casi siempre pueden curarse; pero que se hacen mortales por culpa del enfermo, ó por algunos errores del cirujano en su curacion: por culpa del enfermo cuando no observa el régimen que le prescribe el facultativo, ó cuando tales heridas recaen en sugetos enfermizos ó de mal hábito: por error, omision ó falta de luces del cirujano, cuando no tomó las precauciones necesarias para prevenir ó corregir los síntomas y accidentes, como puede acontecer en las heridas de cabeza con fractura y efusion de sangre que no se extrajo, siendo esto porible, y en las del pecho con

lesion de alguna arteria intercostal que no se ligó pudiendo hacerse.

44. Las heridas mortales por *falta de auxilio* son las que no siéndolo absolutamente ni por lo comun, quitan la vida à los enfermos por no haberse aplicado pronta y oportunamente los socorros que exigian, y con los que un facultativo hábil, si hubiese llegado à tiempo, habria logrado hacer una cura feliz.

45. Las heridas *mortales por la mayor parte ó por lo comun* son aquellas cuya curacion tiene las mas veces malas resultas, ó por mejor decir, no liberta por lo regular à los heridos de la muerte. De esta clase son las heridas muy complicadas en que sobrevienen accidentes funestos. Los facultativos deben proceder con sumo cuidado y circunspeccion en declarar una herida *mortal por lo comun*, porque si muere el enfermo, se impondrá al reo la misma pena que si se hubiese declarado la herida *mortal de necesidad*.

46. Ultimamente las heridas *absoluta y necesariamente mortales* son las que ni por la naturaleza ni por el arte pueden curarse, y de ellas unas matan repentinamente, y otras tardan en quitar la vida mas ó menos tiempo, lo cual podrán pronosticar con facilidad los que esten instruidos en la fisiología y anatomía.

47. El delito de estupro ó desfloramiento tiene cierta conexion con el anterior, por la lesion que se hace à la estuprada asi corporal como mortalmente. La justificacion de este delito es harto dificil, pues como dice Foderé (1), por graves que sean las señales del desfloramiento, como basta un solo dia de descanso ó interrupcion para disiparlas, no se puede hacer uso de ellas cuando se ha pasado algun tiempo desde que se tuvo el acceso carnal. El célebre Bufon (2), hablando de la virginidad, dice que siendo esta un ser moral y una virtud que principalmente consiste en la pureza de corazon, ha llegado à ser un objeto fisico que ha merecido la atencion de todos los hombres, quienes han establecido sobre este particular opiniones, usos, ceremonias, supersticiones, y aun sentencias y penas, autorizando los abusos mas ilícitos y las costumbres mas incidentes: han sujetado al exámen de matronas ignorantes, y expuesto à los ojos de médicos preocupados las partes mas secretas de la naturaleza, sin reflexionar que semejante indecencia es un atentado contra la virginidad; que es violarla el procurar reconocerla, y que toda situacion indecorosa, y todo estado indecente que debe causar rubor à una doncella, es una verdadera desfloracion. Por otra

1 *Medicina legal*, tom. 2. cap. 2 pag. 32.

2 *Historia natural*, tom. 4. pag. 81 y siguientes.

parte la anatomia deja problemática la existencia de la membrana del *himen* y de las carúnculas, y de consiguiente podemos repeler estas señales de virginidad como dudosas, y aun imaginarias. El mismo arbitrio nos queda para otro signo mas comun, y sin embargo igualmente equívoco, el cual es la efusion de sangre. En todos tiempos se ha creido que esta efusion era prueba real de la virginidad, y con todo es evidente que este supuesto indicio es nulo en todas sus circunstancias, en que la entrada de la vagina ha podido relajarse ó dilatarse naturalmente. Asi se ve que muchas doncellas, aunque intactas, no derraman sangre, y que otras que no lo estan, no dejan sin embargo de derramarla; unas en quienes la efusion es abundante y reiterada; otras en quienes solo se verifica una vez, y en muy corta cantidad; y otras en quienes no hay ninguna efusion de sangre, lo cual depende de la edad, de la salud, de la conformacion y de otro gran número de circunstancias. Nuestras costumbres son causa de que las mugeres no sean sinceras en órden à este artículo; pero con todo ha habido mas de una que han confesado los hechos que acabo de referir (*se han omitido por no dilatarnos mas*), y segun esta confesion, hay mugeres cuya supuesta virginidad se ha renovado hasta cuatro y cinco veces en el discurso de dos ó tres años."

48. »De lo dicho se infiere no haber cosa mas quimérica que las preocupaciones de los hombres en este particular, ni mas incierta que las imaginadas señales de virginidad en el cuerpo. Una muchacha tendrá comercio con un hombre por la primera vez antes de la pubertad, sin dar no obstante ninguna señal de esta virginidad; y pasado algun tiempo de interrupcion la misma muchacha, si está sana, cuando haya llegado à la pubertad, apenas dejará de dar todas estas señales, y derramar sangre en los nuevos contactos; de suerte que no será doncella hasta despues de haber perdido su virginidad, y aun podrá volver à serlo muchas veces consecutivamente con las mismas condiciones; y por el contrario, otra que efectivamente estará virgen, no será doncella, ó por mejor decir no tendrá la mas leve apariencia de serlo. En vista de lo dicho deberian los hombres tranquilizarse en esta materia, y no entregarse, como suelen hacerlo, à sospechas injustas, ni à júbilos falaces, segun se les figura tener motivo para uno y otro.

49. Sin embargo de lo dicho, aseguran Vidal (1) y Foderé (2),

1 *Cirugia forense*, cap. 6. num. 1 y 2. 2 *Medicina legal*, cap. 2. pag. 38.

que si los cirujanos fueren llamados poco despues del coito, podrán en algunos casos conocer sus efectos. Véase como se esplica el primero. »Cuando despues del concúbito se observa que la extremidad del clítoris y los grandes labios de la vulva estan contusos, hinchados ó líbidos, la entrada de la vagina rasgada y cruenta, las carúngulas mirtiformes, contusas, laceradas, sanguinolentas y apartadas, las fibras membranosas que unen estas carúngulas entre sí tambien rasgadas y sanguinolentas, y dificultad en el andar, se podrá declarar que la tal doncella fue desflorada, pero la decision de la verdadera causa se debe dejar para los jueces."

50. Si unos autores de tanto crédito encuentran tales dificultades para acreditar la desfloracion, ¿que precio deberá hacerse de la declaracion de dos matronas, con la cual en concepto de nuestros prácticos debe calificarse este delito? Por estas razones y otras que se omiten en obsequio de la verdad, opina el señor Gutierrez (1), que nunca ó casi nunca debiera tratarse en juicio de probar el desfloramiento ni virginidad como cosas improbables por la falencia de todas las señales, y por los artificios à que se puede recurrir; mayormente cuando aun pudiendo deponerse alguna que otra vez sobre ellas, se necesita tanta instruccion y sagacidad para descubrirlas, que muy raro facultativo se hallará capaz de hacer tal descubrimiento, y de consiguiente casi todos han de formar juicios errados ó inciertos.

51. No menos dificultad ofrece la prueba del delito de violacion, ó sea la violencia que se hace à una muger para abusar de ella contra su voluntad. Cometiéndose este delito sin testigos, como es regular, lejos de ser facil justificarle, parece casi imposible que un solo hombre pueda cometerle, no habiendo mucha desproporcion en la edad, ó no valiéndose de algun artificio, como del uso de los narcóticos ú otras cosas semejantes; pues la muger tiene mas medios para oponerse à la violencia, que el hombre para vencer la resistencia que se le opone. Las pruebas de la violacion se han de sacar de la comparacion que se haga entre la edad de la muger acusadora y el acusado, y entre las fuerzas de ambos; como tambien de las señales de violencia que se hallen en las partes sexuales; pero sin embargo, siempre ó casi siempre que se trate de averiguar aquella se advertirá mucha oscuridad, y podrán padecerse crasas y fatales equivocaciones. Por otra parte, no es muy dificil que una muger sagaz se valga de la seduc-

1 *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 164.

cion ó de otros artificios para quejarse luego de haber sido violada (1).

52. En cuanto á la preñez que suele resultar del desfloramiento y la violacion, tambien se ofrecen grandes dificultades para justificarla, mayormente cuando no está adelantado el embarazo. En tal caso es preciso acudir á las señales que lo indiquen, por ejemplo, la retencion del menstruo, el aumento sucesivo del vientre y de los pechos, la inapetencia, las náuseas, vómitos &c. Estas y otras señales semejantes se llaman *racionales*, pero son muy equívocas; pues por una parte no siempre la falta de menstruacion es indicio de preñez, y por otra los síntomas indicados suelen hallarse tambien en las doncellas por otras causas. Hay otras señales *particulares ó sensibles*, que se adquieren por medio de un atento exámen del estado del cuerpo, del cuello y orificio del útero. Unidas estas con las anteriores, como debe hacerse para decidir sobre la existencia de la preñez, reciben un grado mayor de evidencia, ó se disminuye mucho su incertidumbre, por lo que comparando unas con otras el buen facultativo, podrá conocer lo que baste para satisfacer à los jueces. En los casos dudosos debe consultar con otros profesores, proceder con mucho tiento en sus decisiones, y esperar que el tiempo, que tantas veces oculta lo manifiesto, descorra el velo, que ni con las doctrinas de los actores, ni con las mas escrupulosas investigaciones puede descorrerse.

53. Pasando ahora el delito de hurto, si este sucediese en la iglesia, formará el juez el correspondiente auto de oficio, y luego acompañado del escribano y testigos, pasará à aquella, la reconocerá toda, mandará poner por fe y diligéncia lo que se encuentre y pueda conducir à la averiguacion del robo, ya sean las mismas cosas que se intentaron extraer, ya los instrumentos con que se hubiere hecho la efraccion, como barrenos, escoplos, limas &c. expresando en la diligencia el estado en que se halló, dónde estaba, y qué sugetos lo presenciaron; todo lo cual se señalará y depositará. Luego se tomará declaracion à los testigos que concurrieron con el juez à la iglesia, manifestándoles todo lo que en ella se hubiere encontrado (dando fe el escribano de ser lo mismo), para que lo reconozcan, digan si es lo propio que se halló, se les preguntará si saben de quién sea, ó à quién se lo han visto, y si hubiere algunas citas sobre esto, se evacuarán.

1 Véase á Foderé en la obra cit. tom. 4. cap. 2.

54. Iguales diligencias han de practicarse cuando el robo se haya hecho en alguna casa particular; bien entendido que asi en este caso como en el anterior, se debe justificar la existencia antecedente de las cosas hurtadas en poder del robado ó en el parage de donde se extrageron, pues sin esto no se puede acreditar el cuerpo del delito (1). Al intento si la iglesia hubiere sido robada, examinará el juez al sacristan, mayordomo de fábrica y demas personas que puedan saber del dinero ó alhajas que hubieren faltado, expresando con individualidad lo extraido y su anterior existencia en el sitio de donde faltó, y declarando que lo saben por haberlo visto ó por otra razon. Para mayor comprobacion de esto pueden practicarse dos cosas: 1.ª cuando el juez pase à la iglesia à reconocerla, mande hacer descripcion de las alhajas que se hallen en ella, y se cuente el dinero que hubiere quedado, à presencia de los testigos y escribano, poniéndolo este por diligencia: 2.ª que se testimonie el inventario que hubiese de las alhajas que tenia la iglesia, y se tome razon del dinero que existia en el archivo, para cuyo efecto se hará saber à la persona en cuyo poder obren los documentos que lo acrediten, los exhiba, recibiendo justificacion de como todas las alhajas inventariadas existian en la iglesia, por cuyo medio se vendrá en conocimiento de las que falten.

55. A veces sucede que se sorprende á los ladrones con las cosas robadas, en cuyo caso mandará el juez que se les registre inmediatamente con toda escrupulosidad ante el escribano y testigos, y cuanto se les encuentre se inventariará en el proceso, expresando las señas que tenga, y se pondrá en poder del escribano. Despues serán examinados los testigos que presenciaron el registro, y se les pondrán de manifiesto las alhajas aprendidas para que declaren si son las mismas que se les cogieron.

56. Cuando de lo actuado resulta alguna sospecha ó presuncion contra alguno ó algunos, pasará el juez con el escribano y testigos à sus casas, y las reconocerá; y encontrando en ellas cosas robadas, se recogerán, reseñalarán, y se pondrá por fe y diligencia cuanto se hubiese encontrado, dónde, cómo y de qué modo; examinándose tambien todas aquellas personas que se hallaren presentes al registro para que depongan lo que expresa la diligencia, y se les manifestarán las alhajas encontradas para que las reconozcan y digan si son las mismas que entonces vieron.

1 Mathea *de re crim.* controv. 35. num. 10.

57. Cuando el robo fue hecho con efraccion ó rompimiento de puertas, ventanas, cómodas &c., debe hacer el juez que estas sean reconocidas por peritos, no contentándose con que el escribano ponga fe del rompimiento ó lo expresen algunos testigos, pues solo à los peritos ha de darse crédito en las materias concernientes à su oficio ó arte, y por este medio se prueba el cuerpo del delito. Asi que siendo el rompimiento de paredes, harán el reconocimiento dos maestros de obras ó albañiles; si fuere de cómoda, cofre, arca, puertas, ventanas &c., las reconocerán los carpinteros ó evanistas; y si cerraduras ú otras cosas de hierro, se hará el reconocimiento por cerrageros ó herreros, y asi respectivamente en las demas efracciones; procurando tambien el juez, que los rompimientos se reconozcan antes de repararse ó componerse lo rompido; pero habiéndose ya ejecutado esta composicion, hará que los que la hicieron declaren el estado en que se hallaba la cosa antes de componerla ó repararla.

58. Para mayor instruccion de esta materia de hurtos especificaré algunos, manifestando las diligencias particulares que se hacen para la averiguacion de ellos, ademas de las generales que se practican en todos; para cuya explicacion me valdré de la doctrina del señor Sanz en su tratado del *modo de instruir y sustanciar las causas criminales*, á quien siguió tambien el señor Gutierrez, bien que omitiendo algunos de los casos que aqui se expresan.

59. Si el robo fuere de granos sacados de alguna panera, pasará el juez à ella con el escribano y testigos; se pondrá por diligencia lo que en ella se observe; mandará que se mida por dos personas el grano que en ella existe, y que se deposite. Si tiene noticia ó sospecha del sitio dónde para lo robado, irá allá, y hará el conducente registro, y encontrando alguna cosa que se presuma ser de lo hurtado, se medirá por dos sugetos, se recogerá y depositará judicialmente en alguna trox ó casa de algun vecino, donde se cerrará, y recogerá la llave el juez, poniéndose todo por diligencia. Luego examinará asi à los testigos que concurrieren à la panera, como à los que asistieren al registro, para que unos y otros digan lo que vieron, y à todos los demas que sepan del robo, y especialmente al robado, à quien se le preguntará cuánto grano tenia antes del insulto, qué personas lo sabian ó lo habian visto; y á todos, aunque sean la muger, hijos ó criados, se hará que depongan, para que declaren la anterior existencia y falta, y ademas de esto se les pondrá presente el

grano depositado, y hallado en casa del reo, para que expresen si es la misma calidad y especie que el que estaba en la panera. Despues de esto se nombrarán dos labradores, para que cotejando el grano hallado en casa del reo, con el que habia en la panera (que de ser uno y otro lo mismo dará fe el escribano), declaren con juramento si es lo propio lo uno que lo otro, y si convienen entre sí.

60. Si se roban las mieses de la era ó de las heredades, se registrará la casa ó era del que se sospeche reo, y los haces que se encuentren se depositarán, nombrándose dos labradores para que estos cotejen las mieses halladas en la casa ó era del robador, con las que el robado tuviese en la tierra ó era de donde hubiesen faltado, y declararán si convienen unas con otras, y si son de una misma calidad: y ademas de esto se examinarán los que las segaron, los que las condujeron à las eras. y unos y otros reconocerán las depositadas, y dirán si estas son de las propias que segaron ó acarrearon y faltan; y lo mismo hará el robado.

61. Cuando hubiesen abierto alguna bodega rompiendo sus puertas ó cerraduras, se harán las diligencias y reconocimientos que quedan sentados en los anteriores casos, y ademas si hubiese faltado vino se tratará de justificar cuánto habia en ella, cuánto se echa de menos, examinando para ello al dueño y demas que este dijese lo pueden saber.

62. Si hubiese sospecha fundada de que alguno quitó el vino, se le registrará su casa, y hallándose alguna porcion, se recogerá y mandará que dos peritos lo prueben, como tambien el del robado, y cotejando el uno con el otro, declararán si en el color y en el sabor convienen, dando la razon de todo ello.

63. Cuando se hubiese descorchado algun colmenar, pasará á él el juez con el escribano y testigos, y habiendo fracturas de paredes ó puertas, se harán las diligencias que muchas veces van ya repetidas, y ademas de esto se nombrarán dos peritos que reconozcan y declaren el estado que tienen las colmenas, y cuanto sea conducente, asi para justificar el cuerpo de este delito, como el daño que han padecido. Se tratará de averiguar cuántas colmenas habia antes del descorcho, en qué estado se hallaban, y para ello se examinará al robado, y à los que este dijese lo podian deponer.

64. Acerca del hurto de ganado lanar, debo advertir lo primero, que unos roban las cabezas ó reses para incorporarlas con sus rebaños, quitándoles las marcas ó señales que tienen, y po-

niéndoles otras distintas; otros las matan para comérselas, y otros las venden. En el primero de estos casos para justificar el cuerpo del delito se recibirá informacion de que à N. le han faltado tantas cabezas de ganado, examinando al dueño de este, sus pastores y demas personas que puedan saberlo; y resultando del proceso prueba ó indicios de que se hallan en el ganado de F., pasarán à donde este se halle el juez con el escribano, el robado, sus pastores y testigos que hayan depuesto la falta de reses del ganado de N., y les mandará que las vayan entresacando del de F.: se pondrán aparte, y se depositarán, dando fe el escribano; y para mayor comprobacion de lo referido hará que el robado, sus pastores y los testigos declaren que aquellas reses que entresacaron del ganado de F. son propias de N., y las mismas que le faltaron de su ganado.

65. Para que esta diligencia salga bien ejecutada, lo mas acertado será que uno por uno de dichos pastores y testigos vayan entresacando las reses, sin que los unos vean lo que hacen los otros; y luego que uno las haya entresacado, se volverán las reses al rebaño poniéndolas alguna señal: inmediatamente hará otro lo mismo, y asi sucesivamente todos, porque entresacando estos unas mismas se hace eficaz la prueba. Ademas de esto nombrará el juez dos pastores que vean y reconozcan las reses entresacadas, y declaren si fuera de la señal que les ha puesto el ladron, se indica haber tenido otra, y si hay vestigios de ella, y de quién sea, y en qué parte se hallaba, y si conviene el lugar en que estaba la señal desfigurada, con el mismo en que la tienen las ovejas del robado, para cuyo efecto reconocerá tambien estas.

66. Para justificar el cuerpo del delito en el segundo caso, esto es, cúando el ladron las hurta para comerlas, resultando acreditado en autos, ó habiendo alguna sospecha calificada por la deposicion de algunos testigos, que alguno ha quitado reses, pasará el Juez á su casa con el escribano y testigos, y hallando en ella carne, pellejos ú otra cosa que arguya ser robada se depositará poniéndolo todo por diligencia; y se examinará à los que concurrieron al registro, para que reconozcan y declaren lo que vieron, segun se ha dicho se debe hacer en otros registros.

67. Luego recibirá justificacion de à qué persona han faltado reses lanares, y à todas y à sus pastores se las examinará, para que expresen las que han echado de menos, y si saben quién las quitó, y dirán de qué señal usaba el robado en su ganado, y en que sitio de la res se ponia, y si hubiese pieles depositadas y re-

cogidas de casa ó poder de algunos de los reos, se harán presentes al robado y sus pastores para que declaren si son de las suyas ó no.

68. Si las pieles tuviesen señal, las reconocerán dos pastores, y declararán quién usa de ella; y al dueño y sus pastores se les examinará, y reconocerán estas, expresando si aquella señal es de la que usa en su ganado, y si le han faltado reses, cuántas, en qué tiempo y de qué sitio. Si semejantes ladrones hubiesen vendido la carne, se tratará de averiguar á quién, y se le examinará, para que diga lo que hubiese habido. En todos estos casos será muy útil y aun necesario, que luego que se hallasen en casa del reo pieles ó carne, se le tome su declaracion ante todas cosas, para que diga de donde lo hubo, y quién se lo dió, y se evacuarán las citas que hiciese, porque saliendo falsas, se le recargará mejor en la confesion, y podrá convencérsele con lo mismo que dicen los citados por él. En el tercer caso, esto es, cuando despues de haberlas hurtado, las venden, se hará lo mismo que abajo se dirá en el hurto de caballerías.

69. En los de cerdos se ejecutará lo propio que en los de reses lanares y otros de esta clase.

70. Otros se emplean en hurtar caballerías mayores y menores, segun se les proporciona la ocasion, y muchas veces por sospechas de que son mal habidas, se les aprende con ellas, y lo que ha de hacer la justicia es formar el auto de oficio correspondiente, prender al reo, depositar las caballerías, y encargar al depositario las tenga con el mayor cuidado y custodia, sin permitir á los que se digan dueños de ellas ni á otros que las vean y reconozcan hasta que el juez lo mande.

71. Si viniese el dueño en seguimiento del ladron, se le examinará, y lo mismo se ejecutará cuando estuviese ausente, sabiéndose quién es, y para ello se le hará comparecer ante la justicia que conoce de la causa, y en uno y otro caso se le preguntará cuándo le faltó la caballería, en qué parage se hallaba, qué señas tiene, quién se la quitó, qué personas se la vieron poseer antes del robo, y á todas, ó á lo menos dos, las examinará para que evacuen la cita, expresando todas las señas que tuviese; y ejecutado esto, se les manifestará la caballería aprendida para que el robado declare si es la misma que le quitaron, y los testestigos la que le faltó, y le vieron poseer antes del hurto.

72. Tambien se podrá hacer que la caballería robada se ponga entre otras, y que el dueño de ella, y los testigos la saquen de entre ellas, señalándola, y diciendo aquel ser la suya, y estos

la que le vieron tenia antes del robo, lo que aconseja Reinaldo (1); pero esto solo se hará cuando el robado y testigos no la hubiesen visto despues que se aprendió con ella al ladron.

73. Ademas de lo referido se mandará que dos albéitares la reconozcan, y declaren si las señas que dan el robado y testigos convienen con las que tiene dicha caballería, y declarando que si, se podrá entregar al dueño, porque ya entonces está bien justificado el cuerpo del delito.

74. Si no apareciese quien sea el dueño de la caballería, y el reo declarase ser hurtada, se venderá en pública subasta, y con las formalidades prevenidas por derecho, y antes de hacerlo declararán dos albéitares con juramento las señas que tuviese, para que si despues viniese el dueño se coteje por las que este diese, y en este caso se podrá prevenir al comprador no la enagene prontamente, para que si despues viniese el dueño, la vea y reconozca, declarando si es la que le faltó, y qué susugetos se la vieron antes del hurto, y á estos se les examinará como va dicho.

75. Si muriese alguna caballería de las cogidas á los reos, tambien declararán judicialmente dos albéitares las señas que tuviese, y en este caso se podrá quitarla el pellejo, y guardarle en el modo posible, para que si despues viniese el dueño, ó se supiese quién es, se le examine sobre su falta y anterior existencia, y señas que tenia; y hecho se le manifestará el pellejo para que le reconozca y declare si es de la caballeria que le hurtaron, y lo mismo se hará con los testigos que aquel dijese puedan deponer su anterior existencia y falta: hecho esto los dos albéitares cotejarán las señas que diesen aquellos con las que tiene el pellejo y resultan del proceso, y dirán si convienen ó no.

76. Otras veces semejantes ladrones venden las caballerías, y teniendo noticia el dueño del paradero de la que le hurtaron, trata de recogerla de poder del comprador, quien sabiendo judicial ó extrajudicialmente que es suya, se la suele entregar sin dilacion alguna, por evitar entre ellos pleitos. En este caso, para justificar este delito, y quién le cometió, se ha de examinar lo primero al robado, para que diga cuándo le faltó, y de quién la recogió; lo segundo al comprador, para que exprese quien se la vendió, cómo y cuándo, y si es cierto se la entregó al dueño; y lo tercero á los que se hallaron presentes al

1 Lib. 2. *Observ.* cap. 14. num. 322.

tiempo de la venta, para que digan quién fue el vendedor, y lo demas que pasó. Hecho esto, se recogerá la caballería de poder del dueño, y se depositará y manifestará à este, al comprador y sugetos que presenciaron la venta para que declaren separadamente; el dueño que aquella caballería es la misma que le faltó, y recogió de mano del comprador; este, que es la propia que le vendió el ladron, y cogió de su poder el dueño; y los testigos que aquella es la que vieron comprar à N. la que le vendió N. Ademas de esto se examinarán dos ó tres personas, vecinos del pueblo del robado, para que depongan la anterior existencia en poder de este, y se les manifestará tambien, para que declaren si es la misma que antes del hurto tenia y le faltó. Si el comprador y testigos presenciales à la venta no conocieren al vendedor por su nombre, apellido ó vecindad, darán las señas que advirtieron en él, para que asi se le pueda prender; y se les preguntará si caso que le viesen le conocerán, y respondiendo que si, si despues en fuerza de las señas que ellos dieron, ó por otro motivo se le prendiese, es preciso para justificar la identidad de la persona del vendedor, el que aquellos le reconozcan en rueda de presos (1).

77. Como la falsificacion de moneda es un hurto muy grave hecho al Soberano y à la causa pública, diré ahora lo que debe ejecutarse para la averiguacion de este crimen. Luego que el juez tenga noticias ó sospechas fundadas de que alguno la fabrica, pasará con el escribano y testigos à la casa ó sitio en donde se sabe ó presume que se hace para reconocerle ó registrarle todo cuidadosamente, y hallándose moldes, cuños, ceniza, metal y otros cualesquiera instrumentos y materiales aptos para dicha fábrica, ó algunas monedas, se recogerá, señalará y pondrá todo en poder del escribano, quien ha de poner la correspondiente diligencia de ello. Despues examinará el juez por sí mismo à los que fueron testigos del registro, à fin de que declaren del mismo modo que en los casos anteriores.

78. Tambien serán examinados los criados y domésticos de la casa en donde se fabricaba moneda, para que digan quién era el fabricante, en qué lugar se hacia, quiénes concurrieron à ello, qué monedas vieron vaciar, dónde paran, y cuáles sugetos las expendian, manifestándoseles todo lo aprendido en casa del reo para reconocerlo, expresando si con ello se fabri-

1 Este reconocimiento en rueda de presos es muy falible, segun haré ver mas adelante tratando de este particular.

caba la moneda. Si hubiere algunas otras personas que hayan visto lo referido ó sepan alguna cosa, se las examinará tambien.

79. Los jueces han de ser muy solícitos en buscar las monedas fabricadas, señalando y poniendo en poder del escribano las que recogiesen, examinando á los sugetos de quienes las hubiesen recogido, para que declaren de dónde las hubieron, y por qué manos han andado, evacuando cuantas citas se hiciesen hasta averiguar, si es posible, quién fue el primero que las dió, y mostrándolas á todos para reconocerlas, y decir si son las mismas que pasaron de unos á otros.

80. Inmediatamente que se prenda á los reos, mandará el juez que á su presencia, la del escribano y testigos se les registre, y hallándoles alguna moneda falsa, cuño ú otra cosa, se recogerá, se pondrán sus señas en autos, se reseñará presentes los reos, y despues se mostrará á los testigos para que reconociéndola expresen si es lo mismo que al prenderlos se encontró á los reos, á quienes tambien se manifestará en su confesion con el mismo fin. A los domésticos que vieron fabricar monedas se les pondrán de manifiesto las recogidas, dando fe el escribano de ser las mismas, para que las reconozcan y digan si son de las que vieron hacer.

81. Ademas se nombrarán dos plateros, que viendo las monedas recogidas ó aprendidas al reo, los moldes, cuños y demas cosas que se hallaron en su casa al tiempo del registro, declaren con juramento si dichos instrumentos son aptos para fabricar moneda falsa, y señaladamente para esto: si los materiales son á propósito para imprimirse los sellos de las armas Reales, y si las monedas recogidas se fabricaron ó pudieron fabricar con los tales moldes y materiales, expresando todo lo demas que sea conducente segun la calidad de las cosas encontradas. Tambien reconocerán el sitio donde se fabricaba la moneda, para declarar si era proporcionado para ello, segun los vestigios ó señales que hubiese. Finalmente en estas causas se tratará de averiguar quién hizo los moldes, cuños y demas instrumentos aptos para dicha fábrica, quiénes concurrian á ello, llevaban los materiales, y á dónde distribuían las monedas sabiendo que eran falsas, y procederá contra ellos.

82. Explicando lo que debe practicarse para averiguar el delito de falsificacion de moneda, trataré de otras falsificaciones de distinta especie. Sea la primera cuando un escribano otorga una escritura pública poniendo en ella cosa diversa ó contraria de lo que las partes dijeron, quisieron ó trataron. Para justifi-

car el cuerpo de este delito, es preciso que todos los testigos instrumentales y demas que intervinieron en la escritura digan con juramento, ó que ellos no asistieron á su otorgamiento ni fueron tales testigos, ó que lo contenido en ella no es lo que dijeron los contratantes, expresando entonces lo que trataron y dijeron. Indirectamente puede tambien falsificarse el instrumento por testigos, como si se acreditase que en el dia que suena hecho, v. gr. en Madrid, estaba el otorgante, ó el escribano, ó algun testigo en otro pueblo distante. Si otro cualquiera que no sea escribano, suplantando la firma de este y la de los testigos, hiciere un instrumento falso, se examinará á dicho escribano para que declare si se otorgó ante él, si son suyos el signo y la firma, de su puño y letra, y por tal la reconoce, como tambien á los testigos, á fin de que depongan si se hallaron presentes á su otorgamiento, y si son suyas las firmas que hubiese. Ademas de esto se nombrarán dos maestros de primeras letras ó escribanos para que cotejen el signo y firma del escribano y testigos con otros de los mismos, y declaren si convienen las de dicho instrumento con las de otros en que haya firmas de los mismos, que para ello mandará el juez se tengan presentes. Otra especie de falsedad se comete rompiendo, cancelando, quitando, añadiendo ó interlineando alguna cosa á un instrumento en parte sustancial; en cuyo caso se prueba el cuerpo del delito por la vista ocular ó examen que de ello se mandará hacer por dos maestros de primeras letras ó escribanos. Ultimamente, cuando se falsean bulas de su Santidad, cédulas del Rey ú otros cualesquiera documentos, para probar el cuerpo del delito, se cotejarán los instrumentos falsos con otros legítimos por dos conocedores ó peritos.

83. En cuanto al delito de usar de medidas ó pesas falsas ó diminutas, se justificará comprobando estas dos peritos con las legítimas que estan depositadas como legales y públicas, de cuya comprobacion resultará cuanto tienen aquellas de menos.

84. Otra de las falsedades que mencioné en el prontuario de delitos y penas, es la suposicion de parto que no ha habido. Para justificar el cuerpo de este delito se mandará que dos comadres ó cirujanos, segun la proporcion que hubiere, reconozcan á la muger que ha supuesto ó fingido el parto, y declaren si se conoce que haya parido, y cuánto tiempo habrá, dando las razones que para ello tuvieren. Tambien se preguntará á aquella qué personas estuvieron presentes al tiempo del parto, y á todas se les examinará para que declaren si es cierto haber parido: y di-

ciendo que sí, se les pondrá presente la criatura para que declaren si es la misma ó es supuesta. Asimismo se averiguará de quién sea la criatura que tomó la muger que supuso el parto, quién se la dió, y acreditando ser la madre legítima, se le manifestará á esta para que declare si es su hija, y diciendo que sí, expresará qué personas se hallaron presentes al parto, para que estas la vean y reconozcan si es la que verdaderamente parió, y justificando que esta es su madre verdadera, se la entregará y quitará la supuesta. Otras muchas falsedades hay parecidas á las anteriores, cuya enumeracion haria demasiado prolijo este capítulo, ademas de que por lo dicho en orden á la justificacion de las que van referidas, puede gobernarse el juez para otras que ocurran.

85. En los delitos de tumulto, asonada ó sedicion, se probará el cuerpo del delito, justificando que los amotinados se congregaron en cierto lugar, que iban con armas ó sin ellas, que clamaban y voceaban para que se hiciese tal cosa, con lo demas que hubiese ocurrido. Se tratará de averiguar quiénes fueron los que hacian lo referido, y quién ó quiénes fueron los autores y concitadores de todo esto (1); y si para ello hubo juntas, dónde se hicieron, y quiénes concurrieron á ellas. Si se hubiesen ocacionado muertes, heridas, robos y otros cualesquiera delitos, se justificará el cuerpo de ellos, segun se dice en los casos de esta naturaleza; y tambien se averiguará quién fue el que los causó, y contra todos se procederá, procurando aclarar bien lo que hubiese contra cada uno.

86. Cuando se hubiesen puesto en parages públicos ú otros, pasquines ó libelos infamatorios, pasará el juez con el escribano al sitio donde estuvieren, y mandará á este los arranque, recoja y publique, poniéndolo todo por diligencia; como tambien que hecho lo junte al proceso principiado, dando fe de ser el mismo que recogió. Examinará á los testigos que hubieren visto fijado el pasquin, y se les mostrará para que le reconozcan y declaren si es el mismo que vieron en tal sitio y tal dia. Ademas de esto se nombrarán dos maestros de primeras letras, y no habiéndolos, dos escribanos, para que vean dichos pasquines, y con juramento declaren á qué letras les parece se asimila la que en ellos se halla, para cuyo efecto se mandará por el juez, antes de hacer este reconocimiento, que algunos su-

1 Mattheu *de re crimin.* controv. 17. Reinaldo y Acevedo en los lugares citados.

getos, especialmente aquellos de quien se tiene alguna sospecha, á su presencia, la del escribano y testigos escriban alguna cosa, haciendo que cada uno de ellos ponga su nombre en lo que escribiese, dando fe el escribano de ser letra de cada uno lo que ha escrito y firmado, y todo se juntará á los autos, para que lo tengan presente los peritos, á fin de hacer el reconocimiento.

87. Para justificar los delitos de incendio de casas ú otros edificios, pajares, mieses &c., pasará el juez al sitio donde estaba la cosa incendiada, haciendo que dos peritos reconozcan lo quemado, y declaren lo que hubiere sobre ello, y à cuanto ascenderá el daño causado. En estas causas se ha de tratar tambien de averiguar quién causó el incendio, y si fue con dolo, culpa ó por acaso. Iguales diligencias se practicarán cuando alguno cometa el delito de cortar ó arrancar árboles, viñas &c.

88. Para concluir esta materia hablaré del delito de fuga ó intento de fugarse de la cárcel, para cuya justificacion se han de practicar las diligencias siguientes. Luego que el juez tenga noticia de que los encarcelados se han huido ó lo han intentado, formará el correspondiente auto de oficio, mandando se pase à la cárcel para que se reconozca y vea el estado en que se halla, y se proceda à lo demas que haya lugar. Inmediatamente pasará el mismo juez à la cárcel con el escribano y testigos, y se pondrá diligencia, si los presos estan alli ò no, quiénes se han fugado, y quiénes han quedado, qué rompimiento hay en ella, y todo lo demas que echase de ver; y habiendo algunas prisiones rotas, ó herramientas con que hubiesen hecho los rompimientos, se recogerán y depositarán, segun va dicho en otros casos, y se examinarán los testigos que asistieron á esto, para que depongan lo que vieron.

89. Estando rotos grillos, cadenas, candados y otras prisiones de hierro, se reconocerán por dos herreros ò cerrageros, quienes declararán la rotura que tuviesen, con qué instrumento fue hecha, y habiendo en la cárcel alguno con que se pudo hacer, le cotejarán, y expresarán si el corte ò golpe que se halla en las prisiones viene bien con él, y si fue bastante para hacerla, y en cuánto tiempo.

90. Si ademas de esto hubiese rompimiento de paredes, se reconocerán por dos maestros de obras ò albañiles, y si hubiesen quebrantado puertas, ventanas ó el cepo, ó quemádolo, lo reconocerán dos carpinteros en la forma que ya va dicho, y declararán lo correspondiente á su arte.

91. En estos casos se averiguará el modo como se hizo ó intentó la fuga, quiénes fueron cómplices en ella, asi por haber ayudado, como por haber dado instrumentos, y á los que resultasen reos, se les prenderá, y procederá contra ellos (1). Tambien se pondrá preso al alcaide, pues este tiene la obligacion por su oficio de guardar los presos, y por no haberlo hecho incurre en varias penas (2).

92. Si los reos presos hubiesen herido, muerto ó maltratado al alcaide ú otro alguno para lograr mejor la fuga, se harán los mismos reconocimientos que quedan expuestos en las causas de esta naturaleza.

93. Se previene que las de fuga, siempre se han de formar, seguir y sustanciar en pieza separada de los autos principales, sin mezclar en estos diligencia alguna del incidente de fuga, y se procurará abreviar este; de suerte, que esté concluso al mismo tiempo que la causa principal, para que sobre todo recaiga la sentencia.

94. Si el que se huyó de la carcel se presentase en tribunal superior, entonces por la fuga no ha cometido delito, ni incurrido en pena alguna (3).

95. Me he extendido tanto en este capitulo considerando lo importante que es hacer bien la averiguacion del delito, pues que sin ella no hay lugar á ulteriores procedimientos, segun indiqué al principio. Por esto se han especificado los delitos que suelen ocurrir con mas frecuencia, y en orden á los demas, no será difícil que los jueces y escribanos acierten el modo de hacer bien las averiguaciones, guiándose por los principios que aqui van sentados, y practicando de las varias diligencias mencionadas las que conduzcan segun la naturaleza y circunstancias de cada caso.

1 Mattheu controv. 17. num. 10.

2 Leyes 17 y 18. tit. 38. lib. 12. Nov. Rec. Ley 6 y sig. tit. 29. Part. 7. Gom. lib. 3. *Var.* cap. 9. num. 11, y cap. 3. num. 16. Bobadilla lib. 3. cap. 15. num. 120. Mattheu *de re crim.* controv. 18 y 19.

3 Giurb. cons. 66. *Curia Filip* part. 3. §. 11. num. 13. Acev. en la ley 7. tit. 26. lib. 8. Rec.

CAPITULO SEGUNDO.

Averiguacion del delincuente.

§. 1. Hay causas en que puede aparecer el delito cometido, y no el delincuente; pero las hay en que resultan á un mismo tiempo el uno y el otro. En primer caso se hace constar ante todo el delito, reservando la accion de proceder contra el que resulte delincuente de las primeras averiguaciones. En el segundo caso se dirige la averiguacion contra uno y otro simultáneamente.

2. ¿Por cuantos medios se hace la averiguacion del delincuente? Primero. Por escritos ó documentos, por ejemplo, cartas en que se comunicasen los delincuentes.

3. Segundo medio por testigos. Se han de examinar en este estado de la causa cuantos se presuma han de tener noticia del delito y delincuente, como tambien los que sean citados en las declaraciones de aquellos.

4. Al testigo citado se le impone de la cita leyéndole lo relativo á ella, despues de haberle recibido juramento. Estando negativo, vario y contradictorio en su declaracion, se recurre al medio del careo.

5. Defensa de este contra la opinion de algunos autores que le desaprueban.

6. Podrá ser tratado como reo sospechoso el testigo citado que niega absoluta y terminantemente un hecho positivo, atestiguado y confirmado por otros.

7. Si el que ha de carearse estuviere herido de peligro, se anticipará la diligencia del careo.

8. El testigo debe ser apremiado si se resiste á declarar.

9. Para sufrir dicho apremio no es menester que el testigo sea citado por otro.

10. Sin embargo de lo dicho en los dos párrafos anteriores, se ha de atender en el apremio a las circunstancias del testigo.

11. Cuando el testigo funda su resistencia á declarar en privilegio del fuero que le corresponde, se saca licencia de su gefe.

12. En causas criminales, toda persona, aunque esté constituida en dignidad, debe ir á declarar al tribunal.

13. Si el testigo fuere vario en su declaracion, de modo que resulte contradiccion de sus palabras, tiene tambien lugar el apremio.

14. El testigo no solo debe declarar sobre lo principal de la pregunta ó cita que se le hace, sino que ade-

mas ha de esplicar las circunstancias del suceso.

15. Siendo el dicho de cierta ciencia, la asercion ha de ser positiva y determinada, sin usar de voces ambigüas, generales é indeterminadas.

16. La declaracion del testigo ha de extenderse en los mismos términos con que él se haya explicado.

17. El exámen del testigo ha de hacerse con referencia al auto de oficio, denuncia ó querella.

18. Explicándose con torpeza ó duda el testigo, se le explora con preguntas directas é indirectas.

19. Si el juez ve que el testigo contesta con conocimiento y discrecion, le examinará no solo acerca de los puntos principales que alli se expresan, sino tambien de las circunstancias que tienen relacion con el hecho.

20. Estas indagaciones municiosas sirven á veces no solo para descubrir el reo principal, sino tambien para que el mismo testigo se descubra cuando ha tenido alguna parte en el delito que trata de averiguarse.

21. Cuando por la variedad, contradicciones del testigo ú otro accidente aparece su complicidad en el delito, se le hacen preguntas directas é indirectas de inquirir como si fuese reo.

22. El testigo debe expresar el nombre del delincuente, su patria, oficio y vecindad, si lo sabe, y en su defecto dará noticia de las señas corporales y vestido que este llevaba.

23. De la declaracion del testigo cuando se funda en la fama pública. Requisitos que deben concurrir en esta para que merezca algun crédito.

24. En las declaraciones debe expresarse como cosas esenciales, el dia ó fecha, y á veces la hora, el nombre del juez y del testigo, su oficio, vecindad, edad y juramento.

25. En este estado de la causa, como se trata de inquirir, se admite todo testigo.

26. Del reconocimiento en rueda de presos.

27. Falibilidad de este medio de averiguacion.

28. Del tercer medio para proceder á la averiguacion del delincuente, que es la confesion.

29. Cuarto y último medio de averiguacion. Los indicios ó presunciones.

1. El segundo objeto de la sumaria es la averignacion del delincuente. Hay causas, como las de hurto, homicidio y otras en que puede aparecer el delito y no el delincuente; pero las

hay en que resultan à un mismo tiempo el uno y el otro, como, por ejemplo, en la injuria verbal. En el primer caso se hace constar ante todo el delito, reservando la accion de proceder contra el que resulte delincuente de las primeras averiguaciones. En el segundo caso, es decir, cuando el delito y el reo aparecen à un mismo tiempo, se dirige la averiguacion contra uno y otro simultáneamente, atendiendo principalmente à justificar la existencia del delito, pues que sin acreditar esta no puede pasarse à ulteriores procedimientos, como ya se ha dicho, excepto en ciertos casos que se expresarán en el capítulo siguiente, párrafos 5, 6 y 7.

2. La averiguacion del delincuente se hace de cuatro modos, à saber: 1.° por escritos ó documentos, por ejemplo, cartas en que se cumunicasen los delincuentes: 2.° por testigos: 3.° por confesion judicial y extrajudicial; y 4.° por indicios ó presunciones. En orden á los documentos debo advertir dos cosas: 1.ª que siendo à propósito para justificar el delito y delincuente, pueden presentarse en cualquier estado de la causa, aunque esten llamados los autos para sentencia, con tal que no esté pronunciada (1). 2.ª que la calificacion del delito en el escrito será de ningun valor, siempre que este no se refiera à sugeto determinado. En el prontuario de delitos y penas dije que por una ley de la Novísima Recopilacion está prohibido todo procedimiento criminal en virtud de anónimos: y en ordenes à cartas observaré que no deben los jueces valerse de la falaz estratagema de escribir al que está sindicado de un delito cartas supuestas ó fingidas con nombre simulado de su corresponsal para abrir camino à la averiguacion. La justicia, asi como ha de ser inflexible en la persecucion de los delitos y castigo de los reos, ha de guardar aquella dignidad propia de su caracter, sin usar de medios dolosos ni supercherías indignas de la rectitud é imparcialidad con que deben proceder los tribunales.

3. Por lo que hace al segundo medio de averiguacion, que es por testigos, se examinan en este estado de la causa cuantos se presuma han de tener noticia del delito y delincuente (2). Por los citos de ellos se procede al exámen de los citados; ocupando al mismo tiempo los papeles, libros, ropas, instrumentos ó cosas que citen, indiquen y puedan conducir al objeto; y en todo caso se ha de anteponer ó evacuar primero la diligencia

1 Larr. aleg. 66. Pareja *de nov. instrum. edit.* tom. 2. tit. 6. resol. 2. num. 10.

2 Herrer. *Pract. crim.* lib. 1. pag. 302 num. 3.

mas urgente, ó de cuya retardacion se siga peligro. Tambien es de advertir, que si la causa se principia por denuncia, se hace servir de testigo al propio denunciador.

4. Al testigo citado se le impone de la cita, leyéndole lo relativo à ella despues de haberle recibido juramento. Si las citas son varias de un testigo à otro, se tiene la precaucion de mostrarle primero solo una; y contestada ó negada, se procede à las demas. Y si la cita es de muchos, solo se acota la de uno, à no ser que la niegue, en cuyo caso se le reconviene con la de todos, para que en fuerza de esta calificacion se preste à deponer con verdad. Despues de evacuada la cita se le hacen otras preguntas indagatorias propias del presente estado de la causa. Si contesta à ellas, se extiende la respuesta, y si las niega, se expresa generalmente habérsele hecho, y que las ignora. A esto se procede sin auto; à no ser que despues de la cita se atraviesen otras diligencias que causen intermision (1). Siendo el proceso voluminoso de muchos reos, muchos testigos ó muchas citas, se apuntan estas al margen, con esta nota: *cita*, para que no se confundan, y se evacuen todas sin omision de alguna; y al membrete inicial de la declaracion del testigo citado está remisiva: *testigo citado á f. N.* (2). Esta misma práctica rige en las citas que resultan de las declaraciones y confesiones de los reos. Apareciendo fallida la cita por la negativa ó contradiccion del citado, se procede al careo, esto es, el juez manda juntar al citante y al citado para que con sus mutuas reconvenciones puedan aclararse mejor los hechos, tomándoles tambien juramento, y leyéndoles las declaraciones á cada uno, ó à los dos juntos sus propias deposiciones, y las del otro. Tambien está en uso el careo entre los reos cuando son muchos y se contradicen, mas no entre el reo y los testigos, excepto en los tribunales militares.

5. Los señores Villanova en su *Tratado universal teórico y práctico de los delitos y delincuentes*, tomo. 2, página 53 y siguientes, y Gutierrez en su *Práctica criminal*, tomo 1.°, página 260 y siguientes, desaprueban el careo, como un medio de inquirir sujeto à varios inconvenientes; pero cuando no hay otro medio de declarar ó desvanecer las contradicciones en que incurren el citante y el citado, ¿por que no ha de recurrirse al arbitrio sencillo y franco de hacerles ver lo que mutuamente han

1 Herrer. en el lugar cit. lib. 1. §. cap. 12. pág. 96. num. 7 y 8.

2 Herrer. alli.

dicho, para que el hombre veraz pueda argüir con sus reconvenciones al engañoso ó fraudulento? Se dice que el mas astuto ó mas descarado envolverá facilmente al otro menos advertido ó mas tímido; pero la presencia del juez alentará à este si ha dicho la verdad, y su ingenuidad misma bastará para destruir la falacia del otro. Por otra parte el juez mismo descubrirá por las preguntas, respuestas, réplicas, semblantes y otras circunstancias, quién ha dicho la verdad; el delincuente ó perjuro estrechado con las reconvenciones que se legan, se intimidará, y en último resultado vendrá à confesar lo cierto, ó por lo menos se conocerá su perjuicio. Tiene otra ventaja el careo, y es que resultando contestes los careados, no se exige su ratificacion, aun cuando suele hacerse à mayor abundamiento. Por estas razones y otras que se omiten, se halla admitido en cuasi todas las naciones de Europa; si bien solo deberán usarle los jueces cuando conozcan que podrá ser util à la averiguacion, y de ningun modo perjudicial al progreso de la causa. De todos modos nunca decretará el juez lego un careo sin acuerdo de asesor, ni ha de fiarse esta diligencia al escribano actuario.

6. Si el testigo citado negare absoluta y terminantemente un hecho positivo que atestiguan y confirman otros, podrá ser tratado como reo sospechoso en el delito principal, y en el de perjurio.

7. Si el que ha de carearse está herido con peligro de morir ó de agravarse, y de privarse de juicio antes de llegar al estado oportuno de la causa, se anticipa esta diligencia sin esperarlo atendida su urgencia.

8. Si el testigo se resiste à declarar, se le conminará haciendo constar en la cabeza de la declaracion su rebeldía; à que sigue auto fundado en ella, y se le manda que por primero, segundo, tercero y último y perentorio término, la dé bajo apercibimiento de prision, y demas penas que haya lugar en derecho, sin que en esta parte haya diferencia de la contumacia del testigo à la del reo (1). Si todavía se mantiene reacio, se ejecuta el apercibimiento indicado, agravándose la prision con grillos, y sobre todo se le priva la comunicacion con toda persona, tomándole nueva declaracion, para ver si ha desistido de su obstina resistencia, y en caso de insistir en ella, se toman otras providencias aun mas rigorosas; pudiendo tambien apercibirle y declararle sospechoso ó cómplice en el delito de que es pre-

1 Herrer. en el lugar citado.

guntado, porque el contumaz es reo presunto segun derecho.

9. No es preciso que el testigo sea citado por otro para sufrir apremio si se resiste à declarar; pues basta que el juez se lo mande porque todos estan obligados à cumplir los mandatos de la justicia; y mas cuando en ello se interesa la causa pública.

10. Sin embargo de lo dicho, se ha de atender en el apremio á las circunstancias del testigo, esto es, à su honor, delicadeza, sexo, estado y condicion, moderando dicho apremio por su categoría y circunstancias; y sobre todo si fuese muger preñada (1).

11. Cuando la resistencia à declarar se funda en privilegio del fuero que le compete, se saca licencia de su gefe (excepto en la causa de uso de armas prohibidas), y si es eclesiástico ha de procederse con mucho miramiento, pues ademas de no poder declarar en causas criminales de que resulte pena de sangre, para las demas en que puede servir de testigo, se debe impetrar la licencia con varios requisitos, de que se hablará cuando se trate de la prueba en el plenario, donde se expresarán tambien los casos en que tiene ó no lugar el apremio, respecto de ciertas personas unidas con los vínculos de parentesco, como padres, ascendientes, hijos, descendientes, marido, muger, hermanos, criados, y asi otros de esta intimidad.

12. Aunque en la causa civil las personas ilustres y constituidas en dignidad, como eclesiásticos, militares, abogados y doctores, deben ser examinados como testigos en sus casas; no en la criminal ni en la civil muy ardua, en cuyos casos han de ir al tribunal, y à su efecto pueden ser apremiados (2); y si fueren forasteros se les hace comparecer por medio de requisitorias; como que por el mismo juez de la causa personalmente han de examinarse no por el requerido, si es grave, ó de aquellas en que pueda recaer pena de sangre, corporal ó de destierro, pero al contrario si es leve (3).

13. Si el testigo fuere vario en su declaracion, de modo que resulte contradiccion en sus palabras, tiene tambien lugar el apremio, para que se afirme en un solo dicho ó concepto, segun se dirá mas exteriormente en el plenario (4).

14. El testigo no solo debe declarar sobre lo principal de la pregunta ó cita que se le hace, sino que ademas ha de explicar las circunstancias del suceso; especialmente cuando de omitirse

1 Herrer. lib. 1. cap. 15. num. 4 pag. 129.
2 Farin. *de testib.* quæst 77. num. 213. al 223, 235 y 238.
3 *Cur. Filip* part. 3. §. 10. num 10.
4 *Cur. Filip.* dicha part. 3. §. 15. num. 13.

estas, ha de quedar confuso ó dudoso lo declarado. La manifestacion de dichas circunstancias conduce para muchos fines, pues califica la verdad de lo que se depone, facilita à veces la defensa é inocencia del reo, y constituye sospechoso en otras al propio testigo, tanto en la falsedad de su dicho, como en la culpa del delito que se indaga. Por lo mismo callándolas, puede y debe el juez preguntarle de estas, y hacer que explique hasta la mas mínima particularidad, sea à favor del reo ó contra él, para que la deposicion resulte fundada y terminante (1). Tambien ha de dar razon de sus dichos, pues de otro modo claudicará lo depuesto por este efecto sustancial (2).

15. Siendo el dicho de cierta ciencia, la asercion ha de ser positiva y determinada, sin usar de voces ambiguas, generales é indeterminadas, como el decir, por ejemplo, asi lo entendió el testigo, asi lo juzgó, asi lo echó de ver, ú otras semejantes que no concluyen ni deciden la materia. Mas cuando depone de conjeturas, de credulidad ó de presuncion, ha de fundar el juicio que formó, explicando con certeza los motivos que tiene para ello (3).

16. La declaracion del testigo debe extenderse en los mismos términos con que él se haya explicado, aun cuando las voces sean mal sonantes, siempre que en ellas consista el nervio de las pruebas; pero no siendo asi, podrán sustituirse otras mas decentes.

17. El exámen del testigo ha de ser con referencia al auto de oficio, denunciacion ó querella. Si no consta el delincuente, porque la inquisicion contra este es general, no se le nombra aunque resulte en otras partes del proceso, y aun cuando conste, por dirigirse el auto ó querella contra reo determinado, lo mas seguro es no manifestárselo, y preguntarle impersonalmente de este modo: *qué sabe de tal delito, y quién le cometió*, inquiriendo la verdad con otras preguntas indirectas y generales, no sea que por reconocimiento ú otro motivo falte à la verdad (4).

18. Explicándose con torpeza ó duda el testigo, se le explora con preguntas directas é indirectas. No satisfaciendo à ellas, se le exige la causa de su indecision ó perplegidad. Y si últimamente se observa que desvaría en su dicho, se le reconoce cómplice sospechoso, y se defiere à su prision y arresto.

19. Si el juez ve que el testigo contesta con conocimiento y

1 *Cur. Filip.* Part. 3. §. 15. num. 13.
2 Ley 26. tit. 16. Part. 3, y glos. de Greg. Lop.
3 Herrer. lib 9. cap. 3. num. 21.
4 Ley 3. tit. 30. Part. 7. Herrer. en el lug. cit.

discrecion le examinará no solo acerca de los puntos principales, como son la causa que motivó el hecho, los sujetos motores y perpetradores, y el modo y forma de la perpetracion, sino tambien de las circuntancias que le acompañaron, à saber, el lugar de lo acaecido, su situacion, las personas concurrentes y circunstantes, su positura, el trage, las armas é instrumentos, la hora, el ausilio de luz natural ó artificial, la oscuridad, facilidad ó dificultad de conocerse, verse, oirse y tocarse, la distancia de un punto à otro, el tiempo que hacia, si era sereno, lluvioso ó tempestuoso, los ademanes, pasos, señas y movimientos, los efectos resultantes de los hechos, y cuantos extremos se juzgue han de contribuir à la indagacion. Esta en cada delito suele ser de diversa especie, y asi con arreglo al objeto que tenga, se han de hacer las preguntas que conduzcan, aun cuando parezcan nimias ó fútiles, pues à veces estas proporcionan importantes descubrimientos.

20. Estas indagaciones minuciosas sirven á veces, no solo para descubrir el reo principal, sino tambien para que el mismo testigo se descubra, ya cohonestando ciertos hechos de mala especie, ya disculpándose intempestivamente, tergiversando cosas aplaudiendo la conducta de los reos, ó cometiendo oficiosidades y contradicciones que le hacen parte interesada ó cómplice en el asunto.

21. Cuando la falsedad, contradicciones ó excusas no pedidas al testigo ú otro accidente resultante de su declaracion ó de los autos indica su culpa ó complicidad en el delito que se inquiere se hacen preguntas directas é indirectas como si fuese reo; y presumiéndose con fundamento que lo es, se le asegura en prision, siguiendo la causa con él como con los principales. No solo en este caso sino de los de ser hombre sin arraigo, ó temerse su larga ausencia á pais distante, de modo que despues no pueda ser ratificado, se le tiene en arresto (á costa de quien se proceda), ó se le suelta con fianzas (1).

22. El testigo debe expresar el nombre del delincuente, su patria, oficio y vecindad, si lo sabe; y en su defecto manifestar las señas corporales, trage y vestido que llevaba en el tiempo à que se refiere la deposicion. Asimismo debe mencionar los sugetos que habia en el acto ó sitio, para evacuar citas, procederá la presecucion del delincuente, y à los demas procedimientos.

23. Hasta aqui he hablado de la declaracion del testigo que

1 Herrer lib. 1. cap. 2. §. 3. num. 15.

puede fundarse en cierta ciencia, credulidad ú opinion suya; pero como á veces estriba en la opinion agena, esto es, en la fama pública, es necesario tener presentes los requisitos que deben concurrir en esta para que merezca algun crédito. En el tomo 4.° de esta obra, página 175, manifesté que la fama á veces no es otra cosa que una vana voz del vulgo, la cual no tiene autores ciertos, ni hay razones probables para que el hecho sea creido; y entonces no deberá darse crédito alguno á ella. Otras veces se origina de personas malévolas, que por su propio interes ó por mera malignidad esparcen aquella voz, y tampoco en este caso merece crédito. Finalmente hay otra fama que trae su origen de personas honradas y juiciosas, y se llamará pública cuando todos los vecinos ó la mayor parte de ellos afirman el hecho por haberlo visto ú oido á personas ciertas y fidedignas que lo vieron. Cuando la fama es de esta clase, basta para proceder por ella á la indagacion; mas no cuando estriba en un rumor vago sin apoyo alguno, á menos que concurran otros antecedentes. A consecuencia de lo que acabo de decir, debiera desterrarse en la mayor parte de declaraciones el abuso introducido de cerrarlas con aquellas palabras asertivas de público y notorio, pública voz y fama que estilan los escribanos, faltando el testigo las mas veces á la verdad, y ellos á la fe que dan; puesto que en casos ocultos y hechos que solo constan al testigo, es una falsedad decir que son públicos. Fuera de que poniéndose de estilo esta cláusula en todas las declaraciones indistintamente, como se practica, viene á perder su fuerza, cuando realmente estriba la declaracion en la verdadera fama pública.

24. En la declaracion debe expresarse como cosas esenciales el dia de su fecha, y en algunas la hora en que se extiende, el nombre del juez y del testigo, su oficio, vecindad, edad y el juramento, con especialidad esta última, cuya falta haria nulo el acto (1); bien que puede subsanarse volviendo á examinarle con esta solemnidad, ó añadiéndola en el acto de la ratificacion. Exceptúanse los dos casos siguientes en que no es preciso el juramento: 1.° cuando la declaracion se hace sin él por convenio de las partes: 2.° cuando es hecho por matronas ó comadres para informar si una muger está preñada (2).

25. En este estado de la causa, como se trata de inquirir, se admite todo testigo, aunque sea menos habil, y aunque deponga de creencia, de conjeturas, ó de extremos que solo puedan ser-

1 Leyes 23 y 26. tit. 16. Part. 3.
2 Ley 23. tit. 16. Part. 3.

vir para corroborar ó fortalecer las presunciones. En el plenario se atiende á su idoneidad, juicio y otras circunstancias para hacer prueba, como se dirá en su lugar, explicando otros puntos relativos á la materia de testigos; pues aqui solo se ha indicado lo conducente á las primeras averiguaciones.

26. A veces los testigos no conocen al delincuente por su nombre, domicilio, estado ni otras circunstancias de esta clase, y solo conservan en la memoria su figura ó señas personales, en cuyo caso se recurre á un medio bastante usado en los tribunales que se llama *rueda de presos*, y consiste en que con ocho, diez ó mas de estos, todos igualmente vestidos si pudiere ser, y con prisiones ó sin ellas, se forma una rueda, advirtiendo que el reconocedor no deberá conocer á ninguno de ellos. Formada la rueda se toma juramento á aquel para que se ratifique en la declaracion que tiene hecha, y afirme decir verdad sobre lo que vea en el reconocimiento. Entrará despues donde esté la rueda de presos, los mirará de espacio y atentamente, y si reconoce á alguno de ellos como reo, le tocará con la mano diciendo: este es quien ejecutó lo que se refiere en mi declaracion; pero si no conoce á ninguno, ó duda de ello, lo dirá tambien asi, y segun lo que pase, se extenderá la declaracion ó reconocimiento que firmará quien sepa; debiendo presenciar este acto el juez y escribano.

27. Es de extrañar que los autores citados arriba, en cuyo dictamen ofrecia grandes inconvenientes el careo, no hayan hecho observacion alguna acerca de la falibilidad del reconocimiento en rueda de presos. Aun suponiendo que el reconocedor proceda de buena fe, lo cual podrá no suceder muchas veces, es muy facil que se equivoque, mayormente si vió al supuesto reo muy de paso, y si por casualidad este se parece á alguna otra persona, lo cual sucede frecuentemente. Pudieran citarse muchos casos en que personas reconocidas y sacadas hasta la tercera vez de la rueda de presos como verdaderos delincuentes, han probado despues plenamente su inocencia. Yo conoci en Madrid un sugeto muy decente, que no quiero nombrar, sindicado de un robo y designado por el reconocedor como el verdadero reo, siendo asi que á la misma hora en que aquel sucedió, estaba él en otra parte, como se justificó despues; y habiéndose descubierto casualmente el verdadero ladron, fue declarado inocente, y se le dió una satisfaccion pública. Sé tambien por un amigo mio, que ha sido juez y sustanciado muchas causas criminales, que habiendo mandado hacer un reconocimiento en rueda

de presos, una muger que aseguraba haber visto bien y conocer las señas de un ladron, sacó por dos veces á uno que no podia haberse hallado en el sitio donde sucedió el robo por cuanto estaba á la sazon y mucho tiempo antes en la carcel por otra causa, sin haber salido de ella en todo aquel tiempo, lo cual se hizo constar en el proceso. Desengañado el juez por este y otros sucesos semejantes, nunca volvió á valerse de este medio tan falible de averiguacion.

28. El tercer medio para proceder á la averiguacion del delincuente, es la confesion. Cuando esta es extrajudicial, viene á reducirse á la prueba por testigos, pues para acreditar que uno confesó extrajudicialmente haber cometido algun delito, es preciso examinar á las personas delante de quienes hizo esta confesion, y en tal caso tiene lugar la doctrina que queda sentada acerca de los testigos. Pero si hiciere esta confesion ante el juez, ya no será un medio de inquirir sino una prueba calificada del delito, de la cual se tratará con las demas en el plenario.

29. El cuarto y último medio de averiguacion del delincuente, son los indicios ó presunciones, acerca de las cuales debe advertirse, que si bien ellas solas no bastan para declarar á uno reo, y condenarle, pues en las causas criminales especialmente, se necesita para esto una prueba clara y terminante que no deje la menor duda, sin embargo para averiguar el delito y el delincuente, con el objeto de asegurar la persona y proceder á la formacion de causa, bastan en muchos casos los indicios siempre que sean fundados, de lo que se tratará con mas extension en el capítulo siguiente.

CAPITULO TERCERO.

De la prision del reo, y del embargo de bienes.

§. 1. El tercer objeto de la sumaria es asegurar la persona del delincuente, y las resultas del juicio.

2, 3 y 4. De los indicios, presunciones ó pruebas de criminalidad que son necesarias para decretar la prision.

5. Solo el Soberano ó los jueces que le representan pueden mandar prender á los delincuentes. Sin embargo en fragante delito pueden los alguaciles arrestar al reo aun sin mandato del juez; y ¿que deberán hacer verificado el arresto?

6. El juez inferior puede tambien en fragante delito mandar prender al delincuente sobre quien no tiene jurisdiccion, y remitirle á su juez.

7. Por la gravedad de ciertos delitos y fatales consecuencias que pudieran seguirse de su impunidad, da la ley facultad á toda persona para que sin mandato del juez puedan prender á los agresores.

8. Fuera de los casos referidos, para que sea legítima la prision, ha de preceder mandamiento por escrito del juez, expresando el sugeto ó sugetos que han de ser presos.

9. Por delitos que no merezcan pena corporal ó aflictiva, no se ha de prender al reo, siempre que este dé fiador llano y abonado que se obligue á presentarle, estar á juicio y pagar lo que se determine en la sentencia.

10. ¿Que deberá hacerse para prender al delincuente que está en ageno territorio?

11. Los jueces eclesiásticos no pueden, bajo pena de extrañamiento del reino, arrestar á legos sin implorar el auxilio de los jueces seculares.

12. Real cédula de 25 de febrero de 1772, por la que se mandó que los coroneles de milicias no arrestasen á los magistrados públicos ni á sus ministros, y que usasen en las competencias de los remedios judiciales que allí se expresan. Otra Real cédula de 8 de diciembre del mismo año, por la que se previno que no se proceda al arresto de regente ni ministro alguno de las audiencias ó chancillerías de estos reinos, ni tampoco al de ningun gefe ó cabeza de distrito, sin noticia y aprobacion de su Magestad.

13. Los alcaldes ordinarios pueden ser presos por disposicion de las Salas civiles ó criminales, y demas legítimos superiores suyos.

14 y 15. Modo con que debe tratarse á los reos en su captu-

ra y conduccion á la carcel.

16. ¿Por que se introdujo la práctica de quitar la comunicacion al reo durante algun tiempo?

17 y 18. Modo de pensar de los señores Vilanova y Vizcaino acerca de los encierros ó calabozos en que suele ponerse á los reos incomunicados. Crueldad con que se ha tratado á los hombres en todos tiempos y casi en todos paises, encerrándolos en oscurísimas mazmorras como si fuesen fieras: conducta muy agena de la caridad cristiana.

19 hasta el 27. Humanidad con que deben ser tratados los presos en las cárceles, y visitas que de ellas deben hacer los jueces.

28. No solo ha de ser preso el reo principal, sino tambien los cómplices, ó aquellos de quienes se presume con fundamento que han tenido parte en la perpetracion de aquel.

29. Práctica que se ha introducido de asegurar la persona de alguno, teniéndole en calidad de detenido en la carcel, cuando se duda si debe ser ó no preso hasta ver si resultan mayores indicios ó pruebas contra él.

30. Se puede apelar, aun despues de pasado el término ordinario de la apelacion, de un arresto ó prision injusta.

31. Necesitándose para hacer una prision el auxilio de la tropa, debe acudirse en solicitud de ella á los gefes de las provincias ó cabezas de partido.

32. Para facilitar la prision de los reos atroces, pueden las justicias ofrecer premios al que indique su paradero, ó proporcione medios para su captura.

33. El delincuente que aprisiona y presenta á la justicia algun ladron famoso ó salteador de caminos, consigue el perdon de su delito.

34. La justicia ó sus ministros pueden lícitamente valerse de trazas ó estratagemas para facilitar la captura de los reos.

35. Si persiguiendo el juez ó sus ministros algun delincuente que trata de evadirse, especialmente en el caso de estar apercibido por ellos á que se rinda, ¿podrán lícitamente herirle ó matarle?

36. Obligacion que tienen todos de auxiliar á la justicia, cuando esta pida favor para asegurar á algun delincuente.

37. Del embargo de bienes. Casos en que debe hacerse de todos los del reo, ó solo de una parte.

38. La diligencia del embargo suele anteponerse ó posponerse á la prision, segun las circunstancias.

39. Juzgándose con probabilidad que alguna finca ó alhaja es del reo, se embarga, aunque no se sepa de

cierto que lo sea.

40. Hecho inventario de los bienes embargados, se depositan en sugeto lego y del estado llano á eleccion del juez. El depositario ha de administrar estos bienes con la debida cuenta y razon.

41. El juez debe abonar al depositario el debido estipendio, regulado con prudencia por el trabajo é industria que exije el cuidado de aquellos bienes.

42. Estos bienes no se han de vender por título ni pretexto alguno, hasta el fin de la causa, excepto para alimentar y defender al mismo preso.

43. ¿Como se procede contra el ocultador de los bienes del reo?

44. Respeto que debe tenerse en los embargos al escritorio y libros de un comerciante, como tambien al estudio ó despacho de los abogados, escribanos y otros hombres de negocios.

45. ¿Que deberá expresarse en el embargo de ganados, y caballerías ó bestias de trabajo?

46. Si fueren muchos los depositarios de los bienes embargados, se obligarán *in solidum* renunciando las leyes de la mancomunidad.

47. Consistiendo los bienes embargados en fincas, géneros ó efectos que necesiten cultivo ó recaudo, como ganados, haciendas y otros que se benefician, ademas del depositario, se les da administrador, cuyo cargo puede recaer en persona distinta, ó en el mismo depositario.

48. Caucion juratoria y no fianza que debe prestar este administrador.

49. Durante el juicio, pueden á instancia del reo, siendo justa y fundada, desembargarse los bienes bajo la fianza depositaria muy conocida en el derecho.

50. Siempre que en cualquier caso se mande el desembargo, debe cumplir inmediatamente el depositario el mandamiento librado á su cargo.

51. El juez es responsable de la mala eleccion de depositario y administrador.

52. ¿Que deberá hacerse si los bienes que han de embargarse lo estuviesen ya por el mismo juez ó por otro?

53. Casos en que el juez debe asistir personalmente á hacer el embargo.

1. El tercer objeto de la sumaria es asegurar la persona del delincuente y las resultas del juicio. El señor Gutierrez en su *Práctica criminal* (1), tratando de la prision de los reos, se ex-

1 Tom. 1.° pag. 207.

plica del modo siguiente: »Asi como la ley debe señalar á cada delito su pena para impedir cuanto sea posible toda injusticia y arbitrariedad en el castigo de los delincuentes, asi tambien deberia prescribir con toda especificacion qué indicios, presunciones ó pruebas de criminalidad ha de tener contra sí un ciudadano para procederse á su prision, cuando se trate de castigar un atentado digno de ella. Si la fuga, si la difamacion, si la confesion extrajudicial, si la declaracion de un cómplice ó de otro testigo fidedigno ó indigno de crédito, son motivos suficientes para prender, prescríbalo asi la ley. Mas por desgracia no se halla determinado claramente en nuestra legislacion un punto de tanta importancia para la conservacion de la libertad civil, que por otra parte procuran las leyes hacer respetar, y aun estando á la letra de una de ellas (1), parece basta para prender á una persona que sea infamada ó acusada de algun delito. De aqui es que los intérpretes con su acostumbrada osadia, y cada uno á su antojo ó arbitrio, pasaron á resolver la duda, llegando hasta decir que cualquiera presuncion y el dicho de un menor, de un siervo, de un pariente, de un infame y de cualquier otro testigo inhabil, bastaba para decretar un auto de prision, haciendo por este medio de semejantes personas una confianza que prudentemente no hace de ellas la ley. A vista de esto no debemos maravillarnos de que jueces inhumanos ó ignorantes sean demasiado faciles, y aun precipitados para hacer conducir injustamente á las cárceles innumerables ciudadanos. Hase visto mas de una vez, que por delitos de un solo autor han sido aprisionadas muchas personas, causando, ademas de grandes perjuicios en sus intereses, tan grave afliccion á unos inocentes, haciendo derramar muchas lágrimas á sus tristes familias, y llenando de terror y desconsuelo á toda una poblacion. Cualquiera casualidad, cualquiera expresion, cualquiera noticia, miradas por tales jueces con el microscopio de su ignorancia ó crueldad, son á sus ojos otras tantas pruebas completas del crimen, asi como cualquiera inadvertencia y cualquiera contravencion son para ellos delitos dignos de encierro."

2. Muy loables son ciertamente los humanos sentimientos de este autor, y el celo con que declama contra la arbitrariedad de algunos jueces ignorantes ó excesivamente precipitados; pero esto no aclara la cuestion; y puesto que las leyes no han deter-

1 La 1. tit. 9. Part. 7. »Enfamado ó acusando seyendo algun home de yerro que oviese fecho... puedelo luego mandar recabdar el juez ordinario ante quien fuese fecho el acusamiento."

minado con especificacion los indicios, presunciones ó pruebas de criminalidad que basten para decretar la prision; el único recurso que nos queda es acudir á los intérpretes, no aquellos que vitupera el señor Gutierrez por su ligereza y propension á la arbitrariedad, sino los que guiados por los principios de una sana filosofía, y siguiendo el espíritu de nuestras leyes que repugnan y desaprueban toda vejacion injusta ó atropellada, han procurado conciliar la seguridad individual con el rigor necesario para que no quede frustrada la vigilancia de la ley en la persecucion de los delincuentes. Apoyado pues en el dictamen de los que en mi juicio han tratado este punto con mas acierto y circunspeccion, opino que para proceder á la prision de un sugeto, ha de resultar contra él, por lo menos, alguna de estas tres cosas. 1.ª Declaracion de un testigo: 2.ª indicios fundados ó presunciones legales: 3.ª difamacion.

3. En cuanto á la primera debo advertir, que el testigo ha de ser abonado, en cuyo caso su declaracion constituye una prueba semiplena. Por lo que hace á los indicios, no se puede dar una regla fija y segura; y asi se han dejado al prudente arbitrio de los jueces, no á su capricho. Por ejemplo, da un sugeto noticia de que en tal parte ha visto un ahogado ó un hombre muerto á puñaladas: este aviso no puede graduarse de indicio contra él, sino mas bien al contrario, pues lo regular es que el hombre huya del sitio donde cometió el delito: de consiguiente es vituperable la conducta de aquellos jueces ignorantes, que calificando de indicio cualquier aviso de esta clase, arrestan al que le da, fundados en aquella vulgar y detestable máxima de que para soltar siempre hay tiempo, mas no para prender, como si no fuesen atendibles los perjuicios que pueden resultar de una prision injusta. Veamos ahora otros ejemplos contrarios, esto es, en los que cabe el indicio ó la presuncion. Ha sucedido un gran robo, y se ve á un sugeto que poco antes era pobre, manifestar con excesivos gastos que se ha enriquecido de repente: este es un indicio contra él suficiente para que el juez proceda á ulteriores averiguaciones; pues aunque es cierto que aquel sugeto ha podido ganar una gran cantidad á la lotería, por ejemplo, mientras no lo acredite obrará la presuncion contra él. Hay tambien indicio contra el dueño de una arma con la que se cometió una muerte; pues si bien es verdad que pudo haberla prestado para otro uso permitido, mientras no lo justifique pesa contra él el indicio. En suma, el juicio en que se funda la presuncion ó indicio, se ha de formar por lo que ordinariamente sucede, y si ca-

rece de fundamento será un capricho, una arbitrariedad del juez que le hará responsable (1).

4. La difamacion resulta de la comun opinion fundada de que alguno es autor de un delito. Para que esta opinion comun merezca el nombre de difamacion, y obre los efectos legales, deben acompañarla los requisitos siguientes: 1.° que se funde en alguna razon ó motivo verosimil: 2.° que preceda á la inquisicion particular y mucho mas á la captura, porque sabiéndose que el juez procede contra alguno en particular, ó que le arrestó, esto solo puede bastar para que comunmente se crea, y aun se diga, que aquel es el reo: 3.° que esta opinion proceda de gentes de juicio y probidad: 4.° que conste probada esta opinion comun por suficiente número de testigos, esto es, dos por lo menos de excepcion que digan lo han oido de opinion comun, y entre otros á F. y N., en cuyo caso sin evacuar estas citas ya se podrá arrestar al sugeto indicado, pues consta por dos testigos de excepcion ser esta la opinion comun (2).

5. Debiendo evitarse toda arbitrariedad en hacer prisiones, y habiendo de preceder á estas la prueba ó los indicios que van referidos, es consiguiente que solo el Soberano ó los jueces que le representan, pueden mandar prender á los delincuentes. Asi es que ninguno tiene facultad de arrestar sin mandato de aquellos, ni aun los mismos alguaciles, á no ser que hallen á los reos en fragante delito; en cuyo caso, si fuere de dia, antes de meterlos en la carcel habrán de presentarlos á sus jueces, manifestándoles el motivo de su arresto; y si es de noche los encerrarán en aquella, y lo comunicarán la mañana siguiente á los jueces (3). Esta facultad de los alguaciles se extiende tambien á poder prender los clérigos y religiosos, cuando los hallan en fragante delito ó próximos á cometerle, ó si se recelare su fuga, o cuando los encuentran en la calle de noche, y á deshora, sin luz ni hábito clerical ó religioso, debiendo en todos estos casos presentarlos luego á su juez (4).

6. El juez inferior puede tambien en fragante delito mandar prender al delincuente sobre quien no tiene jurisdiccion y remitirlo á su juez (5), y lo mismo puede hacer el de comision ú

1 Cuando se trate de la prueba en el juicio plenario, se dará mayor extension á este punto de las presunciones que ahora solo he indicado.

2 Posadill. *Pract. crim.* tom. 1. pag. 148 y sig.

3 Ley 4. tit. 33. lib. 5. Nov. Rec.

4 Ley 4. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec. Ant. Gom. lib. 3. *Var.* cap. 9. num. 3. Clar. *Pract. crim.* § fin. quæst. 8. num. 6.

5 Ant Gom. en el lug. cit. Greg. Lop. en la ley 2. glos. 2. tit. 9. Part. 5.

otro cualquiera, aunque no tenga jurisdiccion para conocer de la causa.

7. Por la gravedad de ciertos delitos y fatales consecuencias que pudieran seguirse de su impunidad, da la ley (1) facultad á toda persona para que sin mandato previo del juez pueda prender á los agresores siguientes: el falsificador de moneda, el desertor de la milicia, el ladron público, el incendiario nocturno de alguna casa, el que corte viñas ó árboles, ó incendie mieses, el raptor de alguna doncella ó religiosa, el blasfemo (2). Sin embargo, como dice muy bien el señor Gutierrez (3), pudieron las leyes sin inconveniente alguno no haber concedido dicha facultad contra los referidos delincuentes; porque si los ciudadanos no usan de ella, que es lo regular, de nada sirve su concesion; y si quieren usarla, pueden originarse malas resultas, por la resistencia que verosimilmente opondrán los malhechores.

8. Fuera de los casos referidos en el párrafo anterior, para que sea legítima la prision, ha de preceder mandamiento por escrito del juez, expresando el sugeto ó sugetos que han de prenderse; de modo que será nulo é injusto aquel en que se mande prender en general á todos los culpados sin designarlos por sus nombres (4). En este caso, y en otro cualquiera en que el alguacil proceda excediéndose de sus facultades si el reo se resiste á ir preso, no podrá aquel reclamar la resistencia ni calificarla como fuerza (5).

9. Por delitos que no merezcan pena corporal ó aflictiva, aunque sí la de destierro, no se ha de prender al reo, siempre que este dé fiador lego, llano y abonado, que se obligue á presentarle, estar á juicio, y pagar lo que se determine en la sentencia; y con mayor razon si quien se halla preso por alguno de dichos delitos ofrece la referida fianza, ha de ponérsele inmediatamente en libertad; como tambien aun cuando se proceda por delito grave, si despues de la publicacion de probanzas conoce el juez que es inocente y leve su culpa (6). Ultimamente en la Instruccion de corregidores (7) se previene á los jueces que

1 Ley 2. tit. 29. Part. 7.
2 Ley 3. tit. 5. lib. 12. Nov. Rec.
3 *Pract. crim.* tom. 1. pag. 212.
4 Bovad. *Polit.* lib. 1. cap. 13. num. 16.
5 Amaya in leg 5 Cod. *de jur., fisc.* num. 15. Otero *de oficial.* part. 2. cap. 2.
6 Ley 6. tit. 12. lib. 5. Nov. Rec., y 4. tit. 29. Part. 7. Greg. Lop. en esta glos. 4. y 5. Ant. Gom. 3. tit *Var* cap 9. num 7. y 8. Clar. *Pract crim* § fin. quæst. 46. num. 7 y 10. *Cur. Filip.* part. 3. §. 11. num. 14
7 De 15 de mayo de 1788, cap. 8.

conformándose con el espíritu de las leyes del reino, lejos de ser demasiadamente fáciles, procedan con toda prudencia en decretar autos de prision en causas ó delitos que no sean graves, ni se tema la fuga ú ocultacion del reo, principalmente contra las mugeres, cuyo natural pudor debe respetarse, ó contra los que se proporcionan su subsistencia con su jornal ó trabajo á que no pueden dedicarse en la carcel, resultando de aqui el atraso, y aun la ruina de sus familias.

10. Para prender al delincuente que está en ageno territorio se ha de enviar requisitoria al juez de este, y si se verificare la prision sin este requisito, ha de ser ante todas cosas puesto en libertad el preso (1). Si persiguiendo un juez á algun delincuente se pasase este al territorio de otro juez, deberá pedirle su auxilio para la prision, el cual ha de prestarse sin demora; y si se arriesgase la captura por la detencion necesaria en pedir dicho auxilio, convendrá que se haga, pasando despues un oficio ó aviso en ella al juez del territorio. Ademas sabiendo los jueces que en el término de su jurisdiccion se hallan reos que han sido acusados ante otros y andan prófugos, podrán arrestarlos aun sin preceder ningun despacho, y enviarles á las justicias que conocen de sus causas (2). Finalmente en nuestro dictamen deben los jueces asegurar todas las personas que se hayan refugiado en sus distritos despues de haber delinquido en otros constándoles ser asi, bien para conocer de sus crimenes é imponerles el debido castigo; bien para remitirlos á sus propios jueces. El delincuente, como indigno de encontrar asilo en ninguna parte de la tierra, ha de ser perseguido donde quiera que se halle, mientras no haya expiado sus culpas; y todos los jueces, cualquiera que sea su jurisdiccion ordinaria ó privilegiada, deben auxiliarse recíprocamente, y contribuir con el mayor celo á lo que tanto interesa á la sociedad (3).

11. Está prohibido á los jueces eclesiásticos, bajo la pena de extrañamiento del reino (4), arrestar á legos sin implorar el auxilio de los jueces seculares, quienes si se resistieren á darle sin justa causa, serán compelidos á ello por sus superiores, á los cuales deberán en tal caso recurrir los jueces eclesiásticos, no de otro modo que los jueces reales deben acudir á los superio-

1 *Cur. Filip.* part. 3. §. 10 num. 7. Ant. Gom tom. 3. *Var.* cap. 9 num. 4 y 5. Vease el cap último del tit. anterior, §§. 25 al 28, donde se trató de las circunstancias que deben tener las requisitorias.

2 Ley 18. tit. 1. Part. 7.

3 Gutierr. *Pract. crim* tom. 1. §. 7. pag. 212.

4 Ley 4 y 12. tit. 1. lib. 2. Nov. Rec.

res de estos, cuando se niegan indebidamente à prestar el auxilio que con razon les piden para la prision de las personas eclesiásticas.

12. Con motivo de haber cometido el coronel de milicias de Segovia varios excesos con el alcalde mayor de Sepúlveda, que estaba procediendo contra un capitan de aquel regimiento por comision de la chancillería de Valladolid, se mandó en Real cédula de 25 de febrero de 1772 que los coroneles de milicias no arrestasen á los magistrados públicos ni sus ministros, y que usasen en las competencias de los remedios judiciales de pasar papeles y oficios con arreglo à ordenanza, para excusar asi el escándalo que pueden ocasionar las prisiones de dichas personas, y la resistencia que podrian hacer los vasallos à semejantes violencias. Y por otra Real cédula de 8 de diciembre del mismo año de 1772, con ocasion de haber hecho arrestar el capitan general de Mallorca al regente de aquella audiencia por ciertas etiquetas, se previno que sin noticia y aprobacion de su Magestad no se proceda al arresto de regente ni ministro alguno de las audiencias ó chancillerías de estos reinos, ni tampoco al de ningun gefe ó cabeza de departamento, como intendentes, corregidores y otros sugetos de estas clases.

13. Los alcaldes ordinarios pueden ser presos por disposicion de las salas civiles ó criminales y demas legítimos superiores suyos; y dichos alcaldes, como presidentes de los concejos ó cabildos, pueden corregir y arrestar á los regidores y otros concejales, con arreglo à diferentes pragmáticas expedidas para gobierno de los corregidores (1).

14. Habiendo explicado los requisitos que deben preceder à la prision, los casos en que esta ha de verificarse y jueces por quienes debe hacerse, paso à hablar del modo con que debe tratarse à los reos en su captura y conduccion á la carcel, como tambien de la incomunicacion en que debe ponérseles hasta cierto tiempo. Acerca del primer punto es muy notable la humanidad y compasion que resplandecen en una ley de Partida (2), la cual dice asi: »Mandando el Rey ó el juzgador recabdar algunos homes por yerro que oviesen fecho, aquel ó aquellos que lo oviesen de facer por su mandado, han de ser mesurados en cumplir el mandamiento en buena manera. Ca si aquel à quien oviesen de recabdar fuere de buena fama é de

1 Vilanov. en la obra cit. tom. 2. pag. 77. §. 6.

2 Ley 4. tit. 29. Part. 7.

buena nombradía; que aya casa, é fijos é otra compaña *(familia)* en el lugar do lo prenden, è rogare à aquellos que lo recabdan, que lo lleven à su casa, que alguna cosa ha de decir à su compaña, débenle llevar à ella primeramente, guardándolo de manera que non se pueda fuir, nin encerrar en la iglesia nin en otro lugar." Proceden pues contra la disposicion terminante de esta ley los ministros de justicia, que en las prisiones usan de insultos ó mal tratamiento, y tanto mas cuando el sugeto à quien prenden puede resultar despues inocente, como sucede con frecuencia. Asimismo deben los jueces y sus dependientes excusar à los presos en cuanto sea posible la afrenta de ser conducidos à las cárceles públicamente y à pie, cuando pueden ser llevados à ellas de noche para evitar asi la curiosidad insultante del populacho.

15. Si la carcel no es bastante segura, y el delito fuere grave, se ponen guardas para la custodia del preso, debiendo ser mayor la vigilancia, si por la osadía del reo ú otras circunstancias fuese inminente la fuga. El salario de dichos guardas se paga del fondo de gastos de justicia, tasándole antes el juez. Estos guardas son responsables de la culpa leve; y cuando es la causa de entidad precede auto à su nombramiento, el cual se les notifica; aceptan y juran la indicada responsabilidad y encargo delante de dos testigos; cuyo auto firman los mismos guardas si saben, y sino lo hace por ellos un testigo.

16. En cuanto à la incomunicacion, aunque parece contraria à la mente de la ley (1); sin embargo está en práctica y pende del prudente arbitrio del juez. Esta práctica se introdujo sin duda para precaver las intrigas, fraudes é inteligencias que pudieran tener los reos comunicándose con otras personas; pero debe advertirse, que jamas se entiende condenado el reo à este rigor no expresándose en el decreto de su encierro, ni por mas tiempo que el prescrito en el mismo.

17. Como para incomunicar al reo suele encerrársele en un calabozo, especialmente en lugares que carecen de otro arbitrio,

1 He dicho que la incomunicacion parece contraria á la mente de la ley, pues la 6. tit. 29. Part. 7. previene lo siguiente. »Et el carcelero mayor debe cada noche cerrar las cadenas et los cepos, et las puertas de la carcel con su mano misma, et condesar muy bien las llaves, dejando homes de dentro con los presos que los velen con candelas toda la noche, de manera que non puedan limar las prisiones en que yoguieren, nin se puedan soltar en ninguna manera. Et luego que sea de dia, et el sol salido, débenles abrir las puertas de la carcel porque vean la lumbre, *et si algunos quisieren fablar con ellos, estonce débenlos sacar fuera uno a uno, todav'a estando delante aquellos que los han de guardar.*

debo prevenir que la mansion del reo en aquel no debe pasar de tres dias, siempre que el juez no mande otra cosa al carcelero. Como este encierro es una mortificacion de las mas graves, nunca se decreta sin necesidad, sea en el ingreso de la causa, sea en el progreso de ella; y en tal caso nunca por mas tiempo que el preciso para lograr el fin por que se decretó.

18. La doctrina del párrafo anterior es del señor Vilanova (1), citando à Mateu; pero aun habla con mas tino y exactitud el señor Vizcaino, quien dice asi: »Se ha de hacer distincion entre encierro y calabozo, si hay diferencia de estas funestas habitaciones en la carcel; porque los encierros son para tener los presos en incomunicacion con los otros, à fin de que no les puedan sugerir que nieguen, ò lo que han de responder á los cargos que se les hagan; y los calabozos son para apremio ó mayor castigo, pues por lo regular son las habitaciones mas incómodas, lóbregas, horrorosas y enfermizas." Aqui seria el lugar oportuno de manifestar la crueldad con que se ha tratado à los hombres en todos tiempos y casi en todos paises, encerrándolos como si fuesen fieras en unas mazmorras oscurísimas, sin otra cama donde reposar que unas miserables pajas, privados del necesario sustento, sin ocupasion alguna, entregados à su desesperacion.... ¡Cuadro horroroso y bien repugnante á los sublimes preceptos de caridad y mansedumbre de nuestra religion divina! ¿No se impone despues en el patíbulo ò en un presidio al desgraciado delincuente la pena que las leyes consideraron adecuada al delito? ¿Pues por que se le ha de castigar antes con otra pena tal vez mas rigorosa que la misma muerte, en lugar de inspirarle con un tratamiento humano sentimientos pacíficos de resignacion para prepararle à morir cristianamente, si es reo de muerte, ó convertirle en un hombre util para lo sucesivo, si ha de expiar su crimen en un presidio? Pero como este punto y otros que en las cárceles exigen una pronta reforma no pueden tratarse aqui con la extension correspondiente, ni tienen un íntimo enlace con la sustanciacion de la causa criminal, que es el principal objeto del presente tratado, omito otras muchas reflexiones que pudiera hacer acerca de las indicadas mejoras de que son susceptibles las cárceles (2). Por la misma razon, y por haber dicho lo suficiente en el prontuario de delitos y penas, artículo *fuga de los reos*, tampoco me detendré à tratar de las

1 Tomo 2 de la obra citada, pag. 79.

2 Puede verse al señor Gutierrez que trata de esto en el tomo 1.° de su *Práctica criminal*, cap. 6.

obligaciones particulares de los alcaides en orden à la seguridad de los presos, limitándome ahora à repetir lo que dice el señor Gutierrez con tanto acierto (1), relativamente à la humanidad con que deben ser tratados los presos.

19. »Las cárceles solo estan destinadas para la custodia y no para tormento ó afliccion de los reos, y por consiguiente deben ser tratados en cuanto lo permita su lastimosa situacion con la mayor humanidad, especialmente cuando es una injusticia castigar á un ciudadano antes de probársele legalmente el delito. Asi que los jueces han de tener singular cuidado de que los alcaides y sus dependientes, entre quienes es demasiado ordinaria la dureza é inhumanidad, no vejen á los encarcelados con malos è injustos tratamientos; y de que no consientan que à la entrada de un preso le hagan los demas ni otra persona alguna ningun mal ni afrenta, aun con el pretexto de ser una burla (2) (*). A esto, que se hace con el fin de que el nuevo preso dé alguna cantidad de dinero à los demas, llaman, bien por sarcasmo ó ironía, bien por un trastorno de ideas *pagar la patente ó bienvenida*. ¡Buena patente por cierto, y bello motivo de bienvenida! Este abuso, nacido dentro del recinto de las cárceles, ha sido uno de los males corregidos en las de Inglaterra, por las eficaces y reiteradas instancias del compasivo Howard: *paga, ó serás despojado*, era la lisongera bienvenida, ó mas bien la bárbara sentencia que se notificaba al recien llegado. Y efectivamente à los que no tenian dinero les quitaban los vestidos por malos que fuesen; y sino tenian cama, ni aun se les daba paja que les sirviese de tal, con lo que contraian enfermedades mortales (3), ademas de servir à todos de juguete y ludibrio" (**).

20. »Tambien deben cuidar los jueces de que los carceleros y sus subalternos no apremien á los presos en las prisiones mas de lo debido, ni les hagan ningun otro daño por malla vo-

1 *Pract. crim.* tom. 1. pag. 220 y sig.

2 Leyes 6 y 10 tit. 38. lib. 12. Nov. Rec. *Instruccion de corregidores de 5 de mayo de* 88, cap. 7.

* »El alcaide que lo ficiere ó mandare hacer, ó lo consintiere, sea privado del oficio; y cada preso que lo ficiere pague por cada vez un real para los pobres de la carcel. Dicha ley 6.

3 Howard. *Estado de las cárceles*, tom. 1. secc. 2 al principio.

** »Los presos que se reciben en la casa de correccion de Manch'm (dice Howard, tom.. cit. secc 8. pag. 199), han de sufrir una ceremonia llamada la *bienvenida*, y que se observa en otras muchas ciudades de Alemania. Sujetos el cuello, los pies y las manos en una máquina sacada afuera, se les desnuda y dá el número de azotes que ha prescrito el juez. La *grande bienvenida* es de veinte á treinta azotes, la pequeña de doce á quince, y la mediana de ocho á veinte. Hecha esta ceremonia, besan el umbral de la puerta y entran, sin que por esto deje de hacérseles á la salida el mismo cumplido."

luntad; de que sus causas se sigan con celeridad, y de que los letrados y procuradores de pobres les ayuden con toda diligencia; de que se les provea de camas, y se les den sin ninguna dilacion las comidas que les llevaren, y de que haya en las cárceles el mayor aseo y limpieza (1), para que en cuanto sea posible no se perjudique la salud de los detenidos en ellas."

21. »Convendría pues que los carceleros no se contentasen con visitar una sola vez al dia al infeliz que antes de su confesion no puede comunicar con nadie para impedir acuerde con sus cómplices, parientes ó amigos respuestas que le liberten del castigo merecido por su crimen: convendria que observaran atentamente si se halla abandonado à un dolor mortal, ó que puede quitarle la vida, si le incomoda la presencia de asquerosos animales que van à disputarle su alimento, y si con el aire pestífero de su triste morada ha padecido alteracion su salud, à fin de poner remedio en cuanto esté de su parte à todos sus males, dando aviso al juez y à los médicos para que se le traslade á la enfermeria antes de agravarse su enfermedad; convendria que velasen sobre sus subalternos, y que les diesen suficientes salarios para que no se hallasen en la necesidad de vivir á expensas de los presos; convendria que, segun se lo prescribe la humanidad, diesen facilmente entrada à las personas caritativas que fueran á llevarles socorros; convendria en fin que solo oportunamente usasen de severidad con los presos, y que agotaran los consejos y las amenazas antes de emplear contra ellos la violencia; de que es indispensable echar mano con algunos malhechores que, enfurecidos con el sentimiento de verse encerrados, quieren en sus trasportamientos quitarse la vida ó avalanzarse à sus guardianes.

22. »La honestidad pública, y los miramientos debidos al bello sexo, exigen que las prisiones de las mugeres sean diversas de las de los hombres, ó que si son unas mismas, esten aquellas separadas de estos. »Muger alguna, dice una ley (2), seyendo recabdada por algun yerro que oviesse fecho, que fuesse de tal natura porque meresciesse muerte, ó otra pena cualquier en el cuerpo, non la deben meter en carcel con los varones; ante decimos que la deben llevar á algun monasterio de dueñas (*), si lo oviere en aquel logar, é meterla hí (alli) en pri-

1 »Los alcaides hagan barrer las cárceles y todos los aposentos de ella dos dias cada semana." Ley 4. tit. 38. lib. 12. Nov. Rec.

2 Ley 5. tit. 29. Part. 7.

* Llamábanse asi en lo antiguo las monjas ó beatas que vivian en comunidad, y solian ser señoras principales.

sion, é ponerla con otras mugeres buenas fasta que el juzgador faga de ella lo que las leyes mandan. Ca assi como los varones é las mugeres son de departidas (*diferentes*) naturas, assi han de menester logar apartado do las guarden; porque non pueda dello nacer mala fama, nin puedan facer yerro nin mal, seyendo presos en un lugar." Los alcaides que permitan á las mugeres estar entre los hombres, ó conversar á los unos con las otras, incurren en la pena de privacion de sus oficios; y los jueces, siendo las mugeres honestas, y pudiéndose poner en libertad bajo fianzas, procurarán que asi se haga (1). Si se permitiese la union ó mezcla de los dos sexos en las cárceles, donde por lo regular se hallan tantos Sardanápalos y tantas Floras, ¿que fiestas bacanales podrian compararse con las que entonces se celebrarian en aquellas moradas, y qué excesos no se cometerian en unos lugares destinados para contener todo género de excesos?"

23. »Tambien deben destinarse diversas cárceles, ó debe haber separacion en ellas, para que los nobles é hidalgos, cuyos privilegios y preeminencias quieren conservar las leyes, esten apartados de los pecheros y de la gente vulgar. Entre los nobles se comprenden tambien las personas que únicamente lo son por privilegio" (2).

24. »Pero aun no contentos nuestros Soberanos con dar tan bellas providencias para conseguir los dos importantes fines de conciliar con la mas segura custodia de los presos, la menor incomodidad posible de ellos, y la mayor celeridad en la determinacion de sus causas, han establecido para la mas exacta observancia de aquellas, las visitas particulares de cárceles que han de hacer todos los sábados dos consejeros en las de Corte y Villa en Madrid, y dos oidores en las de los pueblos donde haya audiencias y chancillerías."

25. »En estas visitas los dos oidores han de oir ó ver las causas de los presos, sean civiles ó criminales, juntamente con los alcaldes, han de informarse con individualidad del trato que se da á los presos, y han de hacer justicia brevemente (3). Ademas se les ha de dar cuenta y razon por memorial de los presos que en la dicha carcel estuvieron toda aquella semana de la visita pasada, y las causas porque fueron presos, y de

1 Ley 3. tit. 38. lib. 12. Nov. Rec.

2 Leyes 4 y 6. tit. 29. Part. 7, y 11. y 13. tit 2. lib. 6. Nov. Rec. »Si el recabdado fuere home de buen lugar, ó honrado por riqueza ó por ciencia, non lo deben mandar meter con los otros presos." Ley 4 tit 29. Part 7.

3 Ley 1. tit. 39. lib. 12. Nov. Rec.

las sentencias que contra ellos dieron, y las causas por que los soltaron, y todo lo que á los de nuestro Consejo les pareciere ser necesario y cumplidero de se informar" (1).

26. »Los oidores, finalizada su visita, han de visitar y ver los presos, aunque no hubiesen salido á visitar, y se han de informar del trato que reciben; de si tienen camas en que dormir, y perciben las limosnas que se les dan, cuidando *especialmente de los pobres presos* (2). Tambien han de visitar á los presos por causas civiles que pendan ante los alcaldes, y aun á los que tengan el pueblo por carcel (3). *Para que mejor y con mas orden se fagan las visitas, y se sepa que todos los presos se visitan y determinan sus prisiones*, ha de haber en las cárceles un libro donde esten sentados todos los presos al tiempo de la visita, á fin de que se visiten segun el orden del libro; de que se siente en este lo que se acordare respecto á cada uno, y de que se sepa cuáles continúan en su prision, y cuáles han obtenido su libertad (4). Los alcaldes no tienen voto en las visitas, sino es que discuerden los dos oidores, en cuyo caso ha de estarse á lo resuelto por uno de estos con la mayor parte de aquellos (5); y de lo acordado en las visitas no puede suplicarse (6). Si los presos que se mandan soltar en aquellas estan imposibilitados de pagar las costas y derechos, no por eso dejará de soltárseles libremente y sin fianza" (7).

27. »En las visitas no han de indultarse ni conmutarse las penas de galeras, ni pueden visitarse los condenados á ellas ni los rematados á presidio (8), ni los presos por orden de la junta de obras y bosques (9), ó de otros consejos, ni los condenados por sentencia de vista y revista (10), ni los presos por causas civiles y comisiones particulares, aunque á todos los referidos se han de oir sus quejas sobre el mal trato que se les dé en la carcel" (11).

28. No solo ha de ser preso el reo principal del delito, sino tambien los cómplices ó aquellos de quienes se presume con fundamento que han tenido parte en la perpetracion de aquel. En cuanto al arresto de receptadores debe el magistrado cami-

1 Ley 2 tit. y lib. cit.
2 Ley 7. del mismo tit.
3 La misma ley 7.
4 Ley 9. tit. 39. lib. 12. Nov. Rec.
5 Ley 11 del mismo tit.
6 Ley 10 del propio tit.
7 Veanse las leyes 20, 21, 22 y 23. tit. 38. lib. 12. Nov. Rec.
8 Leyes 12 y 13. tit. 39, y 6. tit. 40. lib. 12. Nov. Rec.
9 Ley 3. tit. 39. lib. 12. Nov. Rec.
10 Leyes 12. tit 39, y 6. tit. 42. lib. 12. Nov. Rec.
11 Puede verse á Martinez Salazar, *Noticias del Consejo*, cap. 29, donde refiere todo el ceremonial de las visitas ordinarias del Consejo.

nar con toda circunspeccion, pues como dije en el título 1.°, capítulo 1.°, á veces se hace uno receptador por parentesco ú otro vínculo semejante, sin percibir lucro ni tener la menor parte en el delito, ó bien por ignorancia; en suma podrá haber casos y circunstancias en que por parte del receptador no haya culpa, ó esta sea muy leve. Tambien debo advertir, que si el reo no pudiese ser conducido á la carcel, ya por hallarse gravemente herido, como suele suceder en las pendencias en que tambien lo es el agresor, ó por otra justa causa, se le ha de dejar preso en su casa con guardas de vista, sin omitir el tomarle cuanto antes declaracion si hubiere peligro de que pierda la vida.

29. Cuando se duda si un sugeto debe ser ó no aprisionado, y sin embargo por algunos antecedentes ó indicios conviene asegurar su persona, se ha adoptado en la práctica el medio de expresar en el auto de prision y en el mandamiento ejecutivo del mismo, que aquel sugeto contra quien se dirige, está, no preso, sino detenido en la carcel hasta que otra cosa se mande. Si los indicios ó pruebas contra él se aumentan despues, se convierte la detencion en prision verdadera, y se declara efectiva; pero sino se adelanta nada en las averiguaciones, se le pone en libertad sin costas, y sin menoscabo de su honor y buena fama; debiendo advertirse ademas, que cuando no llega á hacerse prision efectiva su detencion, se le recibe declaracion con el objeto solo de inquirir sin hacerle cargo ni pregunta directa como delincuente, sino como testigo, porque mas bien lo es que reo en tal estado.

30. Se puede apelar en todo tiempo, aun despues de pasado el término legal de la apelacion, de un arresto ó prision injusta, por cuanto se funda en un vicio ó nulidad, cuya reclamacion es de permanencia continua.

31. Necesitándose tropa para este ú otro objeto de la administracion de justicia, está prevenido se acuda á los gefes de las provincias ó cabezas de partido (1); y tambien está acordado que los jueces ordinarios auxilien á aquella en la persecucion de ladrones y malhechores, y asistan á los ministros y resguardo de las rentas Reales en la de contrabandistas, que tambien lo son; pues hurtan á la Real Hacienda, y alteran de un modo violento los derechos de su Magestad (2).

1 *Real cédula de 27 de mayo de 1783.*
2 *Real cédula de 4 de diciembre de 1781, y 11 del mismo de 1782, de 2 de mayo de 1783 y de 24 de junio de 1784.*

32. Para facilitar la prision de los reos atroces, pueden las justicias ofrecer premios al que indique su paradero, ó proporcione medios para aprenderlos; bien que esto no lo ejecutan los jueces inferiores sin consulta de la sala criminal del distrito. A estos tribunales superiores y otros supremos, está solo reservada la facultad de proscribir los reos, dando facultad general para prenderlos, herirlos, matarlos y ofrecer premios al que los presente muertos ó vivos. Estas proscripciones se hacen regularmente despues de los pregones y edictos ordinarios en causa de rebeldía.

33. El delincuente que aprisiona y presenta á la justicia algun ladron famoso ó salteador de caminos, consigue el perdon de su delito: y al reo presentado por los parientes, no se le imponen penas afrentosas, excepto en los casos que despues se fugue de la carcel ó cometa otros delitos, y se tenga por conveniente lo contrario (*).

34. La justicia ó sus ministros pueden lícitamente valerse de trazas ó estratagemas para facilitar la captura de los reos, como son disfraces ó fingidos pretextos; sin embargo no es de su obligacion el ejercitar estas arterías ó artificios con peligro próximo de perder la vida ó recibir algun daño, ni tampoco insistir en el aprisionamiento cuando sobre dicho riesgo ocurre ademas el ser temeraria ó injusta la empresa.

35. Dúdase si persiguiendo el juez ó su ministro á algun delincuente que trata de evadirse, especialmente en el caso de estar apercibido por ellos á que se rinda, podrán lícitamente herirle ó matarle. Los autores (1) hacen comunmente esta distincion. Si el reo fuere un bandido proscrito ó encartado, ó mereciere pena capital, podrá el juez ó sus ministros herirle ó matarle en el acto de la fuga, aunque no haga resistencia calificada, si despues de habérsele intimado varias veces que se rinda ó entregue, insiste en la fuga, y no hay otro modo de asegurarle; pero fuera de estos casos no es lícito hacerlo, aunque huya el reo, y aun en los referidos tampoco puede el alguacil llegar á dicho extremo sin mandato del juez. Esta doctrina parece conforme á una Real prágmatica de 17 de abril de 1774, la cual dice así: »Si los bulliciosos hicieren resistencia á la justicia ó tropa destinada á su auxilio, impidiesen las prisiones, ó intentasen

* En uno de los apéndices que se acompañaran á este tratado, hablaré del asilo ó inmunidad local.

1 Farin. quæst 32, desde el num. 40 al 46. Plaza *in epist. delict.* lib. 1. cap. 28. Clar. in §. fin quæst. 29. Pachin. lib. 9. *Cont.* cap. 73 y 74 Villad. cap. 5. pag. 239. num. 3.

la libertad de los que se hubiesen ya aprendido, se usará contra ellos de la fuerza hasta reducirlos á la debida obediencia de los magistrados, que nunca podrán permitir quede agraviada la autoridad y respeto que todos deben á la justicia."

36. Siempre que esta pida favor, se le debe dar, y el que se niegue á ello, excepto si estuviere enfermo ó imposibilitado, ó fuere menor, mayor de setenta años, ó no pudiese hacerlo por otra legítima causa, incurre en pena arbitraria, que será mas ó menos grave segun las circunstancias.

37. A la prision del reo sigue ordinariamente el embargo de todos ó parte de sus bienes para asegurar las resultas del juicio. Si el delito es de aquellos en que la ley impone la confiscacion de bienes, se embargan todos los del reo, asi muebles como raices, derechos y acciones. Sino lo es, se manda hacer el embargo en cantidad determinada, segun la condenacion que haya de resultar por un cálculo prudente. Como el embargo lleva consigo cierta nota de difamacion, para decretarle debe resultar justificada la existencia del delito, igualmente que para la prision; y aun á veces se decreta solamente esta definiendo el embargo, en especial cuando aquella es solo provisional, ó un simple arresto dirigido á detener al reo hasta que se justifique el delito.

38. A veces el arraigo del reo ó su notoria pobreza, el temor de la ocultacion, la importancia de anticipar ciertos descubrimientos, el fin de evitar la fuga de los delincuentes, y otras muchas circunstancias, hacen anticipar ó posponer la diligencia del embargo. En esto debe proceder el juez con el mayor pulso, pues se hace responsable de toda providencia desacertada, respecto á los descubrimientos que resulten en las condenaciones pecuniarias por dicha causa. Finalmente, aunque á veces se atiende primero al embargo de bienes que á la captura del reo, si se prevé que es mas peligrosa la ocultacion de aquellos que la fuga de este; sin embargo lo mas regular es proveerse y ejecutarse á un mismo tiempo uno y otro; debiendo siempre los ministros ejecutóres ceñirse á lo que el juez decrete en este punto, y no mas. El auto de embargo es ejecutivo y rápido como el de la prision, pues no se cita ni llama al reo para cumplirse.

39. Juzgándose con probabilidad que alguna finca ó alhaja es del reo, se embarga aunque no se sepa de cierto que lo sea; y una vez embargada, no se alza el embargo sin previo conocimiento y breve justificacion de pertenecer á otro tercero que la reclama.

40. Hecho inventario de los bienes embargados, se depositan en sugeto lego y del estado llano, á eleccion del juez; otorgando recibo ante este y testigos y escribano que de ello da fe; cuya diligencia aparece en autos firmada de todos ellos. A la admision de este encargo no puede excusarse el electo depositario, como no sea de los exentos de cargos vecinales; y excusándose puede ser compelido por apremio regular. El depositario ha de administrar estos bienes con debida cuenta y razon todo el tiempo que los tenga en depósito. Esta la toma el juez separadamente por ante el escribano de la causa, y de lo que resulte se pone un tanto circunstanciado que haga fe en el proceso, quedando reservada la matriz ú original en poder del actuario.

41. En esta cuenta cargará el depositario su justo estipendio que abona el juez, regulado con prudencia, por el trabajo é industria que exige el cuidado de aquellos bienes, no por la décima, como los tutores y curadores (1), ni con el abuso que se ve cometido algunas veces en este punto. Si en cualquiera partida de cargo ó descargo reconoce el juez algun exceso ó informalidad, ha de contar con los interesados y con el fiscal, dándoles traslado, y con su acuerdo proceder à la justa liquidacion; advirtiendo que lo dicho del simple depositario comprende al administrador de bienes de los reos.

42. Estos bienes no se venden por título ni pretexto alguno hasta el fin de la causa, de modo que ni para costas procesales, papel, conducciones, requisitorias, ni para otras urgencias se desfalcan; salvo la de alimentar y defenderse el mismo preso; pues para ello da libranzas el juez á peticion suya ó de quien le defiende contra el depositario. Tambien se venden, y el producto se pone en el mismo depósito, siendo los bienes de condicion que se deterioran ó consumen con el uso, y pasados treinta dias no se presenta el reo ausente à quien se secuestran (2).

43. Habiendo ocultacion de ellos, se procede contra el ocultador sabido; y no sabiéndose (siendo cierto el fraude, pues se justifica previamente) se manda por pregon público que el que los tenga los restituya dentro de cierto término; bajo las penas arbitrarias que se imponen (3).

44. En todo embargo ha de atenderse al caracter del reo,

1 Muñoz de Escobar *de raciocin.* cap. 27, 28, 29 et 30.

2 Ley 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec.

3 Herrer. en el lugar citado.

la calidad del delito; y la calificacion del secuestro y sus fines. Si aquel es comerciante, abogado, escribano ú otro de semejantes clases, se hace punto al inventario en llegando á la pieza de su respectivo estudio, despacho ó escritorio, no interesando examinarla por algun motivo conducente á la averiguacion que se lleva por objeto; la cual regularmente se cierra y asegura poniendo en nota testimoniada, con testigos que confirmen la operacion, los libros y papeles de que conste, sin permitir se registren ó examinen. Si es preciso inventariarlos por justos motivos que inclinen á mandarlo, ha de ser muy individual la descripcion, expresando una por una las escrituras y documentos, con el número de fojas, su contenido y sustancia, firmas y sugetos que las autorizan, partes otorgantes, fechas y la calidad de estas. Los libros mayor y de caja se notan como se ha dicho, pero sin exponer sus partidas, á no ser que se trate de su cotejo, comprobacion ó falsedad; y entonces solo las precisas á este justo intento. Las cartas misivas del mismo modo, citando únicamente el lugar y fecha de su origen, firma, número de pliegos ó fojas &c.; y lo propio las letras de cambio y libranzas activas y pasivas. Por lo que hace á estas se autoriza por el juez al depositario ó administrador para que las dé el debido curso, segun ley de comercio, y permitan las circunstancias de la causa, apercibiéndole á su puntual exactitud. Si las cartas se hallan cerradas, no se abren, á no ser que por ellas se espere algun descubrimiento util á la inquisicion que motiva el inventario; en cuyo caso, precediendo auto que lo ordene, se ponen en testimonio para evitar toda suplantacion, y con él se unen al proceso.

45. En el embargo de ganados y semovientes, debe expresarse el género, especies, marcas, edad y señas que acrediten, sin riesgo de equivocacion su certeza; y lo mismo en el de caballerías ó bestias de trabajo; pues por la identidad se ha de hacer luego cargo al depositario, quien es responsable hasta de la culpa leve.

46. Para todos los bienes embargados se nombra regularmente un solo secuestrador depositario, siendo de su única obligacion tenerlos en custodia; pues á esto solo se sujeta. Pero si esto no obstante fueren muchos los depositarios designados, la obligacion es de *mancomun ó in solidum*, renunciando las leyes de la mancomunidad, á no ser que cada uno se encargue con independencia de distintos y especiales artículos.

47. Consistiendo los bienes embargados en géneros, especies ó partidas que necesiten cultivo ó recaudo, como ganados, ha-

ciendas y otros que se benefician, ademas del depósitario se les da administrador; cuyo encargo puede recaer en persona distinta, ó en el mismo depositario, pues es compatible; aunque las facultades y responsabilidad son diferentes, obligándose el primero á tenerlos solo en custodia, y el último à custodiarlos y administrarlos con industria y exactitud. Estos dos cargos deben distinguirse con claridad en las escrituras y diligencias que en esta parte se otorguen; no solo para los efectos de la administracion, sino tambien para rendir las cuentas y tasar los salarios por el trabajo y extension de aquellos. De ambos títulos se da un tanto en forma de despacho al depositario ó administrador (quedando otro original en autos), para que en su virtud pueda obrar.

48. A este administrador se le precisa á prestar la caucion juratoria, reducida á ofrecer que se conducirá bien y exactamente en su desempeño, haciéndose responsable de los perjuicios que cause por omision ó comision. He dicho caucion juratoria, pues no creo que se pueda precisarle á que dé fianzas de esta responsabilidad, ni aun de la seguridad de los bienes que se le confian, por ser cargo gravoso, y no gratuito ni voluntario.

49. Durante el juicio, y antes de su fallo definitivo, pueden á instancia del reo, siendo justa y fundada (al prudente arbitrio del juez), desembargarse los bienes secuestrados bajo fianza depositaria, consignando el fiador cierta cantidad suficiente á cubrir la satisfaccion y pago de las resultas de la causa y todas sus atenciones.

50. Siempre que en este caso ó en otro cualquiera se mande el referido desembargo, debe cumplir al punto el mandamiento librado á su cargo el depositario, y no cumpliéndolo á la vista, se procede contra él, con prision y venta de sus propios bienes; lo cual asi se practica (1).

51. El juez es responsable de la mala eleccion del depositario y administrador, y por consiguiente de los yerros que estos cometan, especialmente si por su culpa perecen los bienes embargados.

52. Si los bienes que han de embargarse ya lo estuvieren por el mismo juez ó por otro cualquiera, se reembargan en el propio depositario, haciéndole recargo y nuevo depósito con la misma solemnidad (previo recuento de ellos) que se guardó y

1 Herrer. lib. 2. cap. 7. §. 1.

otorgó en el primero, y se le apercibe los tenga en nuevo cargo y custodia, sin disponer ni entregarlos á sugeto alguno, aunque medie orden de otro juez ó magistrado, á menos que le conste legítimamente quién ha de haberlos. El auto que motiva esta diligencia se notifica al reencargado depositario, y á la persona pública que primitivamente los mandó embargar; cuya preferencia respectiva, en caso de discordia, se ventila por los mismos trámites que la controversia de fuero y jurisdiccion, decidiéndola el correspondiente superior.

53. Los embargos los ejecuta regularmente el alguacil ó ministro inferior del juzgado, previo mandamiento que se le expide, como el de la prision. Pero siendo de entidad, ó presumiendo el juez que del reconocimiento ó inventario ha de resultar algun dato ó especie util al progreso de la causa, deberá hacer el embargo personalmente, acreditando con esta pesquisa su celo por la administracion de justicia (1).

1 Vilanova en la citada obra, tom. 2. pag. 108 y sig.

CAPITULO CUARTO.

De la declaracion indagatoria y de la confesion.

§. 1. ¿Que se entiende por declaracion indagatoria?

2 y 3. Preguntas que deben hacerse en la declaracion indagatoria.

4. En delitos de averiguacion dificil convendrá á veces tomar la declaracion, teniendo á la vista los objetos que representen ó recuerden el delito.

5. Evacuacion de las citas que haga el declarante.

6. Evacuadas las citas, y practicadas las demas diligencias conducentes á la averiguacion del delito y delincuente, deberá el juez enterarse perfectamente de lo contenido en el proceso, y tomar en su casa una minuta por escrito de los cargos que resultan contra el procesado, á fin de que pueda tomarle con acierto la confesion.

7. A esta ha de preceder auto del juez, quien debe recibirla por si mismo, sin fiar esta diligencia á otro, so pena de nulidad del proceso.

8. Si el confesante fuere menor de veinticinco años, se le ha de proveer de curador, discernido con autoridad del juez.

9. La confesion hecha por el menor con la solemnidad expresada en el párrafo anterior, es tan válida como la del mayor de edad y contra ella no hay restitucion.

10. Para tomar confesion á la muger casada, no se necesita licencia ni intervencion de su marido.

11. Si el delincuente fuere un pueblo ó concejo, se le manda nombrar dos ó tres diputados que satisfagan ó respondan á los cargos.

12. Intérpretes que han de nombrarse para tomar la confesion á un extrangero delincuente que ignora el idioma castellano.

13. ¿Cuando ha de tomarse la confesion al delincuente embriagado, y al demente que delinquió antes de la demencia?

14. ¿Como se ha de recibir la confesion al juez delincuente, á quien se ha formado querella de capitutulos? Trámites peculiares que se observan en esta especie de causas.

15. Segun ley, y el uso constante de los tribunales, debe preceder á la confesion el requisito del juramento.

16. Moderacion con que debe proceder el juez en el acto de tomar la confesion al reo.

17. Preguntas, cargos y reconvenciones que deberá hacer.

18. ¿En que términos deberán estar justificados el delito y su perpetrador para hacer á uno cargos?

19. Todo cargo ha de hacerse con veracidad, esto es, sin añadir circunstancias ó calidad que no resulte probada.

20. Por la misma razon de que el cargo ha de ceñirse á la justificacion del proceso, parece que no resultando haberse cometido el delito con la concurrencia de cómplices, no podrá extenderse el cargo á este punto.

21. Será oficiosidad vituperable de parte del juez el preguntar al reo si ha sido procesado ó castigado por otro delito; pero si este mismo confiesa espontáneamente otro crimen distinto del que se está averiguando, se le explorará detenidamente, y se hará lo demas que allí se expresa.

22. A veces se toman por cargo las circunstancias ó medios que produjeron el delito, callando ú omitiendo las funestas resultas de este; y confesando lo primero, se agrava despues el cargo con dichas resultas. Ejemplo con que se aclara esta doctrina.

23. Siendo confusos ó ambiguos los cargos, podrá el reo negarlos rotundamente como tambien las reconvenciones que no se deduzcan de las preguntas confesadas.

24. Aunque el reo en el acto de confesar el delito calle ú oculte las causales ó motivos que disminuyen su criminalidad, podrá sin embargo alegarlos como excepcion en el plenario.

25. Las confesiones condicionadas pueden aceptarse en uno ó mas capítulos, y desecharse en otros.

26. El juez es responsable de los perjuicios que cometa el reo, cuando no guarda en la confesion el orden prescrito por derecho.

27. El reo no puede pedir al juez dilacion alguna para deliberar sobre lo que ha de responder á las preguntas.

28. Siendo la confesion un acto progresivo, no se admite excepcion alguna dilatoria ni perentoria que sea capaz de suspenderla, excepto la de falta absoluta de jurisdiccion ó suspension efectiva de esta.

29. ¿Si deseando el reo confesante enterarse de las deposiciones, nombres y calidad de los testigos, estará obligado el juez á acceder á su peticion?

30. Cuando se ofrece á un reo el indulto ó la libertad, si confiesa quienes son sus cómplices, ha de cumplirse la oferta si los descubre: y si por no cumplírsele revocase su confesion diciendo que la hizo falsamente,

no servirá de prueba para imponerle la pena de aquel delito.

31. ¿Que deberá hacerse cuando el reo preguntado legítimamente por un delito no quiere responder?

32. ¿Que se hará si despues de tomada la confesion cometiese el reo otro delito, como el de rompimiento de carcel, intentado ó consumado?

33. Concluida la confesion, ha de leerse al reo, y si se ratifica en lo confesado, la firmará, si sabe, juntamente con el juez.

34. Cláusula que suele ponerse al fin de la confesion para proseguirla siempre que convenga.

35. Efectos de la confesion judicial afirmativa, ó sea de aquella en que el reo se reconoce culpable del delito porque está procesado.

36. De las confesiones nulas por algun defecto sustancial.

37. Efectos de la confesion extrajudicial.

1. Asegurado el reo, se procede á tomarle declaracion, que es uno de los cinco objetos de la sumaria, como se dijo en el capítulo 1.° de este título, párrafo 2.° Llámase esta declaracion indagatoria (1), porque se dirige á indagar ó inquirir el delito y el delincuente con maña y cautela, sin hacer cargos ni reconvencion alguna de lo que resulte en el proceso contra el presunto reo, pues esto corresponde á la confesion. La ley 10. tit. 32. lib. 12. Nov. Rec. previene terminantemente que dentro de las veinticuatro horas de estar en la prision el reo, se le ha de tomar su declaracion sin falta alguna, por no ser justo privar de su libertad á un hombre sin que sepa desde luego la causa porque se le quita.

2. Ante todas cosas, el sugeto á quien se toma declaracion ha de jurar que dirá verdad sobre lo que le fuere preguntado; y las primeras preguntas que han de hacérsele, son: cómo se llama, de dónde es natural y vecino, qué oficio y edad tiene; pues si dijere ser menor de veinticinco años, se debe suspender la declaracion hasta que se le provea de curador, nombrándole él mismo si no le tuviere ó estuviere ausente, ó por su rebeldía el

1. La declaracion indagatoria no es precisa ni esencial en este juicio, pues no se halla establecida por las leyes, sino que se introdujo por costumbre de los tribunales, considerándola útil para la averiguacion de los delitos y delincuentes: así que resultando de autos justificado el crimen, y conocido el reo, podrá procederse á tomarle confesion sin previa declaracion de inquirir; mas por lo comun no se omite esta, pues son pocos los casos en que de las primeras diligencias resulte bien averiguado el delito.

juez, para que se defienda; y sin la intervencion del curador, seria nulo todo lo declarado por habérsele recibido el juramento sin su asistencia; advirtiendo que solo debe asistir al acto de jurar el menor, mas no á presenciar la declaracion de este, que debe hacerla solo y en secreto para evitar fraudes. Las otras preguntas que se hacen para la indagacion del delito y delincuente han de ser generales é indirectas, esto es, si tiene noticia de haberse cometido el delito, dónde y á quién lo oyó, si sabe quien lo haya cometido; mas no se le debe preguntar directamente si es él, pues como probablemente lo ha de negar, y en la declaracion no puede hacérsele cargo de lo que contra él resulta, porque esto es propio de la confesion, nada se adelantaria. Tambien se le preguntará dónde estuvo el dia en que se cometió el delito, y en compañía de qué personas; y á veces convendrá que sobre estas preguntas de simple inquisicion, se hagan otras que los prácticos suelen llamar *extensivas de inquirir*, por ejemplo, cuando despues de haber preguntado al presunto reo dónde estuvo y con quiénes, se añade esta ú otra semejante pregunta: ¿que conversacion tuvo con ellos &c.

3. Suele tambien inquirirse reconviniendo, como sucede cuando resulta contradiccion de la respuesta que da el declarante á dos distintas preguntas, en cuyo caso se le reconviene con sus dichos contradictorios, á fin de que ó desvanezca la contradiccion, ó se le convenza de su falsedad, y por aqui descubra el juez lo que intenta. Igual reconvencion se hace cuando las respuestas son inverosímiles ó increibles á primera vista, para convencerle de esta inverosimilitud, ó hacerle que la desvanezca dando un motivo racional del hecho, circunstancia ú ocurrencia que parece increible; v. gr. sucedió una muerte á las tres de la mañana, y el presunto reo dice que se retiró á esa hora ó poco despues de casa de un pariente á la suya: debe reconvenírsele cómo es que estuvo hasta una hora tan intempestiva en aquella casa; no siendo esto verosimil, á menos que haya mediado un motivo poderoso; pero si él añade en respuesta que permaneció allí porque estuvo velando á la muger de su pariente que se hallaba enferma de sumo peligro, y esto resultase cierto, la respuesta seria satisfactoria.

4. En delitos de averiguacion dificil convendrá á veces tomar la declaracion teniendo á la vista los objetos que representen ó recuerden el delito, como las ropas ensangrentadas del muerto ó herido, las alhajas hurtadas &c. pues tal vez por este medio la turbacion que experimente el declarante le haga confesar la

verdad, ó por lo menos incurrir en contradicciones que den fuertes indicios de su criminalidad. Sin embargo en todo esto deben proceder los jueces con mucho tino y circunspeccion, sin dar demasiada importancia á ciertos accidentes exteriores, pues sucede por lo comun que los facinerosos se mantienen imperturbables aun á vista de la persona asesinada por ellos, siendo asi que un inocente timido se sobresalta y perturba con semejantes espectáculos, y con la sola idea de que se le sospeche delincuente.

5. Cuando el declarante cita á alguna ó algunas personas que ó se hallaron presentes al hecho que se inquiere, ó pueden saber alguna cosa conducente á su averiguacion, sin pérdida de tiempo deben evacuar estas citas, no dando lugar á que los citados se oculten ó se les soborne; y si estos se hallaren en presidios ó arsenales, se expide provision ó requisitoria para el gobernador ó gefe de aquel departamento, quien debe cumplirla segun está prevenido en Real cédula (1), y lo mismo debe entenderse respecto de los militares por igual razon. Si examinadas dichas personas al tenor de la cita, dijeren otra cosa que lo que ella expresa, deberá el juez mandar carear al citante y al citado, para que oyéndolos en este careo pueda indagar la verdad con mas acierto; debiendo advertirse, que despues de tomar juramento al citado, y antes de recibirse su deposicion, convendrá leerle lo que dice el citante, para que no encubra la verdad.

6. Evacuadas las citas que se hayan hecho en declaracion indagatoria, y practicadas todas las demas diligencias conducentes á la averiguacion del delito y sus autores, debe el juez enterarse perfectamente de todo lo contenido en el proceso, y tomar en su casa una minuta por escrito de los cargos que resultan contra el procesado (ayudándole á ello el escribano actuario en los pueblos donde los alcaldes no son letrados), á fin de que pueda tomar con acierto su confesion al reo, que es el quinto objeto de la sumaria y el último acto de ella, equivaliendo á la contestacion en las causas civiles. Esta diligencia de tomar la confesion al reo, nunca debe omitirse, aun cuando conste plenamente del crimen y sus perpetradores, para averiguar qué motivo tuvieron estos para cometerle, y si tienen que dar en su favor algunos descargos (*).

1 De 9 de enero de 1783.

* Aunque la declaracion indagatoria es para inquirir, y la confesion para agravar ó hacer cargos ó reconvenciones, á veces para acelerar la determinacion en causas que no son de mucha gravedad, se manda tomar la declaracion con cargos, haciéndoles al mismo tiempo que se inquiere, en

7. Para la confesion ha de preceder auto del juez, quien la debe tomar por sí mismo, sin fiar esta diligencia á otro como previene la ley (1); y no haciéndolo así, será nulo el proceso (2), y el escribano ha de escribir la confesion en los mismos términos que la dé el reo, sin tomar minuta para extenderla despues, ni sustituir unas palabras á otras. Si la causa se sigue en un tribunal superior, bastará que uno de sus ministros tome la confesion al reo.

8. Si el confesante fuere menor de veinticinco años, aunque este casado y tenga padre, se le ha de proveer de curador discernido con autoridad de juez para que la confesion sea válida, pues de lo contrario será nula *ipso jure*. El curador ha de presenciar el juramento del menor, mas no la confesion (3), lo mismo que se observa en la declaracion indagatoria, segun dije antes. Tambien es de notar, que el menor púbero ó impúbero, capaz de delinquir, lo es tambien de jurar; y por consiguiente el magistrado puede exigirle el juramento; no así el infante, pues este ni debe jurar ni hacer confesion alguna de sus hechos, aunque parezcan delitos; y si la hace, es nula, por mas que se corrobore el acto con la intervencion de su curador. En suma, el juramento y la presencia del curador, son indispensables cuando el acto que celebran tiene relacion con la solemnidad del

cuyos casos la declaracion tiene fuerza de confesion, y no se considera que falta esta, aun cuando no se tome separadamente.

1 Ley 10. tit. 27. lib. 4. Nov Rec., *y Real cédula de 8 de octubre de 1768.*

2 Dúdase si el juez lego ó no letrado habrá de tomar la confesion con asistencia de asesor para el debido acierto. Algunos autores estan por la negativa, fundados en la ley 3. tit. 30. Part. 7, que previene no deba haber mas personas en la confesion que el juez y escribano. Otros opinan al contrario, fundándose en las razones siguientes. La confesion judicial es el trámite mas difícil y peligroso del juicio, cuyo desempeño no puede fiarse á un juez lego sin exponerse á cometer errores perjudiciales á la causa pública. La utilidad de asesorarse para el acierto en ciertos casos, es preferible á la consideracion de que no debe presenciar el acto otra persona mas que el juez y el escribano, mayormente cuando la ley citada no excluye al asesor, y este en cierto modo puede considerarse como la misma persona del juez, ó el instrumento de que este se valga para ejercer su jurisdiccion: ademas de que así como siendo el confesante extrangero se vale el juez de intérpretes para hacerle cargos, sin que la presencia de estas personas sea un obstáculo para la confesion, tampoco debe ser un inconveniente la asistencia del asesor, y mas cuando por su calidad de letrado debe tener mas circunspeccion y reserva en estos asuntos judiciales que otras personas.

3 El señor Gutierrez en su *Práctica criminal*, tomo 1.° página 245, hace la observacion siguiente que me parece muy fundada. »Parécenos inútil tal asistencia (la del curador al juramento del menor), pues no hay nada que temer en el acto de jurar el menor, ni de consiguiente que evitar. Mas bien deberia hallarse presente el curador á la confesion del menor, porque en ella y en perjuicio de este pudieran cometer algun fraude el juez y escribano, ó alguno de los dos; pero es regular que no se permita aquella concurrencia, por el abuso que podria hacer el curador de lo que oyese al menor, mayormente si confesaba algun cómplice, ó citaba á alguna persona que desde luego se hubiese de examinar.

juicio, mas no en otros casos; y asi es que para declararle contumaz por resistirse al juramento y á la confesion, y para deponer como testigo, no se necesita la autoridad del curador.

9. La confesion hecha por el menor con la solemnidad expresada, es tan válida como la del mayor de edad (1), y contra ella no há lugar la restitucion, ya porque no hay razon particular para ello, ya porque lo da á entender bien claramente una ley de Partida (2).

10. Para tomar confesion á la muger casada, no se necesita licencia ni intervencion de su marido; pues ella, como si fuera persona independiente, debe responder á los cargos que se le hagan.

11. Si el delincuente á quien ha de tomarse confesion fuere un pueblo ó concejo, se manda á este ó á las personas que le representan, que dentro de cierto término, uno en calidad de tres, y el último perentorio, nombren dos ó tres diputados (lo menos) que satisfagan los cargos de aquel delito resultante contra el propio comun, su principal, y que para la defensa y seguimiento de la causa les den poder idóneo é irrevocable, con facultad de sustituirle en procurador del número del tribunal superior que lo manda, ó de aquel en que está radicado el asunto. Desobedeciendo aquel cuerpo semejante precepto, se le declara contumaz y rebelde, y se sigue la causa en ausencia y rebeldía suya hasta el fin y su ejecucion, como se practica con otros reos particulares, segun diré mas adelante. Si por el contrario obedece dicho cuerpo lo que se le mandó, tanto la confesion de los diputados, como los autos y fallo definitivo, obran los mismos jurídicos efectos contra la comunidad, como si cada uno de sus individuos personase los actos.

12. Siendo extrangero el sugeto á quien se toma confesion, y no entendiendo el juez su idioma, se le nombran dos intérpretes, lo mismo que se hace cuando depone como testigo.

13. Al demente que haya delinquido antes de la demencia, ó en algun lucido intervalo de su razon, se le tomará la confesion, y harán cargos si recobrare el juicio; y al delincuente embriagado, luego que se pase la embriaguez. Acerca de los sordomudos, no puede darse regla fija, pues hay algunos tan destituidos de conocimiento, que no son capaces de delinquir; otros por el contrario, mediante la educacion que reciben segun el nuevo método de su enseñanza, saben distinguir perfectamente

1 Ley 4. tit. fin. Part. 6.

2 La misma ley.

el bien del mal, y por lo mismo son capaces de dolo. A estos debe tomárseles la confesion, presentándoles por escrito los cargos, y escribiendo ellos mismos sus respuestas si supieren escribir; y si no, valiéndose de sugetos que entiendan bien los signos que ordinariamente se usan, para conversar con los sordomudos; cuidando de que en este modo de expresarse haya toda la posible certidumbre hasta no quedar duda acerca de la inteligencia mútua del preguntante y preguntado, para no exponerse á errores ó equivocacion en materia tan delicada.

14. Cuando el delincuente es algun juez, á quien se ha formado *querella de capitulos* por haber faltado á sus deberes en el desempeño de su oficio ó por otros crímenes, se le recibe confesion como á otro cualquiera reo (1).

1 Como en la formacion de esta especie de causas se observan ciertos trámites peculiares, me ha parecido del caso expresarlos en la presente nota. Primeramente es de saber, que cualquiera del pueblo, como no sea de los que tienen prohibicion especial de acusar, puede mostrarse parte para intentar la *querella de capítulos*, por cuanto importa á la causa pública, que la conducta de los jueces sea cual corresponde á la dignidad de su cargo. Esto supuesto, la parte capitulante acude á la superioridad y por medio de procurador legítimo (pues de otro modo no es oida) hace su recurso. En él jura en forma no hacerlo de malicia; y ofreciendo la competente fianza de calumnia, suplica le sean admitidos los capítulos que inserta en el mismo. A su tenor ofrece justificacion sumaria, y pide que el despacho se entienda para que el capitulado se retire del pueblo á distancia prudente mientras dura la informacion (*a*). El tribunal superior, Consejo, chancillería ó audiencia á quien llegó la queja, atiende antes de oirla á las circunstancias de esta, al caracter del capitulante, y á los fines que le mueven; á cuyo objeto suele tomar previamente sus informes secretos y seguros de la pureza ó malicia de tal procedimiento. Si es justo y fundado, obliga al mismo que lo promueve, á que dé fianzas legas y llanas con informacion de abono, y de cuenta y riesgo del juez que las recibe: manda pasar el recurso al fiscal de su Magestad para que diga su sentir, quien lo expresa; é insiste en que preceda á todo otro paso la expresada fianza: y de resultas delega el propio tribunal un receptor ó persona de toda su confianza, á quien da poder para que trasladándose al pueblo de la residencia del capitulado reasuma la jurisdiccion, le haga salir de él por el tiempo que considere necesario para la evacuacion del sumario, á fin de que los testigos libres de todo temor digan la verdad; y evacuado, remite el expediente cerrado, sellado y con reserva al mismo comitente. Puestas en Sala estas diligencias, se comunican de nuevo al fiscal, y con su dictamen se procede al arresto del capitulado (si lo merece), se le oye por medio de procurador, y se sustancia la causa por el orden regular, como las demas criminales. Asi en la admision de estas querellas, como en el destierro temporal del capitulado durante el sumario, suspenderle la jurisdiccion, avocarla y deferir á su arresto, debe procederse con la mayor circunspeccion, porque estas operaciones redundan regularmente en agravio de la autoridad pública, y muchas veces la querella procede de venganza y resentimientos. Como quiera para la suspension larga ó absoluta de jurisdiccion y otros decretos semejantes que desautorizan á un magistrado, resuelven dos Reales cédulas (*b*), que no se expidan sin consulta y licencia del Real Consejo. Estas causas de querellas y capítulos contra corregidores, alcaldes mayores, jueces y justicias ordina-

a Bobad. *Polit.* lib. 5. cap. 1. num. 202. Parlad. *Rerum quotid.* cap. 1. Acevedo en la ley 8. tit. 1. lib. 8. Rec.

b De 20 de agosto de 1653, y de 21 de abril de 1783.

15. Segun la ley (1), y el uso constante de los tribunales, debe preceder á la confesion el requisito del juramento, bajo del cual se ofrezca el declarante á decir verdad sobre todo aquello de que fuere preguntado; y aunque este requisito sea esencial en concepto de la ley citada, no dejará por falta suya de valer y perjudicar al reo la confesion del delito, aunque no con la eficacia que si él concurriese (2).

16. Con los preliminares sentados en los párrafos anteriores, paso á tratar del modo con que ha de proceder el juez en el acto de tomar la confesion al reo; acto principalísimo del juicio criminal, como dice con mucha razon el señor Gutierrez, y de que suele depender frecuentemente la fortuna ó la desgracia del reo, su libertad ó su esclavitud, su vida ó su muerte. Esta terrible consideracion deben tener siempre los jueces á la vista para conducirse en este punto con la mayor circunspeccion y rectitud, no proponiéndose otro objeto que la averiguacion de la verdad por los decorosos y justos medios que sugieren la humanidad y la razon; quiero decir, que el juez no abuse jamas de su autoridad para imponer al reo con ella, ni se valga de amenazas, sugestiones, estratagemas, preguntas capciosas ú otros medios falaces; pues la verdad de la confesion estriba en la circunstan-

rias, se trasmiten activa y pasivamente en sus herederos y sucesores; y aunque las partes transijan ó se aparten de ellas, las continúan los fiscales de su Magestad hasta el fallo definitivo y su completa ejecucion, siempre que procedan de cohecho ú otros graves delitos.

1 Ley 4 tit. 29. Part. 7.

2 Greg. Lop. en las leyes 1, 4 y fin. tit. 13. Part. 3. Farin. tom. 3. quæst. 82. Larrea allegat. 66. Math. cont. 25. El señor Gutierrez en su *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 244, manifestando la opinion de que este juramento deberia desterrarse del foro como inutil, hace las reflexiones siguientes. »¿Que confianza ha de tenerse en el juramento de un infeliz constituido en la situacion dolorosa de faltar á Dios, ó de faltarse á sí propio, siendo un martir de sí mismo? Los antiguos tenian formada tan sublime idea de la religion del juramento, que creian no deber prodigarle sin necesidad, y que era una crueldad y un absurdo exigirle de un hombre que habia de elegir entre la vida y el perjuicio. Los romanos no exigian juramento de los acusados, porque *era cosa inhumana*, segun dice una de sus leyes, *que las leyes que castigan los perjurios, abriesen la puerta al perjurio.* Por la misma razon en Toscana se prohibió en todo caso sin ninguna excepcion el juramento de los reos, no solo con respecto á sus propios hechos, sino tambien respecto á los de otros cómplices ó no cómplices, de tal suerte que aun cuando los reos pidan permiso para jurar, no ha de concedérseles. Y aun al mismo tiempo se abolió enteramente la caucion juratoria que acostumbraban dar los reos en defecto de fiador, sustituyéndose á ella la correspondiente promesa con la obligacion de su persona y bienes, y un apercibimiento proporcionado para el caso de no cumplirse aquella (*a*). Asi es facil observar que el juramento no hace decir nunca la verdad á ningun reo; que en el dia no es mas que una formalidad, y que su uso ha disminuido considerablemente la fuerza de los sentimientos de la religion.

a Ley de 21 de abril de 1679, y edicto de Pedro Leopoldo de 30 de noviembre de 1786, §§ 6 y 11.

cia de ser libre, franca y espontanea. Un infeliz que se halla ya debilitado con los padecimientos de una incómoda prision, y sobrecogido con la terrible imagen del castigo que le amenaza, ¿que serenidad ha de tener para dar sus respuestas y descargos en la confesion, si trasladado repentinamente de la oscuridad de un encierro á la presencia del juez, le recibe este con un semblante ceñudo y una severidad mas propia para acrecentar su terror que para inspirarle confianza? Aun la inocencia misma en semejante comparecencia suele perturbarse, y dar señales equívocas de criminalidad con su confusion y encogimiento. En buen hora conserve el juez la gravedad propia de las augustas funciones que ejerce, pero templada con la moderacion y la dulzura, cual corresponde á todo juzgador, y en especial al que profesa una religion, cuyo divino fundador compareció ante un tribunal, falsa y atrozmente acusado.

17. Supuesta, pues, la humanidad con que debe portarse el juez, las primeras preguntas que ha de hacer al reo han de recaer sobre los hechos anteriores al delito, que refieren los testigos en el sumario; despues acerca de los que segun resulten del mismo proceso hayan acompañado al crimen: por ejemplo, en una causa de homicidio ó heridas, si es cierto que trató con el ofendido, si riñó con él, y con qué motivo; si le hirió, y con qué arma; si fue con aquella misma que se le presenta; si es suya, ó quién se la dió; con qué motivo, y para qué la llevaba; qué personas estaban presentes, y lo demas que haya concurrido en aquel acto, y resulte justificado en el sumario. Ultimamente le preguntará sobre los hechos posteriores á la perpetracion del delito: v. gr. si es cierto que inmediatamente que sucedió el lance ó hecho porque se le procesó, y está preso, se huyó del pueblo, y qué motivo tuvo, y asi de otros hechos posteriores que sean indicios consiguientes al delito, y de los cuales se infiere que él le cometió. Si estuviere negativo, le hará el juez los cargos y reconvenciones que le dicten su prudencia y sagacidad, diciéndole, por ejemplo, cómo niega tal cosa, cuando resulta justificado por la deposicion de dos ó tres testigos, que sucedió el lance del modo que se le pregunta y hace cargo; ya manifestándole la contradiccion ó repugnancia que haya entre lo que confiesa entonces, y lo que antes ha declarado, ó que es lo mas verosimil y natural. Los cargos y recargos han de hacerse con la debida separacion de puntos ó particulares sin mezclar unos con otros, para que los preguntados no se confundan con muchos á un tiempo, y por confesar uno confiesen tambien otro ú otros,

que tal vez no sean ciertos, y que negarian si se les preguntase con la debida individualidad. Asi que es un abuso comun y vituperable el referir de una vez todo lo que han dicho los testigos para excusarse la molestia de dividirlo en preguntas sueltas.

18. Ofrécese ahora la cuestion siguiente: ¿en que términos deberáu estar justificados el delito y su perpetrador para hacer á uno cargos? El señor Gutierrez en su *Práctica criminal*, tomo 1.°, trató ligeramente este punto, y aun con cierta ambigüedad, pues en la página 242 dice, que »todos los hechos han de estar justificados en el sumario, pues el juez no debe hacer cargo al reo sobre ningun hecho engañándole ó haciéndole creer que está probado, cuando solo hay presuncion de que concurriria á él." Y en la página 246, con referencia al autor de la *Curia Filipica*, dice asi: »para que el juez pueda recibir al reo su confesion sobre un delito ó varios, es necesario que haya contra él una semiplena probanza de haberlos cometido, bien sea de un testigo de vista ó cierta ciencia, mayor de toda excepcion; bien sea de *indicios equivalentes etc.* El señor Vilanova opina que para la calificacion del cargo, y hacérsele al presunto reo, ha de estar justificado plenamente el delito, no bastando por consiguiente la prueba semiplena, porque esta es solamente un argumento ó induccion verosimil del suceso; y como al reo se le ha de hacer cargo de hechos efectivos y no dudosos, siempre será vano el que se haga fundado en una mera presuncion. Exceptúa dicho autor los delitos graves, cuyo cuerpo es dificil de justificar, en los cuales basta la prueba semiplena para hacer cargos. En orden á la persona del delincuente basta, segun el mismo, la prueba semiplena en todos casos para hacer cargo sobre este punto. En apoyo de su opinion no cita el señor Vilanova ley alguna, sino á Gomez y Farinaceo; y á la verdad, si en los delitos graves basta la prueba semiplena para hacer cargos, parece que debe ser tambien suficiente en los otros delitos, puesto que la causa pública se interesa en la averiguacion y castigo de unos y otros. En todos ellos, pues, segun mi dictamen podrán hacerse cargos habiendo prueba plena ó semiplena, con la diferencia indicada por el señor Posadilla en su *Práctica criminal*, tomo 1.°, página 381, esto es, que se hagan los cargos de lo que resulte de autos, y como resulte; de modo que si de ellos consta semiplenamente probada la cosa ó hecho sobre que recae el cargo, no pueda decirse en él que resulta plenamente justificado.

19. Todo cargo ha de hacerse con veracidad, esto es, sin añadir circunstancia ó calidad que no resulte probada, por

ejemplo, en el de homicidio simple no debe añadirse que fue con traicion ó alevosía; en el de estupro de mera seduccion, que fue con violencia &c.; pero si el reo declarare espontáneamente dicha calidad, se le agrava el cargo en esta parte para que le pare perjuicio, y obre los efectos correspondientes. Lo mismo se observa en orden á la presuncion que resulta de los extremos ó particulares confesados por él, ó de sus inconsecuencias y contradicciones. Y si esta contrariedad es perjudicial para la averiguacion de la verdad, de manera que una asercion debilite ó destruya la otra, no solo se le manifestará y hará cargo de ella, sino que tambien se le mandará afirmar cual es de ellas la verdadera.

20. Por la misma razon de que el cargo ha de ceñirse á la justificacion del proceso, parece que no resultando haberse cometido el delito con la concurrencia de cómplices, no podrá extenderse el cargo á este punto, á menos que sea de los que no pueden cometerse sin ellos (1), y aun en este caso no ha de ser la pregunta directa sino indirecta; de este modo (2): diga, ¿qué sabe de tal delito; qué sugeto ó sugetos le cometieron?

21. Tambien seria oficiosidad vituperable de parte del juez el preguntar al reo, aunque sea general ó indirectamente, si ha sido procesado ó castigado por otro delito; pero si él mismo espontáneamente confiesa otro crimen distinto del que se está averiguando, aunque por entonces no se hará cargo de él, se le explora detenidamente para proceder despues á su averiguacion ó pesquisa por otros medios, y conseguida esta en términos que pueda fundarse el cargo, se le hace luego en el mismo proceso con acumulacion de ambos delitos, por razon de la continencia de la causa.

22. A veces se toman por cargo las circunstancias ó medios que produjeron el delito, callando ú omitiendo las funestas resultas de este: por ejemplo, en el de homicidio resultante de heridas, se hace cargo primeramente de las heridas, y confesadas estas (lo cual se logra mas facilmente, por cuanto este delito menor que el homicidio, inspira menos terror al reo), se le agrava el cargo con la muerte.

23. Siendo confusos ó ambiguos los cargos, podrá el reo negarlos rotundamente, como tambien las reconvenciones que no se deduzcan de las preguntas confesadas; é igualmente si la pregunta estriba en una suposicion falsa, puede negar lícita-

1 Ley 3. tit. 30. Part. 7. 2 La misma ley.

mente el reo otra suposion verdadera fundada en la falsa; por cuanto en estos casos no es la conducta del juez arreglada á derecho.

24. Aunque el reo en el acto de confesar el delito calle ú omita las causales ó motivos que disminuyen su criminalidad, podrá sin embargo alegarlos en el plenario como excepcion, y le aprovecharán para que no se le imponga la pena ordinaria del delito, sino otra mas moderada.

25. En cuanto á las confesiones condicionadas, puede el juez por sí, á instancia fiscal ó de parte, aceptarlas en uno ó mas de sus capítulos, y desecharlas en otros; y esta confesion parcial perjudica al reo como si fuese absoluta, á no ser que se remita á la prueba, pues justificando en ella el reo lo contrario, destruirá la fuerza de aquella parte de confesion que se aceptó.

26. El juez es responsable de los perjurios que cometa el reo cuando no guarda en la confesion el orden prescrito por derecho, ó le hace cargos y preguntas impertinentes, ó que no tienen conexion con lo resultante de autos; y aunque esta confesion no sea absolutamente nula, es por lo menos viciosa, y de aquellas que estan destituidas del fundamento necesario para imponer al reo la pena propia del delito (1).

27. El reo no puede pedir al juez ninguna dilacion para deliberar sobre lo que ha de responder á sus preguntas, sino que lo ha de hacer incontinenti, á fin de evitar que se prepare artificiosamente para ocultar la verdad.

28. Siendo la confesion un acto progresivo, no se admite excepcion alguna dilatoria ni perentoria que sea capaz de suspenderle. Las declinatorias de fuero y jurisdiccion se desestiman por entonces; si bien despues de concluido el acto, ó á instancia del reo ó de oficio, estando este impedido ó falto de comunicacion, se admiten ó determinan. Solo la falta absoluta de jurisdiccion del juez ó la suspension efectiva de ella, son suficientes para anular el efecto de la confesion y suspenderla. Y aun en el caso de incompetencia notoria del juez puede esta oponerse en el acto de la confesion, y es atendible, puesto que en semejante ocurrencia la inhibicion por la notoriedad tiene tal fuerza, que es lo mismo que si el juez careciese absolutamente de jurisdiccion.

29. Ocurre ahora una dificultad, acerca de la cual estan discordes los autores, à saber: si deseando el reo confesante

1 Greg. Lop. en la ley 2. glos. 2. tit. 30. Part. 7.

enterarse de las deposiciones, nombres y calidad de los testigos para satisfacer en su vista á los cargos que se le hagan, ¿estará obligado el juez á acceder á su peticion? Dos leyes hay que tratan expresamente de esto, á saber: la 11. tit. 17. Part. 3, y la 1. tit. 34. lib. 12. Nov. Rec. La primera dice asi: »Seyendo la pesquisa fecha.... dar debe el Rey ó los juzgadores traslado de ella á aquellos á quienes tangiere la pesquisa de los nombres de los testigos et de los dichos dellos, porque se puedan defender á su derecho, diciendo contra las personas de las pesquisas ó en los dichos dellos, et hayan todas las defensiones que habrien contra otros testigos." La otra ley de la Novísima dice: »Si nos de nuestro oficio entendiéremos que cumple á nuestro servicio, y mandáremos hacer pesquisa general sobre el estado de alguna ciudad, villa ó lugar, los dichos de los testigos y las pesquisas sean traidas ante Nos, porque Nos las mandemos ver, y no sean demostradas á otro alguno; pero si mandáremos hacer pesquisa sobre alguno ó algunos hombres señaladamente sobre hechos señalados, quier se haga de nuestro oficio, quier á querella de otro, aquel ó aquellos contra quien fuere hecha la pesquisa, hayan poder de demandar los nombres de los testigos, y los dichos de las pesquisas, porque se puedan defender en todo su derecho, y decir contra las pesquisas ó testigos, y hayan todas las defensiones que deben haber en derecho." Por estas dos leyes se ve que hecha la pesquisa, deben comunicarse al reo las declaraciones y nombres de los testigos. Se entiende en mi dictamen hecha ya la pesquisa cuando se toma la confesion, pues que esta no se dirige á inquirir como la declaracion indagatoria, sino á hacer cargos al reo de lo que resulta justificado plena ó semiplenamente, á consecuencia de la pesquisa ó averiguacion que se hizo. Ademas la buena fe con que debe procederse en estos asuntos, de que pende el honor y la vida de los hombres, exige que antes de responder el reo se le entere bien de las declaraciones que le acriminan, leyéndoselas cuando lo pida, pues hay notable diferencia del contexto literal á los extractos compendiados de este, en que suelen omitirse frases ó circunstancias que tal vez darán luz al reo para deshacer equivocaciones, aclarar puntos dudosos, ó manifestar la mala fe de los declarantes. Tambien conviene que sepa quiénes son estos en el acto de la confesion, pues si tienen algunas tachas como de enemistad, mala conducta &c., manifestándolas en aquel acto, el reo podrá debilitar sus dichos. Por el contrario, si ve que los testigos son sugetos

de probidad conocida, que no tienen tacha alguna, y que descubren claramente el crimen, no podrá resistirse entonces á la evidencia, y confesará mas bien que si se le ocultasen los nombres y las declaraciones, en cuyo caso tal vez negaria perjurándose, con la esperanza de hallar despues alguna defensa en los defectos personales de los declarantes, ó en el contexto de las mismas declaraciones. Y si de todos modos se le ha de comunicar en el plenario uno y otro, ¿que inconveniente habrá en hacerlo en el acto de la confesion? Se dirá que sabiendo entonces el reo los nombres de los testigos podrá valerse de arbitrios para sobornarlos, á fin de que se retracten ó debiliten sus dichos en el juicio plenario; pero aun suponiendo que el reo tenga esta proporcion, lo cual no deja de ser bastante dificil, ¿que crédito merecerán unos testigos dispuestos al soborno y á perjurarse por el interes? Si son hombres venales, ó de poca moralidad, tambien habrán podido faltar á la verdad en el sumario, y bueno es que el confesante los conozca cuanto antes para debilitar ó destruir desde luego la fuerza de sus dichos, si presume ó conoce la sinrazon, injusticia ó parcialidad con que procedieron.

30. A veces en delitos de mucha gravedad ó trascendencia en que hay varios cómplices, suele ofrecerse á uno el perdon (1) ó la libertad si confiesa quiénes son los otros culpables; pero es de advertir que los jueces no deben hacer semejantes promesas, sino en virtud de orden ó facultad dispensada por el Soberano. Hecha la promesa con esta autorizacion, debe cumplirse si á consecuencia de ella confiesa el reo lo que se pretende; y si por no cumplírsele revocare su confesion diciendo que la hizo falsamente, no servirá de prueba para condenarle; pero si al contrario se ratificare en ella, podrá imponérsele una pena extraordinaria, mas no la ordinaria del delito, si este no resulta justificado por otros medios (2).

31. Si un reo preguntado legítimamente sobre un delito no quisiese responder, se le apremiará con carcel mas estrecha, grillos, cadenas, esposas ú otra cosa semejante, porque la desobediencia á las órdenes del tribunal es un desacato digno de castigo; y si á pesar de estos apremios se obstinare en no responder, se le tendrá por confeso (*), precediendo para ello pro-

1 Véase lo que se dijo en el tit. 1. cap. 1. §. 34, y su nota sobre los inconvenientes que puede haber en la concesion de estos perdones.

2 Covarr. lib. 1. cap. 3. Plaza *de delict.* lib 1 cap. 37. Clar. §. fin. quæst. 32.

* Esta es la doctrina de los intérpretes, y aun en la práctica se halla adoptada

videncia que asi lo declare. Sin embargo debo advertir, que esta confesion ficta ó suplida por derecho, nunca tiene la misma eficacia que la verdadera, pues el reo asi confeso no es condenado en la pena ordinaria del delito, sino en otra extraordinaria. Diferénciase ademas la confesion ficta de la verdadera, en que contra aquella se admiten pruebas directas capaces de destruirla enteramente; mas contra la verdadera solo tienen lugar las pruebas que se dirigen únicamente á disculpar al reo, exponiendo las causas ó motivos que tuvo para delinquir. Tambien se diferencian en que la confesion ficta es nula, recayendo en proceso nulo; pero la verdadera siempre es válida, aunque se anule el proceso, excepto si el vicio dimana de falta de jurisdiccion ó de falsedad en parte tan sustancial, que con ella se destruya todo lo actuado (*).

32. Si despues de tomada la confesion cometiere el reo otro delito, como el de rompimiento de carcel intentado ó consumado, se le toma otra confesion sobre este incidente, háyase de castigar al punto, ó acumularse y reservarse para definitiva. Lo mismo se observa en el caso de estar apercibido el reo con mas grave pena, si quebranta el destierro ó presidio que se le impuso; pues se trata como nuevo delito su contravencion, se le hace cargo único de ella, y se le oye en defensa.

33. Concluida la confesion ha de leerse toda al reo para que se asegure de si lo que se le lee es lo mismo que confesó ó negó, y para que vea si tiene que enmendar ó añadir en ella; pues entonces puede retractarse de lo que hubiese dicho por error ó equivocacion, ó por haberse acordado mejor. Si se ratifica en lo confesado, firmará la confesion, si sabe, juntamente con el juez, y podrá rubricar todas las hojas de ella, con cuya cautela no tendrá la desconfianza de que se la han alterado el juez y escribano, ni este motivo para desacreditarlos.

34. Al fin de la confesion del reo suele expresarse, *que se queda en aquel estado para proseguirla siempre que convenga*, por si se hubiese olvidado hacerle alguna reconvencion ó pregunta importante, ó resultase despues alguna cosa que motivase nuevo cargo; mas no por esto ha de suspenderse arbitrariamente la confesion para continuarla al dia siguiente, pues

la confesion ficta en asuntos criminales, siendo asi que las leyes en que de ella se trata, son relativas solamente á las civiles, segun dice con mucho fundamento el señor Gutierrez en su *Práctica criminal*; tom. 1.° pag. 250, y puede verse por las leyes 3. tit. 13. Part. 3, y 1 y 2. tit. 9. lib. 11. Nov. Rec.

* Lex *Filius familias*, ff. *de interrogat. act.* Farin. tom. 2. quæst. 38 y 62. Paz *in prax.* tom. 1. Part. 1.

entonces podria el reo comunicar secretamente algunas noticias á quien pudiese sugerirle especies para finalizar su confesion, evitando por este medio el merecido castigo. Asi la confesion debe hacerse de una vez, aunque en ellas se ocupen algunas horas, como ha de hacerse igualmente en las declaraciones de los testigos para evitar otros fraudes (1).

35. Veamos ahora cuales son los efectos de la confesion afirmativa, ó sea de aquella en que el confesante se reconoce culpable del delito. La ley 2. tit. 13. Part. 3, dice asi: »Grande es la fuerza que há la conoscencia (confesion) que hace la parte en juicio estando su contendor delante: ca por ella se puede librar la contienda, bien asi como si lo que conocen fuese probado por buenos testigos ó por verdaderas cartas. E por ende el juzgador ante quien es fecha la conoscencia, debe dar luego juicio afinado (definitivo) por ella, si sobre aquella cosa que conocieron fue comenzado pleito por demanda é por respuesta. *Eso mismo decimos si la conoscencia fuese hecha en juicio en pleito criminal, en cual manera quier.*" A pesar de la disposicion tan terminante de esta ley, dice el señor Gutierrez en su *Práctica criminal* (2), que al reo no ha de imponerse castigo solo por la confesion de su delito, pues ha de concurrir con ella alguna otra prueba, ó ha de constar al menos que se cometió el crimen. Tambien yo convengo en que ha de constar la existencia del crimen, esto es, que ha de estar probado el cuerpo del delito, pues si este no existe será la confesion ilusoria, ya la haya hecho el reo por un extravío de su razon, ya por un mero antojo de faltar á la verdad; en cuyo último caso se le deberá imponer una pena arbitraria por la mentira. Pero no es esta la cuestion principal que debe resolverse sino la otra, á saber: ¿si supuesta la existencia del delito bastará la confesion del reo para castigarle, ó será necesaria otra prueba? El autor de la *Curia Filipica* dice asi (3): »El reo por sola su confesion no puede ser condenado, sino es que juntamente con ella concurra mas prueba, ó por lo menos conste por ella que el delito fue cometido, como lo tienen comunmente los doctores, segun Simancas y Julio Claro, aunque el clérigo por sola su confesion, y sin que conste de mas prueba, ni ha de haberse cometido el delito, puede ser condenado, como lo resuelve Bernardo Diaz, y lo trae su adicionador Salcedo." He aqui un modo bien

1 Gutierr. *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 243.

2 Tom. 1. pag. 247 y 48.

3 Part. 3. §. 13. num. 14.

extraño de zanjar la dificultad citando á Simancas y á Julio Claro, y á los doctores en globo, sin hacerse cargo de la ley de Partida citada, ni de las razones que se ofrecen en contrario. La confesion judicial espontánea ó libre, y hecha con la solemnidad que prescribe el derecho, se ha tenido siempre por una prueba plena, y efectivamente ¿podrá darse otra mas clara de la ejecucion de un hecho, cuando el mismo á quien se pregunta afirma con juramento que él ha sido el ejecutor? Aun es menos falible esta prueba que la de los testigos, pues en estos cabe el soborno ó la falsedad; y al contrario no es verosimil que uno mienta en perjuicio de sí mismo, á no estar falto de juicio, en cuyo caso de nada vale la confesion. Lo mas extraño es que ni Hevia Bolaños, ni el señor Gutierrez que le sigue en este punto á la letra, echaron de ver la inconsecuencia con que se explicaban, diciendo que para condenar á uno ademas de su confesion, ha de concurrir con ella otra prueba, ó por lo menos constar que el delito fue cometido, es decir, que cuando conste la existencia del delito, basta esto y la confesion para condenar al reo: siendo esto cierto, como efectivamente lo es, me parece superflua la otra clausula, porque no constando la existencia del delito, á nadie se puede hacer cargo, y de consiguiente no hay confesion. Puede estar plenamente justificada la existencia del delito, é ignorarse absolutamente su perpetrador. Supongamos que este impelido del remordimiento, ó por otra causa se presenta al juez y confiesa paladinamente su delito, es claro que se le impondrá la pena; y he aqui como basta la confesion para ser condenado. Si hubieran dicho los referidos autores que para hacer á uno cargos en la confesion se necesita alguna prueba de la existencia del delito y del delincuente, y que por consecuencia ordinariamente acompaña á la confesion otra prueba, tendrian razon; pero ventilando de propósito la fuerza que tiene por si sola la confesion para condenar á uno, se debió examinar la cuestion de otro modo, considerando las palabras terminantes de la ley de Partida citada, las razones indicadas y otras que se omiten en obsequio de la brevedad. ¿Y qué diré de lo que añade Hevia Bolaños, fundado en la autoridad de Bernardo Diaz y Salcedo, que el clérigo puede ser condenado por sola su confesion, aun cuando no conste la existencia del delito? Esto en mi entender es un despropósito, pues no estando justificado el crimen plena ó semiplenamente, ¿como ha de hacerse cargo al clérigo? y ¿por que ha de ser este de peor condicion que el lego? Mas no obstante lo que he dicho acerca de la fuerza que

tiene la confesion para condenar por ella al reo, se le admite prueba en el juicio plenario; ya para contradecirla ó impugnarla directamente, cuando fue hecha sin las formalidades que prescribe el derecho, ó por efecto de violencia, temor, engaño, ignorancia invencible ú otro defecto esencial (1); ya para excepcionar algunas causales, ó circunstancias que disminuyan la criminalidad del hecho confesado; por ejemplo, en un homicidio, si dice el reo que lo ejecutó en defensa propia (2), en uso de su derecho, por ignorancia ó falta de juicio, ó impelido de una provocacion violenta &c. Ultimamente deben tenerse presentes estas dos advertencias: 1.ª que la confesion hecha en un juicio no debe perjudicar al procesado en otro juicio diverso: 2.ª que la confesion de un delito menor hecha para defenderse de la acusacion de otro mas grave, no ha de tener ninguna fuerza, si habiendo sido absuelto de este el procesado, se le llamase segunda vez á juicio por el crimen confesado.

36. Toda confesion nula por defecto sustancial, anula tambien el juicio mientras dure aquel vicio (3). Son nulas las confesiones siguientes: 1.ª La que no toma por sí el juez asistiendo sin interrupcion á toda ella. 2.ª La que se recibe de palabra y no por escrito, ó á cuya actuacion falta el escribano. 3.ª La que no se hace en la forma prescrita por derecho. 4.ª La que, siendo menor el confesante, no se autoriza con la presencia del curador en la recepcion del juramento. 5.ª La que se hace á impulso de temor, amenaza ó violencia, y sin la debida espontaneidad. 6.ª La recibida por juez que por notoriedad es incompetente, ó no tiene jurisdiccion, ó la tiene suspendida. 7.ª Aquella en que los cargos carecen de fundamento no constando

1 Fuera de estos casos de nada sirve la prueba que uno quiera hacer contra su propia confesion libre y espontánea, segun consta de las siguientes palabras de la ley 5. tit. 13. Part. 3, por las cuales se ve todavía con mayor claridad la fuerza que tiene la confesion para condenar al reo. »Pero si algun home fuese ferido ó muerto, é viniese otro conosciendo (confesando) delante del juzgador que él mismo lo ficiera ó le matara; maguer en verdad el non fuese culpado de su muerte por fecho, nin por mandado, nin por consejo, empecerle ha aquella conoscencia, bien asi como si él lo oviese fecho; porque él se dió por fechor á sabiendas del mal que otro ficiera, é amó mas á otri que a sí, é maguer él quisiese despues probar que otri lo ficiera é non él, no le debe ser cabido." (admitido).

2 Aunque el reo en la confesion haya negado el delito, si despues cuando se le comunica el proceso, viere que está convencido de él, puede alegar y probar que le cometió en su defensa, y para no perjudicarse cuando confiesa el delito, y alega esta excusa, no ha de decir simplemente que lo hizo, pero que fue en defensa propia, pues entonces podrá el acusador aceptar su confesion en la primera parte, y desecharla en la segunda: asi que deberá decir que en el caso no confesado, como efectivamente se niega, de haber cometido el delito, lo haria en su propia defensa. *Cur. Filip.* part. 3. §. 13. num. 2.

1 Matth. controv. 25, y 68 á 71.

debidamente de la existencia del delito. 8.ª Aquella que se hace mediando dolo de parte del juez. 9.ª La hecha por el reo injustamente preso en la carcel por presumirse haberse hecho en fuerza de temor (1). Hay otras confesiones que sin ser absolutamente nulas, se tienen por viciosas, y son aquellas en que falta el juramento del confesante, ó en que el juez usó de sugestiones, promesas ú otros medios falaces de persuasion; y las que recaen en proceso nulo, mas no por falsedad ó defecto de jurisdiccion (2). Estas deben volver á tomarse con legalidad, y en las primeras se reponen los autos al estado que tenian antes de la nulidad.

37. La confesion extrajudicial que haga alguno de haber cometido un yerro ó hecho mal á otro, no le perjudicará si siendo acusado lo negase en juicio, y no hubiese otra prueba de ello, cualquiera que sea la sospecha que pueda haber contra él (3). Y en muchos casos no merecerá ningun asenso la confesion extrajudicial, porque puede haberla dictado la necia ó imprudente vanidad que da cierta idea de gloria á los mismos delitos, y hace que el hombre se vanaglorie de ellos cuando no se halla en presencia de los que pueden castigarle (4).

1 Gutierr. *de juram. confirmat.* part. 1. cap. 17. num. 14. Gom. *Var.* cap 12. num. 6 y 8. *Cur. Filip.* part. 3. §. 13. num. 15.

2 Greg. Lop. en la ley 2. glos. 2. tit. 30. Part. 7. Rosa *Pract. crim.* cap. 8.

3 Ley 7. tit. 13. Part. 3 al princip.

4 Matth. lib. 48. *Comment.* tit. 16. cap. 1. §. 3 y 4. Gutierr. *Pract. crim.* tom. 1. pag. 251.

TITULO IV.

DEL ESTADO SEGUNDO Ó PLENARIO DE LA CAUSA CRIMINAL.

CAPITULO PRIMERO.

Preliminares del plenario.

§. 1 y 2. Luego que se haya recibido la confesion al reo, ó antes si el juez lo tiene por conveniente, se ha de hacer saber el estado de la causa, si es, por ejemplo, de homicidio, al marido ó muger del muerto, ò á su pariente mas cercano, para que acuse, si quiere, y de ningun modo para que transija con el matador sobre el delito, como dice el señor Gutierrez, á quien se impugna en este punto, pues semejante transaccion, que estaba autorizada por las leyes de Partida, se opone á lo dispuesto en una ley de la Novísima Recopilacion.

3. Se hace ver la contradiccion en que incurrió Febrero, tratando del perdon de las injurias, sobre si son válidas, y producen efecto estos perdones de la parte agraviada ó interesada en causas de gravedad.

4. Sino hay parte interesada que acuse, ó no comparece aun cuando la haya, nombra el juez en las causas graves un promotor fiscal.

5. ¿Quienes pueden ser promotores fiscales?

6. No siendo letrado el promotor electo, se provee el mismo á su satisfaccion de abogado fiscal; ¿y en caso de que este no quiera aceptar ¿que deberá hacerse?

7. El nombramiento del promotor se hace en virtud de providencia judicial acordada por asesor siendo el juez lego, aunque sin esta circunstancia tambien será válido.

8. Varios privilegios de que goza el promotor.

9. Los tribunales superiores tienen fiscales para los negocios criminales y civiles.

10. El señor fiscal hace las veces de actor ó acusador en la causa criminal de oficio. Consideracion con que se le trata en el tribunal.

11. En las causas seguidas á instancia de parte, no está en arbitrio de esta retardarlas ó seguirlas con lentitud, por cuanto en el des-

pacho de ellas se interesa la causa pública.

12. En todas las causas criminales en que conforme á lo que resulte del sumario no haya de imponerse al reo pena corporal infamatoria, ha de ponérsele en libertad bajo fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, ó de otras que allí se expresan.

13. La providencia con que se accede á la soltura, es ejecutiva, causa instancia, y puede apelarse por la parte agraviada.

14. Está en arbitrio del juez decretar la soltura bajo cualquiera de las fianzas indicadas en el párrafo 12.

15. Causas que suelen cortarse concluido el sumario, sin pasar á ulteriores procedimientos.

16. Cuando las causas leves se cortan bajo la condenacion pecuniaria indicada en el párrafo anterior, y el reo se conforma con esta, se le hace otorgar solemne conformidad; ¿y de que modo?

1. El señor Gutierrez en su *Práctica criminal* (1) dice lo siguiente. »Luego que se haya recibido la confesion al reo, ó antes si el juez lo tiene por conveniente, se ha de hacer saber el estado de la causa, si es, por ejemplo, de homicidio, al marido ó muger del muerto ó á su pariente mas cercano, para que acuse, *transija* ó *perdone la muerte*...'' Es muy extraño que un autor tan atinado y consiguiente en su doctrina, dé aquí por supuesto el derecho de transigir en un delito como el homicidio, cuando en el mismo tomo manifiesta estar derogado este uso tan perjudicial por otra ley de la Novísima Recopilacion. He aquí sus palabras. »Es cosa muy frecuente moderar mucho las penas prescritas en las leyes á los perpetradores de ciertos delitos graves, remitiendo el agravio la persona interesada; pero nosotros creemos que esta solo puede en todos casos renunciar la satisfaccion de los perjuicios que se le hayan ocasionado, pues siendo el fin de la ley, no la venganza, sino la enmienda del delincuente, y el poner freno á los que quieran imitarle, seria un error y una injusticia privar al público de un escarmiento util, y al Monarca de un derecho inseparable de su soberanía. Es verdad que una ley de Partida (2), cuya disposicion hemos expuesto en otro lugar, favorece la impunidad de los malhechores, haciendo del perdon del ofendido un aprecio que

1 Tom. 1. pag. 251. §. 23.

2 Ley 22. tit. 1. Part. 7.

no se debe hacer; mas tambien es cierto que aquella ley se halla derogada por otra de la Recopilacion (1), cuyas son estas palabras dignas de trasladarse aqui. »Por cuanto somos informados que algunos han querido poner duda y dificultad, si en los delitos en que se procede á instancia y acusacion de parte, habiendo perdon de la dicha parte, se puede imponer pena corporal, declaramos que aunque haya perdon de parte, siendo el delito y persona de calidad que justamente pueda ser condenado en pena corporal, sea y pueda ser puesta la dicha pena de servicio de galeras por el tiempo, y que segun la calidad de la persona y del caso pareciere que se puede poner. Aunque esta ley se contrae ó limita en su final á la pena de galeras, quizá porque la duda que dió motivo á ella recayó sobre aquel castigo, las expresiones anteriores manifiestan bastantemente que la remision del ofendido no debe excusar al reo ningun castigo corporal á que se haya hecho acreedor. Por tanto los jueces, ciegos ejecutores de las leyes, no han de ser menos severos que ellas con los delincuentes que hayan obtenido el perdon de los injuriados."

2. Efectivamente la ley de Partida á que se refiere el señor Gutierrez (2), autorizó este uso derivado de las naciones septen-

1 Ley 4. tit. 40. lib. 12. Nov. Rec.

2 Esta ley es la 22. tit. 1. Part. 7, que dice asi: » Acaesce á las vegadas que algunos homes son acusados de tales yerros, que si les fuesen probados, que recibirien pena por ellos en los cuerpos de muerte ó de perdimiento de miembro: et por miedo que han de la pena trabajanse de hacer avenencia con sus adversarios, pechándoles algo; porque non anden mas adelante con el pleito. Et porque guisada cosa es et derecha, que todo home puede redemir su sangre, tenemos por bien que si la avenencia fuere hecha ante que la sentencia sea dada sobre tal yerro como este, que vale cuanto es para non recebir pena por ende el acusado, fueras ende si el yerro fuese de adulterio; ca en tal caso como este non puede seer fecha avenencia por dineros, mas bien le puede quitar de la acusacion el marido si quisiere, non recibiendo precio ninguno por ende. Pero si la acusacion fuese fecha sobre yerro que fuese de tal natura que non viniese muerte nin perdimiento de miembro, mas pena de pecho ó de desterramiento, si se aviniese el acusado con el acusador pechando algo segun que es sobredicho, por razon de tal avenencia como esta decimos que se da por fechor del yerro, et que le puede condepnar el judgador á la pena que mandan las leyes sobre tal yerro como aquel de que era acusado, fueras ende si la acusacion fuese fecha sobre yerro de falsedad; ca estonce no se darie por fechor del yerro por razon de la avenencia, nin le podrien condepnar á la pena si nol fuere probado. Pero si este que fizo la avenencia pechando algo á su contendor, lo fizo sabiendo que era sin culpa, et por tollerse de enxeco de seguir el pleito, tovo por bien de pecharle algo, si esto pudiese probar no debe recibir pena ninguna, nin lo pueden condepnar por fechor del yerro, ante decimos quel debe pechar el acusador aquello que recibió del en cuatro doble si gelo demandare fasta un año: et si despues del año gelo demandase, debel pechar otro tanto cuanto era aquello que recibió del. Et como quier que el acusado puede facer avenencia sin pena sobre la acusacion, asi como de suso digiemos, pero el acusador que la fizo cae en la pena que es puesta en la quinta ley ante de esta: et esto es porque desamparó la acusacion sin mandado del juzgador.

trionales, segun se indicó en el título 1.°, capítulo 2.°, párrafo 41. ¿Pero quien no ve las funestas consecuencias que pueden seguirse de estas transacciones, con que se autoriza la impunidad y se facilita, á los ricos especialmente, el medio de satisfacer sus vengativos deseos, ó sus inclinaciones sanguinarias? Por otra parte no hay duda que en los delitos graves como el homicidio, no solo se ofende al individuo, sino á la sociedad entera, cuyo orden se perturba, cuyas leyes se vulneran, y á la cual se priva de un miembro util ó que pudiera serlo; fuera de que una pena pecuniaria no guarda proporcion con tan horroroso crimen. Para evitar pues los inconvenientes que resultarian de la impunidad, se previno en la citada ley de la Novísima Recopilacion, que aun cuando haya perdon de parte se imponga la pena corporal; y aunque en dicha ley no se habla de transaccion, es claro que debe comprender este caso; pues su espíritu es el mismo, y la razon ó motivo que la dictó aplicable á uno y otro, á saber: la parte solo puede perdonar la injuria que se la hace, mas no el daño que recibe el cuerpo social de que el ofendido era miembro (*).

3. A este propósito tengo por conveniente advertir una contradiccion en que incurrió Febrero acerca de este punto en la parte primera capítulo 16, párrafo 1.°, números 5 y 6, en que trató de los perdones de injurias, por cuanto la merecida reputacion de este autor pudiera extraviar la opinion de algunos. Dice en el párrafo 5.° lo siguiente: »El Rey puede perdonar la pena de delito cometido y el injuriado su interes propio y nada mas; y aunque este por lo que le toque perdone la pena en causa grave, de nada sirve, porque el fiscal Real clama de oficio por la vindicta publica que se castigue al reo, y se hace justicia." ¿Quien creeria que despues de sentar esta doctrina, apoyada en la citada ley de la Novísima, dijese en el párrafo inmediato lo siguiente? »Los delitos porque el reo incurre en pena de muerte pueden perdonarse por dinero, mas no el de adulterio, haciéndose el perdon antes de pronunciarse la sentencia y no despues." De modo que segun el párrafo 5.° de nada sirve el perdon en causa grave, porque el fiscal Real clama de oficio por la vindicta pública; y segun el párrafo 6.° pueden perdonarse por dinero los delitos, por los cuales el reo incurre en pena de muerte ù otra aflictiva. ¿Como no advirtió Febrero que esta última disposicion de

* Véase el tit 2. cap. 1. §. 14 y su nota donde tratándose de la acusacion se tocó de paso este punto.

la ley de Partida quedó derogada por la de la Novísima Recopilacion? Aun hay otra de este mismo código, y es la 3. tit. 25. lib. 12, la cual corrobora lo que va dicho acerca de la inutilidad del perdon en causas de alguna gravedad. Trátase en ella de las injurias, que por ser una ofensa personal parece mas susceptible de la remision de su pena por medio del perdon ó apartamiento de la parte agraviada; y efectivamente lo es asi en las injurias leves, acerca de las cuales dice esta ley, que sino hubiere queja de parte, ó aun cuando la haya, si se apartare de la querella el interesado, no hagan los jueces pesquisa de oficio, ni procedan contra los culpados. Mas en orden á las injurias graves (1) previene, que aun cuando el interesado que dió la querella se aparte de ella, los jueces hagan justicia, esto es, impongan la pena establecida en la ley 1.ª del mismo título (2).

4. Sentado pues que no há lugar la transaccion pecuniaria en el homicidio y otros delitos graves, y que aun cuando haya perdon de parte no se eximirá el reo de la pena designada por las leyes, es claro que el objeto con que se hace saber al pariente el estado de la causa despues de la confesion, es solo para que dentro de un breve término que se le ha de asignar se muestre parte y acuse en fórma al reo, con apercibimiento de que no haciéndolo dentro de él se procederá á lo que haya lugar: en inteligencia, que si dicho pariente ó interesado fuere menor, será necesaria la intervencion del curador, que nombrará el mismo si fuere mayor de catorce ó doce años, segun su sexo, y no ha-

1 Se injuria gravemente cuando se denuesta á uno con cualquiera de las siguientes palabras: *gafo*, esto es leproso, *tornadizo*, ó convertido de otra ley al cristianismo, *sodomítico*, *cornudo*, *traidor*, *herege y puta* á la muger casada.

2 Febrero dice que la escritura de perdon en los delitos en que este se admite, debe contener tres cosas. Primera, que se relacione sucintamente la causa, su estado, ante qué juez ó escribano pende, y si el reo está preso ó suelto Segunda, que el injuriado se aparte de las acciones civil y criminal que tiene contra el reo; pues si perdona la injuria simplemente se entiende que el perdon se limita á la pena (*que es la accion criminal*), y no se amplia á los daños é intereses (*que es la civil*) y asi podra pedirlos, y para que no pueda, se ha de ordenar la cláusula en esta forma: *que se aparta de ambas acciones civil y criminal, y le perdona por amor de Dios, y no por temor de que no se le hará justicia, ni por otro motivo, el delito cometido, daños é intereses que por él se le irrogaron y pueden irrogar en lo sucesivo, y pena en que por él incurrió; y suplica á su Magestad le remita su Real justicia, y mande que no se proceda contra su persona ni bienes en manera ni tiempo alguno por dicha causa* Tercera, que dé por rota y cancelada por lo que á sí toca, la causa, á fin de que jamas obre el menor efecto contra el reo, ni sus bienes, y se obligue á no revocar, ni reclamar total ni parcialmente el perdon, ni pedir cosa alguna por razon del delito, y se someterá al juez de la causa, ú otro competente; y si quisiere se impondrá pena para que se le exija en caso de contravencion. El apartamiento de querellas es un acto que se ejecuta ante el juez por pedimento ó por escritura: por él se aparta el actor de la queja dada contra el reo, y prosigue como el perdon, por ser lo mismo.

biendo llegado á esta edad, le nombrará la justicia para el mismo efecto. Si no hay parte interesada que acuse, ó aun cuando la haya, si no comparece, nombra el juez en las causas graves un promotor fiscal; pues aunque este nombramiento no sea absolutamente necesario, ni por falta de él se anule el proceso, puesto que ninguna ley previene que se haga, es sin embargo muy conveniente para la mayor expedicion de las causas; y asi no se omite el hacerlo, sino en las de poca gravedad, las cuales se cortan por lo regular despues de la confesion, como se dirá despues.

5. Puede ser promotor fiscal cualquiera del pueblo, no siendo de los que tienen prohibicion de acusar, y el nombrado para este cargo no puede negarse á menos que tenga causa legítima, debien lo apremiársele en caso de resistirse sin ella. Sin embargo está recibido en la práctica, que excusándose uno se nombre otro hasta tres, y rehusándolo todos, elija el juez al mas idóneo; pero si aun este se negare, le amenazará el juez con una grave multa, y aun prision, segun se ha decretado en algunos casos por tribunales superiores, á quienes han dado cuenta de esta resistencia los inferiores.

6. No siendo letrado el promotor electo, se provee él mismo á su satisfaccion de abogado fiscal; pero si este se niega á aceptar, se hace constar asi con fe del escribano actuario en forma de simple requerimiento; y continuada esta diligencia hasta tres, si todos desisten, se acude al juez con estos documentos, y en su vista acuerda lo conveniente, como en el caso de la renuncia del promotor.

7. El nombramiento de este se hace en virtud de providencia judicial acordada por asesor (aunque sin esta circunstancia será válido), el cual se notifica al nombrado para que en la forma ordinaria acepte y jure conducirse bien y fielmente en el desempeño de su encargo.

8. Aunque el promotor fiscal sea inferior en dignidad y consideracion á los fiscales Reales nombrados por su Magestad, goza sin embargo de los privilegios dispensados á estos relativos á la mejor expedicion de las causas, por ejemplo, el beneficio de la restitucion *in integrum*, el no exigírsele derechos de los testimonios ó compulsas que pide, no estar sujeto á la calumnia presunta, y otros semejantes.

9. Solamente los tribunales supremos, las chancillerías y audiencias gozan la prerogativa de tener fiscales nombrados por su Magestad, habiendo quedado suprimidas por orden general las

plazas de fiscales que habia en otros juzgados del reino. Hay fiscales para las causas civiles y otros para las criminales. Éstos pueden instar la persecucion de los delitos notorios, mas no la de los que no lo sean, pues en estos se exige delacion de parte en que fundarla (1).

10. El fiscal hace las veces de actor en la causa criminal de oficio: asiste á todos los acuerdos, juntas y actos en que los alcaldes se congregan en forma de tribunal, sin precision de separarse de ellos, aun en el acto de votar (2); pues es togado, aunque el último de dicho tribunal. A sus pedimentos fiscales, nunca se provee, aun por los mismos superiores, con cláusulas vagas y generales, ni con la fórmula regular que se usa en los otros pedimentos de parte, á saber: *no há lugar: pedido en forma se proveerá: pida en forma.* Se le da testimonio ó certificacion siempre que la pide, para introducir sus recursos, omitiendo en el acto la expresion ordinaria: *de lo que constare y fuere de dar.* Le compete el beneficio de la restitucion *in integrum* contra el lapso del término probatorio, y el de la apelacion (3), con facultad de pedir se restrinja el que le parece excesivo. De los testimonios, certificaciones y compulsas que necesita para el desempeño de sus funciones, no se le exigen derechos ó salarios, ni se le acusa la rebeldía, sino que únicamente se insta para que responda; pero siendo morosa y notable su tardanza en el despacho de las causas, se representa al gobernador, presidente ó regente de la Sala para su remedio (4). No está sujeto á la calumnia presunta por defecto de prueba de sus acusaciones (aunque sí es responsable de la calumnia notoria y visible) (5); y por consiguiente se excusa de la fianza de esta especie. Puede introducirse en todos los negocios criminales, especialmente en los que se trata de pena fiscal, ó favor de la Corona, y en los que conciernen á la causa pública (6), como tambien seguir las que desampara el propio acusador (7). Y por regla general sus facultades se extienden á todas las que de oficio y sin parte actora se sustancian en la Sala. No puede ser recusado, aunque concurra causa, como lo pueden ser los jueces del crimen, probándose justa y bastante (8); á no ser que esta sea

1 Leyes 1 y 2. tit. 33. lib. 12. Nov. Rec.
2 *Carta acordada del Real Consejo de 14 de setiembre de* 1793.
3 Herrer. lib. 2. cap. 2. §. 2. num. 1. y cap. 7. §. 1. num. 10.
4 Herrer. lib 2. cap. 5. §. 2.
5 Alfaro *de oficio fiscal.* glos. 9. num. 38. Ley 5. tit. 1. Part. 7.
6 Garcia *de nobilit* glos. 3. num. 27. Gutierr. lib. 3. *Pract.* cap. 21. num. 17. Alfaro lug. cit. glos. num. 4 y sig.
7 Herrer. lib. 1. cap. 14. §. 2. num. 5.
8 Leyes 4 y 5. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

muy grave, como la de enemistad particular y temible entre él y el recusante (1); bien que en algunos tribunales aun concurriendo estas no se admite (2).

11. En las causas seguidas á instancia de parte, no está en arbitrio de esta retardarlas ó seguirlas con lentitud, por cuanto en el despacho de ellas se interesa la causa pública. Así que siendo moroso el interesado, providencia el juez de oficio que dentro del término que le señala, siga ó promueva la instancia, bajo apercibimiento de declararla desierta y desamparada: si pasado aquel observa el juez que hay todavía morosidad ó indiferencia, reasume todo el conocimiento de la causa, y él solo la prosigue, quedando únicamente al interesado el remedio de la apelacion de dicha providencia en caso de querer él continuarla.

12. En todas las causas criminales en que conforme á lo que resulte del sumario no haya de imponerse al reo pena corporal ó infamatoria, ha de ponérsele en libertad bajo fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado; bajo de fianza carcelera ó de una y otra, ó bien mediante caucion juratoria, segun la calidad del delito ó de la persona, y lo mas ó menos culpado que aparezca ser. Para lograr esta soltura, suele introducirse artículo despues de recibida la confesion á los reos, ó cuando alegan, y de él ha de darse traslado al acusador ó promotor fiscal para que exponga lo que le parezca, y sustanciado, determinará el juez lo que conceptúe justo; atendiendo mas bien á la calidad del delito, que á la culpabilidad del procesado; de tal suerte, que si aquel es de los que merecen pena capital ú otra corporal aflictiva, no ha de accederse al artículo de soltura, aun cuando no esté plenamente comprobada la averiguacion del delincuente (3), bien que si apareciere notoria su inocencia, está en práctica el aliviarla despues de hecha la prueba.

13. El auto de negacion de soltura no causa instancia; de modo que pedida una vez y denegada, puede instarse otra ó mas veces sin que obste la denegacion. Por el contrario, la providencia con que se accede á la soltura es ejecutiva, causa instancia, y puede apelarse por la parte agraviada.

14. Consultando á la seguridad de la persona del reo, está en arbitrio del juez decretar la soltura bajo cualquiera de las fianzas indicadas en el párrafo 12 (4), gobernándose por la calificacion y gravedad de delito y delincuente. Si para mayor segu-

1 Larr. alleg. 2.
2 Larr. id. num. 11.
3 Procmio del tit. 29. Part. 7.
4 De estas fianzas y de la caucion juratoria, se trató en el lib. 2. tit. 4. cap. 18 de esta obra.

ridad le parece conveniente acceder á la excarceracion bajo dos de aquellos medios, y aun de tres, puede hacerlo; pues está recibido en la práctica: asi como está en su arbitrio añadir à la concesion la circunstancia de que el fiador haya de renunciar las leyes, exenciones y privilegios que le favorezcan, ó haya de obligarse á las condiciones y seguridades que le parezca conveniente expresar en su proveido. Por último advierto, que todo fiador criminal es parte legítima para personar el juicio, y encargarse de la defensa del reo (1).

15. Sucede á veces, que concluido el sumario con la confesion, se cortan las causas sin pasar á últeriores procedimientos, lo cual sucede en los casos siguientes. 1.° Cuando el Soberano por un efecto de su Real piedad se digna indultar el delito general ó particular: 2.° cuando la parte ofendida perdona la ofensa, se entiende en aquellas causas en que es admisible el perdon, como sucede en las injurias que no son de las que la ley designa como graves; pues en estas ha de seguirse la causa hasta la sentencia é imposicion de la pena legal, segun se insinuó en el párrafo 2.°: 3.° cuando el procesado reconociéndose culpable implora la benignidad del tribunal, y pide que se le perdone ó corrija suavemente cortándose la causa. En tal caso, si el delito no fuere de aquellos porque haya de imponerse pena corporal ni aflictiva, aun cuando seguidos todos los trámites se sentenciase definitivamente, suele accederse à esta súplica, aunque nunca se resuelve sin previo conocimiento de causa, oido el actor ó fiscal, mediante citacion ó comunicacion de la instancia (2): 4.° cuando no resulta prueba alguna del delito ni real ni presuntiva, por mas que el reo esté difamado; en cuyo caso, de oficio y sin preceder peticion de parte, se termina para siempre la causa (3); pero si concurre alguna de dichas pruebas aunque sea la última, no se sobresee, antes se activa mas la pesquisa, mayormente si el tal delito es grave ó atroz. Asimismo si el delito está comprobado, tampoco se abandona la causa, aunque el delincuente no aparezca; solo se suspende la pesquisa para continuarla cuando pueda rastrearse aquel: 5.° cuando el delito es leve ó levísimo sin nota de reincidencia, en cuyo caso se sobresee bajo una pena ligera pecuniaria, apercibimiento y costas, con calidad de consentirlo el propio reo condenado; ó se manda que se archiven los autos, cuya expresion (distinta de aque-

1 Leyes 8 y 9 tit. 12. Part. 5
2 Heres. lib. 2. cap. 2. § 3. num. 2.
3 Ley 26. tit. 1. Part. 7.

lla en que se dice que se corte su progreso) envuelve un sobreseimiento tácito y absoluto sin condenacion alguna (1). Lo mismo se practica en cualquier estado de la causa, si aparece á primera vista la levedad del delito en términos que no se espere otra resulta mayor, ni haya razon para imponer otra pena mas severa que la pecuniaria, con el fin de precaver mayores males. Ultimamente se impide el progreso de la causa seguida á instancia de parte, cuando la acusacion de esta es maligna ó hecha con manifiesta intencion de vejar al reo ó vengarse de él; en cuyo caso, conocido notoriamente el fin, ó no se oye al acusador, ó se desecha su acusacion; mas sin embargo, siendo cierto el delito, é interesándose el Estado en su castigo, se sigue la causa de oficio.

16. Cuando las causas leves se cortan bajo la condenacion pecuniaria indicada en el párrafo anterior, y el reo se conforma con esta; se le hace otorgar solemne conformidad, la cual siendo por comparecencia ante el juez y escribano, la firma con estos; y no sabiendo firmar, lo hace uno de los dos testigos que para mayor seguridad presencian el acto. Si fuere menor el reo, presta su adhesion con juramento autorizado de su curador; pues si faltase este requisito, podria despues reclamar implorando el beneficio de la restitucion. Mediando las formalidades indicadas, no tienen los reos que consintieron la pena pecuniaria y fenecimiento de la causa, remedio alguno para impugnar su consentimiento; y asi se lleva desde luego à ejecucion lo resuelto. Y aun cuando no se allane el procesado, suele llevarse à efecto la resolucion, quedando cortada la causa segun lo proveido, à no ser que los autos arrojen bastantes méritos para proseguir la causa, ó se haya acordado la cesacion de alguna reserva que haga variar lo mandado; por ejemplo, el haberse dicho en la providencia, que no adhiriendo el procesado, se continúe la causa.

1 Herrer. en el lug. cit.

CAPITULO SEGUNDO.

De la prueba.

§. 1. Introduccion á este capítulo, y division de él en dos partes.

2. De la prueba plena y semiplena en el juicio criminal. Si para condenar al reo, bastarán á veces dos pruebas semiplenas.

3. Todas las pruebas, sean plenas ó semiplenas, que se hacen en el juicio criminal, pueden reducirse á las cinco especies que allí se expresan.

4. De la prueba testimonial ó de testigos. Circunstancias que estos deben tener.

5. Edad necesaria en los testigos para deponer en causa criminal.

6. ¿Quienes se consideran faltos de conocimiento para ser testigos?

7. Por falta de probidad, no pueden ser testigos los que allí se expresan.

8. Tampoco pueden serlo por falta de imparcialidad los que allí se designan.

9. Observaciones acerca de la falta de idoneidad en algunos de los testigos mencionados.

10. Los eclesiásticos no pueden ser testigos contra legos en causa criminal, aunque el delito sea de los atroces exceptuados, si por él se ha de imponer pena de sangre.

11. ¿Cuantos testigos se necesitan para hacer prueba plena en las causas criminales?

12. Los testigos deben ser contestes, esto es, han de convenir en el acto, tiempo, lugar y persona. ¿Cuando se dirán los testigos singulares, y especies que hay de singularidad? ¿Cual se llama *obstativa*?

13, 14 y 15. De las otras dos especies de singularidad, á saber, la *cumulativa* y la *diversificativa*.

16. Procediéndose por delitos de hechos, no se tienen por buena y completa probanza las declaraciones sobre dichos relativos á aquellos.

17. Cuando los reos ó los testigos varian entre sí, ó estos y aquellos, ó los acusadores y acusados, suele recurrirse al careo con el objeto de apurar la verdad.

18. ¿En que clase de delitos se admiten los testigos inhábiles?

19. Si los que son llamados para atestiguar se rehusaren á hacerlo ó á comparecer, se les podrá apremiar por prision y embargo de bienes.

20. ¿Que se deberá hacer cuando haya de examinarse un testigo sujeto á diversa jurisdiccion de la del juez que entiende en la causa?

21. ¿Para que efecto servirán las

declaraciones de los testigos hechas ante un juez incompetente?

22 hasta el 27. De la ratificacion de los testigos, ¿y en que términos podrán estos ampliar ó adicionar sus declaraciones?

28. Caso en que puede hacerse la ratificácion por requisitoria.

29. ¿Si en casos urgentísimos se podrán ratificar los testigos luego que hayan hecho su declaracion?

30. ¿Que deberá hacerse cuando el testigo resulta falso ó perjuro?

31. ¿Que se hará si el testigo luego que acaba su declaracion pretende enmendarla ó dar otro sentido á lo que depuso?

32. De la prueba instrumental.

33. A esta puede tambien reducirse la que resulta de los actos judiciales.

34. ¿Si podrán presentarse las escrituras en la causa criminal despues de conclusa?

35. Otro medio de prueba es la inspeccion ocular del juez en los casos en que tiene lugar.

36 hasta el 39. De la prueba conjetural, ó de indicios.

40. Razon porque no se habla aqui del tormento.

41 hasta el 47. Trámites relativos á las probanzas.

48. ¿Si pasado el término probatorio podrá el juez de oficio admitir testigos?

49. De la publicacion de probanzas.

50 y 51. Del beneficio de la restitucion para recibir la causa á prueba despues de la publicacion de ella.

52. De las tachas de los testigos.

53. Del alegato de bien probado.

1. En el tomo 4.° de esta obra, capítulo 10, tratándose del juicio civil ordinario, se habló de la prueba y sus diferentes especies; y aunque parte de aquella doctrina pueda tambien aplicarse al juicio criminal, hay casos que no son admisibles en este, y otras al contrario, peculiares de él, que por lo mismo se omitieron allí, como no correspondientes á la sustanciacion de una causa civil. Por ejemplo, el juramento supletorio y decisorio, es una de las especies de prueba admitida en los pleitos civiles, que se excluye de las causas criminales; pues aun cuando falte todo otro medio de probanza, jamas se defiere esta en el juramento del actor (1), por lo menos cuando la causa es grave, porque siendo de corta entidad y de pena meramente pecuniaria, es admisible en opinion de algunos autores (2), como tam-

1 Ley 10. tit. 11. Part. 3. Clar. *in pract.* §. fin. quæst. 63.

2 Cevall. Com. quæst. 300. Menoch. *de arbitr.* lib. 2. cas. 464.

bien en algunos incidentes que accesoriamente se agregan á la causa. Contrayéndome pues aquí á la doctrina propia de este juicio, trataré primero de los diversos géneros de prueba, con las circunstancias propias de cada uno; y despues de los trámites relativos á ella.

2. Es la prueba una justificacion de cosa ó hecho incierto, y se divide en plena ó completa, y semiplena ó incompleta. En el juicio criminal se llama plena ó completa la que excluye la posibilidad de que uno no sea reo; y semiplena ó incompleta aquella en que cabe dicha posibilidad. La primera es suficiente para condenar, y de las imperfectas son necesarias tantas cuantas bastan para hacer una perfecta; es decir, que si por cada una de estas es posible que uno sea reo, por su union en el mismo sugeto es imposible que deje de serlo (1). Tambien se convierten en pruebas completas las incompletas de que el procesado puede justificarse, y no lo hace debiendo hacerlo.

3. Todas las pruebas sean plenas ó semiplenas que se hacen en el juicio criminal, pueden reducirse á las cinco especies siguientes. 1.ª La confesion del reo: 2.ª la testimonial ó de testigos: 3.ª la instrumental ó sea de escrituras: 4.ª la inspeccion ocular del juez, ó llámese evidencia: 5.ª la conjetural ó sea de indicios.

4. Habiéndose tratado de la primera en el capítulo anterior, pasaré á hablar de la segunda. Llámase testigo la persona fidedigna que puede manifestar la verdad ó falsedad del hecho porque uno está procesado. Dícese fidedigno el testigo, ó mayor de toda excepcion, cuando no tiene tacha alguna legal; esto es, cuando concurren en él aquellas circunstancias que la ley exige

1 Así dice el señor Gutierrez en su *Práctica criminal*, tom. 1. pag 256. §. 6; pero esto necesita mayor aclaracion, porque es de suma importancia. El señor Sala en su *Ilustracion del derecho Real de España*, lib. 3. tit. 6. num. 29, citando á Molina y á Antonio Gomez, dice: »que dos pruebas semiplenas se unen, y forman una plena en las causas civiles, aunque no en las criminales," cuya opinion es tambien conforme á la del autor de la *Curia Filipica*, segun puede verse en la parte 1. §. 17. num. 6. Apesar de lo que dicen estos autores sin fundarlo en ley alguna, es indudable que á veces bastarán para condenar á uno, dos ó mas pruebas semiplenas, si de la union de ellas resulta que no pudo menos de haber cometido aquel delito. Por ejemplo, Juan, testigo fidedigno, mayor de toda excepcion, asegura haber visto desde una ventana á Pedro que asesinaba á Diego en el corral de su casa. Efectivamente se encuentra allí el cadaver, y se justifica despues que Pedro salió de aquel sitio huyendo con un puñal ensangrentado, y que ninguna otra persona habia entrado en el corral desde tal á tal hora en que sucedió la muerte. La deposicion de Juan, por sí sola no pasa de prueba semiplena, pero junta con los otros hechos de que resulta una presuncion vehementísima, ó sea otra prueba semiplena, forma una evidente justificacion; bajo el supuesto de que el testigo no haya podido ser el homicida, en lo cual debe tenerse gran cuidado. Y he aquí como dos ó mas pruebas semiplenas pueden ser suficientes para condenar aun en causas criminales.

para que se dé crédito á su deposicion. Estas circunstancias son la edad, el conocimiento, la probidad y la imparcialidad.

5. En cuanto á la edad se necesita que el testigo tenga veinte años cumplidos en las causas criminales; bien que antes de esta edad puede una persona ser llamada á declarar, con tal que tenga un entendimiento despejado, y aunque su declaracion no valga para hacer prueba plena, servirá no obstante de gran presuncion (1).

6. Se consideran faltos de conocimiento para ser testigos el loco, fátuo, ebrio, ó el que de cualquier otro modo está destituido de juicio (2). Por la misma razon se excluye al mudo y al sordo cuando estos defectos son incompatibles con la percepcion y explicacion de las cosas sobre que ha de recaer la declaracion.

7. Por falta de probidad no pueden ser testigos los siguientes. 1.° El que fuere conocidamente de mala fama, excepto en causa de traicion al Rey ó reino, y aun entonces habia de atormentársele primero para admitir su testimonio, segun una ley de Partida (3): 2.° el perjuro: 3.° el falsificador de carta, sello ó moneda del Rey: 4.° el que diere á alguna persona veneno ó abortivo, el homicida, el casado que tiene en casa barragana ó manceba, el forzador de mugeres, el que saque religiosa de algun convento, el herege, moro ó judio contra cristiano, excepto en el delito de traicion, el que casare sin dispensa con pariente en grado prohibido, el traidor ó alevoso, el ladron, el tahur, el alcahuete, la muger que anduviere disfrazada de varon, el muy pobre y vil que ande con malas compañías, y algun otro que puede verse en la citada ley 8. tit. 16. Part. 3.

8. Por falta de la debida imparcialidad, no pueden ser testigos los siguientes. 1.° El enemigo del reo, aunque la causa sea privilegiada, esto es, de aquellas en que se admiten testigos menos idóneos (4); entendiéndose que hay tal enemistad cuando entre el testigo y el reo ha habido motivo grave de ella, aunque aquel diga que no es enemigo de este; por ejemplo, si ha precedido alguna injuria real ó verbal, ó si entre los dos hubiere algun pleito criminal de alguna entidad, ó civil en que medien crecidos intereses. Esta calificacion queda á arbitrio del juez; bien que segun lo inclinados que suelen ser los hombres á la venganza, pueden graduarse de graves las mas de las enemistades ó sus causas. Por consiguiente, aun cuando hubiese media-

1 Ley 9. tit. 16. Part. 3.
2 Ley 8 del mismo tit.
3 La misma ley 8.
4 De estas causas privilegiadas se hablará en el párrafo 18 de este capítulo.

do reconciliacion, mientras el juez no tenga certeza de la sinceridad de ella, carecerá el testigo de la calidad de ser fidedigno, y no hará su dicho prueba completa para que en virtud de él recaiga condenacion de la pena ordinaria del delito, si fuese capital, ú otra muy grave: 2.° tambien es repelido para averiguar el socio ó cómplice en el crimen, por el recelo que hay de que impute falsamente la criminalidad que el otro tal vez no tiene; ya por enemistad, ya por deseo de retardar la causa, ó de que otro sea envuelto en la misma desgracia. Exceptúanse sin embargo dos casos: primero, en los delitos de prueba privilegiada: segundo, en aquellos que no se pueden cometer sin socio, como el de adulterio; pues en unos y otros puede ser testigo el socio en el mismo delito: 3.° tampoco puede ser testigo contra un acusado el que se halle preso, porque podria faltar á la verdad á ruego de alguno que le prometiese sacarle de la prision: 4.° por la misma falta de imparcialidad no pueden ser apremiados á declarar unos contra otros en causas en que peligren la persona, la fama ó la mayor parte de los bienes, los descendientes y ascendientes, ni los parientes dentro del cuarto grado, ni el suegro, suegra ni yerno, ni el padrastro, madrastra ni entenado, aunque si voluntariamente declarasen, valdrán sus dichos, como si no hubiese tal parentesco (1). Por otra parte los descendientes y ascendientes, el marido y la muger, y los hermanos, mientras estuviesen bajo la potestad de su padre, teniendo los bienes en comun, no pueden testificar unos por otros (2): 5.° Los domésticos del acusador ó personas que vivan en su compañía, no pueden atestiguar contra el reo por la misma causa de parcialidad (*). Ultimamente no pueden ser testigos por igual razon, el juez en causa que juzgó y está juzgando, el escribano actuario de ella, el abogado y procurador de la que patrocinan, ni el alguacil contra el reo que aprendió, porque se le considera como acusador, aunque se le admite para el efecto de inquirir, dándosele ademas asenso en los asertos y relaciones que hace pertenecientes á los actos de su oficio.

9. De las excepciones mencionadas en los párrafos anteriores acerca de la idoneidad de los testigos, me parecen muy justas y racionales las que se fundan en falta de edad, conoci-

1 Leyes 11. tit. 16. Part. 3, y fin tit. 20. Part. 7.

2 Leyes 14 y 15 tit. 16. Part. 3.

* Farinacen dice, que no deben admitirse como testigos en causa alguna, no siendo de las gravísimas y exceptuadas, los súbditos, vasallos, inquilinos, dependientes y amigos; pero este autor no consideró que así abria una ancha puerta á la impunidad. Hartas excepciones tenemos en las leyes citadas de Partida para que todavía las extendamos mas.

miento y parcialidad, porque si el testigo carece de discernimiento necesario, ó tiene algun interes en la causa, debe ser cuando menos sospechoso su testimonio. ¿Pero podrá decirse lo mismo de todas las excepciones que bajo el título de probidad se hallan comprendidas en el párrafo anterior? ¿Por que al casado que tenga una manceba se le ha de excluir de ser testigo para probar otro delito que no tenga relacion con el suyo? ¿De que sea amancebado se inferirá forzosamente que haya de ser tambien perjuro? La muger que ande disfrazada de varon, ¿no podrá decir la verdad si fuere llamada para atestiguar acerca de un homicidio? ¿Que relacion tiene una calaverada, ligereza ó imprudencia, cual es la de disfrazarse, con el grave delito de faltar á la religion del juramento? ¿Es consecuencia forzosa que quien hizo aquella cometa este? Tambien se excluye de dar su testimonio al tahur y al alcahuete; pero ¿quien podrá deponer de los excesos ó delitos que se cometan en las casas de juego ò de prostitucion? Y aun fuera de ellas, ¿por que un jugador no ha de ser capaz de dar una declaracion verídica acerca de un asesinato, por ejemplo, cometido por otra persona? Semejantes observaciones pudieran hacerse acerca de la exclusion de otras personas; con cuya coartacion se dificulta la prueba de muchos crímenes, pudiendo resultar de aqui una impunidad muy perjudicial al estado. A pesar de esto es preciso confesar que la intencion del legislador fue muy laudable, pues para asegurar el acierto en la determinacion de las causas, quiso que solo se admitiesen como testigos personas de conocida probidad.

10. Los eclesiásticos no pueden ser testigos en causa criminal contra legos, aunque el delito sea de los atroces exceptuados, si por él se le ha de imponer pena de sangre; pero si la causa fue civil en un principio, y despues se trasformó en criminal, puede testificar en ella, y lo mismo se observa aunque la causa sea criminal desde su origen, si faltan otros testigos legos, y no ha de resultar pena de sangre. En estos casos no ha de dar el eclesiástico su declaracion ante el juez lego, sino ante el obispo ó la persona que este delegue, á requerimiento de dicho juez seglar, quien acude al obispo por medio de suplicatoria ordinaria, representándole la necesidad de tomar dicha declaracion, por ser tan grave y urgente que sin ella quedaria sin averiguar el delito: en consecuencia le ruega mande se proceda á evacuarla, y que el resultado se le comunique con el mayor sigilo (1).

1 Cap. *Nullus jud.* 2. *de for. compet.* Farinac. quæst. 61. num. 66 y 67.

11. Para hacer prueba plena en las causas criminales lo mismo que en las civiles, se necesitan dos testigos mayores de toda excepcion, ó sin alguna de las tachas indicadas en los párrafos anteriores; debiendo ademas dar razon congruente de sus dichos, esto es, por haberlo visto (1), ó percibido por otro sentido corporal, como en el delito de injuria verbal por haberlo oido &c. (*). Esto se entiende cuando el hecho ó cosa de que se trata es perceptible por los sentidos, pero si fuese de aquellas que solo estan sujetas al juicio ó al entendimiento, como sucede respecto de los peritos de cualquier facultad, entonces deben dar razon de los hechos sobre que recae el juicio que dicen haber formado. Por ejemplo, si dicen que en su juicio es mortal una herida, deben haberla visto; si aseguran que murió el paciente de resultas de ella, han de haber inspeccionado el cadaver (*). En los delitos que se cometen de noche, si los testigos no dan razon de haber habido luna, luz artificial, ó cómo pudieron verlo, no harán prueba concluyente, aunque sean fidedignos ó mayores de toda excepcion. Tambien se requiere en los testigos que ademas de dar razon de su dicho, depongan de cierta ciencia, pues no basta que lo hagan de creencia ó juicio, á no ser cuando declaran como peritos. Pondré para mayor claridad un ejemplo. Declaran dos testigos que no vieron á N. cometer la muerte, pero creen que sea el homicida, porque le vieron salir de la casa, en cuyo portal se halló el herido, con una espada desenvainada. Este juicio de mera creencia no es suficiente para condenar á N., pues solo equivale á decir que vieron salir de tal parte, donde se encontró el herido, á N. con una espada desenvainada.

12. Ademas de los requisitos expresados en el párrafo anterior, deben tener los testigos el de ser contestes; esto es, han

1 En consecuencia de esto será excluido el ciego si el delito sobre que ha de declarar es de un hecho sujeto al sentido de la vista.

* En la injuria verbal y otros delitos que consisten en dichos ó palabras, han de expresar los testigos no solo cuáles fueron estas, sino el tono y gesto con que se profirieron, pues hay gran diferencia de una ofensa á otra, segun los diversos modos de expresarse; y á veces la palabra, aunque mal sonante, no será ofensiva si por el gesto ú otras señales externas se conoce que la intencion no fue de zaherir. De consiguiente para que los testigos sobredichos hagan plena probanza, no ha de limitarse su uniformidad á las expresiones que oyeron, antes bien han de especificar todas las circunstancias que pudieron alterar ó mudar su significado.

* Nótese que se da muy poco ó ningun crédito al testigo que depone de hecho que vió ú observó con maquinacion acechando tras una puerta ó cortina, por el fraude y falacia que arguyen semejantes artificios. Y si el juez de oficio incurre en esta torpeza, será sumamente reprensible, á menos que el delito sea de cohecho ú otro de muy difícil prueba. Farinac. *de testib.* quæst. 55 y 56. Villad. cap. 5. *de la instruc. polit.* pag. 157. num. 42.

de convenir en el acto, tiempo, lugar y personas, pues de lo contrario, como singulares, no prueban. La singularidad de los testigos puede ser de tres modos, á saber: *obstativa*, *adminiculativa ó diversificativa* (1), segun se dijo en el tomo 4.° de esta obra, páginas 153 y 154; y aunque allí se dió á conocer con alguna extension cada una de estas especies, añadiré ahora algunas observaciones para mayor claridad, pues como este punto es importante, vale mas pecar por redundancia en la explicacion que por el extremo opuesto. Es obstativa ó adversativa la singularidad cuando repugnan ó son contrarios entre sí los dichos de los testigos, en cuyo caso nada prueban. Por ejemplo, si dijese uno que vió á Pedro matar á Juan en Valencia, y declarase otro que le vió matarle en Madrid; pues como el homicidio es un acto momentáneo y sin tracto sucesivo, es notoria la contradiccion y falsedad, suponiéndole ejecutado en dos ocasiones distintas. Lo mismo sucede cuando por razon de la distancia de los lugares y tiempos á que se defieren los hechos, no pueden enlazarse, aunque de su naturaleza sean homogéneos ó de la misma especie. Asimismo hay singularidad obstativa cuando en los mismos hechos sobre que recaen las declaraciones, hay implicancia, ó se contradicen y repugnan entre sí (2).

13. Llámase la singularidad *adminiculativa* ó *cumulativa*, segun otros, cuando los testigos deponen de hechos que aunque son diversos se ayudan mutuamente para probar aquello que se controvierte. Presentándose esta singularidad en términos que la deposicion de un testigo coadyuve á la del otro, es capaz de hacer plena prueba reuniendo las diferentes especies declaradas por diversos testigos, cuando estas guardan correlacion, ó pueden contribuir al mismo objeto sin implicarse; ya porque se comprenden en un mismo género, ya porque pueden ocurrir sucesivamente en un propio acto ó en actos repetidos, continuados ó que pueden acumularse, sin obstarles los unos á los otros. Por ejemplo, si uno declara que vió á Pedro acechar contra Juan; otro que vió perseguirle, y el tercero que vió matarle. Todas estas declaraciones, aunque de hechos diferentes, coadyuvan las unas á las otras, y todas acumuladas conspiran al convencimiento del homicidio.

14. Esta singularidad adminiculativa, es un medio idóneo para probar todo delito, cuya perpetracion puede consistir en

1 Pudieran sustituirse á estas denominaciones tan extrañas otras mas castellanas y de mejor sonido, pero las hallo generalmente adoptadas por los intérpretes, y no quiero pasar la plaza de novador.

2 Farin. *de testib.* quæst. 6.

actos distintos y frecuentes; como el acceso carnal que puede suceder en diversos tiempos y lugares, y deponiendo cada testigo del suyo diferente, prueban con evidencia el delito. Lo mismo sucede cuando el crimen, aunque uno é idéntico, comprende varios artículos á que puede contravenirse, como el de heregía; pues atestiguando cada testigo diversa contravencion á aquellos, queda comprobada la perpetracion. Mas en aquellos delitos que consisten en un solo acto, como el homicidio, todos los testigos han de atestiguar este solo acto para probarlo legítimamente. Y aunque es verdad que para la averiguacion se recurre las mas veces á los hechos antecedentes y subsiguientes: estos son medios de mera conjetura, subsidiarios y no siempre seguros.

15. Llámase singularidad diversificativa cuando la variedad consiste en hechos que pueden reiterarse, y los testigos no contestan en el lugar ó tiempo, en cuyo caso la prueba de cada uno de los testigos no pasará de semiplena cuando mas: pues aun cuando los hechos de que depongan no sean contrarios ni se impliquen, tampoco son conexos, ni pueden acumularse para auxiliar los unos á los otros. Supongamos, pues, que un testigo dijese que Pedro (supuesto asesino) tomó prestada cierta cantidad de Diego el dia antes de la muerte de Juan; que otro declarase que en el mismo dia compró una espada, y otro dijese que le vió cometer el asesinato de Juan. Estas tres declaraciones no son contrarias unas á otras, pero no se auxilian ó corroboran mutuamente: cada una prueba simplemente el hecho que refiere sin dependencia de las otras, y todas tres discuerdan para el objeto de convencer que Pedro sea ejecutor del asesinato.

16. Procediéndose por delitos de hechos no se tienen por buena y completa probanza las declaraciones sobre dichos respectivos á aquellos: en consecuencia si dos testigos declaran uniformemente que oyeron decir á Juan, he de matar á Pedro, y despues se le quita á este la vida, no será el testimonio de aquellos una prueba suficiente para condenar á Juan.

17. Cuando los reos ó los testigos varian entre si, ó estos y aquellos, ó los acusadores y acusados, suele recurrirse al careo con el objeto de apurar la verdad, leyéndoles á presencia del juez sus declaraciones, y haciéndose mutuas reconvenciones sobre ellas; y aunque algunos reprueban este medio del careo, mi opinion en este punto es contraria por las razones que manifesté en el capítulo 20 del título 3.°, párrafos 4 y 5.

18. Aunque la idoneidad de los testigos es un requisito esencial para hacer buena probanza, se admiten sin embargo los inhábiles en el delito de lesa Magestad, excepto el enemigo capital que aun en este caso es desechado (1); en el pecado nefando (2) y en otros delitos que se llaman privilegiados; porque la ley dispensa ó suple algunas de las solemnidades ó requisitos necesarios en la probanza. A veces se concede este privilegio por la grande enormidad del crimen, como en el de lesa Magestad; mas por lo regular no es la gravedad del delito la que le hace privilegiado, antes bien parece que cuando mayor sea aquella, debe exigirse una prueba mas sólida; sino la necesidad de acudir á este medio supletorio en ciertos delitos, que por su calidad y lugares donde suelen cometerse, es mas dificultoso el hallar pruebas, y por consiguiente quedarian impunes sus perpetradores no valiéndose de este recurso. Asi, por ejemplo, el entrar los ganados á pastar en un sitio vedado, es un delito leve respecto de un homicidio y otros semejantes; pero siendo dificil probar el primero por acontecer en el campo, está mandado que el guarda juramentado con una prenda que tome al pastor, sea prueba suficiente. Como esta dispensa ó suplemento de solemnidad en la prueba es un privilegio, no debe extenderse á otros casos que á los que expresamente designan las leyes, sin que en esto deban admitirse opiniones de autores en contrario. En suma, será regla en cada delito de los privilegiados la ley patria que trate del modo de probarse cada uno, sin ampliar el privilegio á mas de lo que la ley exprese (*).

19. Si los que son llamados para atestiguar se rehusaren á hacerlo ó á comparecer, se les podrá apremiar por prision y embargo de bienes; aunque si fueren mayores de setenta años, enfermos de gravedad, grandes, arzobispos, obispos ó mugeres honradas, debe el juez en causa grave ir á recibirles en su ca-

1 Ley 8 y 13. tit. 16. Part. 3.
2 Ley 1. tit. 30. lib. 12. Nov. Rec.
* En el célebre edicto expedido por el gran duque de Toscana Pedro Leopoldo para la reforma de la legislacion criminal, se dice lo siguiente. Artículo 27. » Se prohibe absolutamente desde ahora en cualquier caso y en cualquier delito, aunque sea atrocísimo, el uso de las pruebas llamadas *privilegiadas*, que siendo siempre irregulares, y de consiguiente injustas, no pueden permitirse en ningun caso posible; puesto que debiéndose buscar la verdad en todos los delitos por unos mismos medios, si estos no son aptos para hallarla en un caso, tampoco podrán serlo en otro." Esta razon es poderosísima; y aun pudiera añadirse, que cuanto mas atroz es el delito mayor es la pena que se impone, mayor el daño que resulta al reo, y aun á toda su familia que queda afrentada, y á veces privada de los bienes por la confiscacion; de consiguiente la prueba debe ser en estos casos mas escrupulosa, sabido es que en otros delitos [illegible] consecuencias no son tan [illegible]

sa la declaracion, y en causa de poca entidad comisionar al escribano para que practique esta diligencia (1). En la práctica se observa, que habiendo de testificar algun magistrado de tribunal superior, no es necesario que haga su declaracion jurada, bastando que se le pida una certificacion sobre el hecho ó delito que se trate de justificar; ó que se le pase un oficio preguntándole lo que se desea saber. De esta distincion gozan tambien los gefes de algun ramo militar (2); y tambien los administradores de Rentas podrán enviar sus declaraciones, sin necesidad de presentarse á darlas en causas de poca entidad; si bien siendo estas graves, deben ir á declarar en casa de los jueces, quienes han de tratarlos con la debida distincion, sin molestarlos ni causar perjuicio à la Real Hacienda (3).

20. Habiendo de examinarse algun testigo, sujeto á diversa jurisdiccion de la del juez que entiende en la causa, debe preceder el correspondiente aviso de este al juez ó superior del testigo, excepto en los casos criminales y ejecutivos, pues en estos tiene que declarar inmediatamente sin que preceda aquel requisito; si bien para que le conste ha de pasársele un oficio, comunicándole que se ha recibido tal declaracion.

21. Aunque las declaraciones de los testigos hechas ante un juez incompetente, son de ningun momento para condenar, segun se dijo tambien de la confesion en el capítulo último del título anterior, pueden no obstante servir para que quien lo sea legítimo forme su sumaria, practicando de nuevo aquellas diligencias y otras que le parezcan conducentes.

22. Paso ahora á tratar de la ratificacion de los testigos, la cual, segun práctica introducida en todos los tribunales, es necesaria para que sean válidas sus declaraciones. Asi que todos los testigos examinados en el sumario sin citacion del reo, han de ratificarse, previa esta (so pena de nulidad) en el término de prueba. Esto es conforme á una ley de la Novísima Recopilacion (4), la cual despues de mandar que los alcaldes de Corte y y de las chancillerías reciban por sí mismos las declaraciones en las causas criminales, y solo ante los escribanos del crimen; ordena que estos mismos hagan ratificar los testigos del sumario ante un alcalde, y que no se dé fe á los testigos que se examinen de otra manera, y si alguno de los testigos hubiese fa-

1 Leyes 26. tit. 16. Part. 3, y 1. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

2 *Resolucion del supremo Consejo de Guerra de 3 de marzo de 1781.*

3 *Real orden de 20 de marzo de 1790.* Colon. *Juzgad. milit* tom. 3. num. 647.

4 Ley 17. tit. 32. lib. 12. Nov. Rec.

llecido, ó se hallare ausente, y se ignorase el lugar de su paradero, deberá abonársele. Tambien han de ratificarse en todas las causas criminales, para tenerse en concepto de testigos, los médicos, cirujanos y otros cualesquiera que hayan depuesto en ellas; debiendo advertirse, que para la ratificacion de los testigos han de leérseles sus declaraciones.

23. El acto de la ratificacion se solemniza con el juramento del ratificante; siendo de esencia preguntarle directamente si le tocan ó no las generales de la ley (1). Despues de habérselas explicado, como esta solemnidad tiene por objeto hacer que el testigo se afirme en lo que antes declaró; para que la ratificacion sea efectiva, no ha de haber variacion en lo declarado; y en el caso de haberla, se ha de atender á si es sustancial ó accidental; pues hay gran diferencia de la una á la otra, como se dirá en los párrafos siguientes.

24. Si la causa se sigue á instancia de parte, y á esta en vista de la sumaria, se le ofrece adicionar las deposiciones de los testigos, ha de presentar cédula de adiciones antes de ser ratificados, para que ellas y la ratificacion sea todo un acto, y no se incurra en el absurdo de hacer dar dos declaraciones distintas á un propio testigo por un mismo contendiente, lo cual no está permitido (2).

25. Esto no se opone á que de los propios testigos que se valió la una parte para la prueba, se sirva la otra para la suya; pues es lícito y sirve este arbitrio para justificar especies independientes de las ya depuestas, y para manifestar algunas circunstancias ocurridas en el hecho que se omitieron en las primitivas deposiciones, por descuido, malicia ó por el mal modo con que fueron examinados (3).

26. Puede el testigo ampliar su deposicion cuando la ratifica con explicaciones ó adicion de circunstancias que aclaren el concepto de inteligencia de aquella, sin mudar ni enervar la sustancia; pero siempre ha de ser despues de la ratificacion, y en su apoyo, no para contradecir lo que antes hubiese asegurado. Y aun cuando lo depuesto se funde en creencia, opinion ó de oidas, podrá enmendar su declaracion, explicando los nuevos motivos que tenga para modificar ó variar su dictamen (4).

27. Si el dicho es asertivo y de cierta ciencia, cuyo fundamento consiste en la percepcion de alguno de los sentidos cor-

1 Herrer. lib. 2. cap. 2. §. 2. num. 4.
2 Herrer. dicho cap. y lib. §. 3. num. 6.
3 Herrer. lib. 2. cap. 2. §. 2. num. 7.
4 Herrer. allí.

porales, cualquiera alteracion que haga el testigo por inconstancia ó malicia, no deja de ser culpable y digna de castigo, que suele ser de multa, graduada segun la gravedad de la variacion ó enmienda (1). Y si esta es tan grave que se califique de perjurio notorio, se arresta desde luego al testigo, y se le trata criminalmente como á los demas reos. Lo mismo se hará, y aun con mayor motivo, si la variacion arguye complicidad en el delito principal.

28. La ratificacion únicamente se hace por requisitoria en el caso que no pueda verificarse por otro medio; y entonces no ha de hacerse por copia inserta de la deposicion del testigo, sino por ella misma original, desglosándola con este fin del proceso sino hubiere otro arbitrio, pues asi conviene, à causa de que las mas veces el testigo ha de ver y reconocer su firma, rúbrica y hasta la letra con que está escrita, para calificar la ratificacion, ó los motivos de retractarse ó variarla si le parece.

29. En casos urgentísimos, como en el de temerse próxima la muerte del herido que dió una declaracion de importancia; siendo el testigo extrangero transeunte, que ha de hacer una larga é incierta ausencia; ó bien algun condenado á muerte ò á presidio, cuyas condenas han de ejecutarse sin tardanza, y asi otros; se deben ratificar, segun Herrera (2), luego que hagan su declaracion, aun cuando sea en estado sumario ó fuera del término de prueba; y sin necesidad de repetirlos en este, valen como si dentro de él se ratificasen; cuidando que en ningun caso de estos falte la citacion de los reos, ni el habilitar los estrados para hacerla, si hay ausentes, aunque se reduzca el término de los edictos á horas, cuando el caso lo pida. Pero en mi dictamen esta opinion es arriesgada, pues se opone á la ley que ha señalado el tiempo legítimo de la ratificacion. Por tanto, fuera del caso en que se mira muy remoto el tiempo de la prueba, y que muriendo ó ausentándose el testigo, ni podrá ratificarse ni ser abonado, por falta de otros capaces de ratificarlo; se prefiere el abono á la ratificacion anticipada.

30. Cuando el testigo resulta falso ò perjuro, se le arresta, como ya se ha dicho, se le examina y hace cargo; y en caso de no alegar un fundamento sólido, ó por lo menos una excusa plausible de su inconsecuencia, se le agrava la prision con el objeto de que se afirme y ratifique en su primera declaracion; no

1 Herrer. alli. Estos castigos pecuniarios se reservan de ordinario para definitiva.

2 Lib. 2. cap. 4. pag. 269. num. 19.

siendo justo que por su malicia ó torpeza se quede impune el delito con perjuicio de la causa pública. Si esto no bastare, se le apremia todavia mas; advirtiendo que cuando hay estos apremios equivalentes al tormento antiguo, la ratificacion no ha de hacerse hasta despues de las veinticuatro horas de la ley; pues de otro modo pareceria hecha por fuerza. Este medio del apremio solo tiene lugar en causas de pena de sangre, pues en las otras de menor gravedad al testigo vario se le castiga con multa, como se dijo arriba.

31. A veces ocurre que el testigo luego que acaba su declaracion pretende enmendarla ó dar otro sentido á lo que declaró, lo cual es contrario al derecho (1); no obstante si con el fin de comprobar su falacia ó soborno conviene examinarle nuevamente, ha de ser por separado, y con previo auto que lo mande (2). Este caso es muy distinto de aquellos en que el testigo amplía su dicho en el acto de la ratificacion, y tambien de aquel en que por error ó equivocacion incurre en algun desliz ó inconsecuencia que quiere enmendar en el mismo acto de la deposicion.

32. Prueba instrumental es aquella que se hace con escrituras ú otros documentos, sean públicos ó privados. Toda escritura pública, ó que esté otorgada por escribano con los requisitos legales, hace plena probanza, si por ella se acredita el crimen y su autor; por ejemplo, el contrato usurario ó simoniaco; un billete de banco falsificado, con la firma del falsificador y la fe de un escribano (3): en este segundo ejemplo el escrito es el mismo cuerpo del delito, y en el primero el instrumento sirve para justificar directamente el crimen. Los otros escritos ó instrumentos que se llaman privados, como las cartas ú otros papeles que se encuentran al reo, si este no los reconoce judicialmente, solo suministrarán contra él un indicio, en cuyo caso se recurre á la comprobacion ó cotejo de letras por peritos. Mas esta comprobacion tampoco forma prueba plena ó completa, por cuanto los peritos solo pueden afirmar que les parece semejante tal y tal letra, pero no que sea efectivamente de una misma mano, en razon de que hay muchos que tienen habilidad para contrahacer ó imitar letras agenas. Por el contrario suele suceder que dos letras de un mismo sugeto sean desemejantes por

1 Ley 21. tit. 16. Part. 3.

2 Herrer. *Pract. crim.* lib. 2. cap. 2. §. 4. num. 11.

3 De la falsedad de los instrumentos públicos, y *del modo* de probarla, se trató en el tomo 4.° de esta obra, pag. 158. §. 77 y sig.

haberlas hecho una en estado de salud y otra de enfermedad, por la alteracion de pulso, diversidad de pluma, tinta &c., y asi debe conceptuarse muy falaz el juicio que se hace sobre la comprobacion (1).

33. A la prueba instrumental puede reducirse tambien la que resulta de los actos judiciales, y se divide en dos especies. Una es la que producen las partes en sus escritos y comparecencias, cuyas confesiones contenidas en ellos, hacen probanza idónea y plena contra el producente. Otra es la de los autos y diligencias que extiende el escribano actuario, de expreso ó presunto mandato del juez, como son los testimonios, certificaciones y otras diligencias judiciales. Para dar los primeros se requiere mandato expreso del juez (2), como tambien que esten autorizados con el signo y firma del escribano. Las demas diligencias se autorizan con la firma y el *ante mi*, con cuyos requisitos unos y otros actos hacen prueba; pero las certificaciones y diligencias simples que no estan autorizadas con el signo ni el ante mí, no merecen mas crédito que el de un testigo cualquiera. Por consiguiente la fe del escribano es esencialmente necesaria en el juicio, so pena de nulidad de los autos; y asi jamas debe omitir su signo en los testimonios, y su firma con el ante mí en las diligencias de alguna entidad. En casos gravísimos, cuyo buen éxito pende del sigilo, suelen nombrar los tribunales superiores por actuario, uno ó dos de sus ministros ú otras personas de dentro ó fuera del tribunal, autorizándolas antes para aquel único acto; el cual nunca pasa del sumario, ó de aquel estado en que el asunto puede ya publicarse sin inconveniente (3).

34. Las escrituras é instrumentos pueden presentarse en la causa criminal despues de conclusa, como no esté sentenciada; con tal que no se hayan dejado de dar en tiempo idóneo por culpa del que los produce (4).

35. El cuarto medio de prueba es la inspeccion ocular del juez, ò sea la evidencia, de la cual se trató en dicho tomo 4.º, página 174, con relacion á los asuntos civiles, como sobre edificios, términos de pueblo &c. En los criminales se acreditan por este medio muchos actos que prueban la existencia del crimen, como la inspeccion de heridas, cadáveres, rompimientos,

1 El que desee mayor instruccion sobre la prueba de instrumentos, vea el citado tomo 4.º de esta obra, pag. 156 §. 75 y sig.

2 Matth. cont. 18. num. 22 y sig.

3 Matth cont 76. num. 70.

4 Parej. *de edit. instrum.* tom. 2. tit. 6. resol. 3.

incendios, aprensiones &c.; pero debe acompañar siempre la fe del escribano en la actuacion de estas ocurrencias; pues de lo contrario no tendrá la simple inspeccion del juez aquel caracter legal que se requiere para que tenga fuerza de prueba en los autos.

36. La última especie de prueba es la conjetural ó de indicios, acerca de la cual han escrito mucho los autores criminalistas; pero casi todos con tanta metafísica y oscuridad que no es posible sacar de su doctrina unas reglas seguras. Ellos han subdividido los indicios ó presunciones en diferentes especies, á saber: urgentes y necesarios, próximos y remotos, dudosos y semiplenos, indudables y plenos, de hecho ó de derecho; y en la explicacion de estas diversas clases amontonan tan extrañas especies, sacadas de su caviloso entendimiento, y no de la letra ò espíritu de nuestras leyes, que esta materia viene á ser un intrincado laberinto. Y cabalmente aqui es donde se necesita mayor exactitud y claridad para no dar à los indicios mas valor del que deben tener. Las leyes de Partida exigen para condenar á uno que haya pruebas contra él tan claras como la luz. »La persona del home, dice la ley 26. tit. 1. Part. 7, es la mas noble cosa del mundo, et por ende decimos que todo juzgador que oviere à conoscer de tal pleito sobre que pudiese venir muerte ò perdimiento de miembro, que debe poner guarda muy afincadamente que las pruebas que recibiere sobre tal pleito, que sean leales et verdaderas, et sin ninguna sospecha, et que los dichos et las palabras que dijieren firmando, sean ciertas et claras como la luz; de manera que non puede venir sobre ellas dubda ninguna. Et si las pruebas que fueren dadas contra el acusado non dijiesen nin testiguasen claramente el yerro sobre que fue fecha la acusacion, et el acusado fuese home de buena fama, débelo el juzgador quitar por sentencia." Aun está mas clara acerca de los indicios la ley 12. tit. 14. de la misma Partida, que dice asi: »Criminal pleito que sea movido contra alguno en manera de acusacion ò de rapto, debe ser probado abiertamente por testigos, ó por cartas, ò por conocencia (confesion) del acusado et *non por sospechas* tan solamente, ca derecha cosa es que el pleito que es movido contra la persona del home ó contra su fama, que sea probado et averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna dubda...." » Pero cosas señaladas hi ha (añade luego la misma ley) en que el pleito criminal se prueba por sospechas, maguer non se averigue por otras pruebas...." y en seguida refiere varios hechos ó presunciones,

en cuya virtud se tiene por justificado el adulterio, para imponer la pena correspondiente sin hablar de otro ningun delito.

37. Por las citadas leyes se ve que el indicio solo, generalmente hablando, no hace prueba para condenar, excepto en los casos *señalados* ó determinados por las leyes. Se me dirá que el indicio que llaman los intérpretes necesario prueba completamente; por ejemplo, va Juan con una espada desenvainada persiguiendo á Pedro, y éntranse los dos en un sitio donde no hay ninguna otra persona; á poco rato sale Juan con la espada ensangrentada, y se encuentra á Pedro asesinado. Este indicio, dicen, es una prueba concluyente; como lo es tambien el parto de un delito de cópula carnal. Pero segun la idea que tenemos del indicio, ¿podrá darse este nombre á unos hechos que son efecto necesario ó consecuencia forzosa de haberse cometido tal delito y por tal persona? Esto es cuasi una demostracion, y en mi entender la principal dificultad consiste en haber dado á la palabra indicio tal extension, que abrace las señales leves ó equivocas, y las que por decirlo asi demuestran el hecho. La ley de Partida lo expresó mejor llamando *sospechas* à las presunciones ó conjeturas que se forman à vista de unas señales dudosas; pero cuando estas son evidentes, cuando dimanan como efecto necesario de una causa, de modo que no puede menos de ser lo que indican; el juicio que se forma entonces no es una mera conjetura, una sospecha: adquiere tal grado de certidumbre que cuasi toca en evidencia; y asi yo no llamaria à esta prueba conjetural ó de indicio, sino de *inferencia* necesaria. Lo mismo sucede cuando se juntan varios indicios independientes unos de otros, que concurren á demostrar el hecho principal que trata de averiguarse, apoyándose cada uno en la deposicion de dos testigos idóneos. Supongamos que han muerto à un hombre, y que se ha encontrado en su pecho el cuchillo que le quitó la vida. Acúsase á N. de este homicidio, y se apoya la acusacion en estos indicios. Dos testigos idóneos declaran que estando poco distantes del sitio en donde se encontró el delito, vieron huir al acusado despavorido al mismo tiempo que se cometió el delito: otros dos testigos idóneos aseguran haberle visto manchado de sangre; y otros dos afirman que le vieron comprar el cuchillo hallado en el pecho del cadaver, lo cual no niega el vendedor. He aqui una prueba perfecta de indicios contra el acusado. Hay tres indicios, y todos tres son diversos entre si: ninguno de ellos depende del otro, y todos tres concurren á hacernos creer que el acusado es efectivamen-

te reo, estando apoyado cada uno de ellos en la fe de dos testigos idóneos. Pero supongamos que en vez de los referidos indicios haya estos: dos testigos que depusiesen haber visto huir al acusado; otros dos que asegurasen haberle visto volver á su casa apresuradamente, y otros dos que declarasen haberle visto alquilar una mula para escapar del pais. Esto no podrá llamarse una prueba de indicios, porque todos tres no forman mas que uno, cual es la fuga (*).

38. No siendo pues los indicios de aquellos que arguyen una certeza de haberse cometido el delito por tal persona, ó de los que considera la ley como suficientes para prueba, no se puede condenar por ellos solos; pero si concurren con un testigo fidedigno, y son vehementísimos ó presunciones de derecho, se puede condenar hasta en la pena capital; como se ve por el ejemplo que puse en la nota del párrafo 2.°

39. Jamas debe tenerse por indicio la conmocion ó alteracion del acusado, pues vemos frecuentemente que los mayores facinerosos tienen un descaro é imperturbabilidad que sorprende; al paso que un inocente de caracter timido se sobresalta y acongoja de verse en una prision confundido con los reos; tampoco es indicio la proximidad de la casa del acusado al lugar del delito, y otras señales equivocas como esta; al contrario su conducta anterior podrá ser un indicio muy fuerte en contra suya ó en su favor, segun hubiere ella sido. Para que la fama pública forme indicio contra el procesado, deberá averiguarse el origen de ella, los hechos que la motivaron, entre qué personas corre &c., á fin de saber el crédito que merece.

40. No hablo del tormento por no estar ya en uso este medio tan falible y cruel de averiguacion, contra el cual han escrito los mas célebres criminalistas, distinguiéndose entre ellos el señor Acevedo en su sólido y elocuente tratado de la tortura, que corre traducido al castellano.

41. Despues de haber dado á conocer las diferentes especies de prueba que se admiten en este juicio, y el valor de cada una de ellas, corresponde tratar de los trámites relativos á las probanzas. Procediendo el juez de oficio, despues de satisfacer el reo á la acusacion, recibe comunmente la causa á prue-

* Como toda persona acusada, ó que tema serlo por alguna causa, se halla expuesta á una incómoda prision, y á las innumerables vejaciones que son forzosa consecuencia de ella y de un proceso, no debe reputarse la fuga de un indicio, al menos grave, segun deberia graduarse, si todos los jueces respetaran la libertad de los ciudadanos como es debido, y mandan nuestras leyes. Gutierr. *Práctica criminal*, tomo 1.°, página 273.

ha por un breve término con todos cargos de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, expresando en el auto que se ratifiquen los testigos del sumario, abonándose los muertos ó ausentes (1). Dentro del mismo término deben tacharse los testigos si quiere hacerse, á cuyo fin puede pedirse nota de ellos; como tambien alegar cada interesado en pro ó en contra lo que cree resultará de las pruebas, puesto que no se le entregan, y permanecen reservadas en poder del escribano; es decir, que se procede sumariamente. Si en vez de recibir el juez la causa á prueba, dice que la recibe á justificacion, sin añadir la calidad de todos cargos, es lo mismo que si la recibiese con ella; pero si en el auto se expresa simplemente que la recibe á prueba sin dicha circunstancia, en tal caso se hace ordinario el término probatorio, como tambien la causa. Lo mas regular es, segun la práctica, recibirla á prueba con todos cargos, y no á justificacion; lo cual es conforme á la que siguen las salas de señores alcaldes de Casa y Corte, con la única diferencia que dicho superior tribunal solo señala tres dias de término en la abertura á prueba, aunque despues lo proroga, como lo hacen los inferiores; pero con la misma calidad de todos cargos, es decir, que todas las gestiones relativas á la defensa, han de entenderse con la prueba, sin confiarse ni publicarse el proceso despues de dada. Tambien se manda al reo que nombre abogado y procurador que le defiendan, y otorgue poder á favor de este último. Ni uno ni otro pueden excusarse de este cargo, y si lo hicieren, podrá el juez obligarlos, á menos que tengan alguna causa legítima que ha de calificar el mismo juez. No debe admitirse la renuncia de su defensa que hagan los reos en causas de gravedad; y si se obstinaren en no defenderse, se sustanciará el proceso como si se hiciese en rebeldía, aunque notificándose las providencias al reo en persona, para que en ningun tiempo alegue indefension.

42. Si la causa se sigue á instancia de parte, concluido el sumario manda el juez comunicarla al actor para que promueva su derecho mas en forma. De su escrito se da traslado al reo, y con dos por cada parte, á saber, el de acusacion, el de contestacion, réplica y contraréplica, se admite á prueba, y sigue los mismos trámites que el juicio civil ordinario.

43. El juez gradúa el término probatorio, que será suficien-

1 Matth. *de re crim.* cont. 25. Leyes 4 y 17. tit. 32, y 4. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec. Colon tom. 1. *Juicio crim.*

te atendido el número de testigos que han de ratificarse, la mayor ó menor gravedad de la causa, y otras circunstancias semejantes; y si conociese que el concedido no es bastante, le proroga de oficio ó à pedimento de las partes, procurando siempre no otorgar mas que el puramente necesario, por lo importante que es la expedicion de las causas.

44. Cuando los testigos no pueden examinarse dentro del término concedido, por alguna ocupacion ú otro obstáculo que lo impida, se juramentan en él, y valen sus deposiciones de este modo, como si de hecho estuviesen examinados; pues se finge en derecho que ambos actos son uno é idéntico; bien que esta práctica rige mas en los tribunales superiores que en los inferiores; á causa de que los últimos tienen por medio mas expedito el prorogar los términos, y dentro de ellos tomar de una vez el juramento y la declaracion (1). Pero adviértase que la próroga no tiene lugar de oficio, ni á instancia de parte habiendo trascurrido todo el término principal.

45. En vez de este medio ordinario de prorogar ó extender los términos probatorios, se halla otro extraordinario en el foro, cual es el de la suspension, tambien frecuente. En efecto el mismo juez de oficio, para que no transcurra el término principal y el de las prórogas mientras atiende á la actuacion de otras diligencias perentorias, manda à veces parar el curso de aquellos; y à solicitud de las partes suele proveer lo mismo, ó con respecto solo á la que lo pide, ó absolutamente. Si la suspension es total ó absoluta, mientras dura no puede hacerse gestion alguna sustancial respecto à la prueba, porque seria nula; mas siendo parcial la suspension concedida à alguna de las partes, solo con esta se entiende y no con las demas, pues el término corre para ellas (2).

46. Los autos de suspension y los de próroga se notifican á entrambas partes; siendo regla general en esta materia, que toda novedad que ocurre en el término de la prueba se hace saber á unas y otras, como no sea indiferente la gestion à la que no la promueve ó al tribunal, en términos que no prive de su derecho á alguna de las mismas partes.

47. Debe notificarse el auto ó decreto que no decide la solicitud de próroga, y en que suele mandarse que se una á los autos; ó que á su tiempo se proveerá; ó que de la vista resultará la providencia; porque recae en materia que pide resulta-

1 Herrer. lib. 2. cap. 2. §. 4. num. 12. 2 Herrer. en el lug. cit.

do efectivo, y omitiéndose la citacion, se priva à la parte del derecho de reclamar lo que le compete (1).

48. Aunque algunos autores dicen que pasado el término probatorio puede el juez de oficio admitir testigos, sea en contra del reo ó á su favor, esta opinion no se halla apoyada en ley alguna, ni parece regular que se amplien asi las facultades de los jueces, tanto mas cuanto à los interesados está prohibido presentar testigos pasado dicho término.

49. Concluido el tiempo que se dió para la prueba con todas sus prórogas, si las hubiese, el actor ó promotor fiscal debe pedir publicacion de probanzas, de cuya peticion ha de darse traslado al reo por cierto término, y pasado este, haya respondido ò no, se manda hacer dicha publicacion.

50. Cuando el reo es menor de veinticinco años, en virtud del beneficio de la restitucion que le compete, puede pretender dentro de quince dias despues de la publicacion, que se reciba la causa á prueba; y si lo solicitase, debe concedérselo el juez, señalándole la mitad del término porque se recibió antes, que es comun à todos los interesados. Dúdase si este privilegio de la restitucion contra el término probatorio, corresponderá tambien al actor igualmente que al reo en la causa criminal. Algunos autores estan por la afirmativa, y otros por la contraria, no faltando razones á estos y aquellos. Lo mas probable parece, que si la causa de pedir el actor la restitucion fuese razonable, legal y justa, de modo que por su denegacion hubiere de quedar gravemente perjudicado en la prueba, se le debe conceder; pero si se conociese que su intencion es siniestra, por ejemplo, la de dilatar maliciosamente el éxito de la causa, se le denegará (2).

51. Este privilegio de la restitucion no altera la naturaleza de la causa, y por consiguiente si es de oficio, y se recibió á prueba con todos cargos, pasado el término que se concede al privilegiado, se considera en estado idóneo de sentencia definitiva. Asi pues se mandan unir las pruebas à los autos; y omitidas la publicacion, conclusion, citacion y cualquiera otra formalidad se pronuncia; sin que sirva de obstáculo alegar de su derecho el fiscal ó el reo; pues en estos escritos recae por lo comun el proveido siguiente: *que se unan á los autos entendiéndose con la prueba,* y sin perjuicio.

52. En orden á las tachas que han de oponerse á los testi-

1 Herrer. alli, §. 1. num. 6.

2 Herrer. lib. 2. cap. 2. §. 5. num. 5.

gos, términos en que han de proponerse, y tiempo que se concede para la probanza de ellas, véase lo que se dijo en el tomo 4.° de esta obra, capítulo 13, página 204.

53. Ultimamente hecha la publicacion de probanzas; bien se hubiesen tachado los testigos y concedido término por via de restitucion, bien no se haya hecho lo uno ni lo otro, el acusador ó promotor fiscal ha de presentar su alegato de bien probado, de que se da traslado al reo: este responde á él para alegar asimismo de bien probado, pudiendo presentar otro escrito mas cada uno, y se concluya la causa por todos para definitiva.

CAPITULO TERCERO.

De la defensa de los reos.

§. 1 y 2. Doctrina del señor Gutierrez en orden á esta materia.

3. Se rebate la opinion de algunos que opinan ser perjudiciales las armas de la elocuencia en la defensa de los reos, fundándose en que no debe deslumbrarse á los jueces ni conmover su corazon, para que fallen con mayor acierto.

4. Diversos medios forenses que puede poner en uso el abogado con el objeto de defender al reo. El primero es la nulidad, sea de todo el proceso, ó parte de él.

5 y 6. Diversos efectos que causa en el proceso criminal la nulidad.

7. Aunque el proceso se anule, no por eso debe quedar sin averiguacion el delito, é impune el delincuente: y asi debe sustanciarse de nuevo.

8 hasta el 12. De las demas excepciones ó medios de defensa.

13. Esta es tan precisa, que aun en aquellos casos en que se da comision para que se proceda al castigo con solo saber la verdad, no puede omitirse, como tampoco el término necesario para hacerla.

14. En cualquier estado de la causa pueden darse y recibirse pruebas en defensa ó favor del reo.

15. La defensa puede tener lugar sobre todas las partes del juicio.

16. La calidad de nobleza ú otra condecoracion que exima de penas afrentosas, puede alegarse como excepcion en todo tiempo.

17. ¿Que efecto produce la excepcion de probidad, buena conducta, y la de no haber sido jamas procesado ni castigado por la justicia?

18. La disculpa de provocacion sirve muy poco.

1. El señor Gutierrez en un apéndice de su *Práctica criminal* (1), tratando de la defensa de los reos, dice que: »lejos de ser necesario escribir gruesos volúmenes, como lo han hecho muchos jurisconsultos, tiene por superfluo aun el dedicar á ella un solo capitulo.« Y añade luego: »en la legislacion criminal que debe observarse, asi con respecto á la sustanciacion ó modo de seguirse los procesos, como con respecto á los delitos y sus penas, se hallarán todas las razones necesarias y fundadas

1 Tomo 1.° pag. 284.

para defender los culpados, como las encontrarán tambien los acusadores, fiscales, y promotores fiscales, para rebatir sus defensas. Si un reo, por ejemplo, alega que no se ha justificado el cuerpo del delito, que no se ha probado ser delincuente, ó que se le ha impuesto mayor pena de la que merece, por la doctrina expuesta en los lugares correspondientes de esta obra, se vendrá en conocimiento de si es ó no justa y razonable la defensa."

2. A esto poco se reduce la doctrina del señor Gutierrez en orden á los medios de defensa, empleando los restantes párrafos del apéndice en declamar contra la práctica introducida en el foro de usar las armas de la elocuencia para deslumbar ó conmover á los jueces, y salvar á los que verdaderamente son reos. Para precaver este abuso y atajar sus perniciosas consecuencias, es de parecer el autor que la elocuencia no deberia tener entrada en las defensas de los reos, fuesen escritas ó verbales; que asi las unas como las otras habian de circunscribirse à la narracion verdadera de los hechos, à la aplicacion clara de estos á las leyes, y à la exposicion sencilla de aquellas razones naturales y verosímiles que ofreciesen las circunstancias de las personas y de los acontecimientos. En apoyo de esta opinion, cita la costumbre de la nacion egipcia, que solo permitia acusar y defenderse por escrito, la del Areópago de Atenas que no consintió en los principios á los acusados el valerse de los oradores, y cuando despues permitió que estos los defendiesen, fue con la severa prohibicion de hacer uso de cuanto pudiera conmover los afectos, ó ablandar el corazon de los jueces; y por último la de los chinos, donde segun varios viageros se halla introducida al presente la misma práctica de los egipcios.

3. No hay duda que son vituperables todos los artificios que se emplean en desfigurar la verdad con el objeto de que los delitos queden impunes; pero cuando sin perjuicio de ella, y para dar el abogado mayor realce á su discurso, quiera emplear todas las galas de la elocuencia, ¿por que se le ha de privar de este recurso? ¿que seria de las artes de la imaginacion, si el desnudo y árido raciocinio hubiese de dominar exclusivamente en el foro? ¿admiraríamos hoy las oraciones del inmortal Ciceron, si los romanos hubiesen admitido la costumbre del Areópago? No por huir de un extremo demos en otro. La falacia, el embrollo, la superchería ó las declamaciones afectadas, siempre serán medios reprobados por la honradez y el buen gusto; pero no las oraciones graves, patéticas, en que se procura ilustrar y aun con-

mover á los jueces para salvar à un inocente del suplicio, ó minorar la pena al verdadero delincuente, cuya criminalidad disminuyen sus personales circunstancias, servicios que ha hecho al estado, ú otras importantes consideraciones.

4. Pero ya es tiempo de orillar esta cuestion filosófica para tratar de los diversos medios forenses que puede poner en uso el abogado con el objeto de defender al reo, y esto en mi entender acarreará mayor utilidad que las discusiones de mera filosofia. El primero es la nulidad, de la cual hay tres especies; à saber, una sustancial, que destruye ò hace irrito el juicio, ya *ipso jure*, ya en virtud de excepcion opuesta; otra que solo impide el progreso ò continuacion de la causa; y otra que vicia alguna parte susceptible de enmienda ò rectificacion. Es nulidad de la primera clase la falta de citacion en la ratificacion de los testigos y demas diligencias del plenario; la negacion de término competente para defenderse; la falsedad del delito que se atribuye al procesado; los cargos apoyados en suposiciones falsas, imaginarias y fingidas; y algunas de las excepciones mistas, que participan de dilatorias y perentorias; entre ellas la falta de jurisdiccion del juez, en el caso que ninguna jurisdiccion tenga que pueda prorogársele. Las nulidades de la segunda clase consisten, ó en la ilegitimidad del juez, ó del juicio que se promueve; ilegitimidad del acusador ó denunciador; la de estar ya juzgado, sentenciado y castigado el delito porque se procede, sin nueva transgresion que lo motive; el acusar uno los delitos cometidos contra otro en los casos que carece de accion para hacerlo, que son muchos referidos por las leyes, especialmente las del título 1.° Partida 7; la querella ó acusacion puesta por procurador en los casos y delitos en que hay prohibicion de hacerlo, y cuando semejante autor tiene impedimento legal ó natural; como el menor de catorce años ó el demente. Las nulidades de la tercera clase son aquellas que se refieren á la falta de formalidad y solemnidad que deben guardarse en el juicio; como el haberse actuado el proceso en papel comun ó no sellado; la falta de firmas ò de fechas en las diligencias; extender las declaraciones de los testigos y reos en minuta ó copiador ò sin la presencia del juez, y otras semejantes en que se falta a las formalidades prescritas por las leyes. El reo puede oponer las nulidades de la primera y última clase en cualquier estado de la causa, y las de la segunda luego que se le confia el proceso, y antes de hacer acto alguno en él; porque obrando como excepciones dilatorias, si calla es visto que vir-

tual y espontáneamente proroga la jurisdiccion de juez incompetente, consiente un procedimiento impropio, ó sufre ser acusado por persona ilegítima (1); en términos que haciéndo otras gestiones sin entablar la excepcion dentro del término legal, pasado este, aunque sea con juramento de haber venido nuevamente á su noticia, no se admiten excepto si es privilegiado de restitucion, y que de no admitirsele se le siga grave daño (2) (*).

5. No son unos mismos los efectos que causa en el proceso criminal la nulidad. Si es de aquellas que impiden el progreso del juicio, especialmente la declinatoria ó falta de jurisdiccion del juez causará un sobreseimiento de tal virtud, que no podrá hacerse progresiva la causa, sin su previa y expresa decision, quedando sin efecto hasta la sentencia difinitiva inclusive, cuanto en contrario se practique (3). Y si la nulidad toca á la primera ó última de dichas tres clases, ha de distinguirse si es de comision ú omision; si del acto cometido ú omitido penden otras; si la diligencia en que se advierte es sustancial y de esencia del proceso: ó si es accidental que toca solo al orden y trámites del mismo. Residiendo el vicio en cualquiera de las partes principales del proceso, no pueden subsistir las demas; y por consiguiente, si se verifica la nulidad en la falta de citacion, defensa legitimacion de la parte que promueve la causa, verificacion del delito y otras que son fundamento de todo, las demas diligencias ulteriores serán nulas; y en tal lance, deberá reponerse el proceso al estado de la última diligencia que se reconozca perfecta y legal. Mas cuando la nulidad se encuentra en otras partes secundarias sin las que pueden subsistir las demas del proceso entonces subsanando aquella parte única viciosa, deben quedar válidas las demas (4).

6. Cuando la nulidad procede de falsedad, ha de mirarse si esta fue causa por ignorancia, error ó negligencia, ó si con

1 Ley 7. tit. 6 Part. 3. y en ella Greg. Lop. Carlev. tit 2. disp 5. num. 6

2 Olea *de cess jur.* tit. 8. quæst. 1. num. 19 Carlev tit. 2. disp. 5. tit. 1. discep. 2. Covarr. *Pract.* cap. 26. ley 10 tit. 17. lib. 4. Rec.

* Como la causa criminal se empieza por prision y embargo de bienes, y se hace el proceso informativo sin citacion ni audiencia del reo, no pudiendo por consiguiente oponer sus excepciones en aquel periodo debe el juez evitar con el mayor cuidado toda informalidad ó defecto en el proceso, desechando las querellas, acusaciones y denuncias que le parezcan siniestras ó contra ley y solemnidades prevenidas en ellas sin aguardar á que el reo lo pida; pues de lo contrario será responsable de los perjuicios que se le sigan.

3 Carlev. lug. cit.

4 Gutierr. lib. 1 *Pract.* quæst. 99 y *sig.* Covali. *Commun* quæst 585 Carlev tit. 1. disp. 2. num. 797. Gom. lib 3. *Var.* cap. 11. num. 1.

dolo y malicia. Si lo primero, debe regir la doctrina expuesta en la última parte del párrafo anterior; y si lo segundo, los efectos son terribles; porque la falsedad que rige en una parte principal del proceso, jurídicamente se supone concurrir en todo por la maldad que contiene, y por la presuncion de que el juez ó escribano que tuvieron la audacia de cometerla, procedieron asi en lo demas; y de consiguiente este proceso se tendrá por no actuado; y el autor de la falsedad quedará sujeto á las penas que prescriben las leyes.

7. Como nunca la culpa y omisiones del tribunal ó sus ministros deben perjudicar á las partes interesadas y menos al público, aunque el proceso se anule, no por esto debe quedar sin averiguacion el delito, é impune el delinquente. Asi que debe sustanciarse de nuevo, valiéndose con discrecion de las especies y justificaciones del proceso anulado que no tengan vicio ó tacha.

8. Ademas de la nulidad hay otros muchos medios de defensa cifrados en justas excepciones, que tienen por objeto, ó destruir la prueba acriminante, ó manifestar que el procesado ejecutó la accion á impulsos de un motivo poderoso, ó en uso de algun derecho propio; ó bien alegar prescripcion, indulto ú otras razones porque no debe imponerse la pena.

9. Cuando se trate de destruir la prueba contraria, se ha de atender al mérito de esta, si es plena ó semiplena, tachable ó no; advirtiendo que un indicio se desvanece con otro contrario; el dicho de un testigo con la declaracion favorable de otro; y aun la prueba entera se enerva con otra mas sólida y convincente; á cuyo propósito es de notar, que el juez de oficio debe averiguar los hechos ó extremos que debilitan la prueba acriminante, y proporcionar los medios de afianzar la defenza del reo, y descubrir la verdad (1).

10. Siendo ejecutada la accion que se reputa criminal en uso de un derecho, como el que amenazado de muerte mata á su agresor no pudiendo evitar de otro modo el peligro, se exime de la pena el procesado, siempre que justifique aquellos extremos. Asimismo hay hechos que aun cuando ofenda á un tercero, no llegan á ser delitos, ya por falta de dolo y culpa, de conocimiento ó de libre voluntad. Cada una de estas causas tiene su defensa particular, para la que servirán los principios sentados en el capitulo 1.º título 1.º de este tratado.

11. la prescripcion es uno de los principales medios de de-

1 Ley 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec.

fensa; pues no hay duda que habiendo pasado el término legal, acabe la responsabilidad del reo; como tambien si á este comprende algun indulto del Soberano, de cuya materia se tratará en uno de los apéndices que acompañarán á este tratado.

12. Son tambien excepciones de la *litisfinita*, litisprudencia, sentencia ejecutoriada, culpa purgada, incompetencia de fuero y jurisdiccion; la de los privilegios que exime de culpa y pena á ciertas personas por su edad ú otras circunstancias &c.

13. Es tan precisa la defensa, que aun en aquellos casos en que se da comision para que se proceda al castigo con solo saberse la verdad (*), no puede omitirse, como tampoco el término bastante para hacerla bajo pena de la vida al juez que de otro modo proceda (1). Aun en los juicios de casos notorios, regularmente se concede; de modo, que si la urgencia y gravedad del caso lo exigen, puede en un dia solo sustanciarse y sentenciarse un proceso, pero nunca sin defensa.

14. En cualquier estado de la causa pueden darse y recibirse pruebas á favor del reo, aun despues de sentenciada, si antes no pudo hacerse; cuyo privilegio, asi como el de la restitucion *in integrum*, tiene por objeto reparar los graves perjuicios que pudieran seguirse sin esto á ciertas personas dignas de toda conmiseracion por su estado.

15. La defensa puede tener lugar sobre todas las partes del juicio, esto es, sobre la falta de jurisdiccion del juez; el hecho acusado, si es ó no posible; la inquisicion y acusacion; el cuerpo del delito; los testigos, prueba y examen del reo y cargo del delito; la legitimacion del proceso, mediante la ratificacion de aquellos; las renuncias de las defensas; la confesion &c.

16. La calidad de nobleza ú otra condecoracion que exima de penas afrentosas y de infamias, puede alegarse como excepcion en todo tiempo en virtud del mismo privilegio.

17. La excepcion de probidad, buena conducta, y la de no haber sido jamas procesado ni castigado por la justicia, excluyen solo las presunciones leves que obran contra el que las produce (2).

18. La disculpa de provocacion sirve de poco, pues nadie puede tomar la satisfaccion por su mano.

* Esta cláusula es de mas fuerza que aquella en que se dice que se proceda breve y sumariamente, sin estrepito ni figura de juicio.

1 Villad. cap. 3. pag. 62 num. 38 y sig.

2 *Cur. Philip.* lib. 3 §. [illegible]

CAPITULO CUARTO.

De la sentencia y su consulta.

§. 1. En la sentencia debe el juez arreglarse á lo que halle justificado en los autos, aun cuando privadamente le conste lo contrario.

2. El juez ha de absolver al reo cuando no está suficientemente probado el delito y solo resultan contra aquel algunos indicios ó presunciones.

3. Siendo absuelto del todo un acusado por haber demostrado su inocencia, debería resarcírsele de los daños y perjuicios que hubiese padecido.

4. Para el mayor acierto de los fallos en las causas criminales, está prevenido que los jueces inferiores den cuenta inmediatamente á los tribunales superiores de cualquiera muerte violenta, y otros delitos graves que se cometan. La sentencia que en ellos recaiga, ha de consultarse con dichos tribunales superiores despues de pronunciada y antes de publicarla.

5. Consultada la sentencia, si el tribunal superior la confirma, manda devolverla al juez que la pronunció con la cláusula de *ejecútese*; pero si advierte que aunque está bien sustanciada la causa no es arreglada la sentencia, por falta de pruebas suficientes ó por otro motivo, dispone que la *causa venga por su orden*. Efectos de esta providencia.

6. ¿Que deberá hacerse cuando los excesos cometidos por el juez inferior en la formacion del proceso toquen en criminalidad?

7. No pasando de multa ó simple correccion la pena que merezca el juez por su exceso, no se le oye por mas que se excuse y quiera sincerarse hasta que previamente consigne y satisfaga la multa y costas en que haya sido condenado.

8. ¿Que se hará cuando en la sentencia consultada se mencionen varios reos que cometieron un delito, y en cuanto á los unos parece aquella arreglada, y no en cuanto á los otros?

9 Las consultas de las causas criminales pendientes ante el corregidor de Madrid, sus tenientes y justicias del rastro de la Corte, van á la Sala de señores Alcaldes de Casa y Corte.

10. Consulta que hace la misma Sala á su magestad de sus sentencias de muerte

11. Las sentencias contra Grandes de España en causas criminales no han de pro-

nunciarse sin consultarlas con el Consejo, y este con su Magestad.

12. No solo por consulta del juez inferior pasa la causa al tribunal superior, sino tambien por llamamiento de este, avocándola cuando la necesidad lo exige.

1. El fallo de una causa criminal, y especialmente de aquellas en que se ha de imponer pena de muerte ú otra corporal aflictiva, es de la mayor gravedad y trascendencia. Por tanto el juez antes de proceder á este último y tremendo acto en que ejerce una de las mas augustas funciones de su respetable ministerio, ha de examinar escrupulosamente cuanto resulte del proceso en pro ó en contra el procesado, desnudándose de todos los afectos, sea de odio, temor ó compasion, para que con la mayor imparcialidad y el debido detenimiento pueda dar una decision justa y atinada. En ella deberá arreglarse á lo que halle justificado en los autos, aun cuando privadamente le conste lo contrario, bien que segun la opinion de muchos autores, cuando no se atreva á pronunciar contra su ciencia privada, podrá remitir la causa á su superior para que la decida, ó comunicar al interesado la falsedad de las pruebas para que procure acreditarla en el juicio de apelacion. Debe tambien conformarse en la pronunciacion de su sentencia con lo determinado en las leyes patrias acerca de las causas que ha de fallar; y no habiendo ley alguna que decida el caso ni particular ni generalmente, ó dudando de la inteligencia de ella si la hubiere, deberá consultar al Soberano por medio de su superior, y especialmente del supremo Consejo de Castilla, como se previene en la ley 7. cap. 7. tit. 40. lib. 12. Nov. Rec., que dice asi: » Y finalmente mando, que cuando en algun caso sobre las mismas leyes que ahora he resuelto se guarden, ocurra duda muy grave, por la variacion sustancial de los tiempos, ú otras circunstancias dignas de atencion que necesiten mi Real declaracion, los tribunales la consulten al mi Consejo para que haciéndomelo presente declare lo mas justo." Por consiguiente es un error y atentado contra la Soberanía, el recurrir en caso de duda ó á falta de ley nuestra, á las de los romanos y sus intérpretes.

2. Si el juez viere que el delito no está suficientemente probado, y que solo resultan contra el reo algunos indicios ó presunciones, no siendo de aquellas que bastan para condenar, y de que se habló en el capítulo 2.º de este título, párrafo 36, 37 y 38; debe absolverle por las razones que allí se expusieron; siendo

de advertir que Gregorio Lopez en la glosa 6, á la ley 26. tit. 1. Part. 7, dice que cuando el delito es atroz y no está averiguado, se suele solo absolver de la instancia del juicio, para que interviniendo nueva averiguacion, se vuelva á proceder contra el delinquente: práctica loable segun el autor de la *Curia Filipica*, y el señor Gutierrez, quien dice (1) » que pudiera suscitarse de nuevo el juicio por el mismo crimen, siempre que se hiciesen diversas pruebas contra él, ó que el mismo reo pudiera pedir se abriese segunda vez el juicio, por creer haber encontrado pruebas con que acreditar su inocencia.

3. El señor Gutierrez, animado de los mas nobles y generosos sentimientos, es de opinion (2) que siendo absuelto del todo un acusado por haber demostrado su inocencia; deberia resarcirsele de los daños y perjuicios que hubiese padecido, ya á costa del acusador, fiscal o promotor fiscal calumnioso, ya (no siendo estos culpables ó no teniendo facultades para satisfacerle) de un fondo público destinado al intento, como se hizo en Toscana por orden de su gran duque Pedro Leopoldo. Tambien quisiera el mismo autor que para los sugetos acomodados, y aun para los que no le fuesen, se destinasen indemnizaciones honoríficas con que pudieran recuperar la estimacion pública que hubiesen perdido. Muy justo es á la verdad que si un artesano, mayormente cuando tiene familia, ha sufrido una larga prision á consecuencia de una causa injusta, se le paguen todos los gastos y jornales perdidos por via de resarcimiento, haciéndose ademas una declaracion honrrosa á su favor; y que al sugeto distinguido y bien acomodado se le destine una indemnizacion análoga á su clase; por que asi como hubieran recibido el justo castigo sin remision habiéndoseles probado el delito; no resultando ni aun indicios contra ellos, ni habiendo dado por su parte motivo para la formacion de causa, son acreedores no solo á que se les paguen los menoscabos que por ella hayan sufrido, sino tambien á que se les reintegre su buena reputacion en concepto del público (*).

4. Para asegurar mejor el acierto de los fallos en las causas criminales, y evitar que los jueces inferiores cometan injusticias, ya por parcialidad ó ignorancia, esta prevenido que todos los jueces ordinarios y delegados den cuenta inmediatamente á

1 *Pract. crim.* tomo 4. pag. 293, §. 7.
2 Idem § 8.
* Nada se dice aqui de las calidades que debe tener la sentencia para que sea válida, por que de estas y de otras circunstancias de ella se habló con extension en el tomo 4 de esta obra, capítulos 15 y 16.

las salas del crimen de la chancillería ó audiencia en cuyo distrito se hallen, por medio de los fiscales de el'as, de cualquier muerte violenta ó herida grave, que segun declaracion de peritos fuese de esencia mortal; de robos hechos en camino ó en poblado con salteamiento de casa, de aprehension de armas prohibidas, de tumulto ú otro suceso ruidoso, sin dejar ó suspender por eso el curso regular de las causas. Este aviso se da acompañado de testimonio de lo resultante de autos (*), á no ser que sea muy urgente el caso, pues entonces tambien se da cuenta por medio de una narracion simple sin testimonio. Si la causa pertenece à alcalde, corregidor ú otro juez de letras de algun pueblo en que resida la sala del crimen de aquella provincia, pasa personalmente él mismo á dar cuenta al señor gobernador, ministros y fiscal de la misma. Cuando la sala conoce por la calidad del delito que ha de recaer en él pena mas grave que la pecuniaria ó de destierro, manda al juez inferior que siga la causa con arreglo á derecho, dando cuenta de su progreso de quince en quince dias, y que la sentencie hallándose en estado, consultándole la sentencia despues de pronunciada y antes de publicarla. Pero cuando ve que la pena no ha de ser de tanta gravedad, sino pecuniaria ú otra de las leves, dispone que siga procediendo en la causa, y que sentenciada, publique é intime la sentencia á las partes, admitiéndoles las apelaciones justas y conducentes.

5. Consultada la sentencia en los casos referidos (1), si el tribunal superior la confirma, manda devolverla al juez que la pronunció con la cláusula de *ejecutese*, para que la lleve á efecto. Si advierte ó juzga que aunque está bien sustanciada la causa, no es arreglada la sentencia, ó por falta de pruebas suficientes, ó por no ser el delito de aquellos en que se debe denegar la apelacion, ó por otros justos motivos; dispone que la causa *venga por su orden*. Este decreto viene á ser una providencia de admision de apelacion; en cuya virtud se da despacho ordinario de emplazamiento y compulsorio, y con audiencia fiscal se conoce plenariamente de la causa sustanciándola con los reos. Y si el tribunal advierte que el juez inferior omitió alguna cosa

* A la conclusion de estos testimonios se ha de dar razon de los nombres y apellidos de los delincuentes, de su patria, estado, edad, dia en que principió la causa, y del de la prision de los arrestados, con lo demas que comprenda.

1 La sentencia debe consultarse aun en aquellos delitos gravísimos en que por mirárseles con sumo odio está prohibida la apelacion.

sustancial, ó cometió algun exceso en la formacion de los autos, providencia que se retengan estos para que oyendo al fiscal y á los reos acusados se corrijan ó cumienden los defectos hasta poner el proceso en estado de admitir sentencia definitiva sin nulidad ó injusticia (1) (*).

6. Si los excesos cometidos por el juez inferior en la formacion del proceso tocan en criminalidad, ó ha incurrido en cualquiera de aquellas transgresiones que traen consigo privacion de oficio, le acusa el fiscal, y se sigue la causa con él (á ejemplo de la de capítulos contra corregidores) como con los demas reos. No llegando á ser crimen su exceso, se le multa y corrige con la prudencia propia de los tribunales superiores, en la misma sentencia de vista ó de los autos consultados. Lo mismo se observa respecto de los testigos varios ó perjuros, y del escribano actuario que faltó á su deber.

7. No excediendo de multa ó simple correccion las referidas condenas, no se oye al juez multado por mas que se excuse y quiera sincerarse, á menos que haya cumplido previamente ó consigne y satisfaga su importe con reintegro de costas, y demas del decreto que le condena (2). Tampoco se le oye cuando la condenacion es de un caracter que le hace responsable de daños y perjuicios causados por injusticia, opresion, condescendencia ú otro vicio punible de esta naturaleza: pues en este caso, aunque se muestre parte ó pida los autos para indemnizarse, ni se admite ni se le conceden, hasta que esté dada sentencia en el punto principal del proceso (3). Asimismo no se le oye cuando el fallo condenatorio se reduce á un mero y simple apercibimiento, por ser lo regular reservarlo, aunque suplique para despues de decidida enteramente la causa. Y aunque ha lugar la apelacion en ambos efectos, de la condenacion de costas cargadas á alguno de los delinquentes, ó de las que se dejaron de cargar á cualquiera de ellos, cuando era debido que el juez le condenase; este punto es muy diferente de aquel en que por via de correccion se mandan reponer los autos ó hacerlos de nuevo á costa del causante; ó se le condena á perdimiento de los derechos que debia percibir.

1 Matth. cont. 3. num 43.

* Para alterar las salas del crimen las sentencias de las justicias ordinarias, ó agravar el castigo impuesto á los reos, es indispensable que se retengan las causas en dichos tribunales, y que se oigan sus defensas á los reos. *Orden del Consejo de 16 de octubre de 1725.*

2 Ley 15. tit. 41. lib. 12. Nov. Rec.

3 Ley 24. tit. 22. Part. 3.

8. Si en la sentencia consultada se hace mencion de muchos reos que cometieron un delito, y en cuanto à los unos parece aquella arreglada, y no en cuanto à los otros, por estar aquellos convictos, y estos solamente indiciados, ó por haber presenciado los primeros de intento el hecho, cooperando dolosamente al delito, y haberse hallado allí los segundos, mas por casualidad que por malicia; puede el tribunal superior mandar que en cuanto à los unos se devuelva la causa para su ejecucion, y que en cuanto à los otros venga por su orden. Asi lo ha practicado muchas veces la sala de señores alcaldes, y con especialidad en el rapto de una monja, en que fueron condenados Justo de Valdivieso à pena capital, como raptor, y María Bustamente à la de azotes, como encubridora. En cuanto al primero se devolvió la causa y ejecutó la sentencia, y tocante à la segunda, se decretó que viniese por su orden, y se revocó la sentencia en la instancia de apelacion.

9. En Madrid y su rastro van estas consultas de las causas criminales pendientes ante el corregidor, sus tenientes y justicias de dicha comarca à la Real Sala de señores Alcaldes de Casa y Corte; con la distincion de que si fueren de dichos corregidores ó sus tenientes, pasa el escribano de número de ellas à hacer relacion del proceso. Este supremo tribunal decreta lo conveniente en vista de los procesos consultados, reteniendo los autos, confirmando, revocando ó corrigiendo con dictamen fiscal las providencias de los inferiores, y de las sentencias ó resoluciones suyas no se apela sino que se suplica.

10. El mismo supremo tribunal por práctica muy antigua consulta con su Magestad, ó mas bien le comunica sus sentencias de muerte, las cuales no han de ejecutarse hasta saber su Real determinacion. Para ello se observan las formalidades siguientes. Luego que la sala impone à algun reo la pena de muerte, el alcalde mas moderno escribe y rubrica la sentencia en el libro reservado de acuerdos, y conforme à ella extiende en borrador la consulta ó noticia para su Magestad. El dia siguiente la lleva à la sala en donde se lee; y estando conforme la rubrican todos los jueces que han votodo la causa. Esta noticia cerrada y consobrescrito para el señor gobernador del Consejo, se la lleva y entrega el de la Sala para que la remita à su Magestad, quien habiendola oido, dice: *quedo enterado*; y asi que se recibe la Real orden con expresion de esto, se publica en sala plena, la cual manda sacar certificacion de ella, por haber de quedarse la original en la escribanía de gobierno, y

que se ponga en la causa y dé cuenta en la sala donde se votó aquella (1).

11. Cuando los alcaldes de Corte, de chancillerías ó audiencias, ú otros cualesquiera jueces conozcan por comision de causas criminales contra grandes de España, no han de pronunciar contra estos, ni en presencia ni en rebeldía, las sentencias condenatorias que les parezcan justas sin consultarlo con el Consejo, quien asimismo ha de hacer su consulta à su Magestad (2).

12. No solo por consulta del juez inferior pasa la causa al tribunal superior, sino tambien por llamamiento de este avocándola à sí y reteniéndola cuando la necesidad lo exige; pues aunque por derecho está generalmente prohibido, se practica cuando lo exige el bien público, ya para que no queden impunes los delitos, ya para protejer à la inocencia oprimida (3) (*)

FIN DEL TOMO SÉPTIMO.

1 Gutierr. *Pract. crim.* tom. 1. pag. 302. § 19.
2 Ley 19. tit. 1. lib. 6. Nov. Rec.
3 Matth. cont. 3. num 42.

* En el tomo siguiente se tratará de la apelacion en las causas criminales, como tambien de la intimacion y ejecucion de las sentencias.

INDICE

DE LOS TITULOS Y CAPITULOS QUE COMPRENDE EL TOMO SÉPTIMO.

TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL.

PAG.

TITULO PRIMERO.

De los delitos y de las penas. 5
CAP. 1.° *De los delitos en general.* . . . . . id.
CAP. 2.° *De las penas.* 29
Prontuario de delitos y penas por orden alfabético, con diferentes observaciones acerca de esta materia. 63

TITULO SEGUNDO.

De la acusacion, denuncia y pesquisa; y de los diversos fueros á que pueden estar sujetos los delincuentes. 176
CAP. 1.° *De la acusacion, denuncia y pesquisa.* . . . . . id.
CAP. 2.° *De los jueces á quienes corresponde el conocimiento y decision de las causas criminales. De la jurisdiccion secular ordinaria.* 194
CAP. 3.° *De la Sala de señores Alcaldes de Casa y Corte, como tribunal supremo en lo criminal, y de la jurisdiccion criminal que cada alcalde ejerce por sí propio.* 201
CAP. 4.° *De los fueros privilegiados. Del ordinario eclesiástico; del fuero particular de la cruzada y tribunal de las tres gracias; y del que gozan los regulares en cierta especie de transgresiones, ademas del comun eclesiástico.* . . 211
Apéndice á este capítulo. Proceso informativo contra un clérigo. 228
CAP. 5.° *Del fuero militar.* 230
CAP. 6.° *Del fuero de los caballeros de las órdenes mi-*

litares, del que llaman de conservacion ó juez conservador; del que gozan los caballeros maestrantes, y los empleados ó dependientes de la Real servidumbre. 240

CAP. 7.° *Del fuero de los dependientes de Real Hacienda, del de los dueños de las fábricas de salitres y empleados en ellas; y del que gozan los dependientes de los correos terrestres y marítimos.* 250

CAP. 8.° *Del fuero é inmunidad de los embajadores; del de los cónsules y vicecónsules; y de lo que se observa acerca de los extrangeros transeuntes.* 255

CAP. 9.° *De los recursos de competencia; remesa de autos y reos; y requisitorias de los jueces.* . . 258

TITULO TERCERO.

Sustanciacion del juicio criminal. De la sumaria. 270

CAP. 1.° *Averiguacion de la existencia del delito.* . . . id.

CAP. 2.° *Averiguacion del delincuente.* 305

CAP. 3.° *De la prision del reo, y del embargo de bienes.* 316

CAP. 4.° *De la declaracion indagatoria y de la confesion.* 338

TITULO CUARTO.

Del estado segundo ó plenario de la causa criminal. 358

CAP. 1.° *Preliminares del plenario.* . . . . . id.

CAP. 2.° *De la prueba.* 368

CAP. 3.° *De la defensa de los reos.* 390

CAP. 4.° *De la sentencia y su consulta.* 396

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

R. 97240

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL,

Y ALGUNOS OTROS:

POR DON EUGENIO DE TAPIA,

individuo de la inspeccion de Estudios, y Magistrado honorario de la Audiencia de Valladolid.

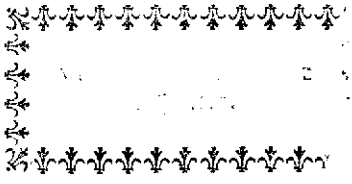
Tercera edicion,

Revista y corregida, y añadida con la Jurisprudencia Mercantil, con arreglo al Código de Comercio, que comprende los dos tomos del suplemento.

TOMO OCTAVO.

VALENCIA: IMPRENTA DE DON ILDEFONSO MOMPIÉ
DE MONTAGUDO.

AÑO 1837.



CONTINUACION DEL TITULO IV

DEL TRATADO

SOBRE EL JUICIO CRIMINAL.

CAPITULO QUINTO.

De las apelaciones, súplicas y recursos extraordinarios al Soberano en las causas criminales.

§. 1. Se impugna la opinion de los intérpretes que no admiten apelacion en las causas criminales contra lo dispuesto terminantemente por las leyes.

2. Delitos exceptuados en los cuales por su enormidad está denegada la apelacion.

3. ¿Si deberá denegarse la apelacion en los delitos notorios?

4. La apelacion se deniega en los casos de hermandad.

5. Tampoco se admite la apelacion en el Consejo y en la Sala de los señores Alcaldes de Casa y Corte de las providencias, ó sentencias que dan los que conocen por comision que dimana del mismo tribunal.

6. Fuera de los casos expresados en los párrafos anteriores, puede interponerse la apelacion en las causas criminales, no solo de las sentencias definitivas, sino tambien de las interlocutorias cuyos agravios no pueden repararse por aquellas.

7. Término para apelar, introducir la apelacion, y alegar agravios, y beneficio de restitucion que se concede por el trascurso de este tiempo.

8. Apelada la sentencia ha de hacer remesa del reo el juez inferior al superior, si lo pide, y no de otro modo; pero siempre debe hacerla de los autos.

9. Una vez entablada la apelacion, acabó el oficio del juez inferior, y será atentado cuanto obre y juzgue en adelante.

10. Aunque la sentencia definitiva no admita apelacion pueden admitirla las providencias relativas á la sustanciacion de la causa, cuyo

gravamen sea irreparable.

11. Dejándose inapelada la sentencia ante el juez que la dió, pasado el término de la apelacion puede el agraviado entablarla ante el superior, mediante testimonio de aquella.

12. Dejando de apelar el reo, ó consintiendo expresamente la sentencia, pueden sus parientes hacerlo, y seguir la causa para vindicar la nota ó injuria que pueda seguírseles de ella.

13. En caso de discordar el juez propietario, y acompañado de sus sentencias, se remiten entrambas en consulta al superior correspondiente.

14. Efectos de la apelacion en las causas criminale.

15, 16 y 17. De las súplicas en las causas criminales.

18. En estas no tiene lugar el recurso de segunda suplicacion, ni el de injusticia notoria.

19 hasta el 29. De otros recursos al Soberano en las causas criminales.

1. El señor Gutierrez tratando de la apelacion en las causas criminalas, impugna con mucha razon á los intérpretes que no quieren admitirla, particularmente en los delitos graves; pero como si no hubiese leyes terminantes en que apoyarla, echa mano de varios argumentos para corroborar su opinion, los cuales no son necesarios ni tienen la fuerza que una disposicion legal con la que se manifiesta palpablemente el error de dichos intérpretes: hablo de la ley 1. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec, la cual dice asi: »Porque á las veces los alcaldes y jueces agravian á las partes en los juicios que dan; mandamos que cuando el alcalde ó juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en el pleito, aquel que se tuviere por agraviado, puede apelar hasta cinco dias desde el dia que fuere dada la sentencia ó recibido el agravio, y viniere á su noticia; y si asi no lo ficiere, que dende en adelante la sentencia ó mandamiento quede firme; lo cual mandamos que se guarde de aqui adelante, ansi en la nuestra Corte y chancillería, como en todas las ciudades y villas y lugares y provincias de nuestros reinos, asi de nuestra Corona Real como de las órdenes y señoríos y behetrías y abadengos de nuestros reinos; *en todas y cualesquier causas civiles y criminales*, y de cualesquier jueces ordinarios ó delegados...." Las palabras de la ley son terminantes: la apelacion ha de admitirse en todas y cualesquier causas civiles y criminales; luego los que opinen en contrario carecen de fundamento, y aun tienen la osadía de oponerse á la determinacion del Soberano.

2. Hay sin embargo delitos exceptuados en una ley de Partida (1), en los cuales por su enormidad está denegada la apelacion. Dice esta ley lo siguiente: »Ladrones conocidos et revolvedores de los pueblos et los cabdiellos ó mayorales dellos en aquellos malos bollicios, et los forzadores é robadores de las vírgenes ó de las vibdas ó de las otras mugeres religiosas, et los falsadores de oro ó de plata, ó de moneda ó sello del Rey, et los que matan á yerbas ó á traicion ó aleve, cualquier de estos sobredichos á quien sea probado por buenos testigos ó por su conoscencia (confesion) fecha en juicio sin premia, que fizo alguno de los yerros susodichos, luego quel fuere probado; mandamos que sea fecha dél la justicia que mandan las leyes de este nuestro libro: et maguer se quiera alzar de la sentencia que fuere dada contra él defendemos que nol sea rescebida: et esto tenemos por bien, porque los que tales yerros facen yerran mucho contra Dios, et á nos et contra el procomunal de los pueblos." Dos cosas aparecen claramente de esta ley: 1.ª que la apelacion se otorgaba en todos los demas delitos: 2.ª que estos exceptuados en los que se denegaba la apelacion, habian de ser probados con buenos testigos ó confesion judicial del mismo reo, para que á este pudiese imponérsele la pena. El señor Gutierrez (2) dice que aun en estos casos exceptuados otorgaria la apelacion si fuera juez, especialmente si no se hallaba justificado el crimen con la confesion del delincuente, fuera del de sedicion ó tumulto, siempre que la pronta ejecucion de la pena fuese probablemente necesaria para sosegarle y evitar un trastorno ó un grave mal en la república. Fúndase en que los procesados pudieran ser condenados como malhechores, no siéndolo por ignorancia ó malicia de los jueces inferiores, por culpa ó falsedad de algunos testigos, ó por las intrigas de algun acusador mal intencionado y astuto, cuya maldad pudiera haberse ocultado en la primera instancia, y descubrirse en la segunda. A estas razones añadiré yo que estando prevenido en la ley de la Novísima Recopilacion, arriba inserta, que se puede apelar en *todas y cualesquier causas civiles y criminales*, parece que está con ella derogada la ley de Partida en que se hacen dichas excepciones. Esta sin embargo es una opinion mia que puede ser desacertada; pero aquella expresion en *todas y cualesquier causas civiles y criminales* es tan absoluta que en mi concepto excluye cualquier limitacion.

1 Ley 16. tit. 23. Part. 3.

2 *Pract. crim.* tom. 7. pag. 319.

3. Tambien debe denegarse la apelacion, segun los intérpretes, en los delitos notorios, apoyándose en el derecho romano que no debemos seguir, en el canónico que solo ha de observarse en los tribunales y negocios eclesiásticos, y en una ley de la Recopilacion (1) que solo habla de un caso particular, y aun prueba lo contrario, pues que habiendo hecho el Rey Don Juan el Segundo y otros antecesores suyos merced á algunas personas de los bienes y oficios de otras que habian cometido el enorme crimen de traicion, y asegurando algunas de ellas que estaban inocentes: mandó dicho Rey que pareciesen ante su Real Persona para que se les oyese (aunque sin estrépito ni figura de juicio) para administrarles justicia; porque »nuestra voluntad, añade el Monarca, no es que los tales pierdan sus bienes y oficios sin que primeramente sean oidos y vencidos, y se guarde lo que las leyes de nuestro reino en tal caso mandan." Pruébase pues que aun en este gravísimo delito se admitió sino la apelacion, por lo menos el recurso á su Real Persona que es un equivalente. Por otra parte es muy dificil graduar un delito de notorio, segun se verá en uno de los apéndices que se insertarán despues.

4. Con mayor fundamento deniegan la apelacion los intérpretes en los casos de hermandad, apoyados en una ley de la Novísima (2); pues aunque el señor Gutierrez dice (3) que prueba todo lo contrario, no es asi, como puede verse por las mismas palabras de la ley, que son las siguientes: »Mandamos que agora y de aqui adelante los nuestros jueces y alcaldes de la hermandad conozcan de los crímenes y delitos que son ó fueren casos de hermandad segun la disposicion de nuestras leyes; y que en las causas que asi conocieren y ovieren prevenido y comenzado á conocer, otros jueces algunos nuestros mayores ni menores no se entrometan á conocer ni conozcan de su oficio ni á pedimento de parte por simple querella, *ni por via de apelacion,* nulidad ó presentacion, ni en otra manera alguna; mas que sin embargo de todo ello, y no curando de cualesquier mandamientos é inhibiciones y defendimientos que les sean hechos, los dichos nuestros jueces y alcaldes de hermandad procedan y ejecuten las dichas sentencias y encartamientos segun lo quieren las dichas nuestras leyes."

5. Tampoco se admite la apelacion en el Consejo y en la Sala de señores Alcaldes de Casa y Corte de las providencias, ó sen-

1 Ley 4. tit. 7. lib. 12. Nov. Rec.
2 Ley 8. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec.
3 Tom. 1.° citado, pag. 321. §. 9.

tencias que dan los que conocen por comision que dimana del mismo tribunal, aunque sea caso por su naturaleza apelable; pues no hay mas que una instancia en aquel tribunal, de donde emana la comision (1). Por último no admiten apelacion los casos siguientes. 1.° Las providencias relativas à policía y buen gobierno que se dirigen á purgar los pueblos de gente ociosa, inútil y vagamunda, segun la Real cédula del año 1781: 2.° las providencias que nacen de las obligaciones á que está sujeto el reo, como la de confesar la culpa, prestar juramento para hacer la confesion, sufrir la prision hecha por indicios que contra él resultan, y otras semejantes à estas; pues apelando no debe ser oido (2): 3.° la providencia en que se declara haber procedido con exceso y atentado el juez inferior, ni de la revocacion y reposicion de sus proveidos y operaciones ulteriores (3): 4.° los decretos ó providencias de pago de penas correccionales por los dependientes del foro; el de las prescritas por la ley general ó particular municipal; las de pago de talas, daños y transgresiones de ordenanzas; y las que acuerda el juez superior sobre las consultas que le hace el inferior en casos árduos y graves; pues causan ejecutoria y se cumplen sin embargo de cualquiera recurso (4): 5.° tampoco se admite apelacion al depositario de bienes embargados en causa criminal, ni á cualquiera otro obligado á dar cuenta en causa piadosa de la providencia en que se le manda darla; ni de la denegacion del proceso, no estando hecha publicacion ó ratificados los testigos (5); ni del auto de nombramiento de defensor al reo ausente ó impedido (6): 6.° últimamente no se admiten las apelaciones injustas ó frívolas que se interponen de cualquier auto ó mandamiento (7).

6. Fuera de dichos casos puede interponerse la apelacion en las causas criminales, no solo de las sentencias definitivas, sino tambien de las interlocutorias; cuyos agravios no pueden repararse por aquellas; por ejemplo, el auto en que se deniega la comunicacion de la causa, admision de artículos y pruebas, los de declinatoria de fuero, incompetencia, recusacion &c.

7. El término para apelar de la sentencia criminal, es el mismo que el de la civil. Para introducir la apelacion y alegar agra-

1 Herrer. *Pract. crim.* lib. 2. cap. 7. num. 10.
2 Salg. *de reg.* part. 3. cap. 1, 2 y 3.
3 Salg. allí y en el cap. 12.
4 Villanov. *Materia criminal forense*, observ. 10. §. 7. punt. 3. tom. 2.
5 Ley 23. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.
6 Salg. en el lugar citado.
7 La razon es, porque si se admitieran, los reos dilatarian las causas, y los interesados en ellas las abandonarian por evitar crecidos gastos.

vios ante el superior, tiene el apelante tres dias, si el superior está en la misma poblacion del inferior; si está fuera, pero en la cabeza del partido, nueve dias; y si en las audiencias, consejos y demas tribunales de puertos acuende, quince dias (1). Contra el trascurso de este tiempo dispensa la ley el beneficio de la restitucion si es de sentencia definitiva, mas no si es interlocutoria, á los menores de veinticinco años, al fiscal de su Magestad y á los demas que tengan dicho privilegio (2); pero si el delito no admite apelacion por su naturaleza, ó calidad, tampoco ha lugar la restitucion (3).

8. Apelada la sentencia ha de hacer remesa del reo el juez inferior al superior, si lo pide, y no de otro modo; pero siempre debe hacerla de los autos, especialmente si la sentencia contiene pena corporal, y en tal caso no ha de soltarle de la carcel ni aun con fianzas (4).

9. Una vez entablada la apelacion, aunque sea causa en que el derecho ó la ley lo resistan, acabó en su oficio el juez inferior, y de consiguiente será atentado cuanto obre y juzgue en adelante (5).

10. Aunque la sentencia definitiva no admita apelacion, pueden admitirla las providencias relativas á la sustanciacion de la causa cuyo gravamen sea irreparable (6).

11. Dejándose inapelada la sentencia ante el juez que la dió, pasado el término de la apelacion, puede el agraviado entablarla ante el superior, mediante testimonio de aquella; en cuyo caso se le da despacho de emplazamiento y compulsorio; y si se presenta sin testimonio, se le da únicamente el compulsorio, ó que se lleven los autos para en su vista mandar emplazar á las partes, y asi se practica (7) en virtud del mayor poder ó dignidad de los supremos tribunales.

12. Dejando de apelar el reo, ó consintiendo expresamente la sentencia, pueden sus parientes hacerlo y seguir la causa para vindicar la nota ó injuria que pueda seguírseles de ella; y si la pena fuere de sangre, podrá tambien apelar cualquier extraño, ratificando la gestion el mismo reo en el término de la ley (8).

1 Ley 3. tit 20 lib. 11. Nov. Rec. Herrer. lib. 2. cap. 7. num. 6.
2 *Cur. Filip.* part. 5. §. 1. num. 16.
3 Herrer. en el lug. cit.
4 Salg. part. 3. cap. 4.
5 Gom. lib. 3. *Var.* cap. 13. num. 31.
6 Gom. alli.
7 Herrer. lib. 2. cap. 7. num. 7.
8 Ley 6. tit. 23. Part. 3. Esta ley no expresa dentro de qué término se ha de dar la aprobacion, pero los intérpretes dicen que ha de ser en el prefinido para apelar.

En orden à si muriendo el reo despues de entablada la apelacion, corresponde el seguirla à sus hijos y herederos, estan discordes los autores por falta de resolucion legal.

13. En caso de discordar el juez propietario y acompañado de sus sentencias, se remiten entrambas en consulta al superior correspondiente para que resuelva lo mas justo, y asi se practica (1).

14. Los efectos de la apelacion en causa criminal son los mismos que en la civil; y asi es frecuente admitirla solo en el devolutivo, denegándose en el suspensivo; pero es de advertir que no siempre conviene ejecutar las providencias, cuya apelacion solo se admite en el devolutivo; antes bien se debe esperar la terminacion del recurso; mayormente cuando se trata de pena corporal, ó en materia de entidad é irreparable; pues aunque admitiéndose solo en dicho efecto devolutivo, no puede haber atentado en el juez inferior, respecto á la ejecucion de la providencia apelada, puede sin embargo haber exceso ó injusticia denegando el efecto suspensivo, y de consiguiente atentado en esta denegacion y en la ejecucion misma. Asi que fuera de los casos en que urge el cumplimiento ó en que notoriamente resiste el derecho la apelacion, conviene dilatar la ejecucion esperando las resultas de la mejora, à fin de evitar perjuicios irreparables (2). Tambien es de advertir que en todos los casos en que haya justa razon para dudar si la apelacion es admisible ó no, antes debe admitirse que denegarse en los dos efectos, especialmente en sentencias de pena capital, mutilacion de miembro, y otras de daño irreparable; aunque en estas rara vez se deniega no estando el reo confeso ó debidamente convicto; y aun estándolo, mas bien debe propender el juez à concederla que à denegarla (3).

15. En orden à las súplicas en las causas criminales, parece que debe regir la misma regla que en las apelaciones, esto es, que deben admitirse siempre, à excepcion de los casos expresamente exceptuados en nuestras leyes que son los siguientes. No tiene lugar la súplica de las condenaciones que haga el consejo contra los capitulantes de corregidores (4); ni en las visitas de escribanos (5); ni en las visitas ordinarias que alguno de sus señores ministros haga de los escribanos de Cámara, relatores

1 *Cur. Filip.* part. 1. §. 16.
2 Paz tom. 2. part. 5 cap. unic.
3 *Cur. Filip.* part. 3. §. 17. num. 5. Villad. cap. 3. pag. 91. num. 367.
4 Ley 12. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.
5 Dicha ley 12.

y demas subalternos, no habiendo privacion perpetua, suspension de diez años ó pena corporal (1).

16. Segun el señor Elizondo (2) en la sala del crimen de Granada no se da licencia para suplicar á ningun reo condenado á destierro, en providencia mandada ejecutar y notificada, si aquel se halla en libertad. En la misma chancillería, donde debe guardarse en las visitas de cárceles el mismo orden que en la de Valladolid, se tiene por sentencia lo resuelto, habiendo tres votos conformes; y si hubiese discordia se ha de decidir en la sala del oidor mas antiguo que visitase, sin que tenga lugar la súplica en tales determinaciones.

17. El señor Gutierrez es de dictamen, y á mi parecer con razon, que los promotores fiscales de las justicias inferiores, y los fiscales del crimen en las chancillerías y audiencias, podrán, no contraviniendo á las reglas generales del derecho, apelar ó suplicar de las sentencias pronunciadas aun en las causas criminales en que se prohibe la apelacion ó súplica à los reos, si por ventura, como puede suceder, se les absuelve injustamente, o se les impone menor pena de la establecida; ya por no haber ley que lo prohiba, como tambien por no ser creible que dichos promotores y fiscales sean tan inhumanos que apelen y supliquen sin justas causas, pues que todos tenemos propension mas bien à salvar á los reos que à condenarlos.

18. En las causas criminales no tiene lugar el recurso de segunda suplicacion (3) ni el de injusticia notoria, pues la ley en que este se establece (4) solo se extiende á las causas civiles, segun una Real declaracion (5); para la cual se tuvieron presentes los graves perjuicios que se habian seguido en admitirle en las causas criminales, por dilatarse asi la administracion de justicia, el castigo de los delitos y el ejemplo de los malhechores.

19. Acerca de otros recursos extraordinarios al Soberano en los juicios criminales, copiaré á la letra lo que dice sobre esta materia el señor Elizondo (6), y es como sigue.

20. »Una de las cosas en que mas se interesan el beneficio comun de los pueblos y la tranquilidad de los vasallos, es en ejecutar con celeridad las penas impuestas por las sentencias

1 La misma ley 12.
2 *Pract. univ. for.* tom. 4. pag. 328. num. 10, y 332 num. 2.
3 Ley 3. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
4 Leyes 1, 2 y 3. tit. 23. lib. 11. Nov. Rec.
5 De 14 de noviembre de 1758.
6 *Pract. univ. for.* tom. 5. part. 1. cap. 6 §. 2.

correspondientes á cada delito para castigo de los criminales, consuelo de los ofendidos, ejemplo y terror de los demas miembros de un estado.

21. »Dejamos ya dicho al tratar de los juicios criminales eclesiásticos, que allí debe conocerse del delito, donde se cometió; pero en algunos casos, ó los tribunales superiores del territorio avocan á sí las causas, ó los mismos Soberanos, cuando lo exigen las circunstancias de ellas, como v. gr. en los delitos de lesa Magestad, cuya atrocidad debe ser castigada sin acepcion de personas, manifestándose en la sentencia la obligacion de los súbditos para con el Soberano, y lo que desagradan á Dios semejantes atentados, á que agregamos los crímenes que cometen los ministros de justicia; pues cualquiera falta en estos, como el espejo del público, es siempre grande, y deben castigarse sus delitos de oficio vergonzosamente para infundir horror á los otros.

22. »En nuestra España se hallan hoy los mas de los caminos llenos de foragidos y contrabandistas, que son unos verdaderos *ladrones del erario y del público*, con daño de los vasallos y extrangeros, cuyos crímenes han llegado á hacerse dignos de toda la severidad de las leyes, pudiendo en nuestro dictamen contribuir á exterminarles la formacion de algunas compañías de hombres fuertes en cada provincia, que celen á la seguridad pública, y conduzcan los reos á las cárceles de los tribunales, dotándose á aquellos de los sobrantes de propios, y premiándose sus acciones sobresalientes con eleccion y regla, mediante informes de los gefes bajo cuyas órdenes hagan su servicio.

23. »Si fijamos la consideracion sobre casos extraordinarios juzgados por los reyes, y de que hablan nuestras crónicas, individualizaremos por todos que en el reinado de Don Alonso el Onceno de Castilla, hecho proceso al conde de Osorio por sus delitos, y convencido judicialmente de estos, dió el Rey sentencia por el año de 1328 en Tos de Humos, declarando á aquel por traidor: habiendo en el año de 1329 condenado en pena capital, y confiscado sus bienes á algunos vecinos de Soria que dieron injusta muerte á Garcilaso de la Vega, su consejero privado y merino mayor de Castilla; siguiéndose en el año de 1335 hiciese el propio Rey su juicio contra el alcalde de Iscar, que no le quiso admitir en aquel castillo: y en el propio año, estando su Magestad sobre Lerma, dió su sentencia contra ciertos caballeros, declarándoles traidores por haber entrado en la villa. Despues en el principado de Don

Pedro el Cuarto de Aragon, y en 17 de julio del año 1339, le hizo el Rey de Mallorca homenaje, y reconoció tener en feudo de honor su reino é islas de *Menorca, Ivisa y los condados y tierras de Rosellon, Cerdania, Conflent, Valespir y Colibre;* pero observándose á poco tiempo que habia mandado labrar moneda contra el *usage*, que prohibia en Cataluña no la batiese otro alguno que el Rey; por estos delitos y otros fue citado el de Mallorca para que dentro de veintiseis dias perentorios, que despues se le prorogaron, pareciese en la corte de Aragon à compurgarse de aquellos; en cuya virtud, sustanciado el proceso en rebeldía, pronunció el Rey su sentencia en el palacio Real de Barcelona, viernes 21 dias del mes de febrero de 1342, por la cual declaró que los delitos del Rey de Mallorca eran capitales y dignos de que por ellos le fuesen secuestrados y confiscados sus bienes (1).

24. »Pudiéramos referir infinitos ejemplares de procesos sustanciados y determinados por el Rey sobre crímenes de traicion y otros atrocísimos, de que hablan nuestras historias, asi con respecto á la monarquía de Castilla como á la de Leon, en los tiempos de su division, á la de Navarra y Aragon, que omitimos de intento trascribir.

25. »Volvemos la atencion sobre los juicios criminales, y aunque muchos son los beneficios, que trae la celeridad de los castigos públicos, capaces de poder impedir las revisiones extraordinarias y los recursos à la Real Persona, juzgamos se siguen superiores ventajas de oirse, y dispensarse estos por los Soberanos para no exponer al inocente à la calamidad de una pena la mas grave y sensible, cuales son todas las de muerte, tortura, mutilacion, azotes, infamia y otras, donde parece tienen los Príncipes mas necesidad de dispensar à los oprimidos su proteccion, que en los negocios civiles, facilitando à aquellos una revision, mediante la cual, dándose nuevo mérito al proceso pueda tener lugar un juicio mas consumado, ya revocándose el anterior ò ya disminuyéndose, aunque el condenado se halle sufriendo su castigo, ó en el presidio, ó en el destierro, ó en otro lugar destinado para pena (2).

26. »De la propia manera observamos en la práctica ha tenido à bien su Magestad unas veces mandar se abrevien los términos rituales de ciertos y determinados procesos, sobre que vimos un reciente ejemplar: otras, que se prorroguen ó dilaten

1 Salazar de Mendoza en su *Monarquía de España*, lib. 3. cap. 18.

2 Trentacinq. lib 2. *Var.* tit. *de appellat.* resol. 1. num. 5.

aquellos: otras, que se suspenda el curso de alguna causa hasta nueva resolucion: otras, que se corte el proceso en cualquiera estado de él; y otras, que las salas consulten à su Magestad las sentencias, esperando su soberana aprobacion para ejecutarlas, influyendo en estas gracias las mas de las veces por recurso extraordinario de las partes la cualidad de los delitos; pues si bien es justo se castiguen con rigor los desórdenes, se juzga mas tolerable la indulgencia en aquellos que arrastran à la naturaleza humana, à diferencia de los *homicidas, alevosos, asesinos, suicidas, ladrones cualificados ó famosos contrabandistas*, y otros que merecen un castigo ejemplar por la atrocidad de sus crimenes, para infundir horror à los demas vasallos.

27. »En el tiempo que hace servimos la fiscalía de esta chancilleria, hemos visto repetidos Reales decretos para que las revisiones ordinarias en las causas criminales, sean con las dos salas del crimen y asistencia del señor presidente, habiendo observado, despues de ejecutoriadas, haya tenido el Rey à bien mandar que aquel gefe informe sobre su mérito, advirtiendo nosotros en el dia, que á consecuencia de recurso hecho al señor gobernador del Consejo conde de Campomanes, por el teniente coronel Don Miguel Maldonado, gobernador de Mérida, en la orden de Santiago, contra las sentencias de vista y revista de ambas salas del crimen, en la causa revista por estas de orden del Rey, con asistencia del señor presidente; le pidió el señor gobernador informe, mandando que *en el interin* otra cosa resolviese, suspenda el tribunal la ejecucion de sus sentencias, en cuanto à la exaccion de multas impuestas à aquel gobernador.

28. »Tambien hemos notado en la sala del crimen despues de ejecutoriadas las causas, y aun hallándose los reos satisfaciendo sus condenas en los presidios de Africa, haber su Magestad conmutado las penas de estos, ó modificado el tiempo de aquellas, á virtud de sus recursos extraordinarios hechos à la Real Persona, de que pudiéramos referir muchísimos ejemplares.

29. »Por especialidad únicamente, y en crédito de que el Rey puede confiar la revision extraordinaria de los procesos criminales ejecutoriados, aun despues de mucho tiempo, à otro tribunal distinto de aquel que les juzgó, no podemos menos de manifestar aqui, que habiéndose seguido en la sala del crimen de la audiencia de Aragon proceso sobre injurias, à instancia de Don Alvaro de Ayerbe, vecino de la villa de Tauste, se

determinó y ejecutorió en su favor, verificándose despues de algunos años que por recurso extraordinario del procesado á la Real Persona del señor Don Carlos III, se mandase llevar la causa original á la sala de los señores Alcaldes de Casa y Corte, donde patrocinamos en estrados al Don Alvaro, y que consultase á su Magestad su parecer; lo que asi se ejecutó, y en su virtud se revocaron las sentencias de la sala del crimen de Zaragoza: habiendo à recurso extraordinario de los interesados avocado tres negocios criminales gravísimos de las salas del crimen de Granada despues de ejecutoriados, nombrando su Magestad una junta de ministros que consultó lo que tuvo por conveniente al Rey."

CAPITULO SEXTO.

De la ejecucion de la sentencia.

§. 1. Luego que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, debe ejecutarse á la mayor brevedad.

2. Si es de pena capital, antes de ser puesto el reo en capilla, se le notifica personalmente la sentencia.

3. Puesto el reo en capilla, despues de notificada la sentencia, permanece en aquella tres dias no completos, y ¿con que fin?

4. Pasados los dias que el juez manda esté el reo en capilla, provee otro auto para hacer efectiva la pena, á cuyo fin señala dia y hora, y da mandamiento contra el carcelero para que entregue á los ministros de que ha de ajusticiarse.

5. Diversidad de suplicios, segun la diferente calidad de las personas.

6. Para la conduccion del reo al suplicio puede embargarse la bestia que se necesite.

7. En la sentencia se apercibe bajo la misma pena de la vida, que nadie quite al ajusticiado del patibulo.

8. Orden con que han de ir los reos sentenciados que han de castigarse con diferentes penas.

9 y 10. De las cofradías destinadas á asistir á los reos en la capilla, cuando los llevan al patibulo, y cuando despues de quitar de él los cadáveres les dan sepultura eclesiástica.

11. ¿Que se hará cuando la pena capital haya de ejecutarse en pueblo donde no hay verdugo?

12. Los reos no han de ser ajusticiados en dia de fiesta, ni en lugar secreto, ni de noche.

13. Las sentencias de penas corporales aflictivas, se ejecutan en el lugar de la audiencia de la provincia, ó en el que es designado para ello.

14. Casos en que se suspende la ejecucion de la sentencia de muerte.

15. Ejecucion de la pena de vergüenza pública.

16. ¿Que deberá hacerse con el reo para poner en ejecucion la pena de presidio, minas ó servicio de las armas?

17. A los reos condenados en las penas del párrafo anterior se les descuenta el tiempo que estuvieron detenidos en la carcel por falta de ocasion para conducirlos á su destino.

18. ¿Que se hará cuando la sentencia contiene la circunstancia de que los reos rematados no salgan de sus

destinos sin licencia de su Magestad, ò de la sala que los condenó?

19. Destino que debe darse à los reos condenados al servicio de las armas cuando no tengan la talla correspondiente.

20. ¿Que se harà con los que por achaques, edad ò falta de talla no puedan destinarse al ejército ni à la marina?

21. Es de cargo de la justicia la conduccion del reo à la caja Real de la provincia.

22. No deben dispensarse licencias à los presidiarios antes de cumplir sus condenas.

23 y 24. Cumplimiento que debe darse à las provisiones de las salas del crimen para los referidos destinos de los reos sin el pase ò auxiliatoria del supremo Consejo de la Guerra.

25. ¿Que destino se da à los reos cuando desertan ò quebrantan sus presidios?

26. Ejecucion de la sentencia sobre injurias verbales.

27 hasta el 35. Pràctica que se observa en la ejecucion de la sentencia del pago de penas pecuniarias y confiscaciones.

36. Para realizar dichas penas pecuniarias se da mandamiento contra el depositario de los bienes del reo.

37. El producto de los bienes vendidos del reo se pone en poder del mismo depositario, quien debe pagar las costas y condenaciones que designa la sentencia.

38. ¿Que se ha de observar cuando haya mediado fianza, como la de la haz ó la de estar á derecho y pagar lo juzgado y sentenciado? De los despachos ò títulos de lasto.

39. Casos en que se excusa la formalidad de dichos despachos de lasto.

40. ¿Que se hará en caso de no tener bienes el reo?

41 y 42. Oposiciones y tercerías que suelen atravesarse à la ejecucion de la parte pecuniaria de la sentencia.

43. Aunque por regla general los bienes del padre, viviendo este, no deben pagar las costas y condenaciones pecuniarias por delito del hijo: sin embargo, cuando le tiene asignados alimentos en rentas ò fincas fructíferas, pueden los tribunales superiores, no los inferiores, retener y ocupar parte de estos efectos para cubrir dichas condenas.

44. Los bienes adventicios del hijo en que tiene el usufructo el padre, no se confiscan por delito del primero, aunque los administre de consentimiento del último. Tampoco se confiscan el peculio castrense ni cuasicastrense ni el profecticio.

45. Asimismo no se confisca el usufructo, que es inagenable; pero si la comodidad de èl que puede venderse.

46. Si el delito que causa la con-

fiscacion es cometido por el padre, no se confisca el usufructo de la propiedad advenenticia, si la pena del tal delito es de muerte civil ó natural.

47. Tampoco estan sujetos dichos peculios al pago de costas, y demas aplicaciones pecuniarias.

48. Las costas procesales son preferidas á todo otro pago, y razon por qué.

49. hasta el 53. Otras observaciones relativas á la materia de este capítulo.

1. Luego que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada; ya por no haberse interpuesto apelacion de ella en el tiempo prescrito por la ley, ó porque aun cuando se haya apelado se desampara la apelacion y se declara por desierta; ya por haberla confirmado el superior en la segunda instancia, ó en consulta; ó bien cuando el delito es de tal naturaleza que no admite dicho recurso, debe ejecutarse á la mayor brevedad (1). Sin embargo es de advertir, que aunque en rigor de derecho la apelacion desierta hace exequible la sentencia definitiva, segun costumbre antigua de todos los tribunales, aun cuando tarde el reo apelante en presentar las diligencias de mejora, no se defiere á la desercion; y aunque efectivamente se declare esta, no obstante se oye á aquel en grado por el superior, impidiendo que se ejecute (2).

2. Si la sentencia es de pena capital antes de ser puesto el reo en capilla, se le notifica aquella personalmente por la persona destinada al intento, que en los tribunales superiores suele ser el ministro semanero, asistido del alguacil mayor y escribano de Cámara. Tambien se intiman personalmente al reo todos los demas actos y decretos que contienen pena aflictiva (3).

3. Puesto el reo en capilla despues de notificada la sentencia, permanece regularmente en aquella tres dias no completos: en este tiempo se le suministra el santo Viatico (aunque no la extremauncion, como á los moribundos) (4); y este acto religioso es tan preciso que no practicándose puede el juez eclesiástico impedir con censuras la ejecucion de la sentencia, como tambien cuando el juez seglar no da el término suficiente para este socorro espiritual ó impide su efecto; bien que si el reo no quiere confesarse ó de dilatarse la ejecucion por

1 Ley 5. tit. 27. Par 3.
2 Salg. *de reg.* part. 3. cap. 16. Acev. en la ley 2. tit. 18. lib. 4. Rec. num. 3. y 20. Herrer. lib. 2. cap. 7. num. 6.
3 Herrer. en el lug. cit.
4 *Cur. Filip.* part. 3. §. 17.

esta causa hubiesen de sobrevenir mayores males, se llevará á efecto la sentencia (1). El reo puede otorgar su testamento de los bienes no confiscados: es capaz en este estado de adquirir bienes y herencias, trasmitirlas á sus herederos, y hacer contratos entre vivos (2).

4. Pasados los dias que el juez manda esté el reo en capilla, provee otro auto en que providencia se haga efectiva la ejecucion de la pena, para lo cual señala dia y hora, y da mandamiento contra el carcelero para que entregue á los ministros el que ha de ajusticiarse; previniendo que de la ejecucion se ponga testimonio en autos; lo que asi se cumple por el escribano presenciando el acto para darle con verdad (3).

5. Hay diversidad de suplicios segun la diferente calidad de las personas. Las nobles (aunque la nobleza solo sea personal), condecoradas ó constituidas en dignidad, sufren la pena de garrote ó decapitacion, y van al patíbulo en mula con silla, á diferencia de los plebeyos que van en bestia de albarda y son ahorcados. Cuando el reo es de superior gerarquia ó de mas alta calificacion que el simple noble, se le dispensa la distincion de ir enlutado con capuz grande que arrastre por detras y gorra, llevando la mula gualdrapa de luto, cubierto con él el pescuezo y la cabeza. Tambien se le permite enlutar el cadalso (si el delito no es infamante) y alzar mas el tablado que lo ordinario. Si la pena es de degollacion se corta la cabeza por delante, y tomándola el verdugo en la mano, la enseña á todo el pueblo. Pero si el delito es de traicion, se decapita por detras, esto es, por el cogote, y cortada la cabeza se deja caer á los pies del cadaver.

6. Para la conduccion del reo al suplicio puede embargarse la bestia que se necesite, como no sea yegua de vientre. Y á falta de verdugo, puede compelerse al esclavo ó persona vil, que lo sea, ó un reo de pena capital conmutándosela en este servicio (4).

7. En la sentencia se apercibe que bajo la misma pena de la vida, nadie quite el ajusticiado del patíbulo, y si el delito que á él le condujo es tan atroz, que sea conveniente la permanencia del cadaver en la horca para escarmiento y terror por mas tiempo que el ordinario, suele hacerse, aunque estos casos son muy raros. Tambien suele añadirse á la sentencia en causas de

1 *Cur. Filip.* allí, núm. 13.
2 Ley 1. de Toro, y en ella Gomez.
3 Herrer. lib. 2. cap. 7.
4 *Cur. Filip.* allí, núm. 15.

facinereso, ladron público, traidor y otros que rotan los autores (1), la circunstancia de que dividido en trozos el cadáver, se pongan cuartos de él en los sitios mas señalados de su atrocidad, y la cabeza en el lugar de su domicilio á juicio del tribunal, impidiendo bajo igual pena el quitar dichos miembros de los parages donde se pusieron (2).

8. Siendo diferentes los reos sentenciados que han de castigarse con diferentes penas, el de vergüenza pública va delante en direccion al patíbulo; luego sigue el de azotes, y tras de este el que ha de perder la vida; cuya pena se ha de ejecutar á presencia de los primeros, los que siguiendo la vuelta pública ordinaria, regresan á la cárcel para pasar desde allí á la deportacion á que fueron condenados.

9. Hay varias cofradías destinadas á asistir á los reos de cualquiera clase que sean, ya cuando los llevan al patíbulo, ya cuando despues de quitar de él los cadáveres les dan sepultura eclesiástica. En Madrid tiene este piadoso objeto la Real archicofradía de nuestra Señora de la Caridad del Campo del Rey, situada en la iglesia parroquial de Santa Cruz, y á la puerta de esta iglesia, en el lugar acostumbrado se pone la tablilla, donde se hallan escritas las indulgencias concedidas á los ajusticiados, y á las personas que les asisten y consuelan.

10. Los individuos de la hermandad de nuestra Señora de la Paz, sita en la misma iglesia de Santa Cruz, asisten tambien á los mismos actos en compañía de los otros cofrades, y pasan á la capilla donde está el reo, y le reciben y sientan por hermano de las dos cofradías para el goce de las indulgencias, para cumplir por él las promesas que tuviese hechas, mandar celebrar las misas que pida en los santuarios con quienes tenga particular devocion, implorar su auxilio en tan rigoroso trance, y satisfacer las deudas que deje declaradas, como no sean muy cuantiosas, en cuyo caso se paga parte de ellas. Ademas, los hermanos le visten la túnica de la cofradía con que muere, le suministran la vianda que apetece, y ambas cofradías piden limosna por todo Madrid, para hacer bien por su alma, encargándose las cajas en que se recoge, á los congregantes, cada uno de los cuales va acompañado de un sacerdote, y á la hora de salir el reo concurren con las efigies de Cristo crucificado, yendo desde la cárcel en forma de procesion delante

1 Gom. *Flor.* lib. 3 [illegible] num. 79. 2 Herrer. en el lug. prox. cit. Villad. cap. 3. pag. 90 [illegible]

del reo, y acompañándole hasta el suplicio. Por la noche, precediendo licencia de la Sala, vuelven en procesion las dos cofradías, y luego que el ejecutor de la justicia descuelga de la horca ó quita del cadalso el cadáver, disponen se le amortaje con el hábito de san Francisco, y se le lleva á enterrar con la decencia y aparato fúnebre que suele hacerse con todos los ajusticiados en la iglesia de san Millan, anejo de la parroquial de san Justo (1).

11. Si la ejecucion de las penas hasta aqui referidas, ha de hacerse en lugar donde no hay verdugo, se dirige suplicatoria en forma al tribunal que le tiene, para que se sirva franquearle, y mande remitir el ordinario de ella, ofreciendo el juez suplicante la caucion y seguridad correspondientes.

12. Los reos no han de ser ajusticiados en dia de fiesta, ni en lugar secreto, ni de noche, sino públicamente, á la hora regular de once á doce, y en el sitio señalado ó que se acostumbra (2), á no ser que con justa y fundada causa convenga hacer la justicia dentro de la cárcel ó en otro parage recóndito, lo cual puede hacerse mediante permiso del Soberano, y no de otro modo (3). Los ladrones menores de diez y siete años, suelen ser castigados con azotes dentro de la prision (4).

13. Las sentencias de penas corporales aflictivas, se ejecutan en el lugar de la audiencia de la provincia, ó en el que es designado para ello, como no interese para escarmiento que se cumplan en el del delito (5), segun está señaladamente mandado en los de salteamiento en caminos públicos con muerte ó sin ella, contrabandos (6), traicion y asesinato; cuyas providencias en esta parte se dejan al prudente conocimiento y resolucion de los tribunales superiores, habiendo observado que por lo tocante á la pena de azotes y vergüenza pública, casi siempre decretan la ejecucion en el lugar en que se cometieron.

14. En varios casos se suspende la ejecucion de la sentencia de muerte, y señaladamente en estos. 1.° Cuando se dió contra muger embarazada, aunque la preñez se haya proporcionado con el fin doloso de dilatarla, pues ha de esperarse á que pára; pero luego que esto se verifique, sin respeto alguno á

1 Tambien asisten á los reos que estan en capilla los individuos y señoras de las Reales asociaciones de caridad.
2 Villad. pag 68 num. 105.
3 *Cur. Filip.* part. 3. §. 17.
4 Matth cont. 41. num 1.
5 *Cur. Filip.* lug. cit.
6 *Cur. Filip.* lug. cit. Real cédula de 24 de junio de 1784. Villad. cap. 3. pag. 90. num. 353.

su convalecencia (como se hace en las demas penas corporales que no son de muerte), se procede á la ejecucion sin demora: 2.° cuando es dada contra el obligado á rendir cuentas de administracion de bienes de algun tercero, solicitándolas este de buena fe, y bajo una dilacion de breve término: 3.° cuando el reo condenado es acusador de otro delito grave, cuya causa está pendiente y sin concluir: 4.° cuando el condenado es de un mérito extraordinario en la ciencia ó arte que profesa, de modo que pueda privarse al estado de un grande beneficio si se le quita la vida, en cuyo caso ha de consultarse al Soberano para que se digne conmutarle la pena. Igual consulta ha de hacerse cuando sobreviene un acontecimiento extraordinario, en cuya virtud parezca conveniente suspender la ejecucion, como tambien cuando el último suplicio ha de verificarse en persona de la primera gerarquía, y cesa urgente peligro de alboroto ó escándalo público de dilatarse: cuando se ve que la sentencia fue dada, no con ánimo libre, sino á efecto de cólera ó arrebato (1); y últimamente cuando la causa es de tal gravedad que en ella se interese el bien del estado (2).

15. La vergüenza pública se decreta arbitrariamente de distintos modos: se pasa al reo desnudo por la vuelta, montado en bestia de albarda ó á pie, con coraza, untado el cuerpo con miel y cubierto de plumas, lo que suele hacerse mas comunmente con las alcahuetas: se expone al público con el cuerpo del delito, ó con inscripcion de él, en la tablilla puesta al cuello: ó se le hacen sufrir otros castigos afrentosos, como colgarle astas si es cabron consentido &c.

16. Si la pena es de presidio, minas ó servicio de las armas, se conducen los reos á la caja Real de la provincia, y desde ella al respectivo destino de aquellas. A la conduccion acompaña testimonio de lo sustancial de las causas y de la sentencia á la letra, para ponerlo con el reo á la órden del superintendente de este ramo, exigiendo el conductor recibo ó testimonio de su entrega, á fin de que le sirva de descargo, y que conste en la causa, á que se une desde luego. Este conductor debe ir autorizado con delegacion competente del juez, ó con despacho requisitorio, para que las justicias del tránsito le faciliten cárceles y el auxilio que necesite; pudiendo elegir el juez de ambos medios el que le parezca mas idóneo (3).

1 *Cur. Filip.* §. 17. num. 17 y sig. y cap. 6. num. 28 y sig.
2 Bovad. lib. 2. *Polit.* cap. 21. n.° 97. 3 Herrer. allí, lib. 2. cap. 7. num. 10.

17. A los reos condenados en las penas del párrafo anterior se les descuenta el tiempo que estuvieron detenidos en la cárcel, por falta de ocasion para conducirles á su destino; debiendo por lo mismo acreditarse esta circunstancia en el testimonio que les acompaña (1).

18. Si la sentencia contiene la cualidad de que los reos rematados no salgan de sus destinos sin licencia de su Magestad ó de la sala que los condenó; cumplido el tiempo deben los gefes á cuyo mando estan noticiarlo á dicha sala, con informe que acredite su conducta, para que en su vista determine la libertad o detencion de ellos, segun fuere la enmienda (2).

19. Las mas veces suelen las sentencias de destinados á las armas llevar la cláusula, que si el reo por su talla y circunstancias no fuere apto para la tropa de tierra, sirva en la marina; en cuyo caso el destino debe hacerlo el gefe de dicha Real caja, con quien, con el intendente de provincia ó con el comandante del departamento, se entienden las justicias que les destinan; y lo mismo en el caso que la sentencia no sea de destino especial, sino genérico; como diciendo, por ejemplo, que esté en presidio el reo en uno de los de Africa; siendo de advertir que los aplicados á los batallones de marina, no deben ser reos de delitos feos: han de ser robustos, de estatura de cinco pies, y su edad de diez y ocho á treinta años (3).

20. Los que por achaques, edad ó falta de talla, no puedan aplicarse á la tropa de uno ni de otro servicio, se destinan á obras públicas, hospicios y casas de misericordia, segun su robustez y disposicion, con tal que no sean condenados por delitos denigrativos, sino solo por vagancia (4).

21. Es de cargo de la justicia la conduccion del reo à la caja Real, desde cuya entrega abonan el pan y prest los intendentes de cuenta de la Real Hacienda (5).

22. No deben dispensarse licencias á los presidiarios antes de cumplir sus condenas (6), ni permitirles volver á su patria, aun con licencia temporal (7).

23. Para estos y otros semejantes destinos se cumplimentan las provisiones de las salas del crimen, sin el pase ó auxiliatoria del supremo Consejo de la Guerra.

1 *Real órden comunicada á la sala de Corte de Madrid en 14 de setiembre de 1763.*
2 *Real órden de 9 de setiembre de 1760*
3 *Real órden de 1771 y 6 de diciembre de 1773.*
4 *Otra de 11 de enero de 1784.*
5 *En las mismas Reales órdenes.*
6 *La propia Real órden.*
7 *Real cédula de 11 de setiembre de 1788 y 6 de diciembre de 1787.*

24. Otras semejantes provisiones se cumplimentan del propio modo por los gobernadores de los presidios ó gefes de los reos de efectivo destino, si los tribunales que los destinaron los piden para exigir alguna declaracion ó para algun otro fin interesante del mismo tribunal, guardando en tal deferencia esta distincion. Si el remate á presidio es por cierto tiempo á voluntad de los tribunales originarios, ó con la reserva de no salir sin su licencia, deben cumplir dichos gobernadores las referidas provisiones; pues en este caso existen dichos reos en presidio pendientes de las órdenes y disposicion del propio tribunal; y por lo mismo que esta cualidad y reserva consta en los testimonios que acompañaron su remesa, sin otro requisito ni consulta, han de cumplirse por dichos gefes. Y si son rematados absolutamente resultando nuevas causas para sacarlos del presidio, ó son casos de particulares indultos ó conmutaciones de penas, aunque estas incidencias vengan por la Cámara ó desciendan de la Real Persona, han de comunicarse avisos á la via de la guerra, para que esta ó su Consejo ordene lo conveniente á los citados gobernadores de quienes dependen los rematados (1).

25. Si estos reos desertan ó quebrantan sus presidios, está resuelto en la misma citada Real cédula, se destinen por otro tanto tiempo á Puerto-Rico.

26. En las sentencias de injurias verbales se obliga al reo ó á desdecirse de las palabras denigrativas que profirió en daño del honor ageno; ó bien á honrar al injuriado en el tribunal ú otro lugar público, en presencia del juez, escribano y otros sujetos; y cuando se resiste á hacer lo uno ó lo otro, se le apremia con arreglo á derecho.

27. Tratándose en la ejecucion de la sentencia del pago de penas pecuniarias y confiscaciones, ha de distinguirse para la graduacion de estos créditos, si la imposicion es por razon de multa, ó por resarcimiento de daños é intereses. En este último caso, primeramente se cubre la parte perjudicada, luego el fisco, y últimamente los demas que tengan derecho: y en el primero la parte del fisco goza preferencia á todos los demas (2); anteponiéndose en concurrencia del fisco, parte perjudicada y juez, el pago de costas del proceso.

28. Las deudas contraidas por el reo antes del delito, se cu-

1 *Real cédula de 9 de enero de* 1783. párrafos 32, 33 y 41 de este capítulo.
2 Villad. cap. 5. pag. 177. Véanse los

bren en este concurso primero que las de otro cualquiera acreedor incluso el fisco; mas no las contraidas despues; pero quedan sujetos á esta responsabilidad los bienes enagenados en fraude ó perjuicio de los mismos acreedores (1).

29. Si la pena impuesta al reo y aplicada á la parte se dirige á satisfacer la vindicta pública, es preferido el fisco en este caso compitiendo con aquella; y si por el contrario es aplicada á la misma parte para resarcirle daños, se antepone á aquel como queda dicho (2); siendo de notar que en estos casos son preferentes á todos los gastos hechos en el cultivo, reparacion, conservacion y recaudacion de los mismos bienes y frutos sujetos á este concurso, y por igual motivo las costas hechas en pleitos justos, seguidos en aumento, beneficio ó defensa de los propios efectos (3).

30. Si la pena que se impone tiene relacion á reintegros, restituciones ó resarcimientos debidos al fisco ó cosa del Rey, este pago antecede á todos los demas, compitiendo con algunos acreedores anteriores al delito; aunque no con todos, ni especialmente con los propietarios y de hipoteca expresa (4). El crédito dotal y del fisco corren parejas en el derecho, graduándose primero aquel que este cuando se duda de la anterioridad (5), y su constitucion es anterior al matrimonio; no si es posterior. El delito se reputa en el derecho por cuasicontrato, de modo que delinquiendo cuasi se contrae; y de consiguiente la deuda causada por él, como son las costas, penas y confiscaciones, se prefieren á las obligaciones y contratos ulteriores. Y cuando no son hipotecarios, sino simples y comunes estos contratos, todavía se prefiere el fisco á los demas acreedores antiguos, tratándose de cosa que cayó en comiso ó confiscacion que no sea de todos los bienes, ó parte de ellos, como mitad, tercio ó cuarto, sino de cosa especial ó particular (6).

31. Si los efectos á que aspire el fisco por ser procedentes del reo criminal condenado obran en poder de algun tercero, incumbe á aquel la prueba de su procedencia y pertenencia. Lo contrario sucede existiendo en poder del mismo condenado; pero en caso de prueba igual entre el fisco y su contendedor, se declara la preferencia á favor del primero, aun siendo actor (7).

1 Hermos. en la ley 9. glos. 8 y 9. tit. 3. Part. 5. Ley 3. tit. 20. Part. 7.
2 Salg. *Laberint.* part. 1. cap. 7. num. 3.
3 Carlev. tit. 3. disp. 32. Salg. *Laberint.* part. 3. cap. 9.
4 Villad., Carlev. y Salg. lugares citados.
5 Ley 2. C. *de privil. fisc.*
6 Ley 33. tit. 13. Part. 5.
7 Villad. lug. cit.

32. Las aplicaciones de penas pecuniarias se han de hacer precisamente con esta distincion. Si la pena es arbitraria y no ordinaria, se adjudica la mitad á la Cámara. Si es ordinaria tasada por ley, sin expresar para quien debe ser, pertenece enteramente á ella; y si la ley prescribe su pertenencia, se ha de obedecer exactamente (1). En todo caso, sea de la calidad que fuere la pena, ha de ordenarse en la sentencia la distribucion y aplicacion que haya de hacerse.

33. En la aplicacion de las multas hay mas arbitro; pues suelen regularmente destinarse á gastos de oficio de justicia, á obras públicas ó piadosas, ó para aliciente del denunciador, sin dar porcion alguna en estos casos á la Cámara; aunque tambien he visto en la práctica darse la mitad á esta, y la otra mitad á gastos de justicia. El juez nunca puede tomar, retener ni hacerse parte en ellas, aunque sean multas (2).

34. Las penas de ordenanza, y contravenciones á estatutos municipales, bandos y autos de policia y buen gobierno, se distribuyen del modo que prescribe la Real orden expedida á este fin; y por ella se ordenan las aplicaciones en los estatutos municipales de cada pueblo. En algunos de estos por costumbre ó privilegio, si hay denunciador, se le adjudica la tercera parte; si no le hay la lleva el juez que hace las veces de tal con su procedimiento de oficio, y las otras dos tercias siempre se aplican, una á gastos de justicia (cuyo fondo es regularmente otro de los ramos de propios y arbitrios), y otra al fisco ó Cámara; especialmente en los lugares en donde estas penas son frutos ú obvencion pertenecientes al Rey ó señor territorial (3).

35. La cosa hurtada se restituye á su dueño: las armas aprendidas del reo al juez y alguacil de la aprension; y los vestidos del que padece pena de la vida (no siendo muy preciosos, ni las sortijas ó alhajas cuyo valor exceda de cien ducados) al verdugo, y lo que pasa de dicha suma al fondo de gastos de justicia (4).

36. Para la realizacion de estas penas, multas y costas, se da mandamiento contra el depositario de los bienes del reo, luego que la sentencia resulta ejecutable; y si no hay bienes embargados, se intima á este último las efectúe dentro del término de tres dias, bajo apercibimiento de apremio, que se expide sin detencion en defecto de haberlas pagado.

1 Villad. alli, num. 8.
2 Villad. alli, cap. 5. num. 8 á 18.
3 Villad. alli, §. 12. pag. 177. num. 3.
4 Villad pag. 50. cap. 3. num. 360.

37. El producto de los bienes vendidos se pone en poder del mismo depositario, quien debe pagar las costas y condenaciones que designa la sentencia, con arreglo á la tasacion aprobada que se hace. Esta tasacion se la reserva en si el juez en la sentencia, y se hace por el tasador ordinario en las audiencias, y por el escribano ó el promotor fiscal, segun se ordena y manda en los tribunales subalternos. No desempeñándola el último nombrado, se comunica despues de hecha y antes de aprobarla à él mismo, ó á la parte actora para que digan lo que respectivamente se les ofrezca, y con su audiencia ó rebeldía se procede al decreto correspondiente. Tambien se oye á los reos en este punto, especialmente en el caso de haberse presentado memorial por el actor pidiendo costas personales; y con lo que dicen ó no, pasado el término que se les da, se aprueban en cuanto son de aprobar, y se ejecuta en esta parte, como en las demas que no estuvieren ejecutadas, la sentencia. Si no ocurre peticion de costas personales, ú otro incidente extraordinario, aunque omitiendo el traslado á los reos se apruebe la tasacion, no le quita esta omision la virtud ejecutiva que le dió el auto en que se declaró exequible la sentencia; pero ocurriendo la expresada calidad, no es regular aprobarla, y menos ejecutarla sin audiencia, ó sin haber constituido en rebeldía á aquellos. Usando del traslado los reos, se recibe á prueba el artículo, si el caso lo merece, por un breve término de todos cargos y denegacion de otro; y pasado, se decide con previo y pronto conocimiento (1). Una vez decidido breve y sumariamente, se lleva á efecto si no se hubiere apelado: mas apelándose, se admite la apelacion en un solo efecto, y no obstante tambien se ejecuta, bajo fianzas que da el actor de devolver y reintegrar en caso de revocarse lo proveido por el juez superior (2), no de otro modo.

38. Si hubiere mediado fianza como la de la haz, ó la de estar á derecho y pagar lo juzgado y sentenciado, ha de llevarse á efecto la obligacion en los mismos términos con que se contrajo; observándose en cuanto á la última de las dos citadas fianzas, que el fiador debe inmediatamente hacer efectivas en poder del depositario y á disposicion del juez de la causa las cantidades expresadas en la sentencia y tasacion que sigue á ella; y no verificándolo asi, se dirige el apremio contra él, con prision y venta de bienes. Mas cumpliéndolo, pide, y se le da sin detencion por el juez, título de lasto para repetir contra los

1 Herrer. lib. 2. cap. 7. §. 3. 2 Herrer. en el lug. cit.

bienes del reo, y en su virtud recobrar de él lo que hubiere pagado. Este título se expide en forma de despacho, en el que se interpone la autoridad y decreto judicial. El mismo título ó carta de lasto se da al reo que hubiese satisfecho por sus co reos, en caso de mancomunacion, alguna cantidad de costas ó condenaciones pecuniarias, á fin de igualar el pago segun estuviere prescrito en la sentencia.

39. En muchas ocasiones se excusa la formalidad de los despachos de lasto, especialmente cuando de ellos se ha de usar en el mismo tribunal, y no en otro de jurisdiccion extraña, pues se estila hacer constar el pago en autos, y del mismo acto resulta expedita la accion y virtud ejecutiva. Ultimamente debe observarse que solo en el juez reside, y no en la parte, el derecho de exigir ejecutivamente de los reos las costas, salarios y condenaciones, y el mismo es quien cede y traspasa mediante título de lasto al sugeto que pagó: por tanto, sean virtuales ó expresas las tales cesiones, deben ser autorizadas con dicho decreto para que tengan la debida eficacia.

40. No teniendo el reo bienes con que pagar, ni sugeto que le hubiere fiado, se reservará la cobranza para cuando venga á mejor fortuna; á no ser que la causa sea de actor seguro, que entonces él adelanta las costas procesales, quedándole la accion de recobrarlas de aquel en tal evento (1). Lastado el pago por el actor, se le da tambien igual carta de lasto, en la cual se contienen las referidas acciones reservadas contra los reos condenados.

41. A la ejecucion de la parte pecuniaria de la sentencia suelen atravesarse oposiciones y tercerías de condicion y caracter diferente, unas de propiedad y otras de crédito, las cuales si llegan antes de la sentencia, y vienen justificadas, ó son de facil y pronto despacho, compatible con la urgencia y velocidad de la causa principal, sigue inmediatamente la decision; pero si no es asi, y exigen mas detenido conocimiento, se dilatan y reservan para definitiva y su ejecucion.

42. Las oposiciones dimanadas de propiedad gozan mas distinguido privilegio en todo estado de la causa que las de mero crédito, prefiriéndose á las penas, multas y confiscaciones de toda especie, y aun á las mismas costas procesales, debiendo advertirse aquí que los bienes de la muger no estan obligados por el crimen del marido, ni viceversa, ni los del padre por el

1 Herrer. en el lug. cit.

hijo, ni los de este por el de aquel: y que asimismo los de vínculo ó mayorazgo legítimo estan exentos del pago de deuda que nace de delito (1).

43. Aunque segun lo dicho en el párrafo anterior, los bienes del padre, viviendo este, no deben pagar las costas y penas criminales del hijo, sin embargo en caso de tenerle asignados alimentos en rentas ó fincas fructíferas, y no habiendo otro medio para cubrir semejantes condenaciones, pueden los tribunales supremos, no los inferiores, retener y ocupar parte de estos efectos para cubrirlas paulatinamente (2); asi como lo hacen con los frutos del mayorazgo, con el sucesor alimentista, y con las temporalidades del clérigo (3). En el delito de estupro casi siempre responden los caudales paternos en cuanto á la dotacion de la que perdió su honor por el delito del hijo.

44. Los bienes adventicios del hijo, en que tiene el usufructo el padre, no se confiscan por delito del primero, aunque los administre de consentimiento del último, ó en el usufructo solo tenga este la esperanza, por haberse legado á otro tercero, ó el tal hijo tenga hijos: lo mas que cabe es la confiscacion de la tercera parte de la propiedad de que puede únicamente disponer el hijo en perjuicio del usufructo legal (4). Tampoco se confiscan el peculio castrense ó cuasicastrense; ni el profecticio; aunque la concesion ó constitucion fuese libre y franca con facultad de enagenarle ó disiparle (5); ni tampoco si el delito fuese del propio padre: en suma, ni por el del hijo, ni por el del padre se confisca; bien que se exceptúan aquellos descubiertos á que está obligado el hijo por faltas ó negligencias cometidas en la administracion de justicia, siendo juez, ó estando constituido en otro cargo público; pero no por otro delito, aunque sea el de lesa Magestad.

45. El usufructo de cualesquiera bienes no se confisca porque es inenagenable; pero si la comodidad de él que puede venderse (6).

46. Si el delito que causa la confiscacion es cometido por el padre, no se confisca el usufructo de la propiedad adventicia, si la pena del tal delito induce la muerte civil ó natural; porque en este caso espira aquel, y se consolidan ambos derechos; lo que no será asi permaneciendo el usufructo en su ser, pues en el

1 Ley 49 de Toro, y alli Gom. num. 91 y sig.
2 Herrer. lug. cit. lib. 2. cap. 7. § 3. num. 24. Gom. lug. cit.
3 Herrer. y Gom. lug. cit.
4 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15. *de servitut.*
5 Acev. en la ley 1. tit. 3. lib. 8. Rec.
6 Gom. en el lug. cit.

quedará confiscada la comodidad; como sucede en otro cualquiera (1).

47. Por el mismo fundamento que los bienes y peculio referidos no estan sujetos á la confiscacion; tampoco lo estan al pago de costas, daños y demas aplicaciones pecuniarias. Y asi, siempre que por alguna causa justa no procede aquella, tampoco regularmente estas.

48. Las costas procesales son preferidas á todo otro pago, como que son cantidades conocidas, y no requieren como las demas partidas y acciones mayor examen ni conocimiento de causa.

49. Para conclusion de este capítulo haré las siguientes observaciones: 1.ª en la causa cuya sentencia comprenda reos presentes y ausentes, el suspender la ejecucion de las penas respectivas á estos, no impide el efecto de la de aquellos; debiéndose tener cuidado de asentar en el libro de acuerdo los autos en que se declara pasado el año y dia de las sentencias pronunciadas en las de ausencia y rebeldía de aquellos (2).

50. La sentencia del reo ausente, ó la dada en rebeldía suya, no puede ejecutarse siendo de pena corporal aun despues de vencido dicho año, si se presenta y quiere ser oido; pero si la pena no es corporal, debe ejecutarse aunque se presente, si se ha pasado dicho tiempo, como tambien en el caso de no querer presentarse.

51. La ejecucion de la sentencia de causa que pasó al superior en consulta, toca al juez que la dió; no obstante el primero puede retenerla y mandar ejecutarla.

52. A la sentencia y su ejecucion pueden oponerse ciertas nulidades que impidan enteramente su efecto, y si el vicio es grave, notorio y sustancial, podrá oponerse en todo tiempo, aun despues de dadas tres sentencias conformes. Entre todas las nulidades ó excepciones que pueden impedir la ejecucion, ninguna es mas eficaz que la falsedad resultante de los autos ó de los testigos corrompidos ó sobornados (3).

53. Estando el reo sujeto á la satisfaccion de diferentes delitos tratados en un propio juicio, ó ante diversos jueces, primero se ejecutan en él las penas corporales menores, para que las mayores puedan tener efecto, especialmente en el caso que con ellas haya de acabar la vida. Si las causas distintas penden ante

1 Gom. alli

2 *Auto de la sala de Corte de 17 de junio de 1663.*

3 Carlev tit. 2. disp. 6. num. 29.

varios jueces, ambos caminan de acuerdo en esta parte, conduciéndose de modo, que verificado el castigo del delito menos grave, quede el reo á la disposicion del otro juez, para hacer en él la debida justicia, y que uno y otro queden satisfechos (1). Mas si las causas se tratan en un propio tribunal, todas corren bajo una misma cuerda; y de consiguiente, en el fallo definitivo se ordena la ejecucion, conciliándola precisamente bajo las indicadas reglas. Y aunque puede suceder que un mismo reo sea juzgado por distintos jueces á un tiempo, rara vez sucede ser inconexos é independientes los crímenes, de modo que no deban acumularse.

1 Carlev. id. num. 12.

APÉNDICE PRIMERO.

Advertencias generales que deben tener presentes los jueces y escribanos para proceder con acierto en la sustanciacion de las causas criminales.

Asi como en los capítulos donde traté de los delitos y las penas, me pareció conveniente recapitular en unas breves reglas ó máximas generales lo mas sustancial de aquella doctrina para que sirviesen de recuerdo; del propio modo tengo por util en este primer apéndice reunir en pocas reglas aquellas especies mas notables que se han tocado tratando de la sustanciacion de las causas criminales, como hizo el señor Posadilla en el tomo 1.º de su *Práctica criminal*, á quien sigo en este punto, aunque variando asi las ideas como el lenguage en donde lo he creido necesario para la debida claridad y exactitud; como tambien suprimiendo algunas que no me han parecido arregladas, y sustituyendo otras.

Regla 1.ª En toda causa criminal se debe procurar la averiguacion del delito, del delincuente, y del ofendido ú agraviado; bien que la de este último no es tan esencial como la de los primeros, pues sin ella puede verificarse el castigo.

2.ª Todos los delitos se justifican por dos testigos de excepcion, á no ser alguno en que expresamente el legislador exija para su castigo alguna otra circunstancia ademas de la declaracion de los testigos, como en el uso de armas prohibidas. A falta de testigos presenciales, los delitos que tienen cuerpo (cuales son los cometidos contra las leyes y preceptos negativos), se justifican por medio de sus circunstancias ó accidentes que los acompañan.

3.ª Las circunstancias que acompañan ó suelen acompañar á los delitos, como son, tiempo, lugar, efectos y señales, instrumentos y materia en que se cometen, han de procurar averiguarse con la claridad posible para la justificacion del delito y delincuente, ó para excepcion del inocente que por casualidad se halla indiciado. De estas circunstancias se habló con extension en los capítulos 1.º y 2.º, título 3.º del presente tratado.

4.ª Por grave que sea la causa no se puede prender á ninguno como no resulte contra él alguna de estas tres cosas, por lo menos: 1.ª declaracion de un testigo: 2.ª indicios fundados ó presunciones legales: 3.ª difamacion que tenga los requisitos ex-

presados en el párrafo 4.°, capítulo 3.° de dicho título 3.° No obstante en casos graves y cuando se tema fuga, aun cuando no haya tan fundado motivo como los expresados para prender á un sugeto, se le podrá arrestar en calidad de detenido.

5.ª Las prisiones deben hacerse con la mayor cautela y sigilo, separando á los reos que se prendan de las iglesias ó lugares inmunes; siendo conveniente que el escribano ponga fe de no haber tocado el reo en sitio ni lugar sagrado.

6.ª Siendo el objeto principal del juicio la averiguacion de la verdad, debe ponerse en las declaraciones de los testigos todo lo que digan asi en contra de los reos, como en favor, sin alterar sus expresiones; y si los términos de que usaren no fueren inteligibles ó de uso en el lugar del juicio, se pondrá el mismo término con que se exprese el testigo, y entre paréntesis el usual y equivalente de aquella tierra, v. gr. dice el testigo *rapaz*, y se añade entre paréntesis (esto es, muchacho).

7.ª Han de evacuarse todas las citas que resultan, pues hasta haberlo hecho asi, no está concluida la sumaria.

8.ª Para averiguar la verdad en la sumaria se han de examinar cuantos testigos puedan dar razon de lo que desea saberse, aun cuando no sean idóneos, pues luego el reo pondrá á su tiempo las debidas excepciones contra estos; y aunque despues sean repelidos para hacer prueba legal, sin embargo sus dichos en el estado del sumario pueden conducir á la averiguacion de la verdad. Si el testigo fuere menor de catorce años se le preguntará si confiesa y comulga, y si sabe que el jurar mintiendo es pecado, y en el caso de no tener la instruccion necesaria de doctrina cristiana, no por eso dejará de examinársele sobre lo que sepa, pero sin preceder juramento; pues á veces dan luz sus noticias para rastrear los delincuentes.

9.ª El testigo que sin justa causa se niega á declarar, puede ser apremiado; pero si responde, de ningun modo se le apremiará para que diga otra cosa, aunque esté contrario á otro testigo, en cuyo caso solo se hará el careo, no en la carcel, y si en libertad de los careados. Resultando de los autos haber depuesto ó negado falsamente algun testigo, se le deberá prender, no para que se retracte, sino para castigarle como reo de perjurio.

10. Si algun testigo está para ausentarse, sin esperanzas de que vuelva, ó se halla gravemente enfermo, en cualquier estado de la causa se le debe ratificar con citacion de los reos: lo mismo debe hacerse con el herido si está de peligro, en cuyo caso se le ha de tomar la declaracion sin pérdida de tiempo, y sin

molestarle con preguntas impertinentes: siendo las que deben hacérsele las siguientes: quién le hirió, si conoce al sugeto, qué señas tiene, y en caso de no conocerle, quién presume haya sido, por qué causa le hirió, en qué hora y sitio, y con qué instrumento.

11. En todos los autos, declaraciones, confesiones y diligencias, por regla general se ha de poner el dia, mes y año en que se ejecutan. Ademas deben foliarse todos los autos, dejando correspondientes márgenes para notar los autos y diligencias; y que lo escrito no quede entre las puntadas del proceso.

12. En las causas graves debe darse cuenta al tribunal superior del distrito por mano de su fiscal del crimen, sin sobreseer en los procedimientos judiciales.

13. El papel en que deben actuarse las sumarias es el que se llama de oficio, debiendo satisfacerse su importe de gastos de justicia con calidad de reintegro, si los reos tuvieren bienes y fueren condenados en costas. Esta condenacion es absolutamente necesaria para hacer pagar al procesado los gastos de oficio, pues no vale decir que resulta reo, y solo la sentencia es la que declara y condena. Por consiguiente antes de ella no pueden venderse bienes del procesado para dichos gastos, aunque sí para mantenerle y defenderse. Los curiales tienen obligacion de actuar sin derechos, y los gastos de justicia, papel, propios, requisitorias &c. se hacen con calidad de reintegro, en el caso de condenarse al procesado, y si este tuviere de que pagar.

14. En las requisitorias que se despachen se ha de insertar la justificacion del delito y del delincuente á quien se manda prender, bastando las declaraciones de los dos principales testigos, ó los indicios fundados que contra él resulten; ni se han de entregar los autos originales, aunque los pida el juez requerido, sin asesorarse.

15. Aunque es obligacion de los jueces castigar los escándalos y pecados públicos, como se les previene en el capitulo 4.° de la *Instruccion de corregidores;* han de proceder sin embargo con gran prudencia y tiento, especialmente sobre amancebamiento de muger casada, por las funestas consecuencias que pueden seguirse. Sobre todo es necesario que el amancebamiento sea público con escándalo, y que hayan precedido correcciones secretas y apercibimientos. Si alguna persona eclesiástica estuviese amancebada con escándalo, el juez secular deberá hacer informacion sumaria de nudo hecho, y dar cuenta al juez competente del eclesiástico delincuente para que provea de reme-

dio; y si este no lo hiciere, entonces el juez secular lo pondrá en noticia del señor presidente ó gobernador del Consejo para que tome la providencia conveniente.

16. Si hubiere de reconocerse algun cadaver, y fuere preciso para ello desenterrarle, debe precede la licencia del juez eclesiástico.

17. En las confesiones han de hacerse los cargos con veracidad, esto es, sin añadir circunstancias ó calidad que no resulte probada.

18. No resultando haberse cometido el delito con la concurrencia de cómplices, no podrá extenderse el cargo á este punto.

19. Siendo confusos ó ambiguos los cargos, podrá el reo negarlos rotundamente, como tambien las reconvenciones que no se deduzcan de las preguntas confesadas.

20. El juez es responsable de los perjurios que cometa el reo, cuando no guarda en la confesion el orden prescrito por derecho.

21. El reo no puede pedir al juez dilacion alguna para deliberar sobre lo que ha de responder á las preguntas.

22. Concluida la confesion ha de leerse al reo, y si se ratifica en lo confesado, la firmará, si sabe, juntamente con el juez.

APÉNDICE SEGUNDO.

Del asilo, ó inmunidad local.

§. 1. ¿Que se entiende por asilo?
2. Orígen del asilo.
3. Disposiciones de los códigos Teodosiano y de Justiniano acerca de esta materia.
4. Idem del Fuero Juzgo.
5. Idem de las leyes de Partida.
6. Disposiciones conciliares acerca de este punto.
7. El abuso que hicieron los malvados del asilo, puso à nuestros Soberanos en la necesidad de suplicar à los sumos Pontífices exceptuasen del privilegio del asilo alguna clase de delitos, y le redujesen à determinadas iglesias en cada ciudad: Bula del señor Clemente XIV, reduciendo el asilo à una ó dos iglesias cuando mas en cada ciudad segun su poblacion.
8. ¿Quienes son los reos que no gozan de la inmunidad?
9. Tampoco corresponde el asilo al reo à quien es dado por prision el mismo lugar sagrado à que se ampara.
10. Es problemático si gozará ó no del asilo el preso à quien se permite ir à la iglesia à misa ú otro acto religioso bajo caucion juratoria, y se refugia à ella.
11. Tambien es dudoso el caso en que el preso se retrae à la iglesia huyendo de la justicia, mediante violencia cometida por él ó por otros que arrojadamente le favorecen.
12. Precaucion que debe tomarse para obviar estos casos.
13. Otra duda grave es si à los clérigos, religiosos y otras personas que gozan del fuero eclesiástico, les compete la inmunidad local por sus delitos.
14. Retrayéndose el delincuente por dos delitos, uno de los cuales goza de asilo, y el otro no, se le extrae y castiga sin reparo por el uno, y se le deja inmune por el otro.
15. Cuando el reo desampara espontáneamente la iglesia, pierde su asilo, y puede ser aprisionado distando de ella treinta pasos, ó lo que esté regulado por la costumbre.
16 hasta el 29. Real cédula de 11 de noviembre de 1800, en que se prescriben las reglas por la extraccion de reos refugiados à sagrado, formacion y determinacion de sus causas.
30. ¿Que deberán hacer los eclesiásticos cuando los jueces seculares violaren los sagrados derechos de la inmunidad local?
31. Otra especie de asilo distinta

de la anterior, que es el que concede en su territorio un soberano extrangero á los delincuentes de este pais.

Formulario de extraccion de un reo.

1. Por asilo se entiende el derecho que tienen ciertos delincuentes que se refugian en la iglesia para estar bajo el amparo de ella, y hacerse acreedores por el beneficio de la inmunidad á una pena mas moderada.

2. En cuanto al origen del asilo, el señor Gutierrez (1), trata este asunto con mucha erudicion recorriendo diversas épocas de la historia antigua y moderna, y haciendo ver cuan infundadamente se ha opinado que fuese de derecho divino el indulto de moderacion de las penas por respetos de la Divinidad y de sus venerables templos. Yo no entraré en estos pormenores mas propios de la historia que del presente tratado; y asi, contrayéndome á los tiempos del cristianismo, diré con brevedad lo que considere oportuno para instruccion de los escribanos y legistas jóvenes, siendo mi principal objeto explicar la práctica corriente en el dia acerca de los delincuentes que gozan de la inmunidad y lugares á que está concedida, añadiendo el formulario del proceso de extraccion de un reo refugiado á sagrado, que es lo mas util en mi juicio, y lo mas adecuado al fin de esta obra.

3. Los escritores de mejor nota conjeturan que el Emperador Constantino instituyó este derecho en honor y reverencia de las iglesias, que hizo erigir públicamente como un testimonio auténtico de su piedad é inclinacion á los cristianos (2). Pero sea lo que quiera de esto, no puede dudarse que los Emperadores romanos dispusieron del derecho de asilo en un tono legislativo, como se ve por los códigos de aquella jurisprudencia. En el Teodosiano, lib. 9. tit. 45, hay cinco leyes, las cuales suponen ya establecido el asilo, pues le amplian, modifican ó interpretan segun exigian las circunstancias. En el codigo de Justiniano tambien se hallan vestigios de la autoridad imperial sobre esta materia, como puede verse en el lib. 1. tit. 12. compuesto de ocho leyes, siendo la mas famosa la constitucion del Emperador Leon, en que concede á los deudores públicos y privados la inmunidad que les habia negado Arcadio y Teodo-

1 *Práctica criminal*, tom. 1. pag. 179 y sig.

2 Covarr. *Máximas sobre recurso de fuerza*, pag. 35, edicion de Madrid, año de 1788.

sio, dando reglas y reservando al juicio imperial la decision de los artículos y dudas que se suscitasen.

4. El Fuero Juzgo comprende varias leyes en materia de asilos, en las cuales se ven reglados sus límites, concedida ó negada la inmunidad del sagrado, y sus legisladores disponiendo como árbitros en este punto. Leovigildo, Chindasvinto y otros reyes godos promulgaron sus leyes de la humanidad local.

5. Las leyes de Partida son tan terminantes, que ellas solas bastan para acreditar la soberanía con que disponian nuestros reyes sobre esta materia de inmunidad. La rúbrica ó proemio del título 11, Partida 1.ª, dice así: »Privillejos et grandes franquezas han las iglesias de los emperadores et de los reyes et de los otros señores de las tierras, et esto fue muy con razon, que las cosas de Dios hobiesen mayor honra que las de los homes. Et por ende pues que en el título ante deste diximos como deben ser fechas las eglesias, et en que manera las deben refacer cuando menester fuere, et otro sí como las consagran; conviene decir en este de las franquezas et de los privillejos que han tambien ellas, como sus cementerios, et mostrar primeramente que quiere decir privillejo; et en cuales casos los han las eglesias et á cuales homes puede la eglesia amparar." &c.

6. Pero nadie comprendió mejor el verdadero espíritu y origen de la inmunidad local, que las disposiciones conciliares relativas á este punto, las cuales en nada usurpan el derecho de los Príncipes, y vinieron á contestar con una sencilla é ingenua confesion que el asilo dependia de la potestad temporal. Los concilios toledanos son un testimonio irrefragable de esto, como puede verse por el canon 12 del VI, convocado por el Rey Chintila año 638, por el canon final del IV, el VIII y precedentes del V, celebrados á solicitud de Sisenando y Chintila en los años 633 y 636; el séptimo concilio en tiempo del Rey Chindasvinto año de 646, y el concilio 12 año de 681. A mediados del siglo IV, el concilio de Sárdica, presidido por el célebre español Osio, determinó que por los refugiados á la iglesia intercediesen con el Príncipe los obispos, para alcanzarles misericordia. Tambien prueba lo mismo la memorable legacion que á nombre del concilio africano se pasó al Emperador Arcadio, para que se volviese á conceder el asilo á los refugiados al templo, á quienes se lo habia revocado á instancia y persuasion de Eutropio. Otros muchos testimonios pudieran alegarse en fa-

vor de esta regalía de los soberanos, si fuesen necesarias mayores pruebas.

7. En otros tiempos tuvo demasiada extension el asilo; pero llegó á tal extremo el abuso de los hombres malvados, que en confianza de este beneficio se determinaban á cometer los mas execrables delitos, que nuestros soberanos se vieron en la necesidad de suplicar á los Sumos Pontífices en diversos tiempos, que exceptuasen del privilegio del asilo algunas clases de delitos, y que le redujesen á determinadas iglesias en cada poblacion. Asi se verificó por varias bulas pontificias, siendo la mas notable la del señor Clemente XIV, que redujo los lugares ó iglesias que pudiesen servir de asilo á una ó dos cuando mas en cada ciudad segun su poblacion, y á eleccion de los ordinarios. Mas sin embargo de esta reduccion de iglesias, cuyo refugio á ellas liberta de la pena capital y corporal, no por eso se puede sacar de las otras iglesias á los que se refugiaren á ellas sin el debido acatamiento al templo, y permiso del juez ordinario, precediendo de parte de la justicia Real, el pasarle un oficio rogándole que permita la extraccion (1).

8. No gozan del asilo ó inmunidad local ciertos reos que han cometido alguno de aquellos delitos que por su atrocidad merecen todo el rigor de las leyes, y son los siguientes. 1.° Los incendiarios, y los que les dan auxilio ó consejo, y con dolo incendian cosa sagrada, religiosa, profana, campos, edificios ó ganados. 2.° Los que hurtan ó con fuerza se llevan hombres, y los retienen violenta y dolosamente para que se rediman con dinero; y los que sacan por cartas ú otros medios violentos dinero ú otra cosa, amenazando matar ó poner fuego. 3.° Los que componen, venden ó dan veneno con ánimo de matar, aunque no se siga el efecto. 4.° Los asesinos, esto es, el que se alquila ó concierta para matar, y el que manda hacerlo por paga, como tambien los que á ello concurren de hecho, ó por consejo, aunque no se verifique la muerte, como se llegue á acto próximo, asi como el herir. 5.° Los salteadores de caminos públicos ó vecinales, aunque no hieran ó dañen á persona alguna. 6.° Los salteadores nocturnos de casas, que por cualquier medio ó instrumento entran en la de otro, llevándose de ella ó de algun edificio para guardar, cosa por la cual merezca pena de muerte. 7.° Los que con simulado nombre de la autoridad pú-

1 Breve del Nuncio expedido por comision y con facultad del señor Benedicto XIV, con fecha en Madrid á 20 de junio de 1748, publicado nuevamente en 27 de diciembre de 1766.

blica entran de noche en las casas, y hurtan de ellas ó violentan las mugeres honestas. 8.° Los que adulteran las escrituras, cédulas, cartas, libros ú otros escritos de las mesas y bancos públicos; y los que hacen falsas libranzas, órdenes ó mandamientos para sacar el dinero puesto allí en fondo. 9.° Los mercaderes que quiebran fraudulentamente. 10. Los encargados de las exacciones fiscales ó pertenecientes al fisco, que cometen ó admiten fraudes ó hurtos en los caudales recibidos y que tienen á su cargo, cuando el hecho merece pena ordinaria: lo mismo el tesorero ó ministro público, y el ministro y empleado en los montes públicos, en cuya fe se confian alhajas, prendas, dinero y otros efectos, y cometen ó admiten igual hurto, que merece legítima pena: y esto se entiende tambien por el mismo derecho con los depositarios que guardan el dinero y fondos pertenecientes á las universidades. 11. Los reos de lesa Magestad, y los que hacen injuria personal á los ministros que tienen jurisdiccion del Rey. 12. Los que extraen ó mandan extraer por fuerza los reos del asilo. 13. Los que en lugares de asilo cometen homicidios, mutilaciones de miembros ú otros delitos que se castigan con pena de sangre ó galeras; y los que yéndose del asilo son trasladados á otra iglesia de autoridad del obispo, y delinquen de nuevo. Y finalmente, son excluidos del asilo los destructores y robadores de los campos, los hereges, los que falsifican letras apostólicas, los homicidas de caso pensado y premeditado, y los reos de moneda falsa (1).

9. No compete el asilo al reo, à quien es dado por prision el mismo lugar sagrado à que se ampara (2).

10. Es problemático si gozará ó no del asilo el preso à quien se permite ir à la iglesia à misa, ú á otro acto religioso, bajo caucion juratoria, y se refugia à ella. Algunos autores tienen por mas seguro que pidiendo relajacion del juramento, no debe ser extraido (3).

11. Tambien es dudoso el caso en que el preso se retrae à la iglesia huyendo de las manos de la justicia, mediante violencia cometida por él, ó por otros que arrojadamente le favorecen; ó si fue con rompimiento ú extraccion de la carcel; ó en el acto de llevarle à ajusticiar. Mas la opinion afirmativa se tie-

1 Ley 4 tit. 4. lib. 4. Nov. Rec y sus notas Breve del señor Clemente XIV de 12 de setiembre de 1772. Encíclica del señor Benedicto XIV de 20 de febrero de 1751. Leyes 4 y 5. tit. 11. Part. 1. Socueba *de asilos*, cap. 2.

2 *Cur Filip.* part 3. § 12.

3 Guacin. *de defen.* defen. 1.

ne por mas válida, pues se funda en que la iglesia usa de su derecho amparando al que libre y voluntariamente busca su asilo (1).

12. Para obviar estos acasos y encuentros, debe tomarse la precaucion de separar los reos de los lugares inmunes à que pueden retraerse cuando son conducidos de unos à otros.

13. Otra duda grave es si à los clérigos, religiosos y personas que gozan del fuero eclesiástico, les compete la inmunidad local por sus delitos. Y parece mas probable la afirmativa, aunque sujeta à varias limitaciones que notan los autores (2). Pero es de advertir, que aun en el caso que no les competa, nunca puede hacerse la extraccion por el juez secular, y menos imponer el castigo à que sean acreedores.

14. Retrayéndose el delincuente por dos delitos, uno de los cuales goza de asilo, y el otro no, se le extrae y castiga sin reparo por el uno, y se le deja inmune por el otro (3).

15. Aunque el reo refugiado á la iglesia no puede ser extraido de ella ni cogido en la misma contra su voluntad, desamparándola libre y espontáneamente, sin que medien ruegos, promesas, amenazas ó seducciones de parte del juez; en el instante que la deja (4), distando de ella treinta pasos ó los que regule la costumbre (5), pierde su asilo, y puede ser aprisionado.

16. En Real cédula de 11 de noviembre de 1800 (que es la ley 6. tit. 4. lib. 1. Nov. Rec.) se prescriben las reglas para la extaccion de reos refugiados à sagrado, formacion y determinacion de sus causas, cuyos artículos son los siguientes: »Cualquiera persona de ambos sexos, sea del estado y condicion que fuere, que se refugiase à sagrado, se extraerá inmediatamente con noticia del rector, párroco ó prelado eclesiástico por el juez Real, bajo la competente caucion (por escrito ó de palabra à arbitrio del retirado) de no ofenderle en su vida y miembros; se le pondrá en carcel segura, y se le mantendrá à su costa, si tuviese bienes; y en caso de no tenerlos, de los caudales del público ó de mi Real hacienda, à falta de unos y otros; de modo que no le falte el alimento preciso.

17. »Sin dilacion se procederá à la competente averiguacion del motivo ó causa del retraimiento, y si resultase que es le-

1 Ferrar. verb. *immunitas*. Cor'iad. decis. 82 y sig.
2 Pignat. tom. 5. consult 2.
3 Bobad. *de jure ecclesiast*. lib. 2. cap. 3 num. 134.
4 Ferrar lug. cit.
5 Pignat. consult. 25.

ve ó caso voluntario, se le corregirá arbitraria y prudentemente, y se le pondrá en libertad, con el apercibimiento que gradúe oportuno el juez respectivo.

18. »Si resultase delito ó exceso que constituya al refugiado acreedor á sufrir pena corporal, se le hará el correspondiente sumario; y evacuada su confesion con las citas que resulten, en el término preciso de tres dias, cuando no haya motivo urgente que lo dilate, se remitirán los autos á la Real audiencia ó chancillería del territorio.

19. »En las audiencias se pasará el sumario al dictamen fiscal, y con lo que opine y resulte de lo actuado, se providenciará sin demora, segun la calidad de los casos.

20. »Si del sumario resulta que el delito cometido no es de los exceptuados, ó que la prueba no puede bastar para que el reo pierda la inmunidad, se le destinará por providencia y cierto tiempo, que nunca pase de diez años, á presidio, arsenales (sin ampliacion al trabajo de las bombas), bajeles, trabajos públicos, servicio de las armas ó destierro; ó se multará ó corregirá arbitrariamente segun las circunstancias del delincuente, y calidad del exceso cometido; y reteniendo los autos, se darán las órdenes correspondientes para la ejecucion; que no se suspenderá por motivo alguno; y hecha saber la condenacion á los reos, si suplicaren de ella, se les cirá conforme á derecho.

21. »Cuando el delito sea atroz de los que por derecho no deben los reos gozar de la inmunidad local, habiendo pruebas subsistentes, devolverán los autos por el tribunal al juez inferior, para que con copia autorizada de la culpa que resulte, y oficio en papel simple, pida sin perjuicio de la prosecucion de la causa al juez eclesiástico de su destrito, la consignacion formal y llana entrega, sin caucion de la persona del reo ó reos, pasando al mismo tiempo acordada al prelado territorial para que facilite el pronto despacho.

22. »El juez eclesiástico, en vista solo de la referida copia de culpa que le remite el juez seglar, proveerá si ha ó no lugar la consignacion y entrega del reo, y le avisará inmediatamente de su determinacion con oficio.

23. »Provista la consignacion del delincuente, se efectuará la entrega formal dentro de veinticuatro horas; y siempre que en el discurso del juicio desvanezca las pruebas ó indicios que resultan contra él, ó disminuya la gravedad del delito, se procederá á la absolucion ó al destino que corresponda.

24. »Verificada la consignacion del reo procederá el juez en

los autos, como si el reo hubiera sido aprendido fuera del sagrado; y sustanciada la causa, y determinada segun justicia, se ejecutará la sentencia con arreglo à las leyes.

25. »Si el juez eclesiástico en vista de lo actuado por el secular, denegase la consignacion y entrega del reo, ó procediese à formacion de instancia ú otra operacion irregular, se dará cuenta por el inferior al tribunal respectivo, con remision de los autos y demas documentos correspondientes para la introduccion del recurso de fuerza, de que se harán cargo mis fiscales en todas las causas, para lo que el juez pasará los autos á la audiencia ó chancillería del territorio, y esta se los devolverá finalizando el recurso; y en tal caso el tribunal en donde se ha de ventilar la fuerza, librará la ordinaria acostumbrada para que el juez eclesiástico remita igualmente sus autos citadas las partes, ó que pase el notario à hacer relacion de ellos, segun el estilo que en su razon se halle introducido en los demas recursos de aquella clase, à fin de que con inteligencia de todo se pueda determinar lo mas arreglado, sin que se deba excusar à ello el eclesiástico con pretexto alguno.

26. »Decidido sin demora el recurso de fuerza, y haciéndola el eclesiástico, se devolverán los autos al juez inferior, y este procederá con arreglo à lo dicho en el párrafo 24; pero no haciéndola en lo sustancial, providenciará desde luego el tribunal el destino competente del reo ó reos, conforme á lo proveido en el párrafo 20.

27. »Cuando el reo refugiado sea eclesiástico y conserve su fuero, se hará la extraccion y el encarcelamiento por su juez competente, y procederá en la causa con arreglo á justicia, auxiliándosele por el brazo seglar en todo lo que necesite y pida.

28. »En los casos dudosos estarán siempre los tribunales por la correccion y pronto destino de los reos; sin embarazarse ni empeñarse en sostener sus dictamenes, antes bien deberán prestarse todos à los medios y arbitrios que faciliten el justo fin que me he propuesto en esta determinacion, à que principalmente me induce la debida atencion à la humanidad, quietud pública, y remedio de tantos males como se han experimentado hasta ahora con irreverencia del santuario.

29. »Por lo que respecta à los reinos de Aragon y Valencia y principado de Cataluña, se observará por ahora la práctica que rige respecto à los militares, dejando para otro tiempo tratar de uniformarlos con el de Castilla, si se creyere conveniente." Hasta aqui las disposiciones de la Real cédula.

30. Si los jueces seculares violaren los sagrados derechos de la inmunidad local, deberán los eclesiásticos hacerlo presente al Consejo en derechura, ó por conducto de los fiscales, para que se provea de remedio, y se dé à la iglesia ofendida la correspondiente satisfaccion; y no haciéndolo asi aquel supremo tribunal, al mismo Soberano por la via reservada del despacho de Gracia y Justicia; pues los eclesiásticos no han de propasarse à publicar censuras, ni à prender ó mandar comparecer à los magistrados Reales; porque semejantes hechos escandalizan à los pueblos, ofenden la soberanía, y son muy perjudiciales à la administracion de justicia (1).

31. Hay otra especie de asilo, aunque muy distinta de la anterior, y es el que concede en su territorio un soberano extrangero à los delincuentes de otro pais, sobre lo cual debe estarse à los respectivos tratados que tengan hechos entre sí los gobiernos en orden à este punto; siendo de advertir que debiera desterrarse en todas las naciones el pernicioso abuso de consentir en su suelo los homicidas, ladrones y otros reos de semejantes delitos infamatorios, pues en la persecucion de ellos se interesa el bien de toda sociedad bien ordenada.

FORMULARIO DEL PROCESO DE EXTRACCION DE UN REO QUE SE REFUGIÓ Á SAGRADO.

En el lugar de T., à tantos de tal mes y año, siendo tal hora, el señor Don N., juez ordinario en él, ante mí el presente escribano, dijo: que habiéndosele dado noticia à tal hora de este dia, que se habia dado muerte violenta à un hombre, y que el agresor de ella se ha refugiado en tal iglesia, habiéndose su merced, por ante mi el escribano, certificado de ser cierta una y otra noticia, y ser este retraimiento con la voz comun suficiente indicio de que habrá sido el agresor, y fundamento bastante para su prision, mandaba y mandó que se le arrestase, y que para poderlo verificar, y à efecto de evitar su fuga, se pongan guardias disimuladas en las calles ó salidas de dicha iglesia; pero fuera del lugar sagrado, y en los demas sitios por donde pueda huirse, quienes no impidan el que le lleven la comida (2) y ves-

1 Real cédula de 19 de noviembre de 1771. Elizond *Pract. univ. for.* tom. 4. pag 437 num. 31.

2 Constitucion del señor Benedicto XIV. que empieza *Offic i nostri ratio*, parrafo 14, fecha 15 de marzo de 1750, traducida en la coleccion de bulas de dicho Pontífice, tom. 3. fol 23, impresas en Madrid, año de 1791 Ferraris *Biblioteca canónica*, verbo *Immunitas ecclesiastica*, num 28, ex cap. *de naivit*, 35 quæst. 4. causa 17.

tido, ni el que salga á exonerar el vientre fuera de la iglesia, pero en el distrito de los límites del sagrado; y en caso de hallarle fuera de él le arresten y conduzcan á la carcel Real, y entreguen á su alcaide para que le custodie y tenga en seguridad; y para poderle extraer de la iglesia con los requisitos que previenen las bulas y breves apostólicos y concordatos hechos entre la Santa Sede y su Magestad, se pase oficio inmediatamente al señor juez eclesiástico, si le hubiese en el pueblo, ó sino le hay, al cura párroco ó prelado que sea de dicha iglesia, y en caso de ausencia á su teniente, para que en cumplimiento de las bulas apostólicas entregue dicho hombre refugiado á su merced, y en su nombre á sus ministros, á fin de que le conduzcan á la carcel por via de depósito y seguridad, bajo de la caucion que su merced está pronto á dar, y acompañará á este oficio con arreglo á las mismas bulas; para todo lo cual está pronto á concurrir con sus ministros á entregarse de dicho hombre refugiado para proceder á las demas diligencias correspondientes á la administracion de justicia. Asi lo proveyó, mandó y firmó su merced ante mí y testigos N., N. y N., de que doy fe. Don N., juez=N., escribano.

CAUCION DE UN JUEZ REAL DE RESTITUIR UN REO Á LA IGLESIA.

En el lugar de T., en el dia tantos de tal mes y año, el señor Don N., juez ordinario de este lugar, de su propia voluntad, y precedido el juramento que hizo á una señal de cruz en forma de derecho, ante mí y testigos infrascritos, dijo: que en cumplimiento de su auto anterior prometia y se obligaba por sí y sus sucesores que conozcan de esta causa, á que restituirá á la iglesia á N., refugiado actualmente en ella, libre de todas prisiones, como ahora lo está, en el caso de que se declare que debe gozar de la inmunidad, ó en el de que el refugiado, en el progreso de esta causa y en sus defensas elida y desvanezca los indicios de culpado en ella que contra él resultan hasta ahora por su refugio al asilo del templo, y los que en adelante resultasen del proceso; que le mantendrá en la carcel en calidad de detenido y depositado á nombre de la iglesia; que no le molestará con mas prisiones que aquellas que sean precisas para evitar su fuga y verificar su seguridad, ni le impondrá pena alguna hasta que esté decidido este incidente de inmunidad, lo que cumplirá asi él como sus sucesores, bajo las penas de excomunion reservadas á su Santidad contenidas en las constituciones apostólicas *Alias-Nos y officii nostri ratio* de los Sumos Pontifices

Clemente XII y Benedicto XIV, y últimos concordatos hechos entre la Santa Sede y su Magestad sobre la extraccion de los reos refugiados á sagrado. Asi lo dijo, ofreció y firmó estando presentes N., N. y N., de que doy fe.=N., escribano.

OFICIO AL JUEZ ECLESIÁSTICO Ó AL CURA PÁRROCO Ó SU TENIENTE, SINO ESTUVIESE AQUEL EN EL PUEBLO.

Habiéndoseme dado noticia de que en este lugar se habia dado muerte violenta à un hombre, y que en tal iglesia se halla refugiado otro, por lo que se presumia ser el agresor de dicha muerte, he procedido à certificarme de uno y otro, y he hallado ser cierta la noticia que se me ha comunicado, y para evitar la fuga del presunto reo, he dado las providencias provisionales convenientes.

En cumplimiento de las bulas y breves apostólicos y últimos concordatos hechos entre la Santa Sede y su Magestad sobre esta materia que V. tendrá presentes, he otorgado la caucion correspondiente que previenen los mismos de restituirle à la iglesia siempre que se declare conforme à derecho, que no es caso de los que le privan del asilo, ó elida las presunciones que contra él resultan y resultasen en adelante, cuya causion acompaña à este oficio, y en cumplimiento de las expresadas bulas con que à V. modestamente requiero, le ruego y espero que para que yo pueda practicar las demas diligencias correspondientes à administrar justicia en esta causa, se sirva diputar persona eclesiástica que me entregue ó à mis ministros la persona que se halla refugiada en dicha iglesia, para cuya extraccion darán el auxilio que sea necesario, como está concordado entre la Santa Sede y su Magestad Católica. Dios guarde &c.

AUTO.

En vista del oficio y caucion que por parte del señor juez Real ordinario se ha presentado á su merced, dijo: que daba y dió comision á Don N., presbítero (1), para que acompañado de N., notario de este tribunal, extraiga con el menor estrépito y debido acatamiento de la iglesia donde está refugiado N., mediante haberse dado la competente caucion de seguridad con

1 La extraccion de un reo de la iglesia la ha de hacer el juez eclesiástico ú otro eclesiástico comisionado, requerido por el juez seglar, y la del clérigo por el juez eclesiástico de oficio, *Bula Alias Nos.* §. 709.

arreglo à las bulas pontificias, interin se declara si debe ó no gozar de la inmunidad de la iglesia à que se ha acogido, cuya extraccion y entrega à la justicia Real ordinaria se haga fuera de las puertas de la iglesia; y en caso de resistirse el refugiado à salir de ella, se auxilie de la justicia Real, y le extraiga como va dicho con el menor estrépito que sea posible, por reverencia al templo. Dese testimonio al refugiado para que haga constar en la causa haber tomado iglesia, y pueda usar de él segun en su defensa le convenga, y por este su auto asi lo proveyó, mandó y firmó su merced en el lugar de T., à tantos de tal mes y año. Don N., juez eclesiástico.=Ante mí, N.

Hecha la entrega con estas ritualidades, se conduce el reo à la carcel Real siendo lego; pero siendo eclesiástico se pondrá en la eclesiástica, si fuese segura, y no siéndolo se le conducirá à la carcel Real à nombre de la iglesia.

Despues se procede à la averiguacion del motivo del retraimiento, à la formacion del sumario en caso de que el refugiado sea acreedor á sufrir la pena corporal, y à lo demas que se expresa en los capítulos de la Real cédula arriba insertos.

MÉTODO DE INTRODUCIR EL RECURSO DE FUERZA SOBRE QUE EL REO DEBE Ó NO GOZAR DEL PRIVILEGIO DEL SAGRADO.

N., en nombre y en virtud del poder que con la solemnidad debida presento y juro de Don N., juez Real ordinario en el lugar de N., ante V. A por el recurso de fuerza en conocer y proceder, ó por aquel que sea más conforme á la disposicion de derecho, parezco y digo: que en el dia tantos de tal mes y año se dió noticia à mi principal de que en el mismo dia se habia dado muerte violenta y alevosa à un hombre en tal sitio, y que otro hombre se habia refugiado inmediatamente à tal iglesia, una de las señaladas por el ordinario para asilo; y habiendo pasado al sitio que le señalaron halló ser cierto, y por su inspeccion y la informacion que inmediatamente recibió, resultó haber sido muerto à puñaladas, ó de un tiro de escopeta ó pistola; y habiendo pasado á la iglesia halló efectivamente en ella un hombre que dijeron ser N., y que habia sido el agresor; el cual resistió el salir de dicha iglesia, de que se infirió que la tomaba por sagrado, por lo que mandó dicho juez poner guardas fuera de la iglesia y á las puertas de ella, sin tocar los límites del sagrado, à quienes mandó que si aquel hombre llamado N., salia de los límites de ella, lo arrestasen y condujesen a la car-

cel Real. Inmediatamente pasó oficio al cura párroco de dicha iglesia, pues no hay juez eclesiástico en el lugar, por el cual le rogó y exhortó á que en virtud y cumplimiento de las bulas y breves apostólicos y concordatos hechos entre la Santa Sede y su Magestad, concurriese á la extraccion de dicho hombre de la iglesia, por indiciado de agresor de una muerte violenta y alevosa; que estaba pronto á dar la caucion juratoria de no molestarle con prisiones mas que las precisas para su seguridad, y de tenerle arrestado á nombre de la iglesia, y como consignado por esta interin que por juez competente se decide el artículo de si debe gozar ó no del privilegio de inmunidad: ejecutóse asi, y remitidos los testimonios necesarios, ha declarado el juez eclesiástico por su sentencia dada en tal dia, mes y año, y por lo que resulta del testimonio remitido, declaraba que dicho N. debia gozar del privilegio del asilo, y en su consecuencia mandó que mi parte le restituya al sagrado de donde fue extraido, y está procediendo contra ella con censuras para que lo cumpla; y mediante que la muerte fue proditoria, segun resulta del proceso, cuyo delito es uno de los exceptuados y exclidos por las expresadas bulas y breves apostólicos, del privilegio de la inmunidad de la iglesia, es manifiesto que dicho juez eclesiástico comete notoria fuerza en su declaracion y modo de ejecutarla; y usando mi principal del remedio prescrito por derecho y leyes del reino para alzarlas:

A V. A. suplico, que habiendo por presentado el poder, se sirva mandar se libre la Real provision correspondiente para que dicho juez eclesiástico se abstenga de conocer y proceder en la expresada causa, y reponiendo todo lo que hubiere obrado, y alzando cualesquiera censuras que haya impuesto, remita dentro de un breve término al juzgado Real ordinario que mi parte ejerce, los autos, y no le impida el conocimiento y prosecucion de dicha causa libremente; ó que excusándose à hacerlo asi por algun motivo que contemple justo, remita todos los autos originales obrados sobre esta inmunidad á este superior tribunal, para que en su vista, y en uso de la Real proteccion, se declare que dicho juez eclesiastico hace fuerza, y que en el entre tanto absuelva y alce las censuras que haya impuesto á cualesquiera de los que han actuado en esta causa por el tiempo que fuere del agrado de V. A., cuyo Real auxilio imploro, por ser conforme á justicia, que es la que pido, juro y protesto lo necesario &c.

En vista de esta peticion provee el tribunal superior del distrito el decreto siguiente.

Despáchese la ordinaria como se pide, y el juez eclesiástico alce las censuras que haya impuesto por esta causa por el término de cuarenta dias.

Se libra la provision ordinaria en que se manda al juez eclesiástico que si N. es lego, y el negocio pertenece á la Real jurisdiccion seglar, inhiba de su conocimiento y remita los autos à la justicia seglar que pueda y deba conocer de él, para que haga justicia á las partes; y teniendo causa para no hacerlo asi, dentro de tantos dias envie el proceso original al tribunal superior para que vea si le pertenece el conocimiento de la causa ó no; lo cual cumpla, so pena de las temporalidades y extrañamiento de estos reinos, y se le encarga y ruega que por término de cuarenta dias absuelva á los excomulgados, y alce las censuras ó entredichos que por esta causa hubiere fulminado, y que el notario ante quien han pasado los autos, los envie al tribunal, y se cite á las partes interesadas, porque si se omite se decreta que no viene en estado.

Nota. Si el juez eclesiástico, de quien se interpone el recurso de fuerza, tiene el juzgado en el mismo pueblo donde está el tribunal Real superior del distrito, se manda al notario que vaya á hacer relacion de los autos, y esto es lo que se practica en el Consejo, chancillerías y audiencias.

Estos autos se pasan al señor fiscal à quien corresponde en el tribunal superior, para que si conceptúa que hace fuerza, defienda la jurisdiccion Real, sin perjuicio de que la parte agraviada defienda su derecho, y de que el juez eclesiástico nombre abogado que exponga en el tribunal el motivo de su proceder.

Si el señor fiscal conceptúa, por lo que resulta del proceso, que el juez eclesiástico no hace fuerza en conocer y proceder, ni en el modo con que conoce y procede, pone su respuesta diciendo *el fiscal lo ha visto.*

Ejecutado esto, se pasan los autos al relator, quien hace relacion de ellos, y el tribunal determina si hace ó no fuerza el eclesiástico, con lo que se concluye este expediente, que no tiene apelacion ni súplica.

APÉNDICE TERCERO.

De los indultos y de las visitas generales de cárceles en las tres pascuas del año, y de las particulares en los sábados de cada semana.

§. 1. La facultad de perdonar ó indultar á los reos es una prerogativa propia del Soberano.

2. Los indultos son ó generales ó particulares.

3. Real cédula que se expide por la Cámara cuando se decretan los indultos.

4. Si la Real cédula no hiciere mencion de los delitos que por un concepto comun de derecho se juzgan excluidos, deberán tenerse por tales los que allí se expresan.

5. No se extienden los indultos á los delitos futuros ni á los que sean casos de hermandad.

6. Indulto que se concede al reo de graves delitos que aprehende y presenta á la justicia los ladrones famosos y salteadores de caminos.

7. Otro caso particular en que se concede por necesidad el indulto á ciertas personas.

8. La Cámara puede disponer sin consulta los perdones de muerte, remisiones de galeras y otras penas; reservándose sin embargo su Magestad para que se le consulte las causas muy graves.

9. Al reo anteriormente indultado no le alcanza el nuevo indulto, á no ser que en este se exprese lo contrario.

10. En los delitos en que hay parte interesada no há lugar el indulto, sin que preceda la remision de esta, bien que en orden á la pena é interes perteneciente al fisco y denunciador puede verificarse el perdon.

11. En el indulto se comprenden no solo los reos presos, sino los sentenciados ó rematados á presidio; sin embargo, por una ley se manda que no se indulte á ninguno que fuere condenado á galeras.

12. No gozan del indulto los reos ausentes, rebeldes y fugitivos que no se presentan á solicitarle en el término competente que se les señala.

13. En algunas de estas gracias suele prevenirse que los jueces inferiores consulten con la sala del crimen de su distrito las causas de indulto.

14. La declaracion del indulto borra la nota de infamia, y condona al reo la pena corporal y pecuniaria si

llega antes de ser sentenciado; pero viniendo despues de la sentencia no se liberta de dicha nota, y ademas queda obligado á satisfacer las consideraciones pecuniarias que no sean aplicadas al fisco ó denunciador, á no ser que en la Real cédula se exprese lo contrario.

15. Los indultos nunca se extienden á las penas é intereses pertenecientes á la parte ofendida por razon de resarcimiento de daños y perjuicios, á menos que el Soberano, por alguna justa causa, remita tambien el derecho de la parte agraviada.

16. Motivos especiales que puede haber para que su Magestad se digne conceder indulto particular á algun reo.

17 hasta el 21. Indulto particular que hace su Magestad todos los años el viernes santo, perdonando à dos reos de la carcel de Corte, y uno de cada capital del reino en donde hay chancillería ó audiencia.

22 hasta el 42. De las visitas generales de cárceles en que se da libertad ó se amplía la carcelería á los que alli se expresan. Ceremonial que se observa en dichas visitas.

43 hasta el 56. Visitas ordinarias que se hacen en el sábado de cada semana. Ceremonial que se observa en ellas, y efectos que producen.

57 hasta el 60. Casos en que no tiene facultad la visita para soltar ni sentenciar.

1. Entre las grandes prerogativas y atribuciones de que goza un Soberano, ninguna es mas noble y grata que la facultad de perdonar usando de su Real clemencia. Sin embargo, como el castigo de los delincuentes interesa tanto al bien del Estado, no suelen usar de ellos los Monarcas sino cuando á ello les mueve alguna causa poderosa ó motivo grande de celebridad pública. Esta regalía es tan antigua en los Soberanos de España, que ya se hace mencion de ella en el Fuero Juzgo, como se puede ver por una ley de Chindasvinto (1), en la cual se habla de los perdones ó indultos, como de una cosa puesta ya en uso anteriormente (2).

2. Los indultos que conceden nuestros Soberanos son generales ó particulares; y aquellos ya son para toda clase de reos, fuera de los exceptuados de la gracia, ya para cierta clase,

1 Es la 7 tit. 1. lib. 6.

2 En este capítulo solo se trata de los indultos ó perdones públicos, mas no de los privados, ó sea de las partes agraviadas; pues acerca de esto se dijo lo bastante en los párrafos 1, 2 y 3 del capítulo 1.° de este título.

como para los contrabandistas, desertores &c. Para la concesion de los indultos generales interviene siempre causa justa ó motivo plausible, como son entre otros, el triunfo de una batalla muy señalada é importante, la exaltacion del Soberano al trono, el matrimonio del Rey ó Príncipe heredero, y el nacimiento de este.

3. Cuando se decretan los indultos, se practica expedir por la Cámara la correspondiente Real cédula, que pasa original al señor presidente ó gobernador del Consejo, quien nombra á continuacion de aquella dos señores ministros del Consejo y Cámara para examinar y declarar los reos que deben gozar del indulto: el ministro mas antiguo pasa al gobernador de la sala el oficio siguiente: »Para cumplir con la comision de indulto general, hemos de concurrir el ilustrísimo señor Don N. y yo á la sala de alcaldes el dia tantos á la salida del Consejo. Participolo á V. S. para que se sirva disponer lo conveniente, á fin de que por este motivo no se detenga el despacho ordinario de la sala, y de que se den todas las providencias acostumbradas. Dios guarde &c." El dia señalado concurren los dos señores ministros á la sala, donde les estan esperando para recibirles los cuatro alcaldes mas modernos y el fiscal en toga; y luego que entren los ministros, sin quitarse las capas, toman los principales asientos. El ministro mas antiguo entrega la cédula original de indulto al escribano de gobierno de la sala para que la publique, y leida á la letra, sube con ella á los estrados, la toma dicho ministro, la pone sobre su cabeza, pone la Real firma, y la da á su compañero, quien hace lo mismo, y la devuelve al escribano de gobierno para que se archive en su escribanía. Entonces, formado el tribunal con los expresados ministros, alcaldes y fiscal, hacen relacion los relatores y escribanos que hubiesen actuado en las causas, de cualquiera jurisdiccion que sean, y ofreciéndose en alguna de aquellas duda notable acerca de estar ó no comprendida en la gracia, ó habiendo discordia, se observa pasar una relacion con un breve extracto del proceso á manos del señor gobernador del Consejo. La misma visita se repite varias mañanas hasta que se finaliza, precediendo dar el ministro mas antiguo el dia anterior el correspondiente aviso por medio de un papel ó carta al escribano de gobierno de la sala.

4. Si la Real cédula de indulto no hiciere mencion de los delitos que por un concepto comun de derecho se juzgan excluidos, se tienen por no comprendidos en la expresion general; y

son regularmente los que siguen: el de lesa Magestad divina ó humana; el de blasfemia; el de moneda falsa; el de incendio malicioso; el de extraccion de cosas prohibidas del reino; el comercio contra pragmáticas y bandos: el atentado de sacar la espada para herir ó matar en los lugares en donde estan las audiencias y tribunales superiores; ó en los palacios Reales; la usurpacion ó destruccion de los montes, árboles, yerbas y pastos del patrimonio público; el de hurto, cohecho y baratería; el de resistencia á la justicia; el de falsedad; el de mala versacion de la Real Hacienda; el de desafío; el de extraccion de cosas prohibidas á potencias que estan en guerra con la nuestra; el de dar de bofetadas, especialmente á sacerdote, noble, justicia, ministro ó dependiente de ella, no perdonando esta injuria la parte que la padeció; el de alevosía; el de homicidio de sacerdote, y el que no haya sido casual ó en propia y justa defensa (1); con la particularidad que el homicidio con dicho sacrilegio queda excluido el indulto, aun perdonándolo la parte interesada (2).

5. Tampoco se extienden los indultos á los delitos futuros ni á los que sean casos de hermandad, á menos que se diga expresamente en las cartas que place al Soberano gocen los culpados del perdon, aunque hayan cometido el dicho caso ó casos de hermandad (3); y por último es de notar que no mencionándose personas en el indulto, se consideran comprendidas todas, excepto las que hayan cometido alguno de los delitos expresados en el párrafo anterior, si no se le indulta particularmente.

6. Por la ley 7. tit. 18. lib. 12. Nov. Rec. se concede señalado indulto al reo de graves delitos, que aprende y presenta à la justicia los ladrones famosos y salteadores de caminos; y por la Real cédula de 21 de setiembre de 1776, se dispensa el favor al reo presentado por los parientes, de que no se le imponen penas afrentosas.

7. Hay otro caso particular en que el Soberano se ve precisado à remitir ó perdonar el castigo debido; y es cuando todo un pueblo ò gran número de individuos le comete; pues en este caso exige el bien público que solo se castiguen con todo el rigor de la ley á los que fueron cabezas y reos principales, y que se suspenda su severidad respecto á los demas, para no causar un

1 Math en el lug. cit. Acevel. en el tit. 18. lib. 6. Rec. Giurba consil. 81. Larrea decis. 25 y 90. Elizond. *Pract. univ. for.* tom. 6. part. 2. cap. 14. num. 14, 15, 16 y 17.

2 Crespi observ. 5. num. 19 y sig.

3 Ley 5. tit. 42. lib. 12. Nov. Rec.

perjuicio notable à la poblacion ni de consiguiente à la agricultura, artes y comercio, como tambien para evitar un derramamiento de sangre que ofreceria un horroroso espectáculo.

8. Segun la ley 2. cap. 2. tit. 4. lib. 4. Nov. Rec. la Cámara puede disponer sin consulta los perdones de muerte, remisiones de galeras y otras penas corporales, y algunas veces las pecuniarias aplicadas á la Real Cámara y destierros; pero reservándose su Magestad para que se le consulte las causas muy graves de perdones de muerte y remisiones de penas corporales, y las pecuniarias por ser de Real Hacienda. Las diligencias que deben practicarse en la solicitud de algun indulto de los que concede la Cámara en uso de sus facultades, son las siguientes. Se presenta al Soberano un memorial, en el que por la secretaría de Cámara, llamada vulgarmente de *estampilla*, se pone este decreto: fecha en Madrid ó en tal sitio, tantos de tantos. Al gobernador del Consejo. Este lo lleva á la Cámara, y el secretario de ella pone en él otro decreto que dice: Cámara, tantos de tantos. Tráigase la culpa original. Asi decretado el memorial, se entrega regularmente al interesado ó su procurador, el cual le presenta en la Sala de alcaldes con un pedimento, donde se hace una corta relacion de la causa, y se pide el cumplimiento de lo resuelto por la Cámara, ó pase de los autos orignales. Dase cuenta en la Sala á donde corresponde, y decreta se ponga con los antecedentes, y que pase al fiscal, quien responde, ó bien contradiciendo el indulto, ó bien que no se le ofrece reparo en su concesion; y dada cuenta otra vez en la Sala, acuerda se pase la causa á la Cámara con certificacion á la letra del memorial, de los decretos de su Magestad, Cámara y Sala, y de la respuesta fiscal, porque el original se queda en la Sala, sustituyendo á la causa que ha de llevar en persona el escribano de Cámara en donde regularmente se da cuenta por relator. Si se concede el indulto, se queda alli archivada la causa, y denegándose se devuelve á la Sala con oficio del secretario para el señor gobernador de ella.

9. Al reo anteriormente indultado por cualquiera crimen, no le alcanza el nuevo indulto, porque el haberlo sido antes acredita reincidencia ó costumbre frecuente de delinquir, á no ser que en la misma gracia se salve esta excepcion (1), esto es, que se haga en la segunda gracia mencion de la primera.

10. En los indultos se expresa no entenderse perdonados

1 Ley 2. tit. 42. lib. 12. Nov. Rec.

los delitos en que hay parte interesada, sin que preceda la remision de esta, aunque la causa sea de oficio; bien que en todo caso, aunque no medie el expreso perdon, tendrá lugar el indulto por lo respectivo á la pena é intereses pertenecientes al fisco y denunciador (1).

11. En estas mismas cédulas de indulto se dice ordinariamente que se extienden no solo à los reos presos, sino tambien á los sentenciados, à los destinados á presidios ó arsenales, y à los que estuvieren en camino para cumplir sus condenas, como puede verse por los indultos que se han concedido en diversas épocas. Sin embargo por la ley 6. tit. 42. lib. 12. Nov. Rec., se manda que no se pueda indultar ni indulte à ninguno que fuere condenado à galeras, porque esta pena segun dicha ley no se puede remitir ni indultar.

12. No gozan del indulto los reos ausentes, rebeldes y fugitivos que no se presentan à solicitarle en el término competente que se les señala; y pueden hacerlo, ya en el tribunal en que pendiere la causa del delito, ó en otro cualquiera, siendo de cargo de aquel en que se verificó la presentacion, dar cuenta al otro legitimo, para que disponga de la persona del reo que se le ha presentado.

13. En algunas de estas gracias suele prevenirse, que los jueces inferiores consulten con la Sala del crimen de su distrito las causas de indulto; en cuyo caso no podrán sin pena excusarlo; y aun soy de sentir que tampoco deben omitirlo en aquellos negocios que á la sentencia va aneja esta calidad, antes de la ejecucion; porque el indulto es de tanta fuerza como el fallo definitivo absolutorio; en términos que una vez conseguido ya no puede tratarse de aquel delito, ni procederse jamas contra el reo indultado (2). Estas consultas pueden dirigirse por uno de estos dos medios, ó recurriendo á la superioridad luego que se solicita el indulto, ú oyendo la peticion con dictamen del promotor fiscal (si le hubiere) para fallarla, sujetando la decision al superior, con esta reserva, que se entienda no tener efecto hasta ver si este se conforma.

14. La declaracion del indulto borra la nota de infamia y condona al reo la pena corporal y la de sus bienes, si llega antes de ser sentenciado el delito que se indulta; mas viniendo despues de la sentencia, no se liberta de dicha nota, y ademas queda obligado à satisfacer las condenaciones pecuniarias que

1 Larrea decis. 26. num. 10 y sig. 2 Antunez *de donation.* lib. 2. cap. 18.

no sean aplicadas al fisco ó denunciador; á no ser que en la Real cédula se prevenga expresamente lo contrario (1): siendo muy digno de notar, que los indultos nunca se extienden á las penas é intereses pertenecientes à la parte ofendida, por razon de resarcimiento de daños y perjuicios, ni tampoco á las costas y gastos judiciales (2).

15. Exceptúanse de esta regla aquellos casos en que el Príncipe en uso de su soberana autoridad, y atendiendo à alguna causa justa, no solo puede remitir y remite la pena correspondiente al delito, sino tambien el derecho de la parte agraviada. Lo mismo sucede cuando esta última condesciende en el perdon, ó ella misma perdona (3).

16. Puede haber algun motivo especial para que su Magestad se digne indultar particularmente à algun reo; como por su extraordinaria habilidad en alguna ciencia ó arte, servicios hechos por el mismo à favor del reino y de la patria &c. A esta gracia precede regularmente un conocimiento instructivo de la Cámara, con audiencia previa del fiscal, y à su efecto siguen provisiones acordadas para hacer la declaracion del indulto y reintegro efectivo de los honores que habia perdido el reo por su delito. Tambien es regalía del Soberano restituir á la persona despojada é inhábil, la nobleza que la justicia ó la ley le quitaron y habilitar para el servicio de algun empleo al que antes por sus hechos culpables estaba excluido (4).

17. Habiendo tratado de los indultos generales, paso á hablar del particular que hace su Magestad todos los años el dia de viernes santo, perdonando á dos reos de la cárcel de Corte, y uno de cada capital del reino, donde haya chancillería ó audiencia. Para la concesion de este indulto anual, escribe el secretario de Cámara á los presidentes de las chancillerías de Valladolid y Granada, y á los regentes de las audiencias del reino, al principio de cada año una carta del tenor siguiente.

18. «La Cámara ha acordado que esa chancillería (*ó audiencia*) pase á mis manos para los indultos del viernes santo de este año una causa original con su correspondiente extracto que sea de reo de homicidio, sin interesado por una parte que pida, ni por otra asesinato, robo ú otro de aquellos crímenes feos y enormes, indignos de perdon por sus circunstancias, y en cuyo castigo se interesa sumamente el público. Por lo tanto

1 Ley 1 y 2. tit. 31. Part. 7.
2 Villad. cap. 3. num. 357.
3 Matth. *de regim. regni Valent.* cap. 2. §. 1. num. 111.
4 Ripoll *de regalib.* cap. 23. Pequera decis. 39.

dispondrá V. S. remitírmela á la mayor brevedad para darle en tiempo oportuno el debido curso, avisándome del recibo de esta. Madrid &c.

19. El señor presidente (ó regente) pasa esta carta orden á la Sala del crimen, quien manda traer para su inspeccion las circunstancias que se requieren para que su Magestad pueda conceder el indulto, y la que elige se extracta por el relator, y se envia original con el extracto al secretario de la Cámara. Este da cuenta de todas las causas que han remitido las chancillerías y audiencias, y los señores de la Cámara remiten con ellos à su Magestad su dictámen sobre si los delitos son ó no merecedores del indulto, por medio de la secretaría del despacho universal de Gracia y Justicia. Y el dia de viernes santo dos capellanes de honor sin sobrepellices, aunque con manteos y bonetes, llevan en una bandeja con los memoriales de los reos capaces de experimentar la Real clemencia, segun el parecer de la Cámara, todas las dichas causas atadas con listones de color carmesí, en demostracion de la sangre que derramaron en los homicidios que cometieron, y de la que habian de derramar si se ejecutára la pena merecida; y al tiempo de adorar su Magestad la santa Cruz, pone su Real Mano sobre las causas, diciendo: *Yo os perdono para que Dios me perdone.*

20. Hecha esta ceremonia quedan perdonados, se devuelven las causas à la Real Cámara, y el secretario de esta remite el Real indulto de cada una al respectivo tribunal de donde se han remitido, y donde estan presos los reos, en virtud del cual se les pone en libertad.

21. Alguna vez suele conceder su Magestad el indulto limitado, y no absolutamente, perdonándoles la pena capital y conmutándosela en la de presidio por el tiempo que señala, segun el dictámen que sobre aquella causa le ha dado su Consejo Real de la Cámara.

22. Ademas de los indultos que los Soberanos suelen conceder por sí mismos, han delegado su potestad suprema en el Consejo de Castilla, y en todo el acuerdo y oidores de sus Reales chancillerías y audiencias, y en el Consejo de Navarra, dándoles facultad de visitar à todos los presos por la jurisdiccion ordinaria que se hallen en las cárceles de aquel tribunal respectivo, y en las de las ciudades donde se hallan establecidos, para que puedan poner en libertad ó ampliar la carcelería à aquellos de quienes se hará mencion. Estas visitas generales se hacen en la víspera de pascua de navidad, en la de domingo de

ramos, y en la de la pascua del Espíritu Santo ó Pentecostes; concurriendo à ellas los presidentes ó regentes de los consejos, chancillerias y audiencias, con todos los consejeros ú oidores y las salas del crímen, unas y otras con todos sus dependientes, y estando sentados todos en el tribunal se llaman y presentan los reos que son de visita en la forma que se dirá despues (1).

23. Este es el único acto en que los oidores y acuerdos de lo civil tienen facultad para conocer de las causas criminales en nombre del Rey à quien todo el acuerdo representa, pues fuera de este acto deben remitirse las causas criminales à las salas del crímen por ser de su dotacion. Asi lo tiene mandado su Magestad en la ley recopilada (2), y el Señor Don Cárlos IV en la primera Real cédula que expidió despues de su exaltacion al trono, que virtualmente recomienda la observancia de aquella ley.

24. Las facultades que tienen los Reales acuerdos en las visitas generales, se reducen à poder poner en libertad ó ampliar la carcelería à todos los presos por la jurisdiccion Real ordinaria, que no lo esten por delitos exceptuados por su Magestad en los indultos generales que concede; pues no queriendo su Magestad usar de su supremo poder sobre la vida ó muerte de sus súbditos en los casos que exceptúa en los indultos generales, no es de creer que quiera dar mayor potestad à sus delegados los consejos, chancillerías ó audiencias.

25. Los delitos que su Magestad exceptúa, y no quiere que se indulten en las visitas generales son, el crimen de lesa Magestad divina ó humana, la alevosía, el homicidio de sacerdote, el delito de fabricar moneda falsa, el de incendiario, la extraccion del reino de cosas prohibidas, el de blasfemias, el de sodomía, el de hurto, el de cohecho y baratería, el de falsedad, el de resistencia à la justicia, el de desafio, el de mala versacion de Real hacienda, y el de retencion de los propios y hacienda de los pueblos.

26. De esta excepcion se deduce, que no queriendo su Magestad conceder indulto en lo general à los reos de estos delitos atroces, no tienen los tribunales en las visitas generales facul-

1 He tomado todas las noticias relativas á estas visitas generales de cárceles, y a las particulares, en los sábados de cada semana, de la práctica criminal de Vizcaino, tom 3 pág 383 y siguientes.

2 Ley 12. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec. Real cédula de 23 de diciembre de 1788, expedida despues por el Consejo en 30 de diciembre del mismo, en que manda á todos los ministros que se contenga cada uno en lo que pertenece á su empleo.

tad para indultarlos ni ponerlos en libertad, ni aun bajo de fianza, porque de hacerlo seria contra la voluntad del Rey, que no los quiere indultar por sí pudiendo.

27. El ceremonial con que se celebran las visitas generales en las vísperas de las tres pascuas del año por todo el supremo Consejo de Castilla en la cárcel de Corte, y en la Villa de Madrid, es como sigue.

28. Se junta el Consejo, y con el señor presidente de él ó su gobernador, pasa à las cárceles de Corte y de Villa en la forma que describe Salazar *Noticias del Consejo*, que trató de estos ceremoniales (1). Luego que el señor presidente toca la campanilla para que guarden silencio, dice: *Empiece la visita*, y entonces el alcalde de Corte mas moderno en alta voz dice: *Presos por el Rey nuestro Señor;* à que responde uno de los porteros que tiene lista de los presos que el Consejo puede visitar: *No los hay, y si hay alguno no pide visita.*

29. La razon que yo considero da motivo à esta respuesta, es porque se supone que está preso por delito de lesa Magestad, y por consiguiente excluido del indulto, ó por algun otro de aquellos en que el Rey no ha querido delegar su potestad à la visita general para ponerlos en libertad y sentenciar su causa.

30. En este concepto seria acto ocioso é inútil el que se visitase; la misma expresion se hace por lo respectivo à los que estan presos de orden de otros Consejos, junta de obras y bosques, la del tabaco, comercio y moneda, y demas tribunales Reales que tienen jurisdiccion de privilegio, y gozan del fuero de exentos de la Real ordinaria; y asi los que anhelan à este privilegio de exencion de fuero, se privan del alivio ó indulto que pudieran conseguir en las visitas generales.

31. El motivo de no visitar el Consejo à estos presos, es porque como el acto de visitar es acto de jurisdiccion (2), y el Consejo está inhibido de conocer en las causas criminales que tocan à otros tribunales por especial orden del Rey, que los ha eximido de la jurisdiccion ordinaria, y se ha dado privativa à aquellos para aquel linage de delitos; por esto no los visitan el Consejo, chancillerías ni audiencias, sino únicamente à los que estan presos por la justicia ordinaria.

32. Síguense despues los presos de la jurisdiccion ordinaria de la Sala, y conforme estan apuntados en el libro, se llama

1 Salazar. *Noticias del Consejo*, fol. 296 y siguientes.

2 Cap *conquærente*, lib. 1. tit. 31. *Decretalium de officio judicis ordinarii*, cap. 1. § 1. tit. 20. *de censib. in* 6 lib. 3.

por uno, y el portero responde al Consejo: *pide visita*: y puesto el reo á su presencia, no estando la causa en sumario, se da cuenta en público, decreta el Consejo y el alcalde moderno escribe la determinacion en el libro de acuerdos, continuando de este modo hasta finalizar la visita: y si los presos presentan algun pedimento corresponde dar cuenta al escribano de Cámara del crimen ante quien pende la causa.

33. Para las visitas de las causas que estan en sumario, el señor presidente hace señal con la campanilla, y manda despejar la sala, y à puerta cerrada, hallándose presentes los escribanos de Cámara y relatores del Consejo y los de la Sala, se hace relacion de las causas, y se determinan por el Consejo; y si alguno de los que estan presos de orden de otros tribunales presentan pedimentos en la visita, acordando lo largo de su prision, falta de alimento ú omision en el curso de sus causas, providencia el señor presidente ó gobernador se haga recuerdo ó prevencion al juez ó tribunal donde pende la causa.

34. Concluida la visita de presos, el señor alcalde moderno se levanta y pide al Consejo el auto de pascuas, y el señor ministro mas antiguo del Consejo lo publica en esta forma.

AUTO DE PASCUAS.

35. Todos los que se hallen presos en esta Real cárcel por deudas que no desciendan de delitos *vel quasi*, pueden salir por término de cuarenta dias, dando fianza de la haz ante escribano de provincia ó número que sea dueño de su oficio, y tenga desembarazada la tercera parte; los que esten presos en sus casas y los que tengan Villa y arrabales por cárcel, pueden salir libremente unos y otros por el mismo término, todo en honor de estas santas pascuas.

36. No concurriendo el señor presidente, publica el auto de pascuas el señor ministro mas antiguo subsiguiente en grado al que preside, como se hizo en la visita general de la pascua de resurreccion del año de 1764, en la que presidió por su antigüedad el señor Don Juan Curiel, y Don Pedro de Castilla, que le seguia, publicó el auto de pascuas. Hecho notorio dicho auto se levanta el Consejo, y le salen acompañando hasta la calle todos los subalternos de él, y la Sala, guardando todos su antigüedad, y con acompañamiento de alguaciles y en la misma forma que se fue desde la posada del gobernador á la cárcel de Corte, se dirige à la de la Villa. Las visitas generales de las

cárceles de Corte y Villa se hacen por la mañana (1).

37. Los tenientes de corregidor esperan al Consejo à las puertas de la cárcel de Villa, y el señor fiscal y alcaldes se forman en dos filas en el pórtico de la cárcel para recibir al Consejo sin capas, con gorra y vara, y los dos tenientes van delante hasta la puerta de la sala donde se hace la visita, y los alcaldes acompañan hasta el final de la escalera sin entrar en la primera pieza, y se retiran à sus casas, y el señor ministro que gobierna la sala, queda incorporado con el Consejo, y asiste à la visita.

38. Los señores ministros se quitan las capas y toman las gorras, y el señor presidente ocupa primero su asiento, y despues los ministros por su antigüedad, y los dos tenientes tambien se sientan separados del Consejo y fuera del estrado en asiento que al lado derecho del Consejo se les pone con mesa delante, para tener el libro de la visita y escribir los decretos. Formado el tribunal, manda el señor presidente principiar la visita, y el teniente moderno llama los presos segun las partidas del libro; el alcaide los presenta: el escribano de número ante quien pasa la causa hace relacion de ella, y el teniente sienta de su puño la determinacion en el libro, y estando la causa en sumario, se reserva para hacer relacion de ella à puerta cerrada.

39. A la visita general de cárcel de Villa asiste tambien el escribano de Cámara mas moderno, el que debe dar cuenta de los pedimentos que presentan los presos, sin que se mezclen en esto los escribanos del número, pues solo hacen relacion de las causas que ante ellos penden, y tambien asisten à la visita el abogado y procurador de pobres, y los dos religiosos que cuidan del alivio de los presos. Concluida esta visita se publica por el señor ministro mas antiguo del Consejo el auto de pascuas en la misma forma que se publica en la cárcel de Corte, y levantado el Consejo, los tenientes les acompañan hasta que toman los coches, y separados se restituyen à sus casas.

40. En 31 de mayo de 1743 acordó que en ausencia del presidente ó gobernador de él se haga la visita de la cárcel de Corte à las diez de la mañana, juntándose à las nueve los ministros de la Sala del Consejo, y à las cinco por la tarde, la visita de cárcel de Villa.

1 La visita particular que en la audiencia de Galicia se va á hacer á la cárcel, despues de concluida la general que se ha hecho en la Sala, será para visitar los encerrados en calabozos, por si el alcaide los maltrata en ellos, ó no los asiste como debe, y lo mismo los enfermos.

41. En la visita de cárcel no tiene voto el corregidor de Madrid ni sus tenientes para determinar la soltura de los presos (1); pero pueden informar, y tienen obligacion de asistir uno y otros (2), y tambien los escribanos del número que actúen en las causas para hacer relacion de ellas (3).

42. Por muerte del ilustrísimo señor Don Fernando Valdés, y hallándose enfermo el ministro decano Don Juan de Chaves, y tambien el siguiente en grado Don Gregorio Lopez Madera, presidió el Consejo Don Pedro Marmolejo en la visita general de cárceles que se hizo la víspera de pascua de resurreccion del año 1640; y porque el corregidor faltó al acompañamiento que se debia hacer á este señor ministro para ir á la cárcel de la Villa, y se fue á esperar en ella al Consejo, se le dió su casa por cárcel con dos alguaciles de Corte por guardas, y estuvo toda la pascua preso, y despues se le reprendió, y puso en libertad.

43. Ademas de la visita general de cárceles, de que se ha tratado en los párrafos anteriores, hay otras ordinarias que deben verificarse en el sábado de cada semana, las cuales se hacen por el Consejo del modo siguiente. Estando formado el Consejo pleno en el dia sábado, el escribano de Cámara que sigue en antigüedad al de Gobierno, concluido el despacho, lo hace presente á los dos señores ministros, á quien corresponde hacer la visita de cárceles, y al mas antiguo que por turno le pertenece le corresponde tambien señalar la hora para ella, y con efecto la señala en el mismo Consejo, y un portero la comunica á la Sala de alcaldes y tenientes de la Villa (4).

44. Los dos señores de visita á la hora señalada por la tarde concurren sin acompañamiento ni otra ceremonia á la cárcel de Corte, y los cuatro alcaldes mas modernos, y el fiscal de la sala, que tambien deben asistir, salen á recibir al Consejo á la puerta principal de la pieza donde estan los estrados. Los dos porteros esperan á los señores en el pórtico de la cárcel, y les acompañan hasta la sala de audiencia, haciendo lo mismo el alcaide y alguaciles de guardia.

45. El señor ministro del consejo que concurre primero espera al otro en la sala de acuerdo en garnacha y gorra, y llegando el segundo sale el primero, y detrás de él los alcaldes, sentándose todos por su antigüedad, y luego el señor ministro que

1 Ley 9 tit. 39. lib. 12. Nov. Rec.
2 Ley 6. dicho tit. y lib.
3 Dicha ley 6.
4 Salazar *Noticias del Consejo*, fol. 256.

preside manda dar principio à la visita, y el alcalde mas moderno lee las partidas de los presos que se visitan. El alcaide los manifiesta, y à su presencia se hace relacion de las causas por el relator, tomando alli razon en el libro de las determinaciones del Consejo el alcalde; y si la causa está en sumario, se manda despejar la sala, y se hace la relacion à puerta cerrada, poniendo certificacion de las providencias del Consejo en las causas los escribanos de Cámara del crimen en cuyas escribanías penden.

16. Concluida la visita de la cárcel de Corte, se levantan los ministros del Consejo, y puestas las capas salen acompañados de los alcaldes hasta la puerta donde se forma la sala, y de allí les acompañan los escribanos de Cámara, relatores y demas subalternos de la sala hasta tomar los coches, en que se dirigen, acompañados de dos alguaciles de Corte à caballo à la cárcel de la Villa, en cuyo pórtico les estan esperando los tenientes de corregidor, y en llegando les acompañan hasta la puerta de la sala en donde se detienen los tenientes para que entren primero los señores ministros, quienes dejan la capa y sombrero, y tomando la gorra se sientan en el estrado, y los tenientes ocupan el banco que tienen fuera de él con una mesa delante para poner el libro de las partidas de presos.

47. Luego el ministro que preside manda dar principio à la visita. El teniente mas moderno lee las partidas del libro en que se sientan los presos de visita: el alcaide presenta los reos, y à su presencia se hace relacion de las causas por los escribanos de número estando en pie, y las determinaciones tomadas por los señores las escribe el teniente, y los escribanos ponen copia de la misma resolucion en el proceso.

48. Finalizada la visita, se levanta el Consejo, y los dos señores ministros tomando sus capas y sombreros, acompañados de los tenientes hasta tomar los coches, se retiran separados y sin acompañamiento à sus casas.

49. Antes de comenzarse la visita de cárceles, se debe dar cuenta por memorial à los señores ministros de todos los presos que hubiesen entrado en la cárcel desde la última anterior visita (1), con expresion de las causas por que fueron presos, las sentencias que contra ellos se dieron, los motivos por que fueron sueltos, las armas aprendidas, y razon de las personas que las usaban. A las visitas ordinarias de los sábados deben asistir

1 Ley 2. tit. 39. lib. 12. Nov. Rec.

los escribanos de provincia, y los demas que tuvieren los pleitos y negocios de los que tuviesen presos, para hacer relacion de ellos (1); y en la carcel de la Villa tambien deben concurrir á la visita el corregidor y los escribanos de número que actuasen en las causas para hacer relacion de ellas (2).

50. Si algun preso pide visita, y el escribano de la causa no comparece á hacer relacion de ella por descuido, omision ó malicia, se le debe castigar (3); y para que no quede sin visitarse en estos casos, mandan los señores que el escribano ó relator de la causa pase á hacer relacion al señor ministro mas moderno, y la providencia se extiende en la misma causa, y la rubrica el señor ministro que la diese junto con el relator ó escribano.

51. Si el sábado fuese dia feriado, es práctica inconcusa en el Consejo hacer la visita en el dia anterior, y si este tambien lo fuese, en cualquier dia util de la semana; y cuando todos los dias de ella sean feriados, debe hacerse esta visita el sábado por la tarde, como se practica en las vacaciones de navidad y resurreccion, segun lo previene el auto acordado (4).

52. Estas visitas son otro medio por donde el Rey dispensa los efectos de su Real clemencia, dando los ministros en su augusto nombre libertad á los que por sus atroces delitos no sean indignos de ella; pero á los que no se les dispensa esta Real piedad, los consuelan cuidando se les asista con lo necesario (5), inquiriendo como obran el alcaide y carceleros con los presos, si cuidan de ellos en sus necesidades, mirando por su comodidad en todo lo posible, y cuidando que los ministros inferiores que asisten á la visita esten con modestia y silencio, sin alterar ni confundir las causas, y sin permitir razones menos decorosas de lo que requiere el puesto.

53. Preguntan tambien á los presos si los despachan sin demoras los escribanos, secretarios, abogado y procurador de pobres, reprendiendo con severidad la falta si en esto la notan. Informanse si los presos juegan, y si por esta causa venden las limosnas ó vestidos, si coopera á esto el alcaide ó carcelero, todo lo cual corrigen con reprimen las, y si estas no bastan, se toma otra providencia mas seria.

1 Ley 6 del mismo tit.
2 Leyes 8 y 9 del mismo tit. y lib.
3 Dicha ley 8 tit. 39. lib. 12. Nov. Rec.
4 Nota 1. tit. 39. lib. 12. Nov. Rec.
5 Ley 8 tit. 29. Part. 7. Ley 1. y todo el tit. 39. lib. 12. Nov. Rec. *Ordenanza* 1, 2 y 3 lib. 3. tit. 28. fol. 305 *de las Ordenanzas Reales.*

54. Prohiben tambien la entrada de mugeres por los inconvenientes que de ello pueden resultar, como el que se les venda vino ó viandas por el alcalde ú otras personas, haciendo tablagería en la carcel, observando si en ella hay algun otro vicio que necesite remedio.

55. Preguntan asimismo si el cirujano y médico asisten con puntualidad á la curacion de enfermos, inquiriendo ademas si el alcaide hace las rondas de noche á las horas señaladas, si reconoce y cuida las prisiones, y si la carcel está segura. Previenen tambien que los presos no sean maltratados de palabra ni de obra por el alcaide ú otra persona, ni aun por los mismos jueces, ni que se lleve interes por poner, quitar ó aliviar las prisiones, ni esto se haga sin mandato del juez.

56. Reconocen tambien si faltan los ornamentos para los divinos oficios que deben celebrarse en la capilla, y si les dicen y oyen misa los presos en los dias de precepto. Tienen tambien obligacion de mirar y despachar brevemente las causas de los presos, á las que estan presentes los reos, procuradores y letrados, y se hace relacion de la culpa y disculpa cuando son visitados: no conceden libertad á los presos por orden del Consejo si no es que lleven expresa comision para ello, aunque los visitan, reconocen los aposentos de la carcel, las camas de los presos, oyen las quejas que tienen, disponen su alivio, y exhortan al alcaide, ó le reprenden segun ven que se porta en la asistencia de los presos, ejecutando esto todos los sábados (1).

57. El Consejo en las visitas de presos no indulta ni conmuta la pena de galeras, porque esto corresponde hacerse por sentencia definitiva de los jueces que conocen de las mismas causas en apelacion ó súplica; y los condenados por sentencia de vista y revista no se pueden visitar ni dar por libres (2), como ni los presos de orden de otros Consejos, ni los que estan por causas civiles ó comisiones particulares, ni los rematados (3) á campañas ó presidios de orden de su Magestad; pero á unos y otros se les oyen las quejas que den sobre los malos tratamientos ú otras vejaciones que padezcan en la carcel, cuyas relaciones las deben hacer los relatores y no los alcaldes (4); y de lo que se proveyese en estas visitas no hay apelacion ni súplica,

1 Leyes 4 y 12. tit. 39, 5 y 6. tit. 40. lib. 12. Nov. Rec.
2 Ley 12 tit. 39. lib. 12. Nov. Rec.
3 Ley 13 del mismo tit.
4 Ley 1 del dicho tit. 39.

por ser ejecutivo (1), practicándose en Castilla lo dispuesto por la ley 11. tit. 39. lib. 12. Nov. Rec., sin que se pueda alterar en visita la pena que por sentencia se impuso al reo, en contraposicion á lo que sucede en el indulto general (2).

58. Los presos de la junta de obras y bosques, su juzgado y jurisdiccion no se visitan por el Consejo (3), y los que se mandan soltar, si son pobres, no deben ser detenidos por razon de las costas y derechos, antes bien se les debe soltar aun sin obligarles (4) á que den fianza; ni los sentenciados en vista à galeras ó presidio.

59. Si en las visitas que se hacen podian ó no visitarse los reos condenados en vista á presidio ó galeras, era bastante dudoso, hasta que el Consejo en consideracion á varios ejemplares, Reales resoluciones é informe de la sala, declaró no se pudiesen visitar por el Consejo dichos reos condenados en vista á galeras ó à presidio, lo que anteriormente estaba mandado por Real decreto de 11 de marzo de 1670; añadiendo que no se admitiesen conciertos ni indultos, y que sin dilacion remitiesen los forzados que hubiese á las cajas donde se hubieren de juntar.

60. No faltará quien dispute si los delitos exceptuados, que no estan plenamente probados, se pueden comprender en la visita ó indulto general, que es lo mismo, pues uno y otro se llaman *absolucion por el solio*, esto es, á nombre del Rey; pero esta ya es duda decidida por su Magestad, que declaró en resolucion de 4 de febrero de 1647, que no podian ser comprendidos en el indulto y en las visitas; porque los que se exceptuaban de uno y otro eran los delitos atroces que quedan referidos, por su gravedad, y no hablaba con las personas indiciadas de haberlos cometido, y asi estas causas no se pueden indultar ó comprender en la visita, y solo sí podrian juzgarse en ella hallándose en estado de poderlas determinar definitivamente, esto es, despues de concluido el plenario, y entonces no saldrian absueltos por razon del indulto, sino en virtud de los méritos de la causa, y por la sentencia Esta duda la consultó el capitan general de Valencia, y se le respondió lo siguiente: » El Rey. Ilustre conde de Oropesa, primo, mi lugarteniente y capitan general. Hase visto

1 Ley 10 del mismo tit.

2 *Ordenanz* 8 lib. 3. tit. 28 *de las Ordenanzas Reales. Ordenanz.* 3, 4, 5, 7 y 9 del mismo lib. y tit. *Archivo de la sala, legajo 1.° de consultas, año de 1653. Real resolucion de 22 de agosto del mismo año.* Véase Salazar *Noticias del Consejo*, fol. 305.

3 *Archivo de la sala, legajo 6 de órdenes, año de 1721.*

4 *Id., legajo de órdenes del año 1699*

lo que escribisteis en carta de 4 de noviembre pasado de la duda que se ofreció á esa Real audiencia sobre la inteligencia *de la absolucion del solio*, si deben gozar de ella los que estuvieren culpados en delitos exceptuados, no resultando plena prueba del proceso contra los reos; y ha parecido deciros *que no han de gozar del indulto*, pues en general son los delitos los que se exceptúan, sin consideracion á la prueba, y asi ordenareis que se observe, porque esta ha sido mi Real intencion, dando su lugar en su caso á la disposicion del fuero 37 del año 1604. Dada en Madrid á 4 de febrero de 1647. = Yo el Rey. = José de Villanueva, secretario (1).

1 Crespí de Valdaura *Observationes juris*, tom. 2. observ. 83. quæst. 2. fol. 128.

APÉNDICE CUARTO.

Sobre el modo de sustanciar y determinar las causas contra reos ausentes ó fugados, con el correspondiente formulario (1).

§. 1. Requisitorias que deben despacharse á las justicias cuando se busca á un reo en su casa ó en el pueblo ó pueblos de la jurisdiccion, y no se le encuentra. Llamamiento que se hace á dichos ausentes por tres pregones ó edictos.

2. Auto para llamar á los reos por edictos ó pregones.

3 y 4. Pregon y edicto.

5. Penas en que incurren los reos si no se presentaren en la carcel pasado el término de los pregones y edictos.

6. Auto para saber si se han presentado en la carcel los reos.

7. Diligencia de no haberse presentado estos en la carcel.

8. Auto de cargos y señalamiento de estrados al reo ausente.

9. Notificacion del auto anterior.

10. Auto de prueba en causa de ausentes.

11. Notificacion de este auto en estrados, ratificacion de testigos de la sumaria, y presentacion de interrogatorio por el actor.

12. Procediéndose á un mismo tiempo contra presentes y ausentes, ¿que se hará para que á los testigos ratificados en la causa de presentes no sea necesario volver á ratificarlos en la de ausentes?

13. Concluso el termino de prueba, se pide por la parte ó fiscal se haga publicacion de probanzas.

14. Pasados los tres dias que tiene el reo para contradecir la publicacion de probanzas, siendo la causa de parte, se acusa por esta la rebeldía pidiendo se haga la publicacion, y se manda asi, lo cual se efectúa tambien en la causa de oficio.

15. Auto en que se manda hacer la publicacion de probanzas.

16, 17 y 18. Trámites que siguen á la notificacion de este auto.

19 hasta el 40. Ventílase la cuestion siguiente. Si en las causas que se siguen contra los reos ausentes en rebeldía, ¿se deberá admitir á los padres para defender á sus hijos, ó estos á aquellos, como tambien á los parientes dentro del cuar-

1 He tomado la doctrina de este apéndice de la *Práctica criminal* del señor Vizcarra, tomo 2.°, página 243 y siguientes, porque trata la materia con extencion y solidez.

to grado para defender á sus parientes con el objeto de disculparles del delito que se les atribuye?

1. Cuando por la informacion sumaria resulta por dos testigos ó uno fidedigno y presunciones fundadas, quien ha sido el perpetrador del delito, se provee auto de prision de su persona y embargo de sus bienes, se le busca en su casa, y si no se halla en ella ni en el pueblo ó pueblos de la jurisdiccion, se manda despachar requisitorias á las justicias (1) de las poblaciones inmediatas, y á las de las poblaciones grandes donde verosimilmente se presuma que pueda haberse domiciliado para que le aseguren y prendan, y den aviso de su captura, porque no se dilate la causa en perjuicio de la vindicta pública ó interesados, y especialmente si hay otros reos presos por la misma causa; y á fin de que las sentencias de estos y de los ausentes se pronuncien á un mismo tiempo, se llama á los que se hallen ausentes (aunque esten refugiados en la iglesia en los delitos en que no se les puede extraer de ella) por tres pregones y edictos, dándose y fijándose en cada nueve dias uno, siguiéndose la causa por el juez ordinario; porque siendo ante pesquisidor, lo comun es darse los pregones y fijarse los edictos de tres en tres dias, y aun en menos tiempo segun la oportunidad y especie de causa, y en ellos basta solo decirse por lo general que resultan culpados en el delito sobre que se procede, sin mas especialidad, pues asi se practica todo en ejecucion de la ley (2); para cuyo efecto, aunque haya parte actora ó promotor fiscal, se provee auto, el cual y las diligencias que por él se previenen son las siguientes.

AUTO PARA LLAMAR UNOS REOS POR EDICTOS Y PREGONES.

2. En tal ciudad ó villa, tal dia, mes y año, el señor D. N., corregidor &c., habiendo visto estos autos, dijo: que respecto resultar por ellos culpados en el delito sobre que se procede N. N., quienes no han podido ser habidos para su prision, como consta de las diligencias practicadas á este fin, debia mandar, y mandó se llamen los susodichos por edictos y pregones en la forma ordinaria, y por este su auto asi lo proveyó y firmó. = D. N., juez.

1 En Real orden de 25 de octubre de 1781 se expresa el modo con que han de venir las requisitorias de Portugal, y cómo se han de despachar por los tribunales.

2 Ley 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec.

PREGON Y EDICTO EN QUE SE LLAMA Á UNOS REOS.

3. N., corregidor, alcalde mayor ú ordinario de esta ciudad ó villa de T. &c.: por el presente cito, llamo y emplazo por primer pregon y edicto á N. y N., contra quien estoy procediendo criminalmente por culpados en tal delito *(Aquí se explicará el que fuere con la mayor brevedad)*, para que dentro de nueve dias primeros siguientes desde hoy en adelante se presenten ante mí, ó en las Reales cárceles de esta ciudad ó villa, á tomar traslado y defenderse de la culpa que contra ellos resulta, que si lo hicieren serán oidos y se les guardará justicia; pero en su rebeldía proseguiré en la causa como si estuvieran presentes, sin mas citarles ni llamarles hasta sentencia definitiva inclusive y tasacion de costas, si las hubiere; y los autos que se proveyeren y demas diligencias que en esta causa se hicieren, se notificarán en los estrados de esta audiencia, que desde luego les señalo, y les pararán el mismo perjuicio que si en sus personas se hicieran y notificaran; y para que venga á noticia de todos y de los susodichos, mando pregonar y fijar el presente, fecho en tal parte, tal dia, mes y año.

4. Este edicto se publica por voz de pregonero, y en seguida se fija en la plaza ó parte mas pública del lugar del juicio, y en aquel donde se hubiere cometido el delito, despachándose para ello requisitoria, y que conste de esta circunstancia en los autos.

5. Pasados los nueve dias siguientes al en que se hubiere hecho el primer pregon y fijado el edicto, exclusive, se hace y fija el segundo pregon y edicto, y asi sucesivamente el tercero; pasados otros nueve dias tambien exclusive el del segundo pregon y edicto; sin ser necesario que para cada uno de estos preceda auto por haberse prevenido en el que para ello se proveyó se llamasen los reos por pregones y edictos en la forma ordinaria, ni ponerse fe de si se han presentado ó no los reos, si bien es necesario se ponga diligencia en cada un dia de los en que se hubieren dado los pregones, y fijado los edictos de haberse efectuado estos; y concluido el término de ellos, no habiéndose presentado los reos en la carcel ó ante el juez por no haber parecido al primer plazo que se les asignó, incurren en la pena del desprez, que son sesenta maravedis, sea el delito de cualquier especie, y por no haber parecido al segundo plazo, incurren en la pena de homecillo que son seiscientos marave-

dis (1), siendo el delito de muerte, ó tal que por él la merezcan los reos, y para poder ser condenados en estas penas, es necesario acusarles las rebeldías, sin poder ser oidos, aunque se presenten fuera de dichos términos, á menos que paguen el desprez, homecillo y costas, segun la ley 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec.; pero no teniendo de que pagar los reos, se les admite en cualquier tiempo, aunque les esté acusada la rebeldía; y para obrarse con toda formalidad, luego que sean pasados los términos dados en los edictos, se practican las diligencias siguientes.

AUTO PARA SABER SI SE HAN PRESENTADO EN LA CARCEL LOS REOS.

6. En tal ciudad ó villa, tal dia, mes y año, el señor N. &c., habiendo visto estos autos, dijo: que respecto de haberse llamado en esta causa por pregones y edictos en la forma ordinaria á N, y á N., y no saber si se han presentado ó no en las cárceles de esta ciudad ó villa, para que conste de ello mandó que el presente escribano pase á dichas cárceles, y pregunte á su alcaide si se han presentado ó no en ellas los susodichos, lo que pondrá por fe para en su vista proveer, y por este su auto &c.

DILIGENCIA DE NO HABERSE PRESENTADO LOS REOS EN LA CARCEL.

7. Yo el escribano, en cumplimiento del auto anterior, he pasado en el dia de hoy á las Reales cárceles de esta ciudad ó villa, y he notificado á N. su alcaide el auto antecedente, quien me ha expresado no estar ni haberse presentado en dichas cárceles los expresados N. y N., de que doy fe. = N., escribano.

AUTO DE CARGOS Y SEÑALAMIENTO DE ESTRADOS AL REO AUSENTE.

8. En tal ciudad &c. &c. el señor N. &c., habiendo visto estos autos, dijo: que respecto de haber sido llamados por pregones y edictos en la forma ordinaria N. y N., contra quienes se procede, y no haberse presentado ante su merced, ni en estas cárceles, en el término que se les asignó en dichos edictos, debian acusarles

1 Del desprez y homecillo puede decirse lo mismo que de todas las penas pecuniarias establecidas en nuestras leyes antiguas, esto es, que han pasado á ser arbitrarias y mayores por precision; pues habiéndose disminuido sobre manera el valor de la moneda, de nada serviria el imponerlas. ¿No seria cosa ridícula que en la actualidad se impusiese una pena de menos de un real de plata, como lo es la del desprez, ó de treinta y cinco reales y maravedises, cual lo es la del homecillo? Gutierr. *Pract. crim.* tom. 1. pag. 350.

y les causó la rebeldía, y les condenó en las penas de la ley, en que han incurrido, haciéndoles como les hizo cargo de la culpa que contra ellos resulta, y que se les dé traslado de ella para que digan y aleguen lo que les convenga, y se notifiquen el presente y demas proveidos y diligencias de esta causa en los estrados de esta audiencia, que se les señalan para este efecto, y sean de tanta fuerza y valor como si en sus personas se notificaran, y por este su auto &c.

NOTIFICACION DEL ANTECEDENTE AUTO.

9. En tal ciudad, mes y año, yo el escribano notifiqué el auto anterior en los estrados de esta audiencia, para que cause el perjuicio que haya lugar en derecho, como si se hallasen presentes, á las personas de N. y N., ausentes.

AUTO DE PRUEBA EN CAUSA DE AUSENTES.

10. En tal ciudad &c. el señor N., corregidor &c., habiendo visto estos autos, dijo: que respecto de ser pasado el término que tenian N. y N., reos ausentes, para usar del traslado que se les dió de la culpa que contra ellos resulta en esta causa, y no haber alegado cosa alguna los susodichos, debia recibir y recibió esta causa á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, para que dentro de ellos justifiquen lo que les convenga, y se ratifiquen los testigos de la sumaria, abonándose los que de ellos fueren difuntos ó ausentes, y se citen dichas partes para ver jurar y reconocer dichos testigos, y demas que de nuevo se presentaren; y por este su auto asi lo mandó y firmó. Don N., juez. = Ante mí N., escribano.

11. Este auto se notifica en estrados por el reo ausente, y al actor, si le hubiere, é inmediatamente se pasa á ratificar los testigos de la sumaria, y abonar los que de ellos fueren difuntos ó ausentes; y estando concluida esta diligencia, se toman los autos por el actor, quien presenta interrogatorio con las preguntas que le conviniere, y á su tenor se examinan nuevos testigos; y si la causa fuere de oficio, tambien puede el juez tomar los que le parezcan para mayor justificacion de aquella, y asimismo debe de su oficio recibir testigos á fin de probar la inocencia del reo, y causal que le motivó á cometer el delito, aunque haya parte actora segun la ley (1).

1 Ley 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec.

12. Procediéndose á un mismo tiempo contra presentes y ausentes, para que á los testigos ratificados en la causa de los primeros no sea necesario volverlos á ratificar en la de los segundos, lo que se estila es que estando recibida á prueba la de aquellos y la de estos no, ir pidiendo por la parte ó fiscal, prorogaciones del término de la prueba de presentes, hasta que se reciba con los ausentes: dejar pasar la primera sin hacer ninguna diligencia de ella, y despues pedir se abra el término de nuevo, ó siendo de oficio la causa, abrirle el juez.

13. Concluso el término de prueba, se pide por la parte ó fiscal, se haga publicacion de probanzas, de que se da traslado al ausente; y siendo la causa de oficio se provee auto por el juez, en que dice que respecto de ser pasado el término de prueba, y deberse hacer publicacion de probanzas, se dé traslado al reo para que si sobre ella tuviere que alegar lo ejecute dentro de tercero dia, y que con lo que dijere ó no, autos.

14. Notificados en estrados cualquiera de estos dos autos, y pasados los tres dias que tiene el reo para contradecir la publicacion de probanzas, siendo la causa de parte, se acusa por esta la rebeldía, pidiendo se haga la publicacion, y se manda asi, y tambien se efectúa en la causa de oficio, pasados los tres dias, y á consecuencia se provee el auto siguiente.

AUTO EN QUE SE MANDA HACER LA PUBLICACION DE PROBANZAS.

15. En tal ciudad y dia &c. el señor N. &c., habiendo visto estos autos, dijo: que respecto de ser pasado el término de prueba concedido en ellos, mandó se publicasen las probanzas que se hubieren hecho en esta causa, juntándose á ella; y fecho se dé traslado á las partes para que por su orden pidan lo que les convenga; y por este su auto asi lo proveyó &c.

16. Notificado este auto al actor y en estrados, se toma el proceso por aquel, y alega de bien probado, y concluye para sentencia definitiva, de que se da traslado al reo, y notificados en estrados, pasados los tres dias, exclusive el de la notificacion, se le acusa la rebeldía, y pide se haya el pleito por concluso por todas las partes; y con vista de autos se da por concluso, citándose para su definitiva y pronunciamiento, cuyas diligencias podrán ejecutarse en la forma que en el juicio civil ordinario; con advertencia, que siendo la causa de oficio, pasados los tres dias de la última notificacion del auto en que se manda hacer la publicacion de probanzas, se provee otro para

que el reo, dentro de tercero dia, concluya por su parte para definitiva, con apercibimiento que se dará por concluso el pleito, y se pronunciará la sentencia que hubiere lugar en derecho.

17. Este auto se notifica solo en estrados, y pasado el término, se provee otro en que se da el pleito por concluso, mandándose citar las partes, y que hecho se traigan los autos para su pronunciamiento definitivo. Notificado dicho auto en estrados por el ausente, y en persona del actor si le hubiere, quede la causa en estado de poderse pronunciar sentencia definitiva; y antes de pasar á su formacion se ofrece prevenir lo que sigue.

18. Primeramente: que resultando á los principios de la causa algun reo ausente, temiéndose que de llamarse por edictos y pregones se ha de malograr su prision ó alguna justificacion que importe, como tambien habiendo reos presentes, á quienes conviene ocultar que resultan reos algunos ausentes, ó bien si hubiere algun otro inconveniente, deben suspenderse por entonces los dichos pregones y edictos, pues en cualquier tiempo de la causa se puede ejecutar, aunque sea recibida á prueba con los presentes (1).

19. Suele acaecer frecuentemente que ausentándose los reos, y siguiéndose la causa contra ellos en rebeldía en la forma que prescriben las leyes del reino, quieren los padres presentarse en juicio para defender á sus hijos, ó estos á aquellos, ó algunos parientes dentro del cuarto grado para defender á sus parientes, con el objeto de disculparles del delito que se les atribuye, ó con el de que se averigüe la verdad, para que no queden indefensos, y sin las pruebas competentes cuando se presenten ó sean arrestados.

20. La práctica recibida en los mas de los tribunales es no admitirles estas defensas por procurador ni por excusador hasta que se presentan ó se les prende. Siempre me ha parecido esta práctica algo dura, porque siendo el objeto de la justicia el averiguar la verdad para declarársela á quien la tenga, debe el juez por su oficio examinar y justificar los hechos como realmente han acaecido, tanto en perjuicio del acusado, como

1 Los intérpretes disputan si al reo ausente menor se le ha de conceder la restitucion contra el lapso de los términos fatales que se han expresado; opinando los de la opinion afirmativa, que en cualquier tiempo que se presente ha de ser oido sin pagar costas ni condenacion alguna. Pero lo cierto es que la ley citada no exime ni exceptúa á ninguna persona de sus disposiciones, por lo cual diremos que no debe concederse dicha restitucion, ó que si se concede ha de ser únicamente donde haya la costumbre de concederla. Gutierrez en la citada obra, pag. 253.

en su favor, por cuantos medios pudiere, como se lo manda la ley Real mas moderna (1).

21. La justicia debe ser indiferente, no ha de dejarse arrastrar de las primeras apariencias, ni preocuparse contra los que en los previos informes, y á primera vista aparecen delincuentes; porque sucede muchas veces que en el progreso de la causa no resulta reo el que parecia.

22. Es cierto que la ley 8. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec. que habla de la hermandad, dice: »que en las causas criminales que fueren casos de hermandad, no reciban procuradores ni defensores algunos, salvo si estuvieren en su poder presos los acusados, y parecieren personalmente, y se presentaren en la carcel, y entonces manda que sean oidos en su derecho; y si quisieren alegar y mostrar su inocencia, que les sea hecho cumplimiento de justicia." Esta ley de los Reyes Católicos, hecha con las demas de la hermandad en Córdoba en 7 de julio de 1486, es limitada á las causas de casos de hermandad; pero se ha tomado con tanta generalidad, que ya en ninguna causa, sea de la naturaleza que fuere, no admiten esculpacion, ni por procurador ni por excusador; siendo asi que en algunos casos podria ser muy conveniente el oirles para averiguar la verdad, como lo manda al juez otra ley (2), que es la que da nuevo método para seguir la causa de ausentes en rebeldía, en aquellas palabras donde dice: »que el juez examine los testigos que hubieren ó se pudieren haber contra el tal delincuente, informándose asimismo el juez de su oficio por cuantas partes pudiere de la inocencia de tal acusado."

23. Esta ley es muy posterior á la antecedente, pues es pragmática de los mismos Reyes del año de 1503 en las Ordenanzas de Alcalá, renovada por Don Felipe II en Madrid, año de 1566.

24. Por esta recomendacion que se hace á los jueces, queda libre el arbitrio de oir á los esculpadores de los ausentes aun en sumario, para que el juez pueda averiguar la verdad del hecho por aquellos testigos que lo presenciaron ú oyeron; porque muchas veces se reciben muchos testigos que nada saben, y se omite el examinar á los que pueden dar mas noti-

1 Ley 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec. Ley 12. tit. 14. Part. 3, en la que dice que es mas santa cosa absolver al hombre acusado contra quien no se halla prueba cierta y manifiesta, que juzgar contra el que es sin culpa, aunque se hallen señales ó sospechas contra él.

2 Ley 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec.

cia del hecho, por cuanto se ignora quienes son, y en el tiempo de la prueba ya no los halla el acusado, y mas si son forasteros ó transeuntes.

25. De no oir los esculpadores de los ausentes y fugados, se puede seguir el grandísimo inconveniente de imposibilitarles sus defensas, porque pasado mucho tiempo ya no encuentran los testigos que presenciaron aquel hecho, y que pueden declarar como en realidad sucedió, y averiguarse por este medio si el ofensor fue insultado por el ofendido, si fue casual ó meditada la ofensa, ó si esta se hizo por justa defensa, ó por una de aquellas causas que segun la ley sirven de disculpa al ofensor, y le libertan de la pena (1).

26. No he hallado otra ley (2) que la citada que prive al ausente de defenderse por el procurador ó excusador, y mas intentándolo un pariente tan íntimo como un padre, una madre ó un hijo, ó hermano respecto de aquellos; antes bien se lee en la ley (3) de Partida, »que el pariente se puede alzar y apelar de la pena que se impone á su pariente en el pleito de justicia de sangre, aunque aquel contra quien se dió el juicio lo refertase ó resistiese," y aun al extraño por ejercicio de piedad le permite la alzada aun sin poder, y da la razon que tuvieron los sabios antiguos para establecer esto, à saber, porque aunque el pariente, que es condenado en juicio, quiera morir y sufrir el castigo de su delito; pero como siempre queda la mancilla ó nota de la deshonra en su linage, el pariente puede apelar y seguir la alzada ó apelacion por él, aunque el otro no quiera.

27. Esta ley es muy conforme á la regla del derecho 8. ff. *de regulis juris*, y á la regla 34. de la Partida 7. en el tit. 33. que dicen, que los derechos de la sangre no se pueden quitar por ningun pacto ni ley. Aun se halla otra ley en la Recopilacion de Castilla (4), que es la que trata de la audiencia de Galicia, en donde manda á los alcaldes mayores de ella, »que en las rebeldías en las causas criminales de los ausentes, oigan á los emplazados que vinieren ante ellos, sin que los unos que vinieren hayan de pagar ni paguen por los otros que fueren rebeldes; y si alguna persona se viniere á presentar en nombre de los otros ausentes que fueren emplazados con su poder, en el caso que de derecho deban ser recibidos y oidos por procurador, que ha-

1 Ley 1. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec.
2 Ley 8. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec.
3 Ley 6. tit. 23. Part. 3.
4 Ley 23. tit. 2. lib. 5. Nov. Rec.

yan de pagar y paguen derechos de las rebeldías por las personas en cuyo nombre se presentaren con su poder, hasta por nueve personas y no mas, aunque excedan de este número aquellas en cuyo nombre se presentaren."

28. De esta ley recopilada se deduce bien claramente que se puede y debe oir á los ausentes en causas criminales por procurador en los casos en que de derecho puedan ser recibidos. Cuales sean estos casos nos lo dirán otras leyes.

29. Ya nos lo indica la ley 12. tit. 5. Part. 3. que establece en cuáles pleitos pueden ser dados personero y procurador, y en cuáles no: y dice asi: »Pleitos hi ha en que pueden ser dados personeros, é otros en que non, onde decimos que en toda demanda que faga uno contra otro, quier sea sobre cosa mueble ó raiz, que pueda ser dado personero para demandarle en juicio.

30. »Mas en el pleito sobre que pueda venir sentencia de muerte ó perdimiento de miembro ó desterramiento de tierra para siempre, quier sea movido por acusacion, ó en manera de riepto, no debe ser dado personero; ante decimos que todo home es tenudo de demandar ó defenderse en tal pleito como este por sí mismo, é non por personero, porque la justicia non se podria facer derechamente en otro sino en aquel que face el yerro cuando le fuere probado, ó en acusador cuando acusare á tuerto; pero si algun home fuese acusado ó reptado sobre tal pleito como sobredicho es, é non fuese él presente en el lugar do lo acusasen, estonce bien podria ser personero otro home que lo quisiese defender, razonar ó mostrar por él alguna escusanza derecha si la hubiere, porque non puede venir el acusado, é por esto debe el juzgador señalar plazo á que pueda averiguar la escusa que pone por él, é si la probare, débele valer al acusado; mas como quier que esto pueda homo facer en razon de escusar al acusado, con todo eso non podria demandar nin defender tal pleito por él en ninguna otra manera asi como personero. E otrosí decimos, que magüer el menor de veinticinco años, nin la muger non pueden ser personeros por otro, que en tal razon, como esta sobredicha bien podrian razonar por el acusado en juicio, mostrando por él alguna escusa derecha porque non pudo venir al plazo, mas no para defenderlo en el pleito de la acusacion, é aun decimos que si acaeciese que algun juzgador acabase su oficio que hubiese tenido en algun lugar, é hubiese querellosos de él por razon de aquel oficio que toviera hi, que en

los cincuenta dias que es tenudo de fincar en el logar despues de eso para facer enmienda á los querellosos, él por sí mismo se debe defender é responder en juicio, é non puede dar personero por sí á las demandas que le ficieren mientra el tiempo de los cincuenta dias durare" (1).

31. Con lo dispuesto en estas leyes queda demostrado que no ha debido entenderse esta prohibicion de oir al ausente por procurador ó por excusador del motivo de su ausencia por un pariente en todas las causas criminales, sino en aquellas que positivamente excluye la ley.

32. Se dirá que la citada ley 12. tit. 5. de la Part. 3. permite solamente el que puedan apelar por su pariente ausente en el caso de haberse dado sentencia de sangre contra este, para evitar la nota de infamia que seguiria á la familia en que ellos serian tambien mancillados con aquella nota; porque sin embargo de que las leyes dicen que la infamia no trasciende á la familia, sino en los casos que previenen otras leyes, con todo la opinion del vulgo no es facil de borrar.

33. Mas lo que se experimenta es que ni aun por el recurso de apelacion de las sentencias en que se impone pena de sangre, esto es, de muerte natural ó de infamia, como la de azotes, no se oye á los parientes, ni se les admite el recurso sino se presenta el reo en la carcel, ó se le prende, y esta práctica me parece opuesta á la citada ley de Partida que no hallo derogada por otra mas moderna; puede ser que haya; pero hasta ahora se ha ocultado á mi diligencia y estudio.

34. Al mismo tiempo que escribo esto, tengo en mi estudio una causa formada contra unos vecinos del lugar de T. por haber faltado un mozo que en sus haciendas les servia, y con quien habian reñido porque echaban de menos unos ferrados de maiz que suponian les habia hurtado. Con este motivo se ausentó dicho mozo sin decir adonde, y se les atribuye que le han muerto y arrojado al mar, por lo que se ha dado auto de prision y embargo de bienes contra los acusados, que tambien se han ausentado huyendo de la prision.

35. En este estado de sumaria un amigo de los procesados, noticioso de esta causa y persecucion contra su amigo, habiendo visto en el lugar de B. al mozo que se supone muerto, pidió ante un juez de aquel distrito que hiciese comparecer á

1 Véase tambien la ley 7. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec.

su presencia á dicho mozo, quien se llama F. de tal; que recibiese á este declaracion; y se le admitiese informacion de la identidad de esta persona para acreditar su existencia, y que le entregase esta informacion original en auténtica forma; lo cual asi se practicó, haciéndose despues el uso debido de dicha informacion.

36. Véase aqui un caso en que es muy conforme á razon y á justicia el admitir esta esculpacion de los ausentes, aunque no se hayan presentado personalmente, temerosos sin duda de que no se dé crédito á esta informacion hasta la presentacion real del sugeto á quien se supone muerto violentamente, y en que se debe suspender todo procedimiento ulterior en la sumaria hasta tocar este desengaño, que destruye enteramente el motivo de la causa criminal contra los procesados, á quienes no será justo prender, si es cierto que aquel existe, en cumplimiento de la ley recopilada, que manda al juez se informe de su oficio por cuantas partes pudiere de la inocencia del acusado.

37. En esta ley, que es la última que habla del modo de sustanciar las causas en rebeldía, no se lee una expresion que prohiba el oir á los ausentes por procurador ni por su pariente sin presentarse aquellos; y asi no alcanzo por qué se lleva con tanta generalidad esta práctica de negarles la audiencia á los ausentes en toda causa, sin distinguir de clases ni circunstancias (1).

38. En las leyes de los romanos se suspendia el dar sentencia en las causas de los ausentes hasta que se presentaban (2), y esta práctica puede ser conveniente en muchos casos, porque al que se le sentencia en rebeldía, ó á muerte ó azotes, como que se le ha sentenciado indefenso, se ausenta para siempre á reino extraño, y asi pierde el Estado muchos vasallos y pobladores, especialmente en el reino de Galicia, donde es tan facil el tránsito al de Portugal, que está poblado de gallegos fugitivos, y sucederá en todas las provincias limítrofes ó confinantes de otro reino.

39. De las reflexiones y doctrinas expuestas deduzco que no se debe entender con la generalidad que se entiende la ley (3) que manda: »que en las causas criminales que fueren casos de hermandad, no reciban procuradores ni defensores al-

1 Ley 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec.

2 Parlad. *Rerum quotidianarum*, que trata esta cuestion en el lib. 1. cap. 20. Acevedo en la glosa á la ley 3. tit. 10. lib. 4. Rec. desde el num. 5.

3 Ley 8. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec.

gunos, salvo si estuviesen en su poder presos los acusados, ó pareciesen personalmente, y se presentaren en la carcel, en cuyo caso manda que sean oidos en su derecho," porque esta ley se limita à los casos de hermandad, y lo odioso y penal no se debe extender à otras causas no expresadas en la ley; y demas de esto la mas moderna, y que dió nueva forma y modo de proceder contra los ausentes (1) y rebeldes, no priva el que se les oiga sin presentarse personalmente, y dejó en su lugar y observancia los principios que quedan sentados.

40. En estos casos se debe (2) proceder con un discreto examen de circunstancias, advirtiendo que cuando el padre ó pariente, ó el mismo procesado ausente pida unas diligencias que conduzcan à averiguar la verdad del hecho, se le debe oir, porque este es el noble oficio del juez, que no debe hacer empeño en que el presunto reo esté sufriendo las mortificaciones y penalidades de una carcel. Su objeto debe ser el descubrir la verdad por cualquier medio, y este se facilita no despreciando los avisos del procesado ó de sus parientes, examinando los testigos que pueden saber el hecho, y no amontonando en el proceso multitud de declaraciones impertinentes que nada dicen en sustancia, y aglomeran algunos escribanos y recetores por aumentar diligencias y consumir los bienes de los procesados.

1 Es la ley 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec. tantas veces citadas.

2 Este es el modo que concibo mas sencillo, mas conforme á las leyes y mas importante á la brevedad de las causas criminales.

APENDICE QUINTO.

Sobre el modo extraordinario de proceder en el delito notorio.

§. 1. ¿Que sea delito notorio y cómo ha de procederse en él, segun la doctrina del autor de la Curia Filípica?

2. Ante todo se ha de acreditar completamente que el hecho es notorio, y este punto se ha de decidir previamente.

3. Modo de acreditar la notoriedad, asi en las trasgresiones leves como en las graves.

4. Al juez solo y no á los testigos corresponde declarar si el hecho es notorio: estos deben limitarse á individualizar las circunstancias del suceso para que el juez pueda hacer con acierto dicha declaracion.

5. Este modo extraordinario de proceder no debe extenderse á los delitos puramente manifiestos que no llegan á ser notorios.

6. Brevedad con que debe hacer el reo su defensa.

1. El autor de la Curia Filípica, tratando del modo de proceder en el delito notorio, dice asi: »Delito notorio es el que se comete ante el juez, ó en presencia de todo el pueblo, ó de la mayor parte de él, ó del número de personas que segun la calidad del lugar y tiempo lo induzca à arbitrio del juez, el cual puede en él proceder de oficio, sin preceder acusador ni acusacion, ni confesion del delincuente, ni otra solemnidad ni orden de juicio, mas que solo examinar los testigos por lo menos que depongan del delito, calidad y notoriedad suya, citando al reo para que luego alli se descargue, salvo si de la dilacion ó tardanza resultare escándalo y perjuicio à la república, que entonces sin preceder esta citacion ni admitir la defensa, dando término para ello, y sin darlo ni recibirla se puede proceder. Y en el uno y otro caso, sin mas proceso ni forma de juicio, se ha de condenar y ejecutar sin embargo de apelacion ni recusacion, siendo la pena determinada por la ley, y haciendo la condenacion en la sentencia por delito notorio, poniéndolo asi en ella, pues no puede el juez agravar mas en ella á la parte, aunque la puede agravar cuando la pena no es determinada por la ley, sino arbitraria, ó si en la sentencia no se hizo mencion de ser el delito notorio, bien puede el juez ser recusado, y há lugar apelacion de él, como probándolo en derecho lo resuelve Antonio Gomez, y lo trae Julio Claro."

2. A esto se reduce lo que dice Hevia Bolaños, y considero preciso ampliarlo para instruccion de los legistas. Cuando el delito es notorio, ya se siga la causa á instancia de parte ó bien de oficio; ante todo se ha de acreditar completamente con audiencia de aquella que el hecho es realmente notorio, y este punto se debe decidir previamente. Para ello se cita tambien al reo, á diferencia de los demas juicios, pues debe ser plena y no informativa en esta parte la prueba. Decidido este punto, y pasada la sentencia que sobre él se dé en autoridad de cosa juzgada, se puede proceder extraordinariamente y sin formalidad de juicio en cuanto á la criminalidad del hecho notorio; pues como todo delito debe juzgarse siguiendo los trámites prescritos por derecho, so pena de nulidad, excepto el notorio por especial favor, para que este se exima de aquellas formalidades, se hace preciso que antes se justifique plenamente la notoriedad. Y no solo debe probarse que el delito es notorio, sino tambien quien es el delincuente por la misma prueba de notoriedad; en cuyo caso es cuando omitido todo orden, sin demanda ni contestacion de causa, de plano y sin formacion de proceso, se hace cargo al reo, mandándole que dé sus descargos y se defienda inmediatamente. Hecha la defensa en los términos que se dirá despues, y citado el mismo reo, se sentencia, y se ejecutan las penas, aunque sean corporales, sin embargo de apelacion, expresándose en la sentencia que se ha procedido por caso notorio.

3. Cuando el hecho ó la trasgresion no merece mas que una pena leve, solo se hace constar sin aparato ni orden judicial el delito y su notoriedad ante el juez, quien inmediatamente impone la pena correccional, y esta se lleva á efecto; mas siendo el hecho grave, se hace la justificacion previa, segun se dijo en el párrafo anterior; advirtiendo que para hacer dicha justificacion, solo han de examinarse dos ó tres testigos á lo mas, pues un número mayor se considera superfluo, y el juez será responsable de esta demasía.

4. La notoriedad no se acreditará porque los testigos digan que el hecho es notorio, pues á ellos no corresponde hacer esta declaracion, sino al juez que ha de calificarlo. Por consiguiente este ha de examinarles sobre el hecho, obligándoles á que individualicen sus circunstancias una por una, para hacer en vista de ellas semejante declaracion; pues como se ha de sentenciar y castigar el delito sin guardar los trámites judiciales

que en otros, ha de resultar indudable la trasgresion por testigos oculares y de cierta ciencia (1).

5. Hay delitos que son manifiestos, pero no llegan à ser notorios por no haberse ejecutado en presencia del juez, ó bien ante la mayor parte de los vecinos de un pueblo, ó de muchos sugetos; por consiguiente en los primeros no tendrá lugar este modo extraordinario de proceder, que es peculiar de los segundos. Tampoco se sigue que un delito sea notorio por haberse cogido en fragante al delincuente; pero si esto se prueba plenamente por dos ó mas testigos presenciales, por fe de escribano ú otros medios idóneos de derecho, será considerado el delito en fragante como caso notorio (2).

6. En orden á la defensa del reo en el delito notorio ha de ser instántanea, esto es, sin intermision alguna despues de hechos los cargos, recibiéndose en presencia del juez los testigos ú otros medios de defensa sin mas formalidad; hecho lo cual se cita en seguida al reo, se sentencia y se ejecuta el fallo. Si el delincuente se hubiere ausentado despues de cometido el delito, se cita en estrados, abreviando los términos de los edictos y pregones, y en rebeldía se sigue la causa sin mudar su naturaleza. Si el delito es grave y urge la ejecucion de la sentencia, en terminos que de diferirse han de resultar mayores males y escándalos, se suprime y deniega la defensa (3); y mas cuando se ve que ha de ser inutil.

1 Carreri *Pract. crim.* caso 2.
2 Carreri en el lug cit.
3 Asi dicen varios autores; pero siendo de derecho natural y positivo la defensa, nunca deberá omitirse en mi dictamen, pues sin ella podrá ser castigado con injusticia un inocente.

APENDICE SEXTO.

Sobre la jurisdiccion criminal de los alcaldes pedáneos.

§. 1. Motivo porque han sido llamados abusivamente pedáneos los alcaldes de las aldeas ó lugares, sujetos á alguna ciudad ó villa capital.

2. En nuestras leyes se les llama alcaldes ordinarios de las aldeas.

3. Quienes pudieran llamarse con alguna mas propiedad alcaldes pedáneos entre nosotros.

4. Facultades de los llamados alcaldes pedáneos en asuntos criminales. Pueden castigar las faltas de respeto, la desobediencia y otros cualesquiera excesos que no sean de gravedad.

5. Tambien conocen de las denuncias sobre puntos de ordenanza con que se gobiernan los pueblos para la conservacion de sus sembrados ó campos.

6. Asimismo les corresponde conocer de las pendencias ó riñas que se susciten entre las familias y vecinos, con tal que no haya ofensas de gravedad; en cuyos casos pueden imponer multas desde doscientos hasta quinientos maravedises. Aplicacion que se hace de dar á estas penas pecuniarias.

7. En orden á los delitos graves pueden los referidos alcaldes recibir sumarias y justificaciones sobre ellos, asegurando las personas de los que resulten reos, remitiendo estos con el sumario original al juez de la cabeza del partido en que se halla comprendido el lugar donde se actuare la causa.

1. A los alcaldes de las aldeas ó lugares sujetos á alguna ciudad ó villa capital, suelen llamar abusivamente alcaldes pedáneos, porque tienen muy limitada jurisdiccion en los asuntos contenciosos, y no pueden sentenciar ni soltar (1), pareciéndose en cierto modo á los que tenian los romanos, y se llamaban jueces pedáneos, que eran aquellos á quienes los presidentes ó procónsules, por sus muchas ocupaciones, encargaban el despacho de las causas de poco interes en los pueblos (2). Se les dió el nombre de pedáneos, porque para las causas de que juzga-

1 Ley 20. tit 4. lib. 3. de la Recopilacion, suprimida en la Novísima.

2 Ley 2, 4 y 5. tit. 3. lib. 3. Cod. *de pedaneis judicibus.*

ban no necesitaban sentarse en el tribunal à dar audiencia, sino que podian decidirlas de pie; de modo que eran unos delegados de los magistrados mayores; y aunque conocian de algunas causas ó negocios, no tenian jurisdiccion, y solo conocian de las causas que no excediesen de trescientos sueldos.

2. Pero nuestras leyes no los titulan alcaldes pedáneos, *sino alcaldes ordinarios de las aldeas*, que son aquellos lugares que estan sujetos à la jurisdiccion de alguna villa, que es cabeza de aquel partido, ya esten dentro ó fuera de las cuatro leguas de ella (1); de lo cual se infiere, que aun aquellos que estan sujetos à la jurisdiccion de los corregidores, son alcaldes ordinarios y no pedáneos. Dicha ley 20. tit. 4. lib. 3. de la Rec., llama tambien alcaldes ordinarios del lugar à aquellos que estan bajo la jurisdiccion de algun alcalde mayor, y en su ausencia les da la misma ley jurisdiccion para sustanciar las causas civiles y criminales hasta ponerlas en estado de sentencia, aunque no pueden sentenciar ni soltar ningun preso.

3. Los que con alguna mas propiedad pueden llamarse alcaldes pedáneos son los que por la Real cédula de 13 de agosto de 1769 se crearon para la Corte y ciudades grandes que llaman alcaldes de barrio, porque estos no cuidan de las cosas gubernativas ni económicas del pueblo, sino únicamente de las quejas verbales de poca entidad, y tienen que dar cuenta al alcalde de Corte de su cuartel (2).

4. Explicando el origen y significacion de la palabra pedáneo, paso à tratar de las atribuciones de estos alcaldes en asuntos criminales. Primeramente tienen facultad para castigar las faltas de respeto, desobediencia y otros cualesquiera excesos que no sean de gravedad, con prision de tres ó menos dias á los delincuentes, pasados los cuales ha de ponérseles en libertad, amonestándoles antes para que se enmienden, sin necesidad de dar parte al corregidor ó alcalde mayor competente. Comete falta de respeto ó desobediencia el que no cumple los mandatos del alcalde ó regidor pedáneo, ó los trata con modales desatentos, profiriendo palabras de mala crianza y mal ejemplo para los otros, y en iguales penas incurren los que pierden el respeto à sus párrocos ú otros sacerdotes, à los concejales, pa-

1 Ley 25. tit. 9. lib. 3. Recopilacion, suprimida tambien en la Novisima.

2 Prontuario de las facultades y obligaciones de los alcaldes ordinarios y pedáneos de España, por el señor Don Vicente Vizcaino Perez, cuarta edicion, reformada y adicionada por Don Santiago Alvarado y de la Peña.

dres, tutores, curadores, ú otras personas respetables por su edad y circunstancias; los que profieren obscenidades é injurias ó escandalizan con cantares deshonestos; los que provocan ó son causa de altercaciones y pendencias, y últimamente los que no respetan la propiedad agena, invadiendo, por ejemplo, las huertas, huertos, colmenares ú otras posesiones particulares ó públicas.

5. Tambien conocen los alcaldes ó regidores pedáneos de las causas de denuncias sobre puntos de las ordenanzas con que se gobiernan los pueblos para la conservacion de sus sembrados y campos, y con arreglo à ellas deberán imponer à los culpados las penas duplicadas ó triplicadas, segun la repeticion de excesos, y conforme à lo que prevengan las mismas ordenanzas en los casos de reincidencia.

6. Asimismo corresponde à los alcaldes pedáneos ó regidores conocer de las pendencias ó riñas que se susciten entre las familias y vecinos, con tal que no haya ofensas de gravedad, reduciéndose estas, como sucede por lo comun, à maltratarse ligeramente con alguna bofetada &c., en cuyos casos prevendrá el alcalde à los culpados que se abstengan de semejantes excesos, imponiéndoles la multa que le parezca atendidas las circunstancias. Estas multas pueden llegar desde doscientos à quinientos maravedises, segun la calidad de los excesos y delincuentes; bien que si estos cometieren el exceso à presencia de los regidores ó alcaldes pedáneos desatendiendo su autoridad, ha de imponérseles la referida pena de prision por tres dias; advirtiendo que excepto en los casos de reincidencia no han de imponer à un tiempo las penas pecuniarias y las corporales por tales delitos leves; y para la exaccion de estas ha de tenerse muy presente la pragmática que trata de los labradores (1). Las multas ó penas que se exijan, han de aplicarse precisamente à los Reales efectos de penas de Cámara y gastos de justicia, para cuyo cobro y depósito en cada año, al tiempo de la eleccion de oficiales de ayuntamiento, nombrarán estos persona que haga de depositario de dichas penas, y tenga un libro donde sentarlas, foliado y rubricado del regidor que supiese hacerlo, y del fiel de fechos, para que al fin del año, si el pueblo estuviere encabezado con la Real Hacienda por los dichos efectos, entren las cantidades depositadas en poder del mayordomo de propios, en

1 Ley 16. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. Véanse tambien las cuatro anteriores del mismo título, que tratan de los privilegios de los labradores.

cuyo beneficio ha de quedar entonces todo el importe de ellas; y no estando encabezado, se haga con la cuenta formal y testimonio de lo producido, entrega de esto en el depositario de la capital, para que lo remita, con lo demas que de dichos efectos tenga en su poder, á la tesorería general de penas de Cámara y gastos de justicia existente en Madrid.

7. En orden á los delitos graves, como muertes violentas, heridas peligrosas, robos en lugares sagrados, caminos ó campos, incendios &c., los regidores y alcaldes pedáneos pueden recibir sumarias y justificaciones sobre ellos; y si tienen algun indicio de que huyan los que pueden ser reos, deberán asegurarlos, poniéndolos por detenidos en la carcel hasta evacuar el sumario; y resultando serlo, declararán por prision la detencion, y procederán á prender los demas reos que se descubran, embargándoles sus bienes, poniendo diligencia de lo que conste pertenecerles, aunque sean forasteros, y remitiendo unos y otros con los autos originales para su prosecucion al juez de la capital del partido en que se hallen comprendidos los lugares donde se actúan las causas. Para que dichos jueces se manejen con el debido acierto en estos procedimientos, se pone á continuacion el siguiente formulario. (*Gutierrez* Práctica criminal, *tomo 2, pag. 279, quien sacó todas las noticias que aqui se insertan acerca de las facultades de los alcaldes pedáneos en asuntos criminales, de una instruccion formada de orden del Consejo por el señor Don Santiago Ignacio Espinosa, su fiscal, para gobierno de los alcaldes pedáneos, regidores, escribanos y fieles de fechos de los cuatro sexmos en que se divide el señorío de Molina, los de la tierra de Almazan, los del ducado de Medinaceli y demas á quien esté ampliada ó ampliase el uso de su jurisdiccion pedánea etc.*

FORMULARIO PARA EL PROCEDIMIENTO DE OFICIO.

En el lugar de tal, á tantos de tal mes y año, los señores regidores y alcaldes pedáneos F. y S., ó el señor regidor ó alcalde pedáneo F., dijeron, ó dijo: ha llegado á su noticia que M., vecino, natural ó residente en este lugar, se halla grave ó mortalmente herido de resultas de una quimera acaecida en tal sitio, ó sin saber por quien; y á fin de proceder en tal caso á la averiguacion del suceso, mandaron que ante todo é incontinenti se pasase á recibirle su declaracion al herido sobre el cómo, dónde, con qué instrumento, y por quién lo ha sido: que evacuada

esta diligencia, pusiese yo el fiel de fechos la correspondiente fe de heridas, y notificase al cirujano titular de este pueblo le reconociese, y declarase acerca de la calidad, gravedad, latitud y profundidad de aquella ó aquellas, tratase cuidadosamente de su curacion y asistencia, aplicándole las medidas correspondientes, prescribiéndole la dieta, y haciéndole las demas prevenciones que juzgase necesarias para su mas cuidadosa observancia; que el mismo cirujano diese cuenta de lo que observase sobre mejoría, peligro ó estado de las heridas; y en fin, que al tenor de este auto se examinasen todas las personas que pudiesen deponer ó dar alguna razon del suceso, reservándose dar las providencias que pareciesen oportunas en vista de lo que de todo resultase. Así lo firmaron ó firmó, de que certifico en la manera que puedo.

DECLARACION DEL HERIDO.

En el lugar de tal, á tantos de tal mes y año, los señores regidores ó alcaldes pedáneos J. y S., para los efectos acordados en el auto anterior, pasaron, ó pasó, con la asistencia de mí el fiel de fechos y del cirujano titular P., á tal casa, sitio ó parte en que se hallaba F., segun dijo llamarse (*esto si fuese forastero ó desconocido*), del cual para que hiciese su declaracion como estaba mandado, recibieron, ó recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz que hizo en forma, ofreciendo decir verdad sobre lo que supiere y se le preguntase, y siéndolo conforme al auto precedente, dijo: que tal dia, á tal hora de la mañana, tarde ó noche, yendo ó estando en tal parte &c. (*se prosigue como en las demas declaraciones de heridas*); todo lo cual era la verdad por su juramento, en que se afirmó y ratificó, leida que le fue esta su declaracion: dijo tener tantos años de edad poco mas ó menos, y no firmó por no saber ó no poder. (*Si supiese y pudiese, firmará con el regidor ó alcalde pedáneo y fiel de fechos.*)

FE DE HERIDAS.

Certifico y doy fe en la manera que puedo, yo el infrascrito fiel de fechos de este lugar de tal, que habiendo pasado á tal casa en que habita F., de esta vecindad, con asistencia de los señore regidores ó alcaldes pedáneos F. y S., y de P., cirujano titular, le hallé en cama (*ó en pie, como estuviere*), en-

sangrentado y en tal dispcsicion *(lo que fuese)*, y habiéndole registrado y reconocido el referido cirujano à mi presencia, vi que dicho hombre *(ó muger)* tenia una herida en tal parte de la cabeza ó del cuerpo de tanta longitud, lineal ó trasversal, y de tal profundidad que se descubria el hueso tal, ó cuya profundidad no se percibia: otra en tal parte, de tal longitud y profundidad *(asi se van expresando todas las demas que hubiese sin omitir ninguna, ni las contusiones que por golpe ú otras causas se advirtiesen en el herido, especificando tambien su sitio)*, y que las tales heridas parecian hechas con instrumento cortante ó punzante, segun el juicio que formé por su figura. Para que asi conste y obre los efectos que haya lugar, pongo esta diligencia que firmé dicho dia, mes y año.

DECLARACION DEL CIRUJANO.

Incontinenti dichos señores regidores ó alcaldes pedáneos hicieron comparecer ante sí à P., cirujano aprobado, de quien, à fin de que declarasen segun está mandado, recibieron juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, y habiendo prometido decir verdad al tenor del auto que motiva estas diligencias, dijo: que en su cumplimiento ha reconocido à B. que se halla en tal casa de esta vecindad, quien tiene una herida, ó tantas heridas &c. *(se continúa como en las demas declaraciones)*; dijo ser de tantos años de edad, y firmó con dichos señores regidores ó alcaldes pedáneos, de que yo el fiel de fechos doy fe en la manera que puedo.

NOTIFICACION AL HERIDO.

En cumplimiento de lo mandado hice saber al herido guardase quietud y la dieta que se le ha prescrito; de lo cual quedó enterado para su observancia, y lo firmé: N., escribano de fechos.

AUTO.

En vista de la declaracion recibida al herido, y de la hecha por el cirujano, despáchense, sin perjuicio de proceder al sumario y demas diligencias convenientes, cartas circulares con las señas de los delincuentes, para que las justicias los aseguren y retengan hasta que se les haga constar mas en forma haber cometido los delitos que motivan estos procedimientos, po-

niendo por diligencia el despacho de dichas cartas &c. *(siendo conocidos los delincuentes por ser del pueblo ó lugares inmediatos, y recelándose su fuga, ha de ser este auto para que se les busque, asegure y ponga por detenidos en la carcel hasta que otra cosa se mande.)*

DILIGENCIA DE HABERSE LIBRADO LAS CARTAS CIRCULARES.

Doy fe en la manera que puedo, de que en este dia se formaron y firmaron las cartas circulares de que habla el auto anterior, las cuales se dirigieron por tal y tal parte con L. y F., de este vecindario. Para que conste lo pongo por diligencia, que firmo hoy tantos de tal mes y año &c.

JUSTIFICACION SUMARIA.

En el lugar de tal, à tantos de tal mes y año, los señores F. y S., regidores ó alcaldes pedáneos, en conformidad de lo prevenido en el auto que motiva estos procedimientos, hicieron parecer ante sí á F., vecino y residente en este lugar, ó de tal parte, de quien sus mercedes recibieron juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, y habiendo prometido decir verdad sobre lo que supiese ó fuese preguntado, siéndolo al tenor del citado auto que se le leyó y mostró, dijo: sabe por haberlo visto ú oido &c. *(Se continúa como las demas declaraciones hasta la expresion de edad y de su firma, y si no sabe firmar se ha de expresar asi, dando fe de ello el fiel de fechos.)*

De esta manera se prosigue examinando los demas testigos, y los que estos citen, para que se aclaren los sucesos y descubran los reos; y si lo son detenidos en la carcel, y resultan ademas otros, ha de ponerse à continuacion de la sumaria el siguiente

AUTO DE REMISION.

En atencion à estar cerca de cumplirse el término señalado á sus mercedes para estas diligencias por los señores del supremo Consejo de Castilla, téngase por prision la detencion que mandó hacerse en la carcel de este lugar á F. y S., donde igualmente se pongan presos á B., D. y F. que resultan ser reos conocidos; todos los cuales han de remitirse con estos autos originales al señor corregidor ó alcalde mayor de la capital, para

que continúe su reconocimiento. Firmaron, de que doy fe en la manera que puedo.

Asi se han de formar los demas autos y sumarios que se ofrezcan hacer sobre escándalos, amancebamientos, robos, hurtos &c., debiendo practicarse en cada delito las diligencias que exija por su naturaleza; de suerte que si hubiere, por ejemplo, quebrantamiento de puertas de iglesias, casas, escritorios &c., han de hacerse los debidos reconocimientos, que deben presenciar los mismos regidores ó alcaldes pedáneos, de los sitios y lugares sagrados ó profanos abiertos y robados, por carpinteros y cerrajeros; en todos los cuales casos se ha de depositar y guardar como cuerpo del delito todo lo que se halle y descubra, poniendo sus señas por diligencia. En los mismos procesos y demas que se sigan ante los regidores y alcaldes pedáneos, si lo permite el tiempo señalado por los señores del Consejo, antes de poner el auto de remision al corregidor ó alcalde mayor de la capital, han de proveer uno para el embargo y depósito de los bienes de los reos que han de ejecutar por sí mismos, en cuyo estado, finalizadas ya la sumaria y justificacion, pondrán este

AUTO.

En el lugar de tal, á tantos de tal mes y año, los señores F. y S., regidores ó alcaldes pedáneos, dijeron: que habiendose preso á G., H. y L. por resultar ser reos de esta sumaria, y embargado ademas y depositado sus bienes, se remitiesen aquellos con estos autos originales al señor corregidor ó alcalde mayor de la capital para la prosecucion de su conocimiento, segun tienen prevenido los señores del Real y supremo Consejo de Castilla. Firmaron, de que yo el fiel de fechos doy fe en la manera que puedo.

Nota. Los regidores ó alcaldes pedáneos no pueden admitir querellas de los agraviados por alguna ó algunas de las cinco palabras mayores de la ley, ni por otras injurias reales y personales de la mayor gravedad; y si les presentan pedimentos, solo pueden poner ellos mismos la siguiente

PROVIDENCIA.

Acuda este interesado ante el señor corregidor ó alcalde mayor de la capital. Lo acordaron y firmaron los señores regido-

res ó alcaldes pedáneos F. y S. en este lugar de tal, en tantos de tal mes y año. Esto lo ha de firmar tambien el fiel de fechos; y si la queja fuere verbal se prevendrá lo mismo á los agraviados.

Si en las causas de oficio y en las demas que se sigan ante los regidores ó alcaldes pedáneos hasta la remision al juzgado, hubiere reos con bienes, y llegasen al estado de condenacion en las costas, se les sacarán á tiempo de la tasacion las que por sí y su fiel de fechos se hubiesen justamente devengado, y asimismo el importe del papel y demas gastos causados: de todo lo cual debe cuidar el corregidor ó alcalde mayor de la cabeza del partido ó distrito.

APÉNDICE SÈPTIMO.

Sobre el modo de proceder los jueces seglares contra clérigos en los delitos atrocísimos, y los tribunales eclesiásticos en los demas crímenes que no sean de aquella clase.

§. 1 hasta el 4. La exencion de los eclesiásticos en las causas criminales trae su origen de las constituciones de los Príncipes, como se ve por los testimonios que allí se citan.

5 hasta el 9. Esta exencion no tiene lugar en los delitos privilegiados ó atrocísimos, acerca de los cuales se reservó la soberanía su potestad para conocer de ellos y castigarlos.

10. Lo dicho se corrobora con una carta escrita por el señor Don Francisco de Vargas, orador por España en el santo concilio de Trento, dirigida al obispo Atrebatense.

11 hasta el 20. Varios casos ocurridos en el reinado del señor Don Carlos III, con los cuales se confirma lo dicho en los párrafos anteriores.

21. De la referida doctrina se deduce que en los delitos gravísimos como el de homicidio, puede el juez Real arrestar á los eclesiásticos, dando cuenta á su prelado y al Consejo, y que el juez eclesiástico y el juez secular deben sustanciar la causa juntos formándose solo un proceso; ¿y que deberá hacerse en caso de discordia?

22. Precaucion que debe tomarse en el auto de arresto del eclesiástico para no faltarle al debido respeto.

23 hasta el 29. En los demas delitos comunes proceden los tribunales eclesiásticos contra sus súbditos en la forma que allí expresa.

1. En el capítulo 4, título 2 de este tratado, párrafos 7 hasta el 36, indiqué los casos en que el juez secular puede proceder contra los eclesiásticos, por perder estos el fuero en todo ó en parte; aunque por no ser aquel lugar oportuno, no me extendí como haré en este apéndice, acerca del modo de proceder en los crímenes privilegiados del clero, que son todos los atrocísimos.

2. La exencion de los clérigos en las causas criminales durante los primeros siglos de la iglesia, trae su origen de las constituciones de los Príncipes, dictadas con justicia, ya por su reverencia al sacerdocio, ya tambien por la mayor utilidad

que de esto pudiera resultar para el ejercicio de tan sagrado ministerio, sin exponer el orden sacerdotal al menor insulto de los legos, confundiéndolos con estos y disminuyendo la veneracion y obediencia debida á los primeros. Los emperadores Graciano y Valentiniano por su constitucion expedida en el año 376 (1), prescribieron que las disensiones y delitos leves ó tocantes á la observancia de la religion y disciplina eclesiástica, se oigan por los sínodos diocesanos, quedando siempre exceptuadas aquellas acciones criminales donde se dispensa su audiencia, ó por los jueces ordinarios y extraordinarios, ó por las ilustres potestades.

3. Los Emperadores Arcadio y Honorio expidieren otra ley en el año de 399 (2) mandando que los obispos juzguen los delitos leves de los clérigos y todas aquellas causas que ofenden á la religion y á la santidad de sus costumbres, reservando á los jueces públicos los crímenes que miren al gobierno y policía de las repúblicas.

4. Finalmente Justiniano (3) prescribió que las causas criminales de los clérigos en los delitos comunes fuesen juzgadas de suerte que los reverendos obispos aprobasen las sentencias antes de ejecutarse, ó si disintiesen el prelado ó el juez secular, se remita el proceso al Príncipe, para que conociendo de él resuelva lo que fuere de su real agrado.

5. De este modo se estableció la exencion del clero, excepto en los delitos privilegiados ó atrocísimos, acerca de los cuales se reservó la soberanía su potestad para conocer y castigarlos, señaladamente en España, como se ve por la historia, y por nuestras leyes. En una del Fuero Juzgo establecida en el reinado de Wamba (4) se previene, «que la gente de mal, si es obispo ó cualquiera sacerdote que la non quisiere facer, debe ser echado de la tierra toda é el Rey puede facer de su bona (bienes) todo lo que quisiese.» Por los mismos principios Sisebuto, el XXII de los reyes godos, depuso á Eusebio obispo de Barcelona, por haber consentido se representasen en el teatro algunas cosas que tenian apariencia de gentilismo, y segun parecia estuvo allí á verlas (5).

6. En el reinado de Egica sobrevinieron unos alborotos, de que fue causa principal el arzobispo de Toledo Sisberto, el cual

1 Ley 23. Cod. *de episc. et cler.*
2 Ley 1. Cod. *Theodos. de religione.*
3 Novell. 123. cap. 21.
4 Ley 9. tit. 2. lib. 1. del *Fuero Juzgo.*
5 Ambrosio Morales en su historia, lib. 12. cap. 13. Saavedra en su *Corona gótica*, cap. 18.

fue condenado por sentencia del Monarca á perpetuo destierro, y despues en el décimosexto concilio Toledano, excomulgado ya y depuesto, sufrió el despojo del arzobispado, y sus bienes se pusieron á disposicion del Príncipe (1); siendo muy dignos de recordar aqui los concilios IV, V, VII y XII de Toledo, donde al paso que pusieron los padres un especial conato en señalar penas canónicas á los eclesiásticos inobedientes y sediciosos, procurando resguardar asi al Rey y á la patria de todo insulto, cuando trataron aquellas venerables asambleas de hacer mencion de bienes ó cosas temporales, lo dejaron siempre á disposicion de los Monarcas (2).

7. Despues de restaurada España del dominio de los bárbaros que la inundaron, consta por la historia la pena á que Ordoño II expuso al arzobispo de Compostela Ataulfo, por el pecado nefando de que fue falsamente acusado, habiéndole despues de aclarada su inocencia, llenado aquel Rey de especiales gracias y privilegios, en justo desagravio.

8. El señor Don Alonso el VIII pronunció por sí una grave resolucion entre Rodrigo obispo de Calahorra, y Lope prior de santa María de Nájera, privando á este por simoniaco del cargo de toda administracion eclesiástica, y expatriándole de los dominios, con la mas seria y fuerte conminacion de perder el honor y bienes todo aquel que presumiese impedirlo (3).

9. Reinando despues el señor Don Enrique III, es muy señalado en la historia el arresto que mandó hacer de Don Pedro Tenorio, arzobispo de Toledo, por la disposicion de sus rentas Reales, con que redujo la grandeza del Soberano á una abatida pobreza; habiendo igualmente preso Francisco de Lujan, corregidor de las cuatro Villas, de órden del Rey Don Fernando V el Católico, al obispo de Badajoz D. Alfonso Manrique, conduciéndole al castillo de Atienza (4), siendo no menos graves las providencias del mismo Soberano para contener las inquietudes del arzobispo de Toledo Don Alfonso Carrillo: y habiendo el señor Felipe III sacado de Portugal, y tenido preso en el convento de Calatrava á Don Juan de Portugal, obispo de Vieu, por excesos que su aficion al prior de Ocrato le hizo cometer, cuando el Rey agregó aquella corona á la de Castilla (5).

1 Idem cap. 28. num. 25. Mariana *Historia de España*, lib. 6. cap. 18.
2 Canon 3 del concilio 12 de Toledo.
3 Garibai en su *Historia de España*, lib. 12. cap. 26.
4 Zurita tomo 6 de sus *Anales*, lib. 8. cap. 17.
5 Elizondo *Pract. crim.* tom. 5. pag. 53 y 54.

10. A estos ejemplares puede agregarse en corroboracion la carta escrita por el señor Don Francisco de Vargas, orador por España en el santo Concilio de Trento, con fecha de 26 de noviembre de 1551, al obispo de Atrebatense, á quien dice que en las curias regias se conoce de todas las violencias del clero, se citan y expatrian todos aquellos eclesiasticos que turban la paz y tranquilidad de los pueblos, los que se oponen ó rebelan à la jurisdiccion Real, los que *perpetran crímenes enormes*, y no satisfacen à sus penas, los trasgresores del edicto de Madrid que prohibe la colacion de beneficios à extrangeros ó las pensiones de aquellos à favor de estos, los que obran contra los derechos y privilegios del Rey; pues este modo de proceder contra los eclesiásticos facinerosos, mas bien puede decirse, y en realidad de verdad llamarse conservacion, defensa y proteccion del estado político y sus privilegios, que quebrantamiento ó usurpacion de la inmunidad y jurisdiccion eclesiástica.

11. Aunque los testimonios referidos pudieran bastar para no dejar duda, asi en orden al ejercicio de la potestad Real inmediata de que usaron nuestros Soberanos contra los eclesiásticos de cualquier orden ó gerarquía, que perturbaron la paz y quietud de los pueblos, como tambien acerca de la reserva hecha por los Monarcas, de los crímenes privilegiados del clero para su castigo; todavía referiré varios casos ocurridos en el glorioso reinado del señor Don Carlos III, con los cuales se confirma lo que llevo dicho. El primero sucedió en la ciudad de Sanlucar de Barrameda, con un religioso que mató alevosamente à una muger, y noticioso de esto el alcalde mayor, le arrestó inmediatamente, y teniéndole en segura custodia dió cuenta al Consejo, quien habiendo consultado el caso à su Magestad, comunicó al alcalde mayor de Sanlucar de Barrameda, en 15 de marzo de 1774, una Real orden que literalmente dice asi: »En el Consejo se ha visto la representacion y testimonio que por mano de su fiscal el señor Don Pedro Rodriguez Campomanes le dirigió V. con fecha de 7. de este mes, en que da cuenta de que en el dia anterior, como à la hora de las once y media de él, en el átrio del convento de carmelitas descalzos de esa ciudad, por un religioso de la propia orden, llamado segun resulta del testimonio, Fr. Pablo de san Benito, se insultó à Doña María Luisa Tasara, de estado doncella, de edad de diez y ocho años, hija del licenciado Don Luis Tasara, abogado de esa ciudad, y que la dió violentamente muerte, degollán-

dola con un cuchillo que llaman *flamenco*; y enterado de las circunstancias con que se hizo este homicidio, causa, efecto, preparacion y demas ocurrencias de que hizo voluntaria relacion el reo, y consta por el testimonio, como tambien de lo sucedido sobre su prision, vigilancia y celo con que V. procedió à extraerle del convento de san Agustin con asenso del prior, asegurando en las cárceles al reo, y reclamacion que ha hecho de él el superior solicitando se le entregue como su juez legítimo; se ha servido este supremo tribunal, con vista de lo expuesto tambien por el señor fiscal, aprobar todo lo ejecutado por V., y ha resuelto se le encargue que mantenga en segura custodia al reo, de manera que no pueda hacer fuga de la cárcel, y excusando por ahora tenga confabulacion que perjudique à la formacion del proceso."

12. »Tambien ha aprobado el Consejo que haya procedido V. à formar la causa, justificar el cuerpo del delito, declaracion del reo y demas; y me manda encargar à V. continúe à completar la sumaria, haciéndole las preguntas necesarias, tomándole para ello declaraciones, y que estas por ahora disponga sean con asistencia del vicario eclesiástico, para evitar que à título de competencia de jurisdiccion, se retarde el curso de esta causa, la cual no se ha de detener por ningun motivo, ni omitir la menor diligencia para que cuando antes se ponga en estado, y vea el público la vigilancia con que se procede."

13. »Al mismo tiempo ha dispuesto tambien el Consejo, se escriba carta acordada al muy reverendo obispo de Sevilla, como lo ejecuto con esta fecha, à fin de que con su acreditado celo ocurra à que no se impida el progreso de la causa; que à su tiempo se proceda sin maliciosa detencion à lo que corresponda sobre la libre entrega del reo, y que tambien se avise al fiscal de la Real audiencia de Sevilla para que esté enterado y proceda en el asunto coadyuvando à V. en los recursos correspondientes, à cuyo fin dará cuenta de lo que ocurra."

14. »Por lo que mira al padre prior del carmen descalzo de esa ciudad, igualmente ha acordado el Consejo se advierta à su general, como se hace en este dia, que dé las órdenes mas estrechas al provincial y al dicho prior para que no impidan à V. ni al ordinario eclesiástico el uso de sus funciones en esta causa por ser las dos únicas jurisdicciones que tienen intervencion por ahora, y carecer de toda facultad en crímenes de esta especie los superiores regulares, cuya jurisdiccion inferior se limita à la observancia de la disciplina monástica y

correccion de los delitos menores, no teniendo jurisdiccion alguna para los atroces, ni para decidir tales competencias, ni proceder en ellas como jueces, ni aun para intervenir como partes à impedir el castigo de un reo execrable."

15. »Y finalmente ha acordado el Consejo prevenga á V. vaya dando cuenta de lo que adelantare, y si ocurriese algun incidente que requiera especial determinacion del Consejo, informando de todo con justificacion."

16. El segundo caso acaeció en Madrid, donde un presbítero dió muerte violenta en 23 de agosto de 1776 à un hortelano llamado Diego Ruiz; de la que conoció un señor alcalde de Corte. Arrestó al presbítero, y le formó la sumaria; y habiéndose dado cuenta al Consejo, con audiencia de los tres señores fiscales de él, se mandó en decreto de la Sala primera de gobierno en 1.° de marzo de 1777, que el alcalde se arreglase à las providencias dadas en la causa de Sanlucar de Barrameda, y lo mismo la Sala y el fiscal de ella respectivamente, comunicándose carta acordada al reverendo arzobispo de Toledo en los mismos términos que la que se dirigió entonces al de Sevilla para proceder con igual arreglo, y conseguirse el mismo efecto de sustanciar la causa por el juez Real seglar acompañado del juez ó vicario eclesiástico, para que à su tiempo pudiese este hacer la degradacion si el caso lo requiriese segun los sagrados cánones.

17. El tercer caso ocurrió en la Real chancillería de Granada con motivo de la causa formada contra Fr. Francisco Ramirez, religioso agustino calzado de la provincia de Andalucía, por haber cometido delitos de la mayor gravedad, en razon de lo cual se dirigió al señor presidente de aquella chancillería la carta acordada siguiente.

18. »Habiéndose visto en el Consejo el dia 15 del corriente las representaciones y documentos dirigidos à él por el gobernador que fue de esas salas del crimen Don Francisco Guillen de Toledo, sobre el estado en que se hallaba la causa formada contra Fr. Francisco Ramirez, religioso agustino calzado de la provincia de Andalucía, y preso en las cárceles de esa chancillería por haber cometido delitos de la mayor gravedad; ha acordado este tribunal se escriba à V. S. carta acordada por mi mano para que haga que la Sala de alcaldes, donde se halla radicada dicha causa contra Fr. Francisco Ramirez, dipute uno de sus ministros, que le tome la confesion con intervencion y asistencia del eclesiástico, en quien el provisor de

Córdoba ha delegado su jurisdiccion à este efecto; le admita las defensas que expusiere, sustancie la causa en toda forma, siempre con intervencion del citado eclesiástico, y la determine definitivamente, pasando el oficio correspondiente al juez eclesiástico para la degradacion y consignacion libre del citado reo à la justicia Real; y en caso de que en ello se ofrezca alguna duda ó resistencia, el fiscal de su Magestad introduzca en la chancillería el recurso de fuerza correspondiente, dando cuenta de todo al Consejo, sin suspender la ejecucion de la sentencia: lo que participo à V. S. para su cumplimiento, dándome aviso del recibo de esta para ponerlo en noticia del Consejo. = Nuestro Señor &c. Madrid y junio 25 de 1784."

19. Despues con fecha de 27 de febrero de 1787 se expidió en orden al mismo asunto la Real cédula siguiente.

20. »El Rey, Presidente y oidores de mi audiencia y chancillería recidentes en Granada, sabed: que por el gobernador de esas salas del crímen y el corregidor de Bujalance, se dió cuenta al mi Consejo con remision de varios testimonios, de la causa formada à Francisco Ramirez, religioso apóstata del orden de san Agustin, de la observancia, por la herida que en el dia 31 de agosto de 1775 dió á su hermano Don Gregorio Ramirez, de que se decia haberle resultado la muerte, y otros excesos: en su vista mandó el mi Consejo por auto de 15 de junio de 1784 se escribiese carta acordada por medio de mi primer fiscal, que entonces era Don Santiago Ignacio Espinosa, como se hizo en 25 del propio mes al presidente de esa chancillería, para que hiciese que la sala de alcaldes en donde se hallaba radicada dicha causa, diputase uno de sus ministros que tomase la confesion al citado religioso, con intervencion y asistencia del eclesiástico, en quien el provisor de Córdoba habia delegado su jurisdiccion à este efecto; le admitiese las defensas que expusiese, sustanciase la causa en toda forma, siempre con intervencion del citado eclesiástico, y la determinase definitivamente, pasando el oficio correspondiente al juez eclesiástico para la degradacion ó consignacion libre del citado reo à la justicia Real; y que en caso de que en ello se ofreciese alguna duda ó resistencia, introdujese mi fiscal en esa chancillería el recurso de fuerza correspondiente, dando cuenta de todo al mi Consejo, sin suspender la ejecucion de la sentencia." Habiendo la sala del crímen diputado en su consecuencia para el conocimiento de esta causa al alcalde Don Carlos Simon Portero, pasó este el oficio correspondiente al provisor que era de esa diócesis, Don Antonio de

la Plaza, delegado del de Córdoba, participándole dicha providencia para proceder con su intervencion: y con fecha de 26 de agosto del referido año de 1784 hizo al mi Consejo el nominado provisor una dilatada representacion, manifestando las dudas é inconvenientes que se le ofrecian sobre la ejecucion de la providencia contenida en dicha acordada, y exponiendo entre otras cosas, que la herida no fue ejecutada con premeditacion y alevosía, sino casualmente y en riña que se suscitó entre los dos hermanos, á que se agregaba haber hecho apartamiento y perdonado el agravio Doña Antonia Laz y Castro, viuda de Don Gregorio: que por estas y otras consideraciones no era el delito de calidad que pudiese eximir á dicho religioso de las reglas comunes y sujetarle á un método particular, separarle de su fuero y privilegio clerical, ni despojarle de la inmunidad, como cuando el delito es enorme y atroz, con las circunstancias singulares de dolo, premeditacion y seguridad en la ejecucion, mediando arma prohibida, escándalo, crueldad y expectacion pública de que nada resultaba en los autos; y que con atencion á todo, parecia corresponder el conocimiento de esta causa al juez ordinario eclesiástico, quien procederia con citacion del mi fiscal, el cual podria en cualquier caso oportuno introducir los correspondientes recursos de fuerza y demas competentes: en su inteligencia, de las instancias que hizo el nominado Fr. Francisco solicitando entre otras cosas se le libertase de su dura y dilatada prision, y lo que representó en el asunto el gobernador de esas salas del crimen, y expuso sobre todo mi fiscal; acordó el mi Consejo en otro auto de 26 de agosto de 1785, que el presidente de ese tribunal hiciese recoger los autos originales que obraban en la sala del crimen contra el Fr. Francisco sobre la muerte dada á su hermano Don Gregorio, y dispusiese á la mayor brevedad la remesa de aquellos al mi Consejo, juntamente con el memorial ajustado, firmado del relator y rubricado del juez de la causa, á cuyo fin se escribió la carta correspondiente al decano de esa chancillería, que interinamente la presidia, quien en su virtud dirigió al mi Consejo los referidos autos y memorial ajustado en 16 de setiembre del propio año de 1785. Con papel de 26 de noviembre de 1786 remitió de mi orden el conde de Floridablanca al Consejo, para que tomase la providencia que estimase conveniente, dos representaciones que dirigió á mis Reales manos el citado Fr. Francisco, solicitando se le pusiese en libertad para venir á defenderse en mi Consejo, ó que en defecto de esto se le señalasen seis reales diarios para sus alimentos, ya fuese de

sus bienes embargados ó de cualesquiera otros efectos, respecto à la suma miseria que padecia en la prision. Con vista de todo y de otras representaciones hechas en el asunto por el alcalde comisionado y el nominado religioso, y lo que expuso nuevamente mi fiscal, declaró el mi Consejo en decreto de 22 de enero próximo, que el conocimiento de la referida causa corresponde privativamente al provisor de esa diócesis, mandando se le remitan dichos autos, como se ejecutó con orden de esta fecha, à fin de que los continúe con intervencion del sustituto de mi fiscal en ese tribunal para que avive su continuacion, é introduzca en su defecto los recursos de fuerza correspondientes, y demas que le competan, segun se observa en los de inmunidad local, à que tiene condescendencia el citado provisor en su representacion de 26 de agosto de 1784. Asimismo declaró el mi Consejo que los alimentos del citado religioso deben ser de cuenta de su orden de san Agustin, de que aun no está separado, y en su consecuencia ha mandado que la misma orden ó comunidad de agustinos del convento de esa ciudad, ó del en que últimamente estuvo destinado dicho religioso, le asista con los alimentos necesarios y precisos à su decente manutencion; para lo cual deberá entenderse el provisor con el provincial de dicha orden, y atender à las instancias del enunciado Fr. Francisco, sobre el derecho à unas capellanías que dice le pertenecen en el obispado de Córdoba, precedida la correspondiente licencia de su superior. Y se acordó tambien expedir esta mi cédula, por la cual os mando dispongais que la sala del crimen y su ministro diputado, que hasta ahora han conocido de la citada causa de *fratricidio*, entreguen al nominado provisor de esa diócesis la persona del expresado Fr. Francisco para que pueda cumplir la referida orden, que con remision de los autos traidos de esa chancillería se le comunica, que asi es mi valuntad."

21. De todo lo dicho se deduce que en los delitos gravísimos como los de asesinato ú otro semejante, puede el juez Real arrestar en su cárcel aunque sea à un sacerdote secular ó regular, y mucho mas à cualquier clérigo de menores órdenes; que debe dar cuenta à su prelado eclesiástico y al Consejo; y que el juez eclesiástico y el juez seglar pueden sentenciar la causa juntos, formando solo un proceso, como si los dos compusieran un juzgado; y en caso de que discorden en las providencias de sustanciacion (para lo cual no hay motivo arreglándose à las fórmulas que prescriben las leyes canónicas y Reales) podrán y deberán consultar de buena fe à sus superiores, y cuando no se conformen

estos, introducir el recurso de fuerza. Sin embargo procurarán los jueces seglares, si tienen proporcion en la cárcel, poner al eclesiástico en prision la mas decente y cómoda que sea posible y compatible con la seguridad de su persona, tratándole con el debido respeto y moderacion, para que conozca que en lo posible se le guarda la veneracion debida al sacerdocio, ó á las órdenes que tenga.

22. Para acreditar este respeto se dirá en el auto que se dé para su arresto: » que por lo que resulta de la informacion sumaria ó notoriedad del caso, se arreste la persona de Don F., sacerdote ó regular á nombre de la jurisdiccion eclesiástica por ahora, y con la calidad de detenido, protestando entregarle en el caso de que por la superioridad á quien va á dar cuenta del proceso ó su captura, se determine."

23. Este es el modo con que deben proceder las justicias Reales en el caso de que algun eclesiástico ó religioso regular cometan en el distrito de su jurisdiccion algun delito atroz de los que van indicados; pero de los demas delitos que no sean atroces conoce exclusivamente el juez eclesiástico, y el modo de proceder que se observa en estos tribunales se diferencia muy poco de los seculares, como se verá por el siguiente resumen sacado de la *Práctica criminal* del señor Gutierrez (1).

24. »El juicio criminal eclesiástico, segun las leyes patrias y práctica adoptada en las curias, ha de principiar por acusacion, denuncia ó delacion, ó pesquisa. En la primera no se usa ya la suscripcion ú obligacion de sufrir, no justificándose el delito, la pena del talion, á que se ha sustituido otra arbitraria; y aunque en las decretales se permite á todos acusar fuera de ciertas personas que hemos mencionado en el capítulo de la acusacion (2), se halla introducido que en casi todos los delitos acuse un fiscal ó promotor fiscal, y prosiga la causa hasta su determinacion. La delacion que se asemeja á la acusacion, es una manifestacion secreta al juez del delito cometido por alguna persona para que se la castigue dignamente, sin obligarse á probar ni hacer otra gestion en la causa, aunque sí han de declararse los fundamentos ó presunciones que haya contra el delatado, en cuya virtud procede el juez de oficio á la averiguacion del crimen y su autor. Y en fin por pesquisa se comienza una causa criminal, cuando el juez eclesiástico hace por sí mismo dicha investigacion interviniendo en vez de acusador ó delator la fama pública contra al-

1 Tomo 2.° pág. 5 y siguientes.

2 Es el 1.° del título 2.°

guna persona, cuyo modo de proceder es muy comun, y da márgen á la acusacion del fiscal ó promotor fiscal.

25. Hechas las correspondientes averiguaciones, y resultando culpada alguna persona, debe considerar el juez si ha de ponérsele en una prision, dejársele en libertad bajo fianza, ó citársele para que comparezca á declarar, á cuyo fin han de tenerse presentes sus circunstancias, la clase del delito, y las pruebas ó presunciones. Aunque en lo antiguo no habia cárcel señalada para los clérigos, pues se excomulgaba á los delincuentes, ó se les recluia en monasterios para enmendarse y hacer penitencia, trasladada con el tiempo la forma de enjuiciar de los tribunales seculares á los eclesiásticos, hicieron estos tambien cárceles para sus reos. Si el citado dos ó mas veces, sin legítimo impedimento, no se presenta al juez en los términos que se le señalen, le declarará por contumaz, é impondrá la correspondiente pena que es la de excomunion ú otra espiritual, teniéndose en consideracion la mayor ó menor gravedad del delito y de la contumacia.

26. Presentado ó preso ya el reo, ha de ser examinado debidamente, y responder categórica é inmediatamente, sin dársele ninguna dilacion para deliberar, á todas las preguntas que conforme á derecho le haga su propio juez, segun el interrogatorio que el fiscal ú otro oficial tiene que presentarle á la mayor brevedad despues de la citacion; y si el reo negase haber cometido el delito, habiendo contra él fuertes presunciones ó testimonios, han de hacérsele presentes para convencerle de mendaz y perjuro, amonestándole que por derecho divino y humano se halla obligado á decir verdad. Conforme á la legislacion civil y canónica antigua habia de presenciar dicho exámen el acusador, mas por derecho moderno se ha sustituido á este el fiscal, si bien en nuestra España solo interviene en algunos tribunales eclesiásticos, no requiriéndose generalmente mas que la presencia del juez y notario.

27. Luego que se haya recibido su confesion al acusado, y finalizado la sumaria, se entrega el proceso al fiscal, para que apoyado en lo que resulte de él, formalice y presente la correspondiente acusacion, de que ha de darse traslado al reo para que satisfaga á ella y se defienda. Despues, recibida la causa á prueba, los testigos examinados en el sumario deben ratificarse con citacion del reo ó su procurador, á fin de que sepa quienes son, y presencie su juramento, en cuyo acto puede aquel segun lo que se observa en las curias eclesiásticas, y se abolió

hace mucho tiempo en los tribunales seculares, pedir los capítulos de su inquisicion para hacer un interrogatorio, por el que han de examinarse en el término asignado los testigos antes de hacer sus ratificaciones, protestando de lo contrario la nulidad de lo actuado. En aquellas no es necesario un completo examen, pues basta que se lean á los testigos sus declaraciones para que las aprueben, reprueben ó corrijan, á no ser que el acusador ó fiscal haya alegado cosas nuevas para mayor justificacion de la culpa. Cuando los procesados renuncian en los tribunales eclesiásticos la ratificacion de los testigos, lo cual no debe hacerse con ligereza, mayormente en las causas graves, suelen hacerlo con la cláusula de *salvo el derecho de la ratificacion*, en cuyo caso si se hace, es á su costa, siendo asi que haciéndose en el debido tiempo, es á expensas del acusador ó fisco.

28. Ademas de haber de ratificarse los testigos de la sumaria puede el acusador ó fiscal hacer en el plenario nuevas pruebas, y presentar otros testigos para que se examinen con igual citacion del reo ó su procurador, asi como tambien estos en vista del proceso que ha de entregárseles, pueden formar su interrogatorio, y valerse de testigos que depongan á su tenor con citacion del fiscal ó ocusador, quienes, segun se ha dicho del acusado, podrán pedir el interrogatorio de este, ó los artículos de su defensa para presentar otro, á cuyas preguntas hayan de responder los testigos presentados por el reo.

29. Conclusas y publicadas las probanzas, debe el juez examinar con el mayor cuidado todo el proceso para pronunciar una justa sentencia, y no decretará el horrendo tormento, aunque la causa sea grave, no haya prueba plena del delito, y el reo por su calidad pueda ser atormentado, por haberse desterrado aquella abominable práctica de los tribunales eclesiásticos.

APÉNDICE OCTAVO.

Sobre el modo de proceder en las causas de contrabando.

En el prontuario de delitos y penas que se insertó en el tomo anterior, palabra *contrabando*, se habló en general de lo que constituía este delito, y de las penas con que se castiga, reservando para este lugar como mas oportuno todo lo relativo á la sustanciacion de estas causas. Aunque son varios los tratados particulares que se han publicado sobre los juicios de contrabando, entre los cuales se distingue el del señor Don José Lopez Juana Pinilla, por su buen método, exactitud en las noticias y copiosos formularios: como el modo de proceder ha variado esencialmente con el reglamento que de orden de su Magestad se publicó en 11 de febrero de 1825, y en que se prescriben las reglas que han de observarse para sustanciar con celeridad tales causas; me ha parecido lo mas conveniente insertarle à la letra, juntamente con los modelos que para la formacion de aquellas y en conformidad á dicho reglamento se sirvió aprobar su Magestad, y se publicaron por el Ministerio de Hacienda. Con esto y la Real instruccion de 8 de junio de 1805, que tambien está vigente en lo que no previene el reglamento, adquirirán los legistas y escribanos la instruccion suficiente, asi en orden à las disposiciones penales en este ramo, como tambien sobre los trámites de estos juicios.

REGLAMENTO

PUBLICADO DE REAL ORDEN EN 11 DE FEBRERO DE 1825.

Queriendo el Rey nuestro Senor poner término á los males que produce el escandaloso tráfico ilicito que destruye todos los ramos de la riqueza pública, y en el interin que se establecen los resguardos generales marítimo y terrestre, cuya propuesta se halla encomendada á una comision especial creada al efecto; se ha dignado resolver su Magestad que por via de ensayo, y por término de cuatro meses, que serán prorogados ó reducidos, segun lo tenga por conveniente, se establezcan en todos los distritos militares por disposicion de los capitanes ge-

nerales, con acuerdo de los intendentes y subdelegados de rentas de las provincias, columnas móviles de tropa activa mandadas por gefes bizarros, decididos y celosos de la prosperidad de la monarquía, que en todas direcciones persigan, aprehendan y exterminen el contrabando y los delincuentes contrabandistas, enemigos declarados del Estado, segun los deseos indicados y promovidos por el señor secretario del Despacho de la Guerra (1). *Y para que las causas se sustancien con celeridad, de modo que los perseguidores y aprehensores del contrabando reciban luego la parte que les corresponda, su Magestad, conformándose con lo propuesto por los asesores de la superintendencia general de Real Hacienda, se ha dignado aprobar con la misma calidad de provisional, el reglamento que sigue para que, conforme á él y á la instruccion de 8 de junio de 1805 que acompaña, se proceda por las mismas columnas y por los capitanes ó comandantes generales respectivos de las provincias, intendentes, administradores de rentas y comandantes de los resguardos, cada cual en la parte que les corresponde.*

Artículo 1.° En cada provincia ó partido, segun se crea mas conveniente, se destinará en comision una, dos ó mas columnas móviles ó volantes de tropa escogida por su valor, actividad y conducta para perseguir, procesar y castigar los contrabandistas de toda clase, y aprehender los contrabandos con las caballerías, carruages, embarcaciones, armas y efectos que se les hallen.

Art. 2.° La fuerza de cada una de estas columnas, los gefes y oficiales que han de mandarlas, sus direcciones, líneas, situaciones, divisiones y lo mas que importe á su mejor establecimiento y desempeño, ha de disponerse por los respectivos capitanes ó comandantes generales de las provincias; pero para el mayor acierto oirán antes en una junta al intendente, administradores de rentas y comandantes de los resguardos de ellas, quienes podrán hacer las observaciones que estimen mas importantes al Real servicio.

Art. 3.° Esta junta se formará inmediatamente por disposicion de los capitanes ó comandantes generales que la presidirán, concurriendo á ella sin excusa los demas gefes que cita el artículo anterior.

Art. 4.° Con presencia de todos serán árbitros los capitanes ó comandantes generales de señalar al principio y variar despues

1 Por decreto de 9 de marzo del año pasado se sirvió su Magestad crear un cuerpo de carabineros de costas y fronteras para perseeucion del contrabando, cuyos principales artículos se insertarán á continuacion de este reglamento.

la direccion, situacion, desmembracion ó fuerza, que segun las circunstancias de la provincia, operaciones de las columnas ó noticias que vayan adquiriendo, consideren mas convenientes, sin que las autoridades de la Real Hacienda, que hay en las mismas provincias, puedan alterarlas, ni mezclarse en aquellas resoluciones; ciñéndose á exponer y representar lo que crean mas util para las operaciones de los militares en fuerza de los partes y ocurrencias que sepan, y de que tendrán proporcion por sus destinos.

Art. 5.° Peso podrán sin embargo las autoridades y los resguardos de la Real Hacienda perseguir, procesar y castigar los contrabandistas; de manera que ni estas impidan á las tropas sus funciones, ni estas las de aquellas, antes bien si se piden auxilio mutuamente se lo darán; pues el objeto de este reglamento es aumentar la cooperacion de fuerzas y autoridades para extirpar el contrabando.

Art. 6.° Por consiguiente toda competencia ó medida que turbe la armonía y el eficaz cumplimiento de estas determinaciones, será mirada con el mayor desagrado, y se castigará con rigor.

Art. 7.° Los capitanes ò comandantes generales, las columnas móviles ò volantes que destinen, y todos sus dependientes estarán sujetos en esta materia de persecucion de contrabandistas á la autoridad y jurisdiccion del secretario de Estado y superintendente general de la Real Hacienda, cuyas órdenes ejecutarán puntualmente sin excusa, dándole cuenta de las medidas que tomen y desempeñen por estados mensuales, de las causas que se formen, y consultándole las providencias, sentencias y fallos que en ellas se pronuncien. Y por apelacion quedan sujetos al supremo Consejo de Hacienda, todo segun los casos y bajo el método de sustanciacion que se establece en este reglamento, á cuyo fin y para estas comisiones y columnas militares se derogan los anteriores en lo que sean contrarios al presente; pues en todo lo demas quedan vigentes las leyes, instrucciones y órdenes que hasta aqui rigen en esta materia.

Art. 8.° Por lo mismo se declara que el gefe de cada columna móvil es en estos casos un subdelegado en clase de extraordinario de dicho excelentísimo señor superintendente general de la Real Hacienda, juez privativo en todas sus causas. Y dicho gefe con los mas funcionarios de su columna, que con su asesor, fiscal y sargento, que ha de hacer de escribano principal en ella, constituyen en la línea que se les demarque un juz-

gado, que se llamará subdelegacion militar en comision movil ò volante para las causas de fraude de la Real Hacienda, con subordinacion y dependencia del citado superintendente general de ella.

Art. 9.° Cada columna movil ó volante para la mejor expedicion de sus operaciones tendrá demarcada por el capitan ò comandante general una línea, que recorrerá á la contínua de dia y de noche, cuidando principalmente de todos los puntos de desembarcos, pasos y barcas, límites de las fronteras, caminos y veredas excusadas que conduzcan à ciudades y pueblos de consideracion, puertos, ferias, mercados ó puntos de consumo, introduccion, circulacion ò despacho. Pero los capitanes ò comandantes generales podrán cambiar las columnas de una línea à otra, y ellas entre sí se auxiliarán segun la exigencia de los casos, oficiándose los gefes con armonía y sin emulacion.

Art. 10. Para conocimiento de estas líneas se numerarán las de cada provincia, empezando por el número primero.

Art. 11. Las divisiones ó partidas en que se distribuya la fuerza de la columna serán proporcionadas á los riesgos y sitios á que se destinen; teniendo especial cuidado de que en cada una de ellas vaya mandando una persona capaz, que se declara ser la encargada para formar los procesos que ocurran, y que lleve un sargento ó cabo que pueda hacer de escribano, á quienes para esto se autiza en forma.

Art. 12. Para toda la columna habrá un fiscal electo por el gefe en la clase de oficiales, á quien se pasarán los procesos antes de fallarse, para que dentro de veinticuatro horas exponga lo conveniente.

Art. 13. Asimismo tendrá cada columna un asesor letrado, en quien concurran las circunstancias de realista, probidad, desinterés, actividad é instruccion, con el cual se han de consultar las dudas que se ofrezcan; y con su dictamen providenciará y fallará los procesos el gefe de la columna; eligiendo este un sargento de inteligencia y conducta, que autorizará el obrado en concepto de escribano principal.

Art. 14. El mérito que contraigan estos funcionarios y la tropa en el desempeño de su encargo será recomendado particularmente á su Magestad para los premios, ascensos ò gracias que se dignare dispensar.

Art. 15. El asesor estará por lo regular en compañía del gefe de la columna, á no ser que este ó el capitan general deter-

minen, por circunstancias particulares que lo exijan, el que salga à otro punto.

Art. 16. Será propuesto el asesor por el gefe de la columna en terna, que remitirá al capitan general ó comandante general de la provincia, para que este elija de tres el que halle mas à propósito; y en seguida dará parte al superintendente general de la Real Hacienda, para que confirme el nombramiento, ò ponga otro en su lugar si lo tiene por conveniente.

Art. 17. El asesor de cada columna tendrá alojamiento y bagage como un teniente, gozará derechos procesales, que se pagarán como las costas, con arreglo al arancel de Rentas Reales, y tambien tendrá una parte de aprehension en los contrabandos que se le señalará, y ademas será su sueldo diez duros al mes, que se le satisfarán puntualmente y con anticipacion mensual por la tesorería de provincia, la cual será reintegrada despues de la parte que se destine para ello en las aprehensiones.

Art. 18. Si enfermase el asesor, podrá el gefe de la columna valerse de otro provisionalmente, dando cuenta despues al capitan ò comandante general; y si llegase à imposibilitarse de continuar en su destino, se reemplazará con igual propuesta, terna y método que previene el artículo 16.

Art. 19. Los tribunales, corregidores y justicias Reales, los intendentes, subdelegados y demas autoridades de Rentas, y todas las que haya en los pueblos de la demarcacion de cada columna, prestarán á los gefes de estas, sus asesores, actuarios y tropa de su mando (asi que se den à reconocer oficialmente, como lo harán al momento) todos los auxilios que necesiten segun ordenanza, dejándoles expeditas sus facultades, y haciendo que todos concurran sin excusa á declarar ante ellos cuando sean llamados, sin promover la menor competencia, causar dilaciones ú otros disgustos, bajo responsabilidad que se les exigirá irremisiblemente.

Art. 20. Se derogan todos los fueros particulares para estas causas, de que han de conocer sin distincion de personas, cualquiera que sea su graduacion, estado ò caracter, los gefes, asesores y actuarios respectivos de estas columnas móviles, y únicamente para los que gocen fuero eclesiástico se conservará lo prevenido en la Real cédula de 8 de febrero de 1783, que es la ley 18. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Rec. citada al fin del artículo 19 de la Real instruccion de 8 de junio de 1805, cuanto à la imposicion y ejecucion de las penas personales à que procederán

sus superiores eclesiásticos, con testimonio que se les remita; pues en orden à las pecuniarias, declaracion de comiso y costas, conocerán y fallarán los referidos actuarios de las columnas, como lo hicieron siempre los subdelegados de Rentas, acompañándose de los párrocos ò personas que nombrarán ante los reverendos ordinarios para la recepcion de declaraciones y confesiones de los reos que gocen fuero de la iglesia, segun el artículo 18 de la citada instruccion de 1805.

Art. 21. Podrán estas columnas y sus partidas asistir al fondeo de las embarcaciones que lleguen á los puertos de su demarcacion, guardando las instrucciones comunicadas sobre esta materia, y con los buques de potencias extrangeras los tratados con ellas vigentes.

Art. 22. Asimismo podrán hacer los registros que tuviesen por conveniente en las casas de los comerciantes y demas contra quienes haya algun indicio de fraude, procurando asociarse para estos actos, siendo posible, para no malograr la accion, de algun individuo de justicia del pais, à fin de evitar quejas y encuentros; y observando sobre esta parte el artículo 18 de la citada real instruccion de 8 de junio de 1805 para los casos en que haya de entenderse con eclesiásticos ò lugares sagrados.

DE LA SUSTANCIACION DE LOS PROCESOS CON REOS PRESENTES.

Art. 23. La sustanciacion de estas causas será sencilla, rápida y clara; de modo que se abrevien todo lo posible, como ha sido siempre la intencion de las leyes é instrucciones de esta materia, sin que por esto dejen de contener lo necesario para el fallo; à saber, que conste, aunque sea por las pruebas privilegiadas, que para estos casos se admiten, el delito, el delincuente, y se oigan sus descargos si los diere.

Art. 24. Sea regla general la siguiente. En todas las causas de contrabando de Rentas provinciales, generales ò de aduanas, en que por las instrucciones vigentes no se impone al reo pena corporal, sino la de comiso, multa, costas, apercibimiento y carcel correccional, no excediendo el valor de todo lo que se decomisa y el de las multas que se imponen de veinte mil reales; el proceso ha de reducirse (como antes estaba mandado para las causas de valor de mil reales por el artículo 22 de la instruccion de 1805) á un testimonio escrito en papel sellado de oficio, que ha de ser jurado por los testigos, peritos y por los que contenga en relacion el sitio, tiempo, modo, sugetos y todas las demas circunstancias de la aprehension, el reconocimien-

to del género por dos vistas ó peritos, que han de decir por partidas individuales su calidad, valor, procedencia, y si el género es ó no de permitido comercio; su depósito, que pudiendo ser se hará al pronto, ò al menos se trasladará despues, en una aduana, administracion de Rentas, estanquillo ò casa decente, abonada é imparcial; y de lo que conteste el reo, y documentos que presente en el acto ò en las veinticuatro horas siguientes, porque despues no se le admitirán en razon de la procedencia, direccion, consignacion ò pertenencia; cuyo testimonio extendido bajo un contexto se concluirá en tres ò cuatro dias, y lo firmará el gefe ú oficial que actúe, y si saben los aprehensores, los vistas ò peritos, y el reo ò reos, con cuya presencia ò citacion se hará todo; lo autorizará el sargento ò cabo que haga de escribano; y al siguiente dia de su conclusion, todo cerrado, se remitirá por un soldado al gefe de la columna.

Art. 25. Asi que llegue el testimonio al gefe, lo pasará al fiscal para su exposicion dentro de veinticuatro horas, y en seguida al asesor, con cuyo dictamen se proveerá auto, que firmará con el gefe, y autorizará el sargento escribano, declarando ó alzando el comiso de los géneros, caballerías, carruages, utensilios ò embarcaciones en que se condujesen, segun los casos en que alcance el comiso à todo (de que se hace explicacion en el artículo 44), se impondrá la multa de treinta por ciento sobre el valor de los géneros extrangeros de algodon, y en los demas el quince por ciento y las costas al sugeto ó sugetos que sean reos, ò lo merezcan; apercibiéndolos con mayor rigor si reinciden. Dado este auto, se extenderá por el sargento escribano la tasa de costas, segun arancel de Reales Rentas, y en seguida se devolverá el expediente sin dilacion al oficial que lo formó, si aun existe, y si no al que mande la partida, division ò distrito à que corresponde su aprehension.

Art. 26. Este auto se ejecutará puntualmente por el mencionado oficial, à quien se devuelve, y de él no habrá recurso ni apelacion. Por consiguiente si se alza el comiso, y manda devolver los géneros, asi se cumplirá sin réplica; y si se declara y aprueba el comiso, se venderán sus efectos en pública subasta, haciéndolo al menudo de los géneros prohibidos para evitar nuevos fraudes; y si no fuere posible la venta sino en piezas, no habiendo en el pueblo establecimiento ò comisionado de la compañía de Filipinas que compre el comiso por su valor, y con el aumento que previenen las Reales órdenes, en cuyo caso se le entregarán sin proceder á la subasta; se hará esta co-

mo queda dicho, entregando á los compradores de las piezas un resguardo, que sirva tambien á precaver que con aquel motivo se despachen iguales géneros de fraude.

Art. 27. La subasta se hará en la aduana ó administracion donde esten los géneros, ó en otro sitio que sea mas conveniente para el mejor y mas pronto despacho á juicio del oficial de la partida aprehensora, y con presencia de este y de dos de sus sargentos y cabos, ó de los soldados, segun estos quieran elegir, para hacerse de su importe y de las multas la distribucion competente, segun se dirá; asistiendo tambien á la venta para los fines convenientes á la Real Hacienda la justicia ó un regidor del pueblo en que se verifique la subasta, si no fuere en la aduana ó administracion; en cuyo caso ya la presenciará su gefe, contador ò alcaide.

Art. 28. Aunque de las causas referidas queda declarado que no ha lugar à otros trámites, recursos, ni al de apelacion, siempre se dará cuenta de ellas por copia certificada, que firmará el oficial que las forme, y el sargento ò cabo que las autorice, que se remitirá por medio del gefe de la columna al capitan ò comandante general de la provincia, despues de verificada la subasta, ademas del parte oficial que se dará inmediatamente al acto de la aprehension; y el capitan ò comandante general incluirá estos partes en el estado mensual que previene el artículo 7.°, y dirigirá las otras copias certificadas de los procedimientos, asi que las reciba, al superintendente general de la Real Hacienda, quien en su vista podrá advertir lo que estime justo, ò mandar exigir la responsabilidad à quien convenga, si viere algun defecto ò motivo en el obrado.

Art. 29. Si el valor de los artículos decomisados, con inclusion de las multas, pasa de veinte mil reales, el proceso ha de reducirse al mismo método de un testimonio en la relacion de las circunstancias que detalla el artículo 24, con solo la diferencia de que ha de tomarse al reo la confesion en actuacion separada; y si es menor de veinticinco años con autoridad de un curador, que él ha de nombrar al pronto, y por su omision lo hará de oficio el que forme el expediente, quien en acto contínuo notificará à las partes que lo recibe à prueba por ocho dias siguientes al de la confesion improrogables y contínuos, con todos cargos y sin mas citacion; dentro de los cuales se admitirán los documentos y testigos que presenten al tenor del escrito é interrogatorio de cada uno el reo ó la parte fiscal; y si el de la columna no está alli, por no atrasar las diligencias con ir

á buscarlo, hará para ellas de fiscal en el proceso de que se trate el oficial de mas graduacion, despues del que lo forma, quien á falta de oficial elegirá para este fin en el mismo auto de prueba al sargento ó cabo que estime mas á propósito: y concluidos los ocho dias, al siguiente se remitirá por un soldado el expediente cerrado, con las pruebas que se hayan dado, ó nota de que no se dieron, y un oficio al gefe de la columna.

Art. 30. Este inmediatamente pasará dicho obrado al fiscal, y con la exposicion de este al asesor para el fallo correspondiente segun lo prevenido en el artículo 25, y sin notificacion á las partes, remitirá el expediente original con el fallo, y un oficio al capitan ó comandante general de la provincia, para que este, quedándose con una nota instructiva (que llevará por asientos respectivos á cada columna ó línea), lo dirija con otro oficio en consulta al superintendente general de la Real Hacienda para la aprobacion ó reforma; y con lo que este resuelva se ejecutará el fallo por el oficial que formó el expediente, ó el que mande entonces en el distrito á que corresponde la aprehension, á cuyo fin se le devolverá por los mismos conductos que lo han remitido, sin permitirse otro recurso ni apelacion, á no ser que el valor de lo decomisado, con inclusion de las multas, pase de cincuenta mil reales; pues en este caso el reo ó la parte fiscal dentro de cinco dias siguientes al de la notificacion del fallo, que se intimará despues que venga la decision de dicho superintendente general, podrán interponer por escrito la apelacion para ante el supremo Consejo de Hacienda, adonde se remitirá el obrado de oficio, si es á instancia fiscal, y á costa del reo si es á la suya, por los mismos conductos que quedan señalados del gefe de la columna y capitan general de la provincia para que estos respectivamente en sus asientos puedan tomar razon del estado de los asuntos.

Art. 31. El supremo Consejo de Hacienda sustanciará y concluirá la segunda instancia, en el caso referido en el anterior artículo, conforme á este reglamento, dentro de treinta dias improrogables, contados desde que lleguen los autos á su escribanía; y los devolverá despues de fallados, sin admitir mas súplica ni recurso para la puntual ejecucion de lo últimamente resuelto, lo cual se realizará por el mismo orden que queda señalado para los demas casos.

Art. 32. Aunque el valor del comiso y de las multas pase de veinte mil reales y aun de cincuenta mil, se declara que dado el fallo por el gefe de la columna, con dictamen de su asesor,

si aprueba el comiso, sin esperarse la confirmacion ó reforma del superintendente general, ni la apelacion en su caso para el supremo Consejo de Hacienda, se puede proceder á la venta y distribucion de una parte de dicho comiso hasta la cantidad de una buena ayuda de costa ó gratificacion, que debe ser efectiva para premio y estímulo de los aprehensores; la cual se graduará en el fallo cuánta ha de ser con proporcion al valor del comiso y á los interesados, y riesgos que hubiese en la aprehension; para cuya venta parcial dará la orden el gefe de la columna al oficial que formó el expediente, ó al que esté mandando en aquel distrito, quien para llevarla á efecto se arreglará á lo prevenido para las ventas en los artículos 26, 27 y 28. Y el gefe de columna remitirá dicha orden, con insercion de la parte del fallo en que se gradúe lo que al pronto se ha de vender; al mismo tiempo que dirigirá, segun el artículo 30, el expediente original al capitan ó comandante general de la provincia para lo que alli se expresa. De modo que si el superintendente general en su providencia, con vista de la consulta del expediente, ó el supremo Consejo de Hacienda, en el caso que haya segunda instancia, desaprueban el fallo, serán responsables al reintegro de lo por el pronto distribuido el gefe de la columna y su asesor, ademas de las providencias que tomen dichas superioridades; y por lo mismo se encarga el mayor miramiento en sus procedimientos y fallos.

DE LAS CAUSAS DE AUSENTES Ó REBELDES.

Art. 33. Si el reo fugó, ó no se halló con el fraude, ni se sabe quién es, en tal caso el proceso se forma y sustancia segun lo que queda explicado en los artículos anteriores, pero sin consulta ni apelacion, cualquiera que sea el valor del comiso y de las multas; aunque se dará cuenta de estas causas segun y para los fines que expresa el artículo 28, y no habrá necesidad de llamar los reos por edictos, porque esta sustanciacion en las causas en que no se impone pena personal, se conoce inutil y dilatoria; ademas de no ser justo que los tribunales se esfuercen en oir á los que con su fuga demuestran que no quieren ó no pueden defenderse.

CAUSAS EN QUE DEBE HABER PENA PERSONAL, Y SU SUSTANCIACION.

Art. 34. En causas de contrabando de tabaco, sal y demas

Rentas estancadas, ó en las de reincidencia de fraude de las provinciales generales ó aduanas; ó en las de extraccion del reino de moneda, barras, polvo o alhajas de plata ú oro y demas cosas vedadas sacar del reino, ó cuando hay resistencia con armas de parte de los reos, ó si estos son individuos de justicia, de tropa ó individuos de la Real Hacienda; corresponde, segun las instrucciones que hay, imponer en el fallo pena personal á los reos, sus auxiliadores ó encubridores, con suspension de empleo por el tiempo que se estime conveniente, ó privacion perpetua de él, ademas de la declaracion del comiso, reintegro del premio debido á los aprehensores de fraude en las Rentas estancadas, multa en el caso que la exija, apercibimiento y costas.

Art. 35. Entre tanto que su Magestad no se digne resolver lo que sea de su Real agrado para el arreglo de estas penas personales, segun los casos, y en cuáles puede aplicarse su conmutacion en pecuniarias, sobre lo que pende expediente, se ha de seguir imponiendo las personales que respectivamente, para los casos de que tratan, previene la Real instruccion de 8 de junio de 1805 y la Real cédula de 18 de marzo de 1808; con solo la alteracion de que la pena de destierro por un año, señalada en la de 805 al paisano que incurra en la reventa de tabaco del estanco, ha de ser para mayor utilidad del Estado de medio año á las obras pública de la provincia: que se renueve por ahora, y á falta de otros sitios la permision de destinar á los hospicios á las mugeres revendedoras y reas de fraude de estancadas por un año, si los efectos son de los estancos, y por cuatro si son de contrabando, aunque se tendrán con separacion de las demas segun su conducta; y si son casadas, no teniendo bienes de suyo, pagarán los maridos las penas pecuniarias y las costas. Que á los jóvenes varones que no tengan diez y siete años cumplidos, si incurren en este dilito, se les dé por igual tiempo el mismo destino á los hospicios, imponiendo á sus padres, amos, tutores y curadores la mancomunidad en el pago de penas pecuniarias y costas, y para el caso que aquellos no tengan de suyo con que satisfacerlas. Y que los años de presidio en Africa que respectivamente imponen las citadas instrucciones puedan por primera vez, en los casos en que segun las circunstancias del reo, del pais y tiempo, lo estime conveniente el gefe de la columna con su asesor, desempeñarse en obras públicas de la provincia, en el servicio del ejército ó de la marina. Pero siendo los reos de reincidencia ó de infidencia, ú otra particular califi-

cacion, será la aplicacion de los años que señalan las instrucciones à uno de los presidios de Africa.

Art. 36. En todas estas causas la sustanciacion con reos presentes será por el método prevenido en los artículos 29 y 30, con la diferencia únicamente de que el que las forma podrá prorogar el término probatorio con la misma calidad de todos cargos por ocho dias mas, si no llegan los ocho primeros. Que ademas de la consulta al superintendente general, habrá lugar à la apelacion para ante el supremo Consejo de Hacienda, en conformidad à lo determinado en el artículo 31; observándose cuanto queda dispuesto para los puntos de remesa y evacuacion de los autos.

Art. 37. Pero se declara que los tabacos y efectos estancados que se aprehendan se han de entregar sin dilacion por el que forme la causa à la administracion ò aduana mas inmediata, que dará recibo de lo que sea, para el destino competente, segun su calidad y lo prevenido en Reales instrucciones, aprontando la Real Hacienda de contado, en el mismo acto de la entrega, lo que aquellas señalan de gratificacion para distribuirse à los aprehensores, tanto por razon de los artículos del comiso, cuanto por el reo ò reos que hayan preso, sobre lo cual, y para entera satisfaccion de todos tomará razon la Contaduría, y procederá asi que llegue el comiso à hacer esta liquidacion, de la que y el pago de su importe llevará certificado el que haya hecho la entrega del comiso, para que el que forma la causa lo una à ella.

Art. 38. Si el reo ò reos de estas causas de pena personal se fugan, el que las forma seguirá el mismo método, y los llamará inmediatamente por un edicto y término de tres dias en suplemento de la citacion, si no se le practicó esta antes de la fuga; pues si ya fue citado, y despues se fugó, no hay necesidad del edicto, y la condenatoria del fallo será con la calidad de que si se presentase dentro de tres meses, será oido solo en cuanto à la pena personal, tomándole confesion, y por el método y términos señalados en este reglamento para los presentes.

PREVENCIONES GENERALES.

Art. 39. En todo género de causas de fraude con presentes ò rebeldes, impóngase ò no pena personal, se excusará, aunque haya auto de prueba, pedir y hacer la ratificacion de testigos que ya declararon en el acto de aprehension, lo cual dupli-

caba antes la operacion, y muchas veces la atrasaba, si no era inutil por la ausencia ó muerte de los testigos: y como estas ocurrencias han de ser frecuentes en columnas y partidas móviles de tropa no se conseguiria su principal instituto y la brevedad de las causas, si hubiese de ser precisa la ratificacion, ademas de ser de ninguna importancia para los rebeldes; y con esta mira se dispone que el obrado que segun las instrucciones vigentes hasta aqui era sumario sin citacion del reo, aunque estuviese presente, se evacue con ella desde el principio, á cuyo fin se detendrá este el tiempo necesario aun en las causas en que no haya arresto ni pena personal; pues si se ha de imponer esta, debe el reo estar preso desde su aprehension, y las justicias franquearán à este fin las cárceles y prisiones que se les pidan.

Art. 40. Para saberse si el reo es ò no reincidente, los subdelegados de Reales Rentas, inmediatamente que se destinen à sus partidos estas columnas móviles y sus gefes, harán que los escribanos de su juzgado saquen de las causas que tengan listas claras con notas de sus condenas ejecutoriadas, y las pasarán à dichos gefes, y estos à los de las partidas, para insertar de ellas lo conveniente en cada proceso.

Art. 41. Para seguridad de las multas, costas y demas intereses de la causa, cualquiera que era su clase, el que la forme intimará al reo, luego que extienda el acta de la aprehension del fraude, que ante él y quien hace de escribano afiance inmediamente sus resultas con persona abonada, extendiéndose el acto en papel del sello correspondiente segun la ley; y no dando esta fianza se despachará oficio, firmado por el que hace la causa y su escribano, con insercion de este artículo, para que la justicia del domicilio del reo, ò donde este tenga bienes, se los embargue y deposite al instante con arreglo à derecho, como lo hará sin esperar otro requisitorio, devolviendo à aquellos el obrado sin detencion, bajo responsabilidad y multa de doscientos ducados, que se le exigirán.

Art. 42. Los condenados en alguna multa, si no tuviesen de qué pagarla, sufrirán en equivalencia un tiempo de carcel correccional con la aplicacion à algun ejercicio ò trabajo util, proporcionalmente à la cantidad, desde un mes hasta un año.

Art. 43. Las costas y alimentos del reo se sacarán de los demas bienes que tenga, y solo en defecto de estos saldrán del importe del comiso, no siendo este de artículos estancados; porque de estos jamas se ha de disminuir su valor para costas, que en tal caso no se cobrarán: aunque con la reserva de ser co-

bradas si el deudor de ellas llega à mejor fortuna. Y es declaracion que los que forman el expediente y el gefe de la columna, fiscal y asesor, tienen sus derechos que se tasarán con arreglo à arancel, y se incluirán en las costas, y teniendo otros bienes el reo se reintegrará en ellos la Real Hacienda de lo que aprontó para gratificacion de aprehensores en fraudes de Rentas estancadas, y nunca saldrán del comiso de ellas.

Art. 44. Caen en comiso los artículos prohibidos de introduccion en el reino, ò de extraerse de él, y los que siendo permitidos se introducen ò extraen sin pagos de derechos y documentos legítimos, segun lo previenen las Reales instrucciones. Y ademas se extenderá el comiso à las caballerías, carruages, utensilios à embarcaciones en que se conducia, aunque no sean del conductor ò dueño de los géneros, en cualquiera fraude, sea de Rentas provinciales generales, aduanas ò estancadas, menos en los casos siguientes:

1.° Cuando los reos y embarcaciones pertenecen à otras potencias, y segun los tratados con ellas, que deberán observarse, no corresponda imponer el comiso sino à los géneros.

2.° Cuando el comiso procede solo por detencion de algun exceso hallado en la cantidad ò diferencia en la calidad de los géneros permitidos é introducidos con pago de derechos: porque si el exceso contra la Real Hacienda en cantidad no pasa de un tres por 100, y si en la calidad de un diez, no habrá comiso ni aun del género, sino que se pagarán ademas de las costas dobles derechos del exceso, aplicándose los unos à la Real Hacienda, y los otros à los aprehensores, y mas que se dirá en la distribucion; y si el exceso venia escondido con malicia conocida, los derechos serán el cuadruplo, llevándose los suyos la Real Hacienda, y los demas los otros interesados; y si el exceso pasa del tres y diez hasta un treinta y tres por ciento, en tal caso el comiso será de solo el exceso, con pago triple de derechos, de él y del cuadruplo si venia escondido, haciéndose la respectiva aplicacion indicada. Si el exceso pasa del treinta y tres por ciento, el comiso será de todo el cargamento, carruage, caballerías, utensilios y embarcaciones con pago de derechos en el exceso para la Real Hacienda, ademas del quince por ciento de multa sobre el valor del exceso, segun y en proporcion à lo prevenido en el artículo 25.

3.° Cuando el valor de los géneros lícitos introducidos ò que se introduzcan con pago de derechos vienen en el mismo carruage, bagage ò embarcacion que conduce los ilícitos; entonces

para saberse si vician ó no aquellos, y el carruage, bagage ó embarcacion, se han de distinguir los casos que van á expresarse.

Si hay reincidencia de fraude en los sugetos, todos los géneros lícitos se vician por los prohibidos, cualquiera que sea el valor de unos y otros, y tambien se extiende el comiso al carruage, bagage ó embarcacion.

Mas cuando no hay reincidencia, y es el fraude por primera vez, entonces si vienen los géneros lícitos con los ilícitos en un mismo fardo, cofre ó bulto, y llega el valor de los prohibidos á la tercera parte del valor de todos, caen en comiso tambien los lícitos de aquel fardo, cofre ó bulto, y si con él solo se ocupaba el bagage, carruage ó embarcacion, extiéndese á estos efectos el comiso.

Pero no se comprenden en el comiso las caballerías, el bagage, carruage ó embarcacion, si conducia artículos separados, ú otros bultos de géneros lícitos, sin mezcla de prohibidos, ó con algunos que no llegaban á la tercera parte, y el valor de los lícitos excedia las dos terceras partes de los ilícitos todos que hay en el cargamento; aunque, como queda dicho, caerá en comiso el bulto en que se hallaron los ilícitos que llegaban á la tercera parte de los lícitos.

Art. 45. Se declara para evitar equivocaciones que la conduccion de géneros y frutos del reino en lo interior, que no sean sujetos á millones, puede hacerse sin guia, aunque con la obligacion de presentarlos en los fielatos respectivos de los pueblos administrados en que se conduzcan; pena de pagar derechos dobles si se encontraren extraviados, y sin cédula de paga de estos, ó razon de su presentacion, aun cuando ellos no causen derechos.

DE LA APLICACION Y DISTRIBUCION DE LOS COMISOS.

Art. 46. Los bagages y carruages (no las embarcaciones) en que se conducia el fraude, si este se aprehende con el reo ó reos en despoblado, se aplicarán á los aprehensores exclusivamente. En defecto, esto es, no siendo en despoblado, ó no cogiéndose el reo, entrará en masa comun el valor de dichos bagages y carruages, como tambien en todo caso el de las embarcaciones.

Art. 47. Las multas que se impongan en algunos casos por circunstancias extraordinarias que sufriesen los aprehensores,

como por la resistencia que les hiciesen los contrabandistas, se aplicarán íntegramente á los aprehensores que las han sufrido, en remuneracion del riesgo á que se exponen.

Art. 48. De todo el importe de los comisos de géneros lícitos se rebajarán por de luego los Reales derechos: y de los que son prohibidos á comercio tambien se rebajará un quince por ciento de derechos, que se aplicarán á la Real Hacienda, para sacar algun partido aun de estos fraudes. Bien que, teniendo el reo otros bienes que no son de comiso, de ellos, y no de este, se han de sacar los derechos en caso de ser los géneros prohibidos.

Hecha esta deduccion, y tambien cuando el reo no tenga otros bienes, y la causa no sea de efectos estancados, la de sus alimentos y costas del proceso, del restante importe del comiso y de las multas que se impongan, y no tengan en el fallo especial aplicacion á la Real Hacienda ú otro interesado, se ha de hacer por regla general la distribucion que sigue.

Si hay denunciador ha de constar por escrito desde el principio en pliego separado cerrado, que para evitar fraudes se remitirá al gefe de la columna, indicándose solo en el acta que hay denunciador, y abriéndose su pliego cuando sea preciso para la distribucion, en la cual se le aplicará siempre una tercera parte del todo.

Y de las demas partes ó del todo, cuando no haya denunciador, se harán cuatro partes, de las que se aplican dos con igualdad á los aprehensores que asistieron al lance, á menos que en él estuviese el oficial que manda la partida, pues este llevará (y lo mismo el superior que mandare la accion aunque no sea el oficial) por tres aprehensores, y si no asiste llevará por uno, como si fuera un aprehensor; la otra cuarta parte se aplicará por mitades, una al capitan ó comandante general de la provincia ó quien haga sus funciones, y la otra por igualdad al gefe de la columna y su asesor que declaren el comiso; y de la otra cuarta parte restante se hará aplicacion á la Real Hacienda en los comisos que no sean de tabaco para alguna indemnizacion de los sueldos que suple, y en los de tabaco se hará entrega tambien de esta cuarta parte á los aprehensores por igualdad, contando entre estos con una parte al fondo del vestuario y armamento, y con las del oficial que manda la partida del superior de la accion, segun para cada uno queda explicado en la otra cuarta parte.

Cuando no hay comiso, sino doble, triple ó cuadruplo pa-

go de derechos, se hará de estos, deducidos los que tocan á la Real Hacienda, aplicacion á los aprehensores y mas interesados en los comisos, por el orden que va expresado.

Art. 49. Exceptúase de estas reglas el comiso de libros del rezo divino y otros de impresion extrangera prohibida, cuanto á la mitad que se aplicará al Real monasterio del Escorial, segun Real orden de 30 de octubre de 1766, guardándose en la otra mitad lo que va dispuesto.

Art. 50. Donde no hubiere capitan ó comandante general de provincia, desempeñará las funciones que este reglamento les atribuye el gobernador militar de la capital, ó el que se señale; de modo que no haya territorio alguno en España en que no se lleven á efecto estas medidas. Para lo cual el superintendente general de la Real Hacienda está y se pondrá de acuerdo con el secretario de Estado y del Despacho de la Guerra.

Art. 51. En las provincias exentas de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa se ejecutará tambien este reglamento; pero conciliándolo con sus franquezas y fueros, y teniendo presente lo capitulado en las convenciones y Reales órdenes posteriores.

Art. 52. Despues de concluidos los procesos y ejecutados sus fallos en todas sus partes se pasarán por el gefe de la columna, que los recogerá á este fin, á la escribanía de la subdelegacion de Reales rentas de su término, y si hubiere dos ó mas, á cada uno los suyos, recogiendo de todo el competente resguardo con claridad, que se remitirá al capitan ó comandante general para su conservacion, y anotar lo que corresponde en sus asientos.

Art. 53. Este reglamento se comunicará á todas las autoridades y á los consulados, para que inmediatamente lo publiquen, y sirva de conocimiento á los comerciantes y á todas las clases; de manera que nadie pueda alegar ignorancia.

ARTÍCULOS DEL REAL DECRETO DE 9 DE MARZO DEL AÑO PASADO SÓBRE FORMACION DEL CUERPO DE CARABINEROS DE COSTAS Y FRONTERAS.

1.° El servicio activo del resguardo en las costas y fronteras recibirá una organizacion enteramente militar, fuerte y especial dependiente de una inspeccion general separada y distinta de la direccion general de rentas.

2.° Para la seguridad y vigilancia de las costas y fronteras, hacer la guerra al contrabando, prevenir sus invasiones y re-

primir á los contrabandistas, y para afianzar con respetable fuerza en favor de la industria y comercio nacionales la proteccion y fomento que procuran las leyes de aduanas, se organizará un cuerpo militar con este especial instituto, que se denominará *cuerpo de carabineros de costas y fronteras.*

3.° Forman este cuerpo en la península doce comandancias principales arregladas á la division militar de las provincias fronterizas y marítimas; y cada comandancia se dividirá en compañías, tenencias, subtenencias y brigadas, cuyo número y fuerza serán proporcionados á la extension, poblacion y circunstancias topográficas, y segun las inclinaciones al fraude, sus movimientos y direcciones. Por consiguiente la fuerza de cada compañía, tenencia ó subtenencia variará conforme á las condiciones expresadas; pero será uniforme la unidad elemental de fuerza que es la brigada compuesta de ocho hombres, de los cuales, es uno sargento, otro cabo y seis restantes carabineros. La tabla adjunta á este decreto determinará la composicion y distribucion de la fuerza, cuya rectificacion solo toca á mi Soberana resolucion si dieren á esto lugar los sucesivos resultados de la experiencia.

En el artículo 4.° se detalla la fuerza de que deberá constar dicho cuerpo que en resumen es la siguiente, veinticuatro gefes, doscientos noventa y siete oficiales, ocho mil doscientos sesenta de las demas clases, componiendo todos mil veintiseis brigadas.

5.° Los gefes, oficiales é individuos que enumera el artículo 4.° serán considerados cada uno como gefes y oficiales de empleo vivo, y como individuos de tropa veterana, segun sus clases y armas respectivas en el ejército.

6.° Un oficial general de mis tropas será el gefe de este cuerpo con el título de inspector general.

Los artículos 7.° y 8.° tratan de los sueldos, y de la obligacion de mantener caballo para el servicio de este empleo.

9.° El inspector general tendrá la direccion é inspeccion del cuerpo, y de su autoridad dependen todos los ramos del servicio, régimen interior, administracion y disciplina. Dirigirá en consecuencia la organizacion; arreglará ó rectificará el pormenor de la distribucion ó la posicion de cada brigada en las costas y fronteras. Se dedicará con especial asiduo y prolijo cuidado á establecer, consolidar y perfeccionar el servicio activo, dando las instrucciones convenientes, ó proponiéndome las que mereciesen mi Soberana aprobacion, ó las que deban servir de

regla general. Y finalmente velará sobre la rigorosa observancia de este reglamento y demas resoluciones que Yo tuviere á bien formar sobre el orden de ascensos, la aplicacion de las penas, la instruccion, la disciplina, el buen espíritu de cuerpo, y sobre la preciosa conservacion del honor militar de todos los individuos subordinados.

10. El inspector general, como tal, es una autoridad dependiente inmediatamente de mi secretario de Estado y del Despacho universal de Hacienda, por quien recibirá mis resoluciones Soberanas.

Los artículos siguientes tratan de las propuestas de ascensos, reclutamento y reemplazos. Hablando despues de las relaciones de este cuerpo, con las autoridades militares y con las de Hacienda, dice lo siguiente.

Art. 37. De la distribucion y situacion de las brigadas de carabineros, deberán tener conocimiento el capitan general é intendente de la provincia, y la direccion general de rentas.

38. Las mismas autoridades deberán saber las mudanzas que ocurran en el cambio de residencia ó situacion de la fuerza.

39. Ninguna de estas autoridades podrá mezclarse en el régimen, administracion y servicio especial del cuerpo.

40. Los primeros comandantes de carabineros darán parte á los capitanes generales de las novedades que merecieren su noticia, y hayan llegado á su conocimiento, ya directamente ó ya por medio de sus subordinados, si interesan la tranquilidad interior y la seguridad de la provincia.

41. Declaro subinspectores generales de las comandancias de costas y fronteras á los intendentes de las provincias fronterizas ó marítimas.

42. En este concepto pasarán todos los años una revista general de inspeccion á todas las compañías comprendidas en la demarcacion de su respectiva intendencia, al mismo tiempo que á las administraciones ú oficinas de aduanas.

43. Será el objeto principal de los intendentes en estas revistas reconocer la exactitud del servicio, averiguar la moralidad y pureza de los individuos del cuerpo, la reputacion ú opinion que disfrutan de las autoridades y personas respetables del pais, amantes de mi servicio y de la prosperidad del Estado, y comparar bajo la relacion de los fraudes prevenidos ó reprimidos los efectos de la buena administracion y direccion del servicio. Pero no podrán los intendentes prescribir por sí mismos nuevas órdenes que alteren el régimen y servicio del cuer-

po, ó pertenezcan á su disciplina, sino que solo incumbe á su autoridad el extender una memoria razonada sobre los objetos de su inspeccion, manifestando los resultados de sus reconocimientos, verificaciones ó averiguaciones: proponer las medidas ó providencias que juzgan conducentes, y dirigir un ejemplar al inspector general del cuerpo, y otro á la direccion general de Rentas. Podrán asimismo los intendentes prevenir á los comandantes de carabineros, y en casos que no admitan espera á los demas oficiales, las arribadas ó movimientos del contrabando, para que redupliquen su celo, y lleguen á reprimirlo.

44. Será frecuente la correspondencia de los intendentes con los señores comandantes de carabineros en orden á promover la eficacia del servicio activo en las costas y fronteras para el resguardo y prosperidad de las rentas.

45. Todos los meses, cuando no se hallare fuera de Madrid pasando revista, el inspector general, en junta con la direccion general de Rentas, hará presente los partes de servicio que le dirijan los comandantes de carabineros, y cuanto contribuya á hacer conocer los resultados de las disposiciones activas contra el fraude en las costas y fronteras. Y en la misma junta comparando la prosperidad ó la decadencia de las rentas en los meses anteriores y en los respectivos del año anterior, á lo menos con todo lo demas que diere de sí la correspondencia con los intendentes y contadores de las provincias, se tomarán de comun acuerdo las providencias que conduzcan á la utilidad del servicio.

46. Del mismo modo obrarán los comandantes principales todos los meses que no emplearen en pasar revista, reuniéndose en junta con los gefes de Hacienda de las provincias respectivas; y cuando los primeros no residan en las mismas capitales que los segundos, se verificarán dichas juntas cada dos meses á mas tardar, trasladándose los comandantes á las capitales de las intendencias.

Siguen despues otros artículos relativos á pensiones, organizacion interior del cuerpo, su administracion, revista y disciplina; y en orden á los delitos en que puedan incurrir los individuos de este cuerpo y modo de juzgarlos, se dice lo siguiente.

Art. 139. Debiendo considerarse á los carabineros por la naturaleza especial y delicada de su instituto como en servicio permanente contra el contrabando, serán graduadas sus faltas ó

delitos en dicho servicio como las faltas ó delitos que cometiere la tropa de guardia en el servicio de esta (1).

140. Los militares del cuerpo de carabineros de costas y fronteras, en todos los delitos militares, comunes y mixtos, á excepcion de los exceptuados en que no vale el fuero militar, quedan sujetos á las Reales ordenanzas militares y leyes penales establecidas para el ejército.

141. Por lo mismo que tengo á bien dispensar á este cuerpo particulares consideraciones, y por la delicada confianza de su instituto, la graduacion ó mérito de las circunstancias del delito y aplicacion de la pena, será agravada con proporcion á dichas consideraciones y grado del ejército á que corresponda el empleo, clase ó condicion del delincuente, teniendo presente lo que prescriben los artículos 4.°, 12 y 13 de este Real decreto.

142. Cuando algun sargento, cabo ó carabinero hubiese cometido algun crimen ó delito de los que para su castigo deben ser juzgados por consejo de guerra, segun lo prevenido en las ordenanzas del ejército, ordeno: que despues de arrestado el delincuente, y trasladado á la capital de la comandancia, prevenga el primer comandante al subalterno de la clase de teniente que fuere individuo del consejo de disciplina, forme el memorial pidiendo permiso al capitan ó comandante general de la provincia para hacer las informaciones del delito, y despues de nombrado el escribano, procesará al reo en los términos que expresan dichas ordenanzas.

143. Para evitar que los individuos se distraigan de su servicio, y tomar las declaraciones necesarias á evacuar las diligencias convenientes, dirigirá el fiscal al comandante del puesto donde se hallen los que deban declarar, los interrogatorios oportunos, para que en vista de ellos, reciba dicho comandante las declaraciones, y evacue allí las diligencias que se le requieran, procediéndose del mismo modo que se verifica con los testigos ausentes.

144. Cuando el proceso se halle en estado de sentencia, irá el primer comandante á pedir permiso al capitan general ó comandante general de la provincia para formar consejo de guerra, que se celebrará el dia inmediato siguiente al de haber obte-

1 En el siguiente apéndice se trata del modo de proceder en las causas criminales contra los militares.

nido la licencia, ó dentro de dos dias, sino pudiese ser en aquel, en la casa del mismo primer comandante.

145. Se compondrá el consejo de guerra de siete jueces, que serán: el primer comandante, presidente: el segundo comandante; el capitan de la compañía de la capital, si á ella no pertenece el reo, y en este caso al mas inmediato; otro capitan efectivo, ó capitan graduado comandante de compañía elegido por suerte, y con anterioridad cada seis meses; y tres tenientes elegidos del mismo modo, y por igual tiempo. La falta de uno de los gefes ó de cualquiera de los capitanes solo podrá suplirse por un capitan, aunque fuere menester recurrir á los del consejo ordinario de la comandancia mas inmediata.

146. Observará el consejo las mismas formalidades y reglas que está mandado para los consejos ordinarios de guerra en los cuerpos del ejército.

147. Se pedirá permiso al consejo general ó comandante general de la provincia para ejecutar la sentencia á la cabeza de la tropa del cuerpo que se hallare presente, á la que concurrirán los destacamentos de los cuerpos del ejército, cuando el caso fuere de consecuencia, y segun se previene por ordenanza.

148. El capitan general ó comandante general de la provincia tendrá facultad de suspender la ejecucion de la sentencia en los casos y términos, y procediendo del modo que expresan los artículos 58 y 59, título 5, tratado 8 de las ordenanzas del ejército.

149. El consejo de disciplina podrá pronunciar en los asuntos de su atribucion ó que se le cometieren, segun queda expresado en el artículo 128, si el caso debe ser tratado en consejo ordinario de guerra, aun cuando hubiese acordado la separacion ó expulsion del individuo fuera del cuerpo, porque esta se entiende sin perjuicio de las otras penas que correspondan á los delitos de que trata el artículo 142.

150. Los oficiales del cuerpo de carabineros de costas y fronteras quedan sujetos al juzgado de los capitanes generales de las provincias en los delitos comunes, tanto civiles como criminales que no tengan conexion con el servicio: así como el conocimiento de las faltas graves contra mi Real servicio, y de los crímenes militares ó de los mixtos toca al consejo de guerra de oficiales generales, arreglándose los procesos, sus trámites, conocimiento y fallo á las mismas reglas, procedimientos, autoridades ó tribunales militares que estan prescritas para tales casos, respecto de los demas oficiales de los cuerpos del ejército.

151. Ademas de los delitos generales militares y de los comunes ó mixtos, son delitos especiales en este cuerpo por razon de la naturaleza de su servicio: 1.° todos los que se expresan en el artículo 134, si son de grave naturaleza ú otras circunstancias agravantes: 2.° el apropiarse efectos embargados ó de contrabando sin el competente mandato: 3.° el rehusar ó retardar con malicioso designio la ejecucion de las órdenes superiores ó los requirimientos de las autoridades para la aprehension del contrabando, ó la represion de los fraudes: 4.° violar el secreto, abrir pliegos cerrados, de lo cual pueda depender ó haya dependido el éxito de la expedicion: 5.° la infidelidad ó alteracion maliciosa en la redaccion de los partes ó sumarias de fraude: 6.° la falta de cumplimiento á sus respectivos deberes, con la circunstancia de haber mediado corrupcion por dinero ó promesa de cualquier género de recompensa: 7.° las amenazas ó el abuso de autoridad ó de mando, ó de empleo en los superiores para obligar á los inferiores á la infidelidad ó descuido en el servicio.

152. Serán castigados estos delitos como crímenes militares en contravencion de mi Real servicio, y juzgados los individuos de tropa por el consejo ordinario de guerra, y en su caso los oficiales por el consejo de guerra de oficiales generales, conforme á ordenanza. Pero siempre que ocurriendo alguno de los delitos calificados en el artículo anterior por crimen militar, se mezcle ó implique tambien el de contrabando contra cualquier individuo de este cuerpo, quedará este desaforado, segun lo que se declara en el artículo 154, y sujeto al rigor de las penas que por todas circunstancias y consideraciones deban imponérsele, segun lo determinado en el 155; á no ser que para la imposicion y ejecucion de la mayor pena que, segun la ordenanza del ejército, merezca por razon del servicio especial de este cuerpo, tenga por conveniente el juzgado privativo de Real Hacienda, despues que declare lo que sea justo cuanto al comiso y penas de él, remitir testimonio de lo resultante contra dicho individuo al comandante que era del mismo, para la respectiva aplicacion y condena en consejo de guerra ordinario ó de oficiales generales, segun la clase y calidad del reo. Y si dicho juzgado de Real Hacienda fallare sobre todo, dará asi que lo haga, parte al mencionado gefe militar, con testimonio suficiente para su inteligencia y efectos consiguientes al desafuero y fallo pronunciado.

153. Cesará de pertenecer á este cuerpo cualquiera individuo que fuere castigado con pena corporal por cualquiera de los

delitos que expresa el artículo 151, ó si fuere condenado á presidio, ó tuviese sentencia que dejase en duda su honor, su incorruptibilidad y pureza.

154. En conformidad de lo que expresan los artículos 2 y 3, título 2, tratado 8 de las ordenanzas del ejército, y varias disposiciones soberanas que desde antiguo tiempo atribuyen el conocimiento especial y privativo á los juzgados de Hacienda en materias de fraude, declaro que no vale el fuero militar en los delitos de fraude contra mi Real Hacienda, y que en cualquiera causa de esta naturaleza en que se halle comprendido ó complicado algun individuo del cuerpo de carabineros, cualquiera que sea su clase, grado militar ó empleo, pertenece su conocimiento al juzgado privilegiado de mi Real Hacienda con inhibicion de toda otra autoridad ó tribunal, y con entero arreglo á los procedimientos y fallos que rigen ó rigieren para tales casos. Se observarán asimismo las reglas dadas para la distribucion de los comisos, multas, penas pecuniarias y premios que segun los casos deban adjudicarse á los aprehensores, denunciadores, individuos que hayan contribuido á la aprehension, ya sean carabineros, oficiales ó gefes de este cuerpo; asi como lo que corresponda á los empleados, juzgados ó autoridades de mi Real Hacienda.

155. La circunstancia de ser individuo del cuerpo de carabineros es agravante en las causas de fraude, y será juzgado, no solo por las reglas generales de la clasificacion de los fraudes, sino con toda la severidad de las consideraciones que establecen los artículos 138 y 139 de este Real decreto.

Sigue el artículo 156 en que se dan ciertas órdenes generales para el estímulo del servicio, y despues se trata del resguardo interior y de puertos en los términos siguientes.

Art. 157. Para reprimir y perseguir el contrabando en las provincias del interior, y para el servicio que suele llamarse pasivo ó sedentario en resguardo de las puertas de las ciudades ó de la recaudacion de las rentas en todas las provincias, inclusas las litorales ó fronterizas, se establece el resguardo interior, que estará á las órdenes de los intendentes de las provincias.

158. Constará este resguardo de dos mil hombres, de los cuales doscientos cincuenta serán cabos ó comandantes de partida.

159. Los individuos del actual cuerpo del resguardo que no hayan tenido entrada en el cuerpo de carabineros de costas

y fronteras, á consecuencia de lo que prescribe el artículo 16 de este reglamento, serán atendidos con proporcion á sus años de servicio y buenas notas para su colocacion en el resguardo interior, ó en los demas empleos de administracion y recaudacion de las rentas, para cuyo desempeño tengan la aptitud necesaria.

160. En lo sucesivo pasarán al resguardo interior los individuos del cuerpo de carabineros, que por sus muchas fatigas en el servicio activo merecieren ocupacion mas descansada, en la cual puedan con utilidad continuar sus servicios conforme queda prevenido en el artículo 52.

161. La direccion general de Rentas tendrá con respecto al resguardo interior, las mismas facultades y autoridad que con relacion al cuerpo de carabineros señala al inspector general el artículo 9.° de este Real decreto. Dirigirá en consecuencia la organizacion de dicho resguardo, arreglará ó rectificará su distribucion, velará sobre la observancia de mis decretos y reglamentos, y sobre el orden de los ascensos respectivos á este ramo, cuyas propuestas definitivas formará y me dirigirá. Arreglará, en fin el servicio particular de este resguardo, sus revistas de inspeccion y los partes periódicos que lo manifiesten, en armonía con las disposiciones de este decreto relativas al cuerpo de carabineros; para cuyos fines formará y dirigirá á mi Soberana aprobacion una instruccion especial.

162. En las juntas de direccion general á que concurra el inspector general de carabineros, con arreglo á lo prevenido en el artículo 45, se determinarán ó conformarán las relaciones y resultados del servicio en las costas y fronteras con el resguardo interior.

Los artículos siguientes tratan del resguardo de puertos, para el cual se destina un número determinado de embarcaciones, con una fuerza de setecientos hombres entre patrones, marineros y artilleros.

REAL CÉDULA DE 8 DE JUNIO DE 1805,

A QUE SE REFIERE EL REGLAMENTO DE 11 DEL PROPIO MES.

Aunque la instruccion sobre el modo de proceder en las causas de fraude de mi Real Hacienda, expedida en el pasado año de 1771, debe mirarse siempre como un reglamento sabiamen-

te meditado, y digno de continuar sirviendo de norma para los procedimientos judiciales en la materia de que trata, con todo, algunos de sus artículos han sido mejorados con ayuda de la experiencia por órdenes y resoluciones posteriores; y la misma han enseñado que otros podian sufrir una util reforma, y conviniendo por tanto que con estas variaciones volviese á publicarse la mencionada instruccion, tuve á bien comunicar orden á mi supremo Consejo de Hacienda para que la extendiese en los términos que entendiera de mi mejor servicio; y habiéndolo asi ejecutado por mi Real resolucion publicada en él á consulta de 27 de abril último, he venido en mandar que acerca del modo de sustanciar las causas de fraude y contrabando y penas que han de imponerse á los perpetradores de estos delitos, segun la clase y gravedad de cada uno, se observe y guarde de hoy mas por todos los subdelegados del superintendente general de mi Real Hacienda, y demas jueces, tribunales y empleados á quienes toque la instruccion siguiente.

CAUSAS EN QUE HAY APREHENSION DE FRAUDE Y REOS.

1. Luego que se aprehenda el fraude en embarcacion, en el campo ó en poblado, se proveerá auto de oficio, por el visitador ó cabo de ronda aprehensor, refiriendo el hecho y mandando hacer justificacion de él, depositar la cosa ó género aprehendido, reconocerla por peritos, y que el escribano dé fe de la aprehension y sus circunstancias si se halló á ella.

2. Puesta incontinenti la fe, ó sin ella, se examinarán dentro del dia los guardas ó ministros de la aprehension, y si la presenciaron personas desinteresadas serán examinadas con preferencia.

3. Conformando las disposiciones con el auto de oficio, á consecuencia de él se mandará poner el género en la administracion mas inmediata, y declararán los vistas ó peritos nombrados si es género de fraude; y despues se pesará, medirá ó contará el género, y se hará su valuacion por los mismos peritos, quedando fe de todo en los autos.

4. Hecho todo esto, en que no deben emplearse mas de dos dias, se mandará la prision de los reos, si no se hubiese hecho al aprehenderse el fraude ó despues, como tambien el embargo de bienes de todos los que resulte serlo, como son los dueños, los conductores, expendedores, vendedores, auxiliadores, encubridores ó compradores; procediéndose en seguida á recibirles sus declaraciones, segun lo que resulte de la

sumaria; y esten negativos ó confesos, en este estado los comandantes, visitadores, tenientes ó cabos que hasta este punto hubiesen entendido en las diligencias, como para ello estan autorizados, pasarán á la capital los reos y efectos aprehendidos con la sumaria que se entregará al administrador del partido; y tomada la razon de ella en la contaduría de rentas, la presentará este inmediatamente al subdelegado, quien proveerá auto haciendo la declaracion conveniente en cuanto á la aprobacion ó desaprobacion de la prision de los reos, y sobre el comiso del género con la embarcacion, carruage ó caballerías en que se conducia; sin procederse á la venta del género hasta que merezca ejecucion la sentencia que se dictare, á no haber riesgo de perderse, en cuyo caso únicamente, precedido nuevo reconocimiento por el que conste el riesgo, podrá venderse con citacion de los interesados, y conservando muestras por si fuere necesario hacer uso de ellas; mas si podrá y deberá en todo caso procederse en vista de la sumaria á la venta de las caballerías y carruages, quedando depositado su importe hasta que la sentencia se lleve á efecto, como tambien á la inmediata aplicacion del tabaco y demas géneros estancados, para que puedan destinarse á su consumo y venta segun sus calidades.

5. Sin embarazarse el subdelegado ni escribano principal en la venta de los indicados efectos ni los embargos que deberán cometerse á otro escribano, ó encargarse á la justicia si los bienes de los reos estuviesen en otro pueblo que el de la cabeza de partido, se mandará tomar la confesion de estos, precediendo el nombramiento de curador á los menores de edad, y haciéndoles cargo solamente de lo que esté probado, á lo menos semiplenamente contra ellos, sin sugerirles ni amenazarles.

6. Acabadas las confesiones, inmediatamente se dará traslado á la parte del fisco, por la que dentro de tercero dia á lo sumo, se pondrá la acusacion á los reos sobre lo que individualmente resulte contra cada uno; y en el dia que se ponga la acusacion se dará traslado á estos, recibiendo en el mismo auto la causa á prueba por ocho dias comunes con todos cargos, que no podrán prorogurse sino por causas especiales, y entonces sin exceder de un mes; con absoluta prohibicion de que despues se conceda otra próroga, suspension ó restitucion con pretexto de examinar testigos, ó sacar compulsas de documentos en parages distantes, ni con otro motivo ó causa alguna.

7. Notificado inconlinenti este traslado, correrá el tiempo

de prueba; y dentro de él, sin que lo puedan renunciar los reos, se ratificarán con su citacion los testigos de la sumaria, y aun los co-reos, en lo que por sus declaraciones y confesiones resulte contra otros reos, se alegará y probará de parte á parte lo que les convenga, con recíproca citacion, admitiendo los interrogatorios pertinentes que se presentaren; y las notificaciones, traslados y citaciones, se entenderán con los reos en caso de no tener procuradores ó curadores.

8. Al otro dia de concluirse el término de prueba, se llamarán los autores para sentencia con citacion de las partes, y sin que pueda pasar el tercer dia se sentenciarán con acuerdo del asesor, declarando en caso de estar justificado el fraude por bien hecho el comiso, é imponiendo las demas penas y aplicaciones que despues se arreglarán, con prevencion de que desde luego que se hace la aprehension se ha de dar noticia al superintendente general de mi Real Hacienda, por si segun sus circunstancias tuviese por oportuna la avocacion de los autos, ó el hacer alguna prevencion al subdelegado para la mejor direccion, y que pronunciada sentencia se le ha de remitir esta en consulta inmediatamente con los autos originales; y en el bien entendido de que si la formacion, sustanciacion y determinacion de las causas no se hiciese con la debida brevedad en los términos prescritos, los visitadores ó cabos de ronda, los dependientes del juzgado y los subdelegados que hubieren dado causa al retraso, ademas de ser privados de las costas, pagarán de la parte que les toque en el comiso, de sus sueldos ó de la ayuda de costa que les está asignada, el alimento y perjuicios de los reos respectivos al tiempo que se detuviesen en la carcel mas del término que se prefine en esta instruccion; y demas de esto serán reprendidos y castigados segun la gravedad de las faltas que se advirtieren.

CAUSAS SIN APREHENSION DE FRAUDE, PERO CON REOS PRESENTES.

9. Sin la aprehension de fraude se procederá tambien de oficio por noticias fundadas que se adquieran de que algunos viven del fraude, ó de encubrir ó auxiliar á los defraudadores: se dará principio por el auto de oficio, en que ademas de la noticia general, se exprese caso ó casos particulares, mandando recibir á su tenor sumaria informacion; y no se procederá á la prision y embargo hasta que haya suficiente justificacion, no vaga ni general, sino particularizada con testigos idóneos, y si

es posible con causas acumuladas; de modo que á lo menos por indicios ó conjeturas graves conste del delito y del cuerpo de él.

10. Presos los reos, se procederá al seguimiento de la causa, determinacion y consulta por el mismo tenor, y con igual brevedad que en las causas de aprehension, y se les juzgará, justificada la causa, como á verdaderos aprehensos defraudadores.

CAUSA POR DENUNCIACION.

11. Cuando parece un denunciador presentando pedimento en que refiera el hecho, causas, cosas y reos que denuncia, pidiendo que á su tenor se examinen los testigos que presentase, deberá mandar el juez se haga la justificacion; y si presentare muestras del fraude que denuncia, se reconocerá y retendrá.

12. Si por la sumaria, aunque sin la aprehension de fraude, constare debidamente el delito y reos, se procederá por el tenor mismo arreglado en las causas sin aprehension, y si se logra esta, se procederá desde entonces como en las causas de aprehension; y en cualquier caso que el denunciador continúe ó desampare la causa, la ha de auxiliar y continuar el promotor fiscal hasta su perfecta determinacion y ejecucion.

Lo dicho se entiende del denunciador público, que no tiene inconveniente en presentarse á seguir la causa, mas no del confidente ó denunciador secreto; pues cuando le haya, la causa se debe instruir por el método prevenido para las en que hay aprehension de fraude y reos. Mas para precaver las denuncias supuestas, deberán observarse por los subdelegados y demas empleados á quienes toca las reglas adoptadas en mi Real orden de 26 de marzo de 1802 que son las siguientes.

1.ª Que los administradores generales de aduanas, los comandantes de resguardos y demas á quienes se haga denuncia alguna secreta de contrabando ó fraude, dispongan que en el propio acto se formalice esta con expresion de todas las circunstancias, firmándola el sugeto que la diere, si supiere escribir, y en su defecto alguna otra persona fidedigna por él, y que cerrada la misma denuncia se dirija inmediatamente al subdelegado que hubiere de conocer de la causa, dándole aviso separado de que á consecuencia de denuncia reservada se van á practicar diligencias. 2.ª Que con arreglo á lo prevenido en el

artículo tercero de la Real cédula de 23 de julio de 1768, se extienda y autorice el auto de oficio expresivo de las circunstancias de la denuncia y diligencia que se va á practicar sin nombrar el denunciador. 3.ª Que cuando por la urgencia perentoria de algun caso extraordinario se considere riesgo de malograr la aprehension por extender estas diligencias con la formalidad que queda prevenida, se cumpla con estos requisitos inmediatamente que cese aquel peligro. 4.ª Que todo esto se haya de observar tambien en los casos de hacerse las denuncias á las justicias de los pueblos y á los subdelegados. 5.ª Que el pliego cerrado en que se contenga la denuncia, ha de subsistir en el subdelegado de la causa, sin abrirse hasta que llegue el caso de la distribucion, y de dudarse para ello si hubo ó no denunciador, ó de la identidad de su persona; á no ser que por particulares circunstancias y motivos muy fundados, que los subdelegados consultarán á la superintendencia general de la Real Hacienda, se juzgue conveniente la inspeccion de dicha denuncia para la mejor administracion de justicia en la causa principal, ó que lo considere el Consejo de Hacienda para acordar mas bien sus sentencias. Y 6.ª que á los administradores, comandantes y superiores del resguardo, y cualquier otro que incurra en la menor falta de legalidad, suponiendo denuncia falsamente, ó usando de artificio para defraudar al verdadero denunciador, se le privará de oficio é impondrán las demas penas correspondientes á las circunstancias de los respectivos casos.

CAUSAS EN REBELDÍA.

13. En cualquiera causa de las clases que van expresadas estando ausentes los reos, se despacharán prontas requisitorias á las justicias de sus domicilios; y no pudiendo ser habidos, se les llamará por edictos y pregones de tercero á tercero dia, y se sustanciará su causa en rebeldía en la forma ordinaria, como se practica en las causas criminales, siguiéndose y sentenciándose con la brevedad que las demas, dando de ella noticia al superintendente general de mi Real Hacienda.

14. Si hubiese algunos reos presentes, no se detendrá su causa por los ausentes, porque en tal caso deberá formarse de las de estos ramo aparte.

15. Aprobada la sentencia para con los ausentes, solo será ejecutiva desde luego en el comiso, en las costas y penas pecuniarias, pero no en las corporales. Presos ó presentados los

reos, se les tomará la confesion, y continuará desde aquel estado la causa abierta, oyéndoles sus defensas sin faltar al tenor y brevedad que las demas causas, y sin ser necesaria segunda ratificacion de los testigos de la sumaria.

ADVERTENCIAS PARA LA SUSTANCIACION DE ESTAS CUATRO CLASES DE CAUSAS.

16. Si persiguiendo una ronda á los contrabandistas saliese de su distrito ó hiciese la aprehension en territorio de otro partido, será juez de la causa el subdelegado del distrito á que está destinada la ronda aprehensora; mas si se unieren las dos rondas y juntas hicieren la aprehension, entonces el conocimiento de la causa será del subdelegado del partido en cuyo territorio esta se verificó.

17. Como las justicias ordinarias estan autorizadas y obligadas á perseguir á los contrabandistas, si ocurriese que en persecucion de estos saliesen de su territorio y verificasen la aprehension, podrán entender en la extension de estas primeras diligencias, y las pasarán al subdelegado del partido á que pertenezcan sus pueblos.

18. Los ministros de rentas deben siempre llevar consigo, por los incidentes que puedan ocurrir, despacho del nuncio de su Santidad para el reconocimiento de iglesias, conventos, lugares sagrados y otros cualesquiera eclesiásticos, del que se deberá tomar cumplimiento una vez cada año del ordinario del obispado en donde estan destinadas las rondas; y en su virtud podrán entrar al reconocimiento y aprehension de los fraudes, siempre que tengan justificacion ó fundada sospecha de ocultarse el contrabando en los lugares sagrados, dando noticia á su prelado, párroco ó superior de la precision del reconocimiento, para que advertido no extrañe ni impida la diligencia; y si por algun descuido ó accidente no llevasen los ministros de rentas el despacho del nuncio de su Santidad, deberán impartir el auxilio del juez eclesiástico; pero si se le negare ó retardare, dando noticia al párroco ó prelado del lugar sagrado, podrán entrar á reconocer y aprehender el fraude. Si los eclesiásticos seculares ó regulares resistiesen el registro de sus habitaciones, se extenderá la debida justificacion del hecho para que tenga cumplimiento la extrañacion de mis dominios y ocupacion de sus temporalidades, que tuve á bien resolver en mi Real orden de 26 de junio de 1796, publicada por cédula en 23 de julio siguiente; y las causas que se formaren contra

eclesiásticos, por resultar ser reos de fraudes contra mi Real Hacienda, se sustanciarán y determinarán en los juzgados Reales de las subdelegaciones de rentas, impartiendo el auxilio de los jueces eclesiásticos, á fin de que nombren la persona que crean conveniente para que asista á la recepcion ante los jueces Reales de las declaraciones y confesiones de dichos reos del fuero de la iglesia; y por los mismos juzgados de mi Real Hacienda se declarará el comiso, é impondrán á estos las penas pecuniarias prescritas por las leyes, Reales órdenes é instrucciones, remitiéndose testimonio de lo que contra ellos resultare á los jueces eclesiásticos, únicamente para la imposicion y ejecucion de las penas personales.

19. Todo fuero, con inclusion del de mi Real casa, está derogado en causas de fraudes de mis rentas Reales, bien que por la particular atencion que he puesto en conservar el suyo á los individuos de mi Real ejército y armada, quiero que en cuanto á ellos se guarde lo que tuve á bien declarar por mi Real decreto de 29 de abril de 1795, y es en esta forma.

Que con respecto á las causas de contrabando y fraude sea el fuero que goce la milicia de tierra y mar en tiempo de guerra, el de que siempre que el reo sea puramente militar, conozca de ella y la sentencie su juez inmediato, con arreglo á instrucciones, y las apelaciones al Consejo de Hacienda, como lo haria el de rentas; debiendo en los pueblos en donde hubiese subdelegado de ellas asesorarse con él si es letrado, y si no con el asesor de las mismas rentas, actuando con su escribano; y en las que no hubiese subdelegado, con el auditor, y en su defecto con asesor de su confianza y escribano que nombre, si no le hay de rentas; pues los ministros y dependientes de estas han de concurrir en tal caso con el juez militar como con el suyo; pero cuando hubiese complicidad de reos de ejército y marina y otras clases, procederá y sustanciará las causas el juez de rentas; y para las confesiones de los militares y sentencias de las causas concurrirá con el gefe militar, si le hubiere, en calidad de conjuez. En el tiempo de paz deberán gozar los militares el fuero que me dignè acordar en 8 de febrero de 1788 para los individuos del estado eclesiástico: por tanto los reos de causas de fraudes sujetos á la jurisdiccion militar para la imposicion y ejecucion de las penas personales, han de ser remitidos á su fuero, como expresamente se ha prevenido en Real orden de 15 de octubre de 1804.

Por lo que hace á registros y reconocimientos, no estarán

preservadas de ellos, cuando fuere necesario, aun las casas de los grandes de España, con tal que al de la habitacion de todo vasallo honrado preceda mandamiento judicial, y para este á lo menos semiplena probanza, indicio vehemente, ó delacion calificada del fraude, como está expresamente prevenido para los reconocimientos de embarcaciones y de las casas de los comerciantes que se hiciesen sospechosos.

20. En las causas de fraude que se formasen contra caballeros de las órdenes militares, se ejecutará la pena de comiso y demas pecuniarias; pero para las personales, concluida la causa, se me consultará por la via del superintendente general.

21. Contra las justicias y contra los militares que encubriesen los fraudes, y contra los que embarazasen su averiguacion y aprehension, ó no diesen el debido y pronto auxilio, se procederá con mayor rigor y pena, que contra el mismo defraudador aprehendido; pero será por incidencia en la causa principal, sin ser necesario formarles otra separada.

22. En los fraudes de rentas provinciales, de generales ó de aduanas de géneros estancados y de prohibido comercio, siempre que el valor de los que fueren aprehendidos con el importe de la multa que deba imponerse segun su clase, no exceda de mil reales, se extenderá un testimonio en ralacion de las circunstancias de la aprehension, de lo que conteste el reo en razon de su procedencia, direccion y consignacion, reconocimiento del género y su depósito; y no resultando un justo motivo ó que los reos son reincidentes, pues siéndolo se les procesará por el método ordinario, aun cuando el fraude sea de corta consideracion, se proveerá auto declarando el comiso con distribucion, imposicion de multa, que siempre deberá ser la señalada por Reales órdenes é instrucciones, apercibimiento y costas, con lo que se sobreseerá, dando cuenta los subdelegados en relacion mensual de las ocurrencias de esta clase al superintendente general de mi Real Hacienda, advirtiéndose que en los efectos estancados el precio se ha de regular por el que tienen en mi Real estanco; y que estas reglas que han de observarse para las causas de corta entidad, no han de tener lugar en cuanto á los fraudes de la del tabaco, en la que se observarán las particulares que contiene el artículo 36.

23. Hecho el debido reconocimiento en las aduanas, y dadas las guias correspondientes, si se hallaren fraudulentos exceşos en el número de arrobas, libras ó varas, solo se obligará á los comerciantes ó conductores á la satisfaccion de los derechos

que dejaron de adeudar cuando no exceda la ocultacion de dos por ciento, segun y como está anteriormente prevenido; pero en el caso de que sea mayor la ocultacion, se procederá por el exceso contra el comerciante ó conductor por el mismo tenor y forma que contra los demas defraudadores: debiéndose tener presente que el defecto de guia en la conduccion de géneros y frutos del reino en lo interior de él, no debe servir de motivo para formar causas; mas por lo que hace á los pueblos de frontera, se observará lo prevenido en mis Reales órdenes, y señaladamente en la de 10 de diciembre de 1802, y en cuanto á los géneros extrangeros la instruccion de 19 de setiembre de 1804.

24. Aunque en el método de sustanciar las causas de aprehension Real se ha comprendido entre los reos de fraudes á los compradores, sin distinguirlos de los principales delincuentes, se ha de entender esto en los géneros estancados y de ilícito comercio; pero en los demas de aduanas y rentas generales, solo se procederá criminalmente contra los compradores negociantes, que por sí ó por tercera mano hiciesen estas compras sin las precauciones necesarias; pero no contra los demas en quienes no es presumible la malicia, ni deben precaverse con el reconocimiento de legítimo despacho que suponen en el vendedor de quien compran.

25. En todos los demas fraudes de cualquiera naturaleza y entidad que sean, se formará causa criminal en el método prevenido, y se impondrá á los reos todo el rigor de las penas, estando probado debidamente su delito, para lo que se admitirán indicios y conjeturas, y las probanzas mas privilegiadas que en cualquier otro delito se admitan por derecho.

PENAS QUE DEBERÁN IMPONERSE IRREMISIBLEMENTE PROBADO EL FRAUDE.

26. Será pena comun á todo fraude procedente de género de ilícito comercio indistintamente, la del comiso y perdicion del género, con el coche, mulas, carruages, bagages ó embarcaciones en que se conducia, con mas las costas de la causa, que se deberán pagar de los otros bienes embargados á los reos, y en su defecto del precio que produjeren los comisados, para solo el pago en este caso de los interesados que no gozan sueldo. Esto se entiende cuando solo se aprehenden efectos prohibidos á comercio, pues si con ellos se encontrasen otros de permitida introduccion y comercio lícito, se observará la regla siguiente.

Cuando el valor de los géneros prohibidos llegue á la tercera parte del que tengan los contenidos en el mismo fardo, saca, cofre ó bulto de cualquiera clase que sea, entonces los géneros prohibidos viciarán á los demas de prohibida entrada, y por consecuencia caerán unos y otros en la pena del comiso, con la caballería, carruage ó embarcacion en que se conducian, y en las demas impuestas por mis Reales órdenes é instrucciones; pero cuando el valor de los géneros de ilícito comercio no llegue á la tercera parte del que tengan todos los contenidos en el propio fardo, paca, cofre ó bulto, solo caerán en la pena del comiso y demas impuestas por Reales órdenes é instrucciones, los mismos géneros y efectos prohibidos, sin trascendencia al comiso de la caballería, carruage ó embarcacion en que se conducian, entregándose los demas géneros de lícito comercio á los respectivos interesados con el correspondiente pago de derechos; bien que esta modificacion en que vengo por pura equidad, solo tendrá lugar respecto del reo que fuere aprehendido por la primera vez: pues á la segunda se han de dar igualmente por de comiso, con la caballería, carruage ó embarcacion en que se conduzcan, aun cuando el valor de los prohibidos no llegue á la tercera parte de todos los géneros contenidos en la paca, fardo, cofre ó bulto.

27. Ademas de la pena de comiso comun en todo fraude de tabaco, sal y demas géneros estancados, se impondrá á los defraudadores, conductores, auxiliadores, encubridores, expendedores y compradores la pena de cinco años de presidio de Africa por primera vez, ocho por la segunda, y diez por la tercera, con la calidad de que no salgan sin mi Real licencia.

28. A los extractores de plata y oro, ya sea en barras, polvos, alhajas, monedas del cuño de estos reinos, ó de otro cualquiera que hayan entrado en ellos con cualquier título, se les impondrá, ademas de las penas comunes á todo fraude, la de cinco años de presidio por la primera vez con la multa de quinientos pesos; ocho años de presidio con duplicada multa por la segunda, y por la tercera se extenderá la condenacion á la de presidio de Africa por diez años, y que cumplidos no salgan sin licencia, y á la confiscacion de todos sus bienes; cuyas penas en todos tres casos se han de ejecutar igualmente que con el dueño del fraude, con los extractores, auxiliadores y encubridores; y para calificar este delito y saber cuando se comete, deberá tenerse presente todo lo prevenido en las Reales cédulas de 23 de julio de 1768, 15 de julio de 1784, 6 de julio de 1786, y 2 de

octubre de 1787, en que se prescriben las formalidades convenientes para la conduccion y circulacion del dinero.

29. Las mismas penas que se prefinen á los extractores de la plata y oro, auxiliadores y encubridores, se han de imponer à los que extraigan yeguas, potros, caballos y armas de estos reinos, comprendiendo en ella á los dueños, conductores, auxiliadores y encubridores indistintamente. Estas propias penas se han de ejecutar con los extractores de ganados mulares, vacunos y de cerda, trigo y demas especies de granos, sus auxiliadores, conductores y encubridores, siempre que su extraccion de estos reinos esté prohibida por mis Reales resoluciones, por conveniencia de mi Real servicio y beneficio comun de mis vasallos.

30. En los fraudes de rentas generales ó de aduanas se impondrá á los reos por la primera vez una multa proporcionada á la entidad del fraude, ademas de la pena comun del comiso y costas en que siempre se incurre; mas por la segunda vez, ademas de esta, sufrirán la de cuatro años de presidio, y por la tercera la de ocho precisos en uno de los de Africa, con las demas condenaciones y multas arbitrarias segun la calidad del fraude en estos casos de reincidencia; con excepcion de que en los fraudes de géneros de algodon de fábrica extrangera, la pena pecuniaria, que en todas las aprehensiones sufrirán los reos, ademas de las que se señalan en sus respectivos casos contra los defraudadores de rentas generales, será la multa del treinta por ciento del valor de los géneros aprehendidos.

31. Han de comprender las mismas penas con que se castiga el fraude de rentas generales á los extractores de granos, ganados mulares, vacunos y de cerda en los casos que no estando prohibida, antes bien permitida su extraccion con registro y adeudo de derechos en las aduanas, sin este previo requisito hicieren las extracciones.

32. Tambien se deben ejecutar las referidas penas en los introductores de plata y oro y demas frutos que de mis dominios de la América vengan á estos reinos sin el correspondiente registro, tanto en navíos de mi Real armada, cuanto en otros cualesquiera del comercio; con prevencion de que sin distincion de introduccion ó extraccion de oro y plata sellados ó en barras, polvos, alhajas y vajillas, frutos de la América ó de otros cualesquiera reinos, ha de ser privativo el conocimiento de todos y cualesquiera fraudes del superintendente general de

mi Real Hacienda, sin que con motivo alguno puedan mezclarse en él otros ministros ni tribunales, pues para el caso de los recursos ó apelaciones de los autos ó sentencias de los subdelegados del superintendente general tengo destinado el Consejo de Hacienda en salas de justicia, que como de todos los demas fraudes deberá conocer de los que se intenten por falta del registro del oro, plata y frutos que se conducen de la América.

33. En las rentas provinciales de alcabalas y cientos se observarán puntualmente las penas prevenidas por las leyes de estos mis reinos; y en los fraudes contra las rentas y servicios de millones se impondrá á los defraudadores la pena de comiso de la especie que se aprehendan, con las caballerías y carruages en que se conduzca, y ademas las establecidas por las instrucciones y capítulos de millones, y las arbitrarias que se adapten á la calidad de los fraudes.

34. Las penas de fraudes tendrán su aumento en casos particulares, que han merecido y merecen señalarse con mayor rigor, y son los siguientes.

35. A los que sembraren, molieren ó fabricaren en sus tierras ó casas tabaco ó cualquiera otro género estancado y de ilícito comercio, y cuantos cooperen á ello, si fueren de baja condicion, se les darán doscientos azotes, y á todos se les aumentarán dos años de presidio de la pena comun; se les condenará en la pérdida de instrumentos ó jarcias de la siembra ó fábrica, á la de las tierras y casa en que se hacia, si eran propias de los reos, ó si su dueño era sabedor de la fábrica; y cuando por ser de mayorazgo ó por otra causa no pudiesen darse por perdidas, se les condenará en su valor y en mil ducados de multa por la primera vez, aumentándose las penas proporcionadamente en caso de reincidencia.

36. A los que introdujesen, fabricasen, expendiesen, comprasen ó usasen tabaco rapé que no sea de mis Reales estancos, con una caja sola que se les aprehenda, ó con tres testigos hábiles que testifiquen haberles visto expenderlo, fabricarlo, comprarlo, introducirlo ó usarlo, ademas de las penas comunes en que incurre todo defraudador á la renta del tabaco, se les impondrá la pecuniaria de quinientos ducados, aplicada por entero al denunciador, si le hubiere, y la de privacion del empleo que tengan en mi Real servicio, quedando inhabilitados para obtener y pretender otros. Y por lo que hace á la venta de cigarrillos y reventa del tabaco, se guardará en todo lo prevenido en los

siete capítulos de la Real resolucion de 9 de julio de 1802, que son los siguientes.

1.° Que los empleados que gocen sueldo por la Real Hacienda que se les aprehenda ó encuentre revendiendo en sitio público ó privado cualquiera de las expresadas clases, se les imponga la pena de privacion de empleo y sueldo, formándoseles ademas causa cuando se justifique que el tabaco es de contrabando.

2.° Que la misma privacion de empleo y sueldo y el destierro de un año se imponga á los tercenistas y estanqueros á quienes se les encuentren cigarrillos de papel ú otro tabaco para la reventa, distinto de las clases que se entregan en las administraciones para el despacho de dichas oficinas subalternas, siguiéndose causa con arreglo á instrucciones cuando el tabaco sea de fraude.

3.° Que el paisano que incurra en el delito de reventa de tabacos, si estos fueren del estanco (lo que deberá justificarse en el acto por los diarios de los tercenistas y estanqueros), se les imponga el destierro de un año; y siendo de fraude, y no pasando de media libra, se les aplique por dos años á las obras públicas, sustanciándose causa cuando el tabaco que se aprehenda sea en mas cantidad.

4.° Que las mugeres comprendidas en la negociacion de la reventa sean destinadas por un año á los hospicios, siendo el tabaco de los estancos, y por cuatro si fuere de fraude, incurriendo en la misma pena los jóvenes de corta edad de uno y otro sexo.

5.° Que el soldado veterano de milicias y marina que se le encuentre en la reventa de cigarrillos, ó que los lleve con este objeto, sufra la pena de un mes de calabozo, y se le recargue un año de servicio sobre su enganche ó condena; extendiéndose esta pena al recargo de dos años cuando se le encuentre vendiendo tabaco brasil ó cualquiera otro en cortas porciones; y formándosele causa en el caso de exceder de media libra.

6.° Que el soldado inválido que se le encuentre en la reventa de cigarros, pierda por la primera vez los premios que disfrute: en caso de reincidencia, se le impongan las mismas penas que quedan indicadas para los paisanos.

7.° Que exceptuando los casos en que se ha advertido la formacion de causa á los que incurran en la venta ó reventa de tabacos, en todos los demas bastará para la ejecucion de las penas impuestas un testimonio en relacion, el cual, del mismo modo que la sumaria de fraudes, se pasará por el comandante ó ca-

bo del resguardo al administrador de rentas, para que por este se presente en el juzgado de la subdelegacion, á fin de que en el preciso término de cuatro dias, ú ocho á lo sumo, recaiga la providencia; entendiéndose que en cuanto á las penas que comprende esta resolucion con arreglo á militares, se ha de observar la de 15 de octubre de 1804, que se refiere en el artículo 19.

37. A los capitanes, maestres ú oficiales que vengan gobernando navío ó embarcacion mia, ó de alguna compañía de estos mis reinos en que se aprehendiese fraude, ademas de las penas comunes de introductores y encubridores de fraude, se les condenará en la suspension ó privacion de sus empleos, con atencion á la naturaleza, calidad y circunstancias de los fraudes, guardándose para la imposicion de estas penas, en cuanto á los que gocen fuero militar, lo dispuesto en la citada resolucion de 15 de octubre de 1804.

38. A los que hicieren resistencia con armas á los ministros de mis rentas Reales, si no fueren nobles, se les darán doscientos azotes, y se les condenará por solo este delito á cuatro años de presidio de aumento de pena, y á los nobles en seis: y si la resistencia fuere tan calificada que mereciesen pena de muerte, se les impondrá.

39. Ademas de estos casos particulares, siempre que los jueces por la gravedad y por las circunstancias de la causa, por la insolencia de los reos, por la frecuencia con que en algunas fronteras se cometen los fraudes, ó por otras justas y prudentes razones hallasen por conveniente agravar las penas comunes, lo harán aumentando las corporales, ó añadiendo á ellas las pecuniarias, segun lo que les parezca que ha de refrenar mas; y si fuesen empleados en rentas, se regravarán las penas con la privacion perpetua de los empleos. Mas por el contrario, ni los subdelegados ni otro tribunal alguno tendrá facultad ó arbitrio para dispensar las penas que para los respectivos casos se señalan en esta instruccion.

APLICACION DE COMISOS Y CONDENACIONES.

40. A excepcion del tabaco, por regla general se aplicarán indistintamente todos los géneros comisados por cuartas partes, y lo mismo se ha de ejecutar con las multas que se impongan á los reos. En el tabaco por especial razon continuará el establecimiento de solas tres partes, una al juez, y las otras entre el

denunciador y guardas; observándose en todos casos en el método de la distribucion todo lo que se halla dispuesto en mi Real resolucion de 2 de enero de 1801, inserta en Real orden comunicada á todas las intendencias y subdelegaciones de mi Real Hacienda en 7 de diciembre del mismo año, y es como sigue: »Que habiendo denunciador se le aplique la tercera parte íntegra del comiso como hasta aqui sin alteracion, y que el resto (hecha esta deduccion de tercera parte) ó el todo del comiso (no habiendo denunciador á quien aquella pertenezca) se divida en cuatro partes iguales, de las que se apliquen dos á los aprehensores; á saber, la una que ya les estaba señalada por Reales instrucciones, particularmente por la de 23 de julio de 1768; y la otra que antes se aplicaba à la sala de justicia del Consejo en conformidad á la Real cédula de 17 de diciembre de 1760, y hoy percibia mi Real Hacienda en virtud de la Real cédula de 10 de julio de 1797, que les he concedido para excitar su celo y amor á mi Real servicio: que otra cuarta parte continúe aplicándose á mi Real Hacienda en observancia de la citada Real cédula del año 68, y que de la cuarta parte restante se siga tambien aplicando la mitad de ella á los subdelegados que conozcan de las causas, y declaren los comisos con arreglo á dicha cédula de 10 de julio de 1797; y que la otra mitad que en fuerza de esta Real resolucion percibia tambien mi Real Hacienda, se aplique al fondo de resguardos; de suerte que por esta Real resolucion se apliquen dos de las cuartas partes de la insinuada clase de comisos á los aprehensores, una à mi Real Hacienda, media (ó lo que es lo mismo, una octava parte) á los subdelegados, y la otra mitad ú octava restante al fondo de resguardos, desprendiéndome en favor de este benéfico establecimiento y de los dependientes, de una parte y media de las que antes se aplicaban à mi Real fisco: que en los comisos que se ofrezcan de tabaco, siga haciéndose la distribucion por terceras partes, conforme à lo prevenido en Reales instrucciones; pero es mi Real voluntad que en las aprehensiones en que no intervenga denunciador se apliquen las dos terceras partes à los aprehensores, y que el mismo orden de distribucion por terceras y cuartas partes, segun las clases de comisos, se guarde en la aplicacion de las multas que se hallan establecidas por pragmáticas, Reales cédulas ó instrucciones; y que las extraordinarias que se impongan en algunos casos en que los contrabandistas hagan resistencia, se apliquen integramente á los aprehensores que la sufran, en remuneracion del riesgo á que se exponen." Exceptuase de estas reglas el co-

miso de libros del rezo divino, y otros de impresion extrangera, cuya introduccion se halla prohibida, porque en su distribucion se guardará lo prevenido en Real orden de 30 de octubre de 1766; y se advierte que cuando no sean los resguardos los que hicieren la aprehension, la octava parte, que al fondo de estos se adjudica por la preinserta Real orden de 2 de enero de 1801, se ha de continuar aplicando á mi Real Hacienda, como para la alcaldía de sacas de Portugalete me servi mandarlo por Real orden de 10 de enero de 1804.

41. Para la distribucion de los comisos se ha de tener tambien presente, que aunque los fraudes sean de corta entidad, y las causas se corten en sumario, conforme á lo que se deja dispuesto, nunca ha de corresponder á los subdelegados mas que una octava: que cuando en algunos juzgados ocurre que en una misma causa actúan dos subdelegados, interino y propietario, ó propietarios ambos, y el uno proveyese el auto de declaracion del comiso en vista de la sumaria, y el otro pronunciare sentencia, la octava parte aplicada al juez se ha de distribuir entre ambos con igualdad; mas si uno mismo pronunciare dicho auto de declaracion del comiso, y sentenciare la causa, entonces este ha de llevar la octava parte íntegra, aunque otro haya entendido en algunas diligencias: que en el repartimiento de lo que en el anterior artículo se aplica á los aprehensores, los comandantes y cabos tendrán las partes que previene el artículo 5.º de la Real cédula de 23 de julio de 1768, á saber: el comandante que interviene en la aprehension, llevará como tres aprehensores, mas si no interviene en ella, llevará solo una parte, y tres el superior que mandare la accion: que en las aprehensiones á que concurriesen las justicias, los jueces que personalmente asistieren á ellas y no abandonaren la accion, llevarán tres partes del tanto aplicado á los aprehensores, distribuyéndose con igualdad lo que sobre estas tres partes restare, entre todos los que lo fueren.

42. Los géneros comisados de lícito comercio se venderán públicamente, y su precio y el de las condenaciones será el que se aplique en las cuartas partes, rebajando de él los Reales derechos, y en defecto de bienes las costas y gastos de la causa y los alimentos de los reos. Aunque los géneros sean prohibidos al comercio, como no sean estancados, sucederá lo propio, sin otra diferencia que la de que no debe hacerse descuento de derechos Reales ni municipales, debiendo guardarse en la venta de todos los géneros de algodon de fábrica extrangera el que no

tomándolos la compañía de Filipinas, donde tiene establecidos almacenes en un precio proporcionado y justo, conforme à la gracia que le está dispensada, se haga dicha venta en las aduanas públicamente, con la asistencia precisa del contador y administrador de rentas y la del subdelegado cuando se lo permitan sus ocupaciones, y siempre por menor, esto es pieza por pieza, sin vender nunca dos à una misma mano, como ya se previno en Real orden de 18 de noviembre de 1803.

43. Los géneros comisados de tabaco, sal, pólvora, azogue y demas estancados, no se venderán, sino se entregarán á los estancos respectivos mas inmediatos; y se aplicará à los interesados en las partes íntegramente, sin descuento de derechos, costas, gastos ni alimentos, el precio que ha de abonar mi Real Hacienda, que es, á la libra de tabaco lavado y la de monte y rapé tres reales, á la de virginia dos, á la fanega de sal tres reales, à la libra de pólvora fina real y medio, à la de municion un real, à la de salitre afinado real y medio, á la de sencillo un real, à la de azufre medio real, à la arroba de plomo siete reales, à la de alcohol dos reales y medio, à la libra de azogue seis reales, à la de soliman y bermellon doce reales, à la libra de lacre diez y seis reales, à la de piedra mineral llamada cinabrio dos reales, y à los aguardientes, rosolis, aguas fuertes y naipes, el precio que segun sus diferentes especies, clases, calidades y suertes está considerado para estos casos en las aduanas de rentas, que debe ser el coste que tienen à mi Real Hacienda en los mismos estancos.

44. Todos los géneros estancados que no fueren de consumo, se quemarán, se echarán al rio, ó se desharán de modo que no puedan servir.

45. Los géneros comisados por prohibicion por razon de peste, se deben quemar, beneficiarse ó venderse por disposicion de la sanidad, segun y como estime por conveniente.

46. Las embarcaciones, coches, carruages ó bagages comisados serán públicamente vendidos, y seguirán para la distribucion en partes la naturaleza del fraude que contenian: si era tabaco, se distribuirá su precio en las tres partes, y si era cualquiera otro fraude, en las cuatro en que por Real instruccion se distribuyen todos los demas; lo mismo se observará con los géneros lícitos de legítimos despachos, que aprehendidos en coches, bagages ó carruages en que se aprehendió el fraude, fueron tambien comisados; lo propio en el comiso de las jarcias, instrumentos y máquinas para la ejecucion ó fábrica de algun

fraude; y el precio de todas estas clases de bienes ha de quedar sujeto, en defecto de otros bienes de los reos, al descuento de costas y gastos de la causa y al de sus alimentos; à excepcion de la tercera parte correspondiente al denunciador cuando le hubiere, porque esta le ha de ser absolutamente íntegra sin diminucion ni descuento alguno.

47. Si con la aprehension del fraude prendiesen en el campo, y no en poblado, los ministros del resguardo à los reos ò à algunos de ellos, ademas de la parte que les corresponda en el comiso, se les aplicarán los bagages y carruages en que se conducia el fraude, y lo mismo se hará con los instrumentos y máquinas en que se fabrica el género para el fraude, si con él se aprehendieren los delincuentes; pero no se seguirá esta regla con los navíos ó embarcaciones que se comisaren, porque en estos tendrán la parte que les corresponda como aprehensores.

48. Cuando se diesen por perdidas casas ó tierras en que se fabricaba ó sembraba tabaco, se aplicarán enteramente à mi Real Hacienda; y en las multas y condenaciones pecuniarias, tanto en esta renta como en las demas, se aplicarán à los ministros aprehensores con toda puntualidad las partes que respectivamente quedan prevenidas, para estimularlos con este beneficio al mayor celo y aplicacion de su resguardo.

49. Por lo dispuesto en esta instruccion acerca del seguimiento de las causas de fraudes, reconocimiento de ellos, é imposicion de sus penas, no es mi Real ánimo que se alteren los capítulos de comercio que en el dia rigen, ó se acordaren con otras potencias.

50. De todas las causas de fraude contra mi Real Hacienda conocerán privativamente en los términos prescritos en esta instruccion los subdelegados de mi superintendente general de ella, derogando, como derogo, la habilitacion que para entender en las mencionadas causas concedí à todos los jueces de letras y justicias del reino en Real orden de 24 de enero de 1802, por ser mi voluntad que la jurisdiccion de dicho mi superintendente general y sus subdelegados quede en el mismo pie en que se hallaba establecida por la Real cédula de 17 de diciembre de 1760.

51. Y para que tenga su puntual observancia esta instruccion, he tenido por conveniente despachar esta mi cédula: por la cual mando al expresado mi supremo Consejo de Hacienda, al superintendente general de ella, sus subdelegados, administradores, ministros y demas dependientes de rentas, y á todas las demas personas à quienes en cualquier forma toque su cum-

plimiento, la vean, guarden y ejecuten inviolablemente en todas sus partes, segun y como se previene en ella y contiene en sus artículos, sin ir ni permitir que se vaya contra su tenor, modo y forma en manera alguna; y que se comunique á los capitanes generales, gobernadores, intendentes, subdelegados de rentas, jueces de contrabando y demas jueces y justicias, para que la observen y guarden, y hagan guardar y cumplir en la parte que á cada uno competa; haciendo los intendentes y subdelegados de rentas que se publique y haga notoria en sus respectivos partidos para que no se alegue ignorancia, que asi es mi voluntad se ejecute.

MODELOS

PARA LA FORMACION DE CAUSAS

DE CONTRABANDO,

EN CONFORMIDAD DEL NUEVO REGLAMENTO

DE 11 DE FEBRERO DE 1825,

Y DECLARACIONES POSTERIORES,

QUE SE HA DIGNADO APROBAR SU MAGESTAD.

EN LA INTELIGENCIA QUE EN TODAS LAS PROVINCIAS EN QUE SE USE DE PAPEL SELLADO, SE HAN DE ESCRIBIR ESTAS ACTUACIONES EN EL DE OFICIO, MENOS LAS PRETENSIONES, FIANZAS Y PRUEBAS DEL REO QUE TENGA BIENES, LAS CUALES SE EXTENDERAN EN EL PAPEL COMPETENTE, SEGUN LAS REALES CEDULAS DE LA MATERIA.

MODELO N.° 1.°

CON REOS PRESENTES Ó REBELDES QUE NO HAN DE SUFRIR PENA CORPORAL, Y CUYO COMISO CON LAS MULTAS NO PASA DE VEINTE MIL REALES, ACTUACION CON LA CLARIDAD Y RAPIDEZ QUE PREVIENEN LOS ARTÍCULOS 23, 24, 33 Y 39.

Cabeza.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, D. F., subteniente (*ò lo que sea*) de la partida de la columna movil, y subdelegacion militar que al margen se expresa (*si está alli el asesor de la columna, con su asistencia se extenderá el obrado*), por ante mi F. de T., sargento (*ò cabo*), ejerciendo funciones de escribano, como por tal se nombra, y bajo juramento prometo el buen desempeño (*y si es cabo, teniente, comandante ò autoridad del Resguardo ò de Rentas quien hace el proceso, se expresará el que sea, y le dará fe el escribano de Rentas que lleve, ú otro*

de quien se valga; pero unos y otros se arreglarán á estos modelos), dijo: que segun denunciacion secreta (*si la hay*), de la cual se pone pliego separado cerrado (*que firmará si sabe el denunciador, ademas del oficial ó actuario, y el que hace de escribano*), que se remite al gefe de la columna (*y no se abrirá hasta su tiempo*), en conformidad del artículo 48, párrafo 3.° (*y si es el gefe quien hace el obrado, se dirá*) que subsiste en poder de D. F. (*y si es de Rentas el que actúa, dirá*) que se remite al subdelegado respectivo (*y si no hay denunciador se pondrá despues del dijo*). Que cumpliendo con sus deberes, y recorriendo los puntos que le estan encargados en persecucion del contrabando, ha conseguido una aprehension con la tropa de su mando (*ó con tales dependientes si es del Resguardo*): (*aqui se explicarán los nombres, apellidos, vecindades, destinos, graduaciones y edades de los que asistieron; si alguno tiene ó no parentesco, y generales de la ley con los procesados; si saben ó no firmar, procurándose que si hay otros testigos fuera de los aprehensores declaren tambien con ellos*). Y bajo juramento que cada uno, segun su estado y caracter prestó en forma legal á presencia del procesado (*ó procesados*), declaran que ha sido en la manera siguiente. (*El reo ó reos no estarán delante en el acto de declarar los aprehensores y testigos, á no ser que estos lo consientan, aunque han de presenciar el juramento, y podrán decir al que forma el obrado que les haga esta ó la otra pregunta, y se les admitirá siendo pertinente.*)

HECHO Y CIRCUNSTANCIAS DE LA APREHENSION.

A tal hora de tal dia, en tal punto, poblado ó despoblado. (*Aqui se hará relacion clara, metódica y exacta del sitio, tiempo, modo, y todas las mas circunstancias de la aprehension, direccion ó ruta que llevaban los detenidos: si traian armas se designarán y reconocerán por dos peritos, que bajo juramento dirán si son ó no prohibidas, y siéndolo se sacará testimonio de ello, y remitirá á la autoridad competente, poniendo á su disposicion el reo para lo que haya lugar en punto á las armas: si con caballerías, carruages, embarcaciones etc. etc. se individualizarán, y se reconocerán, y tasarán cuando los géneros por dos peritos jurados, y se procurará expresar y conservar fielmente los bultos de la aprehension con distincion de conductores ó dueños, sin alterar ni mezclar unos con otros para verse de quien son; y si la cantidad de los ilicitos vicia ó no los*

lícitos, segun las explicaciones del artículo 44. Y serán tambien preguntados si saben algo sobre si el procesado tiene ò no fama de contrabandista, y los motivos de ella.)

RAZON DEL PARTE DE LA APREHENSION DADO EN EL PRIMER DIA CON LAS CIRCUNSTANCIAS ENTONCES POSIBLES.

De cuya aprehension se dió parte al momento por oficio, y medio del gefe de la columna al señor capitan ò comandante general de esta provincia, segun el artículo 28 (*en el obrado se les dará el tratamiento que les corresponda*). (*Y si el primer parte no fue bien expresado, se repetirá otro concluidos los primeros cuatro dias.*)

INTERROGACION A LOS PROCESADOS: CITACION QUE PARA TODO SE LES HACE, Y PARA QUE PRESENTEN LOS DOCUMENTOS Y DEN SUS DESCARGOS.

Todo lo cual se ha leido á los procesados (*ò procesado*); y en seguida, siendo tal hora de tal dia se les interrogó á cada uno separadamente por su nombre, apellido, vecindad, estado, oficio ú ocupacion, y edad, y si ha sido procesado alguna vez, dónde y cómo, por fraudes contra la Real Hacienda: por la procedencia, direccion, consignacion ò pertenencia de los efectos: quiénes les auxiliaron ò encubrieron; y por lo demas que en el asunto conviene saber segun las circunstancias, y si traen documentos con que justificarse; intimándoles que si no los presentan en este acto, ó lo mas tardar dentro de veinticuatro horas siguientes, no se les admitirán despues segun el artículo 24, á fin de proceder con brevedad é inteligencia de todo el reconocimiento pericial, y depósito formal de los géneros y caballerías &c. &c. &c. (*Al pronto de la aprehension se pondrán donde sea posible segun el sitio ò circunstancias, y siendo necesario con guardas*), al fallo y á lo demas que ocurra en este expediente; para cuyos actos, subasta y remate que despues se realice se les cita desde luego; con apercibimiento de que no lo serán otra vez, ademas de que han presenciado el juramento de los aprehensores y testigos. (*Si los reos fugaron se excusa este período, y en su lugar se pondrá el hecho de la fuga; y si hubo auxiliadores ò encubridores de ella, contra quienes se saca testimonio de este particular, para seguirse ramo separado, segun el modelo que á las circunstancias de la causa corresponda.*)

JURAMENTO DE LOS PROCESADOS, Y SUS RESPUESTAS Ó DOCUMENTOS.

Y en efecto, habiendo cada uno jurado en forma segun su estado, prometiendo decir verdad, y dádose por citados para todo con instruccion del asunto, declaran con separacion lo siguiente (*si alguno goza fuero eclesiástico se pasará primero oficio atento al párroco del lugar, ó á la persona que tenga en general nombrada el reverendo ordinario, para que asista á estas interrogaciones y respuestas en conformidad del artículo* 20): llamarse tal, ser vecinos, este de tal, y aquel de cual, casados (*ó solteros*), de tal oficio ú ocupacion, y edad el F. y el Fulano de tal. Que jamas han sido procesados por fraude contra la Real Hacienda (*ó lo fueron en tal tiempo y juzgado, sufriendo por ello tal providencia*). Que cargaron los géneros en tal parte, siguieron por tal, venian dirigidos á tal, son suyos (*ó agenos, y de quién*) dichos efectos: les auxiliaron en esto tales personas (*aquí se pondrán sus respuestas y descargos con toda expresion*). Que los documentos que traen son los que entregan (*de ellos se dará razon*), y rubricados por dicho D. F. que forma el proceso, el entregante (*si sabe*) y mi escribano, se unen á los autos en seguida de esta diligencia::::: O que no traen documentos algunos:::::

(*Nótese lo primero, que si para comprobacion de alguna especie util de dichas respuestas se cita algun testigo, y fuese posible hacerlo concurrir dentro de los cuatro dias en que hecha la aprehension debe concluirse este obrado, se le llamará y extenderá su dicho bajo juramento.*)

(*Y lo segundo, que si resultan auxiliadores ó encubridores del fraude, y no estan presentes, se forma ramo separado por el mismo orden; ó si por alguna circunstancia ó calificacion agravante les corresponde pena corporal, entonces se formará segun el modelo que competa al caso.*)

RECONOCIMIENTO, VALOR Y CALIFICACION DE LOS GÉNEROS POR VISTAS Ó PERITOS.

Y con este conocimiento, documentos (*si se presentaron*), respuestas, y presencia de los procesados, sin confundir los bultos, antes dando razon del contenido de cada uno, se practicó reconocimiento de los géneros, y su cotejo con los papeles, por D. F. y D. F., vistas de tal aduana (*ó por no haberlos*), de

D. F. y F., comerciantes ó peritos, vecinos de tal parte, mayores de veinticinco años, sin generales de la ley que sepan con los interesados. Y bajo juramento que hicieron en forma, declaran (*aqui se pondrá por partidas individuales su calidad, medida, peso ó número; su valor, y procedencia del pais, de nuestras Américas ó del extrangero, si confrontan ó no con los documentos, cuál es su diferencia, y si son de permitido ó prohibido comercio, designándose los de algodon extrangero, ó con mezcla de él por la diferencia de multas, expresando la razon ú orden en que se fundan; de modo que esta operacion, que es la mas interesante, ha de extenderse con toda imparcialidad y exactitud para no perjudicar á la Real Hacienda, ni incomodar con detenciones indebidas al tráfico lícito y de buena fe.*)

(*Los peritos han de ser dos contestes de cada clase de efectos, si para todos no bastan los mismos, que se procurarán proporcionar desde el momento de la aprehension hasta la extension del acta; y si hay discordia se nombrará tercero que la dirima.*)

JUSTIPRECIO DE LAS CABALLERÍAS, CARRUAGES, EMBARCACIONES, ETC. ETC.

Asimismo se tasaron las caballerías &c. &c. (*si las hay*) por F. y F., peritos, vecinos de tal parte, mayores de veinticinco años que firman (*ó no*), y bajo juramento declaran (*aqui se pone el justiprecio de cada cosa en letra, y despues se sacará al margen en guarismos, como se hará en los géneros para mayor claridad.*)

DEPÓSITO FORMAL DE LOS GÉNEROS.

Cuyos géneros vueltos á colocar en sus respectivos bultos, se han depositado en tal aduana ó administracion, á cargo de D. F., su administrador ó alcaide, con presencia del contador ó interventor D. F. que de ellos otorgan recibo que firman (*y si no ha sido posible trasladar los géneros ó efectos á la aduana, administracion, tercena ó estanquillo abonado y á propósito, se dirá*) (*quedan en tal casa, que es decente, á cargo de F., á quien abonó la justicia ó F. de tal, arraigado en el pueblo, imparcial en el lance.*)

IDEM DE LAS CABALLERÍAS, CARRUAGES, EMBARCACIONES ETC. ETC. ETC.

Las caballerías, carruages, embarcaciones &c. &c. se hallan

á cargo y en depósito de F. y F., vecinos de tal parte, que responden de ello con igual abono de la justicia (*esto subsistirá cuando no se entreguen á los aprehensores, ó bajo de fianza á los procesados.*) Con lo cual se da por concluida esta actuacion dentro de cuatro dias, y en la forma prevenida en el último reglamento. Firman los que dijeron saber; y no F. y F. que expresaron no sabian: de todo lo que certifico y doy testimonio con el caballero oficial (*ó quien sea*) yo el sargento (*ó cabo*) que haga de escribano. (*Y si es escribano de Rentas dará fé, y signará.*) Firma del oficial ó gefe del procedimiento. = Firma del asesor si asiste. = Como aprehensor F. de T. = Como testigo F. de T. = Como vistas ó peritos F. de T. F. de T. = Como administrador contador de tal aduana, ó alcaide, ó lo que sea F. de T. = Como depositario de los géneros ó de los efectos de la causa F. de T. = Como justicia ó vecino que abona el sitio del depósito F. de T. = Como procesado F. de T., ó la señal de la cruz si no sabe otra cosa. = Como eclesiástico que asistí por serlo el procesado F. de tal. = De todo certifico F. de T., sargento (*ó cabo*) que hago de escribano (*ó si es escribano dirá:*) En testimonio de verdad F. de T. (*aqui el signo.*)

RAZON DE NO SER REINCIDENTE EL PROCESADO.

Incontinenti D. F. de tal, que forma este obrado, manda insertar en él para cumplimiento del artículo 40 del reglamento, que segun las listas de las causas ejecutoriadas que se le han pasado, no resulta que los procesados por esta sean reincidentes. Firma, y de ello certifico yo el que hago de escribano. Firma del gefe del procedimiento. = Firma del que hace de escribano.

(*Si resultasen ser reincidentes se insertará la partida de la lista que lo compruebe; y entonces, ó cuando el procesado declaró serlo en las interrogaciones como ya es reo de pena corporal, se continuará la causa de aqui adelante segun el modelo número 3.° Y cuando por esta ú otra razon haya de arrestarse al reo, será en la carcel ó donde corresponda, segun sus circunstancias, pasando oficio á la justicia para que franquee las prisiones necesarias.*)

INTIMACION PARA QUE EL REO AFIANCE, Y EN DEFECTO SE LE EMBARGARÁN SUS BIENES.

Seguidamente y en observancia del artículo 41 del reglamen-

to, D. F. de tal que hace esta causa, intimó à F. de tal (*ò los que sean procesados*), que si quiere evitar el embargo de sus bienes afiance inmediatamente las resultas de ella con persona abonada, y en defecto se procederá à aquel, à cuyo fin explicará en qué domicilio tiene bienes.

Asimismo que si afianza suficientemente (*para saberse si es bastante la fianza se preguntará á la justicia*) se le entregarán las caballerías, carruages ó embarcaciones, queriéndolas por la tasa verificada para verificar el deterioro y el que consuman alimentos; pues de lo contrario, deteniéndose el fallo del asunto por alguna ocurrencia, se pasará à su venta en pública subasta, segun el orden del artículo 27. En su persona, que dijo está pronto à dar dicha fianza, señala por tal à F.; y preguntada la justicia del pueblo, ó tales y tales hombres que ella trajo, lo abonaron, y bajo ella quiere recoger las caballerías &c. &c. que tiene bienes en tal y tal parte, los cuales sujeta ademas à las resultas de esta causa. Firma del gefe del procedimiento. = Firma del procesado. = Firma de la justicia y de los que abonan. = Firma del que hace de escribano.

Nótese lo primero, que si se aprehende el fraude y el reo en despoblado, las caballerías y carruages son de los aprehensores, segun el artículo 46. *Y en tal caso, queriéndolas, pueden entregárseles despues de tasadas, extendiéndose de ello antes de la diligencia de fianza anterior, una razon de entrega que firmarán los que reciban, con sujecion siempre á las resultas. Y por consiguiente se suprimirá en dicha diligencia el período, que trata de que el procesado afiance y recoja dichas caballerías, etc. etc. etc.*

(*Y lo segundo, que la fianza se extenderá en papel sellado ante el que forma la causa, y su escribano y tres testigos, ademas de la justicia y sugetos que abonen, con original separado del proceso en forma de instrumento que conservará el que hace de escribano, para entregar á su tiempo con la causa en la escribanía del juzgado de Rentas del partido, segun el artículo* 52; *pero al pronto sacará en papel sellado competente, segun la ley, una copia que se unirá á los autos en seguida de la diligencia anterior.*) (*Y si el reo no afianza, se pone la razon siguiente:*)

RAZON DE QUE PARA EL EMBARGO DE BIENES SE PASA OFICIO A LA JUSTICIA RESPECTIVA.

Acto continuo manda poner por razon, que mediante el

procesado (*ò procesados*) no afianzan las resultas de esta causa (*ò escaparon sin poder ser habidos*), se pasa con fecha de hoy tantos el oficio exhortatorio que previene el artículo 41 à la justicia tal (*dos ò las que sean*) para el embargo de todos sus bienes. El cual se remite por el soldado tal (*ò si no conviene disminuir la fuerza, por el correo si lo hay á propósito, ò por un peon, á quien se le pagará del primer importe que haya.*) Firma del gefe del procedimiento. = Firma del que hace de escribano.

OTRA DE SOLICITUD POR LOS REOS QUE FUGARON, Y SE SABE QUIENES SON.

Igualmente se pone por razon, que no obstante las diligencias por los reos F. y F., que escaparon, no pudieron ser habidos. Firma &c. = Firma &c.

OTRA DE QUE VA A REMITIRSE ESTE OBRADO AL GEFE DE LA COLUMNA.

En tal parte, à tantos, dia siguiente al en que se concluyó la extension anterior, D. F. de T. pone por razon, que con oficio respectivo va à remitir al momento este obrado cerrado, compuesto de tantas hojas al señor gefe de la columna, à que pertenece esta partida, D. F. de T., que parece se halla en tal punto, y lo conducirá el soldado F. de T. (*de quien se recogerá recibo certificado por el que hace de escribano.*) Firma, y de ello certifico yo el que hago de escribano. = Firma. = Firma del escribano.

Nota. (*Los procedimientos del gefe de la columna, de su asesor, fiscal y escribano no siguen aquí por no interrumpir los modelos de las actuaciones de los inferiores, y porque siendo entre si semejantes, ò con poca diferencia, se percibirán mejor puestos al fin por orden sucesivo.*)

MODELO N.° 2.°

ACTUACION CON REOS PRESENTES Ó REBELDES, QUE NO HAN DE TENER PENA CORPORAL, Y CUYO COMISO CON LAS MULTAS PASA DE VEINTE MIL REALES SEGUN EL ARTICULO 29, REFERENTE AL 24, 33 Y 39.

(*Se extenderá todo como en el modelo número* 1.° *desde la cabeza hasta la razon inclusive de haberse despachado oficio á*

la justicia para el embargo de bienes. Y luego sin la razon de cerrarse, y remitirse el obrado al gefe de la columna, seguirá como va á expresarse.)

1.° *(Si los reos son rebeldes porque fugaron, aunque se sepa quienes sean, no hay caso para tomar confesion, y no se necesita llamarlos por edictos, ni en el proceuimiento de este modelo, ni en el del número* 1.°, *en conformidad del artículo* 33. *Pero en las causas de este modelo número* 2.° *se seguirá desde el auto de prueba, que se pone mas adelante.)*

2.° *(Si la causa empezó sin reos porque no se hallaron con el fraude, ò escaparon desde el principio sin ser conocidos, ni descubrirse quienes son, en tales circunstancias no hay necesidad de auto de prueba, ni de otra gestion; y únicamente con la actuacion del modelo número* 1.° *se cierra el obrado con la última razon alli puesta, para remitirse al gefe de la columna, á fin de que lo falle á la manera que ya estaba prevenido en el artículo* 17 *de la Real instruccion de* 22 *de julio de* 1761.)

3.° *(Si los reos de causas de este modelo número* 2.° *estan presentes no se les debe permitir, segun el artículo* 39, *se ausenten hasta notificarse el auto de prueba: y se pasa á tomarles sus confesiones.)*

CONFESION DEL REO F. DE TAL, Y NOMBRAMIENTO DE CURADOR POR NO TENER EL REO VEINTICINCO AÑOS.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, D. F. de T., oficial (*ò lo que sea*) que forma este obrado (*si está alli el asesor asistirá tambien*) hizo comparecer à su presencia, y la de mí el sargento (*ò lo que sea*), que hago de escribano, un hombre (*ò muger*) que en las primeras interrogaciones del acta de aprehension contestó llamarse F. de tal (*aqui se pondrá su vecindad, estado, oficio, ocupacion y edad que dijo tenia.*) (*Si resulta que es menor de veinticinco años se dirá*) à quien mediante su menor edad se intimó nombre curador, y por su omision se elegirá de oficio; y habiéndolo hecho en F., de tal parte (*ò puéstose de oficio F.*), que concurrió asi que fue llamado, bajo juramento aceptó este encargo, obligándose à desempeñarlo bien; y en su vista se le discernió en forma. Y asi evacuado con presencia de dicho curador se tomó à su menor juramento, que desempeñó segun su estado, ofreciendo decir verdad en este asunto (*el curador se retira despues del acto de jurar, y si el reo no fuese menor se sigue desde el principio*) à quien se tomó jura-

mento, que desempeñó segun su estado, prometiendo decir verdad en este asunto. (*Si el procesado goza fuero eclesiástico, ya queda dicho lo que se hace.*) Y habiéndose leido lo que resulta de las primeras interrogaciones y respuestas que ha dado, declara ser cierto, y que ratifica lo que en ellas contestó (*y si muda, quita ò añade, se pondrá exactamente lo que diga.*)

CARGO.

Se le hace cargo, y reconviene como en contravencion de las leyes y Reales órdenes é instrucciones que son públicas à todos, conducia (*desembarcaba ò tenia, segun sea el caso*) géneros de prohibido comercio, de algodon extrangero (*ò lo que sea*), ó de permitido comercio sin selios, guias ni documentos legítimos, que por su calidad exigian, ni pagar los correspondientes derechos, ni presentarlos en las administraciones ó fielatos competentes, trayéndolos por caminos sospechosos à deshora &c. &c. &c. (*si asi resulta ò lo que conste; pues los cargos y reconvenciones se han de ceñir á lo que esté probado, sin amenazar, sugerir ni engañar, y de consiguiente se hará uno ò mas cargos por lances y datos con claridad.*) Dijo: que confiesa esto, niega aquello (*se pondrá con fidelidad su respuesta, procurándose evacuar en ella todas las circunstancias del cargo ò reconvencion.*)

Vuelto à reconvenir cómo niega ó disculpa esto ó lo otro, cuando resulta ò es verosimil tal y tal cosa (*aqui se le forman las reflexiones y argumentos mas eficaces segun el obrado, y lo que dan de si las respuestas del confesante.*)

Con lo cual se suspende por ahora esta confesion, sin perjuicio de continuarla cuando convenga. Y en lo dicho que se le volvió à leer (*y si es menor se hará entrar á su curador para esta conclusion*) se afirma y ratifica por ser la verdad: firman (*y si no sabe se expresa*) con dicho señor que forma el obrado, y el sargento (*ò lo que sea*) que hace de escribano. Firma del gefe del procedimiento. = Firma del confesante. = Firma del curador (*si es menor.*) = Firma del párroco, si goza fuero eclesiástico el procesado. = Firma del que hace de escribano.

(*Si hay mas reos, á cada uno se toma su confesion separadamente, y concluida la última.*)

AUTO DE PRUEBA Y NOMBRAMIENTO DE FISCAL, SI NO ESTÁ ALLÍ EL DE LA COLUMNA.

Incontinenti D. F. de tal, que forma este obrado, dijo: que recibia el asunto à prueba por término de ocho dias siguientes al de hoy comunes, improrogables y continuos, con todos cargos; y respecto no está aquí el fiscal de la columna, nombra para este fin à D. F., oficial en la partida de mas graduacion despues del que elige, que no tiene parte en la aprehension (*y si no hay oficial será un sargento ó cabo á propósito.*) (*Si es autoridad de Rentas la que actúa nombrará por fiscal, si no está allí el de la subdelegacion, un abogado ò sugeto imparcial que se halle mas á mano.*) Todo en conformidad del artículo 29. Notifíquese à quien corresponde. Firma con el que hace de escribano. = Firma del que forma el obrado. = Firma del que hace de escribano.

NOTIFICACIONES DEL AUTO ANTERIOR.

Inmediatamente D. F. notificó ante mi escribano el auto anterior à F. de tal, procesado (*ò los que sean, y si es menor tambien á su curador*) con la expresion de que si se ausenta, y todavía el fiscal produjere documentos ó interrogatorio, y diese à su tenor testigos, se recibirán sin mas buscarle ni diligenciarle; de todo lo que enterado dijo: nombraba por su abogado ò procurador à F.; y se le advirtió que si no comparece este à hacer su defensa, no por eso se le buscará ni se detendrá el término, de que asimismo quedó enterado. Firman los que saben, de que certifico. = Firma del que forma el obrado. = Firma del notificado. = Firma del que hace de escribano.

RAZON DE QUE NO PUEDE HACERSE LA NOTIFICACION POR HABER FUGADO EL REO.

En igual conformidad se pone por razon, que à causa de la fuga del reo F. no puede hacérsele saber el auto anterior; el cual sin embargo se decretó por la entidad del asunto, y quedará corriente desde la notificacion al fiscal. Firma, de que certifico. = Firma del que forma el obrado. = Firma del escribano.

NOTIFICACION AL FISCAL Y SU CITACION.

En el mismo dia tantos, D. F. de T., teniendo ante sí y de mí que hago de escribano á D. F., nombrado fiscal para esta actuacion, le hizo saber su eleccion y el auto de prueba que precede, y enterado aceptó el encargo, jurando en forma, segun su estado, desempeñarlo bien. (*Este juramento se excusará si el fiscal es el de la columna ó subdelegacion, porque ya lo tienen dado en la posesion de su destino*), y para cumplimiento de lo que se le notifica, pide se le entregue el obrado que devolverá cuanto antes, y en efecto lo recibe en tantas hojas. Firman, de que certifico. = Firma del gefe del procedimiento. = Firma del fiscal. = Firma del que hace de escribano.

(*Nótese que el fiscal excusa pedir ratificacion de los testigos y peritos que ya declararon desde el principio con citacion de las partes, segun el artículo 39. Pero si ve que no está bien probado el asunto, puede, aconsejándose con algun letrado, que no se negará á darle dictamen, producir nuevos documentos, é interrogatorio de preguntas claras y convenientes, con las generales de la ley para dar á su tenor en el término de prueba la que viere importante con citacion del reo ó reos si estan presentes, y si han fugado, se pone la razon arriba escrita, y lo mismo si se ausentaron, mudando la palabra fuga en ausencia.*

(*Pero se advierte al fiscal que evacue esto lo mas tardar en tres ó cuatro dias de los ocho de prueba, para que pueda el reo ó reos que quieran dar su probanza por el orden indicado para el fiscal; en la inteligencia, que para hacer útiles estos dias se habilitan todos, aun los feriados, y sus horas por entero de dia y de noche no siendo á deshora.*)

(*Como el interrogatorio ha de ser con dictamen de letrado no se extiende aquí su contenido, y si se presenta se proveerá con el auto siguiente.*)

AUTO.

Admítese cuanto ha lugar (*y si trae documentos se rubrican y juntan*): recíbase la probanza que se solicita, para lo cual presente esta parte, como en este auto se le intima, testigos inmediatamente en la habitacion de D. F. de T. que entiende en ella. Y así lo provee á tantos en tal parte. Firma del gefe del proce-

dimiento. = Firma del que presenta interrogatorio y va notificado. = Firma del escribano.

(*Si se da probanza se empezará asi.*)

Por el fiscal.

Probanza de la parte fiscal en la causa contra F. sobre contrabando de géneros que con las multas pasan de veinte mil reales.

Por el reo ó reos.

Probanza de F. ó F. y F. en la causa seguida con la parte fiscal sobre contrabando de géneros que con las multas pasan de veinte mil reales.

TESTIGO PRIMERO.

F. de tal. En tal parte, á tantos....., el fiscal de esta causa (*ó F. de tal, procesado, ò el procurador F., y en nombre de F. de T., procesado, si tiene poder para ello*) para justificacion de su interrogatorio presenta por testigo al que dijo ser y llamarse F. de T., vecino de tal, de quien D. F. de T., que forma este obrado, recibió ante mí escribano juramento en forma legal, segun su estado, bajo el cual prometió decir verdad de lo que sepa y sea preguntado (*si el procesado ó el fiscal quiere pueden hallarse presentes al acto de jurar el testigo, y despues se retirarán*); y examinado á tenor de dicho interrogatorio declaró á cada pregunta lo siguiente:

Que conoce á F. F. (*son las partes del asunto*) ó conoce à tal, y no á tal, sabe que hay esta causa por noticias públicas, ó lo mas que dirá, es de tal edad, y no tiene parentesco ni otras generales de la ley, á lo menos que sepa, con alguno de los interesados (*ó tiene esta y aquella*).

Que..... (y asi sucesivamente á las demas.)

Y en lo dicho que se le ha vuelto á leer se afirma y ratifica por ser la verdad. Firma (*ó dijo que no sabia*) con el D. F.; y de todo yo, que hago de escribano, certifico. = Firma del que forma el procedimiento. = Firma del testigo, si sabe, y si no que ponga la señal de la cruz. = Firma del que hace de escribano.

TESTIGO SEGUNDO.

F. de tal. (*Lo mismo se practicará con los demas testigos, y*

ninguno puede, segun los artículos 19 *y* 20, *resistirse á declarar lo que sepa ante el que forma el obrado, ó si tiene por su caracter y destino la regalía de hacerlo por certificado evacuará asi su dicho, que se unirá á la causa; y siendo necesario se oficiará á las autoridades competentes para que hagan se cumpla este deber por todos.)*

(Nótese que si hay alguna compulsa que hacer de documentos, segun la pretension fiscal, ó de la otra parte, se evacuará por el orden debido. Y concluidos los ocho dias porque la causa se recibió á prueba, al siguiente se proveerá el auto que sigue:)

AUTO.

En atencion á que se han concluido los ocho dias del término de prueba, únanse al demas obrado las que se han dado; (*y si no se dieron dígase*) se certifica que ninguna se ha dado. Y por consiguiente en conformidad del artículo 29 se cierra la actuacion, compuesta de tantas hojas, que con oficio respectivo va á remitirse por el soldado F. (*ó por un peon sino puede disminuirse la fuerza*) al señor gefe de la columna de esta partida D. F. de tal, que parece se halla en tal punto, de que traerá contestacion, recogiéndose entre tanto recibo del conductor, certificado por el presente escribano. Proveido por D. F. de tal, en tal parte, á tantos &c. &c. &c. Firma del que forma el obrado. = Firma del que hace de escribano.

MODELO N.° 3.°

CON REOS PRESENTES Ó REBELDES QUE HAN DE SUFRIR PENA CORPORAL, SEGUN LOS ARTÍCULOS 34, 35, 36, 37, 38 Y 39.

(Se extenderá todo como en el modelo número 1.° *hasta la razon inclusive de haberse remitido oficio á la justicia para el embargo de bienes, mudándose las palabras de géneros y otras en las que correspondan á la clase de artículos de que se trate, como tabaco, sal y demas estancados, dinero y otras cosas vedadas sacar del reino.)*

(Teniendo presente que en el reconocimiento de tabacos y efectos estancados han de declarar los dos peritos ademas de su calidad, medida, peso, y número de libras castellanas, fane-

gas etc. etc., su valor y procedencia, si son de los estancos, depósitos, alfolíes de la Real Hacienda, ó de contrabando, si son útiles ó inútiles para el consumo, y si pueden aprovecharse en las Reales fábricas respectivas. Y de los inútiles del todo se pondrá razon de que se quemaron ó inutilizaron en el acto con las formalidades de instruccion. Y en cuanto al dinero ha de expresarse la clase de monedas.)

(Como tambien, que verificado el depósito formal en la administracion ó aduana mas inmediata, ha de aprontar esta inmediatamente lo que las Reales instrucciones señalan, segun la clase de la aprehension para distribuirse por gratificacion entre los aprehensores, que de ello darán recibo. Y la contaduría de Rentas, segun el artículo 37, despues de tomar razon de la causa, formará la liquidacion para la citada distribucion conforme á los artículos 46, 47 y 48. Y todo esto ha de insertarse en la primer acta cuando se trata del depósito, ó si este no ha podido realizarse entonces en la administracion, debe unirse al obrado, que por ello no se detendrá, un certificado claro que acredite lo referido antes de extenderse el auto de prueba.)

(Pero nótese que supuesto en las causas de este modelo, número 3.°, hay pena personal, ha de ser arrestado el reo en la carcel, ó donde corresponda, segun sus circunstancias, de lo cual debe cuidarse mucho bajo toda responsabilidad. Y así se detendrá desde el principio con el seguro necesario, añadiéndose razon de esto, ó de que se fugó, en la primera acta, y despues de referirse el hecho de la aprehension, segun el modelo número 1.° Y en seguida de las firmas con que se concluye dicha acta primera, se extenderá la diligencia de entrega al carcelero, en esta forma.)

ENTREGA DE F. EN CALIDAD DE PRESO AL ALCAIDE CARCELERO (Ó DONDE SE PONGA.)

En tal parte, á tantos, D. F., continuando en esta causa de contrabando tal, hizo ante mí entrega de F., reo de ella, en calidad de preso á F. de T., alcaide carcelero de este pueblo, dejándoselo para que lo custodie como corresponde en la carcel pública que está à su cuidado, à consecuencia del uso de la señora justicia del territorio (*y si no se pone en la carcel se explicará el por qué, dónde y á cargo de quién*). Firma con dicho carcelero (*y si este no sabe se expresará*), y de ello yo que hago de escribano, certifico. = Firma del que forma el obrado. = Firma del carcelero. = Firma del que hace de escribano.

(Si de las primeras respuestas del reo y del reconocimiento de los peritos resulta que algunos efectos son de los estancos ó depósitos de la Real Hacienda, se pasará á extender la diligencia siguiente.)

DILIGENCIA EN EL ESTANQUILLO, TERCENA Ó ALFOLÍ CITADO.

En tal parte, á tantos..... D. F. que forma esta causa, pasó de pronto con mí el sargento (*ó quien sea*) que hago de escribano al estanquillo, tercena ó alfolí tal citado por el reo F., para ver si por los diarios del despacho, y declaracion del tercenista, estanquero, administrador (*ó el que sea*) se comprueba haber comprado ó no allí el tabaco, como dijo (*la sal ó el artículo que sea*). Y tanto por dichos diarios que se manifestaron, como por lo que declara F. ó D. F., tercenista &c., bajo juramento que prestó en forma, diciendo ser mayor de veinticinco años, y sin generales de la ley con el procesado, resulta que este no compró allí el tabaco (*ó lo que es*) (*ó que lo compró tal dia en tanto*). (*Se pondrá con claridad lo que digan y conste de asientos.*) Firman conmigo el escribano, que de todo certifico. = Firma del gefe del procedimiento. = Firma del administrador, estanquero ó tercenista. = Firma del que hace de escribano.

AUTO.

Tómese la confesion al reo (*ó reos*) de esta causa. Lo mandó y firma D. F que entiende en ella, en tal parte, á tantos, de que yo escribano certifico. = Media firma de uno. = Media del otro.

CONFESION DEL REO F. DE T.

(*Se extenderá segun la fórmula de la confesion del modelo número 2.° adoptando al caso y artículos del fraude de que se trate, asi las expresiones como los cargos y reconvenciones etc. etc. (Y luego, estando el reo presente, sigue el obrado como en el modelo número 2.° hasta su conclusion, y diligencia de remesa al gefe de la columna: con la diferencia de que se suprime la razon de que no se le notificó el auto de prueba por su fuga, la cual se pondrá cuando esta haya ocurrido. Y tambien que segun el artículo 36 puede prorogarse el término probatorio si fuese necesario por otros ocho dias; pero esto es en causas con reos presentes, no con los rebeldes. Para lo cual,*

ò el fiscal, ò el reo hará una instancia pidiendo la próroga, y se proveerá.

AUTO DE PRÓROGA DEL TÉRMINO PROBATORIO.

En uso de las facultades que concede el artículo 36 del último reglamento de estas causas con reos presentes, se proroga el término probatorio por otros ocho dias con la misma calidad de todos cargos (ó menos si bastan) por considerarse necesarios. Lo mandó y firma D. F. de T. en tal parte, á tantos, de que certifico. = Media firma de uno. = Media firma del otro.

NOTIFICACION DEL AUTO ANTERIOR.

Yo, el que hago de escribano, notifiqué el auto anterior en persona del fiscal, y en la de F., reo de esta causa (*ò si tiene procurador á este*) (*y si es menor*) á su curador F. Y lo certifico en tal parte, á tantos. Firma del que hace de escribano.

(*Nótese: que al remitirse la causa al gefe de la columna se remitirá tambien el reo con el seguro necesario, si la carcel ò sitio donde está preso no fuere á propósito para su custodia, y se entendiese por mejor la del pueblo donde se halle el superior; y en tal caso se añade esto en la diligencia de la conclusion del obrado, y en el oficio de su remesa.*)

(Casos en que el reo fugó, ó no se le halló, ó es desconocido.)

(*Pero si el reo fugó, en lugar de la diligencia de su prision, se pondrá lo siguiente.*)

RAZON DE QUE SE HAN PRACTICADO DILIGENCIAS EN SOLICITUD DEL REO.

En tal parte, á tantos, D. F. T. que forma este obrado, pone por razon, y certifica conmigo el escribano, que asi que fugó el reo de esta causa, como ya queda explicado en la primer acta (*ò asi que se halló el fraude sin reos conocidos*) dispuso, y se han practicado por la tropa de su mando (*ò por los dependientes*) las mas exquisitas diligencias para ver si se le hallaba, y arrestarle (*y si se sabe que tiene alli su casa, domicilio ò albergue, se añadirá*), habiendo tambien pasado á su casa, ó la de tal, donde se aseguró solia estar; no obstante lo cual no pudo ser habido (*ò si se fue á su casa se dirá*), aunque en su casa ó

la de tal se le dejó á su muger, hijos, criados (*ò quien sea*) la noticia de que se le busca, y por qué, y que debe presentarse inmediatamente para lo que haya lugar á dicho D. F., que forma esta causa, ó al gefe de su columna, en tal parte. Firma suya. = Firma del que hace de escribano.

AUTO.

Mediante se fugó F., reo de esta causa, llámesele por un edicto, que se fijará en el sitio público acostumbrado, con término de tres dias perentorios, segun el artículo 38. Y sin perjuicio de esto, y de continuar las diligencias, ademas de las practicadas en su solicitud, líbrense oficios exhortatorios con los insertos necesarios à las justicias de los tránsitos por donde se sospecha que marche, y á la del domicilio del reo para su arresto, y tambien para el embargo de sus bienes conforme al artículo 41. Lo mandó, y firma D. F. de T., que forma esta causa en tal parte, à tantos. = Firma de este. = Firma del que hace de escribano.

RAZON.

(*Luego seguirá la razon de haberse remitido estos oficios, con expresion de justicias y conductores, á imitacion de la que para el embargo de bienes se pone en el modelo número* 1.º)

OTRA DE LA FIJACION DEL EDICTO.

En tal parte, à tantos... D. F. de T. que forma este obrado, pone por razon, y certifica conmigo, que hago de escribano, que à consecuencia del auto anterior se extendió un edicto en papel de oficio, llamando à F. de T., vecino de tal parte, de tal oficio, estado y edad (*se pondrán las circunstancias que se sepan de él, ò las señales que resultan en el proceso*) reo de esta causa; para que dentro de tres dias perentorios, que empiezan á correr desde el siguiente à la fijacion de este, comparezca ante dicho D. F., ó el que mande esta partida, ó ante el gefe de la columna que se halla regularmente en tal parte (*si es de Rentas el que pone el edicto lo llamará para ante él, ó el subdelegado respectivo*) á responder de lo que contra él resulta sobre el contrabando tal (*aqui se dirá de qué efectos es*). Con apercibimiento que no haciéndolo en dicho término se proseguirá sin detencion en su ausencia y rebeldía á sustanciar y fa-

llar el asunto sin mas citarle; y se ejecutarán de pronto en sus bienes las penas pecuniarias; y sobre las personales se le oirá dentro de tres meses contados desde la pronunciacion del fallo y no despues, en conformidad del artículo 58 del último reglamento de estas causas. Cuyo edicto se fijó en tal parte como sitio público acostumbrado. Firma del que hace la causa. —Firma del que hace de escribano.

AUTO DE PRUEBA, Y NOMBRAMIENTO DE FISCAL.

Respecto son pasados los tres dias del edicto fijado, y no consta que F. de T. se haya presentado, por lo cual no puede tomársele confesion, se declara por rebelde, y se recibe esta causa á prueba por solos ocho dias con todos cargos comunes y continuos, y se nombra por fiscal á.... (*Desde aqui sigue la misma sustanciacion que en el modelo número* 2.°, *aplicando las expresiones y diligencias que al caso correspondan*)

(*Si la causa empezó sin reos porque no se hallaron con el fraude, ó no pueden descubrirse, se observará lo que se ha advertido en el párrafo número* 2.° *del modelo número* 2.°, *pues como en tal caso no hay á quien imponer pena personal, era inutil esta sustanciacion.*)

(*Nótese que aunque por anteriores instrucciones, si el fraude de tabaco no pasaba de media libra, no se formaba mas causa que un testimonio en relacion, que solia venir no tan claro ni por el orden que ahora va detallado en el modelo número* 1.°; *como al cabo la pena que se impone en este caso es personal, y siendo de contrabando es de dos años de obras públicas, debe atenderse á este resultado mas que á la cantidad; y asi se desempeñará por ahora, y mientras que no haya otro arreglo de penas, la sustanciacion designada respectivamente en este modelo número* 3.°, *porque parece incoherente que cuando hay solo interes pecuniario haya sustanciacion mas detenida, que cuando hay pena corporal.*)

(*Ultimamente se advierte que cada obrado al remitirse al superior debe llevar su correspondiente carpeta en que se diga el año y mes, el oficial ó la autoridad que lo formó, á qué línea ó partida pertenece, contra quién, si está preso ó rebelde, sobre qué, y su cantidad.*)

MODELO N.° 4.°

ACTUACIONES DESDE QUE LLEGA EL OBRADO AL GEFE DE LA COLUMNA MILITAR Ó AL SUBDELEGADO RESPECTIVO DE RENTAS, SI SUS DEPENDIENTES SON LOS QUE LO FORMAN.

(Para las causas en que no hay pena personal, y cuyo comiso con las multas no pasa de veinte mil reales.)

AUTO SOBRE EL RECIBO DEL OBRADO, SU TOMA DE RAZON Y PASE AL FISCAL.

En la ciudad, villa ó pueblo de tal, á tantos.... D. F. de tal *(se pondrá su graduacion)* gefe de la columna movil militar de la linea número tantos *(ó subdelegado tal de Rentas)*, ante mí F. de T., sargento que hago de escribano en ella, como por tal se me nombra, y prometo bajo juramento el buen desempeño, dijo: Que ahora que son las tantas, acaba de recibir por tal conductor con este oficio que se junta por cabeza, el obrado anterior, compuesto de tantas hojas, que remite D. F., oficial de tal partida *(ó lo que sea de Rentas)*, relativamente á la aprehension de géneros verificada en tantos, en que aparece procesado F., vecino de tal *(si se sabe)*. Por lo cual manda se presente por mí el escribano en la contaduría de Rentas de este partido, para que se tome la razon prevenida en instrucciones; y puesta lo vuelva á traer sin detencion. *(Esto se dirá, y cumplirá siempre que no venga hecho)*. Y asi verificado pase al fiscal, para que dentro de veinticuatro horas exponga lo conveniente; tomando, si lo necesitare, dictamen y firma del letrado que le parezca. Lo firmó; de que yo el que hago de escribano, certifico. = Firma del gefe. = Firma del que hace de escribano.

(Se presentará el obrado con la exposicion fiscal en papel sellado de oficio, diciendo, si está arreglado al respectivo modelo, si falta algo sustancial, si hubo atraso, si está bien justificado etc. etc., concluyendo el fallo prevenido en el reglamento y Reales órdenes é instrucciones, y á las providencias que merezcan los que no han cumplido con su deber. Y con vista de este escrito se provee lo siguiente.)

AUTO.

Pase por el obrado al asesor D. F. de T., con cuyo dictamen

se determinará lo que haya lugar (*y si es subdelegado de Rentas letrado se pondrá*) autos para la determinacion que haya lugar. Lo mandó D. F. en tal, á tantos. == Media firma del gefe. == Medico del que hace de escribano.

AUTO.

(*Si el prosesado introduce algun recurso, no por eso se alterará el método, y lo único que se ha de proveer será*) A los autos de su referencia para lo que haya lugar. Fecha y firmas.

(*A no ser que llegue el valor de los géneros de la aprehension á seis mil reales, y el procesado entre con solicitud de que no se ejecute el fallo que se dé sin preceder consulta con el señor superintendente general de la Real Hacienda, y á este fin presente la sexta parte en dinero, sujetándose á pérdida en conformidad de la quinta aclaracion posterior al reglamento, cuya instancia ha de hacerse precisamente antes del fallo; porque en tal caso se proveerá asi.*)

AUTO.

A los autos de su referencia para lo que haya lugar. Depositese en tesorería Real el dinero que se presenta al fin que se propone, de que pondrá en autos recibo el señor tesorero. Intimese todo á esta parte y al fiscal. Lo mandó &c. Fecha y firmas.

DEPÓSITO Y RECIBO. NOTIFICACIONES.

(*En seguida se hará el depósito, y estenderá su recibo en autos con las notificaciones que previene el proveido anterior.*)

FALLO DEFINITIVO.

En tal parte, á tantos.... D. F. de tal (*se expresará quien es, como ya queda dicho*) dijo: Que habiendo visto este obrado, oido á su fiscal, y pasádolo á su asesor, con su dictamen lo falla por lo que resulta, declarando (*ó alzando*) el comiso de tales y tales géneros, ó de todos los que se aprehendieron el dia tantos por la partida tal, al mando de tal oficial (*ó dependientes tales*), y asimismo el comiso de las caballerías, car-

ruages, utensilios y embarcaciones. (*En los casos que explica el artículo 44*). Véndase (*lo que aun exista*) en pública subasta, ó entréguense por el orden prevenido en los artículos 26 y 27. (*La entrega de los géneros prohibidos de algodon es á la Compañía de Filipinas, ó sus comisionados que tenga en el pueblo, por los precios, y segun la gracia que por Reales órdenes le está dispensada*). (*Y si alza el comiso se dirá*): (*Que se devuelvan á sus dueños, bien con la explicacion de que paguen los derechos Reales respectivos á los géneros permitidos, bien sin ella, si ya los tienen satisfechos, y con costas ó sin ellas; todo segun los méritos que resulten, y lo prevenido en Reales órdenes é instrucciones que no esten dorogadas, las cuales debe el asesor saber y reflexionar por no ser posible reunir todos sus casos en estos modelos*). Y su importe y el de las multas que se imponen sin destino especial, se aplica á los interesados en la aprehension, con deduccion de los derechos para la Real Hacienda, y lo mas debido, segun los artículos 46, 47 y 48. (*Si el reo tiene afianzado las resultas, ú otros bienes embargados con que pagar estas deducciones, entonces se dirá en el fallo que salgan de los bienes, ó de la fianza, y no del comiso.*) Se condena á F. y F. mancomunadamente (*ó sin mancomunidad*) en la multa del treinta por ciento del valor de los géneros prohibidos de algodon, y en la del quince por ciento del de los demas que se decomisan, y en las costas (*ó se hará de estas la distribucion que parezca mas justa entre los condenados*); apercibiéndoles que si reinciden serán castigados con mayor rigor (*Se pueden imponer algunas multas por los defectos de otros sugetos*). Devuélvase al oficial (*ó lo que sea*) de la partida aprehensora el obrado, con este fallo para su pronta ejecucion, respecto su cantidad y calidad no hay que hacer primero consulta, segun dichos artículos 26 y 27, y para sacar despues de su cumplimiento la copia que previene el 28, pero se quedará con una del fallo el infrascrito escribano para dar parte expresivo en los mensuales al señor capitan ó comandante general de la provincia. (*Si es subbelegado de rentas se dirá para incluirlo en los partes respectivos al excelentísimo señor superintendente general de la Real Hacienda.*) En inteligencia que concluida dicha ejecucion y copia se devolverá todo, la copia para remitirse al señor superintendente general por el conducto señalado en dicho artículo 28, y el original para pasarse á la escribanía de la subdelegacion segun

el artículo 52. (*Si hubiere pendiente la pretension de que se consulte al fallo antes de la ejecucion por llegar el valor del asunto á seis mil reales, y estar depositada su sexta parte, entonces se suprime el periodo que trata de la pronta devolucion al oficial para el cumplimiento y saca de copia; y se dirá*). Y mediante la solicitud de F., el valor de este asunto, que llega á seis mil reales, y depósito hecho de su sexta parte, con la sujecion debida, segun la quinta aclaracion de las posteriores al reglamento, no se devuelve ahora este fallo para su ejecucion total hasta que recaiga la aprovacion de dicho excelentísimo señor superintendente general, á quien por tanto se remite en consulta por el conducto del señor capitan ó comandante general de esta provincia. (*Esto mismo ha de hacerse si la consulta es de oficio en caso de duda del asesor, segun la sexta de dichas aclaraciones posteriores*). (*Pero debe añadirse en estos casos*). Y una vez que va á detenerse el asunto con la consulta, sin perjuicio de ella y su resultado, procédase desde luego en conformidad del artículo 32 á la venta y distribucion de una parte de dicho comiso (*esto es si el fallo no lo alza*) hasta tanta cantidad (*se señala con proporcion á lo que dice dicho artículo, pero moderadamente*) para pronto premio y estímulo de los aprehensores. Y á fin de que el valor de las caballerías, carruages ó embarcaciones (*que haya aun en depósito*) no se consuma en gastos, y los géneros por su calidad y situacion no se deterioren con la tardanza, véndanse aquellas, y de los géneros los que exija su estado, segun nuevo reconocimiento que se hará por peritos; previniéndose que deducida de su importe la referida ayuda de costa para premiar los aprehensores, se deposite el resto hasta la resolucion de la consulta; para cuyo cumplimiento se sacará certificado de esta parte del auto, y se remitirá al oficial (*ó quien sea*) de la partida aprehensora. Y por este definitivamente juzgando asi lo manda, pronuncia, y firma con dicho señor asesor, de que yo el escribano certifico. = Firma del gefe. = Firma del asesor. = Firma del que hace de escribano.

ADVERTENCIAS.

1.ª (*Segun el artículo* 42 *puede imponerse en el fallo algun tiempo de cárcel correccional al condenado en multas para el*

caso en que no tenga con que pagarlas, y esta equivalencia que es condicional no hace cambiar el orden del procedimiento segun su respectivo modelo.)

2.ª *(Asi que se saca el certificado para las ventas indicadas en el fallo, se mandará por el correo este obrado, quedándose con nota de sus hojas y fecha de remision para noticia sucesiva, con oficio al señor capitan ó comandante general de la provincia. Y si es subdelegado de rentas lo remitirá en derechura al ministerio como hasta aqui; y el capitan general asi que lo reciba dispondrá que su secretario ponga nota instructiva en el cuaderno que llevará por asientos respectivos á cada columna y linea. Y con otro oficio de remision elevará el obrado en consulta á dicho señor superintendente general, segun el articulo 30, de quien á su tiempo lo volverá á recibir con su aprobacion ó reforma, para que con la misma (de que tambien pondrá nota en dicho cuaderno) lo remita al gefe de aquella columna, y este segun lo que prevenga dicho señor superintendente general lo pasará para su ejecucion al gefe de la partida, ó lo ejecutará él si fuere preciso por las circunstancias, ó por lo que mande la superioridad.)*

3.ª *(Si no viene revocado el fallo del comiso, como en este caso se aplica á la Real Hacienda la sexta parte depositada, segun la quinta aclaracion de las posteriores, el gefe de la columna asi que reciba el obrado con la resolucion, antes de remitirla para su ejecucion, proveerá auto, mandando intimar al señor tesorero ó depositario de rentas que tenia la citada cantidad en depósito, el que se alza esta calidad y responsiva, quedando desde entonces para las obligaciones del Real Erario, de que se tomará razon en la contaduria para el cargo sucesivo.)*

4.ª *(Dado el fallo, si no hay que hacer consulta, ó despues de resuelta esta, el sargento escribano de la causa, ó el de la subdelegacion, si alli pende, antes de volverla para su ejecucion extenderá la tasa de costas segun el arancel de rentas, que se franqueará en dicha subdelegacion.)*

5.ª *(Verificada la tasa, y no mediando otro mandato superior, se devolverá todo con un oficio al oficial ó autoridad que formó el obrado, quien pondrá auto, y contestará expresando haberlo recibido, y que va á ejecutar cuanto se manda, como en efecto lo hará, arreglándose para las ventas y entregas á los articulos 26 y 27, y al 28 para la saca de copia en el caso que no hubiese antes la consulta. Y por ser bien*

claro no se cree necesario extender modelo para cumplimiento de lo mandado.)

MODELO N.° 5.°

PARA LAS CAUSAS EN QUE NO HAY PENA PERSONAL, Y CUYO COMISO CON LAS MULTAS PASA DE VEINTE MIL REALES, PERO NO DE CINCUENTA MIL.

(Se extenderá el obrado como en el modelo número 4.°, á excepcion de lo que es relativo á la pretension de la consulta con el señor superintendente general de la Real Hacienda, depositar para ella la sexta parte del valor en cuestion, poner en el fallo este fundamento, ni el que se haga pronta ejecucion de todo él, y saque la copia del artículo 7.°; porque esto no corresponde, una vez que segun el artículo 30 exijen de suyo estas causas por su cantidad la consulta referida. Y así el fallo tendrá la misma fórmula que el de dicho modelo número 4.°, y la cláusula de vender al pronto lo que se señale para premio de los aprehensores segun el artículo 32, acomodándose siempre las expresiones y providencias á las circunstancias del caso. Y las remisiones y tasa de costas se harán segun las advertencias de dicho modelo.)

MODELO N.° 6.°

PARA LAS CAUSAS EN QUE NO HAY PENA PERSONAL, Y CUYO COMISO CON LAS MULTAS PASA DE CINCUENTA MIL REALES.

(El obrado y fallo se arreglarán respectivamente como en los modelos número 4.° y número 5.° Solo hay la diferencia de que recibida la decision del señor superintendente general de la Real Hacienda, se debe notificar en el juzgado de la columna á la parte fiscal y al procesado en persona, si puede ser habido, ó á sus herederos si ha muerto, porque segun el artículo 30 tienen el derecho de apelar por escrito para que ante el supremo Consejo de Hacienda dentro de cinco dias siguientes al de la notificacion. Y por lo mismo el gefe de la columna,

asi que reciba la superior determinacion á la consulta, proveerá auto para su notificacion á las partes por medio de exhortos adonde esten, si allí no se hallan. Y si dentro de los cinco dias interponen la apelacion, deberá otorgársela en ambos efectos, y remitir los autos á dicho Consejo á la manera que el citado artículo 30 previene.)

(Concluida la segunda instancia con la resolucion del Consejo, se ejecuta esta sin mas recurso por el orden establecido en el artículo 31.)

MODELO N.° 7.°

PARA LAS CAUSAS EN QUE AL REO CORRESPONDE PENA PERSONAL.

(En el juzgado de la columna ó de la subdelegacion de rentas del partido, se hará el obrado como respectivamente á sus casos queda dicho en los modelos números 4.° 5.° y 6.°, cuidando siempre de que la persona del reo que se halla presente esté en seguro, no sufra vejaciones indebidas, antes sea tratado segun sus circunstancias, y sea alimentado si no tiene con qué por cuenta de la Real Hacienda con la cantidad y formalidades que previenen las Reales órdenes. Y si ha fugado, y se sabe quién es, que no se pierda ocasion para arrestarle; á cuyo fin convendrá que los gefes de la columna y oficiales de sus partidas se avisen y auxilien recíprocamente en conformidad de los artículos 5.° 6.° y 9.°, bastando oficios exhortatorios bien expresivos para evitar la formalidad de despachos judiciales que atrasan y no tienen mas utilidad que aquellos.)

(La fórmula del fallo definitivo será tambien sencilla y clara, á imitacion de los modelos anteriores, con la diferencia de que en las causas de que se trata en este número 7.° habrá declaracion de comiso; pues en ellas jamas se alza, como algunas veces sucede en los fallos de las otras, reintegro á costa de los alimentos que se les han suministrado; del premio que se dió á los aprehensores, en lugar de aplicarle el importe de los fraudes en Rentas estancadas, porque sus efectos se entregan de pronto á beneficio de la Real Hacienda segun el artículo 37; y se ha de condenar ó absolver á los reos por lo que resulte imponiéndoles, en caso de condena, mientras no hay

otro arreglo, las penas personales que ahora rigen segun la Real instruccion de 8 de junio de 1805, y la Real cédula de 18 de marzo de 1808; haciendo en los casos respectivos las alteraciones y aplicaciones que explica el artículo 35 del nuevo reglamento, la privacion que corresponda del empleo que obtenga, y las costas, con apercibimiento de mayor rigor si reinciden. Y si estan en rebeldía los reos se pondrá en la condenatoria la calidad de que serán oidos solo cuanto á penas personales si dentro de tres meses se presentan, ó se aprehenden segun el artículo 38. Como en estas causas hay siempre consulta, y cabe apelacion ó segunda instancia, se observará sobre estos puntos lo que se ha dicho en los modelos 5.° y 6.°)

Nota última. *Los modelos anteriores, segun se conoce por sus actuaciones, son para causas en que hay aprehension real de fraude. Pero como puede haber justos motivos para formarlas sin real aprehension, porque es debido averiguar, perseguir y castigar con arreglo á Reales instrucciones á todo el que viva del contrabando, aunque por casualidad no se le aprehenda con él; para estos casos se tendrán en consideracion y ejecutarán las advertencias siguientes:*

1.ª *Las causas en que no hay aprehension de fraude se empezarán por auto de oficio, ó por pedimento de un denunciador público que quiere seguir el proceso. (No se trata de un denunciador secreto que dió parte de un fraude que se aprehendió), y se han de apoyar estas actuaciones, no en especies vagas y generales, sino en noticias fundadas y bien descritas que se adquieran, expresándose el caso ó casos particulares, con cálculo prudente del valor del fraude, y acumulando testimonios de procesos anteriores si los hay, con la asercion de que sin embargo de sus providencias, todavía continúa F. (ó los que sean) viviendo del fraude, ó de encubrirlo ó auxiliarlo en tales artículos, (géneros, tabaco ó lo que sea) de los cuales si se presenta muestra se reconocerá en forma.*

Aunque por lo comun se entablan estas causas con la circunstancia de reincidencia, y por ella corresponda á sus reos pena personal, aun no siendo de efectos estancados, con todo eso puede alguna formarse por solo un caso de fraude que haya sucedido sin aprehension real, ni ser de pena personal, y puedan los procesados estar presentes ó ausentes, por lo que se distinguen en esta forma.

2.ª *Si está presente el sugeto contra quien se va á proce-*

der por causa en que no hay aprehension real ni pena personal, la actuacion se hará desde el principio con citacion suya, y con arreglo á los respectivos modelos de los números 1.°, 2.°, 5.° y 6.°, segun sean los casos y las cantidades, y lo mismo estando ausentes; verificándose en tal caso la citacion por el orden legal en su casa á su muger, hijos á domésticos, ó no hallándolos, á sus vecinos, con testimonio expresivo, supuesto la condena no ha de contener sino intereses á pena pecuniaria.

3.ª *Si por la causa sin aprehension, caso que llegue á justificarse, merece imponerse pana personal al sugeto que esté presente, recibidos dos testigos idóneos con juramento, y bajo un contexto en el mismo primer auto de oficio, se decreta su arresto con embargo de vienes, y ejecutado, con su citacion se repiten al momento los testigos que se han recibido sin ella en dicho auto de oficio, y se continua recibiendo otros por el mismo orden hasta completarse la justificacion, y sigue la sustanciacion como queda expresado en los modelos 3.° y 7.° Y estando ausentes, con los dos primeros testigos idóneos se decreta su prision y embargo de bienes, se le busca en su casa y llama por edicto, y continúa todo segun en dichos modelos se dispone para con los rebeldes.*

Madrid 26 *de febrero de* 1825.

Su Magestad se ha dignado aprobar estos modelos. = *Luis Lopez Ballesteros.*

APÉNDICE NONO.

Sobre el modo de proceder en las causas criminales contra militares y demas personas que gozan de su fuero (1).

§. 1. En los delitos comunes que no tengan conexion con el Real servicio, estarán sujetos los oficiales al juzgado de los capitanes generales con parecer del auditor ó asesor de guerra, quien sustanciará las causas.

2. En la plaza ó distrito donde no hubiere auditor, nombrará el gobernador ó comandante persona legal que le sirva de asesor, quien formará las sumarias.

3. De las sentencias de los capitanes generales podrán los oficiales sentenciados recurrir al supremo Consejo de Guerra.

4 hasta el 17. Consejo de guerra de oficiales generales para juzgar los crímenes ó faltas graves en que los oficiales incurran contra el Real servicio. Modo de sustanciarse y votarse estas causas en dicho Consejo.

18. Formalidades que se observan para guardar á un oficial cuando hubiere cometido tan detestable crimen que por él merezca la pena de degradacion.

19 hasta el 32. Consejo de guerra ordinario para juzgar los crímenes que cometen otros individuos de inferior clase del ejército desde sargento inclusive abajo. Modo de proceder en dicho consejo para la sustanciacion y decision de dichas causas.

1. Los delitos pueden ser cometidos, ó por los oficiales, ó por otros individuos de inferior clese del ejército. Cuando los primeros delinquen, se ha de distinguir si el delito es comun, que no tenga conexion con el Real servicio, ó si es contra este. En el primer caso, los oficiales de cualquier clase que sean (excepto los cuerpos privilegiados que tienen juzgado particular) estarán sujetos al de los capitanes generales de las provincias, con parecer del auditor ó asesor de guerra, quien sustanciará las causas en virtud de decreto del comandante general; con cu-

1 Toda la doctrina de este apéndice está tomada del tratado 8.° de las *Reales Ordenanzas* para el régimen, disciplina, subordinacion y servicio de los ejércitos de su Magestad, segun la edicion hecha en la imprenta Real el año de 1823; aunque he variado el orden en la serie de las ideas para darles mayor enlace segun el plan que me he propuesto.

ya circunstancia estarán obligados todos los oficiales y demas dependientes de su jurisdiccion á declarar ante dicho ministro, precediendo la orden del capitan general, en consecuencia de oficio que el auditor ó asesor le pase, señalando la ora en que los citados hayan de comparecer en el juzgado militar, donde ha de recibirlos con la formalidad que corresponde á lo serio de aquel acto.

2. En la plaza ó distrito donde no hubiere auditor, nombrará el gobernador ó comandante persona legal que le sirva de asesor, quien formará las sumarias (siendo contra oficiales) hasta tenientes coroneles inclusive; y de este grado arriba dará cuenta al capitan general cuando no haya riesgo en la detencion; pues si el caso insta ó se teme fuga, podrá hacer la sumaria y asegurar la persona; y en otro caso en que el gobernador ó comandante debe remitir lo actuado al capitan general, sustanciará este la causa con dictamen del auditor ó asesor de guerra de la provincia, y la determinará como corresponda.

3. De las sentencias de los capitanes generales, asi en las causas civiles como en las criminales, podrán los oficiales sentenciados recurrir al supremo Consejo de Guerra, donde se determinarán en última instancia; pero los procesos procedentes del Consejo de Guerra general en que haya duda, y los de sentencias de oficiales que deben consultarse á su Magestad antes de su ejecucion, los pasará el capitan general á manos del Rey por la via reservada del señor secretario del Despacho de la Guerra con el parecer del auditor ó asesor.

4. En orden á los crimenes ó faltas graves en que los oficiales incurrieren contra el Real servicio, previenen las Ordenanzas (1) que se examinen en junta de oficiales de superior gra-

1 Tratado 8.°, título 6.° artículo 1.° En el siguiente título 7.° se designan estos delitos cuyo conocimiento pertenece al consejo de guerra de oficiales generales, y son los siguientes. 1.° El que no defienda cuanto le permitan sus fuerzas, á correspondencia de las del enemigo que le ataca, la plaza, fuerte ó puesto guarnecido que manda (á menos que tenga órdenes que disculpen su conducta). La pena que se le impone es la de privacion de empleo; y en caso que la defensa haya sido tan corta que hubiere entregado la plaza, fuerte ó puesto indecorosamente, podrá extenderse la sentencia hasta la de muerte, precediendo degradacion. Tambien deberá hacerse cargo á su cabo subalterno ó comandante en segundo, y á los demas que hubieren votado la entrega en caso de que el gobernador los hubiere convocado, y conformádose con su dictamen. Pero si el comandante justificare haber rendido la plaza, fuerte ó puesto que mandaba violentado de sus oficiales y tropa, quedará libre de cargo; y el oficial ú oficiales delincuentes serán condenados á privacion de empleo y pública degradacion, ó á pena de muerte, segun la malicia que en el hecho se justifique. 2.° Es delito tambien en un oficial el mantener correspondencia con los enemigos sin orden ó noticia del capitan general ó comandante general bajo cuyas órdenes sirviere. La pena es de suspension de empleo y destierro á un

duacion, dándose á este tribunal la denominacion de consejo de guerra de oficiales generales. Este consejo ha de formarse siempre en la capital de la provincia en que el oficial reo tenga su destino. El capitan general ó comandante general de ella ha de ser presidente de dicho consejo con facultad de nombrar los oficiales que deban componerle, cuyo número no ha de bajar de siete ni exeder de trece, atendiendo á que se componga todo él en el modo posible de oficiales generales; y si estos no alcanzaren, podrá nombrar brigadieres, y en su defecto coroneles; pero nunca se descenderá de esta clase. El auditor de guerra, como asesor del consejo, ha de asistir siempre á él, tomando el último lugar, sin voto en él, y solo con el fin de ilustrar en los casos dudosos al presidente y cualquiera de los jueces que le pregunte para asegurar el acierto. Cuando por enfermedad ú otra causa grave no pudiere presidir el capitan general ó comandante general, nombrará este al oficial general mas caracterizado, ó el mas antiguo si hubiere dos ó mas de un mismo grado; y ni este, ni los demas que en calidad de jueces eligiere, podrán sin legítimo motivo negarse á este servicio.

5. Todo oficial de cualquiera graduacion que sea, ha de estar sujeto al juicio del consejo de guerra de oficiales generales; y la orden del capitan general ha de servir de cabeza de proceso; bien sea por oficio propio de su autoridad sin preceder querella ó demanda, ó bien sea á consecuencia de estos requisitos.

6. Si por noticia que el capitan general tuviere de haber cometido algun oficial delito que merezca juzgarse por el consejo de guerra de oficiales generales, resolviere que se forme, dis-

presidio, aunque solo trate de materias indiferentes, y de muerte si se mezclare en las que tengan conexion con el Real servicio. 3.° Delinque tambien el oficial que en cualquiera accion de guerra, ó marchando á ella abandone su puesto deliberadamente sin urgente motivo que le obligue á ejecutarlo. La pena es de perdimiento de empleo, y ser declarado incapaz de obtener otro en el Real servicio, precediendo degradacion. Y si de dicha culpa resultare pérdida de la funcion ó perjuicio de los progresos que pudieran haber conseguido las armas de su Magestad si el oficial culpado hubiese cumplido con su deber, podrá extenderse la sentencia hasta la pena capital. 4.° El oficial comandante de un cuerpo destacado que sin legítima causa desampare alguna tropa de él, será juzgado en el consejo de guerra de oficiales generales, segun las razones que justificare haberle movido á esta determinacion; y si resultare culpable esta conducta, se le impondrá á proporcion de la culpa, pena de suspension ó privacion de empleo; y aun podrá extenderse hasta la de muerte, si el desamparo proviniere de notoria malicia. 5.° Ultimamente delinque el oficial á quien se confia reservadamente una comision del Real servicio si revelare alguna circunstancia en que se le mande guardar secreto. La pena de esta infraccion es la de privacion de empleo y destierro á voluntad del Rey; y si de haber revelado dicha circunstancia resultare malograse la diligencia, sufrirá la pena de muerte.

Las pérdidas de plazas, fuertes ó puestos por sorpresa, se sentenciarán segun lo que resulte ó se verificare.

pondrá su arresto, y expedirá su orden por escrito al oficial que juzgue idóneo para hacer las funciones de fiscal, extendida en estos términos.

7. *Hallándose Don N. N.* (con expresion de su nombre y carácter) *arrestado en esta plaza por indicio de haber cometido tal delito, pasará V. luego á tomar las informaciones y declaraciones que convengan, hasta poner la causa en estado de juzgarse por el consejo de guerra de oficiales generales, segun manda su Magestad en sus Reales Ordenanzas.* Fecha y firma. = Señor Don N.

Si la providencia de convocar el consejo de guerra de oficiales generales procediere de orden de su Magestad, se variará el precedente formulario, refiriendo la Real determinacion en los términos que corresponda.

8. Supuesta dicha orden del general, y hecho por este el nombramiento de secretario en oficial que considere capaz para este encargo, empezará el fiscal el procedimiento citando á casa del capitan general á los oficiales que hubieren de servir de testigos en la causa, desde teniente coronel inclusive arriba, y á su posada á los oficiales desde capitan inclusive abajo, como tambien á los demas individuos que deban comparecer al mismo efecto. Interrogará á cada testigo separadamente sobre los puntos que conviene averiguar; y tomándole antes juramento sobre su palabra de honor de decir verdad, hará escribir lo que cada uno dijere; y concluida la declaracion, la firmarán el testigo y el fiscal.

9. Evacuado el exámen de testigos, tomará el fiscal declaracion al oficial reo, haciéndole dar su palabra de honor de decir verdad en cuanto le fuere preguntado con la formalidad prevenida; advirtiéndole antes que elija oficial que le defienda, y concediéndole la libertad de hablar con él siempre que el mismo reo lo pidiere, ó el defensor lo necesitare despues de hecha su declaracion. Sucesivamente señalará el fiscal dia en que concurran á su casa los testigos para ratificar sus declaraciones, añadir ó quitar lo que juzgaren conveniente, y en otro dia los citará para que concurran con el reo al acto del careo, asistiendo el defensor, por citacion, al juramento de los testigos, su ratificacion y careo.

10. Finalizado el proceso pondrá su conclusion en él el fiscal, y dará cuenta de hallarse ya concluido al capitan general; y este en el dia antecedente al en que resuelva formar el consejo de guerra de oficiales generales, citará á su casa los jueces

que deban componerle, con aviso por escrito á cada uno señalándoles la hora.

11. Congregados los jueces, el fiscal, y el auditor ó asesor militar en casa del señor presidente, se cubrirán y sentarán cuando lo haga él en el orden siguiente. A su izquierda debe estar inmediato el auditor ó asesor militar, siguiendo á este el fiscal: despues de este el oficial menos caracterizado ó mas moderno; y el mas graduado ó mas antiguo tomará su lugar en el último del círculo á la derecha del presidente, quien tendrá delante de sí una mesa con escribanía y campanilla, y las Reales Ordenanzas.

12. Despues que el presidente haya dado razon porque ha sido convocado el consejo, leerá el fiscal la orden que se le comunicó para formar el proceso, y las diligencias que en él se contienen á la letra.

13. Antes de celebrarse el consejo de guerra de oficiales generales, estarán prontos los testigos para comparecer en él si fueren necesarios, á fin de satisfacer las dudas que sobre sus declaraciones puedan ofrecerse.

14. Si el consejo creyere absolutamente necesario que comparezca el reo, ó lo pidiere él mismo, será conducido por un ayudante, y entrando y sin espada, y acompañado de su procurador expondrá, sentado en un taburete raso, las razones que tuviere que alegar en su defensa.

15. El presidente primero, y despues cada uno de los jueces que tuviere que preguntarle para instruirse mas y aclarar la duda que le ocurra, le interrogarán por su orden, y sucesivamente leerá su defensa el oficial procurador. Acabada esta lectura se retirarán el oficial procurador y el reo; y el presidente del consejo mandará que cada uno de los jueces dé su voto, precediendo la conferencia que parezca precisa para aclarar el acaso. Votará primero el oficial menos caracterizado ó mas moderno, y seguirán por su orden á este respecto los demas hasta el presidente, que ha de votar el último, dando cada uno su parecer sin pasion y segun su conocimiento, honor y conciencia. El voto del presidente valdrá por dos en favor de la vida y del honor, y en votando á muerte, tendrá como los demas la fuerza de uno solo. La sentencia que resultare de los votos (contándolos el presidente) se arreglará al mayor número, siguiendo el método que se previene en el consejo de guerra ordinario, para graduarla segun los votos, y se extenderá por el fiscal en estos términos: Habiéndose formado por el señor Don N. N. *(Aquí su*

nombre y graduacion) el proceso que precede contra Don N. *(Aquí su nombre y empleo)* indicado en tal delito, en consecuencia de la orden inserta por cabeza de él que le comunicó el excelentísimo señor Don N., capitan general de este ejército y provincia, y héchose por el dicho señor relacion de todo lo actuado al consejo de guerra de oficiales generales, celebrado en en tal dia en casa de dicho excelentísimo señor que le presidió, siendo jueces de él los señores Don N., Don N., &c. *(expresando el nombre y caracter de todos)*, y asesor el auditor de guerra Don N., compareció en el mencionado tribunal el referido reo; y oidos sus descargos con la defensa de su procurador, y todo bien examinado, le ha condenado y condena el consejo á tal pena, arreglándose á la ley que prescribe su Magestad en el artículo tal de tal título y tratado de sus Reales Ordenanzas. Fecha. = Firma del presidente. *(Aquí se seguirán como corresponde las de los jueces, en el concepto de que han de firmar todos segun su orden, aunque algunos no hayan sido de dictámen á que se arregla la sentencia, porque la pluralidad de votos es la que da la ley)* (1).

16. La facultad de su ejecucion sin dar parte á su Magestad, se concede al consejo de guerra de oficiales generales para solo aquellas sentencias que impusieren al oficial reo pena que no sea degradacion, privacion de empleo ó muerte; pues estas en que se interesa la conservacion del honor y vida, es su Real voluntad que se exceptúen de la regla comun de otras, y se le consulten con remision de la causa por la via reservada de la secretaría del Despacho de la Guerra, quedándose el presidente del consejo con copia autorizada por el fiscal. Si de la pluralidad de votos resultare absolucion, se le pondrá luego al reo en libertad; y tanto de las causas cuyas sentencias haga por sí ejecutar el consejo de guerra de oficiales generales, como de las que por exceptuadas deban consultarse á su Magestad, remitirá á sus Reales manos (por las del secretario del Despacho de la Guerra) los procesos originales, con la diferencia de que en las causas exceptuadas han de pasarse á su Magestad los procesos sin que llegue á efecto la sentencia; y en las primeras despues de ejecutada, quedándose el presidente con copia del proceso. En caso de salir absuelto el reo ó reos procesados, se hará pública en todas las provincias la declaracion de su inocencia para indem-

(1) Si no hubiere comparecido el reo en el consejo, no se ha de hacer mencion de esta circunstancia en la extencion de la sentencia.

nizacion de su opinion. Los procesos de causas exceptuadas que se devolverán con la resolucion que en vista de ellos hubiere tomado su magestad, se protocolarán en la secretaría de la capitanía general de la provincia en que se formó el proceso: y por la via reservada de la secretaría del Despacho de la Guerra se pasará á los demas capitanes generales de provincia copia de la sentencia que su Magestad hubiere aprobado para que la archiven en su secretaria. Para la ejecucion de los que por sí puede mandar cumplir el consejo de guerra de oficiales generales, dará una certificacion (en que á la letra se inserte la sentencia) el fiscal, quien la presentará al capitan general, para que acompañada de papel de remision que ha de firmar, la pase al intendente; y este ministro, con arreglo á lo que de la sentencia conste, hará las prevenciones que correspondan á los oficios de contaduría y comisario para su anotacion en la parte que les competa, si fuere suspenso ó privado de su empleo ó sueldo de oficial juzgado por el consejo de guerra de oficiales generales. En el caso que la sentencia sea de destierro ú algun presidio de Africa ú otra reclusion en parage determinado de los dominios de su Magestad, tendrá fuerza de testimonio de condena la expresada certificacion del fiscal; y en virtud de ella (cuando el intendente acordándose con el capitan general disponga la remesa del oficial reo) se le admitirá como á tál presidario por el gobernador del presidio ó juez del parage á que lleve su destino; y este le formará su asiento en calidad de tal, segun la misma sentencia lo declare. Las causas de muerte, privacion de empleo ó degradacion que se devuelvan con la Real aprobacion ó resolucion de su Magestad que las minore, se pondrán en ejecucion, precediendo la solemnidad de convocarse nuevamente el consejo de guerra de oficiales generales, aunque falte alguno de los jueces que intervinieron en la sentencia; y dandose cuenta de la resolucion de su Magestad sobre ella en el consejo, pondrá el presidente á continuacion de la orden que la explique: ejecútese lo que su Magestad manda. Fecha. Lugar de la firma. Se insertará la orden original en el proceso, y el fiscal pondrá por diligencia en él, que en virtud de su contenido se mandó por el capitan general ó presidente poner en ejecucion.

17. Formalizado asi el proceso para la ejecucion de la sentencia de muerte, dará el capitan general la orden que corresponde para que al tercer dia la sufra el reo, tomando las armas la parte de tropas de toda la guarnicion que le pareciere convenientes, con la asistencia de otras de las plazas ó cuarteles in-

mediatos. Luego que el consejo haya concluido la ejecucion de su acto, tomará el permiso del capitan general el fiscal, y pasará á la prision, hará poner al oficial reo de rodillas, y le leerá por si mismo la sentencia, advirtiéndole que elija confesor para prepararse à morir cristianamente, y que haga las disposiciones que creyere convenientes. En ejecucion de las sentencias á que preceda degradacion, se observarán las formalidades que se explican en el párrafo siguiente, y con arreglo al mismo se adaptarán como convenga las disposiciones de tablado, formacion de tropa, conduccion del reo, promulgacion del bando y demas circunstancias respectivas para la ejecucion de la pena de muerte. Si el consejo de guerra de oficiales generales hubiere de tenerse en campaña, se observarán las mismas formalidades, con la diferencia de que el proceso ha de formarle, si el oficial reo fuere de infantería, el mayor general de ella, ó uno de sus ayudantes; y si de caballería ó dragones, el mayor general de caballería y dragones, ó su ayudante respectivo. Si hubiere diferentes reos de un mismo delito, de los que unos fueren de infantería y otros de caballería ó dragones, formará el proceso el mayor general á quien corresponda, segun la clase de que haya mas número de oficiales reos; de modo que si los de infantería (por ejemplo) fuesen tres, y dos los de caballería ó dragones, ha de ser el mayor general de infantería quien le forme, y la misma regla ha de observarse respectivamente con el mayor general de caballería y dragones; pero siendo igual el número, tocará la formacion del proceso al mayor general de infantería. Si fuere el reo oficial general, formará el proceso el mayor general de la infanteria.

18. Cuando un oficial hubiere cometido tan detestable delito que por él merezca con la pena de muerte la de ser degradado de sus honores militares, se ejecutará el acto de su degradacion en esta forma. Tomará las armas todo el regimiento de que fuere el reo, y marchará con sus banderas ó estandartes á formar en el parage que se prevenga. De todos los demas cuerpos de infantería que hubiere en el parage de la ejecucion, bien sea en campaña ó en guarnicion, irán una compañía por batallon, y una de cada regimiento de caballería y dragones con sus correspondientes oficiales, cuyos destacamentos formarán à derecha é izquierda para figurar el cuadro. Cuando todo esté arreglado, y las tropas en sus puestos, irá una compañía de granaderos con un ayudante à la prision, y conducirá al criminal que deberá ir vestido de su uniforme completo; y su sombrero y espada

le llevarán los soldados que le conduzcan. Asi que haya llegado al puesto donde la tropa esté formada, y que el sargento mayor haya promulgado el bando que ha de preceder al público castigo de todo delincuente, mandará al reo que se ponga de rodillas delante de las banderas ó estandartes, se le leerá la sentencia, y se ejecutará la degradacion en la forma siguiente. Dispondrá el fiscal que le pongan el sombrero y le ciñan la espada. Preparado asi el reo, mandará el mayor al tambor de orden que toque un redoble largo, que servirá de prevencion para que todos observen silencio; y asi que haya rematado, se encarará el sargento mayor al reo, y le dirá en voz alta y comprensible: *La piedad generosa del Rey os concedió que delante de sus Reales banderas pudieseis cubrir vuestra cabeza con el sombrero, en el concepto de que vuestro honor podria hacerla digna de esta distincion; pero ahora su justicia manda que asi se os quite* (y se le mandará quitar y arrojar al suelo). *Esta espada* (y se la mandará quitar) *que señisteis para satisfacer* (*conservando vuestro honor*) *al que el Rey os hizo concediéndoos que contra sus enemigos la esgrimieseis en defensa de su autoridad y justicia, servirá rota* (*por la fealdad de vuestro delito*) *para ejemplo de todos y tormento vuestro* (y la mandará arrojar para que se rompa). *Despójesele de ese uniforme* (y hará la accion de mandar que se le quiten) *que sirvió de equivocarle exteriormente con los que dignamente le visten para contribuir á la mayor exaltacion de la gloria del Rey* (y encarándose à los granaderos, continuará diciendo); *y pues la justicia de su Magestad no permite que el delito tan grave de este hombre quede sin castigo llévenle á que le padezca su cuerpo, que Dios tendrá piedad de su alma.* Dicho esto se conducirá al tablado, y dejando al reo algun breve rato con el confesor para reconciliarse, en el supuesto que ya debe estar preparado para disponerse á morir, se ejecutará alli mismo la sentencia si fuere de garrote ó de cortársele la cabeza. Si fuere la sentencia de pasarle por las armas sin preceder degradacion, se conducirá el oficial reo al patíbulo en la forma ordinaria con su uniforme, segun se practica con los soldados delincuentes, y se procederá à la ejecucion como con los demas reos que sufren esta pena. Si despues de degradado hubiere de consignarse el reo à disposicion de otra justicia, se prevendrá que esten inmediatos al parage los ministros comisionados à entregarse de él. Si el reo fuere oficial que no tuviere cuerpo de que dependa en el parage de la ejecucion de la sentencia, deberá ser tropa del mas antiguo de los que alli tuvieren

su destino la que le conduzca y sirva à la ejecucion de su castigo, el despojar al reo de su uniforme y espada corresponderá precisamente (mandando el mayor) al sargento de la guardia que le escolte.

19. Habiéndose tratado hasta aqui del modo de proceder cuando el delito ha sido cometido por un oficial, diré con arreglo à las mismas Ordenanzas, lo que se observa siendo el delincuente cualquiera otro individuo de inferior clase del ejército desde sargento inclusive abajo. Todos estos en cualquier delito que no sea de los exceptuados en que no vale el fuero militar, han de ser juzgados por el consejo ordinario de guerra que el Soberano concedió facultad de formar à los regimientos de sus Reales ejércitos, asi de infantería como de caballería y dragones, para todos los delitos que se designan en dichas Ordenanzas; y en aquellos de que no se trata por extraños, ha de observar el consejo las formalidades que se prescriben en las mismas; teniendo presente que cualquiera oficial que contraviniere à lo prevenido, concurriendo en calidad de juez al consejo de guerra, será depuesto de su empleo (1). En la misma conformidad han de ser juzgados los cadetes por el consejo de guerra por la inobediencia, falta de subordinacion y crímenes feos que cometan, imponiéndoles las mismas penas que al soldado, con reflexion à su calidad para variar las que fueren indecorosas sin disminuirlas en lo grave. Cuando un sargento, cabo, cadete ó soldado hubiere cometido delito que no esté prevenido en la Ordenanza, ni tenga en ella pena señalada, deberá ponerse al reo en consejo de guerra, y aplicarle la pena que para aquel crimen previenen las leyes generales; pero no se procederá à su ejecucion, y pasará el proceso al capitan general, para que con dictamen de auditor le remita al supremo Consejo de Guerra para que este consulte la sentencia à su Magestad. La ejecucion de la misma en tales casos (siempre que la calidad de ella lo permita) ha de verificarse en el cuerpo de que fuere el reo; y à este fin remitirse (cuando su Magestad lo apruebe) copia autorizada de la sentencia al gobernador ó comandante de la plaza ó cuartel en que exista el cuerpo, y se procederá à su ejecucion en el modo que mas conduzca al público escarmiento.

20. Cuando un sargento, cabo, cadete ó soldado de infantería, caballería ó dragones hubiese cometido algun crimen de los que para su castigo deben ser juzgados por consejo de guerra,

1 *Reales Ordenanzas*, trat. 8. tit. 5.

está mandado que despues de arrestado con seguridad el criminal, mande el coronel ó comandante al sargento mayor que forme memorial y le presente, si es en una plaza, al gobernador ó comandante de ella, con excepcion de la en que resida el capitan general, pues entonces se ha de presentar à este gefe el memorial: si fuere en cuartel al coronel ó comandante del regimiento; pero si (por establecimiento fijo ó accidente) se hallare en el mismo cuartel el comandante militar de aquel distrito en que el cuerpo tiene su destino, deberá ser à él à quien se presente el memorial. Si el sargento mayor se hallare mandando el cuerpo, formará y presentará el memorial el ayudante mayor en quien recaigan sus funciones. El contenido del memorial debe reducirse á la relacion de *haberse preso á N. N., soldado de tal compañia y regimiento, por tal delito, de que está acusado* (se concluirá con la peticion del permiso, para hacer las informaciones contra él, interrogarle y ponerle en consejo de guerra para ser juzgado conforme à lo dispuesto en las Reales Ordenanzas): y el gobernador ó comandante de la plaza ó cuartel decretará dicho memorial, poniendo al margen *como lo pide*, con su firma entera. Si el regimiento se hallare en el ejército, el sargento mayor presentará memorial à su coronel ó comandante pidiendo el permiso referido, que deberá concedérsele.

21. Luego que el sargento mayor ó ayudante haya recibido el expresado permiso, nombrará el soldado, cabo ó sargento que le parezca á propósito para que ejerza de escribano, y pondrá por diligencia á la cabeza del proceso el nombramiento: en inteligencia de que ha de firmar cuanto se actúe. El sargento mayor empezará con el escribano à formar el proceso contra el reo, poniendo por cabeza de él el memorial presentado, y decretado del gobernador ó comandante militar, y actuándole siempre en idioma español, aunque el cuerpo ó reo sean extrangeros; en cuyo caso deberá asistir intérprete à las declaraciones que se tomen, y firmará que la traduccion es legal, precediendo juramento è insertándolo por diligencia. Siempre que un ayudante (por estar enfermo ó ausente el sargento mayor, por hallarse de comandante, ó por estar vacante este emplo) formase el proceso, motivará en la cabeza de él la razon por que sustituye al sargento mayor en este encargo. El proceso se ha de sustanciar y determinar dentro de veinte y cuatro horas en campaña, y de tres dias si fuere en guarnicion ó cuartel, à menos que concurran razones tan considerables que obliguen à diferirlo.

22. Siendo el fundamento de todas las causas criminales la

justificacion del delito para poder pasar á comprobar los que han sido cómplices en su ejecucion, y determinar la causa con conocimiento de las circunstancias que la agravan ó disminuyen, tiene ordenado su Magestad, que á proporcion de la calidad del crimen se observe (para las diligencias de averiguarle) las reglas generales siguientes. Siempre que el reo haya de ser juzgado por herida ó muerte que haya dado, se procurará comprobar (en los casos que se pueda) por la declaracion del cirujano, expresando el parage y calidad de la herida, el instrumento con que fue ejecutada, y si es mortal ó de peligro; y si resultare la muerte, deberá el cirujano reconocer el cadaver, y declarar si dimanó ó no de la herida, insertando en los autos la fe de muerto ó justificacion (en la forma que fuere practicable) por dos testigos de haberle visto muerto con conocimiento de la persona; y si sanare de la herida, estando aun pendiente el proceso, ha de constar tambien por declaracion del cirujano, la de los testigos, ó en otra forma que no retarde la determinacion de la causa, incorporándolo todo en los autos. En los delitos de hurto se procurará justificar el cuerpo de ellos en la forma que fuere posible segun la variedad de los casos, atendiendo á que conste (si fuere dable) que la alhaja hurtada para en poder del robador, ya sea por declaracion del dueño de ella, por la de los testigos ó por otros medios que fueren practicables con el método y brevedad que se debe observar para concluir los procesos en los consejos de guerra. Por punto general en los delitos expresados y demas de que trata la Ordenanza, se han de examinar todos los sugetos que por indicios, declaracion de los que hicieron la prision, noticia del acusante ó conocimiento del que forme el proceso, pareciere que puedan y deban contribuir con su declaracion, á fin de justificar el delito sobre que debe recaer el juicio de la causa. Cada testigo de los que deban examinarse le citará el sargento mayor separadamente, y haciéndoles levantar la mano derecha les tomará juramento, uno despues de otro en esta forma: *¿Jurais á Dios, prometeis al Rey decir verdad sobre el punto de que os voy á interrogar?* Y respondiendo cada uno *sí lo juro*, les preguntará su nombre y apellido, y si conoce á tal soldado, si sabe la causa de su prision, y le dirá que haga la relacion mas circunstanciada que pudiere sobre lo que supiere del delito por que se juzga al procesado; y si los citados para declarar fueren oficiales, se les tomará su palabra de honor en vez de juramento, poniendo la mano derecha tendida sobre el puño de su espada al tiempo de prestarla. El sargento mayor,

al paso que fuere haciendo estas y otras preguntas que para la mayor comprobacion del suceso le parecieren necesarias, las hará escribir, y á continuacion de ellas las respuestas del declarante; y concluida su deposicion, se la hará leer para que se entere de lo que ha dicho, y vea si se ha puesto mas ó menos; y ratificándose en ello le preguntará su edad, y dirá que lo firme el que supiere; y el que no, que lo señale con una cruz; y el sargento mayor ó ayudante que formare el proceso firmará en lugar preeminente, y en el inferior el escribano. Para cualquier delito de que se trate en el juicio de una causa, llamará el sargento mayor á los de la compañía de que fuere el reo, y les preguntará si le conocen ellos ú otros de la misma compañía, los cuales hará nombrar, y de ellos enviará à buscar cuatro ó cinco soldados, á quienes tomará juramento en la forma prevenida uno despues de otro. Prestado el juramento, les preguntará sus nombres y patria, y si conocen al arrestado por desertor y por soldado de su compañía; si ha recibido el socorro y hecho el servicio de soldado; si ha pasado revista; y si fuere delito de desercion, se preguntará en qué tiempo ha dejado la compañía, y si sabe por qué la dejó: siguiendo en el modo de extender su declaracion, formalidad de leérsela para su ratificacion, pregunta de su edad, y firma del mayor declarante y escribano, la regla dada anteriormente.

23. En pareciendo al sargento mayor que ha examinado suficiente número de testigos, irá à la prision, y prevendrá al reo que elija defensor, poniendo por diligencia el que nombrare: sucesivamente le recibirá su juramento, segun la formalidad que queda manifestada: le preguntará cómo se llama, de qué religion es, de qué edad, de qué pais, desde cuándo está en el regimiento, y si se le han leido las Ordenanzas, y hecho el juramento de fidelidad à las banderas; y si negare habérsele leido alguna cosa de estas, no obstante la certificacion que se previene haya de insertarse en el proceso, se deberán examinar algunos testigos que hayan concurrido con el criminal, y verifiquen lo contrario: tambien deberá preguntársele cuándo desertó, y por qué, cuyas preguntas y las respuestas que diere hará el mayor extender y leer al reo, para que se entere si es lo mismo que ha dicho ó no; y contestándolo le hará firmar ó poner señal de cruz; y ejecutada esta diligencia hará saber el mayor al defensor la eleccion que de él ha hecho el reo para que acepte y jure, citándole despues para que asista à la ratificacion de los testigos. Si el delito fuere de distinta calidad que desercion, se variará el in-

terrogatorio à proporcion de lo que corresponda preguntarle.

24. Luego que el sargento mayor haya acabado de tomar la deposicion al reo, volverá à convocar los testigos en su casa y los peritos que hubieren declarado, segun la clase del delito para el cuerpo de él; y llamándolos uno à uno les hará leer sus declaraciones, y les preguntará si tienen alguna cosa que añadir ó quitar en ellas, lo cual podrán ejecutar; y el sargento mayor (tomándoles antes nuevo juramento con la solemnidad ya prevenida) hará rayar por debajo aquello en que se retracten, y aumentar lo que añadieren. Hecha esta ratificacion de testigos por el sargento mayor, les señalará hora para que todos esten en el parage en que se halle preso el reo; y recibiéndole juramento à este con las formalidades prevenidas, hará entrar à uno de los testigos, y careándole con él preguntará al reo si conoce à aquel hombre, si sabe le tiene odio ó mala voluntad, ó se la ha experimentado en alguna ocasion; y haciendo escribir lo que respondiere, le leerá la deposicion del testigo; si el criminal no le sospechase, pondrá debajo del careo su aprobacion, y si le sospechare ó tachare, hará escribir la razon que alegare para ello, y las que replicare el testigo, tomándole à este nuevo juramento en el acto del careo: concluida esta diligencia se despedirá al testigo, y se hará entrar otro con quien se observará lo propio.

25. Cuando el crimen militar se hubiere de justificar con testigos sujetos à juez ordinario, acudirá à él el sargento mayor pidiendo les mande que à tal hora vayan à hacer su deposicion ante él, y el juez dará inmediatamente la orden para que asi lo cumplan puntualmente. Cuando los soldados de infantería, caballería y dragones hubieren cometido algun crimen en el ejército, en la guarnicion, cuartel ó marcha, sea contra los habitantes de los pueblos ó con ellos juntamente, y fueren arrestados por las justicias ordinarias, deberán estas entregarlos à los militares à la primera insinuacion que se les hiciere; y recíprocamente si las tropas hubiesen preso algunos habitantes por crimen que no sea de los en que privativamente corresponda el conocimiento al consejo de guerra de los cuerpos, se restituirán luego à las justicias ordinarias que los reclamen, aun cuando dichos habitantes fueren cómplices con los soldados; pero en este caso, siendo los jueces ordinarios requeridos por los militares, los deberán tener en seguridad y à disposicion del sargento mayor, para que pueda examinarlos como testigos; y siempre que por una ú otra jurisdiccion se hicieren estas aprehensiones, deberá inmediatamente la que la hace avisar à la que corresponda sin aguardar el

requerimiento para que no se dilate la ejecucion de la justicia.

26. Finalizado el proceso bajo la regla prevenida, pondrá el sargento mayor su conclusion en esta forma: *vistas y leidas las informaciones, cargos y confrontaciones contra N., acusado de tal crimen, hallándose suficientemente convencido, concluyo por el Rey á que sea condenado á sufrir tal pena, señalada por las Ordenanzas de su Magestad contra los que fueren convictos de él*; y en caso que no esté plenamente justificado el crimen, expondrá el sargento mayor en su conclusion lo que sintiere, segun le dictare el conocimiento de la resultancia del proceso, insertándo en el principio de él la filiacion certificada, en que conste habérsele leido al reo las Ordenanzas, y hecho el jaramento de fidelidad à las banderas, para que conste que era sabedor de la ley que le condena. Luego que se haya puesto el proceso en este estado, dará cuenta de ello al coronel ó comandante de su regimiento el sargento mayor; y el dia antes del en que se hubiere de celebrar el consejo de guerra irá à pedirle permiso para formarle al capitan general en su casa, si se presentó à él el memorial, ó al gobernador ó comandante de la plaza ó cuartel, que debe presidirle teniéndole en su casa; y si sucediere el caso de estar en campaña, se pedirá el permiso al general del ejército ó al que mande el campo donde estuviere el regimiento, quien no podrá rehusarlo; y el consejo de guerra se tendrá en la casa ó tienda del coronel ó comandante del cuerpo. Luego que el sargento mayor reciba la licencia referida, comunicará la orden á los capitanes del regimiento de que fuere el criminal, para que en el dia siguiente se hallen à la hora que se indique en el parage señalado si fuere en campaña, y en guarnicion ó cuartel en casa del gobernador ó comandante; advirtiéndoles tambien del lugar y hora en que se ha de celebrar la misa que han de oir juntos antes de entrar en el consejo de guerra. Los que hubieren de asistir al mismo deberán votar sobre las Ordenanzas segun su conciencia y honor, y lo que de las informaciones se deduzca, apartándose de todo afecto, odio, cólera y pasion para no aflojar ó agravar su voto, ni disminuir por suavidad la fuerza de las leyes militares; y si contravinieren à la observancia que ellas les prescriben, quedarán privados de su empleo. El número de jueces para componer el consejo de guerra, habrá de ser à lo menos de siete, y nunca ha de nombrarse como juez el capitan de cuya compañía fuere el reo.

27. Cuando el delito fuere por infraccion de las órdenes de plaza, ó contra la tranquilidad, seguridad y servicio de ella (en

cuyo caso corresponde á su gobernador ó comandante la administracion de su reservada pronta justicia), se previene en las Reales Ordenanzas que haga juntar el consejo de guerra, compuesto de trece ó quince capitanes (mas ó menos, y siempre número impar) de todos los regimientos de la guarnicion, de modo que nunca bajen de siete los jueces que hayan de votar. El proceso en este caso ha de formarle y poner en conclusion el sargento mayor que eligiere el gobernador entre los cuerpos de la guarnicion; y cuando los regimientos que sirvan en ella no tengan número competente de las clases de capitanes vivos, reformados y graduados, se nombraran los que falten de los agregados de este caracter al estado mayor de la plaza; y en su defecto el gobernador de ella escribirá al que lo fuere de la mas inmediata, para que le envie el número de capitanes que necesite hasta completar el suficiente para el juicio de la causa; pues no ha de entrar en el consejo oficial alguno subalterno sino en el caso de no haber capitanes bastantes en el parage en que se celebre, ó á la distancia de ocho leguas; observando lo mismo en los cuarteles los comandantes de ellos, si (por no tener bastantes capitanes) fuere preciso completar con los de otros cuerpos el número de jueces. Siempre que hubiere un criminal de infantería á quien se haya de poner en consejo de guerra, y faltare en la guarnicion y destinos inmediatos el número necesario de capitanes de infantería para formarle, concurrirán los de caballería ó dragones que se nombraren para completar el consejo, y sin distincion de cuerpos tomarán interpolados los oficiales de infantería, caballería y dragones el lugar que por antigüedad de capitanes les tocare, aunque tengan grado superior, llevando cada uno su patente ó justificacion de su data, para que examinándolos gradúe la colocacion de los asientos el presidente; y este deberá serlo siempre oficial del cuerpo general de infantería, caballería ó dragones de que sea el reo. Si el criminal fuere de caballería, y no hubiese suficientes capitanes de esta clase, ni de la de dragones montados, se nombrarán para jueces capitanes de infantería, como va expresado para iguales casos en el juicio de un reo de infantería. En los juicios de un reo dragon se seguirá la misma regla, con la diferencia que estando montados han de completar la falta de jueces de su cuerpo con capitanes de caballería, y desmontados con los de infantería, debiendo esta tambien (en igual caso de completar la falta de sus jueces) llamar antes que á los de caballería, á los capitanes de dragones en cuyos cuerpos sirvan como infantes.

28. Cuando los capitanes hubieren llegado para formar el consejo de guerra á la casa del que debe presidirle, tomará este su lugar, y sucesivamente todos los jueces por su antigüedad, empezando desde la derecha figurando circulo; de modo que el mas moderno se halle á la izquierda del que presidiere, quien tendrá delante de sí una mesa con recado de escribir y las Reales Ordenanzas. Sentados ya por este orden los jueces se pondrán sus sombreros, y los demas oficiales y cadetes que entraren en la sala habrán de estar en pie descubiertos, y escuchando con quietud y silencio para instruirse; pero solo podrán mantenerse allí hasta el caso preciso de votarse la causa; en inteligencia de que ha de darse por orden que asistan á ver la celebridad del consejo hasta este caso todos los oficiales que en aquel dia no esten empleados de servicio. El que presidiere dará la razon por qué se tiene consejo de guerra: el sargento mayor, y en su ausencia el ayudante, traerá el proceso, se sentará á la izquierda del presidente, y á un lado de la mesa se cubrirá (cuya igual distincion tendrá el ayudante que sustituya al sargento mayor), y luego leerá el memorial presentado al gobernador ó comandante, la filiacion, las informaciones, la recoleccion y careo de los testigos, y despues su conclusion y dictamen. El oficial defensor (que nunca podrá ser de la misma compañía del reo) deberá tambien comparecer ante el consejo, y leerá en él el sargento mayor el alegato de defensa; en inteligencia de que para fundarla se le ha de permitir, despues de tomada la confesion al reo, hablar con él, y se le dará traslado, ó se le entregará el proceso cuando lo pida, para fundar la defensa en razones sólidas y no sofisticas que conspiren á embarazar caprichosamente el curso de la justicia; de cuya inobservancia se hará al oficial defensor que incurra en ella el cargo correspondiente á infractor de la ordenanza. A la parte de afuera de la sala estarán prontos los testigos deponentes en la causa para comparecer en el consejo siempre que hubiere duda en él, y pareciere conveniente hacer alguna pregunta que conduzca á disolverla. Cuando esté todo leido, el que presidiere propondrá al consejo lo que juzgare en beneficio ó perjuicio del criminal, y cada uno por su orden, y sin confusion hará sus objeciones en pro ó en contra para instruirse. En este intermedio se hará venir de la prision al criminal en buena custodia, atados los brazos, y concluida la confesio, se le hará entrar conduciéndole un sargento, y desatándole los brazos se le mandará sentar en medio de la junta en un banquillo sin respaldo. El sargento mayor

le hará levantar la mano, y hacer juramento de decir verdad con la formalidad ya prevenida; y prestado el juramento, le preguntará el presidente de qué crimen está acusado, si le ha cometido, qué razones le han podido inducir á ello, y qué es lo que tiene que decir para su descargo. Los capitanes que quisieren interrogarle para instruirse mas bien, lo harán cada uno de por si, arreglándose á lo que conste de la causa con claridad y en breves términos; y cuando no haya mas que preguntar, se volverá á llamar al sargento, el cual con la misma custodia le volverá á la prision, y el presidente mandará que el concurso de los que no intervienen en la causa deje aquel sitio despejado. Habiendo salido el criminal, y quedando solos los que intervienen en la causa, propondrá (en cuanto á las razones del reo) el presidente lo que le pareciere que conduce á su cargo ó descargo; cada uno de los jueces (si se le ofreciere que decir) hablará por su antigüedad; y concluida esta conferencia pedirá á cada uno su voto el presidente. El último juez votará el primero, el de su izquierda despues de él, y asi consecutivamente subiendo hasta el presidente, que será el último á dar su voto; y este valdrá por dos cuando votare á vida, y cuando á muerte por uno solo. El que diere su voto se levantará, y quitando su sombrero dirá en alta voz: *hallando al acusado convencido de tal crimen, le condeno á ser ahorcado ó pasado por las armas, ó tal otra pena que queda ordenada por este crimen;* y si le hallare inocente dirá: *no hallando al acusado convencido de tal crimen, por el cual se le puso en consejo de guerra, es mi voto que se le dé por absuelto, y ponga en libertad:* ó si la materia fuere dudosa, que no haya bastantes pruebas para condenarle, ó muchas para absolverle, podrá votar á que se tomen otras informaciones, expresando sobre qué puntos deben recaer, y que en el ínterin quede preso. Si el presidente viere que algun juez en su voto se separa de lo que prescriben las Reales Ordenanzas, le mandará que lo motive y funde por escrito; pero no se suspenderá el consejo. En tratándose de otro crimen que el de desercion, como de asesinato, robo ú otro cometido en guarnicion ó en el ejército donde no hubiere confesion ó prueba de testigos que se estime concluyente, ó indicios vehementes y claros que correspondan á la prueba de testigos, y convenzan el ánimo, se procederá en estos términos: si el delito merece pena capital, y hay medias pruebas por testigos ó indicios, se acordará el tormento por el consejo; pero no se le dará al reo sin que el capitan general, con dictamen del auditor ó asesor militar, lo aprue-

be primero; y no conviniendo, consultará el capitan general ó comandante general al supremo Consejo de la Guerra con los autos; y en los delitos que no tienen pena capital, ó en los capitales en que no hubiese medias pruebas, se evacuará la causa con pena extraordinaria. Siempre que un reo fuere condenado à sufrir la pena de tormento, deberá asistir á la ejecucion de ella con el sargento mayor, el auditor de guerra, y en su defecto el asesor militar, à cuyo cargo estarán todas las diligencias de la tortura, inclusa la ratificacion, y evacuado el tormento, segun las leyes, se volverá à formar el consejo, y estando el reo confeso y ratificado fuera del tormento dentro de las veinticuatro horas, se impondrá la pena de ordenanza correspondiente al delito cometido ó la arbitraria si estuviere negativo. En el supuesto de que lo manifestado da la regla segura para proceder en las causas de reos cuyos delitos no esten suficientemente comprobados, se prohibe absolutamente en las Reales Ordenanzas el que se use de otros medios para apremiar aflictivamente al reo à la declaracion, pena de privacion de empleo al oficial que lo mandare, y de igual ó mayor castigo, segun su calidad, al que en esto le obedezca. Al paso que cada uno diere su voto, lo escribirá al pie la conclusion del sargento mayor, y lo firmará; y despues que lo hayan hecho todos, se contarán los votos para ver la sentencia que resulta en esta forma. Si hubiere un voto mas à muerte que à otra pena menos grave, ó à ser absuelto, sufrirá la muerte el reo. Si estuvieren los votos divididos en tres penas, ó en dos y absolucion, de modo que la pena de muerte tenga tantos votos como el número que componen los de vida, ha de sufrir el reo la pena que tenga mas votos de aquellos que le libertan de la vida. Si la mitad de los votos fuere à muerte y la otra mitad à vida, dividiéndose esta mitad por igualdad de número de votos en dos penas distintas, se impondrá al reo la que de las dos penas sea mas grave. Para fundar el voto à muerte debe tener presente todo juez que ha de haber concluyente prueba del delito en el caso de no estar confeso el reo. En estando este condenado, hará el sargento mayor extender la sentencia poco mas ó menos en estos términos: *Visto el memorial presentado tal dia por D. N. N., sargento mayor ó ayudante etc., al señor N, capitan general, gobernador ó comandante etc., en orden á que permitiese tomar informaciones contra tal soldado, de tal compañia y regimiento, dicho memorial decretado como se pide, el proceso contra dicho acusado por informacion, recoleccion y confrontacion; y*

habiéndose hecho relacion de todo al consejo de guerra, y comparecido en él el reo en tal dia de tal mes y año, donde presidió el señor tal, todo bien examinado con la conclusion y dictamen del señor tal, sargento mayor de dicho regimiento, ha condenado el consejo de guerra y condena al referido reo á tal ó tal pena. Todos los jueces firmarán al pie, aunque no hayan votado la pena que expresa la sentencia, respecto que la pluralidad de votos ha de decidir; pero no se propalarán los votos fuera del consejo.

29. En estando acabado el consejo de guerra, si es en el ejército, el sargento mayor irá á dar cuenta al general de lo que en él se hubiere resuelto: si está condenado à muerte ó á una pena corporal, se le pedirá permiso para hacer tomar las armas, à fin de que se ejecute el castigo à la cabeza del regimiento formado en batalla, y el general deberá concedérsele, y se nombrarán las guardias de prevencion del ejército para asistir á él; si es en una plaza ó cuartel, se pedirá este permiso al gobernador ó comandante, quien le concederá sin dilacion; y si el caso fuere de consecuencia permitirá, no solo al regimiento del criminal el que tome las armas, sino que tambien mandará que de toda la guarnicion concurran destacamentos à la ejecucion.

30. El capitan general ó comandante general tendrán facultad de suspender la ejecucion de la sentencia solamente cuando entienda que hay conocida injusticia en ella, en cuyo caso podrá pedir el proceso en el mismo dia, para examinarle con la brevedad posible; y si verificare comprobado su recelo de injusticia por el dictamen de su auditor ó asesor militar, deberá devolver el proceso al coronel ó comandante del cuerpo, poniendo al pie su orden de suspension de la sentencia, con expresion individual del motivo en que la funda, y prevencion al mismo coronel ó comandante de que lo remita todo al supremo Consejo de la Guerra, lo que deberá ejecutar sin dilacion el coronel; y el capitan general ó comandante dará cuenta de esta novedad al señor secretario del Despacho de la Guerra. La censura del comandante militar sobre si hay ó no sentencia, deberá ceñirse à solo lo que previene la ordenanza, segun el delito de que se trate, con sujecion à las reglas que se dan en ella misma para el juicio y decision de la causa; y siempre tendrá el comandante general la autoridad de suspender de su empleo al oficial que por suavidad haya aflojado ó agravado por rigor su voto disminuyendo ó alterando la fuerza de la ordenanza.

31. Despues de haber obtenido el permiso del capitan gene-

ral, pasará el sargento mayor ó ayudante à la prision con el sargento ó soldado que sirviere de escribano, quien firmará la notificacion; y haciendo poner de rodillas al criminal, le hará leer la sentencia: si está absuelto le hará salir; si sentenciado á pena que no sea capital, quedará en su arresto hasta cumplirla; y si estuviere condenado à muerte, le dejará en la prision, y llamando confesor para que se prepare cristianamente, no se ejecutará la sentencia hasta el inmediato dia si fuere en guarnicion ó cuartel; pero en campaña se observará, segun exigieren las circunstancias, sin que nadie pueda variar el cumplimiento de lo que el consejo de guerra hubiere ordenado, pues solo está reservada esta facultad à su Magestad hallándose presente. Cuando llegue la hora señalada para la ejecucion, se enviará à buscar al criminal à la prision con buena custodia; y cuando se acerque al parage donde estuvieren las tropas en batalla se juntarán los sargentos y tambores del regimiento del reo al costado del parage por donde le traigan; y el sargento mayor de la plaza en guarnicion, en cuartel el del cuerpo de que fuere el reo, y en campaña un ayudante del mayor general de infantería ó caballería, segun la clase de que fuere el reo, publicará al frente de su regimiento ó batallon un bando que han de tocar los tambores juntos à este fin, y explicarse con estas voces: *por el Rey*: à esta voz el mayor, oficiales y sargentos de toda la tropa se quitarán los sombreros. *A cualquiera que levante la voz pidiendo gracia se impone pena de la vida.* A la publicacion del bando deberá estar la tropa con las armas presentadas, y los oficiales y sargentos en sus puestos de parada, habiendo precedido que al tiempo de llegar el reo se dé la voz, como previene el tratado de ejercicio, para que los tomen; y concluido el bando, volverán al orden de batalla, advertidos igualmente por la voz que corresponde. En los casos que para la ejecucion del castigo de algun delincuente concurran destacamentos del ejército, formarán sobre los costados del regimiento en que se hubiere de hacer la justicia, sin reparar en su antigüedad ni preferencia. Conducirá el criminal à la cabeza de las tropas el destacamento que le guardare, llevándole en medio de él delante de las banderas ó estandartes; se le hará poner de rodillas; el escribano leerá la sentencia en alta voz, y se le llevará al parage donde hubiera de ser ejecutada, acompañándole el capellan para exhortarle. El destacamento que le hubiere conducido se pondrá en tres filas enfrente del reo; y cuando el sargento mayor hiciere la seña, la primera fila se

acercará á tres ó cuatro pasos del reo, y le hará su descarga; y si acaso no hubiere muerto, la segunda fila repetirá hasta rematarlo. Verificada la muerte tocarán marcha todos los tambores, y las tropas vendrán à pasar por delante del cadaver, á quien llevarán despues à enterrar los soldados de su misma compañía. Cuando el criminal estuviere condenado à muerte de horca ú otra, desfilarán las tropas del mismo modo delante del cadaver, y se observarán en cuanto sean adaptables las mismas formalidades. Cuando un criminal fuere ejecutado por el verdugo, anticipará el regimiento los diez pesos sencillos que han de darle; y enviando copia de la sentencia autorizada el sargento mayor al intendente, pondrá este al pie de ella su orden para que el tesorero dé la providencia conveniente á que se reintegre al cuerpo de este desembolso. Pudiendo suceder que à un criminal se le sentencie à horca ú otra pena capital, para la que sea necesario el verdugo, y que no se encuentre, se previene en las Reales Ordenanzas que à continuacion de la sentencia se ponga por diligencia esta causal, y que mediante ella sea pasado el reo por las armas.

32. Si algun soldado ú otro individuo del ejército cometiere cualquier delito de pena capital, y se ausentare ó se pusiere en lugar sagrado, que para el efecto viene à ser lo mismo, tiene mandado su Magestad que el oficial à quien se cometiere la averiguacion del delito, tenga jurisdiccion para que despues de hechas las informaciones posibles en justificacion del delito en la forma que prescribe la ordenanza, pueda llamar y llame al reo (en la parte donde estuviere ó se hallare la tropa) por edicto y pregones públicos, que en el término de un mes han de repetirse por tres veces, con expresion del delito de que estuviere acusado, señanlándole donde debe presentarse para dar sus defensas y ser oido y juzgado; y en caso de no comparecer el reo dentro del referido término que prescriben los edictos, se ratificarán los testigos, se juntará el consejo de guerra, hará relacion de esta diligencia el sargento mayor ú oficial que hubiere hecho el proceso, y se condenará al reo en rebeldía por el delito que merezca pena mas grave entre el de desercion y el que causó su fuga, haciendo el cotejo de una y otra pena; y firmando la sentencia todos los jueces que formen el consejo, se guardará el proceso, y se harán las diligencias conducentes à la aprehension del reo; y si esta se lograse, se procederá á tomarle su confesion y oir sus defensas, formándose nuevamente el consejo para la sentencia que corresponda, componiéndole con los

mismos jueces si existieren, ó completándole con otros. Cuando algun reo se refugiare à sagrado por el delito grave en que haya competencia con la jurisdiccion eclesiástica sobre si le vale ó no la inmunidad, mandará el capitan general al auditor de guerra ó asesor militar que haga la defensa correspondiente para que se declare que no puede valerle, y se satisfarán sin dilacion por la tesorería respectiva de guerra las costas de esta competencia; y si el caso fuere notorio en hecho y derecho sobre la exclusion del sagrado, y sin embargo el eclesiástico resistiere la entrega ó dilatase la causa, dará cuenta el capitan general al supremo Consejo de la Guerra, con justificacion para la providencia que evite dilaciones y costas.

APÉNDICE DÉCIMO.

Del juicio de vagos.

§. 1. Tres puntos que abraza este apéndice, á saber: 1.° de los jueces á quienes corresponde conocer de este género de causas: 2.° del modo de proceder en ellas: 3.° del destino que ha de darse á los vagos.

2. El conocimiento de las causas de vagos es privativo de los jueces ordinarios.

3. No obstante la jurisdiccion privativa de estos, está mandado que las partidas destinadas á la persecucion de bandidos, contrabandistas y malhechores, cuiden como uno de los puntos mas esenciales de su comision de recoger todos los vagos que encuentren en los caminos, lugares y despoblados, cuya comision solo comprende, segun otra ley, á los vagos que no tengan domicilio.

4 hasta el fin. Modo de proceder en este género de causas, y destino que ha de darse á los vagos, segun la Real ordenanza de 7 de mayo de 1775, cuyos principales artículos se copian.

1. En el prontuario de los delitos y penas, palabra vagancia, se expresaron las personas que las leyes reconocen por vagos, y las penas establecidas contra ellos. Ahora trataré: 1.° de los jueces á quienes corresponde conocer de este género de causas: 2.° del modo de proceder en ellas: 3.° del destino que ha de darse á los ociosos, todo con arreglo á la Real ordenanza inserta en la ley 7. tit. 31. lib. 12. Nov. Rec.

2. El conocimiento de las causas de vagos y levas es privativo de los jueces ordinarios, en términos que se les prohibe admitir la declinatoria de los que gocen de otros fueros (*). Dichos jue-

* En Madrid no hay actualmente como hubo en otro tiempo un juez particular en vagos, pues las facultades de este residen en el subdelegado principal de policía, que hoy es un señor alcalde de Corte, quien solo puede conocer de las causas preventivamente, dando cuenta en el término de tercero dia á la sala, en donde se sentencian. = Por auto de la sala plena de 5 de abril de 1789 se mandó que á cada uno de los procesados por leva se le formase sumaria ó pieza de autos separada, sin admitir en ella dos ó mas, aunque fuesen de una clase; y que dada cuenta á la sala, si se le aplicase á algun servicio, se le notificará la providencia; y en caso de súplica se le admitiese con calidad de justificar su ocupacion en el preciso término de tercero dia con citacion del fiscal de su Magestad, y sin otro término se decidiese la confirmacion ó revocacion de la providencia. Nota 9. á la ley 7. tit. 31. lib. 12. Nov. Rec.

ces pueden siempre proceder de oficio contra los ociosos y holgazanes que haya en los pueblos donde ejercen su jurisdiccion; pero lo hacen con especialidad en el tiempo de las levas que deben ejecutarse anualmente; y de cuando en cuando en las capitales y demas pueblos donde se halle gente ociosa, para sacar del cuerpo de labradores y artesanos los menos brazos que sea posible (1).

3. No obstante la jurisdiccion privativa que para este género de causas tienen los jueces ordinarios, está mandado por otra ley (2), que las partidas destinadas á la persecucion de bandidos, contrabandistas y malhechores cuiden como uno de los puntos mas esenciales de su comision, de recoger todos los vagos que encuentren en los caminos, lugares y despoblados, á cuyo efecto inmediatamente que lleguen á cualquier pueblo, bien sea de tránsito ó de asiento, preguntarán á la justicia si hay alguna persona sospechosa ó vagante en su distrito; y sin mas diligencia que un testimonio dado por la justicia que acredite conforme á la ordenanza de vagos la calidad de tal, le arrestará la partida, dando cuenta al capitan general para su pronto destino al servicio de las armas ó á otro correspondiente, segun su edad y talla. Sin embargo, esta comision dada á los comandantes de tropas que destinen los capitanes generales para perseguir contrabandistas y salteadores de caminos, solo comprende, segun otra ley (3), á los vagos que no tengan domicilio; pero los mal entretenidos que tengan fija residencia en los pueblos, deben quedar sujetos á la ordenanza de vagos general, y á la disposicion de las justicias y sus levas, excepto cuando hubieren sido aprehendidos en el contrabando ú otros delitos de robo en los caminos ó despoblados, ó se les persiguiese en continuacion de los mismos delitos, ó como cómplices de ellos ó sospechosos específicamente. Tambien se debe exceptuar con arreglo á la misma ley, la capital en que reside el general y la audiencia, y sus cinco leguas, en que aquel tiene comision separada contra todo género de vagos y mal entretenidos. Y en este concepto por amancebamientos, borracheras, poca ó ninguna aplicacion al trabajo, raterías pequeñas, estafas y otras cosas de esta clase en que incurran los vecinos domiciliados en los pueblos, sino se verifica tambien la vagancia frecuente y continua sin fija residencia, deben seguir conociendo las justicias, conforme á la or-

1 Dicha Real ordenanza de 1775, circular de 15 de marzo de 1802.

2 Ley 15. tit. 31. lib. 12. Nov Rec.

3 Ley 16 del mismo tit. y lib.

denanza general de vagos, absteniéndose los comandantes y capitanes generales, excepto en las capitales, como va dicho; en cuyo supuesto la secretaría de guerra conocerá de los que cita la ley anterior (1) en los casos y con las distinciones que ella refiere, esto es, limitándose en cuanto á los llamados vagos á los que verdaderamente lo son sin domicilio; debiendo correr por la secretaría del Despacho de Gracia y Justicia todos los recursos de los destinados por las justicias ordinarias y por los delegados de los tribunales Reales, y de las demas cosas que sean incidentes ó análogas á estas, y por el gobernador del Consejo, consultando á su Magestad cuando ya se hallen destinados ó cumpliendo la pena.

4. Sabido ya á quien corresponde el conocimiento de estas causas, paso á tratar del modo de proceder en ellas, y del destino que ha de darse á los ociosos, segun la citada ordenanza, cuyos principales artículos dicen asi.

5. »La justificacion de la vagancia debe hacerse por informacion sumaria, con citacion del síndico general ó personero del comun; y luego que se prenda al ocioso ó vago, se le hará cargo y tomará su declaracion; cuya citacion no se entenderá en Madrid ni en los sitios Reales donde se observará la práctica actual."

6. »Han de ser comprendidos en las levas asi los ociosos naturales de la ciudad ó villa, como los forasteros y extrangeros en quienes concurra la ociosidad y la mala costumbre de perder su tiempo en el ocio y diversion, sin aplicarse á trabajo ú oficio, ni escuchar las advertencias de sus padres, maestros, curadores y amos, ni las que debe hacerles la justicia, para que constando de su advertencia, y de la incorregibilidad por la sumaria que queda prevenida en el artículo 13 de esta ordenanza (2), con su audiencia en la forma tambien prescrita, proceda la justicia á declarar por vago, ocioso ó mal entretenido al que asi resultare serlo."

7. »Esta declaracion se le ha de notificar al interesado, y ejecutar sin embargo de cualquiera apelacion ó recurso por no admitir tardanza las levas; y se le dará testimonio de esta declaracion: y tambien se hará saber al padre, deudo, maestro ò amo con quien estuviere, y al procurador síndico y personero del pueblo que debe hacer las veces de promotor fiscal de la

1 La 15 citada.
2 Dicha ley 7. cap. 13. tit. 31. lib. 12. Nov. Rec. y su nota.

justicia, por el interes comun que resulta de no consentir vagos, holgazanes, ociosos, baldíos y mal entretenidos en la república."

8. Si fuere absolutoria la sentencia se notificará del propio modo, y dará testimonio al procurador síndico y personero, ó á cualquiera de ellos, para que puedan reclamar y seguir su justicia á beneficio del público; ayudándose á dichos procurador síndico y personero, ó á cualquiera de ellos de oficio y sin llevarles derechos algunos: actuando las justicias precisamente ante el escribano de ayuntamiento, ó el que haga sus veces, como materia de policía y gobierno de los pueblos; pero la sentencia se ejecutará igualmente desde luego, con las prevenciones oportunas de poner al procesado al cuidado de su amo, maestro ú hospicio, en que dé muestras evidentes de su aplicacion.

9. Donde hay salas ó audiencias criminales, podrán á prevencion proceder los alcaldes y oidores, determinándose en las salas con arreglo al modo sumario y método establecido en esta ordenanza.

10. »Verificada la declaracion de vago, y teniendo la edad de diez y siete años cumplidos hasta los treinta y seis años cumplidos, se hará el reconocimiento de sanidad y la medida; en cuyo caso se destinarán al servicio de las armas, como está mandado en diferentes Reales ordenanzas y decretos, en lugar de imponerse á tales vagos las penas de destierro, y otras mas graves contenidas en las leyes que tengo por bien moderar y revocar en esta parte, atendiendo al honor de sus familias y á lo que dictan la humanidad y el beneficio público de aprovechar estas personas que por descuido de sus padres ó deudos en no destinarles al trabajo viven ociosos y expuestos á caer en graves delitos, de que conviene preservarles con el ejercicio de las armas; y excluyo de él á los que incurrieren en delitos feos, que siempre les ha de inhabilitar de tan honrado destino; pues en cuanto á estos últimos les seguirán las justicias sus causas por los términos regulares, y les impondrán las penas que merezcan conforme á las leyes."

11. »Todos los que, segun va dispuesto, fueren destinados á las armas, se han de remitir á la cabeza del corregimiento mas inmediato, donde habrá partidas de tropa para recibirlos y conducirlos á los depósitos. El presidente ó regente que presida la chancillería ó audiencia, pasará con anticipacion al capitan ó comandante general de la provincia de su distrito, el aviso del

tiempo en que se va à hacer la leva general, à fin de que con anticipacion pueda destinar estas partidas en las cabezas de corregimiento; bien entendido que antes de todo se han de entender dichos presidente ò regente con el gobernador de mi Consejo, para fijar en cada año el tiempo en que ha de empezar la leva."

12. »El coste de la conduccion desde el domicilio hasta la entrega en la cabeza del partido, se debe suplir de dichos fondos de justicia, del sobrante de caudales públicos, ó por repartimiento con la debida cuenta y razon; cuyo gasto se ha de examinar y liquidar por la justicia y junta de propios, y por la contaduría de la provincia al tiempo que se presenten las cuentas de caudales públicos, como parte de ellas, acudiéndose en las dudas que ocurrieren sobre dichos gastos al mi Consejo, donde corresponde tomar providencia, y á la subdelegacion de penas de Cámara por lo que mira à gastos de justicia."

13. »Desde las cabezas de partido se ha de conducir con sus testimonios toda la gente que resultare de esta leva al depósito mas cercano; cuya conduccion se ha de costear de cuenta de mi Real Hacienda, sin gasto ni gravamen alguno de los pueblos, y por la misma forma y orden que se hace con los reemplazos y reclutas voluntarios."

14. »Tengo por bien y he mandado que à este efecto se formen cuatro depósitos para recibir toda la gente de leva, uno en la Coruña, otro en Zamora, otro en Cadiz y el cuarto en Cartagena; suprimiendo y anulando las cajas establecidas por anteriores ordenanzas de levas ò vagos, por deberse remitir única y precisamente, segun la mayor cercanía, toda la gente de leva à los referidos cuatro depositos generales."

15. »Luego que estas remesas de leva lleguen al depósito, se les formará su asiento y filiacion en la compañia à que se destinen en dichos depósitos, à fin de poner en buen orden y disciplina militar esta gente."

16. »Para que el gasto sea menos gravoso à mi Real Erario, se empezará este establecimiento con una sola compañía en cada depósito, y destinaré à ella los oficiales que convengan (1)."

1 Por Real orden de 27 de junio de 1780 y consiguiente cédula del Consejo de 21 de julio, se mandó destinar á los regimientos de infantería española toda la leva honrada que se hiciera en el reino. Y en Real resolucion comunicada al Consejo en 30 de octubre 1791 se mandó extinguir las compañías de leva honrada, y aplicar sus individuos á los regimientos; y que los vagos que aprehendiesen las justicias en conformidad de esta ordenanza, se recogiesen por las partidas de tropa para destinarlos á los regimientos, dejando la tercera parte à los batallones de marina; y que en todo lo demas se observase esta ordenanza de 1775 sin otra variacion.

17. »A los sargentos, cabos, tambores y soldados de leva, se les ha de considerar como plazas efectivas de infantería sin diferencia alguna, y han de observar igual disciplina y subordinacion en todo, gozando del fuero militar desde que se incorporen en estas compañías."

18. »Cada una de las compañías ha de constar de un capitan, un teniente, un subteniente, un primer sargento, dos segundos, cuatro cabos primeros, un tambor y cien soldados."

19. »No se formará segunda compañía en el respectivo depósito, hasta que obligue à ello el mayor número de gente de leva que concurriere à él."

20. »Con estos soldados de leva se completarán los cuerpos que fueren de guarnicion à América, y regimientos fijos que se hallen establecidos en aquellos destinos siempre que haya proporcion para ello, sin debilitar la fuerza de los demas regimientos, ni extraer de ellos à los reemplazos que han dado los pueblos."

21. »Por la misma consideracion cuando algun cuerpo se embarque para relevar las guarniciones de las plazas de Indias, ò servir en aquellos dominios, podrán quedar los reemplazos que tuviere en otros regimientos de este ejército, para cumplir en ellos su tiempo y completarse esta falta, al cuerpo que se embarque con otros tantos soldados de leva; cuyo método será de mucho alivio à los pueblos, y de consuelo à los sorteados."

22. »En este método se aumentarán los reclutas voluntarios, pues muchos procuran evitar su inclusion en la leva; sentarán plaza voluntariamente; se separará de los pueblos la gente ociosa y mal entretenida que pueda ser util à las armas; se dedicarán muchos mas à la labor y à los oficios; y finalmente se lograrán mis piadosas intenciones de que mis vasallos concurran al completo de los cuerpos por sorteo, en solo aquel número que fuere indispensable. Y para que tan altos fines se logren sin agravio de persona alguna, y con escrupulosa observancia de las leyes, mando à las justicias estrechamente, procedan en estas levas con actividad incesante y la mayor pureza; porque en ello me harán particular servicio, y un gran bien à la causa pública del reino."

23. »Prohibo, que à título de esta leva se corten causas criminales, ni incluya en ella á los delincuentes; porque respecto de estos deben seguirse sus procesos por los trámites regulares, é imponérseles las penas en que hayan incurrido conforme à las leyes."

24. »Concluidos los autos de leva, se ha de remitir un testimonio literal é íntegro por compulsa, con fe negativa de no quedar otros, à la sala del crimen ò audiencia del territorio (1)."

25. »Siempre que esté guardada la forma sustancial, y sabida la verdad y extremos necesarios para calificar el concepto de vago, ocioso ò distraido habitualmente, se ha de aprobar por la sala el destino de las armas; advirtiendo para los casos sucesivos à los jueces de lo que hayan omitido."

26. »Solo en el caso de constar manifiestamente corrupcion de testigos, prepotencia, venganza ò malicia en suponer vago y mal entretenido à quien no lo es, ademas de revocar la condena, se ha de tomar la providencia correspondiente con el juez y escribano que hayan abusado de su oficio."

27. »Como los pueblos y la Real Hacienda habrán hecho gastos en la conduccion y manutencion de los injustamente remitidos por vagos à los depósitos, se ha de condenar igualmente al juez, escribano y testigos, à proporcion de su culpa, en el reintegro de estas cantidades à los caudales públicos y à mi Real Hacienda, ademas de los daños y perjuicios que se hayan seguido al agraviado, y en las costas del proceso.

28. »Por el contrario, si resultare colusion en no declarar por vago à quien resulte serlo verdaderamente, la sala del crimen ò audiencia respectiva hará la declaracion correspondiente, y conducir al vago al depósito à costa de la justicia, escribano y demas cómplices; y ademas de las costas les impondrá las penas ò prevencion que correspondan à la gravedad de la culpa."

29. »No será de esperar que las justicias ordinarias conserven el celo é integridad correspondiente, si en la audiencia ó sala criminal respectiva se usa de temperamentos arbitrarios y pretextos para debilitar el literal cumplimiento de esta ordenanza: y asi prohibo que à título de epiqueya, ni por otros medios se consienta estimar como vago al verdaderamente aplicado, ni como laborioso al que se halla distraido: cuidando mis fiscales de

1 Por Real resolucion á consulta del Consejo de 21 de abril de 1781 se mandó que para mayor brevedad de las causas de vagos, hechas en las siete leguas del rastro de Madrid, y evitar los gastos y perjuicios que se seguirian de consultarse con la sala del crimen de Valladolid, en adelante se consultase directamente por sus justicias ordinarias con la Sala de Alcaldes de Casa y Corte; remitiéndose los rematados á disposicion de ella, para que se coloquen en los cuarteles establecidos en Madrid para esta clase de gentes, incluyéndose con las cuerdas de los aprehendidos en la Corte, y pasándose á sus hospicios los que no fueren á propósito para las armas y marina, sin que este arreglo particular perjudique ni altere lo dispuesto en los capítulos 24 y 25 de dicha ordenanza de levas de 1775 para el resto del reino.

promover la observancia, y de representar al mi Consejo cualquiera contravencion notable ò duda que advirtieren."

30. »Los vagos ineptos para las armas por defecto de talla ò de robustez, ò los que no tengan la edad de diez y siete años, ò hayan pasado de treinta y seis, se deben recoger igualmente, y dárseles destinos para el servicio de la armada (1), oficios ó recogimiento en hospicios y casas de misericordia ú otros equivalentes; y como este es un arreglo puramente político, y que necesita en cuanto à los destinos respectivos y convenientes particular examen, las salas del crimen expondrán al mi Consejo por mano del gobernador de él los destinos correspondientes para que me consulte el Consejo por la via que corresponde el arreglo que estimare oportuno con la brevedad y distincion posible, à fin de que no subsista por mas tiempo en el reino la nota, ni los daños que trae consigo la ociosidad en perjuicio de la universal industria del pueblo, de que depende en gran parte la felicidad comun (2)."

31. »Sin embargo de que sobre esta materia de levas y recogimiento de vagos han sido varios los decretos, resoluciones y ordenanzas expedidas en diferentes tiempos, sin haber producido los saludables efectos que se deseaban, à causa de no estar simplificado el método del procedimiento, ni dado los medios prácticos que ahora dispenso à beneficio del util destino de unas gentes que en nada aprovechaban al estado en comun ni en particular; mi voluntad es, que todas las referidas ordenanzas, resoluciones y decretos queden desde ahora sin fuerza ni vigor, y reducidas à esta ley y ordenanza general, que se ha de observar inviolablemente; y á mayor abundamiento las revoco, derogo y doy por ningunas."

32. »La leva general se ha de repetir anualmente en los pueblos y villas grandes para evitar la subsistencia de gente ociosa: y declaro que en Madrid y en los Sitios Reales se ha de ejecutar al tiempo mismo que se haga el anual reemplazo del ejér-

1 En Real orden de 26 de noviembre de 1780, y consiguiente cédula del Consejo de 25 de abril de 81, con motivos de haberse destinado á la armada niños de once años, se mandó no incluirles en la cuerda, ni darles tal destino, y sí el prevenido en artículo 40 de esta ordenanza. Y en Real orden de 27 de junio de 1791 mandó su Magestad admitir en los batallones de marina en calidad de jóvenes, siempre que sean bien apersonados, de sana contextura, y de doce á catorce años de edad, los destinados por las justicias, ó aplicados por vagos á este servicio, con la obligacion de continuar en él ocho años desde que cumplan los diez y seis; y que estos esten para todo en igual caso que los voluntarios, mediante que su corta edad borra la nota de haber sido destinados al servicio de las armas.

2 Sobre este artículo véase la ley 10. tit. 31. lib. 12. Nov. Rec.

cito, á fin de impedir que del resto del reino se vengan los mozos sorteables á la Corte huyendo del sorteo y aumentando en ella el número de los ociosos. En los demas pueblos se entenderán las audiencias y salas del crimen con el gobernador del mi Consejo para arreglar el tiempo de la leva general; bien entendido, que para los casos notorios deberá estar siempre abierta, porque cualquier intermision debilitaria la vigilancia que llevo encargada á los jueces ordinarios, que deben mirar como una de sus obligaciones primarias limpiar los pueblos de vagos y mal entretenidos en observancia de las leyes, haciéndoles cargo de cualquier omision en las residencias que se les tomaren.

FORMULARIO PRIMERO.

DE UNA CAUSA CRIMINAL DE ROBO CON FRACTURA,

SUSTANCIADA ANTE UNO DE LOS SEÑORES ALCALDES DEL CRIMEN DE LA REAL AUDIENCIA DE VALENCIA EN EL AÑO 1829 (*).

COMPARECENCIA.

En la ciudad de T., à tantos de tal dia, mes y año, ante el señor D. N. &c. compareció N., y bajo juramento que prestó en debida forma, dijo: que el compareciente habita en un cuarto alto de la casa sita en tal calle, en compañía de N., y en la tarde de ayer salió à dar un paseo, y à su regreso, que seria como à la oracion, observó que la puerta exterior y la interior de su habitacion se hallaban abiertas y levantadas sus cerrajas, que sin duda lo habrian sido por algun golpe ó patada, con motivo de ser muy falsas; que habiendo entrado en dicha su habitacion advirtió que le habian robado un pantalon de paño azul, una levita &c.; que habiendo preguntado en la habitacion principal si habian visto entrar à alguno, le habian contestado que nada sabian, pues habian salido à ver la profesion de una monja; que ademas de los vecinos de la primera habitacion, hay en los cuartos bajos un sugeto que no se sabe cómo se llama, y otro paisano con su consorte y dos hijos, en cuya compañía suele quedarse uno con manta llamado N., el cual anda fugitivo por una causa criminal que tiene pendiente, y en la noche del dia de ayer no se quedó à dormir en dicho cuarto; que el compareciente no sospecha de nadie, pero procurando hacer indagaciones sobre ello, le ha manifestado la consorte del que habita el cuarto principal que en la misma tarde de ayer un hijo suyo de catorce años fue à subir la escalera entre cuatro y cinco, y encontró en ella al paisano, quien le preguntó que adonde iba, y contestando el muchacho que á su casa, le dijo si queria medio cigarro, tratando sin duda de que se marchase; que habiendo regresado à casa entre ocho y nueve de la noche el sugeto que vive en su compañía, le manifestó el compareciente lo

(*) Nótese que se han omitido muchos pormenores de este proceso, cuyos interesados viven, conservando solamente el hecho principal y las fórmulas de la sustanciacion, que es lo que importa para imponerse en la práctica de estos juicios.

referido, y que no habia podido indagar quién habia ejecutado el robo, aunque tenia sospechas de los referidos dos sugetos: lo que ponia en noticia de su señoría para los efectos conducentes y desagravio de la vindicta pública, siendo todo ello la verdad en que se afirma y ratifica bajo el juramento que tiene prestado: dijo ser de edad de tantos años, y lo firmó con dicho señor; de todo lo cual doy fe. = N., juez. = N. Ante mí N.

AUTO.

En la misma ciudad y dia el señor D. N. &c., en vista de la comparecencia que antecede, dijo: evacúense las citas que resultan de la misma; reconózcanse las puertas de la habitacion de N. por dos maestros carpinteros, quienes comparezcan á hacer relacion jurada de lo que adviertan, poniéndose por el presente escribano testimonio de ello, y examínense cuantos testigos sean sabedores de la ocurrencia con evacue de citas, y lo rubricó. = Rúbrica del juez. = Ante mí N.

NOTIFICACION Á LOS ALGUACILES.

En dicha ciudad y dia hice saber el auto que antecede á los alguaciles N. y N. en sus personas, doy fe. = N.

RELACION DE LOS PERITOS CARPINTEROS.

En la propia ciudad y dia, ante el señor D. N. &c., comparecieron N. y N., carpinteros, y bajo juramento que prestaron en debida forma, dijeron: que en cumplimiento de lo mandado se habian constituido en la habitacion de N., y habian observado que la puerta exterior tenia fuera de su marco la argolla ó hierro por donde pasa el de la cerraja, y esta un poco levantada, y que la interior tiene roto y fuera de su lugar la mitad del marco donde se halla clavada la argolla, cuyas dos puertas han sido abiertas al parecer con alguna patada ó golpe violento á causa de ser muy endebles y viejas. Lo que dijeron saber y entender por la práctica y experiencia que en ello tienen, y ser la verdad bajo del juramento prestado, en lo que se afirmaron y ratificaron: expresaron ser N. de veinticinco años y N. de treinta y nueve, y lo firmó aquel y no este, por haber dicho que no sabe escribir. Su señoría lo rubricó, de que doy fe. = Rúbrica del juez. = N. = Ante mí N.

TESTIMONIO.

El infrascrito escribano doy fe y testimonio, que habiéndome constituido en la habitacion de N., he visto que la puerta exterior tiene fuera del marco el hierro por donde pasa la cerraja y esta algo levantada, y la interior tiene roto y fuera de su lugar medio marco, en el que se halla el hierro por donde pasa la cerraja, y ademas se halla movedizo lo restante del marco, y he observado muchos pedazos de yeso por el suelo. Y para que conste en cumplimiento de lo mandado en el auto que antecede, libro el presente que signo y firmo en la misma ciudad y dia. = Lugar del signo = N.

TESTIGO N.

En la propia ciudad y dia, comparecido ante el señor D. N. &c. N., de tal oficio, vecino de la misma, que asi manifestó ser y llamarse, su señoría por ante mi le recibió juramento que prestó en debida forma, bajo cuyo cargo ofreció decir verdad de cuanto supiere sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo al tenor de la comparecencia cabeza de estos autos, enterado dijo: *(Aquí se insertará la declaracion del testigo, y concluirá del modo siguiente:)* Y que lo dicho es la verdad, cargo del juramento prestado, en el que se afirmó y ratificó: expresó ser de tal edad, y lo firmó *(y sino sabe se dirá,* y no lo firmó por expresar no saber): su señoría lo rubricó, de que doy fe. = Rúbrica del juez. = Firma del testigo. = Ante mí N.

Al tenor que el anterior testigo se examinan todos los que el juez juzgue conducentes para la averiguacion del delito y delincuentes, y resultando por las declaraciones de dichos testigos suficientes motivos para el arresto de alguno, se provee el siguiente

AUTO.

En la misma ciudad y dia, el señor D. N. &c., en vista de estos autos, dijo: procédase por ahora á la detencion y traslacion á las Reales cárceles de esta ciudad de N. y N. por los alguaciles del juzgado; y el presente escribano se constituya en el cuarto de dicho N., y con presencia de lo que resulta de la comparecencia cabeza de autos, reconozca todos sus efectos por si acaso se encuentran algunos de los robados, notándose todo por diligencia, y fecho autos, para acordar lo demas que corresponda. Y lo rubricó. = Rúbrica del juez. = Ante mí N.

NOTIFICACIONES.

En la misma ciudad y dia hice saber el auto que antecede à los alguaciles N. y N. en sus personas; doy fe.=N.

DILIGENCIA.

Doy fe: que por los alguaciles N. y N. se ha procedido á la detencion de N. y N. y su traslacion á las cárceles de esta ciudad, habiendo sido entregados á su alcaide N. Y para que conste lo noto y firmo en tal parte dicho dia.=N.

DILIGENCIA.

Doy fe: que acto continuo con el auxilio del alguacil N., me he constituido en el cuarto de N., y habiendo reconocido todos sus efectos, no he encontrado ninguno de los que han sido robados á N. (*Y si encuentra algunos los recogerá, y expresará los que sean.*) Y para que conste lo noto y firmo en la misma ciudad y dia.=N.

COMPARECENCIA.

En la misma ciudad y dia tantos, ante el señor D. N. &c., compareció N., y bajo juramento que prestó en debida forma, dijo: que en la tarde de este dia se ha presentado en su casa un religioso de tal convento, llamado el P. F. N., y le ha preguntado si le robaron en la noche de anteayer, y contestándole que sí, le ha dicho el expresado religioso que se presentase en su convento, y preguntando en tal parte se le entregarian los efectos robados; y habiéndose dirigido en compañía de dicho religioso al citado convento, se le han entregado dichos efectos sin haberle expresado quién era la persona que se lo habia restituido, por decir habia sido bajo sigilo de confesion. Lo que ponia en noticia de su señoría á los efectos conducentes; y lo firmó. Su señoría lo rubricó: de todo lo cual doy fe.=Rúbrica del juez.=N.=Ante mí N.

AUTO.

En la misma ciudad y dia el señor D. N. &c. en vista de la comparecencia que antecede, dijo: pásese oficio al reverendo

padre guardian de tal convento en los términos acordados, quedando copia en estos autos. Y lo rubricó. = Rúbrica del juez. = Ante mí N.

COPIA DEL OFICIO.

Siendo interesante á la recta administracion de justicia la comparecencia en mi juzgado del P. F. N., religioso de este convento, para el evacue de cierta declaracion, espero se servirá V. R. darle el oportuno permiso, y disponer se presente en mi casa calle de tal, el dia de mañana, entre doce y una de ella. Dios guarde &c. N. = Reverendo P. Prior &c.

Es copia de su original, que bajo súplica he entregado al alguacil N. para que lo pasase al R. P. guardian de tal convento, á que me remito. Y para que conste en estos autos lo firmo en tal parte, á tantos &c. = N.

TESTIGO EL P. F. N. FTC.

En tal parte, á tantos &c., comparecido ante el señor D. N. &c. el P. F. N. &c., en virtud de la licencia del P. Provincial de su orden que me ha exhibido, su señoría por ante mí le recibió juramento que prestó en debida forma, y segun su caracter sacerdotal, bajo cuyo cargo ofreció decir verdad de cuanto supiere sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo al tenor de la comparecencia que antecede, enterado dijo: que es cierto habérsele entregado bajo sigilo de confesion los efectos que expresa N. le devolvió, que segun recuerda le parece ser una levita &c. Y que lo dicho es la verdad, cargo del juramento prestado, en el que se afirmó y ratificó: expresó ser de tal edad, y lo firmó: su señoría lo rubricó. = Rúbrica del juez. = P. F. N. = Ante mí N.

AUTO.

En la misma ciudad y dia el señor D. N. &c. en vista de estos autos, dijo queden en calidad de presos N. y N. y recíbanseles las correspondientes declaraciones con cargos, haciéndoles los conducentes con evacue de citas. Y lo rubricó. = Rúbrica del juez. = Ante mí N.

DECLARACION CON CARGOS DE UN HOMBRE PRESO.

En las cárceles de esta ciudad de tal, tal dia, mes y año, constituido en las mismas el señor D. N. &c. con mi asistencia, mandó á su alcaide N. hiciese comparecer á un hombre preso

por esta causa, y habiéndolo verificado, su señoría, por ante mí el escribano, le recibió juramento el dicho preso, quien lo hizo por Dios nuestro Señor y á una señal de cruz conforme á derecho, bajo cuyo cargo ofreció decir verdad de cuanto supiere sobre lo que fuere preguntado, y en su virtud por dicho señor se le hicieron las preguntas, cargos y reconvenciones que con las respuestas que á ellos dió son los siguientes.

Preguntado cómo se llama, de dónde es natural y vecino, qué oficio, estado y edad tiene, dijo: que se llama N, que es natural y vecino de esta ciudad, de tal estado y oficio, y de tanta edad.

Preguntado si sabe ó presume la causa de su prision, dijo: que la ignora.

Preguntado &c. (*Aquí se le harán todas las preguntas que se juzguen oportunas para averiguar si es el verdadero delincuente, y en vista de su declaracion y de la resultancia del expediente, se le harán los cargos y reconvenciones que proceden del modo siguiente.*)

Se le hace cargo que el confesante fue quien ejecutó dicho robo (*ó de lo que se trate en la causa*), habiendo sido su cómplice N., dijo: que es falso el cargo.

Reconvenido cómo niega el cargo antecedente cuando resulta justificado que &c.

En cuyo estado mandó su señoría suspender esta declaracion para continuarla siempre que convenga, y leída que le fue á dicho preso, dijo: que lo que se le ha leído es lo mismo que lleva declarado, y la verdad en que se afirma y ratifica bajo el juramento que tiene prestado, y lo firmó. Su señoría lo rubricó, de que doy fe. = Rúbrica del juez. = N. = Ante mí N. (*).

AUTO.

A la sala. Lo mandó el señor D. N. &c. en tal parte, á tantos de tal mes y año. Y lo rubricó. = Rúbrica del juez. = Ante mí N.

Señores: En tal parte, tantos de tal mes y año.

S. S. el Sr. Gobernador. Al fiscal de su Magestad. Lo mandaron los señores del margen. = D. N.

* Al otro sugeto que estaba preso por la misma causa, se le tomó otra declaracion con cargos.

NOTIFICACION.

En dicha ciudad y dia hice saber la providencia que antecede al señor D. N., fiscal de su Magestad, en su persona, de que certifico. = N.

Pasada la causa al señor fiscal acusa á los reos, pidiendo se les imponga la pena que juzga oportuna, y por otrosí pide que se reciba á prueba por un término breve, con calidad de todos cargos.

AUTO.

En tal parte, á tantos &c.

Señores: Traslado, y á prueba por tantos dias, y todos cargos, dentro los cuales, y con citacion se ratifiquen los testigos del sumario, con abono de muertos y ausentes, si los hubiere, á cuyo fin vuelvan al señor D. N. Lo mandaron y rubricaron los señores del margen. = Rúbricas de los señores. = D. N.

N.
N.
N.

NOTIFICACION Y CITACION.

En tal parte, dicho dia, hice saber el auto que antecede al señor D. N., fiscal de su Magestad, en persona, de que certifico, y á quien cité para sus efectos. = N.

NOTIFICACION.

En las Reales cárceles de tal, dicho dia, yo el escribano notifiqué la acusacion del señor fiscal y decreto de la sala, y cité para sus efectos á N., que así dijo llamarse, en su persona, doy fe. = N.

AUTO.

Llévese á efecto la ratificacion de testigos acordada por la sala, haciéndoles comparecer por los alguaciles del juzgado. Lo mandó el señor D. N. &c., juez de estos autos, en tal parte, á tantos &c. Y lo rubricó. = Rúbrica del juez. = Ante mí N.

NOTIFICACIONES.

En la misma ciudad y dia, yo el escribano, hice saber el auto que antecede á N. y N., alguaciles de este juzgado, en sus personas, doy fe. N.

En el presente estado de la causa, si los reos son pobres y

no tienen abogado y procurador que los defiendan, presentan el memorial del tenor siguiente.

EXCELENTISIMO SEÑOR:

N., preso en las cárceles de esta ciudad, á V. E. con el debido respeto expone: que por el señor D. N. &c. se le ha sustanciado causa criminal sobre cierto robo, y á fin de hacer patente su inocencia en el delito de que es acusado, es preciso nombre abogado y procurador que le defiendan; mas careciendo de conocimiento y de todos recursos = Suplico á V. E. se sirva nombrarle su abogado y procurador á los de pobres que les toque por turno, y mandar se les haga saber para el fin insinuado. Gracia que espera &c. En tal parte, á tantos, N.

Señores: Pase este escrito al decano del colegio de abogados y procurador para que nombren los que se hallaren en turno. Lo mandaron los señores del margen. = D. N.
N.
N.
N.

A continuacion de este auto los decanos del colegio de abogados y el de procuradores, nombran á los que se hallen en turno.

AUTO.

En tal parte, á tantos &c.

Señores: Se han por nombrados como abogado y procurador de esta parte á D. N. y N. Lo mandaron los señores del margen. = D. N.
N.
N.

NOTIFICACION.

En dicha ciudad y dia hice saber el auto que antecede al señor D. N, fiscal de su Magestad, en su persona, de que certifico. =. N.

OTRA (AL PROCURADOR).

En la misma ciudad y dia hice saber el auto que antecede á N. en su persona, de que certifico. = N.

AUTO.

Siendo otro de los testigos que deben ser ratificados P. F.

N. &c., pásese oficio al R. P. Guardian del mismo en los términos acordados, quedando copia. Lo mandó el señor D. N. &c. en tal parte, á tantos &c. Y lo rubricó. = Rúbrica del juez. = Ante mí N.

COPIA DEL OFICIO.

En la causa que estoy sustanciando sobre robo en la casa de N., se halla examinado como otro de los testigos el P. F. N., religioso de ese convento, y como sea necesario su ratificacion, espero se servirá V. R. darle el oportuno aviso, y disponer se presente en mi casa posada, sita en tal parte, el dia tantos, entre doce y una de su mañana. = Dios guarde &c. = N. &c.

Es copia de su original, que bajo plica se ha entregado al alguacil N. para que lo pasase al R. P. Guardian del convento de N., á que me remito; y para que conste en estos autos lo firmo en tal parte, á tantos. = N.

Ratificacion de testigos practicada por el señor D. N. etc., en los autos contra N. y N., presos en las Reales cárceles de esta ciudad, sobre haber robado varios efectos en el cuarto de N., en los que hace parte D. N., fiscal de su Magestad.

RATIFICACION DE N.

En tal parte, á tantos &c., N., alguacil, hizo comparecer ante el señor D. N. &c. á N., que asi dijo llamarse, y ser de tal oficio, vecino de esta ciudad, al cual su señoría, por ante mí el escribano, le recibió juramento que prestó en debida forma, bajo el cual ofreció decir verdad de cuanto supiere sobre lo que le fuere preguntado, y siéndolo por el conocimiento de las partes, noticias de la causa y generales de la ley, y habiéndosela leido desde la primera línea hasta la última la comparecencia (ó declaracion) que tiene hecha en estos autos á fojas tantas, enterado, dijo: que dicha comparecencia (ó declaracion) que se le ha leido, es la misma que dió, la que se halla conforme, y en la que se afirma y ratifica sin tener que añadir, quitar ni enmendar cosa alguna; antes bien repite su contenido ahora de nuevo en este plenario juicio: que conoce *(ó no conoce)* á las partes, tiene noticias de la causa, la que desea se determine en favor de quien tenga razon y justicia; y que no le tocan ni comprende ninguna de las generales de la ley que por su señoría le han sido explica-

das y dadas á entender, de que doy fe; siendo público y notorio, y la verdad so cargo de juramento prestado, en el que se afirmó y ratificó; expresó ser de tal edad, y lo firmó, y rubricó su señoría. = Rúbrica del juez. = N. = Ante mí N.

(*Verificada la ratificacion se provee el siguiente*)

AUTO.

Mediante á quedar prácticada la ratificacion de testigos, vuelvan los autos á la sala. Lo mandó el señor D. N. &c. en tal parte, á tantos = Y lo rubricó. = Rúbrica del juez. = Ante mí N.

(*Y pasados los autos y ratificacion á la sala, se manda lo siguiente:*)

AUTO.

Señores: A la causa, y comuníquese por su orden á las partes. Lo mandaron los señores del margen, de que certifico = D. N.
N.
N.

(*Este auto se notifica al fiscal de su Magestad y á los procuradores de las partes.*)

PEDIMENTO PIDIENDO PRÓROGA DEL TÉRMINO DE PRUEBA, Y POR OTROSÍ LA DECLARACION DE POBREZA.

EXCELENTISIMO SEÑOR:

N., en nombre de N., presos en las Reales cárceles de esta ciudad, ante V. E. parezco en los autos sustanciados contra el mismo, sobre robo de varios efectos, ejecutado en el cuarto de N., y como mas haya lugar en derecho, digo: que se me acaban de comunicar los autos á tiempo que el término de prueba está pronto á fenecer; y necesitando de mas para la que trata mi principal de suministrar: por ello = Suplico á V. E. se sirva mandar se prorogue dicho término de prueba á veinte dias mas, y será conforme á justicia que pido, juro &c. = Otrosí. = N. principal, segun me ha informado, es pobre de solemnidad. = Suplico á V. E. igualmente se sirva declararle pobre, y mandar se le asista sin llevar derechos, y con el papel de su clase; pido justicia ut supra. = N.

AUTO.

Señores: En tal parte, á tantos &c.
N., N., N. En lo principal se proroga el término de prueba

á veinte dias mas, con la misma cualidad con que fueron recibidos; y en cuanto al otrosí, esta parte suministre sumaria informacion de testigos en crédito de su pobreza ante el presente escribano de Cámara ú otro en su lugar. Lo mandaron los señores del margen. = D. N.

NOTIFICACION.

En dicha ciudad y dia hice saber el auto que antecede al señor D. N., fiscal de su Magestad, en su persona, de que certifico. = N.

OTRA AL PROCURADOR.

En la misma ciudad y dia hice saber el auto que antecede á N. en su persona, de que certifico. = N.

(Suministrada la sumaria en crédito de la pobreza, se provee el siguiente)

AUTO.

Señores: En tal parte, á tantos &c.
N. Por ahora, y sin perjuicio de los derechos de los
N. interesados, se acuda y defienda por pobre á N. Lo mandaron los señores del margen. = N.

(Este auto se notifica al fiscal de su Magestad y á los procuradores de las partes.)

(Comunicados los autos á las mismas alegan lo que creen conducente á su defensa, poniendo al pie del alegato el siguiente)

OTROSÍ.

Durante el término de prueba conviene al derecho de mi defendido suministrarla de testigos al tenor del interrogatorio que separadamente presento y juro. = Suplico á V. E., que habido por presentado, y aprobadas que sean sus preguntas por el señor semanero, se sirva mandar que á su tenor, y con citacion, sean examinados los testigos que se presentarán, con comision al presente escribano de Cámara ú otro en su lugar; y será justicia &c.

AUTO.

Señores: En tal parte, á tantos &c.
N. En lo principal traslado, y en cuanto al otrosí en-
N. tiéndase el examen de testigos ante el señor D. N. que ha conocido de esta causa. Lo mandaron los señores del margen. = D. N.

(Este auto se notifica igualmente al señor fiscal y al procurador ó procuradores.)

Cédula de preguntas, á cuyo tenor, y con citacion, serán examinados los testigos que se presentarán por parte de N., preso en las cárceles de esta ciudad, en la causa criminal que contra el mismo se está sustanciando sobre robo de varios efectos, verificado en el cuarto habitacion de N., tal dia etc.

Primeramente: serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de la causa y generales de la ley: digan &c.

Segunda: que &c. (*Se pondrán las demas preguntas que se juzguen, y se concluirá:*)

Y últimamente: de público y notorio, pública voz y fama. — D. N. — N.

AUTO.

En tal parte, á tantos de tal. Visto el interrogatorio que antecede por el señor D. N., del Consejo de su Magestad, su oidor en esta Real audiencia, gobernador de la sala del crimen de la misma, y semanero nato de ella, dijo: admítense sus preguntas en cuanto sean pertinentes. Y lo rubricó. — Rúbrica del señor gobernador. — D. N.

Probanza de testigos recibida ante el señor D. N. etc., suministrada por N., en representacion de N., preso en las cárceles de esta ciudad por la causa contra el mismo, sobre robo de varios efectos en la habitacion de N., en cuya causa hace tambien parte el señor D. N., fiscal de su Magestad.

TESTIGO N.

En tal parte &c., N., en representacion del preso N., para la probanza que tiene ofrecida, y le está mandada dar por la sala, presentó por testigo ante el señor D. N. &c. á N., de tal ejercicio, al cual su señoría, por ante mí el escribano, le recibió juramento, que prestó en debida forma, bajo el cual ofreció decir verdad de cuanto supiere sobre lo que le fuere preguntado, y siéndolo al tenor de las contenidas en el interrogatorio que va al frente de esta probanza, respondió á cada una de ellas en la forma siguiente.

A la primera pregunta de dicho interrogatorio, enterado di-

jo: que conoce al preso N., y tambien al señor fiscal; tiene noticias de la causa, la que desea se determine en favor de quien tenga razon y justicia; y que las generales de la ley que por su señoría le han sido explicadas y dadas á entender, no le comprenden en manera alguna.

(A continuacion se extenderá lo que conteste á cada pregunta, y finalizará la declaracion en esta forma:)

A la sexta y última pregunta del referido interrogatorio, enterado dijo: que cuanto lleva dicho lo tiene el testigo por público y notorio, pública voz y fama, y la verdad cargo del juramento prestado, en el que se afirmó y ratificó; expresó ser de tal edad, y lo firmó. Su señoría lo rubricó, de que doy fe. = Rubrica del juez. = N. = Ante mí N.

(Examinados todos los testigos que se presenten por el procurador del proceso, se dirá:)

Cerróse esta probanza por haber expresado N. en la representacion que interviene, no queria por ahora producir mas testigos que los que tenia presentados, cuyos dichos queden extendidos en las tantas fojas del sello de pobres, y para que conste lo noto y firmo en dicha ciudad y dia. = N.

AUTO.

Señores: En tal parte, á tantos &c.

N. Dada cuenta en sala de estos autos y su estado, y

N. mediante haberse pasado el término de prueba concedido en ellos, con calidad de todos cargos, se habian unido á los mismos las probanzas suministradas por parte de los reos para sus defensas, los señores del margen dijeron: tráiganse por el relator en definitiva. = D. N.

PEDIMENTO PIDIENDO LOS AUTOS Á FIN DE QUE EL ABOGADO DIRECTOR DEL REO PUEDA ENTERARSE DE LAS PROBANZAS PARA INFORMAR EN ESTRADOS.

EXCELENTISIMO SEÑOR:

N., en nombre de N., preso en las cárceles de esta ciudad, ante V. E. parezco en la causa sustanciada contra el mismo, sobre robo de varios efectos, y como mejor de derecho proceda, digo: que á fin de que el abogado que suscribe pueda ente-

rarse de las pruebas que se han suministrado por mi principal para informar en estrados al tiempo de la vista:

Suplico á V. E se sirva mandar se me comuniquen los autos por el tiempo que la sala estime para el fin indicado. Pido justicia, juro, y para ello &c. = Don N. = N.

AUTO.

Señores: En tal parte, á tantos.
N. Dada cuenta á la sala de estos autos y su estado,
N. los señores del margen dijeron: comuníquense á esta
N. parte por tres dias á efecto de informar. Lo mandaron
N. los señores del margen. = D. N.

NOTIFICACION (AL PROCURADOR).

En dicha ciudad y dia hice saber el auto que antecede á N. en su persona, de que certifico. = N.

Señores: En tal parte, á tantos.
S. S. el Sr.
Gobernador. Se señala para la vista el dia de mañana y si-
N., N., N. guientes. = N. (Relator).

Señores. En tal parte, á tantos.
S. S. el Sr. Se señala para la vista el dia de mañana y si-
Gobernador. guientes. Y lo rubricaron. = Rúbricas de los seño-
N., N., N. res. = D. N.

NOTIFICACION.

En dicha ciudad y dia hice saber el auto que antecede al señor Don N., fiscal de su Magestad en su persona, de que certifico. = N.

OTRA (AL PROCURADOR).

En la misma ciudad y dia hice saber el auto que antecede á N. en su persona, de que certifico. = N.

Señores: En tal parte, á tantos.
S. S. el Sr. Visto con abogado y procurador
Gobernador. N. (Relator).
N. Dicho dia
N. Se absuelve de la instancia y observacion del jui-
N. cio á N., pagando las costas. = N. (Relator).

SENTENCIA.

Señores: En tal parte, á tantos.
S. S. el Sr. Gobernador. N., N., N. Vistos estos autos por los señores del margen, dijeron: se absuelve de la instancia y observacion del juicio á N. y N., pagando las costas. Y lo rubricaron. = Rubricas de los señores. = D. N.

NOTIFICACION.

En dicha ciudad y dia hice saber el auto que antecede al preso N. en su persona, doy fe. = N.

OTRA.

En dicha ciudad y dia hice saber el auto que antecede á Don N., fiscal de su Magestad, en su persona, de que certifico. = N.

OTRA (AL PROCURADOR).

En dicha ciudad y dia hice saber el auto que antecede á N. en su persona, de que certifico. = N.

MEMORIAL PIDIENDO SE DECLARE LA SENTENCIA POR CONSENTIDA Y PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

EXCELENTISIMO SEÑOR:

N., vecino de esta ciudad, preso en las cárceles de tal por causa seguida y sustanciada por la Real sala, á V. E. respetuosamente dice: que le ha sido notificada su libertad consecuente á la providencia definitiva de dicha sala, con cuya sentencia se ha conformado. El suplicante, señor excelentísimo, es pobre de solemnidad, y por consiguiente carece de todos recursos durante su permanencia en estas cárceles, por lo que desea disfrutar la libertad que tiene acordada, y

Suplica rendidamente á V. E. se sirva mandar se tenga por pasado el término de la ley, pues renuncia el que la misma le concede para la reclamacion de cualquiera derecho que le competa con sujecion á ella, y en su consecuencia se le ponga en absoluta libertad con arreglo á la mencionada providencia. En tal parte, á tantos = N.

DECRETO.

Señores: En tal parte, à tantos.
S. S. el Sr.
Gobernador. Estando conforme el fiscal de su Magestad, como
N., N., N. lo pide. Lo mandaron los señores del margen. =
D. N.

CONFORMIDAD DEL FISCAL.

Conforme con el anterior decreto. En tal parte, á tantos. = Rúbrica.

NOTIFICACIONES.

En las cárceles de tal, á tantos &c. hice saber el auto que antecede al preso N. y al alcaide N. en su persona: doy fe. = N.

SOLTURA.

Seguidamente el citado alcaide N. puso en libertad á mi presencia al preso N., dejándole puertas afuera: doy fe. = N.

AUTO.

Señores: En tal parte, á tantos &c.
S. S. el Sr. Se declara por consentida y pasada en autoridad
Gobernador. de cosa juzgada la providencia definitiva de tantos,
N., N., N. la que se lleve á puro y debido efecto. Lo mandaron los señores del márgen. = D. N.

FORMULARIO SEGUNDO.

DE UNA CAUSA CRIMINAL DE ROBO CON SALTEAMIENTO EN CAMINO.

En la villa de tal &c., el señor alcalde N., juez ordinario de ella, con acuerdo de su asesor, dijo: que se le ha dado noticia de que en este dia han robado dos hombres violentamente á Don D., viajante, asaltándole de sorpresa y con armas en tal camino, al pasar por tal parte; y para hacer la debida averiguacion de este atentado, mandó su merced formar este auto, mediante el cual se tome declaracion jurada é instructiva á dicho Don D., se evacuen las citas que haga, y se proceda á otras diligencias que se juzguen convenientes al efecto &c. Siguen las firmas del alcalde y escribano.

DECLARACION DE DON D.

Acto continuo dicho señor alcalde mandó comparecer ante sí á Don D., á quien recibió juramento que prestó en debida forma, bajo cuyo cargo ofreció decir verdad de cuanto supiere sobre lo que le fuere preguntado, y habiéndolo sido al tenor del auto que antecede, dijo: que en la mañana de este dia, siendo tal hora, iba por tal parte á caballo con su criado B., y al atravesar el bosque llamado del Encinar, salieron dos hombres, el uno de los cuales tenia tales señas (*Aquí se especifican todas.*) y el otro las siguientes. (*Tambien se expresarán.*) Cada uno de ellos llevaba escopeta; y presentándose en medio del camino, el uno se encaró al declarante, y el otro á su criado, diciéndoles: sereis muertos si dais un paso adelante; apearse del caballo, y tenderse en el suelo. Ejecutado asi, robaron al declarante y á su criado cuanto dinero llevaban en el bolsillo, que ascendia á tal cantidad; y ocupados luego los ladrones en desbalijar la maleta para sacar los efectos que contenia, apareció repentinamente á alguna distancia en el mismo camino H., arriero que ha acompañado al declarante hasta este pueblo; y habiendo gritado al ver los ladrones, huyeros estos.

Preguntado: si sabe quiénes son y cómo se llaman? respondió: que nada mas sabe sino lo que le dijo dicho arriero, á saber: que uno de ellos es F., natural y vecino de este pueblo;

que si se le presentaran le conoceria el declarante, pues reparé bien en sus señas particulares, y tambien advirtió que la escopeta del compañero tenia hácia la boca del cañon, en vez de abrazadera, una ligadura de hilo de alambre &c.

En seguida se tomó declaracion á B., criado de Don D., quien contestó la cita, particularmente la cantidad robada y las señas de los ladrones, de la escopeta &c.

Luego se llamó al arriero, quien contestando la cita respondió que efectivamente viendo á los ladrones, y movido á compasion de que robasen á Don D., dió gritos, y de este modo los ahuyentó; que pudo conocer á uno de ellos por estar muy cebado en la presa, y es F., natural y vecino de este pueblo; mas no con tanta seguridad á su compañero, á quien no distinguió tan bien; sin embargo le pareció que era P., gayan de esta villa, por las señas que pudo advertir en él cuando iba huyendo &c.

AUTO.

Por lo que resulta contra F., póngasele preso si puede ser habido; y en cuanto á P., siendo inminente el peligro de fuga y gravísimo el delito, asegúrese tambien su persona, poniéndole en la carcel en calidad de detenido hasta que otra cosa se mande. Allánense las casas de uno y otro, con el fin de indagar la existencia de algun arma ó instrumento que conduzca á la presente averiguacion. Por la perentoriedad sirva este auto de mandamiento, procediendo su merced personalmente á la ejecucion.

PRISION DE F., Y ARRESTO DE F.

Sin intermision el señor juez de esta causa, asistido de mí el escribano y alguaciles ordinarios &c., se encaminó á la casa de F. con la mayor cautela; y habiendo sido sorprendido á tiempo que entraba en ella por una puerta falsa, valido de la oscuridad de la noche, se le aseguró y llevó preso á la carcel de esta villa. Al mismo tiempo se aseguró la persona de P., en cuya casa se encontró una escopeta vieja que tenia en el extremo del cañon una ligadura de hilo de alambre en lugar de abrazadera y estas otras señas; que de ser asi, y haber mandado su merced se ocupase quedando en poder de mi dicho escribano, doy fe &c. Lo firmó dicho señor juez &c. Siguen las firmas.

AUTO PARA RUEDA DE PRESOS, Y RECONOCIMIENTO DE DICHA ESCOPETA.

En atencion á que los referidos Don D. y su criado B. aseguran que si ven á F. que los robó le conocerian; y que tambien podrán identificar la escopeta que llevaba en aquella ocasion su compañero, si se les presenta; mandó que se haga rueda de presos y reconocimiento de dicha arma en la forma ordinaria, prácticando ambas diligencias con separacion respectiva de sugetos, y con el pulso conveniente &c.

RUEDA DE PRESOS.

En la propia villa, á tantos &c., el señor alcalde N. &c., llevando á efecto lo mandado en el auto antecedente, dispuso que con reserva y disimulo se pusiesen ocho presos de esta carcel (ó bien ocho hombres libres por no haber bastantes presos en la carcel para esta operacion), en una pieza separada de las prisiones, todos de la misma estatura, edad y vestido en cuanto fue posible reunir estas circunstancias; y entre ellos el referido F. para los efectos indicados en dicho auto. En efecto, puestos en corro ó en fila tales sugetos *(Se expresan sus nombres)*, vecinos de esta villa, interpolados con tal arte y uniformidad que no habia entre ellos distincion alguna, mandó comparecer ante sí al referido Don D., y en pieza separada le hizo jurar á Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de decir y proceder con verdad en lo que se le mandase, lo que cumplió puntualmente, y á consecuencia se le introdujo donde estaba dispuesta la rueda. Hallándose allí se le dijo: vea el testigo si entre estos ocho hombres hay alguno de ellos que en el dia de ayer le robó en tal parte; y examinando atentamente el corro tomó de la mano á F., y dijo: este es uno de aquellos dos que en el dia de ayer y sitio indicado me robaron, y no está aqui el compañero suyo: lo cual aseguró con certeza y puntualidad, añadiendo se fundaba en las particularidades, señas, talle y fisonomía que observó cuando le estuvo robando, y bajo el juramento que tiene hecho, en que se afirmó, y dijo ser de tanta edad. Lo firmo con su merced y asesor: doy fe. Siguen las firmas.

REITERACION DE LA RUEDA DE PRESOS.

Acto continuo &c. *(Se repite la misma diligencia con el criado de Don D., observando la misma formalidad).*

RECONOCIMIENTO DE LA ESCOPETA.

Sin intermision el señor alcalde &c. recibió juramento &c. del citado Don D., y habiéndole puesto de manifiesto la escopeta que fue hallada en casa de P. en la diligencia del dia de ayer, foja número tantos de estos autos (que de ser la idéntica, yo el escribano doy fe) le mandó dijese si la conocia, y habiéndola inspeccionado detenidamente, manifestó que aquella escopeta es la misma que en el mencionado robo llevaba el compañero de aquel sugeto que en la rueda de hombres entresacó el testigo; y la conoce porque tenia la abrazadera de hilo de alambres y tales otras señas &c.

Despues de esta diligencia se hace reconocer la escopeta al criado de Don D., y contestando la identidad, se reduce á efecto la prision interina de P., compañero de F.

Evacuadas estas diligencias previas, se toma á los reos la declaracion indagatoria, y á esta siguen los demas trámites que van especificados, y cuyo formulario se omite por evitar repeticiones.

FORMULARIO TERCERO.

DE UNA CAUSA DE HOMICIDIO (1) EJECUTADO CON ALGUNA ARMA.

CARTA DE DENUNCIACION.

Muy señor mio: como cura párroco de este lugar, bajo del secreto natural obligatorio, como el de la confesion, se me ha comunicado ahora que en el sitio de F. se halla un hombre con varias heridas violentas, y en peligro de perder la vida, segun dicen que refirió él mismo; y para que usted como juez de esta jurisdiccion tome las providencias correspondientes mas prontas y eficaces à socorrerle en lo temporal (que yo concurriré en lo espiritual, siendo necesario), se lo participo, para que sin perder tiempo providencie lo que en tales casos dictan la humanidad, la religion y las leyes. Dios guarde á V. muchos años. Lugar de tal, à 1.° de enero de 1790. = Angel, cura párroco. = Señor Don Benito, juez.

AUTO DE OFICIO.

En la ciudad, villa ó lugar de tal, hoy 1.° de enero de 1790, el señor Don Benito &c., juez por su Magestad en ella, por ante mí el escribano, dijo: que siendo como las nueve horas de su mañana, se le ha dado noticia por la carta que precede del señor Don Angel, cura párroco de este lugar, que en tal sitio, distrito de esta jurisdiccion, se ha visto á un hombre que al parecer está con algunas heridas muy graves, y siendo una de las obligaciones de la justicia averiguar la certeza de los delitos para proceder al castigo de los que resulten reos y cómplices de ellos (2), mandó su merced se forme proceso por escrito, y que por principio de él se ponga la carta delacion y este auto, y que en virtud de él le asista yo para dar fe de cuanto se actuase;

1 El presente formulario y el que le sigue se han sacado de la *Práctica criminal* del señor Vizcaino, tomo 2.°, página 4 y siguientes, haciendo algunas alteraciones y corrigiendo el estilo.

2 Ley 7. tit. 34. lib. 12. Nov. Rec. Ley 28. tit. 1. Part. 7.

que por los ministros de este juzgado se busque un médico y un cirujano, si pueden hallarse prontamente, para que acompañen á la diligencia del reconocimiento y traslacion del que se dice está herido, para el auxilio de su curacion si está vivo; à cuyo fin lleven lo necesario segun su arte; y para la conduccion de él, mediante la distancia en que se halla, se notifique à cualquiera vecino (de los no privilegiados de cargas concejiles, que tengan carro con mulas ó bueyes), que inmediatamente se presente con él á la puerta de la casa del ayuntamiento, donde concurrirán igualmente el médico y cirujano y ministros que asistan á su merced, para acompañarle à esta diligencia, bajo la pena de diez ducados que se le exigirán al que no obedezca, cuya ocupacion se les pagará en caso de que haya bienes de los que resultasen reos; que se participe al señor cura párroco ó su teniente si quiere concurrir à esta diligencia, por si el herido necesitase de pronto auxilio en lo espiritual, y que yo el presente escribano ponga por diligencia con toda individualidad cuanto del reconocimiento y de sus incidencias resultase. Y à efecto de averiguar cómo ha sucedido este hecho, y quién le ha ejecutado, cumpliendo con sus oficios los ministros (1), observen si en las conversaciones del público se dice quién lo ha visto ó tiene noticia del suceso y delincuentes, y den aviso, ó aseguren la persona en caso de temor prudente de su fuga, y la conduzcan ante su merced, y para ello se les dé testimonio de este mandato de prision, y examinense por testigos cualesquiera personas que se presuma puedan haberlo visto ó tener noticia del hecho, con apremio conforme á derecho en caso necesario, á cuyas diligencias como à todas las demas que sean del Real servicio, está pronto su merced á asistir personalmente. Asi lo proveyó y firmó, de que yo el presente escribano doy fe. = Don Benito, juez. = Ante mí, Diego, escribano.

AUTO DE ADVERTENCIAS Á LOS QUE DECLAREN.

Mediante que la experiencia ha demostrado repetidas veces que muchos de los que son llamados á declarar en juicio faltan á la verdad, unos por ignorar à lo que obliga la religion del juramento, otros por una piedad mal entendida, temor ó respeto, callan y ocultan el verdadero delincuente, sin considerar el per-

1 Se debe dar mandamiento por el juez para que los súbditos no se excusen á obedecer al escribano y á los ministros á pretexto de que no les consta que el juez lo haya mandado. Herrera *Prdctica criminal*, fol. 131. num. 15. Ley 4. tit. 33. lib. 5. Nov. Rec.

juicio que ocasionan en no declarar lo que saben sobre el suceso que se les pregunta, quedando sin averiguar las circunstancias del hecho, por las cuales se ha de conocer si hubo ó no delito, y las esculpaciones legítimas que pudieran aprovechar á los acusados, demorándose en perjuicio de estos la determinacion de las causas largo tiempo, padeciendo algunos en la carcel solo por indiciados é ignorarse el verdadero delincuente, y otros inflamados de la atrocidad del delito, y de compasion al ofendido, suelen acriminar al ofensor, callando si aquel dió motivo á este, ó si el hecho fue casual é involuntario; adviértase por el presente escribano á cualquiera que sea llamado à declarar en esta causa estos daños, y que para evitarlos, si es en calidad de testigo, está obligado á decir lo que supiese con verdad, bajo la pena de pecado mortal, y en lo temporal de vergüenza pública y servicio de galeras por diez años, como lo mandan las leyes (1) Reales, y en algun caso podrá tenerla de muerte, si por su dicho falso se le hubiese de imponer esta à aquel contra quien depone, y que si es examinado como reo, tiene la misma obligacion por los propios motivos y consecuencias. Asi lo proveyó y firmó su merced el señor Don Benito, juez ordinario, en dicho lugar de F., á 1.° de enero de 1790, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Ante mí, Diego, escribano.

CITACION Á LOS CONTENIDOS EN EL AUTO DE OFICIO.

Doy fe, que Celestino y Cipriano, alguaciles, encargados de orden de su merced de las citaciones y comparendos que expresa el auto de oficio antecedente, dijeron: Cipriano que habia citado à Don Felix y á Don Gavino, cirujanos (2), para su concurrencia personal á la hora y sitios señalados, y que ofrecieron cumplir con lo que se les mandaba; y Celestino que habia citado à F. para que acudiese con su carro como se le manda, lo que ofreció cumplir. Y yo dí el recado de atencion al señor Don Angel, cura de esta parroquia, para los efectos que expresa el mismo auto. Y para que conste lo firmo en este dicho lugar de T., à 1.° de enero de 1790. = Diego, escribano.

1 Ley 6. tit. 6. lib. 12. Nov. Rec.

2 Los facultativos de medicina, ya sean médicos ó cirujanos, no se pueden excusar de asistir á la justicia para los reconocimientos de los heridos ó muertos, ni á ir à declarar ante las mismas justicias, sin necesidad de pedir permiso à sus gefes, aun los facultativos que estén empleados en los hospitales militares. Real orden de 25 de junio de 1787, comunicada á la Real audiencia de Galicia, con motivo de una competencia con el intendente de ella.

FE DE SALIDA DEL LUGAR.

Siendo la hora de las dos de la tarde de este dicho dia 1.°, salió su merced de esta ciudad acompañado de las personas de F., F., F. y F., contenidos en el auto de oficio, de que doy fe.= Diego, escribano.

FE DE LLEGADA AL SITIO DONDE ESTABA EL HERIDO.

Siendo como la hora de las tres de la tarde de dicho dia, y estando en el sitio que llaman de T., en el término y jurisdiccion de dicho lugar, junto à un arroyo inmediato al camino real, se halló un hombre tendido boca arriba à la falda del acirate ó vertiente del camino real que va desde tal lugar à tal, vestido con un chupetin verde de paño tosco con botonadura de lo mismo, chupa y calzon de paño pardo, medias de lana pardas, y zapatos de cordoban, con sus hebillas de metal dorado, y atado y ceñido el vientre con un pañuelo de hilo, pintado de color azul con dibujo, y una montera de paño tambien pardo cercana à él; y habiendo registrado aquel sitio se hallaron unas piedras con sangre, y en las inmediaciones à dicho sitio, como veinte pasos de aquel en donde estaba el herido, se halló una vara de acebuche, de grueso de un dedo índice, que tiene cinco cuartas de largo, como de las que sirven para arrear las caballerías; y habiendo llegado al referido hombre el señor alcalde Don Benito, juez, viendo que estaba vivo y quejándose, le hizo las preguntas siguientes. 1.ª ¿Como se llamaba? y respondió que Sebastian de T.: preguntando de dónde era, contestó que de tal lugar: preguntado qué estado tenia: dijo que soltero: preguntado que era lo que tenia y por qué se quejaba: manifestó que estaba gravemente herido de unas puñaladas que le habia dado un hombre, y que de ellas estaba muriendo y pedia confesion, con cuyo motivo mandó su merced al cirujano que lo reconociese, y le aplicase los auxilios y medicinas correspondientes à su arte, suspendiendo en el ínterin la declaracion de dicho hombre por la urgencia, con protesta de continuarla luego que se le hiciese la primera cura; y en efecto, habiéndole el referido cirujano desatado el pañuelo que tenia ceñido al cuerpo, desabrochado la chupa y demas ropas, le halló una herida al lado izquierdo en el vientre, por la cual le salian los intestinos, que ya tenia denegridos. Asimismo se le halló otra herida en el

propio lado izquierdo, entre la tercera y cuarta costilla, aunque no tan penetrante, otra herida en el morcillo interior; y otra en la cabeza al lado derecho, aunque leve, hecha al parecer con instrumento contundente, y las otras tres con instrumento cortante y punzante, à todas las cuales aplicó el cirujano los remedios y medicinas que segun su arte y pericia le parecieron precisos para su pronto socorro, con reserva de hacer mas exacto reconocimiento y declaracion. Preguntó su merced à dicho cirujano y médico, si eran las heridas de mucho peligro, y respondieron uniformemente que sí, y en especial la del vientre. Preguntó asimismo si podria llegar al pueblo sin peligro de morir en el camino, y ambos facultativos dijeron que sí; por lo que mandó su merced suspender el tomarle su declaracion; que se le pusiese en el carro, y se le condujese al lugar de T. y su hospital, lo que asi se ejecutó, y que yo el presente escribano señalase la vara que se habia hallado, de modo que no se equivocase con otra, y en efecto se la hicieron cinco rayas distantes una de otra sobre una cuarta, y leida esta diligencia á presencia de los concurrentes, dijeron estar su relacion puntualmente conforme con la verdad, y lo que habian visto y oido, y la firmó su merced con dos testigos de los que asistieron à este acto, del cual doy fe. = Don Benito, juez. = F., testigo. = F., testigo. = Ante mi, Diego, escribano.

FE DE LLEGADA AL LUGAR DE T.

Doy fe, que siendo como la hora de las cuatro de la tarde, llegó su merced el señor juez con los demas que le acompañaban, y quedan referidos al lugar de T. y hospital de él, donde de orden de dicho señor se puso al hombre que se halló herido, y habiéndole desnudado y reconocido sus vestidos, se le hallaron en la faltriquera de la chupa unos papeles, y entre ellos una carta que se dirigia à Sebastian de T., escrita al parecer por F., que rubricó su merced en el margen conmigo el presente escribano, y en la faltriquera de los calzones un rosario y dos pesetas en plata y cinco cuartos, todo lo cual con la ropa que se le quitó, mandó su merced que lo custodiase y tuviese à ley de depósito Elías, enfermero de dicho hospital, sin entregarlas á persona alguna sin orden de su merced para los efectos que haya lugar en derecho; cuya diligencia practicada ante el cirujano, médico y enfermero firmó su merced, y este como depositario de dichas ropas y guarda de aquel enfermo, previniéndole no le

permitiese salir del hospital sin orden expresa de su merced, de todo lo cual doy fe. =Don Benito, juez. =Elías, enfermero.= Diego, escribano.

AUTO PARA QUE SE TOME DECLARACION AL HERIDO.

Examínese por declaracion indagatoria al hombre que se ha hallado herido, y se ha conducido al hospital de este lugar para su curacion, à efecto de averiguar quién le ha herido y con qué motivo, à lo que está pronto à asistir su merced. Asi lo proveyó y mandó el señor Don Benito, juez del lugar de T., à 2 de enero de 1790, de que doy fe.=Don Benito, juez.=Ante mí, Diego, escribano.

DECLARACION DEL HERIDO.

En la villa de T., estando en el hospital de la misma hoy 2 del mes de enero de 1790, el señor Don Benito, juez de la misma, asistido de mí el escribano, teniendo presente al enfermo que se halla en la cama número 7, le advertí que su merced el señor juez que se halla presente habia proveido auto para tomarle una declaracion judicial: poniéndolo en ejecucion, le hizo su merced las preguntas siguientes.

Preguntado: si sabia que era el juez de aquella jurisdiccion. Dijo que sí, pues se lo habia advertido yo como escribano.

Preguntado: si sabia que todo vasallo siendo interrogado por juez competente está obligado à responder y declarar con verdad lo que supiere acerca de lo que se le preguntare, y si era cristiano. Respondió que si por la gracia de Dios.

Preguntado: si como tal juraba á Dios nuestro Señor y una señal de cruz que su merced formó con sus dedos, de decir verdad en lo que supiere y le fuere preguntado, y que por odio, venganza, miedo ni otro respeto no culpará à quien no sea culpado, ni dejará de decir la verdad por amistad ó miedo, quien verdaderamente le haya ofendido, considerando el grave perjuicio que puede resultar à otro de decir mentira ó callar la verdad. Respondió que asi lo jura, á que dijo su merced que si asi lo hacia que Dios le ayudase, y si no se lo demandase.

Preguntado: cómo se llama. Respondió que Sebastian de Castro.

Preguntado: qué edad tiene. Respondió que veintiseis años.

Preguntado: qué estado tiene y de dónde es natural. Dijo que de estado soltero, hijo de Alberto de Castro y Andrea Vi-

llaverde, difuntos, vecinos que fueron de la feligresía de san Pedro de Ardemil, y que de allí es natural.

Preguntado: qué ejercicio ú oficio tiene. Contestó que el de sirviente, que actualmente se halla sirviendo de criado à Estevan de Santiago, mesonero, en el meson que hay en el camino real que pasa por la feligresía de santa María de Ordenes, en el camino de la Coruña á la ciudad de Santiago.

Preguntado: si sabe quién le ha hecho las heridas que tiene, y con qué instrumento ó arma se las han dado. Dijo que se las dió un hombre desconocido para él con una navaja grande que llevaba de cabo blanco.

Preguntado: con qué motivo se las dió, diga con individualidad cuanto pasó. Respondió, que habiendo llegado al meson de su amo una muger de buen porte, acompañada de un hombre, ambos à pie, à tomar un refrigerio y descansar, dijo à su amo si le queria alquilar una caballería, porque iba cansada, y habiéndole respondido que sí (porque su amo acostumbraba alquilarlas à algunos pasageros, ajustados que fueron en el precio hasta el lugar de tal parte, mandó al declarante la aparejase y que fuese à acompañar à dicha muger, y traerse la caballería luego que llegase al lugar de Montoto, hasta donde iba ajustada, y en efecto, habiendo salido juntos todos tres, en la feligresía de santa María de Leira se detuvo el referido hombre en la taberna à beber y el declarante y la expresada muger, que iba à caballo, continuaron caminando sin detenerse, y habiéndoles alcanzado el expresado hombre en el sitio que llaman las Traviesas, jurisdiccion del valle de Barcia, inmediatamente preguntó al declarante, que ¿por que habia caminado con dicha muger? à que sin esperarle respondió el declarante que era abonado para dar cuenta de ella, por lo que principió à armar quimera, sacando una navaja larga de cabo blanco, acometiéndole con ella, y diciéndole le habia de dar doce navajadas. Viendo esto el declarante, temeroso de que lo pusiese en ejecucion, pues le acometia, le dió con el palo que llevaba un golpe en la mano, con lo que le hizo caer en tierra la navaja que tenia en ella. A este tiempo llegaron un hombre y dos mugeres que transitaban de la feria de la Adina, y dicho hombre quitó al declarante de la mano el palo, y entonces el otro hombre que acompañaba al declarante y reñia con él, se bajó por la navaja, y volviéndola à tomar acometió segunda vez al declarante, y le dió con ella varias puñaladas en los brazos, y dos en el vientre, con que le echó los intestinos fuera. Observando las referidas mugeres y hombre desconocido que las acom-

pañaba esta desgracia, se marcharon inmediatamente sin que el declarante observase hácia donde por tenerle trastornado el dolor; y habiéndose apeado de la caballería la muger que iba en ella, se marchó tambien como el hombre que le acompañaba, y le habia ofendido, dejando solo al declarante; que en esta situacion se le escapó tambien la caballería que dejó abandonada la muger, y el declarante cuidó solo de atarse un pañuelo al vientre para impedir que se le saliesen las tripas, las que detenia con las manos, y que aunque procuró volverse al lugar mas inmediato à buscar auxilio, no lo pudo conseguir, y solo sí dar muy pocos pasos.

Preguntado: de quien es aquella vara que se halló à sus inmediaciones. Respondió, que era suya, y la misma con que dió el palo en la mano al hombre que le iba à herir con la navaja abierta para desarmarle, y que él la llevaba para arrear la caballería.

Preguntado: que señas tenia el hombre que le hirió. Respondió que llevaba una chupa y calzon negro, que parecia frances en el modo de hablar; que tenia el pelo crespo y ensortijado; que era algo moreno, y cerrado de barba, y que sería de edad como de cuarenta años.

Preguntado: que señas eran las de la muger que le acompañaba y que alquiló la caballería, dijo: que iba vestida de guardapies azul como de chalon, un jubon negro de pana con manga larga, que iba muy decente, y sería de edad como de cuarenta y cinco á cincuenta años.

Preguntado: si tuvieron algunas conversaciones en el camino, con las cuales viniese en conocimiento si eran marido y muger. Respondió, que no cree que fuesen marido y muger, porque se trataban de usted, y porque ella fue quien ajustó, y pagó la caballería, y no él.

Preguntado: si les oyó decir de donde venian, ó à donde iban, ó de dónde eran. Respondió que por las conversaciones que tuvieron en el camino vino á inferir que la muger era de Neda, y que su marido era fabricante de papel, y que el hombre dijo habia servido al Rey en la marina en el Ferrol, y que habia cumplido y vuelto à su oficio que parece era el de carpintero, y que iba à ver à su muger, y à dar una vuelta à su casa, aunque no dijo de donde era vecino; y habiéndole hecho otras varias preguntas dirigidas al conocimiento de las dos personas referidas, dijo, que nada mas podia añadir á lo manifestado, y que todo lo declarado era la verdad bajo del juramento que

habia prestado, en el que se ratificaba, y que era de edad de veintiseis años, como llevaba manifestado.

Preguntado: si se querellaba de la persona que le habia ofendido. Respondió que no, y que le perdonaba la ofensa porque Dios le perdonase, y sacase con bien del grave peligro en que se hallaba; pero no los daños y perjuicios que se le causasen. No firmó porque dijo no saber escribir: lo hizo su merced, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Ante mí, Diego, escribano.

AUTO DE DETENCION DEL HERIDO EN EL HOSPITAL.

En vista de lo que resulta de la declaracion antecedente, mandó su merced que mediante haber acaecido el lance referido por quimera entre el agresor y el ofendido, é ignorarse quien habia dado causa á ella, se notificase à dicho Sebastian de Castro no saliese del hospital en que se halla sin permiso de su merced; que para conseguir su curacion observase cuanto los cirujanos le mandasen, sin hacer exceso alguno, bajo la pena de que será de su cuenta y riesgo si por ellos se empeorase ó perdiese la vida; y que sería responsable en conciencia y justicia. Igualmente se notificase al cirujano y enfermero que le asisten, le cuiden con el mayor esmero, y se le suministre lo necesario para su perfecta curacion por cuenta de quien haya lugar y deba pagarlo, segun lo que resulte del progreso de la causa, y por ahora de cuenta de las rentas del hospital, como destinadas à semejantes actos de caridad, dando el cirujano cuenta diariamente del estado de dicho herido, de que el presente escribano vendrá à tomar noticia, que el enfermero no permita salga de dicho hospital el referido Sebastian de Castro sin expreso auto de su merced, pena de responsabilidad de su persona. Evácuense las citas que hace en su declaracion el herido Sebastian de Castro, asi con su amo, como con los demas de su casa, y cualesquiera otra persona que aquellos citen y tengan motivo de conocer al hombre y à la muger referidos por dicho Castro, procurando averiguar las señas de sus personas, vestidos, domicilio, oficio y estado; hágase nuevo reconocimiento por los cirujanos con la mayor exactitud, y hecho, se les reciba su declaracion, para en su vista proveer lo que convenga. Asi lo mandó su merced, y lo firmó, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Ante mí, Diego, escribano.

DECLARACION DE LOS CIRUJANOS.

En el lugar de F. de dicho dia 2 de enero de 1790, el señor Don Benito, juez en él, teniendo presentes à Gavino y Felix, maestros cirujanos aprobados y vecinos de este propio lugar, y habiéndoles hecho las advertencias que se refieren en el auto de fojas tantas, les recibió juramento, que hicieron à una señal de cruz en forma de derecho, ofrecieron ejercer su oficio bien y fielmente, y que no faltarian à la verdad en su declaracion, no ponderando ni disminuyendo la gravedad de las heridas por respeto alguno, sino que dirán lo que alcanzaren segun su pericia é inteligencia en su profesion de cirujanos; y habiendo pasado à poner en práctica el reconocimiento que se les manda hacer, ejecutado que fue, dijeron de una conformidad y bajo de un contesto, que habiendo quitado à dicho hombre herido las vendas y apósitos que le habian aplicado à las heridas, le hallaron una penetrante complicada en el vientre, situada al lado izquierdo de la línea alba, à cuatro dedos del ombligo hácia abajo, y tres pulgadas y media atravesando la direccion de las fibras que componen el abdomen, su latitud como cosa de dos pulgadas, por donde se observa salieron à fuera la mayor parte de los intestinos gruesos y redaño ú omento, y estos se hallan al mismo tiempo perforados del golpe que se observa en dicha herida y dichos intestinos, por el mucho tiempo que habian estado fuera de su estado natural, por estar agarrotados, se hallan totalmente mortificados y corrompidos; y ademas de esto se hallaron tambien en el brazo izquierdo tres heridas, la una de ellas situada en la parte posterior del codo, que venia bajando à modo de corte desde la parte inferior y posterior del hueso húmero, como cosa de dos pulgadas, y abrazando con otras del hueso cúbito y radio; su penetracion hasta el mismo hueso, su longitud cuatro pulgadas, y su latitud cosa de una poco mas ó menos, y la otra situada en la fleusura por la parte lateral externa llevaba su direccion hasta el lado lateral interno por encima de la articulacion de los tres huesos, su longitud como tres pulgadas, su latitud como cosa de otra; estas dos heridas se observan en direccion de las fibras de dicho brazo, y la tercera se halla situada en la parte anterior y posterior media del hueso húmero ú hombro, que trasversalmente camina de este hasta el hueso, su longitud como cosa de una pulgada, y su latitud media, cuyas heridas por las seña-

les que manifiestan al parecer, han sido hechas con instrumento cortante y punzante, como puñal, espada, navaja ú otro apropiado, por lo que no se les ofrece la menor duda que las heridas son peligrosas, particularmente la que se halla en el vientre por los accidentes que la complican, y sitio donde se halla, por lo que dispusieron se le suministren los santos sacramentos, que es lo que pueden certificar bajo dicho juramento en que se afirman y ratifican, son mayores de edad y firman con su merced, de que yo el escribano doy fe.=Don Benito, juez.=F., cirujano.=Ante mí, Diego, escribano.

AVISO AL CURA PARA QUE SUMINISTRE LOS SACRAMENTOS AL HERIDO.

Yo el infrascrito escribano doy fe, que en atencion al riesgo en que los expresados cirujanos uniformemente declararon hallarse Sebastian, el herido, de perder la vida prontamente por la gravedad de las heridas que tiene, se dió noticia al señor cura párroco para que le suministrase los auxilios espirituales de que necesita, segun expresan los cirujanos; y para que conste en esta causa lo noto en ella à 2 de enero de 1790.

Doy fe que en cumplimiento del aviso antecedente por el señor Don Angel, cura párroco de dicho lugar, se le administraron los santos sacramentos à dicho herido (1).

NOTICIA DEL FALLECIMIENTO DEL HERIDO, Y AUTO PARA QUE SE VUELVA Á RECONOCER.

Habiéndose dado noticia à su merced, por el enfermero del hospital haber fallecido en el dia de hoy à las cinco de su mañana el enfermo que se le encargó, llamado fulano, herido, mandó su merced que inmediatamente se haga comparecer à los dos cirujanos que reconocieron el estado del herido, y à tres de las personas que con su merced asistieron à la diligencia de ir à recogerle en el campo, y à presencia de su merced y de mí el escribano, para que dé fe de ello, reconozcan y declaren si realmente está muerto, y si es el mismo que se halló herido en el lugar de la desgracia, y el que à su presencia se condujo à dicho hospital, y si tiene las mismas heridas que entonces se le hallaron ó alguna otra mas, y asimismo expresen los ciru-

1 Aunque el anotar estas diligencias no es de sustancia del juicio criminal, conviene que conste que por parte de la justicia no se ha omitido diligencia alguna para el socorro temporal y espiritual del herido.

janos de cual de aquellas heridas conceptúan, segun su arte, que ha fallecido, y si para declararlo necesitasen hacer disección anatómica, la ejecuten pasado el término necesario segun sus reglas, à fin de cerciorarse de las circunstancias de su muerte; à todo lo cual está su merced pronto à asistir. Asi lo proveyó y mandó en el lugar de F., à 3 de enero de 1790, de que doy fe. = Diego, escribano.

CITACION Á LOS CIRUJANOS.

Doy fe que en cumplimiento del auto antecedente cité para la existencia del reconocimiento que en él se manda à Garino y Felix, cirujanos, y à Juan, Liborio y Cayetano en calidad de testigos, señalándoles la hora de las siete de la mañana del dia 3 de enero de 1790. = Diego, escribano.

RECONOCIMIENTO DEL CADAVER Y SU IDENTIDAD.

En el lugar de F., á tres de enero de 1790, estando en el hospital de tal parte, á presencia del señor Don Benito, juez de dicho lugar, y ante mí, y con asistencia de los que se expresarán, se reconoció un cadaver que Elias, enfermero de dicho hospital, dijo ser el de Sebastian de Castro, que por orden de su merced se le habia entregado el dia antes para asistirle en su enfermedad; y Juan, Liborio y Cayetano habiéndole visto dijeron que conocian que era el mismo hombre, que á su presencia se habia hallado herido en el sitio de F., y que habian conducido de orden y en compañía de su merced á este hospital, en lo que no les queda la menor duda; y Gavino y Felix, cirujanos, dijeron que era el mismo hombre á quien ellos habian asistido para el socorro y curacion de las heridas que tenia, y habiéndole vuelto á reconocer desnudo, declaran que tiene las mismas heridas que ellos le reconocieron antes, y que habian procurado curar, y que no hallaban en todo su cuerpo que tuviese alguna mas, sino la de la sangría que se le habia hecho para su curacion en el brazo derecho; que segun su parecer habia muerto de la herida que tenia en el vientre, y habian ya expresado, por habérsele roto, aireado y agangrenado, por cuyas circunstancias, y estar la herida en una de las partes principales, era mortal de necesidad por sí sola, y que esta fue de la que murió y no de otra, porque las que tenia en el brazo y pecho eran curables, por no ser penetrantes. Asimismo se manifestaron las

ropas que dicho hombre tenia vestidas cuando se le halló en el campo, y cotejadas con las heridas que tiene, estan sus roturas en los sitios correspondientes á las heridas, y todos juraron en forma de derecho á Dios y á una señal de cruz ser verdad cuanto en esta diligencia, que les fue leida, se contiene, y lo firmaron con su merced, quien mandó que yo guardase dichas ropas y vara que se halló inmediata al herido para los efectos que haya lugar en derecho, de todo lo cual doy fe. = Don Benito, juez. = Don Gavino, cirujano. = Don Felix, cirujano. = Elias, enfermero. = F. F. F, testigos. = Ante mí, Diego, escribano.

AUTO PARA QUE SE ENTIERRE EL CADAVER.

En el lugar de T., á 4 de enero de 1790, el señor Don Benito, juez, habiendo visto estos autos, mandó que al cadaver contenido en ellos se le dé sepultura eclesiástica, poniendo fe de la parte en donde fuere y de la forma que se enterrare, para los efectos que haya lugar, y por este su auto &c. Don Benito, juez. = Ante mí, Diego, escribano.

FE DEL ENTIERRO.

Yo el escribano doy fe como en el dia de hoy cuatro, siendo las ocho de la mañana con poca difencia, en la iglesia parroquial del lugar de F. se enterró por Manuel, sepulturero, al cadaver contenido en estos autos, vestido con el sayal de nuestro padre san Francisco, á que estuve presente, siendo testigos Manuel, sepulturero, y Narciso, Sacristan de dicha parroquia; y para que conste en cumplimiento del auto antecedente lo pongo por diligencia en dicho lugar, en el dia 4 del mes de enero de 1790. = Diego, escribano (1).

Testigo primero Onofre.

En el lugar de T., á cuatro de enero de 1790, ante el señor Don Benito, juez, compareció Onofre, que asi dijo llamarse, y ser de ejercicio mesonero en el meson de santa María de T., de esta jurisdiccion, á quien su merced por ante mí el escribano recibió juramento, que prestó por Dios nuestro Señor y una señal de cruz conforme á derecho, y bajo de él ofreció decir ver-

1 Con estas diligencias queda comprobado el cuerpo del delito.

dad en lo que se le preguntase y supiese; en cuyo cumplimiento le preguntó su merced, si era cierto que tenia un criado llamado Sebastian de Castro, y respondió que sí.

Preguntado: si sabia donde estaba, dijo: que le habia enviado el dia primero del corriente mes en compañia de una muger que le pidió alquilada una caballeria para ir hasta tal parte, à fin de que llegando alli se le trajese, y que salió acompañado de dicha muger y un hombre que venia con ella, y desde entonces no ha vuelto à casa, que segun ha oido decir le habia dado de puñaladas aquel hombre.

Preguntado: si conoció á aquel hombre y á aquella muger, y si sabe quienes son; contestó que no los conoce, porque aunque bebieron en la taberna de su meson, no los ha visto otra vez; pero sí que estuvieron hablando con F. y F., que estaban alli tambien á beber, y que les oyó decir en su conversacion, hablando con dicho hombre como en chanza: el amigo era muy valiente cuando estaba marinero en el Ferrol.

Preguntado: que señas tenia dicha muger y dicho hombre, y como iban vestidos, respondió, que como estaba atendiendo á las labores de su casa no habia puesto mucho cuidado; pero que le parece que la muger pasaba de cuarenta años, que no habria sido mal parecida, que ya tenia algunas canas, que entonces llevaba un guardapie pajizo, y un jubon negro; que era de mediana estatura, y no muy gruesa; que el hombre llevaba un sombrero gacho ó de ala caido bastante recortada, chupa y calzon de paño azul, y media blanca, y que seria de edad como de cerca de cincuenta años: que habiéndole preguntado su muger á dicha forastera si era aquel su marido, le respondió que no, y que era un hombre á quien por casualidad habia encontrado en el camino.

Preguntado: si sabia adonde caminaba dicha muger, dijo: que ella le pidió la caballería alquilada hasta el lugar de Naron, que era donde tenia su casa, y que su marido era fabricante de papel, y que él la dijo que no podia alquilársela hasta allí, porque la necesitaba para el dia siguiente; y habiéndole hecho otras preguntas conducentes al conocimiento de estas dos personas y noticias del suceso acaecido á su criado, dijo, que nada mas sabia sobre el particular.

Preguntado: si le han vuelto la caballería que alquiló, y quien se la habia traido, contestó que se la habia traido Ramon, paisano, de orden de su merced, porque supieron que la caballería era suya, con cuyo motivo tuvo noticia del desgraciado suceso

de su criado; y habiéndole hecho otras varias preguntas que su merced estimó conducentes á la mejor instruccion de esta causa, respondió que nada mas sabia, y que lo dicho es la verdad á cargo del juramento prestado, en lo que se afirmó y ratificó: leida que le fue esta declaracion, dijo, que es de edad de cuarenta años poco mas ó menos, se le encargó el secreto de lo que se le ha preguntado y declarado, y no lo firmó por decir no saber; lo hizo su merced, de todo lo cual doy fe. = Don Benito, juez. = Ante mí, Diego, escribano.

Testigo segundo Liborio.

En el lugar de T., à 5 de enero de 1790, ante el señor Don Benito, juez, compareció Liborio, á quien su merced por ante mí el escribano recibió juramento que prestó por Dios nuestro Señor y una señal de cruz conforme á derecho; y habiéndole advertido las obligaciones de testigo, le preguntó su merced, si es cierto que en tal dia y á tal hora de la mañana estuvo en la casa, meson ó taberna de Onofre, en compañía de F., dijo que sí.

Preguntado: si es cierto que llegaron allí un hombre y una muger que iban á pie, respondió que era cierto.

Preguntado: qué es lo que pasó en aquella mañana, y qué conversaciones tuvieron con ellos, dijo: que habiendo pedido aquellos un poco de vino y bebidole, preguntó la muger al posadero, si sabia quien la alquilase una caballería para ir á Naron, porque venia cansada, y el posadero respondió que él se la alquilaría, y habiéndose ajustado en nueve reales, llamó el posadero á su criado Sebastian de Castro, y le mandó aparejase la caballería, y que fue con aquella muger hasta el lugar de Montoto, donde la dejaría y se traería la caballería, lo que en efecto asi ejecutó, y que en el ínterin se estuvieron aquella muger y aquel hombre, y el testigo hablando con F. de varias cosas.

Preguntado: si él ó su compañero conocian á dicha muger ó hombre, contestó que sí, pues con motivo de haber estado en el Ferrol ocupado en su ejercicio de carpintero, habia conocido á aquel hombre de marinero, y habia oido llamarle Pedro de T. que entonces estaba casado con Ventura Alvarez, con cuyo motivo habian estado en conversacion recordando pasages de aquellos tiempos; que el tal Pedro era tambien de ejercicio carpintero.

Preguntado: qué señas tiene, qué edad y qué vestido lleva-

ba, dijo: que será de edad como de cincuenta años, que tiene el pelo algo crespo, ensortijado, el color de su cara algo moreno, y que tiene una cicatriz en la frente, en un lado que no se acuerda cual es.

Preguntado: si dijo adonde iba, respondió, que iba á ver á su muger á la expresada villa del Ferrol.

Preguntado: si es cierto que en la conversacion que tuvieron hablando con él de chanza, le dijo el testigo, que el tio Pedro Reo habia sido valiente; contestó, que es cierto pasó esta conversacion.

Preguntado: por qué le tenian en reputacion de valiente, dijo, que porque en las conversaciones solia contar proezas de cuando era marinero, y que decia que el que se las hacia se las habia de pagar, y que era poco sufrido.

Preguntado: qué sabe del suceso acaecido al Sabastian de Castro, criado del mesonero, respondió, que solo sabe por voz pública, que aquel hombre que acompañaba á la muger que alquiló la caballería á F. de tal, mesonero, le habia dado algunas puñaladas en el camino; pero que no sabe el por qué, ni cómo fue.

Preguntado: qué señas tenia la muger que alquiló la caballería, dijo, que tenia las mismas señas que ha referido el mesonero.

Preguntado: si la conoce, dijo que no, pero cree que su compañero F. la conoce, pues asi lo dijo en la conversacion que tuvieron, aunque no se acuerda si expresó cómo se llamaba, solo sí que era muger de uno que trabajaba en un molino de papel en la villa de Naron; y habiéndosele hecho otras varias preguntas que su merced estimó conducentes á la mejor instruccion de esta causa, respondió que nada mas sabia que lo que llevaba dicho, en lo que habiéndosele leido se afirmó y ratificó bajo del juramento que tiene hecho; dijo ser de edad de treinta y dos años, se le encargó secreto de lo preguntado y declarado hasta la publicacion de probanzas, y lo firmó con su merced, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Liborio, segundo testigo. = Ante mí, Diego, escribano.

Testigo tercero Cayetano.

En el lugar de T., dicho dia 4 de enero de 1790, ante el señor Don Benito, juez, compareció Cayetano, á quien su merced por ante mí el escribano recibió juramento que hizo á Dios

y à una señal de cruz conforme à derecho, bajo el cual ofreció decir verdad de lo que supiere y le fuere preguntado, y poniéndolo en ejecucion le preguntó su merced, si es cierto que en el dia tantos à tal hora de su mañana estuvo en compañía de F., en la casa meson y taberna de Onofre: respondió ser cierto lo que se le preguntaba.

Preguntado: si es cierto que llegaron à dicho meson un hombre y una muger à descansar; dijo que es cierto lo que se le pregunta.

Preguntado: que es lo que pasó à su presencia; contestó, que lo que se acuerda es, que habiendo llegado un hombre y una muger pidieron vino, y refirió lo mismo que el mesonero y su compañero en cuanto al pasage del alquiler de la caballería, y señas del hombre y la muger.

Preguntado: si conoce al hombre y à la muger, manifestó que al hombre no le conoce; pero sí à la muger que se llama Antonia Luisa, y está casada con Santiago de la Cruz, que trabajaba en la fábrica de papel de Don Juan Lestache, en la villa de Narcn.

Preguntado: si sabe el suceso acaecido à Sebastian de Castro, respondió que por voz pública, ha oido que el hombre que iba en compañia de la muger à quien el mesonero habia alquilado la caballería, habia dado de puñaladas al Sebastian, herido, que habia ido con ella de orden de su amo para traerse la caballería; pero no sabe las circunstancias del suceso, ni el motivo; y habiéndosele hecho otras preguntas que su merced tuvo por conveniente para la mayor instruccion de esta causa, dijo, no saber mas que lo declarado, y es cuanto puede decir por ser la verdad, y por lo mismo se ratifica en esta declaracion que se le leyó: dijo que era de edad de veintiseis años poco mas ó menos, se le encargó secreto hasta la publicacion de probanzas, y lo firmó con su merced, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Cayetano, testigo tercero. = Ante mi, Diego, escribano.

AUTO DE PRISION DE PEDRO REO, Y EMBARGO DE SUS BIENES.

En atencion á lo que resulta de la sumaria antecedente, mandó su merced se asegure y ponga preso à Pedro Reo, que resulta ser el que dió las puñaladas á Sebastian, herido, de las cuales ha fallecido, y se le ponga en la cárcel pública de este lugar, sin permitirle que tome sagrado, cuya custodia se encargue al alcaide de ella; se le secuestren y embarguen sus bienes, depo-

sitándose en persona lega, llena y abonada que lo otorgue; y no hallándose en este lugar, líbrense requisitorias en forma, y con los insertos necesarios, dirigidas à las justicias que ejerzan jurisdiccion ordinaria, para que en cualquiera de ellas donde pueda ser habido, le aseguren y pongan preso, embarguen todos sus bienes à disposicion de su merced, à quien darán aviso inmediatamente que dicha prision se verifique; y recíbasele declaracion à Antonia Luisa sobre el suceso que da motivo à esta causa y sus circunstancias, à cuyo fin se libre la correspondiente requisitoria, dirigida à la justicia de la villa de Naron, de donde se dice ser vecina, y para todo se den los mandamientos necesarios. Asi lo mandó y firmó su merced el señor Don Benito, juez, en este lugar de T., á 5 de enero de 1790, de que doy fe. = Don Benito, juez. Ante mí, Diego, escribano.

DILIGENCIA DE HABERSE LIBRADO LAS REQUISITORIAS.

Doy fe que se libraron las requisitorias que se mandan en el auto antecedente. Hoy 5 de enero de 1790. = Diego, escribano.

PRISION DE PEDRO REO.

Habiéndose dado cuenta à su merced de que en la taberna de tal parte se halla un hombre que por las señas dadas por los testigos, parece ser el Pedro Reo, mandó se juntasen los alguaciles ordinarios de este juzgado, y con asistencia de Cayetano y Liborio se prendió en dicha taberna al hombre que dijo llamarse *Pedro Reo*, à quien se le condujo à la cárcel del lugar de tal, sin haber tocado en lugar sagrado; y habiéndole registrado, se le halló una navaja con su cabo blanco de hueso, sin muelle ni virola, de la figura del margen, con la marca de una estrella, y debajo Smith, de largo de media cuarta y mas de una pulgada la hoja, en la que por la parte de atras de dicho cabo se la conoce claramente porcion de sangre cuajada. Recogí dicha arma, como tambien un palo que traia en la mano, madera de roble, no muy grueso, de largo de seis cuartas bien cumplidas, el cual en su medio, y al trecho de tres cuartas seguidas y una pulgada, se halla manchado con sangre cuajada; sin embargo de que se conoce habérsele quitado poco hace algunas astillas para desfigurarle, un sombrero gacho bien usado, con diferentes manchas de sangre cuajada; asimismo tiene vestido un chupetin de paño aceitunado, y las vueltas de las mangas con algunas manchas de sangre, un chaleco de bayeta azul con mo-

tas blancas, aforrado de lienzo, un calzon de paño aceitunado, y en el bolsillo del lado derecho de él se le hallaron algunos cuartos, y una caja de tabaco. El bolsillo del lado izquierdo de dicho calzon se halla todo manchado de sangre cuajada, y lo mismo el forro del de la pierna izquierda por la abertura de los botones del muslo; en esta misma pierna del calzon se halla el paño de ella muy manchado de sangre, y en la del lado derecho tambien se reconocen varias manchas de la misma sangre: trae unas medias blancas rayadas, fábrica inglesa, con algunas gotas de sangre cuajada: hallósele el dedo meñique y el compañero que le sigue de la mano izquierda, liados con un pañuelo grueso, todo empapado en sangre cuajada, y habiéndolos manifestado, se halló tener los dichos dos dedos cortados al traves, y que el tercer dedo que sigue à los dos referidos tambien tiene un corte oblicuo; cuyos vestidos por precisos para su abrigo y decencia se le dejaron, y mandó su merced reservase yo en mi poder con los autos dicha navaja y palo, asi teñido en sangre, para los efectos que haya lugar: hallósele una gran contusion encima del ojo izquierdo, cuyo reconocimiento se ha hecho con toda exactitud y cuidado, y concluido mandó su merced à Luis, alcaide en esta carcel, le encerrase en tal calabozo con un par de grillos, donde le tenga sin permitirle comunicacion por escrito ni de palabra con persona alguna hasta que otra cosa se le mande, bajo el apercibimiento de responsabilidad y de las penas impuestas à los carceleros que faltan à las obligaciones de su oficio, de que fue instruido, y asi lo prometió cumplir; y para ello firmó esta diligencia, dándose por entregado de dicho Pedro Reo, y constituyéndose por su comentariense: que le asistan con su racion acostumbrada que dan à los demas presos, llevando cuenta y razon para su reintegro en su caso de los efectos que deban satisfecerla; y à dicho Pedro Reo se le mandó que no quebrantase la carcelería, bajo las penas de los que las quebrantan o se fugan de ellas, de que se le advirtió, siendo testigos de todo lo referido Celestino y Cipriano, alguaciles de este juzgado; y todos los expresados firmaron esta diligencia con su merced, de que doy fe en el lugar de T., à 6 de enero de 1790.= Don Benito, juez. = F. y F., ministros. = F., carcelero.= Ante mi, Diego, escribano (1).

1 Despues de esta diligencia se procede al embargo de bienes y su depósito conforme á derecho.

AUTO PARÀ QUE SE LE RECIBA LA DECLARACION.

Recíbase declaracion indagatoria al hombre preso por esta causa, à que está pronto à asistir su merced el señor Don Benito, juez en este lugar, que asi lo mandó y firmó á 6 de enero de 1790, de que doy fe. = Don Benito. = Ante mí, Diego, escribano.

DECLARACION DE PEDRO REO, PRESO.

En el lugar de T., á 7 de enero de 1790, el señor Don Benito, juez ordinario por su Magestad en él, estando en la carcel Real, y en la pieza que llaman de presentados, mandó compareciese à su presencia el hombre preso por esta causa; y habiéndose ejecutado asi por el alcaide de ella, preguntó à dicho preso si sabia que todo el que es preguntado en juicio por juez competente, está obligado à decir la verdad, ya sea como testigo ò como procesado, para averiguar la certeza de los hechos, objeto de la justicia, y para administrarla á quien la tenga: respondió que lo sabe, y queda advertido de nuevo.

Preguntado: si sabe que todo cristiano católico está obligado á decir verdad siendo preguntado bajo de juramento, aunque sea contra sí mismo, y que el que falta al juramento comete un pecado mortal, y está sujeto á la pena temporal impuesta por las leyes á los testigos perjuros, que es la misma que se impondria al reo; y siéndolo se le tiene por confeso, dijo: que sabe á lo que obliga la religion del juramento, y las penas de los que faltan á él.

Preguntado: si en el supuesto de estas advertencias jura á Dios y á aquella cruz que forma con su mano derecha de decir la verdad de lo que supiere y fuere preguntado por su merced en esta declaracion, y que no faltará á ella por ningun motivo, dijo: que asi lo jura á Dios y á aquella cruz; á que su merced añadió que si asi lo cumple, Dios le ayude, y sino se lo demande cuando le llame á juicio.

Preguntado: cómo se llama: contestó que Pedro Reo.

Preguntado: de dónde es natural; respondió que de la feligresía de san Pedro de san Andres.

Preguntado: de dónde es vecino; dijo que del Ferrol.

Preguntado: qué estado y oficio tiene, y qué edad (1); ma-

1 Si es menor de catorce años no le perjudica su confesion sino está presente su tutor. Ley 1. tit. 13, y 7. tit. 2. Part. 3.

nifestó que es de estado casado con Ventura Alvarez: que su ejercicio es de carpintero, y su edad tantos años.

. Preguntado: dónde estuvo el dia 1.° del corriente, y qué se hizo aquel dia, con qué personas trató; respondió: que viniendo de la ciudad de Santiago para su casa, que la tiene en la villa del Ferrol, hizo mansion y durmió en la casa de Manuel Suarez, en el lugar del Segueiro, y al salir de dicha casa de posada por la mañana, una muger que salia de la misma, è iba de camino, preguntando que adónde caminaba el declarante, la respondió que al Ferrol, y le dijo que irian juntos, pues llevaban el mismo camino; que aunque el declarante lo rehusaba, porque la muger caminaria poco, condescendió en acompañarla, y caminaron juntos à pie hasta llegar al lugar de la Puebla de Mesía, y al meson que llaman de santa María de Ordenes, donde entraron ambos, y habiendo bebido, y yendo dicha muger cansada, solicitó que el mesonero la alquilase una caballería, à que en efecto condescendió aquel, y se ajustaron en nueve reales hasta el lugar de Montoto: que el mesonero llamó á un hombre, que parece era su criado, para que la aparejase y fuese con dicha muger para entregarse de la caballería: que en efecto salieron todos tres juntos, y caminaron è hicieron mansion un breve rato en una venta que no sabe cómo se llama, y en ella volvieron à beber, pagando cada uno lo que bebió: que habiéndose salido de dicha venta, y quedándose el declarante atrás, incorporándose con el que conducia dicha caballería, tuvieron sus palabras por qué no le esperaba, jactándose dicho hombre de valiente, à que el declarante le respondió que él tambien habia servido al Rey, y para prueba de ello le manifestó un pasaporte que llevaba, y sin otro motivo empezó à descargar palos encima del declarante, à cuya sazon llegaron alli varias gentes para aquietar à los dos, y que à este mismo fin se apeó la muger con quien iba.

Preguntado: qué hizo entonces el declarante; contestó: que iba trastornado con el vino y furibundo, y que no sabe si dió à dicho alquilador con una navaja que llevaba, solo sí que es cierto se hallo con ella abierta en la mano derecha; pero sin sangre, y es la misma que se le encontró al tiempo de su arresto.

Preguntado: si advirtió que el alquilador quedaba tendido, y si se quejaba, dijo: que no advirtió si el alquilador quedaba ó no tendido, solo sí que alli se quedo dicho hombre y la muger con la caballeria.

Preguntado: si conoció algunas de las gentes que dice con-

currieron allí; respondió: que no conoció á ninguno por ser forastero en aquellos lugares.

Preguntado: qué hizo luego que sucedió este lance y quimera, dijo: que inmediatamente se separó de ellos y los dejó.

Preguntado: quien le hirió en la mano, como se le reconoce, y con qué instrumento; contestó: que no lo sabe; solo sí conoció le sangraba la mano izquierda, sin que sintiese haber llevado golpe alguno en los dedos que tiene cortados, lo que resultó de la referida lucha, y que con la sangre que vertia de sus dedos se ha manchado la ropa que tiene puesta, y el palo que se le halló.

Preguntado: qué rumbo tomó despues de aquel lance, y por qué dejó la compañía de la muger; dijo: que la dejó por aquella quimera que habia sucedido con el mozo que iba con ella para volver la caballería.

Preguntado: á dónde se fue; respondió: que fue derecho á su casa del Ferrol, de donde volvió á salir en el dia de ayer para restituirse á san Cristoval de &c., á trabajar en su oficio de carpintero.

Preguntado: si conocia á aquella muger que iba en su compañía; contestó: que no hasta aquel dia.

Preguntado: si en las conversaciones que tuvieron en el camino dijo de dónde era, y qué estado tenia; respondió: que preguntándola de dónde era, manifestó ser vecina de la villa de Neda, y que estaba casada con un fabricante de papel, que trabajaba en el que hay en aquella jurisdiccion, junto al puente de Jubia.

Preguntado: en qué ejercicio sirvió al Rey; contestó: que de marinero en la fragata santa Teresa, y por no necesitarse en ella gente, se le despidió, y se le dió el pasaporte ò licencia por el gefe á quien corresponde.

Preguntado: si la navaja que se le halló y se le pone delante es suya, ò quién se la dió, y para qué fin; respondió: que es suya, y por tal la reconoce, y que la llevaba para cortar lo que se le ofreciese.

Preguntado: si tuvo alguna otra persona intervencion en la quimera referida, quién fue y con qué motivo, dijo: que nadie mas que el mozo de la caballeria y el declarante intervino en la quimera.

Preguntado: si ha estado preso alguna otra vez, en dónde, por qué causa, y que sentencia se le dió; respondió: que ha estado preso otra vez en la ciudad de la Coruña por suponerle

contrabandista, y que fue destinado al presidio del Ferrol por dicha causa por cuatro años. Y aunque se le hicieron por su merced otras preguntas conducentes á la indagacion de las circunstancias del hecho, respondió que nada mas tenia que decir que lo declarado, lo que se leyó y se ratificó en todo, bajo del juramento que tiene hecho; y lo firmó con su merced, que rubricó las hojas de esta declaracion, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Pedro Reo. = Ante mí, Diego, escribano.

AUTO.

Mediante que de la declaracion antecedente resulta que el hombre preso por esta causa, que dice llamarse Pedro Reo, expone: que el hombre con quien riñó le dió muchos palos, y que en efecto se le advierte un golpe sobre el ojo izquierdo, mandó su merced que para la comprobacion de este aserto se reconozca á dicho Pedro Reo, à ver si tiene ó no algunas heridas en su cuerpo. Asi lo proveyó y mandó su merced el señor Don Benito, juez, en el lugar de T., y firmó, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Ante mí, Diego, escribano.

RECONOCIMIENTO DE PEDRO REO, PRESO, POR SI TIENE CONTUSIONES DE LOS GOLPES QUE DICE.

En el mismo acto, y á presencia de su merced y de mí el presente escribano, se desnudó de medio cuerpo arriba el expresado, y no se le halló en su cuerpo herida, contusion, equimosis ó cardenal alguno, y preguntándole si le habia dado en alguna otra parte, respondió que no, y únicamente se le halló la referida leve herida sobre el ojo izquierdo, y las cortaduras de los dedos, que por ser unas y otras leves, no fue preciso llamar cirujano para su reconocimiento y curacion; à cuya diligencia asistieron como testigos Liborio y Cayetano; lo firmó el dicho Reo con su merced, de que doy fe. = Don Benito, juez. — Pedro Reo. = Ante mí, Diego, escribano.

DILIGENCIA DE HABERSE REMITIDO TESTIMONIO Á LA REAL SALA DEL CRIMEN, CON DIRECCION AL SEÑOR FISCAL DE ELLA POR EL CORREO.

Doy fe, que de orden de su merced remití testimonio con insercion de todo lo hasta ahora actuado en esta causa á S. E.

los señores de la Real sala del crimen, con sobrescrito al señor fiscal de ella, como está mandado: y para que conste lo pongo por diligencia en dicho lugar de T., á 8 de enero de 1790.=Diego, escribano (1).

AUTO PARA QUE SE RECONOZCA EL ARMA.

Los maestros cuchilleros ò cerrajeros F. y F. reconozcan la navaja que acompaña á estos autos, y se halló á Pedro Reo al tiempo de su prision; y bajo de juramento declaren si es ò no de las prohibidas, haciéndoles presente la Real pragmática última (2) que las señala, á cuyo efecto comparezcan ante su merced y el presente escribano mañana á la hora de audiencia pública. Lo mandó el señor Don Benito, juez, en este lugar de T., á 9 de enero de 1790, de que yo el escribano doy fe. =Don Benito, juez. =Ante mí, Diego, escribano.

NOTIFICACION Á LOS CUCHILLEROS.

Doy fe que hoy 9 de enero notifiqué el auto antecedente á F. y F., maestros cuchilleros, que ofrecieron cumplir lo mandado, y para que conste lo firmo. =Diego, escribano.

RECONOCIMIENTO DEL ARMA Y DECLARACION DE LOS CUCHILLEROS.

En el lugar de T., á tantos de tal mes y año, comparecieron de orden y mandato del señor D. F., corregidor y juez ordinario, dos maestros del gremio de cuchilleros, que dijeron llamarse Jacinto de tal y Francisco de tal, y ser individuos y maestros del gremio de cuchilleros, y á quienes dicho señor recibió juramento, que hicieron á Dios y una señal de cruz en forma, ofreciendo decir verdad en lo que fueren preguntados, y poniéndoles de manifiesto la navaja de las señas que expresa la diligencia, que está á fojas tantas de estos autos (que de ser la misma da fe el infrascrito escribano), fueron preguntados si era ó no de las prohibidas, y despues de haberla reconocido muy despacio, dijeron: que teniendo presente lo dis-

1 Por carta orden del señor gobernador del Consejo de 7 de junio de 1771 se ha mandado que se le dé cuenta todos los meses de los asuntos criminales, y que los fiscales lo hagan anualmente. Está repetida en Real orden de su Magestad de 3 de junio de 1783.

2 De 26 de abril de 1761, inserta en la ley 19. tit. 19. lib. 12. Nov. Rec.

puesto en la pragmática de 26 de abril de 1761, no lo era, por no tener muelle ni virola, ni ser de golpe firme, ú otra circunstancia que la haga de las prohibidas, y segun la inteligencia que tienen de su oficio, se afirman y ratifican en lo declarado bajo el juramento que llevan hecho; y para que conste lo firmaron con dicho señor y el presente escribano. = F., juez. = F., maestro de cuchillero. = Ante mí, Diego, escribano.

TESTIGO ANTONIA LUISA.

En el lugar de T., à 9 de enero de 1790, el señor Don Benito, juez y justicia ordinaria en él, hizo comparecer ante sí à Antonia Luisa, en quien concurren las señas que refieren las citas, y habiéndola instruido por mí el escribano de las obligaciones de los que son llamados por testigos, la recibió juramento, que hizo por Dios y una señal de cruz, que formó con su mano derecha, y bajo de él ofreció decir verdad à cuanto se le preguntase y supiese, y la preguntó cómo se llama, qué estado y edad tiene: à que respondió se llama Antonia Luisa, que está casada con Antonio Gonzalez, y que es de edad de veintiocho años, poco mas ò menos.

Preguntada: de dónde es vecina, dijo: que lo es de esta feligresía de Naron, donde reside su marido, ocupado en la fábrica de papel de D. Juan Lectarte.

Preguntada: lónde estuvo el dia 15 del mes de diciembre, respondió: que viniendo de la jurisdiccion de Caló à esta de Naron sola, llego al lugar de Segueiro, donde durmió en casa de Manuel el mesonero, y por la mañana del dia 16 salió de allí para su casa, y cerca del lugar de Ordenes se incorporó con ella en el camino un hombre no muy alto, flaco, de color trigueño, y al parecer de cincuenta años, pelo crespo con bastantes canas, y con un chupetin corto, al parecer de color de aceituna, sombrero negro redondo de ala muy corta, medias blancas, con un palo delgado en la mano; que no le entendia muy bien el habla, aunque imitaba à la de un frances, y luego que se incorporó con la declarante, le preguntó hácia donde caminaba, y diciéndole que à dicha ciudad de Betanzos, contestó el sobredicho que igualmente lo haria él: respondióle la declarante fuese con Dios; con lo que se adelantó el sobredicho, y entró en el citado meson; lo que tambien ejecutó la que declara, con el fin de alquilar una caballería, y que la acompañase el dueño de ella, recelosa de aquel hombre ò de otros malhechores que la

pudiesen insultar ú ofender su honestidad, atento que iban à entrar en un monte bastante desierto; y hallando que el sobredicho estaba alli, se separó la declarante à hablar con la tabernera, y preguntándola si conocia à aquel hombre, la dijo que no: trató de alquilarle à ella y à su marido, que tambien se hallaba alli, una caballería, que ajustaron en nueve reales hasta santa María de Montoto, con obligacion de que en llegando alli le habia de buscar el alquilador otra para seguir su viage: que llegando à cosa de la mitad del monte de las Traviesas, vió cerca de sí á dicho hombre, quien asió à la declarante por el lado derecho, y metiendo la mano en el bolsillo, la sacó cuatro pesos fuertes, que eran los únicos que llevaba en aquel sitio, y como quisiese hacer la que declara alguna resistencia, con la fuerza que para ello hizo, se cayó de la caballería hácia adelante, con cuyo golpe se lastimó en el lado izquierdo de la cara, segun visiblemente se manifiesta y reconoce por el señor juez y el presente escribano; lo mismo que le sucedió en el hombro del propio lado, de cuyas resultas han tenido que sangrarla y aplicarla los correspondientes medicamentos. A vista de este insulto acudió el mozo alquilador, y con un palo que traia le descargó tres ó cuatro golpes à aquel facineroso; pero como no le asegurase con ellos, se asió de él brazo á brazo, y echándole bajo de sí el citado hombre desconocido, sacó una navaja larga de cabo blanco, con la que le dió á dicho alquilador varias puñaladas; que advertido por la declarante, y observado venir dos mugeres y un hombre, principió á gritar, diciéndoles que acudiesen á socorrerles, que los mataba aquel hombre, y al mismo tiempo echó á correr este, y en seguida el paisano que acompañaba á las mugeres; pero no estas que escaparon hácia atras, y asimismo habiendo la que declara ayudado á levantar al alquilador, retrocedieron algo corriendo juntos algun trecho, quedando en aquel sitio la caballería; siguió el mozo adelante, y sin despedirse de la que declara, tomo esta (trémula y maltratada como se hallaba) el monte de Traviesas, siguiendo el camino nuevo y vereda real que va á la ciudad de la Coruña.

Preguntada: quien de los dos empezó la quimera; respondió: que el motivo de esta fue porque habiéndose quedado el Pedro Reo en una taberna que habia en el camino á echar un trago, porque el mozo y la declarante se habian adelantado con la caballería, y no le habian esperado, les reconvino dicho Reo, y le dijo al mozo por qué no esperaba, que le daria doce puña-

ladas, como en efecto sacó la navaja, y que entonces el mozo de la caballería con la vara que llevaba para arrearla dió al Pedro Reo un golpe en la mano, con lo que se la hizo caer en el suelo, y viendo aquella quimera, empezó la declarante á gritar á un hombre y dos mugeres que venian por el camino, y habiendo llegado, agarró el hombre al mozo para quitarle la vara, y entonces el Pedro Reo volviendo á tomar la navaja, le dió las punaladas que deja referidas.

Preguntada: si intervino alguna persona mas en la quimera que los dos; respondió, que no; pues la declarante iba en su caballería, y los otros llegaron allí por casualidad; y aunque se la hicieron otras preguntas que se estimaron por convenientes para inquirir todos los antecedentes y consiguientes al lance, dijo: que no pasó mas que lo que lleva referido, en lo que habiéndosela leido de nuevo, se ratificó, por ser la verdad, bajo el juramento que tiene hecho: no firmó por decir no saber, lo hizo el señor juez, de que yo el escribano doy fe.= Don Benito, juez. =Ante mí, Diego, escribano.

Doy fe, que los ministros encargados de hacer las diligencias de inquirir quiénes eran aquel hombre y dos mugeres desconocidos, que se dice vieron el referido lance, han manifestado no han podido averiguar sus nombres y vecindad; y para que conste lo noto por diligencia en el lugar de T., á 9 de enero de 1790. =Diego, escribano.

AUTO PARA QUE SE LE RECIBA LA CONFESION.

Recíbase al hombre que se halla preso por esta causa su confesion, haciéndole los cargos que contra él resultan de la sumaria antecedente, y las reconvenciones conducentes. Asi lo mandó el señor juez &c. en este lugar de T., á 9 de enero de 1790. =Don Benito, juez. =Ante mí, Diego, escribano.

CONFESION DE PEDRO REO.

En el lugar de T., á 10 de enero de 1790, estando su merced el señor Don Benito, juez ordinario de dicho lugar en la carcel de él, mandó que el alcaide hiciese comparecer á su presencia á Pedro Reo, preso en ella, para tomarle su confesion, y verificado este mandato, leidas á dicho hombre por mí las advertencias que contiene el auto que se halla á fojas tantas, dijo: que las sabe, y que de nuevo queda instruido de ellas, y este su-

puesto por ante mí le recibió su merced juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él ofreció decir verdad en cuanto supiere y fuere preguntado, y en su virtud se le hicieron las preguntas, cargos y reconvenciones siguientes.

Preguntado: si es verdad que se llama Pedro Reo, que es natural y vecino de tal parte, de tal oficio y edad, respondió: que es cierto se llama Pedro Reo, que es natural y vecino de tal parte, de tal oficio, y de edad de cincuenta años, como lo tiene declarado ante su merced en la declaracion que se le ha tomado, que pide se le lea y muestre; y habiéndosela mostrado y leido yo el escribano, que es la que se halla en estos autos à fojas tantas, dijo: que lo que en ella está escrito, es lo mismo que declaró entonces el confesante, en cuyo contexto se afirma y ratifica, y siendo necesario, lo dice de nuevo ahora en esta su confesion, por ser todo ello verdad.

Preguntado: quién le prendió, en qué sitio, y si sabe la causa de su prision, respondió: que le prendieron unos que dijeron ser ministros de justicia, de orden de su merced que se halla presente, estando en la taberna de tal parte, y que despues por la declaracion que se le ha tomado infiere que es con motivo de una muerte violenta que dicen se ha dado à un hombre.

Preguntado: si es cierto que en la noche del dia 4 del presente mes durmió en la casa meson de Manuel Suarez en el lugar del Sigueiro, contestó ser cierto lo que se le pregunta.

Preguntado: si es verdad que en el dia siguiente por la mañana se incorporó en el camino con una muger que habia dormido en la misma posada, y que llegaron al medio dia al meson del lugar de Ordenes, dijo: que es cierto lo que se le pregunta.

Preguntado: si es cierto que dicha muger pidió al mesonero el favor que la alquilase una caballería, que en efecto condescendió y se la alquiló en nueve reales, para llegar à la feligresía de Montoto, dijo: que es cierto lo que se le pregunta, y por tal lo confiesa.

Preguntado: si es cierto que de dicho meson salió en compañía de la referida muger y del criado del mesonero, que iba para volver con la caballería luego que llegasen al sitio ajustado, por el camino fueron contando sus aventuras, y que él dijo que por ellas, y por ser valiente habia tenido que servir al Rey en el Ferrol, y que ya tenia su licencia y pasaporte; respondió,

que es cierto que ha servido al Rey de marinero; pero que de lo demas que se le pregunta no se acuerda haberlo dicho.

Se le hace cargo, de que habiéndose quedado el cofesante descansando en la taberna del lugar de Castrelos, y seguido su camino la muger y el mozo, cuando los alcanzó en el monte que llaman de las Traviesas, reconvino á este porque se habia adelantado, y porque no se le habia esperado, respondió: que iba algo tomado del vino, y no sabe lo que pasó.

Reconvenido, como niega el cargo, cuando consta de estos autos que por no haberle esperado movió quimera con el mozo que llevaba la caballería, y que sacando una navaja larga de cabo blanco, y abriéndola le amenazó que le habia de dar doce puñaladas, y viendo esto el mozo le dió con una vara en la mano, con la que le obligó á soltar la navaja que tenia en ella, respondió: que de lo que se acuerda es, que en aquel sitio le dió el mozo de palos, pero no de lo demas porque se le reconviene.

Se le hace cargo, de que habiendo pasado por aquel sitio un hombre y dos mugeres, aquel agarró al mozo para quitarle la vara con que le dió el palo, y habiéndosela quitado volvió el confesante á tomar la navaja del suelo, y le dió al referido mozo dos puñaladas en el vientre y tres en el brazo izquierdo: contestó, que niega todo lo que contiene el cargo antecedente por no acordarse de cosa alguna, y solo sí de que en aquel sitio le dieron algunos palos con que le dejaron aturdido, sin que sepa quién se los dió, ni con qué motivo, y menos si el confesante sacó ò no navaja.

Preguntado: si aquella navaja que se le manifiesta es suya, y si es la misma con que se le prendió al tiempo de su arresto, dijo: que si, y que por suya la reconoce.

Preguntado: de quién es aquella sangre seca con que está teñida parte de su hoja y mango, respondió: que aquella sangre y la que tienen sus ropas es procedida de una cortadura que tiene en un dedo de la mano; y habiéndole hecho otras diferentes preguntas que su merced estimó por convenientes, respondió: que nada mas tenia que decir ni declarar que lo manifestado hasta aqui; y habiéndosele leido toda su confesion, dijo: se afirmaba y ratificaba en ella, y en este estado mandó su merced suspenderla por ahora, sin perjuicio de proseguirla y continuarla siempre que convenga &c. La firmó junto con su merced, y rubricó todas las hojas de ella, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Pedro Reo. = Diego, escribano.

AUTO QUE LLAMAN DE CULPA Y CARGO.

Respecto de que en la antecedente confesion recibida á F., no ha dado convincente exculpacion à los cargos que se le han hecho, se los propone su merced como culpas que contra él resultan en el proceso (1), y mediante que por ellas y sus hechos está ofendida la sociedad, interesada en que ninguno perturbe la tranquilidad pública, y que en esta causa no hay acusador conocido, en cuyo caso puede nombrarse de oficio (2), en cumplimiento del suyo nombraba y nombró su merced por promotor fiscal para esta causa al licenciado Don F., abogado (si le hubiese en el pueblo), ò si no le hay, à F., vecino del mismo lugar, à quien se le entregue este proceso, para que en su vista pida lo que corresponda segun derecho para la administracion de justicia. Hágasele saber para que acepte este encargo con el juramento de ejercerle bien y fielmente, y que en el término de tercero dia formalice la acusacion, ò pida lo que hallare por conveniente y arreglado á derecho, y se notifique á F. preso por esta causa el estado de ella, y que nombre procurador y abogado que le defiendan, á cuyo fin otorgue el competente poder, con apercibimiento que no haciéndolo, se sustanciará la causa en rebeldía, y su omision le causará el mismo perjuicio que su expreso consentimiento. = Don Benito, juez. = Diego, escribano.

NOTIFICACION AL PROMOTOR FISCAL, SU ACEPTACION Y JURAMENTO.

En el lugar de tal, á tantos de tal mes y año, yo el escribano hice saber el auto antecedente á Don F., de que enterado, dijo: acepta el nombramiento de promotor fiscal en la causa que cita, y bajo juramento que hizo en forma de derecho, ofrece procurar su desempeño segun su inteligencia, y ejercer este encargo bien y fielmente, tomando consejo de persona de ciencia y conciencia cuando lo necesite. Asi lo respondió y firmó, de que doy fe. = F., promotor. = Ante mi, Diego, escribano (3).

1 Esto es fórmula de estilo, aunque no he visto ley que mande tal fórmula, por mas que la he buscado.

2 Ley 13, t't. 1. Part. 7.

3 Despues de haber tomado la confesion al acusado, si el muerto tiene muger, hijo, padres ó parientes dentro del cuarto grado, se manda por un auto que se les haga saber al mas próximo de los referidos por este orden el estado de la causa, por si quiere alguno de ellos mostrarse querellante en ella, y si responde

NOTIFICACION AL PRESO.

En la carcel de este lugar de T., á tantos de tal mes y año, yo el escribano hice saber el auto que antecede á Pedro Reo, preso por esta causa, para que nombre procurador y elija abogado que le defiendan en ella, y á este efecto le confiera y otorgue el poder necesario para que representando su persona puedan entenderse con él las diligencias que sean necesarias para la mas legal sustanciacion de esta causa; y enterado de todo el contenido del auto, dijo que quedaba instruido, y que en uso de él practicaria las diligencias conducentes á su defensa: asi lo respondió y firmó, de que doy fe. = Pedro Reo. = Ante mí Diego, escribano (1).

ACUSACION DEL REO POR EL PROMOTOR FISCAL.

El promotor fiscal nombrado de oficio para la sustanciacion de este proceso, ante V. en la forma que mas haya lugar, á nombre del público ofendido acusa grave y criminalmente à Pedro Reo, natural de T., vecino de T., y de estado casado, preso en la carcel Real de este lugar por el grave y atroz delito que se le

que no, la prosigue el promotor fiscal que se nombra segun la referida ley 13. tit 1. Part. 7.

1 En este estado se provee un auto para que el escribano remita testimonio á la letra de todo lo actuado hasta aqui, y de que no se haya remitido, á la sala del crimen del tribunal de aquella provincia, con carta y sobrescrito al señor fiscal de ella por el correo para evitar los grandes perjuicios que se ocasionan á los vecinos de enviarlos con un propio, como lo acostumbran hacer por carga concejil, que por lo comun recae en los pobres jornaleros, que se mantienen solo de su jornal, siendo lo mas seguro y menos costoso certificarlos en el correo, á costa de los bienes del acusado si los tiene, ó á costa del que le toque conducirlos por carga concejil, lo cual le costará menos que el importe de los jornales que pierde, y se liberta de las intemperies é incomodidades del camino, ademas que asi van mas seguros los testimonios que con los propios, con quienes suelen facilitar los interesados el abrirlos para leer su contenido, é instruirse de lo que resulta en la sumaria, y despues pretexian que se ha abierto el sobrescrito con la frotacion del movimiento, afectando rusticidad é ignorancia que no tienen. Despues de haber sacado el testimonio antecedente, se entregan los autos al promotor fiscal, foliados por el escribano actuario que debe tomar recibo ó conocimiento de las hojas que contienen, y el no hacerlo, es cargo de residencia contra él segun la ley 4. tit. 21. lib 4. Nov. Rec. Con esta cautela se evita el que se sustraigan hojas ó el que se pongan despues que se han quitado. Los procuradores no pueden confiar los procesos á nadie, sino al abogado de la parte, ni sacarlos del pueblo sin licencia del juez si en el pueblo hubiese letrados que los despachen; pero si no los hay, preciso es llevarlos á aquel á quien elijan por defensor de su parte; pero tomando recibo de las hojas que tiene. Ley 6. tit. 31. lib. 5. Nov. Rec.

atribuye de haber dado muerte violenta á Sebastian de T.

(*Aqui se refiere el caso y pruebas de el que resulten de la sumaria, y se concluye el pedimento asi:*) y mediante que en esto ha cometido gravísimo delito, digno del mas severo castigo, y que del proceso resulta suficientemente justificado haber sido el referido Pedro Reo el único agresor y perpetrador de la referida muerte:

A. V. suplico que admitiendo esta acusacion en desagravio de la causa pública ofendida, se sirva condenar al citado Pedro Reo á la pena ordinaria natural de muerte en la horca, con condenacion de todas las costas de esta causa y confiscacion de todos sus bienes restantes, en cumplimiento de la ley Real recopilada, que impone esta pena al que mata á otro á traicion ò aleve, para que el castigo de este sirva de escarmiento, y se asegure por medio de este terror la vida de los ciudadanos pacíficos; se contengan los atrevidos para no cometer semejantes delitos, y se afiance la tranquilidad pública, respetando todos las leyes, y temiendo el rigor de la justicia, que es lo que el promotor fiscal pide y espera de la rectitud de V., para lo que pone al dicho Pedro Reo la mas formal acusacion con las protestas y juramento necesarios de ampliarla, suplirla ò enmendarla segun lo que resulte de las pruebas &c. = Licenciado F. (1).

AUTO DE TRASLADO AL REO.

Por presentada esta acusacion en cuanto há lugar en derecho, dese traslado de ella á Pedro Reo, preso por esta causa para que en el término ordinario de tercero dia alegue y pida lo que le convenga. Lo mando el señor Don Benito, juez ordinario en este lugar de T., á tantos de tal mes y año, y lo firmó, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Ante mi, Diego, escribano.

1 Las justicias ordinarias no pueden nombrar fiscal que acuse en nombre del público en las causas criminales que se siguen de oficio, y únicamente les es permitido nombrar promotor fiscal, para que en aquella causa limitadamente, y no para otra en general, haga las veces de acusador y querellante por la causa pública. El nombrar fiscal es regalía privativa de su Magestad, y solamente se da este título, y pueden usar de este dictado los que su Magestad nombra para sus Consejos, Reales chancillerías y audiencias. Los que nombran las justicias ordinarias, solo pueden titularse promotores fiscales, y asi deben empezar los pedimentos, diciendo: *El promotor fiscal nombrado para esta causa &c.*, segun lo manda la ley 6. tit. 33. lib. 12. Nov. Rec. Mas si alguna ciudad ó juzgado tuviesen privilegio Real para nombrar fiscal, le deberá mostrar en el tribunal superior del distrito.

NOTIFICACION AL REO Ó Á SU PROCURADOR, SI YA TUVIESE PRESENTADO PODER EN LA CAUSA.

En la villa de tal, à tantos de tal mes y año, yo el escribano notifiqué el auto de traslado que antecede à Pedro Reo en su persona: doy fe.=Diego, escribano.

RESPUESTA DE PEDRO REO Á LA ACUSACION.

F., en nombre y en virtud de poder que con la solemnidad necesaria presento y juro de Pedro Reo, preso en la Real carcel de este lugar por atribuirle el delito de homicida de F., de tal estado y vecindad, respondiendo à la acusacion propuesta contra mi parte por el promotor fiscal, nombrado de oficio para esta causa, digo: que sin embargo de los cargos que en dicha acusacion se hacen contra mi parte, y de lo que contra ella se alega, se ha de servir V. procediendo en justicia declarar que hasta ahora no estan justificados competentemente, y por consecuencia absolver á mi parte de dichos cargos y acusacion libremente y sin costas, y mandar se le ponga inmediatamente en libertad; pues asi procede en justicia, por lo que hasta el presente produce el sumario, y demas que en caso necesario se justificará. (*Aqui se alegan las razones de hecho y de derecho que disculpen al acusado, segun lo que resulte del proceso.*)

A V. suplico que por los referidos fundamentos se sirva proveer y determinar segun y como en el ingreso de este escrito llevo pedido, que asi lo espero de la notoria rectitud de V., para lo que imploro su noble oficio, formo este pedimento con las propuestas y reservas necesarias, juro no proceder de malicia &c.

Otrosí. Para los efectos que haya lugar en derecho, alego que el referido Pedro Reo dice que es del estado noble, y protesta justificarlo en caso necesario para que se le guarden sus privilegios: pido justicia *ut supra* (1).=Don F., abogado.=F., procurador.

AUTO DE TRASLADO AL PROMOTOR FISCAL.

Traslado al promotor fiscal: lo mandó su merced el señor Don Benito, juez ordinario del lugar de tal, á tantos de tal mes

1 Este otrosí puede ser muy conveniente, y es cautela que deben tener los abogados por si la causa es de aquellas en que puede imponerse al reo la pena de azotes ó vergüenza pública.

y año, y lo firmó, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Ante mí, Diego, escribano.

CONCLUSION DEL PROMOTOR FISCAL PARA PRUEBA.

Negando lo alegado, y contradiciendo lo pedido por F., á nombre de Pedro Reo, concluyo en esta causa para prueba, no ocurriendo novedad. = Licenciado F.

AUTO.

Dese traslado de esta conclusion al procurador de Pedro Reo por el término de tercero dia (1).

AUTO.

Tráiganse los autos para proveer lo que corresponda segun su estado. Lo mandó el señor Don Benito, juez ordinario de este lugar, á tantos de tal mes y año &c.

AUTO DE PREBA.

Vistos estos autos y su estado por su merced el señor Don Benito, juez ordinario de este lugar, dijo que los recibia á prueba por término de veinte dias comunes á ambas partes por mitad, dentro de los cuales pidan y justifiquen lo que respectivamente les convenga, y por este su auto asi lo proveyó, mandó y firmó en el lugar de tal, á tantos de tal mes y año. = Don Benito, juez. = F., asesor. = Ante mí, Diego, escribano (2).

NOTIFICACION.

A tantos de tal mes y año notifiqué el auto antecedente de prueba á F., promotor fiscal, nombrado para esta causa, de que doy fe. = Diego, escribano.

NOTIFICACION AL REO Ó Á SU PROCURADOR.

En el lugar de tal, á tantos de tal mes y año notifiqué el au-

1 En algunos tribunales, no habiendo mas que dos partes, en concluyendo una, se da por concluso el proceso para la vista y determinacion que corresponda segun el estado en que se halla. Este auto se notifica al procurador, y si no lo contradice con algun fundamento legal, se manda llevar los autos.

2 Si no es juez de letras firma tambien el asesor.

ò de prueba que antecede á F., como procurador de Pedro Reo, acusado en esta causa, en su persona: doy fe (1). = Diego, escribano.

PEDIMENTO DEL PROMOTOR FISCAL.

F., como promotor fiscal, nombrado de oficio para esta causa, representando los derechos de la sociedad ofendida con el atroz delito del homicidio violento ejecutado en la persona de Sebastian de F., dice: que esta causa se ha recibido á prueba por auto de tantos del presente mes, el que se le ha notificado, y para completar el juicio informativo sumario:

A V. suplico se sirva mandar se notifique à Pedro Reo, acusado y preso por esta causa, que resuelva si ha por bien y legalmente examinados los testigos y peritos del sumario, y si responde que no, y quiere que se repitan, se ratifiquen con su citacion ò la de su procurador (2), para que quede legitimado este proceso informativo, y con la misma se abonen los testigos que hayan fallecido ò que se hayan ausentado; y evacuado todo, vuelva el proceso al promotor fiscal para formalizar la querella, y pedir lo que juzgue que corresponde à derecho y justicia, que es la que solicita y espera; jura no proceder de malicia &c.= Licenciado F.

AUTO.

Hágase como lo pide el promotor fiscal: lo mandó el señor Don Benito, juez ordinario en este lugar de T., á tantos de tal mes y año &c.

NOTIFICACION.

En el lugar de tal, á tantos de tal mes y año, yo el escribano público y actuario en esta causa, de orden de su merced notifiqué è hice saber el pedimento y auto antecedentes á Pedro Reo, preso en esta carcel Real por acusado é indiciado de reo en esta causa, quien enterado de todo, dijo: que por evitar las dilaciones de este proceso, y no tener desconfianza de que los testi-

1 En las causas criminales no puede el acusado ni su procurador renunciar la prueba segun lo dispone la ley 2. tit 5. Part. 7 g os. num. 3. En el auto de prueba se señala el término que el juez estime suficiente para hacer las pruebas de ambas partes, segun las circunstancias que concurran de estar los testigos en el lugar ó cerca para abreviar las causas cuanto sea posible; pero si las partes necesitan mas tiempo se les va prorogando. Estas prórogas no se pueden extender mas que hasta los ochenta dias que concede la ley para ambas partes, excepto si alguna de ellas tiene el privilegio de la restitucion por ser menor &c.

2 Ley 14. tit. 8. lib. 2. del Fuero Real.

gos examinados en el sumario hayan sido seducidos, atemorizados ni compelidos à jurar, ni declarar lo que hayan depuesto, desde luego les da por bien y fielmente examinados y juramentados y por ratificados, como si lo hubiesen sido con su citacion; pero con reserva de su derecho de excepcionar las tachas legales que tengan por la cualidad de sus personas y contra sus dichos, y el que se repitan en caso que le convenga à su defensa. Asi lo respondió, declaró y protestó voluntariamente, hallándose presentes como testigos F. y F. que firmaron esta diligencia con el declarante y renunciante de la ratificacion de testigos: de todo lo cual doy fe. = Pedro Reo. = F. y F., testigos. = Ante mí, Diego, escribano (1).

RATIFICACION DE TESTIGOS, SI EL ACUSADO QUIERE QUE SE RATIFIQUEN.

En el lugar de tal, à tantos de tal mes y año, ante el señor Don Benito, juez ordinario en él, compareció N., testigo examinado, à quien su merced por ante mí el escribano despues de haberle hecho las advertencias que se previenen en el auto que está à fojas tantas de esta causa, recibió juramento que hizo à Dios nuestro Señor y una señal de cruz segun derecho, y bajo de él ofreció decir verdad de lo que supiere y fuere preguntado; y en su consecuencia le preguntó su merced si es pariente, amigo ó enemigo de Pedro Reo, preso por esta causa, ó de alguna de las partes que tengan interes en ella, si desea que alguna mas que la otra venza aunque no tenga justicia, si ha sido sobornado ó atemorizado por alguno para que no diga la verdad en esta declaracion, ó que calle lo que sepa, respondió: que no es amigo ni enemigo del preso por esta causa, ni le comprende ninguna de las generales de la ley que su merced le presenta; y habiéndosele leido toda la declaracion que dió, y está à fojas tantas de esta causa, enterado muy bien de ella, le preguntó su merced si era la misma que habia dado, si estaba en los mismos términos que él lo declaró, si tiene algo que añadir ó enmendar en ella: dijo que lo que en dicha declaracion está escrito, es lo mismo que entonces depuso, por ser cierto todo ello, en lo que se ratifica de nuevo; que no tiene que añadir ni quitar, y por ser todo la verdad, lo firmó con su merced, quien le man-

1 En el caso que responda que quiere se ratifiquen los testigos del sumario, se han de ratificar con su citacion y asistencia de su procurador si quiere asistir, señalando el juez sitio, dia y hora para que concurran los testigos á ser ratificados, y á recibir la informacion de abono de los difuntos y ausentes.

dó bajo la pena de ser castigado conforme à derecho, que no revelase su declaracion à persona alguna hasta que se haga publicacion de probanzas en ella, de todo lo cual doy fe &c. (1).

Probanza por el promotor fiscal en la causa de homicidio formada contra Pedro Reo, por atribuirsele este delito.

INTERROGATORIO POR EL PROMOTOR.

Por las preguntas siguientes serán examinados los testigos que en esta causa se presentan por parte de Don F., como promotor fiscal, nombrado en ella por la vindicta pública.

Primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, si tienen noticia de esta causa, y si les comprenden algunas de las tachas generales de la ley.

Pregunta 2.ª Si saben ó tienen noticia que Pedro Reo fue quien hirió à Sebastian de T., dándole dos navajadas en el vientre y tres en el brazo izquierdo, de cuyas resultas murió este; expresen por qué lo saben.

Pregunta 3.ª Si saben que el expresado Pedro Reo era hombre poco aplicado al trabajo, y que por lo mismo se habia dedicado al contrabando, y que habiendo sido aprehendido con él, fue destinado al presidio del Ferrol, y à servir en la marina.

Pregunta 4.ª Si saben que dicho Pedro Reo blasonaba siempre de que era hombre valiente, y que no sufria chanzas, y decia que el que se las hiciese se las habia de pagar, y que acostumbraba poner sus amenazas en ejecucion.

Pregunta 5.ª Si saben que en el dia tantos, siguiente al del lance de las puñaladas, llegó al Ferrol à su casa ensangrentado el vestido que llevaba, que se mudó la ropa interior, y se marchó despidiéndose de su muger para siempre y desde entonces no le ha vuelto à ver.

Pregunta 6.ª Si saben que dicho Pedro Reo es hombre soberbio, provocativo, y que por poco motivo arma quimeras, y lo demas que sepan de su conducta buena ó mala.

Ultimamente: digan de público y notorio, pública voz y fama comun y opinion. = F., abogado. = F., procurador.

1 Por este estilo se pone la ratificacion de los cirujanos y maestros armeros, ú otros que hayan declarado como peritos, y la de los testigos del sumario.

PEDIMENTO PRESENTANDO EL INTERROGATORIO.

F., promotor fiscal, nombrado de oficio en la causa contra Pedro Reo, preso en esta carcel Real por atribuírsele la muerte dada violentamente à Sebastian T., cuya causa está recibida á prueba: presento el correspondiente interrogatorio para hacer lo que convenga en desagravio de la vindicta pública:

A V. suplico, que habiéndole por presentado, se sirva mandar que à su tenor sean examinados los testigos que por parte del promótor fiscal fueren presentados, y en caso necesario se les apremie á ello con arreglo á derecho por ser conforme à justicia. = F., abogado. = F., procurador.

AUTO.

Por presentado el interrogatorio antecedente en cuanto es pertinente à esta causa, y á su tenor se examinen los testigos que se presentaren por parte del promotor fiscal en ella, à lo que en caso necesario se les apremie conforme à derecho: lo mandó el señor Don Benito, juez y justicia ordinaria en este lugar de T., à tantos de tal mes y año, de que doy fe. = Diego escribano (1).

SEÑALAMIENTO DEL SITIO DE AUDIENCIA.

En tal dia, mes y año, hice saber à F., como procurador de Pedro Reo, acusado, que su merced habia señalado tal sitio, y todos los dias desde mañana, de tal hora à tal hora, para recibir los testigos que se le presenten, asi para su ratificacion, como para decir lo que sepan, à efecto de que asistan à ver jurar, y conocer los que cada parte trajere, con apercibimiento, que no asistiendo se ratificarán ó examinarán sin su asistencia, y les parará el mismo perjuicio que si presentes fuesen; à que respondió quedaba enterado, de que doy fe. = Diego, escribano.

1 Se despacha la receptoria si se ha de hacer prueba fuera del lugar ó por otro que no sea el juez de la causa, con arreglo á la ley 3. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec.

Probanza dada por el promotor fiscal nombrado en esta causa, contra Pedro Reo por el interrogatorio presentado.

TESTIGO PRIMERO, LUISA PEREZ, COMPAÑERA DE PEDRO REO.

En el lugar de T., á 30 de enero de 1790, el promotor fiscal de esta causa, para justificacion de lo que tiene articulado, presentó por testigo á F., vecino de tal parte, y habiéndole leido el auto de advertencias de testigos que se halla á fojas tantas de este proceso, le recibió su merced juramento, que hizo segun por derecho se previene, de que yo el escribano doy fe, bajo del que prometió decir verdad en lo que supiere y le fuere preguntado; y siéndolo al tenor de las preguntas contenidas en el interrogatorio, declaró á cada una de ellas lo que sigue:

A la primera dijo, que es de edad de cuarenta años, tiene noticias de esta causa, conoce de vista á las partes litigantes, y no le tocan generales algunas de las que la pregunta contiene, y le fueron explicadas por su merced.

A la segunda dijo: sabe y le consta que el Pedro Reo fue quien hirió á Sebastian T., dándole puñaladas en el vientre y en el brazo izquierdo, de cuyas resultas tiene noticia se ha muerto; y sabe lo referido con ocasion de ir los dos en su compañía, el Sebastian para cuidar de una caballería que llevaba la declarante alquilada del amo de Sebastian, y el Pedro Reo por haberse encontrado casualmente con ella; que habiéndose quedado el Pedro Reo detenido en la taberna que hay en él, venia de prisa para alcanzarlos, y luego que se incorporó con ellos, reconvino al Sebastian por qué no le habia esperado; á que le dijo que no tenia por qué, y que él era hombre para dar cuenta de la declarante, y entonces le contestó el Pedro que le daria doce puñaladas, y sacó una navaja larga, y en vista de esto se echó la declarante de la caballería al suelo para contenerlos y evitar la quimera, y al mismo tiempo llegaron un hombre y dos mugeres que no conoció, y tambien atravesaban el camino, y agarrando al Sebastian, le quitaron el palo, y entonces el Pedro volvió á coger la navaja, y dió al Sebastian las puñaladas en el vientre y brazo; y viéndole la declarante tan mal herido, y que Pedro y los demas se ausentaban, hizo lo mismo aturdida y asustada, y abandonó la caballería marchándose á pie, porque no sabia qué partido tomar en aquel lance tan desgraciado é inopinado, y se marchó á su casa.

A la tercera, cuarta y quinta pregunta dice no sabe cosa alguna de su contexto.

A la sexta respondió: que por lo que deja dicho en cuanto á la segunda pregunta, advierte que el Pedro Reo es amigo de quimera y bien mala conducta.

A la séptima y última pregunta dijo: que cuanto lleva manifestado es la verdad, público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion, sin que tenga mas que añadir, no obstante varias preguntas que se le hicieron por el señor juez, y por lo mismo en ello se ratifica y afirma, bajo del juramento que tiene hecho: se la encargó no descubra á nadie su declaracion, hasta que se haga publicacion de probanzas: no firma por haber dicho que no sabe, lo que hace su merced, y de ello doy fe.

TESTIGO SEGUNDO.

Habiendo sido examinado del mismo modo, á todas las preguntas dijo no sabia cosa de su contenido, excepto que por lo que toca á la segunda, dice le oyó al Pedro Reo al tiempo de su arresto, ó ya despues con el motivo ú ocasion de estar de guardia de su persona en la cárcel, que trabó riña entre Sebastian y Pedro, y este le decia á aquel terribles cosas, porque le habia dado de palos &c. (*Concluye del mismo modo que la antecedente.*)

TESTIGOS TERCERO Y CUARTO.

Examinados por el mismo orden que el primero, dijeron: en orden á lo que refiere la tercera y quinta pregunta, es cierto todo su contexto; pero nada dicen en cuanto al mal tratamiento que daba á su muger Pedro Reo.

Probanza por Pedro Reo en la causa de homicidio porque está procesado y preso.

INTERROGATORIO PARA LA PRUEBA DE PEDRO REO.

Por las preguntas siguientes serán examinados los testigos que se presentaren por el procurador ó apoderado de Pedro Reo, acusado y preso por causa que de oficio se sigue contra él mismo, por atribuírsele ser el ejecutor de la muerte violenta que se dió á Sebastian, herido, vecino de T.

Primeramente serán preguntados si conocen à las partes, tienen noticia de esta causa, y si les comprenden las generales de la ley.

Segunda. Si saben que Pedro Reo es pacífico, de buena conducta, y que sin motivo grave no es capaz de ofender á persona alguna.

Tercera. Si saben y les consta que á poco vino que beba se le suele perturbar la cabeza, y que cuando sucedió la quimera con el Sebastian iba aquel algo borracho, por haber bebido bastante en las tabernas que encontraba en el camino.

Cuarta. Si saben que Sebastian T., difunto, criado que fue de Estevan de Santiago, mesonero en el camino real que desde Santiago viene á esta ciudad, era de genio altivo y quimerista que insultaba à cualquiera por leve motivo, que presumia de valiente, y se jactaba de que tenia muchas fuerzas, y que acostumbraba llevar un palo, con el cual por poco motivo apaleaba á cualquiera.

Quinta. Si saben que todo lo interrogado es público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion.

PEDIMENTO PRESENTANDO EL INTERROGATORIO.

Angel Varela Montoto, en nombre de Pedro Reo, preso en la Real cárcel de este lugar de T., por atribuírsele la muerte violenta dada à Sebastian de T., cuyo proceso se halla recibido à prueba, presentó el correspondiente interrogatorio, para hacer la que convenga en exculpacion de los cargos que se le han formado en la confesion y acusacion:

A V. suplico, que habiéndole por presentado, se sirva mandar que á su tenor sean examinados y declaren los testigos que por mi parte fueren presentados, y que en caso necesario se les apremie á ello conforme á derecho, por ser arreglado à justicia. = F., abogado. = Angel Varela Montoto, procurador.

AUTO.

Por presentado el interrogatorio que antecede en cuanto es pertinente, y à su tenor se examinen y declaren los testigos que se presentaren por parte del procurador de Pedro Reo, preso por esta causa, à lo que en caso necesario se les apremie conforme á derecho: lo mandó el señor Don Benito, juez y justicia ordinaria en el lugar de T., á tantos de tal mes y año, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Diego, escribano.

NOTIFICACION.

Dicho dia, mes y año, yo el escribano, notifiqué el auto antecedente à F., promotor fiscal en esta causa, para el efecto en él contenido: doy fe. = Diego, escribano.

OTRA.

Dicho dia, mes y año, yo el escribano hice saber el auto que antecede à Angel Varela, en nombre de su parte, para que presente los testigos de que pretende valerse para su prueba, de que doy fe. = Diego, escribano.

PEDIMENTO DE PROROGACION DE TÉRMINO.

Angel Varela Montoto, en nombre de Pedro Reo, preso en esta Real cárcel por atribuírsele la muerte violenta de Sebastian T., dijo: que por auto de tantos se sirvió V. recibir esta causa à prueba por veinte dias comunes à las partes; que se me notificó en tal dia, y en atencion à que los testigos de que mi parte se ha de valer para hacer la suya, se hallan dispersos y algunos ausentes, por lo que no los puede presentar en el corto término que le corresponde del señalado:

Suplico à V. que para que mi parte no quede indefensa, se sirva prorogar el término de prueba hasta el de la ley; pido justicia, juro no proceder de malicia. = Angel Varela Montoto.

AUTO.

Prorógase el término de prueba por veinte dias mas, comunes à las partes; lo mandó el señor Don Benito, juez de este lugar de T., à tantos de enero de 1790. = Don Benito, juez. = Ante mí, Diego, escribano.

NOTIFICACION.

En el lugar de T., à tantos de tal mes y año, notifiqué el auto antecedente de próroga de término à F., promotor fiscal,

y F., procurador de Pedro Reo, preso, en nombre de este, en sus personas: doy fe. = Diego, escribano.

PRIMER TESTIGO, MARÍA VENTURA.

En el lugar de tal, à 20 de mayo de 1790, F., apoderado de Pedro Reo, preso, para justificacion de lo que este tiene articulado, presentó por testigo à María Ventura, vecina de tal parte, à quien su merced por ante mí el escribano recibió juramento que lo hizo, segun derecho se requiere, de que doy fe; bajo del cual ofreció decir verdad en lo que supiere y fuere preguntada, y siéndolo al tenor del interrogatorio que le ha sido leido y explicado en forma, declaró sobre cada una de sus preguntas lo siguiente.

A la primera dijo tiene noticia de esta causa, conoce à Pedro Reo, y que no le tocan generales algunas de las que en ella se contienen, que es de edad de cuarenta años poco mas ó menos.

A la segunda respondió no tiene noticia ni le consta que el Pedro Reo sea hombre inquieto y amigo de riñas, y sí la tiene de ser pacífico y de buena conducta, sin que le conste cosa en contrario.

A la tercera dice: advirtió y oyó varias veces que con poco vino que beba suele perturbársele la cabeza, y que cuando tuvo la quimera con Sebastian de T., iba, al parecer de la declarante, algo tomado del vino.

A la cuarta dijo no le consta que Sebastian de T., difunto, criado que fue del mesonero, fuese de genio altivo y quimerista; pero sí oyó algunas veces despues, que se presumia y jactaba de valiente, sin que le conste ni tenga noticia de lo demas que contiene la pregunta.

A la quinta y última contestó que cuanto lleva dicho es verdad, público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion, sin que tenga mas que declarar, no obstante varias preguntas que le fueron hechas por su merced; y por lo mismo se afirma y ratifica en ello bajo el juramento que tiene prestado; se la encargó el secreto de su declaracion hasta que se haga publicacion de probanzas; no firmó por decir no sabe, lo hizo su merced, de que yo el escribano doy fe. = Don Benito, juez. = Diego, escribano (1).

1 Del mismo modo prosiguen las declaraciones de los demas testigos, excepto que algunos de ellos afirman que el criado del mesonero era quimerista, y todo lo que la cuarta pregunta contiene.

PEDIMENTO PIDIENDO PUBLICACION DE PROBANZAS.

El promotor fiscal, nombrado para la causa que de oficio de justicia se sigue para la averiguacion del agresor de la muerte violenta dada á Sebastian de T., dice: que en el dia tantos de tal mes se recibió este proceso á prueba por el término de tantos dias comunes á ambas partes, el que se notificó al procurador de Pedro Reo en el dia tantos de tal mes, y mediante que el término de prueba es cumplido, para que tenga el debido curso esta causa:

A V. suplico se sirva mandar se haga publicacion de probanzas, y de ellas se confiera traslado á las partes por su orden, pues así corresponde en justicia, que pido, jurando lo necesario &c.=F., promotor fiscal.

AUTO HACIENDO PUBLICACION DE PROBANZAS.

Estando cumplido el término de prueba, de que certificará el presente escribano, se hace publicacion de probanzas, las que con el proceso se entreguen á las partes por su orden por el término de tres dias, para que en su vista aleguen y pidan lo que les convenga: lo mandó el señor Don Benito, juez y justicia ordinaria en el lugar de T., á tantos de tal mes y año, de que doy fe.=Don Benito, juez.=Diego, escribano.

NOTIFICACION.

En el lugar de T., á tantos de tal mes y año, yo el infrascrito escribano, mediante que el término concedido para las pruebas es pasado y cumplido, de que certifico, notifiqué el auto antecedente de publicacion de probanzas á F., como promotor fiscal en esta causa, y de todo lo contenido en esta diligencia doy fe.=Diego, escribano.

OTRA.

En dicho lugar y dia hice saber el auto que antecede de publicacion de probanzas á Angel Varela Montoto, á nombre de Pedro Reo, su principal, de que doy fe.=Diego, escribano.

ALEGATO DE BIEN PROBADO POR EL PROMOTOR FISCAL.

El promotor fiscal nombrado de oficio para la sustanciacion legal de la causa formada tambien de oficio contra el que resultase agresor de la violenta muerte dada á Sebastian de T., en el dia 10 de enero de 1790, hoy ya difunto, alegando de bien probado en esta causa, dice &c. (*Se alega cuanto conduzca al intento, y se concluye del modo siguiente:*) Por lo expuesto:

Pide el promotor fiscal en cumplimiento de su cargo, que V. se sirva imponer á dicho Pedro Reo la pena que al principio de este escrito tiene propuesta con arreglo á las leyes del reino, para su debido castigo, y que sirva de escarmiento á otros; pues asi procede de justicia, y la espera de la notoria rectitud de V. con la condenacion de costas, para todo lo cual jura y protesta lo necesario &c. = Licenciado Don F. de tal (1).

AUTO.

Por presentada la alegacion antecedente, dese traslado de ella al promotor fiscal por el término ordinario. Lo mandó el señor Don Benito, juez en este lugar de T., á tantos de tal de 1790, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Diego, escribano.

NOTIFICACION.

En el lugar de T., á tantos de tal mes de 1790, yo el escribano notifiqué el auto de traslado antecedente á F., como promotor fiscal en esta causa, de que doy fe. = Diego, escribano.

CONCLUSION.

Negando y contradiciendo lo alegado por parte de Pedro Reo en lo perjudicial, y afirmándome en lo antecedentemente alegado y pedido por mi parte, concluyo para definitiva, *novatione cessante.*

1 Se ha omitido un largo alegato que presentaba por modelo el señor Vizcaino: ya por ser de mal gusto, asi en las ideas como en el lenguage, ya tambien porque las reflexiones y argumentos alegados para esta causa, y contraidos á las circunstancias de ella, no podrian servir para otra.

AUTO.

Por conclusa esta causa, tráiganse citadas las partes para proveer: lo mandó el señor Don Benito, juez en el lugar de T., á tantos de tal mes de 1790, de que doy fe.=Don Benito, juez.= Diego, escribano (1).

SENTENCIA DEFINITIVA.

Estando en el sitio señalado para dar audiencia pública y administrar justicia en este lugar de T., y deseando hacerla en el pleito y causa que ante mí ha pendido y pende de oficio, promovida por F., promotor fiscal, nombrado para la sustanciacion de ella, en representacion de la causa pública, como actor demandante, contra Pedro Reo, acusado sobre la muerte violenta dada á Sebastian, herido: visto el proceso, y no advirtiendo en él nulidad legal, la acusacion del promotor fiscal y las defensas hechas, así de hecho como de derecho, presentadas á nombre de Pedro Reo, acusado en esta causa por su procurador F., hecha publicacion de ellas; y visto y considerado todo lo que se debe considerar, fallo: que por los méritos de este proceso, á que en lo necesario me refiero, debo condenar y condeno á dicho Pedro Reo á diez años de presidio en uno de los de África en calidad de gastador (2), el que no quebrante en dicho término, pena de la vida, y en todas las costas procesales y personales que por esta causa se han ocasionado y ocasionasen hasta su efectivo y total cumplimiento, y antes se consulte esta sentencia con los señores gobernador y alcaldes que componen la sala del crimen de la Real audiencia de este reino, para que mereciendo su aprobacion, se ejecute, ó la mejoren, y para ello se remita con los autos originales, y por esta mi sentencia definitivamente juzgando, así lo mando, pronuncio y firmo.=Don Benito, juez.

1 El juez puede nombrar asesor, y las partes recusar hasta tres cada una. Cuando el juez no es letrado suele proveer auto para que las partes se conformen en abogado que sea asesor, y sino se conforman, puede recusar cada parte á tres de los nombrados; pero despues el juez de oficio al que le parece, y este no es recusable.

2 Esta expresion *en calidad de gastador* quiere decir que le aplican á los trabajos de las obras de aquel presidio, para dar á entender que es grave el delito porque se le condena, y que el gobernador no le dispense ni releve de los trabajos personales.

AUTO DE PRONUNCIACION.

En el lugar de T., á tantos de tal mes y año, el señor Don Benito, juez en él, estando en su audiencia dió y pronunció la sentencia que antecede, que mandó se reservase y no se publicase hasta que en consecuencia de la consulta que de ella manda hacer, se verifique su confirmacion ó revocacion: lo que pongo por diligencia este dia, siendo la hora de las diez de la mañana, de que doy fe. = Don Benito, juez. = Diego, escribano.

CARTA DE REMISION DE LOS AUTOS EN CONSULTA POR MANO DEL SEÑOR FISCAL.

Muy señor mio: en cumplimiento de las Reales órdenes que nos estan comunicadas, remito por mano de V. S. la causa principiada, seguida y sentenciada en mi juzgado, sobre la violenta muerte dada á Sebastian de T., la que se compone de tantas fojas, para que se haga presente á los señores de esa Real sala, cuya confirmacion ó mejora espero para su ejecucion, y suplico á dichos señores se sirvan mandar que por el escribano de Cámara á quien corresponda, se me dé aviso de su recibo, para que conste en este oficio su remision y mi cumplimiento á sus preceptos. = Dios guarde &c. Lugar de T., á tantos de tal mes y año. = Benito, juez.

DECRETO.

Señores:
N. En tal parte, á tantos.
N. Dese cuenta de esta causa por el relator. Lo mandaron los señores del margen.
N.

OTRO.

Señores:
N. En tal parte, á tantos.
N. En vista del estado en que se halla esta causa pase
N. al señor fiscal. Lo mandaron los señores del margen.

RESPUESTA DEL SEÑOR FISCAL.

El fiscal de su Magestad, habiendo visto esta causa, su estado y sentencia que en ella dió, y consulta la justicia del lugar de T., con fecha en él á tantos de tal mes y año, por la cual

condena à Pedro Reo en diez años de presidio en Africa, y en las costas procesales y personales, ocasionadas en esta causa, dice: que no la halla conforme à los méritos del proceso y à las disposiciones de las leyes Reales, por lo que la considera digna de revocacion y enmienda, y para que se verifique, pide el fiscal que la sala se sirva retener este proceso en el tribunal, y dándose por notificado de dicha sentencia, apela de ella à nombre de la causa pública, y que admitida esta apelacion, se sirva mandar que estos autos vengan por su orden, como está prevenido, cuando las sentencias exigen variacion y aumento de pena, y que para este efecto se libre provision de emplazamiento à los interesados en ellos, y à la justicia del lugar de T., mandando que inmediatamente remita dicho reo à esta Real carcel con la correspondiente seguridad, y sin permitirle tomar lugar sagrado; y à efecto de abreviar esta causa reproduce el fiscal lo pedido y alegado en primera instancia por el promotor fiscal en sus escritos de tantos y tantos, con reserva de las demas acciones fiscales; pues asi lo conceptúa conforme à justicia: fecha. = D. F., fiscal.

DECRETO DE RETENCION, DE LA CAUSA EN SALA.

Señores: En tal parte, à tantos.

N. Retiénese esta causa en el tribunal: admítese la
N. apelacion que de la sentencia dada en ella interpone
N. el señor fiscal en cuanto haya lugar en derecho; líbrese despacho cometido al juez del lugar de T., que ha entendido en esta causa, para que inmediatamente remita à la carcel Real de esta ciudad la persona de Pedro Reo con la custodia necesaria, sin permitirle tomar sagrado, y con escribano que dé fe de ello, y de haberlo asi cumplido se ponga testimonio en esta causa; emplacen à las que sean partes en ella, y verificado se confiera traslado de la apelacion antecedente por el mismo orden à Pedro Reo, y se le notifique nombre procurador del tribunal si no le tiene, y le otorgue el correspondiente poder para que le defienda, bajo apercibimiento que de no hacerlo se sustanciará la causa en rebeldía, y le parará el perjuicio que haya lugar en derecho. Lo mandaron y rubricaron los señores del margen.

ENTREGA DEL REO EN LA CARCEL.

Doy fe: que por el alcaide de la Real carcel de esta ciudad se pasó el aviso que acompaña de habérsele entregado por la justicia del lugar de T., la persona de Pedro Reo. = N., escribano.

NOTIFICACION.

En el dia tantos de tal mes y año, estando en la Real carcel de esta ciudad, notifiqué el auto antecedente à Pedro Reo, preso en ella por esta causa, en persona, quien respondió cumpliria con su contenido, de que doy fe. = N., escribano.

PEDIMENTO SOLICITANDO EL REO SE LE ENTREGUE LA CAUSA PARA SU DEFENSA.

EXCELENTISIMO SEÑOR:

F., en nombre y en virtud del poder que con la solemnidad necesaria presento y juro de Pedro Reo, preso en la Real carcel de esta ciudad por indiciado en la causa de la muerte violenta dada à Sebastian de T., digo: que me muestro parte en ella à su nombre, y para su defensa:

A V. E. suplico, que habiendo por presentado dicho poder, y à mí por parte en esta causa à nombre de mi principal, se sirva mandar se me entregue para su defensa; que asi es justicia que pido, juro no proceder de malicia &c. = F.

DECRETO.

Señores: En tal parte, à tantos &c.
N. Entréguese esta causa à F., procurador de Pedro
N. Reo, por el término ordinario para el efecto que la
N. pide. Lo mandaron los señores del margen.

ALEGATO DE CONTRA APELACION POR EL REO.

EXCELENTISIMO SEÑOR:

F., en nombre y en virtud del poder que tengo presentado de Pedro Reo, preso en la Real carcel de esta ciudad, por atribuirsele ser autor y perpetrador de la muerte violenta dada à Sebastian de T.; en uso del traslado que por decreto de tantos del

presente mes se me ha conferido de la apelacion interpuesta por el señor fiscal de la sentencia definitiva, pronunciada en esta causa por el juez del lugar de T., en tantos de tal mes y año, por la cual condenó á dicho Pedro Reo, mi parte, en diez años de presidio en uno de los de África, en calidad de gastador, y en las costas personales y procesales de esta, respondiendo á dicho escrito de contra mejora, é interponiendo la apelacion de nuevo por mi parte, digo: que V. E. en méritos de justicia, y ella mediante, se ha de servir revocar dicha sentencia y conmutándola en mejor, absolver á mi parte de la acusacion contra ella propuesta libremente y sin costas; pues como lo suplica procede y es de hacer por lo que resulta de este proceso y fundamentos legales que se expondrán en este escrito.

Es notorio á los profesores de jurisprudencia que las causas criminales estriban en dos bases, que son la prueba del cuerpo formal del delito y la del agresor que le ha cometido con malicia: el primer extremo está justificado en este proceso, porque en él consta indubitablemente que Sebastian de T. murió de la navajada que le dieron en el vientre: lo que no está justificado en la forma que por derecho se requiere es el que Pedro Reo, á quien defiendo, fuese el matador de aquel á sabiendas y con malicia, y como para condenar á uno á la pena capital se requiere por la ley Real de Partida que las pruebas sean tan claras como la luz, de modo que no haya duda en sus palabras, se deduce de este principio que el Pedro Reo no debe ser condenado á la pena capital que el señor fiscal pide en su escrito de apelacion, y que antes bien debe ser absuelto libremente por los fundamentos legales que estan alegados en los anteriores escritos de primera y segunda instancia que reproduzco *(Aquí se añadirán todas las demas reflexiones de hecho y de derecho que en aquellos se hayan omitido y produzca lo actuado posteriormente)*: por tanto:

A V. E. suplico se sirva proveer y determinar en la forma que en el ingreso de este escrito llevo pedido, por ser asi arreglado á derecho y justicia, que es lo que solicito y espero, juro no proceder de malicia y lo demas necesario &c.

DECRETO.

Señores:

N. En tal parte, á tantos.

N. Traslado á la otra parte de lo alegado por esta de

N. Pedro Reo. Lo mandaron los señores del margen.

CONCLUSION DEL SEÑOR FISCAL.

El fiscal de su Magestad, negando y contradiciendo lo perjudicial, y afirmándose en lo antecedentemente pedido y alegado, concluye para la determinacion definitiva, no habiendo otra novedad. Fecha.=D. F., fiscal de su Magestad.

DECRETO.

Señores: En tal parte, á tantos &c.
N. Por conclusa esta causa: pase al relator para que
N. formando extracto, dé cuenta para el señalamiento de
N. dia para su vista. Lo mandaron los señores del margen.

OTRO PARA EL SEÑALAMIENTO DE DIA.

Señores: En tal parte, á tantos &c.
N. Señálase para la vista de esta causa el dia tantos
N. de tal mes, y cítese á las partes. Lo mandaron los
N. señores del margen.

CITACIONES.

Citacion al señor fiscal (1) y al procurador del reo, y á este por si quiere asistir á la vista de su causa.

NOTA DEL ESCRIBANO.

Informaron el abogado y el señor fiscal en estrados.=Don N., escribano.

1 Para la vista de las causas graves como las de muerte y otras de pena corporal, se debe avisar al señor fiscal por si debe informar en estrados. Ley 9. tit. 17. lib. 5. Nov. Rec., y no se le puede mandar salir de la sala aunque esten votando la causa, como ni tampoco al señor alguacil mayor, por prevenirlo asi su titulo regularmente, y mandarlo la ley 3. tit. 18. lib. 5. Nov. Rec. Es muy conveniente que asista el señor fiscal al tiempo del voto, asi por si le preguntan sobre algun hecho que duden, á que responderá de buena fe, porque ha visto los autos para informar, como porque oyendo los fundamentos en que apoyan los votos, haciéndole fuerza se excusará de apelar de la sentencia, y se evitarán las dilaciones de una revista: á esto se agrega que ilustrado con las doctrinas de los doctos ministros si entendiese equivocadamente alguna ley, le servirá de instruccion para otro caso igual que ocurra, pues ningun prudente fiscal se ofende de que no accedan á sus pretensiones, y se persuade que los señores jueces cuando disienten de su dictamen, tienen fundamentos legales para ello; y seria temeraria persuacion de cualquiera, creer que sabe todo cuanto comprenden las leyes, y puede haber alguna novísima ó antigua, que no haya llegado á su noticia, y sea el fundamento de la sentencia del tribunal.

SENTENCIA DEFINITIVA DE LA SALA.

En el pleito criminal que ante Nos ha pendido y pende en grado de apelacion de la sentencia pronunciada en primera instancia, en el dia tantos de tal mes y año, por la justicia ordinaria del lugar de T., en la causa seguida de oficio sobre la muerte violenta dada á Sebastian de T., sustanciada entre el señor fiscal, por la vindicta pública, actor demandante, y Pedro Reo, acusado en ella, defendido por el procurador y abogado que eligió, estando haciendo audiencia en este tribunal, invocado el divino auxilio, y vistas las alegaciones, pruebas y defensas de ambas partes, así de hecho como en derecho, y que el proceso está legítimamente sustanciado y concluso, deseando administrar justicia en él:

Fallamos que por los méritos de este proceso, y justificaciones que contiene, á que en lo necesario nos referimos, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y debemos condenar y condenamos al expresado Pedro Reo en la pena capital de horca, para que le sirva de castigo, y á otros de ejemplo para su escarmiento; y mandamos que para su cumplimiento sea entregado por el alcaide de la Real carcel, donde se halla preso, á los alguaciles, y por estos al ejecutor de los castigos públicos, y que sea conducido por las calles, y à las horas acostumbradas, en bestia de albarda, y por el pregonero público en alta voz se pregone en los sitios acostumbrados, que se le condena á esta pena por haber dado muerte violenta à Sebastian de T., y que conducido con la seguridad y custodia necesaria, se le prive de la vida natural en la horca públicamente (1), y ejecutado este castigo, se publique por el mismo pregonero en alta voz, que nadie le quite de ella, pena de la vida, sin expresa licencia por escrito de esta Real sala; todo lo cual se ejecute sin embargo de suplicacion; y para que todo tenga el debido cumplimiento, damos la comision necesaria al escribano de esta causa, quien pondrá testimonio de la ejecucion de lo mandado en esta nuestra sentencia que firmamos (2).

(Sigue el testimonio de haberse ejecutado la sentencia, y haberse dado cuenta á la sala.)

1 No se puede condenar á pena capital al que sea menor de diez y siete años. Ley 8. tit. 3. Part. 7.

2 Se notifica al reo en persona, y el escribano libra testimonio de haberle puesto en capilla.

PÉDIMENTO DE LA COFRADÍA DE CARIDAD.

F., en nombre de la Cofradía de Caridad, establecida en la iglesia de tal parte, ante V. E., en la forma que mas haya lugar, digo: que uno de sus estatutos es el de recoger y enterrar los cadáveres de los que han tenido la desgracia de morir por mandato de la justicia, y para que pueda cumplir con este acto de misericordia:

Suplican á V. E. se digne darles facultad para que entierren el cadaver de Pedro Reo, y mandar que para ello el verdugo le baje de la horca y se le entregue: en lo que recibirán favor de la notoria piedad del tribunal. F.

DECRETO.

Señores: En tal parte, á tantos &c.
N. Entréguese á los cofrades de la Cofradía titulada
N. de la Caridad, de esta ciudad, el cadaver de Pedro
N. Reo, siendo pasadas las seis de la tarde de este dia: el escribano de la causa notifique al verdugo le baje de la horca, y entregue á dicha Cofradía, asista al entierro, y ponga testimonio en esta causa del sitio en donde se ha sepultado. Lo mandaron los señores del margen &c.

Nota. Despues de ejecutadas las penas corporales, se ha de proseguir hasta que se verifiquen las pecuniarias que tambien se le hayan impuesto, haciendo la tasa de las costas, la venta de bienes en la forma que en las causas civiles, poniendo recibo de los interesados en ellas, segun se les vayan satisfaciendo. Evacuado esto convendría mucho que se introdujese la práctica de que el escribano de la causa diese cuenta á la sala de que ya estaba cumplido todo lo mandado en la sentencia, y entonces poner el siguiente

DECRETO.

Señores: En tal parte, á tantos &c.
N. Pase este proceso al señor fiscal para que lo exa-
N. mine si está concluso. Lo mandaron los señores del
N. margen.

RESPUESTA DEL SEÑOR FISCAL.

El fiscal de su Magestad ha visto este proceso, y mediante estar evacuado todo lo mandado en él, y satisfechos sus interesados, pide que se mande archivar. Don F., fiscal.

DECRETO.

Señores: En tal parte, á tantos &c.
N. Archívese este proceso con las anotaciones correspondientes para los efectos que en adelante pueda
N. convenir su existencia, con lo que se da por fenecido.
N. No se incluya ya en la lista mensual de causas pendientes. Lo mandaron los señores del margen.

FE DE HABERSE ARCHIVADO LA CAUSA.

Doy fe que se entregó este proceso al archivero general de este reino en tal dia, en tantas piezas, con tantas hojas, quien le colocó en el legajo número tantos del archivo que regenta. F., escribano.

Nota. En todas las causas criminales en que haya acusacion pública, es parte el señor fiscal, aunque se siga entre partes y no de oficio: asi lo ha declarado y mandado su Magestad en Real orden general dada en 8 de noviembre de 1787, que á la letra es como sigue = El Rey, regente y alcaldes mayores de mi Real audiencia del reino de Galicia, que reside en la ciudad de la Coruña, *sabed*: que de resultas de una causa criminal que está siguiendo en la sala del crimen de la chancillería de Valladolid, contra Angel Cubilla y Don Manuel Alvarez y su muger Doña María Rosenda Merino, vecinos de la villa de Vellamañan, con motivo de haber aparecido en casa de estos la mañana del viernes santo, 13 de abril de 1781, muerta á puñaladas su criada María Carro, y de otra incidente de aquella que se ha formado al receptor Felix Lezcano y al escribano Francisco Ureña, por el delincuente modo con que han procedido en sus respectivas comisiones que dicho tribunal les habia encargado, siendo la del primero recoger los autos de que estaba entendiendo el alcalde mayor de la enunciada villa, y conducir los reos á la carcel de Valladolid; y la del segundo, recibir la citada causa á

prueba: me ha representado el fiscal del crimen de la referida chancillería de Valladolid Don Isidoro Rodriguez Bayo los disgustos que á su oficio y honor habian ocasionado diferentes providencias de la misma sala que tenia reclamadas infructuosamente, como tambien el proceder del alcalde del crimen Don N., que por comision del propio tribunal hizo la causa á los referidos Lezcano y Ureña, cuyos cargos pidió el fiscal formasen á Don Manuel Alvarez y su muger Doña María Rosenda Merino, à lo que se habian excusado, por lo que solicitó que yo tuviese á bien de mandar que la dicha causa principal, y la incidencia de ella no se continuasen con la oscuridad, defectos y nulidades que hasta el dia, lo que tambien ha reclamado, haciendo que la sala llevase á efecto sus mas acertadas providencias, y fuesen atendidas sus pretensiones fiscales. Y enterado de todo esto, y de los informes que se me han dado en el asunto por Real orden comunicada al mi Consejo en 20 de octubre próximo, he venido en declarar que la causa incidente mandada formar contra Felix Lezcano y Francisco Ureña, por la malaversacion que se les atribuye en lo que actuaron en Villamañan, debe pedir y promover la administracion de justicia el mismo señor fiscal de lo criminal Don Isidoro Rodriguez Bayo, acusando á los reos de lo que contra ellos resultase, y haciendo las demas diligencias propias de su oficio; oyendo la sala sus defensas á dichos Lezcano y Ureña, sin que sea del cargo de Don Manuel Alvarez ni de su muger Doña María Rosenda Merino, cuando no quieren hacerlo por su propio interes, intervenir en la actuacion de este incidente, ni costear la compulsa de treinta y cinco piezas de autos que se necesitaron compulsar, por ser el sindicato del receptor ó escribano en el cumplimiento de su oficio una accion pública y propiamente fiscal, cuya regla quiero se observe en todos los casos de igual naturaleza, para que no se confundan las acciones privadas con las públicas, y que á este fin se expida por el mi Consejo la cédula correspondiente, por la cual se establezca y observe como ordenanza de la chancillería de Valladolid y demas tribunales del reino, sin perjuicio de las partes. Publicada la expresada Real orden en 23 del mismo mes de octubre anterior acordó su cumplimiento, y expedir esta mi cédula; por la cual os mando veais dicha Real resolucion, y la guardeis, cumplais y ejecuteis en los casos que ocurran en esa audiencia, observándola como ordenanza de ella. Que asi es mi voluntad.

FORMULARIO CUARTO.

DE UNA CAUSA DE ENVENENAMIENTO.

En la ciudad de &c, en tal dia, mes y año, el señor Don N., corregidor de la misma, ante mí el infrascrito escribano, dijo: que por una persona privilegiada, bajo de secreto se le ha dado en esta misma hora, que son las tantas de la mañana, la noticia de que F. de tal, de esta vecindad, ha fallecido con muestras y aparato de haber sido envenenado, cuyo rumor se ha divulgado en el pueblo; y para poder averiguar si es cierta y fundada esta sospecha, y descubrir el perpetrador de tan atroz delito, mandó su señoría que yo pasase sigilosamente y sin pérdida de tiempo á buscar dos médicos de esta ciudad (1), y les notificara de su orden que en el acto de la notificacion, y suspendiendo toda ocupacion, pasen inmediatamente con el referido escribano á la casa del difunto, y con el mayor disimulo posible (para no causar nota contra la familia, pretextando haberles dicho que ha muerto de accidente, y como que van de oficio de caridad para ver si pueden socorrerle) observen con toda exactitud si las señales exteriores indican haber muerto de veneno como se dice (2); y en caso de que lo conceptúen asi, lo noticiarán reservadamente al presente escribano, quien lo pondrá por diligencia que firmarán ambos por ser asi su juicio. Inmediatamente notificará á las personas habitantes de la casa, que de ningun modo consientan se le dé sepultura hasta que su señoría lo mande: le pondrá dos guardas de vista que le custodien, y avisará inmediatamente á dicho señor juez para repetir el reconocimiento judicialmente; á cuyo efecto notificará á dichos médicos subsistan en las inmediaciones sin ausentarse, para practicar inmediatamente esta diligencia judicial; y lo mismo se ejecutará si juzgasen que no ha muerto de veneno por dar satisfaccion al público con las declaraciones de los médicos, de que ha sido una equivocacion el rumor esparcido, con lo cual cese el escándalo y el recelo de que la justicia ha disimulado una muerte que el vulgo juzgaba violenta, y ha sido natural. Asi lo proveyó su señoría, que lo firmó ante mí el presente escribano.

1 Si no se encontraren dos médicos de pronto, bastara uno; y si no hubiere en el pueblo médicos, y sí cirujanos, concurrirán estos.

2 Acerca de estas señales, véase lo que se dijo en el tit. 3. cap. 1. §. 16. y sig.

DILIGENCIA.

Doy fe que en cumplimiento del auto antecedente hice buscar á Don F. y Don F., médico y cirujano de este lugar, á quienes en sus personas hice saber su contenido, y en cumplimiento de él pasaron á la casa de F., difunto, y habiéndole reconocido con el pretexto y disimulo que se les encarga en él, dijeron contestes, que segun las señales exteriores que observaban en la lengua, rostro y parte del cuerpo que le descubrieron, les parecia que habia muerto de veneno; pero que para certificarse mas era necesario hacer diseccion anatómica de él, y reconocimiento de sus entrañas, y por ser este su juicio al presente, segun su saber y entender, lo firmaron conmigo el presente escribano en este lugar de T., á tantos de tal mes y año.

Inmediatamente noticié esta novedad al señor Don N., juez, quien sin pérdida de tiempo pasó acompañado de sus ministros y de los dos médicos y cirujanos á la casa de F., difunto, y estando en ella proveyó el auto siguiente, de que doy fe.

AUTO.

En el lugar de T., á tantos de tal mes y año, estando el señor Don N., juez, que ejerce la jurisdiccion ordinaria en este lugar, en la casa de F., que al parecer se halla difunto, mandó que por los rumores esparcidos en el pueblo, y reconocimiento preventivo, y disimulado que de su orden han hecho Don F. y Don F., médico y cirujano, y el juicio que segun las señales exteriores han formado de que puede haber sido la muerte violenta; mandaba y mandó se les notificase á estos que ante todas cosas hiciesen juramento de ejercer bien y fielmente su oficio, y hecho reconozcan la persona de F. que al parecer está difunto, y haciendo las experiencias correspondientes para certificarse de si efectivamente lo está, y que su postracion no es de accidente, le vuelvan á reconocer á toda su satisfaccion, y en el caso de certificarse de que está difunto, y en tiempo de hacer diseccion de su cadaver, lo ejecuten á presencia de su merced y el presente escribano. Y bajo del juramento declaren segun el juicio que formen por su pericia de qué enfermedad murió, si les parece fue de veneno, si este fue dado exteriormente ó engendrado en su cuerpo, expresando las razones y fundamentos que segun su facultad y arte tengan para juzgarlo asi; todo lo cual se ejecute

à presencia de su merced, del presente escribano y tres testigos; y para que tenga efecto lo mandado lo firmó su merced.

DILIGENCIA.

Doy fe que en el mismo acto notifiqué el auto antecedente á Don F. y Don F., médico y cirujano en este pueblo, que ofrecieron cumplir con su tenor.

DILIGENCIA DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL CADAVER.

En el lugar de T., á tantos de tal mes y año, en cumplimiento del auto antecedente, Don F. y Don F., médico y cirujano, habiéndose certificado que la persona de F. estaba cadaver y no accidentado, y en estado de poder hacer diseccion anatómica de él, dispusieron se le desnudase, y empezando la operacion por una incision ó cortadura en tal parte, la cual no le podia quitar la vida, y su dolor y sensacion hacerle sentir en el caso de que estuviese aletargado, certificados con este último experimento de que estaba muerto, procedieron á la diseccion anatómica que les está mandado, observando en ella todas las señales que se refieren por los autores prácticos, y las demas que su estudio en su facultad les ha suministrado por la lectura de otros: declararon bajo el juramento que tienen hecho, y ahora repiten, que por haber observado en él tales y tales señales, que son las características de haber muerto de veneno, forman juicio de que efectivamente ha muerto por esta causa, y que el veneno se le ha dado, y no ha sido engendrado en su cuerpo por sus humores, ayudando á formar este concepto la relacion que por los domésticos de la casa ú otros testigos se les ha hecho de los síntomas que observaron en F. antes de morir, y aparatos de nauseas ó vómitos que experimentó à poco tiempo de haber tomado tal bebida, y experimentos que con su residuo han hecho en algun perro ó gato que manifestó los mismos síntomas luego que la comió; y que habiendo registrado la olla ó vasija donde se hizo la comida, conceptúan no puede ser efecto del baño interior de ella, y sí de algunos polvos de arsénico ú otros semejantes que le hayan echado en la comida ó la bebida, expresando con toda individualidad aquellas causas de que juzguen haberle provenido la muerte. Asi lo dijeron y declararon ante su merced, segun su saber y entender, bajo el juramanto que tie-

nen hecho, y en caso necesario ratifican, y lo firmaron con los testigos que se hallaron presentes á las diligencias que van referidas, de todo lo cual doy fe.

AUTO PARA QUE SE ENTIERRE EL CADAVER, Y DILIGENCIA DE REGISTRO DE LA CASA.

En vista de lo que resulta de las anteriores diligencias, mandó su merced se dé sepultura al cadaver de F., se registre toda la casa con la mayor escrupulosidad, para ver si en alguna parte de ella se halla algun residuo de los polvos suministrados, ó algun vestigio de ellos &c.; y sobre una alacena que habia en tal pieza se encontró un papel, dentro del cual se hallaron unos polvos que reconocidos por médicos y cirujanos, dijeron les parecia ser de arsénico, segun su color, cuyos polvos en el mismo papel en que se hallaron, se cerraron en una cajita á presencia de todos los testigos, la cual se ató con una cinta de hilo, que llaman casera, la que se selló con lacre, de modo que no podia abrirse sin romper este ó la cinta, y puesto sobre ella un sobrescrito cerrado tambien con lacre, firmado del juez, de los médicos ó cirujanos y otros dos testigos, y de mí el escribano, mandó la tuviese en mi poder con la mayor custodia, como pieza y parte de estos autos, y en vista de lo resultante de ellos proveyó el siguiente

AUTO DE PRISION.

Mediante los indicios que resultan de haber muerto F. de la muerte violenta de propinacion de veneno, se arresten por ahora las personas que habitan en la casa del referido difunto, que pueden habérsele suministrado, las cuales se pongan con separacion y con distincion segun su clase en la misma casa con guardas de vista, para que no se comuniquen ni se huyan, notificándolas á cada una que guarden la casa por carcel, sin quebrantarla, pena que serán habidos por confesos en el delito de que se trata: y que inmediatamente se notifique á F. y F., boticarios, si los hubiese, concurran á la casa del referido difunto, para que á presencia de los habitantes en ella, de los médicos y demas testigos se reconozcan por ellos los referidos polvos, y hagan en caso necesario la correspondiente analisis química de ellos, y declaren bajo de juramento de qué se componen, á to-

do lo cual se les apremie en caso necesario. Asi lo mandó su merced el señor Don N., juez ordinario en este lugar de T., á tantos de tal mes y año, de que doy fe.

DILIGENCIA DE NOTIFICACION Á LOS BOTICARIOS.

En cumplimiento del auto antecedente notifiqué su contenido á F. y F., boticarios, quienes dijeron lo obedecian, y concurrian inmediatamente á practicar el reconocimiento que en él se manda, de que doy fe.

RECONOCIMIENTO Y DECLARACION DE LOS BOTICARIOS.

En el lugar de T., á tantos de tal mes y año, estando en presencia de su merced el señor Don N., juez y justicia ordinaria de este lugar, F. y F., boticarios, les recibió juramento, el que hicieron por una señal de cruz de decir verdad y ejercer bien y fielmente su oficio en el reconocimiento para que son llamados; y habiéndolo asi prometido y jurado, se abrió la cajita á presencia de los testigos y de los habitantes de la casa que estaban encerrados, y habiéndose conformado todos que eran los mismos que se habian hallado sobre la referida alacena, los reconocieron los referidos boticarios, y hechos los experimentos que tuvieron por convenientes segun su arte, declararon contestes que segun su entender eran polvos de arsénico sublime, que es veneno mortífero suministrado en competente cantidad, y que lo que hay en el papel que se les ha manifestado, será como una dracma, y por ser este su concepto segun su inteligencia, se afirman en lo dicho, y firman esta declaracion con su merced y testigos, y conmigo el presente escribano, de que doy fe.

Nota. Evacuadas todas estas diligencias, que son con las que se debe comprobar el cuerpo material del delito, y conviene que se ejecuten sin intermision de tiempo, segun permita la hora y las circunstancias del lugar donde suceda, y la mayor ó menor facilidad de juntar á los facultativos, se continúa la informacion sumaria examinando primero á los de la casa, tomándoles sus declaraciones juradas, preguntándoles en ellas si antes de aquella enfermedad padecia alguna, quién le asistia, ó si estaba sano, qué accidentes ó síntomas se experimentaron en él, qué bebida ó comida fue la que se le suministró ó tomó la última, qué efectos vieron que le causó, quién se la suministró, y en fin qué es lo que han visto, oido ó entendido acerca

de quien le haya dado aquella bebida ó comida, ó si han visto que alguno le echase alguna cosa en ella. ó lo haya mandado echar, y quién presumen que se lo ha echado. Si alguno de la casa le tenia ojeriza al difunto, y por qué causa, si tenian frecuentes quimeras ó desavenencias, expresando los motivos de ellas, para distinguir de este modo si eran de aquellos que frecuentemente hay en las familias entre amos y criados procedidas de no servir estos bien, ó de ser aquellos de impertinente genio ó condicion poco sufrida; y asi harán las demas preguntas que la prudencia dicte ser necesarias y oportunas para averiguar la verdad de quién ha sido el verdadero agresor ó agresores, para precaver en lo posible el que no padezcan los inocentes por los culpados. Por esto se ha puesto el auto de arresto de todos los de la familia en la calidad de por ahora y en su propia casa, poniéndoles guardas de vista para que no se comuniquen, ni huyan ni extraigan bienes algunos, y puedan observarles sus acciones, si alguno intenta huir ó sugerir á otros su fuga, y otras cosas semejantes de que se suelen sacar indicios para conocer quién es el verdadero delincuente, y poder determinar la prision en la carcel solo de aquellos que tengan la desgracia de resultar mas indiciados de haber sido los que dieron el veneno en la comida ó bebida; porque el juez debe considerar antes de decretar el arresto la imponderable é inexplicable afliccion y pena que tendrá aquel que se vea en la carcel por una causa tan grave y tan arriesgada de perder la vida afrentosamente, y que no es justo ni permite la humanidad el afligir con este linage de tormento á uno que sea inocente. Recibidas estas declaraciones, si alguno resultase mas indiciado que los otros, aquel será el que únicamente se mande arrestar en la carcel, y à los demas que no se ausenten del pueblo guardándole por carcelería, con cuya distincion conocerán todos que la justicia obra con espíritu de imparcialidad, y solo con el objeto de averiguar quién ha sido el verdadero agresor, y se proseguirá evacuando las citas que hagan en sus declaraciones, y examinando á aquellos testigos que puedan saber algo del suceso, omitiendo extender aquellas declaraciones de los que preguntados sobre el caso (ya como vecinos ó concurrentes á la casa) digan que no han visto ni oido cosa alguna sobre el suceso, y quien lo ocasionó. Hácese esta prevencion porque muchos de los escribanos y receptores de estas sumarias amontonan diligencias y declaraciones impertinentes, que nada dicen, y solo sirven para aumentar el proceso, confundir los hechos, causar cortas dilaciones, y

dificultar el pronto despacho de las causas en gravísimo perjuicio de los presos por ellas y por otras, pues se les retarda tambien á estos el despacho de las suyas. Se embargan los bienes al mas indiciado, pero se le suministra de ellos lo necesario para su alimento en la carcel, y para la limpieza de su cuerpo, dándole ropa blanca precisa para mudarse, y la necesaria para su abrigo. Prosíguense estas causas del mismo modo, y por los mismos trámites y orden con que se ha sustanciado la anterior sobre muerte de heridas.

En las muertes de ahogados se procederá del modo siguiente. Luego que se da noticia al juez de haberse hallado alguna persona ahogada á orillas del mar, rio, pozo ó estanque, mandará poner el auto de oficio como en las anteriores causas, para averiguar quién es el que ha experimentado tal desgracia, y con qué motivo, pasando al sitio donde se halle el cadaver con dos facultativos para que le reconozcan, ó bien haciéndole traer al pueblo para este fin. Estos expresarán en sus declaraciones cual juzgan haya sido la causa de aquella muerte, si se habrá ahogado casualmente ó le arrojarian al rio despues de muerto (1); si fue sofocado con las manos, cordel, soga ó cordon, cuyo instrumento procurará buscarse en las inmediaciones donde se halla el cadaver, el que se manifestará á los facultativos para que declaren si con él pudo ahogarse ó ser ahogado, dando en sus declaraciones la razon y fundamentos que tienen segun su facultad para el juicio que forman. Si le hallasen algunas heridas, expresarán si conceptúan que se las hicieron cuando estaba vivo, ó si se las hizo dándose en alguna peña al caer en el agua, si las hubiese en el sitio donde se ahogó, y si pudo hacérselas cuando luchaba con las ansias de la muerte al ahogarse. El instrumento de cordel, soga ó cinta con que se le halle, ó se encuentre en las inmediaciones, se expresará y andará junto con los autos, como pieza de ellos justificativa del cuerpo material del delito. En todo lo demas se sustanciará el proceso por el mismo orden que se ha dicho en las otras causas criminales por las fórmulas que prescriben las leyes, haciendo indagaciones sobre el conocimiento de la persona ahogada, su identidad, y quién fue el perpetrador ó ejecutor de aquella muerte violenta.

1 Véase lo que en orden á ahogados y señales características de esta especie de muerte se dijo en el título 3.°, capítulo 1.°, párrafo 29 y 30.

FORMULARIO QUINTO.

CAUSA DE ESTUPRO.

En el prontuario de los delitos y penas (1) dije que el estupro podia cometerse ó por medio de seducciones, ó con violencia forzando á la muger. En el primer caso no habiendo queja ó instancia de parte, no se procede de oficio sino para asegurar el feto, si le hay, y apercibir en tal caso á los delincuentes, todo con el mayor sigilo, por lo mucho que interesa el honor de la desflorada. Al contrario cuando medió la fuerza para el estupro, no solo pueden acusar al forzador los parientes de la forzada ó cualquiera del pueblo, sino que tambien el juez tiene facultad para proceder de oficio. Abrazaré pues ambos casos en este formulario empezando por el estupro de seduccion.

QUERELLA.

N., vecino de esta villa, parezco ante V., y por el mejor medio de derecho, salvo cualquier otro que me competa, me querello grave y criminalmente de F., tambien de esta vecindad, y de estado soltero, quien frecuentando mi casa requirió de amores á Leonor, mi hija, doncella honesta, y por tal comunmente reputada, dándola palabra de casamiento, que ella aceptó persuadida del honrado designio que aquel manifestaba. La continuacion del trato estrecho mas la amistad de uno y otro, y él abusando del candor de mi hija, con falaces promesas, amorosas instancias, y cuantos medios capciosos sugiere la seduccion á un joven encendido en impuros deseos, la fascinó hasta el punto de vencer la obstinada resistencia con que ella habia sabido defender su virtud. En suma, ratificándola con juramento la palabra que la habia dado de casarse con ella, estrechándola con los mas importunos ruegos, y corrompiendo su inocente corazon con el atractivo del deleite, logró desflorarla. Logrado su criminal deseo, se arrepiente de su primer propósito, y se niega á cumplir la palabra de casamiento, dejando mancillado el honor de mi hija. No siendo pues justo que quede impune tan grave exceso, puesto que en el derecho se reputa por especie de

1 Palabras *estupro y fuerza.*

fuerza el desfloramiento de una doncella honrada conseguido con seducciones y halagos:

A. V. suplico se sirva admitirme esta querella, y á su tenor sumaria informacion de testigos de cuanto llevo expuesto, mandando se arreste al citado F., se le embarguen sus bienes, y à su debido tiempo condenarle à que en satisfaccion de los daños y perjuicios que con esta accion tan criminal y difamatoria ha ocasionado à mi parte, la dote conforme à su calidad, circunstancias y caudal de ambos; imponiéndole ademas la pena personal que merezca este exceso para la vindicta pública; bajo la condicion electiva de que pueda evitar estas penas, cumpliendo à mi hija la palabra que la tiene dada de matrimonio; pues asi corresponde en justicia que pido, juro no proceder de malicia &c.

AUTO DE ADMISION DE QUERELLA.

Admítese esta querella cuanto haya lugar en derecho: recíbase ante todo declaracion instructiva de la parte agraviada; y ratificándose esta en el contenido de la querella, la reconozcan dos parteras ó matronas de las habilitadas por el Real protomedicato (1), quienes bajo de juramento declaren si les parece que Leonor, hija del querellante, está desflorada por uso de varon, y si está embarazada, de cuanto tiempo, dando la razon de su juicio, lo que ejecuten con el mayor secreto, encargándoselo asi, y que no revelen esta diligencia ni sus declaraciones á persona alguna hasta la determinacion de esta causa, con apercibimiento de ser castigadas. Evacuado este reconocimiento y sus declaraciones, constando de ellas el estupro, se proceda à recibir la informacion que se pide con los testigos que por esta parte se presentaren, à quienes en caso de excusarse à deponer lo que sepan, se les apremie conforme á derecho y sus circunstancias. Lo mandó y firmó el señor N., juez y justicia ordinaria en esta villa de tal, à tantos &c.

DECLARACION DE LA ESTUPRADA.

El señor N., juez &c., mandó comparecer ante si á Leonor de tal, y habiéndole recibido juramento, el que hizo á Dios nues-

1 Véase lo que dije en el título 3.° de este tratado, capítulo 1.°, parrafo 50, acerca del aprecio que debe hacerse de la declaracion de las matronas para acreditar la desfloracion.

tro Señor y á una señal de cruz en forma de derecho, y prometido decir verdad, se la preguntó: ¿si era cierto el contenido de la antecedente querella, que se la leyó desde la primera línea hasta la última? Respondió que si, y por ser verdad todo cuanto en ella está escrito, se afirma y lo declara asi bajo el juramento que tiene prestado. Dijo ser de tanta edad, y lo firmó (si sabe, y si no se dirá, no lo firmó por no saber, tambien lo firmó su merced, de que doy fe.

NOTIFICACION Á LAS PARTERAS.

Como escribano actuario de esta causa, y en cumplimiento del auto antecedente, notifiqué la providencia de su merced á N. y N., parteras, conocidas en este lugar por tales, á efecto de que concurran á la casa de su merced, á tal hora de hoy, para que hagan el reconocimiento que en dicho auto se manda, lo que ofrecieron cumplir, de que doy fe.

RECONOCIMIENTO DE LA ESTUPRADA.

En la villa de tal, en dicho dia tantos de tal año, el señor N., juez de esta causa, teniendo presentes á N. y N., parteras, vecinas de esta misma villa, y habiéndoles hecho las advertencias que se refieren en el auto del folio tantos, les recibió juramento que hicieron á una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él ofrecieron ejercer bien y fielmente su oficio, segun su saber y entender; y en su consecuencia les mandó su merced que entrasen en un cuarto reservado con la referida Leonor de tal, que tambien se hallaba presente, y que la reconociesen para declarar si habia perdido su virginidad por uso de varon, si estaba embarazada ó no, con lo demas que advirtiesen en ella. Cerrada la puerta de dicho cuarto, despues de un largo rato que estuvieron las tres cerradas en él, declararon ambas parteras de una conformidad, que habiendo reconocido á la citada Leonor con la mayor atencion y escrupulosidad para observar las señales que previenen las reglas de su arte obstetricia, convenian en que dicha muger que habian reconocido, y habia dicho llamarse Leonor de tal, estaba desflorada, y que habia perdido su virginidad por uso de varon, y no por otro accidente, segun la inteligencia de las que declaran, fundadas en tales y tales razones (*que deben expresar*); y que por la elevacion que

advierten en el vientre y otras señales características, se persuaden que está embarazada; bien que esto no pueden afirmarlo de positivo por estar de poco tiempo: y que todo cuanto han declarado es la verdad, segun les parece, bajo el juramento que tienen hecho antes de este reconocimiento, en el que siendo necesario se ratifican y hacen de nuevo; quedando tambien advertidas de no revelar esta diligencia hasta que se haga publicacion de probanzas en esta causa. Lo firmaron (*si saben*) con su merced, de que doy fe. = *Siguen las firmas.*

AUTO EN QUE SE ENCARGA Á LA ESTUPRADA NO HAGA EXCESOS QUE LA OCASIONEN EL ABORTO.

Mediante á que del reconocimiento anterior y declaracion de Leonor resulta estar embarazada, se la notifique no haga exceso alguno que la ocasione aborto, y que cuando se halle próxima á parir, avise para providenciar su asistencia; asimismo que durante su preñado no se ausente á mayor distancia de dos leguas sin noticia de la justicia del pueblo de su domicilio: y á su madre, padre ó amo en cuya casa y compañía habite, se les haga el mismo encargo de que vigilen sobre su conducta, y den cuenta de cualquier exceso que cometa, y pueda ser ocasion de su aborto, ó de que perezca la criatura de que está embarazada, pena de que se procederá contra ellos segun haya lugar en derecho.

Nota. Esta providencia se notifica á la estuprada y demas. Despues se recibe la informacion de testigos, reducida á que hasta el presente caso ha vivido dicha Leonor honestamente sin haber dado que hablar; que únicamente ha tratado con F., y que por decirse de público que se casaban los dos, no extrañaban que tuviesen conversaciones secretas, y que la acompañase como la acompañaba, obsequiándola en público. Hecha esta informacion, se procede contra el reo (1), se le toma confesion, y se siguen los demas trámites que se observan en las causas criminales hasta la sentencia.

1 Ya dije en el tomo anterior, página 109, que en las causas de estupro, dándose por el reo fianza de estar á derecho y pagar juzgado y sentenciado, no se le ha de molestar con prisiones ni arrestos; y sino tuviere con que afianzar, se le mandará que guarde el pueblo por carcel, prestando caucion juratoria de presentarse siempre que le fuere mandado. Ley 4. tit. 29. lib. 12. Nov. Rec.

PROCEDIMIENTO EN CAUSA DE ESTUPRO EJECUTADO CON FUERZA Ó VIOLENCIA.

Denunciacion.

En la villa de tal, à tantos &c., N., alguacil y ministro inferior de este juzgado, en la mejor forma que haya lugar en derecho, pareció ante el señor alcalde ordinario de la misma, y dijo: que denunciaba y denunció grave y criminalmente á P., de esta vecindad, quien en el dia tantos del corriente sorprendió á cierta muger, de estado soltera, honesta y recatada (cuyo nombre ha comunicado privadamente á su merced), la cual venia del campo, y al llegar á tal parage del camino público, la arrebató dicho P., llevándosela robada á un bosque inmediato. Allí, usando de medios violentos, la desfloró, y no contento con este horroroso atentado, intentó quitarla la vida con una navaja de muelle seguro y uso prohibido que llevaba; lo que hubiera ejecutado, à no haberlo impedido M. y B., pastores, vecinos de esta misma villa, que animosamente defendieron á la agraviada, logrando quitar á P. la navaja, la cual entregaron despues al exponente para ponerla á disposicion de su merced, como lo verifica. Y para que estos atroces delitos no queden impunes, los denuncia al tribunal (bien que protesta no encargarse de la prueba de ellos). En consecuencia suplicó á su merced, que habiendo por presentada la referida navaja, los tuviese por denunciados, y le admitiese sumaria informacion de testigos que ofrecia, defiriendo de oficio á las diligencias que procedan en justicia que pidió, y juró á Dios nuestro Señor en toda forma de derecho, que esta denunciacion no la hace de malicia, sino por el deber propio de su ministerio, é intereses de la causa pública. Lo firmó con su merced, de que doy fe. = *Siguen las firmas.*

AUTO.

Pase al asesor de su merced para que acuerde providencia. Lo mandó el señor &c.

OTRO AUTO.

Por admitida esta denunciacion en cuanto há lugar en derecho. Tómense con individualidad y en términos que haga fe las señas de la referida navaja, la cual, quedando custodiada en po-

der del presente escribano hasta que otra cosa se provea, se estampe en autos, dibujándola de perfil como se estila. Póngase en testimonio separado el nombre de la muger ofendida que se cita en la misma, sin que se nombre jamas en el discurso de la causa, y este quede reservado en poder del propio escribano. Recíbase ante todo declaracion instructiva de dicha muger; y de la vista resultarán las demas providencias oportunas. Lo mandó &c., con acuerdo de su asesor &c. = *Siguen las firmas.*

TESTIMONIO SEPARADO.

N., escribano Real público, y del juzgado ordinario de esta villa de tal, doy fe: que con ocasion de haberse denunciado por N., alguacil del mismo, que P., de esta vecindad, habia robado y violentado á María de tal, soltera, hija de B., mandó el señor alcalde N., juez de esta causa, en auto de tantos, que el nombre de ella no apareciese en autos, y que cuantas citas se hicieren de la misma en su discurso, se refiriesen á este documento, el cual obrase reservadamente en mi poder, en cuyo cumplimiento repito: que la muger que dijo en su denunciacion el citado alguacil haber forzado y robado el referido F., es María de tal, soltera. Y para que conste doy, signo y firmo el presente en tal parte &c. En testimonio de verdad. N.

DILIGENCIA.

Queda puesto en testimonio el nombre de la muger citada en el auto anterior, y aquel existe reservado en mi poder &c.

FE DE LA NAVAJA Y SEÑAS QUE LA CALIFICAN.

La navaja que ha presentado N., alguacil, al señor juez de estos autos, mediante la anterior denunciacion, tiene la hoja larga de un palmo, muy puntiaguda; su ancho es de una pulgada; el mango de asta con muelle seguro y virola de acero (que de ser asi yo el escribano doy fe). Y para que conste en cumplimiento de lo mandado (quedando en mi poder, y á disposicion del tribunal la propia navaja) la dibujo á continuacion de esta diligencia, segun aparece; lo que certifico y firmo con su merced, de que doy fe. = *Siguen las firmas.*

DECLARACION DE LA MUGER VIOLENTÁDA.

El señor N., juez &c., mandó comparecer ante sí la misma idéntica muger, cuyo nombre queda oculto en testimonio reservado, la cual hizo juramento &c., y dijo: (*Aquí refiere la muger el suceso con todas sus circunstancias.*)

Preguntada: si antes de encontrarse con el forzador P. halló à algun otro sugeto; qué hora seria entonces, y cuánto tiempo mediaria entre uno y otro encuentro? Respondió: que solo halló à R. y S. que estaban trabajando en su heredad, y que desde este instante, que serian las seis de la tarde, hasta que la sorprendió dicho P., no pasó mas que un cuarto de hora con corta diferencia.

En este estado mandó su merced se la exhibiese la navaja mencionada en la denunciacion, auto y diligencia que anteceden, para que la reconociese y acreditase si era la misma idéntica, y à este fin se la hiciesen las preguntas conducentes &c. En consecuencia se le hicieron las siguientes.

Preguntada: si la navaja que se le presenta es la misma &c., respondió: que sí, pues aquella con que quiso matarla P. tenia las mismas particularidades ò señales que esta &c.

Preguntada: si queria querellarse de este delito, ó usar de su derecho en vindicacion del daño é injuria que habia recibido; respondió que no, y que su merced procediese de oficio, ò segun fuere de su agrado: que lo que ha depuesto es la verdad, bajo el juramento que tiene prestado. Dijo ser de tal edad. Y en este estado mandó su merced suspender esta declaracion para continuarla siempre que convenga; y habiéndose leido à la declarante, se afirmó y ratificó en ella. Lo firmó con su merced (*ò no firmó por no saber, hizolo su merced*), de que doy fe.= *Siguen las firmas.*

AUTO.

Evácuense las citas de M. y B., pastores, y R. y S., citados por la agraviada en su declaracion; con advertencia que à los dos primeros se les muestre la navaja susodicha para que acrediten si es la misma que aprehendieron à P., y entregaron al ministro denunciador, haciéndoles las preguntas convenientes à este fin &c.

Testigo citado M., dijo: que es cierta la cita &c. &c., pues el testigo estaba con B., su compañero, en el sitio, dia y hora

que refiere; y al oir los alaridos y sollozos de una muger, acudieron à socorrerla &c. (*Expresará las circunstancias del hecho, y seguirá de este modo:*) que la navaja que se le presenta es la misma que el testigo y su compañero han entregado á N., alguacil de este juzgado &c.

Otro testigo citado B. (Lo mismo que el antecedente.)

Otro R., dijo: que es cierta la cita, y le consta, porque en tal parte y à tal hora vió à María de tal, que iba de tal parte del campo con direccion al camino que conduce à la villa &c.

Otro S. (Lo mismo que el antecedente.)

Despues de estas diligencias sigue el reconocimiento de la estuprada como en el formulario anterior, y acreditado por las matronas el estupro, se continúa la causa; advirtiendo que en tiempo oportuno se ha de dar auto de prision contra el reo, pues el delito de fuerza y el de homicidio intentado son crímenes de la mayor gravedad.

FORMULARIOS

DE VARIOS ARTICULOS E INCIDENTES

QUE SUELEN OCURRIR

EN LAS CAUSAS CRIMINALES.

PRIMERO.

ARTÍCULO DE COMPETENCIA DE JURISDICCION.

En tal parte, à tantos &c., el señor juez de estos autos, con acuerdo de su asesor (*si es juez lego*), habiendo recibido del alcalde de tal parte un oficio en que pretende la competencia de esta causa, dijo: que quede dicho oficio separado del proceso en mi poder, uniendo al mismo copia entera de la respuesta que se le dé, con reserva de incorporarle siempre que convenga, ò hacer de él el uso mas conveniente. Y lo firmó su merced con su asesor: doy fe. = *Siguen las firmas.*

DILIGENCIA.

Doy fe haber reservado en mi poder el oficio de &c., y copia de la respuesta. = *Sigue la firma del escribano.*

AUTO.

En la misma villa, à tantos &c., el señor juez de estos autos mandó que consiguiente à la respuesta dada al papel de competencia de la justicia de tal parte, se represente esta ocurrencia á la Real sala criminal de este distrito, con copia testimoniada de entrambos, y de los demas extremos de esta causa en que se funda su merced para esta competencia. = *Siguen las firmas.*

VERIFICACION.

En esta propia fecha se ha expedido la representacion y tes-

timonio acordados en el auto precedente, y remitidose à la superioridad que en él se previene: lo que certifico. =*Sigue la firma del escribano.*

OFICIO SOBRE LA COMPETENCIA DE JURISDICCION, DE QUE SE HABLA EN LAS DILIGENCIAS ANTERIORES.

Con fecha de tantos se dirigió à V. una requisitoria mia, haciéndole presente que estoy siguiendo causa criminal à N., por la muerte dada à P., vecino de esta villa, cuyo conocimiento corresponde indudablemente á este tribunal, de que soy juez ordinario; y en consecuencia le pedia tuviese à bien remitirme los autos y el reo para justificarla y juzgarla conforme à derecho. Y V., lejos de haberlo cumplido, acordó al pie de la requisitoria, que no habia lugar. Esta resolucion es al parecer injusta; porque el indicado delito fue cometido dentro de este término, habiéndose en él disparado el arma de fuego con que se mató á P., segun resulta de los autos que tengo formados sobre este acontecimiento, y lo informé à V. con referencia à ellos por medio de dicha requisitoria. En su virtud es indudable haber surtido el fuero del lugar de la perpetracion del delito, y corresponderme en consecuencia el conocimiento privativo y preventivo de juzgarlo, inhibiendo à V. y á cualquier otro juez. En esta inteligencia, y la de ser obligacion de todos el guardar en obsequio de la buena administracion de justicia la armonía y recíproca conformidad prevenida por las leyes; reitero à V. esta solicitud, para que sin alterar la debida correspondencia, se sirva adherir á ella, remitiéndome los autos y el reo, como lo tengo requerido, ó de lo contrario formar competencia, sujetando la decision à la Real sala del crimen de este distrito (*ò al Real y supremo Consejo en los casos que corresponda, segun lo que se dijo en el capítulo 9, título 2, tratando de los recursos de competencia*). Y en todo acontecimiento protesto à V. el exceso y nulidad, y las costas, daños y perjuicios que se sigan. Dios guarde à V. muchos años. =*Sigue la fecha y la firma del alcalde.*

CONTESTACION AL OFICIO ANTERIOR.

He recibido el papel de V., fecha de tantos, en que se sirve decirme le ceda el conocimiento de la causa de muerte dada à N., suponiendo le corresponde por los motivos que en el mismo expone: y en su consecuencia debo contestar que estoy le-

jos de adherir á semejante pretension por no hallarla fundada, en razon de que el delito se fraguó y concertó dentro de mi jurisdiccion, y aun en ella se cometieron los primeros actos de agresion contra P., pues antes de dispararse el arma de fuego, ya le habia herido con un puñal B., uno de los agresores, á quien tengo preso, lo cual me asegura la legítima prevencion de la causa, y en este concepto no me es dable acceder á la peticion de V. Sin embargo, en todo evento firmo la competencia que desea, para que en ningun tiempo se me haga cargo de que la desatiendo descomedido; y desde luego voy à representar al tribunal superior de este distrito lo ocurrido, sin suspender el curso de estas diligencias, para no causar con el atraso irreparables perjuicios, segun el estado de la causa. Dios guarde á V. muchos años &c. = *Sigue la fecha y la firma del alcalde.*

SEGUNDO.

NOMBRAMIENTO DE CURADOR CUANDO EL REO ES MENOR DE EDAD.

Principio de la declaracion de un menor.

Preguntado: cómo se llama, de dónde es natural y vecino, qué edad y oficio tiene? Respondió: se llama N. de tal, vecino de esta villa, de oficio labrador, y de edad de veintitres años, poco mas ò menos.

En vista de que el declarante es menor de veinte años, como asegura y se conoce por su aspecto, le mandó su merced el señor juez de esta causa, que inmediatamente nombrase curador que le defendiera en ella, con apercibimiento que no haciéndolo desde luego, le nombrará su merced de oficio; cuya providencia se le intimó è hizo entender por mí dicho escribano, de que doy fe; y en consecuencia el referido N. dijo: que nombraba y nombró á B., labrador de la misma villa, à quien doy fe conozco. Habiendo este comparecido, se le hizo saber el nombramiento, y en su inteligencia lo aceptó, y juró á Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, ofreciendo defender al susodicho menor con esmero, legalidad y diligencia, haciendo con dictamen de personas versadas en la jurisprudencia, asi judicial como extrajudicialmente, cuando conduzca à la expresada defensa; y asi por su culpa de omision ó comi-

sion resultare algun daño à dicho menor, lo pagará con su persona y sus bienes habidos y por haber; y à ello se obligó, y quiso ser apremiado con todo rigor de derecho; renunciando todas las leyes, fueros y derechos que le favorecen, con la general renunciacion en forma. Y lo firmó; siendo testigos N. y N., labradores de la misma: tambien lo firmó dicho declarante, de que doy fe. = *Siguen las firmas.*

AUTO DE DISCERNIMIENTO.

Sin intermision, visto por el señor juez de estos autos el nombramiento de curador y su aceptacion que preceden, discernió este cargo al referido B., labrador, y le dió poder para que pueda enjuiciar en esta causa con lo incidente y dependiente de ella, y libre, franca y general administracion. Y para todo interpuso su autoridad y decreto judicial en cuanto puede y debe de derecho; y lo firmó con su asesor &c. = *Siguen las firmas.*

PROSECUCION.

Acto continuo yo el escribano cercioré à los contenidos declarante y curador suyo del discernimiento que antecede. En su conformidad dicho señor juez recibió juramento del primero en presencia de su referido curador, quien lo hizo á Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, bajo el cual, habiendo ofrecido decir verdad, se le preguntó lo siguiente. (*Sigue despues la declaracion del menor.*)

TERCERO.

ARTÍCULO DE IRREGULARIDAD CANÓNICA.

Suponiendo que un juez haya llamado à declarar à un clérigo, ordenado *in sacris*, en causa criminal, y que este se resista por la prohibicion canónica y temor de incurrir en irregularidad, se extenderá la diligencia de este modo.

En la villa de tal, à tantos &c., doy fe yo el escribano, que habiendo requerido su merced à Don N. de tal, clérigo *in sacris*, jurase à Dios nuestro Señor *more sacerdotali* para declarar lo que supiese en la presente causa, se excusó diciendo que no po-

dia ni debia por la prohibicion canónica y justo temor de quedar irregular, que se lo impiden. Y para los efectos que haya lugar lo noto y firmo con su merced y asesor. = *Siguen las firmas.*

AUTO.

Seguidamente el señor N., juez de esta causa &c., mandó que siendo muy interesante la deposicion del referido eclesiástico, se dirija suplicatoria ordinaria à su prelado el ilustrísimo señor obispo de esta diócesis, haciendo à su señoría ilustrísima reflexiones oportunas que inclinen su rectitud à la concesion de la licencia conveniente para que dicho eclesiástico sirva de testigo sin temor de las penas que le detienen &c. =*Siguen las firmas.*

DILIGENCIA.

Doy fe yo el escribano, que con esta fecha se ha dirigido al señor obispo &c. la suplicatoria acordada en el auto que antecede. Y para que conste &c.

SUPLICATORIA AL PRELADO DIOCESANO.

N., alcalde y juez ordinario de esta villa de tal con el mayor respecto à V. S. I., digo: que estoy procediendo criminalmente contra los cómplices y culpados en las heridas y muerte dadas á N., labrador de esta villa; en cuya causa resulta testigo citado el señor Don P., clérigo ordenado *in sacris*, vecino de la propia, quien se ha excusado al evacuar su declaracion por temor de la irregularidad y demas penas prevenidas en derecho. Y como este testigo sea de suma importancia para averiguar la criminalidad de los reos, aun cuando no faltan otros con que se compruebe:

Suplico muy atentamente à V. S. I. se sirva permitir al referido Don P. rinda su declaracion ante la persona que sea del agrado de su señoría ilustrísima, con arreglo à la indicada cita, poniendo aquella original, ò testimoniada, que haga fe à mi orden; y para que lo verifique sin contravenir en su efecto á las prohibiciones de los sagrados canónes, se sirva V. S. I. licenciarle segun mejor proceda &c. = Ilustrísimo señor. = *Siguen las firmas.*

CUARTO.

ARTÍCULO DE APREMIO SOBRE REO CONTUMAZ EN JURAR Y DECLARAR, Y RECUSACION DEL JUEZ DE LA CAUSA.

En la villa de tal, á tantos &c., ante el señor N., juez de esta causa, compareció F., procesado en ella, y su merced le mandó que à presencia de su curador B. *(Si fuere menor de veinticinco años, y sino se omite esta cláusula)*, jurase á Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho; á lo cual respondió que no queria jurar. Requiriólo su merced nuevamente que jurase como se lo habia mandado, pues de lo contrario incurriria en las penas establecidas por derecho. Contestó segunda vez que no juraba ni juraria, porque no tenia obligacion. Le conminó dicho señor juez, manifestándole que en su persona residia la autoridad pública para mandárselo, y él tenia obligacion como súbdito de cumplirlo, ó en su defecto se le pusiese en un calabozo con cadena, á la orden y disposicion del tribunal. Esto no obstante, insistió reacio en la misma obstinacion; á cuya consecuencia mandó su merced se llevase á efecto la rigida prision decretada; lo cual pronunció en presencia del mismo reo, y se le hizo saber y entender por mí el escribano, de que doy fe. Efectivamente, llamados los alguaciles para su cumplimiento, prorumpió el mismo reo confesante que tenia á su merced por sospechoso en el conocimiento de esta causa, y que como tal le recusaba; y le suplicó se diese por recusado, acompañándose con otro juez, segun se estila. Habiéndolo oido su merced, acordó con su asesor que conocida la malicia é informalidad de esta recusacion no tenia lugar, y que solo en el caso de ser puesta en forma, se oiria. Y en su consecuencia resolvió se ejecutase lo que tenia decretado &c.: y lo firmaron &c., de que doy fe. =*Siguen las firmas.*

VERIFICACION DE LA RÍGIDA PRISION DECRETADA.

Seguidamente el alguacil N. entregó el reo á P., alcaide, previniéndole le encerrase en un calabozo á la cadena, pues asi estaba mandado por su merced en auto de este dia, y efectivamente asi lo cumplió aquel; de que doy fe &c.

(Pasado el tiempo de apremio que el juez estima conveniente, provee el siguiente)

AUTO.

Don N., juez de esta causa &c., dijo: que siendo de esperar que el reo F. de tal, haya depuesto su obstinada tenacidad, á consecuencia de la dura y rígida prision con que se le ha apremiado, se le haga comparecer ante su merced nuevamente para que jure y declare como es debido, ó se continúe el apremio contra él, segun haya lugar en derecho &c.

COMPARECENCIA DE F.

En la misma villa, á tantos &c., comparecido ante su merced y asesor, y en presencia de su curador el referido F., le mandó jurase en toda forma de derecho decir verdad sobre las preguntas que se le harian, é interesaba á la causa pública y recta administracion de justicia hacérsele; á lo cual respondió que no queria. Entonces su merced le hizo la pregunta y cargo siguiente.

Diga con juramento como se le ha mandado que el confesante contraviniendo á las leyes y al justo temor de Dios, hizo tal cosa &c. *(Aquí se le hace cargo del delito que contra él resulta en el proceso)*, pues de mantenerse obstinado en no responder se le declarará confeso y convicto en este crimen; y esta declaracion le parará tanto perjuicio como si real y verdaderamente lo confesase. Desatendió pertinaz el reo estas conminaciones, y dijo nuevamente que no queria jurar ni declarar. Y en este estado el susodicho curador B. presentó el pedimento de recusacion siguiente, el que visto por su merced, mandó se una á los autos para proveer, dejando firmada con su asesor esta diligencia, de que yo el escribano doy fe. =*Siguen las firmas.*

PEDIMENTO DEL CURADOR.

B., curador de F., preso en la cárcel de esta por tal causa &c. *(Sigue un pedimento de recusacion en forma con juramento de no ser de malicia.)*

AUTO.

Don N., juez de esta causa &c., dijo: que debia darse y se dió por recusado, y nombraba á Don T., alcalde segundo en orden de esta villa, por acompañado suyo, á quien se haga saber

para que acepte y jure el asociamiento; previniéndole se conforme con los acuerdos y dictámenes de su asesor H., ó nombre otro de su gusto con quien asesorarse. Hágase igualmente saber esta novedad al curador B., en representacion del reo su menor &c. = *Siguen las firmas.*

(Se notifica este auto á los que expresa, y se extiende la aceptacion y juramento del alcalde segundo, continuándose luego la causa en el órden regular.)

QUINTO.

ARTÍCULO DE EXHUMACION DE UN CADAVER.

En la villa de tal, á tantos &c., Don N., juez &c., habiendo visto estos autos, y que de ellos resultan suficientes méritos para indagar el importante punto de si la herida mortal que tenia en su costado derecho el difunto P., fue ó no hecha con arma de fuego ú otro instrumento, lo cual no se examinó bien en las anteriores inspecciones, dijo: que por este motivo, y el de carecer de todo otro medio que conduzca al intento, se exhume el referido cadaver, y hecha diseccion por los cirujanos H. y R., que le reconocieron, examinen mas detenidamente si quedó dentro del cuerpo alguna bala ú otra materia sólida que causase la muerte. A esta operacion, por su interes é importancia, asistirá su merced con su asesor, escribano y testigos que presenciaron el entierro de aquel, notándose por fe lo que resulte. Y con el deseo de practicarla con la debida licencia y legitimidad, tómese la correspondiente del cura párroco de la iglesia de esta villa, avisándose al mismo tiempo al sepulturero &c. = *Siguen las firmas.*

CONFERENCIA VERBAL DEL SEÑOR JUEZ DE ESTOS AUTOS CON EL PARROCO SOBRE EL PUNTO CONTENIDO EN EL AUTO ANTECEDENTE.

Acto continuo el señor N., juez de esta causa, con su asesor y el infrascrito escribano, pasó á la casa del reverendo cura de la iglesia parroquial de esta villa; y tomando permiso urbano para entrar, le enteró su merced de la precision en que se hallaba de desenterrar y exponer el cadaver de F. (cuya violenta muerte inquiria), para hacer una comprobacion capaz de descubrir la

verdad, lo que no puede conseguirse por otro medio. Al intento le representó su merced que esta diligencia por el resultado de autos (que le dió à entender igualmente) interesaba al servicio de Dios y al del Rey nuestro Señor, al de la causa pública, y al de los mismos reos indiciados. Ademas de estas reflexiones le hizo otras varias con el objeto de convencerle, y le suplicó se sirviese permitirle la referida exhumacion. Mas á pesar de tan sólidas consideraciones, se negó á ello dicho señor cura, diciendo que no podia ni debia consentir en dicha exhumacion; oido lo cual por dicho señor juez, le requirió una y otra vez se prestase á ella, aunque sin fruto alguno. Entonces le protestó su merced el perjuicio que por su obstinada resistencia se seguia á la causa pública, y el obstáculo que ponia á la debida averiguacion y castigo de los delitos. Firmaron esta diligencia su merced y el asesor; y de todo lo ocurrido en ella doy fe. = *Siguen las firmas.*

(Para evitar el desaire personal que sufriria el juez en una conferencia de esta naturaleza, será mejor entenderse con el párroco por medio de oficio urbano en que le pida permiso para la exhumacion; y si aquel se negare, despues de protestarle los daños y perjuicios, se provee el siguiente)

AUTO.

Sin intermision el señor juez &c. mandó se saque testimonio de los méritos en que se funda la decretada exhumacion; y diríjase suplicatoria con él al ilustrísimo señor obispo de esta diócesis, á fin de que su ilustrísima mande al cura de esta villa la permita con el decoro correspondiente. Y porque cualquiera dilacion puede perjudicar à la urgencia de este acto, vaya un propio que solicite su despacho, y le traiga prontamente &c. = *Siguen las firmas.*

SUPLICATORIA.

N., alcalde y juez ordinario de esta villa de tal &c., con el mayor respeto, digo: que estoy procediendo criminalmente contra F., culpado en la muerte violenta dada à B., y conviniendo para la mejor averiguacion del delito exhumar el cadaver, tuve al intento una conferencia verbal con el cura párroco de la misma Don F., quien se negó á que se hiciese la exhumacion; todo lo cual resulta del testimonio adjunto. Y á fin de que aquella

se verifique para el indicado objeto en que se interesa la buena administracion de justicia:

A V. S. I. suplico se sirva decretar que el referido párroco permita que se haga dicha exhumacion con el decoro correspondiente.

DECRETO.

En la ciudad de tal, á tantos &c., el cura párroco de la villa de tal permitirá á la justicia de tal parte la exhumacion del cadaver que se pretende por esta, practicándola sin escándalo ni profanacion, á puerta cerrada, en lugar no inmune, con la veneracion debida á la casa de Dios, y con el honor recomendable á los cuerpos de los muertos sepultados en sagrado &c. = *Siguen las firmas del señor obispo y de su secretario.*

EXHUMACION Y NUEVA INSPECCION DEL CADAVER DE B.

En la propia villa y dia, habiendo recibido el señor juez de estos autos el permiso que antecede del ilustrísimo señor obispo de la ciudad &c., lo hizo entender al señor cura de esta misma villa, y con su acuerdo procedió á la exhumacion y reconocimiento que en auto de tantos tenia mandado. Para ello (previos los avisos y recados convenientes) pasó al cementerio de tal parte, y se desenterró un cadaver, el mismo que los testigos presenciales R. y S. aseguraron bajo juramento, que hicieron en toda forma de derecho, ser el mismo idéntico de B. (lo que yo el infrascrito escribano certifico y doy fe), el cual fue puesto en la casa de J., separándole del lugar sagrado con arreglo á dicho decreto; y habiendo sido inspeccionado exteriormente por los facultativos D. y E. (previo juramento que prestaron de portarse bien en esta operacion), se le encontraron, las mismas heridas que constan en las diligencias, folios tantos, bajo la particularidad que la del vientre aparece solo abierta por delante, junto á la ingle izquierda, pero sin atravesarle de parte á parte. Hecha le diseccion correspondiente, y observando la operacion atentamente el señor juez, su asesor, yo dicho escribano, y demas circunstantes, se halló en la extremidad interna de dicha herida una bala de plomo, al parecer de pistola; la cual, de órden de su merced, se envolvió en un papel, se selló con seguridad, y se puso en poder de mí dicho escribano (de que igualmente doy fe). Los referidos peritos, segun su juicio, expresaron: que la susodicha herida del vien-

tre habia sido efecto de aquella bala, y que ella le habia causado la muerte, por las razones en que fundaron su primer juicio que obra á fojas tantas de estos autos; y en el cual se afirmaron y ratificaron, diciendo ser de edad, &c. Y restituido el cadaver con el mismo decoro y miramiento á su sepultura, fue enterrado en ella. Firmaron esta diligencia y su juicio los enunciados peritos con los testigos que supieron, su merced y asesor &c. = *Siguen las firmas.*

SEXTO.

ARTÍCULO DE FRACTURA Y ESCALAMIENTO DE CARCEL.

En tal parte, á tantos &c., el señor alcalde de &c., dijo: que en este instante que son las once de la noche le ha comunicado N., de esta vecindad, que estando acostado en una de las alcobas de su casa, que está pared en medio de la cárcel de esta villa, observó estarse maniobrando y haciendo violencia á dicha pared para romperla segun el ruido que se notaba, cuya novedad le puso en cuidado por la temible fuga de los presos. A consecuencia de este aviso su merced mandó, que para precaver aquella y averiguar lo ocurrido, se pasase prontamente á la misma cárcel, inspeccionándola y registrándola con el mayor cuidado, á fin de evitar todo daño que amenace, y castigar tan notable exceso. = *Siguen las firmas.*

DILIGENCIA DE LLEGADA A LA CARCEL.

Sin demora se dirigió á la prision el señor B., alcalde de esta villa, asistido de mí el escribano, de N. y T., testigos llamados al intento; y se halló que la pared del calabozo en que está encerrado P., resulta maltratada en su parte interior, teniendo removidas dos piedras de sillería, junto á las cuales se notó una porcion de cal y polvo extraido al parecer de las juntas de las piedras. Tambien se encontró bajo una estera que servia de cama á dicho P. una palanqueta de hierro á manera de escopio. Y de ser así como dejo referido yo el escribano doy fe, y lo firmo con su merced. = *Siguen las firmas.*

AUTO.

Acto continuo mandó dicho señor juez que M. y P., maestros de obras de esta villa, reconozcan la intentada rotura de esta cárcal, y den su dictamen en debida forma; examinándose como testigos á N. y T., sin separarse de este sitio su merced, escribano y dichos testigos hasta que se cumpla, y lo firmaron &c. = *Siguen las firmas.*

NOTIFICACION A LOS MAESTROS DE OBRAS, SU ACEPTACION Y JURAMENTO.

Acto continuo yo el escribano hice saber el auto que antecede á M., maestro de obras, vecino de esta villa, quien dijo que aceptaba y aceptó el encargo que en él se contiene, y juró á Dios nuestro Señor y á una señal de cruz en toda forma de derecho, desempeñarlo bien y fielmente, y lo firmó: doy fe. = *Siguen las firmas.*

Otra notificacion en iguales términos al otro maestro.

RELACION Y JUICIO DE LOS MAESTROS DE OBRAS.

En la misma villa y dia comparecieron ante el señor B., juez de estos autos, los citados M. y P., maestros de obras de esta vecindad; y mediante el juramento que tienen hecho, el que ratificaron, y á mayor abundamiento hicieron de nuevo, dijeron: que los dos sillares estan á punto de salir de quicio, por la violencia con que se conoce han sido movidos, y no dudan haberse hecho esto con la palanqueta que se les manifestó (y de ello y ser la misma que se ha encontrado bajo la estera ó cama de P., doy fe), pues cuadran ó vienen bien sus mellas con las señales de la piedra. Y añaden que semejante violencia es de hecho al parecer reciente, pues las incisiones de las piedras, y el material arrancado, lo indican. = *Siguen las firmas.*

Declaracion del testigo N. Dijo: que es cierto cuanto se contiene en el referido auto, pues como en él se especifica, lo anunció verbalmente el testigo á su merced &c. = *Siguen las firmas.*

Declaracion del otro testigo. (Lo mismo con referencia única al hecho que ha presenciado.)

(Evacuadas estas diligencias, se pasan al promotor fiscal, y este ocurre con el siguiente:)

PEDIMENTO.

R., promotor fiscal en la causa de oficio seguida contra P., por tal delito (se expresa el que sea), parezco ante V., y por el mejor medio de derecho, digo: que antes de proceder á otra cosa, conviene se haga cargo á P., del intentado rompimiento de la prision en que está encerrado, sin extenderlo por ahora á lo demas que contra él resulta de autos; y evacuado se me comunique para pedir lo que sea conforme á derecho.

Suplico á V. se sirva acordarlo como propongo, y procede en justicia que pido y juro &c. = *Siguen las firmas.*

AUTO.

Como lo propone el promotor fiscal. Lo mandó &c. = *Siguen las firmas.*

DECLARACION CON CARGOS DE P.

Acto continuo constituido su merced con su asesor (1), en una de las piezas de la cárcel de esta villa, mandó comparecer ante sí á P., preso en la misma por tal causa; y estando en su presencia le recibió juramento que hizo ante mí, en manos de su merced, á Dios nuestro Señor y una señal de cruz segun derecho, mediante el cual ofreció decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, y bajo esta promesa se le preguntó lo siguiente.

Preguntado: diga ser cierto que está preso en esta Real cárcel á la órden y disposicion de su merced, habiendo sido encarcelado en tal tiempo; dijo que es cierto.

Preguntado: que siendo esto positivo intentó el declarante romper la prision en que se halla, horadándola con violencia, para huir y escaparse de ella, contraviniendo á las leyes y despreciando los mandatos de la autoridad pública; dijo que confiesa la pregunta, y el cargo que en ella se contiene.

Preguntado: ¿de quién es el instrumento con que ha desquiciado las piedras, quién se lo facilitó, y por qué medio? dijo: que ignora su dueño, y que se lo proporcionó Fulana, su muger, con ocasion de franquearle la entrada en esta cárcel el

1 Nota. Yendo asesorado el juez lego, debe asistirle personalmente el asesor en los actos de importancia de la causa, por las razones que se expusieron en el tomo anterior, pag. 343, nota 2.

alcaide H. cuando viene à suministrarle la comida &c. Y en este estado mandó su merced suspender esta declaracion para continuarla siempre y cuando convenga. Y habiéndosela leido al declarante, se afirmó y ratificó en ella. No firmó por no saber: lo hizo su merced y asesor; doy fe.=*Siguen las firmas.*

AUTO.

Al promotor fiscal.

PEDIMENTO.

R., promotor fiscal &c. digo: que los cómplices, coadjutores y cooperantes en los delitos de fuga de presos y factura de prision incurren en igual pena, segun ley, que el mismo fugitivo ó infractor; y resultando serlo Fulana, muger del preso, y el alcaide H., procede se les arreste, se les haga cargo como el principal delincuente, y se me comuniquen las resultas para los indicados efectos.

Suplico à V. se sirva &c.

AUTO DE PRISION Y DECLARACION DE INQUIRIR Y AGRAVAR.

El señor B., alcalde &c. habiendo visto estos autos en la parte que basta, mandó se ejecute como lo expresa el promotor fiscal.= B. alcalde.= Ante mí &c.

En seguida se procede á la prision de la muger y del alcaide, á quienes se toma despues declaracion de inquirir y agravar en los términos siguientes.

DECLARACION DE INQUIRIR DE LA MUGER.

Preguntada: ¿si ha suministrado algun instrumento à su marido en la carcel, cuál es, de quién, y por qué conducto ò medio se le ha facilitado? dijo: que le suministró una palanqueta de hierro que halló en su casa, y la introdujo con maña cautelándose del carcelero, pues la metió escondida ó envuelta en un felpudo que llevó para que sirviese de cama á su marido (ò de cualquier otro modo que haya sido).

Preguntada: ¿si en ocasion de entregar la comida à su marido entraba con frecuencia en la carcel, à tratarle ó comunicarle? dijo: que nunca se lo permitió el carcelero.

DE AGRAVAR CON CARGO.

Supuesto que proporcionó à su marido dicha palanqueta para facilitar el rompimiento de la prision, y por ella lograr la fuga segun se deja inferir, ¿como incurrió en tan grave delito la declarante, sabiendo la prohibicion y penas impuestas por las leyes? dijo: que el amor que profesa à su consorte, y la obligacion natural de proporcionarle por todos medios la libertad, superaron en este caso el temor de las penas y el respeto debido à las leyes, y por esto cooperó à su fuga, lo que no puede negar &c. Y en este estado mandó su merced suspender esta declaracion &c.

DECLARACION CON CARGO DEL ALCAIDE.

Preguntado: ¿como dió lugar el declarante à que se suministrase à P. uno de los presos que estan à su cargo el instrumento de hierro que se ha citado, haciéndose cómplice en el rompimiento y fuga de la prision intentada por aquel? dijo: que ignora cómo, cuándo, y por qué medio se le introdujo y facilitó &c. Y en este estado &c.=*Siguen las firmas.*

OTRO PEDIMENTO DEL PROMOTOR FISCAL.

R., promotor &c. digo: que la confesion terminante de la intentada fuga y fractura de la carcel que han hecho P., su muger fulana, y H. alcaide, es cargo suficiente de su respectiva trasgresion: de ello los acuso formalmente y procede sean castigados con todo rigor de derecho.

A V. suplico se sirva tener por bastante dicha culpa; y haciéndoles de ella el debido cargo, darles un término limitado para que se descarguen. Pasado este con lo que digan ó no (omitidas la publicacion, conclusion y citacion) mandar se me comunique para exponer lo conveniente, segun procede en justicia &c.

AUTO.

B, alcalde &c., dijo que debia hacer é hizo cargo de la culpa que resulta de este artículo à los acusados P., fulana su muger, y H. alcaide, para cuya defensa les daba y dió tres dias perentorios de término con todos cargos, y denegacion de otro

(sin fiarles por esto el proceso), y pasados traslado al promotor fiscal, para que proponga lo conveniente &c.

Notificaciones á P., su muger, el alcaide y el promotor fiscal.

PEDIMENTO DE ESTE.

R., promotor &c. digo: que segun los méritos de esta causa, en este estado deben ser castigadas con previo pronunciamiento y sin perjuicio del progreso de aquella, la intentada fuga y violenta fractura de la prision en que han incurrido P., su muger fulana, y H. alcaide; aquel como autor principal, y estos como cómplices, imponiéndoles interinamente al primero la pena ordinaria de este exceso, y la declaracion regular de confeso en el delito porque está aprisionado, y à los últimos otras correspondientes á su complicidad &c., à lo cual se proceda desde luego sin demora, puesto que estos reos en sus confesiones en el término de sus defensas no han alegado excusa ni excepcion alguna en que puedan fundarla &c. Suplico á V. &c.

AUTO.

Autos para proveer. Lo mandó &c.=*Siguen las firmas.*

OTRO EN VISTA (CORRECCION DE AZOTES).

En la villa de tal, à tantos &c. dijo: que se corrija por via de entre tanto la intentada fuga y rompimiento de la prision en que ha incurrido P., con doscientos azotes; que se le den en la forma ordinaria por las calles y plazas de esta villa, publicándose à voz de pregonero su delito, sin alterar por esto el curso y orden de la causa principal, se apercibe à fulana, muger de P., que en adelante no incurra en semejantes complicidades, bajo las penas prevenidas en derecho; y al carcelero H. se le apercibe del propio modo, imponiéndole la pena de cien ducados por su negligencia y falta de precaucion en la custodia de los presos de su cargo; la que se aplique à las de Cámara y gastos de justicia por iguales partes. Póngase en libertad à estos dos últimos, y consúltese esta providencia con autos originales al excelentísimo señor presidente de la chancillería (ó audiencia) de este distrito, y señores gobernador y ministros de su Real sala del crimen por mano de su fiscal regio antes de la publi-

cacion. Suplíquese igualmente á S. E. que si fuese de su superior justificacion aprobarla, tenga á bien franquear el verdugo de aquella Real audiencia para que la ejecute, bajo la promesa y formal garantia que presta su merced de asegurar su persona en el viage con la escolta y resguardos correspondientes.

VERIFICACION.

Doy fe que en este dia se han remitido en consulta á la Real sala los autos originales de &c.

CONSULTA A LA REAL SALA.

EXCELENTISIMO SEÑOR.

B., alcalde y juez ordinario &c., á V. E. con el debido respeto, digo: que en la causa criminal de homicidio que estoy siguiendo á P., de esta vecindad, y de que en debido tiempo avisé á V. E., ha sobrevenido la novedad grave de haber intentado dicho P. romper y escalar la prision en que se halla; cuyo artículo debidamente comprobado he decidido con previo y anterior conocimiento sin perjuicio del progreso de la causa, imponiendo correccion de azotes á aquel en la forma ordinaria, y otras condenaciones á los cómplices en tal exceso; pero he advertido que ni unas ni otras han de tener efecto hasta que merezcan la aprobacion de V. E. como resulta del proceso original que debidamente acompaño; por tanto:

Suplico á V. E. se sirva mandar verlo, y en su vista aprobar el referido artículo y sus condenaciones, ó resolverlo como sea del superior agrado de V. E. Y en caso de aprobacion, suplico igualmente á V. E. tenga á bien disponer venga el verdugo de esa Real audiencia á ejecutar la pena de azotes, corriendo de cuenta de este tribunal los gastos y seguridad de su conduccion. Dios nuestro Señor guarde á V. E. muchos años: en tal parte á tantos &c.

Nota. Suelen formarse estas consultas como pedimento ó como representacion, empezando, ó bien con la palabra, ó con el nombre del juez; pues de ambos modos se practica. El mas comun es el último, y en uno y otro es precisa la firma del escribano.

Tambien está en el arbitrio de los jueces avisar al superior estos ú otros semejantes incidentes luego que suceden, ó sustan-

ciarlos y decidirlos antes, consultándolos despues para los debidos efectos; pues la ley no prohibe al juez el determinar las causas sobre que pueda recaer pena corporal aflictiva, sino el ejecutar la sentencia sin previa consulta. Lo mas seguro es dar aviso de dichos incidentes sin pérdida de tiempo, cuando se prevee que han de tardar en sustanciarse. Tambien puede el juez mandar suspender el efecto ejecutivo de estas penas correctorias, interinas, aunque esté pronunciada la sentencia, hasta que se haya tomado confesion sobre el delito principal al reo que las ha de sufrir, y á los demas conreos y cómplices.

VUELTA DE LOS AUTOS QUE SE REMITIERON EN CONSULTA. = CERTIFICACION UNIDA A ELLOS.

Don N., escribano del Rey nuestro Señor y de Cámara en la Real sala del crimen de su Corte y audiencia de &c., certifico: que vista la presentacion de &c., con fecha de tantos, y conformándose con el dictamen del señor fiscal, acordaron los señores del margen que se ejecute el auto en vista de tantos &c., y pase el verdugo de esta audiencia á ejecutar la pena de azotes impuesta al contenido P. &c. = *Sigue la firma del escribano de Cámara.*

AUTO.

En la villa de tal, á tantos, el señor B., alcalde &c., habiendo recibido los presentes autos con la resolucion acordada en ellos por la Real sala de audiencia de este reino, en su vista mandó que se intime con el auto en vista á que se refiere, á los consabidos P., su muger y H. alcaide; á cuya diligencia asistirá personalmente su merced &c. = *Siguen las firmas.*

NOTIFICACION A DICHOS REOS.

Acto continuo yo el escribano hice saber lo contenido en la providencia anterior á los referidos &c., y en el propio acto se dió libertad á fulana, muger de P., y á H. alcaide. Lo firmó su merced, de que doy fe.

FE DE LLEGADA DEL VERDUGO.

En este dia tantos llegó à esta villa F., verdugo de tal parte,

lo que anuncio á su merced, y noto por diligencia.=*Sigue la firma del escribano.*

AUTO.

El señor juez &c., mandó que à las diez horas de la mañana del siguiente dia trece, se ejecute la correccion de azotes à que está condenado P., cuya ejecucion presencie el escribano actuario con los alguaciles de este juzgado; y de ello doy fe.

Despues se notifica al verdugo, el que hace de carcelero y al pregonero.

EJECUCION DE LA PROVIDENCIA DE AZOTES.

En tal parte, à tantos, llevando à efecto lo mandado por auto en vista de tantos, que se sirvió aprobar la Real sala criminal, fue puesto sobre un pollino el referido P., desnudo de medio cuerpo arriba, y tomada la ruta desde la carcel hácia la calle nueva, se llegó à su esquina, en donde habiéndose pregonado á voz alta por J., pregonero, que dicho reo habia sido condenado à aquella pena de azotes por haber intentado quebrantar violentamente la prision, le dió el verdugo dos azotes en las espaldas. Y siguiendo por la vuelta general de esta villa, en cien esquinas y puestos públicos le paró, y en todos le dió otras tantas veces dos azotes, completando con ellos el número de doscientos, como está mandado: todo lo cual ha sido en mi presencia; que certifico y firmo con dichos verdugo, pregonero y alguacil de la comitiva; y de ello doy fe.

SÉPTIMO.

ARTICULO DE NOMBRAMIENTO DE PROMOTOR FISCAL.

Auto de Nombramiento.

En la misma villa, à tantos &c., habiendo visto en este estado los presentes autos entendiendo à su gravedad é intrincadas circunstancias, dijo: que para su acertada expedicion importaba nombrar como nombraba promotor fiscal que los dirija y

sustancie, eligiendo para este encargo al licenciado Don F. de tal, abogado de los Reales Consejos &c., à quien se haga saber para que acepte y jure dicho cargo, y fecho autos, para en su vista discernirle en toda forma de derecho.=*Siguen las firmas.*

NOTIFICACION, ACEPTACION Y JURAMENTO.

Acto contínuo yo el escribano hice saber el auto que antecede al licenciado Don F., quien dijo: que aceptaba y aceptó el encargo que en él se contiene, y en su virtud hará cuantas diligencias sean concernientes à su oficio, para la debida averiguacion del delito y delincuente de que se trata en esta causa, interesándose en el castigo de aquel, si fuese cierto, ó por el contrario, procurando que quede impune la inocencia en caso de llegar esta à descubrirse (*Si no fuere letrado el promotor fiscal, se añadirá*:) tomando consejo y direccion de abogado de probidad y confianza, y haciendo lo que los demas promotores fiscales hacen y deben hacer en el desempeño de este cargo y sus responsabilidades. Asi lo dijo, y ofreció cumplirlo, bajo juramento que hizo &c.; y lo firmó, de que doy fe.

AUTO DE DISCERNIMIENTO.

El señor N., juez &c., dijo: que le discernia y discernió el cargo de promotor fiscal; bajo cuya virtud le daba y dió poder cuanto en derecho es necesario para instar, pedir, promover y acusar en esta causa segun le parezca conducente al castigo de los delitos ó de la justa impunidad de la inocencia, portándose en su oficio con la entereza y rectitud que previenen las leyes y bajo sus penas, con libre, franca y absoluta gestion (*Si no fuese letrado el promotor fiscal se añadirá*:) sujetándose à la direccion de abogado de ciencia y conciencia; pues para todo y su mayor firmeza interpuso su merced su autoridad y decreto judicial en cuanto puede y de derecho debe: y lo firmaron &c.=*Siguen las firmas.*

Este auto se notifica despues al promotor fiscal.

AUTO.

El señor N., juez &c. mandó que se comuniquen estos autos al promotor fiscal para que proponga lo que tenga por conveniente &c.

OCTAVO.

ARTICULO DE EXCARCELACION Y DESEMBARGO DE BIENES CON FIANZAS.

Pedimento.

F. de tal, curador de N., preso en las Reales cárceles de esta villa por tal causa (*Se expresará lo que sea*), parezco ante V. y digo; que hallándose contestada la causa mediante la confesion que se ha tomado al referido N., procede se dispense à este la libertad de su persona y de sus bienes; lo primero á favor de la fianza de la haz y de estar à derecho; y lo segundo, bajo la depositaría que ofrezco à toda satisfaccion del tribunal; pues es indudable que dicho mi menor nunca puede recibir pena corporal ni aflictiva por el delito que se le imputa. En esta atencion:

Suplico á V. se sirva proveerlo como queda expuesto &c.

AUTO.

Traslado y autos al promotor fiscal. Lo mandó &c.

NOTIFICACION AL PROMOTOR FISCAL.

Pedimento de este.

N. de tal, promotor fiscal &c., digo: que la solicitud de F., curador de N., en que supone que dicho menor no ha de recibir pena corporal ni aflictiva por el delito que se le imputa, carece de fundamento; por lo cual debe en justicia denegársele el alivio de prision que pretende; si bien no hay inconveniente en el desembargo de sus bienes, mediante la fianza depositaria á satisfaccion del tribunal. En cuya atencion:

Suplico à V. se sirva acordarlo en esta conformidad &c.

AUTO.

Autos; y vistos por el señor N., juez de esta causa, dijo: que no ha lugar à la excarcelacion de N., y dándose por este

fianza depositaria competente por valor de quince mil reales de vellon, désele mandamiento de desembargo de bienes en la forma ordinaria. Y por este su auto asi lo mandó &c. = *Siguen las firmas.*

MANDAMIENTO DE DESEMBARGO.

N., alcalde ordinario &c., en la causa que ante mí pende sobre tal cosa &c.

Por el presente, y en su virtud F. de tal, depositario y secuestrador, en cuyo poder existen los bienes y efectos que se ocuparon y secuestraron à N., preso por la referida causa, soltad y dejadlos libres y desembargados à la disposicion del mismo reo, ó de su curador F.; pues asi lo tengo mandado en auto de este dia, y resulta asegurado el desembargo suyo con fianza depositaria que ha dado, y se ha recibido, mediante escritura pública, à satisfaccion de este tribunal; y verificado asi quedareis libre y exonerado en esta parte. En la villa de tal &c. = *Siguen las firmas.*

ESCRITURA DE FIANZA DEPOSITARIA.

Sépase por esta pública escritura como ante mí el escribano y testigos infrascritos pareció N. de tal, labrador, vecino de esta villa de tal, à quien doy fe conozco, y dijo: que está cerciorado de que en la causa criminal que pende ante el señor N., alcalde y juez ordinario de esta misma villa, sobre tal delito, hallándose preso por ella N., se decretó por dicho señor, que dando F., curador de dicho N., fianza idónea à satisfaccion del presente escribano, y de su cuenta y riesgo en cantidad de quince mil reales vellon, se le desembarguen los bienes suyos que estaban secuestrados por la misma causa. Y deseando que esta providencia produzca sus debidos efectos; enterado del valor que aquellos (que segun su saber y entender juzga ascienden à igual cantidad, y à mayor abundamiento lo jura à Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga con su persona y bienes à ley de depositario à tener de pronto y manifiesto la indicada suma, pena de incurrir en las que incurren los depositarios fraudulentos, y que no dan cuenta exacta y puntual de sus encargos; y otorga depósito en forma de ella, confesando que en virtud de la presente los referidos bienes del citado N. han quedado libres à la orden y disposicion del mismo, y en subsidio y sustitucion los expresados quince mil reales. Y porque la entrega de aquellos no es de presente, renuncia las

leyes de ella; ofrece tener pronta dicha cantidad siempre que su merced ú otro juez competente se lo manden, y se somete al fuero y jurisdiccion de este tribunal, renunciando la ley *si convenerit de jurisdictione omnium judicum*, y todas las demas que le favorezcan; especialmente la que prohibe la general renunciacion. Asi lo otorgó en la villa de tal, à tantos. Concuerda este traslado (1) con su original y registro que protocolizado queda en mi poder &c.

NONO.

ARTÍCULO DE CESACION PREMATURA EN LA CAUSA, Y RENUNCIA DE DEFENSA Y TÉRMINO PROBATORIO.

F. de tal, curador de N., preso en la Real carcel de esta villa por tal delito, parezco ante V., y por el mejor modo de derecho, sin perjuicio de otro cualquiera, digo: que V. por su auto anterior, se ha servido acceder al desembargo de bienes de dicho mi menor, mas no à la excarcelacion de su persona, à pesar de hallarse inocente del delito que se le imputa (salvo el juicio de V.). Esta inocencia se manifiesta por las mismas pruebas del proceso, de modo que se hace ociosa è inutil toda defensa y dilacion; y à fin de redimir à dicho mi menor de la molesta y larga carcelería que ha padecido, parece justo se ponga fin à esta causa, cortándola en este estado en que se halla, aunque sea à costa de alguna ligera condenacion que se le imponga, la cual ofrezco cumplir en su nombre, y al efecto renuncio la prueba, su término y la defensa de que podia usar, dando por ratificados y repetidos los testigos del sumario, y por concluso y acabada la causa: en esta atencion:

Suplico à V. se sirva resolverlo como en este escrito propongo, ó segun convenga en justicia que pido &c.

AUTO.

Traslado al promotor fiscal, y en el interin no corra el término de prueba. Lo mandó &c.

1 En el concuerda se acredita haberse unido copia entera á los autos, ó se nota por diligencia en ellos; pues es escucial esta calidad en toda escritura de caucion ó fianza.

Este auto se notifica al promotor fiscal y à dicho curador.

PEDIMENTO DEL PROMOTOR FISCAL.

F. de tal, promotor fiscal &c., respondiendo à la instancia de F., curador del reo N., en que solicita se sobresea en el progreso de esta causa, bajo renuncia de la prueba y defensas que le corresponden, digo: que segun los méritos de la misma causa debe resultar contra dicho reo una condenacion grave de aquellas que resisten el intentado arbitrio del sobreseimiento. Por consiguiente no puede cortarse en este estado prematuro, ni dispensarse à este reo semejante abdicacion temeraria de sus derechos. Asi pues, con la reserva de proponer à su tiempo lo que crea conducente:

Suplico à V. se sirva denegar la propuesta que hace dicho reo por medio de su curador en todos sus extremos, mandándole se defienda y descargue de su culpa, à cuyo efecto debe correr todo el término probatorio que le está concedido, y segun procede &c.

AUTO.

El señor N., juez &c., dijo: que no há lugar à la cesacion prematura de esta causa, y menos à la renuncia de la prueba y defensas que se propone, cuyo término concedido que está en suspenso vuelva à correr. Por este su auto asi lo proveyó con acuerdo de su asesor &c. = *Siguen las firmas.*

DÈCIMO.

ARTICULO DE PROSCRIPCION DE UN REO FUGITIVO, Y FACULTAD DE MATARLE DONDE QUIERA QUE SE LE ENCUENTRE.

N., promotor fiscal en la causa que se está siguiendo contra B., C. y D., por varios robos y asesinatos, digo: que conviene se dé cuenta, como está mandado, à la sala superior de esta provincia, de la nueva atrocidad cometida por D., uno de dichos reos ausente y fugitivo, à quien debe declararse malhechor público, proscribiéndole en la forma ordinaria; pues al paso que han sido infructuosos cuantos medios se han usado para su captura, y sin efecto los llamamientos y pregones públicos que se

han dado para que se presente, es un hombre sumamente nocivo y perjudicial à la causa comun por la reiteracion de sus maldades. Para conseguir este objeto se ofrecen los dos medios siguientes: 1.° el de providenciar dicha proscripcion, consultando la providencia antes de ejecutarla con la sala superior criminal de la audiencia de esta provincia: 2.° el de representar à la misma la grave necesidad de declarar proscrito à dicho reo, pidiendo permiso para hacerlo asi; en cuya atencion:

Suplico à V. se sirva resolver lo que tenga por mas conveniente al indicado objeto &c.

AUTO.

Como propone el promotor fiscal, y adoptando el segundo de dichos dos medios, hágase consulta justificada al citado superior tribunal; con la particularidad de que el testimonio que acompañe à la súplica exprese los delitos de dicho reo fugitivo, y los graves males que causa con la reiteracion de sus atrocidades. Lo mandó &c.

(En seguida se pasan la consulta y testimonio citados al tribunal superior).

CERTIFICACION DE LA REAL SALA CON RESPECTO Á LA PROSCRIPCION PEDIDA.

Don N. de tal, escribano del Rey nuestro Señor y de Cámara en la Real Sala del crimen de su Corte y audiencia de &c. certifico: que vista la representacion del alcalde de tal parte con el testimonio que la acompañaba, se mandó comunicar al fiscal de su Magestad, quien expuso lo que tuvo por conveniente, y en su vista se acordó por los señores del margen, que dicho alcalde prosiga la causa conforme à derecho, segun se lo prescribió en decreto de tantos. Y con respecto à la proscripcion del reo fugitivo D., una vez que resulta de autos, que lejos de haber comparecido y presentádose en el trascurso de los tres primeros pregones, continúa en su ejercicio criminal de bandido, cometiendo nuevas atrocidades, podrá dicho alcalde declararle malhechor, culpable de los delitos de que está acusado y convencido, añadiendo à los nuevos pregones y edictos, que mande publicar, la calidad de ofrecer el premio que le parezca correspondiente al que presente vivo ò muerto à dicho D., matándole en acto de resistencia, ò en el caso de que no pueda lograrse de otro

modo su captura; prohibiendo al mismo tiempo la receptacion y abrigo de este reo, bajo pena de la vida &c.

AUTO.

En la villa de tal, el señor N., juez &c., dijo: que se una al proceso la certificacion de la Real sala que con esta fecha ha recibido su merced. En su conformidad, atentos los méritos de esta causa y los delitos que de la misma resultan contra D., reo ausente y rebelde, como tambien lo pedido y propuesto por el fiscal en su pedimento último; le proscribia y proscribió en cuanto há lugar en derecho, declarándole como le declaró reo incurso en tales delitos. (*Se expresarán los que sean.*), los cuales le constituyen malhechor facineroso. En su virtud mandó se encarte y ponga edicto de esta calidad, el que pregonado por los lugares públicos acostumbrados, se fije en la plaza mayor y puerta de la casa consistorial de esta villa, ofreciendo el premio de seis mil reales vellon al que presente vivo dicho reo ó muerto, no pudiendo aprehenderle de otro modo: se aperciba que nadie le albergue, recepte, socorra ni auxilie, bajo pena de la vida; y asi se publique y pregone &c.

VERIFICACION.

F. de tal, pregonero de este juzgado, me ha hecho relacion de haber verificado el pregon prevenido en el auto que antecede, en las plazas y lugares públicos acostumbrados de esta villa, y que ha fijado en la fachada de la casa consistorial, el edicto que le di firmado por su merced el señor N., juez de esta causa, del mismo tenor literal que el que copio à continuacion de esta diligencia, que firmo con dicho pregonero, y de ello doy fe.=F. de tal.=Ante mí N.

COPIA LITERAL DEL EDICTO.

Sea notorio à todos los vecinos y moradores, estantes y habitantes en esta villa de tal, como yo N., juez en la causa que de oficio sigo contra D., natural de tal parte, por tales delitos (*Se expresarán*), he llamado, citado y emplazado al referido D., para que viniese à juicio à purgarse de la culpa y cargos de dichas atrocidades: quien lejos de haberlo cumplido, ha continuado en ellas, manteniéndose fugitivo y rebelde à estos llamamien-

tos. Por esta causa y demas que resultan de autos, le he declarado malhechor, bandido, y perjudicial à la causa pública, por lo cual he acordado y proveido su proscripcion. En consecuencia ordeno y mando que nadie le albergue, recepte, favorezca ni socorra, bajo pena de la vida. Y asi mismo ofrezco seis mil reales vellon al que le aprehenda y presente vivo ò muerto, no pudiendo aprehenderle de otro modo. Y para que venga à noticia de todos, mando pregonar y fijar el presente. Dado en tal parte, á tantos &c.

DILIGENCIA DE HABER MUERTO LOS MINISTROS DE ESTE JUZGADO Á D.

En este instante, que son las cinco de la tarde de este dia tantos, se ha dado pronto aviso al señor N., alcalde y juez ordinario de esta causa, que el reo fugitivo D. se acoge todas las noches à un hato ó aprisco de este término, en tal parage à media legua de esta villa, y que á la sazon existe en él. Con esta noticia mandó se armasen cuatro vecinos esforzados, y los dos alguaciles del tribunal para auxiliarle, lo que asi se cumplió, y encaminándose su merced á dicho sitio con ellos, asistido de mí el infrascrito escribano, llegó à él, tomando la precaucion de sitiar por todas partes el indicado aprisco. No bien se verificó esto, cuando salió de alli precipitadamente el reo D., y echando à correr, le dijo repetidas veces su merced: tente al Rey, tente à la justicia; y viendo que no cedia ni se detenia, le gritó otra vez: tente, y si no te mato; y no queriendo detenerse, dijo de pronto á los ministros y auxiliadores: tiradle, matadle. Y en efecto, habiendo disparado tres tiros à un tiempo, quedó de sus resultas muerto y tendido en el suelo. Y habiendo pasado esto en mi presencia, como dejo expuesto, lo noto por fe y diligencia, que firmó su merced, sus dos alguaciles, y dos de dicha comitiva, de que doy fe &c. = *Siguen las firmas.*

AUTO.

El señor N., juez de esta causa &c., mandó que se ponga en la superior noticia de la Real sala esta ocurrencia, y dese à la causa el curso correspondiente &c.

UNDÉCIMO.

ARTÍCULO DE TERCERÍA SOBRE LOS BIENES DE LOS REOS AJUSTICIADOS.

Supónese el caso en que contra los bienes de reos ajusticiados haya alguno ó algunos acreedores, por ejemplo, una soltera honrada à quien hubiese estuprado alguno de dichos reos, y deba ser dotada, en cuyo caso se introducirá la pretension del modo siguiente.

PEDIMENTO.

F. de tal, labrador, vecino de esta villa &c., digo: que el difunto reo N. robó y gozó violentamente à mi hija María de tal, soltera, como consta de autos, de cuyo atentado la resulta un gravísimo perjuicio, por cuanto, ademas de la afrenta y pérdida de su honor, la ha quitado las proporciones de casarse; y por consiguiente es manifiesto el derecho que tiene dicha mi hija para pedir un resarcimiento de estos perjuicios. Así lo conoció la justificacion del tribunal, reservando en su sentencia definitiva contra dichos reos las acciones que competen à mí y á mi hija para dirigirlas contra quien y como nos pareciese conveniente. En uso pues de ellas, espero de la rectitud del tribunal se sirva acceder à la expresada reparacion, que gradúo en dos mil pesos (cantidad con que en cierto modo puede resarcirse à mi hija los perjuicios que ha experimentado), aplicándola para ello bienes correspondientes del mismo reo, con preferencia á cualquier otro crédito que resulte contra él, aunque sea del Real fisco. Bajo este supuesto, y haciendo la oposicion que mas sea del caso:

Suplico à V. se sirva mandar estimar el expresado daño en la forma ordinaria (caso que mi asercion jurada no sea bastante); y por lo que resulte resarcirle con preferencia à otros créditos, comunicándome los autos à su tiempo para instruir mas en forma la oposicion. Pido justicia &c.

AUTO.

A los autos, y tráiganse. Lo mandó &c.

OTRO AUTO EN VISTA.

El señor N., juez &c., habiéndolos visto, dijo: que ante to-

do se tasen por el presente escribano (ò *por el tasador general si le hay*) las costas y salarios de esta causa, y se atienda al pago suyo con anterioridad y privilegio; para lo cual se proceda à la venta de los bienes de los reos obligados à ellos, previa su valuacion por los trámites regulares de derecho, y evacuado este punto se oirán las opiniones entabladas por R., à fojas tantas de estos autos, y por F., en el pedimento que antecede, con intervencion del promotor fiscal &c. = *Siguen las firmas.*

NOTIFICACION AL PROMOTOR FISCAL Y A LOS INTERESADOS.

Tasacion de costas.

En la villa de tal, à tantos &c., yo el escribano taso las costas de esta causa hasta la presente diligencia, con arreglo à Real arancel, en la forma que sigue.

Primeramente al señor alcalde, juez de la causa, por todos sus derechos, rs. vn. . . . . @
Al asesor por los suyos, rs. vn. . . . . @
(*Y asi sucesivamente como se estila.*)
Cuyas partidas juntas componen la suma de. . . @

AUTO.

De esta tasacion y antecedente auto, traslado y autos al promotor fiscal. Lo mandó &c.

NOTIFICACION AL PROMOTOR FISCAL.

Pedimento de este.

B., promotor fiscal &c., digo: que el proveido en vista de V., en el cual se sirvió mandar que antes de proceder al concurso de acreedores en los bienes de los reos condenados, ajusticiados y rematados en esta causa, mediante las tercerías instauradas en ella, se satisfagan las costas procesales causadas en la misma, parece ser muy conforme, porque este crédito es alimenticio, y como tal no sufre su pago las dilaciones à que está expuesto aquel otro juicio entablado. La tasacion de costas que ha tenido V. à bien someter à mi censura, la reconozco justa y legal, y en consecuencia puede aprobarse. Por tanto:

Suplico à V. se sirva aprobarla, y continuar en lo acordado, por parecerme conforme à derecho y justicia &c.

Otrosí. Por cuanto R., uno de los reos ajusticiados, no dejó procurador ni persona que le represente en esta causa, se hace precisa la provision de sugeto que persone las diligencias ulteriores: en esta atencion:

Suplico à V. se sirva nombrar defensor y representante de dicho R. &c.

AUTO.

El señor N., juez &c. habiendo visto estos autos en la parte que basta, dijo: que debia aprobar y aprobó la anterior tasacion de costas en cantidad de tantos rs. vn., y para cubrirla se pongan en venta bienes competentes de los reos condenados en ellas, cuantos se juzguen suficientes á este fin; con calidad que siendo raices se les den tres pregones, cada tres dias uno, y siendo muebles cada dia el suyo. Pasados estos términos se proceda al remate, justipreciándose antes por medio de peritos, cuyo nombramiento se reserva. En cuanto al otrosí del pedimento fiscal, como se pide, y se nombra por defensor y representante del difunto R. á B., á quien se haga saber el encargo, y se le discierna en la forma ordinaria. Y por este su auto asi lo mandó &c. = *Siguen las firmas.*

NOTIFICACION AL FISCAL Y DEMAS INTERESADOS.

(Siguen despues la aceptacion y juramento del defensor nombrado B., y el auto de discernimiento que se extenderá en los términos siguientes.)

El señor N., juez &c., dijo: que le discernia y discernió el cargo de defensor y representante del difunto R., dándole poder cuanto en derecho es necesario para instar, pedir ó promover lo que crea conducente al desempeño de dicho cargo, portándose en él con la rectitud que previenen las leyes y bajo sus penas, con libre, franca y absoluta gestion, la cual sujetará á abogado de instruccion y providad; pues para todo y su mayor firmeza interpuso su merced su autoridad y decreto judicial en cuanto puede y de derecho debe, y lo firmó, de que doy fe. = *Siguen las firmas.*

ARTÍCULO DE LASTO.

B., defensor de R., reo condenado y ajusticiado en esta cau-

sa, digo: que por providencia de V. de tantos fueron al pregon en venta entre otros los bienes del difunto á quien represento, para cubrir con ellos las costas devengadas. Estando ya para verificarse el remate, y antes de llegar á que tuviese efecto, he pagado las cantidades tasadas à los interesados en ellas, como consta de la contenta, recibos y documentos que presento y juro. Satisfecho asi el pago consabido, se libertan los insinuados bienes del gravamen y mayores costas à que estaban obligados; correspondiéndome en consecuencia la ordinaria carta de lasto, para recobrarlos à prorata de los demas conreos que han sido condenados. En esta atencion:

Suplico á V., que habiendo por presentados los referidos documentos, se sirva darme el insinuado título ó carta de lasto para proceder contra los bienes de los demas reos condenados y mancomunados con mi principal &c.=*Siguen las firmas.*

AUTO.

El señor N., juez &c., en vista de la anterior peticion, dijo: désele á esta parte la escritura de lasto que solicita; y hecho, comuniquense los autos à F. y D., para que instruyan en uso de su derecho las tercerías que tienen instauradas &c.

TÍTULO DE LASTO.

N., alcalde y juez ordinario de esta villa de tal, en la causa de &c. Por cuanto en la sentencia definitiva y autos que han recaido despues de ella, salieron condenados, ademas de otras penas, en las costas procesales H., P. y R., mandándose cumplir esta condenacion pecuniaria de los bienes suyos, para lo cual se sacaron en venta, por pregon público en la forma ordinaria; en este estado B., defensor de R., ha pagado las referidas cantidades hasta cubrir íntegramente el haber de cada interesado, no solo por lo que á sí toca, sino tambien por los demas reos mancomunados con él, como lo ha justificado. Por lo mismo le compete accion de reintegro, y la de igualarse con los demas conreos en lo que ha lastado por ellos; y deseando ejercitarla, ha pedido facultad de lasto á este tribunal, á lo que he adherido: en su virtud doy al referido B. todas las voces, veces y derechos que en mi residen, para que reconvenga y pueda reconvenir, apremiar y ejecutar á dichos conreos en lo que ha suplido por ellos, equilibrando los pagos con arreglo á las mancomuni-

dades de autos, guardando una justa y debida proporcion; de modo que le subrogamos en nuestro lugar, asi como yo pudiera hacerlo, y lo hago desde ahora para entonces, ejecute y apremie á dicho pago; y si por casualidad no saliere postor á los bienes que se subasten, se haga pago y adjudicacion *in solutum*, otorgando solturas y desembarcos á los tenedores y depositarios, con libre y absoluta facultad cuanta convenga y es aneja á ella (1). Para ello de parte de su Magestad exhortamos y requerimos, y de la nuestra encargamos á las justicias ante quienes esta carta fuere presentada, la hagan cumplir, procediendo por todo rigor de derecho contra los sugetos obligados al reintegro de las cantidades lastadas, hasta verificar el pago efectivo, ó la adjudicacion y posesion; pues asi conviene à la buena administracion de justicia, y para la validez de esta subrogacion, y que lo mandado en ella tenga el debido efecto, impartimos nuestra autoridad y decreto judicial cuanto de derecho debemos y podemos. Dada en tal parte, á tantos &c.

(Se notifica al promotor fiscal y á los interesados.)

1 Si el pago lo hubiere hecho algun fiador de los reos, dirá: *cuyo pago ha lastado y suplido por el reo à quien fio, compitiendo accion de lasto contra sus bienes:* y por el mismo estilo en el caso que instaure la accion de lasto algun fiador de reo insolvente ó falto de bienes contra otros reos mancomunados ó contra fiadores tambien mancomunados con él. En suma, segun la diferencia de circunstancias se varian las cláusulas.

FORMULARIO

DE UN PROCESO CONTRA UN MILITAR.

CUBIERTA DEL PROCESO.

PLAZA DE TAL. AÑO DE TAL.

REGIMIENTO INFANTERÍA DE N.

PRIMER BATALLON.

Causa criminal contra N., soldado de la 6.ª compañía por haber herido alevosamente al soldado de la misma N., de que resultó su muerte en el dia tantos.

Juez fiscal el señor Don N., sargento mayor ò ayudante. *Escribano, N.*

MEMORIAL.

EXCELENTISIMO SEÑOR:

Don N., sargento mayor de tal regimiento &c., hace presente á V. E. que se halla preso en el calabozo del cuartel de T., de esta plaza, N., soldado de la 6.ª compañía del primer batallon de dicho cuerpo, por haber herido alevosamente al soldado de aquella N., á las cinco de la tarde del 23 del presente mes, hallándose ambos destacados en el castillo de N., de resultas de una pendencia que tuvieron sobre juego en una cantina; y no siendo el expresado delito de que se acusa al reo de los exceptuados en las reales ordenanzas:

Suplico á V. E. permita hacer contra él las correspondientes informaciones, interrogarle y ponerle en consejo de guerra, para que se le juzgue segun manda su Magestad en dichas ordenanzas. Fecha. = Excelentísimo señor. = *(Al margen se pone*

el decreto: como lo pide; *precediendo la fecha, y poniéndose despues la firma entera del general ò gobernador.)*

(Cuando por estar enfermo, ausente ò de comandante del regimiento el sargento mayor, ò hallarse vacante este emplo, forma una causa de gravedad el ayudante mayor, ò en los regimientos de Guardias el alferez y ayudante mayor, ha de empezar asi el memorial.)

EXCELENTISIMO SEÑOR:

D. N., ayudante mayor de tal regimiento, que en virtud de las Reales ordenanzas hace las funciones de sargento mayor, por hallarse vacante este emplo, ò por estar ausente, enfermo ó de comandante Don N., que lo es en propiedad, hace presente á V. E. &c., ó Don N., alferez y ayudante mayor encargado de tal batallon de Reales Guardias de infantería española, por orden del coronel ó comandante, á causa de hallarse enfermo Don N. y Don N., que lo son en propiedad de este batallon, hace presente á V. E. &c.

NOMBRAMIENTO DE ESCRIBANO.

D. N., sargento mayor &c., habiendo de nombrar escribano, segun previene su Magestad en sus Reales ordenanzas, para que actúe el proceso que voy á formar contra el soldado N., nombro á N., sargento, cabo ó soldado de tal compañía de este regimiento, para que ejerza dicho empleo; y habiéndole enterado de la obligacion que contrae, acepta, jura y promete guardar sigilo y fidelidad en cuanto actúe. Para que conste lo firma conmigo en tal parte, á tantos &c.

FILIACION DEL ACUSADO.

Regimiento de infantería de N., tal batallon y tal compañía de Don N.

Filiacion. N., hijo de N. y de N., natural de N., dependiente del corregimiento de N., y avecindado en aquel pueblo, con el oficio de labrador, de tanta estatura y tal edad, sentó plaza por ocho años en tal parte, á tantos, sin interes alguno: se le leyeron las penas prevenidas en la ordenanza, y por no saber escribir hizo la señal de la cruz, quedando enterado de que es la justificacion, y no le servirá disculpa alguna. Fueron testigos M., sargento, y N., cabo primero, ambos de la compañía de

Don N., de este regimiento, en tal parte, à tantos. = ✠ = N. y N., testigos. = Queda aprobado por mí en dicho dia, mes y año. = N. = Notas. = Se le volvió à imponer en las leyes penales, y prestó el juramento de fidelidad à las banderas en tal parte, à tantos. = N.

CERTIFICACION DE SER ESTA FILIACION COPIA DE LA ORIGINAL.

Don F., sargento mayor ó ayudante &c., certifico: que la filiacion que antecede con las correspondientes notas, es copia de la original que se halla en el libro maestro de filiaciones de este regimiento (*y en Guardias* de tal batallon) que está à mi cargo, y que el soldado mencionado en ella es el mismo que se halla acusado de tal crimen, referido en el memorial, y preso por él en el calabozo de este cuartel. Para que conste lo firmo con el escribano en tal parte, à tantos &c.

DECLARACION DEL HERIDO.

En tal parte, à tantos, el señor Don N., sargento mayor &c., ó ayudante, pasó con asistencia mia al hospital de esta plaza, donde se halla herido y en cama N., y viéndole despejado de sus potencias le hizo levantar la mano derecha, y

Preguntado: ¿jurais á Dios y prometeis al Rey decir verdad sobre el punto de que voy á interrogaros? Respondió: sí juro.

Preguntado por su nombre y empleo; respondió: que se llamaba N., y que era soldado de tal compañía de tal regimiento.

Preguntado: quién le ha herido, y dónde, con qué instrumento, à qué hora, en qué sitio, por cuál motivo, à presencia de qué personas, y por todo cuanto pasó en el caso; respondió: que le habia herido N. &c. (*Se le hacen todas las preguntas conducentes, y concluye las declaraciones como en los tribunales seculares.*)

DILIGENCIA DE HALLARSE EL CUCHILLO EN PODER DEL MAYOR.

En la plaza de tal, á tantos de tal mes y año, yo el infrascrito escribano doy fe, que el sargento N., de tal compañía de este regimiento, entregó tal dia al señor Don N., sargento mayor, un cuchillo con un mango de hueso negro, de un palmo de largo, con la punta bastante aguda, cubierto de sangre seca un tercio de la hoja por su extremidad, con esta marca +, y debajo la

palabra *Roberson*, del tamaño y figura que se dibujan al margen; el cual le dió para dicho señor Don N., alferez del regimiento ò comandante del castillo de N., y es el mismo con que se aprendió à N., é hirió, segun se cree, à N. Se reseñó poniendo en el mango con la punta de las tijeras una letra mayúscula A, y queda en poder de dicho señor. Para que conste por diligencia lo firmó conmigo. (*Si al empezarse la causa tenia el mayor en su poder el arma con que hirio el reo, se pone antes de la declaracion del cirujano una diligencia, expresándolo asi, para poderla mostrar á este, y comprobar si pudieron hacerse con ella las heridas.*)

DECLARACION DEL CIRUJANO.

En la referida plaza y dicho dia, mes y año, el señor Don N., sargento mayor ó ayudante, hizo comparecer à su presencia à Don F., cirujano del expresado regimiento, y ante mí el escribano le hizo levantar la mano derecha, y

Preguntado: ¿jurais à Dios y prometeis al Rey decir verdad sobre el punto de que voy à interrogaros? Respondió: sí juro.

Preguntado por su nombre y emplo; respondió: que se llamaba N., que era cirujano de tal regimiento, y que asistia en el hospital de esta plaza.

Preguntado: si habia asistido á la cura del soldado de tal regimiento N., para que siendo asi declare el sitio, calidad, número y dimensiones de sus heridas, el instrumento con que se habian hecho, y si eran mortales ò de peligro; respondió: que habiendo pasado tal dia y hora al hospital, por aviso de un practicante, de haber conducido de tal parte un soldado herido, llamado, segun este le dijo, N., le reconoció, y le hallo dos heridas &c.

Preguntado: si atendida la forma ò figura de las heridas se conocia cómo se hicieron, si por delante ò por detras, y si pudieron hacerse con el cuchillo que se le muestra, de las señas expresadas en la diligencia del folio tantos de estos autos (*hàcese esta pregunta en caso de estar el arma en poder del mayor*); respondió: que la del cuello &c.; que es cuanto tiene que decir à lo que se le pregunta. Y habiéndole notificado que se presentase à declarar bajo juramento el estado de la salud del herido siempre que tuviese alguna novedad adversa, dijo: quedaba enterado &c. (*Se concluye como en los tribunales ordinarios.*)

DILIGENCIA DEL OFICIO PASADO Á LA JUSTICIA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS PERITOS.

En la ciudad de tal, à tantos de tal mes y año, el señor Don N., juez fiscal de esta causa, mandó se hiciese el reconocimiento del cuchillo expresado, para ver si era ò no de los prohibidos, y debiendo comparecer para ello dos maestros cuchilleros pasó con esta fecha el caballero corregidor el oficio siguiente à la letra.

»Hallándome de orden del excelentísimo señor Don N., capitan general &c., formando proceso à un soldado de tal regimiento, en que es preciso hacer constar por peritos si un cuchillo es ò no de los prohibidos; he de merecer á V. se sirva dar la correspondiente orden para que dos maestros del gremio de cuchilleros se presenten mañana à tal hora en mi casa, que está en tal calle, número tantos, cuarto principal, à fin de practicar el reconocimiento bajo juramento." Dios &c. En tal parte, à tantos. = Firma del sargento mayor. = Señor Don N., corregidor ò alcalde.

Yo el infrascrito escribano llevé este oficio, y le entregué á un criado del expresado corregidor. Para que conste por diligencia, lo firmó dicho señor; de todo lo cual doy fe. = Mayor. = Ante mí N., escribano.

DILIGENCIA DE INSERTARSE LA RESPUESTA DE LA JUSTICIA.

Yo el infrascrito escribano doy fe, de que hoy tantos de tal mes y año, se recibió la respuesta del caballero corregidor al oficio que con tal fecha le pasó el señor Don N., sargento mayor, de tantos medios pliegos, de cuya orden se inserta original á continuacion. Para que conste lo pongo por diligencia que firmo.

OFICIO DEL CORREGIDOR.

En virtud del papel de V. que he recibido con tal fecha, he dado la orden correspondiente para que los dos prohombres del gremio de cuchilleros N. y N., se presenten en casa de V. á la hora que señala, á fin de declarar bajo juramento sobre lo que les pregunte respecto á la causa que se halla siguiendo. = Dios guarde &c. En tal parte, á tantos. = Firma del corregidor. = Señor Don N., sargento mayor ò ayudante de tal regimiento.

RECONOCIMIENTO DEL CUCHILLO.

En la ciudad de &c., à tantos de tal &c., el señor Don N., sargento mayor &c., y el presente escribano, comparecieron en virtud del oficio anterior del señor Don N., corregidor de esta ciudad (*si no se insertase el oficio, como es mas regular, se pondrá*: comparecieron de orden de Don N., corregidor &c.), dos maestros del gremio de cuchilleros, que dijeron llamarse N. y N., quienes habiendo prometido decir la verdad sobre lo que se les preguntase, bajo juramento que dicho señor les recibió por Dios nuestro Señor y una señal de cruz; y habiéndoseles manifestado el cuchillo figurado al folio tantos de estos autos (que de ser el mismo da fe el infrascrito escribano), dijeron: que &c. Y para que conste lo firmaron con dicho señor y el presente escribano.

FÓRMULA DE LA DECLARACION DE UN TENIENTE CORONEL.

En tal parte, à tantos de tal mes y año, el señor Don N. pasó con asistencia de mí el escribano à la posada del excelentísimo señor capitan general, en donde compareció el teniente coronel graduado de infantería Don N., teniente de tal regimiento, primer testigo en este proceso, á quien dicho señor juez fiscal hizo poner la mano derecha tendida sobre el puño de su espada, y

Preguntado: si bajo su palabra de honor prometia decir verdad sobre lo que se le interrogase; respondió: si prometo.

Preguntado por su nombre y empleos; respondió: que se llamaba N., y era &c. (*Siguen las preguntas tocantes á la causa, y concluye la declaracion como las demas.*)

DILIGENCIA SOBRE EL ESTADO DEL HERIDO.

En tantos de tal mes y año, ante el señor Don N., juez fiscal de esta causa, y el presente escribano, compareció Don N., cirujano de este regimiento, en cumplimiento de la orden de dicho señor, para deponer sobre el estado de la salud del herido, y habiéndosele preguntado sobre ella, respondió bajo juramento de decir verdad, que prestó segun ordenanza, que habia visitado en el mismo dia al soldado N., que se hallaba con bastante calen-

tura &c. Y para que conste por diligencia lo firmó con dicho señor y el presente escribano.

DECLARACION DEL SEGUNDO TESTIGO N.

En dicho dia, mes y año, el referido señor sargento mayor hizo comparecer ante sí á N, testigo segundo de este proceso, á quien ante mí el presente escribano hizo levantar la mano derecha, y

Preguntado: ¿jurais á Dios y prometeis al Rey decir verdad sobre el punto de que voy á interrogaros? respondió: sí juro.

Preguntado por su nombre y empleo, y si conoce à N., y sabe dónde se halla; respondió: que &c. (*Se hacen las demas preguntas pertenecientes á la causa, y se concluye con esta.*)

Preguntado: si N. tiene iglesia, si le han leido las leyes penales, si ha pasado revista de comisario, hecho el servicio de soldado, y prestado el juramento de fidelidad à las banderas; respondió: que ignoraba si tenia iglesia, que le habian leido las leyes penales mensualmente á presencia del declarante, que habia pasado revista de comisario, hecho el servicio de soldado, y prestado el juramento de fidelidad á las banderas &c. (*Finaliza como las demas declaraciones.*)

CONFESION DEL ACUSADO.

En tal parte, á tantos &c., el señor Don N., sargento mayor &c., pasó con asistencia de mí el escribano al calabozo del cuartel de tal, donde se halla preso N., acusado en este proceso, para recibirle su confesion; y habiéndole intimado que se le iba á poner en consejo de guerra, y prevenido que eligiera un oficial para que le defendiera en la presente causa, se le leyó por mí el escribano la lista de todos los señores oficiales subalternos presentes del regimiento, fuera de los de su compañía, y bien enterado de todo nombró al señor Don N., alferez de tal compañía. Y para que conste por diligencia lo firmó dicho señor, de que doy fe el infrascrito escribano. Firma de los dos.

Inmediatamente el señor juez fiscal hizo levantar á N. la mano derecha, y

Preguntado: ¿jurais á Dios y prometeis al Rey decir verdad sobre lo que voy á interrogaros? respondió: sí juro.

Preguntado por su nombre, edad, patria, religion y empleo,

dijo: que se llamaba N., de tal edad, natural de tal parte &c. C. A. R., y que es soldado de tal compañia, de tal batallon desde tal dia, y que sentó plaza en tal parte.

Preguntado: si sabia por qué se hallaba preso; respondió: que ignoraba la causa de su prision.

Preguntado: en qué se ocupó la tarde de tal dia, en qué partes se halló, en compañia de quiénes anduvo, previniéndole que refiriese menudamente cuanto pasó en este tiempo; respondió: que &c. (*Se le hacen todas las preguntas y reconvenciones convenientes, y se concluye la confesion asi.*)

Preguntado: si tenia iglesia, en dónde en caso de tenerla, y cómo la tomó: si le habian leido las leyes penales, y sabia la pena señalada al que hiere á otro alevosamente: si habia pasado revista de comisario y hecho el servicio de soldado; respondió: que no tenia iglesia: que le habian leido varias veces las leyes penales, y sabia muy bien la pena del que heria á otro; pero que no le comprendia en la presente ocasion, que habia pasado revista de comisario, y hecho el servicio de soldado en su compañía, que no tenia mas que añadir &c.

DILIGENCIA PARA EVACUAR LAS CITAS DE LA CONFESION DEL ACUSADO.

Incontinenti el señor Don N., sargento mayor &c., en vista de resultar de la confesion anterior de N., que sucedió tal cosa á presencia de N. y N., mandó se evacuasen estas citas. Y para que conste por diligencia lo firmó dicho señor, de que yo el infrascrito escribano doy fe.

Inmediatamente compareció segunda vez ante el señor juez fiscal y el presente escribano, N., tercer testigo de este proceso, y uno de los citados por N. en su confesion al folio tantos; y habiéndole hecho levantar la mano derecha, y

Preguntado: ¿jurais á Dios &c., y habiéndole leido dicha cita en que afirma N. tal cosa, y preguntado sobre ella, respondió que &c.

OFICIO DE AVISO AL OFICIAL DEFENSOR.

El soldado N., de tal compañia, de tal batallon, á quien estoy procesando de orden del excelentísimo señor Don N., capitan general &c., por haber herido alevosamente al soldado de su misma compañía N., ha nombrado á V. por su defensor, y se lo participo para que si acepta este encargo se sirva

pasar á mi casa mañana á tal hora, á prestar el juramento prevenido en la ordenanza, y para que extendida en el proceso la diligencia correspondiente, puedan empezarse desde luego las ratificaciones de los testigos que debe V. presenciar.=Dios &c.= *Firma del mayor ò ayudante.*=Señor Don N.

DILIGENCIA DE ACEPTACION Y JURAMENTO DEL OFICIAL DEFENSOR.

En tal dia, mes y año, ante el señor Don N., sargento mayor, y presente escribano, compareció Don N., alferez de tal compañía de este regimiento, en virtud del oficio que dicho señor le pasó con tal fecha, comunicándole el nombramiento de N. por su defensor, cuyo encargo dijo aceptaba; y habiendo puesto la mano derecha tendida sobre el puño de su espada, prometió bajo palabra de honor defender al expresado N. con verdad, arreglándose à lo mandado por su Magestad en sus Reales ordenanzas; y para que conste por diligencia lo firmó con dicho señor y el presente escribano.

DILIGENCIA DE NO ACEPTAR UN OFICIAL EL CARGO DE DEFENSOR.

En tal dia, mes y año, yo el infrascrito escribano doy fe de que habiendo pasado el señor Don N., sargento mayor un oficio con esta fecha al señor Don N., alferez de tal compañía, participándole que le habia nombrado por defensor suyo el soldado N., contestó con otro de la misma fecha excusándose de admitir este encargo por los motivos expresados en el mismo, que á continuacion se inserta original de orden de dicho señor. Y para que conste por diligencia lo firmo igualmente.

DILIGENCIA DE SUSPENSION DEL PROCESO POR NO HABERSE ADMITIDO EL ENCARGO DE DEFENSOR.

Incontinenti dicho dia, mes y año, el señor Don N., en vista del oficio antecedente del oficial defensor Don N., mandó se suspendiera el proceso hasta dar parte de su contenido al excelentísimo señor capitan general, lo cual hizo con esta misma fecha por un memorial que presentó á S. E. Y para que conste por diligencia lo firmó el señor juez fiscal, de que doy fe.

MEMORIAL DANDO PARTE AL GENERAL DE NO HABER ACEPTADO UN OFICIAL EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR.

EXCELENTISIMO SEÑOR:

Don N., sargento mayor ó ayudante de tal regimiento, hace presente á V. E., que habiendo nombrado el soldado N., á quien está procesando de orden de V. E., por su defensor á D. N., alferez de tal compañía del expresado cuerpo, y pasádole el correspondiente aviso, se ha excusado á admitir este encargo por tal motivo como consta mas extensamente de la copia adjunta de su oficio que ha pasado con esta fecha, lo cual expone á V. E. para proceder, en caso que conceptúe justa dicha excusa, á la eleccion de otro defensor, y proseguir la causa que está detenida hasta que V. E. determine lo que tenga por mas conveniente. En tal parte, á tantos. = *Firma del sargento mayor.*

DILIGENCIA DE HABERSE DECRETADO EL MEMORIAL.

Yo el infrascrito escribano doy fe, de que hoy tantos de tal mes y año, ha dirigido el excelentísimo señor Don N., capitan general &c. al señor Don N. sargento mayor, el memorial mencionado en la diligencia antecedente con su resolucion al margen, puesto en forma de decreto con tal fecha, que á continuacion se inserta original de orden de dicho señor (*ó ha remitido un oficio con tal fecha en contestacion del memorial presentado á S. E. que á continuacion etc.*) Y para que conste por diligencia &c.

(*No teniendo por justos los motivos que alega el oficial defensor para eximirse de este encargo, se le cita para notificarle la orden del general, y para que preste el juramento, lo cual se insertará en una misma diligencia; pero si hubiese causa para nombrar otro, se hará extendiendo al pie del oficio del general la diligencia siguiente.*

En tal parte, tal dia, mes y año, el señor Don N., sargento mayor &c. en cumplimiento de la orden anterior del excelentísimo señor capitan general para nombrar otro defensor, pasó con asistencia de mi el escribano al calabozo de tal, donde se halla preso N., y habiéndole yo notificado que S. E. habia admitido como justos los motivos que Don N., alferez del expresado cuerpo, habia hecho presentes para no aceptar el cargo de de-

fensor, segun constaba del decreto (ú oficio) de S. E. que le leí, bien enterado de ello, y despues de haber oido otra vez la lista de los subalternos presentes del regimiento, excepto los de su compañía, nombró por su nuevo defensor à Don N., y para que conste &c.

DILIGENCIA DE HABER CITADO AL OFICIAL DEFENSOR PARA LAS RATIFICACIONES.

En tal dia, mes y año, el señor Don N., sargento mayor &c., mandó se citase al señor Don N., teniente del expresado cuerpo y defensor del reo N., à fin de que á las tres de la tarde del presente dia se halle en tal parte, para asistir à las ratificaciones de los testigos y peritos que han declarado en este proceso; y asi se lo notifiqué yo el infrascrito escribano. Y para que conste &c.

RATIFICACION DE UN TESTIGO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor Don N. hizo comparecer ante sí al primer testigo, sargento, cabo ó soldado de tal compañía, y ante mí el escribano y oficial defensor le hizo levantar la mano derecha, y

Preguntado: ¿jurais &c. (*como en las declaraciones.*)

Preguntado despues de leerle su declaracion (*ò declaraciones*), si era la misma que habia hecho; si tenia que añadir ó quitar; si conocia la firma (*ò señal de cruz*); si era de su propia mano, y si se ratificaba en ello bajo el juramento hecho: respondió, que lo que se le habia leido era lo mismo que se habia declarado; que no tenia que añadir ni quitar (*si tiene que añadir, se dirá: que tiene que añadir ò quitar tal y tal cosa, quedando sin valor lo que va rayado en su declaracion*), que la firma ò señal de cruz era de su propia mano, y que en todo se ratificaba bajo el juramento hecho. Lo firmó con dicho señor y el presente escribano.

DILIGENCIA DE HABER PRESENCIADO EL DEFENSOR LAS RATIFICACIONES.

En tal dia, mes y año, yo el infrascrito escribano doy fe de que el oficial defensor del reo Don N., teniente &c., ha asistido por citacion del señor Don N., sargento mayor &c., á todas las ratificaciones de los tantos testigos, y diligencias de los dos

peritos de este proceso, segun manda su Magestad en sus Reales ordenanzas. Y para que conste &c.

RATIFICACION DEL HERIDO PRÓXIMO A SU MUERTE.

En tal parte, tal dia, mes y año, el señor Don N., sargento mayor &c., en vista de la diligencia antecedente del cirujano, por la que consta el grave riesgo en que se halla el herido N., pasó con asistencia de mí el escribano al hospital de tal, á ratificar la declaracion que tiene hecha; y habiéndole encontrado capaz y despejado de sus potencias, le hizo levantar la mano derecha, y &c. (*Lo mismo que la anterior.*)

DILIGENCIA DE CITAR Á LOS TESTIGOS PARA EL CAREO.

En tal parte, tal dia, mes y año, el señor Don N., en vista de haberse finalizado las ratificaciones, mandó se procediese al careo del acusado con todos los testigos que han declarado en esta causa, y para ello se les citase para esta tarde á tal hora en el cuartel de tal, como asi se lo notifiqué yo el escribano. Y para que conste &c.

CAREO DEL PRIMER TESTIGO CON EL ACUSADOR.

En dicho dia, mes y año, á tal hora, el señor Don N., sargento mayor &c., pasó con asistencia de mí el escribano al cuartel de tal, teniendo citados todos los testigos que han declarado en esta causa, y habiendo mandado traer á su presencia al acusado N. para practicar el careo, le hizo levantar la mano derecha, y

Preguntado: ¿jurais á Dios y prometais al Rey decir verdad sobre lo que voy á interrogaros? Respondió, sí juro. Despues haciéndole entrar en el calabozo al primer testigo N., le hizo igualmente levantar la mano derecha, y preguntado, jurais &c.

Preguntado el acusado, si conoce el testigo que se le presenta, si sabe le tenga odio ó mala voluntad y si le tiene por sospechoso: respondió que conocia al testigo que se le presentaba que era N., que no sabia le tuviese odio, ni le tenia por sospechoso (*ó lo contrario*); y habiéndole leido en este estado la declaracion del referido testigo, y preguntado si se conformaba con ella: respondió, que se conformaba en tal cosa (*ó no se conformaba*), y no en tal cosa &c.

Preguntado el testigo, si conocia al que tenia presente, y si era el mismo por quien habia declarado, y qué se le ofrecia decir sobre lo que el acusado reprobaba de su declaracion (*en caso de ser asi*), dijo: que conocia al que tenia presente que era N., soldado de su misma compañía, el mismo por quien habia declarado; que era incierto por tal y tal motivo que le tuviese el testigo ningun odio; que los reparos que ponia el acusado à su declaracion carecian de fundamento por esto ò lo otro; y de no quedar conformes testigo y acusado (*ò de quedar conformes*) en esta confrontacion la firmaron con dicho señor y el presente escribano.

(*Para la confrontacion del segundo testigo, se dirá:*)

Incontinenti despues de haber salido el que queda confrontado, hizo dicho señor comparecer al segundo testigo N., y habiéndole hecho levantar la mano derecha, y

Preguntado: ¿jurais &c. (*como la anterior.*)

Si el juicio del careo se hace sin intermision, solo al principio se toma al reo juramento que sirve para la confrontacion de todos los testigos; mas si por ser estos muchos ò por otro accidente se suspendiese, se tomará al reo nuevo juramento, repitiéndolo al principio tantas veces cuantas se haya interrumpido el juicio en los términos siguientes.

En tal parte, tal dia, mes y año, á tal hora, el señor Don N., pasó con asistencia de mí el escribano al cuartel de tal, para continuar el carco, teniendo citados á los testigos que quedan por confrontar, y mandó traer á su presencia al acusado N., y haciéndole levantar la mano derecha, y

Preguntado: ¿jurais &c.

Para carear al reo con el herido debe informar antes el cirujano si está en disposicion de practicarse sin detrimento de su salud, lo cual ha de hacerse con cualquiera testigo que se halle gravemente enfermo; y si ha de hacerse el careo con alguno que se halle en el hospital, ha de llevarse á este el reo con la custodia correspondiente sin tomar sagrado, y concluido se devuelve con la misma al cuartel.

CAREO DEL REO CON UN TESTIGO ENFERMO EN EL HOSPITAL.

En tal dia, mes y año, el señor Don N., sargento mayor, habiendo tenido noticia del grave riesgo en que se halla el tercer testigo N., enfermo en el hospital de tal de esta plaza, y de no permitir se practique el careo de este con el acusado despues

que no falte aquella circunstancia en una declaracion tan esencial como la suya, mandó que con la correspondiente custodia se condujera bien asegurado al acusado N., desde el calabozo del cuartel al expresado hospital: y habiéndosele en efecto conducido sin tomar sagrado, pasó allá dicho señor con el presente escribano, y habiendo visto en la sala de tal á N., enterado por el cirujano Don N. de que se hallaba en estado de practicar el careo, se hizo entrar en ella á N., quien por mandato de dicho señor levantó la mano derecha, y &c.

Incontinenti concluido el careo mandó dicho señor juez fiscal se restituyera al calabozo del cuartel al acusado N., y efectivamente se le condujo con la misma custodia, sin tomar sagrado, y para que conste &c.

En cualquiera estado del proceso, que sane ó muera el herido, ha de suspenderse para ponerse á continuacion la fe de muerto ó de sanidad, haciéndolo antes constar por la diligencia siguiente.

DILIGENCIA PARA PASAR Á COMPROBAR LA FE DE MUERTO DEL HERIDO.

En tal dia, mes y año, el señor Don N., sargento mayor, con noticia que tuvo de que el herido N. habia muerto en el hospital de tal (*ó de haber salido curado de sus heridas*), mandó se suspendieran las declaraciones (*ratificaciones ò careos*), para pasar à comprobar dicha muerte del modo prevenido en la ordenanza. Y para que conste &c.

RECONOCIMIENTO DEL CADAVER.

En tal parte à tantos &c., el señor Don N., sargento mayor, pasó con asistencia de mí el escribano al hospital de tal, y su sala de tal, é hizo comparecer ante sí á N. y N., cabos primeros de tal compañía, de tal batallon de este regimiento, y en dicho sitio comparecieron tambien ante dicho señor, por mandato del caballero corregidor (*se pone asi si estuviesen sujetos á la justicia ordinaria*), los cirujanos Don N. y Don N., á todos los cuales recibió separadamente juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz de decir verdad sobre lo que cada uno fuese preguntado; y estando de manifiesto en una de las camas de dicha sala un cadaver de hombre, dicho señor juez fiscal preguntó al cirujano Don N. si le conocia si estaba muerto, y en este caso cuan-

do habia fallecido, y si fue por accidente, enfermedad ó alguna herida que tuviese; y despues de haberle reconocido, y hecho con él algunas pruebas segun su arte, dijo: que aquel hombre estaba muerto; que era el cadaver de N., soldado del regimiento, que segun le habian informado los practicantes habia muerto á las nueve de aquella mañana; que su muerte habia provenido de una herida penetrante que tenia en la parte anterior del pecho, por haber tocado una de las partes principales, á cuya cura habia él asistido. En seguida habiendo hecho las mismas preguntas al cirujano Don N., dijo, despues del debido reconocimiento, que estaba difunto, que no le conocia; y que para poder declarar si habia dimanado ó no la muerte de las heridas que tenia en las partes anterior del pecho y lateral del cuello, necesitaba abrir el cadaver, y hacer inspeccion anatómica, para lo cual dió su permiso el señor Don N., sargento mayor; y puesto el cadaver sobre una mesa, hechas por el expresado cirujano las convenientes dilataciones en las dos heridas, y reconocidas estas prolijamente, aseguró que la muerte habia provenido de la del pecho, que por interesar las partes principales era de necesidad mortal, en lo cual se ratificaron ambos facultativos bajo el juramento hecho. Despues preguntado dicho señor, señalando el cadaver á los cabos N. y N., si conocian á aquel hombre, dijeron que era N., soldado de su misma compañía, lo cual ratificaron asimismo bajo el juramento prestado, y todos firmaron con dicho señor, y el presente escribano.

La diligencia de haber sanado puede principiar como la del estado de salud del herido, y se proseguirá asi: »y habiendo sido preguntado sobre el estado de salud, dijo: que en el dia de hoy habia salido N. del hospital, sano de sus heridas, las cuales se habian cicatrizado perfectamente, en lo cual se ratificó bajo el juramento hecho. Y para que conste &c.

DILIGENCIA DE ENTREGA DEL PROCESO AL DEFENSOR.

En la plaza de tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor Don N., sargento mayor &c., en vista de hallarse enteramente concluida esta causa, y de haberla pedido el defensor para fundar su defensa con arreglo á las Reales Ordenanzas, mandó se le entregase; y en efecto, yo el escribano le entregué hoy dia de la fecha, á tal hora, el proceso, compuesto de tantas hojas útiles de medio pliego sin la cubierta, y seis blancas, y ocho de á cuartilla, las cinco escritas y las demas blancas, que componen

dos oficios que se insertan, sin ninguna enmienda al margen (*si las hubiere se dirá*, con tantas enmiendas al margen, autorizadas con mi rúbrica, ó la de dicho señor y testigos, si asi fuese). Y para que conste por diligencia, lo firmo con dicho señor, y el presente escribano.

(*Cuando hecha ya su defensa devuelve el defensor el proceso, se observan las mismas formalidades de contar á su presencia las hojas, lo cual se hace constar con la siguiente*)

DILIGENCIA DE HABER VUELTO EL DEFENSOR EL PROCESO.

En tal dia, mes y año, yo el infrascrito escribano doy fe de que el defensor Don N. ha devuelto al señor juez fiscal el proceso segun lo recibió, y para que conste &c.

DEFENSA DE UN REO.

Don N., teniente ó alferez de tal compañía y regimiento, y defensor electo por el soldado N., de tal compañía, de tal batallon del expresado cuerpo, acusado de haber herido alevosamente al soldado de la misma N., de lo cual le resultó la muerte, expone al Consejo en favor de dicho N. lo siguiente. (*Se alega.*) Por todo lo cual suplico al Consejo se sirva eximir de la pena capital al referido N., imponiéndole en lugar de ella otra extraordinaria que sea compatible con su rectitud y piedad. = Fecha. = Firma del defensor.

CONCLUSION FISCAL EN CAUSA EN QUE ESTÉ CONFESO EL REO, Ó HAYA PRUEBA DE TESTIGOS PRESENCIALES.

Don N., sargento mayor ó ayudante &c., vistas las declaraciones, cargos y confrontaciones contra N., soldado de tal compañía, de tal batallon del expresado regimiento, acusado de haber herido alevosamente al soldado de la misma N., de que se le siguió la muerte; y visto asimismo que se halla suficientemente convencido, concluyo por el Rey con que se le condene en la pena de horca, prescrita en el artículo 64, título 10, tratado 8.° de las Reales Ordenanzas, contra los que fueren convictos de dicho delito. En tal parte, á tantos. = Firma del sargento mayor ó ayudante.

CONCLUSION FISCAL EN CAUSA DE UN REO CONVICTO POR INDICIOS EN UNA MUERTE ALEVOSA.

Don N., sargento mayor &c., vistas las declaraciones, cargos y confrontaciones contra N., conceptúo necesario, por ser toda de indicios esta causa, exponer lo que resulta de ella, y fundar con alguna extension mi dictamen. (*En seguida se hace asi.*) Por todo lo cual concluyo por el Rey, con que N. padezca la pena de ser ahorcado, que prescribe su Magestad en el artículo 64, título 10, tratado 8.° de las Ordenanzas generales del ejército contra los que resulten convictos del crimen de alevosía. En tal parte, à tantos &c.

CONCLUSION FISCAL EN CAUSA DE INDICIOS DÉBILES Y FAVORABLES AL REO.

Don N., sargento mayor &c., vistas las declaraciones, cargos y confrontaciones contra N. &c., acusado de haber herido alevosamente al soldado de la misma N., de que le resultó la muerte, me parece poco culpado en ella por las circunstancias con que se hizo, y que expondré con brevedad. (*Se alega.*) Por todo lo cual concluyo por el Rey con que se absuelva enteramente á N. del homicidio de N., como hecho en su propia defensa, y para libertar su vida, imponiéndole solo, por haber sido perjuro, la pena de dos meses mas en el calabozo, que con el tiempo que ya lleva de este, es suficiente para tal delito. En tal parte, á tantos &c.

OFICIO DE AVISO Á LOS CAPITANES PARA EL CONSEJO.

El coronel ó comandante ha nombrado á V. por vocal del consejo de guerra que ha de celebrarse mañana, en tal parte, para juzgar á N., soldado de tal compañía, de tal batallon de este regimiento, acusado de haber herido alevosamente al soldado de la misma N., de que le resultó la muerte. La misa del Espíritu Santo se dirá á las ocho en la iglesia de tal. Se lo participo á V. para su noticia y cumplimiento. Dios &c. = Firma del mayor ó ayudante.

DILIGENCIA DE HABERSE DADO DICHO AVISO.

En tantos de tal mes y año, el señor Don N., sargento ma-

yor &c., arreglándose à las Reales Ordenanzas puso en noticia del señor Don N., coronel ó comandante &c., que el proceso estaba concluido por su parte; y habiéndose obtenido el permiso del excelentísimo señor capitan general para celebrar el consejo, nombró dicho señor coronel ó comandante los señores capitanes *(y subalternos, si fuere en los regimientos de Guardias, carabineros Reales ó artillería)* Don N., Don N. &c., que deben asistir como jueces en la celebracion del consejo, á quien dicho señor sargento mayor comunicó la correspondiente orden en debida forma, para que en el dia de mañana se hallen, à tal hora, en la casa del señor Don N., gobernador, comandante &c., que debe presidirlo, y á tal hora, en tal iglesia para oir la misa del Espíritu Santo que ha de celebrarse antes del consejo. De haberse asi hecho, y de haberlo firmado dicho señor, yo el infrascrito escribano doy fe.

DILIGENCIA DE HABERSE JUNTADO EL CONSEJO, Y DE HABERSE PRESENTADO EN ÉL EL ACUSADO.

Don N., sargento mayor &c., certifico: que hoy tantos de tal mes y año, despues de oida la misa del Espíritu Santo, se ha juntado el consejo en casa del excelentísimo señor Don N., teniente general de los Reales ejércitos, y gobernador de esta plaza, que le ha presidido, hallándose de jueces en él los señores capitanes Don N. y Don N. &c.; que habiéndose hecho relacion de este proceso y leido la defensa del procurador Don N., fue conducido con buena custodia el reo N., y presentado á los señores del consejo; que habiéndole yo tomado juramento de decir verdad en la forma prevenida, le examinaron el excelentísimo señor presidente y demas vocales sobre los puntos que se han expuesto contra él, todo con asistencia de su defensor Don N., y no produjo en su descargo razon que minorase su crimen; y en fin que despues de haber conferenciado y oido las defensas de su procurador, asi las verbales como las contenidas en el papel que aqui se inserta, fue restituido el reo con buena custodia á la prision, y despues pasó el consejo à votar. Para que conste lo pongo en dilgencia que firmo.

Dando el reo á las preguntas que se le hagan en el consejo alguna respuesta en descargo suyo que merezca alguna atencion, no obstante lo justificado en la causa, ha de extenderse en la diligencia antecedente; como tambien las razones de algun peso que el defensor alegue de palabra en el consejo, las pregun-

tas que se hagan á los testigos, quienes han de estar allí prontos, segun se ha dicho, por si el consejo juzgase conveniente hacerles entrar, y las respuestas que den, pues asi tomarán mayor conocimiento del caso el capitan general, auditor, ó el supremo Consejo de Guerra en viendo el proceso.

SENTENCIA.

Visto el memorial que el señor Don N., sargento mayor &c., presentó el dia tantos de tal mes y año al excelentísimo señor Don N., capitan general, gobernador &c., para que se permitiera, segun se decretó, tomar informes contra N., soldado de tal compañía, de tal batallon, de tal regimiento, acusado de haber herido alevosamente al soldado de la misma N., de que se le siguió la muerte; y habiéndose hecho relacion de todo el proceso al consejo de guerra que presidia el señor Don N., gobernador de esta plaza, y en donde compareció el reo tal dia, mes y año; todo bien examinado con la conclusion y dictamen del señor Don N., sargento mayor ó ayudante, y la defensa de su procurador, ha condenado el consejo al referido N. en la pena de horca que prescribe contra el expresado delito el artículo 64, título 10, tratado 8.° de la ordenanza general. En tal parte, á tantos &c.

SENTENCIA EN CAUSA DE MARINA.

Habiéndose en virtud del decreto del excelentísimo señor Don N., capitan general del departamento (ò comandante general de escuadra) al memorial que presentó tal dia el señor Don N., para que permitiese tomar informes contra N., soldado ó marinero de tal compañía ó navío, acusado de tal crimen; formado el proceso por informacion, recoleccion y confrontacion, y hecha relacion de todo al consejo de guerra que se convocó á este efecto tal dia, de tal año, y presidió el señor Don N., todo bien examinado, ha condenado el consejo al referido N. en tal ó tal pena.

DILIGENCIA DE ENTREGA DEL PROCESO AL GENERAL.

Incontinenti, despues de concluido el consejo, pasó el señor Don N., sargento mayor, acompañado de mí el escribano, à la posada del excelentísimo señor Don N., capitan general, à entregarle el proceso, como se hizo, y para que conste &c.

Entregado el proceso al general, decreta el pase al auditor, que suele ponerse en estos términos. = *Pase al auditor general de este ejército para que exponga su dictamen.* = *Media firma del general.* En seguida se pone aquel parecer, y à continuacion la

APROBACION DE LA SENTENCIA.

Ejecútese (*ó suspéndase*) la sentencia de horca que ha pronunciado el consejo de oficiales contra N., soldado de tal regimiento, conformándose con el dictamen que antecede (*ó va inserto*) del auditor general de este ejército Don N. En tal parte, à tantos. = Firma entera del general.

(Luego que el mayor reciba el proceso, comunicará el coronel ó comandante la aprobacion de la sentencia, y se extenderá la)

DILIGENCIA DE HABER EL GENERAL DEVUELTO EL PROCESO.

Yo el infrascrito escribano doy fe, de que hoy tantos de tantos ha devuelto el excelentísimo señor capitan general al señor Don N., sargento mayor, el proceso con la aprobacion de la sentencia; y de que en el mismo dia ha enterado dicho señor de ella al señor Don N., coronel ó comandante. Y para que conste lo pongo por diligencia que firmo igualmente.

NOTIFICACION DE LA SENTENCIA.

En la plaza ò cuartel de tal, à tantos de tal mes y año, el señor Don N., sargento mayor &c., en virtud de la sentencia que ha dado el consejo de oficiales, y aprobado el excelentísimo señor capitan general de esta provincia, pasó con asistencia de mí el escribano al calabozo de tal, donde se halla N., reo en este proceso, à efecto de notificársela; y habiéndole hecho poner de rodillas, le leí la sentencia de ser ahorcado, en virtud de la cual se llamó à un confesor para que se preparara como cristiano. Y para que conste por diligencia lo firmó dicho señor &c.

Si el procesado fuere absuelto, se dirá: *se le leyó la sentencia de absolucion, y de ser restituido á su antiguo empleo, por lo que salió del calabozo, y pasó á continuar el servicio en su compañia. Y para que conste etc.* Esta sentencia ha de extenderse en todos los libros de orden del ejército y guarnicion que estuviesen presentes, para que se sepa generalmente la inocencia del

acusado, y no padezca en lo sucesivo su honor y buen concepto, y de haberse asi hecho, pondrá el mayor en el proceso al pie de la notificacion la correspondiente

DILIGENCIA DE HABERSE HECHO SABER Á LOS CUERPOS DE LA GUARNICION LA INOCENCIA DE UN SOLDADO PROCESADO.

Yo el infrascrito escribano doy fe, de que hoy dia tantos de tantos, por mandato del excelentísimo señor capitan general (*gobernador ó comandante*) se ha hecho saber en la orden general de todos los cuerpos de este ejército ó guarnicion la inocencia del soldado N. en tal delito, de que se le acusó, para que en adelante no padezca su honor ni buen concepto. Lo firmó dicho señor con el presente escribano.

(En seguida de la notificacion de la sentencia, se pondrá la)

DILIGENCIA DE HABERSE EJECUTADO LA SENTENCIA.

En la plaza ó cuartel de tal, á tantos de tal mes y año, yo el infrascrito escribano doy fe, que en virtud de la sentencia de ser pasado por las armas que contra N., soldado de tal compañía, de tal batallon y de tal regimiento, pronunció el consejo de oficiales, y aprobó el excelentísimo señor capitan general, se le condujo con buena custodia dicho dia á tal parage, donde se hallaba el señor Don N., sargento mayor del expresado cuerpo, y juez fiscal que ha sido en esta causa, y estaban formadas las tropas para la ejecucion de la sentencia; y habiéndose publicado el bando por el sargento mayor de esta plaza *(ó por dicho señor, si fuese el reo de los regimientos de Guardias ó artillería)*, segun previene su Magestad en sus Reales Ordenanzas, puesto el reo de rodillas delante de las banderas, leídosele por mi la sentencia en alta voz, se pasó por las armas á dicho N., en cumplimiento de ella, á tal hora del referido dia, delante de cuyo cadaver desfilaron en columna inmediatamente las tropas que se hallaban presentes, y los soldados de su compañía le llevaron luego á enterrar á tal parte, donde queda sepultado; y para que conste por diligencia &c.

FIN DEL TOMO OCTAVO.

INDICE

DE LOS CAPITULOS Y APÉNDICES QUE COMPRENDE ESTE TOMO OCTAVO.

CONTINUACION DEL TITULO IV DEL TRATADO SOBRE EL JUICIO CRIMINAL.

PAG.

CAP. 5.° *De las apelaciones, súplicas y recursos extraordinarios al Soberano en las causas criminales.* 5

CAP. 6.° *De la ejecucion de la sentencia.* 17

APÉNDICE 1.° *Advertencias generales que deben tener presentes los jueces y escribanos para proceder con acierto en la sustanciacion de las causas criminales.* 33

APÉNDICE 2.° *Del asilo, ó inmunidad local.* 37

APÉNDICE 3.° *De los indultos y de las visitas generales de cárceles en las tres pascuas del año, y de las particulares en los sábados de cada semana.* 51

APÉNDICE 4.° *Sobre el modo de sustanciar y determinar las causas contra reos ausentes ó fugados, con el correspondiente formulario.* 69

APÉNDICE 5.° *Sobre el modo extraordinario de proceder en el delito notorio.* 82

APÉNDICE 6.° *Sobre la jurisdiccion criminal de los alcaldes pedáneos.* 85

APÉNDICE 7.° *Sobre el modo de proceder los jueces seglares contra clérigos en los delitos atrocísimos, y los tribunales eclesiásticos en los demas crímenes que no sean de aquella clase.* 94

APÉNDICE 8.° *Sobre el modo de proceder en las causas de contrabando.* 106

Reglamento publicado de Real orden en 11 *de febrero de* 1825. . . . . id.

Artículos del Real decreto de 9 *de marzo del*

año pasado sobre formacion del cuerpo de carabineros de costas y fronteras. 122
Real cédula de 8 de junio de 1805, á que se refiere el reglamento de 11 del propio mes. . . . 130
Modelos para la formacion de causas de contrabando. 150
APÉNDICE 9.º *Sobre el modo de proceder en las causas criminales contra militares y demas personas que gozan de su fuero.* 178
APÉNDICE 10. *Del juicio de vagos.* 201

INDICE

DE LOS FORMULARIOS DE ESTE TOMO.

FORMULARIO PRIMERO.

PAG.

De una causa criminal de robo con fractura, sustanciada ante uno de los señores Alcaldes del Crimen de la Real Audiencia de Valencia en el año 1829. 210
Comparecencía. id.
Auto. 211
Notificacion á los alguaciles. id.
Relacion de los peritos carpinteros. id.
Testimonio. 212
Testigo N. id.
Auto. id.
Notificaciones. 213
Diligencia. id.
Otra diligencia. id.
Comparecencia. id.
Auto. id.
Copia del oficio. 214
Testigo el P. F. N. &c. id.
Auto. id.
Declaracion con cargos de un hombre preso. id.
Auto. 215
Notificacion. 216
Auto. id.
Notificacion y citacion. id.
Notificacion. id.
Auto. id.
Notificaciones. id.
Auto. 217
Notificacion. id.
Otra (al procurador). id.
Auto. id.
Copia del oficio. 218
Ratificacion de testigos practicada por el Sr. D. N. &c., en los autos contra N. y N., presos en las Reales cárceles de esta ciudad, sobre haber robado varios efectos en el cuarto de N., en los que hace parte D. N., fiscal de su Magestad. = Ratificacion de N. 218
Auto. 219
Otro. id.
Pedimento pidiendo proroga del término de prueba, y por otrosí la declaracion de pobreza. id.
Auto. id.
Notificacion. 220
Otra al procurador. id.
Auto. id.
Otrosí. id.
Auto. id.
Cédula de preguntas, á cuyo tenor, y con citacion, serán examinados los testigos que se presentarán por parte de N., preso en las cárceles de esta ciudad, en la causa criminal que contra el mismo se está sustanciando sobre robo de varios efectos, verificado en el cuarto, habitacion de N., tal dia &c. 221
Auto. id.
Probanza de testigos recibida ante el señor D. N. &c., suministrada por N., en representacion de N., preso en las cárceles de esta ciudad por la causa contra el mismo, sobre robo de varios efectos en la habitacion de N., en cuya causa hace tambien parte el señor D. N., fiscal de su Magestad. = Testigo N. id.

Auto. 222
Pedimento pidiendo los autos, á fin de que el abogado director del reo pueda enterarse de las probanzas para informar en estrados. id.
Auto. id.
Notificacion (al procurador). id.
Notificacion. id.
Otra (al procurador). id.
Sentencia. 224
Notificacion. id.
Otra. id.
Otra (al procurador). id.
Memorial pidiendo se declare la sentencia por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. id.
Decreto. 225
Conformidad del fiscal. id.
Notificaciones. id.
Soltura. id.
Auto. id.

FORMULARIO SEGUNDO.

De una causa criminal de robo con salteamiento de camino. 226
Declaracion de Don D. id.
Auto. 227
Prision de F., y arresto de P. id
Auto para rueda de presos, y reconocimiento de una escopeta. 228
Rueda de presos. id.
Reiteracion de la rueda de presos. 229
Reconocimiento de la escopeta. id.

FORMULARIO TERCERO.

De una causa de homicidio ejecutado con alguna arma. =Carta de denunciacion. 230
Auto de oficio. id.
Auto de advertencias á los que declaren. 231
Citacion á los contenidos en el auto de oficio. 232
Fe de salida del lugar. 233
Fe de llegada al sitio donde estaba el herido. id.
Fe de llegada al lugar de T. 234
Auto para que se tome declaracion al herido. 235
Declaracion del herido. id.
Auto de detencion del herido en el hospital. 238
Declaracion de los cirujanos. 239
Aviso al cura para que suministre los sacramentos al herido. 240
Noticia del fallecimiento del herido, y auto para que se vuelva á reconocer. id.
Citacion á los cirujanos. 241
Reconocimiento del cadaver y su identidad. id.
Auto para que se entierre el cadaver. 242
Fe del entierro. id.
Testigo primero Onofre. id.
Testigo segundo Liborio. 244
Testigo tercero Cayetano. 245
Auto de prision de Pedro Reo, y embargo de sus bienes. 246
Diligencia de haberse librado las requisitorias. 247
Prision de Pedro Reo. id.
Auto para que se le reciba la declaracion. 249
Declaracion de Pedro Reo, preso. id.
Auto. 252
Reconocimiento de Pedro Reo, preso, por si tiene contusiones de los golpes que dice. id.
Diligencia de haberse remitido testimonio á la Real sala del crimen, con direccion al señor fiscal de ella por el correo. id.
Auto para que se reconozca el arma. 253
Notificacion á los cuchilleros. id.
Reconocimiento del arma y declaracion de los cuchilleros. id.
Testigo Antonia Luisa. 254
Auto para que se reciba la confesion al reo. 256
Confesion de Pedro Reo. id.
Auto que llaman de culpa y cargo. 259
Notificacion al promotor fiscal, su aceptacion y juramento. id.
Notificacion al preso. 260
Acusacion del reo por el promotor fiscal. id.

Auto de traslado al reo. 261
Notificacion al reo ó á su procurador, si ya tuviese presentado poder en la causa. 262
Respuesta de Pedro Reo á la acusacion. id.
Auto de traslado al promotor fiscal. id.
Conclusion del promotor fiscal para prueba. 263
Auto. id.
Otro. id.
Auto de prueba. id.
Notificacion. id.
Notificacion al reo ó á su procurador. id.
Pedimento del promotor fiscal. 264
Auto. id.
Notificacion. id.
Ratificacion de testigos, si el acusado quiere que se ratifiquen. 265
Probanza por el promotor fiscal en la causa de homicidio formada contra Pedro Reo, por atribuírsele este delito. = Interrogatorio por el promotor. 266
Pedimento presentando el interrogatorio. 267
Auto. id.
Señalamiento del sitio de audiencia. id.
Probanza dada por el promotor fiscal nombrado en esta causa, contra Pedro Reo por el interrogatorio presentado. = Testigo primero, Luisa Perez, compañera de Pedro Reo. 268
Testigo segundo. 269
Testigo tercero y cuarto. id.
Probanza por Pedro Reo en la causa de homicidio porque está procesado y preso. — Interrogatorio para la prueba de Pedro Reo. id.
Pedimento presentando el interrogatorio. 270
Auto. id.
Notificacion. 271
Otra. id.
Pedimento de prorogacion de término. id.
Auto. id.
Notificacion. 271
Primer testigo, María Ventura. 272
Pedimento pidiendo comprobacion de probanzas. 273
Auto haciendo publicacion de probanzas. id.
Notificacion. id.
Otra. id.
Alegato de bien probado por el promotor fiscal. 274
Auto. id.
Notificacion. id.
Conclusion. id.
Auto. 275
Sentencia definitiva. id.
Auto de pronunciacion. 276
Carta de remision de los autos en consulta por mano del señor fiscal. id.
Decreto. id.
Otro. id.
Respuesta del señor fiscal. id.
Decreto de retencion de la causa en sala. 277
Entrega del reo en la carcel. 278
Notificacion. id.
Pedimento solicitando el reo se le entregue la causa para su defensa. id.
Decreto. id.
Alegato de contra apelacion por el reo. 278
Decreto. 279
Conclusion del señor fiscal. 280
Decreto. id.
Otro para el señalamiento de dia. id.
Citaciones. id.
Nota del escribano. id.
Sentencia definitiva de la sala. 281
Pedimento de la cofradía de caridad. 282
Decreto. id.
Otro. id.
Respuesta del señor fiscal. 283
Decreto. id.
Fe de haberse archivado la causa. id.

FORMULARIO CUARTO.

De una causa de envenenamiento. 285
Diligencia. 286

Auto. 286
Diligencia. 287
Diligencia del reconocimiento judicial del cadaver. id.
Auto para que se entierre el cadaver, y diligencia de registro de la casa. 288
Auto de prision. id.
Diligencia de notificacion á los boticarios. 289
Reconocimiento y declaracion de los boticarios. id.

FORMULARIO QUINTO.

Causa de estupro. 292
Querella. id.
Auto de admision de querella. 293
Declaracion de la estuprada. id.
Notificacion á las partes. 294
Reconocimiento de la estuprada. id.
Auto en que se encarga á la estuprada no haga excesos que la ocasionen el aborto. 295
Procedimiento en causa de estupro ejecutado con fuerza ó violencia. —Denunciacion. 296
Auto. 297
Otro. id.
Testimonio separado. id.
Diligencia. id.
Fe de la navaja y señas que la califican. id.
Declaracion de la muger violentada. 298
Auto. id.

Formularios de varios artículos é incidentes que suelen ocurrir en las causas criminales.

PRIMERO.

Artículo de competencia de jurisdiccion. 300
Diligencia. id.
Auto. id.
Verificacion. id.
Oficio sobre la competencia de jurisdiccion, de que se habla en las diligencias anteriores. 301
Contestacion al oficio anterior. id.

SEGUNDO.

Nombramiento de curador cuando el reo es menor de edad. — Principio de la declaracion de un menor. 302
Auto de discernimiento. 303
Prosecucion. id.

TERCERO.

Artículo de irregularidad canónica. id.
Auto. 304
Diligencia. id.
Suplicacion al prelado diocesano. id.

CUARTO.

Artículo de apremio sobre reo contumaz en jurar y declarar y recusacion del juez de la causa. 305
Verificacion de la rígida prision decretada. id.
Auto. 306
Comparecencia de F. id.
Pedimento del curador. id.
Auto. id.

QUINTO.

Artículo de exhumacion de un cadaver. 307
Conferencia verbal del señor juez de estos autos con el párroco sobre el punto contenido en el auto antecedente. id.
Auto. 308
Suplicatoria. id.
Decreto. 309
Exhumacion y nueva inspeccion del cadaver de B. id.

SEXTO.

Artículo de fractura y escalamiento de carcel. 310

Diligencia de llegada á la carcel. 310
Auto. 311
Notificacion á los maestros de obras, su aceptacion y juramento. id.
Otra notificacion en iguales términos al otro maestro. — Relacion y juicio de los maestros de obras. id
Pedimento. 312
Auto. id.
Declaracion con cargos de P. id.
Auto. 313
Pedimento. id.
Auto de prision, y declaracion de inquirir y agravar. id.
Declaracion de inquirir de la muger. id.
De agravar con cargo. 314
Declaracion con cargo del alcaide. id.
Otro pedimento del promotor fiscal. id.
Auto. id.
Notificaciones á P., su muger, el alcaide y el promotor fiscal. — Pedimento de este. 315
Auto. id.
Otro en vista (correccion de azotes). id.
Verificacion. 316
Consulta á la Real sala. id.
Vuelta de los autos que se remitieron en consulta. — Certificacion unida á ellos. 317
Auto. id.
Notificacion á dichos reos. id.
Fe de llegada del verdugo. id.
Auto. 318
Ejecucion de la providencia de azotes. id.

SÉPTIMO.

Artículo de nombramiento de promotor fiscal.— Auto de nombramiento. id.
Notificacion, aceptacion y juramento. 319
Auto de discernimiento. id.
Auto. id.

OCTAVO.

Artículo de excarcelacion y desembargo de bienes con fianzas. — Pedimento. 320
Auto. id.
Notificacion (al promotor fiscal). — Pedimento de este. id.
Auto. id.
Mandamiento de desembargo. 321
Escritura de fianza depositaria. id.

NONO.

Artículo de cesacion prematura en la causa, y renuncia de defensas y término probatorio. 322
Auto. id.
Pedimento del promotor fiscal. 323
Auto. id.

DÉCIMO.

Artículo de proscripcion de un reo fugitivo, y facultad de matarle donde quiera que se encuentre. id.
Auto. 324
Certificacion de la Real sala con respecto á la proscripcion pedida. id.
Auto. 325
Verificacion. id.
Copia literal del edicto. id.
Diligencia de haber muerto los ministros de este juzgado á D. 326
Auto. id.

UNDÉCIMO.

Artículo de tercería sobre los bienes de los reos ajusticiados. 327
Pedimento. id.
Auto. id.
Otro auto en vista. id.
Notificacion al promotor fiscal y á los interesados. — Tasacion de costas. 328
Auto. id.
Notificacion al promotor fiscal. — Pedimento de este. id.
Auto. 329
Notificacion al fiscal y demas interesados. id.
Artículo de lasto. id.

Auto. 330
Titulo de lasto. id.

FORMULARIO

de un proceso contra un militar.

Cubierta del proceso. 332
Memorial. id.
Nombramiento de escribano. 333
Filiacion del acusado. id.
Certificacion de ser esta filiacion copia de la original. 334
Declaracion del herido. id.
Diligencia de hallarse el cuchillo en poder del mayor. id.
Declaracion del cirujano. 335
Diligencia del oficio pasado á la justicia para el reconocimiento de los peritos. 336
Diligencia de insertarse la respuesta de la justicia. id.
Oficio del corregidor. 336
Reconocimiento del cuchillo. 337
Fórmula de la declaracion de un teniente coronel. id.
Diligencia sobre el estado del herido. id.
Declaracion del segundo testigo N. 338
Confesion del acusado. id.
Diligencia para evacuar las citas de la confesion del acusado. 339
Oficio de aviso al oficial defensor. id.
Diligencia de aceptacion y juramento del oficial defensor. 340
Otra de no aceptar un oficial el cargo de defensor. id.
Otra de suspension del proceso por no haberse admitido el encargo de defensor. id.
Memorial dando parte al general de no haber aceptado un oficial el nombramiento de defensor. 341
Diligencia de haberse decretado el memorial. id.
Diligencia de haber citado al oficial defensor para las ratificaciones. 342
Ratificacion de un testigo. id.
Diligencia de haber presenciado el defensor las ratificaciones. 342
Ratificacion del herido próximo á su muerte. 343
Diligencia de citar á los testigos para el careo. id.
Careo del primer testigo con el acusador. id.
Careo del reo con un testigo enfermo en el hospital. 344
Diligencia para pasar á comprobar la fe de muerto del herido. 345
Reconocimiento del cadaver. id.
Diligencia de entrega del proceso al defensor. 346
Otra de haber vuelto el defensor el proceso. 347
Defensa de un reo. id.
Conclusion fiscal en causa en que esté confeso el reo, ó haya prueba de testigos presenciales. id.
Conclusion fiscal en causa de un reo convicto por indicios en una muerte alevosa. 348
Conclusion fiscal en causa de indicios débiles y favorables al reo. id.
Oficio de aviso á los capitanes para el consejo. id.
Diligencia de haberse dado dicho aviso. id.
Otra de haberse juntado el consejo, y de haberse presentado en él el acusado. 349
Sentencia. 350
Otra en causa de marina. id.
Diligencia de entrega del proceso al general. 350
Aprobacion de la sentencia. 351
Diligencia de haber el general devuelto el proceso. id.
Notificacion de la sentencia. id.
Diligencia de haberse hecho saber á los cuerpos de la guarnicion la inocencia de un soldado procesado. 352
Otra de haberse ejecutado la sentencia. id.

FIN.

DEP-A-3-18/2

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

R.97240

FEBRERO NOVISIMO,

Ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL,

Y ALGUNOS OTROS:

POR DON EUGENIO DE TAPIA,

individuo de la inspeccion de Estudios, y Magistrado honorario de la Audiencia de Valladolid.

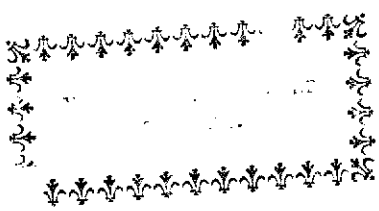
Tercera edicion,

Revista y corregida, y añadida con la Jurisprudencia Mercantil, con arreglo al Código de Comercio, que comprende los dos tomos del suplemento.

TOMO NONO.

VALENCIA: IMPRENTA DE DON ILDEFONSO MOMPIÉ
DE MONTAGUDO.

AÑO 1837.



TRATADO

DE LOS RECURSOS DE FUERZA.

CAPITULO PRIMERO.

Fundamento y objeto de estos recursos: si la facultad de alzar las fuerzas es judicial ó extrajudicial; y si admite súplica el auto en que se declara que el eclesiástico hace ó no fuerza.

§. 1. Origen y objeto de estos recursos.

2 hasta el 6. La potestad Real no se mezcla ó entromete directa ni indirectamente en el conocimiento de las causas eclesiásticas, pues únicamente se limita á conocer si el juez eclesiástico ha faltado ó no al orden y trámites que prescriben los sagrados cánones y las leyes como forma de los juicios; si comete opresion ó violencia denegando las apelaciones debidamente interpuestas; ó si se entromete á conocer de causas pertenecientes á la jurisdiccion Real. Aclárase esta doctrina con varios ejemplos.

7. Propónese la cuestion siguiente. ¿Si la facultad de alzar las fuerzas que cometen los jueces eclesiásticos, es judicial ó extrajudicial?

8 hasta el 28. Doctrina del señor Conde de la Cañada en orden á dicha cuestion impugnando el dictamen del colegio de abogados de Madrid sobre este punto.

29. Opinion del señor Elizondo que coincide con la del señor Conde de la Cañada.

30. Enlace de la cuestion anterior con esta otra: ¿si del auto en que se declara ó no la fuerza, se puede suplicar?

31 hasta el 38. Razones en que se funda el señor Covarrubias para opinar que debe admitirse la súplica en estos recursos.

39. Razones que hay en contrario.

40. Concluye esta materia con otra observacion dirigida á corroborar la opinion de los autores que afirman ser extrajudicial la facultad de alzar las fuerzas.

1. » Los Reyes de Castilla, dice la ley 1. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec., de antigua costumbre aprobada, usada y guardada, pueden conocer y proponer de las injurias, violencias y fuerzas que acaecen entre los prelados y clérigos y eclesiásticas personas sobre las iglesias ó beneficios." Efectivamente es grande la antigüedad de la costumbre mencionada en esta ley, pues ya hallamos aprobado este recurso en el rescripto de la Reina Doña María, señora de Molina, madre de Fernando IV de Castilla, estando este ausente y gobernando aquella en su nombre, por el cual dió facultades al Consejo para el conocimiento de las fuerzas que hiciesen á sus vasallos los jueces eclesiásticos de sus reinos (1), y aun puede decirse que el uso del recurso de proteccion al Soberano ó sus tribunales es tan antiguo como la monarquía, segun se ve por el canon 12 del concilio Toledano 13 (*). He aquí el fundamento de estos recursos extraordinarios, que se conocen con el nombre de recursos de fuerza, cuyo objeto es implorar por medio de una súplica ó queja respetuosa, el auxilio ó proteccion del Soberano contra los excesos ó abusos que cometan los jueces eclesiásticos en el ejercicio de su autoridad (**).

2. No se infiera de lo dicho que la potestad Real se mezcla ó entromete en el conocimiento de las causas eclesiásticas directa ni indirectamente, pues únicamente se limita á conocer si

1 Ley 4 del Estilo, y 5. tit. 1. lib. 2 del Ordenamiento Real.

* Este canon dice así: *Quicumque ex clericis vel monachis causam contra proprium episcopum habens ad metropolitanum suum accusaturus accesserit, non ante debet á proprio episcopo excommunicationis sententia prædamnari, quam per judicium metropolitani sui utrum dignus excommunicatione habeatur, possit agnosci. Quod si ante judicium quis episcoporum in talium personas excommunicationis sententiam præmiserit, illis penitus quos ligaverit absolutis in se illam noverint retorqueri sententiam.*

Quod etiam et inter metropolitanos convenit observari, si prægravatus quis á metropolitano propio ad alterius provinciæ metropolitanum molestiam præsurre suæ agnoscendam detulerit, aut si inauditus a duobus metropolitanus ad Regios auditus *negotia sua per laturus accesserit...* Covarrubias, *Máximas sobre recursos de fuerza*, tit. 6 §. 3. y su nota. Vease tambien la ley 17. tit. 2. lib 2. Nov. Rec., donde se designan las tres especies principales de fuerza en conocer y proceder; en el modo de conocer; y en no otorgar las apelaciones.

** No todos los recursos en que se implora la proteccion del Soberano, son recursos de fuerza. Estos se introducen regularmente de las providencias que dimanan de la jurisdiccion contenciosa eclesiástica contra el órden judicial, y tienen su nombre particular. Hay otros de mera proteccion y no de fuerza, con los cuales se trata de remediar los excesos que cometan los jueces eclesiásticos con el abuso de la jurisdiccion voluntaria, mandando alguna cosa opuesta á las leyes de la iglesia y á la disciplina. Así que, todo recurso de fuerza es de proteccion, y no al contrario. Pero debe advertirse que en las providencias de jurisdiccion voluntaria puede tambien intentarse recurso de fuerza, convirtiendo el negocio en contencioso por medio de legítima contradiccion.

el juez eclesiástico ha faltado ó no al orden y trámites que prescriben los sagrados cánones y las leyes como forma de los juicios; si comete opresion ó violencia denegando las apelaciones debidamente interpuestas, ó si se entromete á conocer de causas pertenecientes á la jurisdiccion Real, en cuyo caso tiene el Soberano potestad para conocer de semejantes atentados independientes de la causa principal. Por ejemplo: un clérigo introduce recurso de fuerza quejándose de que un juez eclesiástico incompetente le ha excomulgado, ó que siendo competente lo ha ejecutado sin preceder informacion sumaria, sin citarle, oirle ni amonestarle canónicamente, ó sin guardar ninguna de las solemnidades que prescriben los cánones. En este caso la jurisdiccion Real solo conoce del hecho ó queja de si se han observado ó no las solemnidades, y de la fuerza que hace el eclesiástico faltando al orden judicial; pero no se mezcla ni decide si el clérigo ha merecido las censuras, ni si los motivos ó causas son suficientes para tan grave pena, en lo que consiste el negocio principal: únicamente examina si las censuras se han impuesto por juez incompetente ó extraño, ó si se han omitido las demas solemnidades que prescribe el derecho; cuyos extremos en lenguage forense se llaman con alguna impropiedad, de *puro hecho* respecto de lo principal, porque tienen su derecho como incidentes, y atentados que se reclaman.

3. Si los jueces Reales, enterados de los autos, hallan fundado el recurso, entonces conceden su proteccion, y declaran: *que el juez eclesiástico hace fuerza en conocer, y proceder como conoce y procede.* Pero queda siempre intacta la jurisdiccion de este para proceder en la causa, guardando el orden legal, y excomulgarle de nuevo habiendo méritos para ello.

4. En los recursos de fuerza que se introducen de los excesos del juez eclesiástico, que procede sin embargo de recusacion, el tribunal Real conoce de las causas de esta, no con el objeto de declarar si son ó no legítimas (aunque pudiera por ser del orden judicial), porque este conocimiento corresponde á los jueces árbitros; sino con el de ver si son suficientes en caso de que puedan probarse ante estos; pues para declarar la fuerza, y conocer si la hace el eclesiástico, es indispensable este conocimiento.

5. Cuando se introduce el recurso de fuerza contra los jueces eclesiásticos, que proceden despues de interpuesta la apelacion, tampoco se mete la Real jurisdiccion en examinar la justicia ó injusticia de la sentencia, para confirmarla ó revocarla, porque

esto no es de su inspeccion: solo se limita á conocer si la denegacion de apelacion es justa ó injusta; pues sin este previo conocimiento no puede decidirse acertadamente la fuerza (1).

6. Asi pues, la potestad Real nada decide sobre lo espiritual, ni se entromete en el fondo de la causa seguida ante el juez eclesiástico; solo trata de que este conozca únicamente de los asuntos que pertenecen á su jurisdiccion, y que lo haga del modo que prescriben las leyes y los cánones, en lo que se interesa el bien de la sociedad y la libertad de sus individuos.

7. Ofrécese ahora la siguiente duda; á saber, si la facultad de alzar las fuerzas que cometen los jueces eclesiásticos es judicial ó extrajudicial. El ilustre colegio de abogados de Madrid, en el informe que hizo al Consejo en 8 de julio de 1770 sobre las seis teses que defendió el Bachiller Don Miguel de Ochoa en la universidad de Valladolid el dia 31 de enero del propio año, dijo: »que el conocimiento de las fuerzas era judicial con uso de jurisdiccion temporal."

8. El señor Conde de la Cañada (2) impugna esta opinion del colegio de abogados con sólidas razones, aunque con sobrada difusion, que procuraré evitar, entresacando los argumentos mas sólidos en que se funda este respetable autor, y aun asi temo dilatarme demasiado.

9. »El Rey tiene bien asegurado su poder en el uso de alzar las fuerzas, asi por las leyes y autos acordados, como por la observancia del Consejo, chancillerias y audiencias, y ademas por el dictamen uniforme de los autores mas sabios fundado en todos los derechos que se han referido. ¿Pues que mayor valor podrá dar el informe del colegio á la potestad Real en este punto, con la nueva distincion de llamarla judicial excluyendo la voz de extrajudicial, de qué han usado los demas autores? Ninguno ha negado que la potestad que ejercita el Rey en los recursos de fuerza sea temporal. Tambien convienen en que los hechos que sirven de objeto al conocimiento de los tribunales, son temporales, y estan dentro de los límites de la potestad Real: y asi en estos dos puntos no hay diferencia entre lo que dice el informe, y lo que asientan y exponen los autores. La única diversidad que yo observo, consiste en que el colegio limita estos conocimientos al Rey, en calidad de juez que los decide, y los autores entienden que no usa de esta prerogativa ó potestad judicial, y sí de la que

1 Covarrub. *Máximas sobre recursos de fuerza.* tit. 6. §. 8, 9, 10, 11, 12 y 13.

2 *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza,* part. 1 cap. 10. num. 21 y siguientes.

tiene mas alta y expedita para mantener el reino en paz y en justicia, defendiéndole de insultos y opresiones capaces de alterar la tranquilidad pública, como lo haria un padre de familias, un tutor y un protector, con la sola noticia de la violencia que respectivamente padecian sus súbditos, ó se les preparaba, ya les viniese por los mismos que sufrian esta vejacion, ó por cualquiera otro medio; de manera que las partes denuncian al Rey el daño público é imploran su axilio, y bien informado su Magestad del que padecen, los protege de oficio, removiendo el impedimento que ponen los jueces eclesiásticos á su nativa libertad en la defensa de sus derechos; y esto es lo que se llama remedio defensivo, sin necesidad de ligarse á oir en juicio á las partes, admitir sus contestaciones, ni decidir sus derechos, ni los que corresponden al público.

10. »Para probar el colegio la nueva opinion que establece, de que el conocimiento que se toma en los recursos de fuerza es judicial, usa de dos argumentos, aunque son de una misma especie, y estriban sobre los propios fundamentos: el uno dice asi: »Donde hay jueces y partes, hay juicio. La calidad de la causa podrá graduar la especie, pero no borrar el concepto genérico de juicio: luego el conocimiento de los tales recursos es judicial aunque de esfera mas noble."

11. »El segundo argumento se propone en los términos siguientes. Si la potestad temporal no fuese competente para conocer en tales causas, el rito no la preservaria del atentado: luego el método ó estilo no es quien distingue el conocimiento.

12. »Yo no hallaria reparo en permitir ó conceder todas las proposiciones y consecuencias de los dos enunciados argumentos: la primera que la potestad temporal es competente para conocer de tales causas: la segunda que el rito, método ó estilo no es quien distingue el conocimiento; y la tercera que donde hay juez y partes, hay juicio.

13. »¿Y qué consecuencias saldrian de estos antecedentes? Ninguna favorable al intento del colegio: porque la potestad que ejerce el Rey, aunque es temporal, es económica y defensiva, y no judicial. De aquella usa el Rey, y á su nombre los tribunales, de manera que conoce no como juez de la violencia, sino como padre de familias, como tutor, como protector, y en fin como encargado privativamente de la defensa natural que podrian hacer los hombres por sí mismos antes de unirse en sociedad.

14. »El rito, método ó estilo es accidental, admitido por los tribunales por mas expedito, breve y seguro para informarse del

hecho de la fuerza, removerla y alzarla. Si por este medio sencillo de ver los autos del juez eclesiástico en las fuerzas de conocer y proceder, en las de no otorgar, y en las de conocer y proceder como conoce y procede, hallan los tribunales Reales la prueba de la fuerza que se intenta; ¿para qué la habian de buscar inútilmente por otros medios, ni dilatar el remedio de la defensa que se solicita? Esta es la razon porque guardan el rito y método establecido para el conocimiento de estos recursos.

15. »Si por el enunciado rito no se conociese seguramente la fuerza que se propone, podrian los tribunales Reales prescribir nuevo orden, y alterar el que ahora usan, que es otra de las proposiciones del colegio, en que tambien convengo; y de este principio nace la diferencia que nota el mismo colegio en los recursos de nuevos diezmos y en los de retencion, que llama verdaderas especies de fuerza ó proteccion.

16. »Por último reune el colegio la fuerza de su doctrina en un solo principio, y es que en semejantes recursos la jurisdiccion Real nada define sobre lo espiritual, sino sobre lo temporal, fiando la demostracion de todas las partes del principio indicado en los ejemplos que refiere.

17. »Yo no hallo reparo en convenir con el colegio en que la jurisdiccion Real nada define sobre lo espiritual, que es la primera parte de su proposicion. Tambien convengo en que solo conoce de lo temporal; pero como no admito, antes bien impugno que este conocimiento sea judicial sino extrajudicial, informativo ó instructivo, cual podia tomar cualquiera otro que estuviese en precision de defenderse, aunque le faltase el carácter de juez; tampoco puedo acceder á que los tribunales Reales definan judicialmente sobre lo temporal en las fuerzas que refiere el colegio, cuya verdad demostrarán sus mismos ejemplares, pues en los de conocer absolutamente viene solo á declararse que la causa es del todo profana. Esto es lo que dice el colegio al número 82.

18. »Yo entiendo que el Consejo y las chancillerías conocen y se informan por la sencilla inspeccion del proceso del juez eclesiástico, de que sus procedimientos tocan en causa profana y en personas legas; y que en este intento ofende y usurpa la jurisdiccion Real, oprime á los vasallos, sujetándolos á la jurisdiccion de la iglesia de que estan libres, y perjudica por estos respectos al público; y sobre este conocimiento interior del Rey y de sus tribunales, que por cualquiera parte que les viniese, excitaría su obligacion á remover el agravio y opresion de la causa públi-

ca, imparten el auxilio de la natural defensa, remitiendo los autos al juez Real á quien corresponden, ó reteniéndolos como se hace algunas veces.

19. »Este es el resumen del recurso de fuerza de conocer absolutamente, sin que contenga decision ni sentencia, ni defina cosa alguna sobre lo temporal: porque no es lo mismo conocer que definir: no es lo mismo impedir la fuerza, alzarla ó enmendarla por el mero hecho de remitir los autos al juez Real, que definir sobre lo temporal, hacer juicio de su causa, ó dar sobre ella sentencia, que es un equivalente segun la ley 1. tit. 22. Part. 3. »Juicio en romance, tanto quiere decir como sentencia en latin."

20. »Aunque la fuerza se introduzca solamente sobre no otorgar, si por el proceso del eclesiastico halla el tribunal Real que se ha entrometido en causa profana contra legos, ofendiendo por cualquiera medio la jurisdiccion Real, la defiende con la remision de los mismos autos al juez seglar, quedando *circunducta* la fuerza introducida de no otorgar. Esta es la doctrina solida del señor Covarrubias en el cap. 35 de sus Prácticas, vers. *At si laicus*, del señor Ramos *ad LL. Jul. et Pap.* lib. 3. cap. 52. num. 2, y la que observan todos los tribunales, manifestando el concepto de que solo proceden por una providencia ó remedio defensivo, sin necesidad de partes que promuevan esto: pues en tal caso no las hay para el intento, porque limitan su instancia á fuerza de no otorgar.

21. »El auto acordado 4.º tit. 1. lib. 4. (1), dice al número 2, que «para el remedio del primer abuso, cuando el eclesiástico intenta proceder al conocimiento de causas ó bienes *merè laicos*, y pertenecientes á la jurisdiccion temporal, me consultó que por derecho, leyes y costumbres de estos reinos tiene la suprema regalía el defensivo de las fuerzas."

22. »La ley 16. tit. 6. lib. 3. de la Recop. (2), que forma uno de los capítulos de la instruccion que se da á los asistentes, gobernadores, corregidores y jueces de residencia del reino, les encarga muy estrechamente la defensa de la jurisdiccion Real, en lo que la impidieren ó usurparen los jueces y ministros de la iglesia; y cuando no alcancen sus oficios, que lo haga saber luego al Rey para que lo mande remediar.

23. »Las leyes 14 y 15. tit. 1. lib. 4 de la Recop. (3) man-

1 Ley 17. cap. 2. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.
2 Ley 9. tit. 1. lib. 4. Nov. Rec.
3 Ley 4 y 12. tit. 1. lib. 2. Nov. Rec.

dan igualmente que se defienda la jurisdiccion Real, cuando la impidan ó turben los jueces eclesiásticos, y da licencia para que resistan, si fuere menester, á los fiscales y ejecutores de los eclesiásticos que intentaren prender ó embargar las personas y bienes de los legos.

24. »En todas las leyes referidas se conserva la sustancia y el nombre de ser puramente defensivo el remedio de las fuerzas, sin ligar el conocimiento á que sea judicial, ni á que se embarace en el rito, método ó estilo; pues basta que por cualquier medio se asegure el Rey de que el eclesiástico ofende su jurisdiccion, impidiéndola ó usurpándola, con lo cual se turbaria la república, y padecerian los súbditos y naturales de estos reinos la opresion de ser juzgados en sus personas y en sus bienes por los que no tienen jurisdiccion alguna sobre ellos.

25. »Por las mismas doctrinas se demuestra que la parte principalmente interesada en continuar el conocimiento de la causa que habia radicado el juez eclesiástico en su fuero, es el mismo juez y su jurisdiccion; y si el conocimiento y declaracion de la fuerza fuese judicial y en uso de jurisdiccion, aunque se llame extraordinaria, resultaria que la ejercia el seglar contra persona eclesiástica, quitándola el derecho que ella misma pretendia corresponderla; lo cual repugnaria con los principios que eximen á los jueces eclesiásticos de la potestad temporal, para no ser traidos á su juicio; y se convenceria en estos casos que no habia juez y partes que disputasen en este juicio sus respectivos derechos.

26. »Cuando lo hacen dos jueces ordinarios eclesiásticos que pretenden corresponderles en primera instancia el conocimiento de alguna causa, que notoriamente es del fuero de la iglesia, interpone el Rey su autoridad suprema para sosegar estas controversias que turban la paz pública; y dispensa su Real auxilio al ordinario competente, remitiéndole la causa en uso de la proteccion del santo concilio de Trento; y si conoce de la usurpacion de la jurisdiccion, y contra el que la ejecuta, se declara que en conocer y proceder hace fuerza.

27. »¿En dónde estan aqui las partes ni el juez para que se pueda llamar judicial este conocimiento, ni que se use de autoridad de jurisdiccion, sino de la suprema regalía económica, que se interesa en el buen gobierno de su reino, para serenar y componer las turbaciones y discordias que se excitarian, si por un conocimiento instructivo, extrajudicial y brevísimo no aten-

diese á mantener la tranquilidad pública, que es el primer objeto de su oficio? Lo mismo se dispone en la ley 62. num. 25. tit. 4, y en la 87. tit. 5. lib. 2. (1).

28. »En los recursos de nuevos diezmos, que, como dice el colegio, son especies de fuerza, y en mi dictamen corresponden á las de conocer y proceder, como se fundará en el capítulo en que se trate particularmente de ellos; conoce el Consejo que todo el resumen de este negocio consiste en que el juez eclesiástico intenta exigir diezmos de algunos frutos de que antes no se habian pagado: el pueblo ó la mayor parte de él propone que ha percibido íntegramente todos estos productos de sus tierras y posesiones, sin deducir ni pagar parte alguna por razon de diezmos: que en esta posesion quieta y pacífica estuvieron mas de cuarenta años, que es el tiempo suficiente para formar costumbre legítima y prescripta: que la novedad de exigir diezmos en estas circunstancias introduce una turbacion y escándalo general en el pueblo; y esta es la causa próxima que excita la atencion del Rey á interponer su Real autoridad para mantener en paz la república, que es un oficio propiamente defensivo, sin mezcla de jurisdiccion ni de conocimiento judicial en la materia; porque ni las personas que pretendian la paga de diezmos, como son los obispos y cabildos, ni los jueces eclesiásticos que conocian de estas causas, podian venir como partes al conocimiento judicial de la jurisdiccion Real."

29. El señor Elizondo (2), oponiéndose tambien al dictamen del colegio de abogados en este punto, dice lo siguiente: »¿Que decide la potestad temporal en las cuestiones de fuerza? ¿Es acaso otra cosa que la simple y desnuda declaracion positiva ó denegativa de esta? ¿Se ingiere acaso en el negocio principal oyendo de nuevo sobre él ó tomando otro conocimiento, que el simple y llano del proceso que juzgó el eclesiástico? ¿Resuelve acaso la justicia original disputada por las partes? Luego su conocimiento ni es ni puede llamarse perfecto. Se arguye contra esto que sin informarse de la causa principal no pueden rectamente juzgarse las fuerzas comunes: asi es en las cuestiones posesorias respecto á las petitorias; pero este conocimiento es de puro influjo ó indirecto, y no sustancial ni directo; en una palabra, siendo la fuerza consecuencia de la duda eclesiástica, no es posible determinarse á aquella sin el antecedente de esta: mas de

1 Leyes 10 y 11. tit. 2. lib. 2. 9. tit. 2. lib. 3, y 6. tit. 5, 17. tit. 7, 9. tit. 10, 9. tit. 12, lib. 4. Nov. Rec.

2 *Pract. univ. for.* tom. 5. part. 1. cap. 6. §. 1. num. 72.

aqui ni se infiere ni puede deducirse que el conocimiento limitado y concreto de la cuestion de hecho, que envuelve toda fuerza, es genérico y abstracto, respecto de las dudas de derecho, rigorosa y formalmente espirituales, y agenas del remedio protectorio. La controversia eclesiástica queda, despues de decidido el recurso regio, como estaba antes de intentarse: sigue su giro, y solo el metropolitano ó superior es quien la confirma ó revoca: luego el auto Real fue puro, economico y de amparo al oprimido, sin otra alguna extension ni conocimiento, que el imperfecto necesario á llenar aquel objeto: cualquiera otra inteligencia no pasa de la esfera rigorosamente escolástica, mas propia de las aulas que de los estrados, donde el apoyo se toma de la ley ó de la costumbre y no del raciocinio auxiliado de sola la lógica, cuando este choca con la práctica constante de los tribunales, y el origen ritual de las acciones, remedios ó recursos, como sucede al de fuerza, de pura economía y proteccion al vasallo, que recibe el agravio de una mano negada á repararle."

30. Esta cuestion acerca de si es judicial ó extrajudicial la potestad con que se alzan las fuerzas, aunque á primera vista parezca indiferente, no es asi; antes bien importa mucho determinarla, pues de esto depende en parte la acertada resolucion de otro punto no menos importante, á saber; si el auto en que se declara ó no que hace fuerza el eclesiástico, admite súplica.

31. El señor Covarrubias, en cuyo dictamen es judicial la facultad de alzar las fuerzas, opina, contra la práctica de los tribunales, que se debiera admitir la súplica de dichos autos; y he aqui como raciocina (1).

32. »Yo me persuado que la práctica de los tribuales en negar ó no admitir las súplicas en los autos de fuerza, procede de dos principios. El uno es haberse creido hasta ahora equivocadamente, que los tribunales Reales no procedian judicialmente en las fuerzas, sí solo extrajudicialmente sin causar juicio ni instancia; cuyo modo de opinar se halla en todos nuestros autores que han tratado de la materia. De aqui nacia que faltando el juicio ó instancia, es inverificable la súplica, y en este concepto *nullum ens, nullæ sunt qualitates.*

33. »El segundo principio mas cierto y mas racional, consiste en que los autos de fuerza se deben reputar ó considerar como reintegros de despojos. Estos son seguramente privilegiados por las leyes, son juicios sumarisimos; y asi se deben ejecutar

1 En la citada obra, título 31.

inmediatamente. En efecto, la privacion violenta de la libertad, la denegacion de defensa natural y las demas opresiones que cometen los jueces directamente contra la ley, ¿qué son en la realidad mas que un despojo de la libertad natural que tiene el hombre de mirar por su propia conservacion y su propia vida? De aqui es que las leyes del reino califican el despojo con el nombre de fuerza. Pero este segundo principio en que puede fundarse la práctica de los tribunales, es necesario que se combine con las reglas ordinarias del orden judicial, y con lo que dictan las leyes sobre este particular. Al paso que es justo y conforme á la ley del reintegro que se socorra al oprimido sin pérdida de tiempo, tambien es justo que se ocurra á la pasion, al error ó malicia de los jueces igualmente. Para esto es necesario distinguir de recursos y de casos.

34. »En los recursos de fuerza en conocer y proceder es muy conforme á los principios legales, y á la defensa de la Real jurisdiccion, el que pueda haber revista de los mismos autos. Como en estos recursos se trata sobre si el eclesiástico usurpa ó no la Real jurisdiccion, si el tribunal regio declara *que no hace fuerza*, esta providencia puede ser muy perjudicial á la Real autoridad, y en este caso ¿quién dudará que el fiscal ó los mismos legos interesados podrán en cumplimiento de su obligacion suplicar para que se vuelvan á ver los autos inmediatamente? Si nunca se prescribe ni valen ejecutorias contra las regalías, ¿por qué no ha de poderse suplicar de las providencias que las perjudiquen?

35. »Si el tribunal Real declara que el eclesiástico *hace fuerza*, podrá el fiscal de la curia del mismo modo pedir la revision. Si el señor Salcedo sostiene que puede recurrirse al Soberano, las mismas razones hay para este recurso que para el de súplica. Es constante que esta se introdujo á imitacion de la apelacion ante los mismos tribunales, cuando los Reyes presidian en ellos, porque no habia otro superior á quien acudir: y asi la súplica en su origen fue un verdadero recurso extraordinario. Si tenemos ejemplares de haberse vuelto á rever en el Consejo y declarado fuerzas perdidas en las chancillerías y audiencias: ¿por qué sin tantos rodeos no podrá suplicarse en los mismos tribunales, mayormente cuando se trate de la defensa de la Real jurisdiccion?

36. »En los recursos de conocer y proceder en el modo puede haber alguna mas dificultad. Si el tribunal real declara que el eclesiástico hace fuerza, yo soy de sentir que el auto es in-

suplicable por su naturaleza. Nadie ignora que toda providencia á favor de la libertad y contra la opresion, debe ejecutarse inmediatamente. A temas de esto, la fuerza en el modo es una transgresion expresa de ley, y una injusticia notoria; y asi aludiendo á esto sienta sabiamente el señor Salgado que las determinaciones que se dan, mandando la observancia de una ley, son inapelables.

37. »Si el tribunal Real declara que el eclesiástico *no hace fuerza*, en este caso atendidas las circunstancias podrá suplicarse por los mismos principios, que el auto contrario es insuplicable. A esto se agrega que la fuerza y la violencia por su tracto sucesivo siempre grava y siempre oprime, y seria cosa injusta que no pudiese el oprimido suplicar hasta removerla. Cuando se trata de la defensa natural no hay ejecutoria ni prescripcion que valga.

38. »En fin en los recursos de fuerza en no otorgar, tambien militan las razones que en los recursos en el modo. Si el tribunal Real declara *que no hace fuerza*, puede esta providencia perjudicar considerablemente á los litigantes, y tal vez privar al recurrente de su defensa natural: y en este caso debe ser suplicable el auto. Pero si el tribunal Real declara que hace fuerza, soy de parecer que no debe haber lugar á la súplica, á no ser en autos interlocutorios ó definitivos en que los cánones ó las leyes nieguen expresamente la apelacion. Este modo de discurrir en nada se opone á la brevedad y sencillez con que deben decidirse las fuerzas; porque la revista debe hacerse por los mismos autos. Los recursos de retencion y nuevos diezmos, son especie de recursos de fuerza ó proteccion, y sin embargo se determinan en vista y revista, como las demas instancias ordinarias, sin que se perjudique el derecho de los interesados. No tienen mas contra sí estas súplicas, que la natural resistencia del hombre en retractar su dictamen, cuando no se presentan nuevas pruebas ni fundamentos que puedan excusar la revocacion, como sucede en las demas súplicas en que pueden hacer nuevas pruebas y presentar nuevos documentos. Pero los magistrados verdaderamente sabios desprecian semejantes flaquezas del amor propio, y se acuerdan, que *sapientis est mutare consilium in melius.*" Hasta aqui el señor Covarrubias.

39. No siendo pues judicial la potestad de alzar las fuerzas, como se hizo ver arriba con los argumentos de los señores Cañada y Elizondo, falta uno de los principales fundamentos en que se apoya el señor Covarrubias para hacer suplicables di-

chos autos; pues como demuestran el señor Conde de la Cañada (1) y Salgado à quien cita, la súplica solo se admite en los pleitos y juicios contenciosos en que se da sentencia, y no en los actos ó procedimientos extrajudiciales; y aunque despues alega el citado Covarrubias otras razones que tienen bastante fuerza; sin embargo la ley y la práctica estan contra su opinion. Verdad es que generalmente hablando ninguna disposicion legal destierra la súplica; pero hay una ley, y es la 7. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Rec., en la cual se previene »que de las causas eclesiásticas en que conozca por via de fuerza la audiencia de Galicia, no puede conocer la chancilleria de Valladolid por apelacion ni en otra manera alguna." El impedirse por esta ley la apelacion y otro cualquier recurso de lo que determinaren los alcaldes mayores del reino de Galicia en los pleitos eclesiásticos y negocios que mandan llevar ante si por via de fuerza sobre otorgar, reponer ó resistir, no es porque haya en ellos alguna particular circunstancia con respecto à aquella audiencia, sino por la razon general que conviene à estas causas y recursos en cualquiera tribunal que se vean por via de fuerza, y las leyes que se establecen sobre este fundamento comun, aunque se dirijan por algun caso particular ocurrido, ò que ocurra mas frecuentemente á un pueblo ó tribunal, producen el mismo efecto general para los mismos casos ú otros semejantes (2). Asi lo han entendido los tribunales superiores, en los cuales se ha desestimado siempre la súplica, y el señor Conde de la Cañada (3) refiere haber asistido en el Consejo à un expediente en que se suplicó del auto de fuerza de conocer y proceder, no con respecto à lo principal, sino à la condenacion de costas, habiendo sido multado en trecientos ducados el abogado que introdujo el recurso, el cual se desestimó; y aunque despues usando de equidad se dignó su Magestad exonerar al letrado de dicha multa; quedó sin embargo en todo su vigor la resolucion del Consejo. Verdad es que en los recursos de nuevos diezmos y en los de retencion de bulas apostólicas se permite la súplica, á diferencia de lo que sucede en las tres fuerzas de no otorgar, de proceder y conocer, y del modo de proceder; mas para esto hay razones particulares, como se dirá cuando se trate en particular de aquellos dos recursos.

40. Por conclusion de esta materia haré una observacion pa-

1 Recursos de fuerza, part. 1. cap. 11.
2 Señor Conde de la Cañada en la citada obra, part. 1. cap. 11. §. 15.
3 Id. §. 21.

ra corroborar el dictámen de los autores que opinan ser extrajudicial la facultad de alzar las fuerzas, y se reduce à que en los tribunales Reales que conocen de estos recursos no se pueden presentar documentos que no se hubieren presentado ante el juez eclesiástico, ni otro género de pruebas ni defensas, limitándose á informar los abogados cuando se hace relacion de los autos del juez eclesiástico, y de la simple querella de fuerza. El no admitirse documentos ni otra prueba alguna acredita manifiestamente, que el conocimiento que toma el tribunal Real, es meramente extrajudicial é instructivo, pues si fuese contencioso, no hay duda que serian admisibles, como en cualquier otro juicio, los papeles y otros medios de prueba.

CAPITULO SEGUNDO.

De los jueces eclesiásticos que pueden cometer las fuerzas; y de los tribunales Reales á quienes pertenece exclusivamente el conocimiento de estos recursos.

§. 1. Razon del método de este capítulo.
2. Jurisdiccion eclesiástica voluntaria y contenciosa.
3. Asuntos que corresponden principalmente á la jurisdiccion eclesiástica.
4. En los tribunales eclesiásticos está distribuido el orden de sustanciacion en primera, segunda y tercera instancia, como sucede en los civiles.
5, 6 y 7. En primera instancia conocen como jueces ordinarios los obispos por medio de sus provisores ó vicarios, y calidades que deben tener estos.
8. En la segunda instancia conocen de las causas pertenecientes al fuero eclesiástico los arzobispos.
9 hasta el 16. En la tercera instancia conoce el tribunal de la Rota ó Nunciatura apostólica: su origen, número y circunstancias de los jueces que le componen; y varias observaciones acerca del orden de sustanciacion que en él se sigue.
17. De los tribunales Reales que conocen de las fuerzas.
18. De los asuntos cuyo conocimiento por via de fuerza pertenece privativamente al supremo Consejo de Castilla.
19. Salas de gobierno en donde se ven estos recursos.
Apéndice 1º á este capítulo en que se inserta una Real cédula de 6 de febrero último, por la cual se manda observar el breve de su Santidad que trasfiere el derecho de apelacion directa en las causas de fe al tribunal de la Nunciatura.
Apéndice 2º sobre los tribunales eclesiásticos, de cuyos agravios no puede introducirse recurso de fuerza.

1. Sabido ya el origen y objeto de los recursos de fuerza, corresponde tratar en este capítulo de los jueces eclesiásticos que pueden cometerla, y de los tribunales Reales á quienes pertenece el conocimiento de estos recursos.

2. La jurisdiccion eclesiástica se divide como la Real en voluntaria y contenciosa. Aquella se ejercita de plano en muchas cosas que expresan los cánones, y se hallan recopiladas en las

leyes 5, 13, 14, 15, 16 y 63. Part. 1. La jurisdiccion contenciosa de la iglesia decide las instancias y contiendas que pertenecen à su fuero.

3. Corresponde principalmente à la jurisdiccion y autoridad de la iglesia el conocimiento sobre cosas puramente espirituales, sin que ninguna otra potestad pueda entrometerse en él mas que por via de proteccion para que se cumpla lo que aquella decida, y se guarden sus leyes, en cuyo caso solo se conoce de su notoria infraccion ó quebrantamiento. Tambien es privativo de la iglesia el conocimiento sobre cosas temporales que estan anejas ó dedicadas à las puramente espirituales ó dependientes de ellas; las que se llaman vulgar è impropiamente espiritualizadas. Asimismo pertenece á los tribunales eclesiásticos el conocimiento de las demandas sobre propiedad de diezmos que no estan secularizados; aunque los juicios sobre posesion de diezmos, ó si estos se han pagado ó no, deben tratarse en los tribunales seculares. Son del fuero eclesiástico las demandas sobre propiedad ó pertenencia de beneficios ó capellanías; pero las que se dirigen contra clérigos sobre tenuta ó propiedad de mayorazgos corresponden à sus respectivos tribunales Reales. Tambien puede tratarse en estos como se estila en la Real audiencia de Galicia (1) el conocimiento sobre la posesion ó amparo de ella en las causas beneficiales. Las razones son porque la posesion es de puro hecho; el Soberano es quien ampara à los poseedores en sus derechos posesorios; el juez eclesiástico no puede dar mano armada à los despojados para restituirlos ó reintegrarlos, ni puede embargar ni secuestrar frutos. Corresponden tambien al tribunal eclesiástico las demandas de esponsales, nulidad de matrimonios y divorcios en cuanto á la cohabitacion; pero las querellas ó acusaciones mútuas que pueden intentar marido y muger sobre adulterio para la imposicion de la pena temporal que prescriben las leyes del reino, pertenecen al fuero secular (2). Acerca de los delitos cometidos por seglares de que pueden conocer los tribunales eclesiásticos, se dijo lo bastante en el tomo anterior, título 2, capítulo 4, desde el párrafo 38 hasta el 47.

4. En los tribunales eclesiásticos está distribuido el orden

1 Ley 33. tit. 2. lib. 5. Nov. Rec., la cual dice asi: »Porque los dichos regente y alcaldes mayores (de la audiencia de Galicia) algunas veces conocen sobre amparo ó tenuta de posesion en las causas beneficiales; mandamos que de las sentencias que en los dichos pleitos dieren, haya suplicacion para ante ellos mismos, y no haya apelacion para la audiencia de Valladolid."

2 Ley 2. tit. 9. Part. 4. Sobre cuanto va dicho en este párrafo véase á Covarrubias en la citada obra, tit. 4.

de sustanciacion en primera, segunda y tercera instancia, como sucede en los civiles. Conocen en primera instancia como jueces ordinarios los obispos por medio de sus provisores ó vicarios; en segunda los arzobispos ó metropolitanos, y en tercera el tribunal de la Rota de la Nunciatura apostólica.

5. Los provisores ó vicarios generales que nombran los obispos para despachar los negocios de justicia, ya sean de jurisdiccion voluntaria ó contenciosos, deben ser doctores ó licenciados en derecho canónico, y estar ademas versados en la práctica forense. Por esto es conveniente y ha introducido ya la costumbre, que sean abogados, habiendo hecho ver la experiencia que con este requisito son mucho mas à propósito para el despacho de los negocios contenciosos, y se asegura mejor el acierto en la determinacion de ellos.

6. Acerca del nombramiento y destitucion de los provisores, dice el señor Covarrubias lo siguiente (1): »Los obispos pueden despedir à sus provisores y nombrar otros, sin necesidad de expresar las causas que para ello tienen," y luego añade en una nota lo siguiente: «Con motivo de las diferencias ocurridas entre el muy reverendo arzobispo de Valencia y su provisor, tuvo por conveniente su Magestad mandar que este prelado hiciese presente à la Cámara la persona que destinase para suceder en el provisorato, à fin de que hallándole la Cámara que tenia los grados, edad, estudios, años de práctica, y buen olor de costumbres, que se requieren por las leyes escolásticas y del reino, y por los últimos decretos de su Magestad é instrucciones para ejercer judicaturas; lo pusiese la Cámara en noticia de su Magestad, y con su Real aprobacion se llevase à efecto el nombramiento de la tal persona; y si hubiese legítimo reparo en ella, se mandase al arzobispo que propusiese ó destinase otro sugeto; cuya providencia por lo tocante à Valencia por resolucion de su Magestad de 16 de julio de 1784, se mandó que fuese general." Las razones mas fuertes en que fundan los autores la opinion de que no se les puede remover, consiste en la comparacion que hacen entre los provisores y jueces nombrados por los señores. Pero es necesario advertir que hay notable diferencia entre los derechos de unos y otros. Es constante que el oficio ó título de provisor no puede ser comerciable. El obispo puede decir que no necesita de él, y que quiere por sí ejercer la jurisdiccion: lo que no puede decir un señor. Nadie concurre, ni tiene interven-

1 En la citada obra, tit. 2. §. 5.

cion en el nombramiento del provisor mas que el obispo, al contrario se verifica en los jueces de los señores que reciben del Rey la jurisdiccion. Es cierto, como dice un célebre fiscal, que puede haber inconveniente en dejar à la voluntad absoluta de los obispos la destitucion de sus provisores, pero tambien se presentan otras en coartarla ó quitarla del todo. Yo soy de dictamen que esto se debe dejar à la prudencia de los tribunales, donde se implore el amparo y proteccion, pesando las circunstancias de los casos: y que en duda se deberá siempre favorecer la libertad de los prelados (1).

7. Llámase provisor principal el que reside en la misma ciudad episcopal para administrar justicia, y foráneos los demas que se establecen para alguna parte del obispado (2). A este propósito debo advertir que por la ley 5. tit. 1. lib. 2. Nov. Rec. se previene »que ningun juez eclesiástico por fatigar à los legos los pueda citar ni cite en la cabeza del obispado ó arzobispado, pues tienen otros jueces inferiores ante quien en los casos permitidos de derecho los pueden demandar; excepto en las causas criminales, beneficios decimales y matrimoniales, que en estos casos pueden ser citados y demandados en las dichas cabezas."

8. En segunda instancia conocen de las causas pertenecientes al fuero eclesiástico los arzobispos, quienes son al mismo tiempo jueces de apelacion de sus sufragáneos y ordinarios en primera instancia en sus respectivos arzobispados; siendo de advertir que los obispados exentos de Leon y Oviedo no estan sujetos à ningun metropolitano, como tampoco las abadías con jurisdiccion *vere nullius*. Por consiguiente las segundas y terceras instancias van al tribunal de la Nunciatura, excepto en los primeros que suelen cometerse à jueces sinodales, para no extraer sin grave motivo de sus respectivas provincias los pleitos y litigantes.

9. En otro tiempo el auditor del Nuncio apostólico cerca de la Corte de España estaba en posesion de conocer y decidir en

1 Memoria del clero de Francia, tomo 7. tit. 3.

2 Los metropolitanos suelen nombrar, ademas de sus provisores ordinarios para el conocimiento en primera instancia en su diócesis, otros para los negocios de apelacion de sus sufraganeos.

Los arcedianos, y en algunas iglesias los deanes, desempeñaban antiguamente el cargo y funciones que hoy ejercen los provisores y vicarios generales de los obispos, como consta de las leyes 3 y 4. tit. 6. Part 1: y de aqui procede que en muchas partes conservan unos y otros alguna jurisdiccion, pero reducida y atemperada á lo que manda el santo concilio de Trento en la sesion 24. cap. 20. *de reformat.* dice asi: *Causæ matrimoniales et criminales non decanis archidiaconi aut aliorum inferiorum judicio etiam visitando, sed episcopi tantum examini et jurisdictioni relinquantur.* Covarrub. en la citada obra, tit. 1. §. 7.

primera instancia como juez ordinario, los pleitos y causas asi civiles como criminales de los regulares y demas exentos, sujetos inmediatamente á la silla apostólica, y el mismo auditor como juez de apelacion confirmaba ó revocaba las sentencias que habian pronunciado en las causas los arzobispos de estos reinos. Mas el Sumo Pontífice Clemente XIV, por su breve expedido en 26 de marzo de 1771, tuvo à bien sustituir y subrogar perpetuamente en lugar de dicho auditor un tribunal llamado la Rota de la Nunciatura apostólica; mandando que el Nuncio que lo fuere en lo sucesivo en España cometa al mismo tribunal las mencionadas causas del mismo modo y forma que el tribunal llamado la Signatura de justicia en la ciudad de Roma ha acostumbrado siempre cometer las causas à los auditores de la Rota romana.

10. Conoce, pues, dicho tribunal de la Rota en tercera y última instancia de las causas que van á él por apelacion de los metropolitanos y otros jueces eclesiásticos; debiendo observarse en cuanto à las criminales segun el mismo breve (1) lo prescrito por el Concilio Tridentino, por los sagrados cánones y las constituciones apostólicas acerca de las apelaciones y recursos en todo lo que sea compatible con la nueva forma de juzgar establecida en este breve; y en consecuencia se observará perpetuamente el orden gradual y legítimo en admitir y recibir las apelaciones y cualquiera recurso; de suerte que siempre quede salva á los ordinarios la facultad de conocer en primera instancia, y subsistente la disciplina regular monástica en cuanto á la correccion de los regulares (2).

11. El tribunal de la Rota tiene las mismas horas de audiencia que los demas tribunales supremos de la Corte, en la casa del mismo Nuncio de su Santidad donde existe; consta de seis jueces de número, que han de ser, y son realmente, prebendados de las catedrales, y legistas, de los cuales el mas antiguo tiene honores natos del Consejo Real (3). Divídense en dos tur-

1 Art. 13.

2 En cuanto á la apelacion en las causas de fe véase el apéndice que sigue á este capítulo.

3 La Real Cámara de Castilla propone á su Magestad estas plazas; y para la concesion se remite la consulta á la primera secretaría de Estado por donde se acuerdan los honores á los eclesiásticos que tienen el mérito y los requisitos prevenidos; cuya plaza juran en el tribunal Luego que se eligen por su Magestad los jueces ó auditores de número, supernumerarios ú honorarios, se avisa por carta del ministro de Estado al Nuncio, quien pasa copia de ella al decano del tribunal.

Ademas de estos jueces presenta el Rey dos auditores de la Rota que reside en Roma, y asisten á las causas de cristiandad, representando el uno la corona de Castilla y el otro la de Aragon; advirtiéndose que el nombramiento ha de recaer en legistas.

nos cada uno de los cuales consta de tres votantes: uno de ellos, que es aquel á quien haya cabido la comision para seguir y sustanciar la causa, se llama *ponente*, el cual no solamente tiene la misma facultad y jurisdiccion que usan los auditores de la Rota romana cuando son ponentes en los actos judiciales que preceden à la decision, sino que tambien tiene voto en la causa que él ha propuesto y seguido. Si por discordia ó diversidad de votos no quedasen decididas las causas, previene dicho breve (1) que segun la norma y práctica de la Rota romana puede el Nuncio hacer que vote en ellas cuarto, y siendo necesario tambien quinto juez de los sobredichos. En los litigios ó causas falladas en los dos turnos que forma el tribunal, si llega el caso de verse por tercera vez en el mismo, concurren como jueces individuos de ambas salas ademas del asesor; y à veces el fiscal y los dos ministros supernumerarios para dar imparcialidad al juicio. Dichos asesor y fiscal se presentan por el Rey como los jueces, y los confirma su Santidad por letras apostólicas (2).

12. Para el despacho de los negocios contenciosos tiene el tribunal de la Nunciatura dos secretarios de justicia, cada uno con un notario mayor y dos oficiales que elige el señor Nuncio, ademas de los receptores y procuradores: estos lo son de número en el mismo tribunal; aunque tambien suelen actuar los de los Reales Consejos, que estan autorizados para representar en todos los tribunales supremos de la Corte. En las secretarías de la Nunciatura estan divididos los negocios por obispados.

13. Todos los empleados del tribunal han de ser naturales de España, sin que puedan aumentarse los oficios, ni proveerlos en otros, sino por muerte ó dimision de los que los obtenian. El abreviador, los secretarios, oficiales y criados no pueden aceptar poder, aunque sea para sustituir, ni tener agencia de negocio que haya de pasar ante el tribunal, pena de privacion de sus oficios, cien ducados de multa y otras (3).

14. En cuanto al orden de sustanciacion en la Rota, por una costumbre no se hace saber la venida de los autos por apelacion, ni se puede obligar al apelante á que mejore; pues al que le interesa la brevedad, toma aquellos y alega, hasta cuyo tiempo no se admiten las rebeldías, sin embargo de practicarse lo contrario en los tribunales civiles. Se dan hasta cuatro pedimentos

1 Art. 7.
2 Art. 11 y 14.
3 Véase la Cartilla de agentes y pretendientes, ó manual de ministerios, tribunales y oficinas; obra muy útil, de la cual y del citado breve se han sacado las noticias que aquí se dan acerca del tribunal de la Rota.

de término, el último firmado del letrado, sin necesidad de volver el pleito sino con el cuarto, bastando un solo apremio para todos.

15. A los ahijatorios para acelerar la remesa de autos en apelacion se llaman *incitativos*, y se libran con apercibimiento de reformacion de las letras dadas, se expiden hasta tres con términos de cuarenta, treinta y veinte dias, y trascurridos queda declarada desierta la apelacion, y autorizado el fallo inferior para que se ejecute.

16. En el supuesto de que no causan ejecutoria sino tres sentencias conformes, ha lugar á la apelacion de uno á otro turno hasta que se completan aquellas, y para cada instancia se pasa certificacion á la abreviaduría, á fin de que libre comision al ponente á quien toca.

17. Dada esta ligera idea de los tribunales eclesiásticos, que me ha parecido suficiente para el objeto de este tratado, paso á hablar de los tribunales Reales, á quienes corresponde el conocimiento de las fuerzas que cometen aquellos, y son exclusivamente el supremo Consejo de Castilla en algunos casos, y en todos los demas las chancillerías y audiencias en sus respectivos territorios.

18. Los asuntos cuyo conocimiento por via de fuerza pertenecen privativamente al Consejo, son los siguientes. Los negocios eclesiásticos tocantes á visita y correccion de religiosos por sus superiores (1). Los negocios relativos á la ejecucion y cumplimiento del santo concilio de Trento (2). Las fuerzas de los jueces ordinarios que residen en la Corte, á saber, de la Rota ó Nunciatura apostólica, de la patriarcal, del vicario general de los Reales ejércitos, del vicario eclesiástico y de la visita eclesiástica, del tribunal de la Asamblea de la órden de san Juan (3). Tambien conoce de los negocios eclesiásticos de fuerza que se ofrecieren de la universidad de Alcalá de Henares (*) y vicario de dicha ciudad (4); como tambien cuando un juez eclesiástico de fuera de la Corte pronuncia auto ó sentencia contra un alcalde de Corte, y este pretende se le hace fuerza, ó en proceder el eclesiástico, ó en no otorgar, ó en atentar ejecutando (5). Asimismo cuando en las comisiones que se dan á jueces de la Corte

1 Ley 9. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.
2 Ley 10 del mismo tit.
3 Ley 6 id.
* En el capítulo 1. de la ley 2. tit. 6. lib. 8. Nov. Rec. se previene que nel Consejo y chancillería no haga traer por via de fuerza los procesos en que conozca el maestrescuela de Salamanca á virtud de la conservaduría del estudio.
4 Nota 6 al tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.
5 Nota 1 á dicho tit.

se reservan las apelaciones al Consejo, si se ofreciere alguna causa eclesiástica por via de fuerza, los pleitos se deben llevar à él para que se declare si el juez eclesiástico la hace ò no (1); cuya resolucion debe extenderse á la fuerza que haga cualquier juez eclesiástico aunque sea de fuera de la Corte, por la razon que expresa el señor Conde de la Cañada (2). Tambien conoce el Consejo de las fuerzas que cometan los eclesiasticos del ramo sobre los espolios de los obispos (3); y asimismo de las fuerzas sobre negocios tocantes al servicio de millones (4). Se conoce tambien en el Consejo, aunque no privativamente, pues tambien pueden conocer las audiencias, de los pleitos eclesiásticos llevados por recurso de los jueces en defensa de la jurisdiccion Real (5). Ultimamente está prevenido que las causas del Real patronato se vean por recurso de fuerza en el Consejo pleno, y por via de retencion en la Cámara (6)(*).

19. Los recursos de fuerza que consisten en el modo de proceder y en no otorgar, se ven en la sala segunda de gobierno; y en la primera y segunda juntas se despachan los de conocer y proceder en perjuicio de la jurisdiccion Real, aquellos en que se disputa si un reo debe ó no gozar de la inmunidad eclesiástica; los relativos à la observancia de los decretos del concilio de Trento; los que tratan del cumplimiento de la Real pragmática de 28 de abril de 1803 sobre matrimonios; y los que dimanan del servicio de millones (7).

APÉNDICE PRIMERO Á ESTE CAPÍTULO.

En la gaceta de 27 de febrero de este año se ha publicado una Real cédula, por la cual se manda observar el breve de su Santidad que trasfiere el derecho de apelacion directa en las causas de fe al tribunal de la Nunciatura, y es como sigue.

Don Fernando VII, por la gracia de Dios, Rey de Castilla &c. A los de mi Consejo &c. sabed: que por mi Real órden de 24

1 Dicha nota 6 al tit. 2. lib 2. Nov. Rec.
2 En la citada obra, part. 1. cap. 7. § 30.
3 Nota 5 á dicho tit. 2.
4 Ley 15 del mismo tit.
5 Ley 20 del mismo tit.
6 Ley 14 del propio tit.
* Por resolucion á consulta del Consejo de 25 de mayo de 1565 mandó su Magestad que el de Indias no se entrometiese á conocer de las fuerzas eclesiásticas; y por Reales cédulas de 7 y 14 de noviembre de 1621 (que es la ley 4. tit. 2. lib. 2. de la Recopilacion de Indias) se declaró tocar á este Consejo el conocimiento de las fuerzas eclesiásticas de estos reinos respectivos á ellas; y mandó al de Castilla proveyese auto revocando el anterior de 25 de mayo de 565, para que sin embargo de él conociese el de Indias de las fuerzas de negocios de ellas en estos reinos. Nota 3 al tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.
7 Adiciones al Febrero reformado por el señor Gutierrez, pag. 170.

de noviembre del año próximo pasado, comunicada por mi secretario de Estado y del despacho de Gracia y Justicia, tuve á bien remitir al mi Consejo, para que se le diese el oportuno pase, un breve expedido por nuestro santísimo padre Pio VIII, en 5 de octubre del mismo año, trasfiriendo el derecho de apelacion directa que en las causas de fe corresponde á la santa Sede de las sentencias de los metropolitanos y prelados exentos, al tribunal de la Nunciatura, por el mismo órden que está prescrito en la constitucion del papa Clemente XIV de 1771, observando las solemnidades prevenidas en los juicios de materia tan grave. Examinado con toda detencion por el mi Consejo el indicado breve, y con inteligencia de lo expuesto en su razon por mis fiscales, en decreto de 16 de diciembre siguiente, le concedió el pase en la forma ordinaria, sin perjuicio de mis regalías y derechos de mi corona. Y ahora por otra Real órden de 26 de enero último que ha comunicado al propio mi Consejo el referido mi secretario de Estado y del despacho de Gracia y Justicia, he tenido à bien resolver, conformándome con el dictamen de mi Consejo de ministros, que à fin de que tenga fuerza de ley, y llegue á noticia de todos mis vasallos, se imprima, publique y circule el expresado breve, cuyo tenor, y el de la traduccion de él, hecha por el secretario de la interpretacion de lenguas, es como sigue.

PIO VIII PAPA.

Para futura memoria.

Atentos à labrar la felicidad del pueblo cristiano, ya al principiar la carrera del sumo pontificado que se nos ha confiado, volvemos nuestros pensamientos y desvelos hácia aquellas cosas capaces de mejorar en lo posible, y en todas partes su estado y condicion.

Asi es que hemos creido no deber desechar las súplicas que nos han presentado muchas veces los que son procesados por causa de fe en el reino de España, pidiéndonos que se les concedan las alzadas ó apelaciones de las sentencias dadas por los metropolitanos ó por los prelados exentos, ò de la que llaman segunda instancia, siempre que con arreglo à lo prescrito por los cánones pueda tener derecho à ellas hasta que debiera ejecutoriarse la pena.

Desde luego nos ocupamos en examinar con la mayor deten-

cion en la materia, y en pesar cuidadosamente todas las razones, à fin de proporcionar en lo posible algun alivio en esta parte á los fieles cristianos, súbditos de nuestro muy amado en Cristo hijo FERNANDO, Rey católico de España.

Por lo tanto, deseando sobremanera que se establezcan jueces en el mismo reino para conocer y fallar dichas causas cuando hubiere lugar á la apelacion; à fin de que los acusados de esta clase de delitos no se consuman por mucho tiempo en la carcel, ni sufran mayores incomodidades, gastos y dilaciones, teniendo que recurrir á esta santa Sede; siguiendo los impulsos de nuestro corazon paternal, hemos determinado ocurrir á las necesidades de aquel pueblo cristiano, y procurarle recta y pronta administracion de justicia.

En su consecuencia, *motu proprio* y de cierta ciencia, y por nuestra plena autoridad apostólica, concedemos todas las facultades oportunas y necesarias á nuestro venerable hermano Francisco arzobispo de Atenas, nuncio nuestro y de la Sede apostólica cerca del Rey Católico, de reconocida integridad é instruccion en el derecho, y á sus sucesores en este empleo, para que pueda mientras no se dispusiere otra cosa, admitir las alzadas ò apelaciones en las causas de fe, cometiendo su decision al tribunal de la Rota de aquella legacion apostólica, por el mismo orden que está prescrito en la constitucion del papa Clemente XIV, predecesor nuestro, de feliz memoria, expedida en el año 1771 para las demas causas civiles ò criminales que se cometen al mismo tribunal para su sustanciacion y decision, observando empero todas aquellas solemnidades que suelen y deben observarse en los juicios de materia tan grave.

Por lo que, de las sentencias dadas por aquellos jueces en primer lugar, esto es por el que llaman primer turno, sea lícito apelar en los casos permitidos por derecho, y cometer la controversia al segundo turno, y al tercero, cuarto y quinto, si fuere menester, hasta que haya tres sentencias conformes.

Esta es nuestra voluntad, y asi lo mandamos: decretando que estas letras son y han de ser firmes, validas y eficaces, y surtir y obtener sus mas plenos y enteros efectos, mientras que, como va dicho, no se dispusiere otra cosa; y que nuestro Nuncio, á quien se aumentan estas facultades, debe y ha de ser admitido al libre ejercicio de ellas.

Por lo cual, por las presentes mandamos á nuestros venerables hermanos los arzobispos y obispos, y demas prelados del

reino de España, que en este cargo que se ha confiado, y en el desempeño de sus funciones, admitan y hagan admitir á los demas su jurisdiccion, potestad y autoridad; reprimiendo á cualesquiera contradictores y rebeldes por sentencias, censuras y penas eclesiásticas, y otros oportunos remedios de derecho y de hecho, sin admitir apelacion; y agravando las mismas penas y censuras, aun repetidas veces, previas las diligencias que por derecho debieren observarse; é invocando para esto si fuere necesario el auxilio del brazo secular.

Sin que obsten las constituciones y disposiciones apostólicas ni los estatutos y costumbres de las iglesias, monasterios y otros lugares pios, aunque esten corroborados con juramento, confirmacion apostólica ó cualquiera otra firmeza; ni los privilegios, indultos y letras apóstolicas que de cualquier modo hayan sido concedidos, confirmados y renovados á favor de cualquiera persona en contrario de lo referido: todas y cada una de las cuales cosas, y cualesquiera otras que sean en contrario, teniéndolas por expresadas plena y suficientemente, y por insertadas literalmente en el presente breve, las derogamos especial y expresamente por esta sola vez para el efecto de lo establecido arriba; debiendo quedar por lo demas en su fuerza y vigor.

Dado en Santa María la mayor, sellado con el sello del Pescador el dia 5 de octubre de 1829, en el primer año de nuestro pontificado.

J. Cardenal Albani.

Lugar ✠ del sello del Pescador.

Publicada en el mi Consejo la citada mi Real orden, en decreto de primero del corriente mes acordó su cumplimiento y expedir esta mi cédula, por la cual os mando veais el breve que queda inserto, y haciéndole dar toda la publicidad necesaria, le guardeis, cumplais y ejecuteis, y hagais guardar, cumplir y ejecutar en todo y por todo, segun y como en él se contiene, sin contravenirle, permitir ni dar lugar á su contravencion en manera alguna, antes bien para que tenga su mas puntual y debida observancia, dareis las ordenes y providencias que convengan. Y encargo á los muy RR. arzobispos, RR. obispos, superiores de todas las órdenes regulares, mendicantes y monacales, y demas prelados, y jueces eclesiásticos de estos mis reinos y

señorios, que en la parte que les corresponda, concurran por la suya á la puntual ejecucion del mismo breve: que asi es mi voluntad &c. Dada en Palacio á 6 de febrero de 1830.= YO EL REY.

APÉNDICE SEGUNDO.

Hay algunos tribunales eclesiásticos de cuyos agravios no puede introducirse recurso de fuerza. Tales son: primero, del comisario de la santa Cruzada en las tres gracias de Cruzada, de Subsidio y Escusado, segun la ley 2. tit. 11. lib. 2. Nov. Rec. No obstante el señor Covarrubias (1) opina que pueden introducirse en el Consejo los recursos de los procedimientos del comisario general, y que la prohibicion de la citada ley debe entenderse respecto de las chancillerías y audiencias. En apoyo de este dictamen cita la interpretacion que de la ley 10. tit. 10. lib. 1. Rec., ó sea la 9. tit. 11. lib. 2. de la Novis., hizo el señor fiscal del Consejo en su sabia respuesta inserta en Real provision de 1766, y dice asi: »Que dicha ley de su naturaleza se restringe al caso ó casos especiales de que trata, y por consiguiente no puede ni debe extenderse á los no comprendidos, por ser odioso privar á los vasallos de la proteccion Real que induce el recurso de fuerza. Que por otro lado esta ley habla con solo las audiencias y chancillerías Reales, y no con el Consejo, como consta literalmente del capítulo 7 de dicha ley 9. tit. 11. lib. 2. Nov. Rec., que expresamente supone, que en el Consejo pueden radicarse tales recursos de fuerza ó de otra naturaleza; y en tal caso ordena que el Consejo antes de proveer, pida informe al asesor de Cruzada como ministro de tabla. Las palabras de la ley son las siguientes: »que cuando en algun negocio tocante á Cruzada se ocurriere al Consejo, ò por via de fuerza, ò agravio, ò suplicando de alguna cédula, el asesor de la Cruzada informe en el Consejo de lo que pareciere, para que oido se provea lo que conviene, y Nos proveeremos, como en el Consejo no se provea cosa alguna, sin oir la relacion del dicho asesor." Que de aqui se deduce, con evidencia no ser cierto que las leyes comprendan al Consejo Real en la generalidad de no admision de recursos de fuerza ó agravios en materias de Cruzada; antes considerando el ejercicio de esta alta regalía radicado en el Consejo, hacen las leyes la distincion que va expresada, reducida

1 Máxim. sobre recursos de fuerza, tit. 24, párrafo 3.

únicamente á que el consejero asesor de Cruzada, á fin de que en nada padezcan los intereses fiscales, como mas enterado en ello, informe al Consejo antes de proceder este á su decision."

Tampoco hay materia de fuerza, ni puede introducirse este recurso en ningun tribunal de los autos y procedimientos del colector general de espolios y vacantes, ni de los que proveen los subdelegados, dirigidos á ocupar, exigir y apremiar á los deudores por las razones que se expondrán en el capítulo 11.

CAPITULO TERCERO.

Del recurso de fuerza en conocer y proceder.

§. 1. Definicion del recurso de fuerza en general.

2. De las tres especies principales de recursos.

3. Los recursos de fuerza solo pueden introducirse de sentencia definitiva, ò de interlocutoria que tenga fuerza de definitiva.

4. Definicion del recurso de fuerza en conocer y proceder.

5. Cuando el juez eclesiástico conoce de causa perteneciente al fuero Real, lo hace sin jurisdiccion, y por consiguiente cuanto obra es un atentado.

6. Es tan privilegiada la regalía de nuestros Soberanos y sus tribunales superiores para alzar las fuerzas en conocer y proceder, que aun cuando el lego no haya declinado la jurisdiccion eclesiástica ni interpuesto apelacion, pueden dichos tribunales llamar de oficio ó á peticion fiscal los autos, y declarar la fuerza.

7. Ley de la Novísima Recopilacion en que se previene que no se admita bula ni breve contra los recursos de fuerza, y su resolucion en los tribunales superiores.

8. Aun cuando el lego se someta al fuero eclesiástico, no puede impedir el recurso de fuerza, ni perjudicar al derecho de la soberanía.

9. Para interponer este recurso basta que el juez Real que conoce del negocio ó quiere vindicar su conocimiento, despache exhorto al eclesiástico para que se abstenga de proceder en él, ó que el lego interesado decline su jurisdiccion, protestando ambos el Real auxilio de la fuerza.

10. Como en este recurso se trata de cosas profanas y usurpacion de la jurisdiccion Real, tienen los tribunales seglares fundado derecho para conocer en lo principal, al contrario de lo que sucede en los otros dos recursos del modo de conocer y de no otorgar.

11. Cuando el juez seglar intenta usurpar al juez eclesiástico su jurisdiccion, corresponde á este igual recurso.

12 hasta el 28. Trámites que se observan para entablar y seguir este recurso, asi en las chancillerías y audiencias, como en el supremo Consejo de Castilla.

Nota acerca del modo con que en Cataluña, Aragon y

Valencia, se deciden estas contiendas entre la jurisdiccion eclesiástica y secular, sobre á quien de ellas pertenece el conocimiento de algun negocio.

1. Recurzo de fuerza en general es una súplica ó queja respetuosa que se dirige al Soberano, implorando su auxilio ó proteccion contra los excesos y abusos que hacen de su autoridad los jueces eclesiásticos, para que los contenga dentro de sus límites, y les obligue á que se arreglen á las leyes de la iglesia y á las del reino.

2. Tres son las especies principales de fuerza que pueden cometer los jueces eclesiásticos, á saber: 1.ª Cuando se entrometen á conocer entre legos, y de causa puramente secular ó profana, lo cual no pertenece á su jurisdiccion sino á la Real. El recurso de fuerza que en estos casos se introduce, se llama de conocer y proceder. 2.ª Cuando conociendo de causas entre personas que gozan del fuero eclesiástico ó de causas puramente eclesiásticas, aunque sea entre legos, como son las matrimoniales y decimales; quebrantan las leyes de la sustanciacion de los autos, trastornando el orden judicial, ó dando alguna providencia contra los cánones ó leyes del reino. En estos casos compete á los agraviados el recurso *en el modo de proceder y conocer*. 3.ª Cuando no otorgan las apelaciones que legítimamente interponen los interesados para el juez superior eclesiástico á quien corresponde, ó las otorgan solo en un efecto, debiendo hacerlo en ambos, y entonces compete al agraviado el recurso de no otorgar.

3. Trataré en particular de cada una de estas especies, previniendo ante todo que los recursos de fuerza solo pueden introducirse de sentencia definitiva, ó de interlocutoria que tenga fuerza de definitiva, ó que acarree perjuicio irreparable por esta (1).

4. Con arreglo á lo dicho en el párrafo segundo, el recurso de fuerza llamado de conocer y proceder es una queja que el fiscal, juez ú otro interesado presenta al Soberano, ó á sus tribunales superiores contra los jueces eclesiásticos que intentan conocer de causas profanas ó pertenecientes á la Real jurisdiccion, para que usando de su autoridad ó regalía en defenderla, vindiquen su propiedad y declaren su pertenencia (2).

1 Leyes 3 y 17. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec. 2 Covarr. en la obra citada, tit. 10. §. 1.

5. La jurisdiccion eclesiástica tiene demarcados sus límites por los cánones y las leyes, que no pueden traspasar los que la ejercen sin abusar de su autoridad, y asi cuando el juez eclesiástico conoce de causa perteneciente al fuero Real, lo hace sin jurisdiccion alguna, y por consiguiente cuanto obra es un atentado. Por lo mismo la Real potestad resiste este exceso ó abuso de un modo legal, urbano y moderado por medio del recurso que se funda en una injusticia manifiesta ó expresa trasgresion de las leyes que le prohiben esta usurpacion de lo temporal.

6. Es tan privilegiada la regalía de nuestro Soberano y sus tribunales superiores para alzar las fuerzas en conocer y proceder, que aunque no se haya instruido formalmente el recurso ó queja; aunque el lego no haya declinado la jurisdiccion eclesiástica; ó se haya sometido á ella, ó no hubiere interpuesto apelacion, ni protestado el Real auxilio de la fuerza; y aunque haya apelado de la sentencia del eclesiástico, en que se ha declarado juez, y formalizado su mejora, sin embargo de todo pueden los tribunales Reales, á quienes corresponde, llamar de oficio ó á peticion fiscal los autos, y declarar la fuerza; porque la potestad eclesiástica nunca prescribe contra esta regalía, ni puede perjudicar á las altas prerogativas del Soberano. Asi es que por la ley 22. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec. está prevenido que no se admita bula ni breve contra los recursos de fuerza y su resolucion en los tribunales superiores, como se puede ver por su contexto que literalmente dice asi.

7. »Habiéndose cometido por el tribunal de la Signatura de justicia de la corte de Roma el intolerable exceso de declarar por nulo un recurso de fuerza á mi Real audiencia de Galicia, y lo declarado por esta, impidiendo sus efectos con el terror de las censuras de la bula de la *Cena* no admitida en estos reinos; para impedir las perniciosas consecuencias que deberian seguirse de tan desarreglados procedimientos, si quedasen tolerados, me ha representado el Consejo, que no bastando ya, como no basta, el extrañamiento de aquellos inconsiderados vasallos, que fomentan y dan causa á tan enormes abusos, para evitarlos en lo sucesivo, puedo y debo en la extremidad á que llegan, mandar, que se pasen los mas serios y eficaces oficios con su Santidad, á fin de que con su paternal amor é inalterable justicia mande á la Signatura de justicia testar y borrar de sus registros el decreto que motivó el primer rescripto de 12 de mayo de 1747, en que casó, anuló y abolió como atentado el recurso y

auto de fuerza proveido por mi Real audiencia de Galicia en consecuencia del que se hizo á ella, y la providencia dada por el cardenal prefecto de aquel tribunal, negando al recurrente su audiencia, y condenándole en las costas y daños causados á su competidor, hasta que se desista y aparte de la retencion pedida en el Consejo; sin ceder en mis instancias, hasta que se me haga constar haberse ejecutado uno y otro, para que no queden vivos y tolerados tan perjudiciales ejemplares; sin lo cual me seria indispensable usar de todos los demas remedios propios de mi soberania. = Que entre tanto que su Santidad providencia lo conveniente á mi satisfaccion y al decoro de mis tribunales, lastimados gravemente en haber declarado la Signatura de justicia por nulos y atentados sus autos y procedimientos, se prevenga por punto general á todos los arzobispos, obispos y demas prelados de España, que mientras se traten los recursos de fuerza ó retencion en los tribunales Reales, no admitan bulas ni rescriptos algunos, que impidan, embaracen ó revoquen sus resoluciones, sino que lo remitan al Consejo ó tribunales en donde se tratare de ellos, so pena de incurrir en mi Real desagrado. = Que tambien se prevenga á mi ministro en la corte de Roma, que siendo español el agente que ha hecho sus instancias en la Signatura de justicia, le haga salir de aquella corte, y presentarse en esta á disposicion del Consejo, á purgarse de la culpa que contra él resulta; con apercibimiento de que sino lo hiciese, se procederá contra él por otros medios á lo demas que hubiere lugar. = Que al reverendo Nuncio de su Santidad en esta corte se le advierta con la mayor seriedad lo que se ha extrañado que auxiliase con sus letras preceptivas y conminatorias un rescripto que tanto ofende á mis derechos, no pudiendo ignorar la inconcusa práctica de ambos recursos; y que prevenga á sus curiales que en adelante procedan con mas circunspeccion, para evitar otras providencias que los contengan; y que desde luego se ocupen las temporalidades del recurrente, y de ellas se le saquen dos mil ducados, aplicados á la parte agraviada por los daños y perjuicios que ha sufrido; extrañándole de todos mis dominios, y privándole de los derechos de naturaleza que tenia en ellos: todo sin perjuicio de la instancia pendiente en el Consejo, y de lo que determinare en lo respectivo á los demas individuos que resultaren culpados, asi en este irregular exceso, como en el del arzobispo de Santiago, de que hace mencion el Consejo, y sobre que el fiscal tiene hechas las instancias convenientes, por haber dicho arzobispo declarado incurso en las censuras de la

bula de la *Cena* al ordinario de Mondoñedo en virtud de unas letras de la Rota romana. = Enterado Yo de todo lo expuesto, me conformo con el parecer del Consejo, cuyo celo manifestado en lo que hace presente y propone, ha sido muy de mi Real agrado y satisfaccion: y he mandado en esta consecuencia, que se escriba al cardenal Portocarrero y al Nuncio en los términos que tiene el Consejo por conveniente, y le ordeno que ejecute puntualmente lo que representa, asi en cuanto à lo que corresponde á la prevencion que debe hacerse á todos los arzobispos y obispos, como por lo que mira á los otros puntos que comprende su dictamen; sin perjuicio, como tambien propone, de la instancia pendiente, y de lo que determine contra los demas individuos que resulten culpados asi en este exceso como en el del arzobispo de Santiago contra el ordinario de Mondoñedo; y el fiscal, como se lo mando, no desistirá de pedir lo que debe conforme á las leyes; y asimismo me informará el Consejo, si convendrá que se ponga en práctica en estos reinos, lo que se observa en el Consejo de Indias con las bulas, breves y rescriptos expedidos para aquellos dominios; y espero de su celo y actividad, que continúe en contener los abusos que en estos asuntos se ofrezcan; y en proponerme lo que considerase que puede conducir para su remedio (*)."

8. Por consecuencia de todo lo dicho, aunque un lego se someta al fuero eclesiástico, no puede impedir el recurso de

* Habiéndose expedido por la datería apostólica una bula de impetra del curato de Santa Eulalia en la isla de Mallorca contra lo dispuesto en el capítulo 13 del concordato de 1737, el tribunal de la Rota para sostener la bula, declaró por excomulgado al presentado por su Magestad para el mismo curato, y se fijaron furtivamente en Mallorca los cedulones que contenian las censuras, y le mandaban comparecer ante el tribunal de la Rota. El Consejo en consulta de 9 de agosto de 1764 hizo presente á su Magestad que se debia retener la bula de impetra, con todos los breves y cedulones expedidos por el tribunal de la Signatura y el de la Rota: que al impetrante ademas de las temporalidades que se le habian ocupado se le extrañase de todos los dominios, y se proveyese en otro el beneficio que poseía, por quedar incapaz de retenerlo: que el ministro de su Magestad en Roma hiciese presente á su Santidad que la datería expidió la bula de impetra de Santa Eulalia contra la fe pública de lo estipulado en el concordato de 737, y lo dispuesto por el concilio de Trento: que la Signatura y la Rota obraron contra estos principios en odio de las regalías, derechos y costumbres del reino, hasta escandalizar la isla con los cedulones fijados contra dicho presentado, sin noticia del reverendo obispo ni de los ministros que la gobiernan en nombre de su Magestad, quien esperaba la satisfaccion correspondiente á estos atentados, que turban la buena armonía de las dos cortes. Su Magestad se conformó con todo lo propuesto por el Consejo; y mandó expedir órdenes á la audiencia y obispo de Mallorca para que hiciera público el destierro y extrañamiento de todos los dominios impuesto á aquel, sin que jamas pudiese obtener en ellos beneficio ni otro empleo; que se embargasen sus bienes para resarcir los daños al agraviado; y que el Consejo reprendiese á la audiencia de Mallorca por no haber mandado quitar de los lugares públicos los cedulones.

fuerza ni perjudicar el derecho de la soberanía (*); pues como se usurpa y perturba la Real jurisdiccion, debe siempre tener lugar la regalía del Soberano en vindicar y defender su potestad temporal, por cuanto el eclesiástico que intenta sujetar á su tribunal las causas temporales, no solo ofende al particular, sino que trastorna tambien el orden público y vulnera la magestad, cuya jurisdiccion usurpa.

9. Para interponer este recurso no es necesario, como algunos autores nuestros han opinado sin fundamento, que el juez secular acuda y comparezca por medio de procurador en el tribunal eclesiástico á declinar jurisdiccion, seguir una instancia formal hasta la sentencia, y apelar de ella en caso de no exonerarse el eclesiástico protestando el Real auxilio de la fuerza (1); por el contrario basta que dicho juez Real que conoce del negocio, ó quiere vindicar su conocimiento, despache su exhorto al eclesiástico para que se abstenga de proceder en él, ó que el lego interesado decline su jurisdiccion, protestando ambos el Real auxilio de la fuerza; porque desde el instante que un juez eclesiástico intenta conocer de una causa meramente profana, usurpa la Real jurisdiccion, y comete notoria fuerza. Asi es que declarada esta, se declara igualmente que el juez eclesiástico no tenia jurisdiccion para proceder; se le quita el conocimiento que solo tenia de hecho, y queda privado de los autos remitiéndose al seglar, pues este es el efecto del auto de legos.

10. Como en este recurso de fuerza en conocer y proceder se trata de cosas profanas y usurpacion de la jurisdiccion Real, tienen los tribunales seglares fundado derecho para conocer en lo principal, al contrario de lo que sucede en los otros dos recursos del modo de conocer y de no otorgar, pues en estos casos el juez eclesiástico lo es natural y competente en lo principal, y le corresponde exclusivamente su conocimiento.

* »Defendemos que ningun lego cristiano, judío ni moro no haga obligacion en que se someta á la jurisdiccion eclesiástica, ni haga juramento por la tal obligacion junta ni apartadamente.» Ley 6. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec., y en la 8. tit. 1. lib 4. se previene lo siguiente: »Ordenamos y mandamos que cualquier lego nuestro súbdito y natural que maliciosamente por fatigar á su contrario con quien contiende, pusiere excepciones ante nuestros jueces seglares, diciendo que no pueden conocer de la causa que ante ellos pende, y que pertenece á la jurisdiccion eclesiástica, y piden ser remitidos á los jueces de la iglesia, y piden que sobresean en el conocimiento los nuestros jueces seglares, por que lo hacen en perjuicio de nuestra jurisdiccion Real, por el mismo hecho hayan perdido y pierdan los oficios, raciones, mercedes y quitaciones que de Nos tienen en cualquier manera; y demas que pierdan todos sus bienes para la nuestra Cámara.»

1 El señor Covarrubias hace ver los inconvenientes que traeria esta práctica, título 49 de la citada obra, párrafos 8 y siguientes.

11. Ofréccse ahora la cuestion siguiente: si asi como compete al juez secular el recurso de fuerza cuando intenta usurparle su jurisdiccion el eclesiástico, ¿corresponderá á este igual recurso cuando el juez seglar quiera usurparle su jurisdiccion? Asi lo insinúan nuestras leyes que prescriben abiertamente este recurso en iguales casos (1).

12. Sentados estos principios ó máximas generales acerca de este recurso, paso á tratar del modo con que se procede para entablarle y seguirle. La comun opinion de los prácticos es que no necesita prepararse, como se verá que se hace en los otros dos del modo de proceder y de no otorgar, cuando se trate de ellos. En cuanto al presente, el que trata de introducirle, sea el interesado litigante ó el juez seglar competente por medio del fiscal, presenta á la chancillería ó audiencia del territorio del juez eclesiástico un pedimento en que expone el hecho ó litigio de que este quiere conocer sin corresponderle (2), y las peticiones ó exhortos que le ha hecho para que se inhiba (si realmente ha dado estos pasos preparatorios) (3), y concluye pidiendo se sirva librar la Real provision ordinaria para que dicho juez eclesiástico cese en el conocimiento del citado negocio, reponiendo todo lo obrado, y de lo contrario remita los autos originales á dicho tribunal superior, y en su vista se declare que hace fuerza en conocer y proceder, mandándole que en el interin absuelva á los excomulgados (si hubiere fulminado excomunion) y alce las censuras que haya puesto (*).

13. Presentado este pedimento la chancillería ó audiencia providencia lo siguiente: *dese con poder*; esto es, que se libre la Real provision ordinaria, si el procurador presenta poder (**). Verificado esto se libra dicha Real provision, la que consta de tres cláusulas. En la primera se manda al eclesiástico y al nota-

1 La ley 2. tit. 2. lib. 1. Nov. Rec. dice asi: »Ninguno sea osado de quebrantar iglesias ni monasterios, ni quebranten sus privilegios ni franquezas, ni ocupen los bienes, ni mantenimientos ni ornamentos., y mandamos á los del nuestro Consejo que *sobre ello den aquellas cartas y provisiones que menester fueren.*" Véanse tambien la ley 3. tit. 1. lib. 2, y la 6. tit. 5. lib. 1. Nov. Rec.

2 Como el recurso se sustancia con solo este escrito, conviene que en él se expongan clara y sólidamente los correspondientes puntos de derecho.

3 Ya he dicho que este recurso no necesita preparacion alguna, aunque por atencion suele pedirse al juez eclesiástico que se inhiba; y sino lo hace se acude á la audiencia directamente introduciendo el recurso.

* Notése que si el eclesiástico residiere en el mismo lugar en que está la audiencia, entonces en vez de pedir que se mande librar la provision ordinaria de fuerza, se pedirá que se mande al notario de la causa que traiga los autos citadas las partes.

** Si el eclesiástico residiere en el mismo lugar de la audiencia, se pone este decreto: »El notario venga á hacer relacion citadas las partes."

rio que remitan los autos integros y originales. En la segunda se manda emplazar al fiscal eclesiástico y á las demas partes interesadas, para que vengan ó envien procurador con poder suficiente á informar en dichos autos de su derecho. Y en la tercera se ruega y encarga al mismo juez eclesiástico, que si tuviere puestas algunas censuras sobre el dicho negocio las alce y quite por el término de ochenta dias, y de cinco meses en la América (*). Si intimada la provision ordinaria de fuerza al eclesiástico no remitiese los autos, ó no alzase las censuras que sobre el mismo negocio tuviere puestas, entonces se pide y despacha por segunda y tercera vez la misma Real provision sobrecartada, apremiando á dicho eclesiástico con la conminacion de las penas de ocupacion de temporalidades y extrañamiento del reino, para que ejecute uno y otro prontamente.

14. Venidos los autos á la audiencia pueden pedirlos las partes para que sus abogados se instruyan de ellos á efecto de que informen à la vista de los mismos, y solo para este objeto; debiéndose pasar necesariamente dichos autos al fiscal de lo civil en este recurso de fuerza de conocer y proceder, pues que en el propio caso él debe ser tambien citado y asistir como parte formal en defensa de la Real jurisdiccion. Tambien se entregan los autos al relator para que forme su extracto y haga relacion à la sala; verificado todo esto se señala dia para la vista, y sin otra prueba que ella y el informe de los letrados, se decide sobre la fuerza por el auto que se llama de *legos*, en el cual se expresa que el juez eclesiástico hace fuerza en conocer y proceder, ó que no la hace.

15. Cuando declara la audiencia que hace fuerza el eclesiástico, manda remitir los autos al juez lego à quien toca el conocimiento, ó los retiene para decidir el pleito á instancia de alguna de las partes, ó de oficio, si por la gravedad de la materia ó calidad de las personas le pertenece el conocimiento en primera instancia. Si por el contrario declara que no la hace, le manda devolver los autos para que continúe en su conocimiento, imponiendo ordinariamente las costas al querellante (1).

* Este término es *demostrativo*, y no *taxativo*, segun se explican los practicos.

1 Sobre la condenacion de costas que deba hacerse en los recursos de fuerza no puede darse regla general, pues solo hay una ley que habla de este punto contrayéndose al recurso de no otorgar, y es la 2. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec. donde se dispone lo siguiente: »Y si por el dicho proceso pareciere la dicha apelacion no ser justa y legítimamente interpuesta, remitan luego el tal proceso al juez eclesiástico con condenacion de costas *si les pareciere*, para que él proceda, y haga justicia." El señor Conde de la Cañada dice que solo deben imponerse á la parte, cuando se descubra que le introdujo con temeridad y malicia.

16. Los trámites que segun el señor Escolano en su Práctica del Consejo se observan en este supremo tribunal en cuanto à dicho recurso, son los siguientes. El procurador presenta poder especial del interesado con pedimento firmado de abogado solicitando lo mismo que se expresó en el párrafo 12 del que se presenta á las audiencias ó chancillerías.

17. De este pedimento se da cuenta en la sala primera de gobierno; y si los procedimientos de que se introduce el recurso de fuerza, son de algunos de los jueces eclesiásticos de la Corte, se provee este decreto: »El notario venga á hacer relacion citadas las partes."

18. Con este decreto cita el escribano de diligencias de la escribanía de Cámara al notario y à los procuradores de las partes; y con insercion del pedimento, decretos y notificaciones, se da una certificacion al interesado, la que se entrega al notario, quien la une á los autos, y tiene la obligacion de pasar el apuntamiento al señor fiscal del Consejo, à quien corresponde; y hecha esta diligencia concurre, avisadas por él las partes, à hacer relacion al Consejo el primer jueves, que son los dias señalados para despacharse esta clase de negocios, y si se declara que el eclesiástico hace fuerza, extiende el auto que se provee el escribano de Cámara de gobierno, por quien se pone copia certificada en el proceso para remitirlo à la justicia Real, y se queda con el apuntamiento el auto original en la escribanía de Cámara de gobierno; pero en los casos en que se declara que no hace fuerza, extiende el auto el notario y le cose original con el proceso, quedando una copia certificada en la escribanía de Cámara: en uno y otro caso la fórmula del auto es como sigue: »En la villa de Madrid &c. Los señores del Consejo de su Magestad habiendo visto estos autos, que se han traido à él por recurso de fuerza introducido por el señor fiscal, ó N., de conocer y proceder en perjuicio de la jurisdiccion Real ordinaria el provisor de la ciudad, arzobispado ú obispado de &c., en cuyo juzgado pendian sobre &c., dijeron que dicho provisor en conocer y proceder en perjuicio de la jurisdiccion Real en los referidos autos, hace fuerza; los cuales se retienen, y se remitan à la justicia Real ordinaria de... para que conozca de ellos; y lo rubricaron."

19. Cuando los recursos de fuerza se introducen de procedimientos de juez eclesiástico de fuera de la Corte, se acuerda el siguiente decreto. »Despáchese la ordinaria eclesiástica con remision de autos originales al Consejo."

20. Con efecto se despacha la ordinaria eclesiástica de fuerza, que el lector puede ver en la obra del señor Escolano, de quien es toda esta doctrina.

21. Cuando esta provision, continúa el mismo autor, se libra à instancia de parte, se entrega bajo de recibo à su procurador; pero si fuese de oficio, ó à instancia del señor fiscal, se debe remitir de oficio por la escribanía de Cámara al corregidor ó alcalde mayor que hubiese en el pueblo, para que disponga se haga saber al provisor y notario eclesiástico, celando y cuidando de su cumplimiento, y dando cuenta al Consejo con remision de la misma provision y sus diligencias, como ya queda expresado.

22. Si esta provision no tuviese pronto cumplimiento y ocurriese la parte que la obtuvo á pedir sobrecarta, se manda despachar de ruego y encargo.

23. Venidos los autos, si las partes los piden para instruirse sus abogados, se les manda entregar por un término breve y limitado; y luego que los devuelven, puestas las notas del dia que los tomaron y devolvieron, se pone decreto para que pasen à relator, y se lleva la pieza corriente á la secretaria de la presidencia para que se encomiende á uno de los tres de las salas de gobierno (1). Encomendado y señalado relator, se le entregan inmediatamente los autos; por quien, luego que tiene hecho el apuntamiento ó memorial ajustado, dada cuenta, se pasa al señor fiscal à quien corresponde para que se instruya, y hecho se avisa extrajudicialmente á los procuradores de las partes para que concurran sus abogados el primer dia jueves, que, como queda dicho, es el señalado por el Consejo para despachar esta clase de fuerzas, en las que la fórmula del auto es la misma que observan los notarios.

24. Luego que se ha rubricado el auto de fuerza, debe el relator entregarle con los del pleito, y el apuntamiento firmado del mismo, en la escribanía de Cámara adonde corresponde; y por ella se libra para su ejecucion y cumplimiento un despacho en esta forma.

25. »Don Fernando.... A vos.... salud y gracia: sabed que ante los de nuestro Consejo se introdujo recurso de fuerza por... diciendo.."

26. »Y visto por los de nuestro Consejo, por decreto que proveyeron en... mandaron se expidiese, como en efecto se ex-

1 En el dia va por turno el repartimiento á encomienda en el expresado Consejo de Castilla, á cuyo fin se pasa el negocio al repartidor para que la verifique

pidió en... la Real provision ordinaria de fuerza de conocer y proceder el juez eclesiástico en perjuicio de la Real jurisdiccion, con emplazamiento de las partes; y en su consecuencia se remitieron al nuestro Consejo los citados autos, y mostrándose las partes en ellos para solo el fin de imponerse sus abogados para el dia de la vista, y habiéndoseles mandado entregar con efecto; visto el recurso por los de nuestro Consejo, proveyeron el auto siguiente. *(Aquí el auto.)*

27. Y para que lo resuelto por el nuestro Consejo tenga puntual y debida observancia, se acordó expedir esta nuestra carta, por la cual os mandamos que luego que la recibais veais el auto que va inserto, proveido por los de nuestro Consejo en.... y le guardeis y cumplais, y hagais se guarde y cumpla como en él se contiene, sin contravencion en manera alguna; que asi es nuestra voluntad. Dada en..."

28. Este despacho con los autos originales que vinieren del eclesiástico, se devuelven á él en el caso de declararse que *no hace fuerza*; y si se declarase *que la hace*, se envian á la justicia Real, haciéndose todo de oficio, por el correo, sin entregarlos á las partes, quedando en la escribanía de Cámara la pieza corriente del Consejo, y el apuntamiento del relator; pero si el recurso de fuerza fuere sobre la pragmática de matrimonios desiguales, y se retuviesen los autos en el Consejo, se pasan estos al archivero para su custodia.

Nota. En Cataluña no se practica generalmente el auto de legos entre el ordinario eclesiástico y el magistrado Real, por determinar sus competencias el chanciller (1); pero cuando los jueces delegados y exentos de aquel usurpan la jurisdiccion Real y sus derechos, corre llanamente el auto de legos como en Castilla (2).

En la Real audiencia de Aragon se despacha una firma, llamada de legos, por defensa de la Real jurisdiccion, y el amparo de los vasallos del Rey violentados por las curias eclesiásticas, cuya formula, si bien no debe ser general, y parece ha de contraerse á cierto caso especifico en que se ofendan ó vulneren los derechos de la potestad temporal, se practica en los términos de referir el firmante que es natural de aquel reino, sujeto á la jurisdiccion Real y exento de la eclesiástica, por la que en tal juzgado á instancia particular ó de un concejo se le compele á

1 D. Sesé *de inhibit.* cap. 2. §. 4. tom. 3. *Var.* cap. 10, desde el num. 15.
2 Peguera *in prax.* cap. 24. Cancer.

ocurrir, contestar y fundar juicio, en cuya virtud firmando estar á derecho, se pretende provea la audiencia la firma con inhibicion de la curia eclesiástica; la cual si hubiere vejado con censuras y otras penas al firmante en su persona y bienes, lo revoque y anule, reduciéndolo á su antiguo estado; y si en algo tuviese duda nombra el que firma en árbitro al fiscal de su Magestad, que junto con el que eligiese la curia eclesiástica deciden y determinan la duda y competencia, como por fuero, razon ó justicia hubiese lugar; y que en el ínterin no innove cosa alguna perjudicial contra fuero (1).

En el reino de Valencia hay un juez especial llamado de competencias, que resuelve definitivamente estos recursos en que disputan ambas jurisdicciones eclesiástica y secular sobre cual ha de conocer, asistiéndole en estos juicios una de las salas de la Real audiencia, cuyos señores ministros exponen su dictamen aunque no votan, pues solo el juez de competencias es quien decide, y de sus sentencias no hay suplicacion, apelacion ni otro recurso. Dicho juez es un eclesiástico constituido en dignidad, à quien nombra el Rey (2).

1 Suelv. cons. 31. D. Franc. *ad for.* 1. *de firm. juris.*

2 Sala *Ilustracion del derecho Real de España*, lib. 3. tit. 9. §. 26.

CAPITULO CUARTO.

Casos en que tiene lugar el recurso de fuerza en conocer y proceder.

§. 1. Ley de la Novísima Recopilacion designando cinco casos en que tiene lugar este recurso.

2. Otros casos que no se expresan en dicha ley, aunque virtualmente se contienen en ella, y de que tratan los autores.

3 hasta el 32. Fuerza que pueden hacer los eclesiásticos en conocer y proceder en las visitas de las memorias y lugares pios, y toma de cuentas á sus administradores.

33 hasta el 39. Tambien tiene lugar el recurso de fuerza en conocer y proceder cuando el eclesiástico quiere entrometerse á autorizar como juez la publicacion del testamento, y la formacion del inventario de los bienes de algun clérigo difunto.

40 hasta el 47. La tercera especie de recurso de fuerza en conocer y proceder versa en materia de capellanías y patronatos laicales.

48 hasta el 53. Tiene tambien lugar el recurso de fuerza en la ejecucion de las sentencias que diere el juez eclesiástico prendiendo las personas legas, ó embargando sus bienes sin impartir el auxilio del juez Real, excepto en el crimen de heregía, y cuando usa de censuras contra los jueces Reales que suspendan el auxilio ó no le presten en los casos que estimen no deberle dar.

54 hasta el 58. Recurso de fuerza en conocer y proceder sobre pesquisas de malos diezmeros.

59 hasta el 80. Tiene tambien lugar este recurso cuando los jueces eclesiásticos se mezclan en la cobranza de los tributos Reales con que deben contribuir los clérigos en los casos que lo permite el derecho.

81 hasta el 83. Se introduce tambien este recurso cuando dos jueces compiten sobre el conocimiento en primera instancia, y el uno de ellos que se cree agraviado recurre á la Real Persona.

84. La octava especie de recurso de fuerza en conocer y proceder (y á veces en el modo) versa sobre materia de esponsales.

85. A mas de los expresados pue-

de haber otros casos en que el juez eclesiástico traspase su jurisdiccion, entrometiéndose en asuntos puramente laicales, y en que tenga lugar dicho recurso de conocer y proceder.

1. La ley 17 del tit 2. lib. 2. Nov. Rec., que trata de los tres recursos de fuerza en conocer, modo de proceder y no otorgar las apelaciones, hablando del primero dice que tiene lugar en los casos siguientes: 1.° cuando el eclesiástico intenta proceder al conocimiento de causas puramente laicales y pertenecientes á la jurisdiccion temporal. 2.° Cuando por los eclesiásticos se embaraza la cobranza de rentas ó bienes pertenecientes al Real erario. 3.° Cuando los jueces eclesiásticos intentan inhibir á los seglares que proceden legítimamente, ó por no deber gozar el reo del amparo de la inmunidad en razon de no haber sido aprehendido en lugar sagrado, ó porque el delito en que se procede contra él es de los exceptuados por los sagrados cánones (1). 4.° Cuando entre dos jueces eclesiásticos se compite sobre el conocimiento en primera instancia, y el que se cree agraviado recurre á la Real Persona en el Consejo, en virtud del derecho de proteccion del santo concilio de Trento. 5.° Tambien se admite este recurso en las causas en que proceden jueces conservadores, cuando no las instruyen conforme à derecho y práctica comun, y se pretende que obran con injusticia notoria.

2. Los casos especificados en esta ley no excluyen otros en que se da este mismo recurso, por traspasar el juez eclesiástico la línea que está demarcada à su jurisdiccion, metiéndose en lo que privativamente pertenece à la jurisdiccion Real, ó à las atribuciones del Soberano. El señor Conde de la Cañada, que trató de este recurso con mas extension, tino y conocimientos prácticos que ninguno otro de nuestros autores, refiere otras especies de recursos de fuerza en conocer y proceder que no estan designadas en la ley anterior, aunque virtualmente se hallan comprendidas en la regla general de que es admisible este recurso siempre que el eclesiástico se entromete à conocer de negocios que no pertenecen à su jurisdiccion.

3. Tales son: 1.° La fuerza que pueden hacer los eclesiásti-

1 Véase el apéndice 2.° del tomo anterior, página 32, donde traté del asilo ó inmunidad local, y en la página 38 se halla el formulario del recurso de fuerza sobre que el reo no debe gozar del privilegio del asilo.

cos en conocer y proceder en las visitas de las memorias y lugares pios, y toma de cuentas à sus administradores; acerca de cuya materia compendiaré la extensa doctrina que trae el citado autor (1), omitiendo lo que me parezca menos sustancial por no hacer demasiadamente difuso este tratado.

4. El cap. 8. ses. 22. *de reformat.* del santo concilio de Trento dispone en su primera parte lo siguiente: *Episcopi, etiam tamquam Sedis Apostolicæ delegati, in casibus à jure concessis, omnium piarum dispositionum, tam in ultima voluntate, quam inter vivos sint executores.*

5. Tres observaciones se presentan en la letra de este capítulo: la primera que los obispos tienen por su oficio el de ser ejecutores de las disposiciones piadosas, al cual se les agrega la facultad de delegados del Papa, como se percibe de la conjuncion *etiam*, que une las dos autoridades: la segunda que no son ejecutores de las disposiciones pias, ni aun con los dos respectos indicados en todos los casos y tiempos; y esto es lo que manifiesta la limitacion, *in casibus à jure concessis*: la tercera que el oficio de ejecutores les viene por suplemento de la ley, cuando el testador ó el que dispuso *inter vivos*, no señaló personas que ejecutasen su voluntad pia, ó no la cumplieron en el término que debian hacerlo, ya fuese en el que determinan las leyes y los cánones, ó en el que les concediese el obispo, avisándoles una y dos veces para que cumpliesen debidamente su encargo.

6. En la segunda parte concede el concilio al obispo el derecho de visitar todos los lugares pios, aunque esten al cuidado de los legos, tomar razon del estado de sus rentas, y ejecutar lo que no se hubiese cumplido en las causas y objetos piadosos.

7. Lo dispuesto en esta segunda parte no induce diferencia esencial de lo que contiene la primera; porque la visita es un conocimiento instructivo que conduce mas seguramente á saber si las personas, aunque sean legas, á cuyo cargo está el cumplimiento de las causas pias, han distraido sus fondos en otros objetos, ó los han abandonado; y hallando que no les han dado el destino que debian, suplen su defecto los mismos obispos, cumpliendo y ejecutando lo dispuesto por los fundadores, como se demuestra por las palabras *cognoscant, et executantur.*

8. Si el cumplimiento de las enunciadas disposiciones piadosas quedase à cargo de los herederos, porque lo ordenase asi el testador, ò porque lo supiese la ley, ejercitará con estos

1 En la misma obra, parte 1. cap. 2.

el obispo toda su autoridad y oficio del mismo modo que con los ejecutores, de que trata el santo concilio en la primera parte del citado capítulo 8.

9. Esta regla no tiene cabida en los lugares pios, que estan bajo la inmediata proteccion de los Reyes, à menos que estos concedan á los obispos su Real licencia; y esta limitacion que expresa el citado capítulo 8, confirma mas la regla general insinuada.

10. El capítulo 9 siguiente autoriza igualmente á los obispos para exigir y tomar cuentas á los administradores, ya sean eclesiásticos ò legos, de cualesquiera lugares pios, à no ser que se hallase dispuesto lo contrario en su institucion. La toma y reconocimiento de las cuentas que deben dar dichos administradores todos los años, es otro medio equivalente al de la visita para conocer el estado de los bienes y rentas destinadas à objetos piadosos, y asegurarse de su cumplimiento; y sino lo estuviesen, proveer lo conveniente para que se verifique, concediendo tiempo oportuno á las personas que tengan el cargo de cumplirlos; y no haciéndolo dentro de él, proceden los obispos por censuras contra los pertinaces que resisten sus mandatos.

11. Esto es lo que esencialmente dispone el santo concilio en los dos capítulos referidos, renovando lo que estaba dispuesto por los canónes antiguos y por las leyes de estos reinos; señaladamente en los capítulos 3, 6, 17 y 19 *de testamentis*, en la Clementina 2.ª *de religios. domib.* y en las leyes 5 y 7. tit. 1. Part. 6.

12. Ni el santo concilio de Trento en los capítulos citados, ni los cánones y las leyes referidas, declaran si el conocimiento de los obispos en las cuentas que deben darles los administradores de los lugares pios ha de ser judicial y contencioso, ó puramente instructivo y extrajudicial; y si pueden declarar por su sentencia los agravios que contengan las cuentas, hacer liquidar sus resultas, y proceder á su ejecucion contra los legos, para emplearlas en cumplir los objetos piadosos de su destino. Varios autores que han tratado esta materia (1), lo han hecho con harta oscuridad, y sin determinar los límites adonde puede llegar el obispo en la toma y decision de las cuentas y en la ejecucion

1 Bobad. lib. 2. cap. 17. num. 138. caso 94. Salgad. *de regia*, part. 2. cap. 11. num. 1. Castill. lib. 8. cap. 7. num. 12 y 13. Gutierr. *Quæst. canon.* lib. 1. cap. 35, desde el num. 19. Barbos. *colect. al concil. de Trento*, sobre los cap. 8 y 9. sess. 22. *de reformat.*

de sus resultas, ni señalar los medios de que puede usar. Asi que será preciso aclarar distinguiendo por casos sus respectivos límites.

13. Si los administradores legos de los bienes y rentas de los lugares pios han presentado sus cuentas á la justicia Real, y examinadas merecieron su aprobacion, quedan absueltos y libres de darlas nuevamente y de sujetarlas al reconocimiento y discusion del obispo, aunque se las pida en visita ó fuera de ella; y cumplen con exhibir las que vió y aprobó la justicia Real; quedando reducida en este caso la autoridad del obispo, à reconocer si los alcances que de las mismas cuentas resultaron contra los administradores se han empleado en los usos piadosos de su fundacion; y no estándolo mandar que lo hagan en el término que les señale, cuidando de su ejecucion, y haciendo que la tengan por los medios coactivos que incumben al obispo. En apoyo de esta doctrina citaré dos leyes de la Nov. Rec., que determinan y atribuyen á la justicia Real la jurisdiccion de exigir las cuentas à dichos administradores, proceder en ellas por via instructiva ó por la contenciosa en juicio ordinario, declarar los agravios si los hubiere, y llegar por estos medios á la final determinacion. La 1. tit. 38. lib. 7. trata en su primera parte de las casas de san Lázaro y san Anton, y por ser del Real patronato provee lo conveniente acerca de que se visiten por las personas que nombrare su Magestad, y encarga estrechamente à los corregidores y justicias que son ó fueren en los lugares donde estuvieren las dichas casas, que con uno ò dos regidores del tal lugar las visiten cada seis meses, y tomen sus cuentas.

14. En la segunda parte habla la citada ley de las otras casas que no fueren del patronato Real, y previene que mandará su Magestad dar sus cartas á los prelados y sus provisores, encargándoles que juntamente con las justicias de los lugares, donde estuvieren las dichas casas, las visiten y provean lo que les pareciere para el bien de ellas, y envien relacion al Consejo de lo que en dichas visitas hallaren, y les pareciere que convenga de proveer y remediar.

15. Por esta ley se suponen habilitadas las justicias para visitar y proveer lo conveniente en las enunciadas casas, que notoriamente son lugares pios por el fin de su instituto; y à los obispos se autoriza y excita por las cartas y provisiones de su Magestad para que concurran con las mismas justicias.

16. La ley 13. tit. 20. lib. 10. dice que no haciendo el comisario testamento ni disponiendo de sus bienes, »vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder, que hubiesen de heredar sus bienes abintestato; los cuales en caso que no sean fijos ni descendientes, ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador."

17. Nadie puede dudar que esta quinta parte es un legado pio; y sin embargo no cumpliéndolo dentro del año los herederos, manda la ley »que nuestras justicias les compelan á ello, y que ante ellas lo puedan demandar; y sea parte para ello cualquiera del pueblo.

18. Si la ejecucion de este legado pio se encarga expresamente á las justicias Reales, necesariamente deben estas tomar conocimiento del importe de los bienes de la herencia para sacar el quinto, y convertirlo por el ánima del testador.

19. La referida ley se mandó guardar en lo literal y expreso de ella por otra que se estableció en 2 de febrero de 1766, y se publicó en 6 del propio mes (1). Ella dispone que los bienes y herencias de los que sin haber dejado comisarios muriesen abintestato, se entreguen íntegros sin deduccion alguna á los parientes que deben heredarlos, segun el orden de suceder que disponen las leyes del reino: que los referidos herederos abintestato tengan obligacion de hacer el entierro, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto, sobre que se les encarga su conciencia.

20. Todos los referidos sufragios son propiamente pios; y en el caso de no cumplir los herederos con esta obligacion, manda esta ley que se les compela á ello por sus propios jueces; y como estos no pueden ser otros respecto de los herederos legos que las justicias ordinarias, viene á confirmarse su jurisdiccion para hacer cumplir lo que se destina á causas pias.

21. Los bienes que han de servir à dicho fin pio, son profanos, y si los herederos son legos, se unen las dos calidades con que las justicias Reales pueden ejercitar su jurisdiccion en todos los casos de las leyes referidas, y en cualquier otro en que como administradores de lugares pios deban dar cuentas y cumplir las obligaciones de su destino, porque los bienes de

1 Ley 14. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

estos lugares pios mantienen la naturaleza de temporales, sujetos à la jurisdiccion Real, como lo estan igualmente sus administradores legos (1).

22. Los autores conceden à las justicias Reales jurisdiccion para visitar los lugares pios, tomar sus cuentas y mandar cumplir las obligaciones de su instituto, sin que en esto tengan dependencia de los obispos ni de sus provisores (2), y unánimemente convienen en que esta materia de visitar y tomar cuentas y compeler al cumplimiento de las memorias pias, es de fuero mixto, y que pueden conocer de ella á prevencion las justicias Reales y los obispos.

23. La aprobacion de las cuentas presentadas por dichos administradores à los jueces Reales, consentidas por los interesados (por no haberlas reclamado ni apelado) acaba el juicio, y produce todos los efectos de cosa juzgada la sentencia definitiva en que aprueban las cuentas en todo ò bajo de ciertas limitaciones; y en este concepto no puede ser inquietado el administrador con nuevo juicio ni examen, debiendo permanecer firme el que dió el juez Real, segun la regla general de todas las sentencias que por no reclamarse pasan en autoridad de cosa juzgada.

24. La sentencia que se da sobre cuentas tiene otra particular confirmacion en las leyes, las cuales disponen que las que se dieren una vez no se puedan pedir ni examinar de nuevo (3). De otro modo se harian interminables las causas, faltaria la seguridad de los que litigan, y se causaria una turbacion general de la república.

25. Con solo haber presentado el administrador sus cuentas al juez Real competente, no puede el obispo ni sus visitadores obligarle à que las dé comprensivas del mismo tiempo, á que se extienden las que dió anteriormente al juez Real: porque la prevencion del uno extinguió la autoridad y jurisdiccion del otro para aquel caso; y entra la regla siguiente: *ubi cœptum est semel judicium, ibi finiri debet.*

26. De los efectos que causa la prevencion para que se unan y acumulen los procesos, y no se divida la continencia de la cau-

1 Luca *de jurisdict.* part. 1. disc. 40. num. 13. ibi: *Licet enim ratione operum, quæ exercerunt, ista dicantur loca pia, non tamen dicuntur ecclesiastica.*

2 Covarr. *de testam.* cap. 6. ult. Bobadill. lib. 2. cap. 18 num. 228. Covall. *de cognit. per viam viol.* quæst. 84. num. 7. Barbos. *de offic. et potest. episcop.* allegat. 82. num. 41. vers. *Quæ quidem.* Molin. *de just. et jure,* tract 2. disp. 250. num. 1.

3 Ley 2. Cod. *de apoch. public.* Leyes 19. tit. 22. Part 3, y 30. tit. 11. Part. 5. Escobar. *de ratiocin.* cap. 1.

sa, trataron largamente Carleval *de judiciis*, tit. 2. disput. 2. Parlador *Rer. quotidianar.* cap. 9. con otros muchos que refieren, conviniendo todos en los graves daños que padecerian los que litigan y el público siguiendo dos juicios, y exponiéndose á que las sentencias fuesen contrarias ó diversas, cuando concurren las dos identidades de accion de cosas y de personas.

27. Si en los dos casos referidos intentase el obispo molestar al administrador de los lugares pios con la presentacion de las cuentas de sus bienes y rentas, obrará sin jurisdiccion, y hará conocida fuerza y violencia en conocer y proceder.

28. El tercer caso se reduce á que el obispo puede pedir al administrador, y este no se debe excusar de presentarle las cuentas del tiempo en que no las hubiese dado, ya sea al mismo obispo ó ya á los jueces Reales; y en su vista, y de lo que despues de examinadas liquiden los contadores, no hallando el administrador reparo, ni haciendo contradiccion á lo que hayan estimado dichos contadores, procede el obispo por la conformidad de los interesados, á aprobar las cuentas, y si resultasen alcances contra el administrador, que deban invertirse en cumplir las obligaciones pias, puede mandar que se ejecute en el término que se le señale, ó disponer por sí mismo el mas pronto y exacto cumplimiento.

29. Estos son los límites à que entiendo yo que llega la facultad del obispo en estas materias; pero si el administrador no se conformase con los cómputos de los administradores ni con la decision del obispo, porque le aumentasen el cargo ó le disminuyesen la data; dejará de ser líquido lo que hayan dicho los contadores y determinado el obispo, y se hará contencioso en via ordinaria este juicio; del cual no puede conocer el tribunal eclesiástico, y es preciso que se remita al juez Real, y que se espere su determinacion en las dudas y agravios que se propongan, sin perjuicio de que mande ejecutar el obispo las resultas que haya confesado el administrador en su citada cuenta, porque lo líquido no se retarda por lo que no lo está.

30. Por conclusion de este punto citaré las resoluciones tomadas por el Consejo en casos de esta naturaleza. Los visitadores que fueron à la villa de Colmenar viejo, arzobispado de Toledo, motivaron con sus procedimientos en el examen y toma de cuentas de las memorias pias, establecidas en dicha villa, varios recursos que introdujeron en el Consejo la justicia y vecinos de ella; y con presencia de todas sus circunstancias, examinadas con la mas detenida reflexion, y oidas las razones

que expuso el señor fiscal, tomó el Consejo una resolucion, que no solo enmendó las violencias que se motivaron en los citados recursos, sino que dió reglas para evitarlas en las visitas sucesivas; mandando que dichas fundaciones en todo lo respectivo á estudios, dotes, maestros, limosnas y demas fines de utilidad pública, se entablen en el Consejo, y conozca de todos los asuntos é instancias que en su razon ocurrieren, la justicia ordinaria con las apelaciones en las disputas entre partes à la chancillería: que se remitan al Consejo las cuentas de cada memoria con separacion y justificacion, incluyendo la respectiva al aprovechamiento de los estudiantes, y liquidándose por el contador de obras pias en la forma ordinaria, se aprueben, ó providencie lo conducente: que los respectivos patronos tomen las cuentas à los administradores ante la propia justicia, la cual no permita el pase ni abono de ninguna partida, que no fuese arreglada à lo dispuesto por los fundadores; disponiendo tambien que cualesquiera alcances se pongan en arca de tres llaves, todo sin perjuicio de que los visitadores eclesiásticos puedan rever las cuentas, à fin de enterarse del cumplimiento de misas y demas cargas de esta clase; y hacer cumplir las que no lo estuvieren, llevando solo los derechos que estuviesen señalados en las fundaciones.

31. Esta resolucion se ha mandado guardar muchas veces en el Consejo, como sucedió en la visita de los hospitales de las villas de Illescas y de Aljofrin; y ha servido de regla constante en iguales casos, para declarar la fuerza en conocer y proceder de los visitadores que contravienen à ellas.

32. En Madrid llegó à ser tan general el abuso del tribunal de la visita, en cuanto á mezclarse en las fundaciones pias y patronatos laicales con pretexto del cumplimiento de misas y otras cargas, haciendo que los patronos y administradores diesen y presentasen sus cuentas, adicionándolas y reparándolas con audiencia de los administradores, y formando juicios contenciosos; que excitó este desorden el celo del Consejo para nombrar un defensor general por Real provision de 13 de setiembre de 1769; á quien se previno en los capítulos 8 y 9 de la instruccion que se le dió, que se enterase de las fundaciones y su cumplimiento, para pedir remedio en lo que lo mereciese, haciendo poner un asiento de las cláusulas y tiempos de las fundaciones y de su estado, para que sirviese de gobierno y guia á sus sucesores: que se actuase de lo que pasaba en la visita, à fin de poder reclamar cualquiera desorden, ó pedir noticia de los patro-

natos de legos, para que su conocimiento se remitiese á las justicias Reales, con obligacion de hacer cumplir las cargas, que suele ser el pretexto de la avocacion á dicho juzgado de visita, el cual cesara con el cumplimiento; y en el capítulo 10 se le manda que sobre esto introduzca los recursos de fuerza y demas instancias convenientes á indemnizar la jurisdiccion Real, y facilitar el cumplimiento de las fundaciones, memorias ó patronatos.

33. El segundo caso en que tiene lugar el recurso de fuerza en conocer y proceder es, cuando el eclesiástico quiere entrometerse á autorizar como juez la publicacion del testamento y la formacion del inventario de los bienes de algun clérigo difunto. Para inteligencia de este recurso debe saberse que todo clérigo de orden sacro puede disponer por testamento no solo de sus bienes patrimoniales, sino tambien de los adquiridos por razon de una iglesia ó iglesias, beneficios y rentas eclesiásticas segun la costumbre antigua de España, mandada observar por la ley 12. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Pueden tambien dichos eclesiásticos instituir por sus herederos indiferentemente á legos y clérigos.

34. Originánronse en esta materia tres dudas, á saber: 1.ª si la insinuacion ó publicacion del testamento puede y debe hacerse ante el juez eclesiástico ó ante el Real. 2.ª Si el inventario de los bienes de la herencia antes de ser admitida por el heredero, se ha de hacer por el juez eclesiástico ó por el secular. 3.ª Si lo que se demandare á la hacienda yacente se debe hacer en el fuero eclesiástico ó en el Real, y últimamente se sujetó á estas mismas dudas el testamento en que se mandan distribuir todos los bienes en causas pias.

35. Algunos autores defienden la intervencion del juez eclesiástico en estos actos, fundándose principalmente en una sutileza del derecho romano; esto es, que la herencia yacente representa la persona del difunto, de lo cual inferian que los bienes del clérigo muerto, se consideraban existentes en su dominio como lo estaban cuando vivia con la misma inmunidad y ejecucion del fuero Real.

36. Otros autores de mejor crítica, y entre ellos el señor Conde de la Cañada (1), sostienen la opinion contraria, y las razones en que se fundan son convincentes. Redúcense estas principalmente á que los bienes de la herencia del clérigo, aunque esté yacente, son temporales por su esencia y naturaleza, y su-

1 En la citada obra, part. 1. cap. 3.

jetos á la jurisdiccion Real; y que la testacion, sus fórmulas y solemnidades proceden en todo de las leyes Reales, y debe corresponder su examen y decision á la propia autoridad Real. Lo mismo tiene lugar en las sucesiones abintestato, porque estan ordenadas por las mismas leyes Reales. Los clérigos no disponen de sus bienes en las últimas voluntades en el concepto de clérigos sino en el de ciudadanos, y por esta representacion comun á los demas del estado, deben estar sujetos á la ley general.

37. Que la herencia yacente represente la persona del difunto; que sus bienes se consideren en su dominio y posesion con los mismos efectos civiles que cuando vivian, procede de una ficcion comun á todos los hombres, sin distincion de que sean legos ó clérigos; pero este remedio fue inventado por la sutileza de los romanos para ciertos fines útiles á la causa pública segun su legislacion, y no se debe extender á otros objetos, especialmente si resultase de su ampliacion grave perjuicio á la misma causa pública ò à otro tercero; y esto se verificaria, si entrase con estos pretextos el juez eclesiástico por medio del inventario, á ocupar los bienes de la herencia del clérigo, á depositar y asegurar sus bienes, à nombrar curador, y á hacer cualquiera otro acto relativo à los mismos bienes en perjuicio de la jurisdiccion Real. Las proposiciones antecedentes se prueban en todas sus partes por muchos medios: el primero que no hay ley Real, ni entre los romanos la hubo, que determine que el inventario de los bienes de la herencia yacente se deba hacer por el que fue juez del difunto: tampoco la hay que decida por regla universal que la herencia represente la persona del difunto para todos los efectos que serian propios del mismo testador. Lo único que se halla en las leyes de los romanos, y se trasladó à las del reino, es que para evitar la nulidad de algunos actos, en cuya subsistencia se interesa la causa pública, se imaginase y fingiese la existencia de la misma persona que habia muerto; y como este es un beneficio extraordinario, no puede extenderse de un caso à otro, y menos aplicarse á diversos fines, en los cuales no concurre la utilidad pública.

38. Con atencion á estas razones y otras que se omiten en obsequio de la brevedad, el Consejo en los casos referidos y otros semejantes, ha declarado que el juez eclesiástico que intenta mezclarse en la publicacion del testamento del clérigo, en el inventario de sus bienes, aunque los destinase enteramente á causas pias, y en conocer de la nulidad del mismo testamento

y sucesion de la herencia que pretenden abintestato los parientes, hace fuerza en conocer y proceder.

39. La justicia de estos decretos se calificó en Real cédula de 15 de noviembre de 1781, por la cual se encarga á las chancillerías y audiencias que en adelante no permitan que los tribunales eclesiásticos tomen conocimiento de la nulidad de testamentos, inventarios, secuestro y administracion de bienes aunque se hubiesen otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos ó legatarios fuesen comunidad ó persona eclesiástica ú obras pias. Fúndase esta soberana resolucion en que en dichos juicios todas las partes son actores al todo ó parte de la herencia, que siempre se compone de bienes temporales y profanos; que la testacion es acto civil, sujeto á las leyes Reales sin diferencia de testadores, y el testamento un instrumento público, que tiene en las leyes prescrita la forma de su otorgamiento; y por estas razones debian acudir las partes ante las justicias Reales ordinarias.

40. La tercera especie de recurso de fuerza en conocer y proceder versa en materia de capellanías y patronatos laicales (1), acerca de la cual es preciso distinguir de casos. Si el fundador dijese que quiere hacer una capellanía colativa, queda desde este punto remitida su ejecucion al obispo; y en uso de su potestad la debe erigir en beneficio eclesiástico colativo, instituyendo en él con perpetuidad persona de las calidades necesarias para el servicio espiritual, con accion de percibir por este título los frutos y rentas de los bienes temporales destinados á la iglesia. Si al contrario manifestase el fundador que la capellanía ha de ser laical, aunque imponga al poseedor la obligacion de decir algunas misas y cumplir otras cargas piadosas, conservarán los bienes y rentas la misma naturaleza de temporales y profanos que tenian con sujecion en todo á la jurisdiccion secular, y resistirán al eclesiástico su conocimiento. Pero si el fundador dice que quiere hacer una capellanía sin expresar si ha de ser colativa ó laical, y señala bienes ó rentas, especificando las misas que quiere haya de decir el poseedor; ofrece duda sobre determinar su naturaleza y calidad, cuando el juez eclesiástico intenta erigirla en beneficio espiritual interponiendo su autoridad.

1 En el tomo segundo de esta obra, cap. 7 y 8, se trató con extension de los patronatos y capellanías, y por no repetir la doctrina se dirá aquí solamente la que tenga inmediata relacion con este recurso de fuerza.

41. De los dos casos primeros expresados en el párrafo anterior, rara vez llegan algunos recursos á los tribunales superiores por estar bien manifiesta la voluntad del fundador, pero del tercero son mas frecuentes por las dudas que se presentan ó se deducen de las mismas fundaciones, ó de su observancia; reduciéndose el intento de los jueces ó de las partes que introducen los recursos de fuerza al mero hecho de probar por indicios, presunciones y congeturas la intencion de los fundadores.

42. Algunos autores (1) opinan que cuando la fundacion de la capellanía es intrincada, y contiene dudas acerca de su naturaleza y calidad, que no pueden resolverse por la letra ni por el espíritu de la escritura de fundacion, debe entenderse que la capellanía es eclesiástica y colativa: la razon principal en que se fundan es el mayor favor que resulta á la capellanía en su perpetuidad, aumentándose asi el culto divino con un nuevo ministro que puede ordenarse con este título, en el cual se acrecienta la obligacion de rezar el oficio divino á la de celebar las misas impuestas por el fundador.

43. Otros autores sostienen la opinion contraria fundados en las siguientes razones. 1.ª Los bienes son profanos y temporales al tiempo de la fundacion, sujetos en todo al conocimiento y jurisdiccion Real, á los tributos y cargos del estado, para facilitar el comercio: por todos estos respetos se interesa la causa pública en que se conserven en su primitivo estado y naturaleza. 2.ª El fundador de la capellanía pudo dar leyes claras y positivas; y cuando no lo hizo, debe entenderse que se conformó con las que tenian los mismos bienes, sin extenderse á mas de lo que suenan las palabras de su disposicion de que se celebren las misas que designó; debiendo por consiguiente quedar la fundacion en el mismo estado que tenian los bienes, sin trasladarse al patrimonio de la iglesia por medio de la ereccion en título de capellanía eclesiástica. 3.ª Esta especie de donacion traslativa de dominio no se presume, y la debe probar claramente en que se funde en ella para sacar los bienes de su primitivo estado de temporales y sujetos en todo á la jurisdiccion Real, y á las disposiciones de las leyes. 4.ª En los mismos parientes herederos ó patronos es mas amplia la facultad de nombrar persona que cumpla las cargas de la capellanía siendo

1 Mostaz. *de capellaniis*, lib. 3. cap. 2. num. 17 y otros que cita. Lara *de capellaniis*, lib. 2. cap. 1. num. 46 y 47.

laical que si se estimase eclesiástica; y este seria otro perjuicio que impediria la ampliacion que en el origen se intentase dar á la capellania haciéndola eclesiástica (1).

44. Por otra parte el uso mas comun en España es fundar capellanías laicales sin autoridad del obispo, llamando para su goce á los clérigos de la parentela, ó á los que nombraren los patronos (2); y en este supuesto procede la regla legal de que se entiendan y apliquen las palabras dudosas á lo que hacen y usan con mas frecuencia los hombres.

45. Yo estoy bien seguro, añade el señor Conde de la Cañada (3), de lo que importa animar las fundaciones de beneficios eclesiásticos para que á título de ellos se ordenen, y sea mayor el número de los ministros que den culto à Dios, y ayuden á los párrocos en la distribucion del pasto espiritual; y por este respecto quedaron preservados los bienes de primera fundacion de toda carga ó tributo en el capítulo 8 del concordato celebrado en el año de 1737 con la santa Sede; pero no deben ampliarse las palabras de los fundadores cuando concurren otros fines mas urgentes, que deben conciliarse con el bien general del estado, cuales son que el número de beneficios y capellanías eclesiásticas llegó á ser excesivo, y en la mayor parte de corta renta; y para evitar los daños que padecia la disciplina de la iglesia se mandaron suprimir los incongruos, y aplicarlos á seminarios conciliares, á iglesias y á otros usos pios, y reunir las capellanías que por sí solas no tuviesen congrua competente, bajo las reglas instructivas que comunicó la Cámara á los ordinarios eclesiásticos en sus circulares de 12 de junio y 11 de noviembre de 1769. Tambien reconoció su Magestad, y es bien notorio, que los vasallos legos no pueden llevar las cargas y tributos necesarios al bien del reino; y con este fin tan importante se ha tratado seriamente de mantener los bienes en su primitivo estado y naturaleza de temporales y sujetos á las cargas Reales que pagan los legos; y cuando estos en sus fundaciones no explican abiertamente la intencion de sacarlos de esta clase, no debe presumirse que lo intentasen con tan grave perjuicio del estado, y sin gran necesidad y utilidad del servicio de las iglesias.

46. Por estas y otras razones que expresa este respetable autor opina ser notorio el exceso de los jueces ordinarios eclesiásticos, que por la sola voz de capellanía con carga de misas, escri-

1 Señor Conde de la Cañada en la misma obra, part. 1. cap. 5. §§. 11, 15 y 16.
2 Barbos. *de jure ecclesiast.* part. 2. lib. 3. cap. 5. num. 2. Gonzalez ad regul. 8. Cancelar. glos. 5. num. 20 y otros que cita.
3 En la citada obra, §§. 18 y 19.

ta en los instrumentos de su fundacion, intentan erigirla en título perpetuo ó colativo; y será mas evidente la violencia con que lo hacen, si los bienes destinados á la capellanía no producen renta competente para la congrua dotacion del clérigo que la ha de servir; y esta es otra señal que manifiesta no haber sido la voluntad del fundador que la capellanía se hiciese eclesiástica (1).

47. Ultimamente el derecho de patronato eclesiástico, ya corresponda á clérigo ó á lego, se distingue del que es puramente laical; perteneciendo al fuero de la iglesia el conocimiento de las causas que se susciten sobre la propiedad y posesion del primero y sus presentaciones; y siendo las del segundo privativas de la jurisdiccion Real, cuando se introduce en ellas el juez eclesiástico, hace fuerza en conocer y proceder.

48. La cuarta especie de fuerza en conocer y proceder es la que hace el juez eclesiástico en la ejecucion de las sentencias que diere prendiendo las personas legas ó embargando sus bienes sin impartir el auxilio del juez Real, excepto en el crimen de heregía, y cuando usa de censuras contra los jueces Reales que suspenden el auxilio ó no le prestan en los casos que estimen no deberle dar. Acerca del primer punto estan terminantes las leyes 4, 7 y 12. tit. 1. lib. 2. Nov. Rec. que dicen asi: »Porque asi como Nos queremos guardar su jurisdiccion á la iglesia y á los eclesiásticos jueces, asi es razon y derecho que la iglesia y jueces de ella no se entrometan en perturbar la nuestra jurisdiccion Real; por ende defendemos, que no sean osados de hacer ejecucion en los bienes de los legos, ni prender ni encarcelar sus personas, pues que el derecho pone remedio contra los legos que son rebeldes en no cumplir lo que por la iglesia justamente les es mandado y enseñado; conviene á saber, que la iglesia invoque la ayuda del brazo seglar." (2) »Jueces eclesiásticos, asi conservadores como otro cualesquier, no sean osados en exceder los términos del poderío que los derechos les dan en sus jurisdicciones; y si excedieren lo que los derechos disponen, y en la nuestra Real jurisdiccion se entrometieren y la atentasen usurpar, y entre legos sobre causas profanas, allende de las penas contenidas en la ley antes desta, todos los maravedis que tienen de juro de heredad ó en otra cualquier manera en los nuestros libros, los hayan perdido, y donde en adelante no les acudan

1 Señor Conde de la Cañada en la misma obra y cap. 5. cit. § 25.

2 Véanse las leyes 3 y 4 tit 1. lib. 4 Nov. Rec. por las que se manda que ningun juez eclesiástico impida la Real jurisdiccion; y en caso de impedimento, solo el Rey pueda conocer; y se impone la pena de perder las temporalidades y naturaleza de estos reinos á los prelados y jueces eclesiásticos que la usurparen.

con ellos: y cualquier lego que en las tales causas fuere escribano ó procurador contra legos delante el tal conservador ó juez, salvo en aquellos casos que son permisos de derecho, por ese mismo hecho sea infame, y sea desterrado por diez años del lugar ó jurisdiccion donde viviere, y pierda la mitad de los bienes, la mitad para la nuestra Cámara, y la otra mitad para el acusador. Y mandamos á las nuestras justicias que luego que esto supieren, sin esperar nuestro mandamiento, procedan al destierro de las tales personas, y secuestren luego sus bienes sin esperar nuestro mandamiento, y nos lo hagan saber, porque Nos proveamos como cumple á nuestro servicio. »Cerca de las ejecuciones y prisiones que algunos jueces eclesiásticos presumen de hacer en personas legas, y cerca del poner fiscales, mandamos que se guarden las leyes del señor Rey Don Juan nuestro bisabuelo, y la ley fecha en Madrigal por el Rey y Reina católicos, nuestros señores abuelos, que sobre ello hablan (4 y 7 de este tit.), y las otras leyes de nuestros reinos que cerca de ello disponen; y para que aquellas hayan mejor y mas cumplido efecto, mandamos á cualesquier fiscales y alguaciles ejecutores, que agora son y serán de aqui adelante, de cualesquier prelados y jueces eclesiásticos destos nuestros reinos y señoríos, que ninguno dellos pueda prender ni prenda á ninguna persona lega, ni hagan ejecucion en ellos ni en sus bienes por ninguna causa que sea; y á cualesquir escribanos y notarios, que no firmen ni siguen, ni den mandamiento ni testimonio alguno para lo susodicho, ni para cosa alguna tocante á ello; salvo que cuando los dichos jueces eclesiásticos quisieren hacer las tales prisiones y ejecuciones, pidan y demanden auxilio de nuestro brazo Real á las dichas nuestras justicias seglares, las cuales lo importan cuanto con derecho deban: lo cual todo mandamos á los provisores, vicarios y jueces eclesiásticos que guarden y cumplan, segun y como en esta ley se comprende, so pena de perder la naturaleza y temporalidades que tienen en estos nuestros reinos, y de ser habidos por agenos y extraños dellos; y á los dichos fiscales y alguacil, y otros ejecutores y escribanos y notarios, y á cada uno dellos que lo contrario hicieren, que por el mismo caso les sean confiscados todos sus bienes para nuestra Cámara y fisco, y sean desterrados perpetuamente de estos nuestros reinos y señoríos; y damos licencia y facultad, y mandamos á las nuestras justicias, á cualesquier nuestros súbditos y naturales, que no consientan ni den lugar á los dichos fiscales y ejecutores que haga lo susodicho; antes, si fuere menester, que lo resistan: y manda-

mos que lo susodicho haya lugar sin embargo de cualquier costumbre que se alegue, si la ha habido, porque aquella ha sido sin nuestra ciencia y paciencia (1)."

49. Pueden, pues, con arreglo á dichas leyes, los jueces seglares y cualquier súbdito de su Magestad, impedir al eclesiástico el intento de prender á los legos y embargar bienes: y si fuere necesario recurrir al Consejo y chancillerías para detener el impulso de dichos jueces eclesiásticos que pretenden ejecutar sus sentencias sin el auxilio de brazo seglar, se declarará la fuerza en conocer y proceder, sin que les aproveche alegar uso, costumbre ó privilegio, porque su examen y circunstancias no caben en los estrechos límites del conocimiento que se toma para declarar la fuerza; y se les reservaria su derecho para que separadamente le hagan valer en los mismos tribunales Reales (2).

50. En cuanto al segundo punto es de saber que el juez Real no debe impartir el auxilio que le pide el eclesiástico, sin informarse por el proceso ó por los insertos de su requisitoria de que el mandamiento de la prision del lego y el embargo de los bienes son justos, asi por corresponder al eclesiástico la jurisdiccion en aquella causa, como por haber guardado el orden que influye en la defensa natural, sin hallarse suspendida por la apelacion ni por otro recurso la jurisdiccion del eclesiástico que invoca el auxilio del brazo seglar. Esto se deduce de la citada ley 12. tit. 1. lib. 2. Nov. Rec., la cual dice que las justicias impartan el auxilio á los eclesiásticos *cuanto con derecho deban*. Si el juez Real, observa el señor Conde de la Cañada (3), impartiese el auxilio en el momento que lo pide el eclesiástico sin mas examen, ¿como podria responder de la obligacion de darle solamente en lo que le fuere pedido? ¡Cuantas veces añadiria nueva opresion á la que contenia el mandamiento del eclesiástico! Es tan necesario y privativo del juez Real este conocimiento, que si impartiese el auxilio sin tomarle, daria justa causa solo con la inversion de este orden para apelar al tribunal superior de dicho juez (4).

1 Por Real cédula de 24 de abril de 1760, á consecuencia de representacion hecha por el arzobispo de Valencia, se declaró, que á dicho muy reverendo arzobispo, ni á los jueces eclesiásticos de su diócesi no les compete la facultad de capturar las personas de los legos ni secuestrar sus bienes sin implorar el auxilio del brazo seglar; y que deben implorarlo en todo género de causas en que tengan facultad de conocer entre legos, siempre que hayan de proceder á la captura de sus personas, embargo ó secuestro de sus bienes; debiéndoselo dar los jueces Reales con la mayor exactitud y presteza como y cuando por derecho deban, arreglándose á las leyes del reino.

2 El señor Conde de la Cañada en el mismo cap. §. 20.

3 En el mismo cap. §. 47 y sig.

4 Amay. in Cod. lib. 10. ad leg. 2. *de execut. tributor.* num. 41 y siguientes.

Estas consideraciones descubren mas el espíritu de las leyes referidas, y el mismo se halla declarada por el Consejo en los casos que han llegado á él por recurso de queja, introducido por los jueces eclesiásticos contra los seglares que suspendieron el auxilio hasta informarse por los autos del eclesiástico, ó por su testimonio que les era justamente pedido.

51. Yo he intervenido, añade este autor, en un caso igual, reducido á que por resultas de unos autos que pendian en el tribunal del visitador eclesiástico de Madrid, proveyó este auto de prision y embargo de bienes contra el mayordomo de fábrica de la parroquial de San Sebastian y un sacristan menor de ella, siendo los dos legos, y para su ejecucion pidió el Real auxilio à un alcalde de Corte, quien se excusó á darlo sino se instruia por el proceso de la justicia del visitador. Pasóle este con efecto los autos originales, aunque con bastante repugnancia, y en su vista negó el alcalde el auxilio, y representó al Consejo los motivos en que se habia fundado. Y el Consejo, habiendo oido al señor fiscal, aprobó en todo el procedimiento del alcalde; y enterado con este motivo de que en Madrid impartian los jueces Reales el auxilio que les pedian los eclesiásticos, sin preceder la debida instruccion; mandó, conformándose con lo pedido por el mismo señor fiscal, que para evitar en adelante semejantes embarazos, y arreglar lo correspondiente à este asunto, informase la sala de alcaldes de Corte el modo y forma en que se debia pedir y conceder el Real auxilio à los jueces eclesiásticos de esta Corte cuando lo necesitasen.

52. En su cumplimiento se comunicó la orden correspondiente al señor gobernador de la sala en 2 de junio de 1770, y por no haberse remitido al Consejo el informe que se la pidió, no ha tenido curso este expediente general.

53. Cuando el eclesiástico procede por censuras contra el juez Real, ya por suspender la imparticion del auxilio hasta instruirse por los autos de la razon y justicia con que se pide, ya por negarle despues de informado, el juez Real tiene en opinion de algunos autores (1) dos medios para defender su jurisdiccion, cuales son acudir al tribunal eclesiástico à pedir que alce las censuras y suspenda todos sus procedimientos, apelando de lo contrario à su inmediato superior; y no admitiéndole la apelacion, recurrir à la chancillería ó audiencia por via de fuerza, y declarando este tribunal que la hace le manda reponer y otorgar.

1 Acevedo en la ley 15. tit. 1. lib. 4. num. 181 y 187. Covarr. *Pract.* cap. 10. ec. num. 12. Bobadill. lib. 2. cap. 17. num. 1. vers. *Eadem ratione.*

Pero el señor Conde de la Cañada desaprueba estos dos medios, porque en uno y otro se viene á sujetar al juez seglar que acuda al eclesiástico à pedir la revocacion de las censuras, apelar à su superior, y seguir allá su instancia; pues si el juez eclesiástico admite la apelacion se traslada el conocimiento al superior; sino la otorga, la declaracion de fuerza se supone limitada á que la otorgue y reponga, y viene à quedar ligado el juez Real à defender sus procedimientos en la curia eclesiástica. Por último opina que el eclesiástico en el uso de las censuras, oprimiendo al juez Real, hace violencia à su jurisdiccion, y corresponde su defensa inmediatamente al Consejo ó chancillerías, sin necesidad de acudir al tribunal del eclesiastico, ni apelar de sus providencias. Asi que dichos jueces seculares en tales casos deberán recurrir à aquellos superiores tribunales por via de fuerza en conocer y proceder el eclesiástico en perjuicio de la jurisdiccion Real, y si hallaren que el juez eclesiástico no pidió justamente el auxilio, se declarará que hace fuerza en conocer y proceder; y si por parte del juez Real se hubiese negado injustamente el auxilio, se le manda impartir, y queda la jurisdiccion eclesiástica expedita en la ejecucion de sus sentencias.

54. La quinta especie de recurso de fuerza en conocer y proceder versa acerca de la materia de diezmos, sobre la cual debe tenerse presente la siguiente doctrina extractada de la obra del señor Conde de la Cañada que se ha citado tantas veces (1). Las demandas que ponen los clérigos à los contribuyentes legos para que les paguen los diezmos de todos los frutos que han cogido, las que dirigen contra los arrendadores para que satisfagan la merced ó precio estipulado en su arrendamiento, y la que introducen tambien para que los colectores, apoderados y mayordomos entreguen los frutos y rentas decimales y elesiásticas que han recogido, proceden sobre dos supuestos: uno que pertenece à los mismos clérigos el derecho de percibir los diezmos que demandan; y otro que estan en posesion pacífica de percibirlos, y no entrando estos dos artículos en la controversia del juicio, queda reducido al mero hecho de si han pagado los diezmos correspondientes á sus frutos, ó el precio de los que ha percibido el arrendatario, ó precedido la entrega de los que recogieron los colectores y mayordomos. Constando por las demostraciones que hacen los cánones y las leyes tocar privativamente en los casos referidos el conocimiento de ejecucion y apremios por cen-

1 Part. 1. cap. 4.

suras à la jurisdiccion eclesiástica, es preciso que se den por convencidos los que intentan persuadir que las causas decimales contra legos en que no se trate de su propiedad ó de la posesion, ó de los artículos que tengan conexion con la espiritualidad, tocan á la justicia Real.

55. Aun cuando se prescindiera de la autoridad y razones que prueban la opinion que he sentado en el párrafo anterior, bastaria para desechar la contraria, la constante práctica de no verse en nuestros tribunales Reales introducida causa alguna decimal, aunque en ella se trate solamente del mero hecho de apremiar à los contribuyentes, arrendatarios, colectores ó mayordomos. Ademas que rara vez podrá verificarse en el ingreso de estas demandas ó pretensiones respectivas à diezmos que su objeto sea temporal y de mero hecho, y cualquiera duda ofuscaria su notoriedad, quedando por consiguiente sujeta la causa à la regla que obliga à tratarlas ante el juez eclesiástico, por la anexion de la espiritualidad que supone en el título de percibirlos y en otros respetos.

56. Supuesta como indudable la doctrina anterior, el recurso de fuerza en conocer y proceder sobre esta materia, solo puede tener lugar en tres casos. 1.° Cuando contra lo dispuesto en la ley 4. tit. 6. lib. 1. Nov. Rec. se intente hacer pesquisa contra los malos diezmeros que hubieren de diezmar sus frutos à pedimento de los arrendadores. 2.° Siempre que el eclesiástico pide diezmos à los exceptuados de pagarlos, bien por privilegio, ya por costumbre acerca de la cuota, y en el todo de algunas cosas. 3.° Cuando los jueces eclesiásticos mandan exigir rediezmo de los frutos que se hubiesen ya diezmado. Aqui solo trataré del primer caso, reservando para capítulo separado los otros dos por ser materia que necesita tratarse con mayor extension.

57. La citada ley 4 dice literalmente que »no se haga pesquisa contra los malos dezmeros que hubieren de dezmar sus frutos, á pedimento de los arrendadores, porque nunca se hizo ni usó; salvo contra los terceros si algunas cosas encubrieren de lo que recibieron ó debieron recibir de los dichos dezmeros." No puede ser mas poderosa la razon que expresa la ley para sostener y justificar lo dispuesto en ella; »porque nunca se hizo ni usó," pues en esto se encierra el título mas recomendable para impedir la novedad que se intentase hacer contra el uso y costumbre inmemorial que supone la misma ley; y la turbacion y escándalo que resultarian de hacer pesquisa contra los malos diezmeros que hubiesen de diezmar sus frutos, es suficiente causa que

interesa al beneficio público para impedirla por el recurso de fuerza en conocer y proceder, como lo probó difusamente el señor Salgado con doctrinas y fundamentos sólidos (1).

58. Nuestras leyes han resistido siempre estas pesquisas generales contra cualquier especie de delitos, segun puede verse por la 3.ª tit. 34. lib. 12. Nov. Rec. que dice asi: »defendemos que no se haga ni pueda hacer pesquisa general y cerrada por algun ni ningun juez ó jueces de las nuestras ciudades, villas y lugares; salvo si Nos fuéremos suplicados por alguna ciudad, villa ó lugar, y entendiéremos que cumple à nuestro servicio." El perjuicio principal que puede seguirse de estas pesquisas generales, consiste en que dirigiéndose à inquirir si hay delitos podria suceder que las diligencias judiciales quedasen ilusorias, y se convirtiesen en vergüenza y escarnio de los mismos jueces que las mandaban hacer, como dice la ley 26. tit. 4. Part. 3. por estas palabras: »é asi el trabajo que oviesen pasado, en oyendo el pleito tornárseles hie en escarnio é en vergüenza."

59. La sexta especie de recurso de fuerza en conocer y proceder tiene lugar cuando los jueces eclesiásticos se mezclan en la cobranza de los tributos Reales con que deben contribuir los clérigos en los casos que lo permita el derecho; acerca de cuya materia me valdré de la doctrina del señor Covarrubias, quien en el tit. 15 de la citada obra dice asi.

60. »Para que podamos distinguir los varios casos en que se ofrecen recursos de fuerza en la cobranza de rentas Reales, es necesario antes explicar el modo de proceder contra los clérigos que las adeudan: todo conforme à los cánones, bulas pontificias, leyes del reino y costumbres nacionales.

61. »Es muy distinta la práctica que se guarda en las causas de alcabalas y demas rentas agregadas perpetuamente à la corona, de la que se observa en la cobranza de millones, para lo cual hay bulas pontificias por lo que mira al estado eclesiástico (2).

62. »En general los clérigos estan exentos de tributos por leyes del reino, y gozan por las mismas del privilegio del fuero en las causas civiles y criminales (3). Pero cuando comercian y

1 *De retent. et supplicat* part. 1. cap 6.

2 En capitulo separado se tratará del recurso de millones.

3 »Otrosí deben ser franqueados todos los clérigos de non pechar ninguna cosa por razon de sus personas." Ley 51. tit. 6. Part. 1.

»E otrosí de las heredades que dan los Reyes, é los otros homes a las iglesias, cuando las facen de nuevo ó cuando las consagran non deben por ellas pechar, nin por las que les dan por sus sepulturas." Ley 55 id.

»Exentos deben ser los sacerdotes y ministros de la santa iglesia de todo tributo segun derecho." Ley. 6. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec.

tratan, estan obligados á pagar los derechos y alcabalas como los demas vasallos; en cuyos casos puede el juez Real proceder contra sus bienes hasta conseguir el cobro, sin que por esto se vulnere su privilegio (1).

63. »Como el auto que llaman vulgarmente de presidentes es la norma que se sigue por lo regular en esta materia de tributos respecto de los eclesiásticos, me ha parecido necesario trasladarle á la letra para que sus cláusulas sirvan de máximas principales, ó principios fundamentales de este título; pero conviene dar antes una idea de las causas ó disputas que lo motivaron.

64. »En el año 1595 se suscitó competencia en el tribunal de la contaduría mayor de Hacienda entre el fiscal del Real Patrimonio y el prior y clérigos de Jerez de la Frontera. Estos pretendian ser exentos de alcabala en lo que vendian de su labranza y crianza, tratos y grangerías, y que los jueces eclesiásticos debian conocer de los pleitos que en razon de esto se causasen; pero el fiscal solicitaba se le diese sobrecarta para que los jueces eclesiásticos no conociesen, procediesen ni embarazasen la cobranza de rentas Reales. Visto el negocio por dicho tribunal, se dió auto, remitiendo la causa á los jueces eclesiásticos que pretendian conocer; los cuales declararon no haber lugar á lo pedido por el fiscal; pero habiendo suplicado este al señor Don Felipe II, se sirvió cometer la decision á los presidentes del Consejo de Castilla, Indias y Hacienda, quienes por auto de revista de 27 de enero de 1598 declararon.

65. »Que sin embargo del auto dado por los oidores de la contaduría mayor en 4 de noviembre de 1595, se despachase cédula para que los administradores y recaudadores de alcabalas y rentas Reales de dicha ciudad de Jerez no llevasen alcabala á los clérigos por los vinos, caldos ó mostos, ò que vendieren de su cosecha, labranza y crianza, procedidos de la hacienda propia suya, ó de sus beneficios eclesiásticos, y para el despacho de ellos les den las cédulas y albalaes de guias necesarias, con solo cédulas que los dichos clérigos den, en que testifiquen con juramento ser de la dicha su cosecha, labranza y crianza.

66. »Empero de los vinos, caldos ó mostos que procedieren

1 »E por ende decimos, que todo home que aduzca á nuestro señorio a vender algunas cosas, cualesquier, tambien clérigo como caballero, ó otro home cualquier que sea, que debe dar el ochavo por portadgo de cuanto tragere hi á vender, ó sacare." Ley 5. tit. 7. Part. 5.

»Y esto (á saber, lo dispuesto acerca de exencion de alcabala) no haya lugar en lo que los clérigos é iglesias vendieren por via de mercadería, trato y negociacion, ca de lo tal mandamos que paguen alcabala como si fuesen legos. Ley 8. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec.

de viñas que constare haber arrendado con fruto ó sin él, pagu en alcabala á los dichos arrendadores ó recaudadores, cuando los vendieren, y lo mismo de otras cualesquier ventas que hagan, procedentes de mercaderías, negociacion, trato ó grangería.

67. »Y si asi no lo hicieren y pagaren, las justicias los compelan á ello, deteniendo ó ejecutando los dichos vinos ú otros cualesquier bienes ó frutos que hayan vendido ó contratado, y los demas bienes que tuvieren propios de sus beneficios, dejando reservadas sus personas.

68. »Y lo mismo se haga y cumpla cuando por cesiones fingidas ó en otra cualquier forma, pareciese que los tales clérigos hayan hecho fraude alguno para impedir la paga de la dicha alcabala en los casos, que, como está dicho, perteneciere á su Magestad; y si hubiere duda en si es de los tales casos, ó alguno de ellos, en que deban alcabala, ó si lo que venden es de su labranza y crianza en que no la deben, las dichas justicias reciban informacion de oficio citadas las partes, procurando averiguar por todas vias la verdad, y la envien á su Magestad, deteniendo el despacho, cédula ó guia, entre tanto que la mande ver y proveer lo que sea de justicia.

69. »Y no consientan que jueces eclesiásticos, de cualquier calidad que sean, conozcan, traten ni pongan en cosa alguna de lo susodicho impedimento ni estorbo alguno."

70. La razon porque se ha introducido esta jurisprudencia, sin embargo del privilegio de inmunidad personal, es porque la negociacion y comercio está prohibido á los clérigos; pues es indecoroso á su estado y pernicioso á la disciplina. No es pues extraño que asi como los hidalgos pierden el privilegio de no ser encarcelados por deudas cuando son arrendadores ó deudores del fisco: tambien los clérigos echándose á negociantes infrinjan y pierdan su inmunidad, haciéndose indignos de la exencion. Por otro lado tambien se interesa el bien comun, porque no es justo que los clérigos se enriquezcan y lucren en perjuicio de los demas vasallos legos que contribuyen.

71. »La potestad Real no solo tiene su apoyo para exigir el tributo ó derecho de los bienes que los deben, cuando se trasfiere á eclesiásticos en el auto de presidentes; sino tambien en las disposiciones canónicas y regias anteriores á su establecimiento.

72. »La ley de Partida, despues de establecer que los clérigos estan obligados á cumplir aquellos pechos y derechos que pagarian los legos pecheros al Rey cuando de ellos adquieren alguna

heredad, añade: »Pero si la iglesia estobiese en alguna sazon, que no ficiese el fuero que debia facer por razon de tales heredades, non debe perder por eso el señorio de ellas, como quier que los señores pueden apremiar á los clérigos que las tobieren, prendándolos fasta que lo cumplan (1).”

73. »Por una ley de la Recopilacion se previene, que no pudiendo ser habido el que vendió bienes á iglesias, monasterios ú otros exentos para el pago de la alcabala, se proceda á la cobranza contra los bienes vendidos (2).

74. »El señor temporal del feudo es juez competente y propio de los derechos feudales, y controversias de los vasallos sobre ellos aunque sean eclesiásticos; y esto se halla comprobado por diferentes epístolas decretales de los Papas. De mucho mas valor y efecto es la preeminencia Real en los bienes de los vasallos inmediatos, que la del señor del feudo en los feudales: y la fidelidad ofrecida por el poseedor ó poseedores de los bienes que se enfeudan, no es menor que la que debe y ha jurado al Rey el cuerpo del clero, representado por sus prelados. Asi que supuesto el débito de los tributos por los bienes adquiridos, es su pago consecuencia de la sujecion, del homenage, y de la fidelidad, como en los feudos.

75. »Esta es la razon porque en cédula del señor Carlos V, que se halla en las ordenanzas de la Real chancillería de Valladolid, se declaró que pertenecia á los tribunales Reales, siendo actores, ó reos los eclesiásticos, el conocimiento de los pleitos de jurisdicciones, vasallos, villas y lugares, y demas cosas que tocan á la preeminencia Real. De aqui nace la máxima constante, que en todos los casos en que el fisco es actor para la cobranza de tributos, el juez competente es el juez Real (3).

76. »Para que el juez Real pueda proceder contra los bienes de clérigos para la cobranza de tributos, no se requiere ni se necesita que se les amoneste tres veces, que desistan y se abstengan del trato ó comercio que hacen (4); porque el derecho no pide semejante requisito ni formalidad (5).

77. »Por lo mismo puede el juez Real proceder contra los clérigos que tienen tabernas (6): puede prenderlos, detener sus

1 Ley 35. tit 6 Part. 1.

2 Ley 9. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec.

3 Larrea alleg 27. num. 17. Bobadilla cap. 18. num. 139. lib. 2. Ramos en el citado cap. 55. num. 16. Pereira *de Manu Regia*, part. 2. cap. 27.

4 Flores de Mena lib. 2. *Variar. resolut.* cap. 21 á num. 232. Gironda *de gabellis*, part. 7. num. 10. Lasarte cap. 19. num. 79.

5 Cap. *Quamquam de censib.* in 6, et Clementina *Presenti*, eodem tit.

6 Sperell. decis. 94. num. 7.

ganados y demas animales que entran en los pastos agenos, y ejecutar ó exigir las multas y penas en que incurren, caso que se resistan á satisfacerlas, como dueños (1).

78. »Si el juez eclesiástico con pretexto de que le toca el conocimiento, inhibe y perturba al juez Real, que procede contra los bienes de los clérigos para la exaccion de gabelas ó tributos; ó contra los de aquellos cuyos ganados han hecho algun daño, ó deben contribuir al bien comun, segun prescriben las leyes del reino, en estos casos se observa diversa práctica.

79. »En el primer caso se da cuenta al Consejo de Hacienda, quien manda librar la Real cédula para que el eclesiástico no embarace la cobranza, se le ruega que absuelva á los excomulgados, y remita los autos al Consejo. En su vista, si halla que el eclesiástico procede legítimamente, porque el clérigo no es tratante, se le devuelven los autos para que proceda y conozca de la causa, y se previene al juez Real que cese en sus procedimientos. Pero si el eclesiástico procede injustamente se retienen los autos en el Consejo, y sin mas declaracion ni providencia continúa el juez Real su conocimiento (2).

80. »En el segundo caso en que el juez Real procede por razon de multas, ò penas, ó por el bien comun, se practica despachar su exhorto al eclesiástico para que se abstenga y no perturbe la Real jurisdiccion, protestando desde luego el auxilio de la fuerza; y en caso que no cese en sus procedimientos, se introduce el recurso de fuerza en conocer y proceder en la respectiva audiencia ó chancillería donde corresponde.

81. La séptima especie de recursos de fuerza en conocer y proceder tiene lugar cuando dos jueces eclesiásticos compiten so-

1 »Mandamos que en razon del pagar las penas, y lo que asi fuere ordenado, que todos asi clérigos como legos, lo paguen asimismo prorata lo que les cupiere: y mandamos que las prendas se cobren así de los unos como de los otros." Ley 7. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec. Gutierrez lib. 1. *Pract.* quæst. 4. Otero *de pascuis*, quæst. 8. num. 8 y 12, y quæst. 13. num. fin. Ramos cap. 55.

2 Otrosí en cuanto toca á los jueces eclesiásticos que impiden y embarazan la cobranza de las nuestras rentas, queriendo eximir ó exceptuar algun ó algunas personas de la paga de ellas ó en otra alguna manera, ó que se entrometen á conocer de lo que toca á dichas rentas, no les perteneciendo, y proceden contra los nuestros jueces de rentas, en la dicha contaduría mayor se darán y despacharán las cédulas nuestras que se acostumbran, para que no conozcan ni procedan, ni embaracen la dicha cobranza, ni se entrometan en lo á esto tocante: pero por esto no se entienda que en los otros procesos eclesiásticos que á esto no tocan se han de proveer, ni tratar en la dicha contaduría mayor por vía de fuerza, ni para que otorguen; porque esto tan solamente toca, y se ha de conocer de ello en el nuestro Consejo y en las nuestras audiencias, como se ha hasta aquí usado. Ley 2. § 9. tit. 10. lib. 6. Nov. Rec.

Demas de este recurso (de fuerza) el Consejo de Hacienda, á quien está encomendado el ministerio de ella para inhibir á los eclesiásticos, expide sus despachos ordinarios. Ley 17. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.

bre el conocimiento en primera instancia, y el uno de ellos que se cree agraviado recurre á la Real Persona. De este recurso se hace mencion en la citada ley 17. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec., segun se dijo en el párrafo 1.° de este capítulo. El Soberano tiene delegada la regalía de dirimir estas competencias al supremo Consejo de Castilla, como protector de la disciplina y del santo concilio de Trento.

82. En tales casos se exhortan mutuamente los jueces para que se inhiban, acompañando los documentos y pruebas en que afianzan la propiedad de la jurisdiccion que defienden. Sino pueden avenirse en jueces árbitros, ó estos agravian á alguno de los interesados, ó se declaran por jueces cada uno por su parte, acude el promotor fiscal, ó alguno de los interesados al Consejo, é introduce el recurso de fuerza en conocer y proceder conforme previene la mencionada ley.

83. Como en el capítulo 20, sesion 24 *de reformatione* del santo concilio de Trento, se previene que todos los negocios y pleitos eclesiásticos se vean y decidan en primera instancia ante los ordinarios, siempre que el Nuncio ó el metropolitano intentan conocer ó avocarlos, puede alguna de las partes ó el mismo ordinario introducir el recurso de fuerza ó proteccion, para que se mande guardar la disposicion del concilio; cuyo conocimiento protectivo toca al Consejo privativamente. La justicia de este recurso se funda en el orden gerárquico establecido por los cánones y leyes eclesiásticas, que el Soberano como protector debe procurar no se invierta y trastorne. Aunque el juez eclesiástico tenga jurisdiccion, pero la tiene suspensa por la disposicion conciliar: y asi siempre que intenta conocer en primera instancia en perjuicio del ordinario, procede con defecto de jurisdiccion, y perturba la gerarquía en desprecio de este: por lo mismo es preciso implorar el auxilio de la potestad, protectora para remover la injuria y quitar la fuerza (1). El auto que regularmente se pone es que hace fuerza en conocer y proceder, y se remite la causa al ordinario (2).

84. La octava especie de recurso de fuerza en conocer y proceder (y á veces en el modo) versa sobre materia de esponsales. Por la Real pragmática de 28 de abril de 1803 (que es la ley 18. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.) está prevenido que en ningun tribunal eclesiástico ni secular se admitan demandas de esponsales, sino

1 Salgad. *de reg. protect.* part. 2. cap. 17. y *de supplicat.* part. 1. cap. 14. num. 50, y cap. 16. num. 69.

2 Covarrub. en la citada obra, tit. 25. §. 1, 2, 3 y 4.

es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas, segun los requisitos expresados en aquella. En el caso, pues, que los ordinarios admitiesen las demandas ó quisiesen proceder á la celebracion del matrimonio sin dichos previos requisitos, podrán los interesados oponerse, formar artículos, preparar é introducir el recurso de fuerza en conocer, ó en el modo, y pendiente este no podrán sin atentado pasar á librar los despachos, practicar las demas diligencias, ni elevar los esponsales á matrimonio (1) (*).

85. Hasta aqui he referido los principales casos en que tiene lugar el recurso de fuerza en proceder y conocer, aunque puede haber otros que no esten aqui especificados, pues son muchos y muy diversos los negocios en que un juez puede traspasar sus límites entrometiéndose en la jurisdiccion agena; y como sentè en el principio apoyado en la ley 17. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec., este recurso se introduce siempre que el juez eclesiástico intenta proceder al conocimiento de causas puramente laicales y pertenecientes á la jurisdiccion temporal; lo cual puede suceder en mayor número de casos que los expresados en este capítulo; pero siendo los que expresan las leyes y los autores, me he ceñido á ellos.

1 Covarr. tit. 28. §. 6.

* Cuando se trate del recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder se ventilará la cuestion siguiente que propone el señor Covarrub. ¿si podrá introducirse este recurso cuando un juez eclesiástico, despues de haber declarado válidos y subsistentes los esponsales, apremia con censuras al renitente á que los reduzca á verdadero matrimonio?

CAPITULO QUINTO.

Del recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder.

§. 1. Definicion de este recurso.
2. El principal fundamento de él es la injusticia notoria con que procede el juez eclesiástico en sus autos interlocutorios invirtiendo el orden judicial.
3 y 4. Aclaracion de la doctrina del párrafo anterior.
5. No solo se funda este recurso en la injusticia notoria expresada en el párrafo tercero, sino tambien en toda providencia que dimana de la jurisdiccion eclesiástica voluntaria directamente opuesta á los concilios, leyes y costumbres de la iglesia recibidas en la monarquía.
6. Preparacion y trámites de este recurso.
7. Los recursos de fuerza en el modo, se declaran en el Consejo con la fórmula del auto medio: *hace fuerza* en conocer y proceder como conoce y procede; pero las chancillerías y audiencias suelen usar de otro auto que se llama condicional ó mixto, el cual se concibe en los términos que allí se expresa.
8 y 9. Diferencia que hay entre estos dos autos, y cual de ellos parece mas ventajoso. Opinion de los señores Cañada y Covarrubias sobre este punto.
10. Se resuelve la duda siguiente. Si notificado al eclesiástico el auto condicional, puede inhibírsele en virtud de la apelacion interpuesta de la interlocutoria, por cuya negacion ocurrió el agraviado al tribunal Real.
11 hasta el 20. Se propone y resuelve la cuestion siguiente. ¿Podrá introducirse el recurso de fuerza en el modo cuando un juez eclesiástico despues de haber declarado válidos y subsistentes los esponsales, apremia con censuras al renitente á que los reduzca á verdadero matrimonio?
21 hasta el 25. Recursos de fuerza en el modo de proceder, cuando los prelados regulares proceden contra religiosos, sin guardar el orden prevenido en los cánones y las leyes; y de no otorgar cuando no admiten las apelaciones debiendo hacerlo.
23 hasta el 29. Del recurso de fuerza de la denegacion de justicia, que puede considerarse como especie de los de proceder en el modo.

1. El recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder es una queja suplicatoria que se presenta al Soberano ó á sus tri-

bunales superiores contra un juez eclesiástico que en la sustanciacion de autos quebranta las leyes, trastorna y falta al orden judicial, ó da alguna providencia directamente contra los cánones ó leyes del reino, para que usando aquellos de la regalía de protectores y defensores de estos, de la libertad de los litigantes, y del derecho público, le manden guardar el orden legal, y no permitan se quebranten notoriamente las leyes de la iglesia ni las del estado (1).

2. En la anterior definicion se da por supuesto que el conocimiento de la causa pertenece al fuero eclesiástico y no al civil, y que el fundamento del recurso es la injusticia notoria con que procede el juez eclesiástico en sus autos interlocutorios, invirtiendo el orden público que señalan los cánones y las leyes para que las partes defiendan y justifiquen sus derechos. De estas dos proposiciones resulta otra igualmente cierta, y es que en la injusticia que contenga la sentencia definitiva del juez eclesiástico, como opuesta á los cánones y las leyes, no hay ni se admite recurso de fuerza en conocer y proceder como conoce y procede.

3. La ley 17. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec., tratando de los tres recursos de fuerza en conocer y proceder, en no otorgar las apelaciones, y en el modo de conocer, dice acerca de este último lo siguiente: » y que si por algun juez eclesiástico se procede con *injusticia notoria*, en defensa del que la padece se da el auto medio de que el juez en conocer y proceder, como conoce y procede, hace fuerza:" de modo que no basta cualquiera especie de injusticia sino la notoria, esto es, cuando dichos autos interlocutorios contienen la de haberse invertido con ellos en la sustanciacion del pleito el orden y trámites que los cánones y las leyes prescriben como forma de los juicios. Supongamos, pues, que un juez eclesiástico procede contra uno que no es de su jurisdiccion, y en caso que lo sea, le condena sin citarle, ó conoce sin embargo de haberle recusado legítimamente; que no quiere admitir las pruebas que el reo ofrece para su defensa; que se niega á comunicarle el nombre de los testigos de la sumaria, y darle traslado de sus dichos; que rehusa oir sus tachas; y en fin que atropellando el orden judicial en todo lo demas que prescriben las leyes, pronuncia su sentencia y la ejecuta sin embargo de apelacion; semejante juez en cada uno de estos casos procede tiránicamente, como se explican los padres del segundo concilio Sevillano, y comete una injusticia tan patente y noto-

1 Covarrub. en la citada obra, tit. 8. §. 1.

ria que la misma inspeccion del proceso convence su desorden y atropellamiento.

4. En las cuestiones de hecho sobre que discrepan ó disputan las partes, y en las de derecho, en las que no hay ley terminante ó varia su aplicacion, nunca puede verificarse la injusticia notoria. Supongamos que un juez eclesiástico procede guardando el orden judicial; pero que llevado del odio, envidia, favor ú otra cualquiera pasion, hace eludir ó malograr las pruebas, ó sin embargo de lo que resulta de autos califica ó declara mal probados los hechos alegados en ellos, y en su consecuencia aplica mal la ley, y condena á un inocente que debiera ser absuelto; es claro que el tal juez cometerá una insigne injusticia y agravio, pero no será notoria hablando con toda propiedad; porque con la contienda examinada segun el orden judicial y calificacion de los hechos, se pone el juez á cubierto de la injusticia notoria (1).

5. Este recurso no solo se funda especialmente en las injusticias notorias que suelen cometer los jueces eclesiásticos en la forma que se explicó en el párrafo tercero, sino tambien en toda providencia que dimana de la jurisdiccion eclesiástica voluntaria, directamente opuesta á los concilios, leyes y costumbres de la iglesia recibidas en la monarquía. Antiguamente si alguno se agraviaba de las providencias gubernativas de los prelados, y se quejaba de ellas en el Consejo por via de fuerza pidiendo su proteccion, entonces este supremo tribunal usando de su regalía protectoria, deshacia el agravio, sin tener fórmula que declarase como ahora, que el juez *en conocer y proceder como conoce y procede hace fuerza*. Pero en los últimos siglos han usado los tribunales de fórmulas y provisiones fijas para mandar como protectores la observancia de los concilios y de la disciplina cuando los prelados se han separado de ellas directamente en sus providencias (2).

6. El recurso de fuerza en el modo se prepara presentando el agraviado uno ó dos pedimentos de reposicion al juez eclesiástico en que le pide revoque el auto que causa la fuerza y reponga lo obrado desde que le dió, protestando de lo contrario el Real auxilio contra la fuerza. En consecuencia sino accede el eclesiástico, providenciando al mencionado escrito; *traslado ó guárdese lo proveido*, queda ya en dicho caso el agraviado expedito para introducir su recurso de fuerza en el tribunal superior,

1 Covarrub. en la citada obra, tit. 7. §§. 4 y 9. 2 El mismo autor, tit. 8. §§. 2 y 3.

observándose en su introduccion los trámites siguientes. Se acude à la audiencia con un pedimento formado al modo que el del anterior recurso, y puede verse en el formulario, solicitando la Real provision para que el juez eclesiástico revoque y reponga, ó remita y absuelva: líbrase esta con la misma condicion de presentar poder que en el anterior recurso. Si notificado el juez no quisiese revocar el auto, ni reponer sus providencias, manda al notario que cumpla con la provision, citadas las partes, y remitidos los autos se sustancia y decide el recurso como el antecedente; pero el auto que se da es diferente en el Consejo, que el que acostumbra à darse en las chancillerías.

7. El del Consejo se llama auto medio, y se declara con esta fórmula: *hace fuerza en conocer y proceder, como conoce y procede*; pero las chancillerías y audiencias suelen usar (1) del que se llama condicional ó mixto, y se concibe en los términos siguientes: dijeron, que el dicho juez eclesiástico oyendo de nuevo, ó dando testimonio à la parte, ó recibiendo el negocio à prueba, ó admitiéndole la excepcion que pone, y reponiendo todo lo hecho despues de la apelacion no hace fuerza, y se le remite el proceso (*), y no ejecutándolo la hace, y otorgue la apelacion, y reponga lo hecho.

8. Explicaré ahora, siguiendo al señor Conde de la Cañada, la diferencia que hay entre estos dos autos, y cual de ellos parece mas ventajoso. La diferencia consiste en tres puntos: el primero es que por el auto condicional queda su primera parte al arbitrio y voluntad del juez eclesiástico, y por el auto medio lo ha de revocar necesariamente por otro posterior que enmiende el daño y opresion del primero. El segundo punto consiste en que el auto condicional requiere como necesario supuesto, que la parte que introduce el recurso de fuerza haya apelado en tiempo y forma, y que el juez no haya deferido à la apelacion en los efectos que la correspondian por derecho; pero el auto medio no exige apelacion precedente, aunque será utilísimo usar al mismo tiempo de ella ante el mismo juez eclesiástico que procede con inver-

1 Digo que suelen usar de este auto condicional, pues en el dia es mas general en las audiencias y chancillerías el uso del auto medio imitando al Consejo.

* Acerca de la devolucion de autos al eclesiástico debe tenerse presente esta diferencia. Cuando el recurso de fuerza introducido es el de conocer y proceder, entonces si por el auto de la audiencia se declara que el eclesiástico la hace, se manda en el mismo que se remitan los autos al juez correspondiente; y si por el dicho auto se declara que no hace fuerza, se manda devolver los autos á dicho eclesiástico. Mas cuando el recurso de fuerza fuere del modo de conocer ó de no otorgar, entonces ya declare por su auto el tribunal que el eclesiástico hace fuerza, ó que no la hace, manda en uno y otro caso en el propio auto que se devuelva el proceso al eclesiástico.

sion del orden judicial, uniendo para los casos subsidiarios estos dos auxilios, que ni son incompatibles ni el uso del uno destruye al otro, antes bien se hermanan y conservan con la preferencia y plenitud que contienen (1). El punto tercero es una consecuencia de los dos referidos; en el auto condicional, la materia de la fuerza es la denegacion de la apelacion legítima, y la disposicion de dicho auto Real se limita á remover este impedimento, y à dejar expedito el remedio ordinario de la apelacion, para que la parte agraviada pueda defender libremente su derecho en el tribunal eclesiástico; pero el auto medio tiene por objeto único la inversion del orden que prescriben las leyes, y la opresion que causa à la parte en su natural defensa.

9. De estos antecedentes se viene en claro conocimiento de que la fuerza en el modo es un remedio mas lleno y expedito à beneficio de la parte y de la tranquilidad pública, porque en el momento detiene todos los efectos de los autos interlocutorios del juez eclesiástico con perpetuidad absoluta; pero el decreto condicional, aunque induce igual suspension de los mismos autos por efecto de la apelacion, que manda otorgar y reponer lo obrado; con todo no tiene esta suspension la misma permanencia, porque es temporal y pendiente del superior eclesiástico; pues si entendiere por el conocimiento de la causa que los autos del inferior son justos, los confirmará, y cesará desde entonces la suspension de sus efectos, à menos que apele nuevamente hasta causar ejecutoria de cosa juzgada (2).

10. Ocurre la duda si notificado al juez eclesiástico el auto condicional puede inhibírsele en virtud de la apelacion interpuesta de la interlocutoria, por cuya negacion ocurrió el agraciado al tribunal Real. El señor Salgado (3) dice que cuando la parte apelante comparece ante el juez *á quo*, y se le notifica el auto condicional, y en su virtud ni reforma el agravio, ni admite la apelacion, que entonces la inhibicion produce sus efectos; pero que

1 El estilo que observan los letrados en esta especie de recursos es el de reclamar principalmente la fuerza contra el conocimiento en el modo, y subsidiariamente en el no otorgar, pues por este medio se proporciona que cuando no tenga lugar la instancia en lo principal, le tenga en lo accesorio.

2 El señor Covarrubias coincidiendo con este modo de pensar dice lo siguiente. Yo tengo por mucho mejor, mas acertada y mas clara la práctica del Real y supremo Consejo de Castilla. Por otro lado se trata con mas urbanidad y atencion al juez eclesiástico que con el auto condicional de las chancillerías. No se le impone condicion alguna, y se le remiten los autos para que removido el vicio de nulidad ó injusticia notoria, se conserve y guarde á los litigantes su libertad en las defensas; de manera que la jurisdiccion eclesiástica no padece desaire alguno. Covarr. t.t 8. §. 26.

3 Salgad. *de reg.* part. 1. cap. 5. num. 79.

si el juez eclesiástico reforma su providencia, en este caso pierde su fuerza la inhibicion, porque falta ó cesa el gravamen, que fue la causa inductiva de la apelacion. Esto debe entenderse, segun el mismo autor, cuando el juez reformó el agravio antes de notificársele la inhibicion; porque despues no le queda otra facultad que la de ejecutar la segunda parte del decreto (1).

11. Habiendo explicado lo que me ha parecido conveniente para que se forme el debido conocimiento de la naturaleza de este recurso, hablaré especialmente de dos casos en que puede tener lugar, y se hallan designados en la citada obra del señor Covarrubias. En el tit. 28. §. 7. propone la cuestion siguiente. ¿Podrá introducirse recurso de fuerza en el modo cuando un juez eclesiástico, despues de haber declarado válidos y subsistentes los esponsales, apremia con censuras al renitente à que los reduzca à verdadero matrimonio? He aqui la respuesta de este célebre jurisconsulto.

12. »Habiéndoseme consultado un caso igual, respondí, que desde luego se presentaban dos textos en el derecho canónico, título *de sponsalibus*, que parecian entre sí contrarios. En el capítulo 10, informado el papa Alejandro III de la resistencia que hacia uno de reducir à matrimonio unos esponsales, comete el negocio al obispo de Potiers, encargándole: *quatenus recusantem moneat; et si non acquieverit monitis, ecclesiástica censura compellat, ut pactam in uxorem recipiat, et maritali affectione pertractet.*

13. »Al contrario, preguntado el papa Lucio en el capítulo *Requisivit* sobre igual dificultad, *qua censura mulier compelli deberet, quæ jurisjurandi religione neglecta, nubere ei renuebat, cui se nupturum juramento firmaverat;* sin embargo de constar el contrato y juramento, y que no habia pretexto para excusarlo, responde y manda: que *moneatur potius, quam cogatur, cum matrimonia semper debeant esse libera, et coactiones soleant in suis casibus frecuenter difficiles habere exitus.*

14. »Pero si se consideran bien ambos textos, nada tienen de repugnante entre sí, pues uno y otro se dirigen al mismo objeto, que es el que los jueces eclesiásticos trabajen y usen de todos los medios y arbitrios suaves para disponer los ánimos de los renitentes à que cumplan sus contratos y obligaciones; pues en hallando una entera repugnancia, deben dejarlos libres mas bien que apremiarlos, y violentarlos por su sentencia à celebrar el matri-

1 Idem num 87 y 90.

monio por fuerza, cuyo acto debe pender siempre de una absoluta y libre voluntad.

15. »En efecto, despues de prevenir el papa al delegado; *ut post monitionem ecclesiastica censura renuentem compelleret*, añade la modificacion á tanto rigor, *nisi rationabilis causa obstiterit*. ¿Que excusa mas legítima puede proponer la parte que se resiste, que la mudanza de voluntad con causa racional; y que no puede querer, ni tener por muger ó marido al que la persigue, é insta á cumplir un contrato celebrado tal vez sin reflexion? ¿*Affectus nostri nobis non serviunt*: *quo imperio efficere poteris, ut vel amem quam volueris, vel oderim?* ¿Que modo de unir por el amor dos corazones divididos con el horrible muro del odio? ¿Que desorden juntar los cuerpos de dos espíritus enemigos y encontrados entre sí?

16. »Bien podrá el eclesiástico apremiar al renitente á que reduzca á matrimonio los esponsales; ¿pero quien le dará el afecto, que solo hace felices los matrimonios? *Amor non imperatur*: las voluntades son libres: los matrimonios penden de la libertad del consentimiento. *Matrimonia*, decia el declamador Quintiliano, *mutua voluntate junguntur*. ¿No es justo que el que se casa *eligat eam, quam habiturus sit comitem laborum, vitæ sociam utriusque fortunæ, totiusque divinæ, ac humanæ domus participem?* ¡Que inhumanidad juntar por fuerza ánimos divididos para consumirlos en una vida lánguida, y hacer que *complexu in misero lenta quoque morte necentur*!

17. »Esta es la razon porque los cánones y los emperadores reprobaron no solo la fuerza y violencia en este particular; sino que tambien prohibieron los pactos penales en los esponsales.

18. »La ley del reino, como sacada del capítulo canónico, es del todo conforme á él; y asi previene sabiamente, que habiendo legítima excusa, no se violente á nadie, añadiendo en pena de la contumacia el interdicto de no poder contraer con otra (1).

19. »Por otro lado los sagrados cánones mandan, y las leyes del reino, encargan á los prelados que no procedan con censuras, sino despues de haber apurado todos los demas medios y arbitrios que prescribe la equidad, y la prudencia que debe gobernar en iguales casos.

1 »Ca los que prometen que casarán uno con otro; tenudos son de lo cumplir, fueras ende si alguno de ellos ouiesse ante sí excusacion alguna derecha atal que debiese valer. E si tal excusa non hubiese, puédelo apremiar por sentencia de santa eglesia fasta que lo cumpla, é cualquiera dellos que contra esto ficiese, que non quisiese cumplir el casamiento, si se desposase otra vez, debe ser apremiado que torne a cumplir el desposorio primero." Ley 7. tit. 1. Part. 4.

20. »En fin el contrato de esponsales, es un contrato puramente civil, nada tiene de espiritual; y si su conocimiento toca à los jueces eclesiásticos, es pura gracia de los Soberanos, que por ser preliminar para el sacramento del matrimonio han consentido que conozca de él la jurisdiccion contenciosa de la iglesia. En este concepto parece que no es muy conforme al espíritu de los cánones ni à las leyes, el que se use de las armas espirituales para la ejecucion de un contrato puramente temporal, y que no tiene nada de espiritual hasta que se verifique el sacramento. Afianzado en todos estos fundamentos fui de dictamen que era legal el recurso de fuerza, especialmente procediendo desde luego con censuras el eclesiástico à ejecutar su sentencia."

21. Caso segundo. El Soberano en calidad de señor natural de los religiosos, puede ampararlos de la fuerza y violencia, cuando sus prelados y superiores los atropellan y oprimen injustamente. El religioso oprimido puede en tal caso introducir el recurso de fuerza en los tribunales Reales de dos modos. El primero es cuando el prelado procede contra él sin formar autos (en aquellas trasgresiones de disciplina monástica en que tienen autoridad para hacerlo (1)), ó aunque los forme no observa en ellos el orden prescrito por los cánones y las leyes; no quiere oir sus defensas ni admitirlas, antes bien le oprime con cárceles, grillos, cadenas ú otras vejaciones. Entonces no le queda mas recurso para libertarse de tan injustos procedimientos, que acudir à la potestad Real para que le liberte de la opresion y violencia, introduciendo el recurso de fuerza de proceder en el modo.

22. Introducido el recurso, manda el tribunal protector que el prelado cese en sus procedimientos, y oiga al oprimido tomándole bajo su proteccion, ó remita los autos que hubiere formado para verlos, y en su vista declara que hace fuerza en conocer y proceder, como conoce y procede. Manda que le oiga en forma, le otorgue las apelaciones, y no le moleste, depositando mientras tanto, si lo pide la gravedad ó circunstancias del caso, al religioso en otro convento.

23. El segundo modo de introducir el recurso es en no otorgar, siguiendo el mismo método que se observa en los tribunales

1 Los prelados regulares solo deben conocer de los delitos ó excesos que ofenden á la disciplina monástica y á los estatutos de la orden, pues el conocimiento de otros crímenes pertenece al ordinario, y al juez Real en ciertos casos. La ley 2. tit. 12. Part. 1. dice asi. »Obedecer deben los monasterios è los otros lugares religiosos á los obispos en cuyos obispados fueren é señaladamente estas cosas, como en poner clérigos en las iglesias é en las capillas que son fuera del monasterio, é en tollergelas cuando ficieren por qué é en *castigar los malfechores*.

ordinarios eclesiásticos en la forma de prepararlos. Esto sucede cuando el prelado guarda en sus procedimientos el orden judicial, y pronuncia algun auto definitivo ó interlocutorio que es gravoso y perjudicial al religioso: si este apela, y no se le admite la apelacion, se le irroga notoria fuerza y violencia (1).

24. Siendo difícil, como realmente lo es, el llevar estos recursos al Consejo por defecto de justificacion, mediante à que librada la ordinaria eclesiástica para la remision del proceso, puede responder el prelado que no le hay, les queda à los regulares el arbitrio, ò bien de introducir sencillamente el recurso de proteccion, solicitando se les oiga libremente, y no se les impida salir à evacuar las diligencias de la causa, depositándolos en caso necesario y para dicho fin en otro convento, lo que asi suele acordarse; ó bien pueden valerse de la cautela de que presencien la presentacion del escrito de apelacion dos religiosos, que despues, bajo de culpa grave, estan obligados à dar su certificacion jurada, asi de dicha presentacion, como del proveido à consecuencia de ella, cuyo medio, aunque difícil en la práctica, si se lograse, es el mas oportuno para poder introducir el recurso de fuerza.

25. Solo podrán valerse de este los regulares cuando carezcan de otro recurso alguno en sus religiones, ya por estar lejos sus superiores, ya por consistir el peligro en la dilacion, aun cuando esten cerca; no debiendo jactarse mientras se declara la fuerza contra el precepto de sus prelados, pues pendiente el recurso estan obligados à obedecerlos como antes (2).

26. A los recursos de proceder en el modo puede reducirse, como una especie de ellos, el que se introduce sobre la denegacion de justicia, por ser esta denegacion una de las mayores injusticias que pueden cometer los jueces, en cuyo caso el Soberano con la plenitud de su autoridad recibe sus quejas para redimir la vejacion (3).

27. Los romanos en los casos de denegacion de justicia recurrien á los emperadores por via de querella; y para que se les desagraviase usaban de este recurso, y entre nosotros la regalía de alzar las fuerzas que ocasiona la denegacion de justicia, es tan

1 Covarr. tit. 70. §§ 14, 16, 21 y 22.

2 Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 1. pag. 340 §§ 4 y 5.

3 *Cuando á denegata justitia appellatio interponitur, cum Regis intersit subditis suis administrari justitiam, ideirco ad supremos judices, et non ad superiorem ecclesiasticum vel etiam Pontificem maximum recurritur. Fabricius Bleinianus de praxi beneficiorem.*

Si judex ecclesiasticus justitiam denegaverit, tunc res erit jurisdictionis Regis. Imbers en su práctica.

propia é inherente à la soberanía, que segun las leyes fundamentales del reino no puede el Soberano desprenderse de ella ni prescribirse por algun tiempo, como se ve por la ley siguiente. »E aun por mayor guarda del señorío establecieron los sabios antiguos, que cuando el Rey quisiese dar heredamientos á algunos, que non lo podiese facer de derecho, à menos que non toviese hí aquellas cosas que pertenecen al señorío, asi como que fagan de ellos guerra é paz por su mandado, é que le vayan en hueste, ó que corra hí su moneda, é ge la den ende cuando gela dieren en los otros lugares de su señorío, y que le finque hí justicia enteramente, é las alzadas de los pleitos é mineras si las hi oviere; et maguer en el privilegio del donadio non digese que tenia el Rey estas cosas sobredichas para sí, non debe por eso entender aquel á quien lo da que gana derecho en ellas." Ley 5. tit. 15. Part. 2.

28. La ley 4. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec. que trata del tiempo necesario para prescribir el señorío de los pueblos, y su jurisdiccion civil y criminal, dice asi... »pero la jurisdiccion civil ó criminal suprema que los Reyes han por mayoría y poderío Real, que es la de facer y cumplir donde los otros señores y jueces la menguaren, declaramos que esta no se pueda ganar ni prescribir por el dicho tiempo ni por otro alguno; y asimismo lo que las leyes dicen que las cosas del reino no se puedan ganar por tiempo, se entienda de los pechos y tributos à Nos debidos."

29. La forma ó estilo que prescriben los autores para preparar este recurso, es interpelar tres veces en tres distintos escritos à los jueces para que administren justicia, apelando de su denegacion ó morosidad, y protestando, si es eclesiástico, el auxilio Real de la fuerza (1).

1 Covarr. en la citada obra, tit. 9.

CAPITULO SEXTO.

Del recurso de fuerza en no otorgar las apelaciones legitimamente interpuestas.

§. 1. Definicion de este recurso.
2. Fundamento de él, y modo de introducirle.
3 hasta el 6. De las sentencias que son ó no apelables.
7. En todos los casos en que la sentencia, ya definitiva, ya interlocutoria con fuerza de difinitiva, es apelable por su naturaleza, y se hubiere interpuesto la apelacion en debido tiempo y forma, sino la admite el eclesiástico comete injusticia notoria, y tiene lugar el recurso.
8. Se propone y resuelve la cuestion siguiente. ¿Si deberá haber lugar á la declaracion de fuerza cuando el juez eclesiástico niega la apelacion fundado en una opinion probable?
9 hasta el 11. Preparacion y trámites de este recurso.
12. De los cinco autos con que suele decidirse este recurso.
13 hasta el 17. Para justificacion de la injusticia en que se funda este recurso es necesario que se remitan los autos originales íntegros, y práctica que se observa cuando estan diminutos.

1. El recurso de fuerza en *no otorgar*, es una queja al Soberano ó á sus tribunales superiores contra los jueces eclesiásticos, que niegan la apelacion que interponen las partes de sus sentencias, y proceden sin embargo á su ejecucion; para que usando de su económica y tuitiva potestad, les manden otorgarlos y reponer todo lo obrado (1).

2. El fundamento de este recurso, y el modo de introducirle, se expresan en la ley 2. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec., la cual dice asi: »Por cuanto asi por derecho como por costumbre inmemorial, nos pertenece alzar las fuerzas que los jueces eclesiásticos y otras personas hacen en las causas que conocen, no otorgando las apelaciones que de ellos legítimamente son interpuestas; por ende mandamos á nuestros presidentes y oidores de las nuestras audiencias de Valladolid y Granada, que cuando alguno viniere ante ellos, quejándose de que no se le otorga la apelacion que

1 Ley 17. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.

justamente interpone de algun juez eclesiástico, den nuestras cartas en la forma acostumbrada en nuestro Consejo para que se le otorgue la apelacion; y si el juez eclesiástico no la otorgare, manden traer á las dichas nuestras audiencias el proceso eclesiástico originalmente; el cual traido, sin dilacion lo vean; y si por él les constare que la apelacion está legítimamente interpuesta, alzando la fuerza, provean que el tal juez la otorgue, porque las partes puedan asegurar su justicia ante quien y como deban, y reponga lo que despues de ella hubiere hecho: y si por el dicho proceso pareciere la dicha apelacion no ser justa y legítimamente interpuesta, remitan luego el tal proceso al juez eclesiástico, con condenacion de costas si les pareciere, para que él proceda y haga justicia" (1).

3. Para saber si la apelacion está ó no interpuesta, á fin de que tenga lugar este recurso segun la ley anterior, será preciso tener presente lo primero, cuáles sentencias son apelables por su naturaleza, y en qué efecto; lo segundo, el tiempo y forma de interponer la apelacion. De uno y otro se habló extensamente en el tomo 4.º de esta obra, página 246 y siguientes. Sin embargo recapitularé aqui para mayor comodidad de los lectores parte de aquella doctrina. Es apelable toda sentencia definitiva, mas no la interlocutoria, á menos que tenga fuerza de definitiva, ó contenga gravamen irreparable por esta (2), cuales son las siguientes. 1.ª Aquella en que se declara ó no á alguno por de menor edad. 2.ª La que se da sobre admision ó desestimacion de artículos que las partes introducen. 3.ª Aquella en que el juez se declara competente ó incompetente. 4.ª La que se pronuncia sobre admision ó repulsa de testigos. 5.ª La de admision de testigos inhábiles. 6.ª La de admision de testigos despues de pasado el término probatorio ó de la conclusion. 7.ª La de denegacion de prueba. 8.ª La de absolucion de instancia. 9.ª La de declaracion del juramento *in litem* que manda el juez á una de las partes. 10. La de denegacion ó restitucion de término para prueba. 11. Aquella en que se manda poner á tortura. 12. La de excomunion. 13. Aquella en que se excluye á uno de algun oficio como infame. 14. La en que se declara la legitimidad ó ilegitimidad de la persona, como tutor, hijo &c. 15. La que recae sobre declaracion de heredero ó al contrario; si con beneficio de inventario

1 Véase el capítulo 1.º de la ley 2. tit. 6 lib. 8 en que se previene, que el Consejo y chancillería no haga traer por vía de fuerza los procesos en que conozca el maestrescuela de Salamanca á virtud de la conservatoria del estudio.

2 Ley 23. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

ó sin él. 16. Aquella en que no se admite la recusacion. 17. La de denegacion de entrega de autos ó traslado. 18. La de citacion ó comparecencia à un lugar ó parage poco seguro, adonde no se puede ir sin grave riesgo. 19. La que recae sobre falta de solemnidad ó desorden en los autos. 20. El auto en que se desprecia la excepcion de oscuro ó inepto el libelo. 21. La de absolucion del artículo de contestacion. 22. El auto en que se manda el reconocimiento de letras, porque puede perjudicar à la causa principal. 23. La de exaccion de multas. 24. El auto en que se declara prescrita la instancia. 25. La sentencia de prision injusta (1). Tales son los autos interlocutorios con fuerza de definitivos en que tiene lugar la apelacion, y en que si se deniega puede introducirse el recurso de fuerza, segun el señor Covarrubias (2).

4. La regla general de que son apelables las sentencias definitivas tiene sus excepciones, pues hay casos en que está absolutamente prohibida la apelacion de ellas, y son los siguientes. 1.° Cuando el valor de lo que se litiga no pasa de mil maravedís (3). 2.° Cuando versa sobre cosa que no se puede guardar, como sobre uvas, mieses ú otras cosas semejantes, que sino se cogen à su tiempo se han de perder, ó sobre nombramiento de tutor (4). 3.° Tampoco se puede apelar de sentencia en que se manda dar sepultura à alguno que no estuviere excomulgado (5). 4.° Cuando las partes se convienen entre sí en juicio ó fuera de él, que no apelarán de la sentencia que diere el juez contra alguna de ellas (6). 5.° Cuando fuere vencido en juicio alguno que debiese dar algo al Rey por razon de cuenta, pecho ú otra cualquiera deuda (7). 6.° Cuando por orden del Rey se da comision à algun juez ó tribunal para sentenciar algun pleito, de manera que ninguna de las partes pueda apelar de la sentencia (8). 7.° Cuando se hubiere dado la sentencia en virtud de juramento voluntario de las partes (9). Tampoco se admite apelacion en las causas criminales siguientes: las de los ladrones co-

1 La prision puede ser injusta por falta de jurisdiccion ó incompetencia, por razon de la persona, del tiempo ó del lugar, por razon de la cosa y causa de que se trata, y por no haberse guardado el orden debido. Véase al señor Covarrubias, que en el tit. 13. §. 27. trata de este punto con extension.

2 En la citada obra, dicho tit. 13. desde el §. 3 hasta el 27.

3 Ley 8. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

4 Ley 22. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. Aunque es cierto que en estos casos no hay apelacion, lo es tambien que hay recurso de queja segun la ley 22 citada.

5 Dicha ley 22.

6 Ley últ. §. últ. Cod. *de temp. et repar. appell.* Ley 13. tit. 23. Part. 3.

7 Ley 4 y últ. Cod. *Quorum appell.* Dicha ley 13. tit. 23. Part. 3.

8 Dicha ley 13.

9 Ley 15. verb *Otrosí*, tit. 11. Part. 3.

nocidos, amotinadores ó cabezas de motin, forzadores ó robadores de doncellas y de viudas ó mugeres religiosas, los falsificadores de oro ó plata, de moneda ó sellos Reales, los que matan con yerbas venenosas, á traicion ó con alevosía, siéndoles probado el delito con testigos idóneos ó por confesion hecha en juicio sin apremio (1).

5. Hay sentencias ya definitivas, ya interlocutorias, en las cuales solo se admite la apelacion en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo, y son las siguientes. La que se pronuncia sobre salarios ó alimentos; sobre restitucion de dote cuando la muger no tiene con que mantenerse, si el marido no la presta alimentos; en las causas sobre colacion de beneficios curados (esto no tiene lugar en las sentencias sobre colacion de capellanías); tampoco es admisible la apelacion en las sentencias dadas por jueces árbitros en virtud de compromiso; en la de demolicion de obras nuevas despues de denunciadas, aunque debe admitirse en caso que no se haya despreciado la denuncia; en las providencias que se dan para que se observen las leyes; en las de alcances de cuentas aprobadas, mucho mas si son á favor de un privilegiado; en las de juicios posesorios, particularmente en los sumarísimos preparatorios de los ordinarios posesorios: tampoco son apelables en el efecto suspensivo las sentencias en que se priva á alguno de sus beneficios por no haberse ordenado, á no ser que acredite legítimo impedimento; la que se da contra un herrero que estorba con el ruido á los estudiantes ó letrados; las que se dan sobre ereccion ó edificacion de iglesias en causas justas; las que se pronuncian sobre incompatibilidad de los beneficios, con tal que se haya citado al poseedor, y se le haya oido sumariamente; las dadas contra un convicto y confeso, ó confeso solo voluntariamente, en los delitos de simonía, rapto, heregía, sedicion, violencia y otros semejantes; las pronunciadas contra ladrones famosos; las de excomunion, suspension, entredicho y otras semejantes.

6. Acerca del término para interponer la apelacion se dijo en dicho tomo 4.° que es de cinco dias en el fuero secular, y de diez en el eclesiástico, y allí pueden verse tambien el modo y trámites de la segunda instancia por no ser de este lugar.

7. En todos los casos en que la sentencia ya definitiva, ya interlocutoria con fuerza de tal, es apelable por su naturaleza, y la apelacion se hubiere interpuesto en debido tiempo y forma,

1 Ley 16. tit. 23. Part. 3.

debe admitirla el eclesiástico; y no haciéndolo asi comete una violencia é injusticia notoria, porque la apelacion es una parte esencial de la defensa concedida por las leyes. Asi, pues, hace fuerza, y tiene lugar este recurso, cuando no admite la apelacion que legítimamente se interpone de alguna sentencia suya, apelable por su naturaleza, sea definitiva ó interlocutoria con fuerza de tal, ó que contenga gravamen irreparable por ella; y cuando solo la admite en el efecto devolutivo debiéndola admitir en ambos efectos; mas sino es admisible en el suspensivo, puede denegar justamente la apelacion en este efecto sin hacer fuerza.

8. Dúdase si deberá haber lugar á la declaracion de fuerza, cuando el juez eclesiástico niega la apelacion fundado en una opinion probable, y hay otra tambien probable que afirma deberse admitir la apelacion. El señor Salcedo (1) decide esta cuestion á favor de la fuerza, fundándose en las razones siguientes. En duda se debe siempre elegir el partido mas seguro, y por consiguiente debe admitirse la apelacion porque este es el partido mas seguro. Ademas en este caso es lícita la apelacion y de derecho, pues el oprimido se funda en opinion probable; y asi se le oprime injustamente denegándole la apelacion, porque se defiende lícitamente. Por consecuencia de esto se deduce que es lícito implorar la Real proteccion, porque se procede en virtud de una opinion probable, y siendo justa la apelacion lo es tambien el recurso de fuerza. Tienen tal valor estas reflexiones, segun el mismo autor, que si el eclesiástico fundado en su opinion probable, despues de habérsele notificado el auto del tribunal Real, se empeñase en no admitir la apelacion, y no cesase en sus procedimientos, se le podria castigar como desobediente; y usando la potestad Real de su jurisdiccion económica y tuitiva, podria desterrarle del reino, y privarle de las temporalidades (2). Es principio constante que luego que se ha notificado al eclesiástico la Real provision, espira y se acaba el juicio formado por razon de la fuerza, y empieza otro juicio en el tribunal protector por razon del poco respeto ó menosprecio, desde cuyo tiempo se hace tambien mas probable la opinion por la declaracion de la fuerza; y asi dice muy bien el señor Salgado, que no toca al eclesiástico examinar si está bien ó mal dado el decreto sino obedecerle (3).

1 *De leg. polit.* cap. 9. lib. 1.
2 Salced. en el lug. cit. cap. 16.
3 Salgad. *de reg. protect.* part. 1. cap. 5. num. 94.

9. Este recurso de no otorgar se prepara tambien interpelando por dos ó tres veces al juez eclesiástico despues que negó la apelacion (1) á que revoque el auto, y la admita lisa y llanamente, protestando de lo contrario valerse del Real auxilio contra la fuerza. Si á pesar de esta reiterada solicitud mandase guardar lo proveido (2), se presenta por la parte agraviada un pedimento en la audiencia, en el cual despues de exponer la causa en que se niega la apelacion, las razones porque es admisible en ambos efectos, y las peticiones hechas al juez solicitando la revocacion del auto en que se negó, se concluye pidiendo que se libre la Real provision ordinaria, á fin de que el eclesiástico otorgue la apelacion, reponga todo lo obrado despues de interpuesta, y de lo contrario remita los autos íntegros y originales para en su vista declarar que hace fuerza en no otorgar, y que entre tanto alce las censuras por el término de sesenta dias ínterin el pleito se determina.

10. El auto de la audiencia es el mismo que en el recurso anterior, esto es, *dese con poder*, y en la provision que á su consecuencia se libra, se manda al juez eclesiástico que si está apelado legítimamente en tiempo y forma por parte de N. le otorgue la apelacion, y reponga lo hecho despues de ella, y dentro del término en que pudo apelar; de lo contrario, que dentro de tantos dias remita el proceso original para proveer sobre ello lo que fuere justicia; y entre tanto que se trae, ve y determina, le ruega y encarga que por término de sesenta dias absuelva á los excomulgados, y alce las censuras y entredicho que sobre ello hubiere impuesto. Tambien se da compulsorio contra el notario ó escribano para que envie el proceso; y emplazamiento para que la parte contraria venga ó envie en seguimiento de la causa.

11. Si notificada esta provision al juez eclesiástico otorga la apelacion, y repone segun lo manda, no hay necesidad de enviar el proceso; pero sino lo quiere hacer, debe mandar al notario que lo remita, y este debe hacerlo dentro del término que se manda por la provision; y si el juez y el notario no hacen esto,

1 Asi dice el señor Gomez Negro en sus elementos de práctica forense, edicion de Valladolid de 1825, página 149, y esto es lo que se estila; pero el señor Covarrubias en la advertencia que precede al título 15 de su obra se expresa en los términos siguientes: «Interpuesta la apelacion, si el eclesiástico la niega, se estila pedir reposicion de esta negacion, protestando el auxilio Real de la fuerza; pero en rigor de práctica no es necesaria semejante preparacion, porque la denegacion solo de la apelacion induce la fuerza é injusticia notoria que se comete.

2 Los autos del provisor cuando no quiere acceder á la solicitud, son: *no há lugar; guárdese lo proveido: cumpla esta parte con lo mandado por auto de tantos, y siga la causa segun lo hasta aqui dispuesto.*

pidiendo la parte sobrecarta se suele librar, y algunas veces con costas, excepto en cuanto á la absolucion, que siempre ha de ir por via de ruego entre tanto que el pleito se determina; pero si despues de visto se le manda que absuelva, no ha de ir por via de ruego, sino precisamente ha de absolver y alzar las censuras.

12. Venidos los autos, el recurso se sustancia del mismo modo que el anterior, y se decide por uno de cinco autos: 1.° declarando que el eclesiástico hace fuerza en no otorgar, el cual se concibe en los términos siguientes: *dijeron que el juez que en esta causa conoce, en no otorgar la apelacion á F. hace fuerza, la cual alzando y quitando, mandaron dar providencia para que el dicho juez otorgue la apelacion, y el dicho F. la pueda seguir ante quien deba, y ejecutado despues de la legítima apelacion, y en el tiempo en que se pudo interponer etc.* El auto segundo es por el que se declara que el juez eclesiástico no hace fuerza, y se da en estos términos: *dijeron que el juez no hace fuerza en no otorgar la apelacion en esta causa interpuesta por F., y se le remita la causa y proceso para que proceda en ella.* El auto tercero que se llama de tercer género, es condicional, y se concibe en estos términos: *haciendo esto ó lo otro no hace fuerza, y no lo haciendo la hace*; y tambien se dan en ocasiones otros dos autos que se llaman de cuarto y quinto género. El cuarto tiene lugar cuando se ha introducido el recurso de no otorgar, y no consta en los autos haberse interpuesto la apelacion, pues faltando esta, falta tambien la materia ó supuesto sobre que debe recaer el agravio y violencia: y asi mal se puede mandar al eclesiástico que otorgue sino hay caso de otorgar. Ademas que sin apelacion pasa la providencia en autoridad de cosa juzgada, y asi no puede verificarse fuerza alguna en su denegacion. Los términos en que se concibe este auto son: *no viene el proceso por su orden.* Se usa del auto de quinto género cuando aparece de los autos no haberse intimado al eclesiástico la Real provision de fuerza. Como esta provision que se libra en virtud del recurso de apelacion denegada deja al eclesiástico la libertad de otorgar la apelacion ó de remitir los autos al tribunal Real, se sigue que mientras el eclesiástico no haga la eleccion (despues de haberle notificado la Real provision) el proceso no tiene estado. Tambien puede tener lugar este auto cuando el recurso se interpone en virtud de una apelacion condicional; por ejemplo: pido término, y en caso de denegacion apelo, y no espera la declaracion de lo pedido. Igualmente tiene

lugar el mismo auto aunque la apelacion denegada sea legítima, con tal que no se haya interpuesto siguiendo las solemnidades del derecho, por ejemplo interponiéndose *in voce*, ó pasados los diez dias, ó por otra causa. Este auto del quinto género se concibe en los términos siguientes: *no trae estado ó no viene en forma*. Tambien suele expresarse asi: *por ahora no hace fuerza, ó por ahora no viene en estado.*

13. Para acreditar en este recurso la injusticia notoria ó violencia que comete el eclesiástico en no querer otorgar la apelacion, es necesario que se remitan todos los autos para en su vista discernir si es justo ó injusto el recurso (1), ya porque de otro modo no pudiera averiguarse la verdad; ya tambien porque toda providencia dada por autos falsos y defectuosos es nula (2).

14. Pero como en duda se presume que los autos son íntegros y originales no probándose lo contrario, por lo mismo la parte que alega ó articula que no lo estan, debe probarlo (3). En los tribunales Reales no se admiten pruebas ni dilaciones sobre estos recursos: si algun interesado expone que los autos estan diminutos, y pide la provision de autos diminutos, no se suspende por esto la vista; y si en ella aparece que no falta nada, ó lo que falta no es de sustancia, se procede á la determinacion del recurso (4).

15. Si los autos no se tienen á mano, ó no se han remitido aun, cuando se pide la provision de autos diminutos, se despacha esta por un breve término; y pasado, si el que lo ha solicitado no entrega los autos, se le condena en costas, y se procede á la determinacion. Pero si de la vista aparece que los autos estan faltos, se despacha la provision de autos diminutos, ó se declara que no vienen en orden; y luego se determina sobre lo principal, cuando se remiten todos los autos (5).

16. Resta ahora saber si habiéndose determinado casualmente el recurso por autos diminutos, podrá introducirse de nuevo con todos los autos íntegros y completos. Para resolver esta duda es necesario proponer algunos casos. Cuando el tribunal Regio declara que el *proceso no viene en orden, ó que por ahora*

1 Ley *Eos*, 6. §. *Super his*. Cod. *de appellat. et relationib.* cap. *Cupientes*, verb. *Cum omnibus de elect.* in 6.

2 Salgad. part. 1. cap. 2. Aceved. en la ley 7. tit. 18. lib. 4. Recop. Valenz. cons. 84. num. 70.

3 Marescot. lib. 2. *Var. resolut.* cap. 43. num. 6. Gratian. cap. 120. num. 28. Escaccia *de appellat.* quæst. 20. num. 13, y en el 16 asegura que esta regla tiene mucha mas fuerza cuando los autos contienen la nota á su continuacion de ser íntegros.

4 Text. *in leg Argentariis*, 10. §. *Ædi autem*, ff *de ædendo.*

5 Salgad. dicho cap. 2. Parej. *de instrum.* tit. 2. resol. 7. num. 29.

no hace fuerza, en ambos casos no tiene duda que se puede volver á introducir el recurso. Si se declara absolutamente que el *eclesiástico no hace fuerza*, entonces si los autos se hallan faltos de tal modo, que si estuvieran integros determinaria en su vista el tribunal de otra suerte; tampoco se duda que puede renovarse el recurso; porque la primera decision fue nula por defecto de autos, y no haberse observado lo que previene la ley (1).

17. Esta práctica tiene sus limitaciones. 1.° Cuando el auto se dió en favor del apelante diciendo que *el juez hacia fuerza en no otorgar*. En este caso no puede la otra parte recurrir al tribunal Real; porque respecto de él no hay apelacion, cuya denegacion induzca violencia, ni esta se verifica en la admision de la apelacion aunque sea injusta. 2.° Cuando los autos que faltaban no eran esenciales segun la doctrina de Escaccia que queda referida. 3.° Cuando el mismo agraviado aseguró en el tribunal Real que los autos estaban completos; pues aunque despues diga lo contrario no se le oye. 4.° Cuando no constare evidentemente de los mismos autos que no estaban íntegros desde el principio. 5.° Cuando en el primer recurso no obtuvo la provision de autos diminutos, y el notario da testimonio y fe de que no hay mas: pues en este caso es necesario pasar por su dicho y creerlo (2).

1 Salgad. *de reg. protect.* part. 1. cap. 8. Escaccia *de appellat.* quæst. 20. num. 13. Cevall. *de cognit per viam viol.* part. 2. quæst. 74. num. 30.

2 Salgad. dicho cap. 8. num. 48.

CAPITULO SEPTIMO.

¿Si en virtud de los recursos de fuerza quedará suspenso el procedimiento de los jueces eclesiásticos, y si podrá alegarse la prescripcion contra dichos recursos?

§. 1. Siempre que el Soberano ó los tribunales superiores en su nombre toman conocimiento de algun negocio, debe sobreseerse en él hasta que ordenen su continuacion. Por consiguiente asi debe hacerse en los recursos de fuerza, lo cual se corrobora con una ley de la Novísima Recopilacion.

2. Esta es ademas la práctica de todos los tribunales del reino, y la opinion de los autores.

3. Fundamentos en que apoya el señor Cevallos su dictamen sobre este punto, y sobre la justicia de las fuerzas en general.

4 hasta el 9. No puede alegarse prescripcion contra los recursos de fuerza, y razones en que se funda esta doctrina.

1. Si es máxima constante que cuando un agraviado recurre á distinto juez sobre la decision de algun artículo, se debe sobreseer en el negocio principal, pues de lo contrario será nula cualquiera cosa que se haga (1); con mayor razon siempre que el Soberano ó los tribunales superiores en su nombre toman conocimiento de algun negocio, debe sobreseerse en él hasta que ordenen su continuacion (2). Asi lo da á entender claramente la ley 2. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec., la cual mandando llevar á las audiencias el proceso eclesiástico original en caso de no otorgar el juez eclesiástico la apelacion legitimamente interpuesta, previene tambien que si por dicho proceso apareciere no ser justa la apelacion y legitimamente interpuesta, »remitan luego el tal proceso al juez eclesiástico.... *para que él proceda y haga justicia.*" Esta prevencion seria inutil si pudiese proceder pendiente el recurso de fuerza: por otra parte la remision de autos se dirige á informarse el Soberano ó sus tribunales superiores de la naturaleza del negocio; y mientras esto se verifica queda suspensa la jurisdiccion; pues si asi no fuese, y el eclesiástico si-

1 Cap. *lator*, et ibi DD. *qui filii sunt legitimi.*

2 Cap. *pastoralis de officio delegat.* Lancelot *de attentatis*, 2. part. cap. 10

guiera procediendo, se frustraria el objeto del recurso. Por consiguiente si el juez eclesiástico despues de la remision de autos continuare sus procedimientos ó hiciere otra cosa que necesite conocimiento de causa, será atentado todo lo que ejecute, no solo por estar pendiente el recurso, sino tambien por defecto de autos.

2. Asi se practica en todos los tribunales del reino, y esta es ademas la opinion de todos los autores (1), siendo uno de los mas célebres en esta materia el señor Cevallos, quien ademas de tocar esta especie apoyado en buenos fundamentos reasume toda la doctrina relativa á los recursos de fuerza en las siguientes palabras.

3. »De suerte que toda la disposicion de nuestra ley, y cuidado que en hacerla pusieron los consejeros de su Magestad, va enderezado en ejecucion de lo que está dispuesto por derecho canónico, y en bien público del estado eclesiástico, á cuya defensa estan los Reyes mas obligados que á la defensa de los seglares, por ser ministros de Dios y personas públicas, y mas menesterosos de defensa que los seglares, porque sus armas son lágrimas, oracion y penitencia y abnegacion de sí mismos, y asi es mayor la ofensa que se les hace en despojarles de sus bienes, ejecutando contra ellos las sentencias sin embargo de apelacion, denegándoles la defensa natural y cerrándoles la puerta para que no sigan la apelacion ante su Santidad, teniendo poco respeto á su tribunal. Y para deshacer esta fuerza y agravio y sanar esta ponzoña, usan los Reyes y sus consejeros de la triaca de la fuerza, aplicando contra este veneno la defensa natural de su jurisdiccion, porque todo es de proteccion: y para este efecto se despachan las provisiones Reales, para que se les otorgue á los apelantes la apelacion que legitimamente fue interpuesta, sin que su Magestad ni sus consejeros se entrometan en los méritos de la causa principal, ni en averiguar si fue bien ó mal sentenciada, porque todo esto se remite y reserva al juez eclesiástico superior; y á este fin va encaminada toda la disposicion de esta ley, ayudando y ejecutando lo que los sagrados cánones y concilios disponen, sin que haya palabra en la dicha ley que sea contraria á la libertad eclesiástica, ni hombres tan doctos y letrados y temerosos de Dios que la hicieron, ni los que la eje-

1 Excepto el señor Salgado, quien siendo de la misma opinion en cuanto á bulas y rescriptos, manifiesta contrario dictamen en orden á las fuerzas de que hemos hablado, siendo asi que hay los mismos fundamentos en uno y otro caso. Salgado *de protect.* part. 1. cap. 7. num. 10, y cap. 20. part. 2. num. 37 y 89.

cutan y guardan, y han ejecutado, eclesiásticos y seglares, lo hicieran, si en alguna cosa fuese contraria al derecho canónico, y á la libertad eclesiástica, como consta y parece por la dicha ley y sagrados cánones; lo cual entre sí tiene una gran correspondencia y conformidad; porque los cánones mandan que no se descomulgue ni haga agravio al que apela para ante su Santidad, y por dicha ley se manda lo mismo. Por derecho canónico se manda que los jueces eclesiásticos no ejecuten sus sentencias sin embargo de apelacion, y esto mismo se ordena en la dicha ley. Demas de esto, el derecho canónico dispone, que lo que se ejecuta pendiente la apelacion sea nulo y atentado, y esto mismo manda la dicha ley y ejecutan los Reales consejos, reponiendo todo lo ejecutado, para que sin despojo se prosiga la apelacion, y para este efecto se lleva el proceso original á los tribunales Reales, donde, sin estrépito ni figura de juicio, y sin admitir peticion ni hacer acto jurisdiccional, se determina el artículo de la fuerza. Y como su Magestad no prohibe que no se lleven las causas al tribunal de su Santidad, ni castiga á los legos que lo hacen; tampoco su Santidad es visto querer descomulgar á los que se valen de este remedio, ni á los jueces que lo admiten; porque para que este conocimiento fuera contra derecho canónico y la libertad eclesiástica, no se habia de disponer lo mismo sino lo contrario. Y como el tribunal Real no puede absolver, se ruega y encarga á los eclesiásticos que por ochenta dias absuelvan á los descomulgados, y esto no precisamente mandando, sino alternativamente rogando que absuelvan ú otorguen la apelacion; de suerte que para este efecto de que se otorgue la apelacion, y deshaga el agravio al apelante, se funda toda la disposicion de la ley, para que se pueda libremente seguir la apelacion en los casos que fuere legítima, y la causa ordinaria."

4. Veamos ahora si podrá alegarse la prescripcion contra los recursos de fuerza, cuestion que propone el señor Covarrubias, y que resuelve del modo siguiente (1).

5. »Sentamos al principio que los recursos de fuerza eran especie de recursos de proteccion, y que estos se dirigian á implorar el auxilio del Soberano, ya para contener á la potestad eclesiástica dentro de sus límites, y reprimir sus abusos: ya para precisarla á la observancia de los cánones y leyes de la iglesia. Tambien sentamos que estos recursos se fundaban en una expresa trasgresion de la ley, en una nulidad, ó injusticia noto-

1 Tit. 26 de la obra citada.

ria. En este supuesto, es claro que no puede alegarse la prescripcion contra los recursos de fuerza y de proteccion" (1).

6. »Es constante que los abusos y corrupteles que se forman contra ley y verdad, nunca pueden prescribirse: de aqui procede que ni la autoridad de las ejecutorias, ni el consentimiento de las partes, ni el largo trascurso de años pueden perjudicar á la causa pública, que es la mas interesada en que se reformen en todo tiempo las providencias contra las regalías (2).

7. »Supongamos que un lego se haya sujetado á la jurisdiccion eclesiástica en causa profana, y se hayan pronunciado ya tres sentencias conformes; puede sin embargo de esto introducirse el recurso de fuerza en conocer y proceder; porque las tales sentencias son nulas; como dadas por juez incompetente, y en perjuicio de la Real jurisdiccion.

8. »No hay tiempo alguno que pueda prescribir contra el bien público, ni contra las regalías supremas, y asi se puede pedir por ejemplo la retencion de cualquier bula en todo tiempo, y reclamar toda providencia emanada de la jurisdiccion eclesiástica, que perjudique al bien del estado y ofende la regalía.

9. No obstante la regla general que excluye la prescripcion en estos recursos, debe limitarse, y entenderse de los excesos y abusos caracterizados, y esenciales que comete la jurisdiccion eclesiástica; esto es, que perjudican al gobierno político, ó eclesiástico, ó perturban el orden en la sociedad, en cuyo caso debe el ministerio fiscal en todo tiempo reclamar su reforma. Pero cuando solo son los particulares los interesados, como sucede en los de no otorgar, y otros; entonces no solo puede verificarse la prescripcion, sino que la desercion produce todos sus efectos."

1 »Ca magüer no se alzasen de estos juicios.... puédense revocar cuando quier, é non deben obrar por ellos, bien asi como si non fuesen dados." Ley 4. tit. 26. Part. 3.
Abusus enim perpetuò et continuo gravat, ideoque ab eo in perpetuum appellatur. Rebufo *in procemio de unionibus.*

2 *Veritati neminem præscribere, non spatium temporum, non patrocinia personarum, non privilegia regionum, non auctoritatem judicatorum.* Tertul. lib. *de velandis virginibus. Abusus quippe in publicas leges nullo privatæ partis silentio confirmatur necinde appellantium querella depellitur, taciti consensus præscriptione multarumve sententiarum consimilium; nam hæ, si abusivè dictæ post modum ostendantur nusquam vim obtinuerint rei judicatæ.* Chopin lib. 2. *de Sacr. Polit.* tit. 1. num. 5.

FORMULARIO

CORRESPONDIENTE

A LOS CAPITULOS ANTERIORES.

PETICION PARA INTRODUCIR EL RECURSO DE FUERZA EN CONOCER Y PROCEDER.

M. P. S.

F., en nombre de N., cuyo poder &c. ante V. A. por el recurso en conocer y proceder, ó por el que mas haya lugar en derecho, digo: que por el testamento otorgado por N. en tal.... ante N. escribano.... fueron instituidos por herederos F. y F. presbíteros, quienes han comparecido ante el provisor de tal, á fin de que en virtud de lo referido mandase librar el correspondiente despacho á N., para que pasase á inventariar los bienes del difunto N., con absoluta lesion de vuestra Real jurisdiccion, á quien privativamente toca, en lo que hace notoria fuerza á mi parte por ser coheredero interesado, la cual alzando y quitando:

A V. A. suplico se sirva mandar librar Real provision ordinaria para que el expresado provisor se inhiba del conocimiento de la causa, restituyéndola á la justicia secular á quien corresponde, ó en otro caso absuelva, y el notario por ante quien han pasado los autos los remita originales, citadas las partes, y en su vista declarar, que el expresado provisor hace fuerza en conocer y proceder; pues asi es justicia &c.

Auto.=Dese con poder.

OTRO PEDIMENTO SOBRE DIVERSO ASUNTO PARA INTRODUCIR EL MISMO RECURSO.

M. P. S.

Santiago Rodriguez, en nombre y virtud de poder, que en debida forma presento y juro del licenciado Don Fernando Gar-

cía de la Plaza, abogado de los Reales Consejos y corregidor por su Magestad de la ciudad de Logroño, ante V. A. por el recurso de fuerza en conocer y proceder, ó por el que mejor proceda y haya lugar en derecho, parezco y digo: que habiendo anticipado Pedro García, vecino de dicha ciudad, algunas cantidades, y practicado varias obras para las funciones que celebra la cofradía ó congregacion de nuestra señora del Pilar, todo de orden de su mayordomo Don Pedro de Arcos, se vió precisado aquel para lograr su pago y satisfaccion á ponerle demanda judicial en el juzgado de mi parte, y pedirle un jure y declare sobre la certeza de lo que debia. En lugar de responder dicho mayordomo á las posiciones que se le mandaron evacuar en 16 de junio próximo pasado, declinó la jurisdiccion con pretexto de que la congregacion debia ser demandada ante el juez eclesiástico, por ser obra pia. En efecto, á solicitud del mismo mayordomo se intimaron á mi parte unas letras del provisor de aquel obispado, para que se abstuviese del conocimiento de dicha causa, conminando con censuras en caso de no ejecutarlo, y remitirle el conocimiento. Hizo presente mi parte al juez eclesiástico, por medio de exhorto, que tocaba privativamente á su jurisdiccion el negocio de que se trataba, y asi que se abstuviese de perturbarle, protestando en caso necesario el Real auxilio de la fuerza; y procedió luego con los apremios correspondientes que previene el derecho contra el expresado mayordomo; pero en el dia 4 del corriente se halló con la inesperada novedad de haberle declarado dicho provisor por excomulgado, y mandado poner en tablillas: y respecto que en esto comete notoria fuerza y violencia, usurpando la Real jurisdiccion en un negocio puramente profano, turbando con semejantes procedimientos el sosiego público, con escándalo y en perjuicio de la buena armonía que debe reinar entre ambas potestades; por tanto para su remedio:

A V. A. suplico, que habiendo por presentado el poder, se sirva mandar librar la Real provision ordinaria para que dicho provisor cese en el conocimiento del citado negocio, y reponga todo lo obrado; y de lo contrario remita los autos originales á esta superioridad, y en su vista se declare que hace fuerza en conocer y proceder; mandándole igualmente que en el entretanto absuelva á mi parte, y alce las censuras ó entredichos que hubiere impuesto por el término que fuese del agrado de V. A., pues asi es justicia que pido &c.

Auto.=Despáchese.

OTRO DE DISTINTO ASUNTO, Y CON EL MISMO OBJETO.

M. P. S.

F., en nombre y en virtud de poder, que en debida forma presento de Don F., vecino y alcalde ordinario por su estado noble de la villa de Alcocer, me presento ante V. A. por el recurso de fuerza, ó el que mas haya lugar en derecho, en los autos y procedimientos del provisor vicario general eclesiástico de la ciudad y obispado de Cuenca, señaladamente de los que proveyó en 12 de enero y 15 de febrero próximos, por los cuales mandó con apercibimiento de censuras, que mi parte que conocia del inventario de los bienes y herencia de Don F., presbitero de la propia villa, de su destino y adjudicacion á los herederos instituidos en su testamento otorgado en 15 de diciembre de 1782, y del cumplimiento de memorias pias que tambien señaló en el mismo, se inhibiese de conocer y continuar en dicha causa, y de mezclarse en la remocion de cincuenta mil reales, parte de dicha herencia, que el mismo testador habia puesto para mayor seguridad en el convento de religiosas del orden de Santa Clara de la misma villa. Y aunque mi parte no condescendió al intento del referido provisor, antes bien lo resistió en defensa de la Real jurisdiccion que ejerce, exhortándole en forma para que desistiese de su intento; se recela con fundado motivo que dicho provisor quiera llevar á efecto sus atentadas providencias, en todas las cuales hace y comete notoria fuerza y violencia; la cual alzando y quitando:

A V. A. suplico, que habiendo por presentado el referido poder, y á mi parte en el recurso de fuerza, ó el que mas haya lugar en derecho, se sirva mandar librar vuestra Real provision ordinaria para que el nominado provisor, y el notario ó escribano en cuyo poder se hallen los autos que haya formado, los remita íntegros y originales al Consejo, con emplazamiento al fiscal eclesiástico y á las demas partes interesadas; alce las censuras, si las hubiere impuesto, por el término y en la forma ordinaria; y en vista de dichos autos y de los obrados por mi parte, que tambien presento, declarar que el referido provisor hace y comete notoria fuerza y violencia en conocer y proceder en perjuicio de la Real jurisdiccion ordinaria; la cual alzando y quitando se manden remitir originales al juzgado de dicho mi

parte, á quien corresponde su conocimiento en primera instancia, por ser justicia que pido, juro lo necesario &c.

Auto. = Líbrese la ordinaria de fuerza para la remision de los autos originales al Consejo con emplazamiento á las partes. Madrid &c.

PEDIMENTO POR AUTO DE LEGOS ANTE UNA AUDIENCIA.

F., en nombre de N., por el recurso de fuerza en conocer y proceder, ó por el que mas haya lugar en derecho, parezco ante V. E.; y quejándome de la que á mi parte hace el provisor y juez eclesiástico de esta ciudad, digo: que ante el referido se principiaron autos á instancia de B. contra mi parte sobre tal cosa, sin embargo de ser lego el que defiendo, no sujeto á la jurisdiccion eclesiástica, y este negocio meramente profano, en el que continúa procediendo, aunque mi parte interpuso declinatoria en tiempo y forma, cometiendo por consiguiente en todo lo que hace notoria fuerza; y para que esta se alce:

A V. E. suplico, que habiéndome por presentado en dicho recurso, se sirva mandar despachar su provision ordinaria eclesiástica, para que el notario ante quien pasan los autos los remita á esta Real audiencia íntegros y originales; y venidos que sean, declarar que el mencionado juez eclesiástico hace y comete notoria fuerza en conocer y proceder en ellos, proveyendo su auto de legos en forma. Pido justicia, costas, juro &c.

Auto. = Despáchese.

MÉTODO DE INTRODUCIR EL RECURSO DE FUERZA POR LA DENEGACION DE JUSTICIA.

M. P. S.

Santiago Rodriguez, en nombre y virtud de poder que en debida forma presento y juro de Don Pedro Aleman, vecino de la ciudad de Cuenca, ante V. A. por el recurso que mejor proceda y haya lugar en derecho, parezco y digo: que debiendo á mi parte por escritura pública Don Juan Lopez, presbítero, vecino de dicha ciudad, la cantidad de treinta mil reales, procedentes de la renta de unas tierras, acudió al provisor para que se despachase ejecucion contra sus bienes, que los tiene cuantiosos, y se le apremiase al pago de dicha cantidad, que resis-

tia con frívolos pretextos; pero aunque el acreedor ha repetido su demanda en distintos dias hasta cuatro veces, apelando y protestando el auxilio Real de la fuerza (como consta de la copia testimoniada y certificacion que igualmente presento) no ha podido lograr siquiera la menor providencia favorable ni per. judicial: todo con el fin sin duda de proteger indirectamente á dicho Lopez. Y respecto que el provisor con semejante omision comete una injusticia notoria, faltando á su obligacion, negando la justicia que debe administrar á todos los que la pidan; por tanto:

A V. A. suplico, que habiendo por presentado el poder y testimonio, se sirva mandar librar Real provision para que el notario que ha dado cuenta de dichos pedimentos, y en cuyo poder se halla la escritura, lo remita todo á esta superioridad; y en su vista declarar que el provisor hace fuerza en la denegacion de justicia; previniéndole en su consecuencia que la administre á mi parte conforme á derecho con los apercibimientos necesarios, ó determinar lo mas procedente en justicia que pido &c.

OTRO ESCRITO PARA INTRODUCIR EL RECURSO DE FUERZA Ó PROTECCION EN LA COMPETENCIA DE DOS JUECES ECLESIÁSTICOS.

M. P. S.

Manuel Estevan de San Vicente, en nombre y virtud de poder que con la debida solemnidad presento y juro del licenciado Don Marcos Diez, clérigo de menores, vecino de la ciudad de Cuenca, ante V. A. por el recurso de proteccion, ó por el que mejor proceda y haya lugar en derecho, parezco y digo: que estando mi parte siguiendo instancia ante el provisor de aquel obispado con Don Patricio Suarez, tambien presbitero, vecino de la misma, sobre la obtencion y preferencia á cierta capellañía, se acudió por parte de este con pretexto de agravio al tribunal del metropolitano, ó de la nunciatura &c.; quien despues de haber avocado á sí los autos, ha retenido su conocimiento, sin embargo, de hallarse en estado de prueba; y respecto que este procedimiento es contra los sagrados cánones, y en perjuicio de la primera instancia, que el sagrado concilio de Trento atribuye á los ordinarios; por tanto:

A V. A. suplico, que habiendo por presentado el poder, se sirva mandar librar la ordinaria para la remision de autos: (si es

en la nunciatura se dice que el notario venga á hacer relacion citadas las partes, y en su vista declarar, que dicho juez metropolitano ó el nuncio, hace fuerza en conocer y proceder, mandando en su consecuencia se remitan los autos á dicho provisor para que continúe su conocimiento conforme á derecho:) que asi procede en justicia, que pido &c.

MÉTODO PARA INTRODUCIR EL RECURSO DE FUERZA EN EL MODO DE CONOCER Y PROCEDER.

Pretension para preparar este recurso.

F., en nombre de F. &c. digo: que hace tantos dias que se halla mi parte preso, sin que hasta hoy se le haya dicho la causa de su prision, faltando en esto á lo prevenido por el derecho, y mucho mas en haberle privado de su libertad con notable perjuicio de sus feligreses; sin haber sido antes amonestado conforme al espíritu del evangelio; en cuya atencion:

A V. S. suplico se sirva ponerle en libertad, oirle de plano sus defensas, reponiendo todo lo obrado en este particular, protestando de lo contrario usar del Real auxilio contra la fuerza, pues asi es justicia &c.

Si no accede el eclesiástico, se pone otra pretension en los mismos términos; y si aun manda guardar lo proveido, se acude á la chancillería con queja en la forma siguiente.

M. P. S.

F., &c., ante V. A. por el recurso en el modo, ó por el que mas haya lugar en derecho, digo: que el provisor de &c., puso preso á mi parte en tal dia, sin que hasta el presente se le haya puesto en libertad, ni manifestado la causa de su prision, y sin que anteriormente se le haya reprendido ni amonestado conforme al espíritu del evangelio; en todo lo cual hace notoria fuerza á mi parte, la cual alzando y quitando:

A V. A. suplico se sirva mandar librar vuestra Real provision ordinaria para que el notario ante quien obran los autos, los remita originales, citadas las partes, y en su vista declarar que el citado provisor hace fuerza en el modo de proceder, mandándole en su consecuencia ponga en libertad á mi parte, reponiendo lo obrado, y oyéndole conforme á derecho sus defensas; pues asi es justicia que pido con costas &c.

MÉTODO PARA INTRODUCIR EL RECURSO SOBRE PROTECCION DE REGULARES.

M. P. S.

Manuel Estevan de San Vicente, en nombre y virtud de poder que en debida forma presento y juro del P. F. N., de la orden de N., del convento de N., de esta Corte, ante V. A. por el recurso de proteccion, ó por el que mejor proceda y mas haya lugar en derecho, parezco y digo: que habiendo mandado el Padre prior de dicho convento, de acuerdo sin duda con el Padre provincial, se pusiese á mi parte preso en el calabozo subterráneo, que en él sirve de cárcel, ha permanecido alli por espacio de cuatro años, no suministrándosele para su manutencion en dicho tiempo mas que pan y agua con muchísima escasez.

Aunque en este intermedio ha solicitado por medio del Padre carcelero, que sus prelados le dijesen la causa de tan riguroso castigo, y se le oyesen sus defensas, nada ha podido conseguir en este particular, hasta negársele el consuelo de tinta y papel para poder hacer llegar sus quejas á los oidos de sus superiores.

En este apuro y conflicto no ha podido hallar otro remedio para salir de la opresion, que evadirse de la cárcel, y venir á implorar la proteccion de este supremo tribunal contra tanta fuerza y violencia; lo que ha podido lograr mediante el socorro de algunos religiosos, que compadecidos de su infeliz situacion, le han auxiliado á salir de ella. No tiene mi parte mas documentos por ahora para acreditar la violencia, que el aspecto lastimoso que presenta su persona cubierta de miseria y su rostro desfigurado.

En este estado, pues, se presenta y pone bajo el amparo y proteccion del Consejo; pero para que se descubra y acredite la opresion é injusticia notoria:

A. V. A. pido y suplico, que habiendo por presentado el poder y á mi parte personalmente, se sirva mandar se notifique al citado Padre prior de dicho convento entregue los autos que hubiere formado en la presente escribanía de Cámara; y caso de no haberlos, exprese los motivos que él y su antecesor han tenido para tan violentos procedimientos: y en vista de todo declarar que aquel prelado hace notoria fuerza en conocer y proceder como conoce y procede; ó mandar se le oigan sus defensas, y proceda en ellas conforme á derecho, depositando en el interin á mi parte en el convento que fuere del agrado de

V. A., tomándole bajo su proteccion para que no se le moleste: que asi procede en justicia que pido &c.

Si el convento está fuera de la ciudad en donde reside la audiencia, chancillería ó Consejo, en que se introduce el recurso, se pide la ordinaria para la remision de autos.

PEDIMENTO ANTE EL CONSEJO DE CASTILLA PARA INTRODUCIR EL RECURSO DE FUERZA EN NO OTORGAR LAS APELACIONES LEGÍTIMAMENTE INTERPUESTAS.

M. P. S.

F., en nombre de N., de quien presento poder en debida forma, por el recurso de fuerza en no otorgar, ó por el que mas haya lugar en derecho parezco ante V. A.; y quejándome de la que á mi parte hace el reverendo Nuncio de su Santidad en los autos que sigue con B. sobre esto, y especialmente en el de tantos, por el cual declaró esto, digo: que interpuesta apelacion por mi parte, se la denegó (en uno ó ambos efectos) por su auto de tantos; y habiendo pedido reposicion de él, mandó sin embargo dicho reverendo Nuncio cumplir y llevar á efecto lo providenciado; en lo cual hace notoria fuerza, y para alzarla:

A V. A. suplico, que habiendo por presentado el poder, y á mi parte en este recurso, se sirva mandar que el notario ante quien pasan los autos venga á hacer relacion de ellos al Consejo, citadas las partes; y en su vista declarar que dicho reverendo Nuncio, en no otorgar la apelacion interpuesta por mi parte, hace y comete notoria fuerza, la que alzando otorgue y reponga. Pido justicia, costas, juro &c.

Nota. Si los autos se siguen fuera de la Corte, se pide provision ordinaria eclesiástica, para que el notario ante quien penden, los remita integros y originales al Consejo.

CAPITULO OCTAVO.

Del recurso de nuevos diezmos, y del que se introduce cuando los jueces eclesiásticos mandan exigir rediezmo de los frutos que se hubiesen ya diezmado.

§. 1. Dos especies de recursos de nuevos diezmos: la primera es cuando el eclesiástico ú otro preceptor de diezmos quiere exigirlos de una cosa ó fruto que no hay costumbre de diezmar, ó en mayor porcion de lo que hasta entonces se habia diezmado. La segunda especie versa acerca de los diezmos que antes se decian exentos, y eran los que devengaban los predios que poseian los eclesiásticos, cuya exencion se derogó por la bula de Pio VI para la mejor dotacion de curatos y beneficios.

2. Para que tenga lugar el recurso de la primera especie no bastan algunos actos que se aleguen en contrario, sino que es necesaria la costumbre de no pagar diezmos.

3 y 4. Para constituir esta costumbre y formar la prescripcion, es necesario el tiempo de cuarenta años.

5 y 6. Por auto de la sala de justicia del Consejo de 24 de octubre de 1761, se mandó que de aquella fecha en adelante introduciéndose semejantes demandas, aunque sea por persona particular, sentando no haber pagado tal diezmo ó rediezmo en el pueblo de su domicilio, y ser en su perjuicio y en el de los demas vecinos de él, se despache la ordinaria, no obstante la práctica que hasta entonces habia habido.

7. Trámites que se siguen en la introduccion y sustanciacion de este recurso.

8 y 9. Práctica que se observa en cuanto á la segunda especie de recurso de nuevos diezmos, que versa acerca de los que antes se decian exentos.

10. El recurso de nuevos diezmos se introduce no solo cuando proceden y hacen novedad los jueces eclesiásticos, sino cuando conocen los jueces Reales.

11. Todo pleito que puede suscitarse acerca de diezmos que no sean nuevos, debe proponerse en las audiencias de su distrito, cuando se disputa sobre el derecho de percibir diezmos, pero tratándose del hecho, esto es, si se han pagado ó no, pertenece el conocimiento al juez eclesiástico.

12. Al Consejo solo corresponden los recursos de nuevos diezmos primeramente di-

chos no los *novales*, y con especial privilegio para no diezmar, cuando se siembran distintas especies de las que acaso se tuvo en consideracion cuando aquel se concedió.

13. De la fuerza en conocer y proceder que hacen los jueces eclesiásticos, mandando exigir rediezmo de los frutos que hubiesen ya diezmado.

14. Diferencia de este recurso al anterior.

15. Donde haya costumbre continuada por tiempo de diez años de pagar el rediezmo, podrán exigirle los eclesiásticos.

16. Del recurso de nuevas primicias, semejante en un todo al de nuevos diezmos.

1. En el dia se conocen dos especies de recursos de nuevos diezmos: la primera y mas conocida por ser mas frecuente en los tribunales, y hablar de ella una ley de la Novísima Recopilacion (1), es cuando el eclesiástico ú otro preceptor de diezmos quiere exigirlos de una cosa ó fruto que no hay costumbre de diezmar, ó en mayor porcion de lo que hasta entonces se habia diezmado. La segunda especie de este recurso versa acerca de los diezmos que antes se decian exentos, y eran los que devengaban los predios que poseian los eclesiásticos; cuya exencion se derogó por la bula de Pio VI, para la mejor dotacion de curatos y beneficios; pero advirtiendo que no todos los curatos estaban incóngruos, y que las utilidades provenientes de semejante derogacion podrian mas bien emplearse en subvenir á las necesidades del estado, y en especial á la extincion de vales Reales; se impetró nueva bula para este fin, haciendo colector único de ellos al Católico Monarca, lo que en efecto se verificó por bula de Pio VII (2).

2. En orden á la primera de estas dos especies de recursos se debe observar ante todo, que siendo general la obligacion de pagar diezmos de todos los frutos que produzcan las tierras, los ganados y cualesquiera otros bienes (3); para que tenga lugar el recurso no bastan algunos actos que se aleguen en contrario, sino que es necesaria una costumbre de no pagar diezmos, en virtud de la cual salieron los moradores de algun pueblo de la

1 Ley 7. tit. 6. lib. 1. Nov. Rec.

2 Gomez Negro, *Elementos de práctica forense*, pag. 155.

3 Asi lo ordena nuestra santa madre iglesia en su quinto mandamiento, el concilio lateranense cuarto general en el cap. 51, el de Constanza del año 1415, el de Trento en la ses. 25. cap. 12 *de reformat.* y los cap. 5. y siguientes ext *de decimis*, con la Clementina 1. del propio tit.; la ley 1. tit. 6. lib. 1. Nov. Rec. y otras del tit. 20. Part. 1.

primitiva obligacion en que estaban comprendidos por la ley general, habiendo adquirido por este justo título su libertad.

3. Por lo que hace al tiempo que se necesita para formar esta costumbre y ponerse en libertad de no pagar, hay dificultad, por cuanto la citada ley 7. tit. 6. lib. 1. Nov. Rec. no lo expresa, ni los autores estan conformes en este punto. Acevedo en su comentario á dicha ley dice que la costumbre de no pagar diezmos debe ser inmemorial, y que no se admite, siendo de menos tiempo, el recurso que sobre ella se hace al Consejo. Asi opinan tambien Diego Perez (1) y Rebufo (2); pero el señor Covarrubias refutando á los que llevan esta opinion (3) dice, que basta el tiempo de cuarenta años para formar la prescripcion, con cuyo dictamen coincide Suarez (4), quien entiende ser necesario el mismo tiempo de los cuarenta años para introducir costumbre que sea contraria á las leyes eclesiásticas. Van-Spen (5), haciendo mérito de nuestra ley Real, y de la inteligencia que la dió el señor Covarrubias en el lugar citado, dice: que el autor de esta ley lo habia sido tambien de los edictos anteriores publicados y observados en los estados que poseía en Flandes y en otras provincias; en las cuales mandó que se exigiesen y pagasen los diezmos con arreglo á la condicion ó costumbre de los lugares y regiones, y que los clérigos no intentasen exigirlos de los frutos de que antes no se hubiesen pagado. Motiva este legislador su providencia en que los eclesiásticos, siguiendo el rigor de la ley general, pretendian exigir diezmos de todos los frutos, sin atemperarse á la costumbre que era ley especial y de superior autoridad; y en que de esta novedad nacian disensiones turbadoras de la tranquilidad pública, contrarias al espíritu de la iglesia y perjudiciales al estado.

4. Las dificultades que se excitaron en la inteligencia del referido edicto, dieron justo motivo para que se declarasen por otros posteriores, en los cuales entre otras cosas se expresan y señalan cuarenta años en que no se haya pagado diezmo de algunos frutos, para graduarlo, si lo pidiesen despues los eclesiásticos, de novedad turbativa y comprendida en la prohibicion del primer edicto; y constando en esta primera ley claramente la

1 En la ley 1. tit. 5. lib. 1 del Ordenamiento Real, columna. 123. vers. *Non solvendi.*

2 Tract. *de decim.* quæst. 13. num. 53. al fin.

3 Lib. 1. *Var.* cap. 17. num. 8. vers. 9.

4 *De legib.* lib. 7. cap. 18. num. 12.

5 Tom. 2. *in jus ecclesiast. univ.* cap. 2. *de decim.*

intencion y voluntad del legislador en el particular, de que hubiesen pasado cuarenta años sin haberse pedido ni pagado diezmos, debe entenderse del mismo modo la citada ley 6. tit. 5. lib. 1, segun la regla que da el jurisconsulto Celso en la 67. §. 2. ff. *de suppellect. legat.*

5. Siendo el objeto de la citada ley 7. de la Novísima Recopilacion redimir á los pueblos de la turbacion general, escándalo y opresion que reciben con las demandas no esperadas que ponen los obispos y cabildos ante los jueces eclesiásticos, sobre que paguen diezmo de los frutos que por largo tiempo han percibido integramente; el Consejo entendió y observó tan à la letra esta ley en el punto de que fuese la misma villa ó comunidad la que propusiese el recurso por sí ó con poder especial, que habiéndolo intentado en el año de 1761 un particular por sí, y como apoderado de diferentes vecinos del lugar de Villa-Alio, concejo de Buron, motivándolo en que el cura y prior de San Martin de Suarna pretendian cobrar diezmo de la paja, de que nunca se habia pagado; dudó la sala de justicia si admitiria este recurso, porque no se proponia con el nombre de comunidad ó pueblo, y sí con el de vecinos particulares; y esto dió motivo á la sala para consultar la resolucion con el Consejo pleno, quien sin tomarla devolvió el expediente á la misma sala, para que por sí proveyese lo conveniente; y en su consecuencia proveyó auto en 24 de octubre del citado año 1761, en el cual refiere el recurso, y continúa diciendo: »Que estando prevenido que semejantes despachos no se libren sino á pedimento de concejo ó comunidad, y no de persona particular; para efecto de deliberar en este asunto se dió cuenta en Consejo pleno, el que acordó que esta sala providenciase lo conveniente en el asunto; en cuya consecuencia mandaban y mandaron que de aqui adelante, introduciéndose semejantes demandas, aunque sea por persona particular, sentando no haberse pagado tal diezmo ó rediezmo en el pueblo de su domicilio, y ser en su perjuicio, y en el de los demas vecinos de él, se despache la ordinaria, no obstante la práctica contraria que ha habido hasta aqui.''

6. En esta resolucion vino á decir el Consejo pleno, que no habia duda alguna en el punto que se le consultaba: porque motivándose el recurso en el supuesto de no haberse pagado diezmo en el pueblo de su domicilio, y que se pedia en perjuicio de la persona que le introducia y de los demas, le competia una accion popular, y tenia poder por la ley para defender

los derechos de la comunidad á cuyo nombre proponia el recurso (1).

7. El conocimiento de este recurso corresponde, como ya se ha dicho al supremo Consejo de Castilla, y se introduce en la sala de justicia por medio de una peticion, en que se refiere haber querido exigir ó exigido diezmo de especie ó frutos que antes no se diezmaban; para lo que se suele presentar una informacion ó testimonio supliendo la costumbre en contrario. Se libra en consecuencia la provision ordinaria de nuevos diezmos, en la cual se mandan dos cosas: 1.ª que los jueces eclesiásticos no hagan novedad respecto al estado que tenia la causa cuando se remitió al Consejo (2): 2.ª que remitan el proceso original. Venido se entrega á las partes por su orden, y se sustancia por el mismo método que se observa en los procesos que van por apelacion al Consejo, admitiéndose súplica de la sentencia que diere. Este método no altera sin embargo la naturaleza del conocimiento extrajudicial que corresponde en esta fuerza como en todas las demas para removerla y alzarla; la razon es porque la instruccion y pruebas que suministran las partes y recibe el Consejo se limitan á los hechos en que se funda el recurso, y no constan del que se empezó en el tribunal del eclesiástico. Por otra parte, como en estos recursos de nuevos diezmos es menor el inconveniente que trae la dilacion de su curso, pues desde el punto que se presentan provee el Consejo interinamente que no se haga novedad; de aqui sin duda dimana la diferencia de sustanciacion en este recurso con respecto de los demas. Declarándose en revista legítima la costumbre de no pagar diezmos, se fenece el recurso sin otra instancia (*).

8. Viniendo ahora á la segunda especie de este recurso, que como dije en el párrafo 1. versa acerca de los diezmos que antes se decian exentos, se originan continuamente disputas sobre la inteligencia de la bula; pues en esta se dice que no comprende las exenciones obtenidas por causa onerosa; ya sobre si el privilegio está obtenido en términos que no puede derogarse por

1 §. 1. *Institut. de public. judiciis*, ley 27. §. 4. ff. *de pact.* ley 7. *de jurisdic.* ley 30. §. 3. *de jurejur.*

2 Esto es conforme á la citada ley 7 de la Nov., la cual dice asi: «mandamos á los del nuestro Consejo que llamadas las personas que vieren que cumple platiquen sobre ello, y lo provean como convenga; y entre tanto no consientan ni den lugar que se *haga novedad*.

* En el recurso de nuevos diezmos lo que viene á declararse con la ejecutoria del Consejo es, que no hay costumbre en un pueblo ó provincia de pagar el diezmo que se pide. Dictamen del ilustre colegio de abogados de Madrid, num. 75 y 85.

las palabras de la bula, y es lo que pretenden algunas comunidades; ó ya sobre si los curas, beneficiados y capellanes á quienes se quiere hacer diezmar, no tienen cóngrua suficiente para mantenerse, en cuyo caso no debe su Magestad hacer uso del privilegio.

9. En estos casos está mandado, que despues de haber pagado todos los diezmos que corresponden à los frutos cogidos por los interesados ó sus arrendatarios, exponga el Consejo de Hacienda las razones que le asistan para no creerse comprendidos en la derogacion, sobre lo cual se suele formar un expediente instructivo que se dirige al ordinario de aquella diócesis, ó á otro comisionado, para que concluido lo remita al Consejo, en el que, previo el parecer del fiscal, se decide lo conveniente con arreglo à derecho.

10. El recurso de nuevos diezmos se introduce no solo cuando proceden y hacen novedad los jueces eclesiásticos, sino cuando conocen los jueces Reales, por dos razones: la primera, porque la ley no distingue de jueces, y asi los abraza todos: la segunda, porque este recurso trae consigo caso de corte y proteccion contra poderosos (1).

11. Todo pleito que puede suscitarse acerca de diezmos que no sean nuevos, debe proponerse en las audiencias de su distrito, segun la práctica que en el dia se observa. Pero está tambien introducido, que esto solo se haga cuando se disputa el derecho de percibir diezmos. Tratándose de hecho, esto es, si se han pagado ó no, pertenece el conocimiento al juez eclesiástico.

12. Para mayor claridad se debe advertir, que al Consejo solo corresponden los recursos de nuevos diezmos primeramente dichos, no los *novales*, y con especial privilegio para no diezmar cuando se siembran distintas especies que las que acaso se tuvo en consideracion cuando aquel se concedió; pues estos deben igualmente ventilarse y decidirse en las audiencias; teniendo siempre presente que toda causa de diezmos que con arreglo á lo dicho corresponda à las audiencias, es apelable à las chancillerías, donde tambien se admite súplica (2).

13. Paso ahora á tratar de la fuerza en conocer y proceder que hacen los jueces eclesiásticos, mandando exigir rediezmo de los frutos que hubiesen ya diezmado. De esta materia habla la ley 8. tit. 6. lib. 1. Nov. Rec., la cual consta de dos partes: en

1 Covarr. *Máximas sobre recursos de fuerza*, tit. 26 §. 5.

2 Gomez Negro, *Elementos de pract. for.* pag. 156 y 157.

la primera se contiene la súplica que hicieron los reinos á su Magestad, para que se sirviese proveer que »no se pidiese ni se tornase á pedir ni llevar rediezmo por los prelados ni otras personas eclesiásticas." En la segunda parte dice la ley: »mandamos que en el nuestro Consejo se den las provisiones y cédulas necesarias contra los dichos prelados y personas eclesiásticas y sus jueces, para que no consientan ni den lugar que se haga novedad en el llevar el dicho rediezmo."

14. Cotejando esta ley con la anterior, en que se trata del caso en que se piden nuevos diezmos, se nota la diferencia que en esta se motiva por fundamento esencial de la queja ó recurso, la costumbre en que estaban las villas y lugares de no pagar diezmo de algunos frutos, y la novedad que contra ella introducian algunos eclesiásticos pidiéndole; pero en la ley que trata de los rediezmos, nada se dice de costumbre acerca de no exigirlos, la cual prueba no ser necesaria, y que para introducir el recurso, basta el solo hecho de que intentan los eclesiásticos exigir rediezmo de lo que ya se hubiese pagado, y asi lo consideraron los reinos para justificar su peticion ó súplica. La razon de esta diferencia es bien clara. La obligacion que tienen los fieles es de contribuir con la décima parte de los frutos que recojan para servicio del culto divino, y decorosa manutension de sus respetables ministros; en recompensa del pasto espiritual que dan con sus oficios á los cristianos; pero no se extiende dicha obligacion á pagar rediezmo; y asi cuando los eclesiásticos quieran exigirle se excederán, pues piden unos frutos que no les pertenecen, y que son en si mismos temporales, perteneciendo á una persona lega por un titulo antiquísimo de dominio en los bienes que los producen. Por consiguiente, como los eclesiásticos no tienen titulo alguno para exigir rediezmo, basta el solo hecho de pedirle para justificar la queja, lo cual no sucede en el recurso de nuevos diezmos; pues como es obligacion general pagar el diezmo de todos los frutos, solo se eximirán de ella los que acrediten por la costumbre inmemorial ó de cuarenta años no haberlos pagado.

15. No obstante lo dicho en el párrafo anterior, donde haya costumbre de pagar el rediezmo, ó sean dos diezmos de unos mismos frutos, podrán exigirle los eclesiásticos, pues por la citada ley 8 de la Novísima no se prohibe absolutamente que pueda llevarse rediezmo, como parece que pretendieron los reinos, sino que manda únicamente que en exigir ó llevar el rediezmo no se haga novedad; esto es, que si hasta entonces no se hu-

biese llevado, no se permitiese llevar; y lo mismo procede en cualquier tiempo y caso en que pretendan exigirle, si antes no le hubiesen pagado: asi entiende dicha ley el señor Conde de la Cañada (1), cotejando la resolucion del Soberano con la súplica de las cortes, y efectivamente esto es lo que manifiestan las palabras de la ley. Mas para constituir esta costumbre en que se funda el derecho de pedir rediezmo, é impedir este recurso, no basta que los vecinos hayan pagado voluntariamente el rediezmo algunos años, sino se completa el número de diez contínuos, que es el tiempo suficiente para formar costumbre en estos actos piadosos á favor de la iglesia (2). Por conclusion los eclesiásticos han de probar plenamente la costumbre de haberse pagado rediezmo, en lo que se diferencia esencialmente este recurso del anterior.

16. Acerca de las primicias, aunque las leyes citadas no hablan de ellas expresamente, por identidad de razon debe regir la misma doctrina; de modo que exigiéndose algunas nuevas primicias por los párrocos á sus feligreses sobre las que acostumbraron pagar, tienen estos expedito el recurso de nuevas primicias al Consejo en sala de justicia, apoyado en los mismos principios de perturbacion de hecho con agravio de una comunidad ó república que tiene derecho á conservarse en sus usos y costumbres, segun expuso el señor Elizondo á la Real chancillería de Granada, siendo fiscal de ella, en unos autos de fuerza sobre exaccion de nueva primicia (3).

APÉNDICE Á ESTE CAPÍTULO.

En el reino de Valencia hay un juez llamado de diezmos, que conoce en primera instancia de todas las causas relativas á estos asuntos con apelacion á la Real audiencia, á la cual se mandó por Real orden de 23 de setiembre de 1687 que no admita recursos en causas de diezmos, lo cual está tambien prevenido en varios fueros (4).

Para conocer bien el origen de este juzgado, debe saberse que el sumo Pontífice Alejandro II concedió á Don Sancho Ramirez, rey de Aragon, y á sus sucesores, las iglesias que fundase en su reino, ó en las tierras que conquistase de los infieles, con

1 En la citada obra, part. 2. cap. 2.

2 Cevall. *Com. cont. com.* quæst. 897. Covarr. *Var.* lib 1. cap. 17. num. 3 Avendañ. *in cap. prætor.* part. 1. cap 1. num. 25. Señor Conde de la Cañada en la citada obra, part. 2. cap. 2. §. 13.

3 Elizondo. *Pract. univ. for.* tom. 4. pag. 4-5 § 11.

4 Por 20 *de decim. act. cur. anni* 1547. y 2 *anni* 1552, *Irach. eccl.*

los diezmos y primicias pertenecientes á ellas, dejando á su cargo el dotarlas con estos ó los otros bienes, cuya donacion confirmó Gregorio VII por su bula, de la cual no puede dudarse, aunque se dude de su fecha. En consecuencia de lo dicho son estos bienes temporales; y aunque su Magestad dió las dos partes de ellos á las iglesias, con todo quedaron sujetas á la Real jurisdiccion por lo mismo que la recibieron de su mano (1).

El juez de diezmos tuvo principio en tiempo del rey Don Jaime, quien se dignó serlo por sí. Despues parece que por benignidad de los Reyes se cometió el conocimiento á los mismos jueces eclesiásticos, nombrando su Magestad un portero ejecutor, como en señal de que la jurisdiccion de aquellos era suya.

De esto resultó sin duda que se llegase á disputar si pertenecia al eclesiástico esta jurisdiccion, y aun el que se engañase en creerlo la piedad de nuestros Príncipes, segun consta de varios fueros (2), pero mas bien informados, primero por permiso, y despues por expresa voluntad, trasformaron en jueces ordinarios á los porteros, y quitaron la jurisdiccion al eclesiástico (3).

Formulario correspondiente á este capítulo.

MODO DE INTRODUCIR EL RECURSO DE FUERZA SOBRE NUEVOS DIEZMOS.

M. P. S.

N., en nombre y en virtud del poder especial que en debida forma presento del concejo y vecinos de la villa de N., ante V. A. me presento por el recurso de fuerza, proteccion, queja y agravio, ó por el que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del provisor de la ciudad de N., especialmente de los que ha proveido á instancia del reverendo obispo y cabildo de dicha ciudad, mandando que mis principales le paguen diezmos de tales frutos producidos en los términos y tierras de dicha villa, y de la lana de los ganados que pastan en ellos, citando y emplazando á los mismos para que si causa ó razon tuvieren para no hacerlo, acudan á deducirla en su tribunal den-

1 For. 6. *de jurisdict. omn. judic.* Bellug. *in spec. Princip.* rubr. 13. num. 14. verb. *restat.*

2 For. 4, 8, 9 y otros *de decim.*

3 Fernandez de Mesa, *Arte histórica y legal*, pag. 155 y 156, num. 166, 167, 168 y 171.

tro de quince dias perentorios; y digo: que en todo esto el citado provisor hace y comete notoria fuerza y violencia, turbando la tranquilidad pública de la expresada villa, y fatigando à todos sus vecinos, ó á la mayor parte de ellos, con la novedad no esperada de que pidan y demanden el obispo y cabildo ante el referido juez eclesiástico el diezmo de tales y tales frutos, sin embargo de constarles y ser notorio en dicha villa y en otros pueblos comarcanos, que la cosecha de los referidos frutos es y ha sido antigua, comun y cuasi general en la expresada villa: que sus respectivos dueños, labradores, hacendados y colonos, los han percibido enteramente desde su origen, por mas tiempo continuo de cuarenta años; y tanto que no hay memoria en contrario de que se haya pagado diezmo de dichos frutos, ni otra porcion alguna al reverendo obispo y cabildo de la expresada villa; por tanto:

A V. A. suplico, que habiendo por presentado el poder, y en vista de lo expuesto, se sirva librar la Real provision ordinaria de nuevos diezmos, para que se remitan al Consejo los autos originales del eclesiástico, y en su vista proveer y declarar la fuerza que hace y comete dicho provisor; mandando que entre tanto no se haga novedad.

CAPITULO NONO.

Del recurso de fuerza sobre millones.

§. 1. Origen y naturaleza de la contribucion de millones, acerca de la cual pueden hacer fuerza los eclesiásticos de tres modos. 1.° En conocer y proceder, impidiendo al administrador de rentas Reales el que se practiquen los aforos y registros. 2.° En el modo de conocer y proceder, usando de procedimientos ordinarios, sin embargo de ser estos pleitos de suyo ejecutivos. 3.° En no otorgar, absolviendo injustamente al clérigo, y denegando á los administradores las apelaciones de sus sentencias.

2. Fundamentos en que se apoya el primero de estos tres recursos.

3. De los mismos principios dimana la obligacion que tienen los clérigos de manifestar y registrar las cosas ó mercaderías que trasportan de un lugar á otro.

4. Algunos autores opinan que tiene lugar el recurso de fuerza en conocer y proceder, no solo en el caso dicho del aforo, sino tambien en cuanto á la exaccion del tributo.

5. Dictamen contrario del señor Ramos del Manzano, y razones en que se funda.

6. Argumentos con que rebaten dichas razones los autores que sostienen la opinion contraria.

1. La contribucion de millones es un tributo impuesto de tiempo antiguo, con nombre de Sisa, sobre la carne, vino, aceite y vinagre que se vendiere por menor (1), cuya imposicion se extendió tambien á los eclesiásticos. Por bulas de los sumos Pontífices Clemente VIII y Gregorio XIII se mandó que pudiese procederse á su exaccion por los jueces legos; pero despues se reformaron estas bulas por otras de Alejandro VII y Clemente XII, en las cuales se mandó que los eclesiásticos solo pudiesen ser compelidos por sus privativos jueces al pago de este tributo. Estos pueden hacer fuerza de tres modos: 1.° en conocer y proceder, impidiendo al administrador de las rentas Reales el que se

1 La primera concesion del servicio de millones la hizo el reino al señor Don Felipe II el año de 1590 para la guerra de Flandes por seis años. Desde entonces se fue prorogando el servicio de seis en seis años; y se impetraron bulas de su Santidad para que los clérigos contribuyesen.

practiquen los aforos y registros, ó que se le niegue la manifestacion de aquellas especies: 2.° en el modo de conocer y proceder, usando de procedimientos ordinarios, sin embargo de ser estos pleitos de suyo ejecutivos: 3.° en no otorgar, absolviendo injustamente al clérigo, y denegando á los administradores las apelaciones de sus sentencias.

2. En cuanto á la primera de dichas tres fuerzas, es preciso explicar los fundamentos en que se apoya este recurso. No hay duda que los clérigos no pueden resistirse á que se les afore, porque el Soberano debe saber lo que se extrae y vende, y los frutos que son propios suyos, para ser ó no exentos de derechos. Por otra parte semejante registro no perjudica al estado eclesiástico, ni vulnera en nada sus privilegios; pues aunque algunos autores dicen que las casas de los clérigos gozan de inmunidad, y que por costumbre corresponde al eclesiástico hacer estos aforos; lo primero no es cierto, pues los jueces Reales pueden lícitamente entrar en las casas de los clérigos para el uso y ejercicio de su jurisdiccion, y asi pueden introducirse para prender á los reos legos, y sacar los bienes de los deudores que se refugien á ellas (1). En cuanto á lo segundo, es constante que la costumbre no puede perjudicar á las regalías de su Magestad, porque estas son imprescriptibles. Sin embargo para evitar disputas y competencias, en caso de verificarse tal costumbre, podrá el juez eclesiástico hacer el aforo, descripcion ó registro con intervencion del juez Real, lográndose de este modo el fin, y quedando ilesa la regalía (2).

3. De los mismos principios dimana la obligacion que tienen los clérios de manifestar ó registrar las cosas ó mercaderías que trasportan de un lugar á otro, para evitar fraudes, en perjuicio de la Real Hacienda, con pretexto de la inmunidad. Y asi en el caso de que extraigan los frutos sin esta previa licencia, puede el juez Real darlos por de comiso; y si el eclesiástico intenta inhibirle, deberá introducir el recurso de fuerza en conocer y proceder (3). Tambien estan sujetos los clérigos como los legos á la tasa que se ponga para vender granos ú otros géneros, como igualmente á usar de medidas cabales ó marcadas con la marca pública, so pena de incurrir en la misma pena que los legos; y acerca de la ejecucion de esta pena dice el célebre Bobadilla lo siguiente (4): »Si el clérigo vendiese el trigo ó el pan cocido, ó el vino, fruta ú otros mantenimientos á mas de la tasa ó postura,

1 Salced. lib. 1. *de leg. polit* cap. 20. num. 49. Cortiad. part. 4 decis. 237. num. 6.
2 Covarrub. citando á Castro y Ramos del Manzano, tit. 16. §. 22.
3 Covarrub. alli, num. 23.
4 Lib. 2. cap. 18 num. 122.

y por ello segun ley ú ordenanza lo tuviese perdido, podrá la justicia seglar tomárselo por haber caido en comiso, ó aplicarlo conforme á la ley." Ultimamente estan obligados los clérigos igualmente que los legos á observar los estatutos generales que haya en los pueblos para la extraccion ó introduccion de frutos ó mercaderías, pudiendo el juez Real quitarles lo que extraigan contra dicha prohibicion (1).

4. Algunos autores opinan que tiene lugar el recurso de fuerza en conocer y proceder no solo en el caso dicho del aforo, sino tambien en cuanto á la exaccion del tributo; pues suponen que el administrador puede proceder, no directamente contra las personas de los clérigos, sino contra sus bienes, y que si el eclesiástico le perturba, pobrá introducir este recurso. Los fundamentos en que se apoyan son los siguientes. Este tributo se rebaja de la medida ó peso, ó se quita de su precio; de modo que los compradores son regularmente los que lo pagan, quedando en poder del vendedor á manera de depósito. Asi que los clérigos, cuando venden los frutos de sus haciendas por menor y medida sisada, todo lo que dan de menos en la medida es propiamente el tributo Real que paga el comprador para la contribucion del servicio que el reino concede, y esta cantidad queda depositada en su poder, de modo que en tales casos el clérigo es un mero depositario á quien constituye por tal el Soberano: y asi como el clérigo que recibe un depósito de mano del juez Real puede ser apremiado indirectamente á su entrega (2), podrá tambien ser reconvenido ante este por el depósito que ha recibido de su Soberano. Pero aun cuando no se le considerase como depositario, por lo menos deberá tenérsele por un administrador de aquella contribucion que ha recibido, en cuyo caso no hay duda que el juez Real puede proceder contra él. Ademas el clérigo que recibe el tributo del comprador se hace deudor del fisco por la misma cantidad, y es indudable que todo deudor del fisco debe ser reconvenido ante el juez del mismo fisco, aunque sea clérigo. Por otra parte el clérigo que no restituye el tributo que recibe por causa de lucro, hace un comercio absolutamente pro-

1 Cortiad. part. 4. decis. 209. num. 28 y 43.

2 Aunque es regla inconcusa en el derecho, que el juez Real puede apremiar al eclesiástico á que vuelva el depósito que ha aceptado de su mano; tiene sin embargo esta regla sus excepciones. Cuando el clérigo recibe un depósito de mano de un particular, se le debe pedir la restitucion en su propio fuero; pero en el caso de la cuestion, el clérigo no es depositario convencional, sino del Príncipe ó de sus oficiales, ó mas bien tárito administrador de sus derechos Larrea alleg 27 num 6 Salgad *de reg protect* part 4 cap. 14. num. 103. Castro *allegat.* num. 268.

hibido; porque recibiendo un precio que corresponde á la medida cabal, dándola falta y sisada, recibe mas de lo que da con engaño conocido: es asi que el clérigo tratante puede ser compelido por el juez Real á pagar las alcabalas que adeuda; luego con mucha mayor razon se le podrá reconvenir en el tribunal Real, como deudor de los Reales derechos, por su negociacion indecorosa y prohibida á su estado.

5. De diferente modo que estos autores opina el célebre jurisconsulto señor Ramos del Manzano diciendo, que si el administrador procede por sí con la jurisdiccion Real que ejerce contra el clérigo que vende por menor los géneros sujetos á sisas y de su cosecha para que entregue las porciones que el comprador le deja, y el juez eclesiástico le inhibe, defendiendo el fuero con censuras; no puede haber lugar al recurso de fuerza en conocer y proceder; y que en el caso de introducirse, deberá declararse que el eclesiástico no la hace por ahora, porque le pertenece el conocimiento. Las razones en que se funda esta opinion son las siguientes. 1.ª Que la bula de concesion previene que se apremie á los clérigos por medio del juez eclesiástico. 2.ª Que la causa de haberlo mandado asi su Santidad, fue con el objeto de que los jueces seglares no apremiasen á los clérigos, pues seria indecoroso al estado eclesiástico y contra sus privilegios. 3.ª Porque el clérigo que vende por menor, no es depositario voluntario de lo que deja en su poder el consumidor, sino necesario.

6. Estos tres argumentos del señor Ramos se disuelven por los autores de la opinion contraria del modo siguiente. Aunque se previene en las bulas de concesion que deba procederse á la cobranza por el juez eclesiástico, esta doctrina y decision solo tiene lugar cuando se trata de la exaccion de un tributo que deben pagar los clérigos por razon de la concesion pontificia; pero no cuando se trata de la cobranza de un tributo que ha pagado el consumidor; porque en este caso no se vulnera el privilegio eclesiástico, ni es necesaria tampoco para esto la concesion pontificia (1). Al segundo argumento responden que no es indecoroso para los eclesiásticos tal procedimiento, ya porque son vasallos del Rey como los demas, y solo tienen un privilegio particular que les ha concedido; ya tambien porque el juez Real procede solo indirectamente contra los bienes para

1 Balmaseda *de collect.* quæst. 19. num. 19. Carden. de Luc. num. 2. *de regal.* disc. 52. Cortiad. part. 4. decis. 221 y otros.

el cobro de un tributo depositado y destinado para el bien comun de la sociedad. A la tercera razon que se funda en ser el clérigo que vende por menor depositario por necesidad y no voluntario, satisfacen dichos autores diciendo, que los clérigos cuando venden sus frutos por menor, no solo cargan voluntariamente con la administracion de las sisas, por cuanto podian venderlos por mayor, sino que esto lo hacen tambien con la mira de ganar; y asi se les debe considerar como tratantes y negociadores. Llevado de estas consideraciones el señor Covarrubias es de opinion, que teniendo la Real jurisdiccion fundada de derecho su intencion para compeler y apremiar á los clérigos por via extraordinaria á la restitucion de este tributo, siempre que el juez eclesiástico le embarace y perturbe, hay lugar al recurso de fuerza en conocer y proceder, porque se perturba la Real jurisdiccion que es competente, y á la que toca el conocimiento. Aun añade este autor, que en su concepto solo el juez Real es el competente en este particular; pues aunque es cierto que las sisas penden de la próroga del servicio y de la concesion, y asi no pueden considerarse como unidas é incorporadas perpetuamente á la corona, como dice el señor Ramos; sin embargo tambien es cierto, segun el mismo, que en todo el tiempo que duran se consideran como derechos Reales, mayormente despues de la última prorogacion; lo que basta para que el conocimiento sea privativo de la jurisdiccion Real, como se previene en la ley 3. tit. 10. lib. 6. Nov. Rec., la cual especificando los negocios pertenecientes á la jurisdiccion del Consejo de Hacienda, y á la contaduría mayor, dice asi en el capítulo 25: »Y por cuanto por las dichas leyes y ordenanzas está proveido y declarado los negocios, cosas y casos en que los oidores de la dicha nuestra contaduría mayor hayan de tener jurisdiccion, y de que pueden y deben conocer privative y á prevencion con los otros tribunales y justicias, mando, que los dichos oidores conozcan de todos los pleitos y causa de que hasta aqui conocia y podia conocer el nuestro Consejo de Hacienda, siendo pleitos de justicia entre partes, y de los que al presente estan pendientes en él, los cuales se le remitan; y de todos los pleitos de justicia entre partes sobre rentas Reales, pechos y derechos que se nos debieren, y fueren ocupados por cualesquier personas, y de todo lo anejo y perteneciente á ellos; y de los pleitos sobre exenciones que se pretendan de pagar alcabalas y tercias, pechos y derechos y otras rentas nuestras, como no pretendan dichas exenciones por razon de hidalguia; de los cuales conozcan pri-

vative asi en primera como en segunda instancia, aunque los dichos pleitos sean tales, que ni por razon de los casos ni de las personas no sean casos de corte, asi cuando por Nos y en nuestro nombre se pidiere, como cuando á Nos ó á nuestro fiscal se demandare."

Formulario correspondiente á este capitulo.

M. P. S.

F., en nombre de N., administrador general de rentas de tal parte, á V. A. por el recurso de fuerza en el modo de proceder y conocer, ò por el que mas haya lugar en derecho, me presento; y quejándome de la que á mi parte hace el provisor y juez eclesiástico de la misma calidad en los autos que sigue contra el presbítero D. N. de tal parte, sobre cobro del tributo de la sisa que debe pagar á su Magestad, digo que &c. (*aqui se refiere el hecho que da origen al recurso, y la providencia del juez eclesiástico*), en todo lo cual comete notoria fuerza; y para que esta se alce:

A V. A. suplico, que habiéndome por presentado en este recurso, se sirva mandar despachar su provision ordinaria eclesiástica de millones, para que el notario ante quien pasan los autos, los remita á este tribunal, y en su vista mandar que se lleven al Real y supremo Consejo de Castilla. Pido justicia, juro &c. (1).

1 Estos recursos se determinan en el Consejo por los señores de ambas salas de gobierno Si el administrador estuviere excomulgado por el eclesiástico, pedirá tambien en la audiencia *provision deprecatoria* para que aque le absuelva por el término de lo acordado de millones.

CAPITULO DECIMO.

De los recursos de retencion de bulas.

§. 1. En otro tiempo fue muy comun el uso de estos recursos por las causas que allí se expresan.

2. Real pragmática de 18 de enero de 1762, por la cual se mandó que se presentasen á su Magestad y al Consejo todas las bulas y letras apostólicas que vinieren de Roma, excepto las de la sacra penitenciaria.

3 hasta el 15. Otra Real pragmática de 17 de junio de 1768, cuyas disposiciones sobre el mismo asunto se insertan á la letra.

16 hasta el 70. Comentario de dicha Real pragmática en sus principales artículos.

71, 72 y 73. Real orden, por la cual se sirvió su Magestad mandar que se suspendiese el acudir á Roma derechamente y por los medios usados hasta entonces, en solicitud de dispensas, indultos y otras gracias, prescribiendo el modo de hacerlo en lo sucesivo. Abusos que se cortaron con esta Real resolucion.

74 hasta el 79. El señor fiscal y no la parte interesada es quien debe introducir este recurso, lo cual se prueba con varios argumentos y disposiciones legales.

80. Sin embargo luego que se haya introducido el recurso, y esté admitido por el Consejo, bien puede la misma parte agraviada adherirse á él en calidad de tercero coadyuvante.

81 hasta el 83. Se resuelve la siguiente duda. ¿Si estando pendiente el recurso, y apartándose de él los litigantes por concordia ó por otro medio, podrá no obstante continuarle el señor fiscal?

84 hasta el 86. Resuélvese otra cuestion; á saber: ¿si la retencion de las bulas ejecutadas por el comisionado puede enmendar directa ó indirectamente el daño que causaron?

87 hasta el 108. De los trámites de este recurso, ó sea el modo con que debe entablarse y proseguirse hasta su determinacion.

109 al 114. Efectos que produciría la retencion y súplica en el caso de que no conformándose su Santidad con lo determinado por el Consejo, expidiese nueves bulas en ejecucion de las primeras.

115. Se hacen dos observaciones: 1.ª que aunque el pase de las bulas se pide en sala primera de gobierno en el Consejo, sin embargo el juicio de retencion se remite á sala de justicia,

adonde corresponde la retencion de toda gracia que resulta en perjuicio de tercero. 2.ª La accion en este recurso es tan privilegiada como en todos los demas de fuerza y proteccion; y asi nunca prescribe por mas años que trascurran, especialmente por lo que toca á las regalías de la corona.

1. En otro tiempo fue muy comun el uso de estos recursos por las dos causas que expresa el señor Conde de la Cañada (1). 1.ª La provision de beneficios era el asunto que daba mas frecuentes ocasiones á su Santidad para ejercitar sus altas facultades, de que resultaban graves perjuicios á otros interesados; y como el concordato ajustado con la Santa Sede en el año de 1753 allanó todos los puntos de la materia beneficial, se cortó de una vez la raiz de los muchos perjuicios que por diferentes medios padecia la España en este punto. La segunda causa dimanaba de los juicios contenciosos en que los breves expedidos por su Santidad solian perjudicar á los derechos de las partes, y esta materia quedó tambien allanada con la ereccion del tribunal de la Rota de España.

2. Sin embargo de estos remedios aun quedaban otros muchos casos ó negocios en que las bulas expedidas por su Santidad pudieran causar perjuicio de tercero, ó á la causa pública, por no haber sido bien informado el Padre Santo en las preces, y haberse por consiguiente expedido el breve con los vicios de obrepcion ó subrepcion. Para cortar pues de raiz estos males, y evitar en lo posible todo recurso de esta especie, tuvo á bien el Soberano establecer por su Real pragmática de 18 de enero de 1762 el medio anticipado y oportuno de que se presentasen á su Magestad, y al Consejo todas las bulas y letras apostólicas que vinieren de Roma, á excepcion de las de la sacra penitenciaria, antes de darles curso en su ejecucion. Esta Real pragmática sufrió no obstante grandes contradicciones en su observancia, ya fuese por la novedad que introducia, ya por otras razones que no es del caso investigar. Lo cierto es que su Magestad tuvo á bien mandar por decreto de 5 de julio de 1763 que se sobreseyese en el cumplimiento de ella, y que se recogiese; con lo cual vinieron á quedar las costas en el estado antiguo que refieren las leyes, continuando los recursos de retencion, los cua-

1 En la citada obra, part. 2. cap. 7. §§. 1 y 2.

les llegaron á ser tan frecuentes que ocupaban en gran parte el cuidado del Consejo, y entorpecian el despacho de otros importantes negocios de gobierno y de justicia. Esta consideracion hizo proveer de oportuno remedio, mandándose por la ley 2. tit. 6. lib. 4. Nov. Rec. que todos los pleitos ó recursos pendientes en el Consejo, y los que vinieren á él en adelante sobre beneficios patrimoniales y eclesiásticos, los remitiese luego á las audiencias donde perteneciese su conocimiento, excepto aquellos que estuvieren ya sentenciados en vista, y los otros que por algunos respetos pareciese á su Magestad deberse retener en el Consejo.

3. Posteriormente se restableció dicha Real pragmática de 1763 por otra que se publicó en 17 de junio de 1768 (1), la cual tengo por conveniente insertar á la letra, explicando con la doctrina del señor Covarrubias la mayor parte de sus capítulos, por cuanto esta ley es la principal que rige en la materia: dice pues asi.

4. »Con el deseo laudable de que las bulas, breves y despachos de la corte de Roma tengan puntual ejecucion en mis reinos, evitando al tiempo de ella todo perjuicio ó desasosiego público; y en vista de la entera uniformidad con que los de mi Consejo, estando pleno, fueron de dictamen que residia en mi Persona legítima potestad y autoridad para ejecutarlo, establecí en 18 de enero de 1762 una pragmática sancion en que se prevenia la presentacion por punto general de los citados rescriptos, siendo esta regalía muy antigua y usada no solo por los Reyes mis gloriosos predecesores, sino tambien en otros estados y paises católicos. Habiéndose advertido que algunas cláusulas en la material extension de la expresada pragmática podian recibir un sentido equívoco, y pareciendo por la experiencia poderse excusar la presentacion en mi Consejo de algunos de estos rescriptos, tuve á bien por mi Real decreto de 5 de julio de 1763 mandar recoger la citada pragmática, para apartar todos los sentidos extraños y siniestras interpretaciones, con el fin de explicar en el asunto mis Reales intenciones. Y despues de un serio y maduro examen de los de mi Consejo en el extraordinario, con asistencia de los cinco prelados que tienen asiento y voto en él, y conformándome con su uniforme dictamen; he venido en ordenar á mi Consejo restablezca el uso de la enunciada pragmática en esta forma.

1 Ley 9. tit. 3. lib. 2. Nov. Rec.

5. »1.° Mando se presenten en mi Consejo, antes de su publicacion y uso, todas las bulas, breves, rescriptos y despachos de la curia romana, que contuvieren ley, regla ú observancia general para su reconocimiento; dándoseles el pase para su ejecucion, en cuanto no se opongan á las regalías, concordatos, costumbres, leyes y derechos de la nacion, ó no induzcan en ella novedades perjudiciales, gravamen público ó de tercero (1).

6. »2.° Que tambien se presenten cualesquiera bulas, breves ó rescriptos, aunque sean de particulares, que contuvieren derogacion directa ó indirecta del santo concilio de Trento, disciplina recibida en el reino, y concordatos de mi corte con la de Roma, los notarios, grados, títulos de honor, ó los que pudieren oponerse à los privilegios ó regalías de mi corona, patronato de legos, y demas puntos contenidos en la ley 1.ª tit. 13. lib. 1.°

7. »3.° Deberán presentarse asimismo todos los rescriptos de jurisdiccion contenciosa, mutacion de jueces, delegaciones ó avocaciones, para conocer en cualquiera instancia de las causas apeladas ó pendientes en los tribunales eclesiásticos de estos reinos, y generalmente cualesquiera monitorios y publicaciones de censuras, con el fin de reconocer si se ofende mi Real potestad temporal, ó de mis tribunales, leyes y costumbres recibidas, ó se perjudica la pública tranquilidad, ó usa de las censuras *in Cœna Domini*, suplicadas y retenidas en todo lo perjudicial à la regalía.

8. »4.° Del mismo modo se han de presentar en mi Consejo todos los breves y rescriptos que alteren, muden ó dispensen los institutos y constituciones de los regulares, aunque sea à beneficio ó graduacion de algun particular, por evitar el perjuicio de que se relaje la disciplina monástica, ó contravenga à los fines y pactos con que se han establecido en el reino las órdenes religiosas, bajo del Real permiso (2).

1 A virtud de esta disposicion se presentaron y reconocieron en el Consejo la bula de jubileo y carta encíclica, escrita por su Santidad á todos los prelados del orbe católico con motivo de su exaltacion á la Santa Sede; y no habiéndose encontrado reparo en su curso y publicacion, permitió su Magestad, á consulta del Consejo pleno de 9 de enero de 770, al encargado de negocios de Roma, que pudiese remitirla á los prelados diocesanos de estos reinos; y en 16 del mismo se expidió la correspondiente circular del Consejo.

2 Por auto acordado del Consejo de 22 de marzo de 1771, con motivo de haberse advertido que se presentaban en él varias bulas de secularizacion *in totum* por muchos regulares sin constar de la congrua suficiente para su manutencion; se mandó que los escribanos de cámara siempre que se presenten semejantes bulas, las remitan á los respectivos diocesanos, para que hagan justificacion de la congrua con que los así dispensados se hayan de mantener cómodamente, de suerte que no queden expuestos á mendigar ni andar vagando, con menosprecio de su estado y gravamen del público; y que informen al Consejo lo que

9. »5.° Igual presentacion previa deberá hacerse de los breves ó despachos, que para la ejecucion de la jurisdiccion ordinaria eclesiástica intente obtener cualquiera cuerpo, comunidad o persona.

10. »6.° En cuanto à los breves ó bulas de indulgencias ordeno se guarde la ley 5 de este título, para que sean reconocidas y presentadas ante todas cosas à los ordinarios y al comisario general de Cruzada, conforme à la bula de Alejandro VI, mientras yo no nombrare otras personas, segun lo prevenido en la misma ley.

11. »7.° Los breves de dispensas matrimoniales, los de edad, extra témporas, de oratorio y otros de semejante naturaleza, quedan exceptuados de la presentacion general en el Consejo; pero se han de presentar precisamente à los ordinarios diocesanos, à fin de que en uso de su autoridad, y tambien como delegados regios, procedan con toda vigilancia à reconocer si se turba ó altera con ellos la disciplina, ó se contraviene à lo dispuesto en el santo concilio de Trento; dando cuenta al mi Consejo por mano

resulte, para que se pueda proceder al pase de la bula ó su denegacion; y asi hecho lo vea el fiscal del Consejo. Por otros autos de 25 de enero y 31 de marzo de 1775, con motivo de haberse reconocido que muchos breves de secularizacion de regulares venian cometidos al reverendo Nuncio para que á su arbitrio y conciencia defiriese á la que se pretendia; se acordó, que á los tales breves y rescriptos se les concediese su pase en la forma ordinaria, y se diese la certificacion correspondiente á los interesados; previniendo y notificando separadamente á estos, ó a sus procuradores y apoderados, que obtenida que sea la gracia de secularizacion, la presenten en el Consejo antes de ejecutarse: y asimismo se mandó, que á los de los religiosos legos se les dé su pase en la forma ordinaria, quedando sujetos á la jurisdiccion Real ordinaria con absoluta libertad, sin necesidad de cóngrua. Y por Real resolucion á consulta del Consejo de Indias de 17 de febrero de 1797, de que se expidió cédula en 20 de julio, atendiendo á la facilidad con que acuden los religiosos á la Curia romana á impetrar breves de secularizacion por penitenciaría, al excesivo número de estas gracias, y á los motivos que alegan poco conformes á las disposiciones canónicas y pontificias; se mandó que sin embargo de estar exceptuados de presentarse al Consejo para obtener el pase los breves de penitenciaría, no siendo por su naturaleza de esta clase los de secularizacion, y atendiendo al estilo de expedirse comunmente por Datería, y solo por Penitenciaría en virtud de comision de su Santidad, no se dé el pase á breve de secularizacion, sin que se haya impetrado con previo permiso del Consejo, y por mano de los expedicioneros destinados á este fin, segun lo resuelto por la Real cédula circular de 4 de diciembre de 1795 para todo recurso á Roma; y que consiguiente á esta, presentadas que sean en el Consejo las preces, proceda este á su despacho conforme lo dictare en cada caso la prudencia: que viniendo los breves cometidos á los M. RR. arzobispos y obispos para la verificacion de las preces y ejecucion de semejantes gracias, lo ejecuten con la mayor escrupulosidad y delicadeza rigurosamente; procediendo en la actuacion de diligencias, no solo con audiencia de parte, sino tambien de oficio, y por medios instructivos, hasta quedar asegurados de la verdad y legitimidad de las preces; precaviendo colusiones y maliciosos arbitrios que suelen intervenir, y dando cuenta sucesivamente á su Magestad de las resultas que tengan los breves de esta naturaleza que se les presenten con el pase del Consejo, expresando si han surtido ó no su efecto, las causas que ha habido para ello, y los sugetos sobre quienes hayan recaido.

de mi fiscal de cualquier caso en que observaren alguna contravencion, inconveniente ó derogacion de sus facultades ordinarias: y ademas remitirán à mi Consejo listas de seis en seis meses de todas las expediciones que se les hubieren presentado, à cuyo fin ordeno al mi Consejo esté muy atento, para que no se falte à lo dispuesto por los sagrados cánones, cuya proteccion me pertenece (1).

12. »8.° Por cuanto el santo concilio de Trento tiene dadas las reglas mas oportunas para evitar abusos en las *sede-vacantes*, y la experiencia acredita su inobservancia en las de mis reinos; declaro que interin dure la vacante deberán presentarse al mi Consejo los rescriptos, dispensas ó letras facultativas, ú otras cualesquiera que no pertenezcan à penitenciaría, sin embargo de lo dispuesto para *sede-plena* en el artículo antecedente.

13. »9.° Los breves de penitenciaría como dirigidos al fuero interno quedan exentos de toda presentacion.

14. »10. Para que el contenido de los capítulos antecedentes tenga puntual cumplimiento, declaro á los transgresores por comprendidos en la disposicion de la ley 5.ª de este título.

15. »11. Encargo al mi Consejo se expidan estos negocios con preferencia á otros cualesquiera, de suerte que las partes no experimenten dilacion; observándose en los derechos el moderado arancel establecido en el año de 1762."

16. Paso ahora á la explicacion de la ley. Dice en su capítulo 1.° »que se dé el pase á las bulas que expresa para su ejecucion, en cuanto no se opongan á las regalías, concordatos, costumbres,

1 En circular acordada del Consejo de 7 de julio de 769 se previno á los prelados del reino, que en la remision de listas que deben hacerse segun lo dispuesto en este capítulo 7, observen las reglas siguientes: 1.° se han de remitir dentro de un mes despues de cumplido el semestre respectivo: 2.° han de venir certificadas por la oficina donde se hayan presentado: 3.° tambien se certificará no haberse presentado ni exhibido mas rescriptos que los especificados en ellas, asi en los oficios de notarios de las curias episcopales, como en las secretarías de Cámara, ú otras cualesquiera oficinas en que se despachen: 4.° se expresarán las calidades de cada rescripto ó breve en particular, y las causas para su concesion, con la concision y claridad correspondiente: 5.° se dirá en cada rescripto si se le dió curso y puso en ejecucion ó no, sin omitir aquellos que no la hubiesen tenido: 6.° y finalmente han de comprehender las listas de cada semestre, las unas todas las expediciones presentadas en 1.° de enero hasta fin de junio, y las otras desde 1.° de julio hasta fin de diciembre de cada año. Con la misma fecha de 7 de julio de 69 se dirigió otra circular del Consejo á los superiores regulares, previniéndoles remitiesen las listas expresivas de todos los rescriptos concernientes á sus órdenes presentados en cada semestre, bajo las mismas reglas. Y en otra acordada de 20 de marzo de 69 se previno á dichos superiores: que siempre que alguno de sus súbditos obtuviere rescriptos de la Curia romana, hagan que les entregue el duplicado que haya traido, para evitar el mal uso notado de presentarlo en el Consejo pidiendo su pase, despues de mucho tiempo de haberse negado al principal y estar retenidos.

leyes y derechos de la nacion, ó no induzcan en ellas novedades perjudiciales, gravamen público ó de tercero."

17. Las regalías y preeminencias de la corona establecidas por leyes fundamentales de la monarquía, y de las que gozan los Reyes como independientes en lo temporal, han sido siempre defendidas por nuestros Soberanos y sus supremos tribunales, en las ocasiones que los eclesiásticos han intentado usurparlas, ó embarazar su ejecucion.

18. Los concordatos entre nuestros Soberanos y la Corte romana son unas transacciones ó tratados que se celebran sobre algunos puntos de jurisdiccion ó privilegios que pretenden tener mutuamente el sacerdocio y el imperio, fundados en la posesion inmemorial ó en la regalía; los cuales despues de celebrados tienen fuerza de ley en estos reinos, y no puede derogarlos el Papa sin consentimiento del Soberano.

19. Por lo que hace á la costumbre, si esta es buena y loable merece el mismo respeto que las leyes; y asi como no puede derogar el Pontífice las leyes del reino ó los cánones adoptados como tales, tampoco puede establecer cosa alguna contra las buenas y loables costumbres ni contra la disciplina recibida en las iglesias de estos reinos (1).

20. Las leyes y derechos de la nacion de que habla el capítulo 1.° de esta ley, son los reglamentos concernientes á la disciplina, y los privilegios dimanados de la Santa Sede, que se han elevado á la clase de ley por nuestros augustos Soberanos. Tales son las leyes que tratan del conocimiento de las causas del Real Patronato; las que declaran los derechos de las regalías; las que prohiben la obtencion de los beneficios á extrangeros sin carta de naturaleza; las que previenen se den los beneficios de los obispados de Burgos, Palencia y Calahorra á los hijos patrimoniales, y otras (2).

21. En cuanto al perjuicio de tercero de que habla dicho capítulo 1.° de la ley, es claro que habiendo en este caso un de-

1 »Costumbre es derecho ó fuero que non es escripto, el que han usado los homes luengo tiempo, ayudandose de él en las cosas et en las razones sobre que lo usaron." Ley 4. tit. 2. Part. 1. »Fuerza ha la costumbre de valer cuando es fecha é guardada en las maneras que de suso dijimos. Et valiendo de esta guisa se puede tornar en fuero..." Ley 6 del mismo tit.

Omnibus modis et æquitate congruit, et ecclesiasticæ disciplinæ ut quæ rationabiliter ordinata fuerunt, nulla possint mutabilitate convelli. Caus. 35. quæst. 9. can. 4.

San Gregorio el Grande lib. 2. epist. 39, de donde se sacó el canon *de ecclesiast.* caus. 25. quæst. 1, declara que al paso que quiere conservar los derechos de la Santa Sede, quiere igualmente *singulis quibusque ecclesiis sua jura servare.*

2 Ley 1. tit. 21. lib. 1. Nov. Rec.

recho adquirido, no puede la jurisdiccion eclesiástica privar à nadie de él sin oirle. Pero acerca de este punto se explica con mas extension el señor Conde de la Cañada (1), de cuya obra he extractado las reflexiones siguientes.

22. Si las bulas se expidieron con previo examen y conocimiento legítimo entre las partes, no tiene lugar la reclamacion con pretexto de perjuicios: porque la declaracion ó sentencia de su Santidad impone perpetuo silencio à otro nuevo examen, y acredita la justicia de sus mandamientos.

23. Cuando se expiden los breves ò bulas *motu propio* ó á instancia de parte, pero sin citacion ni audiencia de la que reclama el agravio en el despojo de sus bienes y derechos, no tendria tampoco lugar el recurso, si se considerase solamente el daño privado de quien lo reclama, pudiendo establecerse en esta materia por regla segura, que el perjuicio de tercero en ningun caso es suficiente por sí solo para retener las bulas apostólicas.

24. La ley 7. tit. 6. lib. 1. Nov. Rec. prueba con evidencia la proposicion antecedente, pues se dirige su disposicion á defender y reparar en uso de la Real autoridad el daño público, que con la turbacion y escándalo causarian los eclesiásticos que intentasen exigir diezmos de algunos frutos de que no se hubiese pagado en algunas villas y lugares. Tan religiosamente ha observado el Consejo no admitir recurso de nuevos diezmos, cuando introduce la queja algun particular que estaba en posesion de no haberlos pagado, aunque la fundase en larguísimo tiempo, que se tuvo por necesario que el particular que tomase el nombre y representacion de la comunidad, presentase poder de ella antes de expedirse la provision ordinaria; y fue preciso hacer una declaracion de que si el recurso se introducia por algun vecino por sí y á nombre de los demas de la comunidad, se admitiese como accion popular, sin que de modo alguno pudiera introducirse por alguna persona particular, aunque lo fundase en el perjuicio que le causaban los eclesiásticos, intentando exigirle diezmos que no habia pagado: porque á lo mas seria un título de prescripcion, del cual debia usar por la via ordinaria de justicia en el tribunal eclesiástico.

25. Los autores convienen en el mismo principio de que el perjuicio de tercero no es suficiente para excitar la Real autoridad á su defensa y proteccion; y para evitar el error y equivocacion en que se pudiera caer, de que solo el perjuicio de ter-

1 En la citada obra, part. 2. cap. 7. §. 4 y siguientes.

cero daba justa causa para reclamar y suspender la ejecucion de las bulas apostolicas, tuvieron por conveniente explicar las doctrinas generales que expusieron como preliminar à su discurso, reduciéndolas al caso en que al perjuicio de tercero se uniese el daño público, y viniendo à convenir todos en que el particular es causa remota y el público la próxima que justifica el recurso al Principe.

26. Salgado en el cap. 7. part. 1.ª *de supplicat.* num. 62. hace la siguiente explicacion: *Hanc tamen DD. assertionem hactenus relatam, quæ diximus præjudicium juris tertii causam esse legitimam, ut senatus regius queat licite litteras apostolicas retinere, ut intelligas velim procedere dumtaxat eo in casu, quando ex earum executione violentia inducatur, non aliàs, quoniam ubi cessat violentia, Princeps, et senatus auctoritatem suam nequit interponere, nec vult, attamen, ea interveniente, licitè posse probatur abundè in capitibus antecedentibus, et in tractatu de regia protect. cap. 1, per tot... Ita tamen ut non procedat hæc litterarum retentio ex quolibet levi remoto, aut incidente tertii præjudicio, prout superius n. 41, sed tantum quando ex earum executione contra privatum intentata inferatur, atque consecutive inducatur damnum aliquod publicum, cederetve in detrimentum reipublicæ ecclesiasticæ, aut temporalis, quod, tunc procedet, et verificabitur in præjudicio juris tertii ledente jus naturale, prout superius, quoniam illud omne quod in legem naturalem, aut divinam committitur, violentia est, juxta quæ abundè comprobavimus.*

27. En este resumen, y en el que hacen igualmente los demas autores, se manifiesta por una parte que el daño público es necesario para el recurso de retencion: por otra se asegura que se halla este perjuicio público siempre que se ofende el derecho natural, lo cual se verifica quitando sin justa causa el que pertenece à un particular: y últimamente vienen à convenir todos en que el daño público consiste, no en el que sufre el interesado, sino en la turbacion y escándalo general que conciben los demas ciudadanos, viendo destrozadas las leyes mas sagradas, que recomiendan la permanencia y guarda de los derechos que gozan pacificamente los ciudadanos por un principio fundamental de toda sociedad bien gobernada, como dijo Ciceron en el lib. 1. *de officiis*, num. 7, y en el lib. 3. num. 5.

28. Las mismas razones que obligan à detener la ejecucion de las bulas, que ofenden el derecho de los particulares, por la turbacion y escándalo que resulta al público, cuando se les quita

sin justa causa, convencen que habiéndola, debe cesar el escándalo y la turbacion, sin que pueda tener lugar en este caso el recurso de fuerza al tribunal Real.

29. Por cualquier medio que hallen los tribunales Reales haber expedido su Santidad el rescripto con justa causa pública aunque padezca la particular en sus derechos, deja expedita su ejecucion: porque el daño viene á ser entonces privado, y puede solicitarse ante el juez ejecutor su enmienda por la compensacion ó buen cambio que se deba dar, precedido examen y liquidacion de su valor, sin que este perjuicio particular sea suficiente para excitar la mano Real en su defensa por el recurso de fuerza ó proteccion.

30. En la explicacion del capítulo 2.° de la referida ley dice el señor Covarrubias lo siguiente (1).

31. »Toda bula, breve y rescripto aunque sea de particular, que contenga derogacion directa ó indirecta del santo concilio de Trento, disciplina recibida en el reino ó concordatos con la corte de Roma, se debe retener, ó suspender su ejecucion en cuanto se oponga á todos estos particulares.

32. Aunque el Sumo Pontífice en calidad de cabeza visible de la iglesia, y primer obispo del mundo católico, puede hacer leyes sobre la disciplina eclesiástica universal, arreglándose á los sagrados cánones; no debe sin embargo mudar, alterar ni quitar la particular recibida en cada reino, sin consentimiento de los Soberanos, y que sea á gran *pro* de la cristiandad, como se explica la ley de Partida. Y asi hay muchas leyes del reino, que previenen la retencion de las bulas, que derogan á la disciplina de otras bulas anteriores. La razon porque no debe el Papa mudar, alterar ó derogar la disciplina de las iglesias de cada reino, queda ya insinuada hablando de las costumbres; á que se agrega que con la aceptacion del Soberano que la manda observar en calidad de protector, se eleva á la clase de ley, y se forma una especie de pacto recíproco entre la autoridad Real y eclesiástica, que no puede derogarse sin el concurso de ambas y audiencia de los interesados (2). Pero en la disciplina universal sucede lo contrario,

1 Covarr. en la citada obra, tit. 19.

2 Y que todas las letras apostólicas, que vinieren de Roma en lo que fueren justas y razonables, y se pudieran buenamente tolerar, las obedezcan y hagan obedecer y cumplir en todo y por todo. Ley 1. tit. 13. lib. 1. Nov. Rec.

Siendo asi que he estado y estaré pronto á prestarle la debida obediencia si fueren dogmáticas, y de disciplina universal, y á mandar su mas exacta observancia. Pragm. de 18 de enero de 1762.

como no se oponga á la particular ni á los cánones lo que se establece (1).

33. Es constante que habiéndose mandado guardar y observar en estos reinos por Real pragmática de 12 de julio de 1564 el sagrado concilio de Trento, se elevó su disciplina á la clase de ley en todo lo que no es contrario á las regalías, costumbres y leyes de la nacion (2): y asi el Soberano en calidad de protector declarado de sus determinaciones, debe velar sobre su observancia, y que no se contravenga á ellas, porque deben mirarse como leyes del estado (3).

34. Supuestos estos irrefragables principios de la regalía protectiva, deberán retenerse, modificarse ó limitarse todas las bulas que contengan derogacion directa ó indirecta del santo concilio de Trento, y disciplina recibida en el reino: y solo se les podrá conceder el pase cuando intervengan justas y evidentes causas de utilidad ó gran *pro* de la religion.

35. A estos se agrega, que asi como los Soberanos no quieren que se cumplan las cartas y cédulas que se logran obrepticia ó subrepticiamente con importunidades; tambien los Sumos Pontifices han mandado que se suspenda la ejecucion, y cumplimiento de las bulas

1 *Si quod à Summo Pontifice adversus sanctissima jura, pactave conventa imperiumve profanum, ac jurisdictionem designetur, locus est appellationis, quam ab abusu appellamus.* Lucius Placitus lib. 2. tit. 2. art. 4 y 5.

Privilegia Ecclesiarum Sanctorum Patrum canonibus instituta.... nulla possunt improbitate convelli, nulla novitate mutari. Leo I. can. *de Ecclesiast.* caus. 25. quæst. 2.

Universæ pacis tranquillitas non aliter poterit custodiri, nisi sua canonibus reverentia intemerata servetur. Leo I. *Contra statuta Patrum concedere aliquid vel mutare nec hujus quidem Sedis Apostolicæ potest auctoritas.* Zozim. Pap. can. *Contra* 25. quæst. 1.

2 *Hinc Concilium Tridentinum, ses.* 24. *cap.* 17. *etc. multa alia ejus decreta in Hispania recepta non fuerunt, nec usu admissa* Salgad. *de supplicat. ad sanct.* part. 1. cap 2. num. 129.

Constitutiones Pontificales non approbatas a majori parte populi non obligare. Covarr. *Var.* lib 2. cap. 16.

El señor Don Felipe II permitió la publicacion del concilio de Trento un año despues que en España en el de 1565 en los estados de Flandes con estas condiciones y modificaciones: *ne quid immutaretur, aut innovaretur circa regalia jura privilegia suæ majestatis, aut suorum vasallorum, statuum, aut subjectorum, et especiatim circa jurisdictionem laicalem, jus patronatus indultum, seu jus nominationum, cognitionem causarum, et materiæ possessoriæ Beneficiorum, decimarum possessarum aut prætenstarum per Laicos, superintendentiam et administrationem Hospitalium, aliorumque piorum locorum, aut alia similia jura.* Lo mismo se previno para estos reinos.

3 En esta sala (de gobierno del Consejo) se tenga cuidado de la guarda de las cosas establecidas por el santo concilio de Trento. Ley 6. art. 2. tit. 5. lib. 4. Nov. Rec.

Mandamos que por ahora, y en el entre tanto que otra cosa se provee, que en las nuestras chancillerias y audiencias no se conozca por via de fuerza de las cosas tocantes á la ejecucion y cumplimiento de los decretos del santo concilio de Trento. Ley 10. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.

que dieren contra derecho ó fuero, ó en perjuicio de tercero (1).

36. De todo lo expuesto resulta que las causas principales que autorizan para la retencion de las bulas en puntos de disciplina, son el escándalo que pueden ocasionar, el perjuicio del público ó de tercero, el pernicioso ejemplar, el defecto de preces, ó hechos defectuosos que varian el concepto de la concesion, ó hacen presumir la sorpresa de su Santidad (2).

37. Tambien deben retenerse los títulos de notarios, los grados y demas títulos de honor, que se despacharen en la corte de Roma para estos reinos; porque esta regalía es propia del Soberano, y nadie puede usar de ellos en sus dominios sin su licencia y consentimiento (3).

38. Cualquiera bula en que se derogue la preeminencia del Real Patronato, ó el derecho del Patronato de legos, ó se altere lo establecido acerca de las canongías doctorales y magistrales de las iglesias catedrales, y de los beneficios patrimoniales, debe retenerse ó suspenderse su ejecucion (4)."

39. Sobre el capítulo 3° de la misma ley sienta el mismo autor las siguientes reglas (5).

1 Porque acaece que por importunidad de algunos ó en otra manera Nos tengaremos y libraremos algunas cartas ó bulas contra derecho ó contra ley ó fuero usado, por ende mandamos, que las tales cartas ó albalaes que no valgan ni sean cumplidas. Ley 2 tit. 3 lib. 3. Nov. Rec.

La Santidad de Alejandro III en el cap. *Cum tenearmur de prabend.* y en el cap. *Si quando, de rescriptis*, aprueba el que se suspenda la ejecucion *Patienter sustinebimus, si non feceris, quod ibi fuerit prava insinuationis suggestum*

Æquanimiter feremus, si mandatum nostrum non duxeris exequendum

Consultius duximus observatæ consuetudini deferre, quam ad dubiæ sessionem, et escandalum populi statuere, adhibita quadam novitate, Celest III *cap. Quod dilectio de consanguinit. et affinit.* El señor Inocencio IV en sus comentarios sobre las decretales, *cap. Cum ex litter. de in integrum restitutione* resuelve, que lo que había decidido Eugenio III sin conocimiento de causa, no podia valer ni obligar á los interesados. *Factum, vel mandatum Papæ sine prævia cognitione in his, quæ causæ cognitionem requirunt, vim sententiæ habere non poterat.* Salg. *de supplicat.* cap. 3.

2 Peticion de los señores fiscales del Consejo inserta en la Real provision de 16 de marzo de 1778.

3 »Que en atencion á que los ordinarios diocesanos pueden no tener los notarios que necesiten, y con el fin de evitar se contravenga á las leyes del reino, se perjudique mis regalías, mi Real servicio, la causa pública, las facultades ordinarias, y que en adelante no se experimenten los daños referidos con la permision y pase de los títulos de notarios apostólicos, ya sean expedidas en Roma por el colegio de protonotarios, ya por la Nunciatura, mando no se dé el pase en lo sucesivo á ninguno de los que vengan de Roma, sino que por regla general, sin admitir recurso, se retengan en el Consejo, si se permita ejercerlo. Pragmática de 8 de enero de 1770.

»Ninguna persona de cualquiera estado y condicion que sea natural de estos reinos, y residente en ellos, pueda sin licencia mia estar usando, ni usar en público ni en secreto, ni recibir habito alguno de los de orden militar de ningun príncipe extrangero ni de otras personas que pretendan tener poder, ó recaudos para darlos, so pena que el que lo contrario hiciere, demas de quitarle el habito, incurra en seis años de destierro del reino." Ley 10 tit. 3 lib. 6 Nov. Rec.

4 Ley 1 tit. 13 lib. 1. Nov. Rec.

5 En el tit. 20 de la misma obra.

40. »Tampoco se pueda dar el pase á los rescriptos de jurisdiccion contenciosa, mutaciones de jueces, delegaciones ó avocaciones que despachare la corte de Roma para conocer en cualquiera instancia, en perjuicio de la regalía, de los ordinarios y del orden judicial establecido por los cánones y aprobado por las leyes del reino.

41. Los rescriptos de jurisdiccion contenciosa se pueden dirigir á varios fines. Pero para proceder en esta materia con acierto, es menester establecer algunas máximas ó principios, que sirvan de norma en los casos que puedan ocurrir.

42. Es máxima constante segun el derecho nacional, que no se puede demandar ni citar á ningun vasallo de su Magestad para fuera de sus dominios, ni ante jueces eclesiásticos extrangeros (1).

43. Tambien es máxima constante en el reino, que no puede privarse á los ordinarios eclesiásticos del conocimiento de causas en primera instancia contra lo dispuesto en el santo concilio de Trento (2).

44. A consecuencia de estas máximas no debe su Santidad nombrar jueces delegados fuera del reino, ni avocar las causas pendientes en sus tribunales eclesiásticos, ni privar á los ordinarios de la primera instancia, dando comision á otros para que conozcan.

45. En el primer caso se retiene absolutamente todo rescripto; pero en el segundo es necesario distinguir: ó las letras apostólicas contienen alguna gracia, para cuyo cumplimiento y ejecucion delega su Santidad algun juez; ó son letras de justicia para la determinacion de algun negocio, dirigidas á juez partí-

1 »Cuando por alguno de los naturales de estos reinos se trageren breves ó letras apostólicas en las causas eclesiásticas para jueces eclesiasticos de fuera de estos reinos de la corona de Castilla, no se permita usar de ellas, ni que los naturales del reino sean molestados y convenidos fuera de él. Nota 4. tit. 5. lib. 2 Nov. Rec.

Ne quis ultra duas dietas extra suam Diœcesim per litteras apostolicas ad judicium trahi posset. Concil. Lateranens. cap. 37. *cap nonnulli de rescriptis.* Mechac. *Controv.* lib. 1. cap 21

2 »Los procuradores de cortes se nos han quejado, que de algunos años á esta parte los nuncios de su Santidad en estos reinos, contra lo dispuesto en el santo concilio de Trento, conocen en primera instancia de todas las causas que les parece en perjuicio de la jurisdiccion de los ordinarios, y avocan y retienen las que estan pendientes en ellos: mandamos á los de nuestro Consejo tengan gran cuidado de que se ejecute en lo que á esto toca el santo Concilio, y que para ello se den las provisiones necesarias. Ley 1. tit. 4. lib. 2. Nov. Rec.

Se tenga cuidado de la guarda de las cosas establecidas por el santo concilio de Trento Ley 6. cap 2 tit. 5. lib 4 Nov. Rec.

En esto se advierte derogado lo que previene la ley 5 tit. 5. Part. 1. que dice: E otrosí en cada pleito de santa iglesia se pueden alzar luego primeramente al Papa, dejando en medio todos los otros prelados. Salgad. part. 2. cap. 1. *de supplicat.*

cular, dándole comision para que conozca de él entre partes.

46. Cuando son letras de alguna gracia, es necesario considerar en ellas dos cosas: primera la gracia hecha por el Sumo Pontífice, objeto principal del rescripto, la que queda siempre intacta: la segunda la comision para ejecutarla, que es lo accesorio (1). Aunque lo accesorio padezca algun defecto, nada perjudica á lo principal, y asi la gracia subsiste enteramente, como por otro lado no sea retenible, y solo se suspende la comision, porque la parte necesita el rescripto para acreditar la gracia. En estos casos el auto que se le debe darse, es: que se entreguen las letras á la parte para que use de ellas ante el ordinario (2).

47. Cuando el rescripto es sobre asuntos de justicia, como semejantes comisiones son contraventivas y opuestas á la disposicion del concilio, se remite el conocimiento del negocio al ordinario, no para que conozca como delegado ó comisionado, sino como tal ordinario. Esto en dictamen del señor Salgado se practica no por defecto de potestad en el sumo Sacerdote para hacer estas avocaciones, y dar comision, sino por defecto de voluntad, porque semejantes rescriptos no se conceden sino por grandes causas y motivos (3).

48. Por otro lado, tampoco debe presumirse que el Papa quiera derogar las disposiciones conciliares, mayormente cuando estas se establecieron con tanta madurez y reflexion: por lo mismo aseguran los autores que tienen fuerza de clausulas derogatorias respecto de cualquier decreto posterior; y asi en iguales casos, mas bien se debe atribuir la impetracion á las importunidades y sugestiones de los pretendientes, que á la deliberada voluntad del gefe de la iglesia (4).

49. Tambien se debe negar el pase á cualesquiera monitorios ó publicacion de censuras que ofenden la Real potestad temporal de los tribunales, leyes y costumbres recibidas ó que pueden perturbar la tranquilidad publica, ó en que se usa de las censuras de la bula *in Cœna Domini*, suplicadas y retenidas en todo lo perjudicial á la regalia.

50. El sagrado concilio de Trento estableció una regla fija sobre los monitorios en estos precisos términos: *Excommunicationes illæ, quæ monitionibus præmissis, ad finem revelationis,*

1 *Text. in cap Si super gratia, de officio delegati*, García *de beneficiis*, part 6. cap. 2. num. 330. Castillo tom. 6. *Controv.* cap. 168

2 Salgad. *de supplicat* part. 2. cap. 26, desde el num. 1 hasta el 32.

3 Salgad. dicha 2. part. cap. 6. num. 14, y cap. 20 cap. 31 á num. 86 cap. 3 y 6.

4 Salgad. id. cap. 1. num. 59 y 61.

ut ajunt, aut pro deperditis, seu substractis rebus fieri solent, à nemine prorsus, præterquam ab Episcopo decernantur: et tunc non alias, quam ex re non vulgari causaque diligenter, ac magna maturitate per Episcopum examinata, quæ ejus animum moveat, nec ad eas concedendas cujusvis sæcularis etiam Magistratus auctoritate adducatur, sed solum hoc in ejus arbitrio et conscientia sit positum (1).

51. Solo los obispos pueden despachar monitorios dentro de los límites de su diócesis; los demas inferiores no pueden ejecutarlo segun la decision del concilio que acaba de referirse (2).

52. Antiguamente se solian impetrar en la corte de Roma algunos rescriptos en que se excomulgaba à los deudores sino pagaban à sus acreedores dentro de cierto tiempo. Pero ya no se permite se impetren semejantes monitorios de Roma ni se fulminen *auctoritate Apostolica;* porque se molestaria y convendria fuera del reino à los vasallos de su Magestad en caso de oposicion, y se usurparian las regalías.

53. Por lo que mira à los demas monitorios, me parece que no pudiera nunca decir tanto ni con tanta autoridad como expusieron al Real y supremo Consejo de Castilla en su peticion de 16 de marzo de 1768 los doctos señores fiscales que entonces eran, en defensa de la regalía y derechos de nuestro augusto Soberano, sobre recogerse el monitorio expedido en la corte romana contra el ministerio de Parma.

54. En cuanto à la bula *in Cœna Domini*, y demas monitorios contra los tribunales, leyes y costumbres recibidas, es terminante la ley del reino en este particular, y asi la copiaremos como regla fija y constante en todos sus extremos (3).

55. »Por cuanto por los procuradores de cortes de estos nuestros reinos nos fue hecha relacion, que perteneciendo à Nos, como Rey y Señor natural, por derecho y costumbre inmemorial, quitar y alzar las fuerzas que hacen los jueces eclesiásticos de estos reinos en las causas de que conocen; y habiendo siempre usado de este remedio por los que han padecido las dichas fuerzas, despachándose para este efecto en el Consejo y chancillerías las provisiones necesarias;" de poco tiempo à esta parte los nuncios de su Santidad hacen diligencias extraordinarias con el

1 Ses. 25 can. 3. *de reformat.*

2 »Sentencia declaramiento puede el perlado poner, moviéndose por alguna razon derecha a todo home que sea de su señorío, é que llaman en latin *jurisdictio*, é si la pusiese á otro non valdria. Ca ninguno non debe ser juzgado, nin apremiado sino por aquel que ha poder de lo juzgar" Ley 8. tit. 5. Part. 1.

3 Ley 8. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.

estado eclesiástico para que no usen de este remedio, haciendo publicar en los púlpitos y otras partes, que los que usan de él incurren en las censuras del cap. 16. de la bula *in Cœna Domini*; y à pedimento del fiscal de la Cámara apostólica se traen de Roma monitorios, para que parezcan allí personalmente los que usan de dicho remedio, y los condenan en muchas penas; y de temor de esto, aunque se ven oprimidos de los jueces eclesiasticos, no se atreven à usar del dicho remedio;" » y que lo susodicho es en mucho perjuicio de la autoridad y preeminencia de la corona de estos reinos, y que el remedio de la fuerza es el mas importante y necesario que puede haber para el bien y quietud, ò buen gobierno de ellos, sin el cual toda la república se turbaria, y se seguirian grandes escandalos é inconvenientes; mandamos al nuestro Consejo, chancillerias y audiencias tengan gran cuidado de guardar justicia à las partes que acudiesen ante ellos, por la via de fuerza, conforme à derecho y costumbre inmemorial, leyes y pragmaticas de estos reinos: y conforme à ellas castiguen à los que contravinieren."

56. (Para que se sepa la suerte que ha experimentado en estos reinos la bula de la Cena, y las veces que se ha retenido y suplicado de ella, se inserta en el apéndice al fin de este tratado la circular que mandó expedir el Consejo en 16 de marzo de 1768, en que se refieren los progresos de su retencion.)

57. En cuanto al capítulo 4 de la misma ley dice el señor Covarrubias (1), que deben retenerse todos los breves y rescriptos que alteren, muden ó dispensen los institutos y constituciones de los regulares, aunque sea à beneficio ó graduacion de algun particular, à no ser que intervengan justas causas que justifiquen el pase sin perjuicio de la disciplina monástica.

58. Esta regalía se funda en los siguientes principios. Ninguna orden religiosa ni comunidad aprobada puede establecerse de nuevo en el reino sin consentimiento y aprobacion del Soberano, como está prevenido por las leyes (2). Admitidas una vez en el reino las órdenes religiosas en inteligencia de que son útiles à la religion y al estado, bajo las condiciones de que su gobierno ó estatutos no se opongan à las regalías, à la disciplina y leyes nacionales, queda el Soberano constituido su protector en dos diferentes conceptos: el primero como defensor de estas comunidades para que nadie las perturbe ni moleste en el ejercicio de su instituto, y se observe con la mayor exactitud; el se-

1 Tit. 20. regla 7.

2 Ley 1. tit. 26. lib. 1. Nov. Rec.

gundo como Rey y Señor natural de todos los vasallos religiosos que profesan en ellas, para ampararlos y defenderlos de la opresion cuando sus prelados y superiores los vejan y atropellan injustamente (1). De este último punto y recurso que con este motivo se introduce se trató en el capítulo 5.°

59. En orden al capítulo 5.° de la misma ley, en que se dispone la presentacion previa de los breves ó despachos que para la exencion de la jurisdiccion ordinaria eclesiástica intente obtener cualquiera cuerpo, comunidad ó persona, sienta el mismo autor las máximas siguientes (2).

60. »Todo breve ó despacho que obtuviere para la ejecucion de la jurisdiccion ordinaria cualquiera cuerpo, comunidad ó persona particular, podrá retenerse siempre que sea en grave perjuicio de la disciplina, y no haya una necesidad urgente de semejante exencion.

61. Hay algunos autores que reprueban absolutamente toda exencion, como opuesta á los antiguos cánones y al derecho comun; pero la opinion contraria que admite las exenciones legítimas y canónicas, me parece que puede tolerarse por ahora. Las ejecuciones no son mas que dispensas perpetuas de las leyes, que sujetan ciertas personas á otras. Nadie ha dudado hasta ahora que los legisladores tienen facultad de dispensar de sus propias leyes (3), y siempre lo han practicado, y así las exenciones son tan canónicas como las dispensas, con tal que sean útiles y en ellas se observen las reglas y condiciones que deben intervenir en aquellas para que sean legítimas y canónicas (4), de lo contrario deberán retenerse.

62. El sagrado concilio de Trento estableció ciertas máximas en materia de exenciones, que me parece oportuno trasladarlas aquí, para que sirvan de norma, especialmente en las circunstancias en que se trata de la proteccion de su disciplina.

63. Todo clérigo secular ó regular que vive fuera de los claustros, está sujeto al ordinario del lugar donde reside, en el

1 Covarr. tit. 21 § 5 y 9.

2 Tit. 21 de la misma obra.

3 »E otrosí él puede sacar (el Papa) á cual obispo quisiere de poder de su arzobispo, ó de su patriarca ó de su primado; et el abad de poder del arzobispo ó de otro su mayoral." Ley 5 tit. 5 Part. 1.

4 Toda dispensa que es contra derecho divino y natural, contra los antiguos concilios y decretos de los santos padres, y contra el orden y estado general de la iglesia debe retenerse. Rebuffo *Dispensat* num. 21. Can. *sunt quædam* 1. quæst. 1. Derasu *de dispensat D N Papæ*

Dispensatio ea in non admittitur, quæ vincula non laxat, sed dissolvit, aut quæ specialis gratiæ beneficio, rigorem juris, aut constitutiones generales non temperat, sed perimit. Innoc III. lib. 4. epist. 134.

caso que cometa algun delito, sin que pueda alegar las exenciones ó privilegios de su orden (1).

64 Tambien estan sujetos al mismo ordinario en las causas civiles sobre paga de salarios, y á favor de personas miserables, aunque tengan su juez conservador; pero en el caso de no tenerlo, se les debe convenir en todo ante el ordinario (2).

65. Tampoco estan exentos de los ordinarios, como delegados de la Santa Sede, para el castigo de sus excesos, los clérigos que habitan en su diócesis por cualesquiera privilegio ó exencion que tengan y puedan alegar (3).

66. Los cabildos y sus individuos estan tambien sujetos al obispo en cuanto á la visita, correccion y enmienda, que previenen los cánones y la disciplina eclesiastica, sin que les valga para esto exencion ni privilegio alguno (4).

67. La ley del reino en asunto de exenciones merece trasladarse aqui para su observancia con preferencia á otra cualquiera. »Obedecer, dice, deben los monasterios é los otros logares religiosos á los obispos en cuyos obispados fueren, é señaladamente en estas cosas, como en poner clérigos en las iglesias, é en las capillas que son fuera del monasterio, é en toller los cuando ficieren por qué: é en castigar los malfechores, é en ordenar, é en consagrar las iglesias, é los altares: é en dar la crisma, é penitencias é otros sacramentos, é en judgarlos en las coras que les ovieren de ser demandadas en juicio. .. Pero si algunos monasterios oviesen iglesias parroquiales, tenudos son de obedecer á su obispo tambien en los derechos de la ley diocesana, como en los de jurisdiccion (5)."

1 *Nemo secularis clericus, cujuscumque personalis vel regularis extra Monasterium degens, etiam cujuscumque Ordinis privilegii pretextu tutus censeatur, quominus, si delinquerit ab ordinario loci, tamquam sedis Apostolicæ Delegato secundum sacros canones visitari, puniri, et corrigi valeat.* Ses. 6 cap 3 *de reformat*

2 *In civilibus causis mercedum, et miserabilium personarum Clerici seculares, aut regulares extra Monasterium degentes, quomodolibet exempti, etiam si certum judicem a Sede Apostolica deputatum in partibus habeant, in aliis vero, si ipsum judicem non habuerint, eorum locorum Ordinariis, tamquam in hoc ab ipsa Sede Delegatis coercitivi, et jure medio ad solvendum debitum cogi et compelli possint.* Ses. 7. cap. 14. *de reformat.*

3 *Quod si Episcopi in Ecclesiis suis residerint, quoscumque seculares Clericos, qualitercumque exemptos, qui alias suæ jurisdictioni subessent, et eorum excessibus, criminibus et deliciis, quoties, et quando opus fuerit, etiam extra visitationem tamquam ad hoc Sedis Apostolicæ Delegati, corrigendi et castigandi facultatem habeant, quibuscumque exemptionibus, declarationibus, consuetudinibus, sententiis, juramentis, concessionibus* Ses. 24 cap. 4 *de ref.*

4 *Capitula cathedralium et aliarum majorum Ecclesiarum, illorumque personæ nullis exemptionibus, consuetudinibus, etc. se tueri possint, quominus a suis Episcopis et aliis majoribus Prælatis, per se ipsos, vel illis, quibus sibi videbitur, adjunctis, juxta canonicas sanctiones toties quoties opus fuerit visitari, corrigi, et emendari valeant* Ses 6. cap 4 *de reformat.*

5 Ley 2. tit. 12. Part. 1.

68. En fin el mismo sagrado concilio de Trento insinúa, que los privilegios y exenciones, que se consiguen con varios pretextos, perturban la jurisdiccion de los obispos, y dan ocasion para que los exentos se relajen (1); y asi los Soberanos como protectores y patronos de las iglesias deben velar sobre la observancia de la disciplina y leyes del reino que la aprueban y autorizan, teniendo siempre presente el dicho de San Bernardo: *aliud enim est quod largitur devotio, quam quod molitur ambitio impatiens sujectionis* (2).

69. De todos estos principios se deduce que los breves de exenciones que se opongan á ellos, no merecen el pase para su ejecucion; y que todos los demas tampoco lo deben tener sin que preceda el beneplácito personal del Soberano, como protector y patrono, y audiencia del ordinario para que preste su consentimiento, ó exponga las justas causas que tenga para no hacerlo (3).”

70. Acerca del capítulo 6 de la ley solo hay que prevenir, que los breves y bulas de indulgencias no pueden publicarse sin que preceda la presentacion y reconocimiento de los ordinarios y del comisario general de Cruzada, segun se previene en la ley 5. tit. 3. lib. 2. Nov. Rec. — Los autos 7, 8, 9 y 10 no necesitan de comentario alguno.

71. Aunque con la previa presentacion de las bulas se disminuyó mucho el número de recursos, todavia quedaba subsistente un mal que pedia urgente remedio, y era la facilidad con que los particulares se dirigian derechura a Roma solicitando dispensas, indultos ó gracias, alegando algunos en las preces hechos y circunstancias inexactas y tal vez falsas. Despues de obtenidas las bulas con este vicioso defecto, quedaban ilusorias en gran daño de los mismos que las habian obtenido, no solo por los gastos causados, sino tambien por las dilaciones en solicitar otras. Los medios de que á este fin se valian eran las mas veces desconocidos para los impetrantes, quienes ignoraban al propio tiempo el legítimo coste que debian tener, y se veian obligados á pagar el excesivo que les proponian los agentes ó solicitadores, llegando á tanto la codicia y maldad de algunos de estos que fa-

1 *Privilegia et exemptiones quæ variis titulis plerisque conceduntur, hodie perturbationem in Episcoporum jurisdictione excitare, et exemptis occasionem laxioris vitæ præbere* Ses. 14 cap. 4 *de reformat.*

2 Lib. 3 *de consideret.* et epist. 42 *ad Henricum Sonnonensem archiepiscopum.*

3 Marca lib. 3. cap. 16 *de concordia* — Las exenciones son odiosas, y asi deben interpretarse rigurosamente *Ne extra suos limites exundantur* Innoc. in cap. . *de privilegiis* in 6. Alex. III. in cap porro *de privilegiis.*

bricaban falsamente las bulas ó rescriptos apostólicos, y corrian impunemente en su ejecucion, porque no era facil que se conociese este vicio cuando se presentaban para obtener el pase, por hacerse á un mismo tiempo de diferentes, estar bien disimulada la ficcion, y por otro concurso de causas que no permitian al Consejo la reflexion mas detenida de semejantes calidades extrínsecas que requieren un cotejo y comprobacion exacta por peritos, faltando ademas en el conocimiento instructivo de estos expedientes parte contraria que se interesase particularmente en su contradiccion.

72. Para ocurrir desde luego á estos abusos y prácticas conocidamente perjudiciales, resolvió su Magestad (entre tanto que se establecia con mayor conocimiento el método constante y exacto que debia observarse) que se suspendiese el acudir á Roma derechamente y por los medios usados hasta entonces en solicitud de dispensas, indultos y otras gracias; y que si alguno se hallase en urgente necesidad de solicitarlas, acudiese con las preces al ordinario eclesiástico de su diócesis, ó á la persona ó personas que este diputase, y fuesen de su entera satisfaccion y conocida inteligencia, para que el mismo ordinario las remitiese con su informe á su Magestad en derechura por la primera secretaría de Estado ó del Despacho, ó por medio del Consejo y Cámara, dirigiéndolas á los señores fiscales del Consejo, ó á los señores secretarios de la Cámara segun sus clases.

73. Esta real resolucion cortó de raiz los males que se padecian aun despues de la pragmática del año de 1768, excusando al mismo tiempo los recursos de retencion y suplicacion; porque si por el examen del ordinario eclesiástico y por su informe, ó por el que hace el señor fiscal, asi en el Consejo como en la Cámara, resulta algun inconveniente de la expedicion de las gracias que se solicitan, y lo estiman asi estos supremos tribunales, no se concede licencia para solicitar las gracias que puedan traer algun daño público, y cuando no se descubra con estos anticipados conocimientos, se les permite que hagan sus pretensiones por las vias y conductos autorizados que ya estan señalados por su Magestad, y salen desde este punto aseguradas del pase que necesitan, y han de solicitar despues con las presentaciones de las mismas gracias.

74. Paso ahora á tratar de las personas que pueden introducir el recurso de retencion (cuando este haya de tener lugar), y de la forma y orden de continuarle hasta su determinacion. En cuanto al primero de estos puntos, se duda si es la parte intere-

sada ó el señor fiscal quien ha de introducir el recurso. No será difícil la resolucion de esta duda, pues atendiendo á las leyes, á la práctica del Consejo, y á los fundamentos que sugiere la razon misma, se verá que al señor fiscal es á quien corresponde la accion privativa para introducir este recurso, y no á la parte, aunque se sienta agraviada.

75. El auto 5.° tit. 19. lib. 2. Rec. (1) pone la fórmula antigua con que se expedia la provision para recoger bulas ó letras apostólicas, y en una de sus partes decia: »y habiéndose suplicado, ó suplicándose de ellas por parte del nuestro fiscal;" en cuya cláusula se manifiesta claramente que pertenece á este hacer la suplicacion indicada; y siendo esta una parte esencial y condicional de la retencion, resulta que debe ser tambien privativo del señor fiscal el pedir la retencion de las bulas cuando traen daño público.

76. Continúa el mismo auto mandando se omita dicha cláusula, y se subrogue en su lugar otra que en nada altera el derecho y facultad privativa del señor fiscal, pues únicamente varia el orden de la súplica; esto es, en las provisiones antiguas se hacia, é insertaba en ellas, al tiempo de introducir el recurso, la enunciada súplica, y las que se dan nuevamente deben ser sencillas y positivas para recoger y remitir al Consejo las bulas con los autos y diligencias obradas por el ejecutor; y si pareciere en su vista que son tales que se deban cumplir, se obedezcan y cumplan, y sino se informe á su Santidad de lo que en ello pasa, para que mejor instruido lo mande proveer y remediar como convenga. En esta segunda parte de la cláusula, se contiene la súplica reservada á su Magestad y al Consejo, precedido el exámen conveniente, pues la que se hacia en lo antiguo era intempestiva, respecto á que las bulas pudieran ser tales, que debieran cumplirse, y esta falta de orden fue la que reparó y enmendó el Consejo.

77. En 1 de enero de 1747 se comunicó al Consejo un Real decreto, por el cual se manda entre otras cosas que la sala de justicia del mismo pase á su Magestad copia del auto de retencion de las bulas ó rescriptos apostólicos, con el pedimento fiscal para la súplica á su Santidad; y en esta cláusula manifiesta que solo se ha podido retener y suplicar de la bula á pedimento del fiscal. Tambien asegura su Magestad en dicho Real decreto, que la súplica se debe hacer á su Real nombre por sus ministros en

1 Nota 8. tit. 3. lib. 2. Nov. Rec.

la corte de Roma, y que á este fin manda pasar á sus manos la copia del auto del pedimento fiscal.

78. Ademas, el daño público es la única causa de retener las bulas y súplicas de ellas á su Santidad: ¿pues quien sino el Rey puede conocer de las necesidades públicas del reino, y dispensarle su defensa y remedio por sí mismo, ó por sus tribunales excitados por su procurador fiscal?

79. Por otra parte el Rey ha ofrecido muchas veces en las leyes, que contribuiria siempre con su autoridad á que sean obedecidas y cumplidas las bulas de su Santidad en lo que no ofendan á la causa pública, y que no interrumpirá ni usurpará de modo alguno la jurisdiccion y poder de la iglesia; y si permitiese á las partes que se figuran agraviadas accion para pedir la suspension y remision de las bulas, se interrumpiria muchas veces su ejecucion, sin aquel previo y serio examen que corresponde y se confia justamente al juicioso dictamen del señor fiscal, y por esta razon se demuestra igualmente que el interes privado que alegue y proponga la parte, asi como no es suficiente causa para retener las bulas, tampoco lo es para intentar el recurso.

80. Sin embargo luego que este se haya introducido, y esté admitido por el Consejo, bien puede la misma parte agraviada adherirse á él en calidad de tercero coadyuvante, porque tiene interes y accion de segundo orden, haciéndolo en el tiempo y forma que por regla general prescriben las leyes al tercero que viene á coadyuvar al derecho del principal, de quien depende el suyo, y de cuyas circunstancias tratan largamente los autores (1).

81. Se ofrece ahora la duda de si estando pendiente el recurso, y apartándose de él los colitigantes por concordia ó por otro medio, ¿podria no obstante continuarle el señor fiscal? El señor Salgado (2) se inclina á que este puede hacerlo sin embargo de la separacion de las partes cuando el daño público subsiste; pero si este ha cesado, entiende que por su consentimiento se acaba la instancia, y que no la puede continuar. Explica este autor su pensamiento presentando los casos siguientes: 1.° cuando se introduce el recurso de aquellas bulas en que se manda proveer un beneficio en el que no ha sido presentado por el patrono lego. 2.° Cuando se impida la primera instancia al ordinario eclesias-

1 Covarrub. en los cap. 13, 14, 15 y 16 de sus prácticas. Salgado *de regia*. part. 1. cap. 8. num. 17. Cancer. *Var.* part. 7. cap. 16. Scaccia *de appellat.* quæst. 5. num. 71 y 73. quæst. 12. num. 69, y quæst. 17. limit. 6. Suarez *de jure adhærendi*, cap. 9.

2 *De retent.* part. 1. cap. 13.

tico. Si en el primer caso accede el patrono lego con su consentimiento á favor del provisto por su Santidad, lo considera Salgado con el propio efecto que si en su principio lo hubiera prestado y presentado, y entiende que en estas circunstancias no podia tener lugar el recurso, ó cesaba en el punto que faltaba la contradiccion y repugnancia del patrono, mediante su consentimiento y aprobacion siguiente. En cuanto al segundo caso, el perjuicio de las partes y del juez ordinario cuando se le priva de su jurisdiccion en el conocimiento de la primera instancia, da entrada al recurso; y cuando estos tres interesados han convenido en que conozca en primera instancia el juez comisionado de la causa perteneciente al fuero de la iglesia, falta la violencia, que es la materia del recurso, y cesa este como si en su principio hubiera concurrido la uniforme correspondencia de ellos.

82. En estos dos casos que refiere Salgado deja en oscuridad su resolucion, pues no determina si la bula traida al Consejo ha de quedar retenida en él virtualmente ó con expresa declaracion que haga el Consejo en el tiempo mismo que llega á su noticia el convenio y desistimiento de las partes, consintiendo el patrono lego en que se provea el beneficio en la persona agraciada por su Santidad, ó si se ha de entregar á esta la bula para que use de ella ante el juez ejecutor, y tome en su virtud posesion del beneficio, como provisto por su Santidad con acuerdo y beneplácito del mismo patrono.

83. El señor Conde de la Cañada haciendo referencia de esta doctrina de Salgado manifiesta, que si este quiso decir, como parece, que por la desistencia y convenio de las partes haya cesado la violencia y causa de la retencion de la bula, y que se debe entregar á quien la obtuvo para su uso y ejecucion; no conviene con la opinion de Salgado, porque no fundándolo en ley ni otra disposicion autorizada que declare la duda de su proposicion, se ofrecen en contrario otras muy graves que á lo menos hacen dudar de la opinion referida. Pero si la bula ha de quedar en el Consejo, y no ha de tener uso alguno, bajo este concepto conviene el señor Conde de la Cañada con Salgado; pues que desistiendo de su contradiccion la parte que la habia obtenido y solicitaba el pase para su ejecucion, y apartándose tambien de su instancia el patrono lego, venia á quedar solo el señor fiscal en su pretension, y se acababa el pleito á su favor, defiriéndose inmediatamente á la retension de la bula, ó á que no tuviese efecto en su ejecucion. Los mismos principios son aplicables al segundo caso, relativo á la primera instancia del ordinario eclesiástico,

pues el consentimiento de este y el de las partes impiden el progreso de la retencion de la bula que se supone expedida en ofensa del capítulo 20, ses. 24 *de reformat.* (1).

84. Otra cuestion gravísima propone el señor Salgado (2), de que tambien se hace cargo el señor Conde de la Cañada (3) explicándola extensamente, y cuya doctrina compendiaré valiéndome solo de sus mas sólidas reflexiones, que es lo suficiente para el objeto del presente tratado. La cuestion es: ¿si la retencion de las bulas ejecutadas por el comisionado, puede enmendar directa ó indirectamente el daño que causaron? El señor Salgado supone como regla de esta materia, que el remedio de la retencion es limitado á impedir y suspender el daño público que causarian las bulas, y que no se extiende á reponer ó enmendar el que ha irrogado su ejecucion; y por consiguiente el auto de retencion, segun este autor, no tiene efecto ni influjo alguno en las bulas ejecutadas, excepto cuando el comisionado despues de presentada la bula y pendiente el recurso de retencion en el Consejo, procede á ejecutarla, en cuyo caso este supremo tribunal por el desacato que se hace á su autoridad repone tan violento atentado, porque no resulte un escándalo.

85. A esto repone el señor Conde de la Cañada lo siguiente. ¿Que diferencia hallará el señor Salgado entre el desacato que hacen á la autoridad del Consejo los comisionados que ejecutan las bulas despues de presentadas ó traidas á él, y la que irrogan á la de las leyes en no cumplir con la presentacion, ni esperar el Real beneplácito? Y si en el caso primero confiesa el mismo Salgado que el Consejo retenida la bula puede hacer reponer su intempestiva y precipitada ejecucion considerando en el comisionado notorio defecto de potestad, y por consecuencia nulos y atentados sus procedimientos de mero hecho sujeto por su calidad de temporal á la jurisdiccion Real; por las mismas razones debió entenderlos comprendidos en la fuerza de la retencion de las bulas, que se ejecutaron con desprecio de las leyes y de la autoridad Real, y con daño y escándalo público, sin necesidad de mendigar su remedio por la via artificiosa que indica dicho autor, reducida á que la parte ó el fiscal comparezca ante el comisionado, pidiendo que reponga la ejecucion de la bula, y apele de lo

1 El que desee instruirse mas en estos dos puntos, y enterarse de las razones que movieron al señor Conde de la Cañada para opinar de este modo, lea el párrafo 10 y siguientes del capítulo 10, parte 2, de su obra tantas veces citada, pues por ser demasiado extensas las reflexiones que allí hace, se omiten en este tratado, donde se ha consultado la brevedad.

2 Part. 1. cap. 10. *de supplicat.*

3 En la citada obra, part. 2. cap. 11.

contrario, y use en su defecto del recurso de fuerza en no otorgar.... ¿A que fin se han de variar y multiplicar los recursos, debilitando en el de retencion la suprema autoridad Real que ejercita el Consejo, como recibida de su Magestad para desempeñar la mas alta regalía, que consiste en proteger y defender á su reino de las turbaciones, escándalos y cualquiera otro daño público? Esta es la doctrina admitida y observada constantemente por el Consejo, sin que haya ejemplar de haber usado de la del señor Salgado en el caso que propone.

86. Ademas, el Rey usa de un poder supremo, independiente y necesario para llenar su primitiva obligacion de proteger y defender su reino. Si el remedio se anticipa al mal será mas oportuno; pero no está limitada la autoridad Real al medio de impedir y suspender el daño. ¿Como podria el Rey tolerar el sucedido, ni dilatar su remedio ó buscarlo en agena mano? Esta notable diferencia convence la que hay entre un comisionado ejecutor y un principal autorizado con el mas amplio poder para defender de todo insulto y violencia su casa y estados, ya se tema ó ya se padezca.

87. Explicado ya cuanto me ha parecido conveniente acerca de la naturaleza de este recurso, y personas á quien corresponde introducirle, manifestaré los trámites de él, ó el modo con que debe entablarse y proseguirse hasta su determinacion. El medio de impedir el daño que se teme con la ejecucion de la bula, se reduce á dar noticia al señor fiscal de ella, de la parte que la ha obtenido, del asunto que contiene, y del daño que produciria otorgando á su favor poder suficiente, bajo la caucion y obligacion de responder de la seguridad de cuanto expone, para que pida la retencion, y haga la suplicacion conveniente á nombre de su Magestad.

88. En vista de esta noticia circunstanciada, y de la responsabilidad de sus resultas que debe ofrecer la parte, si entendiere el señor fiscal que el caso es de los que piden remedio en defensa de la causa pública, introduce el recurso, y se libra á su instancia la provision ordinaria para que se recoja la bula, y se traiga al Consejo con los autos y diligencias que en su virtud se hayan hecho por el ejecutor, poniendo el mismo señor fiscal á la espalda de la provision la persona ó procurador á quien da su poder, para que pida y practique á su nombre las diligencias conducentes, á fin de que tenga cumplido efecto lo mandado por el Consejo; pero ha de preceder á la entrega de la provision el otorgar la parte que dió noticia y poder al señor fiscal, fianza de que

sino pareciere ser cierta la relacion que hace pagará á la otra parte todas las costas y daños que se le irrogaren, dejando al mismo tiempo poder y procurador para seguir la causa con su citacion para los autos del pleito.

89. Este es el resumen de la práctica del Consejo; y asi dice el señor Conde de la Cañada haberlo visto hacer en los negocios que defendió y votó, siendo uno de ellos el que se entabló en el año de 1759 por el señor fiscal para recoger la bula ó rescripto que habia obtenido el dean y cabildo de la santa iglesia catedral de Orihuela, citando y emplazando al colegio seminario de la propia ciudad para que acudiese á la curia romana á tratar de la nulidad de la expedicion de ciertas bulas que anteriormente habia obtenido á favor de dicho colegio el reverendo obispo de la misma ciudad.

90. Librada la provision ordinaria para que se recoja la bula, y venidos en su cumplimiento los autos, se sigue un pleito ordinario, y de la sentencia que en él recae se admite súplica, y la decision de esta causa ejecutoria (1).

91. La retencion que manda hacer el Consejo no es absoluta ni perpetua, sino interina y pendiente de lo que nuevamente provea y mande su Santidad, bien informado de las justas causas que tuvo en consideracion el tribunal Real para suspender la ejecucion de las bulas. Esta es la opinion mas comun, aunque de ella se aparta el señor Conde de la Cañada (2). Como quiera que sea de esto, ya se considere la retencion en calidad de interina y pendiente de la voluntad de la Santa Sede, ya se estime absoluta y perpetua, subsistiendo la causa que la motivó, es condicion precisa prevenida y embebida en el mismo auto de retencion, informar á su Santidad con la mas reverente súplica; conviniendo saber quién haya de hacer esta, de qué modo y qué efectos producirá si su Santidad no se conformase con lo determinado por el Consejo, y mandase sin embargo ejecutar lo dispuesto en sus bulas. Acerca de estos tres puntos dice el señor Conde de la Cañada lo siguiente (3).

92. En cuanto al primero: »el Rey es el único que puede y debe hacer la súplica á su Santidad acerca de las letras que se hubiesen retenido en sus tribunales en el todo ó en parte de sus disposiciones.

93. Cuando las bulas se presentan voluntariamente en el Con-

1 Gomez Negro, *Elementos de prdetica forense*, segunda parte, pag. 88.

2 En la citada obra, parte 2. cap. 10. §. 40.

3 En el mismo cap §§. 42 y siguientes.

sejo por la parte que las ha obtenido, solicitando su pase, las reconoce el señor fiscal, y si halla en ellas perjuicio público, las contradice y suplica en todo ó en parte. En este segundo caso se concede el pase con la restriccion ó limitacion señalada por dicho señor fiscal, extendiéndose esta al dorso del breve, que se entrega á la parte para que use de él en lo demas. Lo mismo se hace con las letras de facultades que presenta el nuncio, conforme á lo prevenido en los autos 2 y 5. tit. 8. lib. 1. Rec. (1).

94. Queda tambien demostrado que el señor fiscal introduce el recurso para traer al Consejo las bulas, de que pretendian usar los interesados, sin que alguno de ellos pudiese hacerlo, y que al mismo tiempo suplica de ellas en lo que puedan traer perjuicio público.

95. Las súplicas que proponen y piden los señores fiscales, solo tienen el efecto de indicar que deben hacerse con formalidad, verificada la suspension intentada; y este uso uniforme y constante de tiempo inmemorial asegura que quien ofrece suplicar al principio del recurso, debe hacerlo cumplidamente en su fin y tiempo oportuno, que es el posterior á la suspension decretada por el tribunal Real.

96. Ya fuese porque se omitiera esta diligencia en algunos casos, ó ya porque no se hiciese con la exactitud, expresion y veneracion debida á la Santa Sede, deseó asegurarse de todo escrúpulo el religioso celo del señor Don Fernando VI, y mandó por su Real decreto de 1.° de enero de 1747 que el Consejo pasara á sus Reales manos cada cuatro meses aviso formal de los breves ó bulas retenidas, expresando el fin de esta providencia en las siguientes cláusulas: » Para poder ejecutar la suplicacion de ellas: para justificar por este medio la súplica á su Santidad; y debiendo esta hacerse á mi nombre por mis ministros en aquella corte..."

97. Con sola esta literal expresion queda demostrada la resolucion del primer artículo de los tres indicados; esto es, que solo el Rey y á su Real nombre se hacen las súplicas á su Santidad de los breves retenidos por su Consejo, y se afianzó mas la justificacion del enunciado decreto en este punto, que examinado posteriormente con el mas serio y maduro examen, mandó su Magestad á consulta de su Consejo pleno, conformándose con su dictamen y con el que expusieron los señores fiscales, que se observase inviolablemente el citado decreto de 1.° de enero de dicho año de 47. Esta soberana resolucion fue publicada en el mismo Consejo de 24 de julio de dicho año, y ha tenido la mas justa

1 Ley 18. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec., y sus notas.

y debida observancia, sin que haya noticia de que alguno de los interesados en el curso ó retencion de las bulas haya suplicado ante su Santidad, ni continuado en la curia romana su instancia, bien que no les seria permitido porque obligarian á las otras partes y al señor fiscal, que siempre es la mas principal, á que acudiesen á litigar fuera del reino, lo cual está prohibido por el auto 3.° tit. 8. lib. 1. Rec. (1) sobre las máximas fundamentales del gobierno.

98. Ademas de esto se caeria con estas súplicas judiciales en otros mas graves inconvenientes ofensivos á la mas alta y suprema regalía de su Magestad, si comprometiese á nuevo exámen y decision de la Santa Sede ó de sus tribunales su absoluta autoridad en proteger y defender de toda injuria y daño público á sus vasallos y á sus reinos, siendo este un punto todo temporal, que sirve de único objeto al conocimiento que toma el Consejo en estos recursos, de cuyas particulares circunstancias trataré mas largamente en la respuesta al artículo 3.° de los tres indicados.

99. Al segundo artículo, acerca del modo, expresion y forma con que hace su Magestad la súplica, se puede responder positivamente que está reducida á una noticia sucinta y extrajudicial, comprehensiva en general de las bulas ó letras que por justas causas, examinadas en el Consejo, se han mandado suspender.

100. Esta proposicion ha sufrido graves controversias; pero solo han servido de afianzarla mas en el sentido natural con que se ha usado constantemente de la súplica. El citado Real decreto de 1.° de enero de 1747 dió motivo por algunas de sus expresiones á una de las mas ruidosas disputas sobre su inteligencia, pues á la letra dice entre otras cosas lo siguiente: »Y por cuanto asimismo deseo el posible alivio de los que traen pleitos y negocios, es mi voluntad que cada cuatro meses se me dé cuenta por el gobernador del Consejo de todos los pleitos que estuviesen conclusos para definitiva y de los sentenciados. Entre estos son de superior recomendacion los recursos que se introducen por las retenciones de breves y escritos de Roma para justificar por este medio la súplica á su Santidad, y debiendo hacerse esta á mi nombre por mis ministros en aquella corte, echo menos que no se me dé por la sala de justicia aviso formal de los breves ó bulas retenidas, para poder ejecutar la suplicacion de ellas, en cuya inteligencia tendrá en adelante el cuidado que corresponde, poniendo en mis manos copia del auto de retencion, con el pedimento fiscal para la súplica á su Santidad, á fin de que remi-

1 Nota 4. tit. 3. lib. 2. Nov. Rec.

tiéndose á mi agente en la corte de Roma, pueda interponerla, y darme cuenta de haberlo ejecutado, cuya noticia haré comunicar al gobernador del Consejo para que lo haga notar en los autos de retencion, pues de lo contrario se expone á no conseguirse el principal intento de este remedio tuitivo, que con justa causa dispensa mi regalía á quien lo implora."

101. Algunos sabios ministros pararon la consideracion en la advertencia que hacia su Magestad de que no se le daba por la sala de justicia aviso formal de los breves ó bulas retenidas, para poder ejecutar la suplicacion de ellas: que estimando en otra cláusula por de superior recomendacion los recursos que se introducen por las retenciones de breves y escritos de Roma, añade la siguiente: »para justificar por este medio la súplica á su Santidad": que manda á la sala de justicia ponga en sus Reales manos copia del auto de retencion con el pedimento fiscal para los fines que igualmente expresa, y de todo ello inferian que podian otros tomar ocasion para entender que su Magestad queria hacer las súplicas á su Santidad por medio de su agente en la corte de Roma; con expresion de las causas y fundamentos que justificaban la retencion y se exponian en el pedimento fiscal, y en este concepto les parecia que podian resultar varios perjuicios á la regalía y al reino.

102. Excitado de estas insinuaciones el reverendo confesor de su Magestad, puso en su Real mano la siguiente representacion: »Ministros de vuestra Magestad, y puedo decir de la mayor estimacion, me han hablado sobre el artículo del último Real decreto de vuestra Magestad dirigido al supremo Consejo de Castilla tocante al modo de suplicar en lo sucesivo de las retenciones de bulas pontificias, y estiman que de lo propuesto á vuestra Magestad sobre este asunto, pueden resultar graves perjuicios á la regalía y al reino. No me meto en la discusion de puntos tan delicados y superiores, solamente soy de parecer de que en asuntos de esta importancia y graves consecuencias pudiera vuestra Magestad, siendo de su Real agrado, mandar se vea esta materia en su Real Consejo pleno, para que consulte á su Magestad lo que le pareciere mas conforme á las leyes y usos del reino, y mas oportuno para conservar ilesas de una parte la debida veneracion á la Santa Sede apostólica, como de la otra las justas defensas de la nacion."

103. Condescendió el religioso celo de su Magestad al serio examen propuesto por su confesor; y habiéndolo tomado el Consejo con la mas detenida y profunda reflexion, fue de pa-

recer, conformándose con el de los señores fiscales, que el remedio que dispensaba su Magestad en estos recursos era tuitivo: que la intencion de su Magestad contenida, ó explicada en su citado Real decreto de 1.° de enero, no se dirigia á introducir novedad alguna, sino á que se observase lo establecido por las leyes y por los usos constantes del Consejo, reduciendo el aviso que mandó dar á la sala de justicia, á una sucinta relacion del recurso introducido por el señor fiscal, de las razones sólidas en que lo fundó, y en cuya consecuencia mandó el Consejo retener las bulas: que la súplica que se habia de hacer á su Santidad á nombre de su Magestad, no tenia parte alguna de judicial, siendo extrajudicial por mera noticia que daba el embajador ó agente de su Magestad en Roma de las enunciadas retenciones: que estas súplicas no se hacian con respecto á los casos particulares sino en general, y en el modo, tiempo y forma que indicaba su Magestad á su embajador ó ministro, y en que estaban de acuerdo ya las dos cortes; concluyendo que no deseaba su Magestad que el aviso de la sala de justicia fuese tan material y á la letra como suena, con la copia del auto de retencion y del pedimento fiscal.

104. Este grave y serio dictamen del Consejo pleno, unido á la soberana resolucion de su Magestad, que fue conforme, no dejan arbitrio para dudar de los artículos indicados en este capítulo: primero, que la súplica la hace su Magestad: segundo, que es extrajudicial con relacion y noticia sucinta de la retencion y de sus causas: y el tercero, que no se pide y espera posterior explicacion de su Santidad acerca de que se conforme ó no con los autos del Consejo.

105. Estos mismos pensamientos se habian anteriormente producido y observado siempre en dicho supremo tribunal, y si alguna vez se habia hecho novedad en el estilo y extension del auto de retencion ó en algunas accidentales circunstancias, fueron reclamadas de un modo que no tuvieron efecto. Tal fue el suceso ocurrido al célebre fiscal del mismo Consejo Gilimon de la Mota, que pretendia se retuviesen las bulas, que habia impetrado el Duque de Escalona para erigir en la villa de este nombre una iglesia colegial con absoluta exencion de la jurisdiccion ordinaria del arzobispo de Toledo. Con efecto defirió el Consejo á la retencion, poniendo en el auto dos calidades nuevas y exhorbitantes: la una fue acordar la retencion con la cláusula de por ahora, y la otra mandar que con efecto in-

terpusiese el fiscal la suplicacion ante su Santidad dentro de cuatro meses.

106. Reclamó el fiscal las dos enunciadas novedades, y deteniéndose mas en la segunda, expuso que por observancia antigua é inmemorial se habian traido al Consejo diversas letras, conociéndose en él de las causas en que se fundaba la retencion, y que cuando se deferia á ella quedaba fenecido el recurso con los autos del Consejo, sin haber acudido á su Santidad el fiscal ni otra persona á interponer suplicacion ni á hacer otra diligencia, y que siendo este el estado antiguo del conocimiento y determinacion del Consejo en este género de causas, se pretendia alterar con aquella novedad, tan nociva á la regalía que causaria derogacion de todas las disposiciones de las leyes y del Real Patronato, como lo fundó mas largamente, reduciendo por último su dictamen á que en el dicho caso lo que se debia hacer era todo extrajudicial y de palabra, no en nombre del fiscal, porque nunca se habia hecho, sino en el de su Magestad por medio de su embajador, representando á su Santidad los inconvenientes de las bulas retenidas, y las razones y motivos que habia para que su Santidad lo tuviese por bien, sin escribir nada sobre ello en via judicial, sino tratándolo en la forma que las demas cosas de la embajada.

107. Esta representacion del fiscal fue tan poderosa, que no hay noticia que tuviese efecto la novedad indicada en el auto del Consejo, observándose constantemente el estado antiguo que se refiere, el cual continuó de tal manera, que el mismo Real decreto de 1.° de enero de 1747 manifiesta que el Consejo ni aun aviso daba á su Magestad de las retenciones, y si alguna vez lo hacia era muy sucinto, dando en esto á entender que ó no tenia por necesaria la efectiva suplicacion ante su Santidad, estimando por bastante la que por atencion y respeto á la Santa Sede hacia el fiscal al tiempo de introducir el recurso, ó que la que se repetia en nombre de su Magestad debia ser en breve resumen con noticia extrajudicial y de palabra de las retenciones acordadas, indicando los inconvenientes que traeria la ejecucion de las bulas.

108. Esta práctica fundada en las leyes se ha continuado aun despues del citado Real decreto de 1.° de enero, y es otra prueba que autoriza y eleva á una verdad constante la inteligencia que siempre ha tenido esta materia.

109. De ella misma nace como de su raiz y fuente la resolucion segura y positiva del último artículo de los tres que propu-

se, reducido á saber los efectos que produciria la enunciada retencion y súplica en el caso que no conformándose su Santidad con lo determinado por el Consejo expidiese nuevas bulas en ejecucion de las primeras.

110. El señor Salgado trató de intento este punto en el capítulo 3.° párrafo único, parte 1.ª *de supplicat.*, y concluye al número 70, despues de varias discusiones y doctrinas de otros autores que refiere, que las bulas en que manda su Santidad ejecutar las primeras, si contienen manifiestamente el mismo daño público, se deben suspender suplicando nuevamente á su Santidad, y esperar la tercera bula ó disposicion (1). No explica este autor lo que deberia hacerse en el caso de que la tercera bula mandase llevar á efecto las dos primeras, y asi ni está por la suspension ni por el cumplimiento.

111. Por una parte considerados sus fundamentos y las autoridades á que se refiere (2), parece que se inclina á obedecer y cumplir la tercera bula; porque reduce la suspension ó suplicacion al único fin de instruir à su Santidad, y esperar sobre este mayor conocimiento su resolucion.

112. Por otra parte parece que subsiste en la opinion de que se deben retener las terceras letras por la misma causa del daño público que obligaron á suspender las anteriores. De otro modo caeria en dos inconsecuencias que distan mucho de los principios fundamentales que estableció, reducidos á que el Rey usa de este remedio tuitivo pendiente de su propia autoridad, y fundado sobre el conocimiento privativo de las necesidades ó daños públicos de su reino, y que siendo esta la materia de la decision del Consejo, en todo temporal y profana, ni es lícito dudar del testimonio que da el Príncipe por los ministros de su Consejo, ni sujetarla á nueva discusion y juicio.

113. Este pensamiento es conforme al que explicaron otros sabios autores. El señor Covarrubias (3) dice, que el fin de suspender la ejecucion de las letras apostólicas es las mas veces instruir con seguridad al Sumo Pontifice de los daños que causarian á la república; y no dudando que su Santidad los enmendaria, se excusa de ir mas adelante con la disputa, en el caso no espera-

1 *Tandem igitur pro coronide hujus discursus illud adnotandum erit, quod quoties agnoscatur in senatu, litteras apostolicas grave damnum, aut scandalum reipublicæ illaturas, aut aliter summum ecclesiæ caput minus plene esse informatum de inconvenientiis, periculo, et damno populi, semel ac iterum sibi posse replicari, ut integre instruatur.*

2 Cap. 2. *de Off. et potest. judicis delegat.* el 5. *de rescript.* y el 6. *de præbend. et dignitat.*

3 Cap. 35 de sus Pract num. 6.

do de que mandase llevar á efecto las primeras letras (1).

114. En el capítulo 36, número 3, manifiesta Covarrubias su dictamen, reducido á que se deben suspender las letras apostólicas, aunque sean segundas ó terceras, si contuviesen el mismo daño público que las primeras (2). Menchaca (3) insiste mas abiertamente en el mismo propósito, como tambien lo hacen otros muchos autores citados por el señor Salgado (4), concluyéndose por todo lo expuesto, que la suspension de las bulas se perfecciona y consuma con la autoridad Real, conociendo en uso de ella de las causas que ofenden al estado público del reino; y esta es una consideracion que pone en mayor seguridad las que se han indicado acerca de no ser necesario ni conveniente exponer menudamente en la súplica que se hace á su Santidad á nombre del Rey, las causas ó inconvenientes que obligaron á suspender las letras apostólicas, y que basta, en señal de la veneracion y acatamiento que se tiene con la Santa Sede, instruirla de palabra de las suspensiones acordadas por las causas públicas en general, que examinaron y calificaron los ministros de su Magestad.

115. Ultimamente debo advertir acerca de esta materia dos cosas. 1.ª Que aunque el pase de las bulas se pide en sala primera de gobierno en el Consejo, sin embargo el juicio de retencion en caso de oposicion se remite á sala de justicia, adonde corresponde la retencion de toda gracia que resulta en perjuicio de tercero (5). 2.ª Que la accion en este recurso es tan privilegiada como en todos los demas de fuerza y proteccion; y asi nunca prescribe por mas años que trascurran, especialmente por lo que toca á las regalías de la corona; por lo mismo queda siempre abierta la puerta para introducirse de cualquiera bula que se haya impetrado antes del establecimiento del remedio de la presentacion. Y lo mismo sucede despues de obtenido el pase en el Consejo, en cuyo caso puede recurrir cualquiera interesado ó perjudicado á quien no se ha oido, á pedir se recoja la bula que le

1 *Nec enim nobis opportunum est rem istam latius in disputationem, et examen, adducere, quippe quibus maxima subsit spes summum Christi vicarium, ecclesiæ catholicæ caput, et rectorem, his de rebus certiorem factum, ea adhibiturum remedia, quæ sint saluti utriusque reipublicæ spiritualis, et temporalis præstantissima.*

2 Hablando de las que derogan el derecho de patronato de los legos dice: *Apud Hispanos minime derogationes istæ admittuntur nec admitti consuevere. Imo suprema Regis tribunalia; et qui regio nomine illic justitiæ ministerio præsunt, statim apostolicas litteras examinantes, propter publicam utilitatem, earum executionem suspendunt, earumdem usum gravissimis pœnis, et comminationibus interdicentes.*

3 Controv. lib. 1. cap. 41. num. 26.

4 Cap. 3. §. único, part. 1. *de supplicat.*

5 Nota 4. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec., en la cual se dice lo siguiente: »Se dudó asimismo si los pleitos sobre retencion de bulas se habian de tratar en la sala de gobierno, y pareció que se remitiesen á la de justicia, como siempre se habia hecho.»

perjudica, y se retenga, porque el *exequatur* lo concede este supremo tribunal principalmente, en la inteligencia de que en ella no se ofende la regalía ni la causa pública, y siempre con la condicion tácita de que no sea en perjuicio de tercero (1).

Formulario correspondiente á este capítulo.

MÉTODO DE INTRODUCIR EL RECURSO DE RETENCION DE BULAS (2).

M. P. S.

Manuel Estevan de San Vicente, en nombre y virtud de poder que en debida forma presento de los curas párrocos de los arciprestazgos &c. ante V. A. como mejor proceda, y haya lugar en derecho, parezco y digo: que en el año próximo pasado acudió á su Santidad el reverendo obispo, dean y cabildo de la ciudad de N, exponiendo las ruinas, decadencia y mal estado en que se hallaba aquella iglesia catedral: que el culto estaba absolutamente abandonado por falta de medios: que la fábrica no tenia mas rentas para sus gastos precisos que los productos de unas reducidas heredades, cuyo valor apenas ascendia á dos mil reales, y en fin que para reedificarla y ocurrir á la entera ruina que amenazaba, no habia otro arbitrio que destinar la cuarta parte de las rentas de un año de todos los curatos que vacasen en el obispado. En su consecuencia suplicaron se dignase su Santidad concederles facultad para establecer dicha imposicion por tiempo de diez años; á lo que defirió por su bula de 18 de agosto de 1782.

Habiéndola presentado á V. A. el cabildo, se le concedió el pase en la forma ordinaria: y respecto que dicha bula no solo padece los vicios de obrepcion y subrepcion, sino que tambien vulnera el derecho de los curas, y aun de la regalía; por tanto:

A V. A. suplico, que habiendo por presentado el poder, se sirva mandar librar la Real provision correspondiente para que el reverendo obispo y cabildo remita al Consejo dicha bula, y en su vista declarar que ha lugar á la retencion, mandando al mismo tiempo se sobresea en el ínterin en la exaccion: que asi es justicia que pido &c.

1 Ley 4. tit. 4. lib. 3 Nov. Rec., Covarr. en la citada obra, tit. 22. § 4, 5 y 6.

2 La siguiente peticion, copiada de la obra del señor Covarrubias, está hecha á nombre del mismo interesado á quien perjudica la bula; pues segun dicho autor, aunque en estos recursos la parte principal es el señor fiscal, todo interesado ó perjudicado puede introducirlos. En esto no conviene el señor Conde de la Cañada, como se dijo arriba, pues atribuye al señor fiscal la accion privativa de introducir el recurso. Sea como quiera, la peticion siempre será la misma en el fondo, ya se entable el recurso por la misma parte, ya por el señor fiscal, como parece mas fundado.

CAPITULO UNDÈCIMO.

De las fuerzas que pueden cometer los jueces eclesiásticos despojando al Rey de su autoridad y facultades que le competen en virtud de su Real Patronato, ó interrumpiéndolas y embarazando su cumplimiento y ejecucion.

§. 1. Por derecho y antigua costumbre, justos títulos y concesiones apostólicas, el Rey es patrono de todas las iglesias catedrales de España, y le pertenece la presentacion de los arzobispados, obispados, prelacías y abadías consistoriales de estos reinos.

2. Esta alta prerogativa de nuestros Soberanos fue reconocida y confesada abiertamente en el concordato ajustado con la Santa Sede en 11 de enero de 1753.

3, 4 y 5. Disposiciones principales del concordato que forman regla en toda la materia beneficial.

6 hasta el 11. Tres especiales reservas que hizo su Santidad an el referido concordato. La primera es relativa á los cincuenta y dos beneficios que debia proveer la Santa Sede perpetuamente. La segunda es referente á los beneficios que los arzobispos, obispos y coladores inferiores proveian anteriormente, y debian continuar proveyendo cuando vacaren en los cuatro meses de marzo, junio, setiembre y diciembre. La tercera comprende los beneficios de patrimonio eclesiástico, disponiendo que los patronos eclesiásticos prosigan presentando en la misma forma los de esta especie que vecaren en los mismos cuatro meses.

12. Se resuelve la cuestion siguiente. ¿Si los beneficios patrimoniales se consideran ó no comprendidos en dichas reservas?

13 y 14. Otra declaracion de su Santidad, que corrobora mas los derechos del Real Patronato.

15. En consideracion á la doctrina explicada en los párrafos anteriores, harán fuerza los ordinarios ó jueces eclesiásticos de dos modos, ó bien proveyendo las dignidades, prebendas y beneficios que vacaren en los ocho meses apostólicos, ó ya impidiendo de cualquier modo la presentacion á su Magestad.

16. Los obispos no pueden tomar por sí la resolucion de no admitir al presentado por el patrono sin consultarla y acordarla con su Magestad, manifestando las justas causas

que tengan para ello.

17 hasta el 20. Conocimiento que el Rey toma de la prueba que haya hecho el obispo del defecto que tenga el nombramiento Real ó el agraciado en su persona, de lo cual se trata en la Cámara.

21 hasta el 25. El conocimiento de las causas y negocios concernientes al Real Patronato pertenece exclusivamente á la Cámara, donde se determinaban tambien los recursos de fuerza que ocurrian en estos negocios, hasta el reinado del señor Felipe V, quien se sirvió mandar que las causas del Real Patronato, se viesen por recurso de fuerza en el Consejo pleno, y por via de retencion en la Cámara.

1. La fuerza de que voy à tratar en este capítulo consiste en despojar al Rey de su autoridad y facultades que le competen en virtud de su Real Patronato, ó en interrumpirlas y embarazar su cumplimiento y ejecucion. Para inteligencia de esta materia debe saberse en primer lugar, que como dice la ley 4. tit. 17. lib. 1. Nov. Rec. por derecho y antigua costumbre, y justos títulos y concesiones apostólicas, el Rey es patrono de todas las iglesias catedrales de estos reinos, y le pertenece la presentacion de los arzobispados, obispados, prelacías y abadías consistoriales de estos reinos, aunque vaquen en la corte de Roma.

2. Esta alta prerogativa de nuestros Soberanos, fue reconocida y confesada abiertamente en el concordato ajustado con la Santa Sede en 11 de enero de 1753, como se ve por las siguientes palabras del mismo. »No habiendo habido controversias sobre la pertenencia á los Reyes católicos de las Españas del Real Patronato, ó sea nómina á los arzobispados, obispados, monasterios y beneficios consistoriales, es á saber, escritos y tasados en los libros de Cámara, cuando vaquen en los reinos de las Españas, hallándose apoyado su derecho en bulas y privilegios apostólicos y en otros títulos alegados por ellos, y no habiendo habido tampoco controversia sobre las nóminas de los Reyes católicos á los arzobispados, obispados y beneficios que vacan en los reinos de Granada (1), y de las Indias (2), ni tampoco sobre

1 Por bula de Inocencio VIII, expedida en 8 de diciembre de 1480, se concedió á los señores Reyes católicos y á sus sucesores el derecho de patronato en todas las iglesias y monasterios del reino de Granada, y demas tierras é islas ganadas y que en adelante se ganasen á los mahometanos. Nota 1 á la ley 1. tit. 18 lib. 1. Nov. Rec.

2 Por la bula del papa Julio II, expedi-

la nómina de algunos otros beneficios, se declara deber quedar la Real Corona en su pacífica posesion de nombrar en el caso de las vacantes, como lo ha estado hasta ahora; y se conviene en que los nominados à los arzobispados, obispados, monasterios y beneficios consistoriales, deban tambien en lo futuro continuar la expedicion de sus respectivas bulas en Roma, en el mismo modo y forma practicada hasta aqui sin innovacion alguna."

3. Dos son las disposiciones principales del concordato que forman regla en toda la materia beneficial. Por la primera deja à los ordinarios eclesiásticos el derecho y potestad que tenian de nombrar y proveer las dignidades, prevendas, beneficios y préstamos que vacasen en los cuatro meses de marzo, junio, setiembre y diciembre; sin que el intento del concordato se dirija en manera alguna á perjudicarlos en el derecho y posesion en que se hallaban, debiendo por consecuencia continuar sin novedad en la misma.

4. La segunda regla comprende á favor de su Magestad y de los señores Reyes sus sucesores perpetuamente todas las dignidades, prebendas y beneficios de la clase y naturaleza que expresa el mismo concordato en el capítulo quinto, que vacaren en los ocho meses restantes del año, llamados apostólicos, porque los proveia la Santa Sede, en cuyo lugar y derecho fue subrogada á mayor abundamiento la Corona.

5. La presentacion de las dignidades, prevendas ó beneficios que vacaren en los cuatro meses ordinarios referidos en el párrafo tercero, hallándose vacante la dignidad episcopal, corresponde tambien à los Reyes de España. Lo mismo sucede aun cuando vacasen dichos beneficios en los enunciados cuatro meses ordinarios, viviendo entonces el obispo, si murió sin proveerlos, y aun si vacaren despues de expedidas las bulas al obispo sucesor, vistas por la Cámara, concedido su pase, y libradas las cédulas correspondientes llamadas ejecutoriales; pues

da en Roma à 28 de julio de 1508, con acuerdo y unánime consejo del sacro colegio, se concedió á los señores reyes Don Fernando y Doña Juana y sus sucesores en Castilla y Leon el derecho de patronazgo de las iglesias de Indias, mandando que ninguna iglesia metropolitana, catedal, colegial, abacial, parroquial, votiva, monasterio, convento, hospital, hospicio ni otro lugar pio y religioso, de la clase y graduacion que fuese, se pudiese en todo el estado de las Indias erigir, instruir, fundar, dotar ó construir sin que precediese el permiso de sus Magestades, y que en las ya entonces erigidas y edificadas, y que en adelante se erigiesen y edificasen, tuviesen y ejerciesen como patronos únicos é *in solidum* de ellas, el derecho de patronazgo, y de presentar á arzobispos, obispos, prebendados y beneficiados idóneos, y la nominacion de otros cualesquiera oficios eclesiásticos ó laicales, como quiera anejos y dependientes de ellos. Nota 2 á dicha ley.

antes que el prelado haya tomado real y efectiva posesion de su dignidad, no los puede ni debe proveer, y corresponde su presentacion à su Magestad.

6. Antes de llegar su Santidad à interponer su acuerdo y disposicion ó à prestar su consentimiento al punto del patronato universal que el Rey pretendia, hace tres especiales reservas, que son otras tantas excepciones de lo que debia quedar establecido por regla general acerca del derecho de patronato y presentacion de su Magestad. La primera excepcion ó reserva es relativa à los cincuenta y dos beneficios que debia proveer la Santa Sede perpetuamente en cualquier tiempo y caso que vacaren, y son los siguientes. En la catedral de Avila, el arcedianato de Arévalo. En la de Orense, el arcedianato de Rubel. En la de Barcelona, el priorato, antes secular y ahora regular, de la colegiata de Santa Ana. En la de Burgos, la maestrescolía y el arcedianato de Palenzuela. En la de Calahorra, el arcedianato de Nájera y la tesorería. En la de Cartagena, la maestrescolía; y en su diócesis el beneficio simple de Albacete. En la de Zaragoza, el arciprestazgo de Daroca y el arciprestazgo de Belchite. En la de Ciudad-Rodrigo, la maestrescolía. En la de Santiago, el arcedianato de la Reina, el arcedianato de Santa Tesia y la tesorería. En la de Cuenca, el arcedianato de Alarcon y la tesorería. En la de Córdova, el arcedianato de Castro, y en su diócesis el beneficio simple de Belaleazar, y el préstamo de Castro y Espejo. En la de Tortosa, la sacristía y la hospitalaría. En la de Gerona, el arcedianato de Ampurdam. En la de Jaen, el arcedianato de Baeza, y en su obispado el beneficio simple de Arjonilla. En la de Lérida, la preceptoría. En la de Sevilla, el arcedianato de Jerez, y en su diócesis el beneficio simple de la Puebla de Guzman, y el préstamo de la iglesia de Santa Cruz de Écija (1). En la de Mallorca, la preceptoría y la prepositura de Santo Antonio Vienense (2). *Nullius* en el reino de Toledo, el beneficio simple de Santa María de la ciudad de Alcalá la Real. En el obispado de Orihuela, el beneficio de Santa María de Elche. En la catedral de Huesca, la chantría. En la de Oviedo, la chantría. En la de Osma, la maestrescolía y la abadía de San

1 En lugar de este préstamo se subrogó y reservó en el año de 1757, á la libre y perpetua colacion de la Santa Sede, uno de los tres beneficios simples servideros en la iglesia de Santa María de la ciudad de Alcalá la Real.

2 Por breve de su Santidad de 24 de agosto de 1787, en que se extinguió la orden de canónigos reglares de San Antonio Abad en los reinos de España, quedó secularizada perpetuamente la encomienda de San Antonio Vienense, reservada por este concordato á la provision apostólica. (Nota 14. tit. 26. lib. 1. Nov. Rec.)

Bartolomé. En la de Pamplona, la hospitalaría, antes regular y ahora encomienda; y la preceptoría general de Olite (1). En la de Plasencia, el arcedianato de Medellin, y el de Trujillo. En la de Salamanca, el arcedianato de Monleon. En la de Sigüenza, la tesorería y la abadía de Santa Coloma. En la de Tarragona, el priorato. En la de Tarazona, la tesorería. En la de Toledo, la tesorería; y en su diócesis el beneficio simple de Ballecas. En la diócesis de Tuy, el beneficio simple de San Martin de Rosal. En la catedral de Valencia, la sacristía mayor. En la de Urgel, el arcedianato de Andorra. En la de Zamora, el arcedianato de Toro (2).

7. La segunda reserva ó excepcion es referente á los beneficios que los arzobispos, obispos y coladores inferiores proveian por lo pasado, siempre que vaquen en los meses ordinarios de que se habló en el párrafo tercero; siendo tan estrecha esta reserva ó excepcion como indica la expresion de que »deban continuar", segun se expresa en el concordato; lo cual se refiere al mero hecho de posesion en que se hallaban; de modo que deben concurrir como fundamento necesario de los ordinarios dos precisas calidades; á saber, una que el beneficio vaque en alguno de los cuatro meses referidos; otra que anteriormente hubiesen proveido el mismo beneficio, y no lo hubiese hecho otro alguno; pues no fue la intencion del concordato hacer novedad en los arzobispos, obispos y coladores inferiores en darles ni quitarles cosa alguna, sino mantenerlos en la misma posesion que hubiesen tenido por lo pasado, que es lo que expresa la cláusula »que deban continuar."

8. La tercera limitacion ó reserva comprende los beneficios de patrimonio eclesiástico, disponiendo que los patronos eclesiásticos prosigan en presentar en la misma forma los de esta especie que vacaren en los mismos cuatro meses. Esta restriccion á las vacantes de dichos cuatro meses es una condicion simultánea y precisa que debe verificarse para que el patrono eclesiástico pueda presentar, sin que la posesion anterior que hubiese tenido, aunque fuese extensiva á otros meses y casos de sus vacantes, les pueda aprovechar, como se ve por las siguientes palabras de la constitucion apostólica expedida en confirmacion del concordato. »Y que del mismo modo las personas

1 Esta encomienda de Olite quedó secularizada perpetuamente por el breve de su Santidad de 21 de agosto de 1787, en que se extinguió la orden de canónigos regulares de San Antonio Abad en estos reinos de España.

2 Ley 1. tit. 18. lib. 1. Nov. Rec.

eclesiásticas ó patronos eclesiásticos, á quienes toca y pertenece la nominacion y presentacion de algunos beneficios eclesiásticos, por tiempo vacantes, en personas idóneas, que suelen instituirse en ellos, en virtud de este nombramiento ó presentacion por el ordinario del lugar ó de otra manera, puedan y deban tambien en lo venidero nombrar y presentar á los dichos beneficios vacantes por tiempo en los dichos meses tan solamente, cesando las reservaciones y afecciones apostólicas." Esto manifiesta que aunque dichos patronos eclesiásticos estuviesen muy de antiguo en la posesion de nombrar en todas las vacantes, meses y casos de las reservas, quedaba reducido su derecho á los cuatro meses ordinarios, lo cual se corrobora con las reflexiones siguientes.

9. El concordato se ajustó y tuvo por causa y fin el interes público que explica en muchas partes, señaladamente en el párrafo segundo; y esta es otra consideracion poderosa, que unida al primitivo derecho y patronato universal que pretendian tan de antiguo y con tan sólidos fundamentos los señores Reyes católicos, hace entender amplísimamente las reglas que se conservaron y se les concedieron por el citado concordato, cediendo á este interes público el particular que pudieran tener los patronos eclesiásticos, supuesto que los legos quedaron ilesos y mantenidos en todas sus facultades.

10. Esta diferencia ofrece un nuevo convencimiento á todos los patronos eclesiásticos que intenten nombrar ó presentar beneficios de cualquiera calidad que sean y vacaren fuera de los cuatro meses; pues estando tan expresivo el concordato en que nada se innove en orden á los beneficios de patronato laical de particulares, como se contiene en el capítulo segundo, no se hubiera omitido igual diligencia acerca de los eclesiásticos.

11. Consideraba en estos patronos justamente su Santidad, que no tenian por sus personas derecho particular que los interesase, pues que todo residia en la iglesia, de cuyas rentas se habian fundado ó se habian trasladado á ella, aunque estuviesen dotados con bienes patrimoniales; y en esta circunstancia reconocia su Santidad su poder supremo para disponer á nombre y en representacion de la iglesia de todos sus beneficios, nombrando para ellos ministros que los sirviesen y diesen el mayor culto á Dios. Esta es la razon principal en que se funda la diferencia indicada entre el patronato laical y el eclesiástico; y es tan poderosa que en la opinion mas probable tiene lugar, aun cuando el patrono sea mixto de eclesiástico y laical, pues si

aquellos fuesen en mayor número, esta calidad se considera dominante; y asi como las dos voces de los patronos eclesiásticos vencerian en la presentacion á la una del lego, el mismo efecto tiene la del Papa en quien se resumen las voces de los patronos eclesiásticos, y no puede quejarse el patrono lego de que se le causa perjuicio, aunque no presente los referidos beneficios, y menos sentir este agravio si se reserva su Santidad la presentacion en los cuatro meses ordinarios. Esta es la opinion, aunque no explicada con tan graves fundamentos, del señor Covarrubias (1) y de Lambert (2).

12. No puede dudarse que los cabildos de las respectivas iglesias que presentan los beneficios vacantes en ellas, lo hacen como patronos eclesiásticos á nombre de las mismas iglesias, de cuyas rentas se han dotado, y en estas circunstancias estan directamente comprendidos en la letra y el espíritu del concordato, como lo estaban anteriormente en las reservas de la regla novena de la cancelaría: su disposicion es universal á todos los beneficios que vacasen en los ocho meses, sin hacer particular memoria de la calidad de patrimoniales; y de aqui tomaron ocasion algunos autores para dudar si los de esta última clase se comprendian en las reservas ó quedaban fuera de ellas. ¿Pero sería tolerable que se dudase en el dia haber querido su Santidad que los señores Reyes católicos presentasen para dichos beneficios patrimoniales que vacan en los ocho meses y casos de las reservas especiales y generales, cuando su Santidad los señaló expresamente en el concordato y en la constitucion apostólica de su confirmacion? Esta expresion literal y aun el modo de hacerla no puede dirigirse á otro fin que al de remover las dudas que se habian excitado por los autores indicados, y dejar plenamente asegurado el derecho de su Magestad para hacer dicha presentacion, que no tiene calidad alguna para ser excluida (3).

13. Aun no satisfecho su Santidad con las aclaraciones indicadas acerca del Real Patronato, añade otra, aun mas expresiva si cabe, por la comparacion que hace de que los Reyes católicos puedan presentar los beneficios de que trata el concordato, señaladamente los que proveía su Santidad por las reservaciones apostólicas, del mismo modo que han acostumbrado usar de los derechos de su Patronato Real y ejercerlos en cuanto á las iglesias

1 En sus práct cap. 33. num. 2 y 5.

2 *De jure patronat.* part. 3. lib. 2. quæst. 9. art. 9.

3 El que desee mas ilustracion sobre este punto consulte las observaciones prácticas del señor Conde de la Cañada sobre recursos de fuerza, part. 3. cap. 5. §§. 23 y siguientes.

y beneficios eclesiásticos que antes eran de su Real presentacion, y como en estos no podian tener entrada los indultarios, quedan por la referida declaracion destituidos enteramente de aquella facultad de que usaron á nombre de su Santidad por sus privilegios ó indultos.

14. Todas las enunciadas disposiciones dejaban desembarazado y en entera libertad el derecho universal de los señores Reyes católicos en la presentacion de los beneficios de todas las iglesias de España que vacasen en los ocho meses apostólicos; y para asegurar mas que aun en lo sucesivo no se les pondria el menor estorbo ó inconveniente al uso libre del derecho y patronato universal, establece su Santidad y acuerda, siguiendo el tenor del concordato, »que no concederá en adelante indulto alguno de conferir beneficios eclesiásticos, reservados á la Santa Sede en dichos reinos de las Españas, al referido nuncio apostólico, ni á ningun cardenal de la Santa iglesia romana, arzobispos ú obispos, ni á otros cualesquiera, sin expreso consentimiento del Rey católico de las Españas entonces existente."

15. De todo lo dicho resulta que el derecho y alta preeminencia de los Monarcas españoles acerca de la presentacion de los beneficios eclesiásticos en los ocho meses referidos, se hallan tan radicados en la corona, que no puede haber motivo de disputa, ni dar ocasion á los jueces eclesiásticos para inquietar ó turbar de modo alguno esta regalía; y que ni aun aparente motivo puede ofrecérseles para intentar conocer en sus tribunales de la presentacion que haga su Magestad de los expresados beneficios. Harán pues fuerza los ordinarios ó jueces eclesiásticos de dos modos, ó bien proveyendo las dignidades, prebendas y beneficios que vacaren en los ocho meses apostólicos; ó ya impidiendo de cualquier modo las presentaciones de su Magestad.

16. Los obispos no pueden tomar por sí la resolucion de no admitir al presentado por el patrono sin consultarla y acordarla con sus superiores, que lo son para este caso los cánones, las leyes y los señores Reyes de España, por los ruegos y encargos que llevan las Reales cédulas de presentacion que se libran por la Cámara; y todas estas disposiciones mandan y obligan al obispo á recibir al presentado. ¿Como pues podria resistir estos mandamientos superiores, aunque en su dictamen hallase causa grave, sin representarla y esperar la resolucion conveniente? El ruego de los Príncipes en las materias y negocios que estan en su potestad, llevan toda la fuerza de preceptos, y obligan

á su cumplimiento, ó á que se representen y justifiquen las causas que lo impidan (1). ¿Y podrá dudarse de la potestad del Rey para defender sus presentaciones, y que tengan cumplido efecto, como lo disponen los canónes y las leyes? ¿Seria tolerable que se faltase al respeto y decoro de la Magestad, despreciando sus ruegos, sin poner en su Real noticia las causas que tuviere el obispo para no obedecerlos y cumplirlos?

17. A esta obligacion es consiguiente que el Rey tome conocimiento de la prueba que haya hecho el obispo, del defecto que tenga el nombramiento Real, ó el agraciado en su persona; de lo cual se trata en la Cámara, procediendo con madura y seria reflexion en los casos y circunstancias en que representan y justifican los obispos las causas en que se fundan para suspender ó despreciar las presentaciones Reales.

18. Si niegan ó dudan del patronato, conoce y decide la Cámara este punto. Si el defecto se pone en la persona nombrada, y aparece notoriamente que no le tiene, ó no la obsta, ó que puede suplirse por dispensacion de su Santidad solicitada y obtenida con Real permiso, se manda librar en el primer caso sobrecédula en ejecucion de la primera, y en el segundo se hace lo propio, precedida la habilitacion competente.

19. Su Magestad nombró para una canongía de la santa metropolitana de Valencia á Don Vicente Blasco, freile de la orden de Montesa, y presentada la Real cédula al provisor, suspendió este su cumplimiento, pretextando su incapacidad por el voto de pobreza á que le suponia afecto por la profesion en dicha orden. El muy reverendo arzobispo coadyuvó este intento, solicitando sujetar á Blasco á que disputase en su tribunal la incapacidad que se le imputaba, y que corriesen las apelaciones y recursos à los superiores eclesiásticos; pero Blasco no condescendió á las ideas del provisor, y reclamando en la Cámara su resistencia á cumplir la enunciada Real cédula de presentacion, expusieron posteriormente el muy reverendo arzobispo y su provisor los fundamentos que favorecian su intento; y examinados con seria reflexion los que se motivaron en sus representaciones, y los que al mismo tiempo expuso el señor fiscal en demostracion del derecho de su Magestad y del conocimiento de la Cámara para remover el impedimento que se ponia á la ejecucion de dicha Real cédula; se acordó y mandó librar la segunda, que fue obedecida y cumplida haciendo colacion y canó-

1 Salgado *de regia*, part. 1. cap. 2. num. 154, 169 y 172.

nica institucion à Blasco de la canongía para que fue presentado à su Magestad.

20. Este ejemplar y otros iguales que han ocurrido en la Cámara califican su autoridad para hacer respetar y ejecutar los nombramientos y presentaciones de su Magestad, cuando las causas que motivan los obispos para suspenderlas, no son suficientes, ó no se prueban; pero si fuesen tan complicadas que exigiesen mayor contestacion y examen, especialmente en aquellas que tocan à la literatura de los presentados, podrán estos agraviarse de la mala relacion de los examinadores, y de cualquiera otra injusticia que les hagan los ordinarios eclesiásticos, recurriendo por apelacion ó queja à sus respectivos superiores, como lo han hecho algunas veces siguiendo lo dispuesto en la última parte de la citada ley 5. tit. 15. Part. 1, à que corresponde la doctrina del señor Salgado (1).

21. El conocimiento de las causas y negocios concernientes al Real Patronato pertenece exclusivamente à la Cámara, segun se ve por la ley 1. cap. 2. tit. 4. lib. 4. Nov. Rec., que dice asi: »que en la Cámara se vean de aqui adelante todos los negocios tocantes à mi Patronazgo Real de la iglesia en estos mis reinos de Castilla y el de Navarra é islas de Canaria de cualquiera calidad que sean, asi los que fueren de justicia como de gracia." Esta ley ó Real cédula es del señor Don Felipe II, su fecha 6 de enero de 1588.

22. Posteriormente el mismo Soberano por otro decreto expedido en Madrid à 17 de marzo de 1593 (que es la ley 12 tit. 2. lib. 2. Nov. Rec.) mandó que la Cámara conociese de los pleitos tocantes al Patronato Real que se intentaren llevar al Consejo por via de fuerza. El tenor de esta ley es como sigue: »Por una mi cédula y orden firmada de mi mano hecha en Madrid à 6 de enero de 1588, dirigida al presidente y à los de mi Consejo de la Cámara, mandé entre otras cosas, que todos los negocios que fuesen de justicia tocantes à mi Patronazgo Real en estos mis reinos de Castilla y el de Navarra é islas de Canaria, se viesen y determinasen de alli adelante en dicho mi Consejo de la Cámara, y porque ahora he sido informado que las partes à quien tocan algunos de los dichos negocios, acuden à mi Consejo Real por via de fuerza, donde se conoce de ellos, y se hallan los tres del dicho mi Consejo que tengo nombrados por el de la Cámara, y que si se diese lugar à esto, se seguirian algunos inconvenientes;

1 Señor Conde de la Cañada en la citada obra, part. 3. cap. 4 §§. 56 y siguientes.

por la presente declaro y mando, que si de los pleitos y negocios que ahora hay pendientes, y se movieren en adelante en el dicho mi Consejo de la Cámara sobre cosas tocantes al derecho de dicho mi patronazgo, las partes à quien tocaren pretendieren que hay fuerza, é invocando el auxilio de ella apelaren y se agraviaren en dicho mi Consejo Real, y pidieren se traigan à él por via de fuerza los procesos y autos de los dichos negocios; que en tal caso den las provisiones que fueren necesarias para traer al dicho mi Consejo los dichos procesos, en el cual se vea y determine en el artículo de si hay la dicha fuerza ó no, lo que fuere de justicia por los dichos tres del dicho mi Consejo Real, que tengo proveidos por el de la Cámara y por los que adelante fuesen de ella, hallándose presente mi secretario, que ahora es y en adelante fuere del dicho mi Patronazgo Real, à quien para el dicho efecto se ordenará por las dichas provisiones se entreguen los dichos procesos y papeles originalmente; y faltando alguno de los dichos tres jueces, por muerte, ausencia ú otro legítimo impedimento, entrará en su lugar à conocer y determinar los dichos pleitos y negocios de fuerza, el presidente que es ó fuere del dicho mi Consejo Real ú otro oidor de los de él, el que dicho mi presidente ordenare, y no otra persona alguna.

23. El señor Don Felipe III por decreto de 31 de enero de 1609 à consulta de la Cámara de 28 de agosto de 1608 (ley 13 del mismo título) tuvo à bien mandar que los recursos de fuerza en causas del patronato se viesen en la sala de gobierno del Consejo por los de la Cámara con el señor presidente.

24. Ultimamente el señor Don Felipe V por otro decreto de 16 de julio de 1702 (ley 14 del mismo título) se sirvió mandar que las causas del patronato se viesen por recurso de fuerza en el Consejo pleno, y por via de retencion en la Cámara. Esta ley dice asi literalmente: »En consulta de 7 de este mes, con vista de papel del nuncio y memorial de los comendadores del hospital del Rey, extramuros de Burgos, presos de orden de la abadesa de las Huelgas, me representa el Consejo ha introducido esta en la Cámara el recurso de fuerza de conocer y proceder, pidiendo se traigan à ella los autos y se recoja la agravatoria del nuncio por ser el cabildo de comendadores y su hacienda fundacion Real: que por el contrario ponderan estos ser novedad nunca vista que la Cámara conozca de las fuerzas de la nunciatura que estaban reservadas al Consejo; y que la mejora se complicaba en dos remedios, uno de fuerza, y otro de retencion que

son distintos en naturaleza; sobre lo cual el Consejo hace varios supuestos en razon de pertenecerme las causas del Real Patronato, aunque sean eclesiásticas, por prescripcion, privilegios, asenso pontificio y por la suprema dignidad Real refundida en los bienes y derechos de la Corona, y que en su consecuencia se ejercita la jurisdiccion tuitiva, mandando venir á la Cámara los autos, y reteniéndolos, en caso de estimarse por de patronato; á lo cual se procede por provisiones regias, y proceso que se dice *per contemptum Regiæ dignitatis*, cuyo remedio es mas lleno y perfecto que el de la fuerza, y mas propio para la defensa del patronato, con el cual no se necesita el recurso vulgar de las fuerzas, antes bien es impropio de la autoridad Real y su poder, decir se le hace fuerza ó agravio, y que aunque en las causas de patronato puede ofrecerse recurso de fuerza, por incidencia de otras cuestiones entre las partes, en este caso se despachen las mejoras ó provisiones por el Consejo, á quien está cometido privativamente el uso de este económico conocimiento, particularmente en los autos que se traen por via de fuerza del nuncio; concluyendo, que por el remedio de retencion van á la Cámara los notarios de la nunciatura á hacer relacion, y que es de parecer mande Yo responder al oficio del nuncio, creia que la Cámara haria ir á hacer relacion por haberse intentado el remedio de la retencion, y no por el recurso de fuerza; y mas habiendo expresado en la peticion de la mejora, que la controversia era sobre la administracion y caudal del hospital que es del patronato: y que le habia mandado viese los autos solo por el medio de la retencion, y no por via de fuerza ó agravio, absteniéndose de este conocimiento, y mandando á las partes acudir al Consejo á sacar la mejora del recurso, en el caso de no ser punto de retencion; y que lo mandase prevenir así á la Cámara, para que en este y en los casos ocurrentes lo practique; y que cuando se hubiese de ver en el Consejo por via de fuerza, fuese por todo él, pues como señor absoluto me toca dar la forma mas conveniente, segun la gravedad de la materia é instancias de las partes: con cuyo parecer me he conformado; y se le enviará copia á la Cámara para la observancia y cumplimiento en la parte que le toca."

CAPITULO DUODÉCIMO.

De las fuerzas en materias de espolios y vacantes de los arzobispados y obispados de España.

§. 1 y 2. Origen de los recursos de fuerza en esta materia.

3, 4 y 5. La práctica que se observaba antiguamente en España cuando ocurria la muerte de algun prelado, era dirigir al Rey el dean y cabildo de la catedral dos reverentes súplicas; una para que les permitiese elegir sucesor, y la otra para que entretanto se encargase de la guarda y buena administracion de los bienes y rentas que dejaba el difunto prelado, llamadas espolios, y de las que se devengasen en el tiempo de la vacante. El Rey condescendia inmediatamente, y enviaba una persona para que ocupara y recibiera los bienes y rentas pertenecientes á la mitra; todo lo cual se acredita por una ley de Partida.

6. Ademas del testimonio de esta ley se prueba con varios documentos que traen los historiadores y otros argumentos, la suprema autoridad Real para ocupar, administrar y conservar las rentas pertenecientes á la mitra vacante.

7. Los bienes y rentas producídas en vida del obispo, y las que corresponden á la mitra en tiempo de la vacante, son en si mismas temporales y profanas, y se comprenden por su naturaleza en la ocupacion de sus temporalidades cuando la permiten y mandan hacer las leyes.

8. En los tiempos antiguos que se cuentan hasta el siglo XV, no se conocieron en España colectores de espolios y vacantes, que intentasen turbar la autoridad Real en la ocupacion, recaudacion y custodia de los bienes y rentas que dejaba el obispo difunto.

9, 10 y 11. Arreglo que se hizo sobre el asunto de espolios por el concordato del año de 1753.

12 hasta el 17. En los autos y procedimientos del colector general de espolios y vacantes, y en los de los subdelegados, dirigidos á ocupar, exigir y apremiar á los deudores, no hay materia de fuerza, ni puede introducirse este recurso en ningun tribunal, y razones en que esto se funda.

13. Aunque el colector general sea persona eclesiástica, puede muy bien usar por su persona de la jurisdiccion temporal que le fuere con-

cedida por su Magestad.

19. Las apelaciones y recursos de los subdelegados se dirigen y limitan al colector general, sin trascender á otro superior.

20. En la aplicacion y distribucion de los frutos y bienes de espolios y vacantes tampoco puede tener lugar de modo alguno el recurso de fuerza.

1. El señor Don Felipe IV, á consulta del Consejo de 3 de junio de 1630, tuvo á bien resolver lo siguiente: »Habiendo visto el breve y comision de su Santidad, dado á Monseñor de Monti, nuncio y colector general de la Cámara apostolica en estos reinos; mandamos que en cuanto á las cláusulas, una en que inhibe con censuras al Consejo y á los jueces por él nombrados del conocimiento de las causas de espolios, y otra en que prohibe dicho breve asimismo bajo de censuras, que en las referidas causas de espolios y demas pertenecientes á la colecturía de la Cámara, no se recurra por via de fuerza al Consejo, chancillerías y demas audiencias, ni se den las provisiones ordinarias para traer autos en que se pretende haber hecho fuerza, quitando el remedio y recurso de ellas á mis vasallos, asi eclesiásticos como seculares; no habia ni hubo lugar á admitir el dicho breve en cuanto á las dos cláusulas referidas, ni que el nuncio use de ellas ni de ninguna de ellas en este reino: y que se le vuelva el breve y comision, para que en lo demas use de él, anotándose y poniéndose por fe este auto á las espaldas del breve, para que le conste de ello (1).

2. »Con estas restricciones, dice el señor Conde de la Cañada (2), quedó sin efecto el breve en las dos cláusulas referidas, y expedito el recurso de fuerza contra la que hiciesen los nuncios en las causas de espolios y vacantes, siendo esta la primera vez que las leyes hacen mencion de semejante fuerza. Y aunque suponen que pueden introducirla los vasallos, asi eclesiásticos como seculares, no señalan su principio por disposicion alguna anterior, ni que se hubiese usado de este remedio. Y efectiva-

1 Ley 18. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec. Por otro auto de 15 de julio de 1641 se previno al nuncio de su Santidad Julio Resnillosi, no usase de las bulas y breves de su Santidad en cuanto á las clausulas de la colecturia que miraban á impedir la jurisdiccion Real que tenia el Consejo para conocer de los espolios de los prelados de estos reinos, ni en las que impiden los recursos al Consejo y demas tribunales de su Magestad, á quien pertenecen por costumbre inmemorial y leyes de estos reinos, por estar suspendida su ejecucion en cuanto á dichas cláusulas.

2 En dicha obra, part. 2. cap. 12. §. 4, 9 y siguientes.

mente no solo no se usó, sino que ademas ni podia usarse ni era necesario, por no intervenir en tales causas los nuncios y colectores de la Cámara apostólica ni otro juez alguno eclesiástico, como se demuestra por su mismo origen reflexionando sobre los dos tiempos que contiene; à saber, el del inventario, administracion y custodia de los bienes y rentas que se llaman espolios, pertenecientes à las mitras en el fallecimiento de los muy reverendos arzobispos y obispos de estos reinos, y el de su distribucion en los fines piadosos que señalan los cánones y las constituciones apostólicas.

3. »El dean y cabildo de las catedrales daban noticia al Rey de la muerte de su prelado, haciéndole dos reverentes súplicas: una que les permitiese elegir sucesor; y otra que entre tanto se encargase de la guarda y buena administracion de los bienes y rentas que dejaba el difunto prelado, llamadas espolios, y de las que se devengasen en el tiempo de la vacante.

4. »A estas dos pretensiones condescendia inmediatamente el Rey, enviando para cumplimiento de la segunda una persona conocida por la denominacion de »hombre del Rey," porque llevaba sus facultades y jurisdiccion para ocupar y recibir, precedido el inventario, los bienes y rentas pertenecientes á la mitra, asi en tiempo del difunto prelado, como en el de su vacante, exigiéndolas de sus deudores, mayordomos, administradores ó arrendatarios, y teniéndolas en segura custodia, hasta que las entregaba al prelado sucesor, para que las distribuyese en los piadosos fines que señalan los cánones.

5. »Este es el orden que de tiempo inmemorial observó la iglesia en reconocimiento de la suprema autoridad Real, habiendo continuado el mismo sin intermision hasta el presente. La ley 18. tit. 5. Part. 1. prueba por sí sola los antiguos establecimientos y su inalterable observancia en el orden y fines explicados: »Antigua costumbre (dice) fue de España, é duró todavía, é dura oy dia, que cuando fina el obispo de algun lugar, que lo facen saber el dean é los canónigos al Rey, por sus mensageros de la eglesia, con carta del dean é del cabildo, como es finado su perlado, é que le piden por merced que le plega, que ellos puedan facer su eleccion desembargadamente, é que le encomiendan los bienes de la eglesia: é el Rey otórgagelo, et envialos à recabdar, é despues que la eleccion fuere fecha, preséntenle el elegido, é él mándele entregar aquello que rescibió."

6. Aunque faltase el testimonio que suministra la citada ley

de Partida, los documentos que refieren los historiadores, y lo que afirman sobre esta materia muchos autores, en prueba de la suprema autoridad Real, para ocupar, administrar y conservar las rentas pertenecientes à la mitra vacante por los dos tiempos referidos, se convenceria por razones sólidas la obligacion que han tenido y tienen los Reyes de poner la mano en los bienes que dejan los obispos, y en los que se causan en sus vacantes, para que no se disipen y se entreguen integros al sucesor, despues de satisfechas las obligaciones de justicia, contraidas en tiempo del obispo difunto y en el de la vacante.

7. »Los bienes y rentas producidas en vida del obispo, y las que corresponden à la mitra en el tiempo de la vacante, ya sean decimales ó de cualquiera otra especie, son en sí mismas temporales y profanas, como se demuestra por las leyes y por autoridad de graves autores; comprendiéndose por su naturaleza y calidad en la ocupacion de sus temporalidades, cuando la permiten y mandan hacer las leyes, sin diferencia entre ellas y los bienes patrimoniales.

8. »En los tiempos antiguos que se cuentan hasta el siglo XV, no se conocieron en España colectores de espolios y vacantes que intentasen turbar la autoridad Real en la ocupacion, recaudacion y custodia de los bienes y rentas que dejaba el obispo difunto, y en las que correspondian à la mitra. Despues se reservaron los referidos bienes y rentas à la Cámara apostólica, y se encargó su recaudacion al nuncio de su Santidad en estos reinos; y como este pretendiese introducirse en algunos puntos mas allá de lo que le permitian sus facultades, fue preciso restringírselas dentro de sus justos límites, y mantener la autoridad Real por medio de los recursos de fuerza, en que tambien se incluye el de la suplicacion y retencion de las bulas en todo ó en parte.

9. Últimamente por el concordato celebrado entre esta corte y la de Roma en el año de 1753, recobraron obispos, iglesias y pobres los antiguos derechos que por los cánones y las leyes les pertenecian en estos reinos, y se autorizó mas la suprema potestad, de que usaron en todos tiempos los señores Reyes, para asegurar por medio de sus diputados los bienes que à su muerte dejaban los obispos, llamados espolios, y para entregarlos despues à los sucesores, à fin de que los distribuyesen en los piadosos objetos à que estan destinados por los cánones. Hasta aqui nada

adquirieron de nuevo los señores Reyes de España, pero afianzaron mas la Real autoridad que por tan legítimos títulos les pertenecia.

10. La nueva facultad que por efecto del citado concordato adquirieron perpetuamente los señores Reyes, consiste en que pueden elegir libremente una ó muchas personas eclesiásticas, cual mejor les parecicre, y nombrarlas por colectores y exactores de estos espolios, y por ecónomos de dichas iglesias vacantes, quienes teniendo para esto las facultades correspondientes, con la asistencia de la proteccion Real, puedan y deban respectivamente, y esten obligados à emplear y distribuir fielmente dichos frutos y rentas en los expresados usos.

11. Por esta literal disposicion se manifiesta que la persona eclesiástica, elegida y nombrada por su Magestad por colector, y ecónomo respectivamente, reasume toda la autoridad Real para percibir, exigir, administrar y distribuir lo correspondiente, tanto à los espolios como à las vacantes; pero esta potestad no es independiente y absoluta, sino subordinada à la del Rey, como lo indica bien claramente la cláusula, "con la asistencia de la proteccion Real:" porque no puede desentenderse su Magestad de la innata obligacion de procurar que todos los bienes y rentas, asi de espolios como de vacantes, se exijan, administren y distribuyan fielmente. Para este efecto ha concedido y confiado su Real autoridad y poder à la persona que elige y nombra, y esta usa de la propia potestad en los encargos y ministerios referidos, ya sea económica ó contenciosa: porque toda la materia de los frutos y rentas es temporal y profana segun se ha demostrado, y los fines, aunque sean piadosos, no salen de la esfera de temporales, sujetos en cuanto à su exaccion, recaudacion y guarda á la potestad Real, que por el concordato se extendió à su distribucion, segun disponen los cánones.

12. Por los fundamentos que contiene la exposicion antecedente se viene à demostrar, que en los autos y procedimientos del colector general de espolios y vacantes, y en los de sus subdelegados, dirigidos à ocupar, exigir y apremiar à los deudores, por cualquiera título que lo sean à dichos efectos, no hay materia de fuerza, ni puede introducirse este recurso en el Consejo, chancillerias, audiencias ni en otro tribunal alguno; pues si procediese con inversion de los hechos en cuanto à la natural defensa de las partes, ó las causase cualquiera otra opresion ó injusticia notoria, podrian recurrir por via de exceso à su Magestad,

y hallarian por este medio la misma proteccion y enmienda que la que dispensan los tribunales Reales en las fuerzas que hacen los jueces eclesiásticos.

13. Esta inteligencia, ademas de estar comprobada por todos los principios y doctrinas que se han referido, se afianza tambien en la letra de las Reales cédulas de nombramiento de colector general, señaladamente en la primera que se expidió à favor de Don Andres de Cerezo y Nieva, à consecuencia de Real decreto de 11 de noviembre de 1754, por la cual se le nombra por colector y exactor general de los espolios, vacantes y medias anatas, con todas las facultades necesarias y oportunas. Esta sola cláusula manifiesta que las facultades que ejerce el colector general en la colectacion y distribucion de los espolios y vacantes, dimanan inmediatamente de la potestad Real que su Magestad le comunica, queriendo que la ejerza privativamente, como se expresa al fin de ella.

14. La segunda cláusula en que se divide su contexto, continúa diciendo: »que sea con inhibicion de todos mis Consejos, tribunales y jueces;" y aunque siendo privativo el ejercicio de las facultades concedidas al colector general, excluía necesariamente el de otros tribunales y jueces, quiso su Magestad manifestar mas esta inteligencia, añadiendo expresamente la inhibicion de todos sus Consejos, tribunales y jueces, comprendiendo en ella por su universalidad el conocimiento por via de fuerza, como que no se exceptúa ni distingue. Añade tambien el citado Real decreto, que el colector general tenga y ejerza todas las facultades necesarias y oportunas, con las mismas prerogativas con que usa de las suyas el comisario general de Cruzada. Siendo pues notorio que en las causas pertenecientes à Cruzada no se admiten recursos de fuerza, como se dispone con respecto á las chancillerias y audiencias en la nota 1.ª à la ley 1.ª tit. 11. lib. 2. Nov. Rec., lo mismo debe hacerse en las de espolios y vacantes.

15. Continúa el Real decreto con la cláusula y disposicion siguiente: »Quedándome reservada la soberanía de mi Real proteccion, de que usaré por la via de la secretaría de Hacienda, segun corresponde."

16. Ya se ha advertido, que los tribunales superiores solo conocen de la fuerza en uso de la soberana Real proteccion que les conceden y encomiendan los señores Reyes, y reservándose su Magestad expresamente en este ramo la soberanía de su Real proteccion para usar de ella por la via de la secretaría de Hacienda, esta cláusula encierra otra nueva inhibicion à los tribunales, no

siendo compatible que se reserve el Rey el conocimiento económico y tuitivo para relevar à sus vasallos de cualquiera opresion ò violencia que les puedan hacer el colector general y sus subdelegados, y que haya concedido al Consejo y tribunales superiores el ejercicio de dicha potestad Real para el propio fin.

17. El mismo Real decreto señala el conducto de la secretaría de Hacienda, por donde deben llegar à su Magestad las quejas y recursos à que den motivo los colectores con sus procedimientos; y en esto manifiesta su Magestad que los espolios y vacantes, de que conoce el colector general, se han de contar entre los ramos de su Real Hacienda, que no admiten recurso de fuerza ordinario.

18. Aunque el colector general sea persona eclesiástica, no obsta por eso al concepto explicado, pudiendo muy bien usar por su persona de la jurisdiccion temporal que le fuere concedida por su Magestad, como se declara en dicha nota 1.ª à la ley 1. tit. 11. lib. 2. Nov. Rec.

19. Las apelaciones y recursos de los subdelegados van encaminados y limitados por el mismo Real decreto al colector general, sin trascender á otro superior; y esta ley que procede de la potestad Real, confirma el pensamiento de que el asunto es puramente temporal y profano.

20. En la aplicacion y distribucion de los frutos y bienes de espolios y vacantes, tampoco puede tener lugar de modo alguno el recurso de fuerza (1) (*).

APÉNDICE

DE VARIOS DOCUMENTOS RELATIVOS Á ALGUNAS DE LAS MATERIAS COMPRENDIDAS EN EL PRESENTE TRATADO.

1.º

Real cédula de su Magestad y señores del Consejo, por la cual se manda que las justicias Reales no permitan que los tribunales Reales eclesiásticos tomen conocimiento de las nulidades de testamentos é inventarios, aunque se hubiesen otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos ò legatarios fueren comunidad, persona eclesiástica ú obra pia.

Don Carlos, por la gracia de Dios &c. A los de mi Consejo, presidente y oidores de las mis audiencias y chancillerías, al-

1 Señor Conde de la Cañada en la citada obra, part. 2. cap. 12. § 66.

* En el tit. 13. lib. 2. de la Nov. Rec. se trata del colector general de espolios y vacantes.

caldes, alguaciles de la mi Casa y Corte, y á todos los Corregidores, asistentes, gobernadores, alcaldes mayores y ordinarios de todas las ciudades, villas y lugares de estos mis reinos, asi de realengo como de señorío, abadengo y órdenes, á quien lo contenido en esta mi Real cédula toca, ó tocar puede en cualquiera manera, SABED: que con motivo de un recurso particular que se hizo á mi Real persona, en queja de que ciertos tasadores, con intervencion de su confesor, habian dejado sus bienes á pretexto de fundacion de obra pia à un convento, de que era individuo, con manifiesta nulidad, y contra la regla del Senadoconsulto Liboniano, que previene y prohibe pueda escribir para si legado ó herencia, y contra el auto tercero de los acordados, título décimo, libro quinto de la Recopilacion; llegué à entender el abuso con que los tribunales eclesiásticos se introducen à conocer de las nulidades de estas disposiciones, que reclaman las partes declarándose jueces competentes, é inhibiendo à las justicias ordinarias; con cuyo motivo visto en el mi Consejo el recurso particular que le remití para que me expusiese su parecer, lo hizo con audiencia de mi fiscal en consulta de 22 de marzo de 1775: y por mi Real resolucion à ella, que fue publicada y mandada cumplir en el mi Consejo en 11 de mayo del referido año, al mismo tiempo que tomé la providencia que tuve por conveniente sobre el expresado recurso particular, mandé encargar à mi Real chancillería de Valladolid, que en adelante no permitiese que los tribunales eclesiásticos tomasen semejantes conocimientos de nulidades de testamentos, inventarios, secuestro y administracion de bienes en iguales juicios Reales, en que todos son actores, aunque se hubiesen otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos ó legatarios fuesen comunidad ó persona eclesiástica, ú obras pias; pues todos como verdaderos actores al todo ó parte de la herencia, que siempre se compone de bienes temporales y profanos, debian acudir ante las justicias Reales ordinarias, por ser ademas de las razones expuestas la testamentifaccion acto civil sujeto à las leyes Reales, sin diferencia de testadores, y un instrumento público que tiene en las leyes prescrita la forma de su otorgamiento; y que los recursos de esta naturaleza se pasasen à mis fiscales residentes en aquella chancillería, para que defendiesen la Real jurisdiccion con el celo y doctrina que debian por sus empleos, dando cuenta al mi Consejo de los casos en que la vieren perjudicada; para cuyo cumplimiento se publicó à la misma chancillería de Valladolid, y à la de Granada y audiencias Reales las cédulas correspondientes

en 13 de junio del propio año de 1775; pero habiendo considerado el mi Consejo, que la observancia de esta mi Real deliberacion debe ser unánime y conforme en todos mis tribunales Reales, y celado su cumplimiento por las justicias ordinarias de estos mis Reinos y demas personas á quienes toque, por lo mucho que importa excusar à mis amados vasallos el ser fatigados con sacarlos à litigar fuera de sus propios jueces Reales ordinarios, y que se vean precisados à seguir recursos de fuerza y competencias; para que tenga todo su debido cumplimiento y observancia, se acordó expedir esta mi cédula: por la cual os mando à todos y à cada uno de vos en vuestros lugares, distritos y jurisdicciones, veais la citada mi Real resolucion, y la guardeis, cumplais y ejecuteis, y hagais guardar, cumplir y ejecutar como en ella se contiene, dando para su entera y debida observancia las órdenes y providencias que convengan, sin permitir su contravencion en manera alguna: que asi es mi voluntad; y que el traslado impreso de esta mi cédula, firmado de D. Antonio Martinez Salazar, mi secretario, contador de resultas y escribano de Cámara mas antiguo y de gobierno del mi Consejo, se le dé la misma fe y crédito que à su original. Dada en San Lorenzo á 15 de noviembre de 1781.=YO EL REY.=Yo Don Juan Bautista Lastiri, secretario del Rey nuestro Señor, lo hice escribir por su mandado.= D. Manuel Ventura Figueroa.=D. Ignacio de Santa Clara.= D. Pablo Ferrandiz Bendicho.=D. Tomas Bernad.=D. Blas de Hinojosa.=Registrada D. Nicolas Berdugo. Teniente de canciller mayor D. Nicolas Berdugo.

2.°

Real cédula en que se inserta el capítulo 8.° del concordato ajustado entre la Corte de España y la Santa Sede el año de 1737, y la nueva instruccion que para su puntual observancia se formó el año de 1760.

EL REY.

Por cuanto se puso en mi noticia el atraso en que se hallaba la observancia del artículo octavo del concordato celebrado el año de 1737 entre esta Corte y la Santa Sede para que contribuyan los bienes adquiridos desde entonces por el estado eclesiástico: no pudiendo mirar con indiferencia, que esté sin efecto, ni que mis vasallos seculares se hallen privados despues de tanto

tiempo de un alivio, que les procuró el amor de mi augustísimo padre y señor, y el que Yo les tengo, y quiero que experimenten: estando como estoy informado de que por mi Consejo de Hacienda se dieron estrechas órdenes en los años de 1745 y 1756 à los intendentes, arzobispos y obispos, con instruccion para que se dedicasen à su cumplimiento, y que sin embargo nada se ha adelantado en un negocio de tanta importancia y comun beneficio de mis vasallos: por mi Real orden de 9 de mayo próximo pasado, explicada en aviso del Marques de Squilace, mi secretario de Estado y del Despacho universal de Hacienda, mandé que el referido mi Consejo repitiese por ahora las órdenes circulares à todos los intendentes, obispos y demas prelados del reino, à fin de que se practique, y ponga corriente el expresado artículo del concordato, y en su consecuencia contribuyan las comunidades eclesiásticas, iglesias y lugares pios, como los legos, de todos los bienes que hubieren adquirido desde el citado año de 1737; advirtiéndoles estoy determinado á no permitir que quede sin efecto este artículo del concordato, y à tomar á este fin todas las providencias que contemple precisas y propias de mi soberanía, y de la obligacion en que me veo de atender al alivio de mis vasallos; y que si para la mayor brevedad de este establecimiento considerase el Consejo deben hacerse nuevamente algunas moderaciones ò ampliaciones acerca del método y reglas que deben observarse y sean mas oportunas para la ejecucion y práctica de él; queria asimismo que el Consejo me las consultase y propusiese, oyendo al fiscal de millones, y exponiendo todo lo que sobre este asunto se les ofreciese y pareciese, para que pudiese Yo tomar la conveniente providencia. Y habiéndose publicado en Consejo pleno, con sala de millones, la mencionada mi Real orden, y oido á los fiscales, se examinó por ellos la referida instruccion, y hallaron por conveniente à mi Real servicio, y á la mayor facilidad del establecimiento, variarla en algunos puntos, dar mayor claridad à otros, y fijar algunos que estaban omitidos, por lo que tuvieron por preciso formar nueva instruccion, que vista con la mas madura reflexion en el referido mi Consejo, la puso en mis manos con consulta de diez y seis de este mes, á fin de que si era de mi Real agrado la aprobase: y habiéndolo ejecutado, la volví al mismo tribunal para que formase esta cédula con insercion á la letra del artículo octavo del concordato, y de la propia instruccion, que uno y otro son en la forma siguiente.

Artículo octavo del concordato.

»Por la misma razon de los gravísimos impuestos con que estan gravados los bienes de los legos y de la incapacidad de sobrellevarlos, à que se reducirian con el discurso del tiempo, si aumentándose los bienes que adquieren los eclesiásticos por herencias, donaciones, compras ú otros títulos se disminuyese la cuantidad de aquellos en que hoy tienen los seglares dominio, y estan con el gravamen de los tributos regios: ha pedido á su Santidad el Rey católico se sirva ordenar, que todos los bienes que los eclesiásticos han adquirido desde el principio de su reinado, ó que en adelante adquieran con cualquiera título, esten sujetos à aquellas mismas cargas, à que lo estan los bienes de los legos. Por tanto, habiendo considerado su Santidad la cuantidad y cualidad de dichas cargas, y la imposibilidad de soportarlas, à que los legos se reducirian, si por orden á los bienes futuros no se tomase alguna providencia; no pudiendo convenir en gravar á todos los eclesiásticos como se suplica, condescenderá solamente en que todos aquellos bienes que por cualquier título adquirieren cualquiera iglesia, lugar pio ò comunidad eclesiástica, y por esto cayeren en mano muerta, queden perpetuamente sujetos desde el dia en que se firmase la presente concordia, á todos los impuestos y tributos regios que los legos pagan, á excepcion de los bienes de primera fundacion. Y con la condicion de que estos mismos bienes que hubieren de adquirir en lo futuro, queden libres de aquellos impuestos que por concesiones apostólicas, pagan los eclesiásticos; y que no puedan los tribunales seglares obligarlos á satisfacerlos, sino que esto lo deban ejecutar los obispos.

INSTRUCCION.

CAPITULO PRIMERO.

Tiempo y forma en que se han de justificar las adquisiciones de manos muertas.

1. »En el preciso término de quince dias se harán las justificaciones de los bienes que desde 25 de setiembre de 1737 han adquirido las iglesias, comunidades eclesiásticas y lugares pios, en que se comprenden tambien capellanías y beneficios. Las harán por sí los superintendentes en los pueblos de su residencia, y por sus subdelegados en los demas que se administren; pero en todos los encabezados las ejecutarán las justicias.

2. »Tomarán para esto noticia de las adquisiciones hechas por instrumento público, por papel simple ò de palabra, y de casas y de heredades, de censos perpetuos y redimibles, de ganados, de jurisdicciones, de tributos, de enfiteusis y de otras cualesquiera fincas y derechos. Recogerán de las adquisiciones instrumentales testimonios en relacion que expresen claramente la finca enagenada, el dia, mes y año en que se enagenó, la persona ò puesto de donde salió, y la mano muerta donde entró; y de las adquisiciones hechas por papel ó de palabra, recibirán sumaria justificacion con las mismas expresiones.

3. »Si despues del concordato se hizo ò hiciere fundacion eclesiástica ò pia, recogerán justificacion de los bienes con que se hizo; y si con los bienes de ella permutados ò vendidos adquieren otros que no exceden de su valor, se justificarán los que sean, y se pondrá esta justificacion á continuacion de la fundacion.

4. »Todas estas justificaciones quedarán originales en los ayuntamientos, y se enviarán á los superintendentes de la provincia dos testimonios en relacion de su contenido, uno que deberá archivarse en la contaduría, y otro que por el superintendente se remitirá al Consejo para ponerle en la general de valores: y si los superintendentes no hallan notablemente defectuosos los testimonios, en la respuesta que den à las justicias regularán los derechos que por ellos y por las justificaciones originales consideren prudencialmente corresponder à los escribanos; pero si hallasen que corregir lo advertirán à las justicias; y

corregido harán la regulacion de los derechos, y su pago se hará como se dirá despues.

5. »Siempre que en adelante hiciesen nueva adquisicion las manos muertas, se hará pronta justificacion de ellas por el mismo método que va prevenido, apremiando á los escribanos para que den los testimonios de las adquisiciones instrumentales; y al fin de cada año, empezando por el presente, se enviarán de todas los dos testimonios en relacion para la contaduria de la superintendencia, y la general de valores, y el superintendente en respuesta regulará los derechos. Si no hubiese nueva adquisicion, remitirán un solo testimonio de ello para la contaduría de la superintendencia, y á estos simples testimonios no se regularán derechos.

CAPITULO SEGUNDO.

Forma de cargar los bienes de manos muertas.

1. »Hechas las justificaciones de lo adquirido por las manos muertas, se harán dentro de otros quince dias los cargamientos que las correspondan por estos dos años de 1759 y 1760; y en los años sucesivos se harán al mismo tiempo que los de los legos, bajando siempre á estos el importe de los de manos muertas, y el caudal que quede liquido en estos dos años servirá en los pueblos encabezados para menos contribucion de los legos en el año de 1761.

2. »Para hacer con conocimiento estos cargamientos, se pedirán por papel simple ò por recado verbal à los prelados, mayordomos ó administradores de iglesias y obras pias, à los capellanes, beneficiados &c. las relaciones juradas que parecieren necesarias, y sin hacer autos, si pasado el tercero dia no las diesen, ò no reside en el pueblo quien las deba dar, procederán las justicias en los pueblos encabezados y los administradores en los administrados, valiéndose de las noticias y regulaciones que por sus oficios acostumbren y deban adquirir.

3. »Esto supuesto, se repararán, y quedarán libres de la contribucion todos los bienes de las primeras fundaciones hechas despues del concordato, aunque esten muy mejorados, y se separarán tambien por ahora aquellos bienes que por permuta con otros de estas primeras fundaciones, ò con el precio de ellos se hubiesen adquirido; pero no se separarán los bienes, que despues del concordato se hayan adquirido por subroga-

cion, ó con el precio de los adquiridos antes del concordato, aun que fuesen de anteriores fundaciones (de que no se habla en él).

4. »Separados, pues, únicamente los bienes de primeras fundaciones hechas despues del concordato, y los que se subrogasen en su lugar, sobre todos los demas bienes adquiridos despues del concordato, con inclusion de censos y ganados, se cargarán asi en Aragon como en Castilla, todos los impuestos y tributos regios que pagan los legos, con las prevenciones siguientes.

5. »Que se les cargue como impuesto regio el seis por ciento.

6. »Que se les cargue como impuesto regio el equivalente del aguardiente en los pueblos donde para su pago haya la regla de recargarse á las contribuciones Reales.

7. »Que respecto que asi en Aragon como en Castilla los utensilios por Reales ordenes han mudado de naturaleza; de modo que no debe considerarse para el reparto la calidad de la persona, ni la circunstancia de vecino, ni de casa abierta, sino que se trata de un impuesto Real sobre los bienes; se carguen sobre estos bienes de manos muertas, del mismo modo y por las mismas reglas que sobre los de los legos.

8. »Que se cargue perpetuamente el servicio ordinario y extraordinario sobre los bienes adquiridos de lego pechero.

9. »Que por las ventas de los frutos y efectos de los bienes de manos muertas adquiridos despues del concordato, se carguen las alcabalas y cientos que pagaria el lego.

10. »Que si acaso vendiesen, permutasen ó acensuasen estos mismos bienes, se les carguen las alcabalas y cientos que pagaría el lego.

11. »Que si de estos mismos bienes consumiesen en su manutencion y la de su servidumbre frutos que no esten sujetos á millones, ni otro tributo regio; nada se les cargue por su consumo.

12. »Que si de estos mismos bienes consumiesen especies sujetas á millones, impuestos y otros tributos regios, se les carguen todos los que por su consumo se cargarian al lego cosechero, aunque por este consumo no excedan á la asignacion hecha por el ordinario.

13. »Que si estos mismos bienes vendiesen por mayor especies sujetas á millones ó ganado en el pié, se les carguen los derechos que pagan los legos, y si las vendiesen por menor, ó se les permitiere vender carne en las carnicerías públicas, se les

carguen todos los derechos y millones que pagan los legos; y se guardarán para evitar fraudes las instrucciones de millones.

14. »Se previene que en las ventas por menor de estas especies no hay distincion de bienes à bienes, ni de manos muertas à clérigos particulares; porque sin necesidad del concordato, y conforme á Instrucciones de millones, todos los vendedores han de contribuir indistintamente como los legos, porque solo son depositarios de los derechos que pagan los compradores.

15. »Se previene tambien que por los tratos, y negociaciones y grangerías, asi de manos muertas como de clérigos particulares, conforme á la ley, y con arreglo al auto llamado *de presidentes* (1), deben pagar las alcabalas y cientos que pagan los legos, sin estar necesitadas las justicias à recurrir para la regulacion ni exaccion á los jueces eclesiásticos, porque dejando salvas las personas puede hacerse pago en los bienes; y si por los jueces eclesiásticos se les impidiese, ó emplazase con justificacion del nudo hecho, deben dar cuenta al Consejo para que por sí tome providencia ó consulte à su Magestad la que tenga por conveniente.

CAPITULO TERCERO.

Juez para los apremios, y modo de hacerse la cobranza.

1. Hechos los repartimientos, se dará aviso en papel simple à cada mano muerta del suyo, encargando la pronta satisfaccion. En los tres dias siguientes al aviso se oirá à las manos muertas cuanto de palabra ó por escrito expongan en razon de agravios; y dentro de otros tres dias, confirmados ó moderados los repartimientos, se dará nuevo aviso en papel simple á la mano muerta que se haya agraviado, volviendo à encargarla el pronto pago.

2. »Si dentro de otros tres dias no le hubiesen hecho estas manos muertas que se agraviaron, ni dentro de los tres primeros las que no se agraviaron, con testimonio del repartimiento y con pedimento se acudirá por el síndico procurador en los pueblos encabezados, y por los administradores ó sus dependientes en los administrados, à pedir los apremios contra todos los morosos ante los jueces diocesanos ó sus delegados.

1 Gutierr. *Quæst. civil. de gabell.* quæst. 94. num. 12 trae este auto.

3. »Si pasados tres dias no se hubiesen despachado los apremios, ó si despachados no hubiesen sido efectivos dentro de otros tres, procederán las justicias en los pueblos encabezados, y los intendentes, subdelegados ó comisionados en los administrados, dejando salvas las personas y puestos eclesiásticos, á hacer por sí efectiva la cobranza en los bienes y efectos sujetos à la contribucion.

4. »Los obispos ó sus vicarios en los pueblos de sus residencias, serán los jueces de los apremios; pero para los demas pueblos delegarán en los curas, como se les encarga de mi Real orden, sin que puedan las manos muertas declinar en este asunto jurisdiccion por sus fueros ò privilegios, aunque sean del Real Patronato.

5. De los procedimientos y agravios que puedan hacer las justicias en las regulaciones, en los repartimientos y en las cobranzas, solo admitirán los recursos al superintendente ó subdelegado, y aun entonces no deberá suspender sus procedimientos hasta que esté hecho el pago. El superintendente ó subdelegado tampoco admitirá recurso sino al Consejo, y siempre que las justicias ó los superintendentes y subdelegados se hallasen embarazados, conminados ó emplazados en estos asuntos por otros tribunales eclesiasticos ó Reales, con pudo testimonio de ello, y sin sobreseer, darán cuenta al Consejo.

CAPITULO CUARTO.

Cuenta de esta contribucion, y costas.

1. »La cuenta de esta contribucion en los pueblos encabezados y en los administrados, solo se ha de llevar separada por el año presente y por el de 1759, para que en los encabezados se separe el caudal líquido que quede, y se reparta de menos á los legos en el año de 1761, y para que en los administrados no se confunda con la contribucion comun ya repartida, ó empezada á repartir; pero en los años sucesivos no debe haber tal separacion: se considerarán las manos muertas para el repartimiento general como otros tantos legos, aunque deben ponerse en clase aparte, asi para su distincion, como para que siempre conste lo que pagan.

2. »Las costas de las justificaciones que ahora se hagan y testimonios que se remitan, y las de las justificaciones y testimonios que por esta Instruccion se previno fuesen reguladas por

los superintendentes, se cobrarán del caudal de la contribucion de manos muertas de estos dos años, asi en los pueblos encabezados, como administrados; y por esta vez se cobrarán tambien de él las costas causadas en los apremios, y en el pedimento y testimonio con que se pidan.

3. »Para los años sucesivos en los pueblos encabezados, las costas de las justificaciones que se hiciesen de adquisiciones y fundaciones, y las de los testimonios duplicados que de ellas se remitiesen en fin de año, reguladas con la mayor equidad por los superintendentes, se pagarán del seis por ciento que en Castilla se da de premio à las justicias; y en Aragon, donde todos los pueblos se consideran encabezados, y no tienen este premio las justicias, se pagarán estas costas del caudal de alimentos de cada pueblo; pero ni en Castilla ni en Aragon causarán derecho los escribanos por los testimonios simples que den al fin del año, de que no ha habido adquisicion ni fundacion, ni los que den de los repartimientos hechos à manos muertas para pedir los apremios, porque unos y otros se han de considerar cargo del oficio del escribano de ayuntamiento ó fiel de fechos; y tampoco se pagarán, ni se suplirán por las justicias las costas de los apremios, porque deben ser todas de cargo de los apremiados.

4. »Para los años sucesivos en los pueblos administrados, los derechos de las justificaciones y testimonios, que no debiesen hacer de balde los escribanos asalariados de rentas, regulados que sean por los superintendentes, se pagarán del caudal de la administracion, como gasto urgentisimo de ella. No percibirán los administradores el seis por ciento ni otro premio de esta contribucion; pero quiero se me hagan presentes para su adelantamiento los que pongan el debido celo en esta importancia.

CAPITULO QUINTO.

Otros puntos convenidos en los articulos 5 y 9 del concordato.

1. »Si algun clérigo se hubiese ordenado ò intentare ordenarse à titulo de patrimonio que exceda la renta de sesenta escudos de moneda de Roma, que hacen seiscientos reales de plata de á diez y seis cuartos; las justicias de los pueblos encabezados y los administradores en los administrados, enviarán justificacion de ello al Consejo.

2. »Si los legos han hecho ò hicieren donaciones, ò enage-

naciones simuladas ó confidenciales á favor de los clérigos particulares ò de manos muertas, para libertarse de contribuciones, enviarán igualmente justificacion al Consejo con expresion de los nombres y apellidos de clérigos y legos.

3. »Si los ordenados de menores que no tienen beneficios ni capellanías, ó que teniéndolas no excedan la tercera parte de la congrua sinodal, á la edad competente no hubiesen sido promovidos à los órdenes sacros, lo representarán al Consejo con testimonio de la partida de bautismo y justificacion del valor del beneficio ó capellanía en el que la tenga.

4. »La presente instruccion no se entiende ni causa novedad para Cataluña, donde por las nuevas adquisiciones contribuyen los eclesiásticos particulares y las manos muertas, y tampoco se hará novedad en Valencia ni en Mallorca, donde por las adquisiciones posteriores al concordato, aunque hayan sido con mi Real licencia, y pagando el derecho de amortizacion, deben satisfacer los mismos derechos y tributos à que estaban sujetos los mismos bienes poseidos por los legos, y demas que contuvieren los indultos ò privilegios de la amortizacion.

5. »En lo que se omita en esta instruccion se observará la anterior de 24 de octubre de 1745, y en las dudas que ocurrieren en la práctica de estas reglas, se ha de acudir precisamente à mi Consejo de Hacienda y sala de millones, à quien tengo conferida toda mi facultad para restringuirlas y ampliarlas segun pareciere conveniente en los casos y circunstancias que ocurran."

Por tanto he tenido por bien expedir esta mi Real cédula, por la cual mando à los superintendentes de mis rentas Reales de las provincias de estos mis reinos, subdelegados de los partidos ó tesorerías de ellas, y administradores generales de las mismas rentas, guarden, cumplan y ejecuten la referida instruccion y el artículo octavo del concordato que aqui van insertos, y la hagan guardar, cumplir y ejecutar en todo y por todo, segun y como en cada uno de sus capítulos se contiene, sin que contra su tenor vayan ni permitan ir en manera alguna, y que tambien la comuniquen à los ayuntamientos de las cabezas de provincia, partidos y tesorerías para su inteligencia. Y ruego y encargo à los reverendos arzobispos, obispos y demas prelados, que cada uno en su distrito ordenen que sus provisores y vicarios no permitan que ninguna de las iglesias, lugares pios y comunidades eclesiásticas contravengan en todo ni en parte; y antes bien los contengan, corrijan y reglen à la observancia del referido artí-

culo octavo, y de la inserta nueva instruccion: en inteligencia que estoy determinado à no permitir que quede sin efecto, y à tomar à este fin todas las providencias que contemple precisas y propias de mi soberanía, y de la obligacion en que estoy de atender al alivio de mis vasallos: que así es mi voluntad; y que de esta mi Real cédula se pasen por el referido mi Consejo al Marques de Squilace ejemplares impresos de ella, para que los dirija á los arzobispos, obispos é intendentes del reino para su mas puntual cumplimiento, tomándose razon en las contadurías generales de valores, distribucion y millones, y se ponga copia en las de la superintendencia de las provincias y partidos del reino. Dada en Buenretiro à 29 de junio de 1760. = YO EL REY. Por mandado del Rey nuestro Señor = Don José de Rivera.

3.°

Real cédula de su Magestad en que con motivo de cierta representacion hecha por el reverendo obispo de Plasencia, se hacen diferentes prevenciones á los prelados de estos reinos para el modo de representar y proceder en los casos que les corresponden.

Don Carlos, por la gracia de Dios &c. SABED: que habiendo llegado à mis manos una representacion del reverendo obispo de Plasencia, en razon de varios puntos jurisdiccionales de regalía y otros, enterado de su contenido, y deseando vivamente la conformidad del gobierno con los prelados eclesiásticos, y que florezcan en mis católicos dominios, junto con la administracion de justicia, la vigilancia sobre las buenas costumbres y máximas cristianas: hice examinar por ministros de mi satisfaccion, versados en las controversias jurisdiccionales, los diferentes puntos que en ella se trataban, teniéndose presente en este exámen lo dispuesto en las leyes del reino; y habiéndolo ejecutado, y manifestándome su parecer en cada caso, y las leyes y disposiciones canónicas, y razones en que lo fundaban; reconocido todo por Mi con la atencion y cuidado correspondiente, tuve á bien mandar entre otras cosas, se respondiese al referido obispo de Plasencia:

1.° Que el uso de las censuras debe ser con la sobriedad y circunspeccion que previene el santo concilio de Trento; y que si alguno de los jueces Reales de aquel obispado le diesen motivo de queja en esta parte, lo represente en derechura al Con-

sejo, ó por mano de mis fiscales, para que se provea de remedio conveniente; y en caso de que no lo tome, lo pueda hacer inmediatamente por la via reservada del despacho universal para que Yo mande se tome la providencia que fuese mas justa y conveniente.

2.° Que si con motivo de las órdenes expedidas por el mi Consejo sobre el conocimiento de las causas decimales se hubiese experimentado ó experimentase por parte de las justicias Reales algun desorden ó mala inteligencia, lo expusiese al mi Consejo con individualidad, como lo han hecho otras iglesias, supuesto que alli en vista de los antecedentes podrá tomarse la providencia con el debido conocimiento y formalidad.

3.° Que en cuanto à visitas de cofradías, hospitales, obras pias y últimas voluntades, está prevenido lo conveniente en las leyes del reino, á que no perjudican las disposiciones conciliares, que en nada disminuyeron la autoridad Real en lo que la pertenece, y asi dispusiese que sus provisores, visitadores y vicarios se arreglasen à las leyes, sin confundir lo temporal con lo espiritual y demas anejo al ministerio pastoral, dando cuenta al mi Consejo de cualquiera duda que le ocurra: en inteligencia de que por mis fiscales se proveerá su despacho, para dejar expedita cada jurisdiccion en lo que la pertenece respectivamente.

4.° Que para evitar los pecados públicos de legos, si los hubiese, ejercite todo el celo pastoral por sí y por medio de los párrocos, tanto en el fuero penitencial, como por medio de amonestaciones y de las penas espirituales, en los casos y con las formalidades que el derecho tiene establecidas; y no bastando estas se dé cuenta à las justicias Reales, á quienes toca su castigo en el fuero externo y criminal, con las penas temporales prevenidas por las leyes del reino; excusándose el abuso de que los párrocos con este motivo exijan multas, asi porque no bastan à contener y castigar semejantes delitos, como por no corresponderles esta facultad; y que si aun hallase omision en ellas, dé cuenta al mi Consejo para que lo remedie, y castigue á los negligentes conforme las leyes lo disponen. Y habiendo comunicado al mi Consejo esta Real deliberacion por orden de 16 de setiembre próximo antecedente publicada en él, acordó entre otras cosas, con vista de lo expuesto por mis tres fiscales, expedir esta Real cédula para que se cumpla y guarde su contenido, y llegue individualmente á noticia de todos. Por la cual encargo à los muy reverendos arzobispos, reverendos obispos, y à

los cabildos de las iglesias metropolitanas y catedrales en Sede vacante sus visitadores, provisores ó vicarios, y à los superiores y prelados de las órdenes regulares, observen y guarden las prevenciones que dejo hechas, y se han comunicado al reverendo obispo de Plasencia en vista de su representacion, concurriendo cada uno por su parte en lo que le toca à que efectivamente la tenga. Y mando à los demas jueces y justicias de estos mis reinos, vean, guarden y cumplan el contenido de esta mi cédula, sirviendo de gobierno reciproco á todos, y conservando la armonía que debe versar entre el imperio y el sacerdocio, distinguiendo cada potestad lo que le pertenece, sin confusion ni afectacion, dando para la ejecucion de todo las órdenes y providencias que se requieren: en inteligencia de que tengo prevenido se promuevan de oficio y con brevedad, todos los expedientes y negocios de esta naturaleza, para facilitar su despacho: que asi es mi voluntad; y que al traslado impreso de esta mi cédula firmada de Don Antonio Martinez Salazar, mi secretario contador de resultas, escribano de Cámara mas antiguo y de gobierno del mi Consejo, se le dé la misma fe y crédito que à su original. Dada en San Lerenzo à 19 de noviembre de 1771. = YO EL REY. = &c.

4.°

Carta circular á los prelados del reino sobre el modo con que deberán impetrarse las bulas y rescriptos de Roma.

En el concordato que se celebró entre la Santa Sede y el señor Rey Don Fernando VI á 11 de enero de 1753, poniendo fin à los graves é inveterados perjuicios que sufrian estos reinos en la materia beneficial, expresó el Papa Benedicto XIV, de esclarecida memoria, que aun quedaban otros puntos que pedian reforma, á los cuales ofreció dar oportuno remedio. Pero falleció aquel gran Pontifice sin que en esta parte hubiesen tenido efecto sus santas inclinaciones; y aunque el Rey ha deseado ponerle como juzga lo debe hacer, no lo han permitido las ocurrencias posteriores, que son bien notorias.

Gran parte de estos abusos se originan del modo arbitrario con que se acude á Roma en solicitud de las dispensaciones, indultos ó gracias que se necesitan ó desean. Aunque hay algunos que tienen solicitadores propios, los mas se valen de agentes desconocidos; muchas veces pasan los encargos de unas perso-

nas en otras con lucro de todos; y aun suele suceder que en los pueblos lejanos de las capitales se ignora el modo de dirigirlos. De aquí provienen las solicitudes ociosas, las mal entabladas, las dilaciones, la duplicacion de gastos, los ejemplos de haberse pagado por las gracias mucho mas de lo que costarian si se dirigiesen las solicitudes por medios conocidos, prácticos y autorizados; la suplantacion de documentos, las alteraciones de preces, los juramentos falsos y otros medios ilícitos, y reprobados para obtener muchas de las mismas gracias, de que su Magestad tiene recientes noticias, los cuales llevan consigo el riesgo de que no sean válidas las concesiones con grave daño de las conciencias; y aun tambien pueden provenir de esto las quejas que suelen oirse de las oficinas de la curia, con detrimento de ella misma y de su decoro.

La ley de Indias dispone que las gracias pontificias se soliciten por medio de los embajadores ó ministros que el Rey tenga en Roma. Esta práctica observan algunas potencias católicas con grande comodidad y utilidad de sus súbditos, y sin contradiccion de aquella curia, donde residen los agentes de las mismas potencias, dirigiendo é impetrando todas las expediciones. Y pues el Rey no cede á nadie en el deseo de proporcionar á sus vasallos todas las ventajas posibles, ni el respeto y veneracion á la Santa Sede, ha determinado establecer un método fijo, para que por medio de los ministros, agentes y expedicioneros que su Magestad destinare en Madrid y en Roma, hagan sus vasallos de España y de las Indias, de cualquiera clase que sean, todas las pretensiones que se les ofrecieren en la curia romana, de cuyo método se sigan mayor facilidad, menor dispendio, y mucho decoro á la misma curia.

A este fin ha mandado su Magestad pedir diferentes noticias sobre las especies de gracias que se acostumbran solicitar con mas frecuencia por los prelados, comunidades ó personas particulares de estos reinos: de qué modo dirigen por lo comun sus pretensiones; cuáles son con distincion los derechos regulares de expedicion, componendas, escritura, agencia, correspondencia, y cambios de cada una de ellas segun sus clases: qué excesos ó abusos se notan en este particular; y cuál será el método mas obvio y conveniente que su Magestad pueda establecer para que todas las referidas pretensiones se dirijan por medio, ó con precisa intervencion de los ministros y agentes suyos á quienes cometa este encargo, asi en Roma como en Madrid. Con los citados informes, y con los que tomará el Consejo, establecerá su

Magestad á su consulta el método que mas convenga en tan importante asunto: á cuyo fin quiere tambien su Magestad oir el prudente y experimentado dictamen de V., y que le informe sobre lo que será mas adaptable á las circunstancias de esa diócesi, y del mayor bien espiritual y temporal á esos vasallos.

Pero como los abusos y prácticas conocidamente perjudiciales se deben cortar sin dilacion por los medios mas oportunos, ha resuelto su Magestad que desde ahora hasta que establezca y ponga expedito el enunciado método, que será con toda la brevedad que permita el asunto, se suspenda el acudir á Roma derechamente, y por los medios usados hasta aqui, en solicitud de dispensas, indultos ú otras gracias; y que si alguno de esa diócesi se hallase en urgente necesidad de solicitarlas, acuda con las preces á V. ó á la persona ó personas que diputare, y sean de su entera satisfaccion y conocida inteligencia; de quien las recibirá V. y las remitirá con su dictamen á su Magestad *en derechura por la primera secretaría de Estado y del Despacho, ó por medio del Consejo ó Cámara, dirigiéndolas á los señores fiscales del Consejo ó á los secretarios de la Cámara segun sus clases*, con expresion de la calidad de la urgencia, para que en su vista mande su Magestad se les dé la mas conveniente, mas segura y menos costosa direccion. Y obtenidas que sean dichas dispensas, indultos ó gracias, se remitirán á V. con arreglo á lo dispuesto en la pragmática sancion de 16 de junio de 1768, á fin de que por medio de dicha persona ò personas diputadas por V. se entreguen á los interesados para que usen de ellas: debiéndose tener entendido, que no se concederá el pase á las expediciones que se soliciten sin estas previas circunstancias; y que de esta regla solo se exceptúan las que vengan para los arctados; las que se despachen por penitenciaría; las que ya se hayan despachado antes de la publicacion de esta orden; las que se soliciten en Roma dentro de los quince dias siguientes á dicha publicacion; y las que se hubieren expedido dentro de un mes contado desde el mismo dia.

Lo participo á V. de orden del Consejo para su inteligencia y puntual cumplimiento, y para que lo haga entender á todos los súbditos de esa diócesi, dándome aviso del recibo de esta para ponerlo en la superior noticia del Consejo.

Dios guarde á V. muchos años. Madrid 11 de setiembre de 1778.

5.°

Carta circular sobre algunos abusos que cometen los tribunales de visita.

El Consejo ha acordado escribir circularmente á los prelados diocesanos del reino la carta acordada del tenor siguiente.

Ha reconocido el Consejo en varios recursos de fuerza de conocer y proceder en perjuicio de la Real jurisdiccion, traidos á él en materia de propios y arbitrios, la facilidad con que algunos visitadores, vicarios y otros jueces eclesiásticos del reino se entrometen con pretexto de solicitar se les contribuya con alojamiento cuando van de visita, gasto de manutencion durante ella y otras imposiciones, á que ni los vasallos seculares por sí ni los pueblos de sus propios y arbitrios son responsables, á compeler por medio de censuras á los magistrados Reales á su pago, ocasionándoles recursos y gastos indebidamente con perjuicio conocido de la jurisdiccion Real.

Del mismo modo se ha reconocido el abuso de intentar tomar conocimiento algunos de dichos visitadores y vicarios contra los caudales de propios con otros motivos, como son de que satisfagan las justicias cantidades á que estos mismos visitadores ó jueces pretenden estar obligados los propios á favor de causas pias, reparos de ermitas, asignaciones de capellanías y otros, no obstante que no conste de las obligaciones; y que aunque constase, como actoras deberian las causas pias interesadas ó sus administradores, para cobrar de los propios acudir á la justicia ordinaria del pueblo á solicitar y pedir el pago, y esta hacerle arreglado á lo que el Consejo previene en los reglamentos formados y que se forman para la distribucion y manejo de los caudales de propios de cada pueblo, para cuya formacion se tienen presentes los documentos justificativos de las cargas á que es responsable el comun, ya sean piadosas ó profanas, examinando el título en que se fundan y su legitimidad, por no gravar indebidamente á los pueblos ni perjudicar á tercero.

De la literal disposicion y contexto de estos reglamentos no pueden exceder las justicias, ni los demas que forman con ellas la junta municipal de propios y arbitrios de cada pueblo, ni los ayuntamientos ó concejo: al modo que en un concurso de varios acreedores, aunque haya algunos por réditos de censos

debidos á iglesias, monasterios, capellanías y obras pias, no por eso dejan de acudir á la justicia Real, donde pende el concurso, á demandar su crédito, ateniéndose en cuanto al pago á la sentencia de graduacion, por la cual el juez del concurso señala el lugar en que se deben hacer, y excluye los créditos indebidos, equiparándose á un juicio universal la distribucion de propios, por tener contra sí estos efectos cargas necesarias, como son los salarios de los ministros de justicia y dependientes del comun: otras de justicia á sus acreedores, y otras voluntarias y extraordinarias, cuya graduacion está reservada privativamente al Consejo.

Entre estas se atiende por el Consejo las que miran á causas pias, distinguiendo las obligatorias de las voluntarias, sin necesidad de que los interesados hagan recursos ni gastos, y por esta razon se hacen tan reparables los procedimientos de los expresados jueces eclesiásticos, turbativos de este económico régimen de los propios, y que no pueden producir utilidad; pues cuando hubiese fundado motivo de recurso, ó se debe hacer por cualquier especie de interesados ante las mismas justicias y juntas de propios, si el asunto está determinado en el reglamento; y en caso de no haberse tenido presente el crédito de que se trate, al Consejo por medio del intendente de la provincia, ó en derechura, para que de oficio se examine y añada en el reglamento, si fuere justificada la accion conforme á las reglas establecidas en esta materia.

Y previniéndose á los intendentes y justicias con esta fecha sobre el asunto lo conveniente circularmente, ha estimado el Consejo por preciso participárselo tambien á los ordinarios eclesiásticos del reino, á fin de que en esta inteligencia se eviten tales recursos y embarazos, encargándoles muy seriamente hagan observar á sus provisores, visitadores y vicarios la disposicion del santo concilio de Trento, á fin de que no se fatigue á los magistrados Reales con censuras con tanto abuso, en agravio de la sana disciplina, y de la buena armonía y correspondencia que en ambos fueros recomiendan los cánones, y que conduce tanto á la buena administracion de justicia y felicidad de la monarquía.

Y como su contexto prescribe al mismo tiempo las reglas que sobre los créditos de causas pias contra los propios y arbitrios deben observarse por los intendentes, justicias ordinarias, juntas de propios y acreedores, lo participo á V. S. de orden del Consejo para su inteligencia y cumplimiento en la parte que le

toca, y para que haga comunicar á los pueblos de esa provincia, los ejemplares que se remitan á V. S. de esta orden general por el correo; y para donde no le hubiere, en primera ocasion ó desde el pueblo inmediato, sin causarles gastos de veredas, avisando de haberlo asi ejecutado por mi mano, para ponerlo en noticia del Consejo.

Dios guarde á V. muchos años, como deseo. Madrid 28 de noviembre de 1763.

6.°

Real provision de los señores del Real y Supremo Consejo en que se dan varias reglas sobre el modo de proceder el juez subdelegado de la gracia de Novales y otros particulares relativos á lo mismo.

Don Carlos por la gracia de Dios Rey de Castilla &c. SABED: que por parte de los reverendos obispos y de los venerables deanes y cabildos de las santas iglesias de Malaga y Tortosa, se acudió al nuestro Consejo por recurso de fuerza de los autos y procedimientos del licenciado Don Francisco Saenz de Viniegra, abogado de nuestros Consejos, juez subdelegado para la ejecucion de la gracia de diezmos Novales en el modo de conocer y proceder, como conocia y procedia, embargando los diezmos de los terrenos que el promotor fiscal de la citada gracia suponia incluidos en ella, sin haberles antes oido sus legitimas excepciones y defensas; y subsiguiente en no otorgar las apelaciones, sobre cuyas instancias acordó el nuestro Consejo, que el notario del citado juzgado en quien parasen los autos viniese á hacer relacion de ellos al nuestro Consejo, citadas las partes en la forma ordinaria, de los respectivos á cada una de estas instancias, sobre que se introducian los referidos recursos de fuerza: y habiéndose excusado á ejecutarlo con el pretexto de no existir en su poder los autos por haberlos entregado al nominado juez subdelegado, y este dirigidolos á la via reservada de Hacienda: con este motivo, y teniendo presente el nuestro Consejo, lo informado por el mismo juez subdelegado en el asunto, se mandaron pasar estos recursos y demas documentos producidos al nuestro fiscal, por quien en 18 de octubre del año próximo pasado de 1765 se expuso: que el asunto de que se trataba no miraba á lo principal de la gracia ni á retardar su debida ejecucion, sino al modo y forma como esta debia tener lugar, para que ni la Real Hacienda fuese defraudada de sus legitimos derechos, ni las igle-

sias perjudicadas fuera de la intencion de la concesion pontificia, ni en la coartacion de las legítimas defensas y recursos, ni en el exceso á lo concedido y forma prescrita para la ejecucion: que la dificultad que en el dia ocurria se reducia á dos puntos; uno, si se habia de ver el recurso de fuerza de Málaga, pendiente en el Consejo à instancia de la santa iglesia de ella, y en el caso de deber procederse en él, como se habia de ocurrir al defecto de autos que indicaban asi el juez subdelegado, como el notario, expresando haberles remitido en consulta á N. R. P. por la via reservada: que era cierto, empezando por lo segundo, que el procedimiento de Novales de Málaga, segun se enunciaba en la mejora de fuerza, se habia hecho contencioso, y mandado recibir á justificacion, sin perjuicio de los embargos decretados de los diezmos que se pretendia por el promotor fiscal de la Comision fuesen de Novales: que semejantes autos nunca debió voluntariamente sustraerles de su juzgado este subdelegado, privando por este medio à las partes contendientes del uso de sus defensas con esta especie de mutacion de juicio: que el notario se excusaba con una esquela que aparecia rubricada del juez subdelegado con fecha de 17 de setiembre antecedente, en que le mandaba pusiese en su poder los autos de Tortosa y Málaga para remitirlos en consulta á nuestra Real Persona: que si esta remision se hiciese en virtud de Real orden en que se pidiesen *ad effectum videndi* ó instructivamente los autos, el caso era de mas facil resolucion; pero habiéndolos remitido de oficio dicho juez cuando conoció que las partes preparaban el recurso, no era tan regular ni necesaria; pues para representar á nuestra Real Persona lo que le pareciese oportuno sobre los puntos que indicaba de dar nueva forma á estos negocios, nada tenia de comun con la remision del proceso eclesiástico original à nuestra Real Persona; antes era contrario el estilo y práctica regular; y estos pretextos por inocentes que fuesen daban pretexto á los interesados para multiplicar recursos y desconfiar del modo de enjuiciar; como toda novedad de suyo se recibe mal, se aumenta la odiosidad, cuando no es regular el orden y por los trámites conocidos: que asi en este primer particular convenia se tomase providencia que radicase tales procesos en un orden constante, mediante el cual, asi la Real Hacienda como los partícipes, hallasen en sus recursos y quejas una regla segura para terminarlas, segun la forma de derecho recibida en el reino, especialmente cuando se trata de un derecho perpetuo como el presente: que apuntaba en su representacion al Consejo el subdelegado de

diezmos Reales de regadío y nuevos rompimientos, que en estos casos no podia tener lugar el recurso de fuerza, por estar denegado para los de Cruzada, ó de las tres Gracias, y deber estimarse la presente en todo á semejanza de ellas por el interes que igualmente militaba de la Real Hacienda: que la ley que se citaba era la 8.ª tit. 10. lib. 1.º de la Recopilacion, la cual manda á los presidentes y oidores de las Reales chancillerías de Valladolid y Granada, no admitan recursos de fuerza en los negocios de Bulas, Subsidios y Cuartas: que esta ley de su naturaleza se restringe al caso ó casos especiales de que trata, y por consiguiente no debe ni puede extenderse á los no comprendidos por ser odioso privar á los vasallos de la proteccion Real, que induce el recurso de fuerza: que por otro lado esta ley habla con solo las audiencias y chancillerías Reales, y no con el Consejo donde habia recurrido la iglesia de Málaga, como consta literalmente de la ley 10, cap. 7 del mismo título, que expresamente supone que en el Consejo puedan radicarse tales recursos de fuerza ó de otra naturaleza; y en tal caso ordena que el Consejo antes de proveer pida informe al asesor de Cruzada como ministro de tabla. Las palabras de la ley son las siguientes: »que cuando en algun negocio tocante á Cruzada se ocurriere al Consejo, ó por via de fuerza ó agravio, ó suplicando de alguna cédula, el asesor de la Cruzada informe en el Consejo de lo que le pareciere, para que oido se provea lo que conviene, y Nos proveeremos como en el Consejo no se provea cosa alguna sin oir la relacion del dicho asesor:" que de aqui se deduce con evidencia no ser cierto que las leyes comprendan al Consejo Real en la generalidad de la no admision de recursos de fuerza ó agravios en materias de Cruzada; antes considerando el ejercicio de esta alta regalía radicado en el Consejo, hacen las leyes la distincion que iba expresada, reducida únicamente á que el consejero asesor de Cruzada, á fin de que en nada padezcan los intereses fiscales, como mas enterado en ello informe al Consejo antes de proceder este á su decision: que lo expuesto hacia ver que el recurso de fuerza estaba legítimamente introducido, y no ser cierto que las leyes del reino le resistan, ni los términos de la comision de diezmos de regadío y rompimientos ejecutados con licencia Real tienen que ver con su disposicion. Por otro lado, siendo este subdelegado un juez único en asuntos de tanta importancia y consecuencia, seria muy arriesgado privar á las partes de este recurso, lo cual no es compatible con la regular forma de administrar la justicia, y aun lo venia reconociendo en su informe de

buena fe el subdelegado: que el recurso principal, que se introducia por la santa iglesia de Málaga, era en el modo, el cual no privaba del conocimiento al juez eclesiástico, y la regla que prescribiese el Consejo en su auto, no hacia otra cosa que rectificar el procedimiento á los términos de derecho; y asi de admitirse este recurso, no se seguia como presuponia el juez subdelegado, que debiese otorgarse la apelacion para ante otro juez eclesiástico; antes por el contrario repuesto el desorden del procedimiento, si le habia, ó mucho mas declarando no haberle, quedaba expedita la jurisdiccion del subdelegado, al cual le era indiferente este recurso; pues en la decision del Consejo aseguraba el mas firme apoyo de sus procedimientos regulares: que si alguna vez no lo fueren por error de entendimiento, como sucedia á todos los jueces, porque al fin son hombres, justo era que el agravio se repusiese, y tuviesen las partes á donde recurrir: que la gracia contenida en el breve de la Santidad de Benedicto XIV de 30 de julio de 1749, estaba cometida en su ejecucion á todos los muy reverendos arzobispos y reverendos obispos del reino, y á los subdelegados que nombrasen para su ejecucion: que constaba que el reverendo obispo de Avila Don Pedro Gonzalez, requerido con el breve de orden del señor Don Fernando VI, de augusta memoria, aceptó la jurisdiccion apostólica, y la subdelegó en Don Fernando Gil de la Cuesta, presbitero, á instancia del citado Don Francisco Viniegra, siendo promotor fiscal de esta comision, que parece habia sucedido en ella á dicho Cuesta: que era punto digno de examen, ¿si del subdelegado debia haber apelacion al delegante? ¿Cuales debian ser los términos de la jurisdiccion delegada en esta materia? ¿Que reglas se debian observar por parte de estos subdelegados para adjudicar estos diezmos á la corona, sin agravio ni perjuicio de los partícipes, y la forma de su recaudacion? reduciéndose todo esto, con el debido examen á una regla constante y sólida, que ni exceda de la mente de la concesion y términos de ella en perjuicio de los partícipes, ni por otro lado perjudicase á la Real Hacienda en la facil percepcion de los diezmos Novales de lo inculto, ó supercrecentes del riego de que habla el breve, pues no haciéndose las regulaciones y declaraciones en una forma reglada por el tenor y mente del breve, y con una audiencia á lo menos instructiva de los interesados, no podria tener firmeza lo que se adjudicase á pesar del mayor celo, y se prevaldrian los interesados partícipes aun en lo justo y debido, para confundirlo todo por cualquier defecto de formalidad: que en estos términos

se podria consultar á nuestra Real Persona por lo tocante al recurso de Málaga, que el juez subdelegado no debia impedir á su notario por el recogimiento de autos que viniese á hacer relacion de ellos en la forma ordinaria, dignándose nuestra Real Persona mandar se le devolviesen para este efecto, y su prosecucion conforme à derecho; y que lo mismo ejecutasen en los casos sucesivos; viéndose estos recursos por el interes de la Real Hacienda, con asistencia precisa del promotor fiscal de aquel juzgado, y la del nuestro fiscal, dándose la forma é instruccion que pareciese mas oportuna en asunto de tanta gravedad, y que es trascendental á muchas partes del reino, á fin de evitar agravios ó recursos en lo posible; porque de otro modo, ya por los embarazos que suscitasen los partícipes, ya por lo que pudiesen exceder los comisionados, la gracia no tendria la debida ejecucion, y se haria esta odiosa sin culpa de los que la promovieren por falta de una pauta determinada á que arreglarse: y asi el prescribir reglas equitativas y justas, sin impedir á las partes los naturales recursos, era interes reciproco de la Real Hacienda y de los partícipes, y obligacion del fiscal exponerlo al nuestro Consejo; siendo del mismo modo conveniente y aun preciso oir sobre ello el parecer de los ministros y personas que nuestra Real Persona estimase, cuando no tuviese por conveniente fiar al nuestro Consejo este reglamento. Con atencion á todo lo referido, á lo que en consulta de 23 de noviembre del citado año próximo hizo presente el Consejo á nuestra Real Persona con presencia de ella, y de los repetidos recursos que se le han hecho por diferentes reverendos obispos y cabildos de las iglesias catedrales de estos nuestros reinos y otros llevadores de diezmos, en que se quejaron de los procedimientos del mismo Don Francisco Saenz Viniegra, como juez ejecutor de la citada gracia de Novales, que se impetró á nombre del señor Rey Don Fernando VI, de augusta memoria, nuestro muy caro y amado hermano (que esté en gloria) excitado el Real ánimo de nuestra Real Persona de la justa piedad y notoria propension que tiene al estado eclesiástico, y enterado del contexto de la bula y gracias que contiene, formalidades que deben preceder á su ejecucion, facultades del juez que ha de entender en ella y términos con que debe proceder; por resolucion de nuestra Real Persona de 31 de enero de este año se mandó formar una junta de ministros escogidos, íntegros y doctos del nuestro Consejo y del de Hacienda, y de los fiscales del de Guerra é Indias, encargándoles el examen de estos puntos, y que oyendo sobre ellos al juez ejecutor de la bu-

la y al promotor fiscal de su juzgado consultasen su dictamen: y habiéndolo ejecutado, actuado nuestro Real ánimo de cuanto ha producido y expuesto esta junta, y de que el juez subdelegado ha procedido en la ejecucion de las dos gracias que comprende la bula, contra el órden prevenido en los cánones, adjudicando en varias diócesis á nuestra Real Hacienda los diezmos que estimaban por novales, y los que proceden del aumento de frutos á beneficio del riego, sin verificar los hechos que presuponen las gracias y deben preceder á su ejecucion, y aun sin dar audiencia á las iglesias, y otros partícipes que fundan su derecho á la universalidad de diezmos: deseando nuestra Real Persona dar esta prueba mas del amor que le merece el venerable estado eclesiástico en una materia en que el Real Patrimonio es el único interesado, ha tenido á bien en este concepto mandar. 1.° Que el referido Don Francisco Saenz Viniegra no use de las facultades de la bula llamada de *Novales*, concedida al señor Rey Don Fernando VI, de gloriosa memoria, por la santidad de Benedicto XIV en 30 de junio de 1749, con la que por parte de N. R. P. se requirió al difunto reverendo obispo de Avila Don Romualdo Velarde, que delegó sus veces en el referido Don Francisco Saenz de Viniegra. 2.° Que se reponga todo lo ejecutado por este, y se restituyan las cosas al ser y estado que tenian antes de aceptar la subdelegacion, y á las iglesias y demas interesados en la posesion de que se les despojó. 3.° Y que el nuestro Consejo se encargue de que tengan cumplido efecto nuestras Reales intenciones en esta parte hasta que se verifique el reintegro á favor de todos y cada uno de los interesados, dando á este fin el mismo Viniegra las órdenes que tenga por convenientes. 4.° Y como este Real ánimo se termina á evitar todo perjuicio en esta materia, cuando delibere N. R. P. hacer uso de las concesiones de esta bula, se prevendrá al mismo tiempo al juez que haya de entender en su ejecucion, que antes de proceder á ella debe averiguar los hechos que han de calificarla, y oir sus excepciones á los interesados, dándoles el traslado correspondiente; y á mas de esto se dispondrá por nuestra Real Persona para este caso se faciliten los medios, á efecto de que las iglesias y partícipes, que se sintieren agraviados del delegado ó subdelegado, tengan el recurso en el grado de apelacion á tribunal competente; con declaracion de que si se confirma la sentencia del subdelegado, cause ejecutoria; y si la revoca, se suplique para el mismo tribunal con facultad de enmendar ó confirmar su primera determinacion. 5.° Y se declara que en el caso de que determine nuestra

Real Persona usar de la bula, como único interesado de las gracias concedidas en ella, que en cuanto á los diezmos procedentes del aumento de frutos á beneficio del riego solamente debe tener lugar cuando las aguas se deriven por acequias ó conductos construidos á nuestras Reales expensas. 6.° Y por lo correspondiente á la segunda gracia concedida á Nos y á nuestros augustos sucesores de los nuevos diezmos que resulten de rompimientos de montes y otros terrazgos incultos metidos en labor, se declara igualmente en el mismo concepto de ser el Real Patrimonio único interesado en la gracia, que solamente es verificable en los montes y demas terrazgos incultos que se reduzcan á cultivo, pertenecientes á nuestro Real dominio y propiedad, pero de ninguna manera en las tierras, montes, bosques y demas que sean del dominio de pueblos, comunidades ó particulares. Y para que esta Real deliberacion, que fue publicada en Consejo pleno, tenga su puntual é invariable observancia y cumplimiento, fue acordado expedir esta nuestra carta para vos en la dicha razon: por la cual mandamos veais la citada nuestra Real resolucion, y la observeis y hagais observar á la letra en los casos que previene, arreglándoos á su tenor y forma, segun y como en ella se contiene, sin contravenirla en manera alguna; y que por el nuestro Consejo se expidan para su puntual observancia y cumplimiento todas las órdenes y provisiones que sean necesarias y convenientes: que asi es nuestra voluntad, y que al traslado impreso de esta nuestra carta, firmado de Don Ignacio Estevan de Higareda, nuestro escribano de Cámara mas antiguo y de gobierno del nuestro Consejo, se le dé la misma fe y crédito que á su original. Dada en Madrid á 21 de junio de 1776 &c.

7.°

Bula de nuestro Santisimo Padre Inocencio Papa XIII, sobre la disciplina eclesiástica en los reinos de España, con otros rescriptos apostólicos.

Inocencio Papa XIII, para perpetua memoria. = El cargo del ministerio apostólico que la divina Providencia ha puesto sobre Nos sin merecerlo, pide principalmente que con el mayor cuidado velemos sobre que se haga observar la disciplina eclesiástica por los del clero secular y regular, ó restaurarla donde la necesidad lo pidiere, segun los estatutos de los sagrados cánones, santísimas leyes y preceptos de la iglesia. Verdaderamente

el contagio de la humana naturaleza, despues de la caida del primer padre, siempre nos abate á lo terreno, y el vigor de la observancia con la fragilidad de la carne poco á poco se va relajando: de donde la experiencia cada dia nos enseña, que aun los corazones religiosos de ordinario se manchan con el polvo mundano, y que en el campo mismo del Señor brotan espinas y abrojos; por lo cual si se arrancasen de él las yerbas nocivas y se plantasen las útiles, no puede dudarse que con la bendicion de Dios nacerá mies muy fértil de la mas selecta semilla de santas obras, y todo el pueblo, sirviéndole de antorcha el clero, caminará felizmente por la senda del Señor. Habiéndonos pues representado al principio de nuestro pontificado, nuestro muy amado hijo en Cristo Luis Belluga y Moncada, cardenal de la santa iglesia romana, y obispo de Cartagena, por concesion y dispensacion apostólica, que en diversos lugares de la ínclita nacion española se iban introduciendo sin sentir algunas cosas nada conformes al espíritu de la disciplina eclesiástica, y á los muy saludables decretos del sagrado y general concilio Tridentino; y como no solo el mismo Luis cardenal obispo, sino tambien otros venerables hermanos arzobispos y obispos de los reinos de España, suplicasen humildemente el que por Nos, á quien está encomendado el cuidado de todos, se opusiese el oportuno remedio, á cuyos eficaces ruegos, juntando tambien sus repetidas instancias nuestro muy amado hijo en Cristo Felipe Rey católico de España en muchas cartas que sobre este asunto nos remitió, efectos todos de su singular piedad y excelente celo por la religion católica, lo encomendamos á una congregacion particular de algunos de nuestros venerables hermanos cardenales de la santa iglesia romana, intérpretes del concilio Tridentino, diputados por Nos, para que con el mayor esmero examinasen todo el negocio. Y habiéndolo ejecutado dicha congregacion de cardenales con la madurez que pedia, y referido á Nos el secretario de la misma congregacion lo que les parecia, tuvimos por conveniente y oportuno, á consulta de dichos cardenales, establecer, decretar y declarar por esta nuestra constitucion, que perpetuamente ha de valer, lo que abajo se dirá para gloria de Dios Todopoderoso, utilidad de la iglesia, restauracion de la antigua disciplina y espiritual edificacion de los reinos de España.

1. Primeramente habiendo reconocido muy sabiamente los padres del referido concilio Tridentino por inspiracion divina cuanto importa á la república cristiana el acierto en la eleccion de aquellos á quienes se han de encomendar los sagrados mi-

nisterios, como que su vida ha de servir á los demas fieles de modelo para que tomen de ellos ejemplo; y por lo tanto habiéndose determinado con acertado acuerdo por los mismos padres, que no deban ser admitidos á la milicia eclesiástica para la primera tonsura, sino aquellos que den una probable conjetura de haber elegido este tenor de vida, no con intento de eximirse del fuero secular, sino con un sincero ánimo de obsequiar y servir á Dios; queremos que para mas segura ejecucion de la referida sancion del concilio, ninguno de los arzobispos y obispos de los reinos de España admita en adelante para la primera tonsura, sino á quienes inmediatamente se haya de conferir algun beneficio eclesiástico, ó á aquellos de quienes constase se ocupan en estudiar: de suerte que parezcan estar en carrera de recibir las órdenes, ya menores, y ya despues las mayores, ó en fin á aquellos que tuvieren por conveniente diputarlos al servicio y ministerio de alguna iglesia.

2. E igualmente todos los que desearen ser promovidos á la primera tonsura, como tambien á los órdenes menores, deberán guardar la regla dada por el mismo concilio Tridentino: es á saber, que ninguno sea ordenado que no sea útil ó necesario á sus iglesias á juicio de su obispo, y juntamente que no se le destine á aquella iglesia ó lugar pio por cuya utilidad ó necesidad fue ordenado, en donde con efecto ejercite las funciones correspondientes á su cargo. Pero si al presente se hallasen algunos tonsurados, ó promovidos á órdenes menores, ó mayores, que no estuvieren asignados á alguna determinada iglesia, al punto los obispos suplan dicha asignacion omitida, ó por sí, ó por sus antecesores, no solo por lo respectivo á los ordenados de mayores, aunque sean de presbiteros, sino tambien en cuanto á los de sola primera tonsura, ó de menores, que asimismo poseen beneficio eclesiástico; pero de los demas que, segun se ha dicho, estuviesen solo tonsurados ó de menores y sin beneficio, no asignen sino aquellos que juzgasen útiles ó necesarios á sus iglesias. Mas permitimos que la ejecucion de dicha asignacion pueda dilatarse por el espacio de tiempo que pareciese conveniente á los mismos obispos, cuanto á aquellos que con motivo de estudiar, ó en universidad pública, ó estudio particular, ó por otra razonable causa aprobada ó digna de aprobarse por su obispo, se hallaren ausentes de aquel obispado en donde fueron tonsurados, ú ordenados.

3. Y como por decreto del concilio Tridentino están obligados los clérigos que se educan en los seminarios episcopales á

servir solo los dias de fiesta à la catedral ú otras iglesias del lugar; para que con mas comodidad puedan aplicarse al estudio de las letras y cosas sagradas, y ocuparse con mas continuacion à aprender todo lo dispuesto por el dicho concilio; queremos y mandamos que en todos los obispados de España se observe este modo de servir à las iglesias, como tambien el que dichos clérigos solo asistan á las rogativas generales, ó procesiones de todo el clero, no obstante cualquiera costumbre de mayor obligacion aun inmemorial y pospuesta cualquiera apelacion ó inhibicion. Pero si se encontrase algun seminario en cuya fundacion se hubiese establecido otra cosa à causa de haber añadido alguna constitucion de mayor servicio el que lo fundó ó dotó, ó le hizo alguna piadosa donacion, los obispos den cuenta à Nos, y al Pontifice romano que por tiempo lo fuese para que pueda proveer lo que convenga.

4. Ademas, siendo muy conveniente que los que están próximos à llegar à los sacratísimos misterios tengan, fuera de otras cualidades, ciencia competente con que puedan enseñar à los demas fieles el camino de la salud, no admitan los obispos para los sagrados órdenes sino à clérigos, asi seculares como regulares, que despues de un diligente examen se juzguen por su ciencia y demas calidades dignos de tal grado; de suerte que à los que desean ser promovidos à dichos órdenes, no les baste entender la lengua latina, saber la doctrina cristiana, y responder adecuadamente à las preguntas que en el examen se les hagan sobre el orden que han de recibir. Pero à los que han de ascender al presbiterado igualmente es necesario el que primero por un diligente examen sean aprobados para administrar los sacramentos, y enseñar al pueblo lo que todos necesitan saber para salvarse. Y para que lo dicho se ejecute bien exhortamos en el Señor à los mismos obispos, que en cuanto les sea posible solo ordenen de sacerdotes à aquellos, que à lo menos estuviesen competentemente instruidos en la teología moral.

5. Y si los que viviendo en un obispado y tienen el beneficio en otro desearen ordenarse à título de su beneficio por el obispo en cuya diócesi le tienen; el obispo del domicilio, si es que han de volver à su obispado, deberá examinar su ciencia é idoneidad antes de concederles las testimoniales que han de obtener sobre su nacimiento, edad, vida y costumbres, segun la constitucion de Inocencio Papa XII, de feliz memoria, nuestro predecesor, que empieza *Speculatores*: añadiendo asimismo en tales testimoniales una certificacion de su suficiencia; y estas de ningun

modo deban concederse, si antes en dicho examen no hubieren sido aprobados por hábiles: y no lográndolas en la forma dicha, no puedan de modo alguno ser promovidos à órdenes por el otro obispo à quien por razon del beneficio que obtienen tambien estan sujetos: pues de lo contrario, el obispo que le ordenare, por el mismo hecho quedará suspenso por un año de la colacion de las órdenes, y el ordenado de las recibidas todo el tiempo que le pareciere conveniente al ordinario propio, y ademas uno y otro quedarán sujetos à otras mas graves penas que à proporcion de la culpa les serán impuestas à nuestro arbitrio ó del Pontífice romano, que por tiempo fuere. Y como por la referida constitucion de Inocencio nuestro predecesor, no de otro modo es lícito recibir órdenes del obispo de su misma diócesi à título de beneficio que posee en otro obispado, sino cuando rebajadas las cargas son las rentas del dicho beneficio por sí suficientes para su congrua manutencion; declaramos, que esta congrua se ha de señalar no segun la tasa sinodal ó costumbre que hubiere para ordenar de mayores en el lugar del dicho beneficio (à no ser que pida continua y precisa residencia) sino segun la tasa, ó en su defecto la costumbre que haya en el lugar del domicilio.

6. Verdaderamente, que no es de menos importancia para conservar inviolable la disciplina eclesiástica, el no permitir se alisten en la milicia clerical los que no son suficientemente idóneos, que el que despues de alistados profesen un ejemplar modo de vivir, y manifiesten tal inocencia de costumbres, que corresponda à la santidad del instituto que recibieron, y mucho mas que se abstengan de todo lo que justisimamente les está prohibido por los sagrados cánones, como del todo indigno á hombres que habitan en el tabernáculo del Señor, y estan dedicados al venerable ministerio del altar. Por tanto establecemos y mandamos, que si hubiese algunos clérigos, ó bien sean de primera tonsura ó de menores, que no poseyendo beneficio alguno eclesiástico con menosprecio de los decretos del concilio Tridentino, no llevaren hábito clerical ó corona abierta, ó si la llevasen no sirvan à aquella particular iglesia ó lugar pio à que por mandato del obispo se les destinó, ó no estuviesen en algun seminario, escuela ó universidad con licencia de su ordinario; los obispos sin preceder amonestacion alguna los declaren privados del privilegio del fuero, y manden borrar la anterior asignacion que se les hizo al servicio de la tal iglesia. Y si ellos no mejorasen de vida, ó hubiese tambien otros, de quienes por culpa suya no se pueda esperar que se hagan dignos para ser promovidos à

los sagrados órdenes; los mismos obispos, observando la forma que prescriben los sagrados cánones, procedan contra ellos à la privacion de los demas privilegios clericales. Mas en donde se hallasen clérigos que poseen capellanías ó beneficios de cualesquiera renta, por tenue que sea, cuya mala vida sirviendo à los demas de escándalo, mas bien destruya que edifique, ó siendo concubinarios ó usureros, dados al vino y juegos de suertes, autores de discordias, negociantes ó que llevan armas, vagabundos, ó que no traen hábito clerical y corona abierta, ó que abusan temerariamente de la inmunidad eclesiástica, en fraude de los tributos y alcabalas Reales que deben pagarse por los seglares no exceptuados, ó en fin que cometiendo iguales ó mayores delitos, mas parece que pertenecen à la iglesia para aumentar en ella el número que el mérito; los obispos precediendo los avisos necesarios y guardando lo dispuesto por derecho, procedan contra ellos imponiéndoles las penas establecidas por los romanos Pontífices nuestros predecesores y sagrados concilios, privándolos tambien de los beneficios, capellanías y oficios eclesiásticos, en todos aquellos casos en que la dicha privacion está impuesta por los sagrados cánones, y lo ejecuten pospuesta toda humana pasion, acordándose que por ser descuidados en corregir, recibirán de Dios irritado el merecido castigo.

7. Pero como las personas eclesiásticas nunca pueden ejercitarse bastante en los obsequios que son debidos à Dios, dándole cuantos corresponden à su estado; recomendamos mucho en el Señor la piadosa costumbre que hay en los mas de los obispados de España, de que los clérigos asi de mayores, como de menores órdenes, y tambien los presbiteros, aunque no tengan beneficios ú oficios eclesiásticos, asistan con sobrepelliz los domingos y dias de fiesta en las iglesias à que estan destinados, à la misa conventual cantada, y à las primeras y segundas vísperas del oficio. Por tanto exhortamos con las mayores veras à los obispos de otros obispados en que hasta ahora no ha habido la tal costumbre, cuiden de que en adelante se observe en todos: y ademas procuren que todos los referidos eclesiásticos asistan à las conferencias que se deberán tener sobre casos de conciencia, ritos y ceremonias sagradas à presencia de sus párrocos ó de otras personas nombradas por el obispo.

8. Y por cuanto tenemos entendido que en los referidos reinos de España hay diferentes beneficios y capellanías de patronato eclesiástico ó laical sin renta alguna cierta, ó tan tenue que no llega à la mitad ni à la tercera parte de la congrua necesaria

para que puedan los clérigos ascender à los sagrados órdenes; deseando ocurrir á los daños no leves que de lo dicho se originan, establecemos y mandamos que los obispos supriman luego al punto los beneficios y capellanías que no tienen renta alguna cierta. Y para lo que mira á otros beneficios y capellanías cuya renta anual no llega ni aun à la tercera parte de la congrua, determinamos, que á ninguno en adelante se le confiera la primera tonsura con motivo de adquirir derecho á alguno de dichos beneficios ó capellanías. Y para que los derechos de patronato queden ilesos cuanto sea posible, será licito à los patronos, tanto eclesiásticos como seglares, hacer los nombramientos de dichos beneficios y capellanías, no como de beneficios eclesiásticos, que piden en los nombrados prima tonsura, sino como de legados pios: y los nombrados, aunque no esten tonsurados, podrán poseerlos como tales legados, con la obligacion de cumplir todas las cargas impuestas por los fundadores.

9. Tambien hemos sabido, no sin grave dolor de nuestro corazon, que aunque el Concilio Tridentino determinó que todos los que obtienen iglesias parroquiales, ú otras que tienen anejo el cargo de almas, deben, segun su capacidad y la de los fieles, à lo menos los domingos y fiestas solemnes, apacentar con palabras saludables los pueblos que se le encomendaron, enseñándoles lo que necesitan saber para salvarse, explicándoles los mandamientos de la ley de Dios y artículos de la fe, instruyendo á los niños en los rudimentos de ella, advirtiéndoles con un breve y sencillo razonamiento los vicios que deben huir, y las virtudes que deben practicar; con todo algunos curas párrocos omiten hacerlo siendo tan de su obligacion, y procuran disculparse, ó con el pretexto de inmemorial aunque mala costumbre, ó porque no les parece necesario hacerlo ellos à causa de haber abundancia de sermones en otras iglesias, y quien enseñe à los niños los misterios de la fe, ó en las escuelas ó en los sitios públicos. Y asi para que con el vano pretexto de estas y otras semejantes excusas no vaya en aumento tanta destruccion de la república cristiana; mandamos estrechamente à cada uno de los arzobispos y obispos de España hagan con esfuerzo, que todos los que ejercen la cura de almas cumplan diligentemente dichos cargos por sí mismos, ó por personas idóneas si se hallasen legítimamente impedidos. Y si hubiere algunos que no sean suficientemente hábiles para cumplirlos, los arzobispos y obispos cuiden se cumpla oportunamente por otros que señalen à costa de los párrocos menos idóneos: y de

aqui en adelante no se dé curato sino á los que verdaderam ente puedan cumplir por sí mismos dichas obligaciones.

10. Asimismo para que no suceda el que se dé interpretacion agena del sentido de la constitucion de San Pio V, nuestro predecesor, en la cual se tasa la congrua porcion de frutos que se ha de señalar à los vicarios perpetuos que tienen cargo de almas; declaramos, que aquella constitucion pertenece solamente à los vicarios perpetuos de las iglesias parroquiales que esten unidas à otras iglesias, monasterios, colegios, beneficios y lugares pios, como tambien que la anual porcion de frutos que en ella se manda señalar à los mismos vicarios en su mayor cantidad que la de cien escudos ni menor que la de cincuenta, se deba entender de escudos de plata de diez julios de moneda romana cada uno.

11. Todas las veces, pues, que por algun motivo justo conviniere en otras iglesias parroquiales que segun se ha dicho no estan unidas, proveerlas de tenientes ó vicarios temporales; acudirán los obispos segun la facultad que se les dió en el Concilio Tridentino, à determinar la parte de frutos que se ha de señalar à los referidos tenientes ó vicarios, en la cantidad que á su prudente arbitrio y prudencia pareciere conveniente; es à saber, segun las rentas y emolumentos de la iglesia parroquial à que fueren diputados: y hechos cargo tambien de las condiciones del lugar, número de feligreses, calidad del trabajo y cantidad de los gastos que pidiere la calidad del empleo que se les confirió. Pero si amonestados los párrocos por los obispos, dejasen de poner cuando haya necesidad, en el conveniente término que se les señaló, los coadjutores ó vicarios temporales, podrán los obispos por su propia autoridad nombrar los que juzguen idóneos para este empleo con la asignacion de dicha porcion de frutos: con todo en donde hubiesen sido nombrados ó puestos dichos tenientes ó vicarios temporales por los párrocos, deberá constar por examen á los obispos de su suficiencia antes de ser admitidos al ejercicio, ni baste que antes hayan sido aprobados de confesores, sino constase que estan tambien dotados de las demas calidades à propósito para ejercer rectamente la cura de almas: y en el caso de carecer de ellas, y que los párrocos no hayan nombrado despues otros verdaderamente hábiles dentro de otro igual término que se les ha de señalar por los obispos; entonces pertenezca á estos igualmente el nombrarlos á su arbitrio con la referida asignacion de congrua; y ninguna contradiccion de los párrocos, exencion, apelacion

ó inhibicion de cualquiera juez pueda en los casos referidos suspender la ejecucion del nombramiento y asignacion de la determinada cantidad de frutos; sin que obste tampoco cualquiera contraria costumbre, aunque sea inmemorial.

12. Pero porque algunas veces no se provee lo bastante al cuidado y necesidades de las almas con aumentar á los párrocos otros sacerdotes que cumplan las obligaciones parroquiales, sino que conviene añadir mayores remedios; es à saber, cuando por la distancia de los lugares ó dificultad del camino no puedan sin grave incomodidad ir los feligreses à la iglesia parroquial à recibir los sacramentos y oir los divinos oficios; entonces acuérdense los obispos que libremente les es lícito aun contra la voluntad de los rectores, ó destinar otras iglesias dentro de las mismas parroquias, en las cuales los sacerdotes, tenientes de los párrocos, administren los sacramentos y cuiden del culto divino, ò establecer nuevas parroquias y nuevas iglesias parroquiales, distintas de las antiguas, poniendo en ellas nuevos párrocos, señalando de las rentas de cualquier modo pertenecientes à la antigua parroquial la porcion conveniente para la sustentacion de aquellos que ejercieren la cura de almas, ó como coadjutores destinados à las dichas nuevas iglesias, ò como distintos é independientes párrocos; no sirviendo de impedimento para lo dicho cualquiera apelacion ò inhibicion.

13. Debiendo darse à los obispos por disposicion del Concilio Tridentino aquel honor que conviene à su dignidad, y correspondiéndoles tambien el primer lugar en el coro, cabildo, procesiones y demas actos públicos, y la principal autoridad en las cosas que se han de tratar; mandamos se guarde esto religiosa y perpetuamente en todos los actos correspondientes á tan justa preeminencia y autoridad tan debida, no obstante los privilegios, aunque procedan por fundacion, costumbres aun inmemoriales, sentencias, juramentos y concordias, las que obliguen solemnemente à sus autores.

14. Ademas de esto, para que el vigor de la disciplina claustral permanezca en toda su integridad, nos ha parecido tambien interponer nuestra pontificia solicitud, constándonos por experiencia cuánto detrimento se le sigue por ser mas los elegidos al hábito religioso que los que permiten las rentas; por las presentes encargamos y mandamos al nuestro nuevo nuncio y de la Silla apostólica, que por tiempo estuviere en los reinos de España, que cuide y cele, à fin de que en los monasterios, conventos y casas asi de hombres como de mugeres, ya posean o no

bienes raices, no se reciba contra lo establecido por el referido Concilio Tridentino, mayor número del que cómodamente pueda sustentarse, ó ya sea con las propias rentas de los mismos monasterios, conventos ó casas, ó ya con las limosnas acostumbradas, y otros algunos emolumentos que deben repartirse en comun.

15. Y asi todas las veces que hayan de ser promovidos los regulares para órdenes, se graduará en todo el decreto de la congregacion de cardenales intérpretes del Concilio Tridentino, confirmado tambien el dia 15 de marzo de 1756 por Clemente Papa VIII, de piadosa memoria, nuestro predecesor, en el cual se establece que para recibir dichas órdenes no dirijan los superiores las dimisorias á otro que al obispo diocesano, fuera del caso en que este se halle ausente de su diócesis ó no celebre órdenes, que entonces en las dimisorias que se han de dirigir á otro obispo, se deberá hacer expresa mencion de la dicha ausencia del obispo diocesano, ó de la otra causa, es á saber que no ha de celebrar órdenes: exceptuándose cuanto á lo dicho aquellos regulares á quienes por especial privilegio se hubiere concedido por la Silla apostólica despues del Concilio Tridentino, el que puedan recibir las órdenes de cualquiera prelado católico, sobre cuyo indulto no intentamos por las presentes innovar cosa alguna. Pero entiendan los obispos que por sí mismos, á no estar enfermos, deben conferir los órdenes, y celebrar públicamente las mayores en los tiempos establecidos por derecho, y en la iglesia catedral, siendo convocados á este fin y presentes los canónigos; y si fuese en otro lugar del obispado, sea siempre en la iglesia mas digna, y en presencia del clero del mismo lugar. Y para que la incertidumbre de si estos han de celebrar órdenes no ocasione demasiada incomodidad á los ordenandos que habitan en diferentes distritos de la diócesis, deberán los mismos obispos cada vez que han de celebrar órdenes, avisarlos por un público edicto, de suerte que siempre que falte dicho aviso, conozcan por esto los regulares suficientemente que por aquella vez el obispo diocesano no ha de celebrar órdenes, y que por lo mismo les será licito recibir las órdenes de otro obispo con dimisorias de sus superiores dirigidas á él, guardándose en ellas la forma arriba dicha.

16. Cuidarán los obispos que se observe inviolablemente en todos los monasterios de mugeres sujetos á ellos con jurisdiccion ordinaria, y en los demas exentos con autoridad de la Silla apostólica, todo lo que acerca de la clausura de las monjas y prohi-

bicion de entrada en dichos monasterios fue mandado oportunamente, asi en los decretos del Concilio Tridentino, como en la constitucion de Gregorio Papa XIII, nuestro predecesor, que habla sobre lo mismo, y se expidió en 13 de enero del año 1757.

17. Considerando asimismo que conviene ante todo à la república cristiana, que el ministerio y potestad de las llaves en absolver y retener los pecados se ejecute rectamente, declaramos que los sacerdotes asi seculares como regulares que hubiesen obtenido de sus obispos licencia limitada para confesar, ó bien sea cuanto al lugar ó cuanto à la clase de personas, ó cuanto al tiempo no pueden suministrar el sacramento de la penitencia fuera del tiempo, lugar ó clase de personas que les señaló el obispo, sin que en manera alguna les pueda sufragar cualquiera privilegio, aunque sea en virtud de la bula llamada de la Santa Cruzada. Y habiendo tambien decretado el mismo Inocencio, nuestro antecesor, por sus letras expedidas en 19 de abril del año 1790, que no les era lícito à los sacerdotes, asi seculares como regulares, oir en confesion á aquellos que los eligiesen en virtud del indulto de la referida bula de la Santa Cruzada, sin preceder la aprobacion del ordinario del territorio en que los penitentes habitan y eligen confesores, aun en el caso de haber sido aprobados anteriormente por los ordinarios de los lugares, y aunque los penitentes hubieran sido súbditos de aquellos ordinarios que hubieren aprobado á los confesores elegidos, de manera que las confesiones de otro modo hechas y oidas, se declaren y den por nulas, inútiles y de ningun valor, y que por el mismo hecho queden los confesores suspensos; Nos aprobando, confirmando la misma constitucion, declaramos demas de esto, que de ningun modo pueda favorecer à los dichos sacerdotes, asi seculares como regulares, elegidos para oir confesiones, ó en virtud de la referida bula de la Cruzada, ó por otro cualquier privilegio, el haber sido antes aprobados por aquel obispo, que en aquel tiempo hubiere sido ordinario del lugar en que se han de oir las confesiones, aun que al presente no lo sea, ó porque ha muerto ó renunciado el obispado, ó se halle trasladado por autoridad apostólica à otra iglesia; sino que es absolutamente necesaria la aprobacion del que actualmente y por entonces ejerce en la tal diócesis la jurisdiccion ordinaria; bien que basta esta aun tácita, y se reputa haberla, mientras dure la precedente licencia ó aprobacion, y no fuese revocada por él: en cuyo caso, si la obtenida anteriormente hubiese espirado por el trascurso del tiempo

prefinido, ó fuese quitada por posterior revocacion, se ha de pedir nueva y expresa licencia.

18. Se acordarán tambien los regulares que no pueden confesar monjas, aunque esten sujetas à su direccion y gobierno, sin que ademas de la licencia de sus prelados regulares preceda el examen que se ha de hacer ante el obispo diocesano, y su especial aprobacion para confesarlas, no obstante cualquiera costumbre contraria por inmemorial que sea.

19. Y debiéndose dar á las monjas dos ó tres veces al año confesor extraordinario que las confiese à todas, segun el Concilio Tridentino; si en adelante sucediese que otras tantas veces los superiores regulares dejasen de nombrar dicho confesor extraordinario cuanto à los monasterios sujetos à ellos, ó si tambien aconteciese que siempre le nombrasen de su mismo orden, sin que à lo menos una vez al año escogiesen para este cargo un sacerdote secular ó regular, profesor de otro diverso orden; en estos casos los obispos puedan à su arbitrio y conciencia hacer el dicho nombramiento, sin que con titulo ó pretexto alguno se lo puedan impedir los superiores regulares.

20. Procuren tambien los obispos remover enteramente todos los abusos que asi en las iglesias de seculares como de regulares se hubiesen introducido contra lo mandado en el ceremonial de obispos y ritual romano, ó contra las rúbricas del misal ó breviario. Y si acaeciese que contra lo establecido en el dicho ceremonial alegasen costumbre aun inmemorial; despues que hubiesen reconocido que no se puede bastantemente probar, ó que aun probada no puede como irracional hacerse valer por derecho; pongan en ejecucion con toda diligencia lo que en dicho ceremonial se manda, y no se admita apelacion alguna suspensiva.

21. Cuiden tambien los obispos con toda diligencia que se destierren los abusos, si acaso algunos se hubiesen introducido, ya sea en cuanto á los eclesiásticos seculares, ó en cuanto à los regulares contra el decreto del Concilio Tridentino, *de observandis et vitandis in celebratione missarum*, ses. 22; y si fuese necesario procedan contra los regulares con la delegacion apostolica que se les concede en este decreto, depuesta cualquiera apelacion suspensiva, y solo reservada en el efecto devolutivo sobre cualquiera duda que aconteciere excitarse por declaracion de la congregacion de cardenales intérpretes del referido Concilio que por tiempo fueren.

22. Y habiéndose promulgado un oportuno decreto por Cle-

mente XI, de feliz memoria, nuestro predecesor, en el dia 15 de diciembre del año de 1703, acerca de la celebracion de las misas en oratorios privados, como tambien sobre el uso de altar portátil; procuren los obispos se observe, aun en los reinos de España, todo lo que en él se determinó; y para que mas facilmente llegue à noticia de todos, hagan publicar este decreto en sus respectivos obispados, prohibiendo asimismo el que se ponga altar en las celdas privadas ó aposentos de los regulares para celebrar en él misa, y procedan contra los contraventores con censuras eclesiásticas, usando en cuanto à los regulares de la autoridad de la Silla apostólica que se les ha delegado en el referido decreto, quitando justamente cualquiera costumbre contraria, aunque sea inmemorial. Pero estableciéndose en dicho decreto no ser lícito à los obispos poner altar en las casas de seglares fuera de la de su propia habitacion, y celebrar allí ó mandar celebrar el sacrosanto sacrificio de la misa; declaramos no se ha de entender esta prohibicion de aquellas casas seglares en que los obispos con motivo de visita ó de camino se hospedasen por casualidad: como ni tampoco cuando los obispos en los casos permitidos por derecho ó por especial licencia de la Silla apostólica estuviesen ausentes de la casa de su propia ordinaria habitacion, y por lo mismo se detuviesen en casa agena, como si estuviesen en la suya; pues en estos casos les sera lícito erigir altar para decir misa, no menos que en la casa de su propia ordinaria habitacion.

23. Mandamos tambien se atienda con cuidado y cumpla todo lo demas que se manda en la ses. 25 *de regularib. et monialib.* del mismo Concilio general. Y derogándose con toda estension en el capítulo 25 todos los privilegios contrarios concebidos bajo cualquier fórmula de palabras, y llamados *Mare magnum*, aunque sean obtenidos en la fundacion, como tambien las constituciones y reglas ya juradas, y asimismo las costumbres ó prescripciones por inmemoriales que sean; sepan todos que dicha derogacion no solo se refiere á lo contenido en dicho capítulo, sino tambien à todo lo establecido en cada uno de los antecedentes.

24. Demas de esto, para que en el modo de sustanciar las causas se guarde el debido método, mandamos, que en donde los ordinarios de los lugares en los reinos de España procediesen de oficio en las causas criminales, esto es, no por querella ó acusacion de alguno, si de la sentencia de dichos ordinarios se interpusiese apelacion al nuncio de la Silla apostólica ó à los

metropolitanos, entonces (para que no suceda que faltando actor queden los delincuentes sin el castigo correspondiente á sus delitos) los procuradores fiscales del tribunal de la nunciatura apostólica, y respectivamente tambien los de la curia metropolitana, hagan y sigan las instancias, y otros actos necesarios para que las dichas sentencias de los ordinarios logren la justa confirmacion y ejecucion. Pero si sucediese el dar sentencias contrarias en grado de apelacion, sin haber citado ni oido á los procuradores fiscales, se tendrán todas ellas en todo lo actuado por nulas y de ningun valor, ni deban tener efecto alguno; antes bien se pongan en ejecucion las antecedentes sentencias de los ordinarios, como si de ellas no se hubiera interpuesto apelacion alguna.

25. Pero habiéndose proveido generalmente lo bastante acerca de las apelaciones é inhibiciones por la constitucion de Inocencio Papa IV, de piadosa memoria, nuestro antecesor, en el capitulo *Romana*, y tambien por decretos del Concilio Tridentino, y otros expedidos el dia 16 de octubre de 1600 por la congregacion encargada de los negocios y consultas de los regulares, y confirmados por el dicho Clemente VIII, nuestro predecesor, y finalmente por otros en el Pontificado de Urbano Papa VIII, de igual memoria, tambien nuestro antecesor, el dia 5 de setiembre de 1626: queremos y mandamos que todo lo que se establece en dichas constituciones y decretos, concernientes á las causas que corresponden á las curias eclesiásticas de los reinos de España, se observe diligentisimamente por todos los comprendidos en ellas, con total exclusion de cualquier costumbre, aunque sea inmemorial, ó cualquier privilegio ó estilo de conceder tambien ciertas inhibiciones llamadas temporales.

26. Y por lo respectivo á los jueces conservadores acerca del modo y facultad de proceder en las causas civiles, que puedan pertenecer al conocimiento de ellos, se ha de observar puntual y firmemente la norma prevenida en las constituciones de Inocencio IV, Alejandro IV, Bonifacio VIII, Gregorio XV y otros romanos Pontifices, nuestros antecesores, de feliz memoria, espedidas sobre este asunto, como tambien en los decretos del Concilio Tridentino, bajo las penas allí contenidas que renovamos y confirmamos en nuestra presente constitucion; añadiendo asimismo, que dichos jueces conservadores y ejecutores de sus mandatos, deban exhibir á los obispos y demas ordinarios de los lugares las letras de su comision, en cuya virtud intentan proceder.

27. Finalmente de todas veras, y en lo mas íntimo de nuestro paternal corazon, amonestamos á todos los de la religiosísima nacion española se acuerden que tambien estan obligados á observar exacta, firme y efectivamente todas y cada una de las cosas establecidas en todos los demas decretos del referido Concilio Tridentino. Y para que en adelante de ningun modo se impida ni retarde su ejecucion, mandamos y declaramos que ningun privilegio contrario que haya sido obtenido de la Silla apostólica antes de la promulgacion de dicho concilio, pueda y deba valer para impedir ó suspender la ejecucion de los establecimientos conciliares, ó de los decretos igualmente expedidos por los ordinarios para la ejecucion de los establecimientos conciliares, ó de los decretos igualmente expedidos por los ordinarios para la ejecucion de los establecidos en el mismo concilio, á no ser que despues de él se hubieren conformado en forma específica por la misma Silla apostólica ó concedido de nuevo, y ademas que no pueda impedir estatuto ó concordia alguna que no esté confirmada especialmente por la dicha Silla apostólica, ni cualquier antiguo uso ni contraria costumbre ó prescripcion, aunque sea centenaria ó inmemorial, sino es que acaso sea la materia capaz de dicha costumbre ó prescripcion, y demas de esto esté la una ú otra, por inmemorial que sea, aprobada y admitida por juez competente por tres sentencias conformes, ó por una que haya pasado en autoridad de cosa juzgada; ni en suma cualquiera apelacion ó inhibicion aunque sea temporal; reservando solamente el recurso en el efecto devolutivo á la nominada congregacion de cardenales intérpretes del mismo concilio, á quienes como ejecutores tambien de nuestras presentes letras, no solo cometemos y mandamos que hagan observar perpetua é inviolablemente estas y todos sus decretos y ordenaciones con la potestad general que se concedió á los mismos cardenales por la Silla apostólica para la ejecucion de los decretos del mencionado concilio; sino que tambien damos particular facultad de interpretar, explicar y declarar cuando fuese necesario dicha nuestra constitucion, y todas y cada una de las ordenaciones en ella contenidas (excepto aquellas que pertenecen al ceremonial de los obispos, ritual romano y rúbricas del misal ó breviario) cuando se suscitase acerca de ellas alguna duda ó dificultad: sin que por esto se retarde en el interin su ejecucion, de manera que antes de ella no pueda hacerse á dicha congregacion de cardenales sobre cualquiera duda recurso alguno ni consulta. Pero despues que los decretos ó decla-

raciones que se hicieren por la referida congregacion tengan nuestra aprobacion ó la del romano Pontífice que por tiempo fuere, deberá al punto cesar totalmente cualquiera reclamacion ó consulta, y se tendrá impuesto perpetuo silencio.

28. Mandamos igualmente que estas nuestras presentes letras sean siempre firmes, válidas y eficaces, y que obtengan y causen sus plenos y enteros efectos, y que en todo y por todo favorezcan cumplidamente à aquellos à quienes pertenecen ó en lo sucesivo de cualquier modo perteneciesen, y que por ellos respectivamente se deben observar inviolable y firmemente: y que asi y no de otro modo se debe en todas partes definir y juzgar por cualesquiera jueces ordinarios, delegados y oidores de las causas del palacio apostólico, como tambien por los cardenales de la santa iglesia romana, legados *à latere* y nuncios de la dicha Silla, ó por cualesquiera otros que gozan y gozaren de cualquiera preeminencia y potestad, quitando á estos y á cada uno de ellos cualquiera autoridad y facultad de juzgar é interpretar de otro modo; y si acaeciese que alguno de cualquiera autoridad que sea, à sabiendas ó con ignorancia, intenta lo contrario acerca de lo dicho, sea inutil y de ningun valor.

29. No obstante lo dicho, nuestra regla y de la chancillería apostólica *De jure quæsito non tollendo*, y otras constituciones y ordenaciones apostólicas, como tambien otros cualesquiera estatutos, costumbres y prescripciones, aunque sean muy antiguas é inmemoriales, de cualesquiera monasterios, conventos, iglesias y lugares pios, por mas corroborados que sean con juramento, confirmacion apostólica ú otra cualesquier firmeza; y asimismo los privilegios, indultos, letras apostólicas y otros decretos, aunque sean emanados *motu propio*, con cierta ciencia, y de plenitud de potestad apostólica en general ó en particular, ó de otro cualquier modo concedidos, confirmados é innovados en contra de lo arriba dicho á las órdenes, congregaciones, institutos, sociedades, aun la de Jesus, y á los monasterios, conventos, iglesias y lugares pios mencionados, y à sus respectivos superiores, y otras cualesquiera personas, aunque sean dignas de especialísima mencion, bajo cualesquier tenor y forma de palabras, y con cualesquiera cláusulas desusadas é irritantes, y aun derogatorias de las derogatorias y otras mas eficaces. A cuyos privilegios todos y cada uno de ellos, y à otros cualesquiera contrarios, los derogamos especial y expresamente por esta vez no mas á efecto de lo arriba dicho, dejándolos por lo demas en su vigor, y aunque para su suficiente derogacion se hubiese de ha-

cer de ellos y su contenido, especial, especifica, expresa é individual mencion, ú otra cualquiera expresion, palabra por palabra, y no por cláusulas generales que importasen lo mismo, ó se hubiese de observar para esto alguna otra exquisita forma, teniendo el tenor de todos y cada uno de ellos por expreso, é inserto en las presentes letras, como si observada la forma puesta en ellos, se expresara ó insertara palabra por palabra, sin omitir cosa alguna.

301. Queremos tambien que á los traslados ó ejemplares de estas mismas presentes letras, aun impresos, firmados por algun notario público, y sellados con el sello de alguna persona constituida en dignidad eclesiástica, se les deba dar en todas partes, asi en juicio, como fuera de él, el mismo entero crédito que se les daria à las presentes letras si fueren exhibidas ó manifestadas. Dado en Roma en Santa María la mayor, bajo el anillo del Pescador, dia 13 de mayo del año de 1723, segundo de nuestro pontificado. = F. Cardenal Oliverio.

DECRETOS

QUE SE RENUEVAN EN LAS ANTECEDENTES LETRAS APOSTÓLICAS DE N. M. S. P. INOCENCIO PAPA VIII, Y ESTAN IMPRESAS EN EL BULARIO ROMANO.

Decreto de Clemente Papa VIII acerca de los órdenes que han de recibir los regulares.

Por mandado de nuestro muy Santo Padre Clemente, por la divina providencia Papa VIII, se manda por el tenor de las presentes á todos, y á cada uno de los superiores de cualesquiera regulares, que observen y hagan observar en adelante todo lo contenido en el decreto de la sagrada congregacion del Concilio Tridentino, cuyo tenor es el siguiente.

La congregacion del Concilio juzgó que los superiores regulares pueden conceder dimisoria á su súbdito, asimismo regular, que estando dotado de las calidades que se requieren, quisiese recibir los órdenes, con tal que las dirijan al obispo diocesano, á saber, de aquel monasterio en cuya comunidad fuese puesto el religioso por aquellos á quienes corresponde; pero si el obispo estuviese ausente ó no hubiese de celebrar órdenes, las podrá dirigir á otro cualquiera obispo, en inteligencia que el obispo que los haya de ordenar los examine de doctrina, y que los

mismos regulares no dilaten de industria la concesion de las dimisorias al tiempo en que el diocesano estuviese ausente, ó no hubiese de celebrar órdenes. Pero cuando se dieren por los superiores regulares las dimisorias estando ausente el obispo diocesano, ó no celebrando órdenes, se especificará en ellas la causa de que está ausente el diocesano, ò que no ha de celebrar órdenes. Los que no lo hicieren asi incurran en la pena de privacion de oficio, dignidad ó administracion, y de voz activa y pasiva, y otras penas reservadas al arbitrio del mismo Papa nuestro Santísimo Padre; y en fe de ello &c. Dado en Roma á 15 de marzo de 1596.

Bula de Inocencio XII sobre las confesiones.

Inocencio Papa XII, para perpetua memoria. = Habiendo sabido, no sin dolor de nuestro corazon, por las quejas que à Nos llegaron de muchos venerables hermanos obispos del reino de Portugal y otros varones de timorata conciencia, que en el referido reino ha revivido, y cada dia va mas en aumento, una opinion condenada y reprobada poco tiempo há por ciertas constituciones de Paulo V, Urbano VIII y Clemente X, Pontífices romanos, nuestros antecesores, de feliz memoria, como tambien por muchos decretos de las congregaciones de cardenales que entonces eran de la santa iglesia romana, intérpretes del Concilio Tridentino, y respectivamente destinados à los negocios y consultas de obispos y regulares, en cuya opinion estribando muchas de aquellas partes, juzgan que los privilegios é indultos concedidos por letras apostólicas, procedidas de la Santa Cruzada, ó como suelen decir de la bula de la Santa Cruzada, se han de entender de tal suerte, que la facultad concedida en las letras ó bula referida á los dichos fieles en Cristo, para confesar sus pecados à cualquiera confesor aprobado por cualquiera ordinario para oir confesiones, tiene lugar, y se juzga tenerle, aun cuando este no fuese el ordinario del lugar en que acaeciere oirse las referidas confesiones; de aqui es que Nos por la obligacion del pastoral oficio que el Señor se ha dignado cometer à nuestra pequeñez, aunque muy desigual en méritos y fuerzas, deseando con la ayuda de Dios ocurrir con paternal amor á los peligros de las almas en cosa de tanta importancia como es la confesion sacramental, y juntamente conformándonos con las constituciones y decretos arriba dichos, por consejo de nuestros venerables hermanos cardenales de la misma san-

ta iglesia romana, que principalmente estan encargados de los negocios y consultas de obispos y regulares, como tambien por el de otros inquisidores generales, especialmente diputados por la Silla apostólica en toda la república cristiana contra la heregía, los cuales examinaron enteramente la opinion arriba dicha, y reflexionaron con madurez todo el asunto, con nuestro consejo, *motu proprio*, cierta ciencia y madura deliberacion de la plenitud de potestad apostólica, ordenamos y declaramos por el tenor de las presentes, que la bula de la Santa Cruzada no ha introducido ningun derecho nuevo, ni contiene privilegio alguno en cuanto à la aprobacion de los confesores contra la forma del mismo Concilio Tridentino, y dichas constituciones apostólicas, de suerte que los confesores asi seculares como regulares, cualesquiera que sean elegidos por los penitentes en fuerza de la referida bula de la Cruzada para oir sus confesiones sacramentales, no puedan de modo alguno oirlas sin aprobacion del ordinario y del obispo diocesano del lugar en que habitan los penitentes y eligen confesores, ó los buscan para confesarse, y que para esto no sirva la aprobacion obtenida una ó muchas veces de los ordinarios de otros distintos lugares ó diócesis, aunque los penitentes hubieren sido súbditos de aquellos ordinarios que aprobaren los confesores elegidos: y que en atencion à esto las confesiones que en adelante se hicieren, ú oyeren de otro modo, y contra la forma de estas presentes letras y otras constituciones apostólicas, fuera del caso de necesidad, y artículo de la muerte, sean nulas, inútiles y de ningun valor, y los confesores por el mismo hecho queden suspensos, y hayan de ser rigurosamente castigados por sus ordinarios locales. Demas de esto por el tenor de las presentes con igual *motu*, ciencia, deliberacion y plenitud de potestad, condenamos y reprobamos cualquiera contraria opinion, como falsa, temeraria, escandalosa y perniciosa en la práctica, sin embargo de cualquier pretendido uso ó costumbre contraria aunque sea antiquísima, y quitamos y abrogamos absoluta y totalmente dicho uso ó costumbre contraria. Y ademas de esto vedamos y prohibimos à todos y à cada uno de los fieles de Cristo, de cualquier estado, grado, condicion y dignidad que sean, aun dignos de especifica é individual mencion y expresion, que de ningun modo se atrevan ni presuman enseñar dicha opinion, defenderla ó ponerla en práctica, bajo la pena de excomunion, que incurrirán los contraventores *ipso facto* sin otra alguna declaracion; y ninguno, á no estar en el artículo de la muerte, pueda ser absuelto de ella por

otro que por Nos, ó por el Pontífice romano que por tiempo fuere. Asimismo mandamos, que las presentes letras, y lo en ellas contenido, en ningun tiempo pueda en manera alguna notarse, impugnarse, quebrantarse, retractarse, ponerse en duda, reducirse à términos de derecho, intentarse ó impetrarse contra ellas el remedio *aperitionis oris et restitutionis in integrum*, ú otro cualquiera de derecho, de hecho ó de gracia, y que ninguno use ó se ayude del impetrado o concedido, aunque sea por dicho *motu*, ciencia y plenitud de potestad en juicio ó fuera de él, aunque sea por el motivo de que los que tienen interes en lo arriba dicho, ó de cualquier modo pretendan tenerlo, de cualquier estado, grado, orden, preeminencia y dignidad que sean, ó por otro lado dignos de específica é individual mencion y expresion no hayan consentido en ellas, ni hayan sido llamados, citados ni oidos para lo que en ellas se contiene, ni se hayan puesto, verificado ni justificado suficientemente las causas por las cuales se hayan dado las presentes, ó por otra cualquiera, aunque sea la mas jurídica y privilegiada causa, color, pretexto ó capítulo, aunque esté comprendido en el cuerpo del derecho, ó por el vicio de lesion enorme, é enormísima y total, ó de subrepcion, obrepcion ó nulidad, ó por el defecto de nuestra intencion, ó del consentimiento de los que tienen interes, ó por otro cualquiera, aunque sea muy grande, sustancial, impensado, no imaginable, ó que pida individual expresion; sino que estas presentes letras existan y hayan de existir siempre firmes, válidas y eficaces, surtan y obtengan sus plenos y enteros efectos, y que se observen inconcusa é inviolable é inconcusamente por aquellos á quienes pertenece ó en cualquier tiempo perteneciese; y que asi y no de otro modo, en todo lo dicho deba juzgarse y definirse por cualesquiera jueces ordinarios y delegados, oidores de las causas del palacio apostólico y cardenales de la santa iglesia romana, aunque sean legados *à latere*, nuncios de la referida Silla y comisarios de dicha Santa Cruzada, ó por cualesquiera otros que gocen ó gozaren de cualquiera preeminencia y potestad, quitando á los dichos y á cada uno de ellos cualquiera facultad y autoridad de poder juzgar, ó interpretar de otro modo: y si lo contrario de lo que aqui se expresa aconteciese intentarse por alguno de cualquier autoridad que sea á sabiendas ó con ignorancia, sea irrito ó de ningun valor. No obstante á lo referido las constituciones y ordenaciones apostólicas, y las generales ó especiales publicadas en los concilios universales, provinciales y sinodales, como tambien otros cualesquiera es-

tatutos y costumbres de cualesquiera órdenes, congregaciones, sociedades é institutos, aunque esten corroborados con juramento, confirmacion apostólica ú otra cualquiera firmeza; y asimismo los privilegios, indultos, letras apostólicas y otros decretos aunque dimanen de igual *motu*, ciencia y plenitud de potestad, ó à instancia de cualesquiera personas, aunque gocen de cualquiera dignidad eclesiástica ó temporal, ó por contemplacion de ellas, ó de otro cualquier modo concedidos en general ó especialmente, aunque sea consistorialmente á las mismas órdenes, congregaciones, sociedades é institutos á sus superiores y personas y otros cualesquiera, bajo cualquier tenor y forma de palabras y con cualesquiera cláusulas, aunque sean derogatorias de las derogatorias, y otras mas eficaces, eficacísimas, desacostumbradas é irritantes, y aunque hayan sido confirmados, aprobados y renovados muchas y repetidas veces. A todos los cuales, y á cada uno de ellos, y á otros cualesquiera contrarios, los derogamos y queremos queden derogados por esta vez no mas, especial y expresamente para efecto de lo arriba dicho, dejándolos por lo demas en su vigor; y aunque para su suficiente derogacion se hubiese de hacer de ellos y su contenido especial, especifica é individual mencion, ú otra cualquiera expresion palabra por palabra, y no por cláusulas generales que importasen ó contuvieren lo mismo, ó se hubiese de observar para esto otra exquisita forma, teniendo el tenor de ellos por plena y suficientemente expreso ó inserto en las presentes letras, como si observada la forma puesta en ellos, se expresara é insertara palabra por palabra sin omitir cosa alguna. Pero para que las presentes letras lleguen mas facilmente á noticia de todos, y ninguno pueda alegar ignorancia de ellas, queremos, y por la autoridad apostólica mandamos se publiquen como es costumbre á las puertas de la Basilica de San Pedro y de la chancillería apostólica, como tambien en Monte Citatorio de la curia general, y en el campo Flora de Roma por nuestros cursores, y que en dichos lugares se fijen ejemplares de ellas, para que asi publicadas obliguen á todos y á cada uno con quienes hablan, como si se les hubiese notificado ó intimado personalmente, y que á los traslados ó ejemplares de estas presentes letras, aunque sean impresos, estando firmados de mano de cualquier notario público, y corroborados con el sello de una persona constituida en dignidad eclesiástica, se les dé enteramente en todas partes, asi en juicio como fuera de él, la misma fe que se daria à las presentes si fuesen exhibidas y manifestadas. Dado en Roma en Santa María

la mayor, bajo el anillo del Pescador, dia 19 de abril del año de 1700, noveno de nuestro pontificado. = J. F. Cardenal Albano.

Decreto de Clemente XI, expedido en 15 de diciembre de 1703, acerca de la celebracion en los oratorios privados.

Algunos obispos y muchos regulares con el pretexto de privilegios juzgan que les son lícitas ciertas cosas que les estan prohibidas. Por lo que mira á los obispos hacen se erija altar aun en diócesi agena, fuera de la casa de su propia habitacion, en la de los seglares, y que alli se sacrifique la vivifica hostia de Cristo por uno ó mas de sus capellanes: y por lo que toca á los capellanes se atreven á celebrar en algunos oratorios privados de señores ú otras personas nobles que por ciertas causas suelen concederse alguna vez por la Silla apostólica, ó mas misas de las concedidas, ó sin la presencia de las personas por cuyo respeto procedió la graciosa concesion, ó fuera de las horas debidas y despues de medio dia, ó hacen en aquellos dias en que se prohibe celebrar por las constituciones diocesanas ó decretos de la santa congregacion del concilio, ó que se exceptúan en los mismos indultos apostólicos para que en ellos no se puedan celebrar, ó no temen usar tambien del altar portatil, en menosprecio de las santas constituciones é irreverencia del santo sacrificio. Por lo cual para desterrar estos abusos, y restaurar la veneracion debida al tremendo misterio, conformándose su Santidad con el unánime consentimiento de los cardenales de la santa iglesia romana, intérpretes del Concilio Tridentino, y á las declaraciones dadas en otro tiempo sobre este mismo asunto; declara expresamente que á los obispos, y mayores prelados que estos, aunque gocen de la dignidad cardenalicia, de ningun modo les es lícito, ni con pretexto de privilegio incluido en el cuerpo del derecho, ni con otro cualquier título, erigir altar fuera de la casa de su propia habitacion en las de los seglares, aun en su propia diócesi, lo cual mas rigorosamente se entiende en la agena, aunque sea con el consentimiento del obispo diocesano, y celebrar en él ó hacer celebrar el santo sacrificio de la misa. E igualmente que no es lícito á los regulares de cualquiera orden, instituto ó congregacion, aun de la de Jesus, ó de cualquiera orden militar, aun la de San Juan de Jerusalen, y á otros cualesquiera sacerdotes, aunque sean obispos, celebrar en los oratorios privados que hayan sido concedidos por la Silla apostólica en los dias

de pascua, pentecostes, natividad de Cristo Señor nuestro y otras fiestas mas solemnes del año, y dias exceptuados en el indulto; pero que en los demas dias no les es licito á los dichos regulares y á cualesquiera sacerdotes, y aun á los obispos, celebrar en los referidos oratorios, en donde se hubiese ya celebrado la única misa que en el indulto se concede; sobre lo cual el que haya de celebrar tendrá obligacion de inquirir diligentemente, é informarse de ello muy bien; y que asimismo en los casos dichos no se pueda celebrar la misa despues de medio dia, encargando y declarando demas de esto, que las personas que en todos los casos dichos hubieren oido cualquiera de estas misas, de ningun modo cumplen con el precepto de la iglesia. En cuanto al altar portatil, conformándose asimismo con las declaraciones arriba dichas, declaró que las licencias ó privilegios concedidos á algunos regulares en el capítulo *In his de privilegiis*, comunicados por algunos Sumos Pontifices á otros regulares para usar de dicho altar portatil, y celebrar en él en los lugares en donde viven sin licencia de los ordinarios, estan revocados enteramente por el mismo Concilio Tridentino, y que por lo tanto se les debe prohibir á los mismos regulares el que usen de ellos, y que se debe mandar segun por el tenor de las presentes manda á los obispos y otros ordinarios de los lugares, que procedan tambien como delegados de la Silla apostólica contra cualesquiera contraventores, aunque sean regulares, por las penas señaladas por el mismo sacrosanto concilio en el dicho decreto, ses. 22. cap. único, hasta las censuras *latæ sententiæ*, dándoles por este decreto la facultad de proceder del mismo modo que si especialmente estuviera concedida por la Santa Sede. Asi lo declara su Santidad, y manda que se guarde &c.

Decreto de Clemente Papa VIII, acerca de las apelaciones é inhibiciones.

Para quitar las dudas y controversias jurisdiccionales que entre la apelacion y jueces de primera instancia se originan, no sin gasto de las partes, impedimento del curso de la justicia y muchas veces con escándalo; la sagrada congregacion destinada para las causas de los obispos, habiendo antes hecho relacion á nuestro santísimo Padre Clemente Papa VIII, y recibido de su Santidad mandato *vivæ vocis*, mandó y manda que en adelante se deba hacer y observar lo que se sigue por todos aquellos á quienes pertenece.

1. Los motropolitanos, arzobispos, primados ó patriarcas no juzguen á sus sufragáneos ni á los súbditos de estos, sino en los casos permitidos por derecho.

2. Demas de esto, ni otros superiores, aun los nuncios ó legados *á latere*, no teniendo mayor facultad especial, no avoquen á sí las causas que esten pendientes en las curias de los ordinarios ú otros jueces inferiores, á no ser que sean llevadas á sus tribunales por via de legítima apelacion, y entonces no puedan cuanto á las demas causas, eximir de las jurisdicciones de los inferiores á los apelantes.

3. Nunca se reciban apelaciones, sin que primero por documentos públicos que realmente se exhiban, conste que la apelacion fue interpuesta y proseguida por persona legítima, en los casos no prohibidos por derecho y dentro de los tiempos debidos, y de sentencia definitiva, ó que tiene fuerza de definitiva, ó de gravamen que no puede repararse por definitiva.

4. Ni puedan los superiores, cuando ante los jueces inferiores está pendiente la causa, antes de la sentencia definitiva ó que tenga fuerza de definitiva, conocer del gravamen causado, aunque afirmen que lo hacen sin perjuicio del curso de las causas: ni les sea lícito para este efecto inhibir ó mandar simplemente que se les remita copia del proceso, aunque sea á expensas del apelante.

5. No se concedan inhibiciones despues de recibida la apelacion, como se ha dicho, sino con insercion del tenor de la sentencia ó decreto definitivo, ó que contenga daño irreparable por la definitiva: al contrario las inhibiciones, procesos y todas las demas cosas que en adelante se siguiesen, sean por el mismo hecho nulas, y sin que incurran en culpa les sea lícito no obedecerlas.

6. Si el que apela afirma que por culpa del notario ó juez *á quo* no puede presentar traslado de la sentencia ó apelacion, no por eso se le ha de recibir la apelacion ni conceder inhibicion alguna; pero solamente podrá mandarse á quienes corresponda, que pagando los justos derechos de los autos se le entregue alguna copia auténtica dentro de un breve y competente término. Pero cuide el juez *á quo*, si verdaderamente se apeló, en caso de apelacion, de no maquinar entre tanto alguna cosa en perjuicio del apelante: y si constare por documento público ó deposicion de testigos que se le deniegan los autos al apelante; entonces pueda el juez de la apelacion añadir al mandato de traer los autos, el que no se intentó en el interin algo contra el apelante.

7. De la ejecucion de los decretos del sagrado Concilio Tridentino ó visita apostólica no se reciban apelaciones por los metropolitanos, ni tampoco si los obispos proceden en virtud del mismo sagrado Concilio como delegados de la Silla apostólica en las mismas causas que no se comprenden bajo su jurisdiccion ordinaria, quedando no obstante ilesa en este caso la autoridad de los legados y nuncios apostólicos.

8. Pero en las causas de visita de los ordinarios, ó de correccion de costumbres, se admitan solamente cuanto al efecto devolutivo, á no ser que trate de daño irreparable por la definitiva, ó cuando el visitador procede judicialmente citada la parte, y con conocimiento de causa, que entonces habrá lugar á la apelacion, aun en cuanto al efecto suspensivo.

9. Cuando se apela de gravamen que no puede repararse por la definitiva, como es escarcelacion injusta, tormento ó conminacion de excomunion, no se admita la apelacion ó conceda inhibicion ú otra provision, sino es vistos los autos, por los cuales aparezca evidentemente el gravamen.

10. Estando la apelacion pendiente, el apelante permanecerá en la carcel donde estaba hasta que el juez á quien se apeló, despues de vistos los autos y reconocida la causa, decrete otra cosa: y entonces si se hubiese apelado del decreto del juez *ad quem*, que tiene fuerza de definitiva, nada podrá mandar ó intentar para la ejecucion de su decreto hasta que por el juez superior se mandase otra cosa.

11. No se le obligue al notario á remitir al juez de la apelacion los autos originales del proceso de primera instancia, á no ser que ocurra alguna probable causa y sospecha de falsedad que se oponga judicialmente, y entonces, finalizada la causa, se han de remitir al ordinario para que se guarden en el archivo.

12. La censura eclesiástica dada contra el apelante, no puede relajarse ó declararse nula por el juez de la apelacion, sino es oidas las partes y conocida la causa: y entonces, si constase que es justa, se remitirá el apelante al juez que le excomulgó, para que segun los sagrados cánones logre de él el beneficio de la absolucion, si humildemente la pidiere y prometiese la debida enmienda. Pero si constase claramente que la causa es injusta, conceda el superior la absolucion, y si fuese dudosa es mas conveniente se le remita el que le excomulgó para que le absuelva dentro de un breve y competente término que se le señale, aunque en este caso puede tambien por derecho hacerlo el superior por sí.

13. La absolucion *ad cautelam* no se ha de conceder sino citada la parte y vistos los autos, cuando se duda de la nulidad de la excomunion impuesta por alguno ó por derecho en caso que ocurra duda del hecho ó probable del derecho; y entonces tan solamente para breve tiempo con reincidencia, y dando caucion el excomulgado de estar á derecho y obedecer á los mandatos de la iglesia: y si se descubriere segun la forma prevenida por el derecho, que alguno por ofensa manifiesta fue excomulgado, estará obligado á dar debida satisfaccion; y si añadiese contumacia manifiesta, satisfará igualmente los gastos, y dará caucion de sujetarse al juicio del que le excomulgó antes que le absuelva *ad cautelam*.

14. No se reciba apelacion de la sentencia definitiva proferida contra el verdadero contumaz, ni se conceda inhibicion ú otra cualquiera provision, cuando el apelante subsistiere en la misma verdadera contumacia. Dado en Roma en la sagrada congregacion, dia 16 de octubre de 1600.

Decreto de Urbano Papa VIII, acerca de la misma materia de apelaciones.

La declaracion de la sagrada congregacion de cardenales y prelados, diputada en otro tiempo por Urbano VIII, de buena memoria, y renovada por nuestro santisimo Papa Inocencio X, sobre las apelaciones é inhibiciones del tribunal del oidor de Cámara y otros tribunales de la curia romana, en perjuicio de los nuncios, obispos y superiores regulares, es del tenor siguiente.

Se dudó si en el tribunal del oidor de la Cámara romana podian concederse amonestaciones ó monitorios con absolucion, aun con reincidencia ó *ad cautelam* á los excomulgados por los obispos y otros ordinarios, que apelasen por causa de ser violada su jurisdiccion, inmunidad ó libertad eclesiástica ó á los que recurren de otro modo á los susodichos tribunales. Lo segundo, si en las causas que se ventilan en los referidos tribunales de la curia romana puede haber recurso á la sagrada congregacion sobre la inmunidad y controversias jurisdiccionales, para la resolucion ó declaracion de si fue ó no violada la jurisdiccion, inmunidad ó libertad eclesiástica, y si hay lugar á reparar dicha violacion, y si en el interin deben los referidos tribunales sobreseer hasta la resolucion ó declaracion de la misma sagrada congregacion observarla y ejecutarla. Y el dia 4 y 11 de agosto de 1626, examinadas maduramente las dudas sobredichas, con asis-

tencia de todos los ilustrísimos señores cardenales y reverendísimos prelados diputados, y ponderadas diligentemente las razones deducidas de una y otra parte; con unánime consentimiento juzgó cuanto á lo primero, que el tribunal del oidor de Cámara, como tambien los demas expresados tribunales, no pueden conceder semejantes absoluciones, aun con reincidencia ó *ad cautelam*. Cuanto á lo segundo, como queda dicho, le pareció que los referidos tribunales deben recurrir, y entre tanto esperar la resolucion ó declaracion, y observarla y ejecutarla enteramente. Y habiendo hecho relacion plenamente al mismo santísimo Padre de dichos decretos, junto con las razones y autoridades, su Santidad en el dia 5 de setiembre de 1626 los aprobó, confirmó y mandó se ejecutasen todos ellos, para cuyo efecto fueron notificados. Y ademas de esto, habiéndose tratado segunda vez de las sobredichas dudas en la congregacion que se tuvo el dia 27 de abril de 1650, sin discrepar ninguno se resolvió que el oidor de Cámara debia, como queda dicho, observar enteramente los decretos publicados, y mandar que sus ministros y oficiales los observasen exactamente.

Circular del Consejo sobre las apelaciones, inhibiciones, comisiones extra curiam, *dispensaciones y otros puntos que en grave perjuicio de la disciplina eclesiástica secular y regular se despachaban por el tribunal de la Nunciatura.*

Con fecha de 26 de noviembre de 1767 comuniqué á V. de orden del Consejo la que se sigue.

1. Al mismo tiempo que se reconocian en el Consejo pleno varias quejas é informes de los muy reverendos arzobispos de acuerdo con sus sufragáneos y de los obispos exentos sobre las apelaciones, inhibiciones, comisiones *extra curiam*, dispensaciones y otros puntos, que en grave perjuicio de la disciplina eclesiástica secular y regular, y contra lo dispuesto por los sagrados cánones se admiten y despachan por el tribunal de la Nunciatura, se presentaron en el Consejo en la forma acostumbrada las facultades, que en su breve de 18 de diciembre de 1766 concedió su Santidad á Don Cesar Alberico Luccini, arzobispo de Nicea, nuncio apostólico nombrado para estos reinos.

2. Basta leer este breve y las facultades que contiene, para reconocer que nada puede ser mas contrario á las intenciones de su Santidad, que los abusos que dan motivo á las bien fundadas quejas de los reverendos arzobispos y obispos de estos reinos;

y que las ofensas que padezcan en los derechos de su jurisdiccion ordinaria, y en el honor que deben prestarles sus súbditos, no necesitan nuevos remedios, sino que se observen y cumplan con exactitud las disposiciones canónicas, y especialmente lo establecido por el concilio de Trento, lo concordado con el nuncio Don Cesar Fachimeti en 8 de octubre de 1640, mandado observar por el Consejo en su auto de 9 del mismo mes y año, y lo prevenido para estos reinos á instancia de obispos muy celosos, con interposicion de los señores Reyes por el Papa Inocencio XIII en su bula *Apostolici ministerii*, confirmada por Benedicto XIII, para que se excusen los abusos que se proponen, y se asegure el orden y gobierno de la disciplina eclesiástica que justamente se desea.

3. Con el objeto de que se guarden estas disposiciones, y en uso de la proteccion debida á la iglesia, ha acordado el Consejo á consulta con su Magestad responder á los muy reverendos arzobispos, reverendos obispos, y demas prelados de estos reinos, asi seculares como regulares.

4. Que el celo del servicio de Dios y buen orden de la disciplina eclesiástica, manifestado en sus informes y representaciones dirigidas al Consejo, han merecido el Real agrado, por ser estos deseos propios de su pastoral oficio, muy conformes con las católicas intenciones de su Magestad, que como especial protector del concilio de Trento y sagrados cánones, no dejará de dispensar á los prelados su soberano amparo y proteccion por medio del Consejo, á quien está encargado estrechamente por las leyes del reino el cuidado de que se observe y cumpla lo dispuesto y ordenado por el mismo concilio.

5. No podrá mantenerse el buen orden de la disciplina eclesiástica, si los súbditos no permanecen sujetos á sus superiores inmediatos, y si estos no tienen expedita y libre su jurisdiccion ordinaria para el conocimiento y determinacion de sus causas en primera instancia, tan recomendada por el concilio de Trento, por el breve de facultades del nuncio y repetidas constituciones pontificias, como ofrecidas observar por el concordato del año de 1737 y el de 1640, obligándose en este la Nunciatura á no perjudicar en manera alguna á los ordinarios en sus primeras instancias, ni á despachar inhibiciones en virtud de cualquiera apelacion, sino de sentencia definitiva ó auto definitivo, ó que tenga fuerza de tal.

6. No obstante se quejan justamente los ordinarios, que en contravencion de tan respetables disposiciones se les impide el

libre conocimiento de la primera instancia, se admiten recursos y apelaciones frívolas, y se extraen las causas y los súbditos de sus jueces ordinarios.

7. Para evitar estos graves perjuicios turbativos del buen orden de la disciplina eclesiástica, ruega y encarga el Consejo á los jueces de apelacion, que observen lo dispuesto por el concilio y concordatos, sin perjudicar en manera alguna las primeras instancias de los ordinarios, quienes deberán defender con celo y constancia su jurisdiccion, dando cuenta al Consejo de las contravenciones é impedimentos por medio del señor fiscal, para que interese su oficio en la proteccion y tuicion de la autoridad de los ordinarios.

8. La facilidad en admitir las apelaciones contra lo dispuesto por derecho, no solo hace interminables los pleitos eclesiásticos, sino que priva á las iglesias de pastores, y á los fieles de su pasto espiritual, deja sin correccion los súbditos, y á las partes que por lo regular tienen mejor derecho, imposibilitadas de poder seguirle.

9. La frecuencia de estos perjuicios obligó á que se repitiesen las disposiciones canónicas para evitarlos; pero su inobservancia deja continuar el desorden y la gravedad de los males, haciendo que las apelaciones introducidas para asegurar la justicia de las causas, se convierta por su abuso en daño y en opresion.

10. No corresponde á la justificacion con que deben distinguirse, y dar ejemplo los jueces eclesiásticos, que se dejen persuadir de la malicia é importunidad de las partes, y tal vez de la facilidad de sus ministros subalternos para otorgar y admitir las apelaciones, que deben negar ó conceder, no como se solicitan, sino como se previene y manda en las disposiciones canónicas.

11. En el capítulo *Romana de apellat. in* 6, está prevenido que las apelaciones se admitan *gradatim;* y el concilio de Trento en el cap. 7. ses. 22. *de reformat.* manda á los nuncios, á los metropolitanos y demas superiores, que observen lo dispuesto en el referido capítulo, cuyo precepto se repitió en el capítulo 25 de la bula *Apostolici ministerii*, expedita para estos reinos, no obstante cualquiera costumbre, privilegio ó uso contrario; y es muy justo que los superiores eclesiásticos, á quienes toca, observen estas disposiciones.

12. Es frecuente el abuso de impedir los efectos de las sentencias, autos y providencias que deben ser ejecutivas; y si bien para ocurrir á estos daños se han dado las mas claras y serias

disposiciones canónicas, cuya observancia se ha capitulado en el concordato con el nuncio Don Cesar Fachineti, subsisten todavía los daños y las quejas de los muy reverendos arzobispos y reverendos obispos.

13. El Papa Benedicto XIV en su bula que comienza: *Ad militantis Ecclesiæ regimen*, expedida en 30 de marzo de 1742, el año segundo de su pontificado, para remediar estos abusos, prohibió estrechamente á los arzobispos, nuncios apostólicos, legados *á latere*, y á los jueces de la curia romana, que pudiesen admitir apelaciones, ni expedir inhibiciones, aunque sean temporales, en todos los negocios y causas que deben ser ejecutivas, principalmente cuando se trata de la observancia del concilio de Trento, en cuya ejecucion proceden los obispos excitada su jerisdiccion ordinaria, ó tambien como delegados de la Silla Apostólica, *appelatione, vel inhibitione quacumque postposita*.

14. Esta bula que especifica varios casos, y prescribe regla general para los de igual naturaleza, es inherente á otras constituciones y disposiciones canónicas que refiere; con cuya observancia y cumplimiento cesarán las quejas y los daños que se experimentan.

15. En las causas que de su naturaleza son apelables en ambos efectos, es justo que se admitan y otorguen las apelaciones; pero es muy perjudicial que no se observen las reglas y preceptos que previenen el modo de admitirlas.

16. El concilio de Trento que en todo está preservado por el breve de facultades de la Nunciatura, las demas constituciones ya citadas y el concordato con el nuncio Don Cesar Fachineti, prohiben que en las causas ordinarias se admita la apelacion que no sea de sentencia definitiva, de auto interlocutorio que contenga fuerza de definitivo, ó contenga gravamen irreparable *per diffinitivam;* y disponer que el apelante lo haga constar por documentos públicos, y asimismo que interpuso y siguió la apelacion dentro de legítimo término por sí, ó por persona autorizada por sus legítimos poderes.

17. Prohiben tambien á los nuncios, legados *á latere* y demas jueces superiores que de otro modo puedan admitir las apelaciones, aunque las partes las introduzcan *sin perjuicio del curso de la causa*, y se allanen á traer la compulsa á sus expensas, como expresamente se previene en la bula de Clemente VIII, expedida para evitar escándalos, dispendio de las partes é impedimento de su justicia, en 26 de octubre del año de 1600, cuya eje-

cucion está recomendada por la bula *Apostolici ministerii.*

18. A vista de estas disposiciones se reconoce cuan digno de reforma es el abuso introducido de pocos tiempos á esta parte en los tribunales de apelacion, que pidiendo los autos originales *ad effectum videndi*, ó *por la via reservada*, ó con otras fórmulas nuevas, impiden contra derecho su curso y continuacion delante de sus legítimos jueces; de modo que radican con estos medios indirectos el conocimiento de artículos nuevos no suscitados, y cuando llega el caso de la devolucion es *data forma*, coartando al inferior el uso libre de su instancia.

19. Estas mismas disposiciones canónicas prohiben *sub pœna nullitatis*, que ni aun despues de admitida la apelacion se concedan inhibiciones sin conocimiento de causa, y que las que se despachen de otro modo puedan resistirse impunemente por los jueces *à quo*.

20. Tambien se introdujo el abuso de conceder inhibiciones temporales, á que ocurrió la bula *Apostolici ministerii*, prohibiéndolas igualmente que las perpetuas, derogando cualquier privilegio, costumbre ó uso en contrario.

21. Por la disposicion del mismo concilio de Trento, bulas y concordato citado, y especialmente por la de Benedicto XIV, que comienza: *Quamvis paternæ vigilantiæ*, expedida el año primero de su pontificado en 26 de agosto de 1741, se prohibe el arbitrio ó abuso de dar comisiones *in partibus* à otros que no sean los jueces sinodales; y caso que estos no existan en algunas diócesis, à aquellos que en su lugar nobrasen los obispos *cum consilio capituli*: en su consecuencia encarga el Consejo á los muy reverendos arzobispos y reverendos obispos, que donde no hubiese estos jueces sinodales, los nombren, y hagan saber al reverendo nuncio de su Santidad, y á la curia romana, teniendo presente la circular del Consejo de 16 de marzo de 1763, sin perjuicio de guardar y observar en las causas criminales lo dispuesto en el cap. 2. ses. 13. *de reformatione*.

22. No puede mantenerse en su vigor la disciplina regular, si los súbditos no estan sujetos à sus superiores regulares, no solo en lo gubernativo y económico, sino tambien en lo judicial y contencioso. Clemente XII, en su bula que comienza: *Alias nos*, expedida en el año cuarto de su pontificado en 7 de diciembre de 1733, adhiriéndose al decreto general expedido de orden del papa Sixto V, por la congregacion de obispos y regulares, en el cual se manda, que los religiosos de cualquiera orden que sean en los casos que les es lícito apelar de sus superiores, no

puedan hacerlo sino *gradatim*, *et ordine servato*; es á saber, del superior local al provincial, y de este al general; ordena que los religiosos de San Agustin observen esta regla, prohibiendo *sub pœna nullitatis*, que se admita recurso ni apelacion alguna fuera de la orden, mientras no esten decididas y determinadas gradualmente las causas por los respectivos jueces superiores regulares, con que estan conformes otras disposiciones canónicas.

23. La observancia y cumplimiento de esta providencia contiene á los súbditos en el debido respeto á sus superiores, evita que vaguen, con deshonor de su hábito, por los tribunales fuera de la orden; y asegura que en lo correccional y perteneciente á disciplina monástica se observe lo dispuesto en el capítulo *Ad nostram, de appellat.*, y lo prevenido en la concordia de Don Cesar Fachineti; y en su cumplimiento encarga el Consejo á los referidos prelados, que en estos asuntos guarden y hagan guardar lo prevenido por las referidas disposiciones, y que *sin perjuicio de los recursos protectivos* que introduzcan las partes, den cuenta al Consejo por mano del señor fiscal de las contravenciones.

24. Otro agravio no menos perjudicial padece la disciplina monástica y sus prelados en las gracias, licencias é indultos que piden los regulares á la Nunciatura, solicitando con importunas preces y molestias diferentes dispensaciones, con que se sustraen de sus prelados, se apartan de su vocacion, y causan deformidad en el orden religioso, no sin nota y escándalo de los fieles. En lo capitulado con Don Cesar Fachineti estan declaradas las dispensaciones que se deben negar en este punto no solo á los regulares, sino tambien á los seculares, y solo se permitieron con causa legítima en algunos casos á instancia de su Magestad ó del Consejo, sobre lo cual deberán estar muy atentos los prelados eclesiásticos, seculares y regulares, para evitar del modo mas honesto que puedan los daños que por ellas recibe el buen orden de la disciplina eclesiástica, poniéndolo en noticia del Consejo por mano del señor fiscal, como está resuelto por su Magestad á consulta de 9 de enero de 1765.

25. Para que los prelados eclesiásticos seculares y regulares se hallen bien informados en respuesta de sus representaciones de las rectas intenciones de su Magestad, dirigidas á que se observen en estos reinos las disposiciones del concilio de Trento, los concordatos, bulas pontificias y demas disposiciones canónicas que prohiben estrechamente los abusos que dan motivo á sus justas quejas, y asimismo de las facultades del nuncio de su Santidad, se les acompaña copia de las últimamente presentadas,

y del *exequatur ó pase* dado á ellas con otra de la concordia con el nuncio Don Cesar Facbineti.

26. Con presencia de todo encarga el Consejo á los referidos prelados, que en continuacion de su celo pastoral observen y hagan observar por su parte las disposiciones del santo concilio, concordatos y constituciones que van insinuadas; procurando que no se turbe el buen orden de la disciplina eclesiástica, no solo en las apelaciones, inhibiciones, comisiones *extra curiam* y dispensaciones, sino en los demas puntos que estan decididos y mandados observar por la autoridad eclesiástica, teniendo tambien presente las leyes y costumbres del reino; de modo que cada obispo y ordinario tenga libres y expeditas sus facultades y jurisdiccion ordinaria en sus súbditos, à cuyo fin no duda el Consejo que los metropolitanos usarán de la moderacion que previenen los sagrados cánones, para no ofender tampoco la autoridad de los sufragáneos, y estos las de los prelados inferiores. Los provinciales y generales de las órdenes establecidas con residencia en estos reinos, mantendrán las de los superiores locales, con cuyo mutuo honor y recíproco decoro de los superiores seculares y regulares serán mas atendidos y respetados de sus súbditos.

27. Ultimamente encarga el Consejo à todos los prelados eclesiásticos seculares y regulares de estos reinos, que cuando procedan á la correccion y castigo de sus súbditos, no olviden el estrecho precepto que les hace el concilio de Trento en el cap. 1.° ses. 13. *de reformatione*, y demas disposiciones canónicas, para exhortarlos y amonestarlos con toda bondad y caridad, procurando evitar con tiempo y prudencia los delitos para no tener el dolor de castigar los reos, excusando que se hagan públicas con deshonor del estado eclesiástico, aquellas manchas y defectos que ofenden la pureza y buen ejemplo del sacerdocio; y cuando se vean en la necesidad de formar proceso y proceder al correspondiente castigo, procuren no apartarse de lo que el mismo concilio les advierte, para que las correcciones y aplicaciones de las penas condignas no vulneren el decoro y estimacion que deben conservar los ministros del santuario.

28. Pero si los súbditos no recibiesen con humildad y resignacion las correcciones de sus superiores, y se empeñasen en evitar las penas y huir de sus juicios por medio de las apelaciones, el mismo concilio y otras disposiciones canónicas previenen que no se defiera á estas frívolas apelaciones, que los reos se mantengan en las cárceles, y que si se presentan à los tribunales su-

periores, se aseguren ante todas cosas sus personas con atencion á su calidad y à la gravedad del delito.

29. Si la apelacion ó presentacion personal se hiciese en el tribunal de la Nunciatura, está concordado con el nuncio Don Cesar Fachineti lo que debe ejecutarse conforme á estas disposiciones canónicas, para que el remedio de la apelacion, instituido en favor de la inocencia, no decline en el detestable abuso de proteger la malicia.

30. Bien reconoció el concilio de Trento y la bula *Apostolici ministerii*, que el medio mas eficaz de conservar la disciplina eclesiástica, y evitar semejantes causas y recursos, consiste en que los prelados asi seculares como regulares no admitan en la milicia eclesiástica sino á aquellos que gobernados de una verdadera vocacion, manifiesten en la inocencia de sus costumbres y en las demas prendas que pide el ministerio eclesiástico, que serán útiles y necesarios al servicio de la iglesia, al buen ejemplo y edificacion de los fieles; por lo cual espera el Consejo que los reverendos obispos y prelados regulares interesarán su integridad y celosa atencion en el importante cumplimiento de estas disposiciones canónicas.

31. Todo lo cual participo á V. de orden del Consejo, como à todos los demas prelados eclesiásticos seculares y regulares de estos reinos para su inteligencia; y de su recibo me dará V. aviso, á fin de ponerlo en la superior noticia del Consejo. Dios guarde á V. muchos años. Madrid 26 de noviembre de 1767.

32. Deseando el Rey nuestro señor que cuanto contiene la antecedente orden se observe puntualmente en todos sus dominios, por ser muy importante á la disciplina eclesiástica y buen orden del estado: ha mandado al Consejo la haga reimprimir, y remitir de nuevo à los prelados eclesiásticos seculares y regulares, y à las chancillerías y audiencias, para que se observe puntualmente, à cuyo fin va inserta; y lo prevengo à V. de orden del Consejo, y de quedar en esta inteligencia, y de su recibo me dará V. aviso para trasladarlo à su noticia. Dios guarde à V. muchos años. Madrid de de 1778. = Don Pedro Escolano de Arrieta.

Historia de la suerte que ha experimentado en estos reinos la retencion de la bula in Cœna Domini.

1. Habiéndose visto en Consejo pleno el recurso introducido por los señores fiscales en 14 de este mes, con motivo de haber-

se divulgado en el reino algunos ejemplares del monitorio ó breve de 30 de enero de este año, que parece haberse fijado en Roma contra el ministerio de Parma, sus regalías y derechos, ha acordado expedir la provision de que acompaño un ejemplar á V. para que por su parte cuide y dé las providencias mas efectivas á su puntual y exacto cumplimiento, sin omitir alguna ni permitir que por los eclesiásticos se propaguen ejemplares impresos ó manuscritos, que turben los ánimos y tranquilidad pública del reino, ó las regalías de este.

2. Como el monitorio citado de 30 de enero se funda principalmente en las censuras anuales, llamadas *in Cœna Domini*, que se hallan suplicadas y reclamadas en los estados católicos en todo cuanto ofenden la soberanía y la jurisdiccion de los tribunales y magistrados Reales; desde que en ellas se añadieron contra su primera formacion las cláusulas que contienen el perjuicio indicado de la potestad civil, se tuvo el mayor cuidado en estos reinos en impedir su publicacion y uso.

3. En su consecuencia à 28 de enero de 1551, de orden del señor Emperador y Rey Don Carlos I, se mandó castigar al impresor que habia intentado imprimir en Zaragoza dicho monitorio *in Cœna Domini*, publicando bando à este fin el virey de Aragon con intervencion de la Real audiencia.

4. En 1552 se reclamó tambien por la de Cataluña, haciendo presente al mismo señor Carlos I la novedad con que en este monitorio *in Cœna Domini* se habian introducido cláusulas opuestas à la regalía y jurisdiccion Real.

5. En 1572 se formalizó suplicacion especifica de orden del señor Felipe II, prohibiendo su admision en el reino, y lo mismo hizo repetir en el pontificado de Gregorio XIII.

6. Con motivo de haberse hecho publicar en la catedral de Calahorra el citado monitorio *in Cœna Domini*, y fijar cedulones en ella contra el reverendo obispo de orden del nuncio de su Santidad, le hizo salir inmediatamente de estos reinos el mismo señor Felipe II.

7. Las cortes del reino experimentando aun la tenacidad de la curia romana en insistir en esta publicacion y turbar los recursos protectivos à los tribunales Reales en consecuencia de dicho monitorio anual *in Cœna Domini*, recurrieron al mismo señor Rey en 1593, y de resultas se publicó la ley 80. tit. 5. lib. 2. de la Recop.

8. Queriendo usar de estas censuras *in Cœna Domini*, el reverendo obispo de Pamplona Don Toribio de Mier contra los

tribunales de Navarra en perjuicio de las regalias, se ventiló esta materia con el mayor pulso y detenido examen; y oido sobre ella, asi al reverendo obispo, como al señor Don José Ledesma, fiscal del Consejo, en una docta alegacion demostró estar suplicado y no admitido en España ni aun en los demas estados católicos dicho proceso ó monitorio *in Cœna Domini*.

9. La resolucion tomada en esta famosa controversia resulta de la cédula despachada por el señor Carlos II à 2 de noviembre de 1694, dirigida al mismo reverendo obispo, en que le previene su Magestad lo siguiente.

10. »Que para defender la jurisdiccion, que entendia tener en el conocimiento de la inmunidad que se disputaba, no era menester pasar à los términos que habia practicado, declarando incursos en la censura de la Cena, que no estaba admitida en sus dominios, los ministros del Consejo de Navarra."

11. El señor Felipe V, à consulta de la Cámara de 17 de mayo de 1745 en nuevas competencias suscitadas en Pamplona, mandó decir en cédula de 14 de noviembre del mismo año al reverendo obispo, que á la sazon era, cuasi en iguales términos:

12. »Que en adelante tuviese la debida atencion en que su provisor no se sirviese para fulminar censuras de bulas suplicadas, reclamadas y no admitidas para extender su jurisdiccion contra la comun inteligencia que se les da segun la práctica y costumbre de estos reinos; y ser à su Magestad reparable que se olvidase la Real cédula que se expidió en 2 de noviembre de 1694 dirigida à su antecesor Don Toribio de Mier, en que se le previno expresamente à consulta del Consejo que la bula de la Cena no estaba admitida en estos reinos."

13. En otra resolucion à consulta del Consejo de 27 de enero de 1746, con ocasion de la competencia del provisor de Huesca con la Real audiencia de Aragon, se sirvió el mismo señor Rey resolver en esta forma: »Como parece: pero previniendo al provisor Don José Segoviano de Obregon, será de mi desagrado que se propase con la ligereza que ha manifestado en el caso presente, à fulminar censuras contra mis ministros en el ejercicio de las funciones de su ministerio con pretexto de la bula de la Cena, que no está admitida en mis dominios." Cuya resolucion se publicó en Consejo pleno à 26 de abril del propio año.

14. Habiendo la signatura de justicia intentado circunscribir un auto de fuerza de la Real audiencia de Galicia en cierto pleito sobre la abadía de Villavieja, fundada en los mismos principios del monitorio *in Cœna Domini*, con noticia que tuvo el Conse-

jo pleno hizo consulta à su Magestad en 12 de enero de 1751, proponiendo entre otras cosas se pasasen oficios con su Santidad para que se tildase y borrase en los registros de aquel tribunal pontificio una determinacion tan ofensiva de las regalías de esta corona; y conformándose con el parecer del Consejo el señor Fernando VI, de augusta memoria, dió las órdenes mas eficaces à sus ministros para reparar este agravio; y con efecto el gran Papa Benedicto XIV anuló y dejó sin efecto dicho decreto de la signatura en desagravio de la regalía y uso de alzar las fuerzas; reconocido por el cardenal Alejandrino, especial legado de San Pio V.

15. Con este motivo à consulta del Consejo se previno por punto general à todos los arzobispos, obispos y demas delegados de España, »que mientras se traten los recursos de fuerza ó retencion de los tribunales Reales, no admitan bulas ó rescriptos algunos que impidan, embaracen ó revoquen sus resoluciones; si que los remitan al Consejo ó tribunales donde se tratare de ellos, so pena de incurrir en el desagrado de su Magestad."

16. Al mismo tiempo se sirvió el señor Don Fernando VI añadir en su resolucion la prevencion siguiente.

17. »Y asimismo me informará el Consejo si convendrá se ponga en práctica en estos reinos lo que se observa en el Consejo de Indias con las bulas, breves ó rescriptos expedidos para aquellos dominios; y espero de su celosa actividad continúe en contener los abusos que en estos asuntos se ofrezcan, y en proponerme lo que considerare puede conducir para su remedio."

18. Intentó la Rota en otro pleito de retencion de Mallorca, circunscribir las determinaciones de los tribunales Reales de España en punto de retenciones; y el Consejo pleno consultó à su Magestad reinante en 9 de agosto de 1764 iguales oficios pidiendo satisfaccion de este agravio, con lo cual se conformó el Rey, para conservar ilesas sus soberanas regalías.

19. En el año de 1766 Lorenzo Guerra, vecino de Fuensalida, quiso libertarse del alojamiento de dos voluntarios con pretexto de que habitaba en su casa su sobrino Don Ventura Guerra, presbítero, habiendo el párroco tenido osadía de declarar al alcalde incurso en las censuras *in Cœna Domini*, y justificado el hecho por el alcalde mayor de Toledo, visto en el Consejo, por auto de 11 de agosto del mismo año, se pasó acordada en 18 al muy reverendo cardenal arzobispo de Toledo, à fin de que celase de que no se use de las censuras *in Cœna Domini*, dando para ello las órdenes necesarias, y avisando al Consejo como

lo hizo en 15 de diciembre, expresando que luego que recibió el oficio del Consejo puso en ejecucion cuanto resolvió á instancia de uno de los alcaldes de Fuensalida; y añade lo siguiente.

20. »Y aun antes tenia practicada igual diligencia luego que à representacion de los mismos entendí el suceso, reprendiendo seriamente al cura el exceso de haber declarado à uno de los alcaldes incurso en las censuras de la bula *in Cœna Domini*, de las cuales de ningun modo se acostumbra usar en este arzobispado."

21. Un testimonio tan autorizado basta para satisfacer à los que por falta de instruccion no han discernido en esta materia, y ese es el general dictamen de los prelados de estos reinos.

22. Todos estos antecedentes omitiendo otros muchos; la constante tradicion de los jurisconsultos del reino, y la práctica de los tribunales superiores de él; demuestran que en España no tienen fuerza alguna las censuras de dicho monitorio *in Cœna Domini*, en cuanto perjudican la autoridad independiente de los Soberanos en lo temporal é impiden las funciones de sus magistrados, facilitan las pretensiones de la curia romana, y turban, la tranquilidad de los estados, à que tanto conduce la armonía del imperio y sacerdocio.

23. Y aunque el Consejo no duda que la instruccion de V. y celo al servicio del Rey, tendrá presentes estos sólidos hechos en asunto tan grave, sin embargo de su orden lo participo á V. à fin de que se arregle à las Reales resoluciones que van citadas, sin permitir por manera alguna que en esta diócesis ó provincia se publiquen ni aleguen semejantes monitorios anuales *in Cœna Domini*, debiéndoles considerar como retenidos y sin uso en cuanto ofendan la regalía; pues el Consejo no podria mirar con indiferencia cualquiera infraccion de tan soberanas y reiteradas determinaciones.

24. De quedar V. en esta inteligencia, para que le sirva de gobierno y direccion en los casos ocurrentes, me dará aviso para hacerlo presente al Consejo.

Dios guarde à V. muchos años, como deseo. Madrid 16 de marzo de 1768.

TRATADO SEGUNDO.

DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS Á LA REAL PERSONA (*).

CAPITULO PRIMERO.

De la naturaleza de estos recursos; personas que pueden intentarlos; causas justas para concederlos, y valor ó entidad del negocio para que sean admisibles.

§. 1. Definicion de estos recursos extraordinarios.

2. ¿En que se diferencian de los recursos de fuerza?

3. El recurso extraordinario no tiene lugar contra las sentencias puramente interlocutorias, sino solo contra las definitivas, ó las interlocutorias con fuerza de tales.

4. Es de tal eficacia el recurso extraordinario, que los jueces de él han de decidir el asunto como se hace por el remedio de la apelacion, sin entrometerse á examinar y juzgar de la justicia é injusticia de la gracia.

5. El beneficio de este recurso no se refunde solo en el que le intenta, sino que tambien trasciende á sus colitigantes.

6. Estos recursos, á diferencia de los ordinarios, no tienen tiempo prefijado para introducirse.

7. De las personas que pueden introducir estos recursos. En primer lugar los agraviados en el pleito.

8 y 9. Resuélvese la duda siguiente. ¿Si el tercero que no litigó en la causa ejecutoriada, de la cual experimenta un perjuicio irretractable, podrá acudir al Soberano en solicitud de su revision extraordinaria?

10. Estos recursos pueden intentarse no solo por las mismas partes en persona, sino tambien por medio de procurador que tenga poder especial para ello.

11. Los fiscales del Rey, ya en defensa del Real Patrimonio, ya en uso de la vindicta pública, pueden intentar estos recursos.

* He extractado del tomo quinto de la Práctica universal del señor Elizondo la doctrina de este tratado, dándola el orden y precision de que carecia, y corrigiendo ademas el lenguage; pues si bien aquel autor es muy apreciable por el fondo de sus conocimientos, no hay quien ignore cuan desagradable es la lectura de su obra por la falta de orden, repeticion de ideas é incorreccion de estilo.

12. De las personas á quienes por lo comun se deniega esta gracia. 1.° El verdadero rebelde en una causa que abandona, ó porque deja de comparecer en el juicio desde su principio, ó porque si se personó en algun tiempo, la abandonó despues. Limitacion de esta regla.

13. Tambien parece que debe denegarse este recurso á todas aquellas personas que habiéndole antes implorado, se les denegó, á menos que el Soberano por una gracia especialísima, y mediante una justa y grave causa, mande otra cosa.

14. Los que en virtud del recurso extraordinario obtuvieron una vez el decreto de revision de las causas ya ejecutoriadas, no pueden aspirar á otro segundo.

15. Tres limitaciones de la regla anterior.

16. Causas justas para conceder la gracia del recurso extraordinario; á saber, la opresion, la fuerza, la injusticia notoria ú otros motivos semejantes.

17. Entre las injusticias no hay otra mayor que la que procede de nulidad de proceso, la cual basta por sí sola para la revision extraordinaria.

18. Otra causa justa en que se apoya el recurso extraordinario de la diversidad ó variedad de votos en las resoluciones.

19. Tambien es justa causa para acceder el Rey á las revisiones extraordinarias de pleitos ejecutoriados, la del caso en que implorada por un menor la restitucion, le fuese denegada en la instancia la súplica.

20. Supuesta la causa justa, el Rey, ó bien avoca á sí el proceso para informarse por sí mismo del mérito de los autos; ó manda su Magestad que le informen aquellos, oyendo antes de expedir la Real gracia su dictamen.

21. En nuestra legislacion no se halla cuota establecida para que puedan tener ó no lugar los recursos extraordinarios al Soberano, y asi es que esto se regula al arbitrio de su Magestad, teniendo en consideracion asi el bien público como las circunstancias de las personas, y del caso que es objeto de la contienda.

22. En algunos juicios sucede que son de menor cuantía respecto á la cantidad ó cosa que pretende el actor, al paso que el reo por su parte reconviene á aquel sobre bienes ó cantidad de consideracion; de modo que por esta regla, se tienen en consideracion para dispensar su Magestad los recursos extraordinarios la cantidad y valor de ambas demandas.

23. Para la concesion de un recur-

so extraordinario no se ha de atender solo al valor que tiene la cosa al tiempo de introducirse la accion, sino tambien al que puede sobrevenir cuando se pronuncie la sentencia.

1. Llámase recurso extraordinario cualquiera instancia que hacen los vasallos al Rey para la revision ó reforma de una sentencia, ó por el mismo Soberano avocando á sí la causa, ó por el tribunal, junta ó ministro que tenga á bien su Magestad nombrar, ó por los mismos superiores magistrados de quienes dimana la decision, contra la cual, por la alta dignidad del tribunal de donde procede, ó sea ministro delegado inmediato de la Real Persona que la pronuncia á consulta con su Magestad (cuya cualidad la hace egecutiva è invariable), no tienen lugar los recursos que designan las leyes; y son gradualmente en sus casos los de *apelacion*, *nulidad*, *primera y segunda suplicacion*, *é injusticia notoria*; pues si bien estos recursos se reputan extraordinarios, y se introdujeron en defecto de los comunes, es hoy ordinario su remedio, por concederse indistintamente á todos en virtud de disposiciones legislativas.

2. Este recurso que se hace al Soberano por *injusticia*, es muy diverso del recurso de fuerza que expliqué en el tratado anterior. El primero se funda en el daño que causa un hombre á otro, al paso que la fuerza tiene su fundamento en la opresion que hace el mismo juez. El recurso por injusticia dimana del poderío supremo de jurisdiccion de que usa el Rey con justa y grave causa oyendo antes regularmente el informe, ó del tribunal contra quien se da la queja, ó de algun ministro de confianza de su Magestad, ó sin este requisito; mandando unas veces que se vuelva á ver la causa, cuya ejecucion no debe entonces suspenderse, y otras que se sobresea en ella hasta que su Magestad resuelva otra cosa, acompañando á la consulta los votos particulares que hiciesen los ministros, para tomar el Rey la instruccion necesaria de todo, y las respuestas fiscales que deben insertarse á la letra y no en resumen. El recurso de fuerza estriba en la potestad política y económica de los Príncipes, y nada tiene de contencioso, como se dijo en el capítulo primero del tratado anterior, juzgándose siempre por los mismos autos sin formarse otros de nuevo, aun á pretexto de mejor proveer, ni admitirse mas documentos que los que tuvo á la vista la curia eclesiástica para decidir el asunto. Por lo que hace á

esta parte se observa la misma práctica en los recursos extraordinarios à su Magestad por injusticia; esto es, se vuelve à ver el proceso, examinándose por los mismos jueces ò por otros que el Rey tenga à bien nombrar, si la sentencia pronunciada es justa, segun los méritos del proceso, y no por otras distintas alegaciones ò pruebas de las partes, à no ser que el Rey mande abrir de nuevo el juicio, en cuyo caso queda à los interesados expedito el derecho de alegar y probar lo que no hubieren ejecutado sobre los extremos à que se ciñó su queja, para impedir ò enmendar el daño que causaron las sentencias en las personas ò bienes condenados por ellas (1).

3. El recurso extraordinario al Rey no tiene lugar contra las sentencias puramente interlocutorias, por cuanto puede repararse el perjuicio de estas por otros remedios comunes y ordinarios de derecho; y de consiguiente es admisible solo en las sentencias definitivas ò en las interlocutorias con fuerza de definitivas, ò que contienen un gravamen irreparable. En cuanto á esto hay una notable diferencia entre el recurso extraordinario à la Real Persona, y el remedio de la segunda suplicacion; pues este no se admite, ni aun con la fianza de las mil y quinientas doblas, de las sentencias interlocutorias, aun cuando paren perjuicio al asunto principal; y asi es que solo puede repararse el daño de ellas por medio del recurso extraordinario al Rey.

4. Es de tal eficacia el recurso extraordinario al Rey, dispensado por su soberanía, que los jueces de él han de decidir el asunto, como lo hacen por el remedio de apelacion de las sentencias de los inferiores, sin entrometerse à examinar y juzgar de la justicia ò injusticia de la concesion de la gracia, ni tener el menor respeto à aquello que fue juzgado antes de obtenerse; pues que el proceso se reduce entonces al estado de su contestacion, sin que varie la personalidad de los litigantes, quienes volverán à ser actores ò reos en los mismos términos que lo fueron en las instancias precedentes (2).

5. El beneficio de este recurso extraordinario no se refunde solo en el que le intenta, sino que tambien trasciende à sus colitigantes, y pueden aprovecharse de él por la razon indicada en el párrafo anterior de reducirse el pleito al estado de su contestacion en fuerza de la Real gracia (3).

6. Estos recursos, à diferencia de los ordinarios, no tienen

1 Pereira *de revisionib.* cap. 15 y 83. Antunez *de donation.* lib. 2. cap 21. num. 9 y 10.

2 Antunez *de donation.* lib. 2. cap. 8.

3 Giurb. decis. 30. Pereira cap. 87.

tiempo determinado para introducirlos; ni por el silencio de los interesados en las sentencias puede decirse contra estos que accedieron à las mismas, y consintieron en algun acto positivo de lo juzgado; quedando por lo mismo expedito su derecho para reclamarle, mediante una gracia especial ò especialísima del Soberano para su revision extraordinaria.

7. Tratando ahora de las personas que pueden introducir estos recursos extraordinarios, conviene saber que habiéndose establecido en la ley de Segovia (1) que solo puedan implorar el recurso de la segunda suplicacion los agraviados en el pleito; por el mismo principio parece que solo puedan intentar el recurso extraordinario á la Real Persona los que hubieren litigado en el pleito, y se creen notoriamente agraviados; ya sean actores que hubieren vencido, ó reos que fueren condenados. Asimismo podrán introducirle los herederos de aquellos litigantes que fueron partes en los autos y condenados por sentencia, aunque fuese de tres conformes, como tambien sus testamentarios, no dejando sucesor (2).

8. Ocurre ahora una duda, á saber, ¿si el tercero que no litigó en la causa ejecutoriada, de la cual experimenta un perjuicio irreparable, podrá acudir al Soberano en solicitud de su revision extraordinaria? Para inteligencia de esta cuestion, es necesario distinguir dos especies de terceros opositores; unos que voluntariamente se presentan á la causa movida entre otros, bien llamados ó bien sin citacion, pero comprendidos en la sentencia condenatoria; y aquellos que ni comparecieron en el proceso, ni para sustanciarse se verificó su citacion, pero alegan un perjuicio considerable en la sentencia, no debiendo oirse á los primeros en los juicios de suplicacion ordinaria, sin satisfacer ante todas cosas lo mandado por las sentencias, al paso que se concede audiencia á los segundos, por no ser acomodable la ejecucion de lo determinado contra aquellos que ni fueron parte en el pleito, ni se ven condenados por la sentencia; de modo que estos tienen expedito su derecho para alegar y probar lo que no hicieron en la instancia sobre que producen sus derechos (3). De estos principios infieren algunos que como á virtud de la revision extraordinaria no se admite al que la impetra á alegar ò probar hecho no alegado ni aprobado en el proceso; de-

1 Ley 1. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.
2 Velasc. Consult. 68, desde el num. 1.
3 Valenz cons. 39. num. 53.

be denegarse al tercero aquel recurso, como contrario en sus efectos á los medios porque fue establecido.

9. Sin embargo de lo dicho, si se considera que está en arbitrio del Soberano mandar abrir el juicio ya ejecutoriado y dispensar á las partes su audiencia plena segun se ha practicado varias veces, y se verá en el capítulo tercero: parece indudable con mayor razon que su Magestad pueda dispensar al tercero, que ni litigó ni fue llamado, la revision extraordinaria; y siendo menor, el beneficio de la restitucion que implore; aun cuando en el recurso de segunda suplicacion no se reciban probanzas, escrituras, dilaciones ó pedimentos por via de restitucion (1).

10. Ninguna ley de España previene que estos recursos extraordinarios hayan de intentarse por las mismas partes en persona, bastando solo que se soliciten y entablen á nombre de estas por sus procuradores, teniendo para ello un *poder especial*, el cual es tambien indispensable para los recursos de segunda suplicacion (2).

11. Los fiscales del Rey, asi como pueden suplicar segunda vez dando fianzas de mil doblas, segun se dijo en el tomo 4.° de esta obra, capítulo 29, párrafo 4.° pueden tambien en defensa del Real Patrimonio, ò usando del derecho de vindicta, intentar el recurso extraordinario á la Real Persona, ò para que se vean sus pleitos ò causas con dos salas, y asistencia del señor presidente del Consejo y tribunales superiores de las provincias, ò bien para que se abra el juicio ya ejecutoriado en que consideren haber padecido perjuicio el derecho del fisco ó de la causa pública, oyéndoseles de nuevo sus alegaciones, defensas y pruebas, á consecuencia de la obligacion que tienen los fiscales de oponerse á cualquiera infraccion de las leyes, con cargo de responsabilidad en todos aquellos casos en que vean ofendidas las regalías de su Magestad, ò perjudicados sus derechos.

12. Expresadas ya las personas á quienes es permitido intentar los recursos extraordinarios, especificaré otras á quienes por lo comun se deniega esta gracia, y son: 1.° el verdadero rebelde en una causa que abandona, ò porque deja de comparecer en el juicio desde su principio cuando fue citado hasta el tiempo de la sentencia, ò porque si se personó en algun tiempo la

1 Ley 7. tit. 22 lib. 11. Nov. Rec.

2 Maldonado de la segunda suplicacion. tit. 5. quæst. 1. num. 25.

desamparó despues. Este asi constituido en la clase de rebelde, ni puede apelar ni suplicar de aquellas sentencias á que él mismo accedió con su inaccion y contumacia, pudiendo decirse de él que renunció el auxilio de las leyes. Sinembargo de lo dicho, como la gracia de los Soberanos en los recursos extraordinarios sea un beneficio especial que no pende de la disposicion del derecho, sino de pura liberalidad de los Príncipes, acostumbran estos dispensar aquel aun al verdadero contumáz en los casos donde previo el informe correspondiente se advierta justa la reclamacion del interesado, sin que este tenga arbitrio para acudir á la Real Persona en solicitud de una revision extraordinaria, cuando expresa y formalmente se separe del proceso en cualquiera de sus instancias; pues el consentimiento prestado á la resolucion judicial por su aquiescencia es una renuncia absoluta de cuantos derechos pudieran corresponderle; á menos que el renunciante fuese menor é implorase el beneficio de la restitucion; por cuyo medio como se reponen las cosas al ser y estado que tenian antes de la lesion, daño ó perjuicio, recuperando todos sus antiguos derechos, dispensan los Príncipes á la menor edad la gracia de la revision extraordinaria de una causa sobre que prestaron las partes su consentimiento, asi como la disposicion general de derecho facilita entonces á los menores los remedios ordinarios de apelacion ó súplica, sin poder arguírseles con la desercion.

13. 2.° Tambien debe denegarse, en nuestro concepto, el recurso extraordinario á todas aquellas personas que habiéndole antes implorado se les denegó, pues conviene á la causa pública tengan fin los pleitos, y se aquieten las partes con las resoluciones de justicia, sin dar lugar con sus ruegos importunos á procedimientos infinitos (1); á no ser que el Príncipe instruido de todo, y usando de la plenitud de su potestad, mande otra cosa por una gracia especialísima, y mediante alguna justa y grave causa; pues en los Reyes reside la suprema autoridad de dar nueva forma á los juicios y sus recursos (2).

14. 3.° Los que obtuvieron una vez en virtud de su recurso extraordinario el decreto de revision de las causas ya ejecutoriadas, no pueden aspirar á otro segundo, si fijamos la consideracion en la legislacion del reino, por la cual hallamos dispuesto (3): »Que si el Emperador ó Rey diese juicio, no puede algu-

1 Valasc. consul. 51. num. 49.
2 Id. consult. 191. num. 3.
3 Ley 17. tit. 23. Part. 3.

no alzarse de él et esto es por dos razones; la una porque ellos non han mayorales sobre si cuanto es en las cosas temporales; la segunda porque ellos son amadores de justicia et de verdad et han siempre consigo sabidores de derecho en su corte, porque todo home debe sospechar que sus juicios son derechureros et complidos."

15. Los escritores prácticos nacionales ponen dos limitaciones á la regla anterior; la una se reduce á que la revision extraordinaria reiterada solo podrá negarse al litigante que la impetró, pero de modo alguno á su litisconsorte, respecto del cual es primera la segunda revision (1); y la otra es que en la sentencia de esta segunda revision se decide algo de nuevo no juzgado ó comprendido expresa ó tácitamente en la sentencia revistada (2); á que puede añadirse otra tercera limitacion, y es cuando el Rey por justa y grave causa de que fue informado antes de la primera revision, decreta la segunda, cuya resolucion pende de solo su soberano arbitrio si atendemos á las siguientes palabras de una ley de Partida (3): » Pero bien puede pedir merced al Rey, que vea si alguna cosa ha de enderezar, ó de mejorar en aquello que juzgó, è que faga hi aquello que toviere por bien è por derecho, et el Emperador, ó el Rey puédenle caber tal ruego, si le quisiere facer merced."

16. Nuestros escritores señalan por causas justas de los recursos extraordinarios, la opresion, fuerza, injusticia notoria ú otros motivos semejantes que hubiesen intervenido en las sentencias, no pudiendo llamarse notoriamente injusta aquella sentencia que recae sobre asunto de alguna manera dudoso, ya sobre el hecho, ya sobre el derecho, por la diversidad que tienen los hombres en su modo de ver y de pensar.

17. Entre las injusticias no hay otra mayor que la que procede de nulidad del proceso, la cual basta por sí sola para la revision extraordinaria, como que este vicio ni se subsana con el tiempo, ni puede decirse civilmente juzgada una causa que fue defectuosa desde su principio.

18. Otra causa justa en que se apoya el recurso extraordinario es la diversidad ó variedad de votos en las resoluciones; pues si bien esta acredita no ser evidente y notoriamente injusta la sentencia, ofrece por sí misma una duda racional y prudente acerca de lo decidido; de modo que en nuestro dicta-

1 Salgad. *de reg.* part. 4. cap. 3. num. 213.

2 Vela disert. 35. num. 52.

3 Ley 17. tit. 23. Part. 3.

men basta la discordia de los ministros en las sentencias de vista ó revista ordinarias, para que el Rey dispense en las estraordinarias de gracia, como se ha practicado varias veces (1).

19. Tambien es justa causa para acceder el Rey á las revisiones estraordinarias de pleitos ejecutoriados (2) la del caso en que implorada por un menor la restitucion, le fuese denegada en la instancia de súplica (3); con cuyo motivo es de observar la diferencia que hay entre uno y otro remedio. Ambos convienen en que conspiran contra la sentencia injusta, ó por pura gracia del Soberano, ó por disposicion de la ley, dispensándose una sola vez (4); y se diferencian en que la restitucion puede pedirse á cualquiera justicia competente, y suspende la ejecucion de la sentencia; al paso que la revision estraordinaria se halla reservada á solos los Príncipes que no reconocen superior, y por lo mismo no produce el efecto suspensivo de la cosa juzgada (5). Estos dos remedios de restitucion y revision, aunque extraordinarios, pueden concurrir á un mismo tiempo sin que el uno haga cesar el otro, antes por el contrario la persona á quien competen uno y otro puede intentar el que le sea mas útil, segun lo exijan el tiempo y las circunstancias del caso (6).

20. Supuesta ya la justa causa para conceder el recurso extraordinario, el Rey, o bien avoca á sí el proceso del tribunal, junta ó ministro donde se halla radicado para informarse por sí mismo del motivo de los autos, de lo que ha habido varios ejemplares; ó manda su Magestad que le informen aquellos, oyendo antes de expedir la Real gracia su dictamen.

21. En la legislacion de España no hallamos cuota establecida para que puedan tener ó no lugar los recursos extraordinarios al Soberano, y asi es que esto se regula al arbitrio del Príncipe, teniendo en consideracion asi el bien público como las circunstancias de las personas y del caso que es objeto de la contienda; pues á veces lo que es de poca importancia para un magnate ó poderoso, suele ser del mayor interes y trascendencia para uno de inferior esfera.

22. Sucede en algunos juicios que son de menor cuantia respecto á la cantidad ó cosa que pretende el actor; al paso que el reo por su parte reconviene á aquel sobre bienes, derechos, acciones ó cantidad de consideracion; cuyas circunstancias ocasio-

1 Surd. cons. 505. núm. 74.
2 De este punto se trata en el capítulo siguiente.
3 Sforc. *de restit.* part. 1 quæst. 16. art. 2. núm. 13.
4 Giurb. decis. 66.
5 Fontanel. decis. 114.
6 Menoch. consil. 433 y 505.

nan que bajo una sentencia se decidan las dos instancias respectivas de uno y otro, aunque en la realidad la accion y reconvencion sean dos libelos y solicitudes diversas; de modo que por esta regla se tienen en consideracion, para dispensar los Príncipes los recursos estraordinarios, la cantidad y valor de ambas demandas, supliendo entonces una lo que falta à otra para que tengan lugar las revisiones (1).

23. Por este propio concepto no debe atenderse para la dispensacion del recurso extraordinario al valor que tiene la cosa al tiempo de introducirse la accion, y si al que pueda sobrevenir cuando se pronuncie la sentencia y se trate de su ejecucion (2); debiendo no perderse de vista, que toda causa de libertad, jurisdiccion, difamacion y otras de esta especie, aunque parezcan en algunos casos de poco momento, se consideran siempre graves y dignas de la mayor atencion para accederse en ellas à las revisiones extraordinarias, que siempre y por regla general se dispensan á los interesados con cualquier duda que ocurra, asi sobre la menor cuantía, como con respecto á la justicia ó injusticia de las sentencias que se reclaman.

1 Cabedo part. 1. decis. 2. num. 5. 2 Giurb. en el lugar citado.

CAPITULO SEGUNDO.

Trámites que se observan en estos recursos extraordinarios hasta su decision, y formulario que se usa para entablarlos.

§. 1. Notificada á los interesados la gracia de la revision extraordinaria, se forma entre ellos un verdadero juicio, cuyos efectos son trascendentales á todos los colitigantes.

2. Las revisiones extraordinarias han de verse y sentenciarse por los mismos autos sobre que se interpusieron, aun en el caso de que unas y otras partes se allanen expresamente á que en la revision se oigan nuevas alegaciones y pruebas.

3. La probibicion de alegar nuevas pruebas no impide que el tribunal donde haya de decidirse el asunto, acuerde para mejor proveer que se pongan algunos instrumentos con los autos, se acumulen á estos otros, ó se verifique alguna vista ocular en los casos que por derecho proceda.

4. Se admitirán sin embargo de lo dicho nuevas pruebas, si el Rey con conocimiento de causa tiene á bien mandar que se abra de nuevo el juicio ejecutoriado.

5. Se resuelve la duda siguiente. ¿Si el que impetra el decreto de revision podrá separarse despues del juicio que se entabla en virtud de ella, contra la voluntad de los demas interesados?

6. Si despues de obtenido el decreto de revision extraordinaria, é intimado á las partes, falleciere el que le impetró, su heredero ó el que intenta subrogarse en su lugar debe probar sumariamente dos cosas: 1ª la muerte del que obtuvo la gracia: 2ª la sucesion en los derechos de este.

7 hasta el 10. Cuando en el juicio de revision se confirman las sentencias anteriores, suele hacerse con condenacion de costas: si al contrario se corrigen ó enmiendan, ocurre la duda cuando hay restitucion de frutos, ¿desde que tiempo deba hacerse esta? Resuélvese esta cuestion en que hay diversidad de opiniones, y se refiere la práctica del Consejo.

11. La sentencia dada en las revisiones extraordinarias, ó se consulta con su Magestad esperando su soberana aprobacion para ejecutarse, si asi lo prescribe la Real orden, ó se procede á la ejecucion en los mismos términos que cualquie-

ra otra sentencia en las instancias ordinarias de apelacion y súplica.

12 y 13. Resuélvese la cuestion siguiente. Si el que obtiene en el juicio de revision, ¿tendrá accion ejecutiva contra el tercero poseedor de la cosa enagenada pendiente dicho juicio?

14. Por regla general jamas se extienden estas dispensaciones ó gracias de los Soberanos para las revisiones extraordinarias, á suspender los efectos de la cosa juzgada.

15. En la legislacion del reino no se halla prescrito término alguno, dentro del cual hayan de finalizarse los procesos de revisiones extraordinarias.

Formulario para entablar el recurso extraordinario.

Apéndice á este capitulo.

1. Hecha saber à los interesados la gracia de la revision extraordinaria, se forma entre ellos un verdadero juicio, en que el juez ó jueces nombrados para la decision ejercen una jurisdiccion decisiva entre las partes, aunque el juicio sea extraordinario; pues esta cualidad ni le priva del caracter de contencioso (1), ni deja de constituir una formal instancia para que los bienes y derechos controvertidos puedan preservarse de la cualidad responsable de litigiosos, desde el momento mismo que á consecuencia del Real decreto de revision extraordinaria se hizo este saber à las partes, por obrar entonces los efectos mismos que la apelacion ó súplica ordinarias, en cuanto à reducir la causa al estado que tenia cuando se verificó en ella su contestacion (2). Los efectos de este juicio son trascendentales à todos los colitigantes por la misma regla de derecho que hace extensiva la restitucion concedida al menor para prueba à todos aquellos que con él disputan la causa (3), y por el principio inconcuso en la materia de apelaciones y suplicaciones ordinarias, con las cuales guardan cierta especie de afinidad las revisiones extraordinarias, se hacen comunes aquellos recursos, y aprovechan al colitigante que no hubiese apelado para poder en su favor obtener sentencia ó lograr la ampliacion de la obtenida (4).

2. Estas revisiones extraordinarias han de verse y sentenciarse por los mismos autos sobre que se interpusieron, sin añadir cosa alguna de hecho ó derecho à ellos (5): de modo que ni aun à los menores y demas privilegiados de restitucion compete su

1 Pereira *de revis.* cap 37. num 37.
2 Figueroa *de jure adhersnd.* cap. 54. num 37.
3 Fontanela decis. 112.
4 Figueroa lug cit. cap. 31. num. 15.
5 Pareja *de instrum.* tit. 6. res6 cons. 1.

beneficio para alegar, y probar nuevamente lo que dijesen convenirles (1). Este principio general rige aun en el caso de que unas y otras partes se allanen expresa y formalmente, à que en la revision extraordinaria se oigan sus alegaciones y pruebas; pues el resistir estas la naturaleza de aquellos recursos no se funda en la conveniencia privada de los litigantes, y sí en el favor público que se interesa en que tengan término los litigios, cuyo saludable objeto no puede alterarse, variarse ó contradecirse por convenio de los interesados.

3. La prohibicion de alegar y probar cosa alguna de nuevo en los juicios de revision extraordinaria, de ningun modo impide que el tribunal, junta ó ministro donde haya de verificarse, acuerde para mejor proveer, y con solo el saludable fin de indagar la verdad, que se pongan algunos instrumentos con los autos, ó que se acumulen à estos otros, ó que se verifique alguna vista ocular en los casos que por derecho proceda, ó que se vuelvan à examinar algunos testigos de los presentados en el proceso (2).

4. Asimismo debe observarse, que aunque por regla general no se admiten nuevas pruebas en estas revisiones extraordinarias, segun se ha dicho; lo contrario sucederá en los casos en que el Rey con conocimiento de causa tenga à bien mandar se abra de nuevo el juicio ejecutoriado, y oiga à las partes sus defensas, que prueban, asi en lo civil como en lo criminal, de que tenemos repetidos ejemplares; hayan ó no hecho los interesados algunos actos positivos de aquietarse con las sentencias y consentir en ellas.

5. Ocurre ahora una duda grave, y es ¿si el que impetra el decreto de revision, puede separarse despues de este remedio en una causa verdaderamente individua contra la voluntad de las demas partes? Algunos escritores sostienen que puede el que introduce un recurso usar libremente de él y renunciar al derecho introducido en su favor recogiendo la instancia y haciendo todas aquellas gestiones que son consiguientes à un desistimiento; de suerte que como entonces falta el fundamento de la adhesion, que es la queja del agraviado, no puede sin su existencia ejercitarse aquella (3). Sin embargo la opinion contraria es mas fundada; se entiende, cuando el decreto de revision se haya hecho saber à los demas interesados, en cuyo caso se hacen partícipes de la gracia, y la parte que le obtuvo no puede separarse y re-

1 Fontanela decis. 121.
2 Giurb. decis. 79. num. 12.
3 Fontanela decis. 593. num. 13.

nunciarla sin anuencia de ellos; pero sino se hubiese notificado aun à los colitigantes dicho decreto de revision, entonces bien puede separarse el que le obtuvo, por cuanto se halla aun la cosa íntegra, y no se ha traspasado la gracia à dichos colitigantes (1).

6. Alguna vez ha ocurrido que despues de obtenido el decreto de revision extraordinaria, é intimado à las partes, fallece la que le impetró antes de verificarse el término á que se extendió su solicitud: de modo que en este caso, como lo primero á que se atiende en todo juicio, aunque sea ante el Rey, civil ó criminal, ordinario ejecutivo, plenario, sumario, extraordinario é impropio, es á la legitimacion de las personas que comparecen en él (2), deben probarse dos extremos sumariamente y con citacion de todos los interesados; el primero la muerte del que fue condenado por la sentencia, y el segundo la sucesion en sus derechos de aquel que intenta habilitarse y subrogarse en su lugar; pues sin estas ritualidades cualquiera sentencia padecerá el vicio de nulidad.

7. Vuelto á ver el proceso, ó se confirman las sentencias pronunciadas en él, ó se reforman. Si lo primero, suele ser con condenacion de costas de este juicio que constituye una verdadera instancia, y rigen en su decision las mismas reglas que en los demas; pero corrigiéndose ó enmendándose, ocurre la duda cuando hay restitucion de frutos, ¿desde que tiempo deba hacerse esta?

8. Es principio inconcuso de derecho, que la restitucion de frutos, comunmente hablando, se manda hacer por cualquiera sentencia, desde el dia de la contestacion del pleito, en cuya época empieza á presumir la ley una mala fe positiva en el poseedor; pero en la cuestion presente solo se trata de los frutos percibidos por el que obtuvo una ejecutoria, que despues á consecuencia del recurso extraordinario á la Real Persona se reformó en todo y por todo.

9. En este punto estan divididos los escritores nacionales y extrangeros en dos partidos, sosteniendo unos la obligacion del poseedor á restituir los frutos percibidos desde el dia en que se le intimó el decreto de revision extraordinaria, por la virtud é influjo de esta en reducir el pleito ejecutoriado á su primero y antiguo estado, como si nunca se hubiesen pronunciado las sentencias en cuyo agravio se fundó la queja, dejando por lo mismo de ser título aquel que antes lo fue, y cesando ya la presuncion

1 Figueroa *de jure adherend.* cap. 35.

2 Carler. *de judic.* lib. 1. tit. 2. disp. 4. num. 1.

de ley por la justicia de la decision (1). Otros autores opinan que de ningun modo debe hacerse restitucion de frutos percibidos desde el dia de la intimacion del decreto de revision extraordinaria, y sí luego que se notifique la sentencia que sobre ella recaiga, fundándose en que el poseedor lo es á virtud de una decision pronunciada en juicio supremo, de la cual no puede darse recurso alguno ordinario de derecho: de modo que por este principio, y á su auxilio se constituye todo el que posee en clase de poseedor de buena fe, canonizada en juicio contradictorio, y de ningun modo altera la por otro, en el cual no hay contestacion alguna nueva del pleito (2).

10. En esta incertidumbre podrá servir de guia la práctica del Consejo, segun la cual, generalmente hablando, en los juicios de revision extraordinaria cuando se reforman las ejecutorias obtenidas por las partes, no recae la condenacion de frutos contra estas, desde el dia que se les intima el decreto de revision. Sin embargo pueden ocurrir en el proceso tales particularidades que invaliden la presuncion de derecho por el título, y reduciéndole á no causa, como procedente de un principio vicioso, motive la restitucion de los frutos percibidos durante el juicio ordinario.

11. Dada ya la sentencia en las revisiones extraordinarias, ó se consulta con su Magestad, esperando su soberana aprobacion para ejecutarse, si asi lo prescribe la Real orden, ó se procede á la ejecucion cuando otra cosa no se acordase, en los mismos términos que cualquiera otra determinacion en las instancias ordinarias de apelacion ó súplica que ha pasado en autoridad de cosa juzgada (3): de modo que por esta regla excediéndose el ejecutor de la naturaleza y tenor de aquella, sobre la cosa ó parte de ella ó de la cantidad, tiene lugar el recurso ordinario de apelacion; la cual se sustanciará por los mismos trámites y con las propias instancias que si fuese ejecutada otra cualquiera sentencia. Ofrécese ahora una dificultad gravísima; à saber, ¿si al que obtiene la causa en virtud de un recurso extraordinario, corresponderá accion contra el tercer poseedor de bienes litigiosos enagenados durante el juicio de revision?

12. Es incontestable segun principios de derecho, que la sentencia pronunciada en juicio que se siguió entre algunos, no perjudica à un tercero que no fue citado ni oido, pudiendo por con-

1 Franclis. decis. 120, 221 y 188.
2 Giurb. decis. 89. num. 37.
3 Scacia *de appellat.* quæst. 19. rem. 3.

siguiente impedir la ejecucion en que no se halla comprendido. Sin embargo si el tercer poseedor lo fuese de una cosa enagenada por el que se decia dueño de ella, constándole ya de la revision extraordinaria dispensada por el Soberano, y esta enagenacion hubiere sido voluntaria; tiene el interesado que obtiene en el pleito de revision, accion ejecutiva contra el tercero poseedor, sin que pueda suspenderse à pretexto de otro convenio, sobre lo cual deberán ser las partes oidas en otro juicio con separacion y division de instancias (1). Este derecho ejecutivo se extiende aun contra el clérigo, que puede ser demandado ante la Real justicia sobre bienes ó derechos enagenados pendiente el curso del decreto de revision, por el que obtuvo la causa (2). Mas lo contrario sucederá si la enagenacion hubiese sido necesaria, sobre la cual de modo ninguno obra la presuncion de fraude que hay en los actos puramente voluntarios (3): en este caso se impide la via ejecutiva, siendo indispensable recurrir á la accion ordinaria para desentrañar el mérito de la adquisicion en su principio (4). Otro muy distinto caso es, digno del mayor examen, cuando la enagenacion se hiciese por el poseedor de los bienes ó derechos antes de obtener el que los reclama el decreto de revision del pleito, ó de intimarse este á su colitigante, sobre cuya opinion se dividen los autores. Algunos sostienen que aun mediando estas circunstancias puede intentarse la accion reivindicatoria contra el tercero poseedor de los bienes enagenados, fundándose en que de otro modo la sentencia en el juicio extraordinario de revision vendria á ser ilusoria, si el que la consigue carece de toda accion para recuperar los bienes distraidos.

13. La opinion contraria sin embargo tiene mayores fundamentos: lo primero porque la accion reivindicatoria no debe obrar contra aquel á quien en tiempo habil se transfirió el dominio de una cosa, y se radicó en su persona perpetuamente. Lo segundo porque los rescriptos de los Principes, no se entienden jamas concedidos en perjuicio de un tercero, que se hizo dueño en tiempo habil, y por medio de un justo título de aquello que despues se reduce á un juicio extraordinario. Lo tercero porque ademas de hacerse asi interminables los litigios, resultaria el gravísimo inconveniente de que tuviese suspendido su efecto una ejecutoria solemne, y estuviese pendiente el dominio

1 Salgad. lug. cit. num 168. Noguerol. alleg. 29. num. 233.

2 Salgad *de reg.* part. 4. cap. 14. num. 110.

3 Valeron *de transact* tit. 4. quæst. 1. num. 59.

4 Olea *de sess.* tit 1. quæst. 3. num. 38.

de las cosas, de una gracia que posteriormente puede ó no dispensarse.

14. A este propósito debe saberse por regla general, que como las gracias de los Soberanos siempre se entienden expedidas del modo que menos perjudiquen ú ofendan el derecho de los vasallos (1), quienes ya le tienen adquirido en virtud de la cosa juzgada; jamas se extienden aquellas, regularmente hablando, á suspender los efectos de esta (2), no expresándose asi por los mismos Príncipes; pues cuando la sentencia se pronuncia entre los litigantes con conocimiento legítimo de causa por ministros de los tribunales superiores del reino, que hacen las veces del Soberano, y juzgan en su Real nombre, no solamente tienen á su favor la presuncion de justicia, sino tambien la de conveniencia pública en su ejecucion, para que obedeciendo los súbditos à los magistrados legítimos, se aquieten con la observancia de lo juzgado (3).

15. Ultimamente, aunque en la legislacion del reino no se halla prescrito término alguno, dentro del cual hayan de finalizarse los procesos de revisiones extraordinarias, ha de tenerse en consideracion, que al tratar los señores Reyes católicos de las causas de suplicacion de las mil y quinientas doblas, asi en posesion como en propiedad, dispusieron que estos pleitos se vean brevemente; y esto mismo debe entenderse de las revisiones extraordinarias, de cuya dilacion resulta un daño público que tal vez se hará irreparable con la tardanza.

Formulario para introducir el recurso extraordinario á la Real Persona.

SEÑOR.

N. F., vecinos de &c. P. á L. R. P. de vuestra Magestad con el mas profundo respeto exponen, que en tal tribunal han seguido autos con el convento de &c. sobre nulidad del testamento otorgado por B. en tantos, bajo cuya disposicion falleció, instituyendo á aquel por su heredero universal, á influjos del P. R. de la misma orden y su confesor, quien abusando de su caracter y sagrado ministerio, estimuló al testador á que hiciese la disposicion en los términos insinuados. Los suplicantes siguieron juicio en

1 Menchac. *Illustr. quæst.* en la 1. num 10.
2 Pereir. *de man. reg.* cap. 37.
3 Giurb. decis. 7.

tal audiencia sobre nulidad de este testamento; y á pesar de la justa defensa que hicieron en las instancias de vista y revista, recayó ejecutoria de dicho tribunal en tantos, por la cual se mandó esto, ó aquello: en esta atencion, siendo el asunto de mucha entidad y consideracion, en que no solo se interesan los suplicantes, sino tambien la causa pública:

Suplican á vuesa Magestad se sirva mandar se radique en sala primera de gobierno el juicio correspondiente, abriéndose aquel para exponer sobre el mismo las acciones y defensas oportunas, con audiencia de los fiscales de vuesa Magestad, en que recibirán merced los suplicantes. Madrid &c.

APÉNDICE

Tratándose en este capítulo de una gracia tan especial como es la de las revisiones extraordinarias; no será fuera de propósito referir las acertadas providencias que dieron los Soberanos para que las gracias ó mercedes que suelen concederse por la importunidad de los suplicantes no redunden en perjuicio del público ó de tercero.

Como la malicia humana suele llegar hasta el punto de acudir los vasallos al trono ocultando la verdad, ó desfigurándola de modo que á veces obtienen con fraude alguna dispensacion ó gracia de los Soberanos, trataron de evitar este mal gravísimo con sus oportunos y sabios decretos. Asi es que los señores Don Enrique II y Don Juan el I mandaron »que cuando los Soberanos librasen ú otorgasen algunas cartas ó albalaes contra derecho, ley ó fuero usado, no valgan ni sean cumplidas, aunque se manden por ellas ejecutar (1); habiendo despues acordado el señor Felipe IV, que si se diese por los Reyes alguna cosa en perjuicio de las partes, sea la carta obedecida y no cumplida, aun cuando en esta se haga mencion general ó especial de la ley, fuero ú ordenamiento contra quien se expidiese."

El señor Don Juan el II, sobre las pretensiones 4 y 11 de las cortes de Valladolid del año de 1442, añadió á la ley de los Monarcas sus antecesores, que si entre partes y privadas personas hubiese contienda ó debate, y en perjuicio de cualesquiera de ellas se diese alguna carta ó provision, haya de recaer sobre ella segundo mandato, aun cuando se extiendan cualesquiera otras

1 Leyes 2 y 4. tit. 4. lib. 3. Nov. Rec.

cartas y sobrecartas, con penas, clásulas derogatorias, firmezas, abrogaciones, derogaciones, y dispensas generales ó especiales, aunque se digan dimanar de movimiento propio, cierta ciencia y poderio Real absoluto, por ser la merced y voluntad del Rey que reine la justicia, y sea dado y guardado á cada uno su derecho, sin recibir agravio ó perjuicio alguno en él.

Por los propios motivos se mandó á la peticion tercera de las cortes de Valladolid de 1363, y á la setenta y siete de las de Madrid de 1367, »que si alguna carta se diese desaforada por la chancillería del Rey, ó por cualquiera alcaldes ó jueces, en que se acuerde lisiar, matar ó prender alguna persona, ó tomarle sus bienes, ó desterrarle, ó desheredarle ú otra cosa desaguisada, non sean cumplidas estas provisiones, hasta que se envien al Rey á monstrar y provea lo conveniente, con tal que les hagan dar fianzas á satisfaccion, les secuestren sus bienes, y tengan presas las personas: bien que si fuere el hecho sujeto á pena capital, y de ella hiciese expresion la carta, han de prenderse los cuerpos de aquellas, que por las provisiones se mandasen matar ó lisiar, teniéndoles bien presos y recaudados."

En igual conformidad prescribe la legislacion del reino, no se dé segunda carta contra la primera de la chancillería del Rey, sin que en aquella se inserte el tenor de esta, todo cumplidamente, obedeciéndose y no cumpliéndose, sin embargo de cualesquiera cláusulas derogatorias, las provisiones y cédulas que se diesen por los Reyes, ó para que se sobresea en los pleitos pendientes en el Consejo, chancillería ú otro cualquiera tribunal, ó para sacarles de los juzgados ordinarios donde obrasen, por no entender los Príncipes perjudicar, ó hacer agravio alguno á las partes en cargo de sus conciencias, queriendo se vean y determinen las causas, aunque sean de ciudades con grandes y caballeros, no obstante cualesquiera cédula de suspension librada á este fin (1).

Celebradas las cortes de Valladolid por el año de 1323, se acordó no dar cédula alguna para que deje de entender en los pleitos cualquiera señor ministro del Consejo ó tribunal superior en los pleitos de su sala, quedando á las partes reservado su derecho para recusarle conforme á las leyes del reino; habiéndose igualmente prevenido por el señor Emperador Don Carlos y la Reina Doña Juana, que si se pidiese por su Magestad informe á las chancillerías ó audiencias sobre algunos pleitos pen-

1 Leyes 7. tit. 4. lib. 3 y 2. tit. 12. lib. 4. Nov. Rec.

dientes en ellas, no dejen de continuar en los mismos, si en la cédula ó provision expresamente no se manda otra cosa (1); cuya Real disposicion se ha renovado recientemente en el glorioso reinado del señor Don Carlos III (2).

Han solido tambien expedirse algunas cédulas ó provisiones con cláusula expresa, ó de prohibicion de apelacion, ó de ejecucion de la sentencia, que equivale á lo mismo, y pueden los Príncipes mandar con justa y grave causa; pues si bien la apelacion, en cuanto mira á la defensa natural, es de un derecho inmutable en su formalidad y solemnidad, fueron introducidas por solo el derecho civil (3): entendiéndose siempre que los Reyes excluyan el remedio de la apelacion, dejando salvo á los interesados el recurso extraordinario á la Real Persona, á similitud del caso en que tenga á bien su Magestad remover del foro este ó aquel modo de citar las partes para los juicios, señalándoles indistintamente la citacion por edictos (4).

Como las mas de las cédulas ó provisiones contra derecho se expiden por importunidad de las partes, que las impetran con vicios de obrepcion ó subrepcion, se halla prevenido en las leyes del reino no se libren *cartas de perdon*, por las cuales se quite el derecho á las partes para no poder acusar ó pedir los bienes que le son tomados; y si se expidiesen aquellas no sean obedecidas, aunque tengan cualesquiera cláusulas (5), oyéndose á los que en fuerza de cartas desaforadas fueren despojados de sus bienes por delitos queriendo mostrar su inocencia (6).

No creemos puede darse monumento mas glorioso en legislacion alguna, y para crédito de los religiosos deseos de nuestros augustos Monarcas, que la resolucion sobre la materia de que vamos tratando, comunicada por el señor Felipe IV al Consejo en mayo de 1642, y cuyo tenor es el siguiente (7).

»Siendo en el gobierno de mi reino el único objeto de mis deseos la conservacion de nuestra religion en su mas acendrada pureza y aumento; el bien y alivio de mis vasallos; la recta administracion de justicia; la extirpacion de los vicios y exaltacion de las virtudes, que son los motivos porque Dios pone en mano de los Monarcas las riendas del gobierno; y atendiendo por consiguiente á la seguridad de mi conciencia que es inseparable de esto, no obstante hallarse ya prevenido por los Reyes

1 Leyes 9 y 11. tit. 4. lib. 3. Nov. Rec.
2 Real cédula de 28 de junio de 1770.
3 Salgad. *de reg.* 1. part. cap. 1. præl. 2. num. 3.
4 Menoch. consil. 100. num. 67.
5 Ley 3. tit. 42. lib. 12. Nov. Rec.
6 Ley 4. tit. 7. lib. 12. Nov. Rec.
7 Ley 4. tit. 9. lib. 4. Nov. Rec.

mis predecesores, y por mí á ese Consejo repetidas veces contribuya en todo lo que depende de él á estos bienes por lo que le toca; he querido renovar esa orden, y encargarle de nuevo (como lo hago) vigile y trabaje con toda la mayor aplicacion posible al cumplimiento de esta obligacion: en inteligencia de que mi voluntad es, que en adelante no solo me represente lo que juzgare mas conveniente y seguro para su logro con entera libertad cristiana, sin detenerse en motivo alguno por respeto humano, sino que tambien replique á mis resoluciones, siempre que juzgare (por no haberlas yo tomado con entero conocimiento) contravienen á cualquiera cosa que sea, protestando delante de Dios no ser mi ánimo emplear la autoridad que ha sido servido depositar en mí, sino para el fin que me la ha concedido; y que yo descargo delante de su divina Magestad sobre mis ministros, todo lo que ejecutaren en contravencion de lo que les acuerdo y repito por este decreto; y no pudiéndome tener por dichoso, si mis vasallos no lo fuesen; y si Dios no es servido en mis dominios, como debe serlo (por nuestra desgracia, miseria y flaqueza humana), á lo menos lo sea con mas obediencia á sus leyes y preceptos de lo que ha sido hasta aquí: tendráse entendido en el Consejo de Indias para su cumplimiento."

En los propios términos mandó el señor Don Felipe V al Consejo en 24 de febrero de 1701, con aquel grande celo que hace inmortal su memoria, lo que expresa el Real decreto siguiente.

»Deseando en mi gobierno los mayores aciertos para el servicio de Dios y bien de mis vasallos, y debiendo valerme á este fin del Consejo y de mis ministros, ordeno á todos los del Consejo que en cuanto pertenezca á su instituto me consulten con celo, cristiana libertad, suma pureza y sin humano respeto lo que juzgaren ser de mi obligacion, y mas conveniente á mis reinos; y porque el secreto es el alma de las resoluciones, encargo y mando se observe religiosamente en cuanto se tratare y resolviere; advirtiendo que haré gran cargo al que faltare en lo que tanto importa; y mando á los presidentes celen mucho sobre la observancia del secreto, dándome cuenta del que contraviniere á esta orden para pasar á la demostracion que convenga; y lo mismo encargo á los secretarios de todos los Consejos para que celen sobre la ejecucion de esta orden los oficiales de su dependencia, dándome la misma cuenta."

Para evitar los daños y perjuicios que pueden traer las cédulas ó decretos obtenidos con vicios de obrepcion y subrepcion, acordó el señor Don Felipe IV, á consulta del Consejo de 6 de

octubre de 1641, que los pleitos dependientes de gracias que se hicieren por cualesquiera juntas, se remitan y pasen al Consejo en lo que fuere punto de justicia y pleito contencioso, para que se examinen en él las causas que puedan motivar su retencion; ó si por el contrario deben las Reales gracias ejecutarse.

Todas las Reales órdenes y leyes mencionadas demuestran no querer los Soberanos mandar otra cosa en sus Reales decretos, que aquello que es conforme á derecho sin perjuicio alguno de tercero; de modo que cualquiera decreto de revision extraordinaria de un negocio acabado con transgresion de ley, fuero ó costumbre si literal y específicamente no se derogasen, debe ser obedecido y no cumplido, representándose á su Magestad el agravio que pueda traer su ejecucion, y esperándose para ella el segundo decreto (1).

1 Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 5. part. 1. cap. 9. §§. 10 y siguientes.

CAPITULO TERCERO.

De los juicios y otros casos no contenciosos en que tiene lugar el recurso extraordinario á la Real Persona.

§. 1. El recurso extraordinario tiene lugar no solo en los juicios civiles ordinarios de alguna entidad, sino tambien en los sumarios de que se ponen varios ejemplos.

2 y 3. En las instancias sumarias sobre alimentos puede recurrirse á su Magestad, ó para que se vean con dos salas y asistencia del señor presidente, ó para que se abra de nuevo el juicio sobre ellas.

4. De los juicios sumarios en materia de hidalguía, y como tiene lugar en ellos el recurso extraordinario.

5 hasta el 8. Juicios sumarios de racionalidad ó irracionalidad del disenso paterno para contraer esponsales, y recurso extraordinario que se admite en ellos.

9. Del recurso extraordinario en el juicio sumario posesorio de tenuta. Su Magestad puede dispensar en cuanto al término que prescribe la ley para intentar la accion de tenuta.

10. Esta dispensa, fundada en la soberana autoridad de los Príncipes, es extensiva á todo término fatal de cuantos prescriben las leyes.

11. Tambien puede el Soberano mandar que se vuelvan á ver por el Consejo los juicios de tenuta ya determinados por aquel supremo tribunal.

1. Los recursos extraordinarios no solo tienen lugar en todos los juicios ordinarios de alguna entidad, sino tambien en los sumarios (1), de lo cual pondré varios ejemplos empezando por el juicio sumario de alimentos.

2. Aunque por el derecho comun y del reino no eran necesarias la peticion judicial del actor ni la contestacion del reo, bastando solo su citacion; el uso y la práctica constante de los tribunales superiores exigen hoy la demanda del que pretende los alimentos, y la audiencia de aquel á quien se demandan, como tambien las defensas é instrumentos de ambos, principalmente cuando la gravedad de la causa, la calidad de las perso-

1 Qué sea sumario se dijo en el tomo cuarto de esta obra, cap. 1. §. 4.

nas ú otras circunstancias así lo requieran, aunque se restringen las dilaciones y reducen á unos términos breves, para no dar lugar á que perezca de necesidad el que no halla quien le socorra, oyéndose la apelacion al que impugna los alimentos en solo el efecto devolutivo, y de modo ninguno en el suspensivo (1).

3. En estas instancias por privilegiadas y sumarias que sean, puede tener lugar el recurso extraordinario á la Real Persona, ó para que se vean con dos salas y asistencia del señor presidente, ó para abrir de nuevo el juicio en ellas despues de ejecutoriadas, ó para que en la sustanciacion de los mismos procesos unas veces se abrevien en lo posible sus pruebas, otras se prolonguen y otras se consulte la determinacion á su Magestad antes de ejecutarse, no obstante la calidad de la causa, donde la apelacion solo se oye en el efecto devolutivo al que contradice los alimentos.

4. En las hidalguías se distinguen dos juicios, uno rigurosamente *petitorio*, y otro *posesorio*, que no se eleva á cosa juzgada; sobre el cual conviene distinguir los *interdictos posesorios*, que competen segun el estado y circunstancias en que se deducen judicialmente por los hidalgos, y otra especie de *juicios sumarios* que son, 1.º el de *recibimiento*, y 2.º el de la *continuacion propia ó menos propia*, para cuya vista y determinacion en las salas civiles han ocurrido muchas veces los interesados, y obtenido en fuerza de su recurso extraordinario Real orden, ó para que se vean con dos salas y asistencia del señor presidente, ó para que vuelvan á verse estos negocios ya ejecutoriados.

5. Los juicios de esponsales sin cualidad son rigurosamente ordinarios civiles, sujetos á los trámites ordinarios hasta la ejecucion de tres sentencias conformes, si antes no se verifica el consentimiento y aquiescencia de las partes, en que se incluyen los padres, abuelos, tutores y curadores en sus respectivos casos y lugares; de modo que en estos procesos se controvierte, califica y decide por medio de un pleno conocimiento de causa, si los esponsales obligan ó no por derecho. Mas como el Rey tiene mandado que no se admitan en los tribunales los esponsales contraidos sin el asenso paterno ó de los que deban darle (2), precede al conocimiento ordinario de las curias eclesiásti-

1 Salgad. *de reg.* part. 4. cap. 5. desde el num. 2.

2 Ley 18. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. Esta ley se insertó á la letra en el tomo primero de esta obra, tit. 2. cap 1, donde se trata con extension de la materia de esponsales y matrimonio.

cas el sumario de racionalidad, ò irracionalidad del disenso paterno; de modo que si los jueces eclesiásticos conociesen y procediesen à proveer sobre las causas de esponsales sin constar antes de la licencia ò infundada resistencia de los padres à los matrimonios de los hijos de familias, harán fuerza, y sus decretos deberán circunstanciarse con la cualidad de *por ahora*, para dejar salvo su conocimiento en el tiempo, caso y lugar correspondientes.

6. Contra el irracional disenso de los padres, abuelos, parientes, tutores ó curadores, concedia la ley (1) à los hijos de familia menores de edad ò mayores de veinticinco años respectivamente dependientes de aquellos, un recurso sumario à la justicia Real y ordinaria, el cual habia de terminarse y resolverse en el preciso término de ocho dias; y por recurso en el Consejo, chancillería ò audiencia del territorio en el perentorio de treinta, sin que de la declaracion que se hiciera hubiese revista, alzada ú otro recurso por deberse finalizar con un solo auto, confirmando ó revocando la providencia del inferior, á fin de que no se dilatase la celebracion de los matrimonios racionales y justos por estos procesos, que eran puramente estrajudiciales é informativos. Esto se varió por otra ley, como se verá en la nota.

7. Previos estos antecedentes, y contrayéndome ahora à los recursos extraordinarios en esta materia, digo que el Rey puede mandar á consecuencia de recurso extraordinario dirigido à su Real Persona, que estos procesos se vean por dos salas, y con asistencia del señor presidente, ó que se vuelvan à ver despues de ejecutoriados, de lo que citaré el ejemplar ocurrido no hace mucho tiempo en la villa de Villafranca de Córdoba, donde habiendo un hijo de familias sufrido por ejecutoria la pena de la pragmática por haberse casado contra el disenso de su madre que se calificó de racional, ocurrió al Rey

1 Ley 9. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. Por la ley 18 del mismo título se mandó que los hijos de familias menores de veinticinco años ni las hijas menores de veintitres, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar ni explicar la razon de su disenso; pudiendo en tales casos los hijos, si fueren de la clase que deben solicitar el Real permiso para casarse, recurrir á su Magestad, asi como á la Cámara, gobernador del Consejo y gefes respectivos los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere á bien tomar su Magestad ó la Cámara, gobernador del Consejo ó gefes, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente. En las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso á los presidentes de chancillerías y audiencias, y al regente de la de Asturias, quienes procederán en los mismos términos.

representando que la estrechez del término no le permitió calificar la igualdad de clase de su muger, lo cual haria constar en un juicio extenso, para volver á poseer un mayorazgo de su casa, de que fue despojado con toda su descendencia; en fuerza de lo cual tuvo á bien el Rey mandar se oyese al interesado, y á su virtud se emplazó á la madre y al nuevo poseedor en el mayorazgo.

8. Tambien ha habido varios casos en que las partes poco satisfechas de lo ejecutoriado en los tribunales de justicia han ocurrido á su Magestad por recurso extraordinario, quejándose de aquellas providencias á cuya virtud, previo el informe correspondiente, ó del señor presidente, ó de la sala originaria, ha recaido resolucion, dándose algunas veces regla para lo sucesivo sobre puntos que lo merecieron, como acaeció en el ejemplar que expresa la Real orden siguiente. »Enterado el Rey de la instancia hecha por la marquesa de Iniza, vecina de esa ciudad, quejándose de que el alcalde mayor y esa chancillería no han estimado por bastantes las razones que tuvo para negar á Doña Manuela Rodriguez Chacon, su hija, el asenso que la pidió para efectuar el matrimonio que tiene tratado con Don Gabriel Chacon, se ha servido su Magestad desestimar la solicitud de esta interesada, y mandar que esa chancillería en adelante en los pleitos de esta naturaleza, examine con diligencia y cuidado el valor de las pruebas que produjesen las partes para acreditar su nobleza, y mas cuando la disputa versa con una hija de título de Castilla, como en el presente caso, haciendo la distincion oportuna entre la nobleza personal y familiar: lo que participo á V. S. para su inteligencia y cumplimiento de esta Real resolucion. Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid 30 de enero de 1784. = El Conde de Campomanes. = Señor Don Gerónimo Velarde y Sola.

9. Para intentar la accion de tenuta ó sea el juicio sumario posesorio en bienes de mayorazgo, prescribe la ley que haya de ser dentro de seis meses contados desde el dia de la muerte del último poseedor, aunque á las partes se haga saber despues el emplazamiento corriendo aquel término contra los menores, ausentes, furiosos, ignorantes, infantes y aun contra los póstumos, quedando solo á los interesados el recurso extraordinario al Rey, para que su Magestad se digne dispensarles el término con justa y necesaria causa. El artículo de secuestro ó administracion, previo al juicio de tenuta se sustancia en el

término perentorio de cuarenta dias, sin que del auto en que se resuelva, recibiendo por él á prueba el pleito por los ochenta dias de la ley sobre lo principal, se admita súplica ú otro recurso en alguna de sus partes, como ya se dijo en el tomo segundo de esta obra, página 51, párrafo 3. Sin embargo su Magestad por recurso extraordinario puede dispensarla por justa y grave causa.

10. Esta dispensa fundada en la soberana autoridad de los Príncipes, es extensiva à todo término fatal de cuantos prescriben las leyes para contestar y excepcionar en los juicios; de modo que pueden mandar vuelva la causa ya conclusa en un juicio ordinario, à recibirse á prueba no solo por los ochenta dias de la ley, siendo de puertos acá, y de ciento y veinte para allá, sino tambien por todo aquel término que sea del agrado de su Magestad, atendidas la calidad y circunstancias del caso que asi lo exija, aumentando el tiempo de la restitucion y el de la prueba de tachas de los testigos, designado como fatal por las leyes; y asimismo el señalado por estas de sesenta dias para decir de nulidad de las sentencias. Del propio modo pueden los Reyes dispensar en el término fatal de los cinco dias que señala la ley para la apelacion; en el de tres para la súplica del auto interlocutorio; en el de diez para el definitivo; en el de veinte para la segunda suplicacion, y en el de cuarenta para la presentacion en este grado ante la Real Persona. Asimismo puede prorogar su Magestad el término fatal de nueve dias que da la ley en los retractos, como tambien el que conceden las leyes para la toma de razon de hipotecas, y el que prescriben para reclamar la lesion enorme ó enormísima en los contratos. Ultimamente tiene facultad el Soberano para dispensar todos estos términos y los demas que fijan las leyes en clase de fatales, asi para las disposiciones entre vivos, como por causa de muerte, precediendo un conocimiento instructivo del impedimento y su prueba para evitar el perjuicio de tercero y el trastorno de la cosa juzgada (1).

11. Volviendo à los juicios de tenuta, se halla dispuesto por la pragmática del señor Felipe II del año 1595, de la cual se compuso despues la ley recopilada (2), que no haya ni pueda haber súplica, ú otro remedio alguno de la primera sentencia, que en estos pleitos se diese por el Consejo, los cuales se re-

1 Amat. *Variar.* part. 1. resol. 34. 2 Ley 6. tit. 24. lib 11. Nov. Rec.

mitan à las chancillerías y audiencias, donde las partes sigan su justicia sobre la propiedad; pero contra esta prohibicion clara y terminante, pueden los Reyes con justa causa reservada à su soberano arbitrio mandar que se vuelvan á ver por el Consejo los juicios de tenuta determinados y resueltos, y se pongan en el mismo supremo tribunal las demandas en propiedad, sin necesidad de ocurrir para estas à las chancillerías ó audiencias territoriales, de lo que ha habido ejemplares.

CAPITULO CUARTO.

De los recursos extraordinarios en los juicios ejecutivos.

§. 1. Diferencia entre los juicios ejecutivos y los sumarios en general.
2. Tres tiempos de que consta el juicio ejecutivo.
3. El Rey puede á consecuencia de recursos extraordinarios con grave y justa causa calificar de ejecutivo un instrumento que por la ley general de las ejecuciones no lo sería, ó dejó de serlo por hallarse prescrito su derecho.
4. Puede tambien su Magestad prorogar, en virtud de recurso extraordinario del reo, los diez dias del término del encargado, ó tomar aquella providencia que sea de su Real agrado para impedir ó mitigar el rigor del procedimiento ejecutivo; como tambien dispensar en el tercer tiempo la fianza de la ley de Toledo, la apelacion en ambos efectos &c.
5. Igualmente puede el Rey mandar que se vuelva á abrir el juicio ejecutivo ejecutoriado en el Consejo y tribunales de las provincias.
6 hasta el 9. Se refiere un ejemplar que comprueba la doctrina del párrafo anterior.

1. Entre los juicios ejecutivos y los sumarios hay esta diferencia, que los primeros son mas acelerados que los segundos, por tratarse en aquellos del modo de pagar una deuda, y en estos de calificar ya sea un débito, ya otra cosa que las leyes requieren; de manera que toda causa ejecutiva es sumaria, pero no al contrario.

2. El juicio ejecutivo consta de tres tiempos: 1.° que empieza con la presentacion del instrumento, y continúa hasta la oposicion del demandado. 2.° Desde esta hasta la sentencia de remate. 3.° Desde dicha sentencia hasta el pago de la deuda, su

décima, donde haya costumbre y costas à favor del ejecutante. En todos estos tres tiempos prescribió el señor Rey Felipe II el orden de proceder que se juzga sustancial; y por lo mismo, faltándole alguna de las circunstancias que requiere la ley, se anula el juicio, y los autos padecen un vicio irreparable (1); pero aquel mismo origen hace que este orden judicial sea de institucion puramente civil, y por consiguiente tiene facultad el Soberano ó de suprimirle enteramente ó de suspenderle, alterarle ó dilatarle con justa y grave causa, señalando á estos juicios una nueva forma (2), y subsanando las nulidades de derecho que padezcan.

3. De aquí es que puede el Rey á virtud de recurso extraordinario de algun acreedor, con grave y justa causa, calificar de ejecutivo un instrumento que por la ley general de las ejecuciones no lo seria, ó dejó de serlo por hallarse prescrito su derecho de ejecutar en todo ó en parte, mandando, por ejemplo, se verifique la ejecucion por réditos de un censo sin límite alguno de prescripcion, trabándose aquella en bienes raices antes que en los muebles, aun siendo estos suficientes; y acordando por igual gracia se preserve el deudor de la fianza de saneamiento, que son los trámites del primer tiempo de estos juicios (3).

4. En el segundo tiempo puede del mismo modo el Príncipe prorogar á consecuencia de recurso extraordinario del reo, los diez dias del término del encargado, suspenderlos, ó tomar aquella providencia que sea de su Real agrado para impedir ó mitigar el rigor del procedimiento ejecutivo; dispensar en el tercer tiempo la fianza de la ley de Toledo; la apelacion en ambos efectos, y el término que la costumbre ha introducido á favor del deudor para sacar los bienes rematados, vendidos ó adjudicados al acreedor en la almoneda, consignando aquel el precio dentro de tres dias, si son muebles, y de nueve si raices, contados desde el del remate ó adjudicacion (4). Por el mismo principio pueden los Reyes abrir los remates, aunque legalmente hechos en pública subasta, y puestos los compradores en posesion de lo rematado à su favor, dispensando á los bienes los privilegios que su Magestad tenga á bien para la admision de posturas, y facilitando á los interesados la restitucion de restitucion en los casos y asuntos en que parezca conveniente.

1 Aceved. en la ley 19. num. 2. tit. 21. lib 4. Recop

2 Mastrill *de magistrat.* bib. 3. cap. 4. num. 391 y 92.

3 Carlev. *de judic.* tit. 1. disp. 2. quæst. 8 sect. 3. num. 1106.

4 Olea *de ces.* tit. 5. quæst. 1. num. 29.

5. De la propia forma puede el Rey mandar que se vuelva á abrir el juicio ejecutivo ejecutoriado en el Consejo y tribunales de las provincias; ó que la vista de estos pleitos sea con dos salas y asistencias del señor gobernador ó presidente; no debiendo en manera alguna impedirse las dispensas de los Soberanos en cualesquiera de los tres tiempos, y las revisiones extraordinarias de aquellos juicios privilegiados á pretexto de su cualidad y naturaleza; pues entre las revisiones de justicia excluidas por las leyes para los juicios ejecutivos, y los recursos extraordinarios de gracia, media la notable diferencia de que aquellas se regulan en todo por la legislacion del reino, y estas únicamente por solo la voluntad de los Príncipes, independiente de las reglas de derecho y de sus prohibiciones, como que en ellos reside la potestad legislativa (1).

6. En comprobacion de lo dicho citaré el ejemplar siguiente. Don Francisco Gonzalez de Echevarri, hijo de Doña Ana María Idiaquez, siguió autos contra esta ante la justicia de Arjonilla sobre el cobro ejecutivo de cuatro mil ducados, promesa de dote que le hizo al tiempo de las capitulaciones matrimoniales; en cuyo juicio declaró el alcalde mayor en 14 de octubre de 1780 no haber lugar à la sentencia de remate. Interpuesta apelacion para la chancillería de Granada, se sustanció el pleito en rebeldía de Doña Ana María; y por auto de 14 de junio de 1781 se revocó la providencia apelada, y se defirió à la sentencia de remate, la cual se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: á su virtud se despachó el mandamiento de apremio aumentados los embargos, y subastadas varias heredades hasta haberse ejecutado el pago con agravio de la Doña Ana María, por ascender el exceso de los bienes ejecutados à la cantidad de treinta y seis mil cuatrocientos setenta y un reales, intentando tambien el actor su hijo privarla de los bienes y efectos que quedaron de resultas de unos autos obrados en la curia eclesiástica de Jaen, para poner en cobro la herencia del beneficiado Don Ignacio Idiaquez, à cuyo fin pidió el Don Francisco, y se despacharon exhortos y requisitorias.

7. Todo esto lo hizo presente á su Magestad Doña Ana María Idiaquez por un recurso extraordinario à su Real Persona, y en su consecuencia recayó la Real orden que á la letra dice así (2): »Enterado el Rey del recurso hecho à su Real Persona por Doña Ana María Idiaquez, viuda de Don Paulino Gonzalez Echevarri,

1 Valasc. consult. 51. num. 41. 2 Real orden de 12 de noviembre de 1781.

vecino de la villa de Arjonilla, se ha servido su Magestad mandar que esa chancilleria recoja todos los autos instaurados á pedimento de Don Francisco Gonzalez contra la referida Doña Ana su madre; y haciendo que este dé la fianza de la ley de Toledo, proceda de nuevo à la vista y determinacion de dicho negocio con audiencia de esta parte, subsanando los demas defectos y nulidades que haya en los autos, y mandando ante todas cosas se dejen libres y desembarazados los bienes que se embargaron con exceso á la cantidad sobre que se sufrió el juicio ejecutivo, para que la recurrente los goce y disfrute como dueña de ellos; y que teniendo presentes los autos y diligencias obrados por el provisor de Jaen y demas documentos, vea si son ciertos los daños y menoscabos de alhajas y dinero que ha expuesto la recurrente experimentó con motivo del embargo y remocion que se hizo de los cofres de su padre, y tome aquellas providencias que considere oportunas para que esta parte pueda ser reintegrada de cuanto por esta razon le corresponda, excitando si fuere necesario la autoridad del provisor, y dando cuenta de sus resultas: en inteligencia de que su Magestad desea que ese tribunal no omita medios de cuantos considere oportunos para que esta interesada sea oida como corresponde sin perjudicarla en sus derechos. Lo que participo à V. S. para su inteligencia, y que disponga su puntual cumplimiento. Dios guarde à V. S. muchos años. Madrid 17 de noviembre de 1783. = El Conde de Campomanes. = Señor Don Gerónimo Velarde y Sola."

8. Presentada esta Real orden en la sala se mandó pasar al señor Elizondo que á la sazon era fiscal, y con presencia de todo expuso en respuesta de 24 de noviembre de 83, y con la que se conformó el tribunal en decreto de 1.° de diciembre, que en ejecucion de la Real orden correspondia se mandase por la sala recoger los autos instaurados á pedimento de Don Francisco Gonzalez contra Doña Ana María de Idiaquez su madre, viuda de Don Paulino Gonzalez de Echevarri, vecina de la villa de Arjonilla, y la provision que con estos se entregó en 30 de enero de 82 al procurador Lorenzo María Fauste, dando Don Francisco Gonzalez la fianza de la ley de Toledo, y dejándose libres y desembarazados los bienes embargados con exceso á la cantidad sobre que sufrió el juicio ejecutivo, para que aquella interesada los gozase como dueña, segun lo quiere y manda el Rey, á cuyo fin se librase la correspondiente Real provision de emplazamiento en persona á Doña Ana María Idiaquez, y à su hijo Don Francisco Gonzalez, con término de quince dias para que con

presencia de la Real orden usaren de su derecho en la sala, dirigiéndose desde luego carta acordada al provisor juez eclesiástico de la ciudad de Jaen por la misma mano fiscal con insercion de la Real orden, de la respuesta fiscal, y de la resolucion que recayese, para que teniéndolo todo presente aquella curia eclesiástica, y auxiliando como debia á la jurisdiccion de la sala, facilitase la instruccion de que carecia en un asunto de su privativa inspeccion, remitiendo los autos y diligencias obradas en aquella curia, para que unidos al pleito principal obrasen en él los efectos á que hubiese lugar, y dando cumplimiento á la resolucion de su Magestad en todas sus partes, se devolviesen en los términos que propondria el señor fiscal.

9. Verificada esta determinacion ocurrió la duda acerca del modo de comunicarse la providencia del tribunal al juez eclesiástico; y al fin se acordó que se le hiciese saber por conducto del señor fiscal, habiéndose extendido la carta acordada con inclusion á la letra de la resolucion de su Magestad, de la respuesta fiscal y auto de la sala, y concluyendo asi: »Espera el tribunal de la prudencia de V. y amor al Real servicio, que auxiliando como debe con su autoridad ordinaria eclesiástica á la jurisdiccion de la sala, facilitándola la intruccion de que carece en un asunto de la privativa inspeccion de su potestad temporal, remita V. por mi mano á la sala cerrados y sellados para su mayor custodia y sigilo los autos obrados en esa curia y de que trata la Real orden, á cuyo fin excita el tribunal la autoridad eclesiástica de V. por la obligacion recíproca de ambas jurisdicciones á contribuir de buena armonía la una y la otra los medios de hacerse expedita que pendan de cualesquiera de las dos: sobre cuya base descansan la recta administracion de justicia, el beneficio procomunal de las repúblicas y la subsistencia de los vasallos. Dios guarde á V. muchos años &c."

CAPITULO QUINTO.

De los recursos extraordinarios en los juicios ordinarios criminales.

§. 1. Utilidad pública del pronto castigo de los delincuentes.

2. A veces los tribunales superiores del territorio ó los mismos Soberanos avocan á sí las causas, cuando lo exigen las circunstancias de ellas, por ejemplo en los delitos de lesa magestad &c.

3. En nuestras historias hay ejemplares de haber el Rey sentenciado muchos procesos sobre crímenes de traicion y otros atrocísimos.

4. Razon porque deben admitirse los recursos extraordinarios en las causas criminales.

5. El Rey ha tenido á bien mandar, unas veces que se abrevien los términos de ciertos procesos; otras que se prorroguen ó se dilaten; otras que se suspenda el curso de alguna causa hasta nueva resolucion; otras que se corte el proceso en cualquiera estado de él &c.

6. En la chancillería de Granada se ha practicado diferentes veces, en virtud de Reales decretos, hacerse las revisiones extraordinarias en las causas criminales con las dos salas del crimen y asistencia del señor presidente.

7. Tambien se han visto en aquella chancillería ejemplares de haber su Magestad conmutado las penas despues de ejecutoriadas las causas, y aun hallándose los reos satisfaciendo sus condenas.

8. Otro ejemplar por el que se evidencia que el Rey puede confiar la revision extraordinaria de los procesos criminales ejecutoriados, aun despues de mucho tiempo, á otro tribunal distinto de aquel que los juzgo.

1. Una de las cosas en que mas se interesa la causa pública es que se ejecuten con celeridad las penas impuestas por las sentencias correspondientes á cada delito para castigo de los criminales, y escarmiento de los malvados.

2. A veces los tribunales superiores del territorio avocan á sí las causas, ó los mismos Soberanos cuando lo exigen las circunstancias de ellas, como v. gr. en los delitos de lesa magestad, cuya atrocidad debe ser castigada sin acepcion de personas.

3. Pudiera referir infinitos ejemplares de procesos sustan-

ciados y determinados por el Rey, sobre crímenes de traicion y otros atrocísimos de que hablan nuestras historias, asi en el reino de Castilla como en el de Leon, de Navarra y Aragon, cuando estaban separados.

4. Aunque son muchos los beneficios que trae consigo la celeridad de los castigos públicos, y por cuya consideracion pudiera parecer á primera vista no ser admisibles las revisiones extraordinarias y los recursos á la Real Persona; juzgo no obstante que son mayores las ventajas de oirse y dispensarse estos por los Soberanos, para no exponer al inocente á la calamidad de una pena la mas grave y sensible, cuales son las de muerte, tortura, mutilacion, azotes, infamia, y otras en que parece tienen los Príncipes mas necesidad de dispensar á los oprimidos su proteccion, que en los negocios civiles, facilitando á aquellos una revision, mediante la cual pueda tener lugar un juicio mas atinado, ya revocándose el anterior ó mitigándose, aunque el condenado se halle sufriendo su castigo, ó en el presidio, ó en el destierro, ó en otro lugar destinado para espirar su delito.

5. Asi es que el Rey ha tenido á bien unas veces mandar que se abrevien los términos de ciertos y determinados procesos; otras que se prorroguen y dilaten aquellos; otras que se suspenda el curso de alguna causa hasta nueva resolucion; otras que se corte el proceso en cualquiera estado de él; y otras que las Salas consulten á su Magestad las sentencias, esperando su soberana aprobacion para ejecutarlas, concediéndose estas gracias las mas veces por recurso extraordinario de las partes, ó por la calidad de los delitos; pues si bien es justo se castiguen con rigor los desórdenes, cabe sin embargo alguna indulgencia en aquellos que dimanan de pura debilidad, y no de un ánimo depravado, como el homicidio, el salteamiento de caminos &c.

6. En el tiempo que sirvió la fiscalía de la chancillería de Granada el señor Elizondo, asegura haber visto repetidos Reales decretos para que las revisiones ordinarias en las causas criminales sean con las dos salas del crimen y asistencia del señor presidente, y á veces despues de ejecutoriadas el Rey ha tenido á bien mandar que aquel gefe le informe sobre su mérito; advirtiendo ademas que á virtud de recurso hecho al señor gobernador del Consejo Conde de Campomanes por el teniente coronel Don Miguel Maldonado, gobernador de Mérida en la órden de Santiago, contra las sentencias de vista y revista de ambas salas del crimen, en la causa revista por estas de orden del Rey, con asistencia del señor presidente; le pidió el señor gobernador

informe, mandando que en el interin otra cosa resolviese, suspendiera el tribunal la ejecucion de sus sentencias en cuanto á la exaccion de multas impuestas á aquel gobernador.

7. Tambien se ha visto en aquella sala del crímen despues de ejecutoriadas las causas, y aun hallándose los reos satisfaciendo sus condenas en los presidios de Africa, haber su Magestad conmutado las penas de estos, ó modificado el tiempo de aquellas, á virtud de recursos extraordinarios hechos à la Real Persona, de que pudieran referirse muchisimos ejemplares.

8. En corroboracion de que el Rey puede confiar la revision extraordinaria de los procesos criminales ejecutoriados, aun despues de mucho tiempo, á otro tribunal distinto de aquel que los juzgó, añadiré que habiéndose seguido en la sala del crimen de la audiencia de Aragon proceso sobre injurias á instancia de Don Alvaro de Ayerbe, vecino de la villa de Tauste, se determinó y ejecutorió en su favor, verificándose despues de algunos años, que á consecuencia de recurso extraordinario del procesado á la Real Persona del señor Don Carlos III, se mandase llevar la causa original á la sala de los señores alcaldes de Casa y Corte, y que consultasen á su Magestad su parecer; lo que asi se ejecutó, y en su virtud se revocaron las sentencias de la sala del crimen de Zaragoza.

CAPITULO SEXTO.

Del recurso extraordinario al Rey en los juicios eclesiásticos.

§. 1. Los Príncipes dispensan su proteccion al clero siempre que la implora, ó para que la exencion eclesiástica no padezca detrimento, ó para que se mantenga la paz y la disciplina en la iglesia.

2 hasta el 14. Se refieren varios ejemplares de esta proteccion soberana.

15. En los recursos de fuerza despues de decididos tiene lugar el extraordinario á la RealPersona, paraque vuelva á verse el proceso de fuerza en la chancillería, audiencia ó en el Consejo, adonde se remita.

16, 17 y 18. Se citan dos ejemplares que confirman la doctrina del párrafo anterior.

19 hasta el 30. Despues de haber tratado particularmente de los recursos extraordinarios que tienen lugar en cada uno de los juicios, se sientan ciertas reglas generales que tienen aplicacion respectivamente á todo género de causas, sean ordinarias, ejecutivas &c.

1. Es el clero un cuerpo distinguido que forma parte de la sociedad política, y al que los Príncipes dispensan su proteccion cuantas veces la implora, ó para que la exencion eclesiástica no padezca detrimento, ó para mantener la paz y disciplina de la iglesia, pues los Reyes son el escudo y antemural de la religion cristiana.

2. A principios del siglo cuarto de la iglesia, San Atanasio, obispo Alejandrino, fue condenado falsamente por el concilio de Tiro, y depuesto de su dignidad episcopal por unos jueces sospechosos, enemigos y recusados, hallándose aquel ausente, y sin ser oido: cuyas circunstancias dieron ocasion á que recurriese al emperador Constantino, implorando su soberana proteccion, la cual de hecho le dispensó mandando á todos los obispos, que aquella asamblea criminal sin la menor dilacion se presentase en su pretorio, á manifestar ante la Real Persona la justicia sobre que descansaba la severidad de su sentencia.

3. En el concilio general de Calcedonia, que muerto ya Teodosio congregó Marciano, y habia pedido con instancia San Leon, vemos que muchos monges, presbíteros y obispos, habian ocurri-

do al emperador Marciano en solicitud de su proteccion y justicia, implorándola repetidamente contra las ofensas de los jueces eclesiásticos que abusaban de su potestad; cuyo exceso reclamaron muchos varones santos, oprimidos ó maltratados con desprecio de los cánones, de que hace especial memoria la historia eclesiástica, y se lamentó en su tiempo San Agustin.

4. Por el año de 341 se celebró el concilio de Antioquía, cuya autoridad fue despues recibida en el de Calcedonia, y prescribió se volviese á ver la causa de aquellos que imploraron y obtuvieron del Príncipe su rescripto, para celebrarse un nuevo concilio con mayor número de obispos.

5. Es muy memorable la condenacion hecha por el concilio Sardicense à Fotino, el cual ocurrió al emperador Constancio en solicitud de la revision de su causa, *que vino á verificarse en el año de* 357, siendo tan feliz el éxito de la revista, que fue confirmada la condenacion de aquel herege, y se remitieron las actas al emperador.

6. Posteriormente, y en el concilio Sardicense, se trasfirió y refundió en el Papa la potestad que competia á los emperadores de conceder las revisiones de causas eclesiásticas; pero esta santa y venerable asamblea no quitó á los Príncipes absolutamente el derecho de proteccion á los eclesiásticos oprimidos; y solo si lo que hizo fue dar à los mismos facultad de implorar el auxilio de los Papas, sin impedir por esto sus recursos al Emperador, por quien únicamente se acordaba congregar mayor concilio para examinar en él, y retractar lo que menos justa ó lícitamente se hubiese acordado antes por otro menor.

7. En nuestra historia son infinitos los ejemplares que acreditan el uso del recurso protectivo al Rey en los negocios eclesiásticos, del cual se valieron frecuentemente los mas santos y celosos obispos, prelados, cabildos y comunidades, asi seculares como regulares de la nacion; siendo muy notables sobre esta regalía los concilios 3.º y 13 de Toledo. En el discurso con que Recaredo el católico abrió las sesiones del primero de dichos concilios en el año de 585, se dice lo siguiente. »El cuidado de los Reyes se debe extender á que con fundamento y ciencia se entienda la verdad, porque cuanto mas se levanta en las cosas humanas la gloria de la potestad Real, tanto mayor debe ser su providencia en el bien de las provincias que gobiernan; y asi, beatísimos sacerdotes, no solo nos parece obligacion nuestra aplicar la atencion para que los pueblos que estan bajo nuestro dominio gocen de las felicidades de la paz, sino que tambien de-

bemos atender con el favor de Dios á no ignorar las cosas celestiales, convenientes al gobierno espiritual de nuestros fieles vasallos; porque si es oficio nuestro componer con la potestad Real las costumbres humanas, y refrenar la insolencia de los atrevidos, estableciendo la paz y sosiego público, mucho mas debemos cuidar de las cosas divinas, y aspirar á las superiores, para que depuestos los errores, gocen los pueblos de la serena luz de la verdad. En esto se ha de ocupar quien desea ser remunerado de Dios con duplicados honores, haciendo cuenta que por él se dijeron aquellas palabras: *lo que te esforzares, yo te lo satisfaré á mi vuelta.* Supuesto ya que vuestra caridad ha examinado nuestra profesion de fe, y la que tambien han hecho los eclesiásticos y los grandes seglares, parece necesario que para firmeza de la fe católica, y la nueva conversion á ella de nuestros vasallos, se ordene con nuestra autoridad, que en conformidad de la costumbre de los padres orientales, se diga en todas las iglesias de España y de las Galias concordemente, y en clara voz al tiempo de la comunion del cuerpo y sangre de Cristo, el símbolo sacratísimo de la fe, con que los pueblos confesando primero lo que creen, y purificados sus corazones con la fe, lleguen mas dignamente á recibir el cuerpo santísimo de Cristo, y guardándose inviolablemente en la iglesia de Dios este estilo, se confirmará la creencia de los fieles, y se confundirá la perfidia da los hereges, porque facilmente se inclinan los hombres á lo que repetidamente han reconocido y hecho diversas veces, sin que valga la excusa de la ignorancia, á quien por la boca de todos sabe lo que tiene y cree la iglesia católica; y así por reverencia y firmeza de la sagrada fe, añadirá vuestra Santidad á los cánones eclesiásticos que ordenare, esta confesion del símbolo, que por inspiracion divina ha propuesto nuestra Serenidad. En cuanto á la correccion de las costumbres estragadas, condesciende nuestra clemencia en que con sentencias y penas rigurosas y firmes, establezcais lo que se debe prohibir, y con decretos constantes afirmeis lo que conviniere observar."

8. Entre muchos ejemplares que pudiera referir en prueba de la proteccion que imploraron los prelados españoles á nuestro augusto Monarca el señor Don Carlos III, á fin de que su Magestad auxiliase con su soberana autoridad los derechos y las decisiones eclesiásticas, referiré el caso ocurrido en la villa de Elche, diócesis de Orihuela, por el año de 1773, sobre que se dignó el Rey prevenir al señor y gobernador del Consejo lo siguiente.

9. »Ilustrísimo señor: El obispo de Orihuela ha ocurrido al

Rey con la representacion adjunta, exponiendo los motivos que le indujeron á publicar el edicto pastoral que incluye sobre la debida veneracion á los templos, y la pronta filial observancia con que fue admitido en todos los pueblos de su diócesis, á excepcion de lo ocurrido en los dos casos que refiere, especialmente el de la villa de Elche, con motivo de hallarse de cuartel el regimiento de caballería de Alcántara; donde se ha causado el que consta de las dos sumarias que acompañan, y sobre todo el triunfo que se celebró en la iglesia de Santa Lucía de padres mercenarios.

10. »Su Magestad me ha mandado escribir desde luego al obispo, que de ninguna manera innove ni altere lo dispuesto en su edicto, sin embargo de lo que por la carta que ha recibido del escribano de Cámara y de gobierno se le previene; y que asi lo advierta yo por mano de V. S. I. al Consejo para que se suspenda todo procedimiento.

11. »Que su Magestad quiere y manda se observe en sus católicos dominios la mayor veneracion y decoro á los sagrados templos, como casas de Dios y de oracion; y que se asista por los fieles al santo sacrificio de la misa y á los divinos oficios con el mayor respeto, devocion y compostura, á cuyo fin debe prestarse en el Real nombre todo el auxilio necesario á los prelados eclesiásticos, á quienes por su pastoral ministerio incumbe este grave é importante cuidado; y asimismo quiere y manda su Magestad se observe y guarde lo dispuesto por su augusto padre en el capítulo 22 de su Real pragmática, en el que manifestó ser de su Real desagrado las modas escandalosos en los trages de las mugeres, y contra la modestia y decencia que en ello se debe observar, encargando á los obispos y prelados del reino, que con celo y discrecion procuren corregir estos excesos, y recurrir en caso necesario al Consejo, á quien mandó se le diese todo el auxilio conveniente; cuya disposicion, siendo general, debe con mucha mas razon observarse en las iglesias, y en la asistencia á los sagrados cultos y misterios de nuestra redencion; y quiere su Magestad que sea comun y se extienda con estas advertencias, que por punto general quiere el religioso celo de su Magestad que sea, y tenga muy presente el Consejo; y en vista de la representacion del obispo de Orihuela, y de los documentos que acompaña, y remito adjuntos á V. S. I., manda el Rey que le consulte el Consejo sobre el referido edicto y lances que con motivo de su publicacion han ocurrido con los demas antecedentes que tuviere para la resolucion que ha tomado, todo lo que se le ofre-

ciere y pareciere. Dios guarde à V. S. I. muchos años San Ildefonso 24 de agosto de 1773. = Manuel de Roda."

12. Posteriormente ocurrieron graves y empeñados recursos seguidos entre el muy reverendo arzobispo de Valencia y su provisor Don Fermin Ignacio de Almarza, ya en aquella Real audiencia, ya en el Consejo, y ya ante la Real Persona, implorando su soberana proteccion en el asunto, hasta el término de haberse dignado su Magestad resolver lo siguiente (1).

13. »Con motivo de las diferencias ocurridas entre el Arzobispo de Valencia y su provisor Don Fermin Ignacio de Almarza, he tenido por conveniente mandar que este prelado haga presente á la Cámara la persona que destine para sucesor de Almarza en el provisorato, à fin de que esta, hallando que tiene los grados, edad, estudios, años de practica y buen olor en costumbres, que se requieren por las leyes eclesiásticas y del reino, y por mis últimos decretos é instrucciones para ejercer judicatura, lo ponga en mi noticia, y con mi Real aprobacion se lleve á efecto el nombramiento de tal persona; y si hubiese legítimo reparo en ella, se mande al Arzobispo proponer ó destinar otra. Y teniendo presente lo que practica la cabeza de la iglesia, participándome antes las personas que piensa destinar á la nunciatura de estos reinos para la jurisdiccion que han de ejercer en ellos, para nombrar despues de aquellas en que yo no hallo reparo; y atendiendo tambien al decoro de los obispos, al mayor acierto y seguridad de sus provisores, al beneficio de mis vasallos à aquienes han de administrar justicia, y para asegurar mi Real conciencia; he venido en resolver que la providencia referida por lo tocante á Valencia sea general, y que se comunique à los obispos, à fin de que en los casos de provisiones se arreglen exactamente à ella, sin hacer novedad con los actuales &c."

14. Conforme à esta Real deliberacion se verifica el nombramiento, y se expide por la Cámara carta y cédula auxiliatoria en los términos siguientes. El Rey. Reverendo y devoto padre obispo de &c. (y al cabildo eclesiástico de ella); à cualesquiera jueces y justicias de estos mis reinos, y á las demas personas à quienes lo contenido en esta mi cédula toca ó pueda tocar, en cualquiera manera, SABED: que por decreto de 16 de julio de 1784 fui servido resolver que los muy reverendos arzobispos y reverendos obispos y demas prelados eclesiásticos de estos mis reinos hiciesen presentes al mi Consejo de la Cámara las personas que

1 Real decreto de 16 de julio de 1784.

en adelante destinaren para provisores, à fin de que hallando este tribunal tener los grados, edad, estudios, años de práctica y buen olor de costumbres que se requiere por las leyes eclesiásticas y del reino, y por mis últimos decretos é informes para ejercer la judicatura, lo pusiese en mi noticia, y con mi aprobacion se llevase á efecto el nombramiento de la tal persona: en ejecucion, vos el reverendo obispo de &c. en representacion de &c. propusisteis para provisor de vuestro obispado á Don N., expresando su literatura, méritos y circunstancias; y mi Consejo de la Cámara, cumpliendo con lo mandado por mí en consulta de &c. puso en mi noticia esta propuesta, en la cual no se ha hallado reparo; y habiéndoos dado aviso de mi Real resolucion, y despachando conforme à ella, nombramiento en forma de tal provisor y vicario general de ese obispado al referido Don N. visto en mi Consejo de la Cámara se acordó expedir esta mi carta y cédula auxiliatoria, por la cual mando se guarde, cumpla y ejecute el nombramiento por vos hecho en el citado Don N., y que se le haya y tenga por tal provisor y vicario general, sin ponerle embarazo ni dificultad alguna, que asi procede de mi Real voluntad: fecha en &c. = YO EL REY.

15. Pero donde ejerce el Soberano su alta proteccion principalmente y con mayor frecuencia es en los recursos de fuerza, de que se habló en el tratado anterior. En estos mismos despues de decididos tiene lugar el recurso extraordinario al Rey para que vuelva à verse el proceso de fuerza en la chancillería, audiencia ó en el Consejo adonde se remita. En el Soberano reside la facultad de mandarlo asi, y esta regalía se funda en que siendo la proteccion de derecho natural, y prescribiendo la legislacion civil el orden y solemnidades que han de observarse en esta clase de juicios, pueden los Príncipes instados de sus vasallos oprimidos, alterar ó derogar la disposicion legal, mandando que se abra nuevamente el juicio, y se vuelva à ver la causa sin el impedimento de cosa juzgada (1), en unos procesos cuyo conocimiento es un acto extrajudicial, dependiente solo de la voluntad y gracia de los Soberanos para asegurar la justicia de sus pueblos y evitar vejaciones à sus vasallos.

16. En el reinado del señor Don Felipe IV vemos el ejemplar de haber ocurrido á sus Reales pies Agustin Barbosa en un negocio suyo propio, solicitando por un recurso extraordinario, reservado à la soberanía, le auxiliase esta y mandase volver à

1 Salgad. *de leg. polit.* lib. 1. cap. 11. Frass. *de reg. patron. Ind.* cap. 50.

ver el proceso eclesiástico de fuerza, en que habia sucumbido, lo que asi se acordó por aquel Monarca nombrando nuevos jueces para la revision de la causa (1).

17. Durante el glorioso reinado del señor Don Carlos III, tenemos á la vista el reciente ejemplar del recurso extraordinario hecho á su Real Persona por Don Juan Bautista de Nardiz, vecino de la villa de Berneo en el señorío de Vizcaya, exponiendo que sus dos hermanas Doña María Ana y Doña María Antonia, otorgaron con Don José de Lorra, á influjo del guardian del convento de San Francisco de aquella villa, y de otro religioso confesor de la primera, su testamento en 20 de marzo de 1721, por el cual dispusieron de todos sus bienes á favor de la comunidad, con cuya noticia luego que falleció la testadora ocurrieron los causantes de Nardiz á la Real justicia, solicitando la nulidad de las disposiciones, y que se les declarase por herederos abintestato; de todo lo cual procedió recurriese el administrador Don Juan Bautista de Arteaga al ordinario eclesiástico de Calahorra, por quien se inhibió á la Real justicia, de modo que aunque llevados allí los autos declinaron las partes la jurisdiccion, sustanciado el artículo, se estimó juez competente; é introduciendo la fuerza en la chancillería de Valladolid, declaró esta no la hacia el juez eclesiástico en conocer y proceder en la causa, lo cual fue origen de los graves perjuicios é imponderables dispendios que despues se siguieron á la familia de Nardiz, quien por necesidad se sujetó á la jurisdiccion eclesiástica, donde por ejecutoria de tres conformes se declararon válidas las disposiciones reclamadas, con manifiesta injusticia y nulidad del auto de fuerza, á cuya virtud é influjo se habian seguido tantos perjuicios, en vista de los cuales pidió á su Magestad Don Juan Bautista, mandase que el Consejo hiciese llevar á él los autos que se hallaban en la secretaría de breves de la nunciatura; y siendo el negocio profano se remitiese á la justicia ordinaria, ó á la chancillería.

18. Con presencia de este recurso se dignó su Magestad acordar que el Consejo consultase sobre su contenido y suplica cuanto se le ofreciese y pareciese, lo que asi ejecutó, oyendo al señor fiscal; y entregados los autos á las partes *ad effectum videndi*, tuvo el Rey á bien declarar (2), que el conocimiento de nulidad de las insinuadas disposiciones corresponde á la Real jurisdiccion, y que se retuviesen los autos en el Consejo adonde toca su

1 Barbos. *de pension.* 2. part. quæst. 11. 2 Real cédula de 13 de junio de 1775.

conocimiento, por ser aquellas notoriamente contra el auto acordado; cuya Real resolucion se mandó observar unánime y conformemente despues (1) en todos los tribunales Reales, defendiendo los fiscales de su Magestad la Real jurisdiccion con el celo y doctrina que deben por sus empleos, dando cuenta al Consejo en los casos en que la vean perjudicada.

19. Habiendo tratado particularmente en este capitulo y los dos anteriores de los recursos extraordinarios que tienen lugar en cada uno de los juicios, sentaré ciertas reglas generales que deben tenerse presentes y son aplicables respectivamente á todo género de causas, ya sean ordinarias, ejecutivas &c.

20. Regla 1.ª El recurso extraordinario es admisible contra las instancias de vista y revista del Consejo y de los tribunales superiores de las provincias, dispensando su Magestad una revision extraordinaria de aquellas; á cuyo propósito debo observar que cuando en los tribunales superiores del reino se siguen la primera y segunda instancias, ya civiles ó criminales, pueden las partes ocurrir à su Magestad para que asistan à la vista ó revista, bien la sala original y entera, ó los ministros de dos salas con el señor presidente, capitan general, ó regente, ó bien todo el tribunal con su fiscal respectivo, como ha sucedido algunas veces; siendo varios los casos en que el Rey tuvo à bien mandar à sus supremos tribunales, consejos y Reales juntas que los negocios se viesen en Consejo pleno, ó por dos ó mas salas de él, ó con asociados de otros tribunales.

21. 2.ª Se admite tambien el recurso extraordinario contra las determinaciones en grado de segunda suplicacion dadas por la sala de mil y quinientas, no obstante estar dispuesto por la ley (2) que lo juzgado por aquella se ejecute, ya sea la sentencia confirmatoria ó revocatoria en todo ó en parte; pues siempre que medie alguna grave causa digna de la alta consideracion de su Magestad, suele dignarse dispensar aun la tercera suplicacion (3).

22. 3.ª Asimismo puede haber lugar al recurso extraordinario en los procesos de fuerza, mandando su Magestad en virtud de su potestad suprema que se vuelvan á ver en las chancillerías ó audiencias, ó en el Consejo, segun manifesté en los párrafos 15, 16, 17 y 18.

23. 4.ª regla. Suelen admitirse tambien los recursos extraor-

1 Real cédula de 15 de noviembre de 1751.

2 Ley 2. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

3 Antunez *de donat.* lib. 2. cap. 21. num 14.

dinarios de que vamos tratando en los pleitos ejecutoriados de algun tiempo en el Consejo ó chancillerías, de lo cual citaré dos ejemplares: el primero es el que expresa la Real orden siguiente. »Enterado el Rey de la instancia hecha à su Real Persona por Don N., vecino de &c. en que quejándose de la sentencia de esa chancillería, pronunciada en el pleito que de resultas de ciertas providencias de la justicia de aquella villa ha seguido con D., quien extrajo de las casas del recurrente á su hija M. para casarse con ella; y expresando seguírsele graves perjuicios à él y su familia, solicitó que con suspension de los efectos de ella se traigan los autos al Consejo, donde con audiencia fiscal se examinen y determinen conforme à la pragmática; se ha servido su Magestad resolver, que esa chancillería con dos salas y asistencia de V. S. vuelva à ver y determinar este negocio con audiencia instructiva de las partes, teniendo presente lo que corresponda en pena del rapto contra el enunciado D., lo que de orden de su Magestad &c. Madrid 10 de noviembre de 1788. = El Conde de Campomanes. = Señor Presidente de la chancillería de Granada. El segundo ejemplar ocurrió en Valladolid, en cuya chancillería se siguió pleito (ejecutoriado por tres sentencias conformes) entre Don Juan Antonio Ramirez Vahon, abogado, vecino del lugar de Grao, y consortes por una parte; y por otra la abadesa y religiosas del monasterio de la purísima Concepcion, orden de San Francisco de la villa de Ayllon, como heredero dicho monasterio instituido por José Vahon y Teresa Vicente su muger, en el testamento bajo cuya disposicion fallecieron, otorgado en 8 de setiembre de 1753, sobre nulidad de dicho testamento, por comprenderse este en la disposicion del auto acordado. Por las sentencias de vista y revista de 25 de junio y 23 de noviembre de 1763, se declaró la firmeza y validez del testamento, y se libró ejecutoria en 23 de diciembre del propio año; á cuya virtud se puso en posesion de los bienes de la herencia al monasterio.

24. Los parientes de los testadores, despues de haber callado por espacio de cerca de siete años, recurrieron á su Magestad en febrero de 1770 pidiendo que sin embargo de la ejecutoria de la chancillería, se sirviese el Rey mandar que abriéndose el juicio en los términos mas correspondientes, se examinase en el Consejo con audiencia del señor fiscal el citado testamento y la causa de nulidad de la institucion, por ser asunto de mucha entidad, en que no solo interesaban los parientes, sino tambien la causa pública.

25. Esta instancia se pasó al Consejo para que consultase su parecer; y habiendo acordado informase en el asunto la chancillería, lo ejecutó en 11 de junio de 1770, acompañando, como regularmente se acostumbra, el extracto que sirvió para la vista y revista del pleito en ella, poniendo en la consideracion del Consejo todos los hechos que resultaban de la causa, y concluyendo así: » pero cuando se ejecutan despues de tanto tiempo como el presente, parece á la sala que seria conveniente el que vuestra Magestad mandase se les exigiese á los que han presentado dicho memorial, por lo menos la pena que está señalada en los autos acordados 6 y 7. tit. 20. lib. 4. de la nueva Recopilacion, para que se evite el que se continúe en molestar la alta atencion de vuestra Magestad ocupada en negocios de mayor importancia, y el cuidado que deben tener sus tribunales en el mas pronto despacho de las dependencias que diariamente ocurren: que es cuanto se nos ofrece, y parece informar á vuestra Magestad en cumplimiento de lo que se nos manda en su citada Real orden; pero sobre todo vuestra Magestad resolverá lo que fuere de su mayor agrado."

26. Pasado el informe antecedente á la censura del señor fiscal, expresó haber reconocido el expediente con el cuidado y reflexion que pedia la entidad y naturaleza del punto de que se trataba, y no tenia por tan sólidas las razones en que parecia haber fundado la chancillería su determinacion, que pudieran impedir el nuevo examen que solicitaban los parientes de José Vahon, pues nunca se salvaba la contravencion al auto acordado; por cuya consideracion y ser privativo del Consejo el conocimiento de la nulidad consiguiente á ella, podia consultarse á su Magestad, que siendo de su Real dignacion, mandase radicar en sala primera de gobierno el juicio correspondiente, donde las partes expusieran las acciones y defensas que las conviniesen en orden á la nulidad y demas derechos; remitiendo á este fin la chancillería copia íntegra de los autos, sacada con citacion de las partes ó sus procuradores.

27. El Consejo asi lo consultó á su Magestad; y habiéndose conformado con su dictamen, se expidió la correspondiente Real cédula para la remesa de los autos, en cuya virtud los pidieron las partes; y pasada esta instancia al señor fiscal, expuso en su dictamen de 31 de julio de 1772, »que el asunto tenia dos inspecciones harto diferentes que convenia no equivocar para evitar acaso ejemplares perjudiciales. Que el primer concepto se

reducia à la fuerza de lo determinado en la chancillería; y en aquella parte nada convenia tocar, porque aquel tribunal determinó sobre el punto de nulidad en términos comunes lo que creyó de derecho, y no seria justo en un modo informativo retractar su juicio: que el segundo concepto recaia sobre el recurso pendiente en el Consejo y cumplimiento del auto acordado, cuyo asunto propiamente era el radicado en el mismo supremo tribunal, y propio de su instituto, distinto de la accion determinada en la chancillería por términos ordinarios y comunes; sobre cuyos dos particulares unidos podia radicarse el conocimiento en el Consejo, por ser asuntos independientes de lo principal resuelto en la chancillería, para determinarse lo que fuese conforme à derecho con audiencia de las partes, à quienes podria comunicarse el dictamen fiscal para que se procediese à la determinacion definitiva con arreglo à lo resuelto por su Magestad á consulta del Consejo."

28. Asi se mandó por este; y oidos los interesados como tambien el señor fiscal, recayó sentencia declarando que el referido testamento habia sido otorgado contra lo dispuesto en el auto acordado 3. tit. 10. lib. 5 de la Recopilacion; y en su consecuencia se revocaron las sentencias de vista y revista de la chancillería de Valladolid.

29. Regla 5.ª Igualmente suele admitirse el recurso extraordinario à la Real Persona en los de injusticia notoria que se llevan al Consejo de las determinaciones de vista y revista de las chancillerías y audiencias, inclusas las de la corona de Aragon en todo género de negocios, pues si bien las sentencias que se pronuncian en ellos por el Consejo causan una solemne ejecutoria contra la cual no tiene lugar instancia alguna, puede el Rey con justa causa admitir y dispensar á las partes la revision extraordinaria de aquellos procesos, donde vistas las sentencias no se halle comprobada la injusticia notoria en aquel grado que las leyes estiman necesario para reputarse por tales (1).

30. 6.ª Finalmente, aunque se han expresado estos casos particulares en que suele tener lugar mas comunmente el recurso extraordinario à su Magestad, no se crea sin embargo que se limita á ellos; pues esta alta potestad con que el Soberano dispensa su Real proteccion á los vasallos agraviados ú oprimidos,

1 Pereir. *de revision.* cap. 15. num 7.

se extiende á todo tiempo, causa y circunstancias, aun cuando se hallen excluidos de ellas los remedios ordinarios de derecho, como son la apelacion y la súplica; de modo que es indisputable á los Monarcas la potestad de conceder aun las terceras suplicaciones (1), y con grave causa la revision de revision de los pleitos, mandando que la sentencia injusta no se observe hasta volverse á ver la causa, y reducirla al estado de equidad y justicia de que carece, consultando á su Magestad los tribunales superiores las decisiones que pronuncien, y esperando su Real aprobacion para ejecutarlas.

1 Ley 4 tit. 24. Part. 3. que dice: »fueras ende si el Rey le quisiese facer merced como Señor.»

CAPITULO SEPTIMO.

De los recursos extraordinarios al Soberano sobre la conmutacion ó derogacion de las últimas voluntades; y anulacion ó modificacion de los contratos.

§. 1. ¿Que se entiende en el derecho por conmutacion de última voluntad?

2 y 3. ¿De cuantos modos puede hacerse?

4. La conmutacion, aunque establecida por solo el derecho civil, es muy conforme al natural.

5. Dos especies de disposiciones testamentarias.

6. La autoridad legítima es indispensable para que tenga efecto la conmutacion.

7. Los Príncipes pueden conmutar las últimas voluntades, no dirigiéndose estas al culto sagrado ó á otro objeto espiritual.

8. De lo que se dispone en las ordenanzas y constituciones formadas por la junta general de hospicios de Granada, mandadas observar por su Magestad en orden á conmutaciones compatibles con las disposiciones legales y canónicas de aquellas fundaciones que se hallaren inútiles, perdidas ó mal administradas.

9. Está mandado que las conmutaciones de unas cargas espirituales con otras se hagan con la autoridad ordinaria de los prelados eclesiásticos.

10. Tambien está prevenido por su Magestad se cumpla la mente de los fundadores en las cargas de misas y otras prevenidas por ellos.

11 y 12. Otras aceptadas resoluciones del Soberano para objetos de ensenanza y beneficencia.

13 hasta el 20. Justas causas que deben intervenir para la conmutacion de últimas voluntades.

21. Como la conmutacion de las últimas voluntades es una gracia que hacen los Príncipes en sus respectivos casos, se expide esta por su Magestad á consulta de la Cámara, tomando antes un conocimiento instructivo y sumario de las causas de ella.

22. Cuando en las gracias de conmutacion padecen las preces en una sola parte los vicios de obrepcion ó subrepcion, no se viciará por esto la otra parte si es del todo separada de aquella.

23. En las preces de conmutacion de última voluntad deben manifestarse al Soberano todos los vínculos é impedimentos de esta.

24. El conocimiento sumario que precede á las Reales gracias de conmutacion de vo-

luntades, se reduce á un examen escrupuloso de la disposicion testamentaria, y de las causas que se suponen justas para su dispensacion.

25. De la derogacion de las últimas voluntades.

26. De los recursos para anular ó modificar los contratos. Estos pueden celebrarse ó entre los Soberanos y sus vasallos, ó entre estos solamente. En cuanto á los primeros los Príncipes pueden reformarlos y reducirlos á términos de equidad y justicia cuando no fuesen arreglados á la disposicion de las leyes, ó cuando en ello se interese la utilidad pública.

27. El Rey podrá revocar ó modificar las donaciones, aunque remuneratorias, siempre que por el transcurso del tiempo traigan perjuicio considerable á la Real corona.

28. Los Soberanos pueden reformar, y aun en caso necesario anular, los contratos celebrados entre particulares, siempre que en ello se interese la utilidad pública.

1. Llámase en el derecho conmutacion de última voluntad, á la mutacion ó variacion de aquella que el hombre irrevocablemente dispone en algun instrumento, segun la facultad que para ello le dan las leyes.

2. La conmutacion de última voluntad, ó de lo dispuesto en testamento, codicilo, fideicomiso &c. puede ser ó de todo lo dispuesto, ó de alguna de sus partes; ó en lo sustancial; ó en la cantidad, añadiendo esta, ó modificándola; ó en la cualidad detrayéndola y subrogando otra en su lugar, ó en el sitio prescrito para la ejecucion, señalando otro mas cómodo al heredero, legatario, albacea y cualquiera otro poseedor; ó en el tiempo difiriendo el que acordaron los testadores, ó concediendo otro de nuevo (1).

3. El medio de hacerse una conmutacion puede ser ó con causa ó sin ella, ó por escrito ó de palabra, ciñéndose aquella á próxima ó remota, y pudiendo ejecutarse ó por el mismo hombre que dispone de su patrimonio, su heredero ó albacea, ó por una persona pública, como son los Príncipes temporales y eclesiásticos, cada uno respectivamente en su caso y lugar.

4. Para no confundir estos, juzgamos indispensable referir aquí, como preliminar de esta materia, que si bien la conmutacion de las últimas voluntades, establecidas en los testamentos

1 Suarez *de leg.* lib. 3. cap. 15 y 20.

y sucesiones por solo el derecho civil, no trae su origen del natural; es sin embargo muy conforme á este, siempre que la voluntad conmutada sea poco legítima ó imposible de derecho su cumplimiento (1).

5. Las disposiciones se reducen á dos especies, ó puramente pias, que solo son y se entienden cuando la cosa sobre que recaen se encamina á un fin sagrado, como al culto divino, ó á otro objeto espiritual ó anejo á espiritualidad; ó puramente profanas ó mixtas, pudiendo unas y otras conmutarse segun lo exijan las circunstancias, y en los términos que despues diré.

6. La autoridad legítima es indispensable para que tenga efecto la conmutacion de las últimas voluntades; pero es de advertir que los Soberanos pueden usar, ó solo de la potestad ordinaria, ó de la absoluta y extraordinaria: con esta derogan el derecho positivo; al paso que en fuerza de la primera, ó añaden solamente algo á este, ó le dispensan en alguna parte.

7. De aqui procede la facultad de los Príncipes para conmutar las últimas voluntades de sus vasallos, no dirigiéndose estas al culto sagrado, ú otro objeto espiritual, ó á fin alguno que diga relacion á él; teniendo tambien los reverendos obispos en lo que sea concerniente á su jurisdiccion espiritual, declaradas positivamente sus facultades en el santo concilio de Trento, cuando concurre justa y necesaria causa.

8. Por estos mismos principios hallamos dispuesto en las ordenanzas y constituciones formadas por la junta general de hospicio de la ciudad de Granada, y mandadas guardar por su Magestad (2), se tratase entre el señor presidente y el muy reverendo arzobispo de hacer una reunion de administraciones de aquellos patronatos y obras pias que tengan claro y expreso destino y aplicacion para limosna de pobres, crianza y educacion de muchachos, niñas y huérfanas, y otros fines piadosos de beneficencia, cumpliéndose puntualmente las voluntades de los fundadores en los pobres y huérfanos recogidos en el hospicio como mas necesitados: y que se hiciese una prudente conmutacion y aplicacion que fuese compatible con las disposiciones legales y canónicas de aquellas fundaciones que se hallaren inútiles, perdidas ó mal administradas (aunque no tuviesen el expreso y literal destino para los fines del hospicio y seminarios) en todo aquello á que alcanzase la facultad y jurisdiccion del

1 Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 6. Cast. lib. 2. *Controv.* cap. 28.

2 Real orden de 1.° de agosto de 1756.

prelado, concediéndose al señor presidente todas aquellas que fuesen necesarias para su consentimiento en los patronatos de legos. A este fin se formó y estableció una junta particular de reunion ó conmutacion de patronatos ú obras pias, que por su naturaleza y destino deberian ceñirse é incorporarse al hospicio y seminarios, por ser su instituto y fin el mismo, ó aquellas fundaciones que por mal administradas, inútiles ó perdidas, no tienen el efecto que quisieron sus fundadores; y por esto pueden ó deben conmutarse y aplicarse, reconocidas aquellas y el estado de su administracion, reteniéndose esta y el conocimiento de sus rentas en la junta, del mismo modo que estaban retenidas en aquella chancillería las administraciones de patronatos y obras pias, en que su Magestad como patrono universal y superior puede poner su Real mano y proteccion por medio de sus tribunales, siempre que reconoce descuido, omision ó malicia en los patronos ó administradores nombrados (1).

9. Al mismo tiempo se determinó que todas aquellas conmutaciones de unas cargas espirituales en otras que la variedad del destino de los edificios y la necesidad pública requisieran, hubiesen de hacerse con la autoridad ordinaria de los prelados eclesiásticos ó sus delegados en todo lo necesario y conveniente para la mayor seguridad y acierto.

10. Sobre los mismos principios tuvo á bien su Magestad resolver (2) se guardase la mente de los fundadores en las cargas de misas y otras prevenidas por ellos, atendiendo el estado actual de las rentas, distribuyéndose los sobrantes en los destinos conformes al fin de su fundacion, respecto á que preservada la voluntad de los testadores, cumplidas las misas y aniversarios, y provistas otras cualesquiera cargas especificas que tuvieren los bienes, no queda el menor estorbo en disponer de sus residuos, como lo hizo su Magestad erigiendo seminarios en las capitales ú otros pueblos numerosos, donde no los haya, ó en que parezca necesaria y conveniente su ereccion para la educacion y enseñanza del clero, oyendo ante todas cosas sobre ellos á los ordinarios diocesanos. En la propia conformidad mandó el Rey que en cada provincia eclesiástica se erigiese un seminario de correccion para recluir á penitencia los clérigos discolos y criminales, inspirándoles sentimientos religiosos; cuyo establecimiento deberia reglarse por el metropolitano y sus sufragáneos,

1 Cap. 7. de las ordenanzas. 2 Real cédula de 14 de agosto de 1768, cap. 47.

bajo la soberana aprobacion; erigiéndose tambien seminarios de misiones, en que se enseñe y eduque la juventud, y á aquellas personas del clero español que manifiesten vocacion, instruccion y piedad correspondientes á tan santo y grave misterio, sin que jamas puedan entrar extrangeros.

11. Igualmente quiso su Magestad, con el deseo de mejorar en todo lo posible la educacion general de la juventud, en aquellos tiernos años en que tanto necesita de auxilios y principios sanos de moral, se erigiesen para los niños casas de pension, donde se les enseñasen las primeras letras, gramática, retórica, aritmética, geometria y demas artes que pareciesen convenientes, y para las niñas unas casas de educacion con matronas honestas é instruidas que las enseñen los principios y obligaciones de la vida civil y cristiana, y las habilidades propias del sexo, entendiéndose preferentes las hijas de labradores y artesanos.

12. Y finalmente mandó el Rey se formasen y estableciesen segun lo exigieran la utilidad ó necesidad del pueblo ó provincia, hospicios, hospitales, casas de huérfanos y niños expósitos, ocurriendo á la dotacion de aquellas que tal vez se hallan establecidas, ó á su aumento y perfeccion, teniendo presente tambien la asistencia á los pobres encarcelados por el interes de la causa pública y de la piedad cristiana, y por el particular elogio que merece su ejercicio á los santos padres, cánones y leyes de estos reinos y los de Indias.

13. Supuesta la necesidad de que intervenga la autoridad legítima para la conmutacion de las últimas voluntades, veamos ahora cuales serán las justas causas, á virtud de las cuales puede recaer la conmutacion por los Príncipes. Generalmente hablando, todas ellas pueden reducirse á dos solos principios, de necesidad y de utilidad (1), en la cual se comprende la piedad que señalaron como impulsiva algunos escritores.

14. Por lo que toca á la necesidad, esta suele hacer lícito lo que de otro modo no lo seria; de manera que por sí sola es justa y suficiente causa para la conmutacion de las últimas voluntades (2), pudiendo verificarse la necesidad, ya por razon de la misma cosa dispuesta en la última voluntad, que ó no puede ejecutarse, ó solo con grande dificultad, ya por causa del mismo que ha de practicarlo, ó por algun otro motivo extrinseco.

15. Cuando proviene la necesidad de la misma cosa dispues-

1 Suarez *de legib.* lib 6. cap 18. 2 Concil. Trident. ses. 22 cap. 6. *de reformat.*

ta, procede llanamente la conmutacion; por ejemplo, si el monasterio ó casa que quiso el testador se construyese en cierto lugar, no pudiese tener efecto por haberse antes edificado otro en él, puede conmutarse la localidad; sucediendo lo mismo en el caso que la limosna de misas señalada por una fundacion sea tan tenue, que no se halle con facilidad quien las cumpla; ó si la fundacion de un hospital para cierto género de personas no tuviese cumplimiento por falta de estas: en cuyas circunstancias los frutos y rentas señaladas pueden invertirse en otro destino piadoso, el mas conforme á la voluntad del testador, ó el mas util, teniendo consideracion al lugar y al tiempo, á menos que el testador dispusiese otra cosa.

16. Si la voluntad no pudiese practicarse por imposibilidad del mismo que ha de ejecutarla, bien hubiese esta concurrido al tiempo de la disposicion ó sobrevenido despues, es una causa suficiente para la conmutacion. Cuando la necesidad procede de una causa extrinseca, debe distinguirse si en la conmutacion se interesa el bien público ó el particular del testador y su comisario; pues si bien en el primer caso hay una causa suficiente para conmutar la última voluntad (1), en el segundo no basta cualquiera utilidad del dueño del patrimonio ó su albacea, y asi es necesario redunde indirectamente en beneficio del público (2).

17. Tal es el escrúpulo con que las leyes y los Príncipes miran y protegen la puntual observancia de las últimas voluntades, que aun en los casos de necesidad expresados hasta aquí por via de ejemplo, quieren sea aquella urgente ó pública (3).

18. El principio de utilidad es otra de las causas que motivan la conmutacion de las últimas voluntades, pudiendo ser aquella ó pública ó privada, á cuyo propósito es de saber, que el bien comun debe preferirse al particular, pudiendo los Príncipes en grave necesidad compeler á sus vasallos ricos á que le ayuden y defiendan; reducir por la utilidad pública sus concesiones, pensiones y gracias; alterar los contratos; moderar sus donaciones, y reformar en fin sus decretos y pactos (4); pues la utilidad pública se equipara en todo á la necesidad; y contrayéndonos á nuestro intento, es siempre causa suficiente para la conmutacion de toda última voluntad (5).

19. Por lo que hace á la utilidad privada, siempre que esta

1 Covarr. *in cap. tua nobis*, num. 7. *de testam.*
2 Id. lib. 3. *Var.* cap. 6 num. 7.
3 Antunez *de donat.* lib. 2. cap. 11. num 68.
4 Valenz. cons. 98.
5 Concil. Trid. ses. 23. cap. 1, 11 y 14.

redunde de algun modo en beneficio público, será suficiente causa para la conmutacion (1); como por ejemplo se verifica en el caso del sobrante de rentas de una fundacion por defecto de aquellas personas ciertas y determinadas á quienes llamó el testador, cuando se invierte su residuo en otra pia mas conforme á la voluntad de este y mas util al estado.

20. Algunos escritores quisieron hubiesen de concurrir juntamente, para poder los Príncipes conmutar las últimas voluntades de sus vasallos, dos circunstancias, causa justa, y necesidad; pero en la opinion mas sólida basta sola la primera; pues en el caso de la segunda, la misma indigencia hace no quede arbitrio alguno á los Reyes para dejar de mudar ó alterar la voluntad de los testadores (2).

21. Como la conmutacion de las últimas voluntades es una gracia que hacen los Príncipes en sus respectivos casos, se expide esta por su Magestad á consulta de la Cámara, tomando antes un conocimiento instructivo y sumario de las causas en que se funda la instancia. Si el motivo de la conmutacion impulsivo y expreso en ella fue falso, se vicia la gracia, bien se haya cometido el defecto por ignorancia ó por error; pues á los Príncipes deben manifestar en sus preces los vasallos todo aquello que influya en la concesion ó denegacion de las gracias, sin callar ó representar hechos, los cuales sabidos por los Reyes, no accedan á sus concesiones, debiendo aqui notarse viciaria tan solamente la expresion de un hecho falso la gracia de la conmutacion, cuando aquel sea causa final de esta, pero no si es puramente impulsiva.

22. Aun en las mismas gracias de conmutacion puede ocurrir que las preces tengan en una sola parte el vicio de subrepcion ú obrepcion, y en este caso no viciarán la otra si fuese en el todo separada de aquella, y no hubiese sido causa absoluta de la concesion.

23. Por lo mismo deben manifestarse al Príncipe en las preces de conmutacion de última voluntad todos los vicios é impedimentos de esta, como por ejemplo, si se hubiese impetrado otra vez igual merced, ó denegado; si se obtuvo en alguna sola parte, con la cual tenga relacion ó contradiccion la nueva gracia; y si el testador prohibió se impetrase esta, como puede hacerlo; pues entonces debe concurrir superior causa, cual

1 Covarr lib. 3. *Var.* cap. 6.

2 Rojas de Almansa *de incompatibilitate*, disp. 3. quæst. 10. num. 31. Antunez lug. cit. num. 72.

será la imposibilidad de cumplir su última voluntad.

24. El conocimiento sumario, que precede á las Reales gracias de conmutacion de voluntades, se reduce á un examen escrupuloso de la disposicion testamentaria, y de las causas que se suponen justas para su dispensacion, las cuales deben justificarse con citacion del inmediato legítimo interesado en que la voluntad subsista del modo y en la forma que la acordó el testador (1); pues en otros términos la Real gracia padece un defecto insubsanable, á virtud del cual deberá retenerse en el Consejo.

25. Síguese ahora la cuestion siguiente; á saber: si asi como los Príncipes tienen facultad para conmutar las últimas voluntades ¿podrán tambien derogarlas? Muchos escritores opinan que no, fundándose principalmente en que los testamentos traen su origen del derecho de gentes, dejando solo á la ley civil la facultad de prescribir ó arreglar las solemnidades con que aquellos deben hacerse. Otros autores (2) son de contrario dictamen, negando que la traslacion de dominio por última voluntad proceda del derecho de gentes; y en efecto no puede dudarse, que cuando uno muere se disuelven los vínculos que tenia, por decirlo asi, sujeta á su dominio la propiedad de sus bienes. La ley sola puede restablecer estos vínculos, pues sin ella los bienes destituidos de sus dueños serian del primer ocupante: asi pues la sucesion es una institucion civil, por la cual la ley trasmite á un propietario nuevo y designado anticipadamente la cosa que acaba de quedar sin su propietario anterior. Con arreglo á estos principios parece que el Soberano como legislador podrá derogar las últimas voluntades, siempre que intervenga una causa justa y de utilidad pública.

26. Pasando ahora á los contratos, estos pueden celebrarse ó entre los Soberanos y sus vasallos, ó entre estos solamente. En cuanto á los primeros no hay duda que los Príncipes deben guardar la fe prometida, obligándose con igualdad lo mismo que cualquiera persona privada (3), siendo los contratos justos y en nada opuestos á la disposicion de las leyes que los arreglan; pues siendo al contrario, deben estos reformarse y reducirse á términos de equidad y justicia (4). Sin embargo este principio general admite algunas limitaciones; por ejemplo, cuando se

1 Gonzalez ad regul. 8. Cancellar quæst. 18. num. 76.

2 Salcedo. *de leg. polit.* lib. 2. cap. 14, desde el num. 30. Antunez *de donat.* lib. 2. cap. 11, desde el num. 65. Covarr. lib. 3. cap. 6 Elizond. *Pract. univ. for.* tom. 5. pag. 169. §. 31.

3 Salced. *de leg. polit.* lib. 1. cap. 7. num. 10. Valenz. consil. 2. num. 54.

4 Larrea allegat. 3 y 4.

interesa la utilidad pública, puede el Soberano retractar ó modificar sus contratos por el bien de la paz, ó para evitar algun escándalo. Asimismo cuando el vasallo falta al Soberano en el cumplimiento de lo que le promete ó pacta, no está este obligado á ejecutar sus estipulaciones aunque fuesen juradas.

27. En orden á las donaciones ó mercedes hechas por los Soberanos, es indudable que no pueden despues quitarlas señaladamente si la donacion se fundó en méritos del agraciado (1). No obstante el Rey podrá revocar ó modificar las donaciones aunque sean remuneratorias, siempre que por el trascurso de los tiempos traigan perjuicio considerable á la Real corona. Asi lo hicieron los señores Reyes católicos por su Real provision de 16 de febrero de 1486, en cuyo proemio se dice: »Por cuanto el Rey Don Enrique II, habiendo hecho muchas donaciones en perjuicio y diminucion de la corona Real de estos reinos, por descargo de su conciencia, y para algun reparo y remedio de lo que asi habia hecho en perjuicio de dicha corona, puso una cláusula en su testamento &c."

28. Ultimamente, en orden á los contratos celebrados entre particulares, no hay duda que los Soberanos, atentos siempre á procurar el bien comun, pueden por la utilidad pública reformar ó modificar dichos contratos, y aun en caso necesario anularlos (2).

1 Ley 1. tit. 5. lib. 3. Nov. Rec. que dice asi: »Las cosas que el Rey diere á alguno, que no se las pueda quitar el ni otro alguno sin culpa; y aquel á quien las diere haga de ellas lo que quisiere, asi como de las otras cosas suyas; y si muriere sin testamento, háyanlas sus herederos."

2 Larrea allegat. 3 y 4. Palac. Rub. *in repet. rubr.* §. 56 y siguientes.

CAPITULO OCTAVO.

De los recursos extraordinarios para derogar, alterar ó mudar los mayorazgos y sus llamamientos; enagenar los bienes de ellos; imponer censos; y consignar alimentos sobre los mismos.

§. 1. ¿Que se entiende por derogacion de un mayorazgo?

2 hasta el 6. Facultad suprema que tienen los Soberanos para derogar una fundacion, mudar la cualidad de un mayorazgo, reducir al estado de libres los bienes vinculados, autorizar al padre para que en la fundacion pueda elegir al que quiera de sus hijos &c.

7. Los grandes, títulos y otras personas ilustres, cuando capitulan sus matrimonios, suelen hacerlo bajo ciertos pactos referentes á los bienes de ambos cónyuges, y á proveer su futura sucesion. ¿Que fuerza tienen estos pactos?

8. Se cita un ejemplar en confirmacion de la facultad que tiene el Soberano para variar el modo y orden de suceder designado por los fundadores.

9. Disposicion muy notable en la legislacion del reino en que tratándose del casamiento de la serenísima señora Infanta Doña Ana con el Rey de Francia, se estableció por capitulacion matrimonial, que ni aquella ni sus descendientes puedan perpetuamente suceder en el reino de España.

10. Los Reyes pueden tambien habilitar para la sucesion á las hembras excluidas de ella por el fundador, antes de verificarse la sucesion.

11. Asimismo pueden dispensar los preceptos ó condiciones puestas por el fundador, ya para que el poseedor use precisamente de cierto apellido, armas ó insignias, ya para que habite en determinado pueblo ó casa &c.

12. Las preces del que solicita la gracia para derogar, mudar ó alterar la voluntad de los fundadores, han de carecer de vicio en todo aquello que si el Príncipe lo supiese, ó no las dispensaría, ó con dificultad accedería á ellas.

13. De los recursos extraordinarios que tienen por objeto la enagenacion de bienes de mayorazgo. Estos por regla general no pueden enagenarse, á menos que intervenga Real facultad.

14. Los Soberanos no acceden á la solicitud de enagenacion de bienes de mayorazgo, á menos que intervenga justa causa para ello.

15. En las preces al Rey para obtener la facultad de enagenar, debe hacerse particular expresion de la voluntad del testador, esto es, si prohibió la enagenacion aun interviniendo justa causa, tomándose de esta un conocimiento sumario, con citacion del inmediato sucesor.

16. Cuando se expide la Real facultad de enagenacion para bien de la misma corona, como es cuando se la auxilia en sus urgencias, se verifica la concesion prestando los Soberanos á los poseedores de mayorazgos el buen cambio para que se subrogue en la propia vinculacion.

17. En las enagenaciones de que vamos tratando suelen ser diversas las Reales facultades que se conceden, segun la mayor ó menor extension de ellas.

18. Los sucesores del poseedor de un mayorazgo tienen derecho para anular las enagenaciones defectuosamente hechas, por el mismo orden con que se admiten al goce de la vinculacion.

19. De los recursos extraordinarios que tienen por objeto la imposicion de censos sobre bienes de mayorazgo. ¿En que términos podrá verificarse esta?

20. Para impetrar Real facultad con el objeto de imponer dichos censos debe intervenir justa causa.

21. Se resuelve la cuestion siguiente. ¿Que fuerza tendrán las cláusulas que suelen poner los fundadores de prohibir á sus sucesores, asi la enagenacion de los bienes amayorazgados, como la impetracion de Real facultad para hacerla, y otras semejantes condiciones?

22. En todos aquellos casos en que se recurre al Soberano para obtener Real facultad de enagenar ó censuar bienes de mayorazgo, deben hacerse presentes en las preces todas las prohibiciones, cláusulas derogatorias y la exclusion de cuantas causas prescribió el testador.

23. Tambien es necesario que se exprese en estas instancias que los frutos ó rentas del mayorazgo no alcanzan á pagar las deudas, y que el poseedor no tiene bienes libres para ello.

24. Hecho el recurso extraordinario en solicitud de la Real facultad, es indispensable citar al inmediato poseedor del mayorazgo, de cuyo perjuicio se trata en la enagenacion ó gravamen de bienes sujetos á restitucion.

25. La facultad de imposicion de censo se concede unas veces para que el capital de este se ponga en secuestro á disposicion de la justicia, y otras para que se entregue al poseedor.

26. Cuando haya de ponerse en secuestro el capital, no puede el dueño del censo entregar aquel al poseedor del mayorazgo sin cargo de responsabilidad.
27. Verificada al tiempo señalado la redencion por el poseedor, no puede este sin nueva Real facultad volver á imponer el mismo censo.
28. La prohibicion general establecida por las leyes para enagenar, obligar ó permutar los bienes del mayorazgo sin Real facultad, se extiende aun al caso urgente de alimentos; y lo que se observa en la práctica es ocurrir los poseedores á su Magestad en solicitud de Real facultad para consignar alimentos anuales de los frutos y rentas á los hijos y la muger, verificada la viudedad de esta.
29. Peticion de las cortes de 1602 al señor Don Felipe III, para que el sucesor en el mayorazgo hubiese de alimentar á la muger que quedase pobre y sin dote mientras se conservase viuda.
30. Creacion de una junta en tiempo del señor Felipe IV para arreglar las cantidades que entre poseedores de mayorazgos pueden consignarse de los frutos y rentas de estos.
31. Cédula de diligencias que se expide previamente con insercion de la instancia, ó escritura de capitulacion de alimentos hecha por los poseedores de mayorazgos.
32. Las instancias que se hagan por los poseedores de mayorazgos para la consignacion de alimentos en favor de sus viudas ó hijos, no deben comprender hecho alguno falso, ni ocultar alguno de los que puedan influir en la concesion ó denegacion de la gracia.
33. Para evitar el perjuicio de una facultad expedida con vicios de obrepcion, ó subrepcion, tienen los interesados á quienes perjudique, el remedio de ocurrir al Consejo en solicitud de que se retengan las cédulas y gracias que dimanan de la Cámara.
34. La variedad que se notó en la extension de los decretos del Consejo á las demandas de retencion de gracias hechas por su Magestad y la Cámara, dió motivo á mandar la sala de justicia con acuerdo del Consejo pleno, que siempre que por cualquiera persona particular se ponga demanda de retencion de las referidas gracias, los escribanos de Cámara den cuenta; y si se admiten, extiendan los decretos en la forma que allí se expresa.
35. Admitida la demanda en los términos expresados, se sustancia el juicio como cualquiera ordinario.

1. La derogacion de un mayorazgo es un acto, por el cual el Príncipe, ó de todo punto destruye la voluntad de aquel que gravó sus bienes, obligando á los poseedores á restituirlos de unos en otros; ó altera alguna parte de sus llamamientos, ya en las líneas, ó ya en sus cualidades, trasformándolas de una naturaleza en otra.

2. Entre las fundaciones de mayorazgos conviene tener presente una notable diferencia; pues ó aquellas se hacen mediante Real facultad que despacha la Cámara por sí, sin consulta; ó sin intervenir aquella; pudiendo en el primer caso los Príncipes sin causa mudar la forma señalada á la sucesion, no teniendo algun tercero derecho ya adquirido; al paso que en el segundo debe concurrir un grave y urgente motivo, así para infringir el todo de la sucesion, como alguna de sus cláusulas (1) (*).

3. Por lo que hace á la derogacion en el todo de una fundacion de mayorazgo, si bien se interesa el estado en que se conserven las familias ilustres, no pueden disputarse á los Príncipes la autoridad y facultad de suprimirla ó derogarla mediante una justa y legítima causa (2).

4. En cuanto á la mutacion ó alteracion de una sucesion perpetua, es indisputable en los Príncipes la facultad de mudar la regularidad en cualidad agnaticia: ó esta en aquella, aunque por especial disposicion se hallen perpetuamente excluidas las hembras (3).

5. Por los mismos principios pueden los Soberanos reducir al estado de libres los bienes vinculados, mediante su Real facultad ó sin ella, y quitar el derecho de suceder á los primogénitos confiriéndole á los segundos, siempre que medie una justa y racional causa, y sin necesidad de compensarles de modo alguno aquel perjuicio (4), como sucede en los delitos sujetos á la pena de confiscacion, y se verifica tambien á consecuencia de la Real pragmática sobre matrimonios de los hijos de familia; en cuya ley (5) se halla expresamente declarado, que en cuanto á los vínculos, patronatos y demas derechos perpetuos que po-

1 Greg. Lop. en la ley 3. glos. 2. tit. 13. Part. 6.

* En el dia es inútil esta distincion que hace el señor Elizondo: pues segun hice ver en el tom. 2. pag. 20. §. 1.° no se pueden fundar mayorazgos ni prohibir perpetuamente la enagenacion de bienes sin Real licencia á consulta de la Cámara.

2 Salced. *de leg. polit.* lib. 2. cap. 14. Luca *de regal.* disc. 148. num. 17.

3 Salced. lug. cit. num. 91.

4 Antunez *de donat.* lib. 1. cap. 11. num. 82.

5 Cap. 4 de la Real pragmática de 23 de marzo de 1776.

seyesen los contraventores ó en que tuviesen derecho á suceder, queden privados de su goce y posesion respectiva, y asi ellos como sus descendientes sean y se entiendan postergados en el orden de los llamamientos; de modo que pasando al siguiente en grado, en quien no se verifique igual contravencion, no puedan suceder hasta la extincion de las líneas de los descendientes del fundador, ó personas en cuya cabeza se instituyeron los vínculos ó mayorazgos.

6. En estos mismos fundamentos se apoya la facultad Real para que el padre pueda elegir de los hijos en la fundacion de un mayorazgo al que quisiese; ó para que agregando la muger los bienes á los del marido la nombre primera usufructuaria, aun de los títulos y dignidades de Castilla con que el Rey hubiese remunerado los servicios de aquel hechos al estado en la paz ó en la guerra de que ha habido ejemplares.

7. A semejanza de esto es costumbre entre los grandes, títulos y personas ilustres del reino cuando capitulan sus matrimonios, hacerlo bajo ciertos pactos y condiciones referentes á los bienes de ambos cónyuges, y á proveer su futura sucesion, pactando entre sí que los mayorazgos compatibles por la ley de su fundacion se hagan incompatibles y dividan, mediante Real facultad, entre el primero y segundo de sus hijos. Estos pactos, sin embargo, no producen obligacion en quien los hace de obtener la Real facultad, ni accion en la persona en cuyo favor se celebraron; pero el Soberano puede aprobarlos y darles firmeza mediando una causa justa: bien ceda esta principalmente en beneficio público, ó bien dimanen la mutacion y alteracion de la voluntad de los testadores de una utilidad privada, que redunde indirectamente en beneficio comun (1): entendiéndose siempre justa causa aquella que los Reyes declaran tal, como prácticamente se ve en la facultad Real que los Príncipes conceden á un padre para fundar mayorazgo á favor de uno de sus hijos ó hijas, excluyendo á los demas de su legítima, con tal que les deje alimentos (2).

8. En confirmacion de la facultad que tiene el Soberano para variar el modo y orden de suceder designado por los fundadores, citaré el ejemplar siguiente entre otros muchísimos que pudiera referir. Juan Fernandez Tovar fundó mayorazgo á virtud de Real facultad, obtenida por el año 1442 en favor de sus hijos, de la

1 Noguerol. alleg. 32. num. 60.
2 Espino *de test.* glos. 19. num. 2. Rejas de Almansa *de incompatibilit.* disp. 3. quæst. 10. num. 20.

casa llamada de Tovar, en las villas de Verlanga, Astudillo y otras; pero habiéndose verificado la sucesion de Doña María de Tovar, que casó con Don Iñigo Fernandez de Velasco, condestable de Castilla y duque de Frias, obtuvieron facultad de los señores Reyes Doña Juana y su hijo para poder mudar y variar el modo, forma y orden de suceder en este mayorazgo, llamando á Don Juan de Tovar, su hijo segundo, con exclusion del primogénito, sus hijos y descendientes, quedando para siempre este mayorazgo de pura y rigurosa agnacion; cuya facultad está reservada á los Príncipes, asi como la de hacer compatibles dos mayorazgos que no lo sean, ó por el contrario citándose siempre para la expedicion de estas gracias al inmediato sucesor; de cuyo perjuicio se trata en ellas (1).

9. En la legislacion del reino es muy notable la disposicion (2) en que tratándose del casamiento de la serenísima señora Infanta Doña Ana con el Rey de Francia, se estableció por capitulacion matrimonial, que ni aquella si sus descendientes pudiesen perpetuamente suceder en el reino de España y sus adyacentes.

10. Asi como los Soberanos tienen facultad de excluir á las hembras de la sucesion de los mayorazgos, á que son llamadas por los fundadores, cuando lo consideran conveniente para la conservacion de ciertas familias; por el contrario pueden tambien habilitar á las mismas hembras excluidas de los mayorazgos por la voluntad de los testadores, antes de verificarse la sucesion (3).

11. En iguales términos pueden los Príncipes dispensar los preceptos puestos por el fundador, ya para que el poseedor use precisamente de cierto apellido, armas é insignias (4), ya de habiter en determinado pueblo ó casa (5), y ya de casar con cierto número de personas, interviniendo una justa causa para ello, reservada solo á su soberano arbitrio.

12. Establecida ya por regla general la necesidad de causa justa para la derogacion, alteracion ó mutacion de la voluntad de los fundadores, debo advertir que las preces del que solicita estas gracias han de carecer de vicio en todo aquello que si el Príncipe lo supiese, ó no las dispensaria, ó con dificultad accederia á ellas.

13. Paso ahora á tratar de los recursos extraordinarios, que tienen por objeto la enagenacion de bienes de mayorazgo. Por regla general estos no pueden enagenarse ni aun para restitucion

1 Rojas de Almansa lug. cit. Valenz. cons. 69.
2 Ley 4. tit. 1. lib. 3. Nov. Rec.
3 Molin. *de primog.* lib. 1. cap 8 n. 29.
4 Luca *de fideicommis.* disc. 14.
5 Nuguerol. alleg. 2. num. 59.

de dote ó alimentos del poseedor ni de sus hijos, no interviniendo Real facultad, ó habiéndose obligado á ello el fundador (1).

14. Aun los mismos Soberanos no adhieren á la solicitud de enagenacion de dichos bienes, á menos que intervenga justa causa, ó bien pública, ó concerniente á la utilidad ó necesidad del mismo mayorazgo. Por ejemplo de la primera se ofrece desde luego el caso de pedir el poseedor del mayorazgo facultad para enagenar con el fin de servir al Rey en la paz ó en la guerra (2). La segunda será cuando por ejemplo se solicita la Real gracia, ya para reparar los bienes de mayorazgo, aumentarlos ó mejorarlos considerablemente, ó ya para pagar las deudas del fundador, bien supiese ó ignorase este haberlas contraido (3).

15. En las preces al Rey para obtener la facultad de enagenar los bienes de mayorazgo, debe hacerse particular expresion de la voluntad del testador, esto es, si prohibió la enagenacion aun interviniendo justa y legítima causa (4), tomándose de esta un conocimiento sumario con citacion del inmediato sucesor, para examinar si con los réditos ó frutos de los bienes del mayorazgo pueden cumplirse sus cargas, sin necesidad de llegarse á su enagenacion: si antes de esta gracia se obtuvo otra al propio fin y en qué términos; y si la instancia que deduce el poseedor comprende algun vicio de obrepcion ó subrepcion que impida se dispense por el Soberano su Real facultad (5).

16. Cuando se expide esta por los Príncipes para bien de la misma corona, como es cuando se la auxilia en sus urgencias, se verifica la concesion prestando los Soberanos á los poseedores de mayorazgos el buen cambio, para que se subrogue en la propia vinculacion; al contrario si la Real gracia dimanase de una causa pública que mire al obsequio de los Soberanos, como v. gr. para servirlos en la guerra ó en la paz, con honor y lustre de los propios poseedores, entonces ninguna obligacion hay de parte de los Príncipes á resarcir estos perjuicios (6).

17. En las enagenaciones de bienes de mayorazgos suelen ser diversas las Reales facultades que se conceden; pues unas veces se dispensan sin cualidad alguna y otras con la condicion de reintegrar el poseedor la cosa enagenada por medio de la subrogacion de alguna equivalente, dentro de cierto y determinado término; pudiendo en el primer caso usar libremente de la Real

1 Molin. lib. 4. cap. 6.
2 Dicho lib. 1. cap. 8. num. 28.
3 Crespi observ. 106. Molin. lib. 4. cap. 6.
4 Molin. lib. 4. cap 3 num. 29.
5 Id. lib 3. cap 3. num. 23.
6 Id. lib. 4. cap. 3. num. 6.

gracia sin quedar sujeto á responsabilidad, al paso que en el segundo, siempre el mas usual en la Cámara, deberá cumplir inviolablemente cuanto prescribe la Real facultad (1).

18. Supuesta ya la prohibicion que tiene el poseedor de un mayorazgo para enagenar sus bienes sin Real facultad, debe saberse tambien que los sucesores tienen derecho para anular las enagenaciones hechas defectuosamente, por el mismo orden con que se admiten al goce de la vinculacion; de modo que si el mas próximo fuese negligente en deducir su solicitud, podrá instaurarla el siguiente, requiriendo antes para ello al primero, y no satisfaciendo este á su obligacion en el tiempo que se le prescriba; en inteligencia que han de quedar excluidos de accion los mismos que hayan enagenado, ó sus herederos (2).

19. Otros recursos extraordinarios tienen por objeto la imposicion de censos sobre bienes de mayorazgo; á cuyo propósito es de saber, que en las fundaciones de mayorazgos han de distinguirse las que expresa y literalmente impiden toda enagenacion, de aquellas que únicamente se presume prohibirla por solo el hecho de sujetar los bienes á restitucion. En el primer caso no puede el poseedor imponer censo alguno sobre bienes de mayorazgo, aun por el tiempo de su vida sin Real facultad, que remueva los dos impedimentos de ley, y de hombre para autorizar semejantes contratos (3). Pero en el segundo caso los poseedores pueden imponer censos con Real facultad por solo el tiempo de su vida, sin que sea trasmisible la obligacion á los sucesores; verificándose lo mismo en cuanto á poder gravar solo el usufructo de los bienes, y con igual limitacion vitalicia (4).

20. Asi como para impetrar Real facultad con el fin de enagenar bienes de mayorazgo debe preceder justa causa, esta misma debe intervenir para la imposicion de censos y continuacion de otras obligaciones sobre bienes de mayorazgo: de modo que sin mediar utilidad pública ó particular y evidente de la misma vinculacion, ni se expiden las Reales facultades, ni concedidas pueden surtir efecto alguno (5).

21. Solo resta en esta materia de enagenacion de bienes de mayorazgo resolver una cuestion de importancia. Sucede que en muchas vinculaciones se halla puesta por el fundador la prohibicion á sus sucesores, asi de enagenar los bienes amayorazgados, como de impetrar Real facultad para autorizar estas enage-

1 Id. cap. 7. num. 16.
2 Molin. *de primog.* lib. 4. cap 1, desde el num. 16.
3 Molin. en dicho lib. cap. 21.
4 Molin. alli, cap. 2. num. 4.
5 Molin. lib. 4. cap. 3.

naciones, imponiendo pena de privacion à los contraventores, con derogacion especial de las facultades que obtengan, excluyendo toda causa pública ó de evidente utilidad, à cuyo fin recurren al mismo Soberano, y obtienen de este su confirmacion. Se pregunta ¿que fuerza tendrán estas cláusulas prohibitorias? En primer lugar es indudable que obligan à los inmediatos sucesores, quienes deben observarlas rigorosamente, porque à ellos se dirigen; mas no por ellas debe creerse restringida perpetuamente la facultad de los Soberanos, cuya autoridad suprema siempre se considera exceptuada en toda disposicion, y asi mediando justa causa pública pueden dispensar la gracia de la enagenacion, tanto porque la causa pública siempre se considera exceptuada en cualquiera disposicion, como porque la voluntad del hombre jamas tiene tal eficacia que pueda invalidar el efecto de las leyes ó disposiciones encaminadas al bien del estado. Lo mismo debe decirse cuando de la enagenacion resulta una evidente utilidad del mayorazgo, à menos que esta causa se halle expresamente excluida en la fundacion, como puede hacerlo el testador, pues en tal caso deberá observarse la voluntad de este, como que entonces no se trata de una causa de interes general (1).

22. En todos aquellos casos en que se recurra al Soberano para obtener Real facultad de enagenar ó censuar bienes de mayorazgos, deben hacerse presentes en las preces todas las prohibiciones, cláusulas derogatorias y la exclusion de cuantas causas prescribió el testador; pues la omision de aquellas, ya finales, ya impulsivas, hacen subrepticia la gracia (2).

23. Tambien es necesario se exprese en estas instancias, que los frutos ó rentas del mayorazgo no alcanzan à pagar las deudas, y que el poseedor no tiene bienes libres para ello; pues sin este concurso de circunstancias cualquiera enagenacion ó gravamen padece vicio (3).

24. Hecho ya el recurso extraordinario en solicitud de la Real facultad, es indispensable citar al inmediato poseedor del mayorazgo, de cuyo perjuicio se trata en la enagenacion ó gravamen de bienes sujetos à restitucion, para el examen y justificacion de las causas que ocasionen la instancia, nombrándoles si fuesen póstumo ó menor un curador, sin cuya asistencia y consentimiento será nulo cuanto se practique; pues aquel que

1 Id. dicho lib. y cap. num. 25. Avendaño, *de censib.* cap. 62. num. 18 y 20.
2 Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 20. Mascard. *de probat.* conclus. 816.
3 Molin. *de primog.* lib. 4. cap. 3.

se funda en la existencia de una Real facultad, debe probar la verdad de ella, como tambien que los bienes de cuya enagenacion ó gravamen se trata, corresponden à las deudas, cuya satisfaccion obliga à solicitarla (1).

25. Obtenida ya la Real facultad, se extiende esta unas veces para que el capital del censo que ha de tomarse se ponga en secuestro à disposicion de la justicia, de donde y con su intervencion se saque para invertir en los fines de la Real gracia; y otras veces para que se entregue al poseedor del mayorazgo, debiendo este emplear el capital en ciertos y determinados objetos, redimirle dentro de algun término, y consignar al mismo intento anualmente la cantidad que se regule, en el lugar ó persona que tenga el Rey á bien señalar.

26. Cuando haya de ponerse en secuestro el capital, no puede el dueño del censo entregarle al poseedor del mayorazgo, sin cargo de responsabilidad; debiendo irse sacando del depositario las cantidades necesarias para cumplir los fines de la Real facultad, sin ser permitida su inversion en otros, aunque sean de igual ó mayor necesidad ó utilidad (2).

27. Verificada al tiempo señalado la redencion por el poseedor del mayorazgo, no puede este sin nueva Real facultad volver à imponer el mismo censo, y gravar perpetuamente à los sucesores al pago de sus réditos sin nuevo Real permiso, el cual tambien es indispensable, y con facilidad y frecuencia se obtiene para reducir à menos cantidad las anualidades, presentándose ocasion de hacer este beneficio à los mismos mayorazgos.

28. La prohibicion general establecida por las leyes para enagenar, obligar ó permutar los bienes de mayorazgo sin Real facultad, se extiende aun al caso urgente de alimentos del mismo poseedor, ó los que este debe dar à su muger é hijos por pagas anticipadas y al principio de cada cuatrimestre; pues ni en la práctica impetran los poseedores, ni concede su Magestad à consulta de la Cámara Reales facultades para enagenar ú obligar los bienes de mayorazgo à dicho fin. Lo que se observa es ocurrir los poseedores à su Magestad por Real facultad para consignar alimentos anuales de los frutos y rentas à los hijos y la muger verificada la viudedad de esta.

29. Hallándose el reino junto en cortes por el año de 1602, que se concluyeron en el de 1604, y publicaron en el de 1610, pidió al señor Don Felipe III mandase que à la muger que que-

1 Menoch. cas. 201 y 204. 2 Avendañ. *de censib.* cap. 64. num. 4.

dase pobre y sin dote competente, sea obligado el que sucediere en el mayorazgo à alimentarla interin se conservase viuda, sobre cuyo punto no recayó decision, por la cual clamaba la necesidad de unos objetos tan recomendables en la sociedad.

30. Por lo mismo, y para arreglar las cantidades que entre poseedores de mayorazgos pueden consignarse de los frutos y rentas de estos à sus viudas, se creó la Real junta de viudedades por el señor Don Felipe IV en el año de 1660, compuesta de tres ministros del Consejo de Castilla y un secretario, que es el oficial mayor de la secretaría de la Cámara por lo tocante á Gracia y Justicia, dirigiéndose por su Magestad con decretos, à quien le preside, los memoriales que por la via reservada dan los interesados en las pretensiones de facultades que quieren impetrar; à fin de que en su vista consulte la junta al Rey lo que se la ofreciere y pareciere, juntándose esta en la sala segunda de gobierno, ó despues de concluida la hora de audiencia, cuando hay que despachar.

31. A este fin se expide previamente una cédula llamada de diligencias, con insercion de la instancia ó escritura de capitulacion de alimentos, por los poseedores de mayorazgos, en caso de sobrevivir à las mugeres, para calificacion del importe liquido de las rentas de estos, deducidas sus cargas y obligaciones con citacion del inmediato sucesor: à consecuencia teniendo presentes la junta la calidad y condicion de las personas y el producto de los mayorazgos, con todas sus responsabilidades, consulta à su Magestad, ó à favor de todo lo que solicitan los interesados, ó en menos, con arreglo al producto de las mismas vinculaciones, no excediendo regularmente, y sin grave causa de la sexta parte de este las consignaciones; à que se sigue, conformándose el Soberano con lo propuesto por la Junta, bajar separadamente los decretos Reales à la Cámara, para que por esta via se libren las facultades correspondientes à la consignacion.

32. Las instancias que se hagan por los poseedores de mayorazgos para la consignacion de alimentos à favor de sus viudas, ó de los hijos ó hijas, no deben comprender hecho alguno falso, ú ocultar aquellos que sabidos por los Reyes son causa de que se niegue por lo comun su soberana concesion, ó si la dispensan es con suma dificultad.

33. Para evitar el perjuicio de una facultad expedida con los vicios de obrepcion ó subrepcion, tienen los interesados à quienes perjudique el remedio ordinario de ocurrir al Consejo en solicitud de que se retengan las cédulas y gracias que dimanan de

la Cámara. Habiéndose ofrecido reparo à esta en entregar algunos papeles que se pedian por la sala de justicia, acordó no se den los respectivos à gracias que aunque esten pedidas no se hayan acordado por esta, respondiéndose asi por la secretaría en el mismo expediente con que el Consejo pide los papeles, para que le conste y vea la providencia que ha de tomar con los que solicitan la retencion de alguna gracia aun no expedida suponiendo estarlo, y que se remitan los papeles de las acordadas, aunque de ellas no se haya dado despacho, previniéndose en el expediente esta circunstancia con su direccion bajo cubierta al ministro que presida la sala de justicia, para hacerlo presente en ella y darle curso, evitando por este medio la malicia que podria haber si se entregase à las partes.

34. La variedad que se notó en la extension de los decretos del Consejo à las demandas de retencion de gracias hechas por su Magestad, y la Cámara, dió motivo à mandar la sala de justicia, con acuerdo del Consejo pleno, que siempre que por cualquiera persona particular ó comunidad, se ponga demanda de retencion de las referidas gracias, los escribanos de Cámara den cuenta, y si se admite, extiendan los decretos en esta forma. *Estando hecha la gracia que se expresa, se traigan al Consejo del de la Cámara los papeles que hubieren precedido á su concesion. Dese despacho de emplazamiento, y para que no estando ejecutada se traiga original dicha Real cédula ó título, y estándolo, una copia auténtica de ella y de los autos hechos en su virtud en la forma ordinaria*; notándose por lo que respeta à las demandas de retencion de una facultad de viudedad, que solo se envia al Consejo y escribanía de Cámara el decreto original rubricado de la Real mano de su Magestad sin otro documento alguno; y cuando por el mismo se conceden dos ó tres gracias, solamente se remite copia del asunto contencioso, firmada del secretario de la Junta.

35. Admitida en estos términos la demanda, se sustancia el juicio como cualquiera otro ordinario, y se recibe à prueba por el término de la ley, dándose en él dos instancias, que son las que causan ejecutoria.

CAPITULO NONO.

De los recursos extraordinarios á la Real Persona para la naturalizacion de extrangeros; y para obtener el privilegio de nobleza los naturales.

§. 1. El derecho de naturalizar á los extrangeros es propio del Soberano. Circunspeccion con que en esto han procedido nuestros Reyes.

2. Para introducir este recurso debe preceder justa causa. El Rey concede la naturalizacion á consulta de la Cámara para el goce de rentas eclesiásticas, despachándola por sí aquel supremo tribunal en cuanto á los demas efectos.

3. Naturalizado un extrangero por el Soberano, se tiene por natural, y goza de los privilegios concedidos á estos, excepto los beneficiales si de ellos no se hiciese especifica mencion en el privilegio.

4. Del recurso extraordinario para obtener el privilegio de hidalguía. Ley de Partida que especifica algunos hechos honrosos, por los cuales los Reyes conceden este privilegio.

5. Aunque el contexto de esta ley manifiesta que los Reyes no conceden sin causa privilegio de nobleza; sin embargo, no puede disputárseles sin grave ofensa la facultad de ennoblecer á cualquiera por solo su arbitrio y voluntad soberana.

6. Razon de utilidad pública porque el señor Don Enrique IV anuló todas las cartas y mercedes que habia hecho de hidalguías desde 15 de setiembre de 1464, cuya disposicion renovaron despues los señores Reyes católicos.

7. Otra pragmática notable sobre este asunto del señor Don Juan el Segundo.

8. El Rey concede el privilegio de dos modos: uno por declaracion con dispensa de los litigios que deben seguirse en las salas de hijosdalgo; y otro en la forma ordinaria.

9 y 10. Los hijos espurios de dañado y punible ayuntamiento se consideran como infames, á lo menos con infamia de hecho, y por consiguiente estan excluidos de todo honor y dignidad. A los demas espurios suelen dispensarse aunque con dificultad el privilegio de nobleza.

11. La inhabilitacion de nobleza que tienen los hijos espurios, no es extensiva á la profesion de los artes y oficios.

1. En España, asi como en otros reinos, está reservado al trono el derecho de naturalizar à los extrangeros; siendo nuestras leyes tan estrechas sobre este punto que los señores Reyes Don Enrique y los Católicos revocaron las cartas de naturaleza que habian dado, y prometieron no darlas en adelante sino por grandes servicios. El señor Don Felipe II mandó que todas las expedidas despues del año 1525 se presentasen en el Consejo dentro de dos meses, para que vistas las causas porque se dieron, y las personas à quienes se concedieron, con lo demas que se deba ver y considerar, consultase à su Magestad, à fin de proveer acerca de ello lo que fuese justo y conveniente, acordando últimamente el señor Don Felipe IV, por su pragmática de Madrid del año de 1632, tuviese la Cámara particular cuidado en la observancia de las leyes de sus predecesores (1).

2. Por lo dicho se ve que debe preceder una causa justa para introducir el recurso extraordinario de naturalizacion de un extrangero: la cual concede su Magestad à consulta de la Cámara para el goce de rentas eclesiásticas, despachándola por sí aquel supremo tribunal en cuanto á los demas efectos, como tambien las declaraciones de naturaleza à los que hubiesen nacido fuera, estando de tránsito sus padres (2).

3. Naturalizado ya un extrangero por el Soberano, se tiene por natural y goza de los privilegios concedidos à estos, excepto los beneficiales, si de ellos no se hiciese especifica mencion en el privilegio; de modo que participan de todos los derechos activa y pasivamente concedidos à los que nacen en el reino para ser promovidos à los honores, cargas, oficios y dignidades que pueden concederse à solos los originarios (3).

4. Pasando ahora al recurso extraordinario, cuyo objeto es obtener el privilegio de hidalguía, es de saber en primer lugar, que una ley de Partida (4) especifica algunos hechos honrosos por los cuales los Reyes conceden este privilegio, expresándose asi el señor Don Alonso el sabio: »Otrosí, à los quel honrasen de sus enemigos, matando el cabdillo de la otra parte, ó prendiéndolo, puédeles dar honra de fijos

1 Leyes 2 y 4. tit. 14. lib. 1. Nov. Rec. y nota 2 á dicho tit. 14.
2 Ley 2. tit. 4. lib. 4. Nov. Rec
3 Salced. *de leg. polit.* lib. 2. cap. 18. num. 27.
4 Ley 6. tit. 27. Part. 2.

dalgo à los que lo non fueren por linage; é si fuere pechero quitarlo de pecho non tan solamente en lo suyo, mas aun en lo de los otros."

5. El contexto de esta ley manifiesta que los Reyes no conceden sin causa privilegio de nobleza ó exencion de tributos à sus vasallos plebeyos; aunque por otra parte no puede disputárseles sin grave ofensa la facultad de ennoblecer à cualquiera por solo su arbitrio y voluntad soberana; si bien no acostumbran à usar de esta alta prerogativa sin grave motivo, à fin de no gravar à los demas pecheros con las contribuciones que pagarian los ennoblecidos sino fuesen agraciados.

6. Conducido de este principio revocó el señor Rey Don Enrique IV en las cortes de Ocaña, à peticion de los procuradores del reino, y anuló todas las cartas y mercedes que habia hecho de hidalguías desde 15 de setiembre del año 1464 hasta entonces, aunque fuesen por él confirmadas, lo que reiteró despues en las cortes de Nieva, mandando que todos aquellos que fuesen pecheros, hijos y nietos de tales, no pudiesen gozar de las mercedes, privilegios y exenciones desde aquel dia, aunque las cartas hubiesen sido otorgadas à los que fueron à servir en el Real de Simancas; cuyas disposiciones renovaron despues los señores Reyes católicos en las cortes de Madrigal por el año de 1476 (1).

7. En el reinado del señor Don Juan el Segundo se expidió pragmática en Valladolid à 15 de diciembre de 1447, mandando que desde entonces no se diesen ó librasen cartas, privilegios y albalaes de hidalguías, y que las que se expidiesen fuesen nulas por el mismo hecho aunque contuvieran cualesquiera cláusulas, y digan proceder de propio motu, cierta ciencia y poderío Real absoluto, ó contengan cualesquiera otras firmezas, abrogaciones y derogaciones. Esta disposicion se reiteró despues por los señores Don Carlos I y Doña Juana su madre à las peticiones 65 de las cortes de Valladolid del año de 1518, y à la 20 de las de 1523 (2); habiendo los mismos Príncipes posteriormente acordado, que las legitimaciones mandadas despachar à las personas que no sean legítimas, no excusen de cualesquiera pechos, servicios y contribuciones à que eran obligados, y debian pagar antes que fuesen legitimados.

8. El Rey concede los privilegios de hidalguía de dos mo-

1 Ley 7. tit. 2. lib. 6. Nov. Rec.

2 Leyes 5 y 12. tit. 2. lib. 6. Nov. Rec.

dos (1): uno por declaracion con dispensa de los litigios que deben seguirse en las salas de hijosdalgo; y otro en la forma ordinaria; à cuyo fin producen los interesados sus filiaciones, entronques y actos distintivos de sí, sus ascendientes y familia, sobre cuyos hechos se pide siempre informe à las justicias ó tribunales que parezcan mas convenientes, y en su virtud recae la resulta negativa ó positiva de la Cámara mediante grave causa y bajo el servicio prevenido en el Real arancel, dispensando tambien la restitucion de nobleza à una persona en quien se ejecutó la pena de infamia por la justicia. En el primero de dichos casos goza el ennoblecido de los mismos privilegios, exenciones y prerogativas que el verdadero noble de sangre, si en el rescripto le hiciese el Rey noble; pero no cuando únicamente le concediese el derecho de exencion de tributos (2).

9. Habiendo sido tan circunspectos nuestros Soberanos en dispensar el privilegio de la nobleza aun à los hijos naturales, segun se ve por nuestras leyes, es consiguiente que ofrezca mayores dificultades el ennoblecimiento de los espurios. Estos pueden reducirse à dos clases: una de simplemente tales que proceden de union reprobada por la ley, como la del casado con soltera; y otra los que proceden de dañado y punible ayuntamiento: estos son infames à lo menos con infamia de hecho, y por lo mismo estan excluidos de los honores y dignidades civiles y eclesiásticas à que son llamados aun los plebeyos; de modo que ni se contienen bajo el nombre apelativo de hijos, ni pueden titularse de la casa, familia y agnacion de sus padres para llevar las armas de estos (3).

10. A la primera especie de espurios es menos dificil dispensar el privilegio de nobleza que á los segundos, pues con justa y grave causa les conceden los Reyes por sus particulares servicios y virtudes las gracias y mercedes que tienen à bien.

11. La inhabilitacion de nobleza que tienen los hijos espurios no es extensiva á la profesion de algunas artes como creyeron algunas hermandades y otros cuerpos erigidos con autori-

1 Se ha suprimido lo que dice el señor Elizondo acerca del origen y diversas clases que hay de nobleza en España, por haberse tocado este punto en el tomo 1.° de esta obra, página 9. párrafo 8 y siguientes, como tambien en el 5.° página 96. párrafo 27 y siguientes. Asimismo se ha suprimido el capítulo en que habla de los recursos extraordinarios para la legitimacion de los hijos, porque de esta materia se trató en dicho tomo 1.° de esta obra, libro 1.° título 3.° capítulo 2.°

2 García *de nobilit.* glos. 35. num. 3 y 48.

3 Antunez *de donat.* lib. 2. cap. 17. num. 32.

dad publica por una costumbre contraria á la prosperidad y bien del estado; privándoles por esta razon de los auxilios que pueden franquearles su estudio y aplicacion, de que resultó la pérdida de buenos maestros y operarios, cuando en otros paises se halla expedita esta clase de personas para ejercerlas con el beneficio de tener ocupados utilmente unos ciudadanos, que de otra forma son por incapacidad carga y no auxilio del estado. Por estas consideraciones el señor Don Carlos III tuvo á bien declarar (1), que para el ejercicio de cualesquiera artes y oficios no sirva de impedimento la ilegitimidad que previenen las leyes, subsistiendo para los empleados de jueces y escribanos lo dispuesto en ellas.

1 Real cédula de 2 de setiembre de 1784.

CAPITULO DECIMO.

De los recursos extraordinarios para la creacion de algun oficio público; para la enagenacion de los bienes concejales; y para solicitar la jurisdiccion de señorío los lugares realengos.

§. 1. Regalías de los Soberanos para el establecimiento de oficios públicos y nombramiento de empleados.

2. En virtud de esta regalía pueden los Monarcas crear de nuevo otros oficios, aumentar el número de los creados, ó suprimirlos por alguna grave causa.

3, 4 y 5. Se resuelve la cuestion siguiente. Si aumentándose el número de oficios que fueron creados por una causa onerosa que indujo un riguroso contrato, ¿podrán disminuirse sus emolumentos por los Reyes sin obligacion de justicia á resarcir á los antiguos agraciados?

6. Por los mismos principios de regalía pueden los Reyes dispensar las leyes establecidas para el mejor régimen y servicio de los oficios en el modo ó forma de su constitucion.

7. Tambien concede el Rey facultad para que en un pueblo haya mitad de oficios.

8. Providencia saluduble que establecieron las leyes para que los corregidores, alcaldes &c. no puedan arrendar sus oficios.

9. Tambien prohiben justamente las leyes que se puedan dar los oficios de alcalde, regidor ó escribano por espectativas, estando para vacar, excepto de padre á hijo.

10 hasta el 13. Otras disposiciones acertadas de las leyes sobre esta materia.

14. De los recursos extraordinarios para la enagenacion de los bienes públicos concejales. Los pueblos no pueden vender ni enagenar estos bienes sin Real facultad.

15. El trascurso de mucho tiempo despues de la enagenacion no basta para presumir que intervino dicha Real facultad, á menos que aquel sea de cien años.

16. Requisitos necesarios para impetrar el Real permiso de enagenacion.

17. Tampoco pueden los pueblos gravar con censos los bienes públicos sin Real facultad.

18. Por lo demas pueden dichos concejos disponer por sí todo lo que crean conducente para la administracion y buen gobierno de dichos bienes.

19 y 20. Leyes de Partida acer-

ca de la facultad que tienen los particulares de construir edificios ó molinos en los sitios propios del comun, con licencia del ayuntamiento ó concejo.

21. No obstante esta facultad que compete á los vecinos de los pueblos, pueden los Príncipes en su territorio arrogarse el derecho prohibitivo y privativo de fabricar molinos en él.

22. En Cataluña no pueden edificarse molinos y recibir aguas para su uso, siendo el rio público sin licencia de la intendencia general.

23. Pleito que siguió el Duque de Medinaceli con los vecinos de Montilla sobre estancos de hornos, molinos de pan &c. y decision final á favor de los vecinos.

24. En virtud de recurso extraordinario, y mediante algun servicio, suele conceder su Magestad la jurisdiccion de señorío á algunos lugares realengos, como tambien la exencion de las villas cabezas de partido.

25. Nadie puede ejercer jurisdiccion en España, sin que acredite ó pruebe manifiestamente habérsela el Rey concedido.

26. Aunque se conceda la jurisdiccion por los Reyes con las cláusulas mas amplias y generales, no puede el agraciado adquirir por privilegio ó prescripcion alguna el derecho á conocer de las segundas instancias.

27. Por consecuencia en los tribunales superiores no se tolera apelacion alguna que se interponga, ó de los jueces nombrados por los mismos dueños, ó elegidos por los pueblos para ante aquellos; y asi es que llevados los autos á las chancillerías ó audiencias, se declaran ante todas cosas por nulas las sentencias de los jueces de apelacion.

1. Una de las mayores y mas conocidas regalías del Soberano es el establecimiento de oficios públicos, y nombramiento de empleados, jueces y demas ministros que consideran necesarios para el buen gobierno de sus estados: de aqui es que aunque los Reyes concedan á algun vasallo, cualquiera ciudad ó pueblo con jurisdiccion, no puede este establecer jueces, regidores, escribanos y otros oficiales públicos, si en la Real gracia no se hiciese especial mencion de estos oficios.

2. En virtud de la misma regalía pueden los Monarcas crear de nuevo otros oficios, aumentar el número de los creados, ó suprimirlos por alguna grave causa pública, como se ve por va-

rios ejemplares que se refieren en las leyes (1).

3. Supuesta dicha regalía, se ofrece desde luego la cuestion siguiente, à saber: si aumentándose el número de aquellos que fueron creados por una causa onerosa que indujo un riguroso contrato, ¿podrán disminuirse sus emolumentos por los Reyes sin obligacion de justicia à resarcir à los antiguos agraciados?

4. El modo de justificarse el valor del oficio, es dividir sus emolumentos en dos partes, una que corresponde al precio dado, por él, y otra à la industria de la persona, entendiéndose siempre concedido con el salario del antecesor, aun cuando en la Real gracia no se exprese asi: de forma que los oficiales ó ministros públicos antiguos tienen por virtud de sus contratos onerosos un derecho irretractable à distribuir entre ellos solos los negocios y emolumentos que produce, sin comunicarlos à otros algunos nuevos en perjuicio suyo.

5. Y si bien los Príncipes pueden alterar por causa pública la virtud y efecto de aquellos contratos, estan obligados à prestar el buen cambio à los primeros agraciados por la diminucion de los derechos de estos (2).

6. Por los mismos principios de regalía en la creacion de los oficios, pueden los Reyes dispensar las leyes establecidas para el mejor régimen y servicio de ellos en el modo ó forma de su constitucion, como v. gr. para que un regidor trate y contrate con su hacienda, no siendo en abastos y rentas Reales; para que sirva un regimiento, y nombre sustituto en el otro, ó tenga ambos en su cabeza, con tal que sea en distintas ciudades; pudiendo el escribano que sea regidor, servir los dos oficios, ò usar en otra ciudad de la escribanía para que fue aprobado sin hacer nuevo examen.

7. Concede igualmente el Rey facultad para que en un pueblo haya mitad de oficios, y tenga aquel los suyos por permiso ó tolerancia, con tal que los nombramientos se hagan en concejo abierto; cuya jurisdiccion suele concederse à los dueños de vasallos, dispensando á los regidores poder elegir y ser elegidos en los oficios de alcaldes, bajo la calidad de que el año que les tocase la suerte, no tengan mas que un voto; y á los poseedores de mayorazgo á quien pertenecen los oficios que no pue-

1 Se han suprimido los que cita el señor Elizondo, por no ser necesarios para prueba de una cosa tan clara.

2 Noguerol alleg. 5. num. 36. Antunez *de donat.* lib. 2. cap. 13. num. 9.

den servir, les sea lícito renunciarlos en otras personas que los ejerzan por su vida.

8. Entre las providencias que adoptaron las leyes para el mejor régimen y gobierno de los empleos públicos y de concejo, es muy digna de consideracion la que se prescribió por el señor Don Juan el Primero, á la peticion cuarta de las cortes de Valladolid año de 385, que despues se renovó por diversas leyes, y se reduce á que los corregidores, alcaldes, alguaciles ú otros ministros de justicia, no puedan arrendar sus oficios bajo la pena de perderlos por el mismo hecho, ni usar de ellos los que los arrendasen; cuya disposicion legislativa se renovó en el glorioso reinado del señor Don Carlos III, mandando no se admitiese en los ayuntamientos al uso y ejercicio de los oficios de regidor á otras personas que á los dueños propietarios de ellos, prohibiendo ejecutarlo á los que lo intenten por arrendamiento ú otro modo de los reprobados. Sin embargo, mediando grave y justa causa, se concede facultad por su Magestad á consulta de Cámara para estos arriendos, dispensando en la ley, previo el conocimiento instructivo de la cualidad de las personas, de la naturaleza del oficio y del contrato entre ellas.

9. Con el mismo objeto del beneficio comun de los pueblos prohibieron justamente las leyes poder darse oficios de alcaldes, regimientos, escribanías ú otros algunos por espectativas estando para vacar, salvo de padre á hijo (1); y aunque esta limitacion se revocó despues en las cortes de Madrid año de 1435 (2), no obstante volvió á restablecerse el año siguiente, como puede verse por la ley 2. tit. 8. lib. 7. Nov. Rec., que dice así: »Ordenamos y mandamos que no se pasen ni libren renunciaciones de alcaldías ni regimientos, alguacilazgos, ni merindades, ni juradurías, ni escribanías, salvo de padre á hijo, y esto cuando á Nos plugiere de proveer de cualesquier de dichos oficios al hijo de aquel que lo renunciare, y seyendo idóneo para ello, y no pasando ni excediendo del número antiguo."

10. En los oficios conviene distinguir dos clases: una de renunciables, y otra de aquellos que no pueden renunciarse: por lo que hace á los primeros han dispuesto las leyes del reino, para evitar los fraudes que frecuentemente enseña la experiencia en las renunciaciones, no valgan estas sino viviese al que las ejecutase veinte dias despues de otorgarlas, presentándolas en la Cámara dentro de treinta dias, y sacando el título en el tér-

1 Ley 7. tit. 5. lib. 7. Nov. Rec. 2 Ley 1. tit. 8. del mismo libro.

mino de noventa, bajo la pena de nulidad (1).

11. Para asegurar el pago efectivo de las cantidades que se adeudan por el derecho de la media anata, mandó el señor Don Felipe V. por punto general, que en todos los títulos, cédulas y despachos que se expidan por los Consejos y tribunales, se omitiese la cláusula que declaraba estar satisfecha la media anata, y que en su lugar se pusiera la de que antes de obtener el uso, posesion ó juramento de la merced ó empleo que se conceda, ha de proceder tomarse la razon por la contaduría general de valores de la Real Hacienda, á que está incorporada la de la media anata, expresándose haberse pagado, ó quedar asegurado este derecho con declaracion de la cantidad que importase, y que sin esta formalidad fuese de ningun valor, y no se admita ni tenga cumplidamente despacho alguno en los tribunales de dentro ó fuera de la Corte.

12. No son menos saludables las leyes que prohiben poder padre é hijo tener un oficio en los ayuntamientos, por el daño de estos y grave confusion de aquellos, revocando el señor Don Juan el segundo las provisiones y cartas de dispensa expedidas sobre este punto, y declarando no entendia proveer estos oficios en aquella manera (2).

13. El señor Don Felipe II mandó en las cortes de Madrid del año 1563, no se nombrasen para ir á la Corte ó audiencias á negocios de sus pueblos, los regidores y jurados que tengan pleitos ó negocios propios en ellas, debiendo presentar en el Consejo sus instrucciones conforme á lo proveido por los capítulos de corregidores y leyes de estos reinos (3).

14. Paso ahora á tratar de los recursos extraordinarios para la enagenacion y venta de los bienes públicos concejales. En el libro 2.° título 1.° capítulo 1.° de esta obra, párrafos 1.° y siguientes, se designaron las cosas que eran propias del comun ó concejo de algun pueblo, y allí tambien se indicaron las acertadas disposiciones de nuestras leyes para su conservacion. Los pueblos solo tienen derecho para disfrutar y administrar estos bienes; mas no pueden venderlos ó enagenarlos sin Real facultad, por los gravísimos daños que representó el reino junto en las cortes de Valladolid el año de 1542 á los señores Don Carlos I y Doña Juana su madre, quienes asi lo mandaron (4).

15. Debe pues preceder la Real facultad á toda enagenacion

1 Leyes 4, 5 y 7. tit. 8 lib. 7. Nov. Rec.
2 Ley 6. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.
3 Ley 3. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec.
4 Ley 9. tit. 2. lib. 7. Nov. Rec.

de los bienes y derechos públicos, no presumiéndose que intervino aquella aun cuando trascurra mucho tiempo desde que se verificó la enagenacion, á no ser el de cien años, pues con esta antigüedad ya cabe la presuncion de haberse obtenido el Real permiso (1).

16. Para impetrarse este han de convenir dos partes de las tres del vecindario en las aldeas ó pueblos pequeños, escribiéndose sus nombres en los autos que se hagan para ello; pero en las ciudades y villas populosas se mandan librar provisiones de diligencias para los ayuntamientos, y no á concejo abierto (2); necesitándose igual solemnidad para las transacciones sobre pleitos en que disputen los concejos el dominio y propiedad de los pastos ú otros derechos públicos; pero no cuando se limita la contienda à la comodidad y uso de las mismas comunidades; pues entonces como que solo se perjudican sus vecinos y habitadores, basta el consentimiento de estos con la autoridad judicial (3).

17. Por la misma razon no pueden los pueblos gravar con censos los bienes públicos sin Real facultad, aunque los capitales se hayan convertido en su beneficio comun, y lo justifiquen plenamente los imponedores, quienes han de quedar solamente responsables á su satisfaccion, y no los propios ú otros algunos caudales públicos (4).

18. Por lo demas pueden dichos concejos disponer por sí todo lo que crean conducente para la administracion y buen gobierno de dichos bienes, dando licencias de edificar en los sitios propios del comun, para el ornato, decoro y comodidad de las poblaciones, ó para construir molinos, batanes y otros edificios de que se sigue utilidad al público, sin necesidad de Real facultad para ello (5), excepto en el reino de Granada, donde corresponden á su Magestad los sitios, y solo pueden beneficiarse por via de arrendamiento, ó dándolos á partido la Real Hacienda por el tiempo preciso, y con las otras condiciones que parezcan mas convenientes, encargándose los que los tuviesen de repararlos y aderezarlos (6).

19. El señor Don Alonso el Sabio, hablando de los sitios públicos, y del modo como podrá edificarse en ellos, se expre-

1 Molin. *de primog.* lib. 2. cap. 7. num. 51.
2 Otero *de pascuis.* cap. 11. num. 24.
3 Id. num 34.
4 Carta acordada del Consejo de 3 de julio de 1761.
5 Greg. Lop. glos. 1. ley 3. tit. 32. Part. 3.
6 Real cédula de 2 de marzo de 1571. en el párrafo 20.

só de este modo (1): »Para si comensando algun home á labrar algun edificio de nuevo en la plaza ó en la calle, ó egido comunal de algun lugar sin otorgamiento del Rey ó del concejo, en cuyo suelo lo ficiese; entonces cada uno de aquel pueblo le puede vedar que deje de labrar en aquella labor &c." cuyas clausulas hacen ver desde luego que sola la licencia de los ayuntamientos es suficiente para edificar en los sitios y lugares públicos.

20. En la misma legislacion de Partidas, al tratarse de cuándo y en qué forma ha de construirse un molino cerca de otro, se prescribe (2) que pueda cualquier vecino fabricarle en su heredad, ó en suelo que sea término del Rey, con otorgamiento de su Magestad ó de los del comun del concejo, cuyo es el lugar donde quieren hacerlo; de manera que el curso del agua no impida al otro sus funciones, ni le quite el agua que antes tenia; lo cual procede aun cuando haya contradiccion del primero, y diga que por la nueva fábrica valdrá su molino menos renta; entendiéndose lo propio de los hornos que se construyan nuevamente. La razon de esta facultad consiste en que la construccion de molinos, batanes, hornos ú otros edificios no es un acto de jurisdiccion y sí de puro dominio, conforme al cual y á la libertad natural que tienen los hombres á usar de su patrimonio, pueden ejecutar aquellas obras en los rios particulares, y aun en los públicos y navegables sin Real facultad, no impidiendo de manera alguna el curso de las aguas, segun y en la disposicion que se hallen (3).

21. No obstante esta facultad que indispensablemente compete á los vecinos de un pueblo, pueden los Príncipes en su territorio arrogarse el derecho prohibitivo y privativo de fabricar molinos en él, compeliendo á aquellos á haber de moler en estos ó cocer el pan en los hornos del Real Patrimonio, usando en esta parte de sus supremas regalías (4); sin que los señores de vasallos por solo el título de su señorío puedan prohibir que estos muelan ó cuezan en otros sitios que los del dueño de la jurisdiccion, impidiéndoles al mismo fin la fábrica de molinos ú hornos, aunque aleguen la posesion inmemorial, cuyo título no es suficiente para esto (5). Por igual razon carecen de autoridad las ciudades y pueblos para prohibir por estatutos ú ordenanzas

1 Ley 3. tit. 32. Part. 3.
2 Ley 18 del mismo título y Partida.
3 For 3. lib. 3. de los de Aragon. Ramirez *de leg. reg.* §. 26. num. 37.
4 Larrea á leg. 69. num. 19. Lagunez *de fructib.* part. 1. cap. 5. §. 4. num. 17.
5 Larrea lug. cit. num. 24.

se construyan molinos, hornos ó batanes, obligando á los particulares á moler ó cocer en los del comun, á menos que habiendo impuesto dicha prohibicion, se hayan aquietado ó condescendido los vecinos por el trascurso de larguísimo tiempo despues de habérseles notificado judicialmente ó fuera de juicio por edicto general (1).

22. En Cataluña no pueden edificarse molinos, y recibir agua para su uso, siendo el rio público, sin licencia de la intendencia general, por la que se concede bajo una moderada pension y algun censo anual, despues de la Real pragmática del señor Don Felipe III de 13 de julio de 1599, no entendiéndose por esto obligados los vecinos á ir á ciertos y determinados molinos, pues está en su arbitrio acudir à los que mas les acomode (2).

23. El Duque de Medinaceli, Marques de Priego, siguió un pleito con los vecinos de Montilla, que principió en el año de 1586, sobre estancos de hornos, molinos de pan y de aceite, mesones, fabrica y venta de jabon, el cual se determinó à favor del vecindario por sentencias de vista y revista de la chancillería de Granada, que despues confirmó el Consejo en grado de segunda suplicacion, no obstante la posesion inmemorial à que se acogió el Duque por título y derecho privativo y prohibitivo.

24. En virtud de recurso extraordinario, y mediante algun servicio, suele conceder su Magestad la jurisdiccion de señorío à algunos lugares realengos, como tambien su ejercicio de las villas cabezas de partido, las cuales se entienden ser donde residen los corregidores; despachándose á consulta de la Cámara los suplementos de no haberse confirmado por algunos señores Reyes los privilegios concedidos à varios pueblos y comunidades, librándose tambien las perpetuidades de todos los oficios de ayuntamientos, como asimismo la venia de edad á los que entrasen à servirlos.

25. Por ley fundamental corresponde á nuestros Soberanos la jurisdiccion suprema civil y criminal, sin poder enagenarla ni concederla, aunque la donacion se conciba con las mas amplias cláusulas, por ser dicha jurisdiccion una de las cosas que constituyen la soberanía, la cual es inseparable del Monarca (3). Por consiguiente nadie pueda ejercer jurisdiccion en España sin

1 Antunez *de donat.* lib. 3. cap. 5. Luca *de regalib.* dis. 144.

2 Ripol. *de regal.* cap. 8. num. 71.

3 Ley 1. tit 1. lib. 4. Nov. Rec. Covarr. *Pract* cap. 4. num. 1.

que acredite ó pruebe manifiestamente habérsela el Rey concedido (1).

26. Por este mismo principio, aunque se conceda la jurisdiccion por los Reyes con las cláusulas mas amplias y generales, no puede el agraciado adquirir por privilegio ó prescripcion alguna el derecho á conocer de las segundas instancias; cuyo conocimiento corresponde á los tribunales superiores establecidos por su Magestad para deshacer los agravios que puedan cometer los juzgados inferiores.

27. En dichos tribunales superiores, segun práctica inconcusa, no se tolera apelacion alguna que se interponga, ó de los jueces nombrados por los mismos dueños, ó elegidos por los pueblos para ante aquellos (2); asi es que llevados los autos á las chancillerías ó audiencias, se declaran ante todas cosas por nulas las sentencias de los jueces de apelacion, y administrando justicia se manda lo que corresponde; de lo cual pudieran citarse muchos ejemplares. Y aunque por las leyes del reino esté reservado á los ayuntamientos el conocimiento en apelacion de las causas en menor cuantía, como se dijo en el tomo 4.° de esta obra, página 262, párrafo 52, se exceptúan sin embargo de la regla general los pueblos de señorío, con inclusion de los del territorio de las órdenes (3) (*).

1 Ley 2 de dicho título.

2 Segun la Real cédula de 17 de octubre de 1824, que se insertó en el tomo 1.° de esta obra, página 197, los ayuntamientos hacen las propuestas para los oficios de alcaldes, regidores &c, y los tribunales superiores territoriales eligen y expiden á los electos los títulos correspondientes á nombre del Rey.

3 Aceved. *in Cur. pis.* lib. 4. cap. 16.

* Se han suprimido los capítulos 13 y 14 del señor Elizondo, en los cuales trataba de los recursos extraordinarios para obtener los menores la venia de edad, y los que tienen por objeto la solicitud de indultos; porque de estos se trató en el tomo 8.° de esta obra, apéndice 3.°, página 51; y de las venias de edad en el tomo 2.° página 161, párrafo 3.

ADICION

DE ALGUNOS DOCUMENTOS IMPORTANTES QUE SE HAN PUBLICADO Ó ADQUIRIDO DURANTE LA IMPRESION DE ESTA OBRA, Y TIENEN RELACION CON ALGUNAS DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ELLA.

Real instruccion de 13 de octubre de 1828, para el arreglo de la administracion y de la cuenta y razon general de los propios y arbitrios del reino.

DISPOSICIONES PRELIMINARES.

Artículo 1.° El gobierno de los propios y arbitrios del reino estará en lo sucesivo á cargo de una direccion general, en conformidad de lo dispuesto en el Real decreto de 3 de abril de 1824, la cual constará de un director general con su secretaría, y de una contaduría general.

Art. 2.° Estas oficinas tendrán el número de empleados que sea absolutamente preciso para el despacho de los asuntos de su respectiva atribucion.

Art. 3.° Habrá tambien un archivo, que será comun á dichas oficinas.

Art. 4.° Igualmente habrá un pagador encargado de satisfacer los sueldos y gastos de estas oficinas generales, y de recibir los fondos que se destinen al mismo fin por el director general.

Art. 5.° La direccion tendrá un abogado consultor, cuyo dictamen oirá en los asuntos en que se versen puntos de derecho ó materias forenses.

Art. 6.° Para el gobierno de los propios y arbitrios en las provincias habrá en ellas subdelegados, que serán los intendentes, contadores principales, tesoreros y visitadores.

CAPITULO PRIMERO.

Del director general.

Artículo 1.° El director general es la autoridad superior directiva y gubernativa de la administracion de los propios y arbitrios del reino, y á quien corresponde cuidar de que sus productos se inviertan exactamente en los objetos á que estan destinados, todo con subordinacion é inmediata dependencia de la secretaría del Despacho de Hacienda.

Art. 2.° Es tambien el conducto por donde el ministerio se ha de entender con todos los gefes y encargados de su gobierno, à excepcion de los casos en que tengan por conveniente pedirles directamente algunos informes ó noticias.

Art. 3.° Oirá el dictamen de la contaduría general en todos los casos que se designarán en esta instruccion, y en los demas que lo exijan la mejor instruccion de los expedientes, y el acierto en las deliberaciones.

Art. 4.° El director general de propios gozará el mismo sueldo, honores y consideraciones de que gozan los directores generales de rentas.

Art. 5.° En sus vacantes, ausencias y enfermedades será sustituido por el contador general.

Art. 6.° La autoridad, facultades y obligaciones del contador general, son:

1.ª Cumplir y cuidar de que los gefes y empleados en los ramos de su dependencia cumplan exactamente con sus respectivas obligaciones.

2.ª Circular prontamente los Reales decretos, órdenes, instrucciones y reglamentos que se expidan para el gobierno de los propios y arbitrios del reino.

3.ª Promover por todos los medios que esten á su alcance el aumento de sus valores, la mejora de sus fincas y de su administracion, asi como la reduccion de sus cargas ó gravámenes, proponiendo al ministerio las reformas y medidas que estime oportunas para conseguir estos objetos.

4.ª Examinar el número y clase de los predios rústicos y urbanos que en cada pueblo correspondan à los propios, exigiendo de los ayuntamientos por medio de sus respectivos subdelegados, testimonios en que resulte con toda claridad y distincion su clase, estado actual, extension ó cabida, valor en venta y renta, uso à que estan aplicados, y mejoras de que sean susceptibles.

5.ª Recoger iguales noticias de los censos que haya en favor de los propios, asi como de cualquiera derecho que les pertenezca.

6.ª Exigir relaciones legalmente autorizadas de los débitos que existan en favor del ramo, expresando en ellas su origen, cantidad, nombre y vecindad del deudor, y de las diligencias que se hubieren practicado para su cobranza. Del mismo modo se expresarán cuales corresponden à primeros contribuyentes, y cuales á segundos, haciendo la oportuna clasificacion de los

que son cobrables, de los de dificil cobro y de los fallidos; y manifestando los fundamentos que tengan los ayuntamientos para creerlo asi.

7.ª Tomar conocimiento de los arbitrios concedidos á los pueblos, y que se hallen vigentes, exigiendo de los ayuntamientos copia testimoniada de las órdenes de su concesion, con las demas noticias que estime; para enterarse de sus productos é inversion, y hacer que cesen inmediatamente los que se exigian sin la competente autorizacion, y los que teniéndola, sea pasado el tiempo por que se concedieron, imponiendo en uno y otro caso á los ayuntamientos y juntas las multas que consideren justas y correspondientes à tal exceso.

8.ª Cuidar de que se renueven y rectifiquen los apeos, deslindes y amojonamientos de las fincas pertenecientes á estos ramos, disponiendo se les reintegre en la posesion de las que resultare estar usurpadas en el todo ó en parte.

9.ª Disponer el nuevo reconocimiento de los censos, asi perpetuos como al quitar, que existan en favor de los citados propios.

10. Examinar el estado de los arrendamientos de sus fincas, disponiendo se hagan ó formalicen de nuevo los que estuviesen cumplidos ó sin otorgar solamente; y cuidando de que se aseguren por fianzas, bajo de responsabilidad personal de los individuos del ayuntamiento y juntas, y de que se exprese por condicion, que todos los riesgos han de ser de cuenta del que recibe el arrendamiento y nunca de los propios.

11. Hacer que se pongan en arrendamiento con las circunstancias expresadas todas las fincas pertenecientes á estos ramos, sin permitir se pongan en administracion, à excepcion de los casos en que no haya quien las arriende por su justo precio.

No se comprenden en esta disposicion los edificios que estuviesen destinados á usos públicos, con los cuales no se hará novedad.

12. Disponer que en los mismos términos se pongan en arriendo los arbitrios concedidos, ó que se concedan á los pueblos en que no haya establecida administracion, ó se establezca por cuenta de la Real Hacienda, por rentas provinciales, ó derechos de puertas, pues en estos casos se administrarán por los empleados de ella, y se entregarán puntualmente sus productos, con descuento del cuatro por ciento de administracion, á los ayuntamientos, para que los custodien en la arca de tres llaves, á fin de darles la aplicacion á que esten destinados.

13. Reconocer los reglamentos vigentes en que se determinan los gastos que pueden hacer los ayuntamientos de los caudales de propios y arbitrios, é invalidar, previo informe de la contaduría general, todos los que no estan consignados para objetos de necesidad ó utilidad comun, pasando cada tres meses al ministerio, estado de las economías que produzcan las disposiciones tomadas en esta parte.

14. Impedir que los ayuntamientos y juntas graven dichos fondos, concediendo jubilaciones à los empleados ó sirvientes asalariados de los pueblos, señalando pensiones à las viudas ó pupilos de los mismos, ni con ningun otro motivo.

15. Enterarse del número, calidad é importe de los censos que se hallen impuestos sobre los propios y arbitrios, del objeto de su imposicion y estado que tenga el pago de réditos, igualmente que el de las demas obligaciones, tomando cuantas disposiciones convengan para que aquel se haga con puntualidad, y para que se rediman los capitales de los censos con cuanta brevedad sea posible.

16. Formar un expediente general y los particulares que convengan, en averiguacion de las fincas de propios que se hubiesen vendido sin la competente facultad desde el año 1808 en adelante, proponiendo la confirmacion de las ventas que se hubiesen hecho hasta fin de diciembre de 1813, siempre que resulte no hubo en ellas mas defecto que la falta de la licencia correspondiente, y que sus productos se invirtieron en objetos del Real servicio, y la nulidad de las que carezcan de todos estos requisitos, ó que se hubiesen ejecutado desde 1.° de enero de 1814 en adelante.

17. Procurar que se active todo lo posible la renovacion de los reglamentos existentes de los pueblos, respecto à que por las variaciones que han sufrido los valores no pueden servir de una base cierta aquellos documentos.

18. Adoptar los medios que considere mas convenientes, para que se forme el correspondiente patrimonio à los pueblos que por no tenerle se hallan sin reglamentar.

19. Aprobar, previo informe y dictamen del contador general, los gastos ordinarios y los extraordinarios que puedan en las oficinas de las provincias, asi como las obras y reparos de los edificios y demas propiedades de estos ramos cuando su importe no exceda de diez mil reales, consultando al ministerio, pèra la Real aprobacion, los que suban à mayor cantidad, y debiendo en ambos casos hallarse justificada plenamente la necesidad.

20. Pedir directamente à las autoridades civiles, eclesiásticas y otras cualesquiera, las noticias é informes que convengan para el mejor servicio en los objetos de su atribucion.

21. Señalar las cantidades con que deben afianzar su responsabilidad los empleados que manejen caudales de estos ramos, y aprobar las fianzas presentadas por aquellos, previo informe del contador general y asesor.

22. Librar contra el pagador de las oficinas generales el importe mensual de sus sueldos y gastos con intervencion de la contaduría general.

23. Resolver con conocimiento é informe de la contaduría general todos los asuntos relativos á dotaciones de sirvientes de los pueblos, y cumplimiento de cargas consignadas en sus reglamentos, cuando se promoviere duda sobre ellos, los de habilitacion de censos, medios de legitimarlos y de acreditar su pertenencia, los en que se trate del beneficio de las fincas y efectos que estuvieren en administracion á falta de arrendador, y los expedientes que se promuevan sobre permiso para costear de los fondos comunes el seguimiento de pleitos de conocido interes á los propios, en el caso de no alcanzar lo señalado en los reglamentos para gastos extraordinarios y eventuales.

24. Determinar en la misma forma sobre los expedientes de malversacion de caudales, haciendo que inmediatamente sean reintegrados los propios y arbitrios de las cantidades que se adeuden en su favor.

25. Consultar con iguales requisitos al ministro los correspondientes á perdones, rebajas, esperas ó transacciones para el pago de dichas cantidades ú otras adeudadas, ó los que se refieran á la continuacion, cesacion ó subrogacion de arbitrios, tomando en caso necesario providencias provisionales para que mientras recae resolucion de su Magestad no se interrumpa la administracion de estos ramos, ni se les perjudique en manera alguna: los que versen sobre concesion de facultades para dotar de nuevos propios á algunos pueblos, imposicion de arbitrios á estos establecimientos productivos en favor de sus obligaciones municipales: los de enagenaciones, permutas ó concesion perpetua de fincas, con canon ó sin él, y los demas en que se trate de establecer cualquiera gravamen ò carga extraordinaria temporal ó permanente, aunque su objeto sea de utilidad comun.

26. Comunicar á la contaduría general todas las resoluciones que tomare ó diere en los asuntos que digan relacion con sus

atribuciones, à fin de que en todo tiempo consten en ella para los efectos convenientes.

27. Tomar conocimiento exacto del número, clase y circunstancias de los empleados efectivos, cesantes y jubilados de estos ramos, formando un libro en que con método y claridad se exprese la edad, destino actual y anteriores, sueldo, talento, idoneidad, aplicacion, conducta, estado actual y robustez de cada uno, y en el cual se dejará el claro suficiente para anotar los ascensos sucesivos, méritos, concesion y demas que merezca consideracion.

28. Cuidar de que à dichos empleados se les guarden las honras y distinciones que les correspondan, y que se observe entre ellos la subordinacion gradual, corrigiendo gubernativamente las faltas que cometieren en el desempeño de sus obligaciones respectivas.

29. Proponer à su Magestad sugetos idóneos que reunan las circunstancias prevenidas en Reales órdenes para servir los empleos de oficiales y subalternos de la secretaría de la direccion general, asi como para el de archivero, oficiales y subalternos del archivo, y pagador de las oficinas generales.

El nombramiento de contador general se hará por su Magestad á propuesta del ministerio.

30. Dar curso á las propuestas originales que le pase el contador general para los empleos de oficiales y subalternos de su dependencia, informando lo que estimare conveniente en apoyo ó variacion de ellas.

31. Rectificar y dar igualmente curso á las propuestas que dirijan los subdelegados para contadores principales, oficiales y subalternos de sus oficinas respectivas, y para visitadores y demas empleos que exijan Real nombramiento: oyendo precisamente el dictamen del contador general en los casos de tratarse de destinos de contabilidad.

32. Cuidar de que los empleados efectivos ò promovidos se presenten à servir sus destinos en el término que se les señale en la credencial, quedando sin efecto su nombramiento en el hecho de no verificarlo, á menos que no hubiese causa legítima que se lo impidiese.

33. Suspender por sí de empleo y sueldo á los empleados de su inmediata dependencia, del archivo y pagador de las oficinas generales, y oyendo el dictamen del contador general, à todos los demas, para cuyo nombramiento se requiera esta circunstan-

cia, siempre que unos y otros dieren lugar à ello, procediendo gubernativamente, y dando cuenta al ministerio, con el expediente justificativo para la resolucion de su Magestad.

34. Proponer en igual conformidad la separacion absoluta de ambas clases de empleados, que por su criminal conducta ó por su calificada ineptitud dieren motivo à semejante disposicion, sin perjuicio de las demas penas en que incurren los primeros por sus excesos, y cuya aplicacion corresponda à los tribunales de justicia.

35. Proponer á su Magestad en los mismos términos, y bajo las propias limitaciones, la jubilacion de dichos empleados, cuando por su abanzada edad ó alguna enfermedad habitual se hallen absolutamente imposibilitados de continuar el servicio; acompañando asimismo el expediente original de comprobacion.

36. Proponer con iguales formalidades y restricciones la traslacion de empleados de un destino à otro, ò de una à otra provincia, cuando por alguna circunstancia particular convenga asi al mejor servicio; pero si la traslacion fuere sin variar de sueldo y clase, podrá acordarla por sí, de conformidad en su caso con el contador general.

37. Conceder à dichos empleados licencias temporales que no excedan del término de dos meses, para pasar con justo motivo à cualquier punto de la peninsula é islas adyacentes, con exclusion de la Corte; pues las que se solicitaren para venir á ella, para salir fuera del reino, ò por mas tiempo del que queda señalado, han de consultarse al ministerio para la resolucion de su Magestad.

Art. 7.° Formará y variará, segun lo exijan las circunstancias, el reglamento para el gobierno interior de su secretaría y archivo.

CAPITULO SEGUNDO.

De la contaduría general.

Artículo 1.° La contaduría general es la autoridad superior en todo lo relativo à la contabilidad, fiscalizacion é intervencion de la administracion, recaudacion è inversion de los fondos de los propios y arbitrios, bajo la dependencia del director general, sin perjuicio de dirigirse inmediatamente al ministerio en los casos que se señalarán en esta instruccion; y de exigir directamente de dos contadores principales de las provincias los documentos y noticias que convengan para el desempeño de sus atribuciones.

Art. 2.° Es asimismo el centro en que han de reunirse todas las noticias de las fincas, derechos y pertenencias de estos ramos, y de los valores ó productos que rindieren; igualmente que de las diferentes obligaciones y cargas à que estuvieren sujetos.

Art. 3.° El contador general gozará el mismo sueldo, honores y consideraciones de intendente de provincia de primera clase.

Art. 4.° Su autoridad, facultades y obligaciones, son:

1.ª Cumplir por sí y cuidar de que todos los empleados en la contaduría general cumplan con sus respectivas obligaciones.

2.ª Promover por todos los medios que esten à su alcance el aumento y prosperidad de los propios y arbitrios, excitando al efecto el celo del director general.

3.ª Llevar cuenta formal por provincias y con la debida separacion de ambos ramos, de todos sus rendimientos y de las cargas que pesaren sobre ellos.

4.ª Llevarla asimismo con igual separacion de las cantidades que por contingente y mitad de sobrantes se entreguen à la Real caja de amortizacion, ó algun otro establecimiento público ó particular como partícipe en ellos.

5.ª Tomar razon de los títulos y credenciales que se expidan para el nombramiento de empleados en todas las dependencias de propios y arbitrios, sin cuyo requisito à ninguno se pondrá en posesion de su destino.

6.ª Adquirir un conocimiento exacto de todas las fincas de propios, y de las que se hubiesen enagenado; causa y precio de su egresion; è igualmente de la causa, naturaleza y existencia de los arbitrios, motivo de su concesion, y si esta fue temporal ó perpetua; proponiendo al contador general lo que considere oportuno para el fomento de los expresados ramos, y cesacion de cualquiera perjuicio que resultare ó pueda resultar contra ellos.

7.ª Practicar los repartimientos entre provincias de las contribuciones que por cualquiera calamidad pública, ú otra necesidad urgente, hubiere de cargar sobre los fondos municipales.

8.ª Examinar y rectificar los que formen las contadurías principales de provincia para la subdivision de los cupos entre los pueblos de cada una, procediendo con la brevedad correspondiente, à fin de que no se dilate la recaudacion.

9.ª Exigir de las mismas contadurías los estados y noticias convenientes à dicho objeto y demas relativo al mejor desempeño de sus atribuciones, circulando las órdenes y modelos necesarios para que aquellos documentos se formen y remitan con la debida uniformidad y método.

10. Pasar el mes de junio de cada año al director general, para que este lo haga al ministerio, estados en que con la debida distincion y claridad se manifieste el de dichos fondos, sus valores, cargas, pago de ellas y líquido sobrante que resulte.

11. Formar ademas cada cuatro meses tres estados, que pasará al director general, para que este lo haga al ministerio, direccion general de rentas y contaduría general de valores, y en los cuales conste el producto del contingente, lo invertido en sueldos de empleados y gastos de oficinas, y lo ingresado en la Real caja de amortizacion.

12. Exigir todas las noticias necesarias para la rectificacion de los reglamentos existentes; y para formarlos nuevos à los pueblos que carecen de ellos.

13. Extender è intervenir los libramientos que acuerde el director general para el pago de los sueldos y gastos de las oficinas generales, igualmente que las libranzas que se expidieren contra las dependencias de las provincias, y à favor del pagador de aquellas, interviniendo tambien en el giro ó negociacion que se haga de dichas libranzas.

14. Examinar, fiscalizar y dar su dictamen para que el director general determine acerca de los gastos extraordinarios que pudieren ocurrir en las oficinas de las provincias y en los pueblos, cuando su importe no exceda de diez mil reales, ejerciendo iguales funciones en los que por exceder de aquella cantidad debe consultar la direccion à la Real aprobacion de su Magestad, cuidando en ambos casos que se justifique plenamente la necesidad.

15. Expedir previo decreto del director general para toda clase de certificaciones que deban darse, con insercion ó referencia à documentos pertenecientes á la contaduria general.

16. Asistir á los arqueos mensuales y de fin de año de la pagaduría de las oficinas generales, y examinar y censurar la cuenta anual del pagador, feneciéndola con la aprobacion del director general cuando la halle conforme.

17. Cuidar de que los empleados que deban dar fianzas para asegurar su responsabilidad, las presenten en la cantidad y tiempo que señalare el director general.

18. Cuidar de que se verifique con la mayor puntualidad la presentacion de cuentas anuales por los ayuntamientos y juntas de propios en las oficinas de las provincias, y que examinadas por estas en los términos y épocas señaladas en la instruccion de 30 de julio de 1760, formen y remitan los resúmenes de ellas à

la contaduría general para su examen y fenecimiento previa la aprobacion del director general, devolviéndolos caso de no estar arreglados con el correspondiente pliego de reparos, para su rectificacion.

Si la experiencia acreditase la demasiada continuacion de estos defectos de parte de las expresadas contadurías, propondrá al director general los medios de evitarlos, hasta con suspension de empleo y sueldo del individuo ó individuos causantes, por el tiempo que se estime conveniente.

19. Examinar y fenecer con iguales formalidades las cuentas que anualmente deben dar los tesoreros de provincia por los caudales de propios que entren en su poder.

20. Cuidar de que á los empleados de su dependencia se les guarden las honras y distinciones que les son debidas, y de que entre ellos se observe la subordinacion gradual, corrigiendo gubernativamente las faltas que cometieren en el desempeño de sus respectivas obligaciones, y solicitando, por conducto del director general, la separacion de los que la mereciesen, con remision del expediente justificado, que ha de dirigirse al ministerio para la resolucion de su Magestad.

21. Proponer sugetos aptos, y que reunan las circunstancias prevenidas en las Reales órdenes, para servir los empleos de oficiales y subalternos de la contaduría general, y exponer su dictamen en las propuestas que para los empleos de contabilidad de las oficinas de provincia remitan los subdelegados, y les serán pasadas con aquel objeto por el director general.

22. Si el contador general advierte que alguna de las determinaciones del director general está en oposicion con lo prevenido en las reales órdenes, decretos è instrucciones vigentes, se lo manifestará por escrito para la conveniente rectificacion; pero si esta no se verificare, cumplirá lo mandado, y lo hará presente al Secretario del despacho de Hacienda para la resolucion de su Magestad.

Art. 5.° Formará y variará, segun lo tenga por conveniente, el reglamento que haya de regir para el gobierno interior de la contaduría general, dando cuenta al director general para su conocimiento.

Art. 6.° Habrá en dicha oficina un negociado general, en el cual se han de reunir y redactar los resultados de los trabajos de todos los demas, para llevar bajo un punto de vista el estado de todas sus operaciones, formándose por el mismo los de valores y cargas de que queda hecha mencion.

Art. 7.° Se establecerá igualmente un negociado con el competente número de oficiales y subalternos para el desempeño del reconocimiento de resúmenes de cuentas atrasadas; cuya operacion serviria de notable embarazo al servicio corriente, y en perjuicio de la puntualidad con que este debe verificarse.

Art. 8.° En los casos de vacante, ausencia ó enfermedad del contador general, le sustituirá el oficial mayor, y à falta de este el que fuere mas antiguo siguiendo el orden de escala.

CAPITULO TERCERO.

Del pagador de las oficinas generales.

Artículo 1.° Las obligaciones del pagador de las oficinas generales, son:

1.ª Recibir, negociar y cobrar las libranzas que expida el director general contra las dependencias de las provincias, dando cargareme de su importe á la contaduría general.

2.ª Pagar los libramientos que igualmente expida el mismo director, intervenidos por la contaduría general, por sueldos y gastos de las oficinas generales.

3.ª Llevar cuenta y razon de todos los caudales que entren y salgan de su poder, cargándose ó abonándose ademas los beneficios ò daños que experimentaren las libranzas negociadas.

4.ª Hacer arqueos mensuales y uno general en fin de año, con asistencia del contador general, encerrando los caudales existentes en arcas de tres llaves, de las cuales tendrá una cada uno de aquellos gefes, y otra el pagador.

5.ª Afianzar el manejo de los intereses que han de estar à su cuidado, en la cantidad y términos que designe el director general.

6.ª Rendir en los veinte primeros dias de cada año la cuenta del anterior, justificando su data con los libramientos originales satisfechos, y cargándose de todas las cantidades de que hubiese dado cargareme à la contaduría general, con cuyos documentos y asientos de intervencion han de ser comprobadas.

7.ª El pagador nombrará por su cuenta persona de su confianza que le sirva de cajero en el caso de necesitarle, y en los de sus ausencias y enfermedades elegirá asimismo quien le sustituya, haciéndolo interinamente el director, de acuerdo con el contador general, cuando aquel destino se hallare vacante, hasta que su Magestad tenga à bien proveerle.

CAPITULO CUARTO.

Del archivero general.

Artículo 1.° En el archivo general se reunirán y colocarán metódicamente todos los libros, papeles y documentos correspondientes á la direccion, y la contaduría general, facilitándose á estas oficinas los que necesitaren para el despacho de los negocios corrientes por medio de papeletas, que firmarán los oficiales mayores respectivos.

Art. 2.° En él habrá el número de empleados que se considere preciso; y el orden de sus trabajos se determinará en el reglamento interior que formará el archivero y aprobará el director, oyendo al contador general.

CAPITULO QUINTO.

De los subdelegados.

Artículo 1.° Los intendentes, como subdelegados de la direccion general, son en sus respectivas provincias la autoridad superior en todo lo relativo al gobierno, administracion, recaudacion, distribucion, conservacion y fomento de los propios y arbitrios, y los gefes de los empleados en todo lo concerniente al desempeño de sus obligaciones.

Art. 2.° Son tambien el conducto por donde se entenderá la direccion general con las dependencias de propios y arbitrios de las provincias en todos los asuntos gubernativos y generales.

Art. 3.° Los gefes y los empleados de las oficinas de las provincias, los ayuntamientos y juntas de propios, y los visitadores que se establezcan, dependerán de la direccion general y contaduría general en su caso, y reconocerán como autoridad subdelegada de aquella á los intendentes, prestándoles las noticias é informes que les pidieren.

Art. 4.° Podrán dichos subdelegados visitar los pueblos de su respectiva provincia, y examinar en ellos el manejo de los fondos de propios y arbitrios, dictando las providencias interinas que estimasen oportunas; de las cuales, con revision del expediente formado, darán conocimiento á la direccion general para su aprobacion, ó para que tome las medidas que mas convengan.

Art. 5.° Reunirán en junta al contador y visitador de estos ramos siempre que lo tuvieren por conveniente, para mejor deliberar en los asuntos importantes de ellos.

Art. 6.° En las vacantes, ausencias y enfermedades de los intendentes serán sustituidos por los contadores principales, y à falta de estos, por los contadores de rentas de las provincias respectivas; recayendo la sustitucion cuando faltaren unos y otros en las asesorías de las mismas intendencias.

Art. 7.° La autoridad, facultad y obligaciones de los intendentes como subdelegados de propios y arbitrios, son:

1.ª Cumplir y hacer que todos los empleados y encargados de la administracion, recaudacion y distribucion de estos ramos en sus respectivas provincias, cumplan exactamente con sus obligaciones.

2.ª Comunicar à quien corresponda los Reales decretos, órdenes, instrucciones y reglamentos, asi como las demas providencias que por la direccion general se les dirigen, cuidando de su puntual observancia.

3.ª Promover el aumento y prosperidad de los propios removiendo cualquiera obstáculo que se opusiere á ello, y dando cuenta á la direccion general cuando no basten sus providencias à conseguirlo.

4.ª Tomar noticias circunstanciadas de las fincas y derechos que pertenezcan á los propios, y de su valor en venta y renta; marcándose en las rústicas su cabida, calidad, sitio y linderos, por medio de la competente diligencia de deslinde y amojonamiento; y manifestándose en las urbanas su estado de servidumbre, si son ó no arbitrarias, como hornos, molinos, posadas y tiendas, que por gozar de la privativa producen mayor renta, si solo sirven para usos municipales ó públicos, como casas consistoriales, cárceles, cuarteles, carnicerías ú otras semejantes; ó si siendo casas habitables, corrales, pozos de nieve ú otras de esta clase solo producen el respectivo alquiler.

5.ª Averiguar cuales y cuantos son los arbitrios de cualquiera clase que en el dia disfrutan los pueblos para sus atenciones comunes; y si son temporales ó perpetuos, cuál fue el objeto y cuándo tuvo principio su imposicion, y la autoridad con que se perciben.

6.ª Enterarse de los censos, recompensas y cargas que tuvieren en su favor, ó contra las fincas y demas derechos pertenecientes à los propios y arbitrios de cada pueblo, estado en que

se halle su pago ó cobranza, y la legitimidad del título en que se funden unas y otras.

7.ª Apurar el verdadero estado de los créditos que tienen á su favor los mencionados ramos contra primeros y segundos contribuyentes, y los que de ambas clases deben ser considerados enteramente fallidos; proponiendo à la direccion general segun el resultado de estas observaciones y las prevenidas en los tres números precedentes, cuanto considere conveniente al mayor beneficio y mejor conservacion de sus fincas, derechos y caudales, usando empero los subdelegados de su autoridad para reintegar á los propios de los predios ò derechos que de cualquiera clase se hallaren despojados injustamente.

Para cumplir con lo dispuesto en esta y anteriores prevenciones, los mismos subdelegados se valdrán de los visitadores, cuyas operaciones auxiliarán por cuantos medios esten á su alcance, obligándoles al exacto y puntual desempeño de las atribuciones que se les señalan en esta instruccion.

8.ª Aprobar todos los repartimientos, tallas ó derramas que se concedan à los pueblos, en cantidad determinada, para ocurrir à algunas de sus obligaciones municipales, cuidando de que su exaccion se verifique bajo todas las reglas de equidad.

9.ª Expedir los apremios y ejecuciones para la cobranza de los débitos que resulten en primeros y segundos contribuyentes, procediendo en esta parte con sujecion à las instrucciones y leyes vigentes.

10. Providenciar lo necesario para que las cuentas de propios y arbitrios se presenten en la forma y épocas prefijadas en la instruccion de 30 de junio de 1760.

11. Pedir directamente à las autoridades civiles, eclesiásticas y cualquiera otras, las noticias é informes para el mejor desempeño de sus atribuciones.

12. Conceder el correspondiente permiso á los pueblos para invertir hasta la cantidad de mil reales en los gastos de obras, reparos y otros urgentes que puedan ocurrir, cuando no alcance lo señalado en el reglamento para los extraordinarios y eventuales, dando cuenta à la direccion general con el expediente respectivo para los efectos que convengan.

13. En los casos en que por cualquier accidente imprevisto, fuese indispensable reparar alguna ó algunas fincas de propios, ó evitar al comun otro daño que se haría mayor con la suspension de aquella medida, podrán por sí, con conocimien-

to y dictamen de la contaduría, disponer que se inviertan de los fondos de dichos ramos las cantidades que se consideren precisas para ocurrir inmediatamente al remedio; mientras que la direccion general, en vista del expediente, que á la mayor brevedad se le remitirá, tome las providencias que juzgare oportunas.

14. Librar con las debidas formalidades contra los fondos de estos ramos, existentes en la tesorería de rentas de su respectiva provincia, las cantidades que sean precisas para el pago de los empleados de propios en ella, y para los gastos ordinarios y extraordinarios que tuviesen la competente aprobacion.

15. Cuidar de que los negocios se despachen con actividad por los ayuntamientos, juntas, oficinas y demas dependencias de propios, á fin de que no padezca el servicio, y á los interesados se les eviten molestias.

16. Asistir, cuando se lo permitan sus ocupaciones, à los arqueos mensuales y de fin de año, que han de practicarse en la tesorería de rentas de la provincia, de los caudales que haya en ella, por contingentes y mitad de sobrantes de propios, y remitir los estados de sus resultas á la direccion general.

17. Cuidar de que à los empleados de las dependencias de estos ramos se les guarden las honras y exenciones que les estan concedidas, ò que en lo sucesivo se les concedieren.

18. Tomar conocimiento exacto de los que hay en su respectiva provincia de las clases de efectivos, cesantes y jubilados, recoger las hojas de servicio, en donde se expresará y justificará la edad, estado, destino actual y los anteriores; asi como el sueldo que disfruta cada uno: poner en ellas, oyendo al contador principal, las notas calificativas de su conducta, aptitud, aplicacion y robustez; y quedándose con las copias correspondientes, pasar las originales á la direccion general. En las de los cesantes y jubilados, se manifestarán ademas las causas de su cesacion ó jubilacion, y si reunen ò no las circunstancias precisas para volver al servicio.

19. Formar, por el resultado de dichas hojas y notas, un libro en que sucesivamente se continuará los ascensos, servicios particulares que hiciese cada individuo, ó correcciones que sufriese, pasando en fin de año á la direccion general una relacion comprensiva de las variaciones ocurridas en él.

20. Mantener la subordinacion gradual entre los empleados, corrigiendo gubernativamente las faltas que cometieren en el cumplimiento de sus deberes.

21. Proponer por sí para los empleos de contadores principales y visitadores, y dar curso á las propuestas que hagan los primeros para las plazas de oficiales y subalternos de sus oficinas, poniendo en ellas su conformidad, ó haciendo las observaciones que les parecieren convenientes para el mejor acierto de los nombramientos.

22. Conceder licencia por el término de un mes para dentro de la misma provincia á los empleados que la pidieren con justo motivo, dando curso con su informe á las que se soliciten para fuera de ellas, ó por mas tiempo.

23. Suspender de empleo y sueldo á dichos empleados, previa audiencia de su inmediato gefe, siempre que mediaren justas causas para ello; dando cuenta á la direccion general con remision del expediente justificativo de aquellas, para que determine por sí ó consulte lo que creyere conveniente.

24. Proponer con arreglo á Reales órdenes la jubilacion de empleados, que por su avanzada edad ó dolencias habituales se hallen imposibilitados de continuar en el servicio.

Art. 8.° Los subdelegados manejarán y resolverán gubernativamente, segun las facultades que les quedan señaladas, todos los asuntos de propios y arbitrios, sin permitir que lleguen á hacerse contenciosos; pero cuando no sean suficientes las medidas de aquella clase, procederán judicialmente, determinándolo en primera instancia, previo dictamen de su asesor con la apelacion al Consejo supremo de Hacienda, conforme á lo prevenido en el Real decreto de 3 de abril de 1824.

Art. 9.° De todas las providencias judiciales que dictaren, darán cuenta á la direccion general, haciendo lo mismo de las que en apelacion pronunciare el Consejo supremo de Hacienda.

CAPITULO SEXTO.

De los contadores principales.

Artículo 1.° Los contadores principales tendrán en sus respectivas provincias el doble carácter de gefes de la contabilidad é intervencion de los propios y arbitrios, y de secretarios de los subdelegados en todo lo concerniente á la parte gubernativa y directiva de los mismos ramos.

Art. 2.° Las facultades y obligaciones de los contadores como gefes de contabilidad, son:

1.ª Cumplir y hacer que todos los empleados de su depen-

dencia cumplan con sus particulares obligaciones, sin permitir la menor condescendencia ni disimulo.

2.ª Excitar el celo de los subdelegados en beneficio y mayor prosperidad de los propios y arbitrios.

3.ª Tomar conocimiento de las fincas, derechos y pertenencias de estos ramos, asi como de sus productos, cargas y obligaciones naturales, examinando y proponiendo á los subdelegados las medidas que puedan adoptarse en aumento de sus utilidades y rendimientos.

4.ª Examinar el número de pueblos que en sus respectivas provincias carecieren de reglamento particular para ocurrir á sus gastos municipales; extendiendo relacion certificada de los que se hallen en este caso, con relacion de la causa, estado y vecindad del pueblo, y medios de que hasta ahora se hubiese valido para cubrir sus obligaciones en esta parte, y cuyo documento pasarán al subdelegado, á fin de que por este sea remitido á la direccion general.

5.ª Instruirse muy particularmente de la situacion de cada pueblo, respecto á su vecindario, clases de que se compone y riqueza territorial ó industrial que posee; manifestando al subdelegado las faltas que observare en las noticias dadas por el visitador, á fin de que se corrijan ó amplien.

6.ª Hacer los repartimientos entre los pueblos de la provincia de las contribuciones que por cualquiera necesidad urgente hubieren de cargarse de los fondos municipales, pasándolos al subdelegado, para que por este se remitan á la direccion general.

7.ª Examinar y rectificar los que despues de aprobados hicieren los ayuntamientos para atender á sus obligaciones procomunales.

8.ª Llevar cuenta formal de los valores y cargas señaladas en los reglamentos particulares de cada pueblo; igualmente que del importe de los contingentes y mitad de sobrantes con que contribuyen, y deben ingresar en las tesorerías de rentas de las provincias, arreglándose para lo primero á los formularios y disposiciones comunicadas ó que en lo sucesivo se comunicaren.

9.ª Cuidar de que los productos en granos y otros frutos procedentes de los arrendamientos de las fincas de propios, se vendan en los tiempos oportunos, y con la debida justificacion, para evitar todo perjuicio á sus valores.

10. Asistir á los arqueos que mensualmente y en fin de año han de hacerse de los caudales existentes en la tesorería por

contingentes y mitad de sobrantes, formalizándolos en el libro que à este fin debe haber en el arca de caudales, de que tendrá una llave, y formando el estado de sus resultas, que ha de remitirse á la direccion general por conducto del subdelegado.

11. Manifestar al mismo el estado que tenga la entrega de dichos fondos en tesorería, igualmente que la presentacion de cuentas atrasadas y corrientes de los pueblos, procurando se estreche á los mismos, bajo las penas señaladas en la instruccion de 30 de junio de 1760.

12. Examinar y reparar dichas cuentas, formando los resúmenes que han de remitirse sin el menor retraso á la contaduría general; asi como los estados generales de valores, cargas y demas, que igualmente han de remitirse cada año á aquella oficina, arreglados á los formularios y modelos que tuvieren señalados ó se señalaren.

13. Exigir y examinar la cuenta anual que debe dar el tesorero por los caudales de propios que entren en su poder, remitiéndola cuando estuviese arreglada, á la contaduría general para su fenecimiento.

14. Hacer presente dicho subdelegado, el estado de la cobranza de débitos que existan en primeros y segundos contribuyentes, y la de alcances y partidas excluidas en las cuentas; excitando su celo para que aquella se active, asi como para que se realicen á su debido tiempo los pagos de los valores corrientes.

15. Expedir las certificaciones de débitos para el despacho de apremios y ejecuciones contra los deudores morosos, y tomar razon de estos mismos despachos, asi como de las veredas, que con cualquier objeto relativo á los expresados ramos se expidieren.

16. Expedir igualmente, sin otro estipendio que el coste del papel, las certificaciones que á instancia de parte ó de oficio mandaren dar los subdelegados, con insercion ó referencia á documentos que existan en las oficinas de su cargo.

17. Tomar razon de las libranzas expedidas por la direccion general contra las existencias de propios en su respectiva provincia, sin cuyo requisito no podrán ser satisfechas por el tesorero.

18. Formar è intervenir las nóminas de sueldos de los empleados, y los libramientos de gastos ordinarios y extraordinarios, acompañando á estos últimos copia certificada de la órden de su aprobacion.

Si los subdelegados mandasen expedir algun libramiento por sueldos ó gastos que no esten competentemente aprobados, suspenderán su cumplimiento los contadores, y les expondrán por escrito las razones que hubiere para no verificarlo; mas si á pesar de ellas insistiesen los primeros en que se cumpla su determinacion bajo su responsabilidad, la cumplirán, é intervendrán los segundos, dando parte con remision de las contestaciones que hubiesen mediado á la contaduría general, para que por ella se dé conocimiento à la direccion, y esta tome las providencias que convengan.

19. Evacuar todos los informes que se les pidieren por los subdelegados, y darles las noticias que para el mejor servicio y utilidad de los referidos ramos les exigieren.

20. Corregir gubernativamente á los empleados de su dependencia que falten al cumplimiento de sus deberes, dando parte al subdelegado con justificacion de las faltas que merecieren suspension ò separacion de empleo, para que proceda segun sus facultades à lo que hubiere lugar.

21. Dar curso con su parecer à las instancias de los mismos empleados en solicitud de licencias temporales ó de jubilacion, cuando por su avanzada edad ó enfermedades habituales se hallen imposibilitados de continuar en el servicio.

22. Formar y dirigir al subdelegado las propuestas para las plazas que vacaren en su oficina y fueren de absoluta necesidad, eligiendo para su desempeño sugetos aptos y beneméritos que reunan las circunstancias prescritas en Reales órdenes.

Art. 3.° Los contadores principales en sus vacantes, ausencias y enfermedades, serán sustituidos por los oficiales mayores; á falta de estos por los segundos, y asi sucesivamente por el orden de escala.

Art. 4.° En todo lo concerniente á asuntos de contabilidad obedecerán las órdenes que directamente les diere el contador general, y en la misma forma le facilitarán los estados y demas noticias que les pidiere para el mejor y mas pronto desempeño de sus atribuciones.

Art. 5.° Los contadores, como secretarios de los subdelegados, acordarán con estos todos los asuntos gubernativos, extendiendo las órdenes é informes y cualquiera otra providencia acordada, y conservando con la debida separacion todos los documentos correspondientes à esta clase, para que no se confundan con los relativos á contabilidad.

CAPITULO SEPTIMO.

De los tesoreros.

Artículo 1.° Los tesoresos de rentas lo serán al mismo tiempo en cada provincia de los caudales de propios, que por contingentes, mitad de sobrantes y cualquier otro concepto se destinen á la Real caja de amortizacion, establecimientos ú objetos públicos del estado, y al pago de sueldos y gastos de los empleados y oficinas de estos ramos.

Art. 2.° Llevarán cuenta y razon de la entrada y salida de dichos fondos, y harán en presencia de los subdelegados y contadores un arqueo en cada mes, y otro en fin de año, custodiando las cantidades existentes en arca de tres llaves que habrá para este fin, y de que serán claveros aquellos gefes y el tesorero.

Art. 3.° No recibirá cantidad alguna sin dar cargareme à la contaduría y carta de pago al contribuyente, intervenida por aquella oficina.

Art. 4.° Tampoco podrá hacer ningun pago sin que preceda la presentacion de libramiento por el subdelegado, con la intervencion de la contaduría, y recibo que el interesado ha de poner al pie de aquel documento.

Art. 5.° Para el pago de las libranzas que expida la direccion general, ha de preceder el páguese del subdelegado, y toma de razon de la contaduría.

Art. 6.° Los tesoreros rendirán cuenta anual en los veinte primeros dias del mes de enero de cada año, justificando la data de ella con los libramientos y libranzas originales que hubieren satisfecho; y presentándola à la contaduría para su examen y comprobacion, se dirigirá por esta á la general del ramo, para que si la hallare arreglada y conforme se finiquite con la aprobacion del director general.

CAPITULO OCTAVO.

De los visitadores.

Artículo 1.° En cada provincia habrá un visitador de propios y arbitrios á las inmediatas órdenes del subdelegado.

Art. 2.° El objeto de estos empleados es impedir toda malversacion ó perjuicio à los propios y arbitrios, y celar sobre la

exacta observancia de las reglas adoptadas ó que se adopten para su gobierno y administracion. La naturaleza de este encargo hace indispensable las circunstancias de conocida probidad, aplicacion, laboriosidad y mucha instruccion en todo lo relativo à dichos ramos.

Art. 3.° Sus facultades y obligaciones son:

1.ª Visitar todos los pueblos de la provincia por el orden que señale el subdelegado, examinando en cada uno si por el ayuntamiento ò juntas de propios y arbitrios se observan con exactitud las reglas establecidas para la administracion de estos ramos è inversion de sus productos.

2.ª Tomar noticias exactas y circunstanciadas del vecindario, y clases de que se compone la jurisdiccion de cada ayuntamiento ò junta, asi como de sus producciones naturales é industriales.

3.ª Exigir copia testimoniada de sus reglamentos particulares, y tomar conocimiento, en donde no los hubiere, de los medios ò recursos con que se atiende à las necesidades ó gastos municipales.

4.ª Averiguar si en los reglamentos estan comprendidas todas las fincas, y pertenencias de propios, formando expediente acerca de las que resultasen usurpadas en el todo ó en parte.

5.ª Formar relaciones estadisticas y particulares de dicho ramo, expresando en ella la clase, origen, estado y circunstancias de cada finca, asi como las mejoras de que sea susceptible, uso á que está aplicada, sus productos y cargas, establecimientos ó personas á quien se pagan estas, y con qué titulos, proponiéndo al subdelegado los apeos ó deslindes que convenga hacer.

6.ª Tomar conocimiento del número, clase y demas circunstancias de los arbitrios que se exigen, y de sus productos y obligaciones, sacando copia de las órdenes de su concesion, y anotando si no las hubiere el motivo de su establecimiento.

7.ª Examinar el estado que tenga la presentacion de cuentas atrasadas y corrientes, igualmente que el número, clase y cantidad de los débitos que haya en favor de los propios y arbitrios, y si estan en primeros y segundos contribuyentes; procurando averiguar la situacion de estos para distinguir de aquellos los que son cobrables, de dificil cobro é incobrables. Iguales noticias tomará de los créditos que hubiere contra los expresados ramos, y de las causas que entorpezcan su pago.

8.ª Investigar oficial y aun extrajudicialmente si las cantida-

des de que los ayuntamientos ó juntas se datan en sus cuentas han sido en efecto invertidas y pagadas en los objetos y á las personas á quienes se refieren; y si los cargos constan de las mismas partidas de los deudores, arrendadores, administradores ó inquilinos; cuyos recibos ó cartas de pago originales podrá exigir el visitador para hacer la oportuna comprobacion.

9.ª Examinar la legitimidad de los gastos aprobados para obras públicas ú otros objetos de utilidad comun, asi como los invertidos en la conservacion y mejora de las fincas de propios.

10. Reconocer todos los libros y documentos que tengan relacion con dichos ramos, sin que los ayuntamientos puedan excusarse de presentárselos, asi como tampoco de facilitar las demas noticias que los visitadores pidieren para el mejor desempeño de su cargo.

11. Pedir con el mismo objeto los informes, noticias y auxilios que necesitaren à las autoridades civiles, eclesiásticas y otras cualesquiera, que tambien deberán facilitárselas.

12. Asistir, cuando lo creyese conveniente ò cuando el subdelegado se lo prevenga, á los remates que se celebren en los pueblos para hacer arriendos de fincas de propios ú otros de arbitrios; ocupando en estos casos el asiento á la derecha del presidente, con facultad de hacer las observaciones que juzgare oportunas, y de suspender el acto si notare falta de cumplimiento á las formalidades prevenidas por las leyes y ordenes, ó algun dolo ó fraude en perjuicio de los intereses de los expresados ramos; dando inmediatamente parte al subdelegado para su determinacion.

Art. 4.° Del resultado de cada visita formará el visitador un expediente que ha de remitir al subdelegado, y en el cual se han de presentar detalladamente, y con la mayor claridad, los extremos que en las anteriores obligaciones quedan señalados, y los demas que puedan contribuir al mas exacto conocimiento del estado de los propios y arbitrios de los pueblos.

Art. 5.° Cuando por la vasta extension de una provincia no pueda un solo visitador atender á las visitas de todos los pueblos de ella con la frecuencia y esmero que exige este importante servicio, el subdelegado propondrá el establecimiento de otro de aquellos empleados, manifestando las causas que justifiquen la necesidad de esta medida.

Art. 6.° En el concepto de que las visitas deben ser continuas, los subdelegados podrán habilitar para hacerlas, en las vacantes, ausencias y enfermedades de los visitadores, á los em-

pleados sin ejercicio que hubiese en sus respectivas provincias, siempre que merezcan su confianza y tengan la aptitud correspondiente; y en el caso de no haberlos de esta clase, destinarán para las visitas urgentes à uno de los empleados efectivos de las oficinas de propios que reuna las circunstancias indicadas.

CAPITULO NONO.

De los ayuntamientos.

Artículo 1.° A los ayuntamientos corresponde la administracion de los propios y arbitrios, igualmente que la recaudacion é inversion de sus productos, con entera sujecion à los Reales decretos, instrucciones y órdenes que rijan en la materia, y á los reglamentos particulares aprobados para cada pueblo.

Art. 2.° Para hacer mas facil y expedito el desempeño de aquel encargo, continuarán en él las juntas establecidas por Reales instrucciones de 3 de febrero de 1745, y 30 de julio de 1760; entendiéndose solo en representacion de los mismos ayuntamientos de que hacen partes, y quienes han de dar mensualmente conocimiento de todas sus operaciones, y presentar en fin de año la cuenta para su examen y aprobacion.

Art. 3.° Obedecerán las órdenes que les fueren comunicadas por los intendentes subdelegados de propios y arbitrios; facilitándoles, asi como á los visitadores, cuantos documentos y noticias pidieren relativos à estos ramos.

Art. 4.° Los ayuntamientos serán responsables mancomunadamente de la legítima inversion de los caudales de propios y arbitrios, igualmente que de la buena conservacion de las fincas que les pertenezcan.

Art. 5.° Será de su cargo cuidar con particular esmero de la mejora de fincas, y de hacer reintegrar à los propios las que se les hubiere usurpado.

Art. 6.° En ningun tiempo, y bajo ningun pretexto, podrán establecer por sí arbitrios, ni exigir adehalas que graven al vecindario de los pueblos, arrendadores y personas transeuntes; pues los que necesiten para cubrir sus atenciones municipales han de solicitarlos por conducto del suldelegado, con justificacion de la necesidad.

Art. 7.° Será de su cuenta la cobranza de todos los débitos que tuvieren à su favor los expresados ramos, y la de sus productos corrientes; presentando en las tesorerías de las provin-

cias las cantidades que deban ingresar en ellas por contingentes, mitad de sobrantes, y por cualquiera otro concepto que se halle designado ó designare para atender á establecimientos generales ú objetos públicos del estado.

Art. 8.° Cuidarán de que los sobrantes que hayan de quedar en su poder se destinen à la redencion de capitales de censos en que estuvieren gravados los propios y arbitrios, haciendo la conveniente propuesta, por conducto del subdelegado, para que asi se acuerde por la direccion general.

Art. 9.° A excepcion de las fincas destinadas à usos públicos, todas las demas se pondrán en arrendamiento, y solamente podrán ponerse en administracion cuando no se presentare arrendador que ofrezca su justo precio.

Art. 10. Los arrendamientos deberán hacerse à todo riesgo; y se extenderán á dos, cuatro ó seis años, segun convenga y lo determine el subdelegado oyendo à la contaduría.

Art. 11. De todos los remates que se celebraren, se remitirá testimonio al subdelegado para su conocimiento y demas efectos oportunos.

Art. 12. Los arrendadores y administradores afianzarán à satisfaccion de los ayuntamientos; en el concepto de que estos han de responder de las faltas de aquellos.

Art. 13. Los mismos ayuntamientos nombrarán, bajo su responsabilidad, un depositario de los caudales de propios y arbitrios, à cuyo cuidado estará el pago de los libramientos expedidos por la junta.

Art. 14. En el método y tiempo de formar y presentar las cuentas anuales, y en cuanto no se oponga à esta instruccion, se arreglarán los ayuntamientos y juntas à lo prevenido en la de 30 de julio de 1760, y demas órdenes comunicadas ó que se comunicaren. Tendreislo entendido, y lo comunicareis à quien corresponda para su cumplimiento. = Está rubricado de la Real mano. = En San Lorenzo à 13 de octubre de 1828. = A Don Luis Lopez Ballesteros.

Lo comunico à V. de Real orden para su inteligencia y cumplimiento. Dios guarde à V. muchos años. Madrid 17 de octubre de 1828. = Luis Lopez Ballesteros.

Real Decreto y adjunta ley penal sobre los delitos de contrabando, que se expidió en 3 de Mayo del presente año.

A las disposiciones acordadas para consolidar el arreglo de mi Real Hacienda y asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones del Estado con el menor gravamen posible de mis pueblos, es consiguiente proveer las que sean suficientes y eficaces para impedir el fraude en las rentas y contribuciones Reales, que ademas de ser un verdadero hurto al Estado en comun, é individualmente à cuantos estan obligados à soportar sus cargas, cercena la recaudacion y hace incierta la base de sus rendimientos. Con tan urgente objeto se ha erigido una doble barrera contra las operaciones de contrabando y defraudacion que se intenten ejecutar por todas las fronteras de mar y tierra con la organizacion del resguardo maritimo y del cuerpo militar de carabineros de costas y fronteras, que estan ya haciendo su respectivo servicio; pero habiendo acreditado una larga experiencia no haber sido suficientes las leyes represivas de aquellos delitos, publicadas anteriormente, era asimismo indispensable establecer en esta parte tan interesante de la administracion pública una legislacion clara, precisa y eficaz, que clasificando todos los actos con que pueda ser defraudada mi Real Hacienda, prefijará para cada uno de ellos una pena determinada y especial que esté en proporcion con la gravedad del delito: que guardando el respeto y consideracion que se deben á la seguridad personal y domiciliaria, sujetase á un orden legal las diligencias de investigacion del fraude; y que por último combinándose en el orden de proceder sobre estos delitos el cumplimiento de las formas indispensables para la rectitud y el acierto de la administracion de justicia con la mayor sen illez posible en los trámites judiciales, tuviese por resultado la rapidez en su sustanciacion y la economia en sus dispendios. A consecuencia de ello, y con vista de los méritos que ofrece la larga y prolija instruccion que se ha dado al espediente formado con este objeto, he venido en decretar, y decreto la siguiente

LEY PENAL

SOBRE LOS DELITOS DE FRAUDE CONTRA LA REAL HACIENDA.

TITULO PRIMERO.

De los delitos contra la Real Hacienda á que es aplicable esta ley, y su calificacion.

Artículo 1.° Son objetos propios y exclusivos de las disposiciones de esta ley los delitos de fraude contra la Real Hacienda de las especies siguientes:

1.° El contrabando.

2.° La defraudacion en el pago de las contribuciones Reales.

3.° La connivencia de los empleados de la Real Hacienda en los delitos de contrabando y defraudacion.

4.° Toda especie de complicidad en los mismos delitos.

5.° La resistencia à mano armada ó con cualquiera género de violencia contra las autoridades, funcionarios públicos, individuos de la fuerza armada, y cualquiera clase de personas que por razon de oficio ó en virtud de mandato legítimo persigan à los contrabandistas ò á los defraudadores de mi Real Hacienda.

6.° La falsificacion de cualquiera documento público ó privado, ó de las marcas y sellos de oficio, ú otros signos peculiares de las oficinas de mi Real Hacienda, hecha para cometer, encubrir ó excusar los delitos de contrabando ó defraudacion.

7.° Las omisiones de las autoridades y funcionarios públicos, de los empleados de Real Hacienda, y de cualquiera otra clase de personas en el cumplimiento de las obligaciones que por las leyes, reglamentos é instrucciones de la misma Real Hacienda les son peculiares para impedir ó perseguir los delitos de contrabando y defraudacion.

Art. 2.° El delito de contrabando recae:

1.° Sobre los efectos estancados en favor de mi Real Hacienda, y en este caso es contrabando en primer grado.

2.° Sobre los efectos de comercio cuya importacion en el reino ó la exportacion del mismo está prohibida por leyes, reglamentos y órdenes Reales; y este es el contrabando en segundo grado.

Art. 3.° Se incurre en el delito de contrabando en primer grado:

1.° Por cualquiera acto que prepare inmediatamente y à sabiendas la produccion, elaboracion y fabricacion de los efectos estancados por cuenta de mi Real Hacienda.

2.° Por todo acto de negociacion y tráfico sobre los mismos efectos estancados.

3.° Por la compra de los mismos, aun cuando sea para el consumo propio, no haciéndose en las oficinas de mi Real Hacienda.

4.° Por la detentacion de efectos de las clases de estancados que tengan signos positivos de ilegítima procedencia, cualquiera que sea la cantidad que de ellos se retenga, ó que aun cuando procedan de los depósitos ó estancos de mi Real Hacienda, no se halle provisto el tenedor de los documentos de estas oficinas que justifiquen su compra, siempre que la cantidad exceda de la que permiten las instrucciones de rentas à cada particular para sus usos domésticos.

5.° Por la reventa de los efectos estancados, no obstante que procedan de compra hecha á mi Real Hacienda.

6.° Por el trasporte de los efectos estancados sin guias expedidas por las oficinas de mi Real Hacienda, aun cuando se haga el trasporte por cuenta agena; bien sea que se lleven dichos efectos sobre la persona misma del conductor, ó sobre bagages y carruages que ellos guien y acompañen, ó en buques que esten bajo su mando.

7.° Por asegurar ó hacer asegurar de cuenta propia ó por encargo de otro la introduccion, la circulacion ó la detentacion de géneros estancados.

Art. 4.° Se incurre en el delito de contrabando de segundo grado:

1.° Por la introduccion en el territorio español de efectos de cualquiera especie que sean, cuya importacion esté prohibida por las leyes, reglamentos y órdenes Reales.

2.° Por el tráfico de estos mismos efectos, por el trasporte de ellos, hágase este sobre la misma persona del conductor, ó en bagages y carruages que este guie y acompañe, ó en buques que tenga á su mando, y por la simple detentacion de dichos efectos en cualquiera punto del territorio español antes de haberse alterado sus formas, y empleado de hecho en los usos domésticos.

3.° Por la extraccion del territorio español de efectos de

cualquiera especie que sean, cuya exportacion esté prohibida por las leyes, reglamentos y órdenes Reales, y por su conduccion dentro de la zona próxima à la frontera de mar ó tierra en que por las mismas leyes y reglamentos esté prohibida su circulacion, y por su detentacion en la misma zona sin los requisitos que en aquellas disposiciones estan prescritos.

4.° Por asegurar ó hacer asegurar de cuenta propia ó por encargo de otro cualquiera operacion ó tráfico de géneros prohibidos à la importacion ó à la exportacion.

Art. 5.° Son tambien autores y reos directos respectivamente de contrabando en primero ó segundo grado, segun la materia sobre que este recaiga, los que sin cometer por si mismos los actos que constituyen el contrabando, segun la designacion hecha en los artículos 3.° y 4.°, los ordenan, disponen y hacen ejecutar por medio de sus dependientes, criados ó personas extrañas que reciban estipendio por ello, ó sean rogados para el intento, aun cuando no reciban estipendio alguno.

Art. 6.° Son cómplices respectivamente en el delito de contrabando de uno ú otro grado, segun sea la materia del delito, los que à sabiendas concurren à facilitar su ejecucion, ayudando y auxiliando à los contrabandistas en los actos que constituyen este delito, los que les dan refugio en sus casas y haciendas cuando conducen los efectos de contrabando, y los que los ocultan y encubren en sus mismas casas y haciendas, ó les facilitan la fuga para salvarlos de caer en manos de los que legítimamente van en su persecucion.

Art. 7.° Se tendrán por circunstancias agravantes del delito de contrabando:

1.ª La de conducir por tierra géneros de contrabando de ilegítima procedencia, yendo en cuadrilla que pase de tres hombres á caballo ó á pie.

2.ª La de llevar los contrabandistas en el acto de conducir el contrabando armas de fuego ó blancas, aun cuando sean de las permitidas, y tengan permiso para llevarlas; pero si las armas aprehendidas al contrabandista sobre su persona ó bagage, ó bien en el lugar donde se hace la aprenhension del contrabando, fueren prohibidas, será este un delito distinto del de contrabando, á que se aplicará la pena correspondiente, ademas de la que deba imponerse por el delito de fraude.

3.ª La de ser introductores directos de pais extrangero de géneros estancados en el reino, ó de asistir á la introduccion como propietarios de los géneros. Esta calidad se presume de

derecho en todas las aprehensiones hechas dentro de la zona de las cuatro leguas inmediatas à las fronteras de tierra, y de dos en las de mar en el acto de trasportar géneros estancados de ilegítima procedencia de un punto à otro, sea en poblado ó en despoblado.

Art. 8.° La resistencia con uso de armas ú otro género de violencia hecha por los contrabandistas à la justicia y sus dependientes, ó cualquiera otra autoridad pública, à la fuerza militar, à los resguardos y empleados de mi Real Hacienda, y cualquiera otra persona que vaya legítimamente en su persecucion, y la falsificacion de documentos ò de sellos, marcas ó de cualquiera signo establecido en las oficinas de mi Real Hacienda, de que se hace mencion en los números 5.° y 6.° del artículo 1.° de esta ley, aunque se cometan por incidencia del contrabando, se considerarán delitos de especie distinta, à que se impondrán las penas que respectivamente se prescriben en las secciones 5.ª y 6.ª del título segundo de esta ley.

Art. 9.° Si con el delito de connivencia de los empleados de Real Hacienda en cualquier acto de contrabando ó defraudacion concurriere la circunstancia de tener el empleado delincuente algun interes en la propiedad de los géneros y efectos de contrabando ó del fraude, ó que participe de las ganancias que resulten de estas operaciones, se le tendrá por reo del uno y del otro delito, y por incurso en la pena respectiva de cada uno de ellos.

Art. 10. Cuando cualquiera especie de cómplice en un delito de contrabando ó en el de defraudacion, que no sea empleado de Real Hacienda, tenga interes personal en los géneros ó efectos sobre que este recaiga ó en sus resultas, será considerado como autor y reo principal del delito, aunque no concurra por sí mismo á su perpetracion, y se le impondrán las penas en que bajo este concepto haya incurrido, y no las de su complicidad.

Art. 11. Se incurre en el delito de defraudacion contra mi Real Hacienda en las Rentas generales ó de aduanas:

1.° Por la introduccion en el territorio español de géneros extrangeros ó coloniales, sin haber hecho el portador su declaracion en la primera aduana de entrada mas inmediata al punto de la frontera de mar ó de tierra por donde se hayan introducido, proveyéndose en aquella oficina de las guias correspondientes para su circulacion en lo interior.

2.° Por la conduccion en territorio español de todo género

extrangero ó colonial, sin justificarse su legítima introduccion con las guias correspondientes, de que deberá ir provisto el conductor; y asimismo con los sellos ó marchamos de la Real aduana, siendo los géneros de las clases en que segun instrucciones se deberán poner estos signos en ellos mismos, ó en los fardos y cajones en que se contengan.

O si, aun cuando se lleven estos documentos y los géneros esten sellados ó marchamados, se hallaren fuera del tránsito que estuviere marcado en ellos para la conduccion de los géneros.

Y si, no estando designado el tránsito, se hiciere la conduccion por caminos que no dirijan via recta al destino que esté prefijado en las mismas guias.

3.° Por la detentacion en almacen ò tienda, sea á puerta cerrada ó abierta, de géneros extrangeros ó coloniales, aun cuando sea en retazos ó pequeñas porciones, sin que el tenedor acredite su legítima procedencia en la forma prescrita en los reglamentos de aduanas.

4.° Por la detentacion asimismo de los géneros extrangeros ò coloniales en cualquiera casa particular, siempre que estando en piezas, en fardos ó en bultos enteros, no tengan estos los sellos y marchamos de las Reales aduanas. Y si excediendo la cantidad de géneros hallados en esta forma, de la que por los reglamentos se permita poseer sin otros requisitos para el consumo doméstico, no justificare ademas el tenedor la legítima procedencia de ellos con los documentos prevenidos en los mismos reglamentos.

5.° Por la exportacion de géneros y frutos del reino sujetos al pago de derechos en las aduanas de salida y sin haberlos satisfecho integramente, y por la tentativa del mismo delito justificada por la aprehension de estos efectos dentro de la zona determinada en los reglamentos de aduanas, sin que sus portadores ó detentadores tengan las guias competentes para legitimar el trasporte ó la detentacion.

Art. 12. Con respecto à los géneros, frutos y efectos del reino sujetos al pago de rentas provinciales, derechos de puertas ú otro cualquiera impuesto, se incurre en delito de defraudacion:

1.° Por la introduccion en los pueblos donde se hallen establecidos los derechos de puertas sin hacer la declaracion y adeudar el correspondiente derecho en las oficinas de entrada.

2.° Por su conduccion hácia los mismos pueblos dentro

del radio que esté marcado por distintas vias de las que esten prevenidas en los reglamentos expedidos al efecto, ò bien en menor cantidad de la que estos prefijen, ó finalmente con violacion de cualquiera otro requisito que en ellos se halle determinado.

3.° Por omitirse en los pueblos no sujetos à los derechos de puertas, las declaraciones à la autoridad ú oficina competente, y el adeudo de derechos en la forma que las circunstancias respectivas de cada ramo tengan establecida, y siempre que en el trasporte de estos mismos efectos se dejen de cumplir las formalidades, ó no se acompañen los documentos que aquella haya prescrito.

Art. 13. En toda especie de contribucion, cuya cuota se haya de graduar por la manifestacion que haga el contribuyente de la cantidad y calidad del género que causa el derecho, se incurrirá en el delito de defraudacion:

1.° Si el portador manifestare un género de especie sujeto à un derecho inferior al que realmente lleva.

2.° Si en géneros de una misma especie, sujetos á graduacion de derecho diferente segun su calidad, manifieste ser la que conduce de grado inferior al que realmente tenga, y la diferencia pase de ocho por ciento.

3.° Si en la cantidad efectiva de géneros y la que se declaró para adeudar el derecho hubiere un exceso á favor de aquella de mas del tres por ciento.

Art. 14. En cuanto á las contribuciones directas se incurre en delito de defraudacion:

1.° Por omitir la declaracion que deba hacerse para la exaccion á la autoridad ú oficina adonde corresponda.

2.° Por cualquiera falsedad que se cometa en la declaracion que se dé para la graduacion del derecho.

3.° Por la ocultacion del contrato, sucesion, posesion ú otro acto que cause el derecho.

4.° Por cualquiera simulacion que se haga en los documentos justificativos de estos actos.

5.° Por toda otra especie de violacion à las reglas administrativas establecidas en las intrucciones que tenga tendencia manifiesta y directa á eludir ó disminuir el pago de lo que legítimamente deba pagarse por razon de la contribucion directa.

Art. 15. Con respecto á los buques que naveguen con inmediacion á las costas del territorio español y à los que anclen en sus puertos, bahias, calas y ensenadas, se tendrá por co-

metido respectivamente el delito de contrabando ó de defraudacion, segun sea el género sobre que recaiga, en los casos siguientes:

1.° El buque extrangero de menos porte que el de cuarenta toneladas que arribe á cualquiera puerto, rada ó ensenada de las costas del territorio español con cargas de géneros y efectos de cualquiera especie que estos sean, à menos que no sea por arribada forzosa en los casos de infortunios de mar, persecucion de enemigos ó piratas, ó avería que inhabilite el buque para continuar en su navegacion.

2.° El buque español ó extrangero de porte menor de doscientas toneladas que viniendo cargado con mercaderías de ilícito comercio, segun las leyes y reglamentos de aduanas de estos reinos, ó de procedencia extrangera, anclase en puerto no habilitado ó en cala, ensenada ó bahía de las costas del territorio español, ó los bordeare en las seis millas marítimas inmediatas á tierra, aun cuando lleve su carga consignada para puertos extrangeros, à menos que la arribada no sea forzosa, en los términos que se expresan en el párrafo precedente.

3.° Todo buque, cualquiera que sea su cabida y pabellon, que arribando por motivo legítimo á cualquiera puerto no habilitado ò à bahía, cala ó ensenada de las costas del territorio español, y requerido por las autoridades locales ó por los empleados de la Real Hacienda para manifestar su cargo, dejare de hacerlo ú ocultare alguna parte de él que consista en géneros ilícitos ó que adeuden derechos de entrada.

4.° Cualquiera buque, sea español ó extrangero, y sea cual sea su porte, que arribando á puerto habilitado dejare de cumplir con la presentacion de documentos, manifiestos ó certificados que prescriban los reglamentos dentro del plazo prefijado en ellos, ú omitiese incluir algunos fardos, bultos ó cabos de ilícito comercio, ó que adeuden derechos de entrada.

5.° Los géneros que habiendo sido comprendidos en el manifiesto no constare su desembarco con las debidas formalidades, ó no se hallaren existentes en el buque cuando este fuere reconocido.

6.° Todo buque que surgiere en cualquiera puerto de las costas del territorio español, que trayendo alguna carga de cualquiera especie que sea, manifestare venir en lastre.

7.° Siempre que se extrajere de cualquiera buque extrangero ú español, surto en puerto habilitado, alguna parte de su carga, sea para trasbordarla ó para alijarla en tierra antes de

haber obtenido el permiso de descarga de mi Real aduana.

8.° Cuando de un buque extrangero ó español que por arribada forzosa hubiere anclado en cualquiera puerto, bahía, rada ó ensenada de las costas del territorio español, se extraiga alguna parte de su carga, bien trasbordándola á otro buque, ó bien alijándola en tierra, fuera de los casos en que, siendo necesario hacerlo para salvar el cargamento, se obtenga el permiso de la autoridad à quien competa darlo, segun la localidad, y se observen las formalidades prevenidas por Reales instrucciones para evitar los fraudes.

9.° Si en el caso de naufragio de algun buque se ocultare alguna parte de su cargamento á los empleados de mi Real Hacienda, ó no habiéndolos, á la autoridad à quien corresponda conocer del naufragio y sus incidencias.

10. Hallándose en cualquiera buque español ó extrangero, surto en puerto, bahía ó ensenada de puerto español, géneros y frutos del reino, cuya exportacion esté prohibida, ó que devengando derechos de salida no se hallen embarcados en puerto habilitado y con las licencias, pago de derechos y demas formalidades prevenidas por Reales instrucciones.

11. Si en el reconocimiento de un buque que haga viage à cualquiera punto de las costas de la peninsula se hallaren géneros que no estuvieren comprendidos en los registros de la aduana de su procedencia, ó viniendo de puerto extrangero en los certificados del consul español, ó si faltaren algunos efectos de los que segun estos mismos documentos hubiese cargado el buque, y no se hiciere constar legítimamente su desembarco con las debidas formalidades segun las instrucciones de aduanas, ó que en el caso de echazon á la mar, se hayan observado las disposiciones prescritas en los artículos 940 y 942 del Código de Comercio.

TITULO SEGUNDO.

De las penas contra los reos de contrabando y defraudacion.

Artículo 16. Para el castigo de los delitos de contrabando y defraudacion tendrán lugar en sus casos respectivos las penas siguientes y no otras:

1.ª Comiso ó confiscacion de los géneros que fueron materia del delito y de los objetos accesorios à su perpetracion.

2.ª Multas pecuniarias.

3.ª Destitucion del empleo ó cargo público.
4.ª Inhabilitacion para obtenerlos perpetua ó temporal.
5.ª Reclusion en la carcel ó en las casas de correccion.
6.ª Confinacion á las islas adjacentes en el Mediterráneo y en el Océano.
7.ª Servicio forzado à cuerpos determinados del ejército y armada.
8.ª Obras públicas municipales.
9.ª Arsenales.
10. Presidios de Africa.
11. Deportacion à las islas Antillas y à las de Asia.
12. Muerte en garrote.

SECCION PRIMERA.

De las penas en los delitos de contrabando en primero y segundo grado.

Artículo 17. Será pena comun en todo delito de contrabando en primer grado:

1.° El comiso del género que fuere materia del delito, y hubiere sido aprehendido.

2.° Si no hubiere habido aprehension, ó no se hubiere aprehendido la totalidad del género que por el procedimiento resulte haber sido materia del delito, se sustituirá al comiso la condenacion à pagar el valor del género que no haya sido aprehendido.

3.° La multa del quintuplo del valor del género aprehendido, ó que del procedimiento resulte que fue materia del delito sobre que se procede.

Esta estimacion se hará al precio de estanco.

Art. 18. Los que incurran en el delito de sembrar, de cultivar y de recolectar las plantas ó semillas de géneros estancados: los que fabriquen las materias primeras de los mismos géneros, y los que los elaboren con ellas, incurrirán por estos actos ó cualquiera de ellos en la pena de cuatro à ocho años de presidio en uno de los de Africa, bien sea que hagan estas operaciones por su interes propio, ó de mandato y por cuenta de otros en calidad de factores, capataces ó gefes del establecimiento de cultivo ó de fabricacion. Para graduar la pena en los límites de esta extension, se tendrá consideracion à la cantidad sembrada ó fabricada, y demas circunstancias del caso.

Art. 19. Los simples operarios que sin tener interes propio

en las operaciones de cultivo ó fabricacion presten solo en ellas la mano de obra à jornal ó salario, serán condenados á tres años en los mismos presidios.

Art. 20. El terreno en que se haya hecho la siembra ó plantío de géneros estancados caerá en comiso, si fuere de la propiedad del delincuente, ó de persona que lo hubiere arrendado ó facilitado á sabiendas por esta produccion, ó que habitando en el mismo pueblo no lo hubiere impedido, ni hubiese dado aviso à la autoridad local. Si dicho terreno perteneciere à distinta persona de la que en él hubiere hecho el plantío ó la siembra, y no obrare contra el propietario ninguna de aquellas circunstancias, será el cultivador condenado en sustitucion al comiso en el importe de su valor.

Art. 21. Tambien caerán en comiso las yuntas y aperos que se aprehendieren empleados en el cultivo de los géneros estancados, y los instrumentos de que se hubiere usado para el mismo.

Art. 22. En los casos de fabricacion y elavoracion de géneros estancados caerán asimismo en comiso todas las máquinas y utensilios destinados á estas operaciones, y el edificio en que se practiquen, siempre que esté à la vista pública el establecimiento, ó à lo menos sea notorio en el pueblo su existencia; siguiéndose, cuando no sea dicho edificio propiedad del delincuente, las disposiciones prescritas en el artículo 20.

Art. 23. La reincidencia en el delito de preparar la produccion, elavoracion y fabricacion de los efectos estancados, se castigará con doble pena corporal de la que se impuso al delincuente por el primer delito; y en el de segunda reincidencia se entenderá de deportacion á las islas de Asia por el mismo número de años de presidio impuesto en la segunda condena.

Art. 24. Los que hacen y venden cigarrillos de papel no tendrán el concepto de fabricantes, sino el de expendedores de tabaco de contrabando, y como tales se les comprenderá en las disposiciones respectivas á estos.

Art. 25. Todo individuo á quien se haga aprehension real de géneros estancados de ilegítima procedencia en cantidad que llegue á una libra, será reputado de derecho traficante en ellos; y en este concepto incurrirá en la pena que le sea respectiva de las siguientes:

Siendo la cantidad aprehendida menos de dos libras, en seis meses de reclusion en la carcel, si el delincuente anticipare la cantidad necesaria para sus alimentos en este tiempo; y no haciéndolo, en un año de obras públicas en presidio coreccional.

Desde dos á tres libras será la pena de diez y ocho meses de obras públicas en un presidio correccional, y por cada libra de aumento, hasta llegar al cuarto de arroba, se agravará el plazo de la pena con seis meses mas.

Siendo de un cuarto de arroba la aprehension, la pena será de cuatro años de presidio en los de Africa, agravándose con seis meses mas cada cuarto de arroba que aumente el peso del contrabando hasta llegar à seis años, de cuyo término no podrá exceder la condena, cualquiera que sea la cantidad del género.

Art. 26. La segunda aprehension de géneros estancados de ilegítima procedencia se castigará, cualquiera que sea la cantidad aprehendida, con igual tiempo de trabajos forzados en los arsenales, con cadena y grillete al pie, al que se impuso en la primera condena.

En caso de nueva reincidencia será condenado el delincuente à la deportacion á uno de los presidios de las Antillas, y en su defecto de los de Africa por el tiempo compuesto de las condenas anteriores.

Art. 27. Se entenderá legal la aprehension de géneros estancados de ilegítima procedencia para la aplicacion de las penas prescritas en los artículos 25 y 26, hallándose dichos géneros sobre la persona del delincuente; en su baul, maleta, fardo, armario ú otro mueble que contenga efectos de su propiedad; en el bagage que lleve para montura, ó que conduzca para cualquier otro uso; en tienda ó puesto públicos, cuyo tráfico y despacho esté inmediatamente á su cargo, y en lugar reservado y cerrado de su habitacion que no sea de uso comun de la familia y criados de la casa.

Art. 28. Contra la aprehension real de géneros de ilegítima procedencia hecha en cualquiera de las maneras designadas, no será admisible la excepcion de ser el género de agena pertenencia, de guardarse en depósito, custodia ó prenda, ni de destinarse para el consumo propio.

Art. 29. Cuando la aprehension de géneros estancados de ilegítima procedencia se hubiere hecho en casa, almacen ú otro predio que esté murado, techado y tenga puertas de entrada y salida, sin que concurran ninguna de las circunstancias que expresamente se designan en el artículo 27, será siempre responsable de las penas pecuniarias que haya lugar á imponer, con arreglo á las disposiciones del artículo 17, el propietario de la finca en que se hiciere la aprehension, ó el inquilino, si estuviere arrendada.

En cuanto á la pena corporal que debe imponerse por el mismo delito, solo recaerá sobre la persona que tenga su habitacion y residencia de presente en la casa donde se hizo la aprehension, como gefe de familia ó cabeza de ella, ó si fuere lugar cerrado en el que estuviere encargado de su custodia y llaves, admitiéndose en ambos casos al presunto reo la excepcion de ser el género aprehendido de agena pertenencia, y de haberlo introducido en el lugar de la aprehension sin conocimiento suyo; cuyas circunstancias, si se probaren la una y la otra en forma competente, le exonerarán de la expresada pena corporal.

Art. 30. Haciéndose la aprehension de géneros estancados de ilegítima procedencia en aposento que estando reservado exclusivamente para habitacion de un criado, se hallare separado è independiente del resto de la casa, ó que pertenezca solo al mismo criado, se le impondrán las penas que correspondan al delito; pero en defecto de tener bienes para hacer efectivas las pecuniarias, se exigirán estas subsidiariamente del amo del delincuente, siempre que tenga su habitacion en la misma casa.

Esta misma disposicion se observará cuando los géneros de contrabando fueren aprehendidos entre las ropas ó efectos propios de un criado que este tuviere en baul, maleta ú otro mueble cerrado, ó en fardo separado que existiere en su dormitorio sin mezcla de efectos de su amo.

Art. 31. En las aprehensiones de géneros estancados de ilegítima procedencia que excediendo de dos onzas no lleguen à una libra, si el tenedor fuere persona con domicilio fijo, de buena moralidad, y ejerciere habitualmente alguna profesion ú ejercicio honesto, no se le impondrá mas pena que las generales para todo delito de contrabando prevenidas en el artículo 17, y una multa de veinte reales vellon por cada onza del género aprehendido.

Pero cuando la persona à quien se haya hecho la aprehension no tuviere domicilio con las formalidades prevenidas por las leyes y reglamentos de policía, ó que aun cuando lo tenga esté reputado por vago, y siempre que no sea notoria en el pueblo de su residencia la ocupacion honesta que de hecho practique habitualmente para ganar su subsistencia, serán condenadas á un año de obras públicas en un presidio correccional, aumentándose esta pena cuando la aprehension llegare à una libra, segun la escala de graduacion establecida en el artículo 25.

Art. 32. Por aprehension de géneros estancados de ilícito comercio que no llegue á dos onzas, solo habrá lugar á la con-

fiscacion del género aprehendido, y á exigir del portador el quintuplo de su valor á precio del estanco.

Art. 33. Las personas de quienes, aunque no se les haga aprehension real de géneros estancados, conste que han hecho operaciones de tráfico en ellos, serán castigadas con la pena que corresponda à la cantidad de género en que hubiere consistido la operacion, segun la escala de graduacion establecida en el artículo 25; y si fueren muchas las operaciones, se graduará la pena por la cantidad compuesta de todas ellas, sin que pueda exceder esta, cualquiera que sea el total que resulte, del máximum de los seis años de presidio que en dicho artículo se prescriben.

Art. 34. Para la imposicion de penas contra traficantes de géneros estancados de ilícita procedencia à quienes no se haga aprehension real, han de constar las operaciones de tráfico por medios legales que hagan plena prueba, y no por indicios ni conjeturas, determinándose circunstanciadamente la especie del género vendido ó comprado, el lugar, la época de la negociacion, y las personas que compraron y vendieron.

Art. 35. Cumplidos cinco años despues de haberse hecho una operacion de tráfico en géneros estancados de ilícita procedencia, no podrá procederse criminalmente sobre ella.

Art. 36. Los que hagan cabeza en las conducciones por tierra ó por agua y en los trasportes de géneros estancados de ilegítima procedencia, bien sea de su pertenencia ó que los porteen de cuenta agena, sufrirán la pena corporal correspondiente à la cantidad de la materia del delito, siguiéndose la misma escala de graduacion establecida en el artículo 25.

Art. 37. Los que acompañen las conducciones por tierra de los expresados géneros en calidad de mozos asalariados, sufrirán la mitad de la pena corporal que se imponga al gefe de la conduccion.

En las conducciones por agua serán tambien condenados á la mitad de la pena en que incurra el capitan ó patron del buque, su segundo, el contramaestre si le hubiere, y cualquiera individuo de la tripulacion contra quien resulte que estuvo encargado de conducir ó de recibir la carga à bordo.

Art. 38. Los bagages, carruages y embarcaciones menores de veinte toneladas en que se trasporten géneros estancados de ilegítima procedencia, serán confiscados, aun cuando no sean de la propiedad del conductor, con todos los arreos, aparejos y demas utensilios pertenecientes al mismo trasporte.

Lo serán igualmente las embarcaciones que suban de aquel porte cuando la cantidad de géneros estancados aprehendidos excedan de la octava parte de su carga.

Art. 39. Cuando los conductores de géneros estancados de ilegítima procedencia no tengan la propiedad de estos, se impondrán á las personas de cuya pertenencia resulten ser, las penas de traficantes en dichos géneros con arreglo á las disposiciones de los artículos 25 y 33.

Art. 40. Los que tuvieren en su poder géneros estancados procedentes de las oficinas de Real Hacienda en mayor cantidad de la que permiten las Reales instrucciones para el consumo propio, y careciere de las guias y documentos prevenidos en aquellas, y los que las trasporten sin estos requisitos, incurrirán en la pena del comiso del género, y en la multa del quintuplo de su valor con arreglo á la disposicion del artículo 17.

Art. 41. Los revendedores de efectos estancados procedentes de mi Real Hacienda, serán condenados, ademas de la pena pecuniaria, en la mitad de la pena corporal que corresponderia á la cantidad de la materia del delito, siendo esta de ilegítima procedencia y bajo la escala de graduacion establecida en el artículo 25.

Art. 42. Por el contrato de aseguracion de los riesgos en la introduccion, circulacion ó detentacion de géneros de contrabando, incurrirán todos los contribuyentes individualmente, tanto los aseguradores como los asegurados, en las penas pecuniarias prescritas en el artículo 17 sobre todo acto de contrabando, aun cuando no tenga efecto, ó no se pruebe que lo tuvo la operacion sobre que se hizo el seguro.

Si esta se verificare, incurrirán ademas los que intervinieren en ella en la pena corporal que corresponda al delito, segun la disposicion que le sea aplicable de las contenidas en este título.

El referido contrato de aseguracion, como nulo de derecho, no producirá accion alguna entre los contrayentes, ni ninguno de ellos podrá reclamar los perjuicios que se le hubiesen inferido por consecuencia del mismo contrato.

Art. 43. Concurriendo en el delito de contrabando de primer grado alguna de las circunstancias agravantes prevenidas en el artículo 7.°, se impondrá á los delincuentes la pena de seis años de presidio en los arsenales con cadena y grillete, cualquiera que sea la cantidad de la materia del delito, siempre que esta pese un cuarto de arroba, y en caso de reincidencia la de ocho años de trabajos públicos en los presidios de las islas de Asia.

Art. 44. Los propietarios de los géneros estancados procedentes del extrangero, que sin introducirlos por sí mismos en el reino, ni asistir à la introduccion, los hagan introducir por otras personas, sufrirán doble pena pecuniaria, corporal, de las que les correspondiese por el simple tráfico de dichos géneros con arreglo à las disposiciones del artículo 25.

Art. 45. Los que hallándose autorizados en virtud de permisos obtenidos de la autoridad competente con arreglo á Reales instrucciones ò á consecuencia de contratas celebradas con mi Real Hacienda para cultivar, fabricar ò introducir en el reino géneros estancados, vendieren à particulares porcion alguna de ellos, ò que para cualquier otro objeto distrajeren parte de lo que cultivaren, fabricaren ò introdujeren de los destinos y aplicaciones marcadas en sus permisos ò contratas, serán considerados como traficantes en contrabando, imponiéndoseles la pena correspondiente á la cantidad de la materia del delito.

Art. 46. Las disposiciones penales prescritas en este título por punto general con respecto al contrabando de los géneros estancados, tendrán en su aplicacion con respecto à la sal las limitaciones siguientes:

1.ª Que las cantidades designadas para las aprehensiones y graduacion de penas, se entenderá de un celemin de sal por cada libra de peso de los demas géneros estancados.

2.ª Por menos de un celemin de sal de ilegítima procedencia, no se impondrá pena corporal al tenedor, limitándose el procedimiento á comisar la cantidad aprehendida, y exigir la multa del quintuplo de su valor.

3.ª Que por llevarse à cualquiera habitacion aguas de los espumeros, pozos ò fuentes saladas para convertirlas en sal con destino al consumo del tenedor, se incurrirá solamente en la multa de cien reales por cada arroba de agua aprendida, con tal que el total de la aprehension no llegue à cuatro, ò que siendo menor la cantidad resulte contra el tenedor que hubiese hecho ventas de sal en algun tiempo; pues concurriendo alguna de estas dos circunstancias ò la de segunda reincidencia en la fabricacion de sal para el consumo propio, se aplicarán al delincuente las penas prescritas en el artículo 18.

Art. 47. Será pena comun en todo delito de contrabando en segundo grado:

1.° El comiso del género que fuere materia del delito y hubiere sido aprehendido.

2.° Si no hubiere habido aprehension ò no se hubiese aprehen-

dido la totalidad del género que por el procedimiento resulte haber sido materia del delito, se sustituirá al comiso la condenacion à pagar el valor del género que no haya sido aprehendido.

3.° La multa del duplo del valor del género aprehendido, ó que del procedimiento resulte que fue materia del delito sobre que se proceda.

4.° La confiscacion de todos los efectos de comercio que se hallen en el mismo baul, fardo, caja ò paca en que hayan sido aprehendidos los prohibidos, cualquiera que sea su procedencia, y sin perjuicio de la accion que competa al propietario de los efectos lícitos confiscados que no sea culpable para repetir su importe de quien corresponda.

Art. 48. Para con los que introduzcan directamente del extrangero en el reino géneros prohibidos à su entrada, y los exportadores de los que estan prohibidos à la salida, bien sea que se hagan estas operaciones por las fronteras de tierra ò por las costas.

Se entenderá del cuadruplo la multa del duplo establecida por punto general en el párrafo 3.° del artículo 47.

En caso de reincidencia serán dobles todas las penas pecuniarias, y se les impondrá la corporal de un año de obras públicas cuando el valor de la materia del delito no pase de cinco mil reales: excediendo de esta cantidad hasta la de diez mil, serán dos los años de obras públicas: tres si el referido valor llegare à veinte mil reales; y cuatro de esta cantidad arriba.

Los que reincidan segunda vez serán condenados à doble tiempo de trabajos de arsenales del que se les impuso en la anterior condena, con tal que no baje de cuatro años que será el mínimum del tiempo de la pena de la segunda reincidencia.

Art. 49. Serán considerados de derecho sin necesidad de otra prueba como introductores de géneros prohibidos los que sean aprehendidos con ellos, sea en el acto de trasportarlos de un punto à otro, ò sea dentro de cualquiera posada ó casa particular, aun cuando esta pertenezca al tenedor, dentro de la zona de cuatro leguas inmediatas à las fronteras de tierra ó de dos leguas en las de mar; y con respecto à los géneros prohibidos á la salida, los que traspasen la línea marcada por las Reales instrucciones para que no puedan circular, y los que dentro del territorio comprehendido entre dicha línea y la frontera los posean sin los requisitos y documentos prevenidos en aquellas.

Igual consideracion tendrán los porteadores de géneros prohibidos aprehendidos en carruage ò bagage que proceda direc-

tamente de pais extrangero, aun caando la aprehension tenga efecto fuera de los territorios comprendidos en las zonas terrestre y marítima.

Art. 50. Las penas del artículo 48 son tambien aplicables à los que hagan el contrabando de géneros prohibidos en cuadrilla ò con porte de armas, aunque sean permitidas, no obstante que no tengan la cualidad de introductores.

Art. 51. Por la aprehension de géneros prohibidos hallados à mayor distancia de cuatro leguas de la frontera de tierra y de dos de la del mar, sin ninguna de las circunstancias agravantes determinadas en el artículo 7.°, no se impondrán por la primera mas penas que las generales establecidas en el artículo 47.

Por la reincidencia en el mismo delito serán dobles aquellas mismas penas, y reincidiéndose segunda vez sufrirán los delincuentes la de seis meses de carcel, anticipando el pago de sus alimentos en ella, ò en su defecto un año de obras públicas, si el valor de la materia del delito no pasare de cinco mil reales; y desde esta cantidad arriba será doble el tiempo de la pena.

Por la tercera reincidencia se impondrá doble tiempo en los presidios de Africa del de la anterior condena.

Art. 52. Cuando sin hacerse aprehension de los géneros prohibidos se pruebe plenamente que se hizo una operacion de tráfico en ellos, incurrirá el delincuente en las penas pecuniaria y personal que corresponda, atendido el valor de la materia del delito y sus circunstancias, con arreglo á las disposiciones de los artículos 47, 48 y 49.

Art. 53. Los que celebren contratos de aseguracion para cualquier operacion de tráfico de géneros prohibidos, bien en calidad de aseguradores ò bien en la de asegurados, incurrirán individualmente en las penas pecuniarias establecidas por punto general en el artículo 47, sin perjuicio de las que deban imponérseles por los actos procedentes del contrato, si estos llegaren à tener efecto.

El referido contrato será de ningun valor para promoverse accion alguna entre los contrayentes.

Art. 54. Los porteadores de los géneros prohibidos en bagages ò carruages, y los capitanes ò patrones de las embarcaciones en que se haga su trasporte, sufrirán las penas que haya lugar à imponer, segun fuere la materia del delito y demas circunstancias de la aprehension, aun cuando los géneros no sean de su propiedad, procediéndose tambien cuando medie esta circunstancia contra los mismos propietarios en la clase de traficantes

de dichos géneros para imponerles la pena que por este delito corresponda.

Art. 55. En las aprehensiones de géneros prohibidos que se hagan cuando se trasporten por mar ó por tierra será pena comun:

1.° La confiscacion de los bagages y carruages con sus arreos y bestias de tiro, y de las embarcaciones con sus aparejos, vituallas y armamentos en que se hiciere el trasporte de los géneros aprehendidos.

2.° La confiscacion de los géneros de comercio lícito que se hallaren sobre el mismo bagage ó carruage ó en la misma embarcacion en que se trasportaren los prohibidos, aunque existan en distinto baul, fardo ó paca que estos, siempre que concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes:

Que pertenezcan al propietario de los prohibidos.

Que procedan del mismo cargador.

Que vayan á la misma consignacion.

Art. 56. Las disposiciones penales prescritas en esta ley sobre el contrabando en general de géneros prohibidos, se entienden sin perjuicio de que cuando haya disposicion legal que determine penas mas graves que la naturaleza del género que sea materia del contrabando, se esté á lo que en ella se halle dispuesto.

SECCION SEGUNDA.

De las penas en los delitos de defraudacion de la Real Hacienda.

Artículo 57. La pena de la defraudacion de las rentas generales ó de aduanas cometida en cualquiera de los cinco modos que se expresan en el artículo 11 de esta ley será:

1.° El comiso de los géneros aprehendidos.

2.° La multa del quintuplo del derecho defraudado.

Art. 58. Las mismas penas que prescribe el artículo anterior tendrán lugar cuando los géneros que se aprehendan sean de especie diferente de los que hubieren servido de base para la graduacion del derecho, ó se hallen expresados en las guias y documentos que presente el tenedor.

Art. 59. Consistiendo la defraudacion en haberse cometido engaño sobre la cantidad de géneros ó sobre la calidad que en su especie tuvieren, de que resultare haberse dejado de satisfacer todo el derecho íntegro que legítimamente adeudaran con

arreglo à aranceles, se limitarán el comiso y la multa del quintuplo del derecho á la parte de géneros que se graduare no haberlos satisfecho, á menos que esta llegue al tercio del derecho integro, en cuyo caso caerá en comiso la totalidad de los géneros aprehendidos, arreglándose siempre la multa al importe del derecho defraudado.

Art. 60. Por la primera reincidencia en la defraudacion de rentas generales se aumentará la multa al decuplo del derecho defraudado, y en la segunda se impondrá ademas de esta misma multa la pena de un año de obras públicas en un presidio correccional, que se irá doblando, siempre que el delincuente incurra nuevamente en el mismo delito de defraudacion.

Art. 61. La pena de comiso se extenderá tambien à los bagages, carruages ó embarcaciones en que se trasporten géneros de lícito comercio sobre que se haya cometido el delito de defraudacion:

1.° Cuando el importe de los derechos defraudados sea mayor que el de los que se hubiesen pagado sobre los mismos efectos y los demas que compusieren la carga del bagage, carruage ò embarcacion, concurriendo en cuanto à los buques la circunstancia de ser cómplice el capitan en la defraudacion.

2.° Cuando el conductor de los bagages ò carros ò el capitan del buque en que se trasportan los géneros que causaron la defraudacion sean reincidentes en este delito.

Art. 62. Por la defraudacion de las rentas provinciales de derechos de puertas y otra cualquiera clase de impuestos establecidos sobre los consumos y el movimiento de géneros, frutos y efectos del reino que se verifique en alguna de las maneras contenidas en el artículo 12, caerá en comiso la totalidad del género que fuere materia de la defraudacion, exigiéndose ademas al tenedor el doble derecho correspondiente al mismo género.

Art. 63. Si la defraudacion estuviere reducida à haber adeudado menos derecho por la introduccion, consumo ó movimiento del género que el que legítimamente devengare segun su calidad y cantidad, incurrirá el defraudador en la multa del cuadruplo del importe del derecho defraudado, ademas de exigirse el pago de este.

Para que tenga lugar la imposicion de esta pena ha de exceder la defraudacion de un tres por ciento en cantidad ò de un ocho en calidad, y si no pasare de estas cuotas, solo habrá lugar á exigirse el pago íntegro del derecho que el género hubiere devengado.

Art. 64. Los que cometan cualquier acto de defraudacion para el pago y graduacion de las cuotas de las contribuciones directas en alguno de los modos determinados en el artículo 14 de esta ley, incurrirán en la multa de quintuplo del la cantidad del derecho en que consista la defraudacion, satisfaciendo asimismo los gastos que se ocasionen en las diligencias necesarias para la comprobacion del fraude.

SECCION TERCERA.

De las penas en el delito de connivencia de los empleados de la Real Hacienda en el contrabando ó la defraudacion.

Artículo 65. El empleado de Real Hacienda que incurra en delito de contrabando ó de defraudacion, ó que sin concurrir por sí á su perpetracion consienta en ella, teniendo interes en los géneros ó efectos que sean materia del delito, sin que en uno y otro caso se valga de las atribuciones de su empleo para facilitarlo, sufrirá doble pena, tanto pecuniaria como personal, de la que por el mismo delito corresponda imponer á los que no tengan la circunstancia de empleados, y esta no podrá ser menos que de dos años de obras públicas en el presidio correccional, la cual se impondrá aunque no corresponda pena personal al delito cometido.

Art. 66. El empleado de Real Hacienda que auxiliare, facilitare ó consintiere la perpetracion del delito de contrabando, sea usando de las atribuciones que estan à su cargo, ó bien dejando de cumplir con las obligaciones determinadas expresamente en los reglamentos, ó con las que se le hayan impuesto por disposiciones especiales de sus superiores, será condenado á ocho años de presidio en uno de los de Africa, cualquiera que sea la cantidad de la materia del delito.

Art. 67. Los encargados de los almacenes de géneros estancados de mi Real Hacienda, de trasportarlos, distribuirlos ó venderlos, que introduzcan entre los que les estan confiados algunas porciones de ilegitima procedencia ó se aprovechen de sus atribuciones para hacer alguna operacion de contrabando, sufrirán la pena de seis años de presidio en uno de los de Africa, si la cantidad del delito no excediese de un cuarto de arroba, y la de ocho siendo de dicha cantidad arriba.

Art. 68. El empleado de Real Hacienda que auxiliare, facilitare ó consintiere la perpetracion del delito de defraudacion en

rentas generales, sea usando de las atribuciones que estan á su cargo, ó bien dejando de cumplir con las obligaciones generales prescritas en los reglamentos, ó con las que se le hayan impuesto por disposiciones especiales de sus superiores, incurrirá en la multa del decuplo del derecho defraudado, y será condenado à dos años de presidio en uno de los de Africa, si la cantidad del fraude no excediere de quinientos reales vellon, y à cuatro si pasare de esta cantidad.

Art. 69. El empleado de Real Hacienda que facilitare, auxiliare ó consintiere la defraudacion de rentas provinciales, derechos de puertas ú otro cualquiera impuesto sobre los consumos ò movimientos de los frutos ò efectos del reino, ó la de cualquiera especie de contribucion directa, sea usando de las atribuciones que estan à su cargo, ò bien dejando de cumplir con las obligaciones generales prescritas en los reglamentos, ó con las que se les hayan impuesto por disposiciones especiales de sus gefes, incurrirá en la multa del quintuplo del derecho defraudado, y será condenado à un año de obras públicas si la cantidad del fraude no excediere de doscientos reales, y à dos si pasare.

Art. 70. Siempre que un empleado de Real Hacienda para facilitar ò auxiliar un delito de contrabando ó de defraudacion cometiere falsedad en guia, carta de pago, relacion ú otro documento que expida ò formalice perteneciente á sus atribuciones, se agravará la pena corporal à ocho años de presidio en los del Peñon de la Gomera ò Alhucema, ò en los de las islas Antillas.

Art. 71. La privacion de empleo será pena comun en toda sentencia condenatoria contra los empleados de Real Hacienda que incurran en delito de contrabando ó defraudacion, ó en el de connivencia en su perpetracion.

Art. 72. Cuando la connivencia de los empleados de Real Hacienda recaiga sobre delito de contrabando, ò tenga la cualidad de haberse hecho cometiendo falsedad en algun documento expedido ò formalizado por el delincuente como pertenecientes á sus atribuciones, quedará este inhabilitado para volver à obtener empleo de nombramiento Real ni cargo alguno público.

Art. 73. En cuanto à la connivencia que en los delitos de contrabando y defraudacion puedan cometer los individuos del cuerpo de carabineros de costas y fronteras y los empleados en el resguardo marítimo, se procederá con arreglo à las disposiciones penales prescritas en los reglamentos peculiares de estos cuerpos.

SECCION CUARTA.

De la pena sobre la complicidad en los delitos de contrabando y defraudacion.

Artículo 74. Los que auxilien á los contrabandistas de primero ó segundo grado facilitándoles sus compras y ventas, comunicándoles noticias para la ejecucion y buen éxito de sus operaciones, buscándoles medios de trasporte, ayudándoles á cargar y descargar sus géneros, permitiéndoles que los escondan en alguna propiedad suya rural y abierta, dándoles refugio en sus casas y haciendas, y ocultando sus personas para salvarlas de caer en manos de los que van legítimamente en su persecucion, incurrirán por primera vez en la multa de dos mil reales vellon, y no teniendo bienes sobre que hacerla efectiva, en la de un año de obras públicas en un presidio correccional: por la segunda se doblará esta pena; y por la tercera se impondrá la de cuatro años de trabajos públicos en los arsenales.

SECCION QUINTA.

De las penas en el delito de resistencia violenta de los contrabandistas y defraudadores.

Artículo 75. Por el solo hecho de llevar armas prohibidas las personas que condujeren géneros de contrabando, ó de tenerlas en la posada, casa ó lugar donde fueren aprehendidos con dichos géneros, se aumentará en dos años la pena correspondiente al delito, y cumplirán todo el término de su condena en los trabajos de los arsenales con cadena y grillete.

Art. 76. Por cualquier acto de resistencia violenta que con armas de fuego ó blancas hagan los contrabandistas ó defraudadores de mi Real Hacienda, á las autoridades, funcionarios públicos, individuos de los resguardos, ó de otro género de fuerza armada, y contra cualquiera clase de personas que por razon de oficio ó en virtud de mandato legítimo vayan en su persecucion ó soliciten su captura y aprehension, aunque no resulte de dicha resistencia muerte, herida, ni otra lesion alguna, se aumentará en cuatro años el término de la pena personal correspondiente al delito, y el destino de la condena será siempre el de trabajos en arsenales con cadena y grillete.

Art. 77. Cuando de los actos de resistencia violenta que hicieren los contrabandistas ó defraudadores contra las personas que legítimamente vayan en su persecucion resultare la muerte ó herida mortal de alguna de estas, serán condenados á la pena de muerte todos los que hubieren hecho armas en dicha resistencia no pasando de tres, y si excediere de este número, recaerá la misma pena sobre el gefe de la cuadrilla y dos individuos mas, que serán los que con los tiros ó golpes causaren la muerte ó herida mortal del ofendido, y no resultando del procedimiento quiénes fueron, se sacarán por sorteo entre todos los delincuentes.

Si de parte de los que persiguieren à los contrabandistas hubiere habido mas de tres muertos ó heridos mortalmente, se ampliará á igual número que haya de estos el de los contrabandistas que se condenaren à muerte, ó si aunque no llgasen á tres, hubiere mayor número de contrabandistas que con los tiros y golpes que por sí mismos dispararan ó dieran, concurriesen à la muerte ó herida del ofendido, todos los que tengan contra sí este cargo, sufrirán tambien la pena de muerte.

Los individuos de la cuadrilla que con arreglo à estas disposiciones no incurran en la pena de muerte, serán deportados á las islas de Asia por todo el tiempo de su vida y empleados en ellas en los trabajos mas penosos de sus presidios y arsenales.

SECCION SEXTA.

De las penas en los delitos de falsificacion dirigida á facilitar el contrabando ó la defraudacion.

Artículo 78. Los falsificadores del papel sellado incurrirán en la pena de deportacion por toda su vida à las islas de Asia, aplicados à los trabajos de sus presidios y arsenales con grillete y cadena.

Art. 79. Los que falsificaren guias, registros, cartas de pago y cualquier otro documento de los que se expiden por las oficinas de mi Real Hacienda para acreditar el pago de derechos y autorizar el movimiento de los géneros y efectos sujetos à estas formalidades, ò los sellos que usan las Reales aduanas para estampar en los mismos géneros, ó en los fardos y bultos en que se contengan los signos distintivos de su legítima procedencia, serán condenados en la multa de veinte mil reales vellon y diez años de presidio en los de Alhucema ó Peñon de la Gomera.

La reincidencia de este delito se castigará con doble multa y la deportacion vitalicia à los presidios de las islas de Asia.

Art. 80. Serán considerados reos del delito de falsificacion para la aplicacion de las penas determinadas en los dos artículos precedentes:

1.° Los que abran los sellos y moldes con que se haya hecho la falsificacion.

2.° Los que hayan hecho uso de los mismos sellos y moldes para estamparlos. Los impresores de los documentos falsificados. Los que hayan llenado sus huecos con letra manuscrita, ò puesto en ellos alguna firma propia ó agena. Los que siendo manuscritos los documentos hubieren escrito el todo ó parte de ellos; y los que con cualquiera otro acto propio y directo hubiesen contribuido à la falsificacion.

3.° Los que hayan usado de los documentos falsificados para cometer el delito de contrabando ó defraudacion.

4.° Los expendedores de los mismos documentos que los proporcionen á los contrabandistas y defraudadores.

Art. 81. Los que hagan testaduras, enmiendas, adiciones ò cualquier género de suplantacion en los documentos legítimos expedidos por las oficinas de Real Hacienda para acreditar el pago de derechos, hacer su graduacion ó autorizar la circulacion de los géneros ò efectos sujetos à estas formalidades, y los que usen de los documentos suplantados para defraudar los derechos Reales, incurrirán individualmente en la multa de diez mil reales vellon, y serán condenados à la pena de seis años de trabajos en los arsenales.

Art. 82. Por cualquiera falsificacion ò suplantacion en manifiesto, relacion, factura ú otro documento privado que sirva de base para la graduacion del derecho con que deba contribuirse à mi Real Hacienda, ò para acreditar la especie, calidad y costo de los géneros que lo devenguen, se impondrá la multa de seis mil reales vellon à cada uno de los autores y cómplices en la falsificacion y en la defraudacion que à favor de ella se ejecute, condenándoles ademas en la pena de cuatro años de trabajos en los arsenales.

Art. 83. En caso de reincidencia en los delitos de que tratan los artículos 81 y 82 se doblarán las penas pecuniaria y personal impuestas en la primera condena.

Art. 84. Todos los géneros y efectos comprendidos en la guia ò documento sobre que se haya hecho cualquiera especie de fal-

sificacion ó suplantacion para defraudar los Reales derechos caerán en comiso, asi como tambien los bagages, carruages ó embarcaciones en que se trasporten, cualquiera que sea el importe del derecho defraudado.

SECCION SEPTIMA.

De las penas en las omisiones de las obligaciones impuestas por las leyes para perseguir ó impedir el contrabando ó la defraudacion.

Articulo 85. El gefe inmediato de la oficina de Real Hacienda en que por la connivencia de sus subalternos y dependientes se hubiere cometido defraudacion en el pago de los Reales derechos, ó se hubiere expedido algun documento para facilitarla, será suspenso de empleo y sueldo por seis meses. Esta pena será de un año si se repitiere igual ocurrencia; y por la tercera vez quedará privado de su destino.

Art. 86. Los individuos del resguardo que se hallen de servicio en el punto por el cual se verificare la introduccion ó extraccion de géneros de contrabando, ó que siendo de lícito comercio no fueren acompañados de las guias y documentos correspondientes con arreglo á Reales instrucciones, quedarán suspensos de empleo y sueldo por un año, salvo el procedimiento que haya lugar contra ellos en el caso de haberse cometido estos delitos con su consentimiento ó cooperacion.

Art. 87. Los individuos de ayuntamiento de los pueblos situados en la zona litoral de la legua inmediata á la orilla del mar en todas las costas del territorio español donde no haya oficina de Real Hacienda ó destacamento estacional del resguardo, serán multados siempre que por la costa fronteriza al mismo pueblo ó à su término en el radio de media legua se haga algun embarque ó desembarque de géneros en que se cometa contrabando ó defraudacion de los Reales derechos, à menos que no dieran aviso con autoridad à la oficina de Real Hacienda ó destacamento mas inmediato de la tentativa de aquellas operaciones, ó de hallarse próximo á la costa el barco que se hiciere sospechoso de intentarlas, ó que despues de hechas manifestaren todas ó algunas de las personas que tuvieron responsabilidad en ellas.

Art. 88. Tambien incurrirán en multa los individuos de ayuntamiento de cualquier pueblo del reino donde no haya oficina de

Real Hacienda ó partida estacional del resguardo en que se verifique alguno de los casos siguientes:

1.° La aprehension de algun terreno sembrado ó plantado de materias estancadas.

2.° La de algun establecimiento de produccion ó fabricacion de géneros estancados en que se ocupen algunas personas, ademas del dueño del mismo establecimiento, su muger é hijos, ó que aun cuando no concurra esta circunstancia, se halle à la vista ó sea sabida en el pueblo su existencia.

3.° La de algun depósito de géneros de contrabando de que se surtan los revendedores, ó se extraigan géneros para otros puntos de consumo.

4.° Cuando entre los vecinos y habitantes del pueblo se hallen personas que en compañía ó individualmente tengan por ocupacion habitual y conocida el contrabando.

5.° Si se diere abrigo y acogida dentro de la poblacion à contrabandistas que anden en cuadrilla, ó resultare que han residido en el término de ella por mas tiempo de tres dias sin haberlos perseguido y pasado el correspondiente aviso à la capital del partido y destacamento del resguardo mas inmediato.

6.° Siempre que en el trascurso de un año fueren condenados como contrabandistas personas habitantes del mismo pueblo en proporcion mayor que la de uno por cada doscientas almas de poblacion, sin que las justicias del mismo pueblo les hubiesen formado causa.

Art. 89. Las multas se fijarán prudencialmente para cada caso particular, atendidas sus circunstancias peculiares, por el superintendente general en la escala de mil reales á veinte mil, entendiéndose obligados à su pago mancomunadamente todos los individuos de ayuntamiento sobre que recayere, y que la han de satisfacer de sus propios bienes.

SECCION OCTAVA.

Disposiciones generales sobre la aplicacion de las penas en los delitos de contrabando y defraudacion.

Artículo 90. Todas las penas prescritas en el título 2.° de esta ley serán irremisibles; pero cuando recaigan en personas exceptuadas, se harán en cuanto al modo en que hayan de cumplir el tiempo de su condena las conmutaciones siguientes:

1.ª Los eclesiásticos ordenados in sacris del clero secular y

regular, cumplirán en un desierto de rigorosa penitencia las penas de reclusion en la carcel ó de obras públicas. Las de presidio y trabajos de arsenales se entenderán para con ellos de asistencia á los enfermos en los hospitales establecidos en los mismos presidios y arsenales á que deberán ser destinados, segun la clase de delito en que hubieren incurrido, con cualidad de estar recluidos en los mismos hospitales; y sin hacerse variacion en el punto de la deportacion con los que incurran en esta pena, se les pondrá á disposicion del ordinario diocesano del mismo, el cual los destinará á otros establecimientos de correccion ó de piedad en que hagan ejercicios de penitencia y caridad, guardando arresto continuo en el mismo establecimiento.

2.ª Para con los títulos de Castilla, magistrados civiles, jueces letrados, gefes de provincia en la administracion de mi Real Hacienda, y gefes militares del ejército y armada, y los empleados en la administracion militar que tengan el rango de gefes de cuerpos, se entenderán las penas de reclusion en la carcel y las de obras públicas, de confinacion á las islas adyacentes en el Mediterráneo y en el Océano; las de presidios y trabajos de arsenales, de encierro en un castillo ó ciudadela del punto adonde fueren destinados.

3.ª A los caballeros de las Ordenes, á los nobles que esten en posesion de hidalguía y à los oficiales del ejército y armada se concederá, si lo solicitasen, la conmutacion de las penas de reclusion en la carcel, obras públicas, presidio y arsenales, en la del servicio de las armas en uno de los regimientos fijos del ejército en la clase de soldados, y con la obligacion de servir doble tiempo del que se les haya impuesto en su respectiva condena. Esta gracia no podrá tener lugar con respecto à ellos en la pena de deportacion.

Art. 91. Para con las mugeres, de cualquier clase que sean, se entenderán las penas personales de reclusion, obras públicas, presidios, arsenales y deportacion, impuestas á los delitos de contrabando y defraudacion, por reclusion en una galera ó casa de correccion de su sexo, empleadas en los trabajos mas penosos del establecimiento por el tiempo que esté designado al delito en que hayan incurrido.

Art. 92. A los jóvenes menores de diez y siete años que incurran en pena personal por delito de contrabando y defraudacion, se les destinará por el tiempo de su condena al servicio de mar en los buques de guerra.

Art. 93. Los plazos de las condenas que se impongan en vir-

tud de esta ley se cumplirán íntegramente, contándose de dia á dia, y sin hacerse rebaja ni abonos de tiempo que no haya trascurrido bajo ninguna causa ni pretexto.

Art. 94. En todo procedimiento de delitos de infidencia y defraudacion en que recaiga sentencia condenatoria se impondrá à los reos el pago de las costas procesales.

Art. 95. De las penas pecuniarias que se impongan à los hijos de familia que no tengan peculio propio serán responsables civilmente sus padres, si vivieren en compañía de estos.

Art. 96. Tambien responderán los maridos de las penas pecuniarias impuestas á sus mugeres, cuando estas no tengan bienes propios de que satisfacerlas.

TITULO TERCERO.

Del modo de proceder en la averiguacion y pesquisa de los delitos de contrabando y defraudacion.

Artículo 97. La pesquisa de los delitos de contrabando y defraudacion está inmediatamente à cargo de las autoridades, empleados y resguardos de mi Real Hacienda en el modo respectivo à cada clase prevenido en los reglamentos é instrucciones.

Art. 98. Todos los jueces y justicias del reino tienen tambien la obligacion de inquirir si se cometen en el territorio peculiar de su jurisdiccion delitos de contrabando y defraudacion, y obervar la conducta, ocupaciones y manejo de las personas sospechosas de ocuparse en este tráfico; de reconocer los lugares en que tengan noticia que hay existencias de géneros de contrabando ó introducidos fraudulentamente, de poner presos à los delincuentes, y formar las primeras diligencias del proceso para acreditar el delito, descubrir sus autores y cómplices, y hacer constar la aprehension de los efectos de fraude, si la hubiere habido.

Art. 99. Los individuos del ejército ó armada y de cualquiera cuerpo perteneciente al estado militar del reino deberán proceder à la prision de cualquiera delincuente de contrabando ó defraudacion que hallen in fraganti con los géneros en que consista la materia del delito, conduciéndolos seguidamente con los presos à presencia del gefe del resguardo ó administrador de rentas, si lo hubiere en el pueblo, ó en su defecto al juez ordinario del mismo.

Pero no podrán proceder por sí en poblado ni despoblado à hacer reconocimiento de casas, heredades, registrar las perso-

nas, ni hacer ninguna otra diligencia de pesquisa en descubrimiento de contrabando ó géneros de fraude, sino cuando tengan este encargo especial conferido por autoridad legítima; en cuyo caso obrarán segun la extension de facultades y con arreglo à las instrucciones que hayan recibido en el despacho de comision.

Art. 100. Todo español mayor de diez y ocho años, de cualquiera clase y condicion que sea, está obligado à dar aviso à los jueces, gefes ú oficinas de rentas, ó á los del resguardo, de cualquier acto de contrabando ó defraudacion de que tenga noticia segura que se intenta cometer ó que se está cometiendo. En ningun caso podrán manifestarse los nombres de los que dieren estos avisos, ni hacerse designacion alguna por donde pueda descubrirse quienes fueron, á menos que ellos quieran constituirse formalmente delatores con obcion á la recompensa que en este concepto les corresponda percibir.

Art. 101. Para la averiguacion de los delitos á que se refiere esta ley estan autorizados los magistrados y jueces de mi Real Hacienda, los gefes superiores y subalternos de los resguardos, los de cualquiera fuerza armada destinada expresamente por autoridad competente á la persecucion de los contrabandistas, y todos los jueces y justicias del reino en el territorio respectivo de su jurisdiccion para disponer y practicar el reconocimiento de todo edificio, heredad y cualquiera especie de finca rústica ó urbana, esté cerrada ó abierta, siempre que haya fundada presuncion de existir alguna porcion de géneros de contrabando, ó introducidos de fraude.

Art. 102. Se declaran expresamente comprendidos en la disposicion del artículo precedente:

Mis palacios y sitios Reales.

Los templos y lugares sagrados.

Las casas de las comunidades religiosas, seminarios, colegios y moradas particulares de los eclesiásticos.

Los arsenales, almacenes, parques, maestranzas, cuarteles ú otros establecimientos militares.

Las casas de los individuos de mi Real servidumbre, de los magistrados y autoridades civiles, judiciales y militares de cualquiera clase, rango y gerarquía, y de las personas que gocen fuero por privilegiado que sea.

Las habitaciones y establecimientos de los extrangeros domiciliados ó transeuntes.

Art. 103. Para el reconocimiento de mis palacios y sitios

Reales en que Yo no resida á la sazon, ha de preceder aviso oficial, que por escrito ó de palabra dará el gefe que haya de hacerlo al gobernador, administrador ó gefe inmediato del palacio ó sitio Real que haya de reconocerse, el cual asistirá por sí ó delegará otro empleado de la casa de su confianza que concurra al acto.

Si el reconocimiento se hubiere de verificar en palacio en que Yo resida ó me halle á la sazon, no podrá procederse á él sin previa licencia mia, expedida á propuesta del superintendente general de mi Real Hacienda.

Art. 104. A fin de tener expedita la facultad de hacer el reconocimiento en los lugares sagrados, casas religiosas y habitaciones de eclesiásticos, estarán provistos todos los gefes principales y subalternos de los resguardos del despacho auxiliatorio del muy reverendo Nuncio de su Santidad, que presentarán una vez cada año al ordinario diocesano del distrito á que se hallen destinados para su cumplimiento, y con este documento no se les podrá impedir que practiquen los reconocimientos, dando solamente aviso en el acto de verificarlo al vicario ó cura párroco en cuya jurisdiccion ó feligresía se halle sito el lugar que haya de reconocerse, ó al prelado de la comunidad, si fuese casa de religiosos.

Art. 105. Cuando por imprevision, olvido ú otro motivo no tuviese á la mano el gefe que haya de practicar el reconocimiento el despacho del muy reverendo Nuncio, impartirá el auxilio del juez ó superior eclesiástico local, el cual no podrá rehusarlo.

Art. 106. Para el reconocimiento de los conventos de religiosas se ha de dar conocimiento en cada caso particular á la autoridad eclesiástica, bajo cuya dependencia inmediata se halle la comunidad, y esta no podrá negarlo ni dejar de concurrir al acto por sí ó por otro eclesiástico sacerdote que delegue.

Art. 107. A todo reconocimiento de lugar sagrado y casa religiosa ó habitacion de un eclesiástico podrá asistir el vicario, cura ó prelado, bajo cuya dependencia esté el lugar que haya de reconocerse, ó delegar otro eclesiástico sacerdote que lo haga en su nombre.

Art. 108. En caso de oponerse la autoridad eclesiástica al reconocimiento de algun lugar sagrado ó religioso, ó de la morada de algun súbdito suyo, yendo provisto el gefe que pretenda hacerlo del despacho del muy reverendo Nuncio, ó de que niegue el auxilio que se impartió por el mismo gefe, caso de no

llevar el despacho, lo hará constar por diligencia, y despues de requerir al mismo eclesiástico para que asista al reconocimiento si quiere, procederá á verificarlo.

Art. 109. En el caso de resistir los eclesiásticos, asi seculares como regulares, el reconocimiento de algun lugar sagrado ó religioso, ó de su propia morada, se recibirá justificacion sobre el hecho, la cual se remitirá por conducto del gefe de la provincia á la superintendencia general de mi Real Hacienda, para que Yo resuelva lo conveniente.

Art. 110. Del reconocimiento que haya de practicarse en un establecimiento militar se dará previo conocimiento á la autoridad militar local, que en el acto, y sin excusa alguna, nombrará un oficial que asista al expresado acto, comunicando las órdenes necesarias para que no se embarace ni difiera. De no hacerlo, se hará constar por diligencia fehaciente la negativa, y se me dará cuenta por medio del superintendente general de mi Real Hacienda.

Art. 111. Para reconocer la casa habitacion de los magistrados, autoridades civiles, judiciales y militares, ó persona que goce fuero, no se exigirá mas requisito que dar aviso á la autoridad que ejerza la jurisdiccion de quien dependa el dueño de la habitacion, para que esta preste el auxilio de un dependiente de justicia que asista al reconocimiento.

En cuanto á los ministros de mis consejos, chancillerías y audiencias se practicará esta diligencia con los presidentes ó gobernadores, ó con los regentes del tribunal á que pertenezca el ministro cuya casa haya de reconocerse.

Art. 112. En los reconocimientos de las habitaciones de extrangeros concurrirá el consul de su nacion, si lo hubiere en el mismo pueblo, para lo cual se le dará aviso en el acto de irlo á practicar; y de no prestarse á verificarlo sin dilacion, se hará asi constar por diligencia ante escribano y testigos, y se procederá al reconocimiento.

En los pueblos donde no haya agente consular del pais á que pertenezca el extrangero contra quien se dirige el reconocimiento, se procederá como con los demas habitantes.

Art. 113. A los embajadores y ministros representantes de las potencias extrangeras, y á las casas de su habitacion, se guardarán sus inmunidades conforme á las disposiciones del título 9, libro 3.° de la Novísima Recopilacion.

Art. 114. Para proceder al reconocimiento de cualquiera casa particular, sea ó no de las clasificadas en el artículo 102, ha

de preceder providencia formal por escrito de la autoridad judicial ó administrativa, ó gefe del resguardo á quien por sus atribuciones corresponda decretarlo con arreglo á esta ley, y á lo dispuesto en los reglamentos é instrucciones de mi Real Hacienda.

Art. 115. No se acordará el reconocimiento judicial de las casas particulares sino cuando por notoriedad ó fama pública, por hechos que induzcan presuncion vehemente, por la mala reputacion de los habitantes de la casa, ó por delacion circunstanciada de sugeto fidedigno, se deduzca con fundamento la existencia de géneros de fraude.

Art. 116. Con respecto á las casas clasificadas en el artículo 102, solo podrá acordarse su reconocimiento cuando conste la existencia en ellas de efectos de fraude por previa justificacion sumaria de dos testigos al menos.

Art. 117. Las tiendas, almacenes y lonjas en que se vendan géneros de comercio por mayor ó por menor, y á puerta cerrada ó abierta: los edificios rurales ó en despoblado, y las posadas ó casas abiertas al público para cualquier objeto de tráfico, podrán ser reconocidas siempre que haya fundada sospecha á juicio de los gefes del resguardo de ocultarse en ellas géneros de fraude.

Art. 118. De todo reconocimiento que se intente hacer en cualquiera casa particular ó de tráfico se ha de dar previo aviso al alcalde del pueblo ó juez del cuartel en que estuviere situado, para que asista al acto por sí ó por medio de un alcalde de barrio, ú otro de sus subalternos.

Los alcaldes y jueces que sean requeridos al intento por los empleados de rentas ó del resguardo, no podrán excusarse ni diferir la práctica de la diligencia bajo su responsabilidad personal.

Art. 119. En los reconocimientos que hayan de hacerse en despoblado será suficiente que el gefe del resguardo ó fuerza armada que deba practicarlo lleve en su despacho y muestre al dueño el cumplimiento del juez ó alcalde del territorio.

Art. 120. Cuando el resguardo ó cualquiera otra autoridad, funcionario público ó individuos de fuerza armada á quienes competa la persecucion de los delitos de fraude vayan siguiendo á los contrabandistas ó defraudadores, llevándolos á la vista, podrán entrar sin necesidad de formalidad alguna en cualquier edificio á que se acojan los delincuentes, ó en que introduzcan los efectos del contrabando ó defraudacion.

Art. 121. A pretexto de hacer averiguacion de estos delitos

no se podrá hacer el reconocimiento é inspeccion general de los libros y papeles de los comerciantes, ni extraerlos de sus casas y escritorios; pero estos estarán obligados á presentar las partidas, cartas ó asientos que trataren de los negocios sobre que recaiga la sospecha del fraude.

Art. 122. Toda especie de coches, carruages y caballerías de tiro, silla y carga, cualquiera que sea la persona á quien pertenezca, podrá ser reconocida en averiguacion de los delitos de contrabando y defraudacion en las entradas y salidas de los pueblos, asi como tambien en las posadas y ventas en despoblado.

Tambien podrán ser detenidos en las carreteras y caminos, habiendo sospecha de que conducen géneros de contrabando ó de fraude; pero el reconocimiento se hará en la poblacion mas inmediata, siguiendo la via del carruage ó bagages, y con asistencia del alcalde de ella.

Art. 123. Asimismo podrán ser reconocidas las embarcaciones que se hallen en algunos de los casos prevenidos en el artículo 15, observándose en cuanto al modo de practicar estos reconocimientos en los buques extrangeros los tratados vigentes con la potencia de su pabellon respectivo.

Art. 124. En toda especie de reconocimiento se observará por los individuos que lo practiquen la debida circunspeccion y comedimiento, sin propasarse á palabras descompuestas ú ofensivas, y evitando todo procedimiento estrepitoso que no sea necesario para asegurar el descubrimiento y aprehension de los fraudes y de los delincuentes. De cualquier exceso, que por aquellos se cometa, serán responsables los gefes que presidan el acto, sin perjuicio del procedimiento que haya lugar contra su autor.

TITULO CUARTO.

De la jurisdiccion privativa para los delitos de contrabando y defraudacion.

Artículo 125. El superintendente general de mi Real Hacienda es el juez único y privativo en primera instancia para conocer de todos los delitos de contrabando y defraudacion que se cometan en el reino.

Esta jurisdiccion la ejerce por sí, y por medio de sus subdelegados, en los partidos judiciales de rentas, ó de los especiales en que tenga á bien delegarla en casos particulares.

Art. 126. En la segunda y tercera instancia conocerá privativa

y exclusivamente de las causas sobre delito de contrabando y defraudacion mi Consejo supremo de Hacienda, cerrándose irrevocablemente el juicio con sus providencias que causen ejecutoria.

Art. 127. Quedan sujetas á la jurisdiccion privativa de Real Hacienda todas las personas contra quienes se proceda por delitos de contrabando y defraudacion, de cualquiera gerarquía, clase, estado y condicion que sean, sin excepcion alguna, entendiéndose derogados en cuanto á estos delitos todos los fueros especiales por privilegiados que sean, incluso el de mi casa Real; y se prohibe que se embarace el ejercicio expedito de la expresada jurisdiccion con competencias que no pueden ser fundadas en ningun caso, siendo única, exclusiva y general para estos delitos.

Art. 128. Las aprehensiones que se hicieren por los buques de mi Real armada ó por partidas de tropa que tengan el destino de perseguir el contrabando, ó concurran como auxiliares de las autoridades de mi Real Hacienda, son tambien de la jurisdiccion privativa de mi Real Hacienda, con todas las incidencias, aun cuando intervenga la circunstancia de que los contrabandistas hayan hecho resistencia á la tropa.

Art. 129. La autoridad de los jueces ordinarios en las causas de fraude se contraerá á los actos determinados en el artículo 98.

Art. 130. Los jueces eclesiásticos no tendrán otra intervencion en las causas de fraude que la de concurrir en calidad de acompañados con el subdelegado de rentas á las declaraciones y confesiones que se reciban á las personas de su fuero contra quienes se proceda en dichas causas.

Art. 131. Los subdelegados del superintendente general en los partidos instruirán, sustanciarán y determinarán en definitiva las causas de fraude; pero sus fallos tendrán el concepto de consultivos, formando solamente sentencia la decision del mismo superintendente general.

Art. 132. Las facultades de los subdelegados especiales para los casos que se nombren, serán las que se marquen expresamente en los despachos de sus comisiones.

Art. 133. En las vacantes, ausencias y enfermedades de los subdelegados de partido, les substituirá el contador de rentas del mismo partido que ejerza en propiedad este destino; pero no los que ejerzan estas funciones por substitucion.

A falta de contador propietario del partido recaerá el juzgado en el asesor del mismo que tenga Real nombramiento.

TITULO QUINTO.

Del procedimiento judicial sobre los delitos de contrabando y defraudacion.

Artículo 134. Los procedimientos judiciales sobre delitos de contrabando y defraudacion tendrán lugar:

1.° En toda aprehension de efectos de contrabando y en las de los géneros de lícito comercio por defraudacion de las rentas generales ó de aduanas.

2.° En las aprehensiones de frutos y efectos del reino por defraudacion de las rentas provinciales, derechos de puertas y cualquiera otro impuesto sobre su consumo y movimiento, siempre que el total de la condenacion que haya de imponerse, con inclusion del valor del género si cayere en comiso, exceda de quinientos reales vellon.

3.° En las defraudaciones de contribuciones directas cuya pena exceda de la misma cantidad de los quinientos reales vellon.

4.° Sobre todo delito de contrabando ó defraudacion que tenga impuesta en esta ley pena personal, de cuya perpetracion conste por aviso oficial, fama pública ó denuncia hecha con arreglo á las leyes.

5.° Contra persona determinada acerca de la cual haya indicios de culpabilidad en actos de contrabando ó de defraudacion, que tengan impuesta por la ley pena personal, ó se haya hecho delacion con los requisitos de derecho.

Art. 135. Las penas que haya lugar á imponer por defraudacion de rentas provinciales y demas que se expresan en los artículos 62 y 63 de esta ley, que no excedan en su totalidad, comprendido el valor del género que caiga en comiso de quinientos reales vellon, se exigirán por las oficinas de recaudacion en que se haga la aprehension, extendiéndose en un libro, que se titulará *Diario de aprehensiones*, un asiento de cada una de estas, con expresion circunstanciada del nombre y domicilio del dueño ó conductor del género, de la especie, peso ó medida de este del hecho en que consista la defraudacion, y de la pena impuesta por ella. Este asiento se firmará por el gefe é interventor de las oficinas, y por el dueño ó conductor del género aprehendido, á quien se dará en el acto copia literal del mismo asiento si la pidiere. No sabiendo firmar el interesado lo harán dos testigos presenciales del acto.

Art. 136. En la misma forma se procederá por las justicias de los pueblos donde no haya oficinas de recaudacion en las defraudaciones que se cometieren de rentas provinciales.

Art. 137. Cuando la aprehension se haga fuera de las oficinas de recaudacion, llevarán los aprehensores el género y su conductor á la que esté mas inmediata, donde se exigirá la pena con las formalidades prevenidas en el artículo 135.

Art. 138. Toda imposicion de pena hecha en otra forma que la que prescriben los artículos 135, 136 y 137 en los casos á que se refieren sus disposiciones, será considerada arbitraria, y devolviéndose la cantidad que se hubiese exigido por ella, incurrirán los exactores en la multa del duplo.

Art. 139. Sintiéndose agraviada la persona á quien se hayan exigido las penas pecuniarias dispuestas por las oficinas de recaudacion ó por las justicias de los pueblos, podrá acudir al subdelegado de rentas del partido, el cual, oyendo á las oficinas de rentas del mismo, decidirá gubernativamente y sin ulterior recurso sobre esta clase de reclamaciones.

Art. 140. Las penas por recaudacion de contribuciones directas que no excedan de quinientos reales, se impondrán por el juez ordinario del pueblo en que se haya hecho el fraude, oyendo instructivamente al recaudador de la contribucion ó al síndico del ayuntamiento, si el repartimiento y cobranza estuviere á cargo de esta corporacion, y á la persona acusada de defraudacion, y examinando en juicio verbal los documentos que por ambas partes se presenten. De todo ello se extenderá diligencia formal, á cuya continuacion proveerá el juez lo que estime de justicia.

Art. 141. Esta providencia se pondrá en ejecucion, sin perjuicio de que, si la tuviere por gravosa alguno de los interesados, dirija su reclamacion al subdelegado del partido, que en expediente instructivo, y tomando los informes que estime conducentes para justificacion de los hechos, confirmará ó revocará sin ulterior recurso la resolucion del juez ordinario.

Art. 142. En las aprehensiones de efectos de contrabando y en las de géneros de lícito comercio por defraudacion de rentas generales ó de aduanas, se extenderá en el acto diligencia autorizada por escribano, ó dos testigos en su defecto, en que se hará expresion de todas las circunstancias siguientes:

1.ª La cualidad y número de los aprehensores, y el nombre, graduacion ó caracter público del gefe de la aprehension.

2.ª El lugar, dia y hora en que esta se verifica.

3.ª Los nombres, apellidos y vecindad de los tenedores de los géneros, si se hallaren presentes, ó las noticias adquiridas sobre ellos, si se hubieren fugado.

4.ª La via y direccion que traian y llevaban, y si iban con armas ó sin ellas.

5.ª La designacion específica de los objetos aprehendidos, con expresion del número de cargas, de bultos ó de fardos, de sus marcas y números, y del número de piezas contenidas en cada uno de ellos.

6.ª El número y clase de los bagages ó carruages, ó la designacion del buque en que se condujeron los géneros.

7.ª Las circunstancias particulares de la aprehension, como la de resistencia de los contrabandistas, si la hubiere habido, ú otra cualquiera interesante á la calificacion del hecho.

Esta diligencia se firmará por el gefe de la aprehension, el alcalde del territorio, si hubiere concurrido, y el escribano ó los dos testigos que sustituyan á este.

Art. 143. A continuacion del testimonio de aprehension se examinarán tres testigos presenciales de ella, guardándose entre los que se hallen presentes el orden de preferencia siguiente:

1.° Las personas que no pertenezcan á la clase de aprehensores ni de auxiliadores de la aprehension.

2.° Los que solo sean auxiliadores, ó por otra cualquiera razon no esten habitualmente bajo el mando del gefe de la aprehension.

3.° Los aprehensores en el orden inverso de su graduacion.

Art. 144. Practicada la justificacion y en acto continuo se recibirán sus declaraciones á los conductores de los géneros aprehendidos, sobre sus calidades personales, las especies y cantidad de estos, su procedencia, objeto á que los destinaran, y todas las circunstancias de la aprehension.

Art. 145. En el acto se asegurarán y conducirán á prision los culpables que por las circunstancias de la aprehension resulten incursos en pena corporal; y á los que no tengan esta cualidad se les exigirá fianza que asegure las resultas del juicio, y no dándola, se les arrestará en su propia casa ó en cualquiera posada ó casa particular, con guardas de vista á su costa, hasta que presten la fianza.

Art. 146. Los géneros aprehendidos se trasladarán á las oficinas de rentas del partido, donde á su recibo se sellarán todos los fardos, tomándose razon de la aprehension en la contaduría.

Los bagages y carruages se depositarán, ó si se hubiese hecho la aprehension de algun buque, se pondrán en este guardas secuestradores, y las diligencias de todo lo obrado, que indispensablemente han de quedar practicadas en el término de veinte y cuatro horas, se dirigirán por el juez ó gefe de la aprehension al subdelegado de rentas.

Art. 147. El subdelegado de rentas dispondrá ante todo el inventario, reconocimiento y calificacion de los géneros aprehendidos, que practicarán los vistas de la aduana á la presencia judicial, exigiéndoles juramento de hacerlo fielmente, y de decir verdad en lo que en razon de ello manifiesten.

Art. 148. Habiendo delincuentes prófugos se circularán sin pérdida de tiempo exhortos y oficios adonde corresponda para su captura y el embargo de todos sus bienes.

Art. 149. En cuanto á las personas de los reos presentes proveerá el subdelegado lo que corresponda segun los méritos del procedimiento, confirmando ó revocando su prision, ó decretándola, si en el caso de proceder de derecho la hubiese omitido el gefe de la aprehension.

Art. 150. El embargo de bienes tendrá lugar con respecto á los reos presentes cuando no afiancen competentemente las resultas del juicio.

Art. 151. Los bagages, carruages y embarcaciones que formen parte de la aprehension, se justipreciarán, procediéndose á la venta en pública subasta de las bestias de carga ó de tiro, á menos que teniendo prestada fianza los delincuentes á quienes pertenecieren, ó entregando en su defecto el importe del justiprecio, no reclamaren su entrega en el término de tres dias que se les prefijarán para usar de esta facultad.

Art. 152. El subdelegado proveerá todas las demas diligencias que completen el sumario y sean conducentes á acreditar la perpetracion del delito en todas sus circunstancias, y los cargos que resulten contra todos los que tengan responsabilidad en el mismo delito y sus incidencias.

Art. 153. El término para formar y concluir el sumario será el mas corto posible, y no podrá exceder de un mes sobre lo principal de la causa, formándose al vencimiento de este pieza separada sobre cualquier incidencia que exija ulterior diligencia de justificacion.

Art. 154. Concluido el sumario se recibirán á los procesados sus confesiones con cargos, y con ellas se entregará el pro-

cedimiento al oficio fiscal para que ponga la acusacion en el término preciso de tercero dia.

Art. 155. Puesta la acusacion se conferirá traslado à los procesados, concediéndose á cada uno tres dias precisos é improrogables de término para que respondan à la acusacion, proponiendo en el mismo escrito la prueba que les convenga, y á su cumplimiento se recogerán de oficio los autos de poder de quien los tenga.

Art. 156. No impugnándose la acusacion por los procesados, ó si no propusieren prueba alguna para su defensa, se fallará definitivamente la causa por el juez en los tres dias siguientes al en que haya concluido el término de los traslados.

Art. 157. Si en la impugnacion que los delincuentes propusieren contra la acusacion se piden diligencias de prueba, se recibirán à ella los autos por el término preciso é improrogable de ocho dias, dando copia del escrito de impugnacion al oficio fiscal, por si en su vista le conviniere promover con citacion contraria alguna prueba.

Art. 158. Luego que haya espirado el término de prueba se unirán sin necesidad de previa providencia las probanzas à los autos, y se entregarán à cada una de las partes por el término preciso de veinte y cuatro horas, para el solo efecto de instruirse de sus méritos, à fin de informar de su derecho al tiempo de la vista.

Art. 159. Cumplido el término de instruccion, y recogiéndose los autos de oficio de quien los tuviere sin admitirse escrito alguno, se señalará dia para la vista en uno de los tres inmediatos, y asistiendo à ella el juez, su asesor y el oficio fiscal inexcusablemente, y los defensores de los procesados, si lo tuvieren por conveniente, se pronunciará el fallo definitivo, que se remitirá al superintendente general de mi Real Hacienda con los autos originales.

Art. 160. El superintendente general, oyendo el dictamen motivado de los asesores de la superintendencia, acordará la providencia que estime de justicia, y con ella se devolverán los autos al subdelegado para que la publique y ejecute en su lugar.

Art. 161. En las aprehensiones por defraudacion de rentas provinciales, derechos de puertas y cualquier otro impuesto sobre el consumo y movimiento de efectos indígenos del reino, á que corresponda mayor pena que la de quinientos reales vellon, se procederá formalizándose la diligencia de la aprehension por

la oficina ó partida del resguardo ó autoridad que la haga, y se remitirá à la subdelegacion del partido, poniéndose en depósito los géneros aprehendidos, y embargando bienes al portador en la cantidad que baste, y no mas, para asegurar las resultas del juicio, si no diere fianza suficiente para el mismo efecto.

Art. 162. El subdelegado reducirá el sumario á la declaracion del portador de los géneros aprehendidos, y solo en el caso de estar negativo en alguna de las circunstancias esenciales para calificar el fraude, extenderá el sumario á las diligencias necesarias para su justificacion, debiendo quedar concluido en el término preciso de ocho dias.

Art. 163. Al vencimiento de este término se pasarán los autos al oficio fiscal, para que dentro de tercero dia entable su accion, de que se dará traslado al demandado, y con lo que exponga se recibirá la causa à prueba por ocho dias improrogables, si las partes hubieren solicitado diligencias que la exigiesen.

Art. 164. No contestando la accion fiscal el demandado en el término preciso de tres dias, ó si no se propusiere prueba por las partes, se pronunciará sentencia definitiva luego que aquel término haya trascurrido.

Art. 165. Habiéndose recibido la causa á prueba se unirán las probanzas à los autos, vencido que sea el término, y se entregarán à cada una de las partes por un dia al solo efecto de instruirse, procediéndose à la vista sentencia y consulta en los términos prevenidos en los artículos 159 y 160.

Art. 166. El procedimiento judicial por defraudacion en las contribuciones directas, cuya pena exceda de quinientos reales, principiará por demanda, que se pondrá ante el subdelegado por parte del oficio fiscal, acompañando los documentos que justifiquen el fraude.

De esta se conferirá traslado al demandado, siguiéndose en los trámites de su sustanciacion el mismo orden prevenido en los artículos 163 al 165.

Art. 167. Los procedimientos judiciales para la averiguacion y castigo de cualquiera delito de contrabando ó defraudacion que dé lugar à imposicion de pena corporal, cuando solo conste su perpetracion por notoriedad, aviso oficial ó denuncia, sin que haya aprehension de la materia del delito, y los que se dirijan contra las personas sospechosas de culpabilidad en actos de contrabando ó defraudacion, se instruirán de oficio por los subdelegados de partido, ò á demanda de los fiscales de rentes.

Art. 168. Los jueces ordinarios incoharán tambien estas cau-

sas en los casos prevenidos en el artículo 98, dando cuenta de la formacion de cada una dentro de las veinte y cuatro horas al subdelegado del partido, y remitiéndole las diligencias del sumario luego que esté concluido, ó antes, si el subdelegado lo exigiere.

Art. 169. En consecuencia del auto de oficio, abriendo el procedimiento, ó de la denuncia fiscal admitida por el subdelegado, se procederá con toda actividad à la justificacion de los hechos por el examen de testigos, registro de documentos, informes contraidos á puntos determinados y demas medios legales.

Art. 170. Cuando de estas diligencias resulten delito cierto è indicios vehementes de culpabilidad contra persona determinada, se proveerá su prision y el embargo de sus bienes en la cantidad que prudencialmente halle el juez necesaria para asegurar las condenaciones pecuniarias que puedan resultar del procedimiento.

Art. 171. Verificada la captura se recibirá al preso la declaracion indagatoria dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, y se continuarán practicando las demas diligencias de comprobacion à que den lugar su respuesta ó las noticias que adquieran el juez ó la parte fiscal sobre los hechos conducentes de la causa.

Art. 172. Concluso el sumario, y resultando de lo obrado semiplena probanza, à lo menos de los hechos culpables que se imputan à los procesados, se les recibirá la confesion con cargos, y se entregarán los autos al oficio fiscal para que ponga su acusacion en forma.

Art. 173. De la acusacion se conferirá traslado à todos los comprendidos en ella, con término de tres dias à cada uno para que contesten segun les convenga, y con lo que expongan, ó bien si nada dijeren, trascurrido que sea el término de los traslados, se proveerá siempre el auto de prueba para que tanto por parte del fiscal como de los acusados, se practique la que respectivamente les convenga con reciproca citacion.

Art. 174. El término ordinario de prueba será de treinta dias, y podrá prorogarse hasta los sesenta, pidiéndose la próroga antes de espirar el primer término, y para diligencias determinadas y conducentes à la prueba, sin perjuicio de que teniendo lugar la próroga, aproveche à ambas partes para las que puedan convenirles, no siendo impertinentes à los hechos de la causa.

Art. 175. La ratificacion de los testigos del sumario no será diligencia necesaria de prueba para la parte fiscal; pero los acusados podrán exigirla si la estimaren conveniente à su defensa, sin que por ello se entienda que consienten en la certeza de sus deposiciones, ni pierdan el derecho de impugnarlas.

Art. 176. Los testigos presentados tanto por el oficio fiscal como por los acusados, podrán ser repreguntados á instancia de la parte contra quien se produjeren.

Art. 177. Las pruebas de tachas se harán dentro del término de la prueba ordinaria, proponiéndose con vista de las notas de los nombres de los testigos, que se entregarán á las partes al tiempo de citarlos para su examen, quedándoles salvo su derecho para asistir à la recepcion del juramento por sí ó por medio de procurador, si estuvieren en prision, ó que por otra causa no pudieren verificarlo en persona.

Art. 178. Al dia inmediato al vencimiento del término de prueba se unirán las probanzas á la causa, y se entregarán por su orden á todas las partes litigantes por el término preciso de tercero dia al solo efecto de tomar la instruccion necesaria para informar de su derecho en estrados.

Art. 179. Trascurrido el término de estas entregas se señalará dia para la vista, procediéndose en esta y en la sentencia y consulta en la forma prevenida en los artículos 159 y 160.

Art. 180. Cuando de la decision del superintendente general no tenga lugar el recurso de apelacion, se procederá á su ejecucion inmediatamente despues de hacerla saber á las partes.

Art. 181. Cuando en las sentencias que recaigan en estas causas se hallen comprendidos con pena corporal grandes de España, ministros de mis Consejos ó de mis chancillerías ó audiencias, oficiales de las secretarias del despacho, intendentes de provincia ú otro magistrado civil de la misma categoría, algun oficial general de mis ejércitos ó armada, ó coronel efectivo ó caballero de las Ordenes, se consultará á mi Real Persona antes de su publicacion por el superintendente general de mi Real Hacienda, para que Yo provea lo que sea de mi Real agrado en razon de la pena corporal aplicada al individuo perteneciente á alguna de estas clases.

Art. 182. En la ejecucion de las penas corporales impuestas á eclesiásticos, se procederá con arreglo á la precitada ley 18, tit. 1.°, lib. 2.° de la Novisima Recopilacion.

Art. 183. Serán apelables las decisiones del superintendente

general de mi Real Hacienda en las causas sobre delitos de contrabando y defraudacion:

1.° Siempre que por ellas se imponga pena corporal, cualquiera que esta sea.

2.° Cuando el total de la condenacion pecuniaria llegue á diez mil reales vellon.

En ambos casos la apelacion tendrá lugar en los efectos suspensivo y devolutivo.

Art. 184. Serán tambien apelables las sentencias del superintendente general, en que la condenacion pecuniaria llegue á cinco mil reales vellon, sin suspenderse la ejecucion de la sentencia, bajo la responsabilidad de los partícipes en la distribucion de la pena à su devolucion, en caso de revocarse en segunda instancia.

Art. 185. Tambien podrá apelarse de los apercibimientos judiciales impuestos por el superintendente general en causas en que no tenga lugar este recurso, contrayéndose la apelacion al apercibimiento, y no á las penas pecuniarias.

Art. 186. De las condenaciones que en su totalidad no lleguen á cinco mil reales vellon, no se da apelacion de la decision del superintendente general. Solo podrá tener lugar el recurso de nulidad, de que se conocerá en mi supremo Consejo de Hacienda, si en el orden del procedimiento hubiere infraccion manifiesta de ley, en cuyo caso se mandarán reponer los autos al estado que tenian cuando se cometió la infraccion, á costa de quien resulte culpado en ella. Este recurso se interpondrá entre los subdelegados dentro del plazo prefijado en las leyes para el de apelacion.

Art. 187. Procediendo el recurso de apelacion en ambos efectos, se proveerá por el mismo auto de su admision la remesa de autos originales á mi Consejo supremo de Hacienda, á costa del apelante, y previa citacion y emplazamiento de todas las partes litigantes.

Art. 188. Si solo procediese la apelacion en el efecto devolutivo, se remitirán tambien los autos al Consejo, conservándose en el juzgado de la subdelegacion testimonio de la sentencia y demas que sea conducente para proceder á su ejecucion.

Art. 189. Sintiéndose agraviada una parte litigante del auto en que deniegue la apelacion el subdelegado de rentas, podrá acudir á mi Consejo supremo de Hacienda, con testimonio de la sentencia, del escrito de apelacion y del auto de denegacion;

y apareciendo por dicho testimonio y las demas instrucciones que el Consejo estime necesarias, que la apelacion procede de derecho, se declarará admitida por el mismo supremo tribunal, y se mandará la remesa de autos originales.

Art. 190. No se da apelacion de las providencias interlocutorias de los subdelegados en las causas de contrabando y defraudacion. Las partes á quienes se cause agravio en el orden de la sustanciacion, usarán de su derecho ante el superintendente general, como juez universal en primera instancia de estas causas, para que reforme y dirija los procedimientos de sus subdelegados con arreglo á derecho, sin perjuicio de que en la segunda instancia se tomen en consideracion, para calificar los méritos de la providencia definitiva, los defectos de la sustanciacion del juicio, si lo hubiere.

Art. 191. En la segunda instancia no se admitirán mas escritos que el de expresion de agravios de la sentencia apelada al apelante, y el de su impugnacion al apelado, con los cuales se tendrá la causa por conclusa de derecho, y se procederá á la vista y decision.

Art. 192. La prueba testifical no tendrá lugar en la segunda instancia sobre estas causas, sino cuando habiéndose dejado de dar en la primera, intervengan en la decision hechos impugnados por cualquiera de las partes, ó si se hubiesen propuesto algunos de nuevo, cuya prueba se considere indispensable.

La prueba documental se admitirá en cualquier estado de la sustanciacion, antes de haber la causa por conclusa.

Art. 193. Las sentencias de mi Consejo supremo de Hacienda en segunda instancia, causarán ejecutoria en todo género de causas en que sea confirmatoria en el todo de la del superintendente general, y en las que no lleguen las penas pecuniarias en su totalidad á la cantidad de veinte mil reales vellon, aun cuando sean revocatorias de las decisiones de la superintendencia.

Serán de consiguiente suplicables las sentencias del Consejo:

1.° Cuando excediendo las condenaciones pecuniarias de veinte mil reales vellon se reforme en todo ó parte la decision del superintendente general de mi Real Hacienda.

2.° En todas las causas sobre delitos á que esté impuesta pena corporal en esta ley.

Art. 194. La sustanciacion de la tercera instancia se reducirá á un escrito por cada parte, sin dar lugar en caso alguno á

la prueba de testigos; pero sí se admitirá la documental que se presente antes de la conclusion de la causa.

Art. 195. El orden de sustanciacion prevenido en esta ley no se interrumpirá por razon de estar prófugos todos ó algunos de los reos. A los que se hallen en este caso se comunicará por edictos y pregones el traslado de la acusacion, emplazándoles para que comparezcan á evacuarlo en el término de la ley; y las demas notificaciones y citaciones se harán en los estrados del tribunal, fijándose en ellos carteles con el contenido de aquellas diligencias.

Art. 196. Si los reos prófugos comparecieren en la causa antes de pronunciarse sentencia, usarán de su derecho en el estado que tenga.

Ejecutoriada aquella se llevará á efecto en cuanto á las penas pecuniarias y las corporales, aunque si el reo lo solicitare se abrirá el juicio en cuanto á esta solamente, sustanciándose de nuevo para con él desde el traslado de la acusacion en adelante.

Art. 197. Los subdelegados de rentas, sean de partido ó especiales, darán parte circunstanciado à mi superintendente general de mi Real Hacienda de todas las causas que prevengan en virtud de aprehension, de oficio ó por demanda fiscal sobre delitos de contrabando y defraudacion, en el término preciso de tercero dia despues que esten pendientes en su juzgado, y pondrán en ejecucion las instrucciones que el mismo superintendente podrá darles á consecuencia de estos partes.

Art. 198. El superintendente general de mi Real Hacienda podrá en cualquier estado de las causas pendientes ante los subdelegados exigirles los informes que crea oportunos, dar de oficio ó en virtud de queja de los interesados las providencias que estime convenientes sobre su sustanciacion, con arreglo á las leyes, pedir las causas originales y abocarse su conocimiento en primera instancia.

Art. 199. Los subdelegados no podrán sobreseer en procedimiento alguno sobre contrabando ó defraudacion sin previa consulta y aprobacion del superintendente general de mi Real Hacienda.

Art. 200. No tendrán tampoco facultad los subdelegados para nombrar en causa determinada distinto asesor del que lo sea de su juzgado. Cuando hallaren razones poderosas para disentir del dictamen de estos, las expondrán con la remision de la causa original al superintendente general, lo cual proveerá lo que estime de justicia.

Art. 201. En cualquiera estado de los procedimientos sobre delitos de defraudacion á que solo corresponda imponer pena pecuniaria en que el delincuente se allane à pagar esta, se le impondrá sin ulterior sustanciacion, haciéndose siempre la consulta al superintendente general de mi Real Hacienda.

Art. 202. Concurriendo varios subdelegados de partido al conocimiento de una causa, tendrá la preferencia el del partido en que se haya hecho la aprehension, y no habiendo aprehension, el del territorio en que se haya cometido el delito que cause el procedimiento; ó si este fuere incierto, el del domicilio de las personas contra quienes se dirige.

Cuando la aprehension proceda de disposiciones de un subdelegado especial, ó que se hallen especialmente comprendidos en su comision los delitos ó personas que sean objeto del procedimiento, se les reservará el conocimiento de la causa.

Art. 203. De las competencias entre los subdelegados de rentas ordinarios y especiales conocerá el superintendente general de mi Real Hacienda.

Art. 204. En la superintendencia general de mi Real Hacienda se llevará un registro general por partidas de todos los reos condenados por delitos de contrabando y defraudacion de rentas generales, y al tiempo de la consulta de cada causa se tendrá presente si del expresado registro resulta contra los reos comprendidos en él alguna condenacion precedente para imponer la pena de la reincidencia.

Art. 205. En cuanto por las disposiciones expresas de esta ley no se halle provisto sobre la sustanciacion especial de los procedimientos judiciales, sobre delitos de contrabando y defraudacion, se estará á lo prescrito en las leyes comunes del reino.

Art. 206. Para el orden que haya de seguirse en la aplicacion y distribucion de los comisos y penas pecuniarias impuestas por delito de contrabando y defraudacion, se dará una ley particular, siguiéndose entre tanto las disposiciones que actualmente rigen.

Art. 207. En todo lo demas quedan por la presente ley derogadas y sin fuerza ni valor alguno legal todas las leyes, reglamentos, instrucciones y Reales órdenes que hasta el dia se habian promulgado y expedido sobre la calificacion, penas y orden de proceder en los delitos de fraude contra mi Real Hacienda.

Tendreislo entendido, y lo publicareis y circulareis, dando las órdenes correspondientes á su puntual cumplimiento.=Rubricado de la Real mano de su Magestad.=Luis Lopez Ballesteros.

NOTA

sobre la liquidacion ó reducciones del tanto al millar y tanto por ciento para que sirva de adicion á la materia de censos, ventas etc. (1).

Lo mismo que en el lenguage ordinario se suelen decir las expresiones de *cinco, cuatro, tres* &c. *por ciento*, en las escrituras de *imposiciones, redenciones y subrogaciones de censos* suelen usarse respectivamente estas otras veinte mil al millar, veinte y cinco mil al millar, y treinta y tres mil y un tercio al millar &c. de las cuales la primera significa que cada 20 reditúa 1, como se verifica siempre que se presta á razon de cinco por ciento: la segunda (*esto es*, 25℗ *al millar*) que cada 25 reditúa 1, como sucede cuando se presta al cuatro por ciento; y la tercera (33℗ $^1/_3$ *al millar*) que cada 33 $^1/_3$ reditúan anualmente uno, que es igual á un tres por ciento.

Del mismo modo se han de entender otras expresiones semejantes; por ejemplo 50℗ al millar es igual à dos por ciento; porque si 50 da 1, 100 da 2: 66℗ y $^2/_3$ al millar, es igual á 1 $^1/_2$ por ciento, porque 66 $^2/_3$ dan 1, la mitad de esta cantidad, que es 33 $^1/_3$, en este caso dará $^1/_2$; y como 66 $^2/_3$ mas 33 $^1/_2$ son 100, sus réditos respectivos serán 1 $^1/_2$ por 100: 400℗ al millar es lo mismo que decir que 400 da 1, lo mismo que 100 da $^1/_4$, lo mismo que $^1/_4$ por ciento; 200℗ al millar es igual à $^1/_4$ por ciento: 150℗ al millar, es igual à $^2/_3$ por 100 &c. &c.

Hagamos todavía, si es posible, mas palpable la verdad de estos razonamientos volviendo à los primeros ejemplos que hemos propuesto, esto es, el 20, 25 y 33 $^1/_3$ al millar, iguales à 5, 4 y 3 por ciento, segun queda sentado.

La prueba es clara; porque si en el primer caso (20℗ *al millar*) el 20 le multiplicamos por 5, y si el 1, rédito del 20, se multiplica tambien por 5, el primer producto será 100 y el segundo 5, pues que 20 por 5 dan 100, y uno por 5 produce 5; y en el caso tercero (33℗ $^1/_3$ *al millar*) si 33 $^1/_3$ se multiplica por 3, el producto será 100; y si al mismo tiempo el 1, rédito de 33 $^1/_3$ le

1 Esta adicion es de Don Santiago de Alvarado en la *práctica de sustanciar pleitos ejecutivos y ordinarios* de Don Antonio Salazar, adicionada por él mismo.

multiplicamos por 3, el producto será tres, lo cual con mas claridad se demuestra del modo siguiente:

Los	$33\frac{1}{3}$ reditúan. . . .	1
Otros	$33\frac{1}{3}$ reditúan. . . .	1
Otros	$33\frac{1}{3}$ reditúan. . . .	1
	100 ruditúan. . . .	3

De donde resulta, que la suma de los capitales es igual á 100, y la suma de los réditos igual á 3, luego es un 3 por 100.

Cuarenta y cuatro mil y cuatro novenos al millar, es igual à $2\frac{1}{4}$ por 100, lo que con igual operacion se demuestra del modo siguiente:

Si	$44\frac{4}{9}$ reditúan.	1
Otros	$44\frac{4}{9}$ dan igual.	1
La cuarta parte de $44\frac{4}{9}$		
Que es igual á.	$11\frac{1}{9}$ dará.	$\frac{1}{4}$
	100 darán.	$2\frac{1}{4}$

Donde se ve que la suma de los capitales es 100 y la de los réditos $2\frac{1}{4}$. Lo mismo resultaria multiplicando por $2\frac{1}{4}$ el réditо parcial 1, y el capital parcial $44\frac{4}{9}$.

De esta doctrina se deduce un sencillo método para dado *un tanto por ciento*, hallar los correspondientes *tantos mil al millar*, y por el contrario sabidos los *tantos mil al millar*, hallar el *tanto por ciento* que corresponde: hagamos estos dos casos en el último ejemplo de los propuestos.

Si se me preguntase, ¿el $2\frac{1}{4}$ por 100 á cuanto al millar corresponde? Dividese el 100 por $2\frac{1}{4}$ y el cociente $44\frac{4}{9}$ indica que el $2\frac{1}{4}$ por 100 es igual à $44\frac{4}{9}$ al millar.

Si conozco este último término, es decir, si solo sé los *tantos mil al millar*, y quiero averiguar á *cuantos por ciento* corresponde, dividiré 100 por $44\frac{4}{9}$, y el cociente $2\frac{1}{4}$ será el tanto por 100 que se busca.

La operacion siguiente que no tiene quebrado, persuade esto mismo con mas claridad. El 4 por 100 ¿á cuantos mil al millar corresponde? Divide 100 por 4, y el cociente 25 indica que el 4 por 100 corresponde 25⓪ al millar. Estos 25⓪ al millar, ¿á cuantos por 100 corresponde? Dividase 100 por 25 y el cociente 4 da á entender que corresponden á 4 por 100.

Por este método cualquiera que sea el *tanto por* 100 ó los

tantos mil al millar, conociendo lo uno se encuentra lo otro.

Bajo de estos principios se ha formado la tabla siguiente, que puede ampliarse cuanto se quiera.

TABLA

de lo que corresponde desde 400℗ *al millar hasta* 16℗$^{2}/_{3}$, *ó lo que es lo mismo desde* $^{1}/_{4}$ *por* 100 *hasta un* 6 *por* 100, *que es lo que debe llevarse de interes segun la ley á estilo de comercio, para que por ella puedan imponerse, redimirse ó subrogarse censos ú otros capitales.*

TANTOS AL MILLAR.	TANTO POR 100.
400℗ al millar es igual á	$^{1}/_{4}$ por ciento.
300℗.	$^{1}/_{3}$
200℗.	$^{1}/_{2}$
150℗.	$^{2}/_{3}$
133℗$^{1}/_{3}$.	$^{3}/_{4}$
100℗ al millar es igual á	1 por ciento.
80℗.	$1^{1}/_{4}$
66℗$^{2}/_{3}$.	$1^{1}/_{2}$
57℗$^{1}/_{7}$.	$1^{3}/_{4}$
50℗ al millar es igual á	2 por ciento.
44℗$^{4}/_{9}$.	$2^{1}/_{4}$
40℗.	$2^{1}/_{2}$
36℗$^{4}/_{11}$.	$2^{3}/_{4}$
33℗$^{1}/_{3}$. al millar es igual á	3 por ciento.
30℗$^{10}/_{13}$.	$3^{1}/_{4}$
28℗$^{4}/_{7}$.	$3^{1}/_{2}$
26℗$^{2}/_{3}$.	$3^{3}/_{4}$
25℗ al millar es igual á	4 por ciento.
23℗$^{9}/_{17}$.	$4^{1}/_{4}$
22℗$^{2}/_{9}$.	$4^{1}/_{2}$
21℗$^{1}/_{19}$.	$4^{3}/_{4}$
20℗ al millar es igual á	5 por ciento.
19℗$^{1}/_{21}$.	$5^{1}/_{4}$
18℗$^{2}/_{11}$.	$5^{1}/_{2}$
17℗$^{7}/_{23}$.	$5^{3}/_{4}$
16℗$^{2}/_{3}$ al millar es igual á	6 por ciento.

NOTA

sobre el modo de protocolizar las escrituras que causan perpetuidad y pasan ante los escribanos Reales, en los registros de las de número y provincia en la villa de Madrid, ó en los de número de los demas pueblos de España.

En el tomo 1.° de esta obra, página 212, dice el autor que los escribanos Reales autorizan en Madrid como los numerarios las escrituras, asegurando la alcabala en los contratos que la causan, y protocolando en los oficios de estos las escrituras ó dejándolas en sus registros, segun cada uno quiere, y ni se dan por nulas, ni se les impone pena, porque hoy hay archivo general en donde se custodian sus protocolos, y no hay ningun riesgo de que se pierdan. No obstante lo que en dicho párrafo asegura Febrero, la práctica del dia es la siguiente segun el señor Alvarado de la Peña en su cartilla Real Novísima, y en la practica de sustanciar pleitos ejecutivos y ordinarios de Don Antonio Salazar, adicionada por el mismo.

Se otorga ante el escribano Real la escritura como cualquiera otra, sin mas diferencia que el protocolo, despues de la firma de los otorgantes se pone: Ante mí, y para protocolar en la escribanía de número ó de provincia de Don Fulano de tal.=Fulano de tal.

Despues el escribano Real ante quien se ha otorgado el instrumento, da al vendedor (que es el que paga la alcabala, sino se pacta expresamente que la pague el comprador) un testimonio para que verifique el pago concebido en estos términos.

TESTIMONIO PARA EL PAGO DE LA ALCABALA DE UNA FINCA VENDIDA.

Fulano de tal, escribano de su Magestad, notario de los reinos y del ilustre colegio de esta corte.=Doy fe, que en este ó tal dia se ha otorgado ante mí, y para protocolizar en la escribanía de número (ó de provincia) de Don Fulano de tal, una escritura de venta de una casa (ó lo que sea), sita en esta corte, y su calle de tal, número tantos de la manzana tal, por Don Fulano de tal, de la misma vecindad (ó la que sea) dueño de ella, á favor de Don Fulano, tambien de la misma vecindad (ó de donde sea) en precio y cantidad de tantos mil reales vellon; de cuya cantidad se han deducido tantos por razon de tal censo, carga &c. (si la

tuviere), que quedan impuestos, ó tiene sobre sí la misma finca, segun asi aparece de los títulos de propiedad; de modo que solo ha entregado el comprador tanta cantidad liquida, segun tambien aparece de la misma escritura de venta, à que me remito. Y para que pueda pagarse el Real derecho de alcabala, mandado por las leyes y Reales órdenes vigentes, segun corresponde, doy el presente que firmo y signo en Madrid á tantos. =Signo✠= Fulano de tal.

Nota. El vendedor verifica el pago de la alcabala, y recoge la correspondiente carta de pago de la oficina donde lo ha hecho, la cual trae al escribano Real ante quien se ha otorgado la escritura, el que la une al protocolo (1), è inserta en la copia antes de la suscripcion, que debe ponerla y firmarla el escribano del número en cuyo oficio se protocoliza, que es el que suena dar la copia primordial de la escritura al comprador. Ademas le da un testimonio para la contaduria, ú oficina de la Real casa aposento, concebido en estos términos.

TESTIMONIO PARA LA CONTADURÍA DE LA REAL CASA APOSENTO.

Don Fulano de tal, escribano de su Magestad y del número de esta M. H. villa.=Certifico y doy fe que en el dia tantos, por ante mí el escribano Real y del colegio de esta corte, Don Fulano de tal, y para protocolizar en mi oficio, se ha otorgado por Don Fulano de tal, vecino de esta villa (ó de donde sea), escritura de venta de una casa (ó lo que sea), sita en esta corte y su calle de tal, señalada con el número tantos de la manzana tal, que tiene tantos pies de sitio &c. en precio y cantidad de tantos mil reales vellon, cuya casa tiene sobre sí tal censo, carga &c. (ó está libre de todas ellas) inclusa la de aposento (lo que se expresará individualmente, cuándo se redimió y por quién), y la de farol y sereno, como todas las demas de esta capital, deduciéndose por lo mismo tales y tales cantidades, y habiendo entregado el comprador solo tal cantidad liquida. Dicha casa vendida perteneció anteriormente à Don Fulano de tal, ó à tal corporacion (se ponen lo menos tres sucesiones), quien la vendió en tal cantidad à Don Fulano de tal, ó la dejó en herencia á su hijo Don Fulano,

1 O se pone testimonio ó nota de ella en el registro despues de las firmas de los otorgantes y el escribano devolviendola al comprador (que es el que en caso de no unirse original al registro debe quedarse con ella) para unirla à los títulos de propiedad, y poder en todo tiempo acreditar el pago de la alcabala, puesto que el testimonio ó nota que se inserta en la copia no hace fe que el original. Y el que queda con la carta de pago firma su recibo para resguardo del escribano.

el que impuso sobre ella tal censo, ó redimió la carga Real de huesped y aposento en tal año &c. Dicho Don Fulano la cambió ó permutó con Don Fulano por tal finca &c. el cual actualmente la ha vendido con dichas cargas (ó libre de toda carga), como va dicho al expresado Don Fulano de tal en la referida cantidad, segun todo mas por menor aparece de los títulos de propiedad á que me remito. Y en fe de ello doy el presente que signo y firmo en Madrid à tantos. = Signo ✠ = Fulano de tal.

Nota. Con este testimonio y la copia de la escritura, pasa el comprador á la oficina ó contaduría de la Real casa aposento, donde se toma la razon á continuacion ò al pie del signo del escribano del número, y en seguida se pasa à la oficina ó contaduría general de hipotecas (advirtiéndose que en Madrid ha de ser seis dias despues, cuando mas, de la fecha de la copia, y fuera un mes) donde toman igualmante la razon que se extiende á continuacion de la de la contaduría de la casa aposento. Estas dos tomas de razon se insertan en el registro de la escritura de venta despues de la firma de los otorgantes y escribano, es decir, á continuacion, y para que esto no pueda omitirse, no debe el escribano Real entregar la copia al comprador para que tome dichas razones, sino pasar él mismo á tomarlas à las expresadas oficinas, y hecho insertarlas, como se ha dicho en el registro; pues de lo contrario el comprador puede muy bien despues de las tomas de razon, no acordarse ó no querer incomodarse en traer la copia al escribano, y tener este que andar tras de él para poder insertar dichas tomas de razon en su registro; el cual verificado esto, lo entrega al escribano del número, donde queda protocolizado. En la copia, al pie de las tomas de razon referidas, se pone una nota de quedar copiadas estas en el registro.

Advertencia impertante al escribano.

Debe ser el escribano sumamente escrupuloso en registrar los títulos, y particularmente los poderes y documentos que se le presenten para el otorgamiento de las escrituras de venta; pues de no hacerlo asi se originan muchos chascos y compromisos, tanto para los vendedores y compradores, cuanto para el escribano que debe mirar si dichos documentos vienen en regla, y si los que venden en concepto de apoderados del dueño de la finca que va á enagenarse ó del comprador (pues muchas veces se verifican las ventas por medio de apoderados especialmente autorizados para ello, y cuyos poderes se unen originales á la es-

critura è insertan en la copia), tienen facultad y poder para vender, y mucho mas si son menores ó curadores de estos los vendedores; pues en tal caso, como es sabido, debe preceder informacion de utilidad à estos en la venta; sacar la finca à pública subasta por si hay quien dé mas por ella, y la licencia judicial para enagenarla, cuyas diligencias deben insertarse en la copia de la escritura, pues de hacer de otro modo la venta es nula, y el escribano puede tener inocentemente un sentimiento en lo sucesivo, si las personas que venden y compran no son de toda probidad y buena fe; porque en estos casos siempre queda el recurso de que los menores ratifiquen la venta en llegando á la mayor edad.

ARANCELES

DE DERECHOS QUE HAN DE LLEVAR LAS DIVERSAS CLASES DE ESCRIBANOS ASI DE LOS DE CÁMARA DEL CONSEJO, COMO LOS DE NÚMERO Y REALES DE MADRID (1), Y OTROS SUBALTERNOS DE AQUELLOS TRIBUNALES.

Aranceles de los derechos que han de llevar los escribanos de Cámara de gobierno del Consejo.

De dar cuenta en el Consejo de una peticion con papeles ó sin ellos no lleven derechos algunos, ni los reciban aunque las partes los den voluntariamente. De la peticion que dimanare despacho, y de dar cuenta de la peticion en que no resultare despacho ni certificacion, solamente lleven dos reales de vellon.

De las provisiones y despachos que se expiden á pedimento de partes de una persona ó familia, catorce reales; de dos personas diez y seis; de tres, concejo ú comunidad diez y ocho, sin que puedan llevar mas con pretexto de oficiales, dependientes ni escribientes, firmas ni otro alguno, ni llevar nada mas como va dicho por dar cuenta de la peticion que hubiere dado motivo al despacho, ni recibirlo aunque lo den por partes voluntariamente.

De cada cédula Real firmada por su Magestad, veinticuatro reales por todo.

1 Estos aranceles se han sacado de la cartilla Real novísima reformada y adicionada por Don Santiago de Alvarado y de la Peña, omitiendo los de las chancillerías y audiencias hasta adquirir datos mas positivos pues en una de que tengo noticia se trata de la formacion de nuevos aranceles, y acaso en otras se habran variado los antiguos.

De las pesquisas en que se ha dado traslado cuando se entregaren al procurador de cada parte teniendo cada plana veinte renglones, y cada renglon siete partes, por cada hoja de dos planas se ha de llevar cuatro maravedís; y por cada hoja del rollo ó pieza corriente (no habiéndose llevado derechos de vista) se lleve doce maravedís; y que las compulsas que dieren de los autos y escrituras que pararen en las escribanías de Cámara de gobierno, lleven por cada hoja de compulsa un real; y en cuanto á tiras de pleitos eclesiásticos, lo mismo que los demas escribanos de Cámara.

Cuando se da ejecutoria llevarán á cuatro maravedís por hoja de las que tuviere el pleito de que se hace la ejecutoria, que son segundas tiras iguales á las que se han pagado al tiempo de sustanciarse, sin poder llevar otra cosa alguna con pretexto de ordenarlas, ni otro alguno, y sin embargo de cualquiera estilo introducido.

De las licencias para extraer granos y otros géneros y para fábrica de moneda, cuarenta y cinco reales en todo, sin que por razon de oficiales se pueda llevar mas.

De las comisiones para tomar residencia, veinticuatro reales, sin que por razon de oficiales se pueda llevar mas.

De los juramentos de los ministros que juran en el Consejo, como son ministros togados, gobernadores de las plazas de Cadiz, Málaga, Badajoz, Zamora, Ciudad-Rodrigo, asistente de Sevilla y otros semejantes á estos, sesenta reales; corregimientos de caballeros de capa y espada de las ciudades de voto en cortes, y de las que no le tuvieren, treinta reales; y de los demas juramentos de los alcaldes mayores, corregidores, jueces de letras y demas ministros de esta calidad y otros cualesquiera que se hicieren en el Consejo, quince reales, con la prevencion expresada.

De cada comision de averiguacion y castigo de las visitas y espolios, los mismos derechos señalados á los escribanos de Cámara del Consejo en cuanto á comisiones de averiguacion, con la calidad de sentencias y reasumir la jurisdiccion, ó sin ella. Y en cuanto á comisiones de visitas, cuarenta y cinco reales, que cobren en las que hubiese partes que deban satisfacerlos, y no de las de oficio; y de las comisiones de espolios, los mismos cuarenta y cinco reales.

De los pases de bulas y certificaciones que se dan, no lleven cosa alguna por este, ni ningun ministro, con cualquier pretexto.

De los papeles de aviso para pagar la media anata no lleven cosa alguna.

Del despacho para recibir el grado de doctor, treinta reales.

De los despachos á los extrañados y llamados, lo mismo que las demas certificaciones de los escribanos de Cámara.

De los despachos para naturaleza de extrangeros, y pase de sus papeles, sesenta reales.

De las competencias puestas en toda forma, treinta reales por todo, que se han de cobrar de la parte que sacare la certificacion ó despacho.

De las curadurías de los grandes en que hay fianza, despachos y otras diligencias, sesenta reales.

De los títulos de alcaldes mayores entregadores de Mesta, treinta reales, sin que con pretexto alguno se pueda llevar mas.

De las licencias para abogar á los eclesiásticos, treinta reales.

Notas. De todos los despachos que ejecutaren los escribanos de Cámara de gobierno, han de poner recibo rubricado de su mano al pie de ellos, con expresion precisa de la cantidad; y la que hubieren recibido por derechos de tiras en los pleitos, la han de poner en las hojas del rollo ó pieza corriente de los autos adonde correspondiere al tiempo que los perciban.

De los despachos de oficio y fiscales que les encargaren, y de las causas y despachos de pobres que esten mandados ayudar por tales, no han de llevar derechos ni maravedís algunos, ejecutando lo uno y lo otro con la mayor puntualidad.

Todos los derechos referidos que se consideran para estos escribanos de Cámara de gobierno, es con obligacion de satisfacer de ellos (y sin exigir ni cobrar otra cosa) los oficiales y escribientes que tuvieren para su ministerio. Y no se ha de poner al pie de despachos algunos, y adonde corresponde el recibo de los derechos la palabra *gratis*.

Los derechos aqui señalados se han de cobrar por el escribano de Cámara de gobierno, por lo tocante á los reinos de la corona de Aragon, en plata nueva.

Arancel de los despachos que se ejecutan, y derechos que por ellos deben percibir los escribanos de Cámara del Consejo.

De las provisiones que se despachan con la voz de ordinarias, y de las que aunque son regulares, no tienen la misma voz, y procede para despacharse el mandarlo el Consejo en vista de algunos testimonios ó papeles, como son: ordinaria de emplaza-

miento y compulsorio, con remision al Consejo, ó á otros tribunales, insertas leyes del reino, pragmáticas, autos acordados, condiciones de millones y órdenes generales, otras que se mandan guardar aunque no se inserten, ordinarias de fuerza de conocer y proceder, de no otorgar y de ambos casos, con remision al Consejo ó á la chancillería; para que se prorogue el término de la absolucion; para recoger títulos de que se pide retencion; para que no se elijan padres á hijos ni otros parientes; para que la justicia la haga; para que informe un juez, rector ó una universidad; auxiliatorias de alcaldes de corte, corregidores, jueces de comision; incitativas ó aguijatorias; para que un corregidor ó alcalde mayor dé fianzas de residencia; para que un alcalde mayor de señorío, cumplido el término, cese; para que no se nombren ministros naturales de los pueblos; para que no se acoten términos públicos ó concejiles; para impartir el auxilio Real; para apear y delindar; para aposentar un ministro; para dar residencia por poder; para que se pueda hacer concejo abierto; para que un vecino se excuse de cobranzas y cargas; para suplir huecos donde no hay número de hijosdalgo; provision de amparo en embargo de bienes; provision, insertas las leyes, de nuevos diezmos y rediezmos; para que entre á hacer diligencias escribano de fuera á parte; para que no se elijan los que tienen pleitos ó deudas al concejo; para que no se moleste á uno, ó se suelte dando fianza; para que á uno se le dé vecindad; para que se le dé estado, ó se le mantenga en el que ha tenido; para que no entren ganados en montes nuevos, olivares y bienes, y que no se arriende la hoja de estas para avecindar gitanos; para que los rompidos se reduzcan á pastos; para que no se mancomunen culpados; para que no se hagan adjudicaciones; para que un juez no cobre costas hasta que se vean los autos; para que uno jure y declare al tenor de un pedimento; para que un juez recusado se acompañe y otorgue para descubrir tesoros; para que un pueblo pueda comprar trigo para su abasto; para matar lobos y zorras; para poder pesar ovejas; para panadear el trigo del pósito; provision por pérdida, inserta otra sacada del sello; para que, siendo tiempo, se hagan elecciones y proposiciones de oficios; para que un concejo no costee pleitos de particulares; para que al que ha litigado con poder de un concejo se le pague; provision de desagravio de repartimientos; y para que se hagan con igualdad, y sobrecartas de todas las referidas de las en que se concede licencia para repartir salario de médico, prestar parte

de trigo de pósito y semejantes; de las en que se da comision en materia civil á juez realengo ó á persona particular, de las en que se da comision en materia criminal á pedimento de parte para averiguar solamente ó con la facultad de sentenciar, teniendo ó no teniendo la calidad de reasumir jurisdiccion; de las en que se da comision à juez para que ejecute carta ejecutoria; y de las que se dan para que informen audiencias y alcaldes del crimen de las chancillerías, á catorce reales cada una, diez y seis de dos, y diez y ocho de tres, ó concejo ó comunidad, sin que puedan llevar mas con pretexto de oficiales, dependientes ni escribientes, firmas ni otro alguno, ni llevar nada mas por dar cuenta de la peticion que hubiere dado motivo al despacho, ni recibirlo aunque lo den las partes voluntariamente; con declaracion, que excediendo la provision ó despacho de dos hojas, puedan llevar por cada una de las que se aumentaren un real, siendo arregladas en los renglones y partes, al parecer del ministro semanero; y con que llegando las hojas aumentadas al número de diez y seis, no puedan (aun en este caso) pasar los derechos de todo de treinta reales.

De las provisiones concediendo facultad para limpias y entresacas de montes, ó para usar de otros arbitrios, prorogaciones de ellas, y aprobando las ordenanzas, transacciones, acuerdos de ciudades, villas y lugares, cuentas de propios, pósitos y arbitrios, y repartimientos de puentes: primeras y últimas á cuarenta reales cada una; y las de prorogacion à veinte; y en las de aprobacion de ordenanzas, transacciones, acuerdos de ciudades, villas y lugares y repartimientos de puentes, en pasando de ocho hojas pueden llevar à real por cada una, teniendo cada plana de las que se aumentaren, como tambien de las ocho hojas referidas, veinte renglones y cada renglon siete partes.

Por la provision para recoger bulas ó breves apostólicos, diez y ocho reales.

Por las licencias para embarcar castaña y vino, veinticuatro reales.

Por la provision de diligencias sobre facultad de arbitrios, veinte reales.

Por la provision de fábricas y reparos de puentes y de iglesias, veinte reales.

Por las receptorías para hacer probanzas, veinte reales.

De todas las diligencias para venías que piden los menores, y son necesarias hcerse por escribanía de Cámara hasta dar la

última provision y despacho, pueden llevar hasta sesenta reales por todo, sin que en manera alguna puedan exceder de esta cantidad.

De los libramientos que se despacharen inclusa la fianza, si se diere en pleito y autos de concursos, espolios y secuestros, si no llega á mil reales, se lleven ocho de cada libramiento, y de cada mil reales quince, con que no pueda pasar de setecientos cincuenta, aunque el libramiento exceda y suba à cualesquiera cantidades considerables.

De las provisiones en que se manda dar la administracion por autos del Consejo á un litigante, pendiente el pleito, sobre la tenuta del mayorazgo, á sesenta reales por cada una, sea como fuere, excepto en las que tuvieren grandeza aneja, que estas se entiendan á ciento veinte.

De dar cuenta en el Consejo de todas las peticiones que se ofrecieren, siendo de las que se dan alegando en pleito pendiente, acusando rebeldía ó pidiendo apremio, no han de llevar derechos algunos.

De las que se dieren en que haya algun otrosí pidiendo que alguno jure y declare, ó cosa semejante, y de las demas peticiones sueltas, lleven cuatro reales; y esto en caso de que no tengan que dar despacho por lo que á ellas se proveyere; porque teniendo que darle, no han de llevar otra cosa que los derechos de él.

De dar cuenta de los abogados que se aprueban y de escribanos que se examinan por el Consejo, quince reales por dar cuenta de la peticion, y demas que se ofrece hasta estar aprobado el abogado, y quince reales por la certificacion, incluso el papel de media anata; y en cuanto à los escribanos de dar cuenta de los expedientes de los que vienen al Consejo à examinarse, si se libran despachos por cada uno, por todas las diligencias entrando el dar cuenta, han de llevar sesenta reales; y si se libran certificaciones, por cada una cuarenta reales, sin que puedan exceder en manera alguna.

De la primera vez que se tomáren los autos para alegar, lo que importaren las tiras á su tiempo, sin otra cosa.

Del sustanciar de los pleitos, de cada notificacion de traslados dos reales.

Cuando los autos se entregaren al procurador de cada parte, se ha de pagar por cada una de ellas ocho maravedis de cada hoja de las que tuviere el pleito; y lo mismo de las pesquisas y residencias que vinieren á los oficios, asi sentenciadas como en

estado de sentencia ó para sentenciarse; pleitos de segunda suplicacion y recursos; con la prevencion y advertencia de que de las que una vez se hayan pagado estos derechos de tiras, no se han de volver à pagar, aunque se tome el pleito muchas veces, sino es de las hojas que se añadieren. Y todo esto se entiende con declaracion de que cada plana ha de tener veinte renglones, y cada renglon siete partes, y cada hoja dos planas; y tambien con la de que si las hojas son del rollo ó pieza corriente, no habiendo llevado derecho de vista, se lleven doce maravedís; y por esta regla se ha de gobernar el tasador general en los procesos que se le llevaren á tasar; y de las compulsas que dieren de los autos y escrituras que pararen en sus oficios, lleven por cada hoja cuarenta maravedís por todos los derechos de compulsa, firmas, rúbricas y refrendata, teniendo cada plana los referidos veinte renglones, y cada renglon siete partes, incluyéndose en esta cantidad todos los derechos suyos y de sus oficiales, y lo escrito ha de ir claro y sin notable exceso la letra, y á este respecto se han de reducir las planas y renglones por el tasador general.

No se han de cobrar estos derechos de tiras de los pleitos eclesiásticos que vinieren por via de fuerza; y solo cuando se devuelven, se han de cobrar por el despacho ó certificacion que se diere, treinta reales.

No se han de llevar derechos de tiras de los pleitos que vinieren del juzgado de provincia en apelacion de los alcaldes de corte y tenientes de la villa, sino es en caso que se retengan y sustancien en el Consejo; y por la devolucion de los autos lleven seis reales de derechos.

De remitir pleito ó expediente al relator, dos reales.

De cada peticion de contradiccion que se pusiere en las escribanías de Cámara, dos reales; y esto se entienda por la presentacion de ella; y en cuanto à dar cuenta se ha de observar lo que queda referido, resultando ó no despacho.

De dar cuenta de las mejoras de apelacion, tres reales por cada una.

De la pronunciacion de sentencia definitiva, doce reales.

De la pronunciacion de sentencia interlocutoria, seis reales.

De las compulsas que se ejecutaren, certificaciones de litispendencias; y de autos y sentencias del Consejo, se han de llevar los derechos que quedan expresados, y en la conformidad y bajo de la regulacion de renglones y partes que queda referida.

De las certificaciones que se dieren, si fueren solo de una pe-

ticion, y lo á ella proveido por el Consejo que suplan ó excusen despacharse provisiones, se han de llevar doce reales por cada una.

De las certificaciones que se dan á los jueces de haber dado sus residencias, quince reales por cada una, y de las que se dan autos ó proveidos de que no corresponde despacharse provisiones, seis reales por cada una.

De la certificacion de la sentencia de tenuta, que se estila dar interin que se despacha la Real ejecutoria, se han de llevar sesenta reales.

De las cédulas Reales que se despachan para verse pleitos en las chancillerías, con dos salas, ó una entera, y asistencia del presidente, se han de llevar veinticuatro reales de derechos.

De las peticiones de que no resultare despacho ú certificacion, han de llevar dos reales.

De las ejecutorias que se despacharen de todos los pleitos que se ofrecieren en el Consejo, se han de llevar ocho maravedís por hoja de las que tuviere el pleito de que se hace la ejecutoria, que son segundas tiras, iguales á las que se han pagado al tiempo de sustanciarse, sin que se pueda llevar otra cosa alguna con pretexto de ordenarlas, ni otro motivo; sin embargo de cualquier estilo introducido.

De escribir en estos oficios de escribanos de Cámara las expresadas ejecutorias y los registros de ellos para el sello, se han de llevar de derechos un real por cada hoja, asi del original como del registro, escritas en la conformidad y bajo la regulacion, renglones y partes que va expresado, y con declaracion que los referidos registros se han de hacer precisamente en las escribanías de Cámara, y de alli se han de entregar para el sello.

Notas. De todos los despachos que ejecutaren los escribanos de Cámara, han de poner recibo rubricado de su mano al pie de ellos con expresion precisa de la cantidad; y la que hubieren recibido por derechos de tiras de los pleitos, lo han de poner en las hojas del rollo ó pieza corriente de los autos adonde correspondiere al tiempo que las perciban.

De los despachos de oficio y fiscales que se les entregaren, y de las causas y despachos de pobres que esten mandados ayudar por tales, no han de llevar derechos ni maravedís algunos, ejecutando lo uno y lo otro con la mayor puntualidad.

Todos los derechos referidos que se consideran para los escribanos de Cámara, es con la obligacion de satisfacer de ellos (y sin exigir ni cobrar otra cosa) los oficiales ó escribanos que

tuvieren para su ministerio, lo que observarán inviolablemente con apercibimiento de que serán castigados con la mayor severidad y rigor.

Y últimamente, no se ha de poner al pie de despachos algunos, y á donde corresponda el recibo de los derechos, la palabra *gratis* como hasta aquí se ha hecho en algunos, sino es que precisamente se ha de poner el recibo de los derechos que corresponden, segun lo expresado en este arancel.

Todos los derechos que se expresan en este arancel se entienden ser de vellon, los cuales han de percibir en la conformidad expresada todos los escribanos de Cámara del Consejo, excepto el de la corona de Aragon, al cual se le señalan los mismos de plata nueva, en la conformidad que ejecuta por los despachos de la corona de Aragon, reino de Nevarra é islas de Canarias, en las secretarías de la corona de Aragon y del patronato Real.

Por este arancel y el de los escribanos de Cámara de gibierno del Consejo, se ha de gobernar en todo y por todo el escribano de Cámara del Consejo de Indias, segun lo dispuesto por la ley de la Recopilacion, para cuyo efecto se le ha de dar copia íntegra de él.

ARANCEL

DE LOS DERECHOS QUE DEBERÁN PERCIBIR Y COBRAR LOS ESCRIBANOS DE CÁMARA DEL CRIMEN, EL DE GOBIERNO, LOS ALGUACILES Y LOS ESCRIBANOS OFICIALES DE LA SALA DE LA CORTE.

Escribanos de Cámara.

De dar cuenta en la Sala de las peticiones que se ofreciere, siendo de las que se dan alegando en el pleito pendiente, acusando rebeldía ó pidiendo apremio, y las demas de sustanciar, no han de llevar derechos algunos.

De las que se dieren en que hay algun otrosí pidiendo que alguno jure y declare, ó cosa competente, y las demas peticiones sueltas y querellas, han de llevar cuatro reales, y esto en caso que no tengan que dar despacho por lo que á ellas se proveyere; porque teniendo que darle, no han de llevar otra cosa que los derechos de él. De un mandamiento de soltura ocho reales y cuartillo, comprendiéndose precisamente en él los tres reales que está mandado se den para las

hermandades de alguaciles y escribanos Reales; con advertencia, que de los que se mandan salir puerta afuera no se han de llevar derechos algunos.

De las tiras de las causas se han de llevar cuatro maravedís por hoja, con la prevencion y advertencia que de las de que una vez se han pagado estos derechos de tiras, no se han de volver à pagar, aunque se tome el pleito muchas veces, si no es de las hojas que se añadieren; y todo esto se entiende con declaracion de que cada plana ha de tener veinte renglones, y cada renglon siete partes y cada hoja dos planas, y tambien de que si las hojas son del rollo ó pieza corriente se han de llevar doce maravedís; y por esta regla se ha de gobernar el tasador general en las causas que se le llevaren à tasar.

De una provision para hacer probanzas ó ratificar testigos, ú otras diligencias, à doce reales cada una, si es à pedimento de una persona ò familia, catorce de dos, y diez y seis de tres, ò concejo ò comunidad, sin que se pueda llevar mas con pretexto de oficiales, dependientes ni escribientes, firmas ni otro alguno, ni llevar nada mas por dar cuenta de la peticion que hubiere dado motivo al despacho, aunque lo den las partes voluntariamente; con declaracion que excediendo la provision ó despacho de dos hojas, pueden llevar por cada una de las que se aumentaren un real, siendo arregladas en los renglones y partes al parecer del ministro semanero, y con que llegando las hojas aumentadas al número de diez y seis, no puedan (aun en este caso) pasar los derechos de todo de treinta reales.

De las fianzas de la haz, pagar juzgado y sentenciado ò indemnidad, à sesenta reales, de cuya cantidad no puedan exceder sin dar cuenta à la sala ò juez de la causa para que regle los derechos.

De las certificaciones de litis-pendencia, y de autos y sentencias de la sala, han de llevar los derechos de tiras segun y en la conformidad, y bajo la misma regulacion de renglones y partes que queda referido, y de las certificaciones que dieren de una peticion y lo à ella proveido por la sala, que suplan ò excusen despacharse provisiones, han de llevarse doce reales por cada una, y de las que se dan de autos ò proveidos de que no corresponde despacharse provisiones, seis reales por cada una.

De una caucion juratoria, seis reales.

De un mandado parecer, dos reales.

Escribano de Cámara del Gobierno de la sala.

De una licencia de taberna con fianza, treinta reales.

De otra de bodegon cerrado, quince reales.

Del arancel para dicho bodegon, cuatro reales.

De una licencia de bodegon que llaman de *puntapie*, ocho reales.

De otra para medidora de taberna, doce reales.

De otra de medidas para los lugares de la jurisdiccion, siete reales.

De otra para fabricar y vender chocolate, quince reales.

De otra para vender aguardiente, mistelas y rosolis con fianza y arancel, treinta reales.

De una licencia para vender prendas con la fianza que dan, cuarenta y cuatro reales.

De otra para poner puesto de botelleria y vender todas bebidas, cuarenta y cuatro reales.

De otra para poner casas de posadas, quince reales.

De otra para poner pollería y cebar aves, cuarenta reales.

De un arancel para figon, quince reales.

De un arancel para vender todo género de bebidas en las alojerías y botellerías, veinte reales; con la calidad de que en todo el año no han de llevar mas derechos que los referidos, aunque haya alteraciones de precios en las bebidas.

De un arancel de partelería, siete reales.

De un arancel de pollería, seis reales.

Del registro de machos, seis reales.

De una licencia para vender huevos, seis reales.

De una refrendacion de licencia, tres reales y medio.

De una licencia para vender huevos, escabeche y sardinas en las tiendas de aceite y vinagre, diez reales.

De otra para poner mesa de trucos con fianza, sesenta reales.

De otra para juego de bolos con fianza, cuarenta reales.

De una licencia y escritura para vender pescado en la plaza, diez reales.

Del registro de los huéspedes que hay en las casas de posadas, medio real cada mes de cada una.

De las obligaciones, posturas y licencias para vender cebada en cajones, cuarenta reales.

De la licencia para vender por la calle aguardiente, tres reales.

De la licencia que se da á los mesoneros de la Corte para

comprar paja trigaza dentro de las ocho leguas, diez reales.

Del juramento de veedores de los gremios, siendo dos, quince reales, si fueren mas, siete y medio por cada uno.

Alguaciles.

De una denunciacion, cuatro reales.

De cada deposicion de testigos de oficio, cuatro reales por cada uno.

De cada ratificacion de testigos, si se le manda asistir, dos reales de cada uno.

Del examen de testigos al tenor del interrogatorio, si se le manda asistir, dos reales por cada uno.

De la prision de los reos, ocho reales por cada uno; y si hubiere habido trabajo extraordinario para conseguirla, el juez de la causa (hecha la prision) à continuacion de la fe de ella, pondrá en el proceso, rubricada de su mano, la regulacion de lo que merece, para que al tiempo de la tasacion se tenga presente.

De los embargos de bienes y remocion de ellos, á razon de quinientos maravedís al dia, segun el tiempo que se ocuparen.

De la venta de bienes à razon de quinientos maravedís al dia, segun el tiempo que ocuparen.

Cuando salen de la Corte à alguna diligencia, ò cuando estan puestos por guardas, dos ducados cada dia.

Escribanos oficiales de sala.

De un auto de oficio, querella ó denunciacion, dos reales; y si pasare la querella, denunciacion ó auto de oficio de dos hojas, puede llevar por cada una de lás que se aumentaren un real, teniendo cada hoja dos planas, y cada plana veinte renglones y cada renglon siete partes.

Del examen de los testigos presentados por las partes, cuatro reales por cada uno; y de los de oficio, seis reales por cada uno; y excediendo de dos hojas la deposicion, à real por cada una de las que se aumentaren, con la regulacion de renglones y partes referidas.

De cada declaracion de cualquiera reo, cuatro reales; y por cada reo y rueda de presos, seis reales; y si lo escrito de uno y otro excediere de dos hojas, à dos reales cada una, con regulacion de renglones y partes referidas.

De las ratificaciones de los reos ò testigos de partes, dos rea-

les por cada una, y de las de oficio, cuatro reales por cada una.

De las confesiones de los reos, ocho reales por cada una; y si excediere de dos hojas, dos reales por cada una, teniendo los renglones y partes referidas.

Del examen de testigos en probanza y al tenor de interrogatorios, cuatro reales por cada uno; y si excediere de dos hojas, à razon de dos reales por cada una, con la regulacion de renglones y partes expresadas.

De las notificaciones personales, cuatro reales cada una; y de las de prision á dos, lo mismo las de los reos; y tambien por cada fe de asistencia de los guardas, dos reales.

De la prision de un reo, ocho reales, y si hubiere habido trabajo extraordinario para conseguirla, el juez de la causa (hecha la prision) à continuacion de la fe de ella pondrá en el proceso, rubricada de su mano, la regulacion de lo que merece, para que al tiempo de la tasacion se tenga presente.

De cada requisitoria, cuatro reales, y si excediere de dos hojas, dos reales por cada una, teniendo los renglones y partes que van expresados.

De la remocion de bienes, à razon de setecientos maravedís al dia, conforme á lo que se ocuparen.

De la venta de bienes à la misma razon de setecientos maravedís al dia de los que se ocuparen; y si fuesen algunos por ser pocos, ò una alhaja sola, ò caballerías que se suelen aprehender, en que se ocuparen una sola parte del dia, se moderará lo que al dicho respecto correspondiere; y siendo necesario salir de la Corte, á setecientos maravedís cada dia, inclusos en ellos todas las diligencias y escritos.

De las copias ò compulsas se han de llevar los derechos de tiras, segun y en la conformidad, y bajo de la misma regulacion de renglones y partes que queda referido.

De un embargo de bienes, cuatro reales, y dos por el testimonio; y si la ocupacion y detencion en él por dilatados bienes ò embarazos que ocurren se dilataren mas tiempo de una hora, se acrecentará à ocho, diez, doce, quince y diez y ocho; y considerando podrá haberse ocupado todo el dia, los setecientos maravedís que tienen de salario sin exceder de ellos; y si se recargasen algunos bienes, ò embargasen maravedís, que se hallaren en poder de algunas personas, se les regulará á la misma proporcion de ocupacion.

Nota. De todos los despachos que ejecutaren estos escribanos Reales, han de poner recibo rubricado de su mano al pie de

ellos, con expresion precisa de la cantidad; y la que hubiere recibido de los derechos de tiras de los pleitos se han de poner en las hojas del rollo ó pieza corriente de los autos adonde correspondiere al tiempo que los perciban, sin poder poner en manera alguna *gratis*.

Otra. De los despachos de oficio y fiscales que se les encargaren, y de las causas y despachos de pobres, que esten mandados ayudar por tales, no han de llevar derechos ni maravedis algunos, ejecutando lo uno y lo otro con puntualidad.

Otra. Todos los derechos referidos que se consideran por estos escribanos Reales, es obligacion de satisfacer de ellos (y sin exigir ni cobrar otra cosa) los oficiales ó escribientes que tuvieren para su ministro; lo que observarán inviolablemente, pena de que por la primera vez que excedieren en los derechos, que segun este arancel se les manda percibir, le pagarán con el cuatrotanto, y serán suspendidos de oficio por un año; y por la segunda, ademas de pagar el cuatrotanto, serán privados de oficio.

Escribano de Cámara de Consejo de Indias.

El escribano de Cámara del Consejo de indias por todos los negocios y despachos tocantes à su oficio, ha de percibir y cobrar los mismos derechos que cobran, segun el arancel que se les ha dado, el escribano de Cámara del Consejo respectivamente, segun la clase de negocios de gobierno ò justicia que despachare y en que entendiere, el cual ha de observar y cumplir literalmente con todas las prevenciones, notas y calidades que en él se contienen.

Arancel aprobado por el Real y supremo Consejo que han de observar los escribanos del número de la villa de Madrid, escribanos de provincia, escribanos Reales, procuradores, alguaciles y demas de los dos juzgados.

Don Rodrigo Gonzalez de Castro, secretario è individuo del cabildo de escribanos del número de esta villa de Madrid, certifico: que en 25 de junio próximo se dirigió una orden al señor Don Pedro Fernandez de Vilches, del Consejo de su Magestad, su alcalde de Casa y Corte, teniendo corregidor de ella, por Don Antonio Martinez Salazar, secretario de su Magestad, su escribano de Cámara mas antiguo y de gobierno del Consejo, á la que acompaño certificacion comprensiva del arancel que

nuevamente ha aprobado este supremo tribunal, y han de observar por ahora los citados escribanos del número, escribanos Reales, procuradores, alguaciles y otros subalternos de los juzgados; à cuyo fin se ha hecho notorio à las respectivas comunidades; y el tenor de la propia certificacion dice asi:

Arancel.

Don Antonio Martinez Salazar, del Consejo de su Magestad, su secretario, contador de resultas y escribano de Cámara mas antiguo y del gobierno del Consejo, certifico: que por orden del Consejo de 13 de abril del año pasado de 1764, se previno al cabildo de escribanos del número de esta villa, que estándose tratando en esta superioridad de formar un arancel general, comprensivo de los derechos que habian de llevar los escribanos de Cámara, relatores y demas subalternos, de todos los negocios que despachan, y lo mismo los de las chancillerías, audiencias y juzgados ordinarios, y escribanos Reales, contadores, alguaciles y otros ministros; à fin de proceder en negocio de tanta gravedad con la instruccion y conocimiento que correspondia; habia resuelto el Consejo que dichos escribanos del número eligiesen dos de sus individuos los mas prácticos y de su mayor satisfaccion, los cuales formasen un arancel general de todos los instrumentos, autos y diligencias que ocurriesen y pudiesen ocurrir en su juzgado de número, como en los escribanos Reales, sin omitir caso ni diligencia alguna, por mínima y extraordinaria que fuese, y asignasen los derechos que por cada cosa de por sí estimasen que les correspondia en buena conciencia y sin gravamen de los vasallos; pero teniendo consideracion á los aranceles antiguos (si los hubiere), á la costumbre y práctica que observaban, y à la alteracion y aumento que entonces tenian los precios de los alimentos, casas y demas necesario para la vida; de forma que se pudiesen mantener con la decencia que correspondia à la clase del tribunal ò juzgado à que debian asistir, mayormente si fuese diaria y precisa su asistencia; añadiendo en dicho arancel los derechos de los jueces, escribanos Reales, contadores de cuentas y particiones, los de procuradores, defensores, curadores *ad litem*, porteros y alguaciles, sin omitir caso ni diligencia alguna, lo cual ejecutasen y con su informe lo remitiesen al Consejo. En su cumplimiento y con representacion de 25 de junio del citado año de 1764, se remitió al Consejo por los referidos escribanos del número el arancel que habian for-

mado á consecuencia de la orden que se les comunicó, manifestando que para el desempeño del encargo que se les hizo por dicho supremo tribunal, habian arreglado los derechos que por cada cosa de por sí debian percibir en buena conciencia, y sin gravamen de los vasallos. Al mismo tiempo, y á consecuencia de otra igual orden, comunicada à los escribanos de provincia, se dirigió por estos al Consejo en 27 del propio mes de junio y año referido el arancel que habian formado correspondiente à aquel juzgado. Y vistos por los señores del Consejo los citados aranceles, por decreto que proveyeron en 15 de abril del año pasado 1768 mandaron se remitiesen unos y otros al señor Don Juan Francisco Calisto Cano, que fue del Consejo de su Magestad, fiscal en el supremo de Castilla, y à Don Juan Palanco, tenientes que entonces eran de esta villa de Madrid, para que los inspeccionasen é informasen lo que tuviesen por conveniente; lo que asi ejecutaron. Despues de lo cual se han hecho al Consejo por los escribanos del número y procuradores de esta villa diferentes recursos, solicitando se les habiliten sus respectivos aranceles, interin recae la Real aprobacion de los generales formados para los juzgados de esta villa y corte. Y el tenor del arancel de los citados escribanos del número, hechas en él las correcciones, adiciones y modificaciones acordadas por el Consejo, es el siguiente:

ARANCEL PARA LOS ESCRIBANOS DEL NUMERO DE MADRID.

Pleitos ejecutivos.

De los autos en que se manda jurar, declarar y reconocer un vale ò contrata, por el primer auto ocho reales.

De los mandamientos de ejecucion, doce reales.

De la traba de ejecucion en bienes, muebles ò raices, doce reales; y de la notificacion de estado, ocho reales.

Si se hiciese mejora ò embargo de bienes, se ha de cobrar à razon de cuarenta y cuatro reales cada dia de los que ocuparen; y no llegando à dia, à proporcion segun las horas de la ocupacion, que se han de regular seis entre mañana y tarde, por mitad, inclusos en esto los derechos de lo escrito.

De las fianzas de saneamiento se declara que los ministros que van à hacer la ejecucion, no las pueden recibir sin consentimiento por escrito de la parte ejecutante; y que las han de recibir los escribanos de número, y por ellas llevarán de dere-

chos, llegando à mil reales la cantidad de la ejecucion, treinta reales; si pasare de mil hasta tres mil, cuarenta y cinco reales; de tres mil à seis mil, sesenta reales, y si excedieren de los seis mil, llevarán los derechos al respecto de diez reales cada millar; no excediendo dichos derechos de trescientos reales, aunque la cantidad de la ejecucion exceda de treinta mil ò mayor suma, por grande que sea.

De las fianzas de pagar juzgado y sentenciado, la de araigo, estar à derecho ó de la haz, se han de percibir y cobrar los derechos con la proporcion que en las de saneamiento, constando de cantidad; y no constando de ella, treinta reales.

De dar cuenta de la peticion y auto de la paga real dentro de las setenta y dos horas, ocho reales.

De la citacion de remate, ocho reales.

De la oposicion y encargo de los diez dias de la ley, y otra cualquiera peticion y auto que ocurra en el juicio ejecutivo, seis reales, no llevando ò presentando con ella instrumentos; que si se presentaren, se han de cobrar dos reales por la presentacion de todos los que acompañen à cualquiera pedimento.

Por las declaraciones de testigos, ò los que se piden y mandan hacer à los litigantes, siendo ante el escribano del número, con precedente comision del juez, compareciendo el declarante ò testigos en su oficio, doce reales, y si tuviere que pasar à sus casas, ocho reales mas por cada una, no pasando la declaracion de dos hojas, al tenor de interrogatorio, posiciones y de otra cualquiera manera, y no excediendo las preguntas de cuatro; y si excediere de dichas dos hojas la declaracion, se ha de cobrar al respecto de cuatro reales por cada pregunta ò de ocho por hoja, teniendo veinte renglones cada plana, y siete partes cada renglon, y en la llana del sello, por lo que baja este, diez y seis renglones.

Si estando conclusos los autos fuese necesario formar apuntamiento de ellos ò memorial ajustado para su vista por el escribano del número, cobrarán por cada pliego de él, que tenga veinte y cinco renglones por llana y cada renglon siete partes, veinte y dos reales, lo que se entienda siendo útiles, sujetos à la revista del juez que les deberá excluir todo lo que hallase superfluo; y nunca ha de poder considerárseles este trabajo para mayor regulacion.

De las sentencias de remate, fianza de la ley de Toledo (siendo *apud acta* de la misma sentencia) y mandamiento de pago, si no hubiese habido oposicion formal, en cuyo caso no se hace

apuntamiento de los autos, treinta y seis reales por todo; y si hubiese que hacer relacion de los autos por apuntamiento, llevará ademas treinta reales, no excediendo el tiempo que se ocupó en la relacion de una mañana ó tarde; y si excediese ó se ocupase uno ó mas dias en la relacion ó asistencia en los informes de abogados, cobrará al respecto de cuarenta y cuatro reales por dia de los que se ocupe en primera y segunda instancia.

De los mandamientos de soltura doce reales.

De la venta judicial de bienes ó alhajas muebles para hacer pago al acreedor, si se pregonan, á dos reales por cada pregon: si hay remate en su oficio, por la asistencia á él treinta; y si se venden en almoneda, al respecto de cuarenta y cuatro reales por dia, asistiendo en la forma que queda expresada.

Si los bienes que se venden son casas ú otros raices, llevará por los derechos de pregones á dos reales, y por el remate sesenta reales; y por la escritura de venta judicial, si hubiere que reconocer títulos de pertenencia ú otros instrumentos, doce maravedis por cada hoja; y por cada pliego de los del protocolo de la escritura de venta, al respecto de treinta reales, teniendo cada plana veinte renglones, y cada renglon siete partes; y por cada hoja del testimonio de los autos que han de acompañar al protocolo, y de la copia que se ha de dar á la parte, á tres reales, y por el testimonio que se da para la contaduría del Real hospedage de corte, veinte reales, no excediendo de un pliego; y si excediere, á quince reales por cada pliego; y si estas cantidades parecieren cortas al escribano, podrá el que se agraviare acudir al juez para que lo mande reconocer y tasar por personas prácticas, y lo que estas digan se exija.

Pleitos ordinarios.

De las demandas ordinarias con instrumentos ó sin ellos, por el primer auto, ocho reales.

Del primer pedimento de respuesta á la demanda, con instrumentos ó sin ellos, ocho reales.

De dar cuenta de otro cualquier pedimento que ocurra en el juicio, y poner el auto, seis reales; y si se presentase algun instrumento ó instrumentos, aunque sean muchos, dos reales por la presentacion.

De los autos de prueba, de los de responder y contestar la demanda, ú otro cualquiera interlocutorio, siendo sobre artículo, si fuere necesario formar apuntamiento ó memorial ajusta-

do para la vista, se cobrarán los derechos por la misma regla que queda establecida en el juicio ejecutivo, asi en los apuntamientos, como en los de la relacion.

Del juramento y examen de testigos se cobrarán los mismos derechos que van expresados en esta razon en el juicio ejecutivo; y por las ratificaciones, cuando se hicieren, la mitad, no teniendo adicion á su primera declaracion; y teniéndola, á la misma proporcion que va expresada.

De las relaciones de autos sobre acumulacion en los juzgados ordinarios, doce reales de cada parte, y si fuese á tribunal superior ó junta, veinte reales por cada parte, no siendo necesario formar apuntamiento; y si se hiciese este, se llevará por él los mismos derechos que quedan prevenidos en el juicio ejecutivo; bien entendido que aunque el proceso conste de muchas piezas de autos, no se han de estimar en este caso para los derechos mas hojas que las que sea preciso citar para la acumulacion; y si sobre este punto se ofreciere alguna disputa ó duda, se acudirá al juez para que lo vea y tase ó mande tasar por personas prácticas, como queda prevenido.

De las requisitorias ó suplicatorias en pleitos ordinarios ó ejecutivos, veinte reales, no pasando de dos hojas: y excediendo de ellas, á tres reales por cada una que haya de mas, teniendo los renglones y partes expresadas.

De los mandamientos compulsorios, doce reales por cada uno.

De las compulsas de autos, doce reales; y si pasaren de dos hojas, á tres reales por cada una de las que excedan, teniendo todos los renglones y partes expresadas.

De las cauciones juratorias, doce reales cada una.

Por la asistencia á un reconocimiento ó vista de ojos, y extender la declaracion de los peritos, sesenta reales, no pasando de dos hojas; y si excediere de ellas, á cuatro reales por cada una de las que excedan, teniendo los renglones y partes expresadas.

Por el auto de cumplimiento de cualquiera requisitoria, no excediendo esta de ocho hojas, ocho reales; y si excediere de ellas, respecto de haber de imponerse de su contenido para dar cuenta, se llevará al respecto de doce maravedis por cada hoja de las que excedan; y por los demas autos que ocurran para su retencion ó devolucion, se llevarán los derechos en la forma que queda prevenido.

De los mandamientos con comision ú otro cualquier despacho para los lugares de la jurisdiccion, doce reales por cada uno,

no excediendo de dos hojas; y si excediere, á tres reales por cada una de las que haya de mas, y si el despacho fuere para inventario, tasacion y particion de bienes, veinticuatro reales.

Por dar cuenta de pedimento en que se pretenda posesion de bienes raices, no excediendo de doce hojas los documentos que se presenten, veinte reales, y si excedieren, al respecto de doce maravedis por cada hoja.

Por el mandamiento de posesion, cuarenta reales.

Por la asistencia á cualquiera posesion de casas ó bienes raices y extender la diligencia, cuarenta reales; y si se ocupare un dia ó mas, al respecto de cuarenta y cuatro reales por cada uno de esta corte; y saliendo fuera de ella, al respecto de sesenta y seis reales por dia, incluso en ello todo lo escrito.

De los testimonios que se pidan ó manden dar con relacion de autos ó instrumentos, treinta reales por cada uno, no excediendo de dos hojas; y si pasaren de ellas, al respecto de diez reales por cada una de las que haya de mas, teniendo los renglones y partes que queda advertido.

De las diligencias que se practican con Reales cédulas de la Cámara ó provisiones del Consejo para dispensas de menor edad ó para justificar la utilidad de los poseedores de mayorazgos, para enagenar ó subrogar bienes, ó tomar censos, se cobrarán los derechos de los autos, y los de reconocimientos de títulos de pertenencia, copias de ellos y extractos que se hagan para el informe, por la regla con que van regulados los de los negocios ó pleitos ordinarios, siendo ante los tenientes de corregidor, y si estos autos y diligencias fueren ante algun señor ministro de la Cámara ó del Consejo, cobrará el escribano del número los mismos derechos sencillos.

Tambien se cobrarán sencillos los derechos de los negocios de sisas de esta villa, sus propios, policía y otros, que en virtud de Reales cédulas se despachan ante el corregidor de Madrid y sus asesores de primera instancia; y en segunda ante un señor ministro del Consejo, en quien subdelega el señor gobernador de él estas comisiones.

Por las diligencias que se practican para hacer notorio al Rey nuestro Señor en persona, los recursos que intentan las partes de segunda suplicacion para que su Magestad lo cometa á la sala de mil y quinientas, siendo en la corte trescientos; y si se hiciere viage al Real sitio en que se halle su Magestad, ademas de dichos derechos, llevarán sesenta y seis reales por dia de los que se ocupen en ida y vuelta.

Testamentarías y concursos.

Del auto para hacer un inventario, ocho reales; y si fuere comprensivo para la particion de bienes, doce reales.

De las curadurías *ad litem* de menores ó defensorías con aceptacion, juramento y fianza, y auto de discernimiento, veinticuatro reales.

De las tutelas y curadurías de personas y bienes, con aceptacion, juramento y obligacion, habiendo relevacion de fianzas, incluso el auto de discernimiento y testimonio de él, sesenta reales; y si fueren de bienes cuantiosos, ciento y veinte reales; y habiendo fianza se cobrarán los derechos á proporcion de lo que queda prevenido en las del juicio ejecutivo; y esta misma regla se seguirá en los nombramientos de administradores de bienes de testamentarías, concursos ú otros judiciales.

Por la asistencia á inventarios, tasaciones, almonedas, cotejos de bienes ú otros negocios de ocupacion diaria, cuarenta y cuatro reales cada uno de los que se ocuparen, incluso en ello lo escrito en la forma que queda expresada.

De las cuentas y particiones de bienes que se ejecutan por contadores y presentan en los oficios para su aprobacion, y que se den hijuelas á las partes, se cobrarán los derechos con arreglo á lo que irá prevenido en el arancel respectivo á los contadores de cuentas y particiones.

Del auto en que se admite la dejacion de bienes con presentacion de memoriales de estos y de los acreedores, ocho reales.

De cada auto de acusacion de rebeldía y otros de sustanciar, seis reales.

Del auto en que se declara por bien formado el concurso, y se nombra administrador y defensor de los bienes, treinta reales.

De la aceptacion, juramento, obligacion, fianza y discernimiento del defensor, veinticuatro reales.

De la aceptacion, juramento, obligacion y fianza de administrador, si este la diese con bienes raices, y si hubiere que reconocer títulos de pertenencia, doce maravedis por cada hoja; y por la escritura á razon de treinta reales cada pliego de registro, y tres cada hoja de cada copia.

Del nombramiento y título de administrador, sesenta reales.

Del mandamiento de amparo que se da al concursante, sesenta reales.

De los edictos llamando á los acreedores, diez y seis reales por el original, y seis de cada copia: y de las requisitorias para hacerlo saber á los ausentes se cobrarán los derechos con arreglo á lo que queda dicho en los pleitos ejecutivos y ordinarios; y lo mismo en el auto de prueba y demas hasta la conclusion.

De la sentencia de graduacion, sesenta reales, no excediendo de un pliego; y si excediese, al respecto de treinta reales cada uno.

De las liquidaciones que se mandan hacer para los créditos de los acreedores para las cargas de casas y bienes que han de venderse para los pleitos de agravios de cuentas y para otros asuntos, se cobrarán doce maravedis por cada hoja de los títulos ó autos que se han de reconocer: sesenta reales por cada pliego de los presupuestos y declaraciones de las liquidaciones; y veinte reales de cada pliego de las partidas de créditos ó cargas, incluso en todo lo escrito de las mismas liquidaciones, y de los planes y borradores que es preciso hacer antes de ponerlas en limpio.

De los libramientos que se despacharen, si no llegaren á mil reales, llevarán de derechos diez y seis reales de cada libramiento: si la cantidad excediere de mil reales hasta tres mil, treinta y seis reales; de tres mil á seis mil, setenta y cinco; y siendo de cantidades mas crecidas al respecto de diez reales cada millar, con que no puedan pasar los derechos de setecientos cincuenta reales, aunque el libramiento exceda y suba á cualesquiera cantidades considerables; incluyéndose en los referidos derechos los de fianza, si se mandare dar, y el auto que preceda para despachar los libramientos.

De los depósitos judiciales de bienes ó caudales se cobrarán los derechos de los instrumentos que se hicieren, ó al respecto de cuarenta y cuatro reales por dia de los que se ocuparen, como queda prevenido en el juicio ejecutivo.

En los casos de recusaciones que se hacen á los escribanos del número, percibirá el que se nombre por acompañado los derechos que le correspondan iguales á los que devengue el escribano originario cartulario de los autos.

En los casos de pedir alguna de las partes, cuando apelan al Consejo de los autos ó sentencias de los tenientes, que el escribano del número los entregue en la escribanía de Cámara y pasen á relator, sin perjuicio de los escribanos del número y de sus derechos, cobrará este á la parte ó partes que lo pidan, los que debia haber con arreglo á lo prevenido en este arancel,

por relacion y apuntamiento; y ademas ocho reales al oficial mayor papelista por entregarlos en la escribanía de Cámara, y recoger el recibo en el libro de reconocimientos.

Causas criminales.

De cada auto de oficio ó admision de querellas, ocho reales.

De cada auto de prision y embargo de bienes, respecto de haber de enterar al juez en la sumaria, doce reales.

De los demas autos de sustanciar, como son los de evacuar citas, tomar declaraciones y confesiones, seis reales por cada uno.

De las deposiciones de los testigos de la sumaria y de las declaraciones de los reos, si se hacen ante el escribano del número, llevarán los derechos por la regla dicha en el examen de testigos y declaraciones de partes en pleitos ordinarios.

De cada auto de prueba, doce reales.

Del auto en que se manda llamar á los reos por edictos y pregones, ocho reales.

Por cada edicto original para poner en los autos, diez y seis reales; y seis por cada copia legalizada de las que se ponen en los sitios públicos.

Por las requisitorias se llevarán los mismos derechos que quedan prevenidos en los pleitos ordinarios.

Por asistencia á un reconocimiento en rueda de presos y extender las diligencias, veinte reales.

Por la asistencia á la ejecucion de un tormento, y extender las diligencias y declaraciones, sesenta reales.

Del apuntamiento ó memorial ajustado y vista de las causas, se cobrarán los derechos por la regla establecida en los pleitos ejecutivos y ordinarios; y de hacer relacion en la sala cuando van por consulta, al respecto de treinta reales cada mañana de las que ocupe.

De hacer relacion de autos al Consejo en visitas generales de pascuas, ó en las particulares de sábado y las de deudas, treinta reales.

No se han de llevar por los escribanos del número ni sus oficiales mayores derechos de tiras; y solo han de cobrarse por los de tomas de pleitos, y extender el recibo en el libro de conocimientos, y borrarle cuando se vuelven por los procuradores, cuatro reales por la primera toma, dos por las siguientes, sin exceder de esto, aunque el pleito tenga muchas piezas.

Escrituras.

De una escritura de obligacion llana sin hipoteca especial, de registro y saca, treinta reales; y si llevare hipoteca ó hipotecas especiales, ó relacion de autos ó documentos, se llevará por cada pliego de los del protocolo, al respecto de treinta reales, teniendo cada plana veinte renglones y cada renglon siete partes; y por cada hoja de la copia tres reales, incluso todo lo escrito; y si hubiese que reconocer títulos de pertenencia ú otros instrumentos, doce maravedis por cada hoja; y si estas cantidades pareciesen cortas al escribano, acuda el que se agraviase al juez para que lo mande reconocer y tasar por personas prácticas, y lo que estas digan se exija.

De las ventas extrajudiciales de casas, juros, efectos ó bienes raices, se han de llevar los derechos por la misma regla que se dice en la partida antecedente con respecto á las hojas de títulos que se han de reconocer, y de registro y copia.

De las imposiciones ó redenciones de censos, se llevarán tambien los mismos derechos por el reconocimiento de títulos, registro y copia; y de las notas ó desgloses que se pusieren en los títulos que se presenten para su ordenacion, y de las que se pusieren en los protocolos ó autos, ocho reales por cada una.

Por el reconocimiento de títulos, no teniendo efecto el fin para que se reconocen, ocho maravedis por cada hoja.

De los testamentos, codicilos y poderes para testar, lisos y llanos, sin fundacion de vínculos, mayorazgos, patronatos ó capellanías, treinta reales por cada pliego de registro; y conteniendo alguna fundacion de las referidas, cuarenta reales por cada pliego de registro, y por la copia á tres reales por hoja, teniendo los renglones y partes expresadas.

Del otorgamiento de un testamento cerrado, treinta reales; y de la apertura á que asiste el escribano del número con el juez, cobrará por los derechos de autos, informacion, protocolizacion y copia que ha de dar de él, doscientos reales.

De las declaraciones de pobre, siendo de solemnidad, no se han de llevar derechos algunos; y no siéndolo, doce reales de registro y copia.

De las fundaciones de vínculos, mayorazgos, patronatos, donaciones de bienes raices y otras semejantes, sesenta y cinco reales por el registro, no excediendo de dos pliegos; y si excediere, al respecto de treinta reales cada pliego de él; y de las

copias á razon de tres reales, teniendo cada plana los renglones y partes expresadas; y si hubiese títulos de pertenencia ó documentos que reconocer, al respecto de doce maravedis por cada hoja, con las calidades que quedan referidas.

De los poderes generales para administrar, cobrar, transigir, vender ú otros semejantes, treinta reales de registro y copia; y si pasare de un pliego, al respecto de veinte reales por cada uno de los de registro, y tres reales por cada hoja de las de copia, en la forma expresada.

De los poderes para pleitos, quince reales de registro y copia.

De las sustituciones de poderes á procuradores ó personas particulares *apud acta* de los mismos poderes, cuatro reales.

De las cartas de pago lisas y llanas, quince reales de registro y copia; y si fuesen con referencia de autos ó documentos, al respecto de treinta reales cada pliego de registro, y tres reales cada hoja de copia, en la forma expresada.

De las escrituras de compromiso, tasacion, ajuste ó convenio entre partes, treinta reales por registro y copia, no excediendo del pliego, ni habiendo referencia ó reconocimiento de autos ó documentos; y si le hubiese, al respecto de veinticuatro reales por cada pliego de registro, y tres por cada hoja de copia, teniendo cada plana los renglones y partes expresadas.

De las capitulaciones matrimoniales, cartas de dote y capitales de bienes, cuarenta y cinco reales por cada pliego de registro y copia, no excediendo el registro de dos pliegos; y si excediere, al respecto de veinte reales cada pliego de registro, y tres de cada hoja de copia en la forma referida.

De las renunciaciones de legítimas de religiosos ó religiosas insertando solo las licencias de los ordinarios, cuarenta y cinco reales por cada una de registro y copia; y si comprendieren obligacion á la paga de dote, alimento, ajuar y propinas ú otras cualidades que hacen mas latas estas escrituras, se cobrará al respecto de veinticuatro reales cada pliego de registro, y de tres reales cada hoja de copia en la forma expresada.

De las escrituras que otorgan las comunidades religiosas para aceptacion de fundaciones y otros casos semejantes á que preceden tres tratados en distintos dias, treinta reales por la asistencia y extension de cada uno; y por la escritura, al respecto de treinta reales por cada pliego de registro y de tres reales cada hoja de copia, teniendo los renglones y partes expresadas.

De los arrendamientos de casas ó heredades, treinta reales de registro y copia, no excediendo el registro de un pliego; y si

excediere, al respecto de veinticuatro reales cada pliego de registro, y de tres reales cada hoja de copia en la forma expresada.

De las escrituras de donacion ó cesion de bienes ó efectos, las de emancipacion que hace el padre al hijo para el gobierno de sus bienes y hacienda, y otros semejantes, treinta reales por registro y copia, no excediendo el registro de un pliego; y si excediere, al respecto de veinticuatro reales cada pliego de registro, y tres reales por cada hoja de copia en la forma expresada; y si interviniese el juez á la insinuacion y aprobacion, llevará el escribano del número treinta reales por la asistencia y extension de este acto.

De las escrituras de consignacion y poder en causa propia, que se otorgan á favor de los depositarios generales por los poseedores de mayorazgos para redimir los censos que toman en virtud de Reales facultades, treinta reales por cada pliego de registro, y tres por cada hoja de copia.

De las de prohijacion, treinta reales de registro y copia, no pasando de un pliego.

De las de apéndices de oficios, veinticuatro reales de registro y copia.

De las de protesta de muger casada, ú otras de esta clase, las de esponsales de futuro, las de apartamientos de ellos ó de pleitos, treinta reales cada una de registro y copia; y si excediere de un pliego el registro, al respecto de treinta reales cada uno, y tres de cada hoja de copia.

De los de protesta de letras de cambio, veinticuatro reales de registro y copia; y si contiene carta de pago y lasto, treinta y seis reales.

De las de venta ó libertad de esclavos, veinticuatro reales de registro y copia.

De las de renuncia de oficio, veinticuatro reales de registro y copia.

Por las de depósito de cadaver, noventa reales de registro y copia.

De las renuncias de insignias ó permutas de prebendas ó piezas eclesiásticas, cuarenta reales de registro y copia.

De los nombramientos de capellanes de los patronatos reales de legos, treinta reales de registro y copia.

De los arrendamientos, traspasos ó acogidos de dehesas, treinta reales de registro y copia; y si excediere de un pliego, treinta reales por cada uno.

De cada fe de vida ó muerte, seis reales.

De asistir al cotejo de escrituras que existan en la escribanía del número, con los caballeros informantes para pruebas de hábitos de las órdenes militares, sesenta reales.

De asistir á una junta de gremios para acuerdos ó para otorgar escritura, treinta reales, no excediendo de un pliego el acuerdo ó escritura; y si excediere, á proporcion.

De cartas ó títulos de examen de ebanistas, carpinteros, confiteros ú otros oficios, cuarenta reales cada una de registro y copia.

De las escrituras de compañías ó separacion de ellas entre mercaderes ú otras personas sobre tratos y comercios, con las condiciones que pacten las partes, treinta reales, no excediendo el registro de un pliego; y si excediere, al respecto de veinticuatro reales cada pliego de registro, y tres por cada hoja de copia.

De las legalizaciones de tres escribanos del número en los instrumentos que lo necesiten para reino extraño, doce reales por cada una por los derechos de todos tres.

De la busca de cualquier instrumento ó pleito que exista en las escribanías, y manifestarlo á la parte siendo del tiempo del que las ejerce, no se ha de llevar cosa alguna, y si fuese del de sus antecesores, doce reales, llevando la parte razon del escribano, dia, mes y año; y no llevándola, veinte reales; y sacándose copia ó testimonio, ó haciéndose cotejo, ademas de los derechos correspondientes á esta diligencia, se llevarán por la guardia y custodia, al respecto de un real por cada año de los de su antigüedad.

Las demas escrituras extraordinarias que suelen ocurrir y no van expresadas en los capítulos antecedentes, se han de regular, y llevar los derechos de ellas con atencion á la naturaleza y circunstancias de cada una por las reglas que quedan especificadas en las demas.

ARANCEL PARA LOS ESCRIBANOS DE DILIGENCIAS DE LA VILLA DE MADRID.

Pleitos ejecutivos, ordinarios y causas criminales.

Por las notificaciones á procuradores de los Consejos y del número, de los autos de sustanciar los pleitos, á dos reales por cada una, y seis por las que hicieren á las partes en persona, y cuatro reales por cada diligencia de las que hicieren para noti-

ficar algunos autos, ò evacuar lo mandado en ellos con las mismas partes, no hallándolas cuando las buscan, y si se manda dejar memoria del contenido de los autos á persona de la casa, familia ó vecindad, cuatro reales por la extension de la memoria, y entregarla.

De la traba de ejecucion en bienes, muebles ó raices, ocho reales, y cuatro por la notificacion de estado, que ha de ser en persona.

Si se hiciere mejora ò embargo de bienes, cobrará el escribano Real á razon de veintidos reales cada dia de los que se ocupe; y no llegando á dia, á proporcion, segun las horas que han de regularse, seis entre mañana y tarde por mitad, inclusos en estos derechos los de lo escrito.

Por la citacion de remate, que ha de ser en persona, seis reales.

Por las declaraciones de las partes ó de testigos, no excediendo de una hoja, diez reales; y si excediere, al respecto de cuatro reales cada hoja, teniendo la plana veinte renglones, y cada renglon siete partes, y lo mismo en las probanzas para que se les dé comision, no excediendo el interrogatorio de cuatro preguntas, ni la declaracion de dos hojas; y si excediere, al respecto de dos reales por cada pregunta, ó de cuatro por cada hoja, teniendo los renglones y partes expresadas.

De las cauciones juratorias, ocho reales cada una.

Por la asistencia á inventarios, tasaciones y almonedas de bienes á que asistieren los escribanos Reales con comision, cobrarán á razon de veintidos reales cada dia de los que se ocupen; y si no llegare á dia, á proporcion de las horas, siendo como queda dicho seis entre mañana y tarde, con inclusion de lo escrito.

Por una posesion de casa ó bienes raices, cuando se les da comision, treinta reales; y si fuesen bienes cuantiosos, sesenta reales.

Por los requerimientos á inquilinos de casas ò colonos de heredades, para que tengan ó entreguen las rentas, seis reales por cada uno; y si dan testimonio de embargo ó desembargo, cuatro reales por cada testimonio, no excediendo de una hoja; y si excede, á cuatro reales cada una.

Por los testimonios de huecos de alquiler de casas, los de fe de vida ó muerte, ú otros de igual clase, cuatro reales por cada uno.

Por las comprobaciones de instrumento para reino extraño

de tres escribanos Reales, seis reales, á dos cada uno.

Por la asistencia á la prision de un reo, y extender la diligencia, doce reales, siendo de dia, y veinticuatro de noche; si fueren dos ó mas los reos, ocho reales de dia por cada uno, y diez y seis de noche: y si para hacerlas fuere necesario practicar muchas diligencias, acudirán al juez para que hecho cargo de ellas las mande remunerar correspondientemente.

Por la asistencia á un embargo de bienes llevará los derechos que quedan prevenidos en los pleitos ejecutivos y ordinarios; y lo mismo por las deposiciones de testigos, declaraciones y confesiones de los reos cuando asisten á ellos.

Por la asistencia cuando se manda poner alguacil ó alguaciles de apremio y extender la diligencia, por la primera doce reales, y por la fe que ha de dar cada dia de subsistir el alguacil de guarda, cuatro reales; y si se manda que el escribano asista tambien con el alguacil, veintidos reales por cada dia; y siendo de vista, asistiendo á ella el escribano, y ocupándose de dia y noche, cuarenta y cuatro reales cada dia y noche.

Por cualquiera diligencia á que salgan con comision á los lugares de la jurisdiccion, al respecto de treinta y tres reales cada dia, incluso lo escrito.

Por la asistencia á caballo con alguaciles á la ejecucion de las penas de vergüenza pública, azotes, horca ó garrote, cuarenta y cuatro reales.

Escrituras.

Por las escrituras de obligacion llanas (respecto de no poderlas hacer con hipoteca los escribanos Reales) diez y seis reales por registro y copia.

De un poder para pleitos, de registro y copia, doce reales.

De un poder para cobrar ó administrar, ú otros semejantes, de registro y saca, diez y seis reales, no excediendo el registro de un pliego; y si excediere, al respecto de diez reales cada pliego de registro, y dos cada hoja de copia.

De las sustituciones de poderes á procuradores ó personas particulares *apud acta* de los mismos poderes, cuatro reales; y si se hacen en registro, doce reales, y dos de cada hoja de copia.

De una carta de pago lisa y llana, doce reales de registro y copia.

De una carta de pago sin registro, en que pone el escribano *fui presente*, seis reales.

De dos poderes para testar, testamentos ó codicilios que se

otorguen ante escribanos Reales, han de llevar estos por sus derechos veinticuatro reales, no excediendo el registro de dos hojas; y si excediere, al respecto de quince reales cada pliego de registro, y otros cuatro por pliego por conservarle en el registro protocolo, y tres por cada hoja de copia, llevando los renglones y partes que van prevenidas; sin que se les pueda precisar á dichos escribanos Reales á que los protocolicen en los oficios de las escribanías del número y provincia, respecto á que con el establecimiento del archivo general está remediado el extravío que pudieran tener dichos protocolos al tiempo del fallecimiento ó retiro de la Corte de los mismos escribanos Reales.

De la declaracion de pobre, siendo de solemnidad, no han de llevar derechos algunos; y no siéndolo, doce reales de registro y copia.

De las capitulaciones matrimoniales, cartas de dote y capitales de bienes muebles que se otorguen ante escribanos Reales, cobrarán por sus derechos treinta reales; no excediendo el registro de dos pliegos; y si excediere, al respecto de quince reales cada pliego de registro, y cuatro por la custodia del protocolo, y por cada hoja de copia tres reales, llevando los renglones y partes que van prevenidas.

De las escrituras de transaccion, concierto, ajuste y convenio entre partes, y de las de compañía ó separacion de ella entre mercaderes ó comerciantes, treinta reales, no excediendo el registro de un pliego; y si excediere, al respecto de quince reales cada pliego de registro, y dos de la copia.

ARANCEL PARA LOS ALGUACILES DE LA VILLA DE MADRID.

Por asistir cuando se les da comision con el escribano á una declaracion y reconocimiento de un vale ó contrata, cuatro reales.

Por la traba de ejecucion, cuatro reales, y por la mejora y embargo ó depósito de bienes, ocho reales; no excediendo la ocupacion de una mañana ó tarde; y si se ocupare mas, al respecto de veintidos reales cada dia.

Por la asistencia á una posesion de casa ú otros bienes raices, cuando se les da comision, treinta reales; y si fueren bienes cuantiosos, sesenta reales.

Por cualquiera diligencia á que salgan de Madrid con comision para lugares de la jurisdiccion, al respecto de treinta y tres reales cada dia.

Por los requerimientos á inquilinos de casas ó colonos de heredades para que acudan con las rentas á nuevos dueños, cuatro reales por cada uno.

Por la asistencia de guarda de apremio, á quince reales cada dia; y siendo de vista, en que se ocupe dia y noche, cuarenta y cuatro reales.

Por el apremio á un procurador para que se vuelvan unos autos á la escribanía del número, seis reales.

Por la prision de un reo ocho reales, siendo de dia, y de noche diez y seis reales; y si fuere la prision de dos ó mas personas, al respecto de seis reales por cada una de dia, y doce de noche; y si para ello fuere necesario practicar muchas diligencias extraordinarias, acudirán al juez para que hecho cargo de ellas, las mande pagar correspondientemente.

Por la asistencia al examen de testigos para que se les dé comision, cuatro reales; y por las ratificaciones la mitad.

Por la asistencia á caballo á la ejecucion de las penas de vergüenza pública, azotes, horca ó garrote, cuarenta y cuatro reales, y otros tantos por la asistencia á poner en los caminos los cuartos de los reos ajusticiados.

ARANCEL PARA LOS PORTEROS DE LOS TENIENTES DE CORREGIDOR DE MADRID.

Por cada citacion de las que regularmente hacen para que comparezcan las partes á las posadas ó audiencias de los tenientes en juicios verbales, cuatro reales.

Por la asistencia con los tenientes á una posesion de mayorazgo, quince reales; de título de Castilla, treinta; y de Grande de España, sesenta.

Por la asistencia á la apertura de un testamento cerrado, á una vista de ojos, ú otra diligencia á que vayan con los tenientes, veinte reales, y lo mismo cuando asisten con estos á un remate.

Por la asistencia cuando van con los tenientes á alguna prision, llevará el portero los mismos derechos que van prevenidos á los alguaciles.

ARANCEL PARA LOS PROCURADORES DE LA VILLA DE MADRID.

Pleitos ejecutivos y ordinarios.

De cada aceptacion de poder que ha de poner el procurador

con fecha del dia en que lo ejecuta, y oficio en que se ha de presentar, dos reales.

De cada pedimento para el reconocimiento de un vale ó contrata, para tomar declaracion ó que se despache ejecucion por escritura ó instrumento que la traiga aparejada, ocho reales.

De cada pedimento de hechos con vista de papeles y documentos, no pasando de un pliego, doce reales; y si pasare, al respecto de diez reales por pliego de letra regular.

Por sacar el mandamiento de ejecucion, cuatro reales.

De los pedimentos de oposicion en via ordinaria y ejecutiva, los de pedir autos, términos, prorogaciones, señalamientos, interponer apelaciones y otros cualesquier pedimentos de sustanciar, seis reales de cada uno; y aunque estos y los artículos antecedentes los hagan agentes ú otras personas, percibirán los procuradores sus derechos.

De la toma de autos y vuelta de ellos á la escribanía de número, ocho reales por cada vez.

De firmar demandas nuevas formadas por abogados, é instruirse de ellas, seis reales, y de firmar los demas alegatos ó pedimentos de abogados, tres reales por cada uno.

De la asistencia á ver juramentar testigos, cotejos, comprobaciones ú otras diligencias á que asista el procurador por su persona, ocupándose un dia entero, veintidos reales, y si fuese sola una mañana ó tarde, doce reales.

De avisar á la parte si reside en Madrid, y al abogado del dia que se señala para la vista del pleito, á fin de que acudan á la defensa, ocho reales.

Por la asistencia (si la pone el procurador) á la vista de un pleito, siendo una mañana ó tarde, ó poniendo nota de ello el escribano de número, diez y seis reales.

Si se apremiase al procurador á la vuelta de autos, y por no entregarlos el abogado, ó por omision de la parte, se le pusiese en prision, ademas de pagarle esta las costas que le ocasione, le ha de satisfacer por cada dia de su detencion veintidos reales.

Testamentarías.

Del juramento, aceptacion, obligacion y fianza que da una curaduria *ad litem* ó defensoria, ocho reales.

Del pedimento aceptando herencia y pidiendo inventario, ocho reales.

De asistir á inventario, tasacion ó almoneda, por cada dia

considerado de tres horas por la mañana y tres por la tarde, veintidos reales.

Del pedimento nombrando contador ó conformándose con el nombrado, seis reales.

Por la toma de la particion y su vuelta á la escribanía, ocho reales.

Del reconocimiento de la particion consintiéndola, cuarenta reales.

Si asistiere á las juntas en las casas de las partes ó de sus abogados ó las de los contadores, sobre los dubios que suelen ofrecerse para la particion, veinte reales por cada junta.

Si se dedujesen agravios ó formalizarse instancia antes ó despues de la particion, llevará el curador *ad litem* ó defensor por los pedimentos que forme y firme los derechos que quedan prevenidos.

De asistir al estudio del abogado siempre que sea necesario, á instruirle de los hechos ó derechos de sus partes, doce reales.

Respecto que en muchas ocasiones se nombra á los procuradores por defensores de ausentes de estos reinos, de acreedores y sugetos ignorados, de dementes y otros imposibilitados de defenderse por sí, y que en estos casos los procuradores practican las diligencias que debieran hacer los interesados, se les han de satisfacer por derechos de pedimentos los que van considerados; y por las diligencias extrajudiciales y solicitud, lo que estime el juez que conozca de los autos, segun la entidad, calidad, tiempo y demas circunstancias de la dependencia.

ARANCEL PARA LOS CONTADORES DE CUENTAS Y PARTICIONES.

Atendida la última providencia general del Consejo de 9 de abril de 1768, por la que se tiene establecida nueva forma y método para evacuar las particiones ò juicios divisorios, con nombramiento de un solo abogado en igual de los antiguos contadores, se pasa á formar en este particular el siguiente arancel.

Por el reconocimiento de los autos de inventario y tasacion de bienes llevará diez y seis maravedis por cada hoja.

Por el de los testamentos, capitales, cartas de dote, renuncias ú otros instrumentos que esten presentados, y por el de títulos de pertenencias de casas y bienes raices, juros, censos ó efectos de la testamentaría, veintiun maravedis de cada hoja.

Por la formacion y extension de la liquidacion, cuenta, particion, division y adjudicacion de bienes, incluso el plan que debe

preceder á ella, y el borrador ó borradores de todo, ochenta reales por cada pliego en limpio de los presupuestos; y veintiseis reales veintiseis maravedis por cada uno de los de las partidas del cuerpo de hacienda, bajas de él é hijuelas; y cinco reales once maravedis por cada pliego de los de toda particion en limpio para el amanuense de los contadores, incluso en ello lo escrito en los borradores, teniendo cada plana veinte renglones y las del sello diez y seis, y cada renglon siete partes: con prevencion de que si las circunstancias graves é intrincadas de uno y otro negocio de particion persuadiesen justa mayor cantidad de derechos correspondientes á los abogados que formen la particion, podrán à instancia de estos, proponerse específicamente los motivos particulares que induzcan otra regulacion mas excesiva, quedando esta declaracion, como otra alguna, en caso omiso ó no previsto en el arancel, al arbitrio de los tenientes de corregidor de esta villa.

Que formadas las cuentas, particiones y adjudicaciones se han de entregar inmediatamente en el oficio ó escribanía del número de donde dimanase cada testamentaría ó inventario de bienes para que recaiga la aprobacion judicial, entregándose á cada interesado su hijuela autorizada, protocolizándose la particion original, y procediéndose á las demas ulteriores diligencias que ofreciere cualquiera derecho ó recurso de los interesados.

Al escribano de número desde que vuelva la particion al oficio, deberá llevar en lo judicial ordinatorio que se ofrezca hasta la aprobacion, los regulares derechos que van anotados en los derechos judiciales; y por las hijuelas que pidiesen las partes para la percepcion y resguardo de sus porciones hereditarias, exigirá iguales derechos, regulados tambien sobre escritura, con la distincion que en ellas se refiere de ser con insertos; pero con tal que deberán expresarse en la particion las especies generales en resumen abreviado, con arreglo à la citada providencia general del Consejo de 9 de abril de 1768, y la hijuela ceñirse á los efectos aplicados à cada heredero ó interesado en la de su haber particular, segun la pidiere.

Al juez de la testamentaría por las firmas de autos, desde el de traslado de la particion, hasta la sentencia de aprobacion, se considerará la tercera parte de la partida regulada al escribano del número.

Si en vista de la particion se dedujesen agravios por las partes, y se formalizase pleito, cobrará el juez y escribano del nú-

mero los derechos de él con arreglo á los que quedan prevenidos en los pleitos ordinarios.

Si la particion por convenio de las partes, siendo mayores, ó con licencia judicial interviniendo menores, se hiciese por escritura amigable ante el escribano del número, solo deberá llevar este los derechos que le corresponden, y estan notados con distincion de escrituras simples, ó con insertos, y no en otra forma.

Y visto por los señores del Consejo por autos que proveyeron en 16 de mayo y 6 de este mes, habilitaron por ahora el arancel que va inserto presentado por los escribanos del número de esta villa con representacion de 27 de junio de 1764, y hasta tanto que se verifique la Real aprobacion de los aranceles de los citados escribanos de número y provincia de esta corte, à consecuencia de la orden del Consejo de 13 de abril del mismo año; y mandaron que los referidos escribanos del número y provincia, Reales, alguaciles, porteros, procuradores, contadores y partidores de unos y otros juzgados, se arreglen por ahora é interinamente en la cobranza de sus respectivos derechos, à lo dispuesto en el referido arancel. Y mediante à que los escribanos de provincia autorizan algunos actos que no ejercen ni pertenecen à los del número, cuales con el mandamiento de amparo respectivo à hidalgía, y la tasa y retasa de alquileres de casas; mandó asimismo el Consejo que en cuanto à los derechos de ellas, sea y se entienda el de sesenta reales por dicho mandamiento de amparo; y por la asistencia à la tasa de alquileres de casas lleven de derechos cien reales; y la misma cantidad en las de retasa. Y que para que esta habilitacion interina tenga el mas pronto y debido efecto se saquen dos certificaciones à costas de unos y otros subalternos, y se remitan una al teniente de villa Don Pedro Fernando de Vilches, y otra á la sala para su respectiva inteligencia y cumplimiento. Y para que conste lo firmo en Madrid à 25 de junio de 1782.= Don Pedro Escolano de Arrieta. = Por el secretario Salazar.

La certificacion antecedente corresponde con su original; y para que conste y puedan observar los individuos à quienes toca el literal contexto del citado arancel, en el que se hallan comprendidos los escribanos de provincia y subalternos de su juzgado, por haberse dirigido la competente certificacion á los señores de la sala y acordado su cumplimiento en virtud de lo mandado por el citado señor Don Pedro Fernando de Vilches, doy la presente en Madrid à 8 de julio de 1782. = Don Rodrigo Gonzalez de Castro.

FIN DEL TOMO NONO.

INDICE

DE LOS CAPITULOS, FORMULARIOS Y DOCUMENTOS

QUE CONTIENE ESTE TOMO.

TRATADO PRIMERO.

DE LOS RECURSOS DE FUERZA.

PAG.

CAP. 1.° *Fundamento y objeto de estos recursos: si la facultad de alzar las fuerzas es judicial ó extrajudicial; y si admite súplica el auto en que se declara que el eclesiástico hace ó no fuerza.* 5

CAP. 2.° *De los jueces eclesiásticos que pueden cometer las fuerzas; y de los tribunales Reales á quienes pertenece exclusivamente el conocimiento de estos recursos.* 19

Apéndice primero á este capítulo: *Real cédula, por la cual se manda observar el breve de su Santidad que trasfiere el derecho de apelacion directa en las causas de fe al tribunal de la Nunciatura.* 26

Apéndice segundo: *Sobre los tribunales eclesiásticos de cuyos agravios no puede introducirse recurso de fuerza.* 30

CAP. 3.° *Del recurso de fuerza en conocer y proceder.* 32

CAP. 4.° *Casos en que tiene lugar el recurso de fuerza en conocer y proceder.* 44

CAP. 5.° *Del recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder.* 71

CAP. 6.° *Del recurso de fuerza en no otorgar las apelaciones legítimamente interpuestas.* 81

CAP. 7.° *¿Si en virtud de los recursos de fuerza quedará suspenso el procedimiento de los jueces eclesiásticos, y si podrá alegarse la prescripcion contra dichos recursos?* 90

FORMULARIO CORRESPONDIENTE A LOS CAPITULOS ANTERIORES.

Peticion para introducir el recurso de fuerza en conocer y proceder. 94
Otro pedimento sobre diverso asunto para introducir el mismo recurso. . . . . . id.
Otro de distinto asunto, y con el mismo objeto. . . 96
Pedimento por auto de legos ante una audiencia. 97
Método de introducir el recurso de fuerza por la denegacion de justicia. . . . . . id.
Otro escrito para introducir el recurso de fuerza ó proteccion en la competencia de dos jueces eclesiásticos. 98
Método para introducir el recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder. 99
Método para introducir el recurso sobre proteccion de regulares. 100
Pedimento ante el Consejo de Castilla para introducir el recurso de fuerza en no otorgar las apelaciones legítimamente interpuestas. . . 101
CAP. 8.° *Del recurso de nuevos diezmos, y del que se introduce cuando los jueces eclesiásticos mandan exigir rediezmo de los frutos que se hubiesen diezmado.* 102

APÉNDICE A ESTE CAPITULO.

Del juez de diezmos del reino de Valencia. . . . 109
Formulario correspondiente á este capítulo. = *Modo de introducir el recurso de fuerza sobre nuevos diezmos.* 110
CAP. 9.° *Del recurso de fuerza sobre millones.* 112
Formulario correspondiente á este capítulo. . . 117
CAP. 10. *De los recursos de retencion de bulas.* 118
Formulario correspondiente á este capítulo. = *Modo de introducir el recurso de retencion de bulas.* 151
CAP. 11. *De las fuerzas que pueden cometer los jueces eclesiásticos despojando al Rey de su autoridad y facultades que le competen en virtud de*

su Real Patronato, ó interrumpiéndolas ó embarazando su cumplimiento y ejecucion. . . . 152
CAP. 12. *De las fuerzas en materia de espolios y vacantes de los arzobispados y obispados de España.* . 164

APÉNDICE DE VARIOS DOCUMENTOS RELATIVOS A ALGUNAS DE LAS MATERIAS COMPRENDIDAS EN EL PRESENTE TRATADO.

1.° *Real cédula de su Magestad y señores del Consejo, por la cual se manda que las justicias Reales no permitan que los tribunales Reales eclesiásticos tomen conocimiento de las nulidades de testamentos ó inventarios, aunque se hubiesen otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos ó legatarios fueren comunidad, persona eclesiástica ú obra pia.* 170
2.° *Real cédula en que se inserta el capítulo 8.° del concordato ajustado entre la Corte de España y la Santa Sede el año de 1737, y la nueva instruccion que para su puntual observancia se formó el año de 1760.* 172
3.° *Real cédula de su Magestad en que con motivo de cierta representacion hecha por el reverendo obispo de Plasencia, se hacen diferentes prevenciones á los prelados de estos reinos para el modo de representar y proceder en los casos que les corresponden.* 182
4.° *Carta circular á los prelados del reino sobre el modo con que deberán impetrarse las bulas y rescriptos de Roma.* 184
5.° *Carta circular sobre algunos abusos que cometen los tribunales de visita.* 187
6.° *Real provision de los señores del Real y Supremo Consejo en que se dan varias reglas sobre el modo de proceder el juez subdelegado de la gracia de Novales y otros particulares relativos á lo mismo.* 189
7.° *Bula de nuestro Santísimo Padre Inocencio Papa XIII, sobre la disciplina eclesiástica en los reinos de España, con otros rescriptos apostólicos.* 195

Decreto de Clemente Papa VIII acerca de los ordenes que han de recibir los regulares. . . . 211
Bula de Inocencio XII sobre las confesiones. . . 212
Decreto de Clemente XI, expedido en 15 *de diciembre de* 1703, *acerca de la celebracion en los oratorios privados.* 216
Decreto de Clemente Papa VIII, acerca de las apelaciones é inhibiciones. 217
Decreto de Urbano Papa VIII, acerca de la misma materia de apelaciones. 220
Circular del Consejo sobre las apelaciones, inhibiciones, comisiones extra curiam, *dispensaciones y otros puntos que en grave perjuicio de la disciplina eclesiástica secular y regular se despachaban por el tribunal de la Nunciatura.* 221
Historia de la suerte que ha experimentado en estos reinos la retencion de la bula in Cœna Domini. 228

TRATADO SEGUNDO.

DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS Á LA REAL PERSONA.

CAP. 1.° *De la naturaleza de estos recursos; personas que pueden intentarlos; causas justas para concederlos, y valor ó entidad del negocio para que sean admisibles.* 233
CAP. 2.° *Trámites que se observan en estos recursos extraordinarios hasta su decision.* 243
Formulario para introducir el recurso extraordinario á la Real Persona. 249

APÉNDICE A ESTE CAPITULO.

De las acertadas providencias que dieron los Soberanos para que las gracias ó mercedes que suelen concederse por la importunidad de los suplicantes no redunden en perjuicio del público ó de tercero. 250

CAP. 3.° *De los juicios y otros casos no contenciosos en que tiene lugar el recurso extraordinario á la Real Persona.* 255
CAP. 4.° *De los recursos extraordinarios en los juicios ejecutivos.* 260
CAP. 5.° *De los recursos extraordinarios en los juicios ordinarios criminales.* 265
CAP. 6.° *Del recurso extraordinario al Rey en los juicios eclesiásticos.* 268
CAP. 7.° *De los recursos extraordinarios al Soberano sobre la conmutacion ó derogacion de las últimas voluntades; y anulacion ó modificacion de los contratos.* 280
CAP. 8.° *De los recursos extraordinarios para derogar, alterar ó mudar los mayorazgos y sus llamamientos, enagenar los bienes de ellos, imponer censos, y consignar alimentos sobre los mismos.* 289
CAP. 9.° *De los recursos extraordinarios á la Real Persona para la naturalizacion de extrangeros; y para obtener el privilegio de nobleza los naturales.* 301
CAP. 10. *De los recursos extraordinarios para la creacion de algun oficio público; para la enagenacion de los bienes concejales; y para solicitar la jurisdiccion de señorío los lugares realengos.* 306

ADICION DE ALGUNOS DOCUMENTOS IMPORTANTES

QUE SE HAN PUBLICADO Ó ADQUIRIDO DURANTE LA IMPRESION DE ESTA OBRA, Y TIENEN RELACION CON ALGUNAS DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ELLA.

Real instruccion de 13 de octubre de 1828, para el arreglo de la administracion y de la cuenta y razon general de los propios y arbitrios del reino. 315
Real decreto y adjunta ley penal sobre los delitos de contrabando, que se expidió en 3 de mayo del presente año. 339
Nota sobre liquidaciones ó reducciones del tanto al millar y tanto por ciento para que sirva de adicion á la materia de censos, ventas etc. 386
Nota sobre el modo de protocolizar las escri-

turas que causan perpetuidad y pasan ante los escribanos Reales, en los registros de las de número y provincia en la villa de Madrid, ó en los de número de los demas pueblos de España. 389

Aranceles de derechos que han de llevar las diversas clases de escribanos asi de los de Cámara del Consejo, como los de número y Reales de Madrid, y otros subalternos de aquellos tribunales. 392

DER - 395 - 13/30

FEBRERO NOVISIMO,

Ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

R. 97240

FEBRERO NOVISIMO,

ó

LIBRERIA DE JUECES,

ABOGADOS Y ESCRIBANOS.

REFUNDIDA,

ORDENADA BAJO NUEVO METODO,

Y ADICIONADA

CON UN TRATADO DEL JUICIO CRIMINAL,

Y ALGUNOS OTROS:

POR DON EUGENIO DE TAPIA,

individuo de la inspeccion de Estudios, y Magistrado honorario de la Audiencia de Valladolid.

Tercera edicion,

Revista y corregida, y añadida con la Jurisprudencia Mercantil, con arreglo al Código de Comercio, que comprende los dos tomos del suplemento.

TOMO DÉCIMO.

VALENCIA: IMPRENTA DE DON ILDEFONSO MOMPIÉ
DE MONTAGUDO.

AÑO 1837.

INDICE GENERAL Y RAZONADO,

POR ORDEN ALFABÉTICO,

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS

EN EL FEBRERO NOVISIMO.

ACC

ABOGADOS. Requisitos necesarios para ser abogado. Tom. 4, pag. 43, §. 6.

¿Quienes tienen prohibicion absoluta ó limitada para ejercer la abogacía? Tom. 4, pag. 44, §. 7 y 8.

De las obligaciones de los abogados. Tom. 4, pag. 45 á la 48, §. 9 al 17.

ABUELO. ¿En que caso estará obligado á dotar á la nieta? Tom. 1, pag. 40, §. 14.

ACCIONES. ¿De cuantos modos puede tomarse la palabra accion, y cómo se define? Tom. 3, pag. 261, §. 1.

Origen de las acciones. Tom. 3, pag. 261, §. 2.

Division de las mismas en reales, personales y mixtas. Tom. 3, pag. 261, §. 3.

Diversas especies de acciones reales. Tom. 3, pag. 262, §. 8 y siguientes.

De las acciones personales. Tom. 3, pag. 264, §. 15.

Célebre ley de la Novísima Recopilacion que da al nudo pacto, obligacion civil y accion para demandar su cumplimiento. Tom. 3, pag. 265, §. 16.

Otra division de las acciones dimanada del diferente modo con que se piden las cosas en juicio. Tom. 3, pag. 266, §. 18.

De las acciones penales. Tom. 3, pag. 266, §. 19.

Otra division de acciones en directas y útiles. Tom. 3, pag. 267, §. 20.

Acciones criminal y civil que dimanan de todo delito; ¿y si podrán entablarse ambas en una misma demanda como principales? Tom. 7, pag. 185, §. 18.

Acciones redhibitoria y estimatoria: ¿que son y en qué casos tienen lugar? Tom. 2, pag. 174, §. 63.

Cláusula para renunciar estas acciones. Tom. 2, pag. 175, §. 74.

Estas acciones no excluyen las de eviccion y lesion. Tom. 2, pag. 175, §. 65.

La accion para pedir la division de la herencia, es mixta de real y personal. Tom. 6, pag. 73, §. 10.

Diferencia entre esta accion y la de peticion de herencia. Tom. 6, pag. 74, §. 11.

De la prescripcion de las acciones: véase la palabra *prescripcion.*

ACEPTACION Y REPUDIACION DE HERENCIAS.

Pueden aceptar ó repudiar la herencia los mayores de veinticinco años que sean *sui juris* por sí mismos, ó por procurador. Tom. 1, pag. 442, §. 1.

Para aceptar ó repudiar la herencia, concede el Rey, por lo comun, un año; pero el juez inferior no puede extenderse á mas de nueve meses. Tom. 1, pag. 443, §. 2.

Para evitar el heredero el ser perjudicado, acepta la herencia á beneficio de inventario. Tom. 1, pag. 443, §. 3.

El que no lo hace está obligado á pagar las deudas y mandas del testador hasta con sus propios bienes. Tom. 1, pag. 444, §. 4.

Gestiones del heredero, en virtud de las cuales se entiende haber aceptado la herencia. Tom. 1, pag. 444, §. 5.

Hasta cumplirse nueve dias despues de la muerte del testador no se pueden reclamar las deudas, ni los legados. Tom. 1, pag. 444, §. 6.

Se admite la herencia expresa ó tácitamente. Tom. 1, pag. 444, §. 7.

Se repudia verbalmente ó por escrito. Tom. 1, pag. 445, §. 8.

La aceptacion de herencia es un cuasi-contrato. Tom. 2, pag. 641, §. 9.

ACREEDORES. Hay tres clases de estos; á saber: hipotecarios ó reales, con privilegio de prelacion ó sin él; meramente personales ó quirografarios; y personales privilegiados sin hipoteca. Tambien hay otros mixtos de reales y personales, porque

á la satisfaccion de sus créditos estan obligados la persona y bienes del deudor. Tom. 5, pag. 260, §. 3.

Caracter distintivo de cada uno de ellos. Tom. 5, pag. 26, §. 4.

De los hipotecarios unos tienen hipoteca expresa y otros tácita ó legal. (Véase la palabra hipoteca.) Tom. 5, pag. 261, §. 5.

Causas de donde dimana la preferencia de acreedores. Tom. 5. pag. 264, §. 1 al 4.

Los acreedores hipotecarios iguales en el privilegio, deben ser graduados y pagados por el orden de su antigüedad. Tom. 5, pag. 285, §. 5.

Excepciones de la regla anterior, ó casos en que no da el tiempo prelacion, y en que por consiguiente serán preferidos los acreedores posteriores. Primero: la iglesia debe ser preferida á todos los acreedores. Tom. 5, pag. 286, §. 6.

Es preferido á los demas acreedores, aunque sean anteriores en tiempo, el que prestó dinero para enterrar al deudor con ánimo de cobrarlo, y no por piedad. Lo mismo procede en el que suplió los gastos de alimento, médico, botica y demas ocurridos en la enfermedad. Tom. 5, pag. 286, §. 7.

Preferencia de la hipoteca concedida al fisco por la alcabala, tributos y demas derechos reales. Tom 5, pag. 286, §. 8.

El mismo privilegio goza el fisco en los bienes de los que contratan con él, y en los administradores, cobradores y recaudadores de su real haber. Tom. 5, pag. 287, §. 9.

Igual privilegio le compete en los bienes del *primipilo*, ó sea tesorero y proveedor del ejército. Tom. 5, pag. 287, §. 10.

Reglas que deben observarse en los demas contratos con el fisco, si este concurre contra un acreedor privado, y no hay duda en la anterioridad de hipotecas de ambos. Tom. 5, pag. 288, §. 11.

Tambien es preferido el fisco á los acreedores anteriores de hipoteca expresa en los frutos de los bienes hipotecados antes de contratar con él de cualquiera clase que sean, habiendo nacido despues del contrato fiscal. Tom. 5, pag. 289, §. 12.

¿Cuando y cómo será preferido el fisco á los acreedores de un delincuente, de cuyo delito se originan dos acciones penales, una tocante á la parte ofendida y otra al Estado? Tom. 5, pag. 289, §. 13, 14 y 15.

Tambien se prefiere el fisco á otros acreedores aunque sean de contrato, por los gastos útiles y necesarios que hizo en la

prision del reo, y en buscar y reparar sus bienes. Tom. 5, pag. 291, §. 16.

Privilegio de preferencia que compete al fisco, si uno celebra contrato sin hipoteca con él, y con otro particular. Tom. 5, pag. 291, §. 17.

En orden á la dote, si concurre esta y el fisco solos, obtendrá la prelacion el que sea anterior en tiempo. Tom. 5, pag. 293, §. 24.

¿Que deberá observarse cuando concurre la muger por su dote con otros acreedores particulares? Tom. 5, pag. 294, §. 25 al 60.

Lo que se ha dicho en los párrafos anteriores acerca de los bienes dotales, no tiene lugar respecto de los parafernales por militar diversa razon. Tom. 5, pag. 306, §. 61.

Por las cosas que el novio da á su futura novia, si esta las incorpora en el contrato dotal, goza del privilegio de prelacion desde el dia de su matrimonio. Tom. 5, pag. 307, §. 66.

¿Si perderá la muger el derecho de prelacion que la ley le concede cuando oculta algunos bienes de su dote ó de su marido concursante, ó que va empobreciendo, y pretende que de los manifestados se haga pago de aquella con preferencia á los demas acreedores? Tom. 5, pag. 308, §. 67.

En concurrencia de dos dotes legítimas verdaderas y entregadas, debe ser preferida la primera como anterior en tiempo. Tom. 5, pag. 309, §. 68.

Por los bienes extra dotales de cualquiera clase, provenientes de la madre, y entregados al padre, compete á los hijos hipoteca tácita contra los de este, mas no el privilegio de prelacion. Tom. 5, pag. 309, §. 69.

Por lo que hace á la graduacion de los demas acreedores fuera de la iglesia, dote y fisco, se limita la regla general, sentada en el párrafo primero, en los casos siguientes: primero, cuando el acreedor posterior entrega algunos bienes suyos al deudor en comodato ó en otra cualquiera manera en que no se le trasfiere el señorio de ellos. Tom. 5, pag. 310, §. 70.

Segundo caso con respecto á la cosa vendida y no pagada. Tom. 5, pag. 310, §. 71 al 73.

Otros casos de excepcion. Tom. 5, pag 311, §. 74 al 105.

Los acreedores meramente personales, si acuden á un tiempo pretendiendo el pago, y no tienen la calidad de posesion ni otra privilegiada, deben ser pagados á prorata, sin embargo de que

unos créditos sean mas antiguos que otros. Tom. 5, pag. 323, §. 106.

Excepciones de la regla anterior. Tom. 5, pag. 324, §. 107.

Teniendo el deudor varias negociaciones, y por ellas acreedores personales, no debe ser de mejor condicion el primero que le ejecutó; y asi habrá de concurrir á prorata con los demas. Tom. 5, pag. 325, §. 108.

¿Que circunstancias se requieren para que un tercero que prestó dinero al deudor á fin de pagar á cierto acreedor suyo quede subrogado en el lugar y grado de este? Tom. 5, pag. 325, §. 109.

Aunque segun el derecho comun el acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes de su deudor, puede trabar ejecucion en los que mejor le parezca, sin necesidad de hacer previa excusion en los obligados especialmente; sin embargo esto no se practica en los tribunales, antes bien se hace primero la ejecucion en las hipotecas especiales. Tom. 5, pag. 13, §. 8.

Como à veces los acreedores reciben los bienes de sus deudores en pago de sus créditos, y despues de entregados sale otro que por escritura tiene mejor derecho á ellos, para evitar disputas y perjuicios, ¿como deberá extender la cláusula el escribano? Tom. 5, pag. 15, §. 10.

¿Si habiendo intentado el acreedor la via ordinaria, podrá dejarla y pasar á la ejecutiva? Tom. 5, pag. 74, §. 58 al 61.

Teniendo accion el acreedor contra varios co-reos, fiadores ó mancomunados, no puede, pendiente el pleito con uno de ellos, dejarle é intentarle contra alguno de los otros despues de contestado. Tom. 5, pag. 76, §. 62.

ACUMULACION de acciones. Tom. 3, pag. 274, §. 36 y siguientes.

ACUMULACION de autos por causa de la litis-pendencia. Interes que tienen en ella los litigantes. Tom. 3, pag. 219, §. 53.

Requisitos necesarios para que haya litis-pendencia. Tom. 3, pag. 319, §. 54.

Causas por qué se hace la acumulacion de autos. Tom. 3, pag. 320, §. 55.

Excepcion de siete casos en que no debe hacerse la acumulacion. Tom. 3, pag. 321, §. 56.

Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales pendientes ante escribanos de diverso fuero, ¿como deberá hacerse? Tom. 3, pag. 322, §. 57.

Si los autos penden ante dos jueces, uno mas digno ó condecorado que el otro, ¿ante quien debe pretenderse? Tom. 3, pag. 322, §. 58.

Declarándose haber lugar á la acumulacion, ? que deberá hacer el escribano á quien se quitan los autos? Tom. 3, pag. 323, §. 59.

ACUMULACION de las causas de posesion y propiedad. Tom 4, pag. 114, §. 32.

Esta acumulacion de los remedios posesorio y petitorio no tiene lugar habiendo reconvencion sobre despojo. Tom. 4, pag. 114, §. 33.

Limitacion de la regla anterior. Tom. 4, pag. 115, §. 34.

Ambos remedios posesorio y petitorio pueden tratarse en un juicio, y ante un mismo juez. Tom. 4, pag. 115, §. 35.

ACUSACION. ¿Que es? Tom. 7, pag. 178, §. 2.

Hay delitos que pueden ser acusados por cualquiera del pueblo, y otros cuya acusacion está reservada á la persona ofendida. Tom. 7, pag. 178, §. 4.

¿En que delitos se puede acusar por medio de procurador? Tom. 7, pag. 179, §. 5.

¿Quienes tienen prohibicion legal para acusar? Tom. 7, pag. 179, §. 6.

¿Quienes no pueden ser acusados? Tom. 7, pag. 180, §. 7.

Si se presentaren muchos á acusar un delito, ¿quien deberá ser preferido? Tom. 7, pag. 181, §. 8.

Fianza de calumnia que suele exigirse al acusador al principio de la causa, para evitar las fatales consecuencias que se originan de las acusaciones calumniosas. Tom. 7, pag. 181, §. 9.

Pena que imponen las leyes al acusador cuando no prueba su acusacion. Tom. 7, pag. 182, §. 10.

¿Que habrá de probar el acusador para eximirse de dicha pena? Tom. 7, pag. 182, §. 11.

Si el acusado se presentare dentro del plazo que se le señaló para responder, y no compareciere el acusador, ¿que deberá hacer el juez? Tom. 7, pag. 182, §. 12.

El acusador puede desamparar la acusacion dentro de treinta dias con licencia del juez, excepto en los casos que alli se expresan. Tom. 7, pag. 183, §. 13.

Desamparando el acusador su acusacion, no por eso dejará de procederse á la averiguacion del delito y castigo del delincuente. Tom. 7, pag. 183, §. 14.

¿Si podrán hacer convenio al acusado y acusador para que este desista de la acusacion, y aquel se liberte de la pena? Tom. 7, pag. 183, §. 15.

Muerto el acusador pendiente la acusacion, fenece esta, y no estan obligados sus herederos á seguirla. Tom. 7, pag. 184, §. 16.

Requisitos necesarios para que puedan acusar los fiscales. Tom. 7, pag. 187, §. 21.

ADJUDICACION EN PAGO: ¿que es? Tom. 5, pag. 172, §. 34.

ADMINISTRACION de bienes agenos sin mandato del dueño: es un cuasi-contrato. Tom. 2, pag. 638, §. 1.

¿Que especie de expensas debe abonar el dueño á dicho administrador voluntario? Tom. 2, pag. 638, §. 2 y 3.

¿Que culpa debe prestar el administrador voluntario, segun la diversidad de casos que pueden ocurrir? Tom. 2, pag. 639, §. 4.

¿Cuando no tendrá derecho el tal administrador para reclamar expensas? Tom. 2, pag. 639, §. 5 y 6.

ADOPCION: ¿que es? Tom. 1, pag. 115, § 1.

Todo hombre libre que está fuera del poder paterno puede prohijar, teniendo las circunstancias que requiere la ley. Tom. 1, pag. 115. §. 2.

La muger solo puede prohijar en un caso. Tom. 1, pag. 116, §. 3.

De las personas que no pueden prohijarse. Tom. 1, pag. 116, §. 4.

Efectos de la adopcion. Tom. 1, pag. 117, §. 6.

Los hijos adoptivos son excluidos de la herencia del padre, no solo por los legítimos sino por sus ascendientes. Tom. 1, pag. 381, §. 8.

AGENTES DE NEGOCIOS: ¿que son? Tom. 2, pag. 383, §. 30.

No pueden presentar ninguna peticion en juicio, ni hacer ninguna otra gestion judicial. Tom. 2, pag. 383, §. 30.

Personas á quienes prohiben las leyes ser agentes de negocios. Tom. 2, pag. 384, §. 31.

En Madrid reside un agente creado en virtud de Real Decreto, por cuya mano han de dirigir los vasallos á Roma sus pretensiones. Tom. 2, pag. 385, §. 32.

¿Que está dispuesto acerca de los agentes de negocios de Indias? Tom. 2, pag. 385. §. 33.

ALCABALA: no se debe de la adjudicacion en pago necesaria, ni en otros casos que alli se expresan. Tom. 5, pag. 173, §. 35.

ALCALDES: los hay ordinarios propiamente tales, que conocen por lo regular de las causas civiles y criminales hasta la sentencia definitiva, de oficio ó á instancia de parte con acuerdo de asesor; y hay otros que se llaman *pedáneos*, quienes en lo civil conocen únicamente hasta la cantidad de seiscientos maravedises. Tom. 4, pag. 20, §. 12.

¿Que circunstancias se necesitan para ser alcalde ordinario? Tom. 1, pag. 196, §. 5.

Requisitos necesarios para ser reelegidos dichos alcaldes. Tom. 2, pag. 197, §. 6.

Tiempo que dura el oficio del alcalde. Tom. 1, pag. 196, §. 3.

Jurisdiccion criminal de los alcaldes pedáneos. Tom. 7, pag. 85, Apéndice 6.

ALCALDES DE CORTE: ejercen la jurisdiccion civil en primera instancia como jueces ordinarios los diez mas antiguos, que lo son de cuartel y provincia, del propio modo que los tenientes de corregidor, formando su audiencia ordinaria á la salida de la Sala. Esta jurisdiccion, que es acumulativa con la del corregidor y sus tenientes, se extiende á la Corte y todo su rastro. Tom. 4, pag. 20, § 15.

Causas que abraza la jurisdiccion criminal de la Sala de los señores Alcaldes de Casa y Corte. Tom. 7, pag. 202, §. 2 al 7.

Práctica que observa la Sala para la expedicion de los negocios, y modo con que procede la misma en la sustanciacion y determinacion de las causas criminales. Tom. 7, pag. 203, §. 9 al 19.

Jurisdiccion criminal que ejercen en sus respectivos cuarteles los diez señores alcaldes mas antiguos. Tom. 7, pag. 207, §. 20.

Dichos alcaldes entre sí, y juntamente con el corregidor y sus tenientes, tienen una jurisdiccion acumulativa ó preventiva para todos los casos prontos ó urgentes. Tom. 7, pag. 208, §. 21.

Son tambien del cargo de los expresados alcaldes las informaciones secretas y comisiones extraordinarias que exijan particular cuidado. Tom. 7, pag. 208, §. 23.

Sin embargo, el señor Presidente ó Gobernador del Consejo podrá en casos gravisimos cometer las informaciones secretas y encargos á otro alcalde ó teniente. Tom. 7, pag. 209, §. 24.

¿De que negocios deberá conocer el alcalde que se halle de repeso? Tom. 7, pag. 209, §. 25.

Prerogativas del señor Gobernador de la Sala. Tom. 7, pag. 209, §. 26.

ALQUILER de las casas de Madrid. Sobre este punto rige el auto acordado del Consejo de 1792. Tom. 2, pag. 247, §. 34.

APELACION: objeto de ella. Tom. 4, pag. 247, §. 1.

Utilidad de la misma. Tom. 4, pag. 247, §. 2.

La apelacion puede hacerse verbalmente ó por escrito. Tom. 4, pag. 248, §. 3.

No es necesario que el apelante exprese ó pruebe el agravio. Tom. 4, pag. 248, §. 4.

De las personas que pueden apelar. Tom. 4, pag. 248, §. 5.

Solo puede apelarse de las sentencias definitivas, mas no de las interlocutorias, excepto en los casos que allí se expresan. Tom. 4, pag. 249, §. 6 y 7.

De algunas sentencias definitivas, en las cuales no se admite la apelacion. Tom. 4, pag. 249, §. 8.

Cuando la sentencia contiene diversos capítulos, ó cosas separadas, puede apelarse de las unas dejando las otras. Tom. 4, pag. 250, §. 9.

La apelacion interpuesta por uno de los compañeros en el pleito, aprovecha á los demas comprendidos en la misma sentencia, excepto en los casos que allí se expresan. Tom. 4, pag. 251, §. 10.

Deben admitirse todas las apelaciones, excepto aquellas en que haya para negarlas causa aprobada por las leyes. Tom. 4, pag. 251, §. 11.

Efectos que produce la apelacion. Tom. 4, pag. 251, §. 12.

¿De cuantos modos puede el juez admitir la apelacion? Tom. 4, pag. 251, §. 13.

Ventajas de la apelacion cuando se admite en los dos efectos suspensivo y devolutivo. Tom. 4, pag. 252, §. 14 al 16.

¿Como se entiende la apelacion cuando se admite sin la expresion de que sea en los dos efectos? Tom. 4, pag. 252, §. 17.

¿Si la apelacion admitida con la cláusula *en cuanto ha lugar en derecho*, producirá los dos efectos devolutivo y suspensivo? Tom. 4, pag. 253, §. 18 al 20.

Regla para facilitar un conocimiento sencillo de las causas que por su naturaleza ó por accidente no admiten apelacion suspensiva. Tom. 4, pag. 254, §. 21.

Ejemplos de sentencias que no admiten apelacion suspensiva, para aclaracion de la regla anterior. Tom. 4, pag. 254, §. 22.

Testimonio que debe darse al apelante, y lo que ha de contener. Tom. 4, pag. 255, §. 23.

¿Que se practica cuando el juez ó escribano deniega ó retarda el testimonio pedido por el apelante? Tom. 4, pag. 255, §. 24 al 26.

Del término que conceden las leyes para apelar. Tom. 4, pag. 256, §. 27.

La apelacion se ha de interponer del juez menor al mayor inmediato. Tom. 4, pag. 256, §. 28.

De los tribunales á quienes corresponde el conocimiento de las causas apeladas. Tom. 4, pag. 257, §. 29 y 30.

¿A quien corresponde el conocimiento de las apelaciones de las sentencias pronunciadas por los señores Alcaldes de Casa y Corte que despachan las causas civiles en provincia? Tom. 4, pag. 261, §. 49.

¿Quien conoce de las causas entre los individuos de los gremios menores de Madrid sobre la observancia y cumplimiento de sus Ordenanzas? Tom. 4, pag. 262, §. 50.

Los ayuntamientos tienen facultad de conocer privativamente por apelacion de algunas causas: ¿cuales sean estas? Tom. 4, pag. 262, § 52.

Trámites que se observan en apelacion al cabildo. Tom. 4, pag 263, §. 53 al 59.

¿A quien ha de apelarse del juez delegado secular? Tom. 4, pag. 264, §. 60.

No puede apelarse del alcalde mayor del señor á este mismo, ni del teniente corregidor al mismo corregidor, ni del vicario general del obispo para ante este. Tom. 4, pag. 265, §. 61.

¿A quien debe apelarse del obispo y del patriarca ó primado? Tom. 4, pag. 265, §. 62.

Cuando los prelados eclesiásticos tienen jurisdiccion temporal, ¿á quien ha de apelarse por lo respectivo á ella? Tom. 4, pag. 265, §. 63.

En el fuero secular solo puede apelarse dos veces. Tom. 4, pag. 265, §. 64.

APELACIONES, SUPLICAS Y RECURSOS extraordinarios al Soberano en las causas criminales. Se impugna la opinion de los intérpretes que no admiten apelacion en las causas criminales contra lo dispuesto terminantemente por las leyes. Tom. 7, pag. 6, §. 1.

Delitos exceptuados, en los cuales por su enormidad está denegada la apelacion. Tom. 7, pag. 7, §. 3.

¿Si deberá denegarse la apelacion en los delitos notorios? Tom. 7, pag. 8, §. 3.

La apelacion se deniega en los casos de hermandad. Tom. 7, pag. 8, §. 4.

Tampoco se admite la apelacion en el Consejo y en la Sala de los señores Alcaldes de Casa y Corte de las providencias ó sentencias que dan los que conocen por comision que dimana del mismo tribunal. Tom. 7, pag. 8, §. 5.

Fuera de los casos expresados en los párrafos anteriores, puede interponerse la apelacion en las causas criminales, no solo de las sentencias definitivas, sino tambien de las interlocutorias, cuyos agravios no pueden repararse por aquellas. Tom. 7, pag. 9, §. 6.

Término para apelar, introducir la apelacion, y alegar agravios y beneficio de restitucion, que se concede por el trascurso del tiempo. Tom. 7, pag 9, §. 7.

Apelada la sentencia ha de hacer remesa del reo el juez inferior al superior, si lo pide, y no de otro modo; pero siempre debe hacerla de los autos. Tom. 7, pag. 10, §. 8.

Una vez entablada la apelacion, acabó el oficio del juez inferior, y será atentado cuanto obre y juzgue en adelante. Tom. 7, pag. 10, §. 9.

Aunque la sentencia definitiva no admita apelacion, pueden admitirla las providencias relativas á la sustanciacion de la causa, cuyo gravamen sea irreparable. Tom. 7, pag. 10, §. 10.

Dejándose inapelada la sentencia ante el juez que la dió, pasado el término de la apelacion puede el agraviado entablarla ante el superior, mediante testimonio de aquella. Tom. 7, pag. 10, §. 11.

Dejando de apelar el reo, ó consintiendo expresamente la sentencia, pueden sus parientes hacerlo, y seguir la causa para vindicar la nota ó injuria que pueda seguirseles de ella. Tom. 7, pag. 10, §. 12.

En caso de discordar el juez propietario y el acompañado de sus sentencias, se remiten entrambas en consulta al superior correspondiente. Tom. 7, pag. 11, §. 13.

Efectos de la apelacion en las causas criminales. Tom. 7, pag. 11, §. 14.

De las súplicas en las causas criminales. Tom. 7, pag 1, §. 15 al 17.

En estas no tiene lugar el recurso de segunda suplicacion, ni el de injusticia notoria. Tom. 7, pag. 12, §. 18.

De otros recursos al Soberano en las causas criminales. Tom. 7, pag. 12, §. 19 al 29.

APERCIBIMIENTO: ¿que es, y cuáles efectos produce? Tom. 7, pag. 54, §. 45.

APERTURA DE TESTAMENTO. (Véase la palabra testamento)...

ARBITROS DE DERECHO Y ARBITRADORES. ¿Como deben determinar el negocio unos y otros? Tom. 4, pag. 33, §. 4.

¿Quienes pueden ser árbitros y arbitradores? Tom. 4, pag. 34, §. 5.

Puede comprometerse la causa ó negocio en el contarrio como arbitrador, ¿y de que modo valdrá lo que resuelva? Tom. 4, pag. 34, §. 6.

Los árbitros no deben ser apremiados á aceptar el encargo de tales; pero despues de aceptado les puede compeler el ordinario á la decision del negocio. Tom. 4, pag. 34, §. 7.

¿En que casos no estarán obligados á determinar el negocio, aunque hayan aceptado el encargo? Tom. 4, pag. 35, §. 8.

Si despues del nombramiento se enemistare alguno de los interesados con los árbitros, ó pudiere probar que el otro los sobornó, ¿que podrá hacer? Tom. 4, pag. 35, §. 9.

Los árbitros y el tercero en discordia han de jurar cuando aceptan el encargo. Tom. 4, pag. 35, §. 10.

Los árbitros deben sentenciar el pleito en el lugar que señalaren los litigantes, y á falta de señalamiento en aquel en que les cometieren el negocio. Tom. 4, pag. 35, §. 11.

¿En que penas incurrirán los árbitros si dejaren pasar dolosamente el término sin decidir el negocio, ó fuere injusta, ó maliciosa la determinacion? Tom. 4, pag. 36, §. 12.

No pueden ser recusados los árbitros ni el tercero, sino por justa causa originada y sabida despues del nombramiento. Tom. 4, pag. 36, §. 13.

Falleciendo alguno de los árbitros antes de la determinacion del pleito; no pueden los otros sentenciarle, á menos que los litigantes les hayan dado facultades previniendo este caso. Tom. 4, pag. 36, §. 14.

De la sentencia de los árbitros puede interponer apelacion el agraviado, y de la de los arbitradores pedir reduccion á albedrio de buen varon, y nulidad. Tom. 4, pag. 36, §. 15.

Trae aparejada ejecucion la sentencia arbitraria consentida tácitamente por los litigantes. Tom. 4, pag. 37, §. 17.

¿En que casos no incurrirá en pena el litigante condenado, que no cumple la sentencia? Tom. 4, pag. 37, §. 17.

Pueden los árbitros por razon de su oficio prefinir término à los litigantes, é imponerles pena para que cumplan su sentencia, aunque no les hayan dado facultades para ello. Tom. 4, pag. 38, §. 18.

Deben los litigantes imponerse pena convencional para que se exija al que no quiera conformarse con la sentencia arbitraria. Tom. 4, pag. 38, §. 19.

ARRAS. ¿Cuantas especies hay de ellas? Tom. 1, pag. 79, §. 1.

El novio no tiene obligacion de dotar ó dar arras à la novia. Tom. 1, pag. 80, §. 2.

La muger hace suyas las arras, y por su muerte corresponden à sus herederos. Tom. 1, pag. 80, §. 3.

¿En que tiempo pueden ofrecerse y aumentarse las arras? Tom. 1, pag. 81, §. 4.

¿En que casos podrá el marido enagenar las arras? Tom. 1, pag. 81, §. 5.

Pueden prometerse las arras no solo de los bienes presentes sino de los futuros. Tom. 1, pag. 81, §. 6.

Los menores pueden ofrecer arras en la cantidad permitida por la ley, sin que sobre esto tengan restitucion. Tom. 1, pag. 81, §. 7.

Para abonar ó no arras à la muger, y en qué cantidad, debe atenderse à lo capitulado en las escrituras matrimoniales. Tom. 1, pag. 82, §. 8 al 11.

No solo puede el novio ofrecer arras à su futura esposa, siendo soltera, sino tambien viuda. Tom. 1, pag. 83, §. 12.

Ofreciendo el novio mas de la décima parte de sus bienes, no por via de arras, sino como dote ó remuneracion de las prendas personales de la novia, valdrá como donacion remuneratoria. Tom. 4, pag. 84, §. 13.

Pueden ofrecerse arras del usufructo de los bienes vinculados. Tom. 1, pag. 85, §. 14.

¿En que tiempo se han de ofrecer estas arras para que la muger tenga derecho à pedirlas? Tom. 1, pag. 85, §. 15.

Cuando el novio y su padre ofrecen arras, si muere aquel y la cantidad prometida no cabe en la décima parte de los bienes que deja, ¿tendrá derecho la muger para repetir contra

el suegro lo restante? Tom. 1, pag. 86, §. 16.

Si el novio ofreció en arras la décima parte de sus bienes creyendo que eran suyos, y despues le quitaron algunos en juicio, ¿tendrá cabimiento la oferta en mas que en la décima de los que realmente quedaron? Tom. 1, pag. 81, §. 17 y 18.

Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, podrá reintegrarse del engaño no pagando todo lo que ofreció. Tom. 1, pag. 87, §. 19.

Las arras gozan de hipoteca tácita en los bienes del marido. Tom. 1, pag. 88, §. 20.

¿Que derecho corresponderá à la muger para pedir lo que el marido la ofreció en arras, ó por via de aumento de dote, cuando la que se prometió al marido por el padre de su muger ú otro, no se le paga enteramente? Tom. 5, pag. 306, §. 62 al 65.

La décima parte que el novio da ú ofrece por via de arras, puede consignarla ó en finca determinada, ó en el total de los bienes que tiene y tuviere en adelante, ó en los mejores que tenga. Tom. 6, pag. 173, §. 2.

ARRENDAMIENTO. ¿Que se entiende por arrendar? Tom. 2, pag. 232, §. 1.

¿Quienes tienen facultad de hacer arrendamientos? Tom. 2, pag. 233, §. 2.

Los magistrados y otros que ejercen oficios públicos, estan inhibidos de tomar en arrendamiento las rentas reales. Tom. 2, pag. 233, §. 3.

Los facultativos tasadores de obras públicas no pueden tomar à su cargo dichas obras, ni tener parte en la contrata. Tom. 2, pag. 233, §. 4.

En el contrato de arrendamiento no cabe prescripcion. Tom. 2, pag. 233, §. 5.

Los oficios públicos jurisdiccionales no pueden ser arrendados. Tom. 2, pag. 234, §. 6.

Efectos del contrato de arrendamiento. Tom. 2, pag. 234, §. 7.

El arrendador debe manifestar al arrendatario los defectos de la cosa arrendada, pena de saneamiento. Tom. 2, pag. 235, §. 8.

Igualmente está obligado à satisfacer las cargas que tuviere sobre sí la finca arrendada. Tom. 2, pag. 235, §. 9.

Tambien lo está à abonar al arrendatario las mejoras subsistentes que hubiere hecho en ella. Tom. 2, pag. 235, §. 10.

¿Que reglas se han de observar en el arriendo de una finca

propia de varios dueños que no estan conformes? Tom. 2, pag. 235, §. 11.

El arrendatario está obligado à la conservacion de la finca, debiendo abonar al arrendador el perjuicio que resulte en su menoscabo. Tom. 2, pag. 236, §. 12.

Lo está igualmente à pagarle la pension estipulada, ¿y en qué términos? Tom. 2, pag. 236, §. 13.

Los productos de la finca arrendada estan afectos à la responsabilidad del pago, y por lo mismo tiene el arrendador accion à retenerlos. Tom. 2, pag. 237, §. 14.

Aunque el socio que disfruta solo la finca en que otros tienen parte, debe darla à estos en los frutos que produzca, no está obligado á darles alquileres, si es una casa y la habita. Tom. 2, pag. 237, §. 15.

Si los frutos de la finca arrendada se pierden enteramente por casos fortuitos, no está obligado el arrendatario à paga por aquel año la pension estipulada. Tom. 2, pag. 237, §. 16.

Esto no tiene lugar cuando el año anterior ó posterior han sido muy fecundos, ni cuando en el contrato hay renuncia del caso de esterilidad. Tom. 2, pag. 238, §. 17.

Duda resuelta sobre sucesos extraordinarios, y medio de evitar cuantas pueden ocurrir en la materia. Tom. 2, pag. 238, §. 18.

Si el arriendo se hace por un tanto de frutos segun fuere la cosecha, no hay derecho à otra cosa, sean los años estériles ó abundantes. Tom. 2, pag. 238, §. 19.

El arrendador de rentas reales no puede pedir descuento por razon de esterilidad, ni alegar lesion, aun cuando en el contrato no intervenga expresa renuncia. Tom. 2, pag. 239, §. 20.

Casos en que no ha lugar la compensacion de esterilidad en los arrendamientos, aunque no renunciase à ella expresamente el arrendatario. Tom. 2, pag. 240, §. 21.

Los herederos universales del arrendador y arrendatario deben pasar por el contrato que estos dejaren hecho. Tom. 2, pag. 240, §. 22.

Exceptúase por ser personal el arriendo del usufructo de una finca. Tom. 2, pag. 241, §. 23.

El menor, la muger casada, y el prelado eclesiástico, deben pasar por los arriendos que hicieren el curador, el marido y el predecesor. Tom. 2, pag. 241, §. 24.

¿Quienes no estan obligados à pasar por los arrendamientos hechos por los dueños anteriores de la finca? Tom. 2, pag. 241, §. 25.

Si el arrendatario conserva la finca tres dias mas del plazo por qué la arrendó, queda obligado por otro año. Tom. 2, pag. 242, §. 26.

El arrendatario está obligado bajo varias penas à devolver à su dueño la cosa arrendada luego que espire el arrendamiento. Tom. 2, pag. 242, §. 27.

En el arriendo de casa hay casos en que puede el arrendador desalojar al arrendatario antes de que aquel espire. Tom. 2, pag. 243, §. 28.

Casos en que el arrendatario puede ser echado de la finca arrendada, aunque no sea casa; y casos en que no lo podrá ser. Tom. 2, pag. 244, §. 29.

¿Cuando podrá el arrendatario subarrendar las fincas? Tom. 2, pag. 245, §. 30.

Variedad de opiniones sobre si tiene ó nó el arrendador accion sobre los frutos de la finca, estando subarrendada, cuando le es deudor el arrendatario. Tom. 2, pag. 245, §. 31.

En la Corte se reputan perpetuos los arrendamientos de las casas en favor de los inquilinos. Tom. 2, pag. 246, §. 32.

Cuando con causa legal echa el dueño de su casa à su inquilino, la ley concede à este el término de cuarenta dias en la Corte. Tom. 2, pag. 247, §. 33.

¿Que deberá contener la escritura de arrendamiento? Tom. 2, pag. 250, §. 49.

ARROGACION; ¿que es? Tom. 1, pag. 115, §. 1.

Efectos de la arrogacion. Tom. 1, pag. 116, §. 5.

Los hijos arrogados à falta de legítimos sucederán al prohijante por testamento y abintestato, si en la arrogacion no se expresa lo contrario. Tom. 2, pag. 382, §. 9.

ARTICULO DE ADMINISTRACION en materia de mayorazgos: reglas para sustanciarle. Tom. 2, pag. 50, §. 2 y 3.

ASCENDIENTES: son herederos forzosos de sus descendientes à falta de sucesion de estos. Véase la palabra *herederos*.

ASENTAMIENTO: es un medio que las leyes conceden al actor para que por contumacia del reo, se le ponga en posesion de los bienes de este. Tom. 4, pag. 75, §. 35.

ASESORES: ¿quienes son, y cuántas especies hay de ellos? Tom. 4, pag. 42, § 2 y 3.

ASILO: ¿que es? Tom. 7, pag. 38, §. 1.

Origen del asilo. Tom. 7, pag. 38, §. 2.

Disposiciones de los códigos Teodosiano y de Justiniano

acerca de esta materia. Tom. 7, pag. 38, §. 3.

Idem del Fuero Juzgo, y de las leyes de Partida. Tom. 7, pag. 39, §. 4 y 5.

Disposiciones conciliares acerca de este punto. Tom. 7, pag. 39, §. 6.

¿Quienes son los reos que no gozan de la inmunidad? Tom. 7, pag. 40, §. 8 al 15.

Real Cédula de 11 de noviembre de 1800, en que se prescriben las reglas para la extraccion de reos refugiados à sagrado, formacion y determinacion de sus causas. Tom. 7, pag. 41, §. 16 al 29.

¿Que deberán hacer los jueces eclesiásticos cuando los jueces seculares violaren los sagrados derechos de la inmunidad local? Tom. 7, pag. 45, §. 30.

Otra especie de asilo distinta de la anterior, que es el que concede en su territorio un Soberano extrangero á los delincuentes de este pais. Tom. 7, pag. 45, §. 31.

AUDIENCIAS. Véase chancillerías.

AVOCACION DE LAS CAUSAS por los tribunales superiores. Tom. 4, pag. 272, §. 19.

De la avocacion de causas al Supremo Consejo. Tom. 4, pag. 272, §. 20.

En las chancillerías y audiencias no hay avocacion sino en los casos de Corte. Tom. 4, pag. 272, §. 21.

Práctica que se observa en algunas chancillerías cuando las partes ocurren à ellas quejándose de las injusticias ó falta de audiencia de los jueces inferiores. Tom. 4, pag. 272, §. 22.

Práctica de las mismas en los procesos criminales. Tom. 4, pag. 273, §. 23 y 24.

Los señores que tengan jurisdiccion no pueden avocar à sí los pleitos ó causas que se ventilen en los juzgados de sus alcaldes mayores ú ordinarios. Tom. 7, pag. 273, §. 25.

Avocacion de las causas eclesiásticas. Tom. 7, pag. 273, §. 26 y 27.

BEN

BENEFICIO DE LA COMPETENCIA: los que gozan de él no pueden ser reconvenidos en mas de sus posibles por deuda civil, antes bien se les ha de dejar una cóngrua sustentacion. ¿Quienes son estos? Tom. 5, pag. 105, §. 44 al 46.

BIENES: division de ellos en muebles, raices, derechos y acciones, para saber cómo ha de hacerse la ejecucion en los mismos. Tom. 5, pag. 66, §. 31 al 35.

El orden que previene la ley en cuanto al modo de hacer la traba en los bienes, segun la clase de estos, ¿como deberá entenderse? Tom. 5, pag. 83, §. 4.

Puede hacerse la traba en varias cosas ó bienes del deudor, nombrándolas individualmente, ó en una sola à nombre y voz de las demas. Tom. 5, pag. 84, §. 5.

BIENES EJECUTADOS: deben inventariarse con especificacion y claridad, y depositarse en persona abonada. Tom. 5, pag. 86, §. 10.

No hallándose depositario abonado, puede el alguacil entregarlos al acreedor por via de depósito, ó hacer que de su cuenta y riesgo busque quien lo sea. Tom. 5, pag. 86, §. 11.

Los bienes ejecutados deben venderse à pública subasta y por pregones. Tom. 5, pag. 90, §. 17.

CAP

CAPELLANÍA: ¿que es, y cuántas especies hay? Tom. 2, pag. 83, §. 1.

Circunstancias de las capellanías mercenarias en que el capellan administra sus bienes. Tom. 2, pag. 84, §. 2.

En ellas no hay necesidad de otro título que el simple nombramiento del patrono. Tom. 2, pag. 85, §. 3.

Dichas capellanías no pueden convertirse en colativas, ni prestar título para ordenarse, sino lo expresa su fundacion. Tom. 2, pag. 85, §. 4.

¿Cuales son las capellanías colativas, y qué circunstancias concurren en ellas? Tom. 2, pag. 86, §. 5.

¿Que se entiende por capellanías gentilicias? Tom. 2, pag. 87, §. 6.

¿Quienes no pueden ser ordenados à título de capellanía colativa? Tom. 2, pag. 87, §. 7.

Las capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato ó por testamento. Tom. 2, pag. 88, §. 8.

Legislacion actual sobre los bienes pertenecientes à capellanías. Tom. 2, pag. 88 y 89, §. 9 y 10.

Disposiciones eclesiásticas en orden à los requisitos que deben

tener las capellanías, para poderse ordenar à título de las mismas, y demas que comprende la bula de Inocencio XII. Tom. 2, pag. 89, §. 11.

¿Como se sucede en las capellanías colativas? Tom. 2, pag. 90, §. 12.

CAREO: ¿que es, y cuándo deberá hacerse? Tom. 7, pag. 308, §. 4.

Defensa del careo contra la opinion de algunos autores que le desaprueban. Tom. 7, pag. 308, §. 5.

CASOS DE CORTE: ¿cuales son? Tom. 3, pag. 297, §. 6 y 7.

¿Quienes gozan del privilegio de caso de Corte? Tom. 3, pag. 298, §. 8 y 9.

En un negocio individuo ó comun à dos personas, de las cuales una goce de dicho privilegio, alcanzará este tambien à la otra. Tom. 3, pag. 299, §. 10.

No pueden conocer en primera instancia los oidores dentro de las cinco leguas de su distrito, ni sacar à los reos de su fuero sino por caso de Corte. Tom. 3, pag. 299, §. 11.

¿Cuantas especies hay de casos de Corte? ¿Cuales son los civiles? Tom. 3, pag. 300, §. 12.

¿Cuales son los criminales? Tom. 3, pag. 300, §. 13.

CAUCION JURATORIA: ¿que es? Tom. 2, pag. 444, §. 18.

Equivocacion de un autor acerca de esta caucion por la mala inteligencia de una ley. Tom. 2, pag. 444, §. 19.

CAUSAS CRIMINALES. Advertencias que deben tener presentes los jueces y escribanos para proceder con acierto en la sustanciacion de ellas. Tom. 7, pag. 33, Apéndice 1.

Causas criminales contra reos ausentes, ó fugados: modo de sustanciarlas. Tom. 7, pag. 69, Apéndice 4.

Causas criminales contra militares y demas personas que gozan de su fuero. Modo de proceder en ellas. Tom. 7, pag. 178, Apéndice 9.

CENSO. Varias acepciones de esta palabra. Tom. 2, pag. 266, §. 1.

¿Que es censo en la significacion de contrato, y en qué especies se divide? Tom. 2, pag. 267, §. 2.

Condiciones del censo enfitéutico entre nosotros. Tom. 2, pag. 268, §. 3.

El censo enfitéutico participa de los contratos de venta y arrendamiento. Tom. 2, pag. 268, §. 4.

Derechos que corresponden al señor del directo dominio ó

censualista en el censo enfitéutico. Tom. 2, pag. 269, §. 5.

¿Como se entiende el derecho de tanteo que tiene el censualista en las ventas de la finca hipotecada? Tom. 2, pag. 270, § 6.

Derechos que corresponden en la finca al dueño del dominio util, ó sea censuario. Tom. 2, pag. 270, §. 7.

Diferencia entre el enfiteusis concedido por vidas, y el que se cuenta por generaciones. Tom. 2, pag. 271, §. 8.

Concesion apostólica en favor de la orden de San Juan para dar en enfiteusis las fincas de Galicia. Tom. 2, pag. 271, §. 9.

La ruina parcial de la finca carga sobre el enfiteuta, y la total sobre el señor del directo dominio. Tom. 2, pag. 271, §. 10.

¿Por cuales medios se prueba el directo dominio que se tiene sobre una finca? Tom. 2, pag. 27, §. 11 y 12.

¿Como pueden reducirse à temporales los censos enfitéuticos perpetuos, y en qué términos debe hacerse la deduccion de capital, cargas &c.? Tom. 2. pag. 272 y 273, §. 13 y 14.

¿Como se hace la deduccion en la venta de una casa que tiene sobre sí censo enfitéutico y carga real? Tom. 2, pag. 274, §. 15 y 16.

¿Como se hará la indicada deduccion si la finca que se hipoteca pertenece à muger casada? Tom. 2, pag. 275, §. 17.

No es verdad que una ley recopilada haya prohibido el censo enfitéutico perpetuo, como cree un autor. Tom. 2, pag. 275, §. 18.

Los censos enfitéuticos son perniciosos al estado. Tom. 2, pag. 276, §. 19.

Este censo puede extinguirse por cuatro causas. Tom. 2, pag. 276, §. 20.

Censo consignativo: ¿que es, y cuáles circunstancias han de concurrir en él para su estabilidad? Tom. 2, pag. 290, §. 1.

¿Quienes pueden imponerle, y con qué réditos? Tom. 2, pag. 290, §. 2.

La imposicion de este censo debe hacerse sobre bienes raices fructiferos, libres y determinados. Tom. 2, pag. 291, §. 3.

Tambien se puede hacer sobre otro censo, y sobre derechos; pero aquel y estos han de ser perpetuos. Tom. 2, pag. 291, §. 4.

En este contrato pueden intervenir pactos y condiciones justas; pero no las que esten reprobadas. Tom. 2, pag. 292, §. 5.

¿Cuales son estas? Tom. 2, pag. 292, §. 6 al 16.

El imponedor del censo debe manifestar al censualista las cargas que la finca tiene sobre sí, pena de ser precisado à redimirle. Tom. 2, pag. 297, §. 17.

El censuario ademas de la finca especial debe hipotecar todos sus bienes. Tom. 2, pag. 297, §. 18.

Cláusulas que deben ponerse en la escritura de este censo. Tom. 2, pag. 297, § 19 al 22.

El capital del censo jamas se prescribe. Tom. 2, pag. 299, §. 23.

No sucede lo mismo sobre los réditos, en orden à los cuales ha de observarse lo prevenido en la ley 63 de Toro. Tom. 2, pag. 299, §. 24.

El censuario tiene libertad para redimir el censo cuando quiera, y no podrá ser compelido à hacerlo sino en los dos casos que alli se expresan. Tom. 2, pag. 299, §. 25 al 27.

Circunstancias que se requieren para que varias corporaciones puedan imponer censos consignativos. Tom. 2, pag. 300, §. 28.

Este censo y demas contratos en que interviene hipoteca, deben ser registrados en la cabeza del partido en que se celebren. Tom. 2, pag. 300, §. 29.

Censo reservativo al quitar. ¿que es? Tom. 2, pag. 310, §. 1.

¿En que conviene y se diferencia del censo enfitéutico? Tom. 2, pag. 310, §. 2.

¿En que conviene y se diferencia del censo consignativo? Tom. 2, pag. 311, §. 3.

Modo de extender la escritura del censo reservativo. Tom. 2, pag. 312, §. 4.

Censo vitalicio: ¿que es? Tom. 2, pag. 317, §. 1.

Discordancia de los autos sobre la naturaleza de este contrato. Tom. 2, pag. 318, §. 2.

Por nuestras leyes debe necesariamente constar la entrega del capital en dinero efectivo. Tom. 2, pag. 318, §. 3.

Desde que se verifica la entrega del capital, y no antes, empieza el derecho á la renta. Tom. 2, pag. 318, §. 4.

Para seguridad de los réditos pueden hipotecarse fincas propias del censuario ó de otro que se preste á ello. Tom. 2, pag. 319, §. 5.

Puede instituirse el censo vitalicio por la vida de otro individuo que no sea el censualista. Tom. 2, pag. 320, §. 6.

Acabada la vida del sugeto en cuya cabeza se impuso el censo, acaba la obligacion de pagar la renta. Tom. 2, pag. 320, §. 7.

Los réditos anticipados recibidos por el censualista, deben ser devueltos al censuario desde el dia que aquel hubiere fallecido. Tom. 2, pag. 321, §. 8.

Ninguno que tenga herederos forzosos puede dar todo su capital à censo vitalicio. Tom. 2, pag. 321, §. 9.

Condiciones que debe contener la escritura de creacion de este censo. Tom. 2, pag. 323, §. 10 y 11.

De la reduccion de censo: ¿que es, y que circunstancias han de concurrir en ella? Tom. 2. pag. 328, § 1.

De la redencion del censo: ¿que es, y de cuantos modos puede verificarse? Tom. 2, pag. 329, §. 2.

Si el censo pertenece á mayorazgo ó capellanía, se hace la redencion por medio de citacion judicial y depósito de dinero. Tom. 2, pag. 330, § 3.

¿En que casos deben correr los réditos del censo despues de entablada la redencion? Tom. 2, pag. 330, §. 4.

Práctica de Alcalá de Henares en orden à la redencion de censos, y sus inconvenientes. Tom. 2, pag. 331, §. 5.

¿Que es subrogacion de censo, requisitos que pide, y facultad que tienen de hacerla los censualistas? Tom. 2, pag. 332, §. 6.

¿Que es reconocimiento de censo, en qué términos debe hacerse, y que efectos produce? Tom. 2, pag. 333, §. 7.

CESION: ¿que es, y en que se diferencia de la renuncia? Tom. 2, pag. 619, § 1 y 2.

¿De cuantas maneras se divide? Tom. 2, pag. 620, §. 3.

¿Quienes pueden hacer cesiones? Tom. 2, pag. 620, §. 4.

Los menores necesitan licencia del juez ó de su curador, segun la calidad de los bienes sobre que versa la cesion. Tom. 2, pag. 620, §. 5.

Las acciones que pueden ser cedidas son todas las trasmisibles, ora competan contra las cosas, ora contra las personas. Tom. 2, pag. 620, § 6.

Tambien pueden cederse los derechos de futuro, sean condicionales ó á dia cierto. Tom. 2, pag. 621, §. 7.

Varias acciones que no pueden ser cedidas. Tom. 2, pag. 621, §. 8.

Efectos diversos de la cesion segun las expresiones con que está concebida. Tom. 2, pag. 622, §. 9.

La cesion puede ser por causa gratuita ú onerosa. Tom. 2, pag. 623, §. 10.

Circunstancias que pide este contrato, y cláusulas que deben insertarse en la escritura. Tom. 2, pag. 623, §. 11.

Otras que es preciso añadir cuando la cesion es remuneratoria. Tom. 2, pag. 624, §. 12.

Si el cesionario se da por contento con el deudor, queda el cedente libre de responsabilidad Tom. 2, pag. 624, §. 13.

La cesion onerosa ó remuneratoria es irrevocable; mas no la gratuita, á excepcion de algunos casos. Tom. 2, pag. 625, §. 14.

CESION DE BIENES: ¿que es? Tom. 5, pag. 242, §. 2.

¿Quienes pueden hacer dicha cesion? Tom 5, pag. 242, §. 3.

¿A quienes está prohibido el hacerla? Tom. 5, pag. 243, §. 4 al 6.

Ninguno puede renunciar el beneficio de la cesion, aun con juramento. Tom. 5, pag. 244, §. 7.

Requisitos necesarios para este género de concurso voluntario. Tom. 5, pag. 244, §. 8 al 10.

Puede formarse este concurso por caso de Corte, en la chancilleria ó audiencia del distrito en que el deudor tenga su domicilio. Tom. 5, pag. 248, §. 11.

Excepcion de la doctrina sentada en el párrafo anterior. Tom. 5, pag. 248, §. 12.

Efectos que surte la cesion. Tom. 5, pag. 248, §. 13.

En este concurso controvierten los acreedores entre sí, no solo sobre la preferencia en el pago de sus créditos, sino sobre su legitimidad y calificacion, y para ello no basta el reconocimiento del papel ó confesion del concursante. Tom. 5, pag. 249, §. 14.

Limitacion de lo expuesto en el párrafo anterior. Tom. 5, pag. 250, §. 15.

Aunque el deudor haya hecho cesion de bienes, puede arrepentirse y seguir contra ellos su derecho. Tom. 5, pag. 250, §. 16.

Si el deudor antes de hacer cesion de bienes pagare su crédito á alguno no podrán revocar el pago los otros. Tom. 5, pag. 250, §. 17.

El deudor no pierde por la cesion de sus bienes, las acciones activas ni pasivas, ni el dominio ó propiedad de ellos hasta que se subasten y distribuyan. Tom. 5, pag. 250, §. 18.

Consignacion que debe hacerse para los alimentos del concursante, cuando es título ú otra persona constituida en dignidad. Tom. 5, pag. 251, §. 19.

Trámites que se observan en este juicio de concurso voluntario. Tom. 5, pag. 251, §. 20 al 27.

La sentencia de graduacion es apelable como otra cualquiera dada en primera instancia. Tom. 5, pag. 255, §. 28.

CITACION: sus especies: ¿Como se define la citacion verbal? Tom. 4, pag. 63, §. 1.

¿Quienes deben ser citados? Tom. 4, pag. 64, §. 2 y 3.

El citado debe comparecer ante el juez que le mandó citar, aunque goce de privilegio. Tom. 4, pag. 65, §. 4.

¿Que deberá hacer el escribano en caso de no poder hallar al que ha de ser citado? Tom. 4, pag. 65, §. 5.

Si hiciere la citacion el portero mayor del juez, ha de justificarla con un testigo, y si el menor, con dos. Tom. 4, pag. 66, §. 6.

Si fuere menor de edad el que ha de ser citado, se debe proveer de curador *ad litem*. Tom. 4, pag. 66, §. 7.

¿Que deberá hacerse si el que ha de ser citado estuviere domiciliado en el territorio de otro juez? Tom. 4, pag. 66, §. 8.

Siendo delegado ó comisionado el juez que entiende en el negocio, ¿que deberá practicarse para hacer la citacion? Tom. 4, pag. 67, §. 9.

En las demandas contra alguna corporacion, basta que la notificacion se haga à su procurador ó apoderado. Tom. 4, pag. 68, §. 12.

Respecto de otro cualquiera particular, sino pudiere ser hallado cómodamente, basta que se notifique á su procurador. Tom. 4, pag. 68, §. 13.

En los pueblos donde hay procuradores determinados, se entregan à estos los autos, y no á las partes. Tom. 4, pag. 68, §. 14.

La citacion es un acto de jurisdiccion. Tom. 4, pag. 69, §. 15.

En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados. Tom. 4, pag. 69, §. 16.

Cuando el reo comparece por sí ó por su procurador en el juicio antes de ser citado, no es necesario hacer citacion. Tom. 4, pag. 69, §. 17.

Es necesaria nueva citacion si el juez de la causa delegare su jurisdiccion para dar sentencia, ó si muriere alguna de las partes. Tom. 4, pag 69, §. 18.

¿Que es citacion real? Tom. 4, pag. 70, §. 19.

Por esta citacion se empieza real y verdaderamente el uso de la accion. Tom. 4, pag. 70, §. 20.

De la citacion por escrito. Tom. 4, pag. 70, §. 21.

¿En que casos tiene lugar esta citacion? Tom. 4, pag. 70, §. 22.

El modo de citar por edictos, compete solamente á los jueces ordinarios y á los delegados del Soberano ó su Consejo. Tom 4, pag. 71, §. 23.

¿Cuales son las personas que no deben ser emplazadas en cau-

sas civiles para que comparezcan personalmente ante el juez? Tom. 4, pag. 76, §. 37.

CLAUSULA CODICILAR: ¿que es? Tom. 1, pag. 535, §. 1.

Efectos que produce esta cláusula. Tom. 1, pag. 535. §. 2 al 7.

CLAUSULA GUARENTIGIA: ¿cual es esta, y que efectos produce? Tom. 5, pag. 12, §. 7.

Cláusula perteneciente á fundaciones de obras pias, que es nula por derecho. Tom. 1, pag. 558, §. 14.

Otra que tambien lo es sobre que no deben dar cuenta los tutores. Tom. 1, pag. 558, §. 3.

Tampoco vale la cláusula derogatoria del fuero ò costumbre del pueblo del domicilio ó del arraigo. Tom. 1, pag. 558, §. 4.

La cláusula que prohibe al propietario la accion de obligar al usufructuario á que inventarie los bienes del primero, es nula, à excepcion del caso en que le nombre heredero á ellos. Tom. 1, pag. 559, §. 5.

Cláusula que se pone en los mandamientos ejecutivos: *hacedla conforme á derecho*: ¿que quiere decir? Tom. 5, pag. 12. §. 7.

CODICILO: ¿que es? Tom. 1, pag. 531, §. 1.

No debe nombrarse heredero en el codicilo. Tom. 1, pag. 532, §. 2.

Los codicilos pueden ser dos ó mas sin perder ninguno su validez. Tom. 1, pag. 533, §. 3.

El codicilo puede ser abierto ó cerrado; solemnidad que requiere uno y otro. Tom. 1, pag. 534, §. 4.

COLACION: ¿que es? Tom. 6, pag. 255, §. 2.

¿De cuantos modos puede hacerse? Tom. 6, pag. 255, §. 3 y 4.

Regularmente hablando debe colacionarse la misma cosa, y no su estimacion, excepto en los casos que allí se expresan. Tom. 6, pag. 256, §. 5.

¿Cuando deberá hacerse la colacion? Tom. 6, pag. 257, §. 6.

¿Que deberá practicarse en el caso de que el padre prohibiese expresamente la colacion? Tom. 6, pag. 257, §. 7.

Circunstancias que se requieren para que tenga lugar la colacion. Tom. 6, pag. 257, §. 8.

En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus descendientes, á quienes se debe abintestato la legitima. Tom. 6, pag. 258, §. 9.

Entre los herederos extraños instituidos solos ó juntamente con los hijos del testador no tiene lugar la colacion; pero sí entre estos. Tom. 6, pag. 258, §. 10.

Tampoco tiene lugar entre los colaterales ni entre los ascendientes. Tom. 6, pag. 258, §. 11.

Asimismo no colacionan los hijos legitimados por el Soberano, los adoptivos ni los naturales. Tom. 6, pag. 259, §. 12.

De los bienes que son ó no colacionables. Tom. 6, pag. 259, §. 13.

Por regla general deben colacionar los descendientes en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron ó hicieron en vida, y les provinieron del patrimonio del ascendiente de cuya herencia se trata, si la aceptan. Tom. 6, pag. 260, §. 14.

Las hijas deben por consiguiente traer à colacion la dote y donacion *propter nuptias* que recibieron de sus padres. Tom. 6, pag. 260, §. 15.

Los hijos é hijas á quienes sus padres juntos dieron capital ó dotaron, no deben por muerte de uno de estos colacionar con sus hermanos mas que la mitad de dicho dote ó capital. Tom. 6, pag. 169, §. 2.

Otras cuestiones relativas á este punto. Tom. 6, pag. 169, §. 3 al 5, y pag. 262, §. 17 al 20.

Deben los hijos colacionar los oficios públicos redimibles comprados con el dinero de sus padres, si son trasmisibles. Tom. 6, pag. 265, §. 23.

¿Si deberá colacionar el hijo los gastos hechos por su padre en sacar las bulas para obispado, canonicato ú otro beneficio? Tom. 6, pag. 265, §. 24.

De otras cosas que deberá ó no colacionar el hijo. Tom. 6, pag. 266, §. 25 al 53.

Son colacionables en cuenta de legítima las donaciones que los padres hacen á sus hijos por causa necesaria, mas no las simples, ó que proceden de mera liberalidad del donante, excepto en los tres casos que allí se expresan. Tom. 6, pag. 277, §. 54.

¿Cuales se llaman donaciones necesarias? Tom. 6, pag. 278, §. 55.

¿Si lo que el abuelo dió à la nieta viviendo su padre, lo deberá colacionar aquella ó este. Tom 6, pag. 278, §. 56 y 57.

¿Si deberán colacionar lo que en vida recibieron de sus padres el hijo ó la hija excluidos de heredar? Tom. 6, pag 279, §. 58.

Cuando los nietos entran á heredar al abuelo por muerte de su padre, no tienen obligacion de colacionar lo que en vida les dió este, y solo tendrá lugar la colacion cuando hayan de dividir-

se los bienes paternos Tom 6, pag. 280, §. 59.

Los nietos que recibieron algo de su abuelo ó abuela despues de muerto su padre ó madre, estan obligados à colacionarlo con los otros nietos ó con sus tios cuando heredan á su abuelo ó abuela, porque se les debe la legitima. Tom. 6, pag. 280, § 60.

La misma obligacion tienen los nietos de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á sus padres, y por muerte de estos entró en su poder. Tom. 6, pag. 280, §. 61.

Dos casos en que segun Febrero no estan obligados los nietos á hacer la colacion, sucediendo con sus tios ó abuelos. Impugnacion de la doctrina del autor en el segundo caso Tom 6, pag. 281, §. 62 al 64.

¿Si la renuncia de legitima que hace la madre contenta con su dote, perjudicará ó no á sus hijos, viniendo estos á heredar al abuelo? Tom. 6, pag. 285, §. 65.

¿En que casos y de que modo tendrá lugar la colacion del enfiteusis? Tom. 6, pag. 286, §. 67 al 75.

La accion de colacionar y pedir la colacion, no solo compete á aquel à quien se ha de colacionar, sino á su heredero. Tom. 6, pag. 289, §. 1.

Explicacion de la ley 29 de Toro en orden á la obligacion que tienen las hijas de traer à colacion la dote y otras donaciones hechas por sus padres. Tom. 6, pag. 290, §. 2 y 3.

¿Por que precio ó valor deberán colacionarse los bienes donados ó dados en dote, segun las diversas clases de estos y sus circunstancias? Tom. 6, pag. 292, §. 4 al 7.

COMODATO: ¿que es? Tom. 2, pag. 465, §. 4.

Responsabilidad del comodatario acerca de la cosa prestada. Casos en que es menor dicha responsabilidad. Tom. 2, pag. 466, §. 5.

En el comodato, si perece la cosa, la pierde el comodante, à menos que intervenga culpa de parte del comodatario. Tom. 2, pag. 467 §. 6.

COMPAÑIA: ¿en que consiste este contrato? Tom. 2, pag. 350, §. 1.

La compañia es universal ó particular. Tom. 2, pag. 351, § 2.

Para su validez se requieren cinco condiciones. Tom. 2, pag. 351, §. 3.

¿Quienes pueden intervenir en ella.? Tom. 2, pag. 351, §. 4.

La compañia por tiempo indefinido no vale. Tom. 2, pag. 351, §. 5.

Aun cuando medie pacto, no se transfiere à los herederos de los socios sino en pocos casos. Tom. 2, pag. 351, §. 6.

La mayor remuneracion del socio mas activo es justa; pero no es lícito que uno tenga las utilidades, y otro los perjuicios. Tom. 2 pag. 352, §. 7.

Pactos nulos en el contrato de compañia. Tom. 2, pag. 352, §. 8.

En la compañía universal se comprenden los bienes todos de los socios si otra cosa no se pactare. Tom. 2, pag. 352, §. 9.

El dominio de los bienes de cada socio pasa á los demas, por lo cual pueden individualmente reclamarlos en juicio, excepto el señorio y la jurisdiccion. Tom. 2, pag. 352, §. 10.

El socio de compañia particular puede tener otra diversa, en cuyo caso no está obligado à comunicar las ganancias de la una à los consocios de la otra. Tom. 2, pag. 353, §. 11.

El socio debe poner en el manejo de los bienes de la compañía igual cuidado que en los suyos propios. Tom. 2, pag. 353, §. 12.

¿Como deben dividirse entre los socios las existencias y utilidades de la compañía? Tom. 2, pag. 353, §. 13.

Los pactos justos que hicieren entre sí los socios deben observarse puntualmente. Tom. 2, pag. 354, §. 14.

El socio que maneja los fondos de la compañía no puede ser reconvenido por los consocios en caso de pobreza, sino hasta donde alcancen sus medios. Tom. 2, pag., 355, §. 15.

Varias causas por que se disuelve la compañía. Tom. 2, pag. 355, §. 16.

Modo de proceder en la disolucion de la compañia, tanto universal como particular. Tom. 2, pag. 356, §. 17.

Cuando un socio ó su heredero continúa con los demas en los negocios de la compañía de que se separó, se entiende renovado el contrato. Tom. 2, pag. 357, §. 18.

Apéndice sobre el contrato trino. Tom. 6, pag. 358, y siguientes.

COMPENSACION: ¿que es? Tom. 4, pag. 85, §. 1.

Varias especies de compensacion. Tom. 4, pag. 85, §. 2.

Efectos de la compensacion. Tom. 4, pag. 86, §. 3.

¿En que se diferencia de la retencion? Tom. 4, pag. 86, §. 4.

Requisitos necesarios para que tenga lugar la compensacion. Tom. 4, pag. 87, §. 5.

¿Cuando podrá oponerse? Tom. 4, pag. 88, §. 6.

Facultad que tiene el heredero para compensar con el acreedor del difunto su causante. Tom. 4, pag. 89, §. 7.

Igual facultad tiene el deudor demandado por el heredero acerca de lo que debia al difunto. Tom. 4, pag. 89, §. 8.

El socio carece de accion para compensar lo que debe á la sociedad con lo que peculiar y privativamente le debe su consocio. Tom. 4, pag. 90, §. 9.

Si el fiador es demandado por la fianza que constituyó, puede compensar no solo la suma que el acreedor ó demandante le debe, sino tambien la que este debe al principal deudor, á su eleccion. Tom. 4, pag. 90, §. 10.

Excepcion de la doctrina sentada en el párrafo anterior. Tom. 4, pag. 91, §. 11.

Siendo el padre y el hijo para los efectos civiles una sola persona, tendrá lugar con el uno la compensacion de lo que un tercero debe al otro.

¿Como podrá compensar el procurador de negocios agenos? Tom. 4, pag. 93, §. 13.

El procurador en su misma causa ó cesionario, podrá excepcionar la compensacion con el crédito adquirido en virtud de la cesion. Tom. 4, pag. 94, §. 14.

Diversidad de opiniones acerca de si es válida la renuncia de la compensacion. Tom. 4, pag. 94, §. 15.

El deudor demandado no podrá oponer contra su acreedor la compensacion de lo que este debe á un tercero, aunque el tal cuyo crédito se deduce para que se compense, lo consienta. Tom. 4, pag. 94, §. 16.

El prelado ú otro que administra bienes de la iglesia, no está obligado á admitir la compensacion de su propio débito con lo que el demandado debe á la iglesia. Tom. 4, pag. 94, §. 17.

Los créditos del tutor y curador no deben compensarse con los de su menor. Tom. 4, pag. 95, §. 18.

Si el vendedor instare para la solucion del precio de la cosa que vendió, puede el comprador oponerle la compensacion del crédito que tiene contra él no siendo el vendedor el fisco. Tom. 4, pag. 95, §. 19.

El comprador á quien el vendedor reconviniere por el precio de la cosa que vendió, puede oponer la compensacion de lo que se le quitó por eviccion. Tom. 4, pag. 96, §. 20.

Si el comprador hubiere hecho mejoras en la cosa ó finca, puede usar por ellas de la retencion de esta contra el que la haya

ganado en juicio, y en tal caso podrá oponer la compensacion de las mejoras con los frutos percibidos de la finca. Tom. 4, pag. 96, §. 21.

En el retracto de consanguinidad, ¿cuando deberá admitirse al retrayente la compensacion de su crédito? Tom. 4, pag. 95, §. 22.

¿Que circunstancias deberá tener presentes el juez para admitir ó no la compensacion? Tom. 4, pag. 96, §. 23.

La compensacion no tiene lugar en el depósito de cualquiera clase que sea. Tom. 4, pag. 97, §. 24.

Tampoco tiene lugar en el comodato. Tom. 4, pag. 97, §. 25.

En los créditos pertenecientes al fisco por razon de contribuciones reales, no se admite compensacion à su deudor, ni tampoco al administrador de bienes de cualquiera persona ejecutado por el alcance de su administracion. Tom. 4, pag. 98, §. 26.

Tampoco es admisible la compensacion por lo que se debe à la república ó comun de algun concejo ó pueblo por razon de censo ó portazgo. Tom. 4, pag. 98, §. 27.

¿En que casos deberá admitirse la compensacion al demandado por alimentos? Tom. 4, pag. 98, §. 28.

En cuanto á la ejecucion de alguna obra ó hecho, no debe admitirse la compensacion de este ni de su ejecucion en otro lugar que el convenido. Tom. 4, pag. 99, §. 29.

Es admisible la compensacion del crédito con las obras ó servicios que alguno hace. Tom. 4, pag. 99, §. 30.

La compensacion tiene lugar no solo en los débitos y acciones, sino tambien en los delitos é injurias, siendo de una misma especie, y no de diversa. Tom. 4, pag. 99, §. 31.

Aunque el deudor no deduzca la compensacion de su crédito, no por eso se entenderá que confiesa habérsele satisfecho. Tom. 4, pag. 100, §. 32.

COMPETENCIA: véase el artículo *recursos*.

COMPRA y VENTA: es un contrato consensual, ¿y en que consiste? Tom. 2, pag. 141, §. 2.

Para su validez se requieren cuatro circunstancias. Tom. 2, pag. 141, §. 3.

Todas las cosas muebles, raices, semovientes, derechos, acciones y servidumbres son objeto de este contrato, si no hay prohibicion legal. Tom. 2, pag. 142, §. 4.

La cosa vendida debe ser propia del vendedor, ó tener este poder de su dueño para enagenarla. Tom. 2, pag. 142, §. 5.

Si el comprador sabe que es agena, debe perder el precio que dió por ella. Tom. 2, pag. 143, §. 6.

No deben venderse los créditos ni otros bienes litigiosos hasta que el pleito se concluya. Tom. 2, pag. 143, §. 7.

Tampoco el derecho que se espera tener por muerte de algun sugeto, viviendo este, y conociéndole el comprador. Tom. 2, pag. 144, §. 8.

No deben asimismo venderse los oficios jurisdiccionales de república. Tom. 2, pag. 144, §. 9.

No puede ser comprado ni vendido hombre libre por esclavo. Tom. 2, pag. 145, §. 10.

Tampoco puede ser vendido el derecho de usufructo por ser personal. Tom. 2, pag. 145, §. 11.

En la venta de una finca se comprenden las cosas inherentes à ella. Tom. 2, pag. 145, §. 12.

Circunstancias de la lana que se vende. Tom. 2, pag. 146, §. 13.

En la escritura de venta de censos que tiene precio fijo, no hay que expresar si este es justo. Tom. 2, pag. 146, §. 14.

Los juros no pueden venderse sin real licencia á varias personas y corporaciones. Tom. 2, pag. 146, §. 15.

El dolo en la calidad de la cosa induce nulidad en la venta. Tom. 2, pag. 148, §. 19.

¿En que casos toca al vendedor, y en que otros al comprador el menoscabo de la cosa, despues de convenidos en su venta? Tom. 2, pag. 148, §. 20.

Observaciones respecto del precio. Debe darse en la moneda estipulada, ser cantidad fija, ¿y en que términos? Tom. 2, pag. 150, §. 21.

Observaciones sobre la aptitud de los contrayentes. El que no tiene prohibicion legal de hacer contratos, puede comprar y vender. Tom. 2, pag. 150, §. 22.

Ninguno puede comprar cosa alguna de un esclavo sin consentimiento de su señor. Tom. 2, pag. 151, §. 23.

Ni los ropavageros pueden comprar cosa alguna en almoneda, ni el juez por cuya orden se hace. Tom. 2, pag. 151, §. 24.

Los clérigos estan privados de comprar y vender por via de negociacion. Tom. 2, pag. 152, §. 25.

Tampoco pueden los menores comprar ni vender cosa alguna sin licencia de los curadores. Tom. 2, pag. 152, §. 26.

A los enemigos de nuestra santa fe no se les deben vender

víveres ni municiones. Tom. 2, pag. 153, §. 27.

Ninguno puede comprar en su propia alhaja sino la parte agena que pueda haber en la misma. Tom. 2, pag. 153, §. 28.

Tampoco puede ser obligado nadie á vender lo suyo generalmente hablando. Tom. 2, pag. 154, §. 29.

Casos en que es lícita la coaccion en este punto. Tom. 2, pag. 154, §. 30.

La venta se celebra en el lugar donde está la cosa vendida ó en otro, con escritura ó sin ella. Tom. 2, pag. 155, §. 31.

Aunque haya entrega de la cosa no pasa el dominio al comprador sin que antes apronte el precio. Tom. 2, pag. 155, §. 32.

Medios que tiene à su favor el que se considera enormemente engañado. Tom. 2, pag. 156, §. 33.

El consentimiento del contrayente pupilo no vale, aunque sea jurado, sino en ciertos casos. Tom. 2, pag. 156, §. 34.

Caso en que no hay lugar á reclamacion, aunque intervenga perjuicio. Tom. 2, pag. 157, §. 35.

Este contrato puede ser celebrado pura ó condicionalmente. Tom. 2, pag. 157, §. 36.

Ejemplos de ventas condicionales. Tom. 2, pag. 158, §. 37.

Tambien son permitidos en este contrato los pactos llamados de *retrovendendo, comisorio* y de *adictione in diem*. Tom. 2, pag. 158, §. 38.

Sobre si puede ó no prescribirse la cosa vendida en virtud del primer pacto, y por consiguiente sobre si el término podrá ser indefinido. Tom. 2, pag. 160, §. 39.

Cláusulas que debe contener la escritura de venta simple. Tom. 2, pag. 167, §. 48 al 53, y §. 60.

En la escritura de venta hecha por un menor debe insertarse el juramento de no reclamar. Tom. 2, pag. 173, §. 61.

Cláusulas que deben añadirse en la escritura de venta en que interviene muger casada. Tom. 2, pag. 174, §. 62.

Las cosas espirituales no pueden comprarse ni venderse sin incurrir en el crimen de sacrilegio y simonía Tampoco pueden ser vendidas las anejas á las espirituales. Tom. 2, pag. 199, §. 5.

Las cosas pertenecientes à la iglesia que no son sagradas ni espirituales, pueden enagenarse sin riesgo de incurrir en simonía. Tom. 2, pag. 200, §. 7.

Formalidades que se requieren para esta enagenacion. Tom. 2, pag. 200, §. 8 al 15.

Está prohibido al testamentario ó curador comprar privadamente los bienes de albaceazgo ó curaduría. Tom. 5, pag. 174, §. 36.

Tambien está prohibido al juez y sus ministros y al fiador, comprar los bienes de la almoneda. Tom. 5, pag. 174, §. 37.

Igualmente se prohibe al acreedor por sí ó por tercera persona comprar los bienes obligados é hipotecados á su crédito. Tom. 5, pag. 175, §. 38.

No obstante esta prohibicion, si se venden judicialmente, y no hay comprador, puede buscar un postor que ofrezca precio; y si no le hallare, ó no fuere idóneo, puede pretender que se le entreguen en pago sus bienes. Tom. 5, pag. 135, §. 39 y 40.

COMPROMISO: es un convenio en que los litigantes dan facultad á una ó mas personas para que decidan sus controversias y pretensiones. Tom. 4, pag. 33, §. 1.

Regularmente hablando pueden comprometerse en árbitros todos los negocios civiles y criminales. Tom. 4, pag. 33, §. 2.

¿En que tiempo puede hacerse el compromiso? Tom. 4, pag. 33, §. 3.

Modo de ordenar la escritura de compromiso. Tom. 4, pag. 38, §. 20.

COMUNION DE BIENES, que no procede de contrato de compañía, sino de herencia, legado ú otra causa; es un cuasicontrato. Tom. 2, pag. 640, §. 8.

CONCLUSION DE LOS AUTOS para definitiva. Es sustancial en el juicio. Modo con que debe concluirse en los pleitos. Tom. 4, pag. 212, §. 1.

CONCURSO DE ACREEDORES: diversas especies de concurso. Tom. 4, pag. 242, §. 1.

Del concurso voluntario. Véase el artículo *Cesion de bienes*.

Del concurso necesario, que con mas propiedad se llama pleito ú ocurrencia de acreedores: diferencia entre este y el voluntario. Tom. 5, pag. 259, §. 2.

Acerca de la diferencia de acreedores en el pago cuando concurren juntos en un juicio contra los bienes del deudor comun. Véase el artículo *Acreedores*.

CONFESION: uno de los medios de prueba en las causas civiles y criminales. Tom. 4, pag. 124, §. 11.

¿Cuantas clases hay de ella? Tom. 4, pag. 124, §. 11 y 12.

¿Que circunstancias se requieren para que haga fe y pruebe la confesion? Tom. 4, pag. 125, §. 13.

Concurriendo en la confesion los requisitos que se expresan en el párrafo anterior, hace plena prueba. Tom. 4, pag 126, §. 14.

De la confesion extrajudicial. Tom. 4, pag. 130, §. 23.

De la confesion en las causas criminales. Evacuadas las citas, y practicadas las demas diligencias conducentes á la averiguacion del delito y delincuente, ¿como deberá prepararse el juez para tomar la confesion al reo? Tom. 7, pag. 342, §. 6.

A esta ha de preceder auto del juez, quien debe recibirla por sí mismo, sin fiar esta diligencia á otro, so pena de nulidad del proceso. Tom. 7, pag. 343, §. 7.

Si el confesante fuere menor de veinticinco años, se le ha de proveer de curador discernido con autoridad del juez. Tom. 7, pag. 343, §. 8.

La confesion hecha por el menor con la solemnidad expresada en el párrafo anterior es tan válida como la del mayor de edad, y contra ella no hay restitucion. Tom. 7, pag. 344, §. 9.

Para tomar confesion á la muger casada, no se necesita licencia ni intervencion del marido. Tom. 7, pag. 344, §. 10.

Si el delincuente fuere un pueblo ó concejo, se le manda nombrar dos ó tres diputados que satisfagan ó respondan à los cargos. Tom. 7, pag. 344, §. 11.

Intérpretes que han de nombrarse para tomar la confesion á un extrangero delincuente que ignora el castellano. Tom. 7, pag. 344, §. 12.

¿Cuando habrá de tomarse la confesion al delincuente embriagado, y al demente que dilinquió antes de la demencia? Tom. 7, pag. 344, §. 13.

Modo de recibir la confesion al juez delincuente capitulado. Trámites peculiares de este género de causas. Tom. 7, pag. 345, §. 14.

Segun ley y el uso constante de los tribunales, debe preceder á la confesion el requisito del juramento. Tom. 7, pag. 346, §. 15.

Moderacion con que debe proceder el juez en el acto de tomar la confesion. Tom. 7, pag. 346, §. 16.

Preguntas, cargos y reconvenciones que deberá hacer. Tom. 7, pag. 347, §. 17.

¿En que términos deberán estar justificados el delito y su perpetrador para hacer á uno cargos? Tom. 7, pag. 348, §. 18.

Todo cargo ha de hacerse con veracidad. Tom. 7, pag. 348, §. 19.

No resultando haberse cometido el delito con la concurrencia de cómplices, no podrá extenderse el cargo á este punto. Tom. 7, pag. 349, §. 20.

Oficiosidad del juez cuando pregunta al reo si ha sido procesado ò castigado por otro delito. Tom. 7, pag. 349, §. 21.

A veces se toman por cargo las circunstancias ó medios que produgeron el delito, callando ú omitiendo las funestas resultas de él: ¿con que fin se hace esto? Tom. 7, pag. 349, §. 22.

Siendo confusos ó ambiguos los cargos, podrá el reo negarlos rotundamente, como tambien las reconvenciones que no se deduzcan de las preguntas confesadas. Tom. 7, pag. 349, §. 23.

Aunque el reo en el acto de confesar el delito calle ú oculte las causales ó motivos que disminuyen su criminalidad, podrá sin embargo alegarlos como excepcion en el plenario. Tom. 7, pag. 350, §. 24.

Las confesiones condicionales pueden aceptarse en uno ó mas capítulos, y desecharse en otros. Tom. 7, pag. 350, §. 25.

El juez es responsable de los perjurios que cometa el reo cuando no guarda en la confesion el orden prescrito por derecho. Tom. 7, pag. 350, §. 26.

El reo no puede pedir al juez dilacion alguna para deliberar sobre lo que ha de responder á las preguntas. Tom. 7, pag. 350, §. 27.

Siendo la confesion un acto progresivo, no se admite excepcion alguna dilatoria ni perentoria que sea capaz de suspenderla, excepto la falta absoluta de jurisdiccion ó suspension efectiva de esta. Tom. 7, pag. 350, §. 28.

¿Si deseando el reo confesante enterarse de las disposiciones, nombres y calidad de los testigos, estará obligado el juez á acceder á su peticion? Tom. 7, pag. 350, §. 29.

Cuando se ofrece á un reo el indulto ó la libertad, si confiesa quienes son sus cómplices, ha de cumplirse la oferta si los descubre. Tom. 7, pag. 352, §. 30.

¿Que deberá hacerse cuando el reo preguntado legítimamente por un delito no quiere responder? Tom. 7, pag. 352, §. 31.

¿Que se hará si despues de tomada la confesion cometiese el reo otro delito, como el de rompimiento de carcel, intentado ó consumado? Tom. 7, pag. 353, §. 32.

Concluida la confesion, ha de leerse al reo, y si se ratifica en lo confesado, la firmará, si sabe, juntamente con el juez. Tom. 7, pag. 353, §. 33.

Cláusula que suele ponerse al fin de la confesion para proseguirla siempre que convenga. Tom. 7, pag. 353, §. 34.

Efectos de la confesion judicial afirmativa, ó sea de aquella en que el reo se reconoce culpable del delito por que está procesado. Tom. 7, pag. 354, §. 35.

De las confesiones nulas por algun defecto sustancial. Tom. 7, pag. 356, §. 36.

Efectos de la confesion extrajudicial. Tom. 7, pag. 357, §. 37.

CONFESORIA Y NEGATORIA (acciones). ¿Que se pide por ellas? Tom. 3. pag. 263, §. 12.

CONSEJO SUPERIOR DE CASTILLA: ¿de que negocios conoce privativamente? Tom. 4, pag. 159, §. 39 y siguientes.

CONTADORES para hacer la particion y adjudicacion en las herencias. Los interesados en ellas han de nombrar contadores, quienes deberán ser diversos de los tasadores de bienes. Tom. 6. pag. 81, §. 1.

Todas las personas à quienes por derecho se permita tratar y contratar, pueden ser nombradas para hacer particiones. Tom. 6, pag. 81, §. 2.

Los nombrados para contadores no pueden ser compelidos á aceptar este encargo; pero una vez aceptado, los puede apremiar el juez á que lo ejecuten. Tom. 6, pag. 81, §. 3.

Los contadores nombrados por las partes no pueden ser recusados por estas sin justa causa; pero si el juez los nombra de motu propio, se les puede recusar con solo el juramento de tenerlos por sospechosos. Tom. 6, pag. 82, §. 4.

Causas por que pueden ser recusados. Tom. 6, pag. 82, §. 5.

¿Si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá este ser recusado por la parte contraria? Tom. 6, pag. 82, §. 6.

Si los contadores nombrados discordaren, debe el juez nombrar un tercero en discordia para evitar las desavenencias que acerca de la eleccion pudieran suscitarse entre los interesados. Tom. 6, pag. 83, §. 7.

¿Cuantos contadores habrán de nombrarse quedando viuda la muger sin hijos, y habiendo instituido el difunto à varios herederos? Tom. 6, pag. 84, §. 8.

Diferencia entre la liquidacion del caudal hereditario, y su distribucion ò adjudicacion. Tom. 6, pag. 84, §. 9 y 10.

Reglas que deben observar los partidores para proceder con

justificacion en las adjudicaciones y particion. Tom. 6, pag. 85, §. 1º al 25.

Los contadores pueden ser compelidos à hacer las adjudicaciones. Tom. 6, pag. 92, §. 26.

Pueden enmendar los yerros que hayan cometido, y reformar su parecer antes que el juez apruebe la particion. Tom. 6, pag. 92, §. 27.

Presupuestos que debe hacer el contador de todo lo que resulte por orden cronológico. Tom. 9, pag. 103, §. 1.

A continuacion de los presupuestos debe formar cuerpo del caudal poniendo los bienes por clases y por mayor. Tom. 6, pag. 103, §. 2.

Formado el cuerpo del caudal, debe hacer las deducciones correspondientes. (Véase el artículo deducciones.) Tom. 6, pag. 104, §. 3.

CONTESTACION: ¿que es? Tom. 4, pag. 78, §. 1.

¿Dentro de que término, y ante quien debe contestar el reo? Tom. 4, pag. 78, §. 2.

El reo puede contestar, ò contradiciendo al actor, ó confesando su obligacion. En este último caso se impide el progreso del juicio. Tom. 4, pag. 79, §. 3.

¿Cuando, y de qué modo puede hacerse dicha contestacion? Tom. 4, pag. 79, §. 4.

Efectos de ella. Tom. 4, pag. 79, §. 5.

Cuando el reo no contesta dentro de los nueve dias siguientes al de la citacion, se tiene por contestada la demanda. Tom. 6, pag. 80, §. 6.

¿Que requisitos son necesarios para tener al reo por contumaz? Tom. 4, pag. 80, §. 7.

Abusos introducidos por los litigantes para vejar con dilaciones á sus contrarios. Tom. 4, pag. 81, §. 8.

Efectos que produce la contestacion. Tom. 4, pag. 81, §. 9.

CONTRABANDO. Modo de proceder en las causas de esta naturaleza. Tom. 7. pag. 106, Apéndice 8.

CONTRATO: es todo pacto ó convenio que tiene nombre cierto, y á falta de este causa civil obligatoria. Tom. 2, pag. 137, §. 3.

Se divide el contrato: 1.º en nominado é innominado: ¿cuales son unos y otros? Tom. 2, pag. 137, §. 3, y pag. 629, §. 1.

La 2.ª division del contrato es en unilateral y bilateral. Tom. 2, pág. 137, §. 4.

3.ª division de los contratos en consensuales, verbales, reales y literales. Tom. 2, pag 138, §. 5.

Definicion del contrato consensual. Tom. 2, pag. 141, §. 1.

Son cuatro los contratos consensuales; á saber: compra y venta; arrendamiento; compañía y mandato. (Véanse en sus respectivos artículos.)

Del contrato verbal. Diferencia entre el derecho romano y el nuestro acerca de los contratos verbales. (Véase la palabra promesa.) Tom. 2, pag. 406, §. 1.

Definicion del contrato real. Tom. 2, pag. 464, §. 1.

Sus especies son: el mutuo; el comodato; el depósito, y la donacion. Véanse en sus respectivos artículos.

Contrato literal: se llama asi aquel para cuya constitucion son necesarias letras ó escritos, y sucede cuando alguno ha entregado á otro algun escrito en que confiesa haber recibido de él en préstamo alguna cosa que no ha recibido efectivamente, y ha dejado pasar dos años sin reclamar que no se le ha prestado. Tom. 2, pag. 617. Apéndice.

Contrato trino. Véase la palabra compañía.

Contrato de obra: es un contrato innominado comprendido en la denominacion *doy para que hagas*. Tom. 2, pag. 633, §. 11.

Requisitos necesarios para que se tengan por bien hechos los edificios. Tom 2, pag. 633, §. 12.

CONTUMACIA: véase rebeldía.

CORREGIDORES. Ademas de la jurisdiccion ordinaria que ejercen para determinar las causas civiles y criminales en su territorio, tienen en todo él una especie de inspeccion gubernativa en todo lo económico y político. Tom. 4, pag. 20, §. 13.

CORREGIDOR DE MADRID: ejerce la jurisdiccion civil y criminal en la Corte y pueblos no exentos por medio de sus dos tenientes, quienes dan audiencia pública á la salida del Consejo en las casas consistoriales, y tambien en las suyas si hay urgencia, y quieren hacerlo para evitar atrasos. De sus sentencias en causas civiles se apela al Consejo de Castilla en sala de provincia. Tom. 4, pag. 20, §. 14.

COSA: llámase asi todo aquello que puede servir al hombre de algun uso ó utilidad, por derecho divino ó humano, natural ó civil, público ó privado. Tom. 2, pag. 259, §. 1.

Primera division de las cosas en divinas y humanas: ¿cuales son unas y otras? Tom. 1, pag. 259, §. 1.

Las cosas humanas se dividen en cuatro clases: ¿cuales son estas? Tom. 1, pag. 259. §. 1.

COSAS ECLESIASTICAS: llámanse asi las que son puramente espirituales; las que estan intrinsecamente anejas á estas; y las que pertenecen á la iglesia, pero que nada tienen de sagradas ni espirituales. Tom. 2, pag. 199, §. 1.

¿Que se entiende por cosas espirituales? Tom. 2, pag. 199, §. 2.

¿Que se entiende por cosas anejas á las espirituales? Tom. 2, pag. 199, §. 3.

¿Cuales son las cosas pertenecientes á la iglesia, y que nada tienen de sagradas ni espirituales? Tom 2, pag. 199, §. 4.

COSTAS En el juicio ordinario como en el ejecutivo deberá el vencido ser condenado en costas, regularmente hablando, por las causas que allí se expresan. Tom. 5, pag. 186, §. 1.

¿En que casos no tendrá lugar la condenacion de costas? Tom. 5, pag. 187, §. 2.

¿Cuando se podrán repetir las costas contra el procurador? Tom. 5, pag. 188, §. 3.

En los pleitos ejecutivos, sentenciándose la causa de remate, no solo deberá ser condenado el reo en las costas procesales, sino tambien en la décima parte de la deuda. (Véase la palabra décima.) Tom. 5, pag. 189, §. 4.

CUARTA MARITAL: ¿que es, y cuándo se deberá á las mugeres? Tom. 1, pag. 425, §. 52.

CUARTAS TREBELIANICA Y FALCIDIA. Motivos que indugeron al establecimiento de estas disposiciones legales entre los romanos. Tom 1, pag. 528, §. 1.

¿Que abuso se procuró cortar por medio del senado-consulto trebeliánico, y que es cuarta trebeliánica? Tom. 1, pag 528, §. 2.

Nuestras leyes adoptaron esta disposicion, ¿y en que términos? Tom. 1, pag. 528, §. 3.

Lo dicho se entiende del fideicomisario extraño; mas no si fuere hijo del testador. Tom. 1, pag. 529, §. 4.

Si el heredero fideicomisario no acepta espontáneamente su cargo, no ha lugar á la cuarta trebeliánica. Tom. 1, pag. 529, §. 5.

Abuso que atajó la ley falcidia, ¿y cual fue su disposicion? Tom. 1, pag. 529, §. 6.

Si el testador tiene herederos forzosos, no ha lugar la cuarta falcidia. Tom. 1, pag. 530, §. 7.

No puede deducirse de los legados aplicables á obras pias, á

militares en campaña &c. Tom. 1, pag. 530, §. 8.

Si la cosa legada no admite cómoda division, se sacará la cuarta parte del valor en que se aprecie. Tom. 1, pag. 530, §. 9.

A la rebaja de la cuarta falcidia debe preceder la formacion de inventario y pago de deudas, pena de perder el derecho à ella. Tom. 1, pag. 530, §. 10.

Otros casos en que se pierde este derecho, y cláusulas que debe emplear el escribano para evitar ambigüedades. Tom. 1, pag. 530, §. 11.

CUASI-CONTRATOS: son ciertas obligaciones que nacen de unos hechos honestos tan semejantes en sus efectos á los contratos, que han recibido el nombre de cuasi-contratos. Tom. 2, pag. 138, §. 6.

CUASI-DELITO: ¿que es? Tom. 7, pag. 11, §. 10.

CUERPO DE DELITO: ¿que es? Tom. 7, pag. 272, §. 3.

¿Si tendrán cuerpo los delitos que se cometen contra los preceptos afirmativos? Tom. 7, pag. 273, §. 4.

Tres circunstancias que se hallan en todo cuerpo de delito. Tom. 7, pag. 273, §. 5.

CURADOR: estando imposibilitado para comparecer en juicio por el menor, puede constituir procurador, ó apoderado para determinado negocio. Tom. 4, pag. 14, §. 23.

Acerca de las obligaciones del curador, véase la palabra tutor.

CURADURIA: ¿que es? Tom. 1, pag. 141, §. 1.

¿A que personas se da el curador, y para qué efecto? Tom. 1, pag. 152, §. 1.

La curaduría legítima no la establece el derecho sino para el furioso ó mentecato. Tom. 1, pag. 153, §. 2.

En los pleitos y actos judiciales ha de intervenir indispensablemente curador, excepto en las causas espirituales y beneficiales. Tom. 1, pag. 154, §. 4.

CHA

CHANCILLERIAS Y AUDIENCIAS. Negocios cuyo conocimiento es privativo de ellas. Tom. 4, pag. 257, §. 31 al 37.

Causas de que estan inhibidas las chancillerías y audiencias, por corresponder privativamente al Consejo. Tom. 4, pag. 258, §. 38 al 46.

Otros asuntos de cuyo conocimiento estan inhibidas las mismas. Tom. 4, pag. 260, §. 47.

La chancilleria de Granada está especialmente inhibida de todas las causas tocantes al Soto de Roma y de otras. Tom. 4, pag. 261, §. 48.

De las salas del crimen de las chancillerías y audiencias, è individuos de que se componen. Tom. 7, pag. 198, §. 14.

Causas criminales de que conocen dichas salas en primera instancia, y por apelacion, recurso ó consulta. Tom. 7, pag. 198, §. 15.

Actuacion de las diligencias de dichas causas por los escribanos de cámara. Tom. 7, pag. 199, §. 16.

Votacion y sentencia de las causas por los señores alcaldes que componen la sala. Tom. 7, pag. 199, §. 17.

DEC

DECIMAS. Los tutores y curadores cumpliendo como deben, pueden percibir por si propios la décima parte de los frutos que produzcan los bienes de los menores. Tom. 1, pag. 170, §. 1.

No corresponde décima al tutor ni curador del Rey y otras personas poderosas que tienen rentas pingües, como tampoco à otros que se designan. Tom. 1, pag. 171, §. 2.

La décima se entiende de los frutos de todos los bienes, ya existan en los dominios donde les está concedida, ya en territorio donde segun las leyes allí vigentes es gratuita la administracion. Tom. 1, pag. 172, §. 3.

La décima se entiende asi de los frutos naturales, como de los industriales y civiles. Tom. 1, pag. 172, §. 4.

No debe exigir décima el tutor de los bienes patrimoniales del menor. Tom. 1, pag. 173, §. 5.

Si estando maduros en el campo los frutos, acabase la tutela ó curaduría, pueden el tutor y curador prohibir al menor que se los lleve sin intervencion suya, por la parte que en ellos le corresponde. Tom. 1, pag. 174, §. 6.

De la décima no deben deducirse los gastos que el tutor ó curador haga en la administracion de los bienes del menor. Tom. 1, pag. 175, §. 7.

De las tierras y demas fincas que producen los frutos naturales han de rebajarse los gastos de su cultivo y otros indispensa-

bles; y del residuo de sacarse la décima. Tom. 1, pag. 176, §. 8.

Para la computacion de la décima no han de bajarse las cargas anuales con que estan gravados los bienes del menor. Tom. 1, pag. 177, §. 9.

DÉCIMA en los juicios ejecutivos. Circunstancias necesarias para pedirla. Tom. 5, pag. 189, §. 5.

Casos en que no debe pagar décima el ejecutado. Tom. 5, pag. 190, §. 6.

Si se despacha ejecucion por deudas pertenecientes al fisco, y el deudor no paga dentro del término legal, no debe satisfacer décima, sino un treinta por cada millar. Tom. 1, pag. 191, §. 7.

Por una misma deuda no se debe mas que una décima. Tom. 5, pag. 192, § 8.

Tampoco se debe mas que una décima cuando se obligan de mancomun por el todo *in solidum* dos ó mas deudores. Tom. 5, pag. 192, §. 9.

Pidiendo ejecucion el acreedor por mas de lo que se le debe, ha de pagar décima del exceso con otro tanto. Tom. 5, pag. 193, §. 10.

Principiándose la ejecucion en un juzgado por un ministro ejecutor, y concluyéndose por otro, ó haciéndole en virtud de requisitoria de otro juez, deben partir la décima los dos ministros, y el juez requirente y requerido. Tom. 5, pag. 193, §. 11.

DECLARACION: véase testigo.

DECLARACION INDAGATORIA: ¿que es? Tom. 7, pag. 340, §. 1.

Preguntas que deben hacerse en la declaracion indagatoria. Tom. 7, pag. 340, §. 2.

En delitos de averiguacion dificil convendrá à veces tomar la declaracion teniendo á la vista los objetos que representen ó recuerden el delito. Tom. 7, pag. 341, §. 4.

Evacuacion de las citas que haga el declarante. Tom. 7, pag. 342, §. 5.

DECLINATORIA DEL FUERO: es una excepcion dilatoria, ¿y en que consiste? Tom. 3, pag. 195, §. 3 y 4.

El reo debe ser regularmente demandado ante el juez de su domicilio, excepto en los casos que alli se expresan. Tom. 3, pag. 295, §. 5.

DEDUCCIONES que deben hacerse del cuerpo del caudal inventariado para proceder á su particion.

DEDUCCION DE LA DOTE: es la primera que debe hacerse. Tom. 6, pag. 103, §. 4.

Opinion de Ayora acerca de la deduccion de la dote refutada por el autor. Tom. 6, pag 105, §. 5.

¿Como deberá hacerse la deduccion de la dote cuando el todo ó parte de ella consiste en créditos á favor de la muger? Tom. 6, pag. 106, §. 7 y 8.

¿Como deberá proceder el contador para la deduccion cuando la muger hubiese llevado en dote legado anuo, pension, usufructo de bienes raices, renta vitalicia, ó empleo que el marido haya de servir? Tom. 6, pag. 108, §. 11.

En concurrencia de dos dotes legítimas, ¿cual deberá deducirse primero, no habiendo dejado el marido bienes suficientes para satisfacerlas ambas? Tom 6, pag. 109, §. 12 al 17.

DEDUCCION DE LAS ARRAS ó joyas y vestidos que el novio da ú ofrece á la novia. ¿Como deberá conducirse el contador para hacer la aplicacion en los diversos casos que allí se expresan? Tom. 6, pag. 172, § 1, 2 y 3.

¿Que deberá observar el contador para hacer la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido cuando este murió casado de segundas nupcias? Tom 6, pag. 175, §. 4 y 5.

Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se la debe aplicar solamente el usufructo de las arras, y no su propiedad, porque esta corresponde à los hijos del marido, y debe reservársela.

Si uno se casa muchas veces, y ofrece en arras à todas sus mugeres la décima parte de sus bienes, ¿como ha de entenderse esta? Tom. 6, pag. 178, §. 9.

DEDUCCION DE LOS BIENES PARAFERNALES ó extradotales. Doctrina que acerca de estos debe tener presente el contador. Tom. 6, pag. 115, §. 1.

¿De donde habrán de sacarse ó deducirse estos bienes, cuando el marido los hubiere enagenado con consentimiento de la muger ó sin él? Tom. 6, pag. 115, 116 y 117, desde el § 2 al 7.

Deducidos los bienes dotales y parafernales, se han de bajar del cuerpo del caudal los demas extradotales que acredite la muger haber heredado por testamento ó abintestato, ó recaido en ella por otro título lucrativo mientras estuvo casada. Tom. 6, pag. 117, §. 8.

Si en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare el marido á tener por suficiente de

esta dichos bienes hereditarios, se deberán bajar cuando los dotales, y antes de los parafernales. Tom 6, pag. 118, §. 9.

DEDUCCION DEL CAPITAL DEL MARIDO.

Despues de haber deducido del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios de la muger, se han de bajar, en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite haber llevado al matrimonio. Tom. 6, pag. 119, §. 1 al 6.

DEDUCCION DE LAS DEUDAS.

Despues de haber deducido del caudal inventariado los bienes efectivos que los consortes llevaron al matrimonio, deben bajarse las deudas. Siendo estas legítimas y verdaderas, contraidas durante el matrimonio, han de pagarse de los gananciales. Tom. 6, pag. 124, §. 1.

Entre las deudas que deben bajarse del caudal comun, se cuentan los salarios de los criados. Tom. 6, pag. 125, §. 3.

Se han de bajar igualmente del cuerpo del caudal los gastos útiles y necesarios que hubiere hecho alguno de los herederos en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia. Tom. 6, pag. 125, §. 4.

¿Si habran de pagarse al heredero que posee la herencia (estando los demas ausentes) los gastos que hiciere en defenderla cuando otro pretenda quitársela? Tom. 6, pag. 125, §. 5.

No se deben bajar del caudal comun las deudas, cargas y responsabilidades que hubiere contraido cualquiera de los dos consortes antes de casarse, ó que estaban impuestas contra sus fincas; y en caso de hallarse alguna de las de la herencia gravada con censo enfitéutico perpetuo, ¿que deberá deducirse? Tom. 6, pag. 127, §. 7.

Modo de deducir las deudas que tenga contra sí cada consorte. Tom. 6, pag. 127, §. 8 y 9.

¿De donde habrá de rebajarse lo que la muger ó el marido hayan gastado respectivamente en mantener á sus padres pobres? Tom. 6, pag. 129, §. 10 y 11.

¿De donde se han de deducir, y cómo habrán de satisfacerse los gastos de inventario, particion y demas hasta que á cada partícipe se entregue el testimonio de su haber ó adjudicacion? Tom. 6, pag. 130, §. 12 y 13.

DEDUCCION DEL LUTO DE LA VIUDA, DEL LECHO COTIDIANO, Y DE LOS ALIMENTOS DE AQUELLA, cuando los herederos esten obligados á dárselos. El luto es debido á la viuda, mas no al viudo: razon de esta diferencia. Tom. 6, pag 180, §. 1.

No habiendo costumbre, ó mandato expreso del testador en contrario, se debe bajar el importe del luto ordinario del cuerpo de su caudal propio como deuda contra él, y no del inventariado. Tom. 6, pag. 181, §. 2.

Los herederos deben costear sus lutos de su propio haber, y no del cuerpo del caudal inventariado. Tom. 6, pag. 182, §. 3.

¿Que se entiende por vestido ordinario de la viuda, y como debe hacerse la aplicacion de su importe? Tom. 6, pag. 182, §. 4.

El lecho cotidiano corresponde à la viuda, é igualmente al marido quedando viudo. Tom. 6, pag. 183, §. 5.

¿Que se entiende por lecho cotidiano. Tom. 6, pag. 183, §. 6.

¿De donde deberá deducirse el lecho cotidiano? Tom. 6, pag. 184, §. 7 y 8.

El lecho debe inventariarse y valuarse con separacion de las cosas de que se compone para aplicarlas con distincion y claridad, y no dinero por ellas. Tom. 6, pag. 187, §. 13.

Gastos funerales y otros que deben deducirse del quinto. ¿Cuales se llaman gastos funerales? Estos deben deducirse del quinto cuando el testador tiene descendientes legítimos. Tom. 6, pag. 202, §. 1.

Si el testador carece de descendientes legítimos, y testa entre extraños ó parientes, se deben deducir los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal no mandando expresamente lo contrario. Tom. 6, pag. 205, §. 3.

Haya dejado ó no el testador descendientes legítimos, é instituido á unos ú otros, nunca deben deducirse los gastos funerarios del cuerpo del caudal inventariado, ni de los gananciales si dejó muger, ò esta marido. Tom. 6, pag. 205, §. 4.

Otras cuestiones relativas á esta materia. Tom. 6, pag. 206, §. 5 al 15.

DEDUCCION DE LAS MEJORAS. Cuando hay mejora de tercio y quinto, ¿como deberá el contador hacer la deduccion de uno y otro? Tom. 6, pag. 299, § 26 al 31.

Para hacer la deduccion del tercio entero ó de la parte que señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion á lo que valen sus bienes cuando muere, ¿y por que razon? Tom. 6, pag. 232, §. 32.

Lo mismo se entiende de cualquiera donacion hecha simplemente á un hijo. Tom. 6, pag. 233, §. 33.

Si el padre mejora en alguna disposicion última á un hijo en el tercio de sus bienes, y no dispone del quinto, ¿cual de los dos se ha de bajar primero, y como ha de hacerse la deduccion? Tom. 6, pag. 233, §. 34 y 35.

¿Que deberá hacerse si el padre ó la madre mejoró en última disposicion á un hijo en el tercio de sus bienes, mandando que pagase de él los gastos de su funeral, misas y legados sin haber dispuesto del quinto? Tom. 6, pag. 234, §. 36.

Cuando el padre mejoró en el tercio de sus bienes à un descendiente suyo, y á otro en el quinto, ordenando que el primero pagase los gastos de su entierro, y demas expresados, deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto de los bienes del mejorante, y no mas. Tom. 6, pag. 234, §. 37.

Para inteligencia de lo que va dicho acerca de este punto, véase el artículo mejoras.

DEDUCCION DE LOS LEGADOS: modo de deducir los graciosos ó voluntarios. Tom. 6, pag. 356, §. 10.

¿Si habrá de hacerse la deduccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos? Tom. 6, pag. 359, §. 13.

La dote no debe compensarse con el legado ó legados que el marido hubiere hecho á la muger. Tom. 6, pag. 359, §. 14.

Otras cuestiones relativas á esta materia. Tom. 6, pag. 359, §. 15 al 30.

Lo relativo á frutos se hallará en esta palabra.

DEFENSA DE LOS REOS. Se rebate la opinion de algunos que defienden ser perjudiciales las armas de la elocuencia en la defensa de los reos. Tom. 7, pag. 391, §. 3.

Diversos medios forenses que puede poner en uso el abogado con el objeto de defender al reo. El primero es la nulidad, sea de todo el proceso ó de parte de él. Tom. 7, pag. 392, §. 4.

Diversos efectos que causa en el proceso criminal de la nulidad. Tom. 7, pag. 393, §. 5 y 6.

Aunque el proceso se anule, no por eso debe quedar sin averiguacion el delito, é impune el delincuente; y asi debe sustanciarse de nuevo. Tom. 7, pag. 394, §. 7.

De las demas excepciones ó medios de defensa. Tom. 7, pag. 394, §. 8 al 12.

La defensa es tan precisa, que aun en aquellos casos en que se da comision para que se proceda al castigo con solo saber la verdad, no puede omitirse, como tampoco el término nece-

sario para hacerla. Tom. 7, pag. 395, §. 13.

En cualquier estado de la causa pueden darse y recibirse pruebas en defensa ó favor del reo. Tom. 7, pag. 395, §. 14.

La defensa puede tener lugar sobre todas las partes del juicio. Tom. 7, pag. 395, §. 15.

La calidad de nobleza ú otra condecoracion que exima de penas afrentosas, puede alegarse como excepcion en todo tiempo. Tom. 7, pag. 395, §. 16.

¿Que efecto produce la excepcion de probidad, buena conducta, y la de no haber sido jamas procesado ni castigado por la justicia? Tom. 7, pag. 395, §. 17.

La disculpa de provocacion sirve muy poco. Tom. 7, pag. 395, §. 18.

DEHESAS: providencias relativas á la conservacion de ellas. Tom. 1, pag. 262, §. 6.

DELITO: ¿que es? Tom. 7, pag. 6, §. 1.

El pensamiento ó mero conato de delinquir no es delito, á menos que se empezare á poner por obra. Disposicion notable de la ley de Partida sobre este asunto. Tom. 7, pag. 6, §. 2 al 7.

Para que sea criminal la transgresion de la ley que manda ó prohibe alguna cosa, es preciso que se ejecute voluntariamente ó con conocimiento. Tom. 7, pag. 9, §. 8.

Sin embargo hay casos en que el hombre puede ser responsable de un delito, aun cuando no tuviere ánimo deliberado de cometerle, ó le faltare el conocimiento necesario cuando ejecuta el hecho criminal, si antes pudo evitarlo. Tom. 7, pag. 10, §. 9.

A veces sucede que aun cuando el hombre cometa deliberadamente una accion que en abstracto se reputa criminal, no lo sea por algunas circunstancias particulares. Tom. 7, pag. 11, §. 11.

Tampoco delinque el hombre por falta de intencion deliberada, cuando casualmente incurre en la transgresion de la ley. Tom. 7, pag. 12, §. 12.

El delito se comete en daño ú ofensa del Estado, ó de alguno de sus individuos. Division general de los delitos que resulta segun la diversidad de esta ofensa. Tom. 7, pag. 12, §. 13.

Del delito notorio, y comun ó no notorio. Tom. 7, pag. 13, §. 14.

Modo extraordinario de proceder en el delito notorio. Tom. 8, pag. 82, §. 5.

Delitos infamatorios, y otros que no lo son. Tom. 7, pag. 13, §. 15.

¿Cuales se llaman delitos nominados, y cuales innominados? Tom. 7, pag. 13, §. 16.

Hay delitos atroces, graves y leves. ¿Como deberá graduarse la gravedad de los delitos? Tom. 7, pag. 14, §. 17.

Circunstancias que pueden acompañar á los delitos. Primera: condicion, edad y otras calidades del ofensor. Tom. 7, pag. 14, §. 18 al 20.

¿Si serán capaces de delinquir los sordo mudos? Tom. 7, pag. 16, §. 21.

Por la debilidad del sexo se consideran menos culpables á las mugeres en ciertas transgresiones. Tom. 7, pag. 16, §. 22.

Segunda circunstancia: calidad de la persona agraviada ú ofendida. Tom. 7, pag. 17, §. 23.

Tercera circunstancia: lugar ó sitio donde se cometió el delito. Tom. 7, pag. 17, §. 24.

Cuarta: de que medios ó instrumentos se valió el delincuente. Tom. 7, pag. 18, §. 25.

Quinta: si es reincidente, ó tiene costumbre de delinquir. Tom. 7, pag. 18, §. 26.

Sexta: por que motivo se cometió el delito. Tom. 7, pag. 19, §. 27.

Séptima: De que modo se ejecutó. Tom. 7, pag. 19, §. 28.

Octava: cuando se perpetró. Tom. 7, pag. 19, §. 29.

De la diferente responsabilidad que tiene la persona que cometió el delito como principal, y la que tuvo parte en él solamente como cómplice. Tom. 7, pag. 20, §. 30 y 31.

Responsabilidad del que manda cometer un delito. Tom. 7, pag. 21, §. 32.

Responsabilidad del que aconseja á otro la ejecucion de un delito. Tom. 7, pag. 22, §. 33.

Idem del que no revela ó tolera los delitos. Tom. 7, pag. 23, §. 34.

De los encubridores y receptadores de los delincuentes. Tom. 7, pag. 25, §. 35.

Doctrina del Señor Lardizabal sobre la diferencia de castigo que debe darse al inmediato ejecutor, y al que no concurrió inmediatamente á la ejecucion del delito. Tom. 7, pag. 25, §. 36. y 37.

Máximas generales sacadas de la doctrina anterior. Tom. 7, pag. 27, §. 39 al 48.

DEMANDA: ¿que es? Tom. 4, pag. 49, §. 1.
Cuando se pone la demanda por procurador, debe este legitimar su persona. Tom. 4, pag. 50, §. 2.
De los requisitos que debe tener la demanda: 1.° 2.° 3.° y 4.° Tom. 4, pag. 50, §. 3 al 7.
¿Cuando se entiende que el actor pide mas de lo justo en cantidad? Tom. 7, pag. 52, §. 8.
Exceso de peticion por razon del lugar. Tom. 7, pag. 52, §. 9.
Exceso de peticion por razon de causa ó modo. Tom. 7, pag. 52, §. 10.
Pena del actor que se excede en su peticion de cualquiera de dichos modos. Tom. 7, pag. 52, §. 11.
Requisito quinto de la demanda. Tom. 7, pag. 53, §. 12.
Sexto y último requisito. Tom. 4, pag. 53, §. 13.
¿Cuando podrá pedir el actor que el reo arraigue el juicio. Tom. 4, pag. 53, §. 14.
Cláusula util que suele ponerse en la demanda para poder luego corregirla ó enmendarla. Tom. 4, pag. 54, §. 15 y 16.
Cuando dos demandan à uno por una misma cosa, ¿á quien deberá responder el damandado? Tom. 4, pag. 55, §. 17.
Cuando hubiese duda sobre la inteligencia de las palabras de la demanda, ¿como deberán entenderse? Tom. 4, pag. 55, §. 18.
De otras cláusulas que suelen ponerse en las demandas. Tom. 4, pag. 55, §. 19.
Utilidad de dichas cláusulas. Tom. 4, pag. 55, §. 20.
DENUNCIA: ¿en lo criminal que es? Tom. 7, pag. 186, §. 19.
El denunciador debe dar fianzas de que probará el contenido de su denuncia, y de lo contrario pagará los gastos, y sufrirá las penas que se le impongan. ¿Quien se exceptúa de esta obligacion? Tom. 7, pag. 186, §. 20.
Requisitos necesarios para que puedan denunciar los fiscales. Tom. 7, pag. 187, §. 21.
DENUNCIA DE NUEVA OBRA: ¿que se entiende por obra nueva? Tom. 3, pag. 288, §. 19
¿Como se hace esta denuncia? Tom. 3, pag. 288, §. 20.
¿En donde debe hacerse? Tom. 3, pag. 288, § 21.
Ademas de la denuncia de obra nueva hay otro interdicto para precaverse del daño que amenazan las obras viejas. Tom. 3, pag. 289, §. 23.
¿En que casos se da este interdicto? Tom. 3, pag. 289, §. 24 y 25.

¿Cuantas cosas deben concurrir para intentarse esta accion? Tom. 3, pag. 290, §. 26.

DEPÓSITO: ¿que es, y en que se diferencia del préstamo y del arrendamiento? Tom. 2, pag. 474, §. 1.

Las leyes de Partida reconocen tres especies de depósitos, ¿y cuales sean estas? Tom. 2, pag. 475, §. 2.

Casos en que el depositario está obligado solamente al dolo y culpa lata, y otros en que debe responder de culpa leve, y aun levísima, y caso fortuito. Tom. 2, pag. 475, §. 3.

El depositario ó sus herederos deben entregar la cosa depositada cuando se les pida, sin que les sea lícito retenerla por título legítimo. Excepciones de esta regla general. Tom. 2, pag. 475, §. 4.

Cosas que pueden darse en déposito, y cuando pasa su dominio al depositario. Tom. 2, pag. 476, §. 5.

Reglas que deben observarse acerca del depósito perteneciente à muchas personas. Tom. 2, pag. 476, §. 6.

Prevenciones sobre el depósito judicial, y casos en que tiene lugar. Tom. 2, pag. 476, §. 7.

Circunstancias que debe tener el depositario judicial, obligaciones que contrae, y penas en que incurre si niega el depósito. Tom. 2, pag. 476, §. 8.

Disposiciones recientes acerca de los depósitos judiciales. Tom. 2, pag. 477, §. 9.

El dueño de los bienes depositados tiene preferencia sobre los demas acreedores del depositario. Tom. 2, pag. 477, §. 10.

Nadie puede ocultar sus bienes poniéndolos al efecto en cabeza de tercero. Tom. 2, pag. 478, §. 11.

De otra especie de depósito que es la de los cadáveres, y modo de efectuarlo. Tom. 2, pag. 478, §. 12.

DERECHO DE ACRECER en las herencias: ¿cual es su origen? Tom. 1, pag. 447, §. 1.

¿Que es derecho de acrecer y de no decrecer? Tom. 1, pag. 447, §. 2.

Diferencias entre uno y otro. Tom. 1, pag. 447, §. 3.

Casos en que hay derecho de acrecer entre los herederos legítimos. Tom. 1, pag. 450, §. 14 al 16.

Sobre el derecho de acrecer entre herederos extraños. Tom. 1, pag. 452, §. 17.

¿Habrá este derecho si el testador lo prohibe expresamente? Tom. 1, pag. 452, §. 18.

Opinion mas segura en el punto anterior. Tom. 1, pag. 453, §. 19.

Casos en que aclaran la materia. Tom. 1, pag. 453, §. 20.

¿Cuando tendrá ó no lugar el derecho de acrecer en la legítima de los hijos? Tom. 6, pag. 197, §. 7.

Derecho de acrecer en los legados: le hay, y cuándo se verifica. Tom. 1, pag. 509, §. 1.

No ha lugar este derecho cuando los legados estan divididos por el testador. Tom. 1, pag. 510, §. 2.

Cuando los legatarios son conjuntos legal y verbalmente, hay derecho de acrecer en unos casos, y no en otros. Tom. 1, pag. 510, §. 3.

Sobre el gravamen de la parte repudiada. Tom. 1, pag. 510, §. 4.

DESCENDIENTES: son herederos forzosos de sus ascendientes. Véase la palabra herederos.

DESHEREDACION: ¿que es? Tom. 1, pag. 461, §. 1.

Causas que autorizan la desheredacion de los hijos. 1.° Poner manos airadas en sus padres, maquinar contra su vida, ó acusarlos de crimen capital. Tom. 1, pag. 462, §. 2.

2.° Infamarlos, abusar de su madrastra, ó de la manceba pública de su padre, y usar de hechicerías. Tom. 1, pag. 462, §. 3.

3.° No dar fianzas por el padre preso, impedirle testar ó hacer legados. Tom. 1, pag. 462, §. 4.

4.° Hacerse juglar por dinero no siéndolo su padre, ó lidiar con hombre ó fiera contra su voluntad. Otro caso relativo á la desheredacion de la hija. Tom. 1, pag. 462, §. 5.

5.° No recoger ni alimentar al ascendiente loco. Tom. 1, pag. 463, §. 6.

6.° No redimirle de cautiverio, ó andar omiso en procurarlo. Tom. 1, pag. 463, §. 7.

7.° Volverse judío, moro ú herege. Doctrina legal sobre el clérigo herege. Tom. 1, pag. 463, §. 8.

Para la desheredacion han de probar la causa el desheredante ó su heredero. Si consiente en aquella el desheredado, no puede reclamar. Tom. 1, pag. 464, §. 9.

Causas por que pueden ser desheredados los ascendientes. Tom. 1, pag. 464, §. 10.

Causas por que se pierde la herencia sin desheredamiento. Tom. 1, pag. 464, §. 11.

De la desheredacion de los hermanos del testador. Tom. 1, pag. 464, §. 12.

DESPOJO: este interdicto solo tiene lugar en el despojo de fincas, ó en el de cosas incorpóreas, como las servidumbres. Tom. 3, pag. 286, §. 12.

¿Que término se concede al despojado para usar de su derecho, y contra quien? Tom 3, pag. 285, §. 10 y 11.

¿Contra quienes corresponde este interdicto, y contra quienes no? Tom. 3, pag. 286, §. 13, 14 y 15.

¿Quienes no pueden intentar este remedio? Tom. 3, pag. 287, §. 16 y 17.

DESTIERRO: véase la palabra pena.

DEUDAS: personas que pueden ó no ser presas por deudas. Tom. 5, pag. 95, §. 25 al 43.

DILACION. En el lenguage forense es lo mismo que término ó espacio de tiempo que se concede al actor y reo para evacuar algun acto judicial. Tom. 4, pag. 180, §. 1.

Puede el juez conceder à los litigantes el término que contemple necesario para probar su intencion, no excediendo sin embargo del término legal, á menos que haya justa causa para ello. Tom. 4, pag. 180, §. 2.

DOLO: ¿que es? Tom. 5, pag. 139, §. 54.

¿De cuantos modos puede cometerse el dolo? Tom. 5, pag. 139, §. 55.

¿Contra quienes se puede oponer la excepcion del dolo? Tom. 5, pag. 139, §. 56.

Regularmente hablando no perjudica al singular sucesor, ni pasa contra él la excepcion del dolo que cometió su causante. Tom. 5, pag. 140, §. 57.

Puede renunciarse y remitirse por pacto la excepcion de dolo. Tom. 5, pag. 140, §. 58.

DOMINIO: ¿que es, y de cuantas especies? Tom. 1, pag. 301, §. 1.

¿Por cuantos modos se adquiere? Tom. 1, pag. 302, §. 2.

¿Como se adquiere por ocupacion? Tom 1, pag. 302, §. 3.

¿Como se adquiere por invencion ó hallazgo? Tom. 1, pag. 302, §. 4.

¿Como se adquiere por agregacion? Tom. 1, pag. 303, §. 7. y siguientes.

¿Cuales modos de adquirir se llaman originarios, y cuales derivativos? Tom. 1, pag. 305, §. 12.

DONACION: ¿que es, y de cuántas especies? Tom. 2, pag. 483, §. 1.

La donacion entre vivos es propia ó impropia. Tom. 2, pag. 483, §. 2.

La donacion propia es irrevocable despues de aceptada, y no puede gravarse de modo alguno. Tom. 2, pag. 483, §. 3.

¿Quienes pueden hacer donaciones? Tom. 2, pag. 484, §. 4.

Ninguno puede hacerlas de todos sus bienes, sino en pocos casos. Tom. 2, pag. 484 §. 5.

La donacion que excede de quinientos maravedis de oro es nula, si de ella no se hace insinuacion. Tom. 2, pag. 484, §. 6.

La insinuacion debe hacerse ante el juez competente. Tom. 2, pag 485, §. 7.

¿En que términos deben computarse en el dia los quinientos maravedises de oro? Tom. 2, pag. 486, §. 8.

Donaciones que no necesitan ser insinuadas, aunque pasen de la expresada cantidad. Tom. 2, pag. 487, §. 9.

La donacion que hace el enfermo à su confesor, y la que se hace en fraude de los derechos reales, son nulas. Tom. 2, pag. 487, § 10.

¿Quienes estan privados de hacer donaciones? Tom. 2, pag. 488, § 11 y 12.

El hijo sujeto à la patria potestad solo puede hacer donaciones en ciertos casos. Tom. 2, pag. 488, §. 13.

La donacion no aceptada tendrá total firmeza si en la escritura se inserta la cláusula de aceptacion hecha por el escribano, por ausencia del donatario. Tom. 2, pag 488, §. 14.

¿Que donaciones son válidas entre los esposos antes de casarse? Tom. 2, pag. 489, §. 15.

Las donaciones entre casados son nulas. Casos exceptuados de esta regla general. Tom. 2, pag. 489, §. 16.

Causas por que pueden revocarse las donaciones à pesar de su estabilidad. Tom. 2, pag. 490, §. 17.

Medio de asegurar la irrevocabilidad de las donaciones. Tom. 2, pag. 490, §. 18.

La accion à revocar las donaciones por causa de ingratitud, es personal. Tom. 2, pag. 491, §. 19.

Donaciones propias que no pueden revocarse por causa de ingratitud. Tom. 2, pag. 491, § 2.

Causas por que deben revocarse algunas donaciones propias, ademas de la ingratitud. Tom. 2, pag. 491, §. 21.

Medio de impedir en lo posible la revocacion de las donaciones por nacimiento posterior de algun hijo. Tom. 2, pag. 492, §. 22.

Cláusulas que debe contener la escritura de donacion propia. Tom. 2, pag. 492, §. 23.

De las donaciones impropias ó condicionales. Tom. 2, pag. 493, §. 24.

Sobre el modo con que debe expresar el donante su voluntad si quiere asegurar la revocacion de las donaciones condicionales impuestas à iglesia ó manasterio. Tom. 2, pag. 494, §. 25.

Tambien asegurará la revocacion la cláusula que prefije el tiempo en que haya de concluirse la obra à que se destina el caudal donado. Tom. 2, pag. 497, §. 26.

La accion revocatoria por causa de ingratitud no tiene lugar, generalmente hablando, en las donaciones impropias, por que media causa onerosa. Tom. 2, pag. 499, §. 27.

Otras observaciones sobre varias donaciones impropias. Tom. 2, pag. 499, §. 28.

¿Que es donacion por causa de muerte? Tom. 2, pag. 613, §. 1.

Puede hacerse de dos modos. Tom. 2, pag. 613, §. 2.

Esta donacion es válida cuando se otorga por temor de la muerte de un tercero. Tom. 2, pag. 614, §. 3.

¿Quienes son aptos para hacer esta especie de donaciones? Tom. 2, pag. 614, §. 4.

Son válidas entre marido y muger. Tom. 2, pag. 614, §. 5.

Cosas en que esta donacion conviene con el legado. Tom. 2, pag. 614, §. 6.

La donacion por causa de muerte se revoca por muerte del donatario, cesacion del riesgo, ó arrepentimiento del donante. Tom. 2, pag. 615, §. 7.

Cláusula que constituirá irrevocable esta donacion. Tom. 2, pag. 615, §. 8.

¿En que términos debe otorgar el escribano la escritura de este contrato? Tom. 2, pag. 616, §. 9.

No debe insertar cláusulas de irrevocabilidad sino lo mandase el donante. Tom. 2, pag. 616, §. 10.

Donacion esponsalicia: es lo que el novio ú el esposo da simple y francamente á la novia para su adorno, como joyas, preseas ò vestidos, con esperanza y fin de casarse, y cuyo importe no debe exceder de la octava parte de la dote verdadera, y

no meramente confesada que reciba aquel. Por consiguiente si la esposa no llevare dote, no ganará estas dádivas. Tom. 1, pag. 88. §. 21.

Si el novio que hace estas dádivas fuere viudo con hijos de otro matrimonio, no puede exceder en ellas del quinto de sus bienes, y si hubiere exceso es nula la donacion en cuanto à este. Tom. 1, pag. 88, §. 21.

Consumiendo ó deteriorando la muger con el uso las preseas ó vestidos que su marido la dió despues de desposados, ¿ podrá ella ó su heredero dejarlos, y percibir las arras que la prometió en el mismo? Tom 2, pag. 88, §. 22.

DOTE: ¿que es? Tom. 1, pag. 37, §. 2.

¿De cuantas clases son los bienes dotales? Tom. 1, pag. 37, §. 3.

Casos en que se transfiere al marido asi el dominio civil como el natural de los bienes dotales. Tom. 1, pag. 37, §. 4.

¿Cuando corresponde al marido el dominio civil solamente de los bienes dotales? Tom. 1, pag. 38, §. 5.

¿En que tiempos puede constituirse y aumentarse la dote: y de cuántos modos puede esta darse? Tom. 1, pag. 38, § 6.

¿Cuando habrán de tenerse por aumento de dote, y no por réditos las utilidades percibidas de la cosa dotal? Tom. 1, pag. 38, §. 7.

¿Que clase de bienes puede llevar en dote la muger? Tom. 1, pag. 39, §. 8.

¿Que deberá hacer la muger cuando el marido disipe ó desfalque su dote? Tom. 1, pag. 39, §. 9.

¿Que requisitos son necesarios para que el marido pueda vender los bienes dotales inestimados? Tom. 1, pag. 39, §. 10.

Aunque la muger consienta la enagenacion de los bienes dotales no estimados hecha por el marido, deberá satisfacérsela el valor de ellos disuelto el matrimonio. Tom. 1, pag. 39, § 11.

Si el marido no tuviese con que reintegrar los bienes dotales que vendió, ¿como podrá la muger resarcirse? Tom. 1, pag. 39, §. 12.

La obligacion de dotar es propia y peculiar del padre. Tom. 1, pag. 40, §. 13.

El padre está obligado à dotar á su hija natural. Tom. 1, pag. 40, §. 14.

La madre no está obligada á dotar á sus hijas de sus propios bienes. Tom. 1, pag. 41, §. 15.

El padrastro ó la madrastra no tienen obligacion de dotar à sus hijastras de sus propios bienes. Tom. 1, pag. 41, §. 16.

El hermano que tiene bienes en comun ó proindiviso con su hermana, se entiende que la dota de los que la corresponden, y no de los suyos propios. Tom. 1, pag. 41, § 17.

Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de dote ni casamiento, tercio ni quinto de sus bienes. Tom. 1, pag. 42, §. 18.

La dote y la donacion *propter nuptias* deben pagarse de los bienes gananciales, si los hubiere. Tom. 1, pag. 42, §. 19.

No habiendo gananciales se presume que el padre, si promete dote à su hija, lo hace de sus propios bienes, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella. Tom. 1, pag. 42, §. 20.

Si el padre habiendo casado una hija, y dándola cierta dote casare otra, y la ofreciere tambien dote de sus bienes y de los de la misma hija, se debe conceptuar dotada esta en iguales términos que aquella. Tom. 1, pag. 43, §. 21.

Aunque solo el padre dote á la hija, se deberá satisfacer la dote de los gananciales. Tom. 1, pag. 43, §. 22 y 23.

La madre no puede prometer dote á su hija ni pagarla de los gananciales sin licencia de su marido. Tom. 1, pag. 45, §. 24.

Si el padre no quisiere casar à la hija, siendo esta mayor de veinticinco años, podrá la madre dotarla con licencia del juez y conocimiento de causa. Tom. 1, pag. 45, §. 25.

Si despues de haber prometido cierta dote à la hija el marido y la muger juntos, renunciare esta los gananciales, ha de pagarse no obstante de ellos. Tom. 1, pag. 45, §. 26.

Si el marido y la muger habitaren en un pueblo donde no se comunican los gananciales, puede esta repetir de aquel lo que prometió en dote á la hija de ambos, aunque no lo haya protestado. Tom. 1, pag. 46, §. 27.

Tambien se ha de satisfacer de los gananciales la dote que el padre estando viudo ofreció à su hija. Tom. 1, pag. 46, §. 28.

Si el que da ò recibe la dote apreciada se sintiere agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio. Tom. 1, pag. 46, §. 29.

¿Por cuales causas gana el marido la dote que su muger llevó al matrimonio? Tom. 1, pag. 47, §. 30.

¿A quien pertenecen los frutos de la dote durante el matrimonio? Tom. 1, pag. 47, §. 31.

De la dote confesada, y de los efectos que produce dicha confesion. Tom. 1, pag. 48, §. 32.

Casos en que perjudica al marido, ó le impone responsabilidad, la confesion jurada hecha por contrato entre vivos. Tom. 1, pag. 49, §. 33.

Los bienes del marido estan hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote. Tom. 1, pag. 50, §. 1.

El privilegio de preferencia que compete à la muger por su dote contra los bienes del marido, se transfiere à sus hijos y herederos legítimos para su repeticion y cobranza, pero no á los extraños. Tom. 1, pag. 53, §. 4.

Aunque el marido confiese haber recibido la dote, si por otro medio no se justifica su numeracion y entrega, no gozará del privilegio dotal. Tom. 1, pag. 53, §. 5.

El marido está obligado à restituir la dote, y puede hacer esta restitucion en vida. Tom. 1, pag. 56, §. 1.

Disuelto el matrimonio debe volverse la dote à la muger, à menos de que habiéndosela dado un extraño hubiere puesto la condicicion de que se le restituya à él. Tom. 1, pag. 56, §. 2.

Modo de hacer la restitucion segun la diferente especie de bienes dotales. Tom. 1, pag. 57, §. 3.

Debe atenderse principalmente à lo que se haya pactado en la escritura dotal para hacer la restitucion. Tom. 1, pag. 52, §. 4.

No habiendo dejado dinero el marido, no estan obligados sus herederos á pagar en él la dote. Tom. 1, pag. 58, § 5.

¿A quien pertenece el incremento ó deterioro de los bienes dotales, cuando estos se entregaron al marido con estimacion que no causó venta? Tom. 1, pag. 58, §. 6.

¿A quien corresponde dicho incremento ó deterioro, cuando el marido recibió los bienes dotales sin aprecio alguno? Tom. 1, pag. 59, §. 7.

Lo dicho en el párrafo anterior se entiende cuando no intervino obligacion en contrario. Tom. 1, pag. 59, §. 8 al 11.

¿Como deberá hacerse la restitucion de los bienes dotales no estimados, si el marido los hubiese vendido para pagar la deuda contraida durante el matrimonio, ó antes de casarse? Tom. 1, pag. 60, §. 12.

En cuatro casos toca indispensablemente al marido la pérdida ó deterioro de los bienes dotales no apreciados. Tom. 1, pag. 61, §. 13.

¿Si estará obligado el marido ó sus herederos á restituir el

importe de la dote cuando esta consistió en créditos á favor de la muger, y aquel dejó de cobrarlos? Tom. 1, pag. 61, §. 14 al 16.

¿Quien deberá pagar los gastos originados del cobro de la dote consistente en deudas? Tom. 1, pag. 62, §. 17 al 18.

Restitucion de la dote que consiste en legado anuo, usufructo, pension ó rentas impuestas en fondo vitalicio. Tom. 1, pag. 63, §. 19.

Para la exaccion de la dote se ha de atender à la costumbre del pueblo donde se celebró el matrimonio. Tom. 1, pag. 65, §. 20.

Si el marido fuese pobre, han de dejarle su muger ó sus herederos con que alimentarse, sin exigirle mas de lo que pueda restituir. Tom. 1, pag. 65, §. 21.

Los bienes del marido quedan obligados tácitamente, aun cuando no haya habido obligacion expresa al pago y saneamiento de los bienes dotales. Tom. 1, pag. 65, §. 22.

La accion de repetir la dote no prescribe hasta que el matrimonio se disuelve. Tom. 1, pag. 66, §. 23.

El marido puede imponerse pena, llamada comunmente arra, para que se le exija la dote en caso de no restituirla cómo y cuándo debe. Tom. 1, pag. 66, §. 24.

Efectos de esta pena cuando se la imponen los esposos de futuro. Tom. 1, pag. 66, §. 25.

El menor que promete y entrega la arra, no queda obligado à su cumplimiento, porque le compete el beneficio de la restitucion. Tom. 1, pag. 67, §. 27.

EJE

EJECUCION: la traen aparejada las diez cosas que alli se espresan. Tom. 5, pag. 19, §. 1.

La sentencia del juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada no solo trae aparejada ejecucion en lo que expresa, sino tambien en lo que tácitamente contiene. Tom. 5, pag. 20, § 2.

Trae igualmente aparejada ejecucion la sentencia válida de los árbitros en derecho. Tom. 5, pag. 20, §. 3.

Se ha de ejecutar sin embargo de apelacion la sentencia dada sobre dote y alimentos, y otras que alli se expresan. Tom. 5, pag. 21, § 4.

Tambien es ejecutiva la sentencia que confirma y aprueba los pareceres conformes de los contadores. Tom. 5, pag. 21. §. 5.

No trae aparejada ejecucion la sentencia dada contra el juez para que restituya las costas y salarios que llevó, à menos que sea citado y oido; pero sí por las condenas ó multas que hubiere recibido. Tom. 5, pag. 22, §. 6.

Tampoco es ejecutivo el mero mandato del juez en que ordena que alguno haga, dé ó pague à otro cierta cosa ó cantidad, sin citarle ni oirle. Tom. 5, pag 22, §. 7.

Asimismo no es ejecutiva la sentencia contra la cual pide restitucion el que goza de este beneficio. Tom. 5, pag. 22, §. 8.

La ejecutoria dada por tribunal superior, confirmando ó revocando la sentencia del juez inferior, trae aparejada ejecucion. Tom. 5, pag. 23, §. 9.

Es ejecutiva tambien la confesion clara y pura ò simple hecha por el deudor ante juez competente y escribano, ó ante este en virtud de su mandato. Tom. 5, pag 23, §. 10.

Aunque el deudor al tiempo que confiesa la deuda excepcione que el acreedor se la perdonó, se ha de despachar no obstante ejecucion contra él. Tom. 5, pag. 24, §. 11.

Remitiéndose el ejecutado en su confesion à algun instrumento, se debe despachar solamente la ejecucion por lo que resulte liquido. Tom. 5, pag. 24, §. 12.

La confesion segunda, que es contraria à la primera, no produce accion ejecutiva. Tom. 5, pag. 24, §. 13.

Tampoco es ejecutiva la confesion que hace el testador en su última disposicion de que es deudor de alguno, nombrándole. Tom. 5, pag. 24, §. 14.

No trae aparejada ejecucion la confesion que hace el menor que tiene curador, sin que este intervenga al juramento que debe precederla. Tom. 5, pag. 25, §. 15.

No es ejecutiva la confesion que en pena de la contumacia tiene la ley por hecha. Tom. 5, pag. 25, §. 16.

El juramento *litis decisorio*, que tambien se llama voluntario, trae aparejada ejecucion. Tom. 5, pag. 25, §. 17.

Las escrituras privadas, y demas papeles simples reconocidos por el deudor ante juez competente y escribano, ó de su mandato ante este solamente, traen aparejada ejecucion en cuanto á lo liquido confesado. Tom. 5, pag. 26, §. 18.

Toda letra de cambio aceptada es ejecutiva. Tom. 5, pag. 26, §. 19.

El reconocimiento extrajudicial no trae aparejada ejecucion, Tom. 5, pag. 30, §. 27.

Es ejecutivo el instrumento público original, otorgado ante escribano público ó notario real, siempre que tenga los requisitos legales. Tom. 5, pag. 30, §. 28.

Lo mismo procede en cuanto á la promesa futura de obligarse uno á otro dentro de cierto tiempo. Tom. 5, pag. 32, §. 29.

Será ejecutivo el instrumento, ya se haya otorgado en estos reinos, ya fuera de ellos, si aquí se pide su ejecucion. Tom. 5, pag. 33, §. 30.

Igualmente trae aparejada ejecucion el instrumento en lo que tácitamente contiene, siendo conjunto de lo que está expresado en él. Tom. 5, pag. 33, §. 31.

Es asimismo ejecutivo el testamento solemne por la deuda, legado, fideicomiso y mejora, ó prelegado de cosa específica. Tom. 5, pag. 34, §. 32.

Trae tambien aparejada ejecucion el instrumento en que alguno promete y se obliga á hacer alguna cosa. Tom. 5, pag. 34, §. 34.

No es ejecutivo el instrumento que carece de las formalidades legales, ó que no está extendido en el papel sellado correspondiente, ni tampoco lo es el instrumento novado. Tom. 5, pag. 35, §. 35.

Tampoco trae aparejada ejecucion la escritura de arrendamiento por el tácito del año sucesivo al en que espiró el expreso. Tom. 5, pag 35, §. 36.

Asimismo no trae aparejada ejecucion el instrumento público ó privado que se remita á otro, sin que conste primero de este. Tom. 5, pag. 36, §. 37.

No es ejecutiva la escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el juramento de su importe. Tom. 5, pag. 37, §. 38.

Ni tampoco lo es la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego. Tom. 5, pag. 38, §. 39.

Trae aparejada ejecucion el instrumento líquido, ó la liquidacion que consta por instrumento público, ó por confesion ó reconocimiento judicial hecho en debida forma. Tom. 5, pag. 41, §. 40.

Por alimentos ó intereses de dote retardada se puede proceder ejecutivamente sin ser necesario hacer liquidacion. Tom. 5, pag. 41, §. 41.

Pidiéndose ejecucion en virtud de instrumento por lo líquido

é ilíquido debe despacharse por aquello solo. Tom. 5, pag. 41, §. 42.

Para que el instrumento que no está liquidado traiga aparejada ejecucion, ha de contener una de las dos circunstencias que allí se expresan. Tom. 5, pag. 42, § 43.

Se puede hacer la liquidacion del instrumento ilíquido por escrituras, probanzas de testigos, contadores y juramento decisorio *in litem*. Tom. 5, pag. 42, §. 44.

Aunque la liquidacion se haga á presencia de escribano y de las partes, preceda para ella auto dado á instancia de la una, y ambas la firmen, debe reconocerla, consentirla y confesarla despues ó ratificarse en ella bajo de juramento la que resulte alcanzada. Tom. 5, pag. 43, §. 45.

¿De que modo serán ejecutivas las cuentas extrajudiciales formalizadas por las partes? Tom. 5, pag. 43, §. 46.

No debe procederse ejecutivamente en virtud de los asientos que cualquiera tenga hechos en sus libros de cuentas. Tom. 5, pag. 46, §. 47.

Tampoco se debe proceder ejecutivamente contra el obligado á dar cuentas antes que las dé, aunque se conozca y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas. Tom. 5, pag. 46, § 48.

Los rescriptos, privilegios, cédulas y provisiones reales que no redunden en perjuicio de tercero, ni hayan sido obtenidos con los vicios de obrepcion y subrepcion, son ejecutivos. Tom. 5, pag. 47, §. 49.

No vale el rescripto contrario á otro, á menos que en él se haga mencion específica de este. Tom. 5, pag. 47, §. 50.

Los juros, situaciones y libranzas dadas por el Rey ó por los ministros á quienes concede esta facultad, contra los tesoreros, cobradores y administradores de su Real Hacienda, traen aparejada ejecucion. Tom. 5, pag. 48, §. 51.

Ultimamente la traen aparejada los tributos públicos y reales, los diezmos y primicias de la iglesia, cuando por instrumento ejecutivo consta estarse debiendo. Tom. 5, pag. 48, §. 52.

De las personas que pueden pedir ejecucion. Tom. 5, pag. 51, §. 1 al 8.

Cosas privilegiadas en que no se puede hacer ejecucion. Tom. 5, pag. 54, §. 43 al 57.

Puede hacerse ejecucion en la finca dada á enfiteusis dejando á salvo para el señor del dominio directo su anual pension. Tambien puede hacerse en la casa sujeta á servidumbre, y en la ju-

risdiccion libre que el deudor tiene en algun sitio ó pueblo. Tom. 5, pag. 67, §. 37 al 40.

Circunstancias necesarias para que se pueda proceder ejecutivamente. Tom. 5, pag. 79, §. 1.

Providencia que suelen dar algunos jueces indulgentes antes de despachar el mandamiento ejecutivo, la cual no parece arreglada á derecho. Tom. 5, pag. 82, §. 2.

Requisitos que deben intervenir para que no se anule la ejecucion por defecto ó vicio en las diligencias. Tom. 5, pag. 82, §. 3.

Despachándose la ejecucion contra el fiador, puede señalar bienes que tenga el deudor en su casa ó fuera de ella. Tom. 5, pag. 83, §. 7.

La ejecucion se puede mejorar en cualquier estado de la causa á instancia del acreedor. Tom. 5, pag. 86, §. 8.

¿Que deberá hacerse dirigiéndose la ejecucion contra un tercero poseedor que no es heredero ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria? Tom. 5, pag. 86, §. 9.

Manifestando la muger su carta de dote, si es legítima se la ha de nombrar depositaria de los bienes ejecutados, bajo la obligacion que allí se expresa. Tom. 5, pag. 87, §. 12.

Hecha la traba se ha de notificar al deudor en persona, pudiendo ser habido, el estado de la ejecucion. Tom. 5, pag. 88, §. 13.

No pagando el deudor dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que se le notificó el estado de la ejecucion, incurre en la pena de satisfacer la décima parte mas. Tom. 5, pag. 88, §. 14.

Cuando el mandamiento se expide únicamente contra los bienes del deudor, no debe el alguacil ponerle preso, aunque carezca de ellos, ó teniéndolos no afiance de saneamiento. Tom. 5, pag. 107, §. 48.

Pasado el término de los pregones, se ha de citar al deudor en persona, si pudiere ser hallado, de mandato expreso del juez, por escrito y á instancia del acreedor. Tom. 5, pag. 107, §. 49.

No dejándose ver el ejecutado, se deben practicar, para citarle de remate, las mismas diligencias que para notificarle el estado de la ejecucion. Tom. 5, pag. 109, §. 50.

Hallándose el reo fuera del territorio ó jurisdiccion del juez que entiende en los autos ejecutivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio. Tom. 5, pag. 109, §. 31.

Cuando los bienes en que se trabó la ejecucion estan poseidos por tercero ó por acreedores conocidos, se les debe citar tambien en sus personas, pudiendo ser hallados. Tom. 5, pag. 110, §. 52.

Compareciendo por sí en el juicio el ejecutado, ú oponiéndose antes que se le cite de remate, es ociosa la citacion, y no debe darse auto para hacerla. Tom. 5, pag. 110, §. 53.

No siendo suficientes los bienes ejecutados para el pago de la deuda, su décima y costas, si por esta razon se hiciere nueva ejecucion, ó la despachada se ampliare ó mejorare en otros, debe ser citado segunda vez al deudor para el remate de estos. Tom. 5, pag. 110, §. 54.

EJECUCION DE LA SENTENCIA EN CAUSAS CRIMINALES. Luego que ha pasado la sentencia en autoridad de cosa juzgada, debe ejecutarse á la mayor brevedad. Tom. 7, pag. 19, §. 1.

Si es de pena capital, antes de ser puesto el reo en capilla, se le notifica personalmente la sentencia. Tom. 7, pag. 19, §. 2.

Puesto el reo en capilla, permanece en ella tres dias no completos; ¿y con que fin? Tom. 7, pag. 19, §. 3.

Pasados los dias que el juez manda esté el reo en capilla, provee otro auto para hacer efectiva la pena, à cuyo fin señala dia y hora, y da mandamiento contra el carcelero para que entregue á los ministros el que ha de ajusticiarse. Tom. 7, pag. 20, §. 4.

Diversidad de suplicios segun la diferente calidad de las personas. Tom. 7, pag. 20, §. 5.

Para la conduccion del reo al suplicio puede embargarse la bestia que se necesite. Tom. 7, pag. 20, §. 6.

En la sentencia se apercibe, bajo pena de la vida, que nadie quite al ajusticiado del patibulo. Tom 7, pag. 20, §. 7.

Orden con que han de ir los reos sentenciados, que han de castigarse con diferentes penas. Tom. 7, pag. 21, §. 8.

De las cofradias destinadas á asistir à los reos. Tom. 7, pag. 21, §. 9 y 10.

¿Que se hará cuando la pena capital haya de ejecutarse en pueblo donde no hay verdugo? Tom. 7, pag. 22, §. 11.

Los reos no han de ser ajusticiados en dia de fiesta, ni en lugar secreto, ni de noche. Tom. 7, pag. 22, §. 12.

Las sentencias de penas corporales aflictivas, se ejecutan en el lugar de la audiencia de la provincia, ó en el que es desig-

nado para ello. Tom. 7, pag. 22, §. 13.

Casos en que se suspende la ejecucion de la sentencia de muerte. Tom. 7, pag. 22, §. 14.

De la ejecucion de otras penas corporales aflictivas. Tom. 7, pag. 23 y siguientes, desde el §. 15 al 25.

Ejecucion de la sentencia sobre injurias verbales. Tom. 7, pag. 25, § 26.

Práctica que se observa en la ejecucion de la sentencia del pago de penas pecuniarias y confiscaciones. Tom. 7, pag. 26, §. 27 al 40.

Oposiciones y tercerias que suelen atravesarse á la ejecucion de la parte pecuniaria de la sentencia. Tom. 7, pag. 28, §. 41 y 42.

Los bienes adventicios del hijo en que tiene el usufructo el padre, no se confiscan por delito del primero. Tampoco se confiscan el peculio castrense ni cuasi castrense, ni el profecticio. Tom. 7, pag. 30, §. 44.

Asimismo no se confisca el usufructo; pero sí la utilidad ó productos de él. Tom. 7, pag. 30, §. 45.

Si el delito que causa la confiscacion es cometido por el padre, no se confisca el usufructo de la propiedad adventicia, si la pena del tal delito es de muerte civil ó natural. Tom. 7, pag. 30, §. 46.

Tampoco estan sujetos dichos peculios al pago de costas, y demas aplicaciones pecuniarias. Tom. 7, pag. 31, §. 47.

Las costas procesales son preferidas à todo otro pago, y razon por qué. Tom. 7, pag. 31, §. 48.

Otras observaciones relativas à la materia de este capítulo, Tom. 7, pag. 31, §. 49 al 53.

EJECUTADO. Puede serlo no solo el que contrajo la obligacion, sino su heredero acreditando serlo. Tom. 5, pag. 55, §. 9.

Si el heredero del deudor reconociese llanamente el vale hecho por este, se puede despachar ejecucion contra él por su importe. Tom. 5, pag. 56, §. 10.

Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prorata de su haber. Tom. 5, pag. 56, §. 11.

Tambien puede ser ejecutado el hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella. Tom. 5, pag. 56, §. 12.

El sucesor del mayorazgo puede ser ejecutado por el débito á que estan obligados los bienes. Tom. 5, pag. 57, §. 13.

No solo pueden ser ejecutados los herederos expresamente instituidos, sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor. Tom. 5, pag 57, §. 14.

Se puede proceder ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa. Tom. 5, pag. 57, §. 15.

La muger casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que durante el matrimonio contrajo su marido en cuanto alcance su mitad de gananciales. Tom. 5, pag. 58, §. 16.

Habiéndose despachado ejecucion contra ella antes de contraer matrimonio, se puede hacer ejecucion despues de contraido en sus bienes, aunque sean dotales. Tom. 5, pag. 58, §. 17.

Se puede proceder ejecutivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad. Tom. 5, pag. 58, §. 18.

El deudor del principal deudor puede ser ejecutado por el acreedor privado personal, concurriendo las circunstancias que alli se expresan. Tom. 5, pag. 58, §. 19.

Por las deudas del concejo se puede hacer ejecucion en sus propios. Tom. 5, pag. 61, §. 23.

No ha lugar la ejecucion contra el comprador de la herencia, ni contra el donatario, sino en ciertos casos. Tom. 5, pag. 61, §. 24.

Tampoco tiene lugar la ejecucion contra el usufructuario singular, aun que si contra el universal. Tom. 5, pag. 61, §. 25.

¿Como tendrá lugar la ejecucion contra el tutor por las deudas de su menor? Tom. 5, pag. 61, §. 26.

¿Como se podrá ejecutar á los administradores, factores ó procuradores que se obligan por sus principales? Tom. 5, pag. 62, §. 27.

No tiene lugar la ejecucion contra el tercer poseedor de los bienes obligados, sino en los trece casos que alli se expresan. Tom. 5, pag. 62, §. 28 y 29.

Circunstancias necesarias para que el acreedor pueda proceder contra el tercer poseedor en los casos en que tiene lugar la ejecucion. Tom 5, pag. 65, §. 30.

¿Como ha de hacerse la ejecucion en los bienes de la muger casada por deuda que contrajo antes del matrimonio, y cómo quedará obligada ejecutivamente por el débito que despues de casada contrajo su marido, ó ella con su licencia? Tom. 5, pag. 69, §. 41 y 42.

Si el ejecutado formare concurso de acreedores, incluyere en el memorial y se embargaren en consecuencia algunos bienes per-

tenecientes á otro, ¿que deberá hacer este para reclamarlos? Tom. 5, pag. 85, §. 6.

Para que el ejecutado mayor de veinte y cinco años no alegue ignorancia, le ha de hacer saber el escribano que sino paga dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que se le notificó el estado de la ejecucion, incurre en la pena de satisfacer la décima parte mas. Tom. 5, pag. 89, §. 15.

Al mismo tiempo le ha de preguntar si tiene ó no por dados los pregones. Tom. 5, pag. 90, §. 16.

Oponiendo el ejecutado por accion real ó hipotecaria excepciones que impidan el progreso ejecutivo, y justificándolas en el término encargado, se suele declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y se recibe el pleito á prueba por via de justificacion. Tom. 5, pag. 157, §. 6.

EJECUTOR: si fuere preciso enviarle contra el deudor por morosidad de este, ¿como habrán de satisfacerse los salarios que devengare en ida, estada y vuelta? Para que pueda enviarse dicho ejecutor, ¿que renuncias deberá haber hecho el deudor? Tom. 5, pag. 7 y 8, §. 4 al 6.

ELECCIONES para los oficios de ayuntamiento: ¿como deberán hacerse? Tom. 1, pag. 197, §. 12 al 27.

EMANCIPACION: ¿que es? Tom. 1, pag. 126, §. 4.

La emancipacion ha de ser para todo, y no para una sola cosa. Tom. 1, pag. 128, §. 5.

¿Por cuales causas puede ser apremiado el padre á emancipar al hijo? Tom. 1, pag. 128, §. 6.

El hijo, aunque emancipado, no puede demandar al padre sin su licencia, sino por sus bienes castrences ó cuasi-castrences. Tom. 1, pag. 129, §. 7.

EMBARGO DE BIENES: casos en que debe hacerse de todos los del reo, ó solo de una parte. Tom. 7, pag. 333, §. 37.

La diligencia del embargo suele anteponerse ó posponerse á la prision segun las circunstancias. Tom. 7, pag. 333, §. 38.

Juzgándose con probabilidad que alguna finca ó alhaja es del reo, se embarga, aunque no se sepa de cierto que lo sea. Tom. 7, pag. 333, §. 39.

Hecho inventario de los bienes embargados, se depositan en sugeto lego y del estado llano á eleccion del juez. El depositario ha de administrar estos bienes con la debida cuenta y razon. Tom. 7, pag. 334, §. 40.

El juez debe abonar al depositario el debido estipendio, re-

gulado con prudencia por el trabajo é industria que exige el cuidado de aquellos bienes. Tom. 7, pag. 334, §. 41.

Estos bienes no se han de vender por título ni pretexto alguno hasta el fin de la causa, excepto para alimentar y defender al mismo preso. Tom. 7, pag. 334, §. 42.

¿Como se procede contra el ocultador de los bienes del reo? Tom. 7, pag. 334, §. 43.

Respeto que debe tenerse en los embargos al escritorio y libros de un comerciante, como tambien al estudio ó despacho de los abogados, escribanos y otros hombres de negocios. Tom. 7, pag. 334, § 44.

Otras observaciones relativas á esta materia. Tom. 7, pag. 335, §. 45 al 53.

EMPRESTITO. Véase préstamo.

ENTREGA DE LAS COSAS: es de tres maneras; corporal, ficticia y simbólica. Tom. 1, pag. 304, § 11.

ENVENENAMIENTO. Diversas clases de venenos, sus efectos, y diligencias que deben practicarse para la averiguacion de este crimen. Tom. 7, pag. 277, §. 14 al 20.

ESCRIBANO: ¿que es, y en que consiste su oficio? Tom. 1, pag. 204, §. 1.

Requisitos necesarios para que todo escribano pueda ejercer su oficio. Tom. 1, pag. 206, §. 2.

Lo que debe tener presente el escribano para no incurrir en pena, ni dar lugar á que se anulen los actos que autorice. Tom. 1, pag. 207, §. 3.

Lo que está prohibido á los escribanos de cámara del Consejo. Tom. 1, pag. 207, §. 4.

Los notarios eclesiásticos no pueden usar oficios entre legos en materias temporales. Tom. 1, pag. 207, §. 5.

Pena de los escribanos que entregan diminuto algun proceso en grado de apelacion ó remision. Tom. 1, pag. 207, §. 6.

Pena en que incurren por no signar anualmente y tener en custodia segura los registros de escrituras que pasan ante ellos. Tom. 1, pag. 208, §. 7.

Pena de los escribanos que hacen escrituras entre los legos sobre cosas profanas en que el lego se somete á la jurisdiccion eclesiástica. Tom. 1, pag. 209, §. 8.

Pena del escribano que usa su oficio con jueces eclesiásticos ó conservadores contra legos, excepto en los casos permitidos por derecho. Tom. 1, pag. 210, §. 9.

Los escribanos no pueden ser abogados de las partes, ni tratar en oficio de regatonería, ni solicitar pleito alguno. Tom. 1, pag. 210, §. 10.

Pena de los escribanos de número y concejo que salgan fiadores ó abonadores de rentas reales, propios y carnicerías, ó que las arrienden en el lugar en que ejercen sus oficios. Tom. 1, pag. 210, §. 11.

Los escribanos no pueden recibir en su poder por via de depósito ni en otra forma dinero tocante á penas de cámara, gastos de justicia ú obras pias. Tom. 1, pag. 211, §. 12.

Tampoco pueden hacer escrituras de cosas que se miden, no siendo por la medida de Toledo, y en granos por la de Avila. Tom. 1, pag. 211, §. 13.

Los escribanos reales deben decir en la suscripcion de dónde son vecinos, y no usar su oficio sin haber presentado el título en el ayuntamiento, bajo pena de perderle. Tampoco pueden actuar ni autorizar contratos ni testamentos en los pueblos en que hay escribano de número. Tom. 1, pag. 211, §. 14.

Otras escrituras que no pueden otorgarse ante los escribanos reales. Tom. 1, pag. 212, §. 15.

Casos en que los escribanos no deben llevar derechos. Tom. 1, pag. 213, §. 16.

En los pueblos donde hay bastante número de escribanos, ninguno de estos puede admitir demanda que ponga ante él su hermano ò primo hermano. ¿Como han de hacer los testimonios en las causas de apelacion? Tom. 1, pag. 214. §. 17.

Pena impuesta al escribano que no ponga fe del dia y hora en que se trabe la ejecucion. Debe tambien examinar por sí mismo los testigos en las causas. Tom. 1, pag 214, §. 18.

No debe el escribano por sí ni por tercera persona buscar dinero para la imposicion de censos llevando interes con título de correduría ni otro alguno Tom. 1, pag. 214, §. 19.

¿En que términos deben los escribanos dar à las partes copias de las escrituras que ante ellos pasaren? Tom. 1, pag. 215, §. 20.

Deben poner fe con su signo y firma de los derechos que llevaren, en la espalda de los procesos. Tom. 1, pag. 215, §. 21.

¿Que deben practicar los escribanos cuando salgan à hacer ejecucion ó diligencias á otros pueblos fuera del de su residencia? Tom. 1, pag. 216, §. 22.

¿A que escribanos corresponde dar á los arrieros los testi-

monios firmados de la justicia, del trigo y demas semillas que compraren? Tom. 1, pag. 216, §. 23.

Obligacion de los escribanos de concejo. Tom. 1, pag. 216, §. 24.

¿En que tiempo, y de que modo han de dar los escribanos fe y testimonio de cuanto pase ante ellos siéndoles pedido por la parte interesada? Tom. 1, pag. 217, §. 25.

ESPERA DE ACREEDORES: hay dos especies de ella; una llamada asi propiamente, y es la que conceden los mismos acreedores: otra la que otorga el Soberano, ó á su nombre el Consejo, y se denomina *moratoria*. Tom. 5, pag. 327, §. 1.

Solo el Consejo, y no las chancillerías, audiencias ó jueces inferiores, pueden conceder moratoria. Tom. 5, pag. 327, §. 2.

La moratoria, como privilegio meramente personal, no se extiende á los sucesores ni fiadores del deudor. Tom. 5, pag. 327, §. 3.

Requisitos necesarios para que aproveche la moratoria, y pueda el deudor usar de ella. Tom. 5, pag. 327, §. 4.

¿Por quien se despachan las moratorias, y formalidades que se observan para la solicitud y despacho de ellas? Tom. 5, pag. 328, §. 5.

Aclaracion de tres dudas que se ofrecen en esta materia. Tom. 5, pag. 329, §. 6 al 8.

El Consejo de Hacienda no tiene facultades para conceder esperas ó moratorias á los deudores fiscales sin consultarlo con S. M. Tom. 5, pag. 332, §. 9.

De la espera que conceden los acreedores: requisitos necesarios para que sea válida. Tom. 5, pag. 332, §. 10.

Juntos los acreedores ó la mayor parte, valdrá lo que esta resuelva, y perjudicará á los ausentes: ¿como deberá entenderse esta mayor parte si en deudas ò personas? Tom. 5, pag. 332, §. 11.

Término que podrán conceder al deudor los acreedores. Tom. 5, pag. 333, §. 12.

¿Que deberá hacer el deudor para que tenga efecto la espera concedida por los verdaderos acreedores, y no sea molestado por los que no accedieron á ella? Tom. 5, pag. 334, §. 13.

No aprovecha la moratoria à los herederos del deudor que falleció estando aquella pendiente, si aceptan con beneficio de inventario. Tom. 5, pag. 334, §. 14.

Si el deudor por convenirle asi, quiere hacer cesion de bie-

nes, y los acreedores à fin de que no la haga quieren concederle espera, no serán oidos, y por lo tanto se le admitirá aquella. Tom. 5, pag. 334, §. 15.

Si el deudor fuere comerciante ú otro hombre de negocios, no solo deberá afianzar, sino que la espera que se le conceda no podrá pasar de cinco años. Tom. 5, pag. 335, §. 16.

De lo que debe observarse cuando el deudor pide à sus acreedores que le rebajen ò minoren sus créditos. Tom. 5, pag. 335, §. 17.

ESPONSALES: ¿que son, y de cuantos modos pueden celebrarse? Tom. 1, pag. 14, §. 2 y 3.

¿Quienes pueden contraer esponsales? Tom. 1, pag. 14, §. 4.

El padre no puede desposar à las hijas sin su consentimiento. Tom. 1, pag. 15, §. 5.

Obligacion que resulta de los esponsales. Tom. 1, pag. 15, §. 5.

ESTUPRO: dificultades que se ofrecen en la averiguacion de este delito. Tom. 7, pag. 289, §. 47 al 50.

EVICCION: es la recuperacion que se hace en juicio de alguna cosa propia, quitándosela al que la adquirió con título legítimo. Tom. 2, pag. 170, §. 53.

¿Como debe ordenarse la cláusula de eviccion en el contrato de venta? Tom. 2, pag. 170, §. 54 al 56.

El pacto de eviccion puede hacerse extensivo à las mejoras hechas en la cosa vendida. Tom. 2, pag. 172, §. 57.

Método absurdo que tienen algunos escribanos de extender la cláusula de eviccion. Tom. 2, pag. 172, §. 58.

Puede el vendedor actual ceder al comprador el derecho de eviccion que tiene contra el vendedor anterior. Tom. 2, pag. 173, §. 59.

EXCEPCION: ¿que es? Tom. 3, pag. 294, §. 1.

Division de las excepciones: ¿cuales son las dilatorias? Tom. 3, pag. 294, §. 2.

Subdivision de estas. Unas son relativas á la persona del juez, otras à la del actor, y otras à la causa ó proceso. Tom. 3, pag. 295, §. 3.

Las primeras son la declinatoria de fuero, y la recusacion del juez por sospechoso. (Véanse estos dos artículos en sus correspondientes lugares.)

De las excepciones dilatorias concernientes à la persona del actor. Tom. 3, pag. 316, §. 47.

Entre ellas se tiene por tal la fianza ó seguridad que se pide y debe dar en juicio. Tom. 3, pag. 317, §. 50.

De las excepciones concernientes á la causa. Tom. 3, pag. 318, §. 51.

De las excepciones meramente perentorias. Tom. 3, pag. 323, §. 60.

De las excepciones mixtas ó anómalas. Tom. 3, pag. 323, §. 61.

De las excepciones perjudiciales. Tom. 3, pag. 324, §. 62 y 63.

Del orden con que deben proponerse las excepciones. Tom. 3, pag. 325, §. 64 al 70.

Término que conceden las leyes para proponer las excepciones. Tom. 3, pag. 327, §. 71 al 74.

Excepciones que podrá oponer el deudor en el juicio ejecutivo: ¿de cuantas clases son? Tom. 5, pag. 117, §. 3.

De la excepcion de pago. ¿Como ha de hacerse la prueba de este para impedir la ejecucion? Tom. 5, pag. 171, §. 4 y 5.

Excepcion del pacto ó promesa de no pedir la deuda. Tom. 5, pag. 119, §. 6.

De la excepcion de falsedad del instrumento. Tom. 5, pag. 119, §. 7.

Excepcion de usura. Tom. 5, pag. 119, §. 8.

De otras excepciones llamadas útiles. De la compensacion. (Véase este artículo.)

De la transaccion hecha ante juez ó escribano público. Tom. 5, pag. 120, §. 11. (Véase tambien el artículo transaccion.)

De la novacion (Véase este artículo.)

De la delegacion. Tom. 5, pag. 123, §. 17 y 18.

De la excepcion de nulidad de contrato. Tom. 5, pag. 125, §. 21.

Excepcion de la simulacion de contrato. Tom. 5, pag. 125, §. 22.

¿De cuantos modos puede cometerse la simulacion? Tom. 5, pag. 126, §. 23 al 25.

Excepcion de que el instrumento en cuya virtud se pidió ejecutivamente no contiene la causa de deber. Tom. 5, pag. 127, §. 26 y 27.

La prescripcion es otra de las excepciones que impiden la ejecucion. Tom. 5, pag. 128, §. 28 y siguientes. (Véase tambien la palabra prescripcion.)

Si se siguiese litigio sobre la legitimidad de una escritura de censo, y por sentencia se declarase válido el instrumento, podrá despacharse ejecucion, no solo por los caidos en los diez años, sino tambien por los posteriores hasta la ejecutoria. Tom. 5, pag. 132, §. 37.

Tambien impide la ejecucion la excepcion de que el instrumento en cuya virtud se despachó, no es público ni auténtico. Tom. 5, pag. 133, §. 38.

Si la escritura es censual ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca, y el acreedor antes de entablar el juicio no hizo tomar razon en la oficina de hipotecas, no debe despacharse ejecucion en su virtud. Tom. 5, pag. 133, §. 39.

¿Que deberá hacerse si en el instrumento no se señala plazo para el pago? Tom. 5, pag. 135, §. 40.

Se admiten en la via ejecutiva las excepciones que se dirigen contra la persona que la intenta. Tom. 5, pag. 135, §. 41.

Tambien tiene lugar la declinatoria del fuero. Tom. 5, pag. 135, §. 42.

Asimismo impide la ejecucion la excepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide. Tom. 5, pag. 135, §. 43.

El no estar comprendido en el instrumento la cantidad por qué se expidió la ejecucion, es otra excepcion que la impide. Tom. 5, pag. 136, §. 44.

Lo mismo procede cuando el intrumento del contrato, en virtud del cual se pide la ejecucion, no es el principal otorgado y celebrado entre las partes. Tom. 5, pag. 136, §. 45.

Es excepcion legítima la del juramento que uno hace en las obligaciones en que está prohibido. Tom. 5, pag. 136, §. 46.

Impiden asimismo la ejecucion las excepciones anejas ò inherentes al contrato. Tom. 5, pag. 137, §. 49.

Limitaciones de la doctrina del párrafo anterior. Tom. 5, pag. 137, §. 48.

¿Cuando impedirá el progreso ejecutivo la excepcion de reconvencion? Tom. 5, pag. 137, §. 49.

Se admite tambien en la via ejecutiva la excepcion del dinero no entregado. Tom. 5, pag. 138, §. 50.

Igualmente impide el curso de la ejecucion la excepcion que de ella misma puede originarse. Tom. 5, pag. 138, §. 51.

Ultimamente obstan à la ejecucion cualesquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, cuando el acreedor renunció en el contrato su beneficio. Tom. 5, pag. 138, §. 52.

Lo mismo procede con las que el reo podria objetar en la provincia en que se celebró el contrato, ó se dió la sentencia, y con otras legítimas que pueda probar en el término de los diez dias. Tom. 5, pag. 139, §. 53.

De la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en el juicio ejecutivo por necesitar mayor examen: una de ellas es el dolo. Tom. 5, pag. 139, §. 54. (Véase tambien la palabra dolo.)

No es admirable en la via ejecutiva contra el instrumento público la excepcion de lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio. Tom. 5, pag. 140, §. 59.

¿Cuando se admitirá la excepcion de error de cálculo ó guarismo? Tom. 5, pag. 140, §. 60.

Tampoco debe admitirse en el juicio ejecutivo la excepcion de division de la deuda entre los mancomunados. Tom. 5, pag. 141, §. 61.

¿En que términos podrá admitirse en este juicio la excepcion de restitucion *in integrum*? Tom. 5, pag. 141, §. 63.

Ninguna excepcion que por no ser legítima despreció el juez inferior en primera instancia, debe ser admitida por el tribunal superior en la causa de apelacion. Tom. 5, pag. 141, §. 64.

Término en que se han de alegar y probar las excepciones en el juicio ejecutivo. Tom. 5, pag. 142, §. 65.

¿Cuando ha de empezar á correr el término de los diez dias? Tom. 5, pag. 142, §. 66.

Si estos empiezan à correr en feriados, y en ellos espiran ò se consume la mayor parte, no deben contarse ni correr hasta el siguiente al dia en que cesen. Tom. 5, pag. 143, §. 67.

No debe prorogarse este término á instancia del reo. Tom. 5, pag. 143, §. 68.

A instancia del acreedor puede prorogarse el término las veces que quisiere. Tom. 5, pag. 143, §. 69.

Requisitos que han de intervenir para esta próroga. Tom. 5, pag. 143, §. 70.

¿Por cuales medios podrán hacer las partes sus respectivas probanzas? Tom. 5, pag. 144, §. 71 al 74.

Aunque el término de los diez dias no se pueda prorogar à instancia del ejecutado, se podrá suspender siempre que acredite justa causa. Tom. 5, pag. 146, §. 75, 76 y 77.

Sucediendo muchas veces que para ejecutar el juez la sentencia que pronunció tiene que impartir el auxilio de otro se ex-

plican los casos en que podrán deducirse y alegarse las excepciones ante el requerido del propio modo que ante el requirente. Tom. 5, pag. 149, §. 79 al 83.

En cuanto al tercero poseedor, supuesto que puede oponer sus excepciones ante el juez requerido, y este conocer de ellas, para resolver si podrá ò no decidirlas, se distinguen dos casos. Tom. 5, pag. 151, §. 84.

EXCUSION: ¿en que consiste, y casos en que es necesaria? Tom. 5, pag. 59, §. 20.

¿Cuando se podrá dirigir la accion ejecutiva contra el fiador sin hacer excusion en los bienes del deudor? Tom. 5, pag. 60, §. 21 y 22.

EXERCITORIA (accion) es la que se da contra el dueño de una embarcacion que tiene puesto para dirigirla algun patron ò maestre, y queda obligado por los contratos de este, suponiendose que los celebró por orden ò con beneplácito del dueño. Tom. 3, pag. 269, §. 24.

EXHIBITORIA (accion) con ella pide el demandante al juez que mande al demandado exhibir ò presentar ante sí aquella cosa que pretende, para formalizar con mayor claridad la demanda, y dar las pruebas correspondientes. ¿A quien corresponde esta accion? Tom. 3, pag. 257, §. 22.

EXHUMACION del cadaver en los delitos de homicidio: ¿cuando será necesaria para su reconocimiento? y modo de proceder para hacerla. Tom. 7, pag. 285, §. 32 al 34.

EXPOSICION, ú ocultacion de parto y de infanticidio: ¿como debe procederse en la averiguacion de estos delitos? Tom. 7, pag. 284, §. 31.

EXTINCION de las obligaciones. El modo mas frecuente de extinguirlas es el cumplimiento del contrato, pagando el que debe la cosa estipulada. Tom. 2, pag. 648, §. 1. (Véase la palabra pago.)

Tambien se extingue la obligacion cuando la cosa perece sin culpa del deudor, si es individual y determinada, mas no si es génerica ó especifica. Tom. 2, pag. 651, §. 7.

Se extingue igualmente cuando remitiéndose el acreedor al juramento del deudor sobre la verdad del crédito, lo niega este. Tom. 2, pag. 651, §. 8.

Asimismo fenece la obligacion cuando el deudor remite la deuda, lo cual puede verificarse de varios modos. Tom. 2, pag. 651, §. 9.

Tambien se extinguen las deudas por la compensacion. Véase esta palabra.

Idem por la novacion. Véase este artículo.

FAL

FALSIFICACION de moneda: modo de proceder en la averiguacion de este delito. Tom. 7, pag. 299, §. 77 al 81.

Idem en la falsificacion de escrituras ú otros documentos. Tom. 7, pag. 300, §. 82.

Idem en el de usar medidas ó pesas falsas ó diminutas. Tom. 7, pag. 307, §. 83.

FAMA y notoriedad: una de las especies de prueba judicial. Tom. 4, pag. 175, §. 106.

La fama originada de personas fidedignas, hace regularmente semiplena prueba. Tom. 4, pag. 175, §. 107.

¿En que casos hace la fama plena prueba? Tom. 4, pag. 176, §. 108.

¿Como se ha de probar la muerte de una persona ausente? Tom. 4, pag. 176, §. 109.

¿Cuantas cosas se requieren para que pruebe la fama? Tom. 4, pag. 177, §. 110.

FIANZA: ¿que es? Tom. 2, pag. 412, §. 1.

Hablando generalmente en toda fianza debe ser reconvenido el deudor antes que el fiador. Tom. 2, pag. 412, §. 2.

Los fiadores se obligan, ó simplemente ò como pagadores principales. Circunstancias de la fianza simple. Tom. 2, pag. 412, §. 3.

¿Que es fianza en calidad de pagador principal, y que obligaciones trae consigo cuando es ademas solidaria? Tom. 2, pag. 413, §. 4.

Las obligaciones de cualquiera fianza reciben toda la amplitud que quieren darla los contrayentes. Tom. 2, pag. 413, §. 5.

Limitaciones legales de esta amplitud. Tom. 2, pag. 414, §. 6.

Diferencias que inducen los diversos modos con que puede pagar la deuda el fiador. Tom. 2, pag. 414, §. 7.

¿En que casos está obligado el deudor á satisfacer al fiador lo que pagó por él, y en cuales no lo está? Tom. 2, pag. 415, §. 8.

Cuando reconvenido este, satisface la deuda callando maliciosamente alguna excepcion del deudor, no tiene derecho á reclamar lo que pagó por él. Tom. 2, pag. 415, §. 9.

La fianza pasa à los herederos del fiador. Tom. 2, pag. 416, §. 10.

Puede la fianza otorgarse de palabra, y por toda especie de obligaciones. Tom. 2, pag. 416, §. 11.

Tambien puede otorgarse por una herencia, y en ciertos casos por los locos, pupilos y pródigos. Tom. 2, pag. 416, §. 12.

Igualmente puede darse fianza por otro fiador. Tom. 2, pag. 417, §. 13.

La obligacion del fiador no se extiende à mayor cantidad que la expresada en el contrato. Tom. 2, pag. 417, §. 14.

Inteligencia que debe darse à las expresiones en que esté concebido el contrato de fianzas. Tom. 2, pag. 417, §. 15.

El fiador puede oponer al acreedor las excepciones reales; pero no las que sean personales del fiado. Tom. 2, pag. 418, §. 16.

Casos en que muerto un fiador hay obligacion de presentar otro, y casos en que no la hay. Tom. 2, pag. 418, §. 17.

En las fianzas en que el fiador tiene derecho à excusion, debe pedirla este. Tom. 2, pag. 218, §. 18.

El acreedor que ha despreciado la excusion, no por eso se inhabilita para reconvenir al fiador. Tom. 2, pag. 419, §. 19.

La excusion debe proponerse antes de la contestacion formal de la demanda, pero la excepcion de division puede proponerse despues. Tom. 2, pag. 419, §. 20.

Circunstancias que son precisas para que el fiador pueda proceder contra el deudor. Tom. 2, pag. 419, §. 21.

¿Como podrá reconvenir à los deudores cuando son muchos, el fiador que ha satisfecho la demanda? Tom. 2, pag. 420, §. 22.

Casos en que el fiador podrá pedir que se le exonere de la fianza, y esta quedará extinguida. Tom. 2, pag. 420, §. 23.

La extincion de la obligacion principal lleva consigo la extincion de la fianza. Varios modos de extinguirse esta. Tomo. 2, pag. 421, §. 24.

Excepciones de la regla general establecida en el párrafo anterior. Tom. 2, pag. 421, §. 25.

¿Quiénes pueden ser fiadores? Tom. 2, pag. 422, §. 26.

No pueden serlo los obispos, clérigos y religiosos, sino en pocos casos. Tom. 2, pag. 422, §. 27.

Los labradores solo pueden ser de otros labradores. Tom. 2, pag. 422, §. 28.

Las mugeres tampoco pueden ser fiadoras, sino en los casos que allí se expresan. Tom. 2, pag. 422, §. 29.

Advertencia sobre el fiador de un menor. Tom. 2, pag. 423, §. 30.

La emancipacion no autoriza á un menor para obligarse como fiador. Tom. 2, pag. 423, §. 31.

Ninguno está obligado á dar fianzas, si al tiempo de celebrar el contrato principal no se le pidieren. Excepciones de esta regla general. Tom. 2, pag. 423, §. 32.

De las varias especies de fianzas que debe dar el usufructuario. Tom. 2, pag. 559, §. 6.

¿Que fianzas se deben dar de muebles y otras cosas que se consumen con el uso? Tom. 2, pag. 560, §. 7.

¿Cuales deben darse por razon de animales no productivos? Tom 2, pag. 561, § 8.

FIANZA DE SANEAMIENTO: es la que da un deudor para evitar su prision, aun cuando tenga bienes sobrados para pagar. Tom. 2, pag. 433, §. 2.

Debe requerirse al ejecutado para que dé esta fianza. Tom. 5, pag. 93, §. 23.

Esta fianza es de esencia del juicio ejecutivo para que no quede ilusorio. Tom. 5, pag. 94, §. 24.

FIANZA DE LA LEY DE TOLEDO: la da el acreedor que por la via ejecutiva cobra su deuda para resguardo del deudor, si en el grado de apelacion prueba que no debió pagar. Tom. 2, pag. 434 §. 3.

FIANZA DE LA LEY DE MADRID: tiene lugar en la sentencia arbitraria, y por ella queda asegurado el que se siente perjudicado de dicha sentencia para el caso en que se revoque en apelacion. Tom. 2, pag. 436, §. 5.

FIANZA DE LA HAZ: tiene que prestarla en las causas civiles algun fallido ó poco abonado porque el juicio no quede ilusorio, y en las criminales cuando el delito merece pena pecuniaria y no corporal, so pena de prision del que no la diere. Tom. 2, pag. 437, § 7.

FIANZA CARCELERA: tiene que darla el reo preso para conseguir la libertad, obligándose el fiador á presentarle cuando se le pida. Tom. 2, pag. 438, §. 8.

Explicacion de dicha fianza, y de las obligaciones que con-

trae el que la toma à su cargo. Tom. 2, pag. 438, §. 9.

Fianzas que deben prestar los corregidores y otros jueces de permanecer en el pueblo en que lo han sido, el tiempo necesario por la ley para ser residenciados. Tom. 2, pag. 439, §. 10.

Fianza que estan obligados à dar los escribanos de la audiencia de Galicia para seguridad de los procesos en que actuaren, y entrega de los mismos à sus sucesores. Tom. 2, pag. 439, §. 11.

Fianza que deben dar los jueces de visita de entregar al receptor de penas de cámara los caudales que recogieren pertenecientes à este ramo. Tom. 2, pag. 440, §. 12.

Fianzas que es preciso dar para introducir los recursos extraordinarios de injusticia notoria. Tom. 2, pag. 440, §. 13 y 14.

FIANZA DEPOSITARIA, ó sea de acreedor de mejor derecho: tiene lugar en los concursos de acreedores. Tom. 2, pag. 442, §. 15 y 16.

FIANZA DE LAS MIL Y QUINIENTAS DOBLAS: se ha de prestar por el que interpone suplicacion de la sentencia de revista dada por una audiencia ó chancillería en pleitos de mayorazgos, y otros de consideracion. Tom. 2, pag. 443, §. 17.

FIANZA DE ARRAIGO: casos en que tiene lugar. Tom. 2, pag. 443, §. 17.

Responsabilidad de los escribanos en orden à la admision de las fianzas referidas. Tom. 2, pag. 444, §. 21.

FINIQUITO: ¿que es, y en que casos tiene lugar? Tom. 2, pag. 652, §. 12.

FISCALES: los hay en los tribunales superiores para los negocios criminales y civiles. Tom. 7, pag. 363, §. 9.

El señor fiscal hace las veces de actor ó acusador en la causa criminal de oficio. Consideracion con que se la trata en el tribunal. Tom. 7, pag. 364, §. 10.

FISCO. En las alcabalas y otros derechos reales, si los arrendatarios los subarriendan en todo ó parte, estan obligados al fisco los subarrendatarios igualmente que los primeros. Tom. 5, pag. 293, §. 22.

En las ventas forzadas ó que se celebran contra la voluntad de los compradores para pagar al fisco, no tiene lugar el remedio de la restitucion, ó el suplemento del justo valor cuando hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio. Tom. 5, pag. 293, §. 23.

El fisco goza del beneficio de la restitucion *in integrum*. Tom. 1, pag. 6, §. 12.

El fisco por especial privilegio avoca y atrae à si todos los autos del concurso hasta que se hace pago de su crédito, devolviéndolos despues al juez ordinario. Tom. 5, pag. 248, §. 12.

En las ejecuciones que sigue el fisco por las alcabalas ú otros derechos reales, no deben admitirse oposiciones y tercerias, à menos que los terceros justifiquen con instrumentos públicos el dominio de los bienes en que se trabó la ejecucion. Tom. 5, pag. 292, §. 18.

En la ejecucion que intenta el fisco sobre exaccion de sus derechos reales, únicamente se admite à los arrendadores de estos la excepcion de paga ó quita. Tom. 5, pag. 292, §. 19.

El fisco por especial prerogativa puede ejecutar al deudor de su deudor, sin que preceda cesion de acciones, ni otras formalidades que alli se expresan. Tom. 5, pag 292, §. 20.

Tambien puede el fisco ejecutar à los socios, à quienes los arrendadores de sus rentas dieron parte en el arrendamiento. Tom. 5, pag. 292, §. 20.

Cuando el fisco ejecuta à los arrendadores de sus rentas, y à sus fiadores, no se observa el orden prescrito por la ley de que la traba se haga primero en bienes muebles, y à falta de ellos en raices, sino que debe hacerse en los mejores, sean muebles ó raices, subastándose y vendiéndose los muebles en tres dias, y los raices en nueve. Tom. 5, pag. 292, §. 21.

Privilegio de preferencia que compete al fisco si uno celebra contrato sin hipoteca con él y con otro particular. Tom. 5, pag. 291, §. 18 al 21.

De otros privilegios que goza el fisco en los juicios. Tom. 5, pag. 292, § 18 al 21.

FRUTOS: los de la finca vendida y entregada al comprador, pertenecen al mismo. Tom. 2, pag. 146, §. 16.

En la venta con pacto de *retrovendendo*, ¿à quien pertenecerán los frutos pendientes al tiempo de la retroventa? Tom. 2, pag. 161, §. 40.

Si el comprador en virtud del pacto comisorio recibió frutos de la finca vendida, debe devolverlos. Tom. 2, pag. 162, §. 42.

Pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada ó dejada en fideicomiso por el testador. Tom. 6, pag. 365, §. 31.

Explicacion de la doctrina sentada en el párrafo anterior. Tom. 6, pag. 367, §. 32.

Estos frutos no deben dividirse à prorata. Tom. 6, pag. 367, §. 33.

Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen à su heredero los frutos que deja pendientes. Tom. 6, pag. 367, §. 34.

No dejando el testador la propiedad de la finca al legatario, sino solo su usufructo, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes, pertenecen al heredero propietario. Tom. 6, pag. 368, §. 35.

Modo de dividir las pensiones de la cosa arrendada por el testador entre sus herederos, y el legatario à quien estando arrendada se la mandó. Tom. 6, pag. 368, §. 36.

Al legatario de la cosa especifica propia del testador, corresponden los frutos que produce luego que muere dicho testador. Tom. 6, pag. 368, §. 37.

Si el legado es de cosa genérica ó agena, no se deben al legatario los frutos sino desde el tiempo que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega. Tom. 6, pag. 369, §. 38.

Lo mismo procede cuando el legado es del quinto, ó de otra cuota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario. Tom. 6, pag. 369, §. 39.

Si no hubiere heredero, ó el instituido no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar à los legítimos ó al ejecutor testamentario para que la acepten, porque desde la aceptacion se le transfiere el derecho de percibir los frutos de lo legado. Tom. 6, pag. 369, §. 40.

Revocado el legado, no hará el legatario suyos los frutos. Tom. 6, pag. 370, §. 41.

Si el testador cuando murió tenia vendido y no entregado al comprador algun predio, ¿à quien pertenecerán los frutos, y cómo habrán de dividirse? Tom. 6, pag. 373, §. 1.

Cuando por muerte del enfiteuta ha de volver el enfiteusis que llaman de *nominacion* al señor del dominio directo, si aquel fallece despues de cogidos los frutos de la finca enfitéutica, es indudable que los ha adquirido, y pasan à sus herederos. Tom. 6, pag 374, §. 2.

Si el enfiteuta cultivó por si mismo las fincas enfitéuticas, ó las arrendó, y mediado el año, ó antes de recoger los frutos, ó estando pendientes ó sembrados, muriese, y el enfiteusis ha de volver por su muerte al dueño del dominio directo, perte-

necen á este sus frutos. Tom. 6, pag. 375, §. 3.

Si hubiere alguno llamado al goce del enfiteusis, y este haya de pasar à él, le tocan los frutos pendientes en la finca enfitéutica. Tom. 6, pag. 375, §. 4.

Si el enfiteuta hubiere arrendado el fundo, recibido del arrendatario las pensiones, y fallecido pendiente los frutos ó rentas, pertenecen estos al sucesor, ó al señor del dominio directo. Tom. 6, pag. 375, §. 5.

Si por delito del enfiteuta cae en comiso el enfiteusis, debiendo volver este al señor del dominio directo, y al tiempo de cometido el crimen hubiere frutos pendientes en la finca enfitéutica, pertenecen todos à dicho señor. Tom. 6, pag. 375, §. 6.

De los frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en última disposicion. Dificultades que suelen ocurrir en la division de ellos. Tom. 6, pag. 237, §. 1.

Haciéndose irrevocablemente la mejora en contrato, y en cosas ciertas y señaladas, ó aunque sea revocablemente sino se revocó, antes bien se entregó al mejorado su posesion, le pertenecen los frutos desde su entrega; pero si no se le entregaron las cosas contenidas en ella, ni fue hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos hasta que muere el mejorante. Tom. 6, pag. 237, §. 2.

Si la mejora en contrato fue hecha de una parte ó cuota de bienes ciertos y señalados por el mejorante, pero no fueron entregados al mejorado, se deben à este los frutos desde la muerte de aquel. Tom 6, pag. 237, §. 3.

Cuando la mejora de cuota en contrato se hizo à un hijo emancipado mayor de veinticinco años, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la contestacion del pleito. Tom. 6, pag. 238, §. 4.

Si la mejora de cierta cosa particular se hace en última disposicion sin entrega, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador; pero si interviene entrega, le pertenecen desde que esta se hace. Tom. 6, pag. 238, §. 5.

Lo mismo procede cuando la mejora se hizo de cierta parte ó cuota de bienes é intervino entrega verdadera ó ficta; pero si faltó esta, se le deberán solamente los frutos desde la demora cometida por el heredero despues de la muerte del testador. Tom. 6, pag. 238, §. 6.

¿Como deberán dividirse los frutos cuando el testador deja descendientes legítimos, todos mayores de veinticinco años,

y bienes fructiferos é infructiferos, mejoró por contrato ó en última disposicion à uno de dichos descendientes en el tercio ó en el tercio y quinto sin entregárselos, y se tarda un año ó mas en evacuar la particion? Tom. 6, pag. 239, §. 7 y 8.

Si todos los herederos son menores, se practicará lo mismo que acerca de los mayores se ha dicho en los dos párrafos antecedentes. Tom. 6, pag. 241, §. 9.

Lo propio debe hacerse cuando el padre que en vida habia dado dote a una hija ó capital à un hijo, le mejoró en disposion última para que nada tuviese que restituir. Tom. 6, pag. 242, §. 10.

Resolucion del caso en que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora ó legado, sino en virtud de institucion. Tom. 6, pag. 242, §. 11.

Si hubiese dotado el padre à una hija en cierta cantidad, entregándosela en bienes muebles y dinero, si la herencia que dejó en bienes raices estuviere muchos años sin partir, no llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legítima. Tom. 6, pag. 243, §. 12.

Si el testador mejoró en cosa cierta ó en el tercio ó tercio y quinto, consignando la mejora en bienes determinados, no llevará el mejorado como tal mas frutos que los que durante la proindivision produgeron ó rentaron las fincas señaladas. Tom. 6, pag. 243, §. 13.

Mejorando el padre ó la madre à uno de sus hijos en el tercio ó quinto, con señalamiento de cosa cierta, y asignando à otro su legítima en otra, aunque la de este produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas de los que su finca hubiere producido. Tom. 6, pag. 244, §. 14.

Division de los frutos pendientes en los bienes en que consignó la mejora el testador cuando este fallece. Tom. 6, pag. 246, §. 18.

Siempre que el título de la mejora que se hace se reduce à no título, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fue. Lo propio sucede en la condicional que se desvanece por no cumplirse la condicion. Tom. 6, pag. 247, §. 19.

Si el título no se reduce verdaderamente à no título, sino que se revoca, debe restituirse la cosa donada sin frutos. Tom. 6, pag. 247, §. 20 al 22.

Cuando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado, y se revoca aquella por ingratitud, debe este restituir los frutos desde el dia en que comenzó à ser ingrato. Tom. 6, pag. 248, §. 23.

Lo propio milita cuando la donacion ó mejora entregada se revoca en el todo, por haberse reservado el mejorante la facultad de revocarla. Tom. 6, pag. 248, § 24.

Habiendo casado el padre à una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices, y dádole en dote bienes muebles ó dinero, quedándose con los fructíferos de su madre, ¿podrá, muerto el, reclamar dicha hija los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio restituyendo la dote? Tom. 6, pag. 248, §. 25 al 27.

De los frutos y pensiones de los beneficios eclesiásticos. Tres clases de bienes que pueden gozar los clérigos. Tom. 6, pag. 378, §. 7 y 8.

Estando pendientes los frutos de prebenda ó beneficio eclesiástico, tocan *in solidum*, atendido el rigor de derecho, al sucesor en el beneficio. Tom. 6, pag. 376, § 9.

Sin embargo de lo expuesto en el párrafo anterior, se observa en los dominios de España, como mas equitativo, el prorratear entre los herederos del beneficiado, y el sucesor del beneficio, asi los frutos pendientes como los cogidos dentro del año de su fallecimiento. Tom. 6, pag. 377, §. 10.

Del mismo modo se ha de dividir la pension que alguno tiene sobre beneficio ó dignidad eclesiástica. Tom. 6, pag. 377, §. 11.

Modo de dividir los frutos pendientes en los bienes vinculados entre el sucesor y los herederos del último poseedor. Tom. 6, pag. 377, §. 12 al 23.

Si el usufructuario deja cogidos al tiempo de morir los frutos de los bienes raices que usufructuaba, pertenecen todos à sus herederos; pero si estan pendientes tocan al dueño propietario. Tom. 6, pag. 382, §. 24.

Lo mismo sucede respecto de las pensiones de las fincas productivas. Tom. 6, pag. 383, §. 25.

Instituyendo el testador a uno por heredero de todos sus bienes, y à otro por legatario en propiedad y usufructo de una finca, la llevará este asi, à pesar de la institucion universal, y el heredero el usufructo de los demas bienes del testador. Tom. 6, pag. 384, §. 26.

Limitacion de lo dicho anteriormente. Tom. 6, pag. 384, §. 27.

Instituyendo el testador à uno por usufructuario de todos sus bienes ó legándole el usufructo de ellos para que perciba los fru-

tos de la herencia, ¿será preciso que la acepte el propietario? Tom. 6, pag. 384, §. 28.

¿Cuando se dirán percibidos los frutos por el usufructuario para que sus herederos los hagan suyos? Tom. 6, pag. 385, §. 29.

FUERO: ¿que se entiende por esta palabra, y cuántas clases hay de fuero? Tom. 3, pag. 295, §. 4.

FUERO Ó LEY: una de las especies de prueba judicial: ¿en que consiste? Tom. 4, pag. 175, § 105.

FUEROS PRIVILEGIADOS. Privilegio del fuero que han concedido los Reyes à algunas clases ó personas por su caracter, dignidad ó destino. Tom. 7, pag. 212, §. 1.

Los eclesiásticos gozan del fuero privilegiado, ¿y quienes se entienden por tales para este efecto? Tom. 7, pag. 213, §. 2.

Requisitos necesarios para que los clérigos de menores órdenes acrediten dicho privilegio, y puedan gozar de él. Tom. 7, pag. 213, §. 3 al 6.

Casos en que el juez secular puede proceder contra los eclesiásticos, por perder estos el fuero en todo ó en parte. Tom. 7, pag. 215, §. 7 al 36.

De los delitos por que los seglares quedan sujetos al fuero eclesiástico. Tom. 7, pag. 221, §. 38.

Varias observaciones acerca de lo tratado anteriormente. Tom. 7, pag. 224, §. 46 al 50.

FUERO MILITAR: origen de él. Tom. 7, pag. 230, §. 1.

¿Quienes gozan de este fuero? Tom. 7, pag. 231, §. 2 al 13.

¿Cuales son los jueces que juzgan à los militares en las causas de su propio fuero? Tom. 7, pag. 234, §. 14 y 15.

Causas por que pierden los militares el fuero. Tom. 7, pag. 234, §. 16.

¿Si gozarán de él la milicia de mar y tierra en las causas de contrabando y fraude? Tom. 7, pag. 235, §. 17.

Otros casos y delitos en que no vale el fuero à los individuos de marina. Tom. 7, pag. 236, §. 18.

Hay ciertos delitos cuyo conocimiento corresponde à los jueces militares, aun cuando los perpetradores sean de otra jurisdiccion. Tom. 7, pag. 236, §. 19.

Modo con que deben proceder las justicias en los casos de desafuero para evitar competencias y desaires. Tom. 7, pag. 237, §. 20.

FUERO DE LOS CABALLEROS DE LAS ORDENES MILI-

TARES. En estas hay dos clases de individuos. Fuero que gozan los conventuales que viven en comunidad y clausura, y los caballeros casados ó solteros. Tom. 1, pag. 240, §. 1 al 13.

¿Si gozarán del privilegio del fuero los caballeros de alguna de dichas órdenes militares que solo han tomado el hábito, y no son profesos? Tom. 7, pag. 245, §. 14.

Los caballeros de la orden de San Juan son verdaderamente religiosos, y gozan del fuero así en lo civil como en lo criminal; pero los que llevan media cruz blanca, á que llaman *taho*, no gozan de este fuero. Tom. 7, pag. 246, §. 15.

¿Cuando podrá el juez asegurar las personas de los caballeros delincuentes sin perjuicio de su fuero? ¿y como habrá de proceder en ello? Tom. 7, pag. 246, § 16.

Los trámites de las causas en los tribunales de las órdenes son los mismos que en los de realengo, excepto el término para apelar, que es de diez dias. Tom. 7, pag. 246, § 17.

FUERO DE CONSERVACION: ¿quien nombra los conservadores, y cual es la facultad de estos? Tom 7, pag. 246, § 18 y 19

FUERO DE LOS MAESTRANTES: ¿en que consiste? Tom. 7, pag. 247, §. 20 y 21.

FUERO DE LOS EMPLEADOS EN LA REAL SERVIDUMBRE. Tom. 7, pag. 248, §. 22.

FUERO DE LOS DEPENDIENTES DE REAL HACIENDA. Tom. 7, pag. 250, § 2 al 4.

FUERO DE LOS DEPENDIENTES DE CORREOS. Tomo. 7, pag. 251, §. 5 al 9.

FUERO É INMUNIDAD DE LOS EMBAJADORES. La casa de estos es un asilo sagrado é inviolable. Tom. 1, pag. 255, §. 1.

Inmunidad personal de los embajadores, la cual no se extiende á sus criados. Tom. 7, pag. 253, § 2.

Reglas que han de observarse con los criados delincuentes de los embajadores y ministros estrangeros. Tom. 7, pag. 255, §. 3 al 5.

Fuero militar que gozan los cónsules y vice cónsules. Tom. 7, pag. 256, §. 6.

Las justicias ordinarias pueden proceder contra los estrangeros transeuntes si delinquieren. Tom. 7, pag. 257, §. 7.

FUERO DE LOS ESTUDIANTES. Tom. 7, pag. 257: not.

FUGA O TENTATIVA para fugarse de la carcel: ¿como se procede en este delito? Tom. 7, pag. 303, §. 88 al 94.

GAN

GANANCIALES: ¿que son, y á quien corresponden? Tom. 1, pag. 95, §. 1.

Por derecho antiguo no los adquiria la muger. Tom. 1, pag. 96, §. 2.

Para adquirir la muger los bienes gananciales no es precisa la cohabitacion. Tom. 1, pag 96, §. 3.

Tampoco es preciso que la muger concurra á adquirirlos con su trabajo. Tom. 1, pag. 96, §. 4.

No son gananciales los bienes que el cónyuge adquiere por donacion personal ó legado. Tom. 1, pag 97, §. 5.

Son gananciales los que proceden de compra, aunque se haga en cabeza del marido. Tom. 1, pag. 97, §. 6.

Casos en que no tiene lugar esta doctrina. Tom. 1, pag. 97, §. 7.

Son comunicables los frutos del usufructo de las fincas que uno de los consortes llevó en propiedad al matrimonio. Tom. 1, pag. 98, §. 8.

No se reputa ganancial el derecho de usufructo que tenga alguno de los consortes. Tom. 1, pag. 98, §. 9.

Tampoco es ganancial el usufructo que durante el matrimonio adquiere cualquiera de ellos Tom. 1, pag. 98, §. 10.

Los frutos de un legado adquirido por un consorte son comunicables al otro. Tom. 1, pag. 99, §. 11.

Tambien son gananciales los frutos de los bienes litigados por un consorte, aun cuando no gane el pleito, ni los perciba hasta despues de la muerte del otro. Tom. 1, pag. 100, §. 12.

Son igualmente gananciales los oficios de regidor, escribano, y demas de esta clase, comprados durante el matrimonio. Tom. 1, pag. 100, §. 13.

Las donaciones remuneratorias se comunican en el verdadero valor del servicio remunerado, mas no en el exceso de aquel. Tom. 1, pag. 100, §. 14.

El peculio castrense es comunicable cuando lo adquirió el marido á expensas del caudal comun. Tom. 1, pag. 100, §. 15.

Son tambien comunicables los productos del oficio cuasi-castrense Tom. 1, pag. 101, §. 16.

El precio de la finca que recobra el marido en virtud de contrato de *retrovendendo* durante el matrimonio, es comunicable entre los dos consortes. Tom. 1, pag. 101, §. 17.

Casos en que son y no son comunicables los regalos que hacen á la muger los parientes del marido. Tom. 1, pag. 102, §. 18.

La posesion y el dominio en los gananciales es ficto y revocable en la muger. Tom. 1, pag. 103, §. 19.

El dominio del marido en los gananciales es irrevocable. Tom. 1, pag. 104, §. 20.

Tambien se adquieren gananciales durante el matrimonio ilegítimo contraido de buena fe. Tom. 1, pag. 104, §. 21.

Muerto uno de los consortes, y durante la indivision, siguen adquiriendo gananciales sus herederos. Tom. 1, pag. 105, §. 24.

Razones en que se apoya la opinion contraria, y diferencias que hay entre las sociedades conyugal y convencional. Tom. 1, pag. 106, §. 25.

Debe constituirse diverso derecho entre dichas sociedades. Tom. 1, pag. 107, §. 26 al 28.

Casos en que muerto el marido se entenderá continuada la sociedad conyugal, y tiene lugar la comunicacion de gananciales. Tom. 1, pag. 108, §. 29 al 31.

Casos en que la comunicacion de gananciales adquiridos durante la proindivision debe ser á prorata. Tom. 1, pag. 110, §. 32.

Casos en que se pierde el derecho á los gananciales. Tom. 1, pag. 111, §. 33 al 42.

Cuando se separan marido y muger de comun acuerdo, cesa la comunicacion de gananciales; mas no si la separacion es por culpa del marido. Tom. 1, pag. 114, §. 43.

GRADO DE PARENTESCO: es el paso ó escalon que hay de un pariente á otro, ó sea la distancia de personas, por la cual se conoce la que hay entre los parientes para que puedan enlazarse entre sí. Tom. 2, pag. 31, §. 1.

Diferencia en el modo de computar los grados segun el derecho civil y el canónico. Tom. 2, pag. 33, §. 2.

Demuéstrase dicha computacion de grados por el arbol genealogico. Tom. 2, pag. 34, §. 4 al 8.

El cómputo de grados debe hacerse segun el derecho civil para las sucesiones abintestato, mayorazgos, vínculos, patronatos, aniversarios y capellanías. Tom. 2, pag. 36, §. 9.

Explicacion del arbol genealogico, y modo de formarle. Tom. 2, pag. 37, §. 10.

HAB

HABITACION. Véase el artículo servidumbres.

HEREDEROS en general. Importancia legal de la institucion de heredero. Tom. 1, pag. 334, §. 1.

¿Que se entiende por heredero, y quienes pueden serlo? Tom. 1, pag. 335, §. 2.

La institucion de heredero debe hacerse en testamento, y no en codicilo. Tom. 1, pag. 335, §. 3.

En dicha institucion debe explicarse el testador claramente. Tom. 1, pag. 335, §. 4.

No es precisa la institucion nominal, si el testador se refiere á algun codicilo. Tom. 1, pag. 336, § 5.

El testador puede instituir heredero simple, ó condicionalmente. Tom. 1, pag. 336, §. 6.

Hay condiciones que invalidan la institucion. Tom. 1, pag. 337, §. 7.

Nueva division de las condiciones. Tom. 1, pag. 338, §. 8.

La institucion á dia cierto es válida. Tom. 1, pag. 338, §. 9.

El heredero que se apodera de la herencia sin autorizacion judicial teniendo coherederos, la pierde. Tom. 1, pag 338, §. 10.

Las herencias se adquieren por testamento ó abintestato. Tom. 1, pag. 338, §. 11.

Los herederos son universales ó particulares. Tom. 1, pag. 339, §. 12.

Subdividense en forzosos ó legítimos, necesarios y voluntarios. ¿Cuales se dicen forzosos? Tom. 1, pag. 339, §. 13.

¿Quienes se llaman necesarios? Tom. 1, pag. 339, §. 14.

¿Cuales se dicen voluntarios ó extraños? Tomo. 1, pag. 339, §. 15.

¿Quienes son herederos sustitutos? Tom. 1, pag. 340, §. 16.

No pueden heredar los deportados, condenados perpetuamente á las minas &c. Tom. 1, pag. 465, §. 1.

Los traidores, sus cómplices, y los hijos varones de los primeros. Tom. 1, pag. 466, §. 2.

Los religiosos de San Francisco, el que no ayudó á su señor pudiendo, el confesor del testador y otros. Entre los imposibili-

tados de heredar, unos se llaman indignos, y otros incapaces. Tom. 1, pag. 466, § 3.

El nombramiento de futuro en orden á heredero, no es válido. Tom. 1, pag. 562, §. 11.

HEREDEROS FORZOSOS. Diferencia entre las dos líneas de ellos. Tom. 1, pag. 341, § 1.

En la línea de los descendientes legítimos ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador. Tom. 1, pag. 342, §. 2.

Esto se verifica aunque el matrimonio se haya hecho en el artículo de la muerte. Tom. 1, pag. 342, §. 3.

Lo mismo sucede aunque entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio subsecuente haya mediado otro matrimonio. Tom. 1. pag. 342, §. 4.

Comprendense los hijos de los clérigos de menores, si despues se han casado sus padres. Tom. 1, pag. 343, §. 5.

Tambien los nietos, hijos de un hijo natural, respecto de sus abuelos. Tom. 1, pag. 343, §. 6.

Son tambien legítimos los que nacen de infieles convertidos, antes de la conversion de los mismos. Tom. 1, pag. 343, §. 7.

Igualmente son legítimos los póstumos. Tom. 1, pag. 343, §. 8.

Circunstancias que han de concurrir en los hijos legítimos para ser herederos forzosos de sus padres. Tom. 1, pag. 344, §. 9.

La institucion de estos herederos ha de ser directa, y no fideicomisaria. Tom. 1, pag. 344, §. 10.

Debe igualmente estar concebida sin condicion ni gravamen. Tom. 1, pag. 344, § 11.

Lo dicho hasta aquí se entiende tambien respecto de los nietos, biznietos y demas. Tom. 1, pag. 345, §. 12.

¿Que parte debe dejar el testador á sus descendientes legítimos, y de que otra parte puede disponer? Tom. 1, pag. 345, §. 13. (Véase la palabra *legítima.*)

La segunda línea de herederos forzosos es la de los ascendientes legítimos, quienes heredan á sus descendientes (cuando estos no tienen sucesion) en todos los bienes, á excepcion del tercio, de que pueden disponer los hijos. Tom. 1, pag. 388, §. 1.

Las leyes de Partida que permitian á los hijos disponer del total de sus bienes castrenses, estan derogadas. Tom. 1, pag. 389, §. 4.

De la ley seis de Toro se originan dos dudas: primera, so-

bre consignacion del tercio. Tom. 1, pag. 389, §. 5.

Resolucion de ella. Tom. 1, pag. 389, §. 6.

Segunda, sobre si en el tercio podrá un hijo disponer de la propiedad y usufructo. Tom. 1, pag. 389, §. 7.

El hijo puede disponer de sus bienes cuando el padre entró y profesó en alguna religion, y en otros casos. Tom. 1, pag. 391, §. 8.

El pacto recíproco de heredarse celebrado entre marido y muger, no es permitido al hijo en perjuicio de su padre. Tom. 1, pag. 391, §. 9.

No solo sucederán los ascendientes á los descendientes á falta de hijos, sino cuando estos son desheredados. Tom. 1, pag. 391, §. 10.

Pero esta sucesion no se extiende á los mayorazgos, ni al enfiteusis. Tom. 1, pag. 392, §. 11.

No sucederán los ascendientes que han hecho renuncia jurada, ó han dado licencia de testar de otro modo al descendiente, ó bien han consentido en la pretericion. Tom. 1, pag. 392, §. 12.

En esta sucesion no debe hacerse diferencia ni separacion de bienes entre los ascendientes. Tom. 6, pag. 340, §. 2.

Excepcion acerca de los bienes troncales. Tom. 6, pag. 340, §. 3.

Entre los ascendientes no tiene lugar la representacion cuando se trata de suceder à los descendientes. Tom. 6, pag. 340, §. 4.

Los descendientes pueden disponer del tercio en perjuicio de sus ascendientes, é imponer en él las condiciones que quieran. ¿Como se entiende este tercio? Tom. 6, pag. 341, §. 5. = Nota. = Acerca de la sucesion hereditaria de los hijos legítimos, véase el artículo de estos.

HEREDEROS EXTRAÑOS: son los parientes por línea transversal, y los que no tienen parentesco alguno con el testador. Tom. 1, pag. 394, § 2.

Caso único en que los hermanos del testador pueden anular su testamento, por no haber sido ellos instituidos. Tom. 1, pag. 395, §. 3.

El testador que no tenga herederos forzosos, puede instituir á todos los que guste, sean ó no parientes suyos. Tom. 1, pag. 395, §. 4.

El testador puede distribuir su herencia en cuantas partes

quisiere, é instituir sus herederos de tres modos. Tom. 1, pag. 395, §. 5.

Primero: cuando designa la porcion que ha de llevar cada uno. Tom. 1, pag. 396, § 6.

Instituyendo el testador á uno en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes, se supone habérselos dejado. Tom. 1, pag. 396, § 7.

Si dividiendo la herencia en cuatro porciones, nombra herederos de las tres, y no dispone de la cuarta, la partirán entre sí. Tom. 1, pag. 396, §. 8.

¿Como se entenderán otras varias divisiones que haga el testador? Tom. 1, pag 397, § 9 al 15.

El segundo modo de instituir es señalando la parte de unos, y no la de los otros. Caso resuelto en esta especie de institucion. Tom. 1, pag. 399, §. 16 y 17.

Cuando el testador nombra heredero de todos sus bienes, y luego á otro en el resto de su hacienda, este no percibirá nada. Tom. 1, pag. 399, §. 18.

El tercer modo de instituir es no señalando partes á ninguno. Tom. 1, pag. 399, §. 19.

¿Como se entiende el lenguage divisorio? Tom. 1, pag. 400, §. 20.

¿Cuando los herederos han de suceder simultánea ó sucesivamente y por cabezas ó ramas? (*In capita* ó *in stirpem.*) Tom. 1, pag. 400, §. 21.

Catorce casos en que se sucede por igual y simultáneamente. Tom. 1, pag. 400, §. 22 al 38.

Siendo uno instituido por su nombre, y otros de un modo colectivo, aquel tomará la mitad, y estos repartirán lo restante. Tom. 1, pag. 404, §. 39.

Excepciones de esta doctrina. Tom. 1, pag. 404, §. 40.

Si alguno instituye genéricamente á sus hermanos, quedan excluidos los medios hermanos. Tom. 1, pag. 405, § 41.

Pero si solo tiene un hermano entero, partirán la herencia todos. Tom. 1, pag. 405, §. 42.

Si instituye á alguno por su nombre, y con él á otros que no han nacido, heredarán partes iguales. Tom. 1, pag. 405, §. 43.

Si es instituido un hermano, y los hijos de otro, partirán todos la herencia con igualdad, como los haya nombrado uno por uno. Tom. 1, pag. 406, §. 44.

Si alguno instituye por herederos á sus hermanos, no por

eso se han de entender instituidos los hijos de otro hermano muerto. Tom. 1, pag. 406, §. 45.

Para que sea válida la institucion de los herederos extraños, han de carecer de impedimento legal en tres tiempos. Tom. 1, pag. 407, §. 48.

HEREDEROS FIDEICOMISARIOS: ¿quienes son? Tom. 1, pag. 406, §. 47.

¿Donde deberá ser damandado el heredero en calidad de tal? Tom. 3, pag. 301, §. 14.

Estando yacente ó sin aceptar la herencia, se debe reconvenir al heredero en el propio lugar y ante el juez en cuyo tribunal pudo serlo el difunto. Tom. 3, pag. 301, §. 15.

HEREDEROS USUFRUCTUARIOS: ¿quienes son? Tom. 1, pag. 406, §. 46.

HEREDEROS ABINTESTATO Por cuatro causas hay herencias abintestato. Tom. 1, pag. 410, § 1.

Medio de evitar el perjuicio de quedar intestado por la tercera de dichas causas. Tom. 1, pag. 410, § 2.

Duda resuelta sobre la validez de una institucion comprendida en la tercera causa. Tom. 1, pag. 410, § 3.

Por cualquiera de dichas causas que alguno fallezca intestado, deben heredarle sus parientes naturales. Tom. 1, pag. 410, §. 4.

Sucederán en primer lugar los hijos legítimos del difunto. Tom. 1, pag. 411, §. 5.

No solo los nacidos en vida del dicho, sino tambien los póstumos. Tom. 1, pag. 411, §. 6.

Entre los hijos legítimos se comprenden los legitimados por el matrimonio subsiguiente. Tom. 1, pag. 411, §. 7 y 8.

A falta de hijos legítimos heredarán los nietos, y despues sus biznietos y descendientes hasta lo infinito. ¿Que es heredar *in capita* y heredar *in stirpem*? Tom. 1, pag. 411, § 9.

Para heredar los nietos han de haber sido concebidos en vida del abuelo. Tom. 1, pag 412, § 10.

De la sucesion de los ilegítimos. Tom. 1, pag. 412, §. 11.

Al que muere abintestato sin descendientes le heredarán sus padres. Tom. 1, pag. 412, § 12.

A falta de los padres le heredarán los abuelos por cualquiera línea. Tom. 1, pag. 413, §. 13.

Si alguno al morir no tiene padres sino abuelos, heredarán estos á partes iguales. Tom. 1, pag. 413, §. 14.

Concurriendo los cuatro abuelos, heredarán por ramas. Tom. 1, pag. 414, §. 15.

Los hermanos del difunto no concurren con los abuelos á la herencia. Tom. 1, pag. 414, §. 16.

Aunque por cada línea concurra un ascendiente, no llevará cada uno los bienes de su línea. Tom. 1, pag. 414, §. 17.

Caso dudoso de herencia entre ascendientes. Tom. 1, pag. 414, §. 18.

A falta de descendientes y ascendientes heredarán abintestato los parientes por línea transversal. En esta sucesion hay que atender primero á la proximidad del grado. Tom. 1, pag. 415, §. 19.

Segundo, que los grados se han de contar por el cómputo civil. Tom. 1, pag. 415, §. 20.

Tercero, que no hay primer grado en esta línea. Tom. 1, pag. 416, §. 21.

Cuarto, que en esta sucesion solo tienen lugar los parientes dentro del cuarto grado. Tom. 1, pag. 416, §. 22.

Quinto, que entre los parientes de un mismo grado son preferidos los que tienen doble parentesco. Tom. 1, pag. 416, §. 23.

Los hijos de un hermano entero del difunto son preferidos á los hijos de un medio hermano. Tom. 1, pag. 416, §. 24.

De primos carnales en adelante ya no se atiende á si hubo hermandad media ó entera. Tom. 1, pag. 417, §. 25 y 26.

Sexto, que el derecho de representacion en la línea transversal tiene lugar únicamente hasta el tercer grado. Tom. 1, pag. 417, §. 27.

Séptimo y último, que los hermanos tienen por derecho varios nombres que distinguen su procedencia. Tom. 1, pag. 418, §. 28.

Los hermanos varones ó hembras suceden con igualdad á sus hermanos muertos abintestato. Tom. 1, pag. 418, §. 29.

Modo de heredar entre hermanos vivos y los hijos de otro hermano muerto. Tom. 1, pag. 418, §. 30.

Modo de heredar los sobrinos carnales del difunto. Tom. 1, pag. 418, §. 31.

Duda sobre si siendo desiguales estos heredarán *in capita* ó *in stirpem*. Tom. 1, pag. 419, §. 32.

Deben heredar *in capita*, y por que? Tom. 1, pag. 419, §. 33.

Otro caso de sucesion entre sobrinos del difunto, y los hijos

de otro hermano del mismo que repudió la herencia. Tom. 1, pag. 419, §. 34.

¿Como será la sucesion del que muere dejando un tio y algunos sobrinos hijos de un hermano difunto? Tom. 1, pag. 420, §. 35.

¿Como será la sucesion del que muere dejando un tio, hermano de su padre, ó madre, y algunos primos, hijos de otro tio muerto? Tom. 1, pag. 420, §. 36.

¿Como será la sucesion del que muere dejando sobrinos carnales y tios hermanos de su abuelo? Tom. 1, pag. 420, §. 37.

¿Como será la sucesion del que deja hermanos y medios hermanos? Tom. 1, pag. 420, §. 38.

A falta de hermanos enteros y sus hijos heredarán los medios hermanos. Tom. 1, pag. 421, §. 39.

Pero si hay hijos del hermano entero excluyen al medio hermano. Tom. 1, pag. 421, §. 40.

Si solo quedan medios hermanos por ambas líneas, heredarán segun su línea respectiva. Tom. 1, pag. 421, §. 41.

¿Como será la sucesion entre sobrinos carnales, hijos de medios hermanos, en concurrencia con alguno de sus medios tios? Tom. 1, pag. 421, §. 42.

De los bienes troncales. Tom. 1, pag. 422, §. 43.

Condiciones precisas para que tenga lugar esta sucesion. Tom. 1, pag. 422, §. 44.

¿Que bienes deben volver al tronco? Tom. 1, pag. 423, §. 45.

Mediante la ley del Fuero Real vuelven hasta los del padre del difunto. Tom. 1, pag. 423, §. 46.

Entre los bienes troncales se cuentan los censos. Tom. 1. pag. 423, §. 47.

Pero este fuero no se amplía á los bienes de fuera del territorio en que se observa. Tom. 1, pag. 423, §. 48.

El heredero troncal debe pagar á medias con el heredero regular las deudas del difunto. Tom. 1, pag. 424, §. 49.

En las herencias abintestato en que constare haber herederos que pueden entrar en posesion, no ha de haber intervencion de juez. Tom. 1, pag. 424, §. 50.

Si los herederos son menores podrá el juez nombrarles tutor. Tom. 1, pag. 424, §. 51.

HERENCIA. Véase el artículo *aceptacion y repudiacion* de herencias, y en el artículo *acciones* las de peticion y division de aquellas.

HERIDAS: diligencias que se practican para la averiguacion de este delito. Tom. 7, pag. 286, §. 35 al 38.

Observaciones acerca de diversas especies de heridas y sus respectivas calidades. Tom. 7, pag. 288, §. 39 al 46.

HERMANDADES: su origen. Tom. 7, pag. 197, §. 9.

Delitos de que conocen las hermandades. Tom. 7, pag. 197, §. 10.

Jurisdiccion de la hermandad acumulativa respecto de la ordinaria. Tom. 7, pag. 198, §. 11.

Resultando de las informaciones ó probanzas, no ser el caso perteneciente á la hermandad, no deben sus alcaldes continuar la causa, sino remitirle á los jueces ordinarios competentes. Tom. 7, pag. 198, §. 12.

¿Quien deberá proceder contra los alcaldes de la Hermandad y sus oficiales cuando delinquen? Tom. 7, pag. 198, §. 13.

HIJO DE FAMILIAS. El que está bajo la potestad de su padre no puede demandar á este sino en ciertos casos; pero estando fuera de la patria potestad, puede hacerlo civilmente en todos casos pidiendo antes la venia necesaria. Tom. 4, pag. 11, §. 13 al 14.

Para demandar á un tercero el hijo que está bajo el poder de su padre, debe pedir licencia á este. Tom. 4, pag. 11, §. 15.

HIJOS ILEGÍTIMOS. ¿Cuantas clases hay de ellos? Tom. 1, pag. 118, §. 2.

Aunque á los hijos naturales les deban dar sus padres colocacion y alimentos, no gozarán concepto legal mientras no sean reconocidos. Tom. 1, pag. 379, §. 2.

Los hijos naturales que se legitiman por rescripto del Soberano, heredan solo el quinto á voluntad de su padre, si los tiene legítimos. Tom. 1, pag. 380, §. 3.

Esto se entiende si en el rescripto no se le da expresamente concepto de legítimo. Tom. 1, pag. 380, §. 4.

A falta de legítimos puede el legitimado heredar á su padre, y este instituirle, aunque tenga legítimos ascendientes. Tom. 1, pag. 380, §. 5.

Si la legitimacion contiene limitaciones, se atenderá á ellas. Tom. 1, pag. 381, §. 6.

Aunque teniendo hijos legítimos no suceden al padre por testamento sino en el quinto, los naturales legitimados gozan de la nobleza paterna. Tom. 1, pag. 381, §. 7.

A falta de hijos legítimos puede el padre nombrar herederos á los naturales, aunque no esten legitimados, y tenga legítimos

ascendientes. Si muere intestado sucederán en la sexta parte; y de su madre son herederos forzosos. Tom. 1, pag. 381, §. 10.

Pero si el Padre los excluye en su testamento, á nada tienen derecho; mas si lo hace la madre, pueden anular su testamento. Tom. 1, pag. 383, §. 11.

Si el padre tiene descendientes legítimos, puede dejar el quinto á los naturales; pero no sucederán abintestato en cosa alguna ni al padre ni á la madre. Tom. 1, pag. 383, §. 12.

Los hijos espurios que han obtenido dispensacion, pueden heredar á su padre á falta de legítimos, aunque tenga legítimos ascendientes. Tom. 1, pag. 383, §. 13.

Los espurios sin dispensacion heredan por testamento el quinto de los bienes de su padre, si tiene herederos forzosos, y abintestato nada. Diferencia con respecto á la madre. Tom. 1, pag. 383, §. 14.

A falta de legítimos heredarán al padre en el quinto por testamento: y á la madre en todo, asi por testamento como abintestato. Tom. 1, pag. 384, §. 15.

Por nuestras leyes estan obligados los padres á criar y alimentar á su hijo espurio, y tambien los abuelos por equidad canónica. Tom. 1, pag. 384, §. 16.

Limitaciones de esta obligacion. Tom. 1, pag. 384, §. 17.

La misma obligacion tienen los herederos de los padres del espurio. Tom. 1, gag. 385, §. 18.

Los padres satisfacen esta obligacion dejándoles el quinto. Tom. 1, pag. 385, §. 19.

En la herencia de un hijo natural tiene la preferencia el hermano legítimo respecto del que no lo es. Tom. 1, pag. 385, §. 20.

Al hijo natural muerto abintestato, que solo tiene parientes por parte de madre, le heredarán estos segun la prerogativa de su grado. Tom. 1, pag. 386, §. 21.

Otro caso relativo á estas herencias colaterales. Tom. 1, pag. 386, §. 22.

Si el hijo natural muerto intestado deja dos hermanos maternos, uno natural y otro legítimo, le heredarán á partes iguales. Tom. 1, pag. 386, §. 23 y 24.

Los espurios no suceden abintestato á los parientes de su padre ni al contrario. Tom. 1, pag. 387, §. 25.

Los espurios de dañado ayuntamiento no suceden abintestato á sus hermanos ni demas parientes por línea materna. Tom. 1, pag. 387, §. 26.

Entre los hijos naturales y espurios y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos. Tom. 1, pag. 387, §. 27.

Observaciones acerca de los ilegítimos de todas clases. Tom. 1, pag. 387, §. 28. Véase tambien el tom. 6, cap. 9, pag. 331.

HIPOTECA: puede ser especial ó general: bienes exceptuados de esta por la ley. Tom. 2, pag. 454, §. 3.

De la hipoteca expresa, tácita, pretoria y judicial. Tom. 2, pag. 455, §. 4.

Todas las cosas del comercio humano pueden ser empeñadas é hipotecadas. Tom. 1, pag. 455, §. 5.

Excepciones de esta regla general. Tom. 1, pag. 456, §. 6 y siguientes.

¿Quienes tienen facultad de empeñar é hipotecar sus bienes? Tom. 1, pag. 456, §. 10.

Diversos modos con que puede formalizarse la hipoteca. Tom. 1, pag. 457, §. 11.

Fuerza que tiene la hipoteca tácita. Tom. 5, pag. 261, §. 6.

Estan sujetos á la responsabilidad del débito en la hipoteca tácita los bienes presentes y futuros, como en la expresa. Tom. 5, pag. 262, §. 7.

Compete la hipoteca tácita á la iglesia por sus diezmos en las cosas en que se deben. Tom. 5, pag. 262, §. 8.

La tiene el fisco en la cosa que se vende, cambia ó permuta por la alcabala y demas derechos que se causan en todo caso y tiempo. Tom. 5, pag. 262, §. 9.

Tambien compete el privilegio de hipoteca tácita á la muger casada para recuperar su dote verdadera. Tom. 5, pag. 263, §. 10.

Corresponde igualmente á los herederos de la muger casada, y á los cesionarios y particulares sucesores en los bienes del marido por el importe de la dote. Tom. 5, pag. 263, §. 11.

Por la dote prometida al marido antes de casarse le compete la misma hipoteca, verificado que sea el matrimonio. Tom. 5, pag. 264, §. 12.

Corresponde tambien á los hijos legítimos, no solo en los bienes de su padre, sino en los de su madre, por el importe de las arras y donaciones que ofrecieron ó hicieron. Tom. 5, pag. 264, §. 13.

Tambien se da á los hijos legítimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que tuvo en su poder y administró. Tom. 5, pag. 264, §. 14.

Está concedida al hospital en los bienes de su administrador por lo respectivo á su administracion. Tom. 5, pag. 265, §. 15.

El legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador por el legado que le hizo. Tom. 5, pag. 265, §. 16.

El que prestó dinero para fabricar ó componer casa ú otro edificio, ó para armar ó habilitar algun buque, tiene hipoteca tácita en ellos. Tom. 5, pag. 265, §. 17.

Por el alquiler y arrendamiento de casa ú otra finca, y por el daño que el arrendatario hubiere hecho en ella, tiene el arrendador hipoteca tácita en los bienes que existen en la misma. Tom. 5, pag. 265, §. 18.

Tambien compete hipoteca tácita por los gastos hechos con motivo de enfermedad, entierro y otros en los bienes del difunto, á favor del que los hizo. Tom. 5, pag. 265, §. 19.

Al menor de veinte y cinco años compete la hipoteca tácita en los bienes de su tutor ó curador, y en los de sus herederos y fiadores por el alcance líquido que contra él resulte en la administracion de la tutela ó curaduría. Tom. 5, pag. 266, §. 21.

Esta hipoteca tácita del menor no se extiende á los bienes que adquieren el tutor ó curador despues que se acaba la tutela ó curaduría. Tom. 5, pag. 266, §. 22.

¿Desde qué dia corresponde al menor esta hipoteca? Tom. 5, pag. 267, §. 23.

El privilegio de tácita hipoteca como real y coherente á las cosas, pasa á los herederos del menor. Tom. 5, pag. 267, §. 24.

¿Si el tutor y curador tendrán hipoteca tácita en los bienes del pupilo ó menor por los gastos que hubieren hecho en utilidad de estos, y consten de la cuenta de su administracion? Tom. 5, pag. 268, §. 25.

Tiene tambien el menor hipoteca tácita en lo que se compra con su dinero. Tom. 5, pag. 268, §. 27.

No solo le compete como dueño del dinero el privilegio de hipoteca tácita para recobrarlo, sino tambien el de preferencia respecto de otros acreedores del comprador extraño. Tom. 5. pag. 268, §. 28.

El menor no puede hipotecar sus bienes sin justas causas, y las solemnidades prescritas por la ley. Tom. 5, pag. 269, §. 30.

Todos los contratos de censo y demas en que interviene especial hipoteca, deben registrarse dentro de seis dias siguientes al de su celebracion en el libro que debe haber en la cabeza de partido del lugar en que estuvieren las fincas gravadas. Véase la

Instruccion formada sobre esta materia por los señores fiscales del Consejo. Tom. 2, pag. 343 y siguientes.

HURTO: averiguacion del que se ejecuta en lugar sagrado. Tom. 7, pag. 292, §. 53.

Idem del que se hace en una casa particular. ¿Que es lo que debe justificarse en uno y otro caso? Tom. 7, pag. 293, §. 54.

¿Que deberá hacerse cuando se sorprende á los ladrones con las cosas robadas? Tom. 7, pag. 293, §. 55.

Resultando de lo actuado alguna sospecha ó presuncion contra alguno ó algunos, pasará el juez con el escribano á su casa, á fin de reconocerla y ejecutar lo demas que allí se expresa. Tom. 7, pag. 293, §. 56.

Diligencias que deben practicarse cuando el robo se hubiere hecho con efraccion ó rompimiento de puertas, cofres &c. Tom. 7, pag. 294, §. 57.

Diligencias para la averiguacion del hurto de granos sacados de alguna panera. Tom. 7, pag. 294, §. 58 y 59.

Averiguacion de los robos de mieses. Tom. 7, pag. 295, §. 60.

Idem del hurto de vino. Tom. 7, pag. 295, §. 61 y 62.

Idem del robo de colmenas. Tom. 7, pag. 295, §. 63.

Averiguacion del robo de ganado lanar, cerdos y caballerías. Tom. 7, pag. 395, §. 64 al 76.

IND

IMPERIO: mero y mixto: ¿en que consiste uno y otro? Tom. 4, pag. 22, §. 19.

INCENDIO DE CASAS, MIESES &c. ¿Como se procede en la averiguacion de estos delitos? Tom. 7, pag. 303, §. 87.

INCOMPATIBILIDAD. Véase el artículo mayorazgo.

INDEMNIDAD. Las escrituras de su demnidad, que por otro nombre llaman de sacar á paz y salvo, suelen otorgarse para resguardo del que se obligó por fiador de otro, ó que siendo realmente fiador, se obliga como principal de mancomun; ó bien cuando siendo principal con otros mancomunados en una deuda, aunque desiguales en la percepcion y utilidad, se obligan mutuamente entre sí á indemnizarse y satisfacerse lo que les toca pagar. Tom. 2, pag. 425. = Nota.

INDICIOS ó prueba congetural: fuerza que esta tiene en las

causas criminales. Tom. 7, pag. 383, §. 36 al 39.

INDULTOS La facultad de perdonar ó indultar á los reos es una prerogativa propia del Soberano. Tom. 7, pag. 52, §. 1.

Los indultos son, ó generales ó particulares. Tom. 7, pag. 52, §. 2.

Real Cédula que se expide por la cámara cuando se decretan los indultos. Tom. 7, pag. 53, §. 3.

Si la Real Cédula no hiciere mencion de los delitos que por un concepto comun de derecho se juzgan excluidos, deberán tenerse por tales los que alli se expresan. Tom. 7, pag. 53, §. 4.

No se extienden los indultos á los delitos futuros, ni á los que sean casos de hermandad. Tom. 7, pag. 54, §. 5.

Indulto que se concede al reo de graves delitos que aprehende y presenta á la justicia los ladrones famosos y salteadores de caminos. Tom. 7, pag. 54, §. 6.

Otro caso particular en que se concede por necesidad el indulto á ciertas personas. Tom. 7, pag. 54, §. 7.

La cámara puede disponer sin consulta los perdones de muerte, remisiones de galeras y otras penas; reservándose sin embargo S. M. para que se le consulte las causas muy graves. Tom. 7, pag. 55, §. 8.

Al reo anteriormente indultado no le alcanza el nuevo indulto, á no ser que en este se exprese lo contrario. Tom. 7, pag. 55, §. 9.

En los delitos en que hay parte interesada, no ha lugar el indulto sin que preceda la remision de esta; bien que en orden á la pena é interes perteneciente al fisco y denunciador, puede verificarse el perdon. Tom. 7, pag. 55, §. 10.

En el indulto se comprenden no solo los reos presos, sino los sentenciados ó rematados á presidio. Tom. 7, pag. 56, §. 11.

No gozan del indulto los reos ausentes, rebeldes y fugitivos que no se presentan á solicitarle en el término competente que se les señala. Tom. 7, pag. 56, §. 12.

En algunas de estas gracias suele prevenirse que los jueces inferiores consulten con la Sala del crimen de su distrito las causas de indulto. Tom. 7, pag. 56, §. 13.

La declaracion del indulto borra la nota de infamia, y condona al reo la pena corporal y pecuniaria si llega antes de ser sentenciado; pero no si esto sucediere despues. Tom. 7, pag. 56, §. 14.

Los indultos nunca se extienden á las penas é intereses per-

tenecientes á la parte ofendida por razon de daños y perjuicios, à menos que el Soberano, por alguna justa causa, remita tambien el derecho de la parte agraviada. Tom. 7, pag. 57, §. 15.

Motivos especiales que puede haber para que S. M. se digne conceder indulto particular à algun reo. Tom. 7, pag. 57, §. 16.

Indulto particular que hace S. M. todos los años el viernes santo. Tom. 7, pag. 57, §. 17 al 21.

INFAMIA. Vèase el articulo pena.

INJUSTICIA NOTORIA: ¿que es? y recurso que con motivo de ella se introduce. Tom. 4, pag. 296, §. 1 al 4.

¿Si será necesaria la notoriedad de la injusticia para justificar este recurso? Tom. 4, pag. 297, §. 5.

Argumentos por la negativa de la dificultad propuesta. Tom. 4, pag. 298, §. 6.

Razones por la afirmativa. Tom. 4, pag. 298, §. 12 al 19.

Para introducir este recurso debe preceder depósito de quinientos ducados vellon, ó fianza llana y abonada de dicha cantidad. Tom. 4, pag. 302, §. 20.

¿En que casos no tiene lugar este recurso? Tom. 4, pag. 302, §. 21.

Si la sentencia de revista contiene diversos capítulos, podrá justificarse el recurso en unos y no en otros. Tom. 4, pag. 302, §. 22 al 24.

Pueden ser multados los abogados que firmaren las peticiones de dichos recursos, y los que entraren à defenderlos, suponiendo que estan revestidos de las circunstancias necesarias para su justificacion, y resultando lo contrario por la inspeccion de los autos. Tom. 4, pag. 303, §. 25.

Para introducir este recurso no hay término señalado por las leyes. Tom. 4, pag. 304, §. 26.

Trámites que se observan en este recurso. Tom. 4, pag. 304, §. 27 al 34.

Reales órdenes declarando varias dudas acerca del tribunal en que deberán introducirse los recursos extraordinarios de las sentencias que dieren los jueces de alzadas ó apelaciones en los consulados de comercio. Tom. 4, pag. 306, nota.

INSACULACION: ¿que es, y en qué casos deberá hacerse? Tom. 1, pag. 198, §. 16 al 27.

INSTITORIA (accion) es la que se da contra el dueño de una tienda que tiene puesto para manejarla algun factor ó mancebo, y queda obligado por los contratos de este, por suponerse que

los celebra de orden, ó con beneplácito de aquel. Tom. 3, pag. 269, §. 24.

INSTRUMENTOS: ¿de cuantas clases son? Tom. 1, pag. 221, §. 1.

Requisitos para que haga fe el instrumento público otorgado en los reinos de Castilla. Tom. 1, pag. 222, §. 2.

Número de testigos que deben presenciar el otorgamiento de los contratos. Tom. 1, pag. 225, §. 3.

Calidades que deben tener dichos testigos. Tom. 1, pag. 225, §. 4.

No hace fe el instrumento otorgado por escribano en quien concurre alguno de los defectos que allí se expresan. Tom. 1, pag. 226, §. 5.

Tampoco hace fe ni trae aparejada ejecucion el instrumento que no está signado por el escribano ante quien se otorga. Tom. 1, pag. 226, § 6.

Tres clases de instrumentos públicos; á saber: protocolo ó registro; copia original; y traslado. Tom. 1, pag. 227, §. 7.

Del registro o protocolo. Tom. 1, pag. 228, §. 8.

El protocolo es la matriz, origen y fuente de donde se sacan todas las copias ó traslados que piden las partes. Tom. 1, pag. 228, §. 9.

De la copia original, y requisitos que debe tener. Tom. 1, pag. 229, § 10.

Del traslado y sus circunstancias. Tom. 1, pag. 220, §. 11.

De las copias que puede dar el escribano sin decreto judicial. Tom. 1, pag. 230, §. 12 y 13.

¿Que deberá hacer el interesado en la escritura cuando el escribano ha muerto, y no consta ni parece en su protocolo la escritura matriz por haberla perdido ú otro motivo. Tom. 1, pag. 234, §. 14.

INSTRUMENTOS: uno de los medios de prueba judicial. Tom. 4, pag. 156, § 75.

Cuando alguna parte alega ser falso el instrumento producido contra ella, ¿que deberá hacer para probar su falsedad? Tom. 4, pag. 158, § 77.

¿A que circunstancias ha de atenderse para que sea fundada la presuncion legal de falsedad en los instrumentos? Tom. 4, pag. 158, §. 78.

¿De cuantos modos pueden redargüirse de falsos los instrumentos públicos? Tom. 4, pag. 189, §. 16.

¿Que deberá hacerse para remover todo vicio ó sospecha de falsedad ò suplantacion de los instrumentos? Tom. 4, pag. 190, §. 17.

¿Que se requiere para que sea creido el escribano cuando afirma ó niega haber hecho un instrumento? Tom. 4, pag. 159, §. 79 y 80.

Aunque el instrumento no sea válido, se puede justificar su contenido por testigos ú otro medio legal. Tom. 4, pag. 160, §. 81.

El instrumento producido antes de la contestacion, se ha de reproducir en la prueba. Tom. 4, pag. 160, §. 82.

Tambien ha de reproducirse en el término de prueba la hecha por testigos, instrumentos ó de otra manera en otro juicio con el colitigante ò su causante. Tom. 4, pag. 161, §. 83.

Del instrumento auténtico. Tom. 4, pag. 162, §. 86.

¿En que se diferencian el instrumento público y el auténtico? Tom. 4, pag. 163, §. 87.

Del instrumento privado. Tom. 4, pag. 163, §. 88.

Para que este instrumento haga fe en juicio es necesario que le reconozca el que le hizo o firmó, y à falta de reconocimiento, que se compruebe con dos testigos idóneos. Tom. 4, pag. 163, §. 89.

INTENDENTES: causes cuyo conocimiento es privativo de ellos. Tom. 4, pag. 262, §. 51.

INTERDICTOS: origen y naturaleza de ellos. Tom. 3, pag. 282.

¿Cuantas especies hay de interdictos? Tom. 3, pag. 283, §. 2.

Del interdicto para adquirir la posesion. Tom. 3, pag. 283, §. 3.

Del interdicto para retenerla. Tom. 3, pag. 284, §. 4.

Requisitos necesarios para que corresponda este interdicto. Tom. 3, pag. 284, §. 5.

Casos en que se usa de él. Tom. 3, pag. 284, §. 6.

¿Contra quien corresponde? Tom. 3, pag. 284, §. 7.

Del interdicto para recobrar la posesion. Tom. 3, pag. 285, §. 8 y 9.

INTESTATO. Véase el artículo herederos.

INVENTARIO: ¿que es? Tom. 6, pag. 9, §. 1.

Division del inventario en solemne y simple. Tom. 6, pag. 9, §. 2.

¿En donde, y ante que juez ha de hacerse el inventario? Tom. 6, pag. 9, §. 3 al 7.

Requisitos necesarios para que el inventario solemne sea válido, y produzca los efectos de tal, y bienes que han de comprenderse en él. Tom. 6, pag. 13, §. 11 al 31.

El escribano no debe proceder para la formacion del inventario por inquisicion ni apremio, sino por voluntaria manifestacion del inventariante. Tom. 6, pag. 23, §. 32.

Personas que estan obligadas à hacer inventario solemne. Tom. 6, pag. 24, §. 1.

Objetos con que se forma el inventario. Tom. 6, pag. 25, §. 2.

Beneficio que resulta al heredero de hacer el inventario. Tom. 6, pag. 25, §. 3 y 4.

El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha á los demas que no intervienen en él. Tom. 6, pag. 27, §. 5.

Por la mera formacion del inventario no se considera aceptada la herencia. Tom. 6, pag. 28, §. 6.

Para la formacion del inventario en que está interesado un menor, basta que asista su tutor ó curador. Tom. 6, pag. 28, §. 7.

¿De que modo estará obligado el padre que tiene hijos en su poder, à hacer inventario de los bienes de estos? Tom. 6, pag. 29, §. 8.

Obligacion que tiene à hacer descripcion de bienes el marido ò la muger sin hijos, cuando sin haberse instituido recíprocamente herederos, se apoderase de todos sus bienes y de los del consorte difunto. Tom. 6, pag. 31, §. 9.

El usufructuario, sea particular ó universal, está obligado à hacer inventario. Tom. 6, pag. 31, §. 10.

¿Cuando y de qué modo estará obligado el fisco à hacer inventario? Tom. 6, pag. 32, §. 11.

JUE

JUECES: calidades que deben tener. Tom. 4, pag. 17, §. 1.

Edad correspondiente. Tom. 4, pag. 17, §. 2.

Años de estudio. Tom. 4, pag. 17, §. 3.

Personas que no pueden ser jueces por falta de capacidad. Tom. 4, pag. 18, §. 4.

Otros no pueden serlo por inmoralidad. Tom. 4, pag. 18, §. 5.

Idem por presuncion de particularidad. Tom. 4, pag. 18, §. 6.

Varias disposiciones legales para asegurar mas la imparcialidad de los jueces. Tom. 4, pag. 18, §. 7.

Obligaciones de los jueces. Tom. 4, pag. 19, §. 8 y 9.

El eclesiástico que por razon de su dignidad ejerce jurisdiccion temporal, ha de reputarse en ella como juez lego. Tom. 4, pag. 19, §. 10.

Diferentes clases de jueces. ¿Quienes se llaman ordinarios? Tom. 4, pag. 19, §. 11.

Real Cédula de 11 de enero de 1770, que contiene varias disposiciones para que no suspendan los jueces el curso de los pleitos, cuando S. M. ó alguno de los tribunales superiores les pidan informe. Tom. 3, pag. 314, §. 45.

Con arreglo á la misma soberana resolucion debe procederse cuando alguno que está ejecutado acude al Consejo pidiendo moratoria. Tom. 3, pag. 315, §. 46.

Jueces á quienes corresponde el conocimiento en las causas criminales. Generalmente hablando compete á los ordinarios conocer de todos los delitos y castigar á sus autores, mientras no conste que estos tienen jueces privativos para entender en sus causas. Tom. 7, pag. 195, §. 2.

¿Cuales son entre dichos jueces ordinarios los competentes ó legítimos para proceder contra los delincuentes? Tom. 7, pag. 195, §. 3.

Diferentes jueces que pueden proceder en el delito de hurto. Tom. 7, pag. 195, §. 4.

¿Quien deberá conocer en el delito cometido en una embarcacion. Tom. 7, pag. 196, §. 5.

¿Que deberá hacerse si alguno cometiere un delito en una jurisdiccion y otro en otra? Tom. 7, pag. 196, §. 6.

¿Como podrá el juez que tiene jurisdiccion ordinaria en primera instancia conocer de la injuria ó resistencia que se le haga y castigarla? Tom. 7, pag. 196, §. 7.

Modo de proceder los jueces seglares contra clérigos en los delitos atrocísimos. Tom. 7, pag. 94, Apéndice 7.

JUEZ DE DIEZMOS DE VALENCIA. Origen de este juzgado. Tom. 9, pag. 109, Apéndice.

JUICIO: su definicion. Tom. 4, pag. 8, §. 1.

Primera division del juicio en civil, criminal y mixto. Tom. 4, pag. 8, §. 2.

Segunda division en petitorio y posesorio. Tom. 4, pag. 8, §. 3.

Intentado el juicio petitorio, se puede volver el posesorio, quedando aquel suspenso hasta que conste la posesion. Tom. 4, pag. 115, § 36.

Tercera division en ordinario, extraordinario y sumario. Tom. 4, pag. 9, §. 4.

¿Como deberá procederse cuando pidiendo uno al Rey que le oiga sumariamente S. M. da la orden, y en ella solo se expresa que se le oiga y haga justicia? Tom. 4, pag. 9, §. 5.

De los dias feriados en que está prohibido el juzgar. Tom. 4, pag. 9, §. 6 al 8.

Personas que se requieren esencialmente para constituir el juicio. Tom. 4, pag. 10, §. 9.

Circunstancias que deben tener dichas personas. Tom. 4, pag. 10, §. 10.

Todos los que no tienen prohibicion legal para ello, pueden comparecer en juicio. Tom. 4, pag. 11, §. 11.

La muger casada no puede comparecer en juicio, ni elegir procurador sin licencia de su marido. Tom. 4, pag. 14, §. 24.

Casos en que uno está obligado á presentarse en juicio como actor, aun contra su voluntad. Tom. 4, pag. 14 y 15, §. 26 al 29.

JUICIO CIVIL ORDINARIO: debe empezarse por demanda y contestacion, y no por declaracion jurada del demandado, á menos que el actor no pueda, si omite esta diligencia, ir adelante ó proseguir la instancia, pues en tal caso puede hacer al reo las preguntas conducentes para entablar su demanda. Tom. 4, pag. 59, §. 29.

Sin embargo de lo dicho, hay casos en que ni el reo ni el actor estan obligados á responder, ¿y cuales son estos? Tom. 4, pag. 60, §. 30.

Tampoco debe empezar el juicio ordinario por secuestro ó embargo de bienes, ni por intervencion, sino en los casos que allí se expresan. Tom. 4, pag. 60, §. 31.

Ni debe tampoco principiarse el juicio por informacion de testigos á instancia del actor antes de la contestacion, á menos que de omitirla pueda este perder su derecho por falta de justificacion; v. gr. cuando son aquellos muy ancianos, y se teme su muerte, ó tienen que hacer larga ausencia del pueblo. Tom. 4, pag. 61, §. 32.

JUICIO EJECUTIVO: es un juicio sumario que se introdujo

en favor de los acreedores, para que sin experimentar los dispendios ni dilaciones de la via ordinaria, consiguiesen brevemente el cobro de sus créditos. Tom. 5, pag. 6, §. 1.

Este juicio, sino se sabe seguir bien, se convierte facilmente en ordinario, y no usándose de él en debido tiempo, se pierde el derecho de ejecutar. Tom. 5, pag. 6, §. 1.

JUICIO CRIMINAL: se distingue de los otros en que empieza por una informacion llamada *sumaria*; y evacuada esta se sigue un juicio semejante al ordinario civil; y asi consta de dos partes; una es el juicio informativo, denominado sumaria, y otra el juicio plenario que sigue à esta. Tom. 7. pag. 272, §. 1. Veanse en sus respectivos lugares los articulos *sumaria* y *plenario*.

JURAMENTO: su definicion: debe contener tres cosas esenciales; y es de tres clases; à saber: *asertorio, promisorio y confirmatorio*. Tom. 4, pag. 57, §. 21.

El juramento asertorio judicial se subdivide en otras tres especies que son: juramento de calumnia, de malicia y de decir verdad. ¿Cual es el de calumnia? Tom. 4, pag. 57, §. 22.

¿Quien ha de hacer este juramento? Tom. 4, pag. 58, §. 23.

Si las partes no pidieren que se haga, no se anulará por esta falta el proceso. Tom. 4, pag. 58, §. 24.

¿Sobre qué debe recaer este juramento? Tom. 4, pag. 58, §. 25.

Los procuradores necesitan poder especial para hacerle. Tom. 4, pag. 58, §. 26.

Del juramento de malicia. Tom. 4, pag. 59, §. 27.

¿En que se diferencian estos dos juramentos? Tom. 4, pag. 59, §. 28.

Del juramento *in litem*, que es propiamente el de decir verdad. Tom. 4, pag. 133, §. 28.

Circunstancias necesarias para que se defiera á este juramento. Tom. 4, pag. 133, §. 29.

¿Sobre qué ha de recaer este juramento? Tom. 4, pag. 133, §. 30 al 32.

Del juramento decisorio. Tom. 4, pag. 131, §. 24.

Del juramento necesario. Tom. 4, pag. 131, §. 25.

Del juramento judicial. Tom. 4, pag. 131, §. 25.

Requisitos necesarios en el juramento decisorio voluntario, y en el necesario ó supletorio. Tom. 4, pag. 132, §. 27.

JURISDICCION: ¿como se define? Tom. 4, pag. 22, §. 17.

La suprema jurisdiccion reside en el Soberano. Tom. 4, pag. 22, §. 18.

Primera division de la jurisdiccion en ordinaria y delegada. Tom. 4, pag. 22, §. 20.

¿Cuando se entiende que un juez procede en virtud de la jurisdiccion ordinaria? Tom. 4, pag. 22, §. 21.

De la jurisdiccion delegada, y facultades de los jueces que la tienen. Tom. 4, pag. 23, §. 22.

Division segunda de la jurisdiccion en privativa y acumulativa. Tom. 4, pag. 24, §. 26.

¿Quienes gozan de la jurisdiccion privativa? Tom. 4, pag. 24, §. 27.

¿Quienes ejercen jurisdiccion acumulativa? Tom. 4, pag. 25, §. 28.

Tercera division de la jurisdiccion en forzosa, voluntaria y prorogada: ¿cual se llama forzosa, y cuál voluntaria? Tom. 4, pag. 25, §. 29.

¿Que es jurisdiccion prorogada? Tom. 4, pag. 25, §. 30.

Requisitos necesarios para prorogarse la jurisdiccion. Tom. 4, pag. 25, §. 30.

¿De cuantos modos se puede prorogar? Tom. 4, pag. 25, §. 31 al 35.

Prorogacion tácita ó expresa. ¿Cuando se entiende prorogada tácitamente la jurisdiccion? Tom. 4, pag. 26, §. 36 al 41.

Facultades del juez prorogado. Tom. 4, pag. 29, §. 42.

El juez superior puede prorogar la jurisdiccion del ordinario. Tom. 4, pag. 29, §. 43.

Efectos de la prorogacion. Tom. 4, pag. 29, §. 44.

De las personas que no pueden prorogar la jurisdiccion. Tom. 4, pag. 30, §. 45.

Causas en que no puede prorogarse la jurisdiccion. Tom. 4, pag. 30, §. 46.

JURISDICCION de los intendentes. Tom. 7, pag. 250, §. 1.

JURISDICCION ECLESIASTICA: dividese en voluntaria y contenciosa. Tom. 9, pag. 19, §. 2.

Asuntos que corresponden principalmente á la jurisdiccion eclesiástica. Tom. 9, pag. 20, §. 3.

En los tribunales eclesiásticos está distribuido el orden de sustanciacion en primera, segunda y tercera instancia, como sucede en los civiles. Tom. 9, pag. 20, §. 4.

En primera instancia conocen como jueces ordinarios los obispos por medio de sus provisores ó vicarios, y calidades que deben tener estos. Tom. 9, pag. 21, §. 5, 6 y 7.

En la segunda instancia conocen de las causas pertenecientes al fuero eclesiástico los arzobispos. Tom. 9, pag. 22, §. 8.

En la tercera instancia conoce el tribunal de la Rota ó Nunciatura apostólica: su origen, número y circunstancias de los jueces que le componen, y varias observaciones acerca del orden de sustanciacion que en él se sigue. Tom. 9, pag. 22, §. 9 al 16.

LEG

LEGITIMA: ¿que es, y cuando se llama diminuta ó corta? Tom. 1, pag. 346, §. 14.

Los hijos no tienen derecho à su legítima sino despues de muerto su padre. Tom. 1, pag. 346, §. 15.

Pero si el padre quiere, puede dársela en vida. Tom. 1, pag. 346, §. 16.

El padre puede revocar siempre que quiera la distribucion que hubiere hecho de las legítimas de sus hijos. Tom. 1, pag. 346, §. 17.

Distincion de casos cuando el padre quiere que sea irrevocable la distribucion hecha en vida, de la legítima de sus hijos. Tom. 1, pag. 347, §. 18.

Doctrina diversa cuando estos se hallan bajo la patria potestad. Tom. 1, pag. 347, §. 19.

El juramento que hacen los hijos de no reclamar mayor porcion de su legítima, los inposibilita de ejecutarlo. Tom. 1, pag. 347, §. 20.

Pero si no hay juramento, podrá repetir el aumento que le corresponda. Tom. 1, pag. 347, §. 21.

LIBROS DE CUENTAS, y prueba que se hace por ellos. Tom. 4, pag. 173, §. 102.

LIMITES DE LAS HEREDADES. El tiempo oscurece por lo comun los limites de las heredades, de lo cual se originan pleitos. Tom. 1, pag. 265, §. 1.

En ellos se ha de atender en primer lugar á la posesion. Tom. 1, pag. 266, §. 2.

A falta de posesion se atiende á los monumentos antiguos. Tom. 1, pag. 266, §. 3.

Otro medio de aclarar las dudas sobre límites de pueblos es el pago de diezmos y derechos de alcabalas. Tom. 1, pag. 266, §. 4.

Entre las congeturas es una la direccion recta de los mojones. Tom. 1, pag. 266, §. 5.

La mayor proximidad à un pueblo que à otro, es otra congetura respetable. Tom. 1, pag. 266, §. 6.

La confrontacion de las señas, nombre y distancia de los mojones conduce tambien à la averiguacion de la verdad. Tom. 1, pag. 267, §. 7.

Las escrituras de amojonamientos con presencia del plano del terreno forma plena probanza en estos juicios. Tom. 1, pag. 267, §. 8.

Para que las visitas de amojonamientos causen estado es precisa la convocacion de todos los interesados. Tom. 1, pag. 267, §. 9.

Tambien contribuyen à la prueba en ellas los testigos fidedignos y de mayor edad. Tom. 1, pag. 267, §. 10.

¿Cuales merecen mayor crédito entre los testigos? Tom. 1, pag. 267, §. 11.

¿Como deben conducirse los peritos en esta materia? Tom. 1, pag. 257, §. 12.

¿Como y por quién ha de hacerse el reconocimiento del terreno? Tom. 1, pag. 268, §. 13.

Cuando hay otras pruebas suficientes, no debe decretarse reconocimiento local con asistencia del juez. Tom. 1, pag. 268, §. 14.

¿Cuales mapas ó planos merecen mas fe en estos casos? Tom. 1, pag. 268, §. 15.

En los casos en que no se puede hallar la verdadera linde, el juez dispone la division *ex æquo et bono*. Tom. 1, pag. 269, §. 16.

Declarados los linderos, el que los traspasa comete despojo. Tom. 1, pag. 269, §. 17.

En muchos casos conviene cortar tales pleitos por medio de justas transacciones. Tom. 1, pag. 269, §. 18.

Modo de solicitar provision ordinaria de apeo en el Consejo. Tom. 1, pag. 270, §. 19.

LITIS PENDENCIA. Véase acumulacion de autos.

MANCOMUNIDAD: es un contrato por el cual dos ó mas personas se obligan á pagar à prorata ó *in solidum* la deuda que han contraido. Tom. 2, pag. 424. Nota.

¿En que se diferencia este contrato de la fianza mancomunal? Tom. 2, pag. 424, id.

MANDATO: ¿que es? Tom. 2, pag. 366, §. 1.

Este contrato es bilateral. Tom. 2, pag. 367, §. 2.

Puede ser puro ó condicional, por escrito ó de palabra, entre pesentes ó entre ausentes. Tom. 2, pag. 367, §. 3.

Frases con que puede concebirse el mandato. Tom. 2, pag. 367, §. 4.

Puede celebrarse de cinco maneras con respecto à su objeto final. Tom. 2, pag. 367, §. 5.

Aceptado el mandato debe cumplirse, pena del resarcimiento de daños y perjuicios. Tom. 2, pag. 368, §. 6.

Casos en que interviene exceso de parte del mandatario, y otros en que no interviene. Tom. 2, pag. 368, §. 7.

Cuando el exceso versa sobre parte de la comision, solo en ella será responsable el mandatario. Tom. 2, pag. 369, §. 11.

En las gestiones necesarias al cumplimiento del mandato no hay exceso, aunque el contrato no las exprese. Tom. 2, pag. 369, §. 12.

Cuando la comision es amplia y general, obligan al mandante cuantos pactos hiciere el mandatario. Tom. 2, pag. 369, §. 13.

¿En que casos puede este nombrar sustituto para el desempeño de su encargo? Tom. 2, pag. 370, §. 14.

En el mandato especial no hay precision de expresar que se contrata à nombre del mandatario, pero si en el general. Tom. 2, pag. 370, §. 15.

El mandatario debe poner en noticia del mandante cuanto crea que puede motivar la revocacion del mandato. Tom. 2, pag. 370, §. 16.

No puede el mandatario comprar para si los efectos cuya venta tiene à su cargo. Tom. 2, pag. 370, §. 17.

El mandato es nulo si no recae sobre cosa honesta y conforme á las buenas costumbres. Tom. 2, pag. 370, §. 18.

Segun la mas comun opinion cualquiera de los contratantes puede volverse atrás, estando *integro el negocio*. Tom. 2, pag. 370, §. 19.

El mandato celebrado puede dejar de ser obligatorio por varios incidentes. Tom. 2, pag. 371, §. 20.

Otras escusas legítimas del mandatario para no cumplir su comision. Tom. 2, pag. 371, §. 21.

Sobre los diferentes modos de concluirse el mandato. Tom. 2, pag. 371, §. 22 y 23.

Concluido el mandato, debe dar cuentas el mandatario. Tom. 2, pag. 372, §. 24.

Matrimonio: ¿que es? Tom. 1, pag. 15, §. 7.

Para su validacion se necesita el consentimiento. Tom. 1, pag. 15, §. 8.

¿Como puede explicarse este? Tom. 1, pag. 16, §. 9.

Edad necesaria para contraer matrimonio. Tom. 1, pag. 16, §. 10.

De los impedimentos dirimentes. Tom. 1, pag. 16, §. 11.

Licencia de los padres, abuelos ó tutores, necesaria para contraer matrimonio. Tom. 1, pag. 17, §. 12.

¿Como se disuelve este? Tom. 1, pag. 19, §. 13.

De los efectos civiles del matrimonio. Tom. 1, pag. 20, §. 14.

De las escrituras matrimoniales. Tom. 1, pag. 25, §. 1 al 4.

MAYORAZGO: su definicion. Tom. 2, pag. 5, §. 1.

El mayorazgo puede ser regular ó irregular, temporal ó perpetuo. Tom. 2, pag. 5, §. 2.

De las principales especies de mayorazgo. Tom. 2, pag. 6, §. 3.

Del mayorazgo regular. Tom. 2, pag. 6, §. 4.

¿Como se hace el llamamiento en este mayorazgo? Tom. 2, pag. 8, §. 5.

Del de rigorosa ó verdadera agnacion. Tom. 2, pag. 9, §. 6.

Cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de agnacion. Tom. 2, pag. 9, §. 7.

Del mayorazgo de artificiosa ó fingida agnacion. Tom. 2, pag. 10, §. 8.

Del de simple masculinidad. Tom. 2, pag. 10, §. 9.

Cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de simple masculinidad. Tom. 2, pag. 12, §. 10.

Del mayorazgo de femineidad ó contraria agnacion. Tom. 2, pag. 12. §. 11.

Del electivo. Tom. 2, pag. 13, §. 12.

Del alternativo. Tom. 2, pag. 14, §. 13.

Del saltuario. Tom. 2, pag. 15, §. 14.

Del de segunda genitura. Tom. 2, pag. 15, §. 15.

Del de incompatibilidad. Tom. 2, pag. 16, §. 16.

¿Como deben ordenarse las cláusulas por el llamamiento en estas especies de mayorazgos? Tom. 2, pag. 18, §. 17.

La licencia real debe preceder á la fundacion del mayorazgo. Tom. 2, pag. 21, §. 2.

El que pueda disponer libremente de sus bienes, y cuya familia tenga las calidades necesarias, podrá tambien fundar mayorazgo. Tom. 2, pag. 22, §. 3.

¿Necesitará la muger casada para fundar mayorazgo la licencia de su marido? Tom. 2, pag. 22, §. 4.

El hijo de familias, teniendo para testar la edad prefijada por la ley, puede fundar mayorazgo. Tom. 2, pag. 22, §. 5.

Casos que deben distinguirse en los mayorazgos que se fundan por comision de otra persona. Tom. 2, pag. 23, §. 6.

Reglas generales que se observan en los mayorazgos. Tom. 2, pag. 24, §. 7 al 18.

Sobre los bienes de mayorazgo no puede imponerse censo ni otro gravamen sin real permiso. Tom. 2, pag. 32, §. 19.

El poseedor del mayorazgo debe cumplir las posibles y honestas condiciones puestas por el fundador, so pena de perderle, como tambien hacer inventario de todos sus bienes y papeles. Tom. 2, pag. 41, §. 1.

Está obligado asimismo á pagar los censos, pensiones, tributos y demas cargas reales del mayorazgo. Tom. 2, pag. 42, §. 2.

Causas porque puede perder el mayorazgo su poseedor. Tom. 2, pag. 43, §. 3.

Las fincas del mayorazgo no deben ser confiscadas por delito del poseedor. Tom. 2, pag. 43, §. 4.

El fundador del mayorazgo puede revocarle, añadir ó alterar sus llamamientos excepto en ciertos casos que alli se designan. Tom. 2, pag. 44, §. 5.

¿Como se hace irrevocable el mayorazgo? Tom. 2, pag. 44, §. 6.

De la agregacion de bienes á los mayarazgos. Esta materia se gobierna, á causa de faltar ley civil, por las disposiciones canonicas relativas á la union de obispados, prebendas y otros beneficios eclesiásticos. Tom. 2, pag. 45, §. 1.

¿De cuantos modos puede hacerse dicha agregacion? Tom. 2, pag. 46, §. 2.

La agregacion debe hacerse bajo las condiciones y reglas de la fundacion. Tom. 2, pag. 45, §. 3.

Obligaciones que pueden imponerse en la agregacion necesaria. Tom. 2, pag. 47, §. 4.

¿Como se podrá probar la agregacion hecha al mayorazgo? Tom. 2, pag. 48, §. 5.

Efectos que surte la agregacion. Tom. 2, pag. 49, §. 6.

Real Cédula de 11 de marzo de 1824, relativa à mayorazgos. Tom. 2, pag. 47.

(Acerca de la *tenuta* y el *articulo de administracion* en materia de mayorazgos, véanse en sus respectivos lugares dichos artículos.)

MEJORAS: ¿que son, y de cuántas especies; y quién puede hacerlas? Tom. 1, pag. 350, §. 1.

El mejorante puede designar la finca ó cosa de la mejora. Tom. 1, pag. 352, §. 2.

El que mejora en términos genéricos, se entiende que mejora en tercio y quinto. Tom. 1, pag. 352, §. 3.

Los padres no pueden mejorar à sus hijas por razon de dote. Tom. 1, pag. 353, §. 4.

Los padres pueden mejorar por razon de dote á su hija natural, no teniendo hijos legítimos. Tom. 1, pag. 354, §. 5.

La madre tampoco puede mejorar á su hija por razon de dote ni por otro contrato sin licencia de su marido. Tom. 1, pag. 355, §. 6.

¿En que caso puede el abuelo mejorar à su nieta por razon de dote ó casamiento? Tom. 1, pag. 355, §. 7.

La prohibicion de mejorar á las hijas por razon de dote se entiende solo por contrato entre vivos. Tom. 1, pag. 355, §. 8.

El pacto de mejorar ó de no mejorar es válido. Tom. 1, pag. 356, §. 9.

Si el que hace la promesa de mejorar no la cumple, y es por contrato oneroso, estará únicamente obligado á resarcir el daño. Tom. 1, pag. 357, §. 10.

Pero si el pacto ó promesa fue espontánea deberá cumplirse. Tom. 1, pag. 357, §. 11.

Si el interesado en el pacto de no mejorar consiente en la renuncia de este beneficio, cesa aquella prohibicion. Tom. 1, pag. 357, §. 12.

Al hijo en cuyo favor se hizo el pacto de mejora, sucederán en ella sus hijos, si el primero muere antes que su padre. Tom. 1, pag. 358, §. 13.

Esta doctrina no se opone à la ley que permite al abuelo me-

jorar à sus nietos. Tom. 1, pag. 358, §. 14.

Los padres por ninguna promesa renuncian el derecho de disponer del quinto de sus bienes. Tom. 1, pag. 358, §. 15.

La promesa de no mejorar à un hijo se extiende à los nietos hijos de este. Tom. 1, pag. 358, §. 16.

La promesa de no mejorar á un hijo no se extiende á los demas. Tom. 1, pag. 359, §. 17.

Excepcion de esta regla. Tom. 1, pag. 359, §. 18.

La facultad de mejorar se extiende à los abuelos respecto de sus nietos. Tom. 1, pag. 359, §. 19.

El ascendiente no puede mejorar à su hijo único, ni imponer gravamen alguno sobre su herencia. Tom. 1, pag. 360, §. 20.

El gravamen impuesto cuando el hijo era único, cesa cuando llega á serlo. Tom. 1, pag. 360, §. 21.

Pero el hijo único podrá ser mejorado con cierta condicion. Tom. 1, pag. 360, §. 22.

Otro caso en que es válida la mejora del hijo único. Tom. 1, pag. 361, §. 23.

Las madres y abuelas pueden mejorar à sus descendientes estando viudas, ó teniendo bienes libres. Tom. 1, pag. 361, §. 24.

Si muerto el marido no confirma la viuda la mejora hecha en vida de aquel sin su licencia, es nula. Tom. 1, pag. 361, §. 25.

Al mejorado debe entregarse la mejora en los mismos bienes que el mejorante hubiere designado. Tom. 1, pag. 362, §. 28.

¿De que gravamen es susceptible el tercio? Tom. 1, pag. 363, §. 31.

El mejorado puede repudiar la herencia, y aceptar la mejora. Tom. 1, pag. 365, §. 37.

Muerto uno de los mejorados acrece à los otros su parte en la mejora. Tom. 1, pag. 365, §. 38, 39 y 40.

Aceptada la mejora, y entregada la escritura, vuelve á la propiedad del padre la parte del mejorado que muere. Tom. 1, pag. 366, §. 41.

¿En que casos se presumirá ó no mejora de donacion por testamento ó entre vivos? Tom. 1, pag. 367, §. 42.

Las mejoras son válidas aun cuando se rescinda el testamento por pretericion ó desheredacion. Tom. 1, pag. 367, §. 43.

El tercio y quinto de las mejoras ha de ser uno en vida y muerte en todos casos. Tom. 1, pag. 217, §. 2.

De la revocacion de las mejoras. Los padres pueden por su

sola voluntad revocar la mejora del tercio, ya sea hecha entre vivos ó en testamento hasta su muerte. Tom. 1, pag. 370, §. 1.

La revocacion se hace por medio de palabras, ó por hechos, cual es la enagenacion. Tom. 1, pag. 370, §. 2.

Se presume revocada la mejora, cuando el mejorante se desapropia de la finca ó alhaja en que consiste, à menos que sea por urgencia ó causa onerosa. Tom. 1, pag. 371, §. 3.

Si el mejorante compra una finca con el dinero en que hizo mejora, y luego la vende se presume revocada esta. Tom. 1, pag. 371, §. 4.

Si el padre lega ó dona à un hijo finca en que esté mejorado otro en tercio y quinto, se revoca la mejora en el importe de la finca. Tom. 1, pag. 371, §. 5.

Mejorado un hijo con el fin de que se case, si muere la novia se entiende revocada la mejora. Tom. 1, pag. 371, §. 6.

Excepcion de la doctrina precedente. Tom. 1, pag. 372, §. 7.

Si mejorado un hijo, se enemista despues con su padre, cesa la mejora. Tom. 1, pag. 372, §. 8.

Casos en que la mejora es irrevocable. Tom. 1, pag. 373, §. 11.

Siempre se tiene por revocable la mejora del quinto. Tom. 1, pag. 373, §. 12.

¿Será ó no revocable la mejora de que se está en posesion respecto de los bienes futuros que adquiera el mejorante? Tom. 1, pag. 374, §. 13 y 14.

La mejora se convierte en donacion irrevocable cuando entregada la cosa en que consiste, no se hace mencion de mejora, ni del instrumento en que fue hecha. Tom. 1, pag. 374, §. 15.

Si un hijo es mejorado en testamento y otro en codicilo, se sostendrán à partes iguales ambas disposiciones. Tom. 1, pag. 375, §. 16.

Lo mismo sucede si las dos mejoras se hubieren hecho en un mismo instrumento. Tom. 1, pag. 375, §. 17.

Si el padre mejora á un hijo en créditos, y luego los cobra, y con su importe compra una finca, se entiende la mejora sustituida en ella. Tom. 1. pag. 375, §. 18.

Si es mejorado el hijo en testamento y en codicilo se le lega una finca diciendo que se contente con ella, cesa la mejora. Tom. 1, pag. 375, §. 19.

Si la finca de la mejora sirve despues de hipoteca, no se revoca la mejora, á menos que el empeño sea tan cuantioso que

equivalga à venta. Tom. 1, pag. 376, §. 20.

Si un padre vende la finca en que ha mejorado à un hijo, y mas adelante la vuelve à comprar, convalece la mejora. Tom. 1, pag. 376, §. 21.

Si un padre vende la finca de la mejora, y con su importe compra otra, se subroga la segunda en su lugar. Tom. 1, pag. 376, §. 22.

Se conceptúa cláusula revocatoria de una mejora, el que despues exprese el padre que sus herederos partan la herencia con igualdad. Tom. 1, pag. 376, §. 23.

Casos en que se revocan las mejoras por ingratitud. Tom. 1, pag. 376, §. 24.

Esta accion es personal del mejorante: casos en que compete tambien à sus herederos. Tom. 1, pag. 377, §. 25.

MEJORA DE APELACION: ¿que es? Casos en que el juez superior manda librar provision ó despacho para que se le remitan originales los autos. Tom. 4, pag. 267, §. 1 y 2.

¿Cuando se libra solamente despacho compulsorio y de emplazamiento? Tom. 4, pag. 267, §. 3.

Dado el compulsorio y citatorio, primero se ha de sacar el proceso que citar á la parte. Tom. 4, pag. 268, §. 4.

¿Quien ha de pagar las costas de la saca del proceso? Tom. 4. pag. 268, §. 5.

El juez inferior queda inhibido con la remision de los autos originales, para proceder à la ejecucion de su sentencia. Tom. 4, pag. 268, §. 6.

Del escrito de agravios que presenta el apelante, y de los atentados. Tom. 1, pag. 268, §. 7.

Diversas especies de estos. Tom. 1, pag. 368, §. 8.

Escrito de agravios *medio*. Tom. 4, pag. 269, §. 9.

Tiempo preciso en que ha de usarse del derecho de adherirse à la apelacion contraria. Tom. 4, pag. 269, §. 10 y 11.

Clases de pruebas que se admiten en la segunda instancia. Tom. 4, pag. 270, §. 12.

Restitucion que puede pedir el privilegiado contra el lapso del término que se conceda para probar las excepciones nuevas en segunda instancia, ó que se repelieron en la primera. Tom. 4, pag. 270, §. 13.

¿Cuando han de presentarse las escrituras? Tom. 4, pag. 271, §. 14.

No habiéndose tachado los testigos en primera instancia, no

pueden tacharse en la segunda. Tom. 4, pag. 271, §. 15.

La apelacion de la sentencia interlocutoria no puede justificarse con nuevas pruebas. Tom. 4, pag 271, §. 16.

¿Que deberá hacerse en los dos casos de que el juez superior confirme ó revoque la sentencia interlocutoria del inferior? Tom. 4, pag. 271, §. 17.

El juez superior debe oir en justicia à la parte agraviada que no osó apelar ó proseguir la apelacion por temor de muerte, de herida ò prision. Tom. 4, pag. 271, §. 18.

MENORES de edad. ¿Que se entiende por menores? Tom. 1, pag. 3, § 5.

No pueden enagenar sus bienes sin justas causas, y las solemnidades legales. Tom. 2, pag. 152, §. 26; y tom 5. pag. 269, §. 30.

Causas que se tienen por justas para la enagenacion. Tom. 5, pag. 269, §. 31.

Solemnidades que deben intervenir en la enagenacion. Tom. 5, pag 270 §. 32.

Si faltaren las justas causas y solemnidades expresadas, será nula la enagenacion. Tom. 5, pag. 270, §. 33.

Para rescindirla no necesita el menor implorar el beneficio de la restitucion. Tom. 5, pag. 271, §. 34.

Siendo la donacion especie de enagenacion, está prohibido al pupilo hacer donacion simple por sí, y con la sola autoridad del tutor. Tom. 5, pag. 272, §. 36.

Para la enagenacion de los muebles que guardándolos no pueden conservarse, y derechos tocantes á ellos, no es necesario decreto del juez, y basta la autoridad del tutor ó curador. Tom. 5, pag. 272, §. 37.

Privilegios que conceden las leyes à los menores. Tom. 5, desde la pag. 274 à la 279.

El menor siendo púbero necesita curador *ad litem* para presentarse en juicio, aunque no en las causas espirituales y beneficiales. Tom. 4, pag. 12, §. 20 y 21.

El menor púbero puede nombrar el curador *ad litem*; pero no habiendo llegado à la pubertad, debe nombrársele el juez. Tom. 4, pag. 13, §. 22.

Está prohibido à los corregidores, sus alcaldes mayores y otros jueces inferiores, conceder licencia y habilitar á los menores de veinticinco años para administrar sus bienes, pena de privacion de oficio. ¿A quien corresponde esta facultad? Tom. 2, pag. 661, §. 3.

Los menores habilitados por la Cámara para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario. Tom. 6, pag. 28. §. 7. Véase tambien el artículo *inventario*.

MESTA. Los arrendamientos de pastos y dehesas que hace la mesta para sus ganados, se apartan de las reglas ordinarias de este contrato en virtud de varios privilegios. Tom. 2, pag. 259, §. 1.

De la mesta, sus juntas y oficiales. Tom. 2, pag. 259, §. 2.

De los alcaldes de cuadrilla y alzada. Tom. 2, pag. 260, §. 3.

De los alcaldes entregadores, cuyas veces hacen en el dia los corregidores de los pueblos. Tom. 2, pag. 260, §. 4.

De los privilegios de la mesta, y particularmente del de posesion en sus arrendamientos. Tom. 2, pag. 260, §. 5.

Del privilegio de la tasa Tom. 2, pag. 261, §. 6.

Del privilegio de prohibir que se cierren las heredades. Tom. 2, pag 261, § 7.

Este no alcanza al ganado cabrío ni tampoco á impedir que se cierren los plantíos nuevos hasta que cumplan veinte años. Tom. 2, pag. 261, §. 8.

Del privilegio que consiste en prohibir que se rompan y labren nuevos terrenos. Tom. 2, pag. 262, §. 9.

Del Real decreto de 29 de abril de 1793, moderando en este punto y otros las antiguas leyes prohibitivas. Tom. 2, pag. 262, §. 10.

Disposiciones literales del enunciado Real Decreto. Tom. 2, pag. 262, §. 11.

Disposiciones contenidas en varios capítulos de la Instruccion de 1796. Tom. 2, pag. 264, §. 12 y 13.

¿Ante quien, y en qué términos se han de solicitar las licencias para romper terrenos? Tom. 2, pag. 265, § 4

MONTES. Disposiciones relativas á ellos. Tom. 1, pag. 260, § 2, 3 y 4.

¿A quien compete el conocimiento de las causas que se susciten sobre esta materia? Tom. 1, pag. 261, §. 5.

MORATORIA Véase el artículo espera de creedores.

MOSTRENCOS: deben aplazarse por edictos, y si no parece el dueño, se aplican á obras públicas.

MUGER CASADA: no puede comparecer en juicio, ni elegir procurador sin licencia de su marido. Tom. 4, pag. 14, §. 24.

Tambien la necesita expresa para contratar y obligarse por su hecho propio como principal. Tom. 2, pag. 665, §. 8.

El marido puede conceder esta licencia especial para una cosa ó contrato, ó bien general para todos, ¿y como deberá dar fe el escribano de esta concesion? Tom. 2, pag 665, §. 9.

¿En que cosas no necesita la muger dicha licencia de su marido? Tom. 2, pag. 666, § 10.

Si la muger casada fuere menor de veinticinco años, deberá concurrir su curador á la celebracion del contrato. Tom. 2, pag. 666, §. 11 y 12.

Proteccion que dan tres leyes recopiladas á las mugeres para que no queden obligados sus bienes ni personas por la fianza del marido, ni pueden ser presas por deudas de este. Tom. 2, pag. 668, §. 13.

Obligacion que tiene el escribano de enterar á la muger casada de las leyes 61 de Toro y 2, tit. 12, Partida 3.ª cuando trata de renunciarlas para obligarse. Tom. 2, pag. 668, §. 14.

Para que no sirva á las mugeres casadas la excepcion de que se obligaron violentadas ó amenazadas por el marido, se obligarán con juramento, el cual se extenderá por el escribano con la cláusula que allí se expresa. Tom. 2, pag. 670, §. 16.

Aun cuando la muger esté divorciada ó separada del marido, convendrá que preceda la licencia de este para el caso que allí se expresa y otros semejantes. Tom. 2, pag. 672, §. 17.

Cuando la muger casada celebra por su hecho propio algun contrato, si el marido instruido de los efectos de este quiere obligarse de mancomun con su muger, ó como su fiador, se ordenará la escritura con las cláusulas correspondientes á la mancomunidad y fianza. Tom. 2, pag. 672, §. 18.

Si el marido vende ó grava sus bienes, es muy útil al comprador ó acreedor que la muger concurra á la venta, cediéndole el derecho y privilegio que tiene por su dote contra los de su marido, y jurando la escritura. Tom. 2, pag 674. §. 20.

MUTUO: ¿que es, y que circunstancias concurren en él? Tom. 2, pag. 465, §. 2.

Cuando perece la cosa prestada, la pierde el mutuario, Tom. 2, pag. 465, §. 3.

El contrato de mutuo con prenda, bajo cierto pacto y condicion es nulo. Tom. 3, pag. 469, §. 12.

Circunstancias que debe tener el referido pacto, y cláusulas en que debe estar concebido para que sea tenido por firme y valedero. Tom. 2, pag. 469, §. 13.

NOBLES: privilegios que disfrutan. Tom. 1, pag. 9, §. 9.

NOTARIO DEL REINO: ¿en que consiste este oficio? Tom. 1, pag. 218, §. 26.

Gracias que se hacen de estos oficios pagando los docientos ducados del *fiat*, y los diez de media anata. Tom. 1, pag. 219, §. 27.

¿Que necesita justificarse para que se despache notoria de reinos, ó título del oficio de receptor á las personas que se designan? Tom. 1, pag. 219, §. 28.

Diligencias que deben practicarse despues de obtenido el título en la Cámara. Tom. 1, pag. 219, §. 29.

Tiempo en que el escribano de número puede renunciar este oficio y disfrutar la gracia de la notaría de reinos. Tom. 1, pag. 220, §. 30.

De los notarios numerarios de los juzgados eclesiásticos. Tom. 1, pag. 220, §. 31.

NOVACION DE CONTRATO: es una traslacion ó conversion del primer débito y obligacion en otra nueva, civil ó natural, sin intervencion de nueva persona; de suerte que la primera queda extinguida, y así puede oponerse como excepcion en la via ejecutiva. Tom. 5, pag. 120, § 12.

Para que se entienda hecha la novacion es preciso que las partes lo expresen claramente. Tom. 5, pag. 121, §. 13.

No se hace novacion solo por la intervencion de nueva persona en el contrato, á menos que se pacte expresamente. Tom. 5, pag. 121, §. 14.

Excepciones de lo dicho en los párrafos anteriores. Tom. 5, pag. 122, §. 15.

NULIDAD DE LAS SENTENCIAS. Medios que tiene la parte que se sintiere agraviada de la sentencia, para reparar los perjuicios que el juez le hubiere irrogado con ella. Tom. 4, pag. 233, §. 1.

Toda sentencia tiene á su favor la presuncion de haberse pronunciado segun la forma prescrita por derecho. Tom. 4, pag. 234, §. 2.

¿Que se entiende por nulidad de una sentencia? Tom. 4, pag, 234, §. 3.

Diferencia entre sentencia nula e injusta. T. 4, p. 334, §. 4.

De las sentencias que tienen el vicio de nulidad. Tom. 4, pag. 235, §. 5 al 9.

La nulidad notoria puede intentarse como perpetua en cual-

quier tiempo; pero las demas nulidades deben pedirse dentro de los sesenta dias siguientes al de la notoriedad de ella. Tom. 4, pag. 237, §. 10.

Diferentes modos con que puede intentarse la nulidad de la sentencia. Tom. 4, pag. 237, §. 11.

Ventajas de proponer y seguir el juicio de nulidad en el tribunal superior. Tom. 4, pag 238, §. 12 al 14.

Ventajas que resultan de proponer la nulidad al mismo tiempo que la apelacion. Tom. 4, pag. 239, §. 15 al 23.

Mientras se ventila el juicio de nulidad, no corre el término de apelar, si se intentó antes que esta espirase. Tom. 4, pag. 240, §. 24.

No puede intentarse nulidad de ciertas sentencias. Tom. 4, pag. 241, §. 25.

Tampoco tiene lugar la restitucion en los casos referidos en el párrafo anterior, respecto de los menores y demas privilegiados. Tom. 4, pag. 241, §. 26.

¿En que términos deberá pedir el menor la restitucion de la sentencia cuando el derecho se la conceda? Tom. 4, pag. 241, §. 27.

¿En que casos podrán decir de nulidad de la sentencia la iglesia y el concejo? Tom. 4, pag. 242, §. 28.

Término en que deberán pedir la restitucion la iglesia, comunidad ó concejo, si fueren perjudicados en la sentencia. Tom. 4, pag. 242, §. 29.

¿Que deberán hacer las corporaciones indicadas para que no haya lugar á la prescripcion en aquellas cosas suyas que se pueden perder por el tiempo de cuarenta años? Tom. 4, pag. 242, §. 30.

Regularmente hablando no perjudica á los que no fueron citados la sentencia dada contra otros. Tom. 4, pag. 243, §. 31.

Excepciones de la regla anterior. Tom. 4, pag. 244, §. 32.

OBL

OBLIGACION: hay tres especies; la una puramente civil; la otra meramente natural; y la tercera mixta de natural y civil. Se explica la naturaleza de cada una. Tom. 2, pag. 136, §. 1.

¿Por quien ha de ser otorgada la obligacion de dar ó hacer alguna cosa, y en que términos quedará obligado el promitente? Tom. 5, pag. 6, §. 2.

En la obligacion se ha de expresar el término ó plazo en que

ha de satisfacerse la deuda, y el deudor ha de poder dar al acreedor para que pasado que sea le apremie ejecutivamente. Tom. 5, pag. 6, §. 3.

La escritura de obligacion ha de contener tambien la cláusula guarentigia. Tom. 5, pag. 12, §. 7.

Cuando en la escritura de préstamo ó mutuo se pacta que el deudor ha de pagar lo que se le presta en la misma especie, tiene obligacion de hacerlo asi. Tom. 5, pag. 15, §. 9.

¿De que modo pueden constituir obligacion los pródigos, siervos y menores de edad? Tom. 2, pag. 658, §. 1 y 2.

¿En qué términos pueden obligarse las mugeres? Tom. 2, pag. 663, §. 4 y 5.

No pueden obligarse como fiadoras. Tom. 2, pag 664, §. 6.

La muger soltera y viuda, y mayor de veinticinco años contrayendo por su hecho propio como principal, queda obligada á observar el contrato. Tom 2, pag 664, §. 7.

En los contratos de mugeres no deben poner los escribanos renunciacion alguna de leyes romanas; pues ademas de no tener autoridad entre nosotros, las hay al intento en nuestros códigos. Tom. 2, pag 669, §. 15.

No basta que el juramento se ponga en la escritura que otorga la muger ú otro á quien está permitido jurar los contratos, sino que debe el escribano recibírsele en solemne forma, y dar fe de ello. Tom. 2, pag. 774, §. 19.

OCULTACION de bienes hereditarios. Cuando el heredero oculta ú omite maliciosamente inventariar algunos bienes de la herencia, incurre en la pena del duplo de lo ocultado, y pierde la cuarta falcidia siempre que intervengan las circunstancias que se expresan. Tom. 6, pag. 48, §. 1 y 2.

¿Como ha de hacerse la prueba de ocultacion? Tom. 6, pag. 48, §. 3.

El que alega la ocultacion ha de probar el dolo verdadero, sin que baste el presunto. Tom. 6, pag. 49, §. 4.

El heredero se eximirá de la pena de ocultacion si se reservó y protestó aumentar al inventario todos los bienes que llegasen á su noticia pertenecer al testador. Tom. 6, pag. 49, §. 50.

La accion de ocultacion en cuanto á la pena no se trasfiere á los herederos del ocultante. Tom. 6, pag. 49, §. 6.

El heredero no incurre en la pena de ocultador cuando el inventario se hizo por algun criado ó dependiente suyo sin su noticia. Tom. 6, pag. 50, §. 7.

La pena de ocultador en que incurre el heredero, no se extiende al poseedor que como tal y no como heredero, formaliza el inventario. Tom. 6, pag. 50, §. 8.

Si uno de los herederos despues de aceptada la herencia, sustrae ó quita algunas cosas de ella, no es visto ejecutarlo con ánimo de hurtarlas y defraudar à los coherederos, sino en cuenta de su parte. Tom. 6, pag. 51, §. 10

¿Como se ha de proceder en el juicio de ocultacion y ante que juez? Tom. 6, pag. 51, §. 11 y 12.

OFICIOS PUBLICOS: son de privativa regalía del Soberano. Tom. 1, pag. 184, §. 1.

Cuando el Rey vende los oficios públicos, transfiere al comprador el dominio de ellos. Tom. 1, pag. 185, § 2.

Debe sacarse el título que acredite la correspondiente idoneidad en el sugeto agraciado. Tom. 1, pag. 185, §. 3.

Debe pagarse ademas la media anata para ejercer el oficio. Tom. 1, pag. 186, § 4.

En los oficios públicos pueden distinguirse dos especies de dominio. Tom. 1, pag. 186, §. 5.

Muerto el dueño de un oficio, no se divide este entre sus herederos en cuanto à su uso y ejercicio. Tom. 1, pag. 187, §. 6.

Cuando el Rey da en administracion algunos de estos oficios, la merced se entiende respecto de los emolumentos, mas no en cuanto à la facultad de ejercer. Tom. 1, pag. 187, §. 7.

Concediendo el Rey privilegio perpetuo, ó por juro de heredad, de algun oficio, cada sucesor es un administrador nuevo que necesita de nuevo título para administrar. Tom. 1, pag. 188, §. 8.

Circunstancias que se requieren para que sea válida la renuncia de un oficio. Tom. 1, pag. 188, § 9.

Los oficios públicos no pueden vincularse sin expreso Real permiso. Tom. 1, pag. 189, § 10.

¿Si podrán pasar ante un mismo escribano las escrituras de renuncia, en caso de verificarse esta? Tom. 1, pag. 189, §. 11.

OFICIOS CONCEJILES: division de estos entre nobles y plebeyos donde hay mitad de oficios. Tom. 1, pag. 195, §. 1.

ORDENES DE CABALLERIA: ¿cuales son, y quienes pueden darlas? Tom. 1, pag. 253, §. 2.

No estan excluidos los hijos de escribano de poder obtenerlos. Tom. 1, pag. 254, §. 3.

PACTO: es el convenio ò consentimiento de dos ó mas personas para dar ò hacer alguna cosa. Tom. 2, pag. 136, §. 2.

PACTO NUDO: llamaban asi los romanos al mero convenio que no pasaba à contrato por no tener nombre cierto, ni causa civil obligatoria, y asi no producen accion civil, sino solo obligacion natural; pero estando determinado por una ley de la Novisima Recopilacion que de todo pacto hecho deliberadamente nazcan obligacion civil y accion, es claro que no tiene aplicacion entre nosotros la doctrina antigua sobre los pactos nudos. Tom. 2, pag. 136, §. 2.

PACTO DE LA LEY COMISORIA: ¿que es, y como debe especificarse en la escritura para evitar disputas. Tom. 2, pag. 161, §. 41.

PACTO DE ADICION ó señalamiento de dia en las ventas: ¿que es, y como debe extenderse? Tom. 2, pag. 162, §. 43.

Circunstancias necesarias para la validez de este pacto. Tom. 2, pag. 163, §. 44.

PACTO DE ENAGENAR. ¿Si será ó no válido en los contratos de venta, donacion y otros, en testamento ú otra última voluntad; y si por él se impedirá ò no la traslacion de dominio à tercero? Tom. 2, pag. 164, §. 45 al 47.

El pacto de *succedendo* es nulo. Tom. 2, pag. 582, §. 20.

PADRES de familia: estan obligados à educar á sus hijos, y razones en que se funda esta obligacion. Tom. 1, pag. 123, §. 3.

La madre tiene obligacion de criarlos hasta la edad de tres años. Tom. 1, pag. 124, §. 4.

La referida obligacion del padre se extiende solo à sus hijos legítimos y naturales. Tom. 1, pag. 124, §. 5.

En consecuencia de esta obligacion y dominio pueden los padres servirse de sus hijos sin que estos tengan accion á pedirles salarios. Tom. 1, pag. 124, §. 6.

Por las mismas razones puede el padre empeñar la persona de su hijo, si se hallare en extrema necesidad. Tom. 1, pag. 125, §. 7.

PAGO: puede hacerle uno por sí, ó por un tercero, aun cuando el deudor lo repugne, quedando en cualquiera de estos casos extinguida la obligacion. Tom. 2, pag. 649, §. 2.

Cuando un deudor que tiene varias deudas en favor de un acreedor entrega á cuenta algun dinero, ¿á cual de ellas deberá aplicarse? Tom. 2, pag. 649, §. 3.

Si el acreedor rehusa admitir el pago ¿de que medio podrá valerse el deudor para extinguir su deuda? Tom. 2, pag. 650, §. 4.

No puede el acreedor apremiar por sí al deudor, ni tomarle prenda ò cantidad alguna. Tom. 2, pag. 650, §. 5.

El acreedor debe dar al deudor que paga su deuda, carta de pago ò recibo que lo acredite. Circunstancias que debe contener este documento. Tom. 2, pag. 650, §. 6.

Pago de créditos de artesanos, jornaleros, criados &c. Para que no se dilate debe observarse lo prevenido en Real Cédula de 16 de setiembre de 1784. Tom. 5, pag. 111. Apéndice.

Pago indebido: es un cuasi contrato. Tom. 2, pag. 641, §. 10.

¿Que pagos no pueden repetirse? Tom. 2, pag. 642, §. 11.

PAPEL SELLADO: Real Cédula sobre el uso de este. Tom. 1, pag. 234 y siguientes:

PARAFERNALES (bienes): ¿que son, y à quien corresponde el dominio y los frutos de ellos? Tom. 1, pag. 75, §. 1.

Aunque dichos bienes no gozan del privilegio de antelacion que los dotales, tienen el de hipoteca tácita en los bienes del marido para su restitucion, cuando la muger se los entregó al marido. Tom. 1, pag. 76, §. 2.

No habiendo hecho dicha entrega no estará obligado el marido ni su heredero à abonar à la muger el valor de dichos bienes, aun cuando estos se hayan deteriorado ò consumido en la casa consintiéndolo la muger. Tom. 1, pag. 76, §. 3.

De la enagenacion de los bienes parafernales. Tom. 1, pag. 77, §. 4.

PARTICION: ¿que es, y con que objeto le introdujo? Tom. 6, pag. 67, §. 1.

¿De que cosas puede hacerse la division ó particion? Tom. 6, pag. 67, §. 2.

¿De cuantos modos puede hacerse? Tom. 6, pag. 67, §. 3.

¿Quienes pueden pedir particion? Tom. 6, pag. 71, §. 4 y 5.

Puede pedirse à instancia de los herederos presentes, aunque alguno esté ausente. Tom. 6, pag. 71, §. 6.

Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente, y se ejecuta la particion sin este ni defensor en su nombre, no vale en cuanto à él, ni le perjudica. Tom. 6, pag. 72, §. 7.

¿Que se ha de hacer si uno de los herederos presentes no posee à tiempo que el ausente viene la parte que à este cupo, por haberla vendido, ò ser de aquellas que no pueden conser-

varse mucho tiempo? Tom. 6, pag. 72, §. 8 y 9.

¿Ante que juez se ha de pedir la particion? Tom. 6, pag. 75, §. 13.

¿De que modo ha de proceder el juez en el juicio de particion? Tom. 6, pag. 75, §. 14 al 17.

¿En poder de quien han de permanecer los papeles concernientes à la herencia? Tom. 6, pag. 77, §. 18.

¿Como deberá hacerse la particion de las cosas individuas, y cuales sean estas? Tom. 6, pag. 95, §. 1 al 3.

¿Como deberá dividirse la jurisdiccion? Tom. 6, pag. 97, §. 4, 5 y 6.

¿Como deberá dividirse entre los herederos el predio enfiteutico? Tom. 6, pag. 98, §. 8 al 13.

PARTICION DE LOS GANANCIALES. Estos deben dividirse por mitad entre los dos consortes. Tom. 6, pag. 134, §. 1.

Modo de dividir entre ellos la estimacion ò el valor de los oficios de regidor, escribano y otros enagenados de la corona, que compren durante el matrimonio. Tom. 6, pag. 134, §. 2 al 4.

¿Como se ha de hacer la particion de la finca patrimonial que retrae el marido por derecho de sangre, y de la que recupera en virtud del pacto de retroventa? Tom. 6, pag. 136, §. 5.

¿Si se habrán de dividir como gananciales las cosas que los parientes del marido regalan à su muger al tiempo de casarse ò despues, ò los de esta à él? Tom. 6, pag. 137, §. 8 y 9.

Si la muger hubiere sido partícipe en la negociacion ó arrendamiento que su difunto marido hubiese contraido con alguno, dividirá con los herederos de este la porcion ó parte que le tocaba. Tom. 6, pag. 139, §. 10.

Si entre el socio y los herederos del marido difunto y su viuda se renovó tácita ó expresamente la sociedad, debe corresponder á todos los que negociaron, sea útil ò perjudicial. Tom. 6, pag. 139, §. 11.

Habiendo sido el marido arrendador de alcabalas ú otros derechos reales, ¿se comunicarán à su viuda las utilidades ò pérdidas del arrendamiento despues que aquel hubiere fallecido? Tom. 6, pag. 140, §. 12.

Si habiendo sido mercader el marido prosigue su viuda el mismo negocio ò comercio, ¿se le comunicarán las utilidades y pérdida que haya en dicho giro ó negocio? Tom. 6, pag. 140, §. 3.

¿Si muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente

continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos de aquel por mitad ó à prorata? Tom. 6, pag. 140, §. 14.

Modo de hacer la division de los gananciales entre hijos de dos ò mas matrimonios, ó entre la muger última y los de la anterior. Tom. 6, pag. 140, §. 15 al 23.

Casos en que no se comunican los gananciales à los consortes, y observaciones que debe tener presentes el contador en esta materia. Tom. 6, pag. 144, §. 24 al 28.

¿Si la muger disuelto el matrimonio podrá repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó de sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que la tocan? Tom. 6, pag. 146, §. 29.

Probando la muger ò sus herederos que el marido enagenó los gananciales con ánimo de defraudarla, ¿qué deberá hacerse? Tom. 6, pag. 147, §. 30.

¿Si donando el marido ò consumiendo los gananciales en el juego ú otros vicios, tendrá accion la muger contra sus bienes por la mitad de la parte que donó ò disipó? Tom. 6, pag. 147, §. 31 al 33.

Para la division de gananciales se ha de tener presente la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio, con tal que se hallen en el mismo pueblo los bienes que han de partirse; pues de lo contrario se ha de estar à la de aquel en que se domiciliaren. Tom. 6, pag. 149, §. 34.

Las fortalezas ò edificios que hiciere el marido en los pueblos y heredamientos de su mayorazgo, como tambien los reparos y mejoras ejecutadas en ellos, son del propio mayorazgo, y no se consideran como gananciales. Tom. 6, pag. 150, §. 1.

Las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger deben dividirse, ¿y de que modo? Tom. 6, pag. 151, §. 2 y 3.

¿Si tendrá el marido accion para repetir los gastos hechos en las fincas dotales no estimadas? Tom. 6, pag. 152, §. 4.

Si hay bienes para cubrir la dote y el capital del marido, y á mas de esto resultan por gananciales los gastos necesarios y utiles hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos. Tom. 6, pag. 153, §. 5.

Modo de dividir estas mejoras que se consideran como gananciales. Tom. 6, pag. 154, §. 6 y 7.

Mejorando el marido los bienes dotales, si muda en su tes-

tamento que sus herederos entreguen libremente á su consorte lo que llevó á su poder sin mas expresion, y hubiere ademas frutos pendientes en ellos, ¿deberán en virtud de esta cláusula entregárselos con los frutos; ò estos y las mejoras habrán de inventariarse y dividirse como gananciales? Tom. 6, pag. 155, §. 8.

Asi como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, ¿podrá practicar lo propio con los que haga en curarla de sus enfermedades, y en su funeral? Tom. 6, pag. 156, § 9 y 10.

PARTICION DE LOS FRUTOS PENDIENTES en los bienes de marido y muger disuelto el matrimonio. Estos son comunicables como gananciales; y no solo se entiende de los percibidos, sino tambien de los que al tiempo del fallecimiento del consorte estan pendientes y manifiestos. Tom. 6, pag. 159, §. 1.

Acerca de los frutos no manifiestos, ¿que distincion deberá hacerse? Tom. 6, pag. 159, §. 2.

Estando la tierra barbechada y no sembrada, cumple su dueño con dar al otro consorte la mitad de los barbechos beneficio y gastos hechos hasta entonces, y hace suyos enteramente los frutos luego que nazcan en ella. Tom. 6, pag. 160, §. 3.

¿Que se observará si los frutos fueren de rebaños ò animales libres de cualquiera de los consortes? Tom. 6, pag. 160, §. 4.

Si la muger hubiere llevado al matrimonio una finca ó mas con frutos á la vista, y muriere antes que se recojan, ¿como habrá de hacerse la division de ellos? Tom. 6, pag. 160, §. 5 al 7.

Si el marido antes de contraer matrimonio hubiere percibido frutos del predio de la esposa, aumentan estos su dote; pero si la hubiere vestido y mantenido mientras se verificaba la boda, hará suyos los frutos percibidos. Tom. 6, pag. 163, §. 8.

¿Que deberá hacerse si el marido ó la muger hubieren llevado al matrimonio ó heredado durante él alguna finca con frutos sazonados y próximos á su recoleccion? Tom. 6, pag. 163, §. 9.

Si los frutos estuviesen solo manifiestos en la finca que heredó el marido ó la muger durante el matrimonio, ¿que deberá hacerse? Tom. 6, pag. 164, §. 10.

Si la heredad, sea de marido ó muger, estuviese arrendada, y al tiempo de fallecer su dueño, ó el otro consorte tuviere frutos pendientes, sembrados y beneficiados á costa del arrendador, ¿que deberá practicarse? Tom. 6, pag. 164, §. 11.

¿Como deberá hacerse la division cuando los frutos pendientes que se han de partir son de bienes vinculados ó de mayorazgo? Tom. 6, pag. 165, §. 12 al 15.

El marido no adquiere el tesoro que encuentre en la finca dotal. Tom. 6, pag. 166, §. 16.

¿Que deberá hacerse en orden á las canteras del fundo dotal? Tom. 6, pag. 167, §. 17.

PARTICION DE LOS BIENES DEL QUE MURIÓ TESTADO ENTRE SUS DESCENDIENTES LEGITIMOS, cuando no mejoró á ninguno. Si el testador hiciere division de sus bienes, debe el juez seguir su voluntad, con tal que esta no perjudique á los hijos en su legitima. Tom. 6, pag. 196, §. 1 y 2.

No habiendo hecho el testador entre sus hijos la particion ni señalamiento de bienes, por sí ni por medio de otro, lo ha de hacer todo el juez. Tom. 6, pag. 196, §. 3.

Debe el mismo juez hacer la adjudicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero, y no dejarlas proindiviso entre todos. Tom. 6, pag. 197, §. 4.

Asi como el testador puede dividir su hacienda entre sus herederos, puede tambien prohibir á estos que la dividan; bien que esto no tendrá lugar en los casos que alli se expresan. Tom. 6, pag. 197, §. 5.

El padre puede revocar la particion que hubiere hecho entre sus hijos, si no expresó que queria fuese irrevocable. Tom. 6, pag. 197, §. 5.

Los ascendientes teniendo descendientes legítimos, no pueden disponer mas que de un quinto de sus bienes libres en vida y muerte. Tom. 6, pag. 198, §. 8.

Donando el testador un quinto á un descendiente y legando otro quinto á otro descendiente, valdrán entrambos si no dispone del tercio. Tom. 6, pag. 199, §. 10.

Lo mismo procede cuando deja un quinto por su alma ó á favor de un extraño, y otro á un descendiente legítimo. Tom. 6, pag. 199, §. 11.

Si el testador lega á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra cláusula dice despues que lega á otro hijo, nombrándole, el mismo quinto que legó al primero, no habrá dos quintos sino uno para entrambos legatarios. Tom. 6, pag. 199, §. 13.

PARTICION DE LOS BIENES DEL TESTADOR ENTRE SUS DESCENDIENTES cuando mejoró á alguno de ellos. Habiendo mejora de tercio y quinto, ¿como deberá el contador hacer la

deduccion de uno y otro? Véase esta materia en los artículos *deducciones* y *mejoras*.

Acerca de la particion de los frutos de la mejora y donacion hecha en contrato ó en última disposicion, véase el artículo frutos.

PARTICION DE LA HERENCIA ENTRE HEREDEROS EXTRAÑOS. Cuando el testador reparte su herencia entre tres, dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ò de tres; y modo de girar la cuenta. Tom. 6, pag. 397, §. 1.

Nombrando el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el tercio de todos sus bienes, y al otro en el quinto tambien de todos, sin decir cual se ha de deducir primero, ¿como habrá de hacerse la deduccion? Tom. 6, pag. 398, §. 2.

Rescision de las particiones. Presentada la particion al juez de la testamentaría, debe dar traslado de ella á los interesados, para que la consientan estando arreglada, ò expongan los agravios ó errores que contenga. Tom. 6, pag. 401, §. 1.

Causas porque se pueden impugnar y rescindir las particiones: primera, por ser hechas ante juez del todo incompetente. Tom. 6, pag. 402, §. 2.

Causa segunda. Por defecto de citacion de los interesados. Tom. 6, pag. 402, §. 3.

Causa tercera. Por razon de perjuicio ó lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, ó en la sexta parte de lo que tocó al agraviado. Tom. 6, pag. 402, §. 4.

Procede lo dicho, ya provenga la lesion de error sustancial, ignorancia ó dolo, ó por otro motivo. Tom. 6, pag. 402, §. 5.

Cuarta causa. Por lesion enormísima. Tom. 6, pag. 403, §. 6.

Cuando las particiones son nulas por derecho, deben hacerse de nuevo. Tom. 6, pag. 403, §. 7.

Siendo la lesion enormísima, aunque se aprueben por las partes la cuenta y particion, pueden retractarse siempre que se advierta el perjuicio. Tom. 6, pag. 403, §. 8.

Quinta causa. Cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar ó dividir alguna cosa de la herencia. Tom. 6, pag. 404, §. 9.

Se amplia lo dicho en el párrafo anterior, aun cuando la par-

ticion se haya hecho por árbitro, y en el compromiso se pusiese pena contra el que la impugnase. Tom. 6, pag. 404, §. 10.

Cuando las cosas no se omitieron por error ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho menos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion. Tom. 6, pag. 404, §. 11.

Si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la accion de dividir en comun, y no por la de familia; y será al contrario cuando se formalizaren extrajudicialmente. Tom. 6, pag. 404, §. 12.

Causa sexta porque puede rescindirse la particion. Cuando se hace con el que por ningun título es heredero. Tom. 6, pag. 405, §. 13.

Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por via de apelacion de la sentencia. Tom. 6, pag. 405, §. 14.

Tambien pueden deshacerse por via de restitucion *in integrum*. Tom. 6, pag. 405, §. 15.

Utilidades que resultan de este último remedio. Tom. 6, pag. 406, §. 16.

No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fue perjudicado sin intervenir fraude. Tom. 6, pag. 406, §. 17.

La particion que se hizo entre los hermanos, se puede reformar cuando se dió al uno mas de lo que se le debia, no rescindiendo la particion sino resarciendo el daño. La hecha por el padre ha de observarse aunque haya dado mas al uno que á los otros, siempre que no exceda de su legítima y mejora. Tom. 6, pag. 407, §. 18.

Los coherederos que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleito sobre validacion ó nulidad de ella recibieren sus porciones en bienes que perecieron sin su culpa, no tendrán obligacion á colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente. Tom. 6, pag. 407, §. 19.

PASQUINES, ó libelos infamatorios. Modo de proceder en la averiguacion de estos delitos. Tom. 7, pag. 304, §. 86.

PASTOS: disposiciones acerca de ellos, y su prescripcion. Tom. 1, pag. 262, §. 7.

El uso de pastos es comun á todos los vecinos. Tom. 1, pag. 263, §. 8.

¿Como se entiende concedido el derecho de pastos? Tom. 1, pag. 263, §. 9.

Providencias para la conservacion de pastos. Tom. 1, pag. 264. §. 10.

PATRIA POTESTAD: ¿que es, y de cuantas causas dimana? Tom. 1, pag. 13, §. 1.

Durante la patria potestad no puede el hijo celebrar contrato con su padre, sino en cosas pertenecientes al peculio castrense ó cuasicastrense. Tom. 1, pag. 122, § 1.

¿Por cuales causas acaba la patria potestad? Tom. 1, pag. 125, §. 1.

PATRONATO: ¿que cosa es y en que consiste este derecho? Tom. 2, pag. 76, §. 1.

Divídese el patronato en hereditario, gentilicio y mixto. Varias subdivisiones del mismo. Tom. 2, pag 77, § 2.

Otra subdivision en eclesiástico, laical y mixto. Tom. 2, pag. 77, §. 3.

El derecho de patronato es indivisible, y se adquiere originariamente de cinco modos. Tom. 2, pag. 78, §. 4.

Pueden ser patronos clérigos y legos, hombres y mugeres, adultos é impúberos. Tom. 6, pag. 78, §. 5.

Los patronos eclesiásticos tienen seis meses para presentar, y los seglares cuatro, á excepcion del patronato mixto, en que legos y eclesiásticos tienen aquel plazo. Tom. 2, pag. 79, §. 6.

El patrono eclesiástico no puede hacer mas de una presentacion en cada vacante, pero no asi el lego, pues tiene facultad de presentar varios sugetos, entre quienes elige el obispo. Tom. 2, pag. 79, §. 7.

Cuando el patrono es una corporacion deben ser convocados al acto de presentar todos sus individuos. Tom. 2, pag. 80, §. 8.

Si el derecho de presentar corresponde à varios sugetos que no forman corporacion, obtiene el beneficio el que reune mayor número de votos. Tom. 2, pag. 80, § 9.

Dada la institucion al presentado cesan las facultades del patrono. Tom. 2, pag. 81, §. 10.

Si interviene algun interes à favor del patrono es simoniaca la presentacion. Tom. 2, pag. 81, §. 11.

¿Cuando la sucesion del patronato se verifica por cabezas, y cuando por ramas? Tom. 2, pag. 81, §. 12.

¿Quienes no pueden ser patronos? Tom. 2, pag. 81, §. 13.

¿Por cuantas causas se trasfiere á otros el derecho de patronato? Tom. 2, pag. 81, §. 14.

¿Por que medios se extingue este derecho? Tom. 2, pag. 82, §. 15.

PAULIANA (accion personal:) es la que se da a los acreedores para pedir que se revoquen las enagenaciones hechas en su perjuicio por los deudores, no solo despues de pronunciada la sentencia contra estos, sino tambien antes de ella. Tom. 3, pag. 265, §. 17.

PECULIO: ¿cuantas clases hay de él y sus diferencias? Tom. 1, pag. 122, §. 2.

PENA: su definicion Tom. 7, pag. 31, § 1.

Inconvenientes de la arbitrariedad judicial en la imposicion de penas. Tom. 7, pag. 32, §. 2 al 5.

La doctrina anterior se ha de entender del arbitrio voluntario y no regulado de los jueces, á quienes es permitido consultar el espíritu de la ley. Tom. 7, pag. 34, §. 6 y 7.

Muchas leyes penales antiguas se hallan sin uso por ser excesivamente severas, ó poco conformes á las actuales costumbres. Tom. 7, pag. 36, §. 8 al 11.

No es pena en el sentido legal el mal que se padece voluntariamente ni las calamidades que natural ó directamente acontecen á los hombres. Tom. 7, pag. 39, § 12.

Hay tres clases de penas: *corporales, de infamia y pecuniarias*. Tom. 7, pag. 39, §. 13.

De las corporales: Pena capital. Tom. 7, pag. 40, §. 14.

De las penas de azotes y de vergüenza pública. Tom. 7, pag. 40, §. 15 y 16.

Pena de presidio ó arsenales. Tom. 7, pag. 41, §. 17 al 24.

Del destierro. Tom. 7, pag. 45, §. 25.

Tambien puede imponerse por pena la prision ó encierro en la carcel. Tom. 7, pag. 45, §. 26.

De las penas de infamia: ¿que se entiende por infamia? La hay de hecho y de derecho. Tom. 7, pag. 45, §. 27.

Efectos de la infamia. Tom. 7, pag. 46, §. 28.

La pena de infamia ha de ser conforme à las opiniones generalmente recibidas. Tom. 7, pag. 46, §. 29.

No se debe imponer esta pena sino á los sugetos que tengan pundonor, y sean capaces de afectarse con la nota del oprobio. Tom. 7, pag. 47, §. 30.

Debe usarse esta pena con economia, ó sin demasiada frecuencia. Tom. 7, pag. 47, § 31.

Esta pena no debe trascender à otros que al delincuente. Tom. 7, pag. 47, §. 32.

La hidalguía ò nobleza no se pierde por la infamia, si bien

quedan suspensas ò se pierden sus prerogativas. Esta privacion no trasciende á los hijos y descendientes del infamado. Tom. 7, pag. 48, §. 33.

¿Como se quita ó borra la infamia? Tom. 7, pag. 48, §. 34.

De la pena de privacion de oficio. Tom. 7, pag. 48, §. 35.

Penas pecuniarias. De la confiscacion de bienes. Observaciones del señor Lardizabal sobre este punto. Tom. 7, pag. 49, §. 36 al 40.

Las naciones septentrionales hacian mucho uso de las penas pecuniarias, aun en ciertos delitos opuestos à la seguridad pública, como el homicidio. Tom. 7, pag. 52, §. 41.

¿En que casos, y de que modo podrán ser útiles las penas pecuniarias? Tom. 7, pag. 52, §. 42.

Circunspeccion y prudencia que deben tener los jueces para la imposicion de multas. Tom. 7, pag 53, §. 43.

No debe reputarse como pena pecuniaria el resarcimiento de los daños y perjuicios que con el delito suele causarse al ofendido ó à su familia. Tom. 7, pag. 53, §. 44.

De la medida de las penas y proporcion ò analogía que deben tener con los delitos. Tom 7, pag. 54, §. 46.

Puede haber casos ó delitos en que sea preciso para reprimirlos poner penas menos análogas ó mas rigorosas de lo que corresponderia si no fuese necesario este rigor. Tom. 7, pag. 54, § 47.

De otras circunstancias que aunque nada influyen en la naturaleza del delito, y por eso se pueden llamar extrínsecas, hacen que cese la razon general de la ley, y entonces pueden moderarse ó remitirse las penas segun las circunstancias. Tom. 7, pag. 55, §. 48.

Casos en que segun el comun sentir de los intérpretes se deben acrecentar ò minorar las penas. Tom. 7, pag. 55, §. 49 y 50.

De la proporcion que deben guardar entre sí las penas. Tom. 7, pag 57, § 51 al 61.

De otros requisitos que deben tener las penas. Tom. 7, pag. 59, §. 62 al 67.

Máximas generales relativas á las penas. Tom. 7, pag. 62, §. 68.

Acerca de los delitos en particular y penas con que se castigan, véase el Prontuario incluso en dicho tomo 7, desde la página 63 à la 175, en el cual, como que está por orden alfabético, se encontrará facilmente lo que pretenda saberse sobre cada de-

lito, siendo escusado por lo mismo repetir los mismos artículos en este índice.

PERITOS: ¿como deberán hacer las declaraciones? Tom. 4, pag. 155, §. 74.

Acerca de las circunstancias que deben tener los peritos para hacer el aprecio ó valuacion de los bienes inventariados de una herencia, véase la palabra *tasacion*.

PERMUTA: ¿ que es? Tom. 2, pag. 402, §. 1.

Puede celebrarse precediendo tasacion de las cosas que se truecan, ò sin este requisito. Tom. 2, pag. 403, §. 2.

Cosas en que conviene con la venta, y otras en que se diferencia de ella. Tom. 2, pag. 403, §. 3.

El riesgo de la cosa trocada pertenece al nuevo dueño, aun cuando no haya salido del poder del antiguo. Tom. 2, pag. 403, §. 4.

Todos los que tienen aptitud para contratar, pueden hacer permutas. Tom. 2, pag. 403, §. 5.

Cuando un contratante ha entregado la cosa, y el otro no, el primero tiene accion para reclamarla, ó bien los daños y perjuicios. Tom. 2, pag. 403, §. 6.

Las causas que anulan el contrato de venta, anulan el de permuta. Tom. 2, pag. 403, §. 7.

Circunstancias que se requieren en la permuta de empleos y piezas eclesiásticas. Tom. 2, pag. 403, §. 8.

PERSONAS: del estado natural de ellas. Tom. 1, pag. 1, §. 1.

Distincion de varones y hembras. Tom. 1, pag. 3, §. 4.

Distincion nacida de las diferentes edades. Tom. 1, pag. 3, §. 5.

Clasificacion de las personas segun su estado civil. Tom. 1, pag. 7, §. 1.

De los naturales de estos reinos, y de los extrangeros. Tom. 1, pag. 7, §. 2.

Prerogativas de los naturales. Tom. 1, pag. 8, §. 3.

¿Como se pierde el derecho de naturaleza? Tom. 1, pag. 8, §. 4.

¿Que está prohibido à los extrangeros? Tom. 1, pag. 8, §. 5.

Division segunda de vecinos y transeuntes. Tom. 1, pag. 8, §. 6.

¿Que derechos corresponden à los vecinos? Tom. 1, pag. 9, §. 7.

Division tercera de nobles y plebeyos. ¿Que es nobleza, y de cuantos modos se adquiere? Tom. 1, pag. 9, §. 8.

Cuarta division en eclesiásticos y legos, ¿que se entiende por eclesiásticos, y qué por seculares ò legos? Tom. 1, pag. 10, §. 10.

Prerogativas de que gozan los eclesiásticos. Tom. 1, pag. 10. §. 11.

Ultima division de los hombres en libres ó esclavos. Tom. 1, pag. 11, §. 12.

Los hombres libres pueden ser considerados bajo la patria potestad, en tutela ò curaduría, ò del todo independientes. Tom. 1, pag. 12, § 13.

PESQUISA: ¿que es? Tom. 7, pag. 187, §. 22.

¿Cuantas clases hay de pesquisas? Tom. 7, pag. 187, §. 23.

Pesquisas generales prohibidas por nuestras leyes sin previa determinacion Real. Tom. 7, pag. 187, §. 24.

¿Quienes pueden hacer pesquisas? Tom. 7, pag. 188, §. 25.

Circunstancias que ha de tener el pesquisidor. Tom. 7, pag. 188, §. 26.

Casos en que no deben enviarse pesquisidores. Tom. 7, pag. 188, §. 27.

¿Contra quienes podrá proceder el pesquisidor? Tom. 7, pag. 188, §. 28.

Los pesquisidores no pueden suceder en el empleo al corregidor ò juez contra quien fueron comisionados hasta que pase un año por lo menos, para evitar que procedan con siniestra intencion. Tom. 7, pag. 189, §. 29.

Modo de proceder los jueces pesquisidores en el desempeño de su comision Tom. 7, pag. 189, § 31 al 37.

PLEITO HOMENAGE: ¿que es? Tom. 1, pag. 253, §. 1.

PLENARIO: es el estado segundo de la causa criminal, ó el juicio que sigue á la sumaria, y empieza de este modo. Luego que se haya recibido la confesion al reo, ó antes si el juez lo tiene por conveniente, se ha de hacer saber el estado de la causa, si es, por ejemplo, de homicidio, al marido ó muger de la persona muerta, ò á su pariente mas cercano, para que acuse, si quiere. Sino hay parte interesada, ò no comparece aun cuando la haya, nombra el juez en las causas graves un promotor fiscal. Tom. 7, pag. 359, §. 1 y 2. Véase tambien el artículo promotor fiscal.

De la acusacion se da traslado al reo, quien contesta à ella:

de esta contestacion se da tambien traslado al promotor ó acusador, y con dos escritos de cada parte se tiene la causa por conclusa, como en el juicio ordinario. En consecuencia el juez manda recibirla á prueba por un auto, en el cual señala un breve término para hacerla. Véanse los artículos *prueba y defensa de los reos*.

En todas las causas criminales en que conforme á lo que resulte del sumario no haya de imponerse al reo pena corporal infamatoria, ha de ponérsele en libertad bajo fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, ó de otras que allí se expresan. Tom. 7, pag. 365, §. 12.

La providencia con que se accede á la soltura, es ejecutiva, causa instancia, y puede apelarse por la parte agraviada. Tom. 7, pag. 365, §. 13.

Está en arbitrio del juez decretar la soltura bajo cualquiera de las fianzas indicadas en el párrafo 12. Tom 7, pag. 365, §. 14.

Causas que suelen cortarse concluido el sumario, sin pasar á ulteriores procedimientos. Tom. 7, pag. 366, §. 15.

Cuando las causas leves se cortan bajo la condenacion pecuniaria indicada en el párrafo anterior, y el reo se conforma con esta, se le hace otorgar solemne conformidad, ¿y de que modo? Tom. 7, pag. 367, §. 16.

PODER: ¿que se llama poder en derecho, y de cuantos modos puede conferirse? Tom. 2, pag. 374, § 2.

Pueden dar poder los capaces de contratar, y el hijo de familias en ciertos casos. Tom. 2, pag. 375, §. 3.

Cosas que deben especificarse en el poder, y otras que pueden comprenderse en el mismo. Tom. 2, pag. 378, §. 13.

Advertencias sobre dos cláusulas que es costumbre insertar en los poderes. Tom. 2, pag. 378, § 14.

Explicacion de la cláusula de relevacion, que tambien es frecuente poner en ellos. Tom. 2, pag. 378, §. 15.

Observaciones sobre el poder para casarse. Tom. 2, pag. 381, §. 21.

PODER PARA TESTAR ¿que es? Tom. 1, pag. 470, §. 1.

¿Quienes pueden darle? Tom. 1, pag. 470, §. 2.

Si el apoderado no testa, el causante muere intestado. Tom. 1, pag. 471, §. 3.

El comisario debe ceñirse á las facultades que le confiera el testador. Tom. 1, pag. 471, §. 4.

Sin embargo puede mejorar y sustituir á personas inciertas entre ciertas. Tom. 1, pag. 471, § 5.

No es delegable el poder para testar. Tom. 1, pag. 471, §. 6.

Si el testador no nombra heredero, ¿que puede hacer el comisario? Tom. 1, pag. 471, §. 7.

Hecho una vez el testamento, el comisario no puede alterarle. Tom. 1, pag. 472, §. 8.

Puede darse poder para concluir un testamento empezado. Tom. 1, pag. 472, §. 9.

El comisario debe concluir su comision en término perentorio. Tom. 1, pag. 472, §. 10.

Puede el testador conceder próroga del término legal. Tom. 1, pag. 473, §. 11.

Siendo varios los apoderados se hará lo que disponga la mayoría de ellos. Tom. 1, pag. 473, §. 12.

El poder para testar requiere las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo. Tom. 1, pag. 473, §. 13.

POSESION: es de dos maneras, natural y civil. Tom. 1, pag. 306, §. 17.

¿Quien es capaz de adquirir posesion? Tom. 1, pag. 307, §. 18.

¿Como se pide la posesion? Tom. 1, pag. 307, §. 19.

POSICIONES: ¿que son? Tom. 4, pag. 127, §. 15.

Pueden hacerse las posiciones por ambos litigantes. Tom. 4. pag. 128, §. 16.

¿En que se diferencian las posiciones de los artículos ó interrogaciones? Tom. 4, pag. 128, §. 17.

Puede hacer tambien las posiciones el procurador del actor ó del reo. Tom. 4, pag. 128, §. 18.

Cuando una parte presenta su interrogatorio, puede pedir por un otrosí para abreviar, que antes de procederse al examen de los testigos jure posiciones el contrario al tenor de las preguntas. Tom. 4, pag. 129, §. 19.

Siendo estas ó las posiciones confusas ó no concernientes al pleito, no está obligado el contrario á responder á ellas. Tom. 4, pag. 129, §. 20.

¿Que se deberá hacer en el caso de que el sugeto á quien se hicieren las posiciones no quiera declarar, ó responda ambigüamente? Tom 4, pag. 129, §. 21.

De la confesion ó respuesta á las posiciones de una parte, debe darse traslado al que las hizo. Tom. 4, pag. 130, §. 22.

POSITOS: origen, gobierno y administracion de ellos. Tom. 1, pag. 285, §. 1 y 2.

Objeto de los pósitos. Tom. 1, pag. 286, §. 3.

Real Cédula de 2 de julio de 1792 y reglamento inserto en ella para la buena administracion de los pósitos. Tom. 1, pag. 285, §. 4.

Del nombramiento de depositario. Tom. 1, pag. 286, §. 5.

Formalidades que deben observarse para la seguridad del dinero de los pósitos. Tom 1, pag. 285, § 6 y 7.

¿Como deberán custodiarse los granos del pósito? Tom. 1, pag. 287, §. 8.

Libros de cuenta que deben existir en el arca donde se custodia el dinero del posito. Tom. 1, pag 287, §. 9.

Los caudales y granos del pósito no deben invertirse en otros fines que los de su instituto. Tom. 1, pag. 287, §. 10.

Repartimiento de granos á los labradores. Tomo. 1, pag. 287, §. 11.

Formalidades que han de observarse para dicho repartimiento. Tom. 1, pag. 288, §. 12.

Si no bastare la tercera parte de granos que se destinan al repartimiento para la sementera, se podrá ampliar este. Tom. 1. pag. 288, §. 13.

El repartimiento se ha de pasar al corregidor ó alcalde mayor del partido. Tom. 1, pag. 288, §. 14.

Los labradores han de otorgar fianzas para el reintegro de los granos que reciban. Tom. 1, pag. 289, §. 15.

Los restantes granos que se reserven en el pósito, se han de distribuir y repartir á los labradores en los tiempos de su mayor urgencia. Tom. 1, pag. 289, §. 16.

Cumplidos los plazos señalados para el reintegro, ¿que deberá hacerse? Tom. 1, pag. 290, §. 17 y 18.

No podrá suspenderse por acuerdo de la Junta la ejecucion de los plazos cumplidos. Tom. 1, pag. 290, §. 19.

¿Que deberá hacer el depositario cumplido el tiempo de su oficio? Tom. 1, pag. 291, §. 20 al 23.

La Junta celará que el trigo repartido á los vecinos no se invierta en otra cosa que en la sementera. Tom. 1, pag. 292, §. 24.

Hecha la entrega del trigo del repartimiento y el pósito cerrado, no se volverá á abrir sino para cosas urgentes. Tom. 1, pag. 292, §. 25.

El resto de trigo ó harina que quedare existente despues de los repartimientos se ha de conservar hasta los meses mayores. Tom. 1, pag. 292, §. 26.

¿Que deberá hacerse en el caso de haber de panadear el trigo del pósito? Tom. 1, pag. 292, §. 27 al 31.

¿Que deberá hacerse si consumido el trigo que tenia el pósito en el repartimiento y panadeo, fuese necesario para continuar este y socorrer al pueblo comprar otros granos? Tom. 1, pag. 293, §. 32.

Debe escogerse el tiempo mas conveniente para la compra de granos. Tom. 1, pag. 294, §. 33.

¿Que deberá practicar la Junta en caso de ser necesario ó conveniente comprar el trigo en otro pueblo? Tom. 1, pag. 294, §. 34.

Los individuos de la Junta, escribanos y fieles de fechos percibirán el uno por ciento por la cobranza y reintegro de los pósitos. Tom. 1, pag. 295, §. 35.

Jornal que debe pagarse al medidor. Tom. 1, pag. 295, §. 36.

Para satisfacer estas asignaciones contribuirán los labradores y pegujareros con un cuartillo de celemin por cada fanega que sacaren. Tom. 1, pag. 296, §. 37.

Para el pago de sueldos de las oficinas de pósitos se mandó que todos los pósitos contribuyesen del modo que alli se expresa. Tom. 1, pag. 296, §. 38 y 39.

De los pósitos de Madrid, Valencia y otras ciudades. Tom. 1, pag. 297, §. 40.

No se apremie ni despachen ejecuciones sobre reintegro de pósitos en los meses de abril, mayo y siguientes hasta la cosecha. Tom. 1, pag. 297, §. 41.

El escribano debe tener bien custodiados todos los documentos relativos al pósito. Tom. 1, pag. 298, §. 42.

Obligaciones de los corregidores en orden al cuidado de los pósitos. Tom. 1, pag. 298, §. 43.

Reales órdenes posteriores relativas á pósitos. Tom. 1, pag. 298, §. 44.

PREGONES: deben darse para subastar los bienes ejecutados, ¿y cuándo habrá de hacerse? Tom. 5, pag. 90, §. 17.

¿Cuantos pregones deberán darse cuando el ejecutado se halle con sus bienes en otra jurisdiccion ó en pueblo diverso de aquel en que se siga el juicio? Tom. 5, pag. 91, §. 18.

¿En qué tiempo se han de dar los pregones cuando se traba la ejecucion en bienes muebles y raices? Tom. 5, pag. 92, §. 19.

Aunque el ejecutado renuncie los pregones, es preciso que se

pase su término si no le renunció tambien. Tom. 5, pag. 92, §. 20.

No deben darse los pregones cuando la ejecucion se traba en dinero que existe en poder del deudor ò está depositado en el de un tercero. Tom. 5, pag. 92, §. 21.

¿Que deberá hacerse cuando no hay pregonero en el pueblo para dar los pregones? Tom. 5, pag. 93, §. 22.

PRENDA. Orden que debe guardar el acreedor de prenda particular para pedirla cuando no le ha sido entregada. Tom. 2, pag. 457, §. 12.

Casos en que el acreedor puede vender la prenda, y en qué términos debe conducirse para verificarlo. Tom. 2, pag. 457, §. 13.

Otro caso en que puede vender la prenda el acreedor, aunque en el contrato se haya expresado que no puede enagenarla. Tom. 2, pag. 458, §. 14.

PRESCRIPCION: Es el derecho que nace de la posesion no interrumpida de una cosa por el tiempo que las leyes prefijan, ó mas bien es una excepcion perentoria por la cual el poseedor de buena fe puede repeler despues del tiempo prevenido por derecho, al que pretende el dominio de la cosa que se dice ser suya, y de que está mucho tiempo hace desposeido. ¿Por que se introdujo la prescripcion? Tom. 1, pag. 305, §. 13.

Circunstancias necesarias para que tenga lugar la prescripcion. Tom. 1, pag. 306, §. 14, 15 y 16.

¿Cuanto tiempo deben poseerse las cosas para prescribirlas? Tom. 1, pag. 307, §. 21.

¿Que cosas no pueden prescribirse? Tom. 1, pag. 309, §. 26.

Personas contra quienes no corre la prescripcion. Tom. 1, pag. 309, §. 27.

Prescripcion de las acciones. El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por diez años: la accion personal y la sentencia ejecutoria dada sobre ella, por veinte años. Si acompañare hipoteca á la obligacion, ó esta fuere mixta de personal y real, se necesitan treinta años para prescribir la deuda. Tom. 1, pag. 308, §. 24.

¿De qué modo dura ó se perpetúa hasta cuarenta años la accion ejecutiva? Tom. 5, pag. 132, §. 35.

Acciones que se prescriben en tres años, ¿y cuáles son? Tom. 1, pag. 308, §. 25.

De la prescripcion de los delitos. Tom. 7, pag. 26, §. 38.

PRESIDIO. Véase el artículo pena.

PRÉSTAMO, es un contrato por el cual un sugeto entrega á otro gratuitamente alguna cosa para que se sirva de ella. Tom. 2, pag. 464, §. 1.

Divídese en *mutuo y comodato*. Véanse estos artículos.

¿Quienes pueden dar y recibir préstamos ó empréstitos de una y otra clase? Tom. 2, pag. 467, §. 7.

A las iglesias, reyes y otros individuos y corporaciones se les puede dar préstamos mutuos; pero solo en ciertos casos se puede reclamar de los mismos lo que recibieron. Tom. 2, pag. 467, §. 8.

Los hijos de familia que estan bajo la patria potestad, no pueden tomar prestado sin autorizacion de su padre, pena de perder el mutuante lo que les diere. Excepcion de esta regla general. Tom. 2, pag. 468, §. 9.

Tampoco se puede prestar á los estudiantes sin anuencia del que los tiene á su cargo. Tom. 2, pag. 469, §. 10.

Se prohibe á los mercaderes prestar cantidad alguna en mercaderías, con pena de suspension de oficio al escribano que autorice el contrato. Tom. 2, pag. 468, §. 10.

PRESUNCION: es una especie de prueba judicial: ¿cuantas son sus especies, y qué fuerza tiene cada una de ellas? Tom. 4, pag. 174, §. 104.

PRISION. Indicios, presunciones ó pruebas de criminalidad que son necesarias para decretar la prision. Tom. 7, pag. 319, §. 2 al 4.

Solo el Soberano, ó los jueces que le representan, pueden mandar prender á los delincuentes. Tom. 7, pag. 321, §. 5.

El juez inferior puede en fragante delito prender al delincuente sobre quien no tiene jurisdiccion, y remitirle á su juez. Tom. 7, pag. 321, §. 6.

Por la gravedad de ciertos delitos y fatales consecuencias que pudieran seguirse de su impunidad, da la ley facultad á toda persona para que sin mandato del juez puedan prender á los agresores. Tom. 7, pag. 322, §. 7.

Fuera de los casos referidos, para que sea legítima la prision ha de preceder mandamiento por escrito del juez, expresando el sugeto ó sugetos que han de ser presos. Tom. 7, pag. 322, §. 8.

Por delitos que no merezcan pena corporal ó aflictiva, no se ha de prender al reo, siempre que dé fiador llano y abonado que se obligue á presentarle, estar á juicio y pagar lo que se de-

termine en la sentencia. Tom. 7, pag. 322, §. 9.

¿Que deberá hacerse para prender al delincuente que está en ageno territorio? Tom. 7, pag. 322, §. 10.

Los jueces eclesiásticos no pueden, bajo pena de extrañamiento del reino, arrestar á legos sin implorar el auxilio de los jueces seculares. Tom. 7, pag. 323. §. 11.

No se puede proceder al arresto de regente ni ministro alguno de las chancillerías y audiencias, ni tampoco al de ningun gefe ó cabeza de distrito, sin noticia y aprobacion de S. M. Tom. 7, pag. 324, §. 12.

Los alcaldes ordinarios pueden ser presos por disposicion de las Salas civiles ó criminales, y demas legítimos superiores suyos. Tom. 7, pag. 324, §. 13.

Modo con que debe tratarse á los reos en su captura, y conduccion à la carcel. Tom. 7, pag. 324, §. 14 y 15.

¿Por qué se introdujo la práctica de quitar la comunicacion al reo durante algun tiempo? Tom. 7, pag. 325, §. 16.

Modo de pensar de los señores Villanova y Vizcaino acerca de los encierros ó calabozos en que suele ponerse á los reos incomunicados. Tom. 7, pag. 325, §. 17 y 18.

Humanidad con que deben ser tratados los presos en las cárceles, y cuidados que de ellas deben hacer los jueces. Tom. 7, pag. 325, §. 19 al 27.

No solo ha de ser preso el reo principal, sino tambien los cómplices ó aquellos de quienes se presume con fundamento que han tenido parte en la perpetracion del delito. Tom. 7, pag. 330, §. 28.

Práctica que se ha introducido de asegurar la persona de alguno, teniéndole en calidad de detenido en la carcel, cuando se duda si debe ser ó no preso hasta ver si resultan mayores indicios ó pruebas contra él. Tom. 7, pag. 331, §. 29.

Se puede apelar aun despues de pasado el término ordinario de la apelacion, de un arresto ó prision injusta. Tom. 7, pag. 331, §. 30.

Necesitándose para hacer una prision el auxilio de la tropa, debe acudirse en solicitud de ella á los gefes de las provincias ó cabezas de partido. Tom. 7, pag. 331, §. 31.

Para facilitar la prision de los reos atroces, pueden las justicias ofrecer premios al que indique su paradero, ó proporcione medios para su captura. Tom. 7, pag. 332, §. 32.

El delincuente que aprisiona y presenta á la justicia algun la-

dron famoso ó salteador de caminos, consigue el perdon de su delito. Tom. 7, pag. 332, §. 33.

La justicia ó sus ministros pueden lícitamente valerse de trazas ó estratagemas para facilitar la captura de los reos. Tom. 7, pag. 332, §. 34.

Si persiguiendo el juez ó sus ministros algun delincuente que trata de escaparse, especialmente en el caso de estar apercibido por ellos á que se rinda, ¿podrán lícitamente herirle ó matarle? Tom. 7, pag. 332, §. 35.

Obligacion que tienen todos de auxiliar á la justicia, cuando esta pida favor para asegurar á algun delincuente. Tom. 7, pag. 333, §. 36.

PRIVACION DE OFICIO: Véase el artículo *pena*.

PRIVILEGIOS: una de las especies de prueba judicial: ¿que es privilegio? Tom. 4, pag. 164, §. 90.

Division de los privilegios en afirmativos y negativos. Tom. 4, pag. 165, §. 91.

¿De cuántos modos se puede adquirir el privilegio? Tom. 4, pag. 166, §. 92.

De la interpretacion de los privilegios. Tom. 4, pag. 166, §. 93.

De la confirmacion de los mismos. Tom. 4, pag. 167, §. 94.

No goza del privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, sino en ciertos casos que allí se expresan. Tom. 4, pag. 168, §. 95.

Modos de cesar ó extinguirse los privilegios. Tom. 4, pag. 168, §. 96 al 99.

Los privilegios se despachan en el dia por el Real y Supremo Consejo de la Cámara, en virtud del Real Decreto de concesion de la gracia que precede. Tom. 4, pag. 172, §. 100.

Requisitos que debe contener el privilegio para que haga fe en juicio. Tom. 4, pag. 172, §. 101.

PROCESOS INFORMATIVOS, que suelen formar los jueces seculares por excesos de los eclesiásticos, cuando estos no quedan desaforados, ni son reprimidos por sus superiores inmediatos. Tom. 7, pag. 222, §. 37.

Auto de proceso informativo contra un clérigo: ¿cómo y cuándo debe proveerle el juez secular? Tom. 7, pag. 328. Apéndice.

PROCURADORES. Diferencia entre la procuracion y el mandato. Tom. 2, pag. 374, §. 1.

La muger casada no puede nombrar apoderado sin licencia de su marido. Los religiosos profesos, ¿cuándo podrán nombrarle? Tom. 2, pag. 376, §. 6.

¿Quienes estan imposibilitados de ser procuradores de otro? Tom. 2, pag. 376, §. 7.

Los religiosos solo pueden serlo en pleitos de su orden, y los clérigos en los del Rey, ó de su iglesia ó prelado. Tom. 2, pag. 376, §. 8.

El menor no puede comparecer en juicio á nombre de otro hasta que haya cumplido diez y siete años. Tom. 2, pag. 377, §. 9.

¿Quienes pueden presentarse en juicio por otro sin poder del interesado? Tom. 2, pag. 377, §. 10.

El apoderado para pleitos no puede nombrar sustituto sin haber contestado la demanda, á menos de autorizarle á ello los poderes. Tom. 2, pag. 377, §. 11.

Ningun sustituto está facultado para nombrar otro si el poder no lo previene expresamente. Tom. 2, pag. 377, §. 12.

¿De qué modos fenece la procuracion? Tom. 2, pag. 379, §. 16 al 18.

El procurador debe dar cuentas á su principal de las cantidades recibidas, y satisfacer los perjuicios que hubieren irrogado á este su culpa ó negligencia. Tom. 2, pag. 381, §. 19.

Conciertos prohibidos al procurador y abogado con las personas que defienden. Tom. 2, pag. 381, §. 20.

Requisitos necesarios en los que hayan de ser procuradores de los Consejos, chancillerías y audiencias. Tom. 2, pag. 381, §. 23.

No puede ser procurador el padre, hijo, hermano ni cuñado del escribano ante quien penda el pleito. Tom. 2, pag. 382, §. 24.

No pueden los procuradores presentar pedimento sin poder dado por bastante, ni peticion firmada por abogado que no lo sea de la chancillería y audiencia ante la cual se ventile el pleito. Tom. 2, pag. 382, §. 25.

¿Que deberán hacer los procuradores siempre que pidan en el Consejo sobrecarta de alguna provision? Tom. 2, pag. 382, §. 26.

Aunque las obligaciones referidas se han prescrito por las leyes con respecto á los procuradores de los tribunales supremos: sin embargo como son tan justas y razonables, pueden extender-

se á los de todos los tribunales. Tom. 2, pag. 382, §. 27.

Otra observacion relativa á los procuradores del Consejo. Tom. 2, pag. 383, §. 28.

Secreto y fidelidad que deben guardar los procuradores. Tom. 2, pag. 382, §. 28.

PROMESA: su definicion. Tom. 2, pag. 407, §. 2.

Puede ser pura, condicional, á dia cierto y mixta. Tom. 2, pag. 407, §. 3.

La condicional de pretérito se verifica sabida la certeza del hecho. Las promesas y condiciones imposibles ó injustas anulan el contrato. Tom. 2, pag. 407, §. 4.

La promesa vale entre presentes y ausentes. Tom. 2, pag. 408, §. 5.

Es nula si no se hace libre y espontáneamente. Tom. 2, pag. 408, §. 6.

¿Quienes no pueden obligarse por medio de promesas? Tom. 2, pag. 408, §. 7.

PROMOTOR FISCAL: ¿quien podrá serlo? Tom. 7, pag. 363, §. 5.

No siendo letrado el promotor electo se provee él mismo á su satisfaccion de abogado fiscal; y en caso de que este no quiera aceptar, ¿que deberá hacerse? Tom. 7, pag. 363, §. 6.

El nombramiento del promotor se hace en virtud de providencia judicial acordada por asesor siendo el juez lego, aunque sin esta circunstancia tambien será válido. Tom. 7, pag. 363. §. 7.

Varios privilegios de que goza el promotor. Tom. 7, pag. 363, §. 8.

PROPIOS Y ARBITRIOS de los pueblos: ¿que son? Tom. 1, pag. 271, §. 1.

¿A cargo de quién está este ramo? Tom. 1, pag. 271, §. 2.

Cargos que abraza la administracion de propios. Tom. 1, pag. 272, §. 3.

Repartimiento de pastos y tierras concegiles. Tom. 1, pag. 272, §. 4, 5, 6 y 7.

Obligacion que tienen las juntas de propios de cuidar que se aumente el producto de estos. Tom. 1, pag. 274, §. 8.

Inversion de fondos. Tom. 1, pag. 275, §. 9 y 10.

Imposicion de censos, é inversion del sobrante de propios. Tom. 1, pag. 276, §. 11.

Dos por ciento que ha de sacarse del producto de propios pa-

ra el pago de sueldos. Tom. 1, pag. 277, §. 12.

Formacion de cuentas. Tom. 1, pag. 277, §. 13 al 16.

¿A que está limitada la jurisdiccion de los intendentes sobre propios? Tom. 1, pag. 280, §. 17.

Los jueces y escribanos han de actuar de oficio en todo lo relativo á propios. Tom. 1, pag. 280, §. 18.

En la accion de réditos de censos pertenecientes á las iglesias contra seculares, toca á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de las ejecuciones. Tom. 1, pag 281, §. 19.

Real Cédula de 21 de octubre de 1812, sobre enagenaciones de fincas de propios. Tom. 1, pag. 281, §. 20 y siguientes.

Otras reales órdenes relativas á propios. Tom. 1, pag. 283.

PROTESTA en los contratos ú obligaciones: es la declaracion espontánea que hace alguno con el fin de adquirir ó conservar algun derecho, ó precaver el daño que pueda sobrevenirle. Tom. 2, pag. 642, §. 1.

La protesta puede hacerse sin escritura; pero conviene que se otorgue segun práctica. Tom. 2, pag. 642, §. 2.

La protesta debe preceder al contrato sobre que recae. Tom. 2, pag. 643, §. 3.

Las protestas pueden ser tantas como los actos que se intenta anular por medio de ellas. Tom. 2, pag. 643, §. 4.

PROVISIONES AUXILIATORIAS que libran el Consejo y tribunales superiores del reino á las justicias inferiores para la ejecucion de sus autos, providencias y exhortos requisitorios. Práctica que en esto se observa. Tom. 5, pag. 235, Adicion.

PRUEBA JUDICIAL. Conclusos los autos, debe el juez recibirlos á prueba en el término de seis dias siguientes al de la conclusion. Tom. 4, pag. 120, §. 1.

Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleito en presencia de todos, ó en rebeldía. Tom. 4, pag. 121, §. 2.

El juez segun los méritos del proceso y calidad del negocio, puede determinarle definitivamente sin recibirle á prueba, cuando no hay sobre que recaiga esta. Tom. 4, pag. 121, §. 3.

¿Que es prueba, y de cuántas clases? Tom. 4, pag. 122, §. 4.

Otra division de la prueba segun el modo de hacerla. Tom. 4, pag. 122, §. 5.

La prueba incumbe regularmente al actor y no al reo, excepto en ciertos casos. Tom. 4, pag. 122, §. 6.

Aclaracion de la doctrina sentada en el párrafo anterior. Tom. 4, pag. 125, §. 7 al 9.

La prueba en las causas civiles puede hacerse por bohó medios, que son: confesion de parte; juramento decisorio; testigos; instrumentos, privilegios y libros de cuentas; vista ocular ó evidencia; presunciones; ley ó fuero. Véanse estos artículos.

De la prueba plena y semiplena en el juicio criminal. Tom. 4, pag. 370, §. 2.

Todas las pruebas, sean plenas ó semiplenas que se hacen en el juicio criminal, pueden reducirse á las cinco especies que allí se expresan. Tom. 7, pag. 3.0, §. 3.

Término ordinario que la ley concede para probar en las causas civiles. Tom. 4, pag. 181, §. 3.

Requisitos necesarios para que se conceda el término ultramarino ó extraordinario. Tom. 4, pag. 181, §. 4.

¿Que término se podrá pedir cuando el hecho que se intenta probar haya acaecido en América, ó en otros parages remotos? Tom. 4, pag. 182, §. 5.

Los jueces no tienen precision de recibir de una vez los autos á prueba por todo el término legal. ¿Como deberán las partes pedir la próroga del que se les hubiere dado? Tom. 4, pag. 182, §. 6 y 7.

El término probatorio es comun á entrambas partes; y ¿cuando empieza á correr? Tom. 4, pag. 184, §. 8.

¿Desde cuando se cuenta el tiempo de la próroga? Tom. 4, pag. 184, §. 9.

Siendo feriados todos ó la mayor parte de los dias, corre tambien el término, por que es continuo. Tom. 4, pag. 185, §. 10.

Los jueces reciben á veces los autos á prueba *por via de justificacion* con término limitado. Tom. 4, pag. 186, §. 11.

Recibida la causa a prueba, han de tomar las partes por su orden los autos para formar sus respectivos interrogatorios. Tom. 4, pag. 186, §. 12.

Orden regular de tomar los autos siguiendo el del juicio. Tom. 4, pag. 187, §. 13.

¿En que tiempo han de ser examinados los testigos? Tom. 4, pag. 14, §. 15.

Mientras dura el término probatorio ninguna cosa se puede hacer mas que la prueba. Suspension del término de esta. Tom. 4 pag. 192, §. 19.

¿Desde cuando se empieza dicha suspension? Tom. 4, pag. 193, §. 20.

Si en los dias en que se señalaron y mediaron antes de notificarse la suspension, se juramentaron algunos testigos, pueden ser examinados durante ella. Tom. 4, pag. 193, §. 21.

¿Que auto deberá dar el juez cuando defiere á la peticion que hace una de las partes solicitando la suspension del término probatorio? Tom. 4, pag. 194, §. 22.

PUBLICACION DE PROBANZAS. Pasado el término por que se recibió la causa á prueba, y no siendo menores ó privilegiados los litigantes, está prohibido regularmente hablando, admitir testigos en primera instancia; y lo que debe practicarse es, pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron. Tom. 4, pag. 196. § 1.

No habiendo hecho probanzas las partes, y espirado que haya el término concedido, pueden concluir para definitiva, ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho. Tom. 4, pag. 196, §. 2.

De la pretension de publicacion de probanzas ha de comunicarse traslado á la otra parte, ¿y para que fin? Tom. 4, pag. 197, §. 3.

¿Para que sirve la publicacion? Tom. 4, pag. 197, §. 4.

Debe hacer la publicacion de las declaraciones de los testigos el juez originario del pleito, y no el delegado. Tom. 4, pag. 197, §. 5.

QUE

QUERELLA. Llámase comunmente asi la primera peticion ó escrito en que el agraviado refiere el delito con todas sus circunstancias, nombra al delincuente pidiendo que se le impongan las debidas penas; y al efecto solicita que se le admita información sumaria sobre lo expuesto, y que hecha la suficiente, se mande prender al reo, y embargar sus bienes. Tom. 7, pag. 178, §. 2.

¿Que se ha de expresar en la querella? Tom. 7, pag. 178, §. 3.

QUITA DE ACREEDORES. Véase *remision de deudas*.

REBELDIA: ¿de cuantos modos se comete? Tom. 4, pag. 71, §. 24.

¿Cuantas especies hay de ella? Tom. 4, pag. 71, §. 25.

Diferencia entre la contumacia ó rebeldía verdadera y la fingida ó presunta. Tom. 4, pag. 72, §. 26.

Si el citado tuviere algun justo motivo para no comparecer y lo probare, no incurrirá en rebeldía. Tom. 4, pag. 72, §. 27.

¿De que modo podrá proceder el juez contra el verdadero contumaz? Tom. 4, pag. 72, §. 28.

¿A que puede ser compelido el actor si fuere contumaz? Tom. 4, pag. 72, §. 29.

En caso de ser contumaz el reo, ¿que medios conceden las leyes al actor para conseguir su pretension? Tom. 4, pag. 73, §. 30.

RECONVENCION: ¿que es? Tom. 4, pag. 102, §. 1.

¿Quien puede hacerla? Tom. 4, pag. 102, §. 2.

No es permitida al reo cuando el actor le demanda en nombre de otro. Tom. 4, pag. 102, §. 3.

¿En que se diferencia de la compensacion? Tom. 4, pag. 103, §. 4.

Efectos de la reconvencion. Tom. 4, pag. 104, §. 5 al 7.

No puede escusarse el actor de responder ante el juez de la demanda à la reconvencion del reo en los casos en que esta se admite. Tom. 4, pag. 105, §. 8.

El clérigo que como actor demanda al lego ante su juez, debe ante el mismo responder à la reconvencion del lego. Tom. 4, pag. 105, §. 9.

Excepciones de la doctrina del párrafo anterior. Tom. 4, pag. 105, §. 10.

Debe hacerse la reconvencion dentro de los veinte dias que se conceden para proponer las excepciones perentorias. Tom. 4, pag. 106, §. 11.

Debe comunicarse al reo traslado de la réplica que hiciere el actor à su reconvencion. Tom. 4, pag. 106, §. 12.

Con dos escritos de cada parte tiene la ley por concluso el pleito, y el juez no debe admitir otro alguno. Tom. 4, pag. 107, §. 13.

Si el actor en vez de responder al traslado que de la reconvencion se le comunica, concluyere llanamente, se entiende haber respondido à ella. Tom. 4, pag. 108, §. 14.

Puede hacerse la reconvencion ante cualquier juez, no habiendo expresa prohibicion legal. Tom. 4, pag. 108, §. 15.

Tambien tiene lugar la reconvencion ante los jueces particulares que tienen algunas personas. Tom. 4, pag. 108, §. 16.

Casos en que no tendrá lugar la reconvencion ante el juez prorogado. Tom. 4, pag. 108, §. 17.

No puede ser reconvenido el actor ante el arbitrador, pero sí ante el árbitro de derecho. Tom. 4, pag. 109, §. 18.

La reconvencion no tiene lugar ante el juez de apelacion. Tom. 4, pag. 109, §. 19.

Casos en que podrá el juez nombrado para conocer de cierta especie de causas, entender en la reconvencion sobre otras de diverso especie. Tom. 4, pag. 109, § 20.

Tiene lugar la reconvencion en cualquiera causa en que no haya prohibicion especial. Tom. 4, pag. 110, §. 21.

¿Si será admisible la reconvencion en las causas ejecutivas? Tom. 4, pag. 110, §. 22.

¿Cuando tendrá lugar la reconvencion en las causas sumarias? Tom. 4, pag. 111, §. 23.

¿Como será admisible la reconvencion en las causas criminales? Tom. 4, pag. 111, § 24.

De la reconvencion en las causas posesorias. Tom. 4, pag. 112, §. 25.

¿Como tendrá lugar la reconvencion en los casos de despojo? Tom. 4, pag. 112, § 26 al 30.

¿Que deberá hacerse si litigando dos, el actor sobre el remedio posesorio de recuperar, y el reo sobre el petitorio, saliese un tercero pretendiendo tambien por el petitorio la misma cosa? Tom. 4, pag. 114, §. 31.

RECURSOS DE COMPETENCIA. Origen de las competencias que suelen suscitarse entre los jueces. Tom. 7, pag. 259, §. 1.

Cuando un juez usurpa la jurisdiccion de otro, entrometiendose á conocer de una causa que no le corresponde, puede impedirse esta usurpacion de dos modos: uno es la *declinatoria* de jurisdiccion: el otro se llama *formacion de contienda de competencia*. Tom. 7, pag. 259, §. 2.

Se explican dos leyes de la Novísima Recopilacion relativas al modo de decidir las competencias entre diversas jurisdicciones. Tom. 7, pag. 260, §. 3 y 4.

Modo de proceder para formar la contienda de competencias. Tom. 7, pag. 261, §. 5 y 6.

¿Como se deciden las competencias que ocurren entre dos jueces eclesiásticos ordinarios? Tom. 7, pag. 262, §. 7.

¿Como se deciden entre dos jueces eclesiásticos delegados? Tom. 7, pag. 262, §. 8.

Decision de competencias entre sala y sala de un tribunal superior. Tom. 7, pag. 262, §. 9.

Lo que debe practicarse cuando la contienda versa entre dos jueces, uno de los cuales es superior y otro inferior. Tom. 7, pag. 263, §. 10.

¿Que deberá hacerse cuando es la contienda entre la jurisdiccion ordinaria y otra de las privilegiadas, ó bien entre estas? Tom. 7, pag. 263, §. 11.

¿Como se decide en Aragon, Valencia é Islas baleares la competencia entre la jurisdiccion eclesiástica y la civil? Tom. 7, pag. 264, §. 12.

¿Como se decide la que ocurre entre juez ordinario y conservador? Tom. 7, pag. 264, §. 13.

Decision de competencias entre los tribunales de la renta de correos, ó de ellos con otros distintos. Tom. 7, pag. 264, §. 14.

¿En que casos no puede formarse competencia? Tom. 7, pag. 264, §. 15 y 16.

De la remesa de autos y reos que pide el juez requirente al requerido. Tom. 7, pag. 265, §. 17.

Ademas de los referidos casos de competencia, hay otros en que debe hacerse la remesa. Tom. 7, pag. 265, §. 18 y 19.

Por el contrario son muchos los casos en que los jueces pueden resistirse con justo título á hacer dicha remesa. Tom. 7, pag. 266, §. 20.

Reglas que deben tenerse presentes en orden á las remesas que se piden por jueces de distintas provincias ó reinos. Tom. 7, pag. 268, §. 21.

¿Por cuenta de quien debe ser la conduccion de los delincuentes y sus procesos? Tom. 7, pag. 267, §. 22.

El juez á cuyo cargo está el hacer la remesa, no ha de enviar al reo de justicia en justicia, sino que lo ha de ejecutar por medio de sus ministros. Tom. 7, pag. 267, §. 23.

La entrega de autos y reos ha de hacerse mediante requisitoria. Tom. 7, pag. 267, §. 24.

¿A quien ha de dirigirse la requisitoria, y que ha de contener esta? Tom. 7, pag. 268, §. 25.

RECURSOS EXTRAORDINARIOS à la Real Persona: ¿cuales son? Tom. 9, pag. 235, §. 1.

¿En que se diferencian de los recursos de fuerza? Tom. 9, pag. 235, §. 2.

El recurso extraordinario no tiene lugar contra las sentencias puramente interlocutorias, sino solo contra las definitivas, ó las interlocutorias con fuerza de tales. Tom. 9, pag. 236, §. 3.

Es de tal eficacia el recurso extraordinario, que los jueces de él han de decidir el asunto como se hace por el remedio de la apelacion, sin entrometerse à examinar y juzgar de la justicia ó injusticia de la gracia. Tom. 9, pag. 236, §. 4.

El beneficio de este recurso no se refunde solo en el que le intenta, sino que tambien trasciende à sus colitigantes. Tom. 9, pag. 236, §. 5.

Estos recursos, à diferencia de los ordinarios, no tienen tiempo prefijado para introducirse. Tom. 9, pag. 236, §. 6.

De las personas que pueden introducir estos recursos. Tom. 9, pag. 237, §. 7 al 11.

De las personas à quienes por lo comun se deniega esta gracia. Tom. 9, pag. 238, §. 12 al 15.

Causas justas para conceder la gracia del recurso extraordinario; à saber: la opresion, la fuerza, la injusticia notoria, ú otros motivos semejantes. Tom. 9, pag. 240, §. 16 al 19.

Supuesta la causa justa, el Rey, ó bien avoca à sí el proceso para informarse por sí mismo del mérito de los autos; ò manda S. M. que le informe el tribunal donde se halla radicado, oyendo antes de expedir la Real gracia su dictamen. Tom. 9, pag. 241, §. 20.

En nuestra legislacion no se halla cuota establecida para que puedan tener ó no lugar los recursos extraordinarios al Soberano; y asi es que esto se regula al arbitrio de S. M., teniendo en consideracion asi el bien público, como las circunstancias de las personas, y del caso que es objeto de la contienda. Tom. 9, pag. 241, §. 21.

Para la concesion de un recurso extraordinario no se ha de atender solo al valor que tiene la cosa al tiempo de introducirse la accion, sino tambien al que puede sobrevenir cuando se pronuncie la sentencia. Tom. 9, pag. 242, §. 23.

Trámites que se observan en estos recursos extraordinarios hasta su decision. Tom. 9, pag. 244, §. 1 al 15.

De los juicios y otros casos no contenciosos en que tiene lu-

gar el recurso extraordinario. Primeramente no solo se verifica en los juicios civiles ordinarios de alguna entidad, sino tambien en los sumarios. Tom. 9, pag. 255, §. 1 al 8.

El recurso extraordinario en el juicio sumario posesorio de tenuta. S. M. puede dispensar en cuanto al término que prescribe la ley para intentar la accion de tenuta. Tom. 9, pag. 258, §. 9.

Esta dispensa fundada en la soberana autoridad de los Monarcas es extensiva á todo término fatal de cuantos prescriben las leyes. Tom. 9, pag. 259, §. 10.

Tambien puede el Soberano mandar que vuelvan á verse por el Consejo los juicios de tenuta ya determinados por aquel supremo tribunal. Tom. 9, pag. 259.

Recursos extraordinarios en los juicios ejecutivos. El Rey puede con justa y grave causa calificar de ejecutivo un instrumento que por la ley general de las ejecuciones no lo seria. Tom. 9. pag. 261, § 3.

Puede tambien S. M. prorogar en virtud de recurso extraordinario los diez dias del término encargado. Tom. 9, pag. 261, §. 4.

Igualmente puede el Rey mandar que se vuelva á abrir el juicio ejecutivo ejecutoriado en el Consejo y tribunales de las provincias. Tom. 9, pag. 262, §. 5 al 9.

Recursos extraordinarios en los juicios criminales. En nuestras historias hay ejemplares de haber el Rey sentenciado muchos procesos sobre crimenes de traicion y otros atrocísimos. Tom. 9, pag. 265, §. 3.

Razon por que deben admitirse los recursos extraordinarios en las causas criminales. Tom. 9, pag. 266, §. 4.

El Rey ha tenido á bien mandar, unas veces que se abrevien los términos; otras que se prorogúen; otras que se suspenda el curso de alguna causa hasta nueva resolucion; otras que se corte el proceso en cualquiera estado de él &c. Tom. 9, pag. 266, §. 5.

En la chancillería de Granada se ha practicado diferentes veces, en virtud de Reales decretos, hacerse las revisiones extraordinarias en las causas criminales con las dos salas del crimen y asistencia del señor presidente. Tom. 9, pag. 266, §. 6.

Ejemplares que se han visto en la misma chancilleria de haber S. M. conmutado las penas despues de ejecutoriadas las causas. Tom. 9, pag. 267, §. 7.

Otro ejemplar por el que se evidencia que el Rey puede confiar la revision extraordinaria de los procesos criminales ejecuto-

cudos, que despues de mucho tiempo, á otro tribunal distinto de aquel que los juzgó. Tom. 9, pag. 267, §. 8.

Recursos extraordinarios en los juicios eclesiásticos. Se refieren varios ejemplares de la proteccion soberana que los Reyes dispensan al clero siempre que la implora. Tom. 9, pag. 268, §. 1 al 14.

Despues de decididos los recursos de fuerza tiene lugar el extraordinario á la Real Persona, para que vuelva á verse el proceso de fuerza en la chancillería, audiencia, ó en el Consejo adonde se remita. Tom. 9, pag. 277, §. 15 al 17.

Recursos extraordinarios sobre la conmutacion ó derogacion de las últimas voluntades, y anulacion ó modificacion de los contratos. Los Príncipes pueden conmutar las últimas voluntades, no dirigiéndose estas al culto sagrado, ó á otro objeto espiritual. Tom. 9, pag. 282, § 7.

Está mandado que las conmutaciones de unas cargas espirituales con otras se hagan con la autoridad ordinaria de los prelados eclesiásticos. Tom. 9, pag. 283, §. 9.

Justas causas que deben intervenir para la conmutacion de últimas voluntades. Tom. 9, pag. 284, §. 13 al 20.

La gracia de conmutacion se expide por S. M. á consulta de la Cámara, tomando antes un conocimiento instructivo y sumario de las causas de ella. Tom. 9, pag. 286, §. 21.

En las preces de conmutacion de última voluntad deben manifestarse al Soberano todos los vínculos é impedimentos de esta. Tom. 9, pag. 286, §. 22.

El conocimiento sumario que precede á las reales gracias de conmutacion de voluntades, se reduce á un exámen escrupuloso de la disposicion testamentaria, y de las causas que se suponen justas para su dispensacion. Tom. 9, pag. 287, § 24.

De la derogacion de las últimas voluntades. Tom. 9, pag. 287, §. 25.

De los recursos para anular ó modificar los contratos. Tom. 9, pag. 287, §. 26 al 28.

Recursos extraordinarios para derogar, alterar ó mudar los mayorazgos y sus llamamientos; enagenar los bienes de ellos, imponer censos, y consignar alimentos sobre los mismos. Facultades supremas que tienen los Príncipes en orden á estos puntos. Tom. 9, pag. 292, §. 1 al 13.

Los Soberanos no acceden á la solicitud de enagenacion de bienes de mayorazgo, á menos que intervenga justa causa para ello. Tom. 9, pag. 295, §. 14.

En las preces al Rey para obtener la facultad de enagenar, debe hacerse particular expresion de la voluntad del testador. Tom. 9, pag. 295, §. 15.

Cuando se expide la Real facultad de enagenacion para bien de la misma corona, se verifica la concesion prestando los Soberanos á los poseedores de mayorazgos el buen cambio para que se subrogue en la propia vinculacion. Tom. 9, pag. 296, §. 16.

En las enagenaciones de que vamos tratando, suelen ser diversas las Reales facultades que se conceden, segun la mayor ó menor extension de ellas. Tom. 9, pag. 295, §. 17.

Los sucesores del poseedor de un mayorazgo tienen derecho para anular las enagenaciones defectuosamente hechas, por el mismo orden con que se admiten al goce de la vinculacion. Tom. 9, pag. 296, §. 18.

De los recursos extraordinarios que tienen por objeto la imposicion de censos sobre bienes de mayorazgo. ¿En que terminos podrá verificarse esta? Tom. 9, pag. 295, §. 19.

Para impetrar Real facultad con el objeto de imponer dichos censos, debe intervenir justa causa. Tom. 9, pag. 296, §. 20.

Hecho el recurso extraordinario en solicitud de la Real facultad, es indispensable citar al inmediato poseedor del mayorazgo, de cuyo perjuicio se trata en la enagenacion o gravamen de los bienes sujetos á restitucion. Tom. 9, pag. 297, §. 24.

La facultad de imposicion de censo se concede unas veces para que el capital de este se ponga en secuestro á disposicion de la justicia, y otras para que se entregue al poseedor. Tom. 9, pag. 298, §. 25.

La prohibicion general establecida por las leyes para enagenar, obligar ó permutar los bienes de mayorazgo sin Real facultad, se extiende aun al caso urgente de alimentos; y lo que se observa en la práctica es ocurrir los poseedores á S. M. en solicitud de Real facultad para consignar alimentos anuales de los frutos y rentas de los hijos y la muger, verificada la viudedad de esta. Tom. 9, pag. 298, §. 28.

Recursos extraordinarios para la naturalizacion de extrangeros, y obtener el privilegio de nobleza los naturales. Para introducir el primero de estos recursos debe preceder justa causa. El Rey concede la naturalizacion á consulta de la Cámara para el goce de rentas eclesiásticas. Tom. 9, pag. 302, §. 2.

Naturalizado un extrangero por el Soberano, se tiene por natural, y goza de los privilegios concedidos á estos, excepto los

beneficiales, si de ellos no se hiciere especifica mencion en el privilegio. Tom. 9, pag. 302, §. 3.

Acerca del recurso extraordinario para obtener el privilegio de hidalguía, hay una ley de Partida que especifica algunos hechos honrosos, por los cuales los Reyes conceden este privilegio. Tom. 9, pag. 302, § 4.

El Rey concede el privilegio de dos modos: uno por declaracion con dispensa de los lustros que deben seguirse en las salas de hijosdalgo; y otro en la forma ordinaria.

Recursos extraordinarios para la creacion de algun oficio público, para la enagenacion de los bienes concejales, y para solicitar la jurisdiccion de señorío los lugares realengos. Los Monarcas pueden crear de nuevo oficios, aumentar el número de los creados, ó suprimirlos por alguna grave causa. Tom. 9, pag. 307, §. 2.

Por los mismos principios de regalía pueden los Reyes dispensar las leyes establecidas para el mejor régimen y servicio de los oficios en el modo ó forma de su constitucion. Tom. 9, pag. 308, §. 6.

Tambien concede el Rey facultad para que en un pueblo haya mitad de cl ios. Tom. 9, pag. 308, §. 7.

Acerca de los recursos extraordinarios para la enagenacion de los bienes públicos concejales, debe saberse en primer lugar que los pueblos no pueden vender ni enagenar estos bienes sin Real facultad. Tom. 9, pag. 319, §. 14.

El trascurso de mucho tiempo despues de la enagenacion no basta para presumir que intervino dicha Real facultad, á menos que aquel sea de cien años. Tom. 9, pag. 310, § 15.

Requisitos necesarios para impetrar el Real permiso de enagenacion. Tom. 9, pag. 311, §. 16.

Tampoco pueden los pueblos gravar con censos los bienes públicos sin Real facultad. Tom. 9, pag. 311, §. 17.

Por lo demas pueden dichos concejos disponer por sí todo lo que crean conducente para la administracion y buen gobierno de dichos bienes. Tom. 9, pag. 311, §. 18.

En virtud de recurso extraordinario, y mediante algun servicio, suele conceder S. M la jurisdiccion de señorío á algunos lugares realengos, como tambien la exencion de las villas cabezas de partido. Tom. 9, pag. 313, § 24.

Nadie puede ejercer jurisdiccion en España, sin que acredite ó pruebe manifiestamente habersela el Rey concedido. Tom. 9, pag. 313, §. 25.

Aunque se conceda la jurisdiccion por los Reyes con las cláusulas mas amplias y generales, no puede el agraciado adquirir por privilegio ó prescripcion alguna el derecho á conocer de las segundas instancias. Tom. 9, pag. 314, §. 26.

RECURSOS DE FUERZA: su origen y objeto. Tom. 9, pag. 6, §. 1.

Límites de la potestad Real en estos recursos. Tom. 9, pag. 6, §. 2 al 6.

¿Si la facultad de alzar las fuerzas que cometen los jueces eclesiásticos es judicial ó extrajudicial? Tom. 9, pag. 8, §. 7.

Doctrina del señor Conde de la Cañada en orden á dicha cuestion, impugnando el dictamen del colegio de abogados de Madrid sobre este punto. Tom. 9, pag. 8, §. 8 al 28.

Opinion del señor Elizondo que conforme con la del señor Conde de la Cañada. Tom. 9, pag. 13, §. 25.

¿Si del auto en que se declara ó no la fuerza, se puede suplicar? Tom. 9, pag. 14, §. 30.

Razones en que se funda el señor Covarrubias para opinar que debe admitirse la súplica en estos recursos. Tom. 9, pag. 14, §. 31 al 38.

Razones que hay en contrario. Tom. 9, pag. 16, §. 39.

Otra observacion dirigida á corroborar la opinion de los autores que afirman ser extrajudicial la facultad de alzar las fuerzas. Tom. 9, pag. 17, §. 40.

De los tribunales Reales que conocen de las fuerzas. Tom. 9, pag. 25, §. 17.

De los asuntos cuyo conocimiento por via de fuerza pertenece privativamente al supremo Consejo de Castilla. Tom. 9, pag. 25, §. 18.

Salas de gobierno en donde se ven estos recursos. Tom. 9, pag. 26, §. 19.

Real Cédula, por la cual se manda observar el breve de su Santidad que transfiere el derecho de apelacion directa en las causas de fe al tribunal de la Nunciatura. Tom. 9, pag. 26. Apéndice 1.

Tribunales eclesiásticos, de cuyos agravios no puede introducirse recurso de fuerza. Tom. 9, pag. 30. Apéndice 2.

De las tres principales especies de recursos de fuerza. Tom. 9, pag. 33, §. 2.

Los recursos de fuerza solo pueden introducirse de sentencia definitiva, ó de interlocutoria que tenga fuerza de definitiva. Tom. 9, pag. 33, §. 3.

Definicion del recurso de fuerza en conocer y proceder. Tom. 9, pag. 33, §. 4.

Cuando el juez eclesiástico conoce de causa perteneciente al fuero Real, lo hace sin jurisdiccion, y por consiguiente cuanto obra es un atentado. Tom. 9, pag. 34, §. 5.

Es tan privilegiada la regalía de nuestros Soberanos y sus tribunales superiores para alzar las fuerzas en conocer y proceder, que aun cuando el lego no haya declinado la jurisdiccion eclesiástica ni interpuesto apelacion, pueden dichos tribunales llamar de oficio ó á peticion fiscal los autos, y declarar la fuerza. Tom. 9, pag. 34, §. 6.

Ley de la Novísima Recopilacion en que se previene que no se admita bula ni breve contra los recursos de fuerza, y su resolucion en los tribunales superiores. Tom. 9, pag. 34, §. 7.

Aun cuando el lego se someta al fuero eclesiástico, no puede impedir el recurso de fuerza, ni perjudicar al derecho de la soberanía. Tom. 9, pag. 36, §. 8

Para interponer este recurso basta que el juez Real que conoce del negocio, ó quiere vindicar su conocimiento, despache exhorto al eclesiástico para que se abstenga de proceder en él, ó que el lego interesado decline su jurisdiccion, protestando ambos el Real auxilio de la fuerza. Tom. 9, pag. 37, §. 9.

Como en este recurso se trata de cosas profanas, y usurpacion de la jurisdiccion Real, tienen los tribunales seglares fundado derecho para conocer en lo principal, al contrario de lo que sucede en los otros dos recursos del modo de conocer, y de no otorgar. Tom. 9, pag. 37, §. 10.

Cuando el juez seglar intenta usurpar al juez eclesiástico su jurisdiccion, corresponde á este igual recurso. Tom. 9, pag. 38, §. 11.

Trámites que se observan para entablar y seguir este recurso, asi en las chancillerías y audiencias, como en el Supremo Consejo de Castilla. Tom. 9, pag. 38, §. 12 al 28.

Nota acerca del modo con que en Cataluña, Aragon y Valencia se deciden estas contiendas entre la jurisdiccion eclesiástica y secular. Tom. 9, pag. 43.

Casos en que tiene lugar el recurso de fuerza en conocer y proceder. Tom. 9, pag. 44, §. 1 al 85.

Del recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder: su definicion. Tom. 9, pag. 71, §. 1.

El principal fundamento de él es la injusticia notoria con que

procede el juez eclesiástico en sus autos interlocutorios invirtiendo el orden judicial. Tom. 9, pag. 72, §. 2, 3 y 4.

No solo se funda este recurso en la injusticia notoria, sino tambien en toda providencia que dimana de la jurisdiccion eclesiástica voluntaria directamente opuesta á los concilios, leyes y costumbres de la iglesia recibidas en la monarquia. Tom. 9, pag. 73, §. 5.

Preparacion y trámites de este recurso. Tom. 9, pag. 73, §. 6.

Los recursos de fuerza en el modo se declaran en el Consejo con la formula del auto medio: *hace fuerza* en conocer y proceder como conoce y procede; pero las chancillerias y audiencias suelen usar de otro auto que se llama condicional ó mixto, el cual se concibe en los términos que allí se expresa. Tom. 9, pag. 74, §. 7.

Diferencia que hay entre estos dos autos, y cuál de ellos parece mas ventajoso. Tom. 9, pag. 74, §. 8 y 9.

¿Si notificado al eclesiástico el auto condicional podrá inhibírsele en virtud de la apelacion interpuesta de la interlocutoria, por cuya negacion ocurrió el agraviado al tribunal Real? Tom. 9, pag. 75, §. 10.

¿Podrá introducirse el recurso de fuerza en el modo cuando un juez eclesiástico, despues de haber declarado válidos y subsistentes los esponsales, apremia con censuras al renitente á que los reduzca á verdadero matrimonio? Tom. 9, pag. 76, §. 11 al 20.

Recursos de fuerza en el modo de proceder cuando los prelados regulares proceden contra religiosos sin guardar el orden prevenido en los cánones y las leyes; y de no otorgar cuando no admiten las apelaciones debiendo hacerlo. Tom. 9, pag. 78, §. 21 al 25.

Del recurso de fuerza de la denegacion de justicia, que puede considerarse como especie de los de proceder en el modo. Tom. 9, pag. 79, §. 26 al 29.

Recurso de fuerza en no otorgar las apelaciones legítimamente interpuestas: su definicion. Tom. 9, pag. 81, §. 1.

Fundamento de él, y modo de introducirle. Tom. 9, pag. 81, §. 2.

El eclesiástico que no admite la apelacion cuando esta se interpone en debido tiempo y forma, comete injusticia notoria, y tiene lugar el recurso. Tom. 9, pag. 84, §. 7.

¿Si deberá haber lugar á la declaracion de fuerza cuando el juez eclesiástico niega la apelacion fundado en una opinion probable? Tom. 9, pag. 85, §. 8.

Preparacion y trámites de este recurso. Tom. 9, pag. 86, §. 9 al 11.

De los cinco modos con que suele decirse este recurso. Tom. 9, pag. 87, § 12.

Para justificar la injusticia en que se funda este recurso, es necesario que se remitan los autos originales íntegros; y práctica que se observa cuando estan diminutos. Tom. 9, pag. 88, §. 13 al 17.

En virtud de los recursos de fuerza queda suspenso el procedimiento de los jueces eclesiásticos. Tom. 9, pag. 90, §. 1 al 3.

No puede alegarse prescripcion contra los recursos de fuerza. Tom. 9, pag. 92, § 4 al 9.

RECURSO DE NUEVOS DIEZMOS: hay dos especies de él, ¿y cuales son? Tom. 9, pag. 103, §. 1 al 6.

Trámites que se observan en la introduccion y sustanciacion de este recurso. Tom. 9, pag. 106, §. 7.

Práctica que se observa en cuanto á la segunda especie de recurso de nuevos diezmos, que versa acerca de los que antes se decian exentos. Tom. 9. pag. 106, § 8 y 9.

El recurso de nuevos diezmos se introduce no solo cuando proceden y hacen novedad los jueces eclesiásticos, sino cuando conocen los jueces reales. Tom. 9, pag. 107, §. 10.

Todo pleito que puede suscitarse acerca de diezmos que no sean nuevos, debe proponerse en las audiencias de su distrito, cuando se disputa sobre el derecho de percibir diezmos; pero tratándose del hecho, esto es, si se han pagado ó no, pertenece el conocimiento al juez eclesiástico. Tom. 9, pag. 107, §. 11.

Al Consejo solo corresponden los recursos de nuevos diezmos primeramente dichos, no los *novales*, y con especial privilegio para no diezmar, cuando se siembran distintas especies de las que acaso se tuvo en consideracion cuando aquel se concedió. Tom. 9, pag. 107, §. 12.

De la fuerza en conocer y proceder que hacen los jueces eclesiásticos mandando exigir rediezmo de los frutos que hubieren ya diezmado. Tom. 9, pag. 107, §. 13.

Diferencia de este recurso al anterior. Tom. 9, pag. 108, §. 14.

Donde haya costumbre continuada por tiempo de diez años

de pagar el rediezmo, podrán exigirle los eclesiásticos. Tom. 9, pag. 108, §. 15.

Del recurso de nuevas primicias semejante en un todo al de nuevos diezmos. Tom. 9, pag. 107, §. 16.

RECURSO DE FUERZA SOBRE MILLONES. Origen y naturaleza de la contribucion de millones, acerca de la cual pueden hacer fuerza los eclesiásticos de los tres modos que allí se expresan. Tom. 9, pag. 112, §. 1.

Fundamentos en que se apoya el primero de estos recursos. Tom. 9, pag. 113, §. 2.

De los mismos principios dimana la obligacion que tienen los clérigos de manifestar y registrar las cosas ó mercaderías que transportan de un lugar á otro. Tom. 9, pag. 113, §. 3.

Algunos autores opinan que tiene lugar el recurso de fuerza en conocer y proceder, no solo en el caso dicho del aforo, sino tambien en cuanto á la exaccion del tributo. Tom. 9, pag. 114, §. 4.

Dictamen contrario del señor Ramos del Manzano. Tom. 9, pag. 115, §. 5.

Argumentos con que rebaten dichas razones los autores que sostienen la opinion contraria. Tom. 9, pag. 115, §. 6.

RECURSOS DE RETENCION DE BULAS. El señor fiscal y no la parte interesada es quien debe introducir este recurso; lo cual se prueba con varios argumentos y disposiciones legales. Tom. 9, pag. 137, §. 74 al 79.

Sin embargo luego que se haya introducido el recurso, y esté admitido por el Consejo, bien puede la misma parte agraviada adherirse á él en calidad de tercero coadyuvante. Tom. 9, pag. 139, §. 80.

¿Si estando pendiente el recurso y apartándose de él los litigantes por concordia ó por otro medio, podrá no obstante continuarle el señor fiscal? Tom. 9, pag. 139, §. 81 al 83.

¿Si la retencion de las bulas ejecutada por el comisionado puede entenderse directa ó indirectamente el daño que causaron? Tom. 9, pag. 141, §. 84 al 86.

De los trámites de este recurso, ó sea el modo con que debe entablarse y proseguirse hasta su determinacion. Tom. 9, pag. 142, §. 87 al 108.

Efectos que produciria la retencion y súplica en el caso de que no conformándose su Santidad con lo determinado por el Consejo, expidiese nuevas bulas en ejecucion de las primeras. Tom. 9, pag. 149, §. 109 al 114.

Aunque el pase de las bulas se pide en la Sala primera de gobierno en el Consejo, sin embargo el juicio de retencion se remite à Sala de justicia adonde corresponde la retencion de toda gracia que resulta en perjuicio de tercero. Tom. 9, pag. 140, §. 115.

La accion en este recurso es tan privilegiada como en todos los demas de fuerza y proteccion; y asi nunca prescribe por mas años que transcurran especialmente por lo que toca à las regalías de la corona. Tom. 9, pag. 150, §. 115.

RECURSO DE FUERZA CUANDO LOS JUECES ECLESIÁSTICOS DESPOJAN AL REY DE SU AUTORIDAD Y FACULTADES QUE LE COMPETEN EN VIRTUD DE SU REAL PATRONATO. Origen de esta alta prerogativa, y disposiciones principales del concordato que forman regla en toda la materia beneficial. Tom. 9, pag. 153, § 1 al 20.

El conocimiento de las causas y negocios concernientes al Real Patronato, pertenece exclusivamente a la Cámara donde se determinaban tambien los recursos de fuerza que ocurrian en estos negocios hasta el reinado del señor Felipe V, quien se sirvió mandar que las causas del Real Patronato se viesen por recurso de fuerza en el Consejo pleno, y por via de retencion en la Cámara. Tom. 9, pag. 161, §. 21 al 24.

DE LAS FUERZAS EN MATERIA DE ESPOLIOS Y VACANTES. Origen de los recursos de fuerza en estos asuntos. Tom. 9, pag. 165, § 1 y 2.

Práctica que se observaba antiguamente en España cuando ocurria la muerte de algun prelado. Tom. 9, pag. 166, §. 3 al 5.

Arreglo que se hizo sobre el asunto de espolios por el concordato del año de 1753. Tom. 9, pag. 167, §. 9 al 11.

En los autos y procedimientos del colector general de espolios y vacantes, y en los de los subdelegados, dirigidos à ocupar, exigir y apremiar à los deudores, no hay materia de fuerza, ni puede introducirse este recurso en ningun tribunal, y razones en que esto se funda. Tom. 9, pag. 168, §. 12 al 17.

Aunque el colector general sea persona eclesiástica, puede muy bien usar por su persona de la jurisdiccion temporal que le fuere concedida por S. M. Tom. 9, pag. 170, §. 18.

Las apelaciones y recursos de los subdelegados se dirigen y limitan al colector general, sin transcender à otro superior. Tom. 9, pag. 170, §. 19.

En la aplicacion y distribucion de los frutos y bienes de es-

polios y vacantes, tampoco puede tener lugar de modo alguno el recurso de fuerza. Tom. 9, pag. 170, §. 20.

RECUSACION: ¿que es? Tom. 3, pag. 302, §. 16.

¿En que tiempo podrá hacerse? Tom. 3, pag. 302, §. 17.

Causas por que puede ser recusado el juez. Tom. 3, pag. 302, §. 18.

¿Si será necesario expresar la causa de la recusacion? Tom. 3, pag. 304, §. 19.

Acompañado que debe tomar el juez recusado en las causas civiles y criminales. Tom. 3, pag. 304, §. 20.

¿Con quien han de acompañarse los alcaldes de Corte que tienen provincia y conocen de lo civil en primera instancia como jueces ordinarios? Tom. 3, pag. 304, §. 21.

¿Que deberá hacerse cuando discordaren el juez recusado y el acompañado? Tom. 3, pag. 305, §. 22 al 24.

Obligaciones del acompañado. Tom. 3, pag. 306, §. 25.

El que hubiere pedido que un juez determinado conozca de su causa, no puede recusarle despues sino por nueva causa que sobrevenga. Tom. 3, pag. 306, §. 26.

El juez lego ordinario que nombra asesor, debe hacer saber el nombramiento á los litigantes, á fin de que si tienen por sospechoso al nombrado, le recusen proponiendo otro ú otros. Tom. 3, pag. 306, §. 27.

Estan prohibidas por la ley las recusaciones vagas de asesores. Tom. 3, pag. 307, §. 28.

¿Quien ha de pagar los derechos de asesoria? Tom. 3, pag. 308, §. 29.

Para recusar al juez eclesiástico se ha de expresar la causa. Tom. 3, pag. 308, §. 30.

Si el recusado fuere delegado del Papa, Obispo, ú otro juez ordinario, ha de compeler á los litigantes á que elijan árbitros letrados que conozcan de la causa de la recusacion, y la decidan. Tom. 3, pag. 309, §. 31.

¿Que deberá hacerse si los referidos árbitros declararen ser legítima la causa de la recusacion? Tom. 3, pag. 309, §. 32.

Recusacion de los jueces árbitros ó compromisarios elegidos por las partes. Tom. 3, pag. 309, §. 33.

El juez mero ejecutor no puede ser recusado. Tom. 3, pag. 310, §. 34.

Puede ser recusado el juez de residencia, asi como el delegado. Tom. 3, pag. 310, §. 35.

Requisitos que deben observarse para la recusacion de los señores ministros de tribunales superiores. Tom. 3, pag. 310, §. 36.

¿De que modo podrán probarse las causas de recusacion de dichos señores ministros? Tom. 3, pag. 311, §. 37.

El término para recusar á estos es perentorio, y corre contra los menores y demas privilegiados. Tom. 3, pag. 312, §. 38.

Pena del que recusa á uno de dichos señores ministros, y no prueba la causa de su recusacion. Tom. 3, pag. 312, §. 39.

Recusacion de los relatores. Tom. 3, pag. 312, §. 40.

Recusacion de los escribanos. Tom. 3, pag. 313, §. 41 al 43.

La parte que recusa al escribano originario del proceso, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado. Tom. 3, pag. 314, §. 44.

REDUCCION: REDENCION Y RECONOCIMIENTO DE CENSO. Véase la palabra *censo*.

REGIDORES: clases de ellos y sus facultades. Tom. 1, pag. 197, §. 7.

Requisitos de nobleza en los regidores segun los estatutos de los pueblos. Tom. 1, pag. 197, §. 8.

Prohibicion que tienen de votar los regidores menores de edad. Tom. 1, pag. 197, §. 9.

Prerogativa del regidor decano. Tom. 1, pag. 197, §. 10.

¿A quien corresponde el conocimiento de las disputas que se suscitan entre los regidoressobre precedencia? Tom. 1, pag. 197, §. 11.

¿Como han de servirse los oficios perpetuos de regidor, y demas enagenados de la corona? Tom. 1, pag. 201, §. 28.

REIVINDICACION: ¿que se pide por ella? Tom. 3, pag. 262, §. 9 y 10.

La reivindicacion corresponde no solo por el dominio directo, sino tambien por el util; y cuando el actor la entable por este, no ha de pedir la propiedad, sino el dominio. Tom. 3, pag. 263, §. 11.

REMATE en los juicios ejecutivos. Para ejecutar la sentencia de remate en primera instancia, ha de intervenir previa é indispensablemente una de las dos fianzas: (véase esta palabra) á saber; la de la ley de Toledo, ó la de Madrid. Tom. 5, pag. 158, §. 9 al 12.

Son tan precisas las expresadas fianzas para poner en ejecucion la sentencia de remate, que sin que precedan, aunque el acreedor sea rico y el ejecutado no las pida, se ha de llevar

aquella á efecto. Tom. 5, pag. 161, §. 13.

Dos casos en que el ejecutante no debe afianzar. Tom. 5, pag. 162, §. 14.

Excepciones de la doctrina contenida en el párrafo anterior. Tom. 5, pag. 164, §. 15.

Se debe ejecutar la sentencia de remate, aun cuando se alegue de nulidad de ella, precediendo las citadas fianzas. Tom. 5, pag. 165, §. 16.

No produce excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el ejecutivo y en otros sumarios. Tom. 5, pag. 165, §. 17.

Dada alguna de las expresadas fianzas y tasadas las costas procesales con arreglo al Real arancel, ¿que deberá hacerse en seguida? Tom. 5, pag. 165, §. 18.

El remate y adjudicacion de los bienes ejecutados, deben celebrarse en el lugar del juicio, y en la forma acostumbrada. Tom. 5, pag. 166, §. 19.

En las posturas y pujas ó mejoras, se debe proceder con absoluta libertad, pues si se comete fraude, ó se impiden las pujas, compete al deudor accion de dolo. Tom. 5, pag. 166, §. 20.

¿En cual de los postores debe celebrarse el remate? Tom. 5, pag. 167, §. 21.

Si despues de rematados en un extraño los bienes patrimoniales ejecutados, intentare tantearlos dentro del término legal algun pariente del deudor, ha de ser preferido, mediando las circunstancias que alli se expresan. Tom. 5, pag. 166, §. 22.

Celebrado el remate de los bienes ejecutados con la justificacion y solemnidad legal, y aceptada la postura, no se puede abrir, ni por consiguiente admitirse la puja. Tom. 5, pag. 168, §. 23.

En rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo ó medio diezmo, haciéndose precisamente dentro de los quince dias inmediatos y siguientes al del remate, y la del cuarto dentro de tres meses. Tom. 5, pag. 168, §. 24.

Por privilegio especial debe abrirse por una vez el remate á los que gozan del beneficio de restitucion. Tom. 5, pag. 169, §. 25 y 26.

La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, debe hacerse saber al sugeto en cuyo favor se habia celebrado. Tom. 5, pag. 169, §. 27.

Esté ó no presente el postor cuando se celebre el remate,

debe aceptarlo, y obligarse á su cumplimiento. Tom. 5, pag. 170, §. 28.

Con el precio de la cosa vendida se ha de hacer pago al acreedor de su crédito, de las costas de la ejecucion, pregones y demas gastos. Tom. 5, pag. 170, §. 29.

El comprador de la cosa subastada está tan libre de que pueda molestarle el deudor, como si este otorgase voluntariamente la venta. Tom. 5, pag. 171, §. 30.

Tampoco pueden molestar al comprador los acreedores á cuya instancia se vendieron los bienes en pública subasta, aun cuando el precio de ellos no alcance á la satisfaccion de sus créditos. Tom. 5, pag. 171, §. 31.

A los citados por edictos, si son hipotecarios anteriores, no puede el hecho del deudor y acreedores posteriores privar del derecho de prelacion é hipoteca. Tom. 5, pag. 171, §. 32.

Nadie puede ser obligado á comprar los bienes que se subastan, excepto que sea por deudas fiscales. Tom. 5, pag. 172, §. 33.

Aunque la obligacion de pagar el débito sea jurada, puede ser compelido el acreedor á tomar en pago los bienes justamente apreciados, concurriendo los cuatro requisitos que allí se expresan. Tom. 5, pag. 172, §. 34.

Si los bienes se dieron en pago al fiador del deudor por haber satisfecho la deuda, debe restituirlos este, entregándole su importe con lo que pagó por él. Tom. 5, pag. 176, §. 41.

Queda obligado en todo evento el deudor al saneamiento de los bienes que como suyos se le vendieron para pagar sus deudas y no su acreedor. Tom. 5, pag. 176, §. 42.

En orden á si el deudor tiene ó no accion para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta, á fin de pagar á su acreedor, ó los que se adjudicaron á este en pago, satisfaciendo la deuda, costas é intereses, se proponen y resuelven cinco casos. Tom. 5, pag. 176, §. 43 al 47.

REMISION DE DEUDAS: ¿que es? Tom. 5, pag. 337, §. 1.

El Rey no puede remitir deudas, ni parte de ellas. Tom. 5, pag. 337, §. 2.

Pidiendo el deudor á sus acreedores antes de hacer cesion de bienes que le remitan parte de lo que les debe, pueden concederle la remision. Tom. 5, pag. 337, §. 3.

Lo dicho en orden al beneficio de la cesion de bienes, espera, y remision de acreedores, no tiene lugar en los mercaderes,

cambiantes, comerciantes ni factores suyos que alzan sus bienes, libros y personas, y se refugian á la iglesia. Tom. 5, pag. 338, §. 4.

RENUNCIA DE LEGÍTIMAS Y FUTURAS SUCESIONES: ¿que es? Tom. 1, pag. 572, §. 1.

¿En que concuerda con la cesion, y en que no? Tom. 1, pag. 573, §. 2.

¿En que concuerda con la repudiacion, y en que se diferencia? Tom. 1, pag. 573, §. 3.

¿De cuantas maneras son las renuncias? Tom. 1, pag. 573, §. 4.

¿Que son renuncias extintivas ó abdicativas? Tom. 1, pag. 573, §. 5.

¿Cuando se dicen reales, y cuando personales? Tom. 1, pag. 574, §. 6.

Del origen de la legislacion de las herencias de los monasterios. Tom. 1, pag. 575, §. 7.

De aqui se derivó la sucesion de los religiosos en los mayorazgos. Tom. 1, pag. 575, §. 8.

Disposiciones de la legislacion goda sobre esta materia. Tom. 1, pag. 576, §. 9.

Disposiciones de los fueros viejo y Real. Tom. 1, pag. 576, §. 10.

Disposiciones de las leyes de Partida. Tom. 1, pag. 577, §. 11.

Los conventos no son herederos de los parientes de los religiosos profesos que fallecen intestados. Tom. 1, pag. 577, §. 12.

¿Que debe observarse acerca de los bienes, que posee un novicio antes de profesar? Tom. 1, pag. 578, §. 13.

Para dejar el novicio sus bienes al monasterio, necesita licencia de todos sus herederos forzosos. Tom. 1, pag. 578, §. 14.

Disposiciones del Santo Concilio de Trento en esta materia. Tom. 1, pag. 579, §. 15.

La renuncia abdicativa ha de ser de presente y de futuro. Tom. 1, pag. 580, §. 16.

En ella debe trasladarse inmediatamente el dominio al renunciatario. Tom. 1, pag. 580, §. 17.

Este contrato puede afianzarse por medio de juramento. Tom. 1, pag. 581, §. 18.

Prevenciones que puede hacer el novicio acerca de su renuncia. Tom. 1, pag. 581, §. 19.

Las renuncias corroboradas con juramento son irrevocables. Tom. 1, pag. 583, §. 21.

REO: se denomina en las causas criminales el que cometió un delito; y en las civiles el demandado por el actor sobre alguna cosa. Tom. 4, pag. 10, §. 9.

REQUISITORIA: documentos que deben insertarse en ella. Tom. 4, pag. 67, §. 10, y pag. 73, §. 31.

¿Cuantos dias ha de estar la requisitoria en el juzgado donde se presenta? Tom. 4, pag. 67, §. 11.

Cuando van documentadas las requisitorias debe cumplirlas el juez requerido. Tom. 4, pag. 74, §. 32.

¿Como debe proceder el juez requirente respecto del requerido siendo ambos ordinarios? Tom. 4, pag. 74, §. 33.

Facultades del juez requirente si fuere comisionado del Soberano, ó de juez superior. Tom. 4, pag. 74, §. 34.

¿Que deberá hacer el juez requirente en caso que el requerido sea omiso ó reacio? Tom. 7, pag. 268, §. 27.

Dos advertencias acerca de los términos con que debe estar concebida la requisitoria. Tom. 7, pag. 268, §. 28.

RESERVACION, que debe hacer el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio. La propiedad de los bienes que por título gracioso obtuvo la muger de su marido, pasa á los hijos si se casa de segundas nupcias. Tom. 1, pag. 539, §. 1.

Tambien se reservan á los hijos los bienes que la madre haya heredado de alguno de ellos abintestato. Tom. 1, pag. 539, §. 2.

La obligacion de reservar los bienes indicados se extiende á cuantas veces se case, segun los respectivos hijos que tenga en cada matrimonio. Tom. 1, pag. 540, §. 3.

Dicha obligacion se amplia á los bienes dados á la viuda por parientes de su marido, ó bien por extraños en consideracion á este. Tom. 1, pag. 540, §. 4.

La reservacion es pena impuesta al marido lo mismo que á la muger, por su facilidad en contraer nuevo matrimonio. Tom. 1, pag. 540, §. 5.

Esta pena subsiste aun cuando hayan muerto los hijos del primer matrimonio, con tal que hayan dejado sucesion. Tom. 1, pag. 540, §. 6.

Los bienes reservables son únicamente aquellos que proceden de la linea del consorte difunto. Tom. 1, pag. 540, §. 7.

La viuda que se casa está obligada á afianzar los bienes muebles y raices para continuar con la tutela. Tom. 1, pag. 541, §. 8.

El viudo en su caso solo debe afianzar los bienes muebles. Tom. 1, pag. 541, §. 9.

Cuando no alcancen los bienes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio, y á la dote de la segunda muger, ¿que se hará? Tom. 1, pag. 542, §. 10 y 11.

La muger que se casa dentro del año de su viudedad, tiene que devolver la mitad del lecho á los hijos del primer matrimonio, si se cuenta entre los bienes gananciales. Tom. 1, pag. 544, §. 12.

Varias excepciones de la regla general de reservacion. Tom. 1, pag. 544, §. 13 hasta el 24.

Siempre que segun la anterior doctrina no está la viuda obligada á la reservacion, hace suyos los indicados bienes. Tom. 1, pag. 549, §. 25.

Lo mismo sucede si no tuvo hijos ni descendientes. Tom. 1, pag. 549, §. 26.

En caso de reservacion esta no se estiende al usufructo de los bienes reservables. Tom. 1, pag. 549, §. 27.

Caso conque se corrobora esta doctrina. Tom. 1, pag. 550, §. 28.

De los bienes gananciales no hay reservacion. Tom. 1, pag. 550, §. 29.

Se resuelve un caso dudoso sobre la materia de reservacion. Tom. 1, pag. 550, §. 30.

La enagenacion de los bienes reservables es válida durante la vida del que la hizo. Tom. 1, pag. 550, §. 31.

Diferencia que hay en esto entre el viudo y la viuda. Tom. 1, pag. 551, §. 32.

Por las segundas nupcias no se pierde el usufructo que haya dejado de sus bienes el consorte difunto al vivo, y asi no estan sujetos á reservacion. Tom. 1, pag. 551, §. 33.

En la particion de los bienes hereditarios solo debe aplicarse á la viuda que se casa segunda vez, el usufructo de dichos bienes reservables, y no su propiedad. Tom. 6, pag. 326, §. 2 y 3.

Se proponen y resuelven tres cuestiones difíciles que suelen ocurrir en esta materia. Tom. 6, pag. 328, §. 5, 6 y 7.

La viuda que despues de la muerte de su marido vive licenciosamente, pierde la propiedad y el usufructo de los bienes que este la dejó, como tambien las arras y su mitad de gananciales. Tom. 6, pag. 330, §. 8.

RESTITUCION IN INTEGRUM: es un privilegio concedido á los menores cuando son perjudicados en sus tratos y negocios. Tom. 1, pag. 4, §. 6.

¿En que se funda este privilegio? Tom. 1, pag. 4, §. 7.

¿Que deberá probar el menor para conseguir esta materia? Tom. 1, pag. 4, §. 8.

¿Cuanto tiempo concede la ley á los menores para pedirla? Tom. 1, pag. 5, §. 9.

El juez ha de conceder la restitucion con conocimiento de causa. Tom. 1, pag. 5, §. 10.

¿En que casos deberá el juez denegar la restitucion? Tom. 1, pag. 5, §. 11.

El beneficio de la restitucion compete no solo á los menores, sino tambien á las iglesias, ciudades, universidades, concejos y fisco cuando reciben daño por negligencia ó engaño de otro. Tom. 1, pag. 6, §. 12.

Restitucion del término probatorio que concede la ley á los menores y demas que gozan del mismo beneficio. Tom. 4, pag. 198, §. 6.

Segun práctica inconcusa del Consejo y demas tribunales de la Corte, se concede por via de restitucion la mitad de todo el término ordinario, sea ó no prorogado. Tom. 4, pag. 199, §. 7.

¿Que habrá de acreditar el privilegiado para esta concesion de término? Tom. 4, pag. 199, §. 8.

Circunstancias precisas que se requieren para que al privilegiado se conceda restitucion de la mitad del término probatorio. Tom. 4, pag. 200, §. 9.

El término de la restitucion es comun, y como tal compete al litigante no privilegiado. Tom. 4, pag. 201, §. 10.

El no privilegiado no puede, hecha publicacion, alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella por testigos. Tom. 4, pag. 201, §. 11.

No solo compete el privilegio de restitucion á los que gozan del beneficio de menor edad, siendo principales en la causa, sino tambien cuando salen á ella coadyuvando como terceros el derecho de otro no privilegiado. Tom. 4, pag. 202, §. 12.

Siendo privilegiados ambos litigantes, ninguno de ellos goza del privilegio, á menos que el uno trate de adquirir lucro, y el otro de evitar daño. Tom. 4, pag. 202, §. 13.

¿Que se observará si la cosa fuere individua, y perteneciere á dos, uno mayor y otro menor? Tom. 4, pag. 203, §. 14.

RETRACTO: ¿que es? Tom. 2, pag. 208, §. 1.

Razon por que nuestras leyes admiten los retractos. Tom. 2, pag. 208, §. 2.

El retracto de dos especies: gentilicio, y social. ¿A quienes compete el uno y el otro? Tom. 2, pag. 209, §. 3.

El gentilicio no solo toca á los hijos legítimos del vendedor, sino tambien á los naturales. Tom. 2, pag. 209, §. 4.

No menos corresponde este derecho á los desheredados, aunque lo hayan sido legítimamente. Tom. 2, pag. 210, §. 5.

A los clérigos y demas eclesiásticos compete activa y pasivamente el derecho de tanteo. Tom. 2, pag. 210, §. 6.

El retracto gentilicio es personal, y asi no se transfiere à los herederos extraños. Tom. 2, pag. 210, §. 7.

En la venta de una finca patrimonial en favor de un estraño, tienen derecho al tanteo los parientes del vendedor hasta el cuarto grado *inclusive*. Tom. 2, pag. 211, §. 8.

Igual derecho tienen en las ventas á censo reservativo perpetuo ó al quitar; pero no en los censos consignativos. Tom. 2, pag. 211, §. 9.

El pariente mas cercano del vendedor es preferido en el retracto al mas remoto, y en igualdad de grado pueden tantear la finca por mitad. Tom. 2, pag. 211, §. 10.

¿En que términos tiene lugar el retracto gentilicio en las ventas hechas judicialmente? Tom. 2, pag. 212, §. 11.

El plazo de nueve dias para usar de este derecho es diverso del que se concede al deudor para retraer los bienes que se le subastan. Tom. 2, pag. 212, §. 12.

En caso de no tantear la finca el próximo pariente, lo puede hacer el inmediato dentro del término indicado. Tom. 2, pag. 212, §. 13.

Las fincas dadas en pago de deudas son susceptibles de tanteo, del propio modo que las vendidas. Tom. 2, pag. 213, §. 14.

En la venta de muchas fincas tasadas en un solo y único precio, no ha lugar al tanteo sino las comprende à todas. Tom. 2, pag. 213, §. 15.

Lo mismo sucede cuando se dan en pago varias fincas por un débito solo. Tom. 2, pag. 213, §. 16.

Tambien puede el pariente tantear las fincas patrimoniales que se venden al fiado, dando caucion de pagarlas al tiempo oportuno. En la retroventa es preferido el primer vendedor al pariente. Tom. 2, pag. 214, §. 17.

En los bienes que no procedan de sucesion, no tiene lugar el retracto gentilicio. Tom. 2, pag. 214, §. 18.

En la venta de fincas patrimoniales que se contratan junto

con otras que no lo sean en un solo precio, se admite el tanteo gentilicio respecto de las primeras. Tom. 2, pag. 214, §. 19.

Si el comprador de fincas patrimoniales y otras las ofrece todas al pariente, tiene que tantear unas y otras; pero no puede obligar este al primero á cederle mas que las gentilicias. Tom. 2, pag. 214, §. 20.

Pasados los nueve dias sin que nadie se presente al tanteo, la finca vendida queda libre de este gravamen para siempre con respecto á los que hasta entonces tenian derecho al retracto. Tom. 2, pag. 214, §. 21.

El término de los nueve dias compete á la totalidad de los parientes, no á cada uno de por sí. Se empiezan à contar desde la celebracion de la venta, si es simple, y si es condicional desde que se cumple la condicion. Tom. 2, pag. 214, §. 22.

Este término es perentorio, y corre hasta para los pupilos y ausentes. Tom. 2, pag. 214, §. 23.

Resumen de las circunstancias que se requieren para el retracto gentilicio. Tom. 2, pag. 216, §. 24.

Los frutos pendientes en la finca son del tanteador, aunque dentro de los nueve dias los hubiere recogido el comprador. Tom 2, pag. 217, §. 25.

En el derecho de usufructo no cabe el retracto. Tom. 2, pag. 217, §. 26.

El retracto social ó de comunidad corresponde al socio en la finca dentro del mismo término, con tal que no esté dividida la parte de cada uno. Tom. 2, pag. 217, §. 27.

Varios casos en que tiene lugar el retracto dicho. Tom. 2, pag. 217, §. 28.

Cualquiera de los socios puede retraer en su totalidad la finca vendida à un extraño. Este derecho no es personal como en el retracto gentilicio, y asi se transmite á los herederos. Tom. 2, pag. 218, §. 29.

Doctrina sobre el tanteo que corresponde en su caso al señor del dominio directo y al del útil: preferencia en la concurrencia de estos con el socio y el pariente. Tom. 2, pag. 218, §. 30.

Efectos que produce la licencia absoluta ó limitada que puede dar el señor del dominio directo al del útil para vender una finca. Tom. 2, pag. 219, §. 31.

En el censo reservativo no cabe retracto social, à no mediar pacto al intento. Tom. 2, pag. 220, §. 32.

El legatario à quien no se ha hecho legado especifico, no tie-

ne derecho á retraer la finca que quiere vender el heredero. Tom. 2, pag. 220, §. 33.

Resumen de las circunstancias requeridas en el retracto social. Tom. 2, pag. 220, §. 34.

¿A quien toca pagar la alcabala y laudemio en los retractos de una y otra especie? Tom. 2, pag. 221, §. 35.

En la venta de la propiedad al usufructuario de la misma, tiene lugar el retracto respecto del pariente y del socio del vendedor. Tom. 2, pag. 221, §. 36.

En las ventas que son nulas por derecho, no tiene lugar el retracto. Tom. 2, pag. 221, §. 37.

Ademas de las especies de retractos indicadas, hay otras concesiones legales en favor del bien comun, que á veces son verdaderos retractos, y á veces simple preferencia. Tom. 2, pag. 222, §. 38.

Las alhóndigas la tienen en la compra del pan que no esté vendido. Tom. 2, pag. 222, §. 39.

Los abastecedores de pescado tienen derecho de tanteo sobre los revendedores del mismo artículo. Tom. 2, pag. 222, §. 40.

Los fabricantes de jabon le tienen á retraer la sosa y barrilla necesaria para sus fábricas. Tom. 2, pag. 222, §. 41.

Lo mismo sucede á los fabricantes de papel, indianas y curtidos en orden á las primeras materias de estas elaboraciones. Tom. 2, pag. 222, §. 42.

Los de sedas le tienen igualmente aun sobre las compradas para extraer del reino, mientras esten en él. Tom. 2, pag. 222, §. 43.

Tanteo concedido á los fabricantes de lanas; y precauciones tomadas para su observancia. Tom. 2, pag. 223, §. 44, 45, 46 y 47.

Derecho concedido á los fabricantes de lino y cáñamo. Tom. 2, pag. 224, §. 48.

Derecho de los pueblos al tanteo de los oficios públicos enagenados. Tom. 2, pag. 225, §. 49.

Resolucion legal respecto de dichos oficios en la corona de Aragon. Tom. 2, pag. 225, §. 50.

Derecho de tanteo que compete á la Corona sobre las jurisdicciones y señoríos enagenados de la misma. Tom. 2, pag. 225, §. 51.

Efecto de las ventas de vasallos de las iglesias por concesion de Gregorio XIII, y de las que se hicieron en tiempo de Felipe IV. Tom. 2, pag. 226, §. 52.

El conocimiento de los asuntos de esta especie corresponde al Consejo de hacienda. Tom. 2, pag. 227, §. 53, 54 y 55.

Reales determinaciones de fecha posterior á la Real Cédula de 11 de febrero de 1803, en orden á los negocios indicados. Tom. 2, pag. 228, §. 56 y 57.

RUEDA DE PRESOS. ¿Cuando y cómo se hace, y con qué objeto? Tom. 7, pag. 314, §. 26.

Falibilidad de este medio de averiguacion. Tom. 7, pag. 314, §. 27.

SEN

SANEAMIENTO: ¿que es, y cómo debe ordenarse esta cláusula en la escritura de venta? Tom. 2, pag. 170, §. 53.

SENTENCIA: ¿cuantas clases hay de ella? Tom. 4, pag. 220, §. 1.

¿Como deberá el juez pronunciar la sentencia? Tom. 4, pag. 220, §. 2.

¿En que se diferencian la sentencia definitiva y la interlocutoria? Tom. 4, pag. 221, §. 3.

De las sentencias interlocutorias que tienen fuerza de definitivas. Tom. 4, pag. 221, §. 4.

Casos en que el mandato de pagar se tiene por sentencia interlocutoria ó definitiva. Tom. 4, pag. 222, §. 5 y 6.

La sentencia debe ser conforme á la demanda en tres circunstancias, que son, cosa, causa y accion. Tom. 4, pag. 222, §. 7.

Si hubiere condenacion de frutos ó intereses, debe tasarlos el juez en la sentencia sin remitirlo á contadores. Tom. 4, pag. 223, §. 8.

¿Que deberá expresarse en la sentencia? Tom. 4, pag. 223, §. 9.

¿En que caso no habrá necesidad de que la sentencia sea conforme á la demanda? Tom. 3, pag. 222, §. 10.

Requisitos que deberá observar el juez para pronunciar la sentencia. Tom. 4, pag. 224, §. 11.

Circunstancias esenciales para que la sentencia sea válida. Tom. 4, pag. 224, §. 12.

Para dar sentencia deben los jueces inferiores examinar por sí mismos los procesos, y no por relacion de escribano. Tom. 4, pag. 225, §. 13.

Los jueces, asi superiores como inferiores, han de determinar el proceso conforme á la verdad que resulte probada, aun cuando falten las solemnidades del orden del juicio, con tal que no sean las sustanciales. Tom. 4, pag. 225, §. 14.

¿Que deberá hacer el juez inferior cuando dude de la sentencia que haya de dar? Tom. 4, pag. 226, §. 15.

El que pide una cosa por otra, puede corregir su error en el mismo juicio, y valdrá la sentencia que se diere. Tom. 4, pag. 226, §. 16.

El litigante temerario debe ser condenado en las costas que causó á su contrario, pidiéndolo este. Tom. 4, pag. 227, §. 17.

Aclaracion de la regla anterior. Tom. 4, pag. 227, §. 18.

Si fuere pobre el litigante temerario, y lo hiciere constar, no ha de ser preso, ni obligársele à dar fiador por el importe de las costas. Tom. 4, pag. 227, §. 19.

¿Que deberá practicar la parte vencedora si el juez no hiciere condenacion de costas habiéndose pedido? Tom. 4, pag. 228, §. 20.

¿Que sentencias podrá el juez revocar ó reformar? Tom. 4, pag. 228, §. 22.

¿A quien se deberá notificar la sentencia definitiva? Tom. 4, pag. 229, §. 23.

Notificada la sentencia definitiva, si la parte vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez, pretendiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada. Tom. 4, pag. 229, §. 24.

¿Que se entiende por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Tom. 4, pag. 230, §. 25.

Casos en que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se puede rescindir y revocar. Tom. 4, pag. 231, §. 26.

Sentencia y su consulta en la causa criminal. En su fallo debe el juez arreglarse à lo que halle justificado en autos, aun cuando privadamente le conste lo contrario. Tom. 7, pag. 397, §. 1.

El juez ha de absolver al acusado cuando no está suficientemente probado el delito, y solo resultan contra él algunos indicios ó presunciones. Tom. 7, pag. 397, §. 2.

Siendo absuelto del todo un acusado por haber demostrado su inocencia, deberia resarcírsele de los daños y perjuicios que hubiere padecido. Tom. 7, pag. 398, §. 3.

Para el mayor acierto de los fallos en las causas criminales está prevenido que los jueces inferiores den cuenta inmediata-

mente à los tribunales superiores de cualquiera muerte violenta, y otros delitos graves que se cometan. La sentencia que en ellos recaiga ha de consultarse con dichos tribunales superiores despues de pronunciada, y antes de publicarla. Tom. 7, pag. 398, §. 4.

Consultada la sentencia, si el tribunal superior la confirma, manda devolverla al juez que la pronunció con la cláusula de *ejecútese*; pero si advierte que aunque está bien sustanciada la causa no es arreglada la sentencia, por falta de pruebas suficientes ó por otro motivo, dispone que la *causa venga por su orden*. Efectos de esta providencia. Tom. 7, pag. 399, §. 5.

¿Que deberá hacerse cuando los excesos cometidos por el juez inferior en la formacion del proceso toquen en criminalidad? Tom. 7, pag. 400, §. 6.

No pasando de multa ó simple correccion la pena que merezca el juez por su exceso, no se le oye por mas que se escuse y quiera sincerarse hasta que previamente consigne y satisfaga la multa y costas en que haya sido condenado. Tom. 7, pag. 400, §. 7.

¿Que se hará cuando en la sentencia consultada se mencionen varios reos que cometieron un delito, y en cuanto á los unos parece aquella arreglada, y no en cuanto à los otros? Tom. 7, pag. 401, §. 8.

Las consultas de las causas criminales pendientes ante el corregidor de Madrid, sus tenientes y justicias del rastro de la Corte, van à la Sala de señores alcaldes de Casa y Corte. Tom. 7, pag. 401, §. 9.

Consulta que hace la misma Sala à S. M. de sus sentencias de muerte. Tom. 7, pag. 401, §. 10.

Las sentencias contra Grandes de España en causas criminales no han de pronunciarse sin consultarlas con el Consejo, y este con S. M. Tom. 7, pag. 402, §. 11.

No solo por consulta del juez inferior pasa la causa al tribunal superior, sino tambien por llamamiento de este, avocándola cuando la necesidad lo exige. Tom. 7, pag. 402, §. 12.

SERVIDUMBRES: division de ellas en reales y personales, y definicion de cada una de estas especies. Tom. 1, pag. 310, §. 1.

Subdivision en rústicas y urbanas. Tom. 1, pag. 310, §. 2.

De las urbanas. Tom. 1, pag. 310, §. 3.

De las rústicas. Tom. 1, pag. 311, §. 4.

Especies de servidumbre personal. Tom. 1, pag. 311, §. 5.
Del usufructo. Tom. 1, pag. 311, §. 6.
¿En que cosas puede constituirse? Tom. 1. pag. 312, §. 7.
Diferencia entre el usufructo y el uso. Tom. 1, pag. 321, §. 8.
Obligaciones peculiares del usufructuario. Tom. 1, pag. 312, §. 9.
Del derecho de habitacion. Tom. 1, pag. 313, §. 10.
¿Quien puede imponerse servidumbre? Tom. 1, pag. 313, §. 11.
La servidumbre es una calidad inherente á la cosa en que está constituida, y es indivisible de su naturaleza. Tom. 1, pag. 313, §. 12.
¿En que cosas no puede constituirse servidumbre? Tom. 1, pag. 314, §. 13.
¿De cuantos modos pueden constituirse las servidumbres? Tom. 1, pag. 314, §. 14.
De los modos de acabarse ó extingirse las mismas. Tom. 1, pag. 314, §. 15 al 17.
SIMONIA: su definicion, y varias especies que hay de ella. Tom. 7, pag. 162.
¿Quienes incurren en este delito? Tom. 7, pag. 162, artículo *simonia*.
Penas que se hallan establecidas en el derecho canónico y real. Tom. 7, pag. 163, §. 3 y siguientes.
SUMARIA: ¿que es, y cuál su objeto? Tom. 7, pag. 272, §. 1 y 2.
Primeras diligencias que se practican para la averiguacion del delito, cuando se procede á instancia ó por acusacion de parte. Tom. 7, pag. 274, §. 6.
Auto de oficio cuando se procede por pesquisa ó denuncia, ò sea de oficio. Tom. 7, pag. 274, §. 7.
Primeras diligencias que se practican para la averiguacion de un homicidio ejecutado con puñal ú otro instrumento que hiere. Tom. 7, pag. 275, §. 8 y 9.
Reconocimiento del cadaver por los facultativos. Tom. 7, pag. 275, §. 10.
Sepultura que debe dársele, y fe que ha de poner el escribano del sitio en que se le entierre, y de la mortaja que llevaba: ¿que deberá hacerse si el cadaver fuere de persona desconocida? Tom. 7, pag. 276, §. 11.
Examen de los parientes del difunto sobre la falta de aquel sugeto, y tiempo en que empezó à notarse. Tom. 7, pag. 276, §. 12.

Otra de las primeras dilegencias que deben practicarse es la de recoger el arma con que se ejecutó la muerte. Tom. 7, pag. 276, §. 13.

Averiguacion del delincuente. ¿Por cuantos medios puede hacerse? Tom. 7, pag. 306, §. 2 al 29.

El tercer objeto de la sumaria es asegurar la persona del delincuente. Véase el artículo *prision*.

Objetos 4.° y 5.° de la sumaria. Tomar al reo la *declaracion indagatoria y la confesion*: véanse estos artículos.

SÚPLICA ó primera suplicacion. De los tribunales superiores no se admite apelacion, y solo súplica: razon por qué, y objeto de este recurso. Tom. 4, pag. 275, §. 1.

Casos en que tiene ó no lugar la súplica. Tom. 4, pag. 276, §. 2 al 9.

En todos los casos en que no se admite la súplica, tampoco tiene lugar ninguna oposicion ni excepcion de nulidad aunque sea notoria, excepto cuando hubiere faltado la citacion necesaria para la defensa. Tom. 4, pag. 278, §. 10.

Derecho que tienen los colitigantes para adherirse á la súplica, como se practica en el recurso de la apelacion. Tom. 4, pag. 279, §. 11.

Término en que ha de interponerse la súplica. Tom. 4, pag. 279, §. 12.

Trámites que observan en la sustanciacion de las causas en revista. Tom. 4, pag. 280, §. 13 al 16.

Real pracmática de 18 de abril de 1792 autorizando al Consejo de Ordenes para que revise sus sentencias en grado de súplica. Tom. 4, pag. 281, nota 1.ª

Real Cédula de 21 de setiembre de 1783 prescribiendo que se admitan las súplicas de la Sala de provincia del Consejo en los casos suplicables, cuando por ella se hubieren revocado ó confirmado las sentencias de los alcaldes de Casa y Corte, y juzgados del corregidor de Madrid, y sus tenientes. Tom. 4, pag. 281, nota 2.ª

¿Para ante quien se ha de interponer la súplica del juez mayor de Vizcaya? Tom. 4, pag. 282, nota 3.ª

SUPLICACION (segunda:) ¿en que consiste? Tom. 4, pag. 284, §. 1.

Requisitos necesarios para que tenga lugar este recurso. El primero es que el pleito sobre que recae haya empezado en el Consejo, chancillerías ó audiencias. Tom. 4, pag. 284, §. 2.

El segundo requisito consiste en que la causa sea ardua y dificil, y de cantidad considerable, esto es que lo que se litigue tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza en los juicios sobre propiedad, y seis mil en los posesorios. Tom. 4, pag. 285, §. 3.

El tercer requisito se reduce á que quien interponga este recurso se obligue y dé fianzas de pagar, si la sentencia se confirmase mil y quinientas doblas. Tom. 4, pag. 286, §. 4.

¿En que casos no tiene lugar este recurso? Tom. 4, pag. 287, §. 5.

Siempre que las sentencias de vista y revista de los tribunales superiores sobre propiedad esten conformes enteramente, se han de ejecutar incontinenti, no obstante la segunda suplicacion, bajo la fianza que alli se expresa. Tom. 4, pag. 287, §. 6.

¿Como ha de entenderse dicha conformidad? Tom. 4, pag. 287, §. 7.

Cuando en la sentencia de revista se añade la condenacion de costas, aunque no hay conformidad en esta última parte, se ejecutan en el todo por ser accesorio á lo principal. Tom. 4, pag. 288, §. 8.

Nadie puede eximirse de dar las fianzas para que se ejecute lo decidido uniformemente en vista y revista. Tom. 4, pag. 288, §. 9.

Diversa práctica que hay en las audiencias de Indias sobre este punto. Tom. 4, pag. 289, §. 10.

Término que se concede para interponer el recurso de segunda suplicacion, y necesidad de expresar en él las causas del agravio. Tom. 4, pag. 289, §. 11.

La chancillería ò audiencia provee auto concediendo ó negando el testimonio para presentarse á S. M.: ¿que deberá hacer el suplicante en uno y otro de estos dos casos? Tom. 4, pag. 290, §. 12.

Caso único en que las audiencias de América tienen facultad para declarar si hay lugar al grado de segunda suplicacion. Tom. 4, pag. 290, §. 13.

Diligencias que se practican para hacer la notificacion á S. M. Tom. 4, pag. 291, §. 14.

Practicada esta notificacion, ¿que deberá hacer el suplicante? Tom. 4, pag. 291, §. 15.

En este recurso es admisible la adhesion al contrario ó colitigante, como en el grado de apelacion ó de súplica. Tom. 4, pag. 291, §. 16.

Aun que segun la ley las causas han de verse y determinarse en el grado de segunda suplicacion por lo que resulte de los mismos autos, hay ejemplares de haberse admitido nuevos documentos. Tom. 4, pag. 291, §. 17.

Doctrina del señor Conde de la Cañada sobre este punto. Tom. 4, pag. 292, §. 18, 19 y 20.

Si despues de instruida la segunda suplicacion falleciese el que se valió de este recurso, ¿que deberá hacer su heredero? Tom. 4, pag. 292, §. 21.

De los demas trámites que se observan en este recurso. Tom. 4, pag. 293, §. 22 al 27.

De la sentencia dada por la Sala de mil y quinientas en el grado de segunda suplicacion, no hay recurso ni súplica alguna. Tom. 4, pag. 295, §. 23.

Reales Cédulas de S. M. de 10 de mayo de 1797, y 8 de abril de 1802. Por la primera tuvo á bien mandar S. M. que se admitiese en el supremo Consejo de la Guerra el recurso de segunda suplicacion, y en la segunda se declara que dicho recurso de las sentencias de revista del Consejo de Ordenes está reservado al supremo Consejo de Castilla. Tom. 4, pag. 295, nota.

SUPOSICION DE PARTO. Modo de proceder en la averiguacion de este delito. Tom. 7, pag. 301, §. 84.

SUSTITUCION DE CENSO: véase la palabra *censo*.

SUSTITUCION DE HEREDERO: ¿que es, y en cuantas especies se divide? Tom. 1, pag. 427, §. 1.

¿Que es sustitucion vulgar? Tom. 1, pag. 427, §. 2.

¿Que debe hacerse cuando la institucion es desigual? Tom. 1, pag. 427, §. 3.

De la sustitucion popular. Tom. 1, pag. 428, §. 4.

De la sustitucion del póstumo. Tom. 1, pag. 428, §. 5.

La sustitucion popular es manifiesta ó tácita. Tom. 1, pag. 428, §. 6.

Si tiene el testador dos hijos, uno mayor, y otro menor de catorce años, muerto el segundo lo heredará el primero por sustitucion pupilar, sino por parentesco. Tom. 1, pag. 429, §. 7.

No puede el abuelo sustituir pupilarmente á su nieto. Tom. 1, pag. 429, §. 8.

Puede el padre sustituir pupilarmente à un hijo desheredado. Tom. 1, pag. 430, §. 9.

¿Que sucede en la sustitucion pupilar en un hijo arrogado? Tom. 1, pag. 430, §. 10.

El sustituto pupilar queda dueño absoluto de los bienes del pupilo. Tom. 1, pag. 430, §. 11.

El padre por medio de la sustitucion pupilar puede privar á la madre de la sucesion de sus bienes. Tom. 1, pag. 431, §. 12.

¿Por cuantas causas fallece la sustitucion pupilar? Tom. 1, pag. 432, §. 13.

¿Que es sustitucion ejemplar? Tom. 1, pag. 433, §. 14.

¿Que orden debe guardarse en esta sustitucion? Tom. 1, pag. 434, §. 15.

Puede ser sustituido ejemplarmente el que tuviere incapacidad de testar. Tom. 1, pag. 434, §. 16.

¿Por cuantas causas fallece esta sustitucion? Tom. 1, pag. 435, §. 17.

¿Que es sustitucion compendiosa? Tom. 1, pag. 435, §. 18.

¿En que bienes heredará la madre al pupilo, si estando sustituida muere impúbero? Tom. 1, pag. 435, §. 19 y 20.

¿Que es sustitucion brevilocua? Tom. 1, pag. 436, §. 21.

¿Que es sustitucion fideicomisaria? Tom. 1, pag. 436, §. 22.

Casos relativos á la doctrina de esta sustitucion. Tom. 1, pag. 437, §. 23 al 27.

¿Que han establecido nuestras leyes en este punto? Tom. 1, pag. 437, §. 28.

Autores que lo han tratado mas extensamente. Tom. 1, pag. 438, §. 29.

El sustituido sucede al heredero en toda la porcion en que fue instituido este. Tom. 1, pag. 338, §. 30.

Excepcion de esta regla general. Tom. 1, pag. 438, §. 31.

Un grado de sustitucion declara otro grado. Tom. 1, pag. 438, §. 32.

Resolucion de varios casos. Tom. 1, pag. 439, §. 33 y 34.

La designacion de los sustitutos por su propio nombre ó por el apelativo no induce diferencia. Tom. 1, pag. 439, §. 35.

Observacion de la partícula *con* en las sustituciones. Tom. 1, pag. 440, §. 36.

Caso dudoso de varios herederos y sustitutos. Tom. 1, pag. 440, §. 37.

Excepcion de la doctrina antecedente. Tom. 1, pag. 440, §. 38.

Otro caso y su resolucion. Tom. 1, pag. 441, §. 39.

Sobre si la condicion impuesta al heredero comprende tambien al sustituto. Tom. 1, pag. 441, §. 40.

TACHAS: objeto que se propuso la ley permitiendo poner tachas á los testigos. Tom. 4, pag. 204, §. 1.

Hecha publicacion en cualquiera de las instancias, podrá cada litigante poner tachas á los testigos ó á sus declaraciones. Tom. 4, pag. 205, §. 2.

Requisitos necesarios para que se admitan las tachas ó repulsas de los testigos. Tom. 4, pag. 205, §. 3.

¿Como y en qué término se han de oponer las tachas? Tom. 4, pag. 206, §. 4.

Siendo admisibles las tachas, se ha de dar término arbitrario para su justificacion, con tal que no exceda de la mitad del probatorio concedido en la causa principal. Tom. 4, pag. 206, §. 5.

Para justificar las tachas por testigo se han de buscar los que sean idóneos y fidedignos que ninguna tengan. Tom. 4, pag. 207, §. 6.

¿Cuantos son los géneros de tachas que se pueden oponer á los testigos? Tom. 4, pag. 208, §. 7.

¿Si para poder tachar á los testigos contrarios será necesario protestar contra sus personas y dichos al tiempo de juramentarlos? Tom. 4, pag. 208, §. 8.

La parte que hubiese presentado testigos en algun juicio, no puede tachar sus personas en él, ni tampoco en otro si se presentan contra ella. Tom. 4, pag. 209, §. 9.

¿Si podrá el juez repeler de oficio los dichos de los testigos inhábiles? Tom. 4, pag. 209, §. 10 y 11.

Pasado el término de la restitucion y prueba de tachas, han de alegar las partes de bien probado. Tom. 4, pag. 210, §. 12.

¿Que deberá hacerse si alguna de las partes no quiere tomar los autos? Tom. 4, pag. 210, §. 13.

Aunque no es sustancial en el juicio, ni se anula este por no alegar las partes de su derecho, no obstante está introducido por varios motivos que se les comuniquen las probanzas para que aleguen. Tom. 4, pag. 210, §. 14.

TANTEO: véase retracto.

TASACION de los bienes inventariados: casos en que no es necesaria. Tom. 6, pag. 35, §. 1 y 2.

Para hacer la tasacion han de ser citadas las partes, excepto en los casos que allí se expresan. Tom. 6, pag. 35, §. 3.

El aprecio de los bienes debe hacerse por peritos. Tom. 6, pag. 36, §. 4.

Circunstancias que deben tener estos. Tom. 6, pag. 36, §. 5.

El juramento que hacen los peritos es de *creencia*. Tom. 6, pag. 36, §. 6.

Los peritos que tienen nombramiento público pueden ser compelidos á admitir su encargo, y aun los nombrados por las partes cuando no hay otros igualmente idóneos. Tom. 6, pag. 36, §. 7.

Pueden ser recusados los peritos nombrados por el juez con solo el juramento de tenerlos por sospechosos; pero si aquel los nombra por contumacia de los interesados, es necesaria justa causa para recusarlos. Tom. 6, pag. 37, §. 8.

Cuando las mismas partes eligen los peritos, no pueden recusarlos. Tom. 6, pag. 37, §. 9.

Los peritos deben examinar cada una de las cosas que valúan, pues de lo contrario es nula la tasacion. Tom. 6, pag. 37, §. 10.

No se deben valuar precisamente los bienes por el precio en que se compraron, sino por su estimacion presente. Tom. 6, pag. 38, §. 11.

Si los peritos discordaren en las tasaciones, han de elegir los interesados un tercero en discordia. Tom. 6, pag. 39, §. 13.

Si todos los nombrados y el tercero estuvieren discordes, puede el juez seguir el parecer ó dictamen que le parezca mas arreglado, ó bien elegir un medio proporcional. Tom. 6, pag. 40, §. 14.

¿En que caso se ha de atender para la valuacion al tiempo en que murió el testador? Tom. 6, pag. 40, §. 12.

¿Si el tercero en discordia estará obligado á seguir el dictamen de alguno ó algunos de los otros peritos? Tom. 6, pag. 40, §. 15.

Cuando son muchos los peritos y todos estan discordes entre sí, ¿á quienes deberá dar crédito? Tom. 6, pag. 41, §. 16.

Los peritos y el tercero, ya sean elegidos por las partes, ó por el juez, no pueden delegar su oficio en otro. Tom. 6, pag. 41, §. 17.

Remedios que competen al agraviado cuando los peritos proceden con injusticia en la tasacion. Tom. 6, pag. 41, §. 18.

Para que el juez defiera á la reduccion á albedrio de buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta si otro lo contradice. Tom. 6, pag. 42, §. 19.

Siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se conviene en

que se apliquen por el precio de la tasa, tiene aquel derecho á valerse de un tercero extraño que lo apronte incontinenti. Tom. 6, pag. 42, §. 20.

Si se vendieren algunos de los bienes inventariados luego que se tasen, y diere por ellos al contado uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ó quisiere tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado. Tom. 6, pag. 42, §. 21.

Cuando una heredad tiene múchas fanegas de sembradura, unas mejores que otras, y fue tasada á tanto cada fanega una con otra, el heredero que las quiera ha de pujarlas todas ó ninguna. Tom. 6, pag. 42, §. 22.

La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia ha de hacerse luego que esten tasados, y antes que se proceda á la division. Tom. 6, pag. 43, §. 23.

Cerciorados los herederos del aprecio de los bienes inventariados, y hecha á cada uno su respectiva aplicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion. Tom. 6, pag. 43, §. 24.

Si una cosa estuviese apreciada en mucho mas de su justo valor, y los contadores la adjudicaren íntegra á uno de los herederos sin sortearla, puede aquel á quien se aplicó reclamar por via de querella la adjudicacion. Tom. 6, pag. 44, §. 25.

Los aprecios de los tasadores no perjudican à los acreedores ni legatarios del difunto, excepto en el caso que alli se expresa. Tom. 6, pag. 44, §. 26.

¿Cuando perjudicará la tasacion à los terceros poseedores? Tom. 6, pag. 45, §. 27.

Se ha de apreciar por lo que justamente vale la cosa legada, aunque el testador dijese que valia menos, y hubiese mandado que se diese al legatario por este inferior precio. Tom. 6, pag. 45, §. 28.

En orden á los juros, se ha de sacar certificacion de sus capitales y réditos para inventariarlos y dividirlos. Tom. 6, pag. 46, §. 29.

TENUTA: ¿que es? Tom. 2, pag. 59, §. 1 y 2.

Requisitos necesarios para entablar la demanda de tenuta. Tom. 2, pag. 54, §. 9.

No se da restitucion contra el término prefijado por la ley para presentar la demanda de tenuta. Tom. 2, pag. 54, §. 10.

¿Que debe pedirse en ella? Tom. 2, pag. 55, §. 11.

De los trámites que se observan en el juicio de tenuta. Tom. 2, pag. 55, §. 12 al 15.

TERCER OPOSITOR á la via ejecutiva: ¿quien es? Tom. 5, pag. 180, §. 1 y 2.

El tercer opositor ha de hacer la oposicion ante el juez que entiende en la causa ejecutiva. Tom. 5, pag. 180, §. 3.

¿Cuando podrá hacerla no solo ante el juez originario de la causa, sino ante el mixto ejecutor? Tom. 5, pag. 181, §. 4.

Para admitir la oposicion basta la simple narrativa del derecho que compete al opositor. Tom. 5, pag. 181, §. 5.

Cuando el tercero coadyuva el derecho del ejecutante ó del ejecutado, debe tomar y proseguir el juicio en el estado en que le halle. Tom. 5, pag. 181, §. 6.

La oposicion del tercero no suspende el curso de la via ejecutiva siempre y absolutamente, sino en dos casos que alli se expresan. Tom. 5, pag. 181, §. 7.

Limitacion de la doctrina anterior. Tom. 5, pag. 182, §. 8.

Habiendo instituido el deudor por heredero á un acreedor suyo, si este acepta la herencia con beneficio de inventario, lo hace legalmente, y luego le ejecuta como tal heredero otro acreedor del testador, podrá oponerse á la ejecucion como reo ó como actor. Efectos de cada uno de estos dos modos, ¿y cual es el mas útil? Tom. 5, pag. 182, §. 9 y 10.

Diversas opiniones de los autores acerca de la cuestion siguiente. Cuando ejecuta al deudor un acreedor hipotecario, si ocurre antes de la sentencia, y su ejecucion otro tambien hipotecario en los bienes ejecutados, ò personal privilegiado, acreditando ser preferido al ejecutante, y pretendiendo se le pague primero que á este, ¿que deberá hacerse? Tom. 5, pag. 183, §. 11 y 12.

Si ejecutando un acreedor al deudor despues de cumplido el plazo de la escritura, ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo crédito es anterior en la obligacion, pero en el plazo del pago posterior al del ejecutante, será preferido el que es primero en la obligacion en el caso que alli se expresa. Tom. 5, pag. 184, §. 13.

Admitida la oposicion del tercero se debe dar traslado de ella al ejecutante y ejecutado, recibirse la causa á prueba si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria. Tom. 5, pag. 184, §. 14.

Se ha de ejecutar bajo de una de las fianzas de Toledo ó

Madrid, la sentencia dada en el juicio ejecutivo en que hubo oposicion de uno ó mas terceros, cuando estos salieron auxiliando el derecho del ejecutante ó ejecutado. Tom. 5, pag. 185, §. 15.

Aunque la hipoteca y obligacion de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad real, y con las cláusulas mas eficaces, siempre se entiende y es subsidiaria. Tom. 5, pag. 185, §. 16.

TESORO: el que se encuentra pertenece al Rey, á excepcion de la cuarta parte que es para el denunciador. Tom. 1, pag. 303, §. 6.

TESTAMENTO: ¿que es? Tom. 1, pag. 317, §. 1.

Facultad de otorgarle y su importancia. Tom. 1, pag. 317, §. 2.

Es de dos maneras: solemne y privilegiado. Tom. 1, pag. 417, §. 3.

El solemne puede ser nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado. Tom. 1, pag. 318, §. 4.

El abierto puede otorgarse ante escribano ó sin él, ¿y en que forma? Tom. 1, pag. 318, §. 5.

Calidades requeridas en los testigos. Tom. 1, pag. 318, §. 6.

¿Como ha de entenderse la vecindad? Tom. 1, pag. 319, §. 7.

¿Cuando se dirá vecino el estrangero? Tom. 1, pag. 319, §. 8.

Los legatarios pueden ser testigos del testamento en que se les dejan legados. Tom. 1, pag. 319, §. 9.

El escribano debe ser de los del número del pueblo en que se otorgue el testamento. Tom. 1, pag. 319, §. 10.

¿Que es testamento escrito ó cerrado, y cuantos testigos ha de haber en él? Tom. 1, pag. 319, §. 11.

¿Que deberá hacerse cuando el testador no sabe, ó no puede firmar? Tom. 1, pag. 321, §. 12.

Cuando ninguno de los testigos sabe firmar, es nulo este testamento. Tom. 1, pag. 321, §. 13.

Circunstancias que se requieren para la validez del testamento otorgado ante escribano. Tom. 1, pag. 322, §. 14.

En los testamentos simultáneos de marido y muger no es menester mayor número de testigos que para el de uno solo. Tom. 1, pag. 322, §. 15.

Requisitos necesarios para el testamento del ciego. Tom. 1, pag. 322, §. 16.

¿Cuales necesita el testamento privilegiado? Tom. 1, pag. 323, §. 17.

¿Que debe hacerse para elevar un testamento à instrumento público? Tom. 1, pag. 324, §. 18.

El que no tiene prohibicion de testar puede hacer cuantos testamentos quiera. Tom. 1, pag. 324, §. 19.

Tienen esta prohicion los impúberos, mas no por eso se dirá que mueren intestados. Tom. 1, pag. 324, §. 20.

La tienen el loco y el desmemoriado. Tom. 1, pag. 325, §. 21.

El pródigo, el sordo y mudo por naturaleza. Tom. 1, pag. 325, §. 22.

El condenado à muerte ó deportacion en lo que prohiba la sentencia; los dados en rehenes; los condenados por autores de libelos, y los hereges declarados por tales. Tom. 1, pag. 325, §. 23.

Los hereges tolerados no estan inhibidos de testar. Tom. 1, pag. 325, §. 24.

Lo estan los siervos y los usureros públicos. Tom. 1, pag. 326, §. 25.

Los canónigos seglares, los religiosos profesos, y caballeros de San Juan, que no han obtenido licencia. Tom. 1, pag. 326, §. 26.

Los excomulgados vitandos. Tom. 1, pag. 326, §. 27.

Los clérigos pueden testar de todos sus bienes. Tom. 1, pag. 326, §. 28.

No pueden hacerlo los obispos de los emolumentos de su obispado. Tom. 1, pag. 327, §. 29.

Los peregrinos pueden hacer testamento. Tom. 1, pag. 327, §. 30.

Tambien los extrangeros con arreglo á los convenios vigentes. Tom. 1, pag. 327, §. 31.

Advertencia sobre el testamento de los extrangeros. Tom. 1, pag. 562, §. 10.

Los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad no pueden testar sin licencia de sus padres, sino con limitacion. Tom. 1, pag. 328, §. 32.

La licencia del Rey habilita à los que no pueden testar, y la presencia del mismo excusa de otros testigos. Tom. 1, pag. 328, §. 33.

Para que el testamento solemne produzca sus efectos son precisas cuatro cosas. Tom. 1, pag. 329, §. 34.

Otros requisitos que debe tener, aun cuando su falta no lo invalide. Tom. 1, pag. 329, §. 35.

De otras varias cosas que puede contener un testamento. Tom. 1, pag. 330, §. 36.

Causas por que un testamento puede declararse nulo. Tom. 1, pag. 330, §. 37.

El testamento puede revocarse por otro posterior. Tom. 1, pag. 467, §. 2.

Hay casos sin embargo en que vale el primero. Tom. 1, pag. 468, §. 3.

¿En que terminos debe expresarse la revocacion para evitar toda duda? Tom. 1, pag. 468, §. 4.

No debe el escribano insertar la cláusula revocatoria sin enterar de sus efectos al testador. Tom. 1, pag. 469, §. 5.

Diligencias que deben practicarse para la apertura de los testamentos. El que tiene en su poder algun testamento cerrado debe presentarle à la justicia dentro de un mes despues de la muerte del testador. Tom. 1, pag. 552, §. 1.

El interesado en un testamento puede pedir por sí ó por procurador, que se abra y publique. Tom. 1, pag. 552, §. 2.

A la abertura precederá el examen de los testigos, y reconocimiento de sus firmas. Tom. 1, pag. 552, §. 3.

¿Que deberá hacerse cuando no puedan ser habidos todos los testigos? Tom. 1, pag. 552, §. 4.

¿Como se suplirá su falta si todos han muerto? Tom. 1, pag. 554, §. 5.

Antes de publicado un testamento son nulos los contratos que se celebren sobre cosas de la herencia. Tom. 1, pag. 554 §. 6.

¿En que caso no debe dar el juez copia del testamento? Tom. 1, pag. 555, §. 7.

¿Que deberá hacer el heredero para llevar à efecto un testamento nuncupativo, hecho sin escribano, ó verbalmente? Tom. 1, pag. 555, §. 8.

El testador puede prohibir que se abra su testamento cerrado, ó parte de él, hasta el tiempo que tenga á bien prefijar. Tom. 1, pag. 563, §. 12.

Lo mismo puede hacer en testamento nuncupativo, á cuyo fin se conservarán cerradas las hojas que no deben publicarse. Tom. 1, pag. 563, §. 13.

El testamento puede otorgarse à cualquiera hora del dia ó de la noche. Tom. 1, pag. 564, §. 14.

No debe el escribano designar persona al testador cuando le pregunte à quién instituye heredero. Tom. 1, pag. 564, §. 15.

¿Como debe conducirse el escribano cuando el testador no pueda pronunciar con claridad? Tom. 1, pag. 565, §. 16.

¿Que debe hacer cuando el testador padece demencia con lúcidos intervalos? Tom. 1, pag. 565, §. 17.

¿Como ha de haberse con el testador que no habla, ni entiende el idioma? Tom. 1, pag. 566, §. 18.

¿Por que razones no puede el escribano autorizar un testamento cerrado en que es instituido heredero? Tom. 1, pag. 566, §. 19.

¿En que manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento? Tom. 1, pag. 567, §. 20 al 22.

TESTAMENTARIOS: ¿que se entiende por testamentario ó albacea? Tom. 1, pag. 474, §. 1.

No pueden ser albaceas los que tienen prohibicion de testar. Tom. 1, pag. 475, §. 2.

¿De cuantas clases son los ejecutores de últimas voluntades? Tom. 1, pag. 475, §. 3.

Los testamentarios pueden demandar judicialmente los bienes del testador, ¿y en que casos? Tom. 1, pag. 476, §. 4.

Los testamentarios universales estan obligados á inventariar los bienes de la herencia. Tom. 1, pag. 477, §. 5.

Término en que deben evacuar su encargo. Tom. 1, pag. 478, §. 6.

Deben dividir entre sí el legado que les deje el testador. Tom. 1, pag. 478, §. 7.

Sino cumplen su encargo, pierden la manda. Tom. 1, pag. 478, §. 8.

No deben los albaceas percibir salario alguno por su comision. Tom. 1, pag. 479, §. 9.

Nota sobre la declaracion de pobre. Tom. 1, pag. 80.

TESTIGOS. De las personas que no hacen fe en juicio, y por consiguiente no pueden servir de testigos. Tom. 4, pag. 137, §. 34.

¿Quienes no podrán ser apremiados para comparecer como testigos en los juicios civiles? Tom. 4, pag. 138, §. 35.

De los que no pueden serlo en causas criminales. Tom. 4, pag. 138, §. 36 y 37.

¿En qué casos hará fe el dicho del esclavo? Tom. 4, pag. 139, §. 38.

¿Como deberá recibirse el juramento á los testigos? Tom. 4, pag. 139, §. 39.

El testigo que no haya sido juramentado, no deberá regularmente ser creido. Tom. 4, pag. 140, §. 40.

¿Como han de jurar los católicos? Tom. 4, pag. 141, §. 41.

¿Como habrán de hacerlo los judíos? Tom. 4, pag. 141, §. 42.

Fórmula del juramento de los moros. Tom. 4, pag. 141, §. 43.

Fórmula del juramento de los hereges. Tom. 4, pag. 142, §. 44.

Modo de jurar los eclesiásticos seculares, y los religiosos. Tom. 4, pag. 142, §. 45.

¿Como han de jurar los arzobispos y obispos? Tom. 4, pag. 143, §. 46.

Del modo de formar los interrogatorios. Tom. 4, pag. 143, §. 47 al 50.

Del interrogatorio de una parte no se da traslado á la otra, sino en los tribunales eclesiásticos. Tom. 4, pag. 145, §. 51.

Destreza que debe tener el escribano para examinar bien á los testigos. Tom. 4, pag. 145, §. 52 al 54.

En el examen de la parte y testigos, no debe usarse de preguntas sugestivas. Tom. 4, pag. 148, §. 55.

No debe permitirse al testigo que corrija ó amplie su declaracion despues de haberla firmado, si hubiese hablado ó tenido tiempo para hablar con alguna de las partes. Tom. 4, pag. 148, §. 56.

No deben apartarse los testigos despues de juramentados, de la presencia del que los examina hasta que evacuen su declaracion. Tom. 4, pag. 149, §. 57.

Los testigos solo deben ser preguntados sobre aquellas preguntas de cuyo contenido sean sabedores. Tom. 4, pag. 149, §. 58.

Cada testigo debe ser examinado secreta y separadamente de los demas. Tom. 4, pag. 149, §. 59.

¿Que deberá hacerse cuando hayan de ser examinados los testigos por intérpretes? Tom. 4, pag. 150, §. 60.

Las partes estan obligadas á satisfacer á los testigos los gastos que hagan en ir á declarar. Tom. 4, pag. 150, §. 61.

El juez puede apremiar á los testigos por prision y embargo de bienes. Tom. 4, pag. 151, §. 62.

De las requisitorias para examinar testigos fuera del territorio del juez de la causa. Tom. 4, pag. 151, §. 63.

Dentro del término probatorio podrán las partes presentar otro interrogatorio, insertando en él algunos particulares omitidos que sean conducentes à su defensa. Tom. 4, pag. 152, §. 64.

Un solo testigo no hace prueba plena. Tom. 4, pag. 152, §. 65.

Hacen plena prueba dos testigos hábiles, contestes, excepto para justificar pago ú otro contrato de que se haya otorgado escritura pública ó testamento, en cuyos casos son necesarios mas. Tom. 4, pag. 152, §. 66.

Se permite sin embargo à cada litigante presentar hasta treinta testigos sobre cada pregunta. Tom. 4, pag. 152, §. 67 y 68.

No hacen plena prueba los testigos varios y singulares. ¿Que se entiende por singularidad obstativa? Tom. 4, pag. 153, §. 69.

De la singularidad cumulativa. Tom. 4, pag. 154, §. 70.

De la singularidad diversificativa. Tom. 4, pag. 154, §. 71.

¿Que deberá hacer el juez probando entrambas partes su intencion con testigos? Tom. 4, pag. 155, §. 72.

¿Que deberá hacerse cuando las partes se comprometen en árbitros, y estos recibieren declaraciones de testigos? Tom. 4, pag. 155, §. 73.

Edad necesaria en los testigos para deponer en causa criminal. Tom. 7, pag. 371, §. 50.

¿Quienes se consideran faltos de conocimiento para ser testigos? Tom. 7, pag. 371, §. 6.

Por falta de probidad no pueden ser testigos los que alli se expresan. Tom. 7, pag. 371, §. 7.

Tampoco pueden serlo por falta de imparcialidad los que alli se designan. Tom. 7, pag. 371, §. 8.

Observaciones acerca de la falta de idoneidad en algunos de los testigos mencionados. Tom. 7, pag. 372, §. 9.

Los eclesiásticos no pueden ser testigos contra legos en causa criminal, aunque el delito sea de los atroces exceptuados, si por él se há de imponer pena de sangre. Tom. 7, pag. 373, §. 10.

¿Cuantos testigos se necesitan para hacer plena prueba en las causas criminales? Tom. 7, pag. 374, §. 11.

Los testigos deben ser contestes, esto es, han de convenir en el acto, tiempo, lugar y persona. Tom. 7, pag. 374, §. 12 y siguientes.

Procediéndose por delitos de hechos, no se tienen por bue-

na y completa probanza las declaraciones sobre dichos relativos à ellos. Tom. 7, pag. 376, §. 16.

Cuando los reos ó los testigos varian entre sí, ó estos ó aquellos, ó los acusadores y acusados, suele recurrirse al careo con el objeto de apurar la verdad. Tom. 7, pag. 376, §. 17.

¿En que clase de delitos se admiten los testigos inhábiles? Tom. 7, pag. 377, §. 18.

Si los que son llamados para atestiguar se rehusaren à hacerlo, ó à comparecer, se les podrá apremiar por prision y embargo de bienes. Tom. 7, pag. 377, §. 19.

¿Que se deberá hacer cuando haya de examinarse un testigo sujeto á diversa jurisdiccion de la del juez que entiende en la causa? Tom. 7, pag. 378, §. 20.

¿Para que efecto servirán las declaraciones de los testigos hechas ante un juez incompetente? Tom. 7, pag. 378, §. 21.

De la ratificacion de los testigos, ¿y en que términos podrán estos ampliar ó adicionar sus declaraciones? Tom. 7, pag. 378, §. 22 al 27.

Caso en que puede hacerse la ratificacion por requisitoria. Tom. 7, pag. 380, §. 28.

¿Si en casos urgentísimos se podrán ratificar los testigos luego que hayan hecho su declaracion? Tom. 7, pag. 380, §. 29.

¿Que deberá hacerse cuando el testigo resulta falso ó perjuro? Tom. 7, pag. 380, §. 30.

¿Que se hará si el testigo luego que acaba su declaracion pretende enmendar, ó dar otro sentido á lo que depuso? Tom. 7, pag. 381, §. 31.

TUMULTO, sedicion ó asonada: modo de proceder en la averiguacion de estos delitos. Tom. 7, pag. 302, §. 85.

TUTELA: su definicion. Tom. 1, pag. 141, §. 1.

¿Quienes pueden nombrar tutores por testamento ó contrato en sanidad? Tom. 1, pag. 142, §. 2.

¿Quienes pueden ser nombrados tutores? Tom. 1, pag. 143, §. 3.

Las mugeres no pueden ser tutoras, á excepcion de la madre y abuela del pupilo. Tom. 1, pag. 144, §. 4.

Esta tutela de la abuela y la madre dura solamente mientras se mantienen viudas. Tom. 1, pag. 144, §. 5.

Se entiende lo dicho en el párrafo anterior aun cuando el marido difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela. Tom. 1, pag. 145, §. 6.

De la tutela testamentaria. Tom. 1, pag. 146, §. 7.

La madre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos y naturales, instituyéndolos herederos, y confirmando el juez dicho nombramiento. Tom. 1, pag. 147, §. 8.

El abuelo paterno puede dar tutor en los mismos términos á sus nietos, con tal que estos no hayan de recaer en la potestad de su padre. Tom. 1, pag. 147, §. 9.

De la tutela legítima. Tom. 1, pag. 148, §. 10.

Todos los consanguíneos del pupilo pueden ser obligados á admitir la tutela, excepto la abuela y la madre. Tom. 1, pag. 148, §. 11.

Pena del pariente que no quiera admitir la tutela sin causa legítima, cuando por derecho le toca. Tom. 1, pag. 149, §. 12.

De la tutela dativa. Tom. 1, pag. 149, §. 13.

¿Quienes deben pedir al juez que provea de tutor al pupilo cuando no le tiene? Tom. 1, pag. 150, §. 14.

El juez debe discernir las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos, para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes. Tom. 1, pag. 151, §. 15.

Causas porque se acaban la tutela y curaduría. Tom. 1, pag. 163, §. 1.

Del tutor y curador sospechoso. Tom. 1, pag. 163, §. 2.

Causas porque el tutor y curador pueden ser removidos por sospechosos. Tom. 1, pag. 164, §. 3.

Fenecida la edad pupilar no está obligado el tutor á recibir la curaduría, pero debe dar cuentas al menor; y luego que este cumpla veinte y cinco años, se las debe dar su curador. Tom. 1, pag. 165, §. 4.

Si el tutor no hubiese dado cuentas, ni entregado los bienes y papeles al menor, está obligado en el tiempo de la pubertad á seguir las causas ó negocios conexos con los empezados en la edad pupilar. Tom. 1, pag. 166, §. 5.

De las excusas para no admitir la tutela: unas son voluntarias, y otras necesarias. Tom. 1, pag. 166, §. 6.

Las excusas deben manifestarse al juez del pueblo ó territorio en donde estuviere hecho el nombramiento dentro de cincuenta dias al en que tuvieren noticia judicial de él. Tom. 1, pag. 168, §. 7.

TUTORES Y CURADORES. Para poder desempeñar su encargo deben jurar antes que cumplirán exactamente las obligaciones anexas al mismo. Tom. 1, pag. 156, §. 1.

Deben ademas afianzar, aunque sean muy ricos, para la responsabilidad de la tutela ó curaduría. Tom. 1, pag. 157, §. 2.

La obligacion de dar fianzas seguras se entiende para con los tutores y curadores legítimos, aunque sean la madre y la abuela. Tom. 1, pag. 158, §. 3.

Discernida la tutela y curaduría, han de hacer los tutores y curadores inventario solemne y específico de los bienes de los menores. Tom. 1, pag. 159, §. 4.

Aunque no está prefijado término por el derecho para principiar y concluir dicho inventario, lo han de hacer lo mas pronto que puedan; y si tardaren mucho en ejecutarlo, podrán ser removidos como sospechosos. Tom. 1, pag. 159, §. 5.

Si dejaren de hacer el inventario por dolo ó sin causa legítima, deberán satisfacer á los menores el daño ó pérdida que estos prueben habérseles ocasionado. Tom. 1, pag. 159, §. 6.

Tambien serán responsables al resarcimiento del daño é interes si ejecutaren mal el inventario, y este daño se probará por el juramento judicial que contra ellos haga la parte interesada. Tom. 1, pag. 160, §. 7.

Por el dolo del tutor no ha lugar, regularmente hablando, dicho juramento contra sus herederos. Tom. 1, pag. 160, §. 8.

Los tutores y curadores deben dar la correspondiente educacion á los pupilos, y alimentarlos de los frutos de su hacienda. Tom. 1, pag. 161, §. 9.

No deben vender, trocar, donar, empeñar ni enagenar los bienes raices ni los muebles preciosos del menor, sino para ciertos gastos indispensables. Tom. 1, pag. 162, §. 10.

VAG

VAGOS. Jueces á quienes corresponde conocer de las causas de vagancia; y modo de proceder en ellas. Tom. 7, pag. 201. Apéndice 10.

VENIA: ¿quienes deben pedirla, y á que personas para comparecer en juicio? Tom. 4, pag. 11 y 12, §. 14 al 17.

VIOLACION de muger: modo de proceder en este delito. Tom. 7, pag. 291, §. 51.

VISITAS GENERALES DE CARCELES. Ceremonial que se observa en ellas. Tom. 7, pag. 58, §. 22 al 42.

Visitas ordinarias que se hacen en el sábado de cada semana. Ceremonial que se observa en ellas, y efectos que producen. Tom. 7, pag. 63, §. 43 al 56.

Casos en que no tiene facultad la visita para soltar ni sentenciar. Tom. 7, pag. 66, §. 57 al 60.

VISTA ó inspeccion ocular, y evidencia de una cosa ó hecho: es una de las especies de prueba judicial. Tom. 4, pag. 174, §. 103, y tom. 7, pag. 382, §. 35.

USO: véase servidumbres.

USUFRUCTO: véase la palabra servidumbres.

USUFRUCTO EN LA HERENCIA Y LEGADOS. ¿En que se diferencia el usufructo del legado anuo? Tom. 1, pag. 515, §. 1.

¿Debe el usufructuario pagar las deudas del propietario? Tom. 1, pag. 515, §. 2.

Si procede de última voluntad debe pagarlas. Tom. 1, pag. 515, §. 3.

Excepcion de esta doctrina. Tom. 1, pag. 516, §. 4.

¿Quien debe pagar los réditos del censo impuesto sobre la finca de que se tiene el usufructo? Tom. 1, pag. 516, §. 5.

El usufructuario debe satisfacer las cargas de la finca. Tom. 1, pag. 516, §. 6.

¿Que debe hacerse en el usufructo recíproco de marido y muger cuando el consorte viudo lo revoca? Tom. 1, pag. 517, §. 7.

El usufructuario de bienes que se consumen con el uso debe dar fianzas. Tom. 1, pag. 517, §. 8.

El testador no puede remitir las fianzas al usufructuario. Tom. 1, pag. 518, §. 9.

¿Que se entiende por fianza de usar la cosa á juicio de buen varon? Tom. 1, pag. 516, §. 10.

El usufructuario no puede enagenar el derecho de usufructo; pero sí los frutos que produzca, disponiendo de ellos como dueño. Tom. 1, pag. 518, §. 11.

Tambien son suyos los productos de los ganados ¿y en qué forma? Tom. 1, pag. 519, §. 12.

Cuando el rebaño deja de serlo, se extingue el usufructo. Tom. 1, pag. 520, §. 13.

Son igualmente suyas las ganancias de los siervos. Tom. 1, pag. 520, §. 14.

¿En que términos puede el usufructuario disponer de los bienes que se consumen con el uso? Tom. 1, pag. 520, §. 15.

¿Como dispone de los que con el uso se deterioran? Tom. 1, pag. 521, §. 16.

¿A que fianza y restitucion está obligado respecto de los referidos bienes? Tom. 1, pag. 521, §. 17 y 18.

¿En que casos no está obligado el usufructuario á la fianza susodicha? Tom. 1, pag. 522, §. 19.

¿Puede el propietario remitir la fianza al usufructuario por contrato? Tom. 1, pag. 522, §. 20

El testador puede mandar á uno de sus herederos que dé fianzas por el usufructuario. Tom. 1, pag. 522, §. 21.

Casos en que no hay obligacion en el usufructuario de dar fianzas. Tom. 1, pag. 523, §. 22.

El testador puede dejar á varios individuos el usufructo de sus bienes igual ó desigualmente. Tom. 1, pag. 523, §. 23.

Cuando se lega á uno la propiedad, y á otro el usufructo, corresponde la mitad de este al primero. Tom. 1, pag. 523, §. 24.

Excepcion de la doctrina antecedente. Tom. 1, pag. 523, §. 25.

Cuando el usufructuario se le lega el usufructo de una finca se entiende legarle el de los aperos de su labor. Tom. 1, pag. 524, §. 26.

Si el testador tiene herederos forzosos solo podrá legar el usufructo de la quinta parte de sus bienes. Tom. 1, pag. 524, §. 27.

Opinion de algunos autores sobre el punto precedente. Tom. 1, pag. 524, §. 28.

Al heredero usufructuario tocan los frutos existentes de los mismos bienes, otorgando de ellos competente fianza. Tom. 1, pag. 525, §. 29.

Pero si estan mostrados ó pendientes, los hace suyos sin obligacion de fianza ni restitucion alguna. Tom. 1, pag. 525, §. 30.

Caso dudoso en esta materia. Tom. 1, pag. 526, §. 31.

Cuestion sobre si en el usufructo de todos los bienes se comprenden los venales. Tom. 1, pag. 526, § 32.

Opinion mas probable acerca de dicha cuestion. Tom. 1, pag. 526, §. 33.

Del derecho de acrecer en el usufructo. Tom. 1, pag. 526, §. 34.

En el usufructo hay derecho de acrecer aun despues de aceptada por el conjunto si luego lo repudia. Tom. 1, pag. 527, §. 35.

Si marido y muger donan sus bienes reservándose el usufructo, no acrece la parte del consorte muerto al que sobrevive. Tom. 1, pag. 527, §. 36.

FIN DEL TOMO DÉCIMO.